



Betriebs Berater

15 | 2021

Währungssicherungsgeschäfte ... Realisierungszeitpunkte ... nichtfinanzielle Berichterstattung ...

12.4.2021 | 76. Jg.
Seiten 833–896

DIE ERSTE SEITE

Iris Plöger und **Prof. Dr. Birgit Weitemeyer**

Eine neue GmbH mit gebundenem Vermögen –
keine sinnvolle Rechtsform für die deutsche Wirtschaft!

WIRTSCHAFTSRECHT

Prof. Dr. Hervé Edelmann, RA, **Dr. Tilman Schultheiß**, RA, und
Tilman Hölldampf, RA

Grenzen der Eingriffsbefugnisse der BaFin gegenüber Kreditinstituten
nach § 4 Abs. 1a FinDAG | 835

STEUERRECHT

Marcel Tschatsch, MBA, WP/StB, und **Franz Schober**, Syndikus-StB

Währungssicherungsgeschäfte: Auswirkungen der BFH-Rechtsprechung und
des BMF-Schreibens in der Praxis | 855

Dr. Götz Weitbrecht, RA/FAStR, und **Dr. Charlotte Strehlke-Verkühlen**, LL.M., RAin
Cum-Cum, wohin geht die Reise? – Ein kurzes Statement | 860

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Prof. Dr. Reiner Quick, **Kevin Gauch**, M.Sc., und **Nicolas Pappert**, M.A.

Nichtfinanzielle Berichterstattung zu den Umweltbelangen in den Geschäftsberichten
der DAX-30-Unternehmen | 875

ARBEITSRECHT

Dr. Justus Frank, LL.M, Maître en droit, RA, und Dipl.-Jur. **Maurice Heine**

Panoptikum Home-Office – mitbestimmungspflichtig,
gerichtlich verwertbar, erstattungsfähig? | 884

Dr. Justus Frank, LL.M., Maître en droit, RA, und Dipl.-Jur. Maurice Heine

Panoptikum Home-Office – mitbestimmungspflichtig, gerichtlich verwertbar, erstattungsfähig?

Die Diskussionen um eine Überwachung von Beschäftigten im *Home-Office* reißen nicht ab. Doch sind es nicht nur die datenschutzrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen, die Anlass für eine kritische Begleitung von präventiven sowie repressiven Kontrollmaßnahmen geben. Das distanzierte „über die Schulter und auf die Finger schauen“ hat auch den Beteiligungsrechten des Betriebsrats Rechnung zu tragen. Die Gewinnung der Erkenntnisse durch den Arbeitgeber oder einen Beauftragten geht überdies oftmals einher mit den Fragen nach ihrer Verwertbarkeit in einem arbeitsgerichtlichen Verfahren sowie nach einem Anspruch auf Erstattung der Ermittlungskosten. Der Beitrag schließt an die Ausführungen der Autoren in BB 2021, 248 an und verknüpft die allgemeinen datenschutzrechtlichen Vorgaben mit praktisch bedeutsamen Folgefragen.

I. Beteiligung des Betriebsrats

Die Kontrolle von Beschäftigten im *Home-Office* kann verschiedene Beteiligungsrechte des Betriebsrats auslösen. Neben dem allgemeinen Unterrichtsanspruch des Betriebsrats aus § 80 Abs. 2 S. 1 BetrVG sowie den Unterrichts- und Beratungsrechten bei der Planung von technischen Anlagen (§ 90 BetrVG) kommen vor allem die Mitbestimmungsrechte aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 6 BetrVG in Betracht.

1. Technische Überwachungseinrichtung

Im Zentrum steht dabei das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Hiernach hat der Betriebsrat über die Einführung und Anwendung technischer Einrichtungen mitzubestimmen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Die Verhaltens- oder Leistungsdaten müssen auf technische Weise ermittelt und dokumentiert werden, sodass sie vom Arbeitgeber auch noch später abgerufen werden können.¹ Das trifft auf ein *Screenshot Monitoring* ebenso zu wie auf einen *Keylogger*-Einsatz oder *Time Tracking*-Anwendungen.² Die Systeme sind gerade darauf ausgerichtet, die Informationsasymmetrie im *Home-Office* zu überwinden und dem Arbeitgeber Einsicht in das Verhalten seiner Beschäftigten zu verschaffen. Keinen Unterschied macht es, wenn das *Time Tracking* – wie Stempeluhren³ oder Zugangskontrollsysteme⁴ – bloß Logindaten aufzeichnet,⁵ oder die technische Einrichtung – wie *Screenshot Monitoring* – bloß punktuelle Kontrollen vornimmt.⁶ Der Betriebsrat hat daher sowohl mit Blick auf die betriebliche Implementierung als auch die konzeptionelle Ausgestaltung der Kontrollsysteme mitzubestimmen.⁷ Zu denken ist dabei an die Frequenz eines *Screenshot Monitoring*, an die personelle und inhaltliche Reichweite eines *Keylogger* oder an die Einschaltzeiten eines *Time Tracking*.

Anders liegt der Fall, wenn der Arbeitgeber einen Detektiv mit der Überwachung eines Beschäftigten im *Home-Office* beauftragt. Der Detektiveinsatz als solcher unterliegt nicht der Mitbestimmungs-

pflcht.⁸ Soll der Detektiv dagegen das Verhalten von mehreren⁹ Arbeitnehmern visuell aufzeichnen, hat der Betriebsrat hierüber mitzubestimmen.¹⁰ Dabei könnte er etwa darauf hinwirken, dass mit Blick auf den Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Arbeitnehmer bloß Foto-, nicht aber Videoaufnahmen angefertigt werden.

2. Ordnungsverhalten

Daneben kann im Zusammenhang mit der Überwachung im *Home-Office* auch das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG berührt sein. Hiernach hat der Betriebsrat in Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb mitzubestimmen. Das Mitbestimmungsrecht betrifft jedoch nur Regelungen über das Ordnungsverhalten und nicht das Arbeitsverhalten.¹¹ Der Betriebsrat hat demnach über eine Regelung mitzubestimmen, wonach die Beschäftigten bei Arbeitsbeginn eine *Time Tracking*-Software einzuschalten haben.¹² Dasselbe gilt bei Anwesenheitskontrollen¹³ durch ein *Screenshot Monitoring*.

II. Verwertung im arbeitsgerichtlichen Verfahren

Überschreitet der Arbeitgeber die individual- oder kollektivrechtlich vermittelten Grenzen einer Kontrolle von Beschäftigten im *Home-Office*, ist ferner zu klären, welche prozessualen Auswirkungen mit einem solchen Verstoß verbunden sind. Konkret: (1) Kann der Arbeitgeber Aufzeichnungen eines *Keylogger* in einen Kündigungsschutzprozess einführen, obwohl im Zeitpunkt des Einsatzes kein hinreichender Tatverdacht gegen den gekündigten Arbeitnehmer bestand? (2) Gelten dieselben Grundsätze auch, wenn der Arbeitgeber ein arbeitsvertragswidriges Verhalten erst anhand eines vierten oder fünften *Screenshot Monitoring* feststellt, ohne dass die über drei *Screenshots*

1 BAG, 13.12.2016 – 1 ABR 7/15, BB 2017, 1213, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 47, Rn. 22.

2 Vgl. Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl. 2020, § 5, Rn. 595; Suwelack ZD 2020, 561, 565.

3 Vgl. Kania, in: Erfk, 21. Aufl. 2021, BetrVG § 87, Rn. 62; Clemenz, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 9. Aufl. 2020, § 87 BetrVG, Rn. 121.

4 Vgl. BAG, 27.1.2004 – 1 ABR 7/03, BB 2004, 1389 m. BB-Komm. Hunold, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 40 unter B. II. 1. c) bb).

5 In diese Richtung auch Richnow/Hördt, ArbRAktuell 2021, 8, 9; Fuhlrott/Garden, ArbRAktuell 2019, 263, 265; dagegen Wiesenecker, BB 2020, 564, 565.

6 Vgl. Thüsing/Granetzny, in: Thüsing, Beschäftigtendatenschutz und Compliance, 3. Aufl. 2021, § 20, Rn. 27 f.

7 Vgl. Richardi/Maschmann, in: Richardi, BetrVG, 16. Aufl. 2018, BetrVG § 87, Rn. 526.

8 Vgl. BAG, 26.3.1991 – 1 ABR 26/90, BB 1991, 1566, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 21 unter II. 1. c).

9 Zum Erfordernis eines kollektiven Tatbestands bei Überwachungsmaßnahmen Traut, in: Thüsing/Wurth, Social Media im Betrieb, 2. Aufl. 2020, § 8, Rn. 6 ff.

10 Thüsing/Rombey NZA 2018, 1105, 1110.

11 BAG, 22.8.2017 – 1 ABR 52/14, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 49, Rn. 24.

12 Vgl. zu Stechuhren Richardi, in: Richardi, BetrVG, 16. Aufl. 2018, BetrVG § 87, Rn. 186.

13 Vgl. Schwarze, in: NK-ArbR, 2016, BetrVG § 87, Rn. 72.

pro Arbeitstag¹⁴ hinausgehende Kontrollfrequenz angezeigt wäre?
(3) Wie ist es ferner zu beurteilen, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht oder zu spät über die an sich zulässige Datenerhebung informiert hat?

1. Kein generelles Sachvortrags- und Beweisverwertungsverbot

Zunächst ließe sich erwägen, dass Erkenntnisse, die rechtswidrig erlangt worden sind, „*deshalb*“ auch nicht verwertet werden dürfen.¹⁵ Der datenschutzrechtliche Verstoß des Arbeitgebers und die spätere Verwertung im Gerichtsverfahren hängen „*viel zu eng miteinander zusammen* [...]“, als dass eine unterschiedliche Behandlung möglich sei.¹⁶ Richtig ist aber, dass weder das BDSG noch die DSGVO, geschweige denn das ArbGG oder die ZPO – anders als etwa die StPO – einen solchen Automatismus vorsehen.¹⁷ Die Gerichte für Arbeitssachen sind im Gegenteil gemäß Art. 103 Abs. 2 GG grundsätzlich verpflichtet, den Sachvortrag der Parteien und die von ihnen angebotenen Beweismittel, seien diese auch rechtswidrig erlangt, zu berücksichtigen.¹⁸ Der Akt der Beweisverwertung ist von dem Akt der Beschaffung zu unterscheiden.¹⁹

Der Anspruch auf rechtliches Gehör findet seine Grenzen jedoch in kollidierendem Verfassungsrecht.²⁰ So darf das Gericht durch die Verwertung des Sachvortrags sowie der Beweisantritte nicht selbst ohne Rechtfertigung in eine verfassungsrechtlich geschützte Position des Arbeitnehmers eingreifen.²¹ Ein solch eigener Grundrechtsverstoß des Gerichts liegt vor, wenn es eine Persönlichkeitsrechtsverletzung durch den Arbeitgeber in ungerechtfertigter Weise „*perpetuierte oder vertiefte*“.²² Maßgeblich hierfür ist eine Abwägung zwischen dem Interesse an einer funktionstüchtigen Rechtspflege und dem Schutz des dadurch betroffenen Allgemeinen Persönlichkeitsrechts.²³ Die Verwertung ist danach nur gerechtfertigt, wenn weitere, über das schlichte Beweisinteresse hinausgehende Aspekte, wie eine Notwehr- (§ 227 BGB, § 32 StGB) oder Notstandslage des Arbeitgebers (§ 34 StGB),²⁴ hinzutreten und diese besonderen Umstände gerade die Informationsbeschaffung durch den Arbeitgeber als gerechtfertigt ausweisen.²⁵

Überwiegt das Interesse an einer funktionstüchtigen Rechtspflege gegenüber dem Schutz des dadurch betroffenen Allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht, ist prozessual zwischen einem Sachvortrags- und einem Beweisverwertungsverbot zu unterscheiden.²⁶ Ein Sachvortragsverwertungsverbot bewirkt, dass das Gericht die inkriminierten Tatsachen entgegen § 138 Abs. 3 ZPO auch dann als bestritten zu behandeln hat, wenn der Arbeitnehmer den Sachvortrag nicht bestreitet.²⁷ Der Streit wird damit auf die Beweisebene gehoben.²⁸ Das Beweisverwertungsverbot hat hierbei zur Folge, dass der Arbeitgeber für seinen als streitig anzusehenden Vortrag beweisfällig bleibt. Es umfasst nicht nur die inkriminierten Tatsachen, sondern etwa auch die Vernehmung eines Zeugen, der die Aufzeichnungen zuvor eingesehen hat.²⁹ Das Vorbringen des Arbeitgebers ist damit weder als unstreitig noch aufgrund der inkriminierten Tatsachen als bewiesen zu behandeln.³⁰

2. Kein generelles „sekundärrechtliches Verwertungsverbot“

Fraglich ist, ob diese Abwägungslehre auch unter Geltung der DSGVO Bestand hat.³¹ So könnte erwogen werden, dass aus der DSGVO ein „sekundärrechtliches Verwertungsverbot“ folgt, nach dem das nationale Prozessrecht unionrechtskonform dahingehend

auszulegen ist, dass es eine gerichtliche Verwertung verordnungswidrig erhobener Daten generell ausschließt.³² Grundlage hierfür könnte der *effet utile*-Grundsatz (Art. 4 Abs. 3 EUV) sein. Das BAG hat diese Frage bislang offengelassen und den EuGH nicht angerufen.³³

Richtigerweise lässt sich aus der DSGVO kein generelles „sekundärrechtliches Verwertungsverbot“ ableiten. Das macht schon Art. 17 Abs. 3 lit. e DSGVO deutlich.³⁴ Gemäß Art. 17 Abs. 1 lit. d DSGVO ist die betroffene Person grundsätzlich berechtigt, die Löschung der sie betreffenden personenbezogenen Daten zu verlangen, sofern diese unrechtmäßig verarbeitet – hier: erhoben (Art. 4 Nr. 2 DSGVO) – wurden. Dies gilt jedoch nicht, soweit die Verarbeitung zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen erforderlich ist (Art. 17 Abs. 3 lit. e DSGVO). Die DSGVO erkennt danach den Fall einer Verwertung verordnungswidrig erhobener Daten an, sodass es – zumal in Ermangelung einer anderslautenden Anordnung – keine Grundlage für die Annahme eines generellen „sekundärrechtlichen Verwertungsverbots“ gibt. Die Verwertung rechtswidrig erlangter Erkenntnisse durch das Gericht ist vielmehr selbst an den datenschutzrechtlichen Vorgaben zu messen.³⁵ Rechtsgrundlage ist Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. e, Abs. 3 DSGVO i.V.m. § 3 BDSG.³⁶ Danach ist die Verwertung des Sachvortrags durch das Gericht zulässig, wenn dies zur Erfüllung seiner hoheitlichen Aufgaben erforderlich ist. Das Gericht bleibt hierbei grundrechtsgebunden gemäß Art. 1 Abs. 3 GG.³⁷ Das bedeutet, dass das Gericht – in Fortführung der Abwägungslehre des BAG – das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers durch die Verwertung rechtswidrig erlangter Erkenntnisse auch unter Geltung der DSGVO nicht in ungerechtfertigter Weise vertiefen darf.³⁸ Liegt ein Rechtfertigungsgrund, wie eine Notstandslage des Arbeitgebers vor, ist das Gericht auch hiernach berechtigt, den Sachvortrag und die Beweisantritte zu verwerten.

14 Vgl. Frank/Heine, BB 2021, 248, 249.

15 So noch LAG Baden-Württemberg, 20.7.2016 – 4 Sa 61/15, DSB 2016, 242 Ls, ZD 2017, 88, 89, Rn. 78; vgl. Däubler, Digitalisierung und Arbeitsrecht, 7. Aufl. 2020, § 8, Rn. 123: Verstoß gegen „Treu und Glauben“.

16 Bayreuther, NZA 2005, 1038, 1042.

17 Vgl. BAG, 28.3.2019 – 8 AZR 421/17, AP BGB § 611 Haftung des Arbeitnehmers Nr. 148, Rn. 28.

18 BAG, 23.8.2018 – 2 AZR 133/18, BB 2019, 697, AP BGB § 626 Nr. 271, Rn. 14.

19 Eingehend Betz, RdA 2018, 100, 109.

20 Hierzu Morgenroth, NZA 2014 408, 409.

21 BAG, 28.3.2019 – 8 AZR 421/17, AP BGB § 611 Haftung des Arbeitnehmers Nr. 148, Rn. 28.

22 BAG, 23.8.2018 – 2 AZR 133/18, BB 2019, 697, AP BGB § 626 Nr. 271, Rn. 14; krit. zu dieser Anknüpfung an das außerprozessuale Verhalten des Arbeitgebers Betz, RdA 2018, 100, 108.

23 BAG, 21.6.2012 – 2 AZR 153/11, BB 2013, 125 m. BB-Komm. Lipinski, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 66, Rn. 29.

24 Hierzu Bergwitz, NZA 2012, 353, 354.

25 BAG, 27.7.2017 – 2 AZR 681/16, BB 2017, 2682, AP BGB § 626 Nr. 263, Rn. 41; BAG, 20.6.2013 – 2 AZR 546/12, BB 2014, 890 m. BB-Komm. Ihle, AP BGB § 626 Nr. 244, Rn. 29.

26 BAG, 23.8.2018 – 2 AZR 133/18, BB 2019, 697, AP BGB § 626 Nr. 271, Rn. 16.

27 Reitz, NZA 2017, 273, 275 ff.; Köhler/Schürgers, BB 2018, 1013, 1015.

28 Zum Teil wird erwogen, dass ein Sachvortragsverwertungsverbot nur bei „*schwerwiegenden*“ Persönlichkeitsverletzungen in Betracht komme, s. Koch, ZfA 2018, 109, 122; gegen eine Trennung von Sachvortrags- und Beweisverwertungsverbot Thüsing/Pöppers, in: Thüsing, Beschäftigtendatenschutz und Compliance, 3. Aufl. 2021, § 21, Rn. 48.

29 BAG, 20.10.2016 – 2 AZR 395/15, AP BGB § 626 Nr. 260, Rn. 19.

30

Niemann, JbArbR Bd. 55 (2018), 41, 45.

31 Vgl. Fuhlrott, NZA-RR 2018, 596, 598; Tiedemann, ZD 2019, 369, 371.

32 Vgl. Niemann, JbArbR Bd. 55 (2018), 41, 66 f.

33 Vgl. BAG, 23.8.2018 – 2 AZR 133/18, BB 2019, 697, AP BGB § 626 Nr. 271, Rn. 47; hierzu Fuhlrott/Oltmanns, NZA 2019, 1105, 1107.

34 Ebenso Betz, RdA 2018, 100, 110.

35 Zur Anwendung der DSGVO auf das gerichtliche Verfahren Nink, Justiz und Algorithmen, 2021, 246 f.

36 So auch BAG, 23.8.2018 – 2 AZR 133/18, BB 2019, 697, AP BGB § 626 Nr. 271, Rn. 47; ferner Ory/Weth, NJW 2018, 2829, 2831.

37 Vgl. Wolff, in: BeckOK DatenschutzR, 34. Ed., Stand: 1.8.2020, BDSG § 3, Rn. 11.

38 In diese Richtung auch Tiedemann, ZD 2019, 226, 231.

3. Datenschutzrechtliche Indikation

Ein Sachvortrags- und Beweisverwertungsverbot kommt demnach nur dann in Betracht, wenn der Arbeitgeber die Beweismittel zuvor unter Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers erlangt hat. Da die Voraussetzungen eines Eingriffs einfachgesetzlich durch das BDSG konkretisiert werden, kommt den datenschutzrechtlichen Bestimmungen hierbei eine „Vorbewertungsfunktion“ zu.³⁹ Werden die Erkenntnisse rechtswidrig erlangt, hat dies zwar nicht „automatisch“, aber „regelmäßig“ ein Verwertungsverbot zur Folge.⁴⁰ Besteht dagegen schon kein Verstoß gegen datenschutzrechtliche Vorgaben,⁴¹ kommt ein Verwertungsverbot von vornherein nicht in Betracht.⁴²

Für die eingangs skizzierten Fallgestaltungen ergeben sich vor diesem Hintergrund folgende Konsequenzen: In Fall (1) besteht ein Sachvortrags- und Beweisverwertungsverbot. Das Gericht würde die Persönlichkeitsverletzung vertiefen, würde es die Erkenntnisse des *Keylogger*-Einsatzes verwerten. Anders wäre wohl zu entscheiden, wenn zwar bloß ein Anfangsverdacht gegen mehrere Angehörige einer Abteilung wegen des wiederkehrenden Abflusses von Geschäftsgeheimnissen bestünde,⁴³ der *Keylogger*-Einsatz aber das einzige Mittel darstellte,⁴⁴ um einen unmittelbar bevorstehenden oder bereits begonnenen, noch andauernden Abfluss durch die rasche Identifizierung und Neutralisierung des „Lecks“ zu unterbinden.

In Fall (2) fragt sich, ob der nur geringfügige datenschutzrechtliche Verstoß von vier bzw. fünf statt drei *Screenshots* pro Arbeitstag ebenfalls zu einem Sachvortrags- und Beweisverwertungsverbot führt. So könnte ein Verwertungsverbot nur bei „schwerwiegenden“ Grundrechtsverletzungen in Frage kommen.⁴⁵ Ein solcher Bagatelvorbehalt überzeugt jedoch nicht. Die Perpetuierung einer Grundrechtsverletzung, mag diese noch so geringfügig sein, stellt eine rechtfertigungsbedürftige Grundrechtsbeschränkung dar.⁴⁶ Die Anforderungen an die Rechtfertigung sind jedoch entsprechend herabzusetzen. Das Gericht darf den Sachvortrag des Arbeitgebers nicht nur bei Vorliegen einer Notwehr- oder Notstandslage berücksichtigen. Die Grundrechtsbeschränkung könnte vielmehr auch dann gerechtfertigt sein, wenn es um den Vorwurf einer vorsätzlichen strafbaren Handlung des Arbeitnehmers geht.⁴⁷ In einem solchen Fall erscheint der betroffene Arbeitnehmer nicht hinreichend schutzwürdig. Kommt der Arbeitgeber kurz vor Feierabend abermalig am Platz des Arbeitnehmers vorbei und stellt er ein strafbares Verhalten fest, würde ihm auch niemand die gerichtliche Verwertung der so in der „analogen“ Welt gewonnenen Erkenntnisse verweigern, nur weil er dem Arbeitnehmer zuvor schon dreimal „über die Schulter geschaut“ hat.⁴⁸

In Fall (3) fehlt es dagegen bereits an einer durch die gerichtliche Verwertung perpetuierungsfähigen Grundrechtsverletzung. Die Vor Enthaltung der Information gemäß Art. 13 Abs. 1 DSGVO berührt die Zulässigkeit der Kontrollmaßnahme gerade nicht.⁴⁹ Art. 13 Abs. 1 DSGVO soll den Betroffenen vielmehr dazu befähigen, die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung einer Kontrolle zu unterziehen.⁵⁰ Freilich bleibt der Verstoß bußgeldbewehrt (Art. 83 Abs. 5 lit. b DSGVO).

III. Erstattung von Ermittlungskosten

Mitunter wird der Arbeitgeber kündigungsrelevante Erkenntnisse nicht selbst ermitteln, sondern wie im Falle des Detektiveinsatzes

Dritte mit Kontrollmaßnahmen betrauen. Auch könnte er erwägen, angefertigte *Screenshots* oder *Keylogger*-Aufzeichnungen nicht selbst auszuwerten, sondern von darauf spezialisierten Rechtsanwälten auf ihre kündigungsrechtliche Relevanz hin prüfen zu lassen, um hierauf gründend gegebenenfalls eine Kündigung auszusprechen. Beiden Konstellationen ist gemein, dass dem Arbeitgeber Kosten für externe Ermittlungstätigkeiten anfallen. Damit stellt sich die Frage, ob und inwieweit der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer die Erstattung solcher Ermittlungskosten verlangen kann.

1. Grenze des § 12a Abs. 1 S. 1 ArbGG

Der Erstattungsanspruch könnte etwa auf § 280 Abs. 1 BGB oder auf § 91 Abs. 1 ZPO gestützt werden.⁵¹ Begrenzt wird der Anspruch durch die spezielle arbeitsrechtliche Kostenregelung des § 12a Abs. 1 S. 1 ArbGG. Danach hat die in erster Instanz obsiegende Partei keinen Anspruch auf Entschädigung wegen Zeitversäumnis und Erstattung der Kosten für die Zuziehung eines Prozessbevollmächtigten oder Beistands. Die Regelung erfasst nicht nur den prozessualen Kostenerstattungsanspruch nach den §§ 91 ff. ZPO. Sie schließt auch einen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch unabhängig von seiner Anspruchsgrundlage aus.⁵²

Dieses umfassende Verständnis wird im Wesentlichen mit dem Regelanliegen des § 12a Abs. 1 S. 1 ArbGG begründet.⁵³ Denn hiernach soll vorrangig das Kostenrisiko eines arbeitsgerichtlichen Prozesses für den wirtschaftlich unterlegenen Arbeitnehmer überschaubar gehalten werden.⁵⁴ Er soll von vornherein damit rechnen können, dass er an Beitreibungskosten, die bis zum Schluss einer ersten Instanz entstehen, stets und maximal nur das zu tragen hat, was er selbst aufwendet. Er soll hingegen nicht damit rechnen müssen, dass er mit den Beitreibungskosten des Arbeitgebers belastet werden

39 Fuhlrott, NZA 2017, 1308, 1310.

40 Eufinger, RdA 2021, 8, 10; Thüsing/Pötters, in: Thüsing, Beschäftigtendatenschutz und Compliance, 3. Aufl. 2021, § 21, Rn. 45; vgl. auch Fuhlrott/Schröder, NZA 2017, 278, 280: „Regelvermutung“; dem folgend Chandna-Hoppe, NZA 2018, 614, 619 sowie Akkilic, NZA 2020, 623, 626; ferner Lembke, in: Hensler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 9. Aufl. 2020, Art. 88 DSGVO, Rn. 54: „weitgehender Gleichlauf“ von Zulässigkeit der Datenerhebung und deren Verwertung.

41 So auch bei mitbestimmungswidrig erlangten Beweismitteln, vgl. BAG, 22.9.2016 – 2 AZR 848/15, BB 2017, 571, AP BGB § 626 Nr. 259, Rn. 44; s. aber Künzl, BB 2021, 500, 502: „Kenntnisse, seien sie mitbestimmungswidrig erlangt [...], verletzen die betreffenden Personen in verfassungsrechtlich geschützten Rechten“.

42 BAG, 31.1.2019 – 2 AZR 426/18, K&R 2020, 466, AP KSchG 1969 § 1 Personenbedingte Kündigung Nr. 38, Rn. 49.

43 Zum Verdacht gegenüber mehreren Arbeitnehmern, vgl. BAG, 22.9.2016 – 2 AZR 848/15, BB 2017, 571, AP BGB § 626 Nr. 259, Rn. 28.

44 Ggf. kommt zunächst der Einsatz einer *Data-Loss-Prevention*-Software in Betracht, hierzu Schlegel, ZD 2020, 243.

45 So Akkilic, NZA 2020, 623, 626; vgl. schon Kock/Francke, NZA 2009, 646, 651: „erheblich“; in diese Richtung wohl auch Stück, MDR 2021, 268, 270, sowie LAG Köln, 7.2.2020 – 4 Sa 329/19, juris, Rn 127: „Mitentscheidend für die Frage der Perpetuierung ist auch die Intensität des Eingriffs“.

46 Ebenso Niemann, JbArbR Bd. 55 (2018), 41, 61.

47 In diese Richtung Niemann, JbArbR Bd. 55 (2018), 41, 60: sofern Erkenntnisse „offen“ gewonnen wurden.

48 Weitergehend Betz, RdA 2018, 100, 110, wonach ein Beweismittel in Anlehnung an § 26 Abs. 1 S. 2 BDSG „verwertet werden muss, wenn zwischenzeitlich der Verdacht einer Straftat des Arbeitnehmers“ besteht.

49 Eingehend Bäcker, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, DS-GVO Art. 13, Rn. 63 ff.; vgl. noch zu § 6 Abs. 2 BDSG a.F., BAG, 21.6.2012 – 2 AZR 153/11, BB 2013, 125 m. BB-Komm. Lipinski, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 66, Rn. 40 ff.; ebenso mit Blick auf § 4 Abs. 2 BDSG vgl. Thüsing/Pötters, in: Thüsing, Beschäftigtendatenschutz und Compliance, 3. Aufl. 2021, § 21, Rn. 45.

50 Hierzu Paal/Hennemann, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 13, Rn. 4.

51 Hierzu Herbert/Oberrath, BB 2011, 2936 f.

52 BAG, 28.11.2019 – 8 AZR 293/18, BB 2020, 819 Ls, AP ArbGG 1979 § 12a Nr. 18, Rn. 22; für eine Anwendung des allgemeinen Haftungsrechts auf vorprozessuale Rechtsanwaltskosten Witschen/Röleke, NJW 2017, 1702, 1703 ff.

53 Vgl. Schleusener/Kühn, NZA 2008, 147, 149 f.

54 BAG, 25.9.2018 – 8 AZR 26/18, BB 2019, 954, AP BGB § 288 Nr. 6, Rn. 30.

könnte, und deswegen von einer Inanspruchnahme arbeitsgerichtlichen Rechtsschutzes absehen. Dasselbe muss nach Auffassung des BAG auch für vor- bzw. außerprozessuale Kosten gelten, würde der Arbeitnehmer andernfalls bei einer außergerichtlichen Streitbeilegung gerade dazu veranlasst werden, arbeitsgerichtlichen Rechtsschutz zu suchen, um etwaigen Erstattungsansprüchen zu entgehen.⁵⁵

2. Detektivkosten

Keine Kosten im Sinne des § 12a Abs. 1 S. 1 ArbGG sind dagegen Aufwendungen, die der Arbeitgeber im Vorfeld eines arbeitsgerichtlichen Prozesses durch die Einschaltung eines Detektivs zur Vorbereitung einer Kündigung getätigt hat.⁵⁶ Ein Erstattungsanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB⁵⁷ setzt – spiegelbildlich zu § 26 Abs. 1 S. 2 BDSG⁵⁸ – voraus, dass der Arbeitgeber den Detektiv aufgrund eines Anfangsverdachts gegen den im *Home-Office* Beschäftigten (z.B. Verdacht einer Wettbewerbstätigkeit) beauftragt hat.⁵⁹ Dabei ist der Arbeitnehmer einer vorsätzlichen Pflichtverletzung zu überführen.⁶⁰

Gemäß § 249 Abs. 1 BGB erstreckt sich die Erstattungspflicht auf alle Aufwendungen, soweit diese nach den Umständen des Falls als notwendig anzusehen sind.⁶¹ Maßgeblich ist, was ein vernünftiger, wirtschaftlich denkender Arbeitgeber zur Beseitigung der Störung oder zur Verhütung des Schadens für erforderlich halten würde.⁶² Das bedeutet, dass Detektivkosten nicht mehr erstattungsfähig sind, sobald der im *Home-Office* Beschäftigte der Wettbewerbstätigkeit überführt wurde.⁶³ Hält der Arbeitgeber die Observation gleichwohl aufrecht, um bspw. einen Schadenersatzprozess wegen der Abwerbung von Kunden vorzubereiten, sind diese Aufwendungen nicht mehr auf die Beseitigung der Störung oder Verhütung des Schadens gerichtet. Denn schon auf Grundlage des bestätigten Verdachts hätte der Arbeitgeber die Vertragsstörung durch Ausspruch einer Kündigung beseitigen können.

3. Beauftragung spezialisierter Rechtsanwälte

Fraglich ist, ob dieselben Grundsätze auch gelten, wenn der Arbeitgeber Rechtsanwälte mit der Sachverhaltsermittlung beauftragt hat. Dies könnte nach einer jüngeren Entscheidung des LAG Baden-Württemberg angenommen werden. Hiernach ließe sich erwägen, „dass es keinen Unterschied machen kann, ob mit der Ermittlung Detektive, Wirtschaftsprüfer, forensische Experten oder [...] spezialisierte Anwälte eingeschaltet werden“.⁶⁴ Bestehe danach ein konkreter Verdacht gegen einen Arbeitnehmer, wonach er in erheblicher Weise gegen interne Compliance-Regeln verstoßen habe, dürfe der Arbeitgeber eine auf Unternehmensstrafrecht spezialisierte Anwaltskanzlei mit der Aufklärung des Sachverhalts beauftragen.⁶⁵ Denn ihre Mandatierung diene dem Interesse beider Parteien an einer sorgfältigen und professionellen Aufklärung des Sachverhalts. Daher habe der Arbeitgeber einen Anspruch auf Ersatz der Kosten, die ihm durch die Beauftragung der Anwaltskanzlei zur Beseitigung der Störung bzw. zur Verhütung des Schadens entstanden seien.⁶⁶ Die Ersatzpflicht sei jedoch auf die bis zum Ausspruch der Kündigung entstandenen Aufwendungen für Ermittlungen begrenzt. Aufwendungen, die der Arbeitgeber nach dem Ausspruch der Kündigung bspw. zur Vorbereitung eines Schadenersatzprozesses in Auftrag gebe, seien wegen der Präklusion des § 12a Abs. 1 S. 1 ArbGG nicht erstattungsfähig.

Die Entscheidung des LAG Baden-Württemberg könnte womöglich auch auf eine Auswertung von *Screenshots* oder *Keylogger*-Aufzeichnungen durch Rechtsanwälte im Vorfeld des Ausspruchs einer Kündigung übertragen werden. Denn die hierbei entstehenden Kosten würden – so sich der Verdacht bestätigt – ebenfalls der Beseitigung der Vertragsstörung dienen. Da es überdies einem sozialadäquaten Verhalten entspricht, wenn der Arbeitgeber einem Verdacht unter Einschaltung einer „erfahrenen Person“ nachgeht,⁶⁷ ließe sich durchaus annehmen, dass dies nicht notwendigerweise ein Detektiv sein müsse, sondern auch eine Anwaltskanzlei sein könne.⁶⁸ Zurückhaltung könnte allenfalls mit Blick auf den Regelungszweck des § 12a Abs. 1 S. 1 ArbGG geboten sein.⁶⁹ Denn während der Detektiv bloß Tatsachen ermittelt, wertet der Rechtsanwalt dessen Erkenntnisse gezielt auf ihre kündigungrechtliche Relevanz aus. Er nimmt also eine rechtliche Bewertung der etwa aus *Screenshots* oder *Keylogger*-Aufzeichnungen erlangten Erkenntnisse vor.⁷⁰ Mit Blick auf den weit verstandenen Ausschlussgedanken erscheint daher die Klärung des Anwendungsbereichs des § 12a Abs. 1 S. 1 ArbGG durch das BAG⁷¹ geboten.

Darüber hinaus fragt sich, in welcher Höhe ein Ersatzanspruch bestehen könnte, d.h., ob die Vergütungstatbestände des RVG zugrunde zu legen sind oder ein Erstattungsanspruch auf Stundenbasis bemessen werden kann. Das LAG Baden-Württemberg hat die angesetzten Stundenhonorare in Höhe von 350 Euro nicht beanstandet. Denn es mache keinen Unterschied, ob die Anwälte ihr Fachwissen für die Rechtsberatung oder die Sachverhaltsermittlung einsetzen.⁷² Ist die Beauftragung der Anwaltskanzlei mit Blick auf die tatsächliche und rechtliche Komplexität des in Rede stehenden Verdachts dem Grunde nach erforderlich, würde es in der Tat nicht überzeugen,⁷³ den Arbeitgeber bei der Höhe seines Ersatzanspruchs auf die Maßstäbe des RVG zu verweisen, wenn die spezifischen Ermittlungstätigkeiten üblicherweise gegen bestimmte Stundensätze erbracht werden, der Arbeitgeber aber wegen deren Höhe nicht zur Einschaltung der Anwaltskanzlei in der Lage wäre.

55 BAG, 28.11.2019 – 8 AZR 293/18, BB 2020, 819 Ls, AP ArbGG 1979 § 12a Nr. 18, Rn. 29; krit. *Ulrici*, NZA 2019, 143, 145.

56 So ausdrücklich LAG Hessen, 12.2.2008 – 13 Sa 1120/07, juris, Rn. 38; s. auch *Fuhlrott/Oltmanns*, NZA 2020, 1583, 1584; *Herbert/Oberath*, BB 2011, 2936, 2937.

57 Zu den entsprechenden Voraussetzungen einer Erstattung nach § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO *Schwab/Weth*, in: *Schwab/Weth*, ArbGG, 5. Aufl. 2018, § 12a ArbGG, Rn. 23.

58 Vgl. *Frank/Heine* BB 2021, 248, 249.

59 Vgl. BAG, 28.5.2009 – 8 AZR 226/08, AP BGB § 611 Haftung des Arbeitnehmers Nr. 133, Rn. 22.

60 BAG, 28.10.2010 – 8 AZR 547/09, BB 2011, 958 m. BB-Komm. *Gastell*, AP BGB § 611 Haftung des Arbeitnehmers Nr. 135, Rn. 24.

61 BAG, 26.9.2013 – 8 AZR 1026/12, AP BGB § 611 Haftung des Arbeitnehmers Nr. 139, Rn. 22.

62 BAG, 28.5.2009 – 8 AZR 226/08, AP BGB § 611 Haftung des Arbeitnehmers Nr. 133, Rn. 22.

63 Vgl. BAG, 28.10.2010 – 8 AZR 547/09, BB 2011, 958 m. BB-Komm. *Gastell*, AP BGB § 611 Haftung des Arbeitnehmers Nr. 135, Rn. 28 ff.

64 LAG Baden-Württemberg, 21.4.2020 – 19 Sa 46/19 (nrk), CB 2020, 480, juris, Rn. 190.

65 LAG Baden-Württemberg, 21.4.2020 – 19 Sa 46/19 (nrk), CB 2020, 480, juris, Rn. 180 ff.

66 Zustimmend *Fuhlrott/Oltmanns* NZA 2020, 1583, 1586 f.

67 BAG, 28.5.2009 – 8 AZR 226/08, AP BGB § 611 Haftung des Arbeitnehmers Nr. 133, Rn. 22.

68 *Fuhlrott/Oltmanns*, NZA 2020, 1583, 1587; *Jenne/Schubert*, CB 2020, 487, 489.

69 Vgl. *Hermann*, ArbRAktuell 2020, 360; dagegen *Fuhlrott/Oltmanns*, NZA 2020, 1583, 1587; „noch“ mit § 12a Abs. 1 S. 1 ArbGG vereinbar.

70 Was auch das LAG Baden-Württemberg erkennt, wenn es mit Blick auf die Höhe des Ersatzanspruchs bei, Rn. 191 anmerkt: „Es macht keinen Unterschied, ob die beauftragten Rechtsanwälte ihr Fachwissen für die Rechtsberatung oder für die Ermittlung des Sachverhalts einsetzen“.

71 BAG, 8 AZR 276/20, Termin: 29.4.2021.

72 LAG Baden-Württemberg, 21.4.2020 – 19 Sa 46/19 (nrk), CB 2020, 480, juris, Rn. 191.

73 Vgl. auch *Fuhlrott/Oltmanns*, NZA 2020, 1583, 1588; *Jenne/Schubert*, CB 2020, 487, 489.

IV. Fazit

Die Bedeutung der Zulässigkeit von präventiven sowie repressiven Kontrollmaßnahmen gegenüber Beschäftigten im *Home-Office* geht weit über die datenschutzrechtliche Dimension hinaus. Sie beeinflusst auch die Verwertbarkeit der durch ein *Screenshot Monitoring* oder durch einen *Keylogger*-Einsatz erlangten Erkenntnisse in einem arbeitsgerichtlichen Verfahren. Im Falle eines zulässigen Detektiveinsatzes kann dem Arbeitgeber überdies gar ein Anspruch auf Erstattung der Ermittlungskosten zustehen. Dasselbe kann womöglich auch für Kosten gelten, die ihm durch die Beauftragung eines Rechtsanwalts zur kündigungrechtlichen Prüfung von *Screenshots* oder *Keylogger*-Aufzeichnungen entstanden sind. Hier bleibt jedoch die höchstgerichtliche Rechtsprechung abzuwarten.

Dr. Justus Frank, LL.M., Maître en droit, ist Rechtsanwalt bei Hogan Lovells International LLP in Düsseldorf. Er berät nationale und internationale Mandanten zu allen Fragen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts.



Dipl.-Jur. **Maurice Heine** ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Hogan Lovells International LLP in Düsseldorf und Doktorand an der Leibniz Universität Hannover.



BAG: Zum Begriff des Konzernbetriebsrats

BAG, Beschluss vom 26.8.2020 – 7 ABR 24/18

ECLI:DE:BAG:2020:260820.B.7ABR24.18.0

Volltext des Beschlusses: [BB-ONLINE BBL2021-371-3](#)
unter [www.betriebs-berater.de](#)

ORIENTIERUNGSSÄTZE

1. Für einen Konzern kann gemäß § 54 Abs. 1 BetrVG ein Konzernbetriebsrat errichtet werden. Das BetrVG definiert den Konzernbegriff nicht selbst. Maßgeblich sind vielmehr aufgrund der ausdrücklichen Bezugnahme in § 54 Abs. 1 BetrVG auf § 18 Abs. 1 AktG die Regelungen des Aktiengesetzes (Rn. 27). In diesen Regelungen wird der Unternehmensbegriff rechtsformneutral verwendet, so dass auch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts Konzernspitze sein kann (Rn. 31).
2. Nach § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG wird von einem abhängigen Unternehmen widerleglich vermutet, dass es mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet. Um diese Konzernvermutung zu widerlegen, ist darzulegen, dass trotz eines beherrschenden Einflusses keine Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung besteht. Dazu muss für alle wesentlichen Bereiche der Unternehmenspolitik dargetan und ggf. bewiesen werden, dass die Unternehmensentscheidungen ohne beherrschende Einflussnahme der Mehrheitsgesellschaft getroffen werden (Rn. 29).
3. § 130 BetrVG steht der Errichtung eines Konzernbetriebsrats für den privatrechtlich organisierten Teil eines Unterordnungskonzerns mit öffentlich-rechtlich organisierter Konzernspitze nicht entgegen. Die Belegschaft des herrschenden öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmens kann bei der Errichtung des Konzernbetriebsrats allerdings nicht berücksichtigt werden (Rn. 45).

AktG §§ 16 Abs. 1, 17 Abs. 1, 2, 18 Abs. 1; ArbGG § 83 Abs. 3; BetrVG §§ 54 Abs. 1, 130

SACHVERHALT

A. Die Beteiligten streiten darüber, ob der Kreis L mit mehreren privatrechtlich organisierten Unternehmen einen Konzern bildet und ob in einem derartigen Konzern ein Konzernbetriebsrat wirksam errichtet werden kann.

Der zu 6. beteiligte Kreis L hält als Körperschaft des öffentlichen Rechts teils mittelbar, teils unmittelbar die Mehrheit der Geschäftsanteile an den 13 an dem vorliegenden Verfahren beteiligten privatrechtlich organisierten Unternehmen. Diese sind in unterschiedlichen Branchen tätig, so etwa in den Bereichen Gesundheit (hier v.a. Krankenpflege- und Senioreneinrichtungen), Verkehrsbetriebe und (sonstige) Dienstleistungsunternehmen.

Im Einzelnen gestaltet sich die Beteiligung des Kreises an den Gesellschaften nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts wie folgt: Der Beteiligte zu 6. hält im „Gesundheitsbereich“ 100% an der zu 7. beteiligten G GmbH sowie die Mehrheit an der zu 13. beteiligten Netzwerk L gemeinnützige Gesellschaft mbH. Die Beteiligte zu 7. hält die Mehrheit der Geschäftsanteile an den Beteiligten zu 8. (Klinikum L GmbH) und zu 11. (Kreissenioreneinrichtungen L GmbH). Die Beteiligte zu 8. hält ihrerseits die Mehrheit der Geschäftsanteile an den Beteiligten zu 9. (Klinik Service L GmbH), zu 10. (A-Dienstleistungsgesellschaft mbH) und zu 12. (Medizinisches Versorgungszentrum L GmbH). Die zu 2.–5. beteiligten Antragsteller sind die jeweiligen Betriebsräte der Beteiligten zu 8.–11.

Im „Verkehrsbereich“ hält der Kreis L 39,44% der Anteile an der Beteiligten zu 14. (Verkehrsbetriebe E GmbH). Die Beteiligte zu 14. hält 43,73% der Geschäftsanteile selbst. Die Beteiligte zu 14. ist Alleingesellschafterin der Beteiligten zu 15.–17. (K GmbH, v GmbH und W GmbH). Die Beteiligten zu 14.–17. führen einen Gemeinschaftsbetrieb. Der Beteiligte zu 18. ist der für diesen Gemeinschaftsbetrieb gebildete Betriebsrat.

Der Kreis L hält ferner die Mehrheit der Geschäftsanteile an den Beteiligten zu 19. (I GmbH) und zu 20. (Betreiber-Gesellschaft L mbH).

Der zu 21. beteiligte Konzernbetriebsrat wurde am 25. September 2017 für die „Gesundheitspartei“ bei der Beteiligten zu 7. mit den zu 8.–12. beteiligten Unternehmen errichtet.

Der zu 6. beteiligte Kreis L trat in der Vergangenheit über mehrere Jahre ua. als „Konzern Kreis L“ auf. Hierzu trat am 1. Januar 2013 eine vom Kreistag am 2. Juli 2012 beschlossene Beteiligungsrichtlinie in Kraft. Diese lautet auszugsweise:

„Vorbemerkungen

Der Kreis L mit seinen Betrieben und Unternehmen sowie seinen Beteiligungen in unterschiedlichen Rechtsformen bilden zwar keinen Konzern