

Redaktion: Benedikt Buchner

DuD Recht

BSG: Auskunftsanspruch gegen Krankenkasse über die Weitergabe von Sozialdaten

Grundsätzlich kann die Sicherung der ordnungsgemäßen Aufgabenerfüllung staatlicher Stellen eine Einschränkung des Auskunftsrechts rechtfertigen.

Ob im Einzelfall eine Auskunftserteilung ausgeschlossen werden darf oder nicht, richtet sich insbesondere nach der Bedeutung des Auskunftsrechts für die Grundrechte des Betroffenen, nach dem Gewicht der jeweiligen behördlichen Aufgabe und nach den Auswirkungen einer Auskunft auf die Aufgabenerfüllung.

Der für die Erteilung der Auskunft erforderliche Aufwand ist unter Berücksichtigung effizienter, kostensparender Verfahren zu bemessen.

(Orientierungssätze des Gerichts)

Bundessozialgericht, Urteil vom 13. November 2012, Az.: B 1 KR 13/12 R.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die Erteilung einer Auskunft.

Die bei der beklagten Krankenkasse versicherte Klägerin beantragte, ihr Auskunft darüber zu erteilen, ob und welche über sie gespeicherten Sozialdaten die Beklagte an welche Empfänger mit welchen Medien weitergegeben habe. Die Beklagte habe die betreffenden medizinischen Daten über das Internet versandt, medizinische Daten ohne Beziehung zum SGB IX an die Stadtverwaltung K. weitergegeben und Daten ohne Erlaubnis an die Bundesagentur für Arbeit übermittelt (Schreiben vom 25. 7. 2005). Da die Beklagte nicht reagierte, hat die Klägerin Klage erhoben. Die Beklagte lehnte daraufhin eine Verbescheidung und Auskunftserteilung ab (2. 12. 2005). Das SG hat die nun auf Erteilung der Auskunft gerichtete Klage abgewiesen (Gerichtsbescheid vom 31. 7. 2008). Das LSG hat die Berufung zurückgewiesen: Die zulässige Leistungsklage sei nicht begründet. Der Auskunftsanspruch hinsichtlich der nicht automatisiert gespeicherten Daten scheitere daran, dass der erforderliche Verwaltungsaufwand der Beklagten in Abwägung mit dem Informationsinteresse der Klägerin unverhältnismäßig erscheine (§ 83 Abs 1 S 3 SGB X). Insoweit sei die Beklagte auch nicht zu einer Teilauskunft verpflichtet. Es sei Sache der Klägerin, ihr Auskunftsbegehren auf eine mit verhältnismäßigem Aufwand zu erteilende Auskunft zu beschränken. Das Auskunftsverlangen sei insgesamt rechtsmissbräuchlich (§ 83 Abs 4 Nr 1 SGB X). Die Klägerin nähre den Verdacht, die Beklagte durch eine Überflutung mit Anträgen schikanieren zu wollen, indem sie eine Spezifizierung des Auskunftsersuchens verweigere und eine Vielzahl von Auskunftsersuchen auch in Parallelverfahren mit ähnlicher Intensität geltend mache (Urteil vom 21. 4. 2011).

Mit ihrer Revision rügt die Klägerin die Verletzung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art 2 Abs 1 und Art 1 Abs 1 GG) und der §§ 83 bis 84a SGB X. Sie müsse ihren

gesetzlich ausgeformten Auskunftsanspruch nicht näher konkretisieren, denn es gehe um einen Fall ihr nicht bekannter Datenweitergabe. Alle Anspruchsvoraussetzungen seien erfüllt. Es obliege der Beklagten, organisatorisch sicherzustellen, dass sie Auskunftsansprüche einfach erfüllen könne. Die Tatbestände der Weitergabe von Sozialdaten seien dokumentationspflichtig und damit leicht abrufbar. Insgesamt sei kein wesentlicher rechts-erheblicher Aufwand für die Auskunftserteilung zu erwarten. Das LSG habe keine Feststellungen getroffen, die Schikane oder Rechtsmissbrauch belegten. Es hätte die Beklagte zumindest für den von ihm als begründet erachteten Teilbereich zur Erteilung einer Auskunft verurteilen müssen.

Die Klägerin beantragt, das Urteil des Landessozialgerichts Rheinland-Pfalz vom 21. April 2011 sowie den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Speyer vom 31. Juli 2008 und die ablehnende Entscheidung der Beklagten vom 2. Dezember 2005 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin Auskunft darüber zu erteilen, ob und ggf welche zu ihrer Person bei der Beklagten gespeicherten Sozialdaten an welche Empfänger mit welchen Medien weitergegeben wurden, hilfsweise, das Urteil des Landessozialgerichts Rheinland-Pfalz vom 21. April 2011 aufzuheben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückzuverweisen.

Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen. Sie hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend.

Aus den Entscheidungsgründen:

Die zulässige Revision der Klägerin ist im Sinne der Zurückverweisung der Sache an das LSG zur erneuten Verhandlung und Entscheidung begründet (§ 170 Abs 2 S 2 SGG). Das angefochtene LSG-Urteil ist aufzuheben, damit die Beklagte im wieder eröffneten Berufungsverfahren das Verfahrenshindernis des Fehlens eines Vorverfahrens (dazu 1.) beseitigen kann, das einer Entscheidung über den erhobenen Anspruch entgegensteht (vgl zu ergänzenden Hinweisen 2.).

1. Eine Entscheidung über die Klage ist in der Sache noch nicht zulässig. Die Klägerin begehrt nach § 83 Abs 1 S 1 Nr 1 und 2 SGB X Auskunft darüber, ob und ggf welche der über die Klägerin bei der Beklagten gespeicherten Sozialdaten die Beklagte an welche Empfänger mit welchen Medien weitergab. Richtige Klageart für dieses Begehren ist die kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage (§ 54 Abs 4 SGG; dazu a). Gerichtlicher Rechtsschutz für dieses Begehren ist erst nach Durchführung eines Vorverfahrens zulässig [...].

2. Ergänzend weist der erkennende Senat für die weitere Sachbehandlung auf Folgendes hin:

a) Rechtsgrundlage des Auskunftsbegehrens ist § 83 Abs 1 S 1 Nr 2 iVm Nr 1 SGB X. Danach ist – wie dargelegt – dem Betroffenen auf Antrag Auskunft zu erteilen unter anderem über die zu seiner Person gespeicherten Sozialdaten, auch soweit sie sich auf die Herkunft dieser Daten beziehen, und über die Empfänger oder Kategorien von Empfängern, an die Daten weitergegeben werden. In dem Antrag soll die Art der Sozialdaten, über

die Auskunft erteilt werden soll, näher bezeichnet werden. Sind die Sozialdaten nicht automatisiert oder nicht in nicht automatisierten Dateien gespeichert, wird die Auskunft nur erteilt, soweit der Betroffene Angaben macht, die das Auffinden der Daten ermöglichen, und der für die Erteilung der Auskunft erforderliche Aufwand nicht außer Verhältnis zu dem vom Betroffenen geltend gemachten Informationsinteresse steht. Die verantwortliche Stelle bestimmt das Verfahren, insbesondere die Form der Auskunftserteilung, nach pflichtgemäßem Ermessen. § 25 Abs 2 SGB X gilt entsprechend (§ 83 Abs 1 S 2 bis 5 SGB X). Für Sozialdaten, die nur deshalb gespeichert sind, weil sie auf Grund gesetzlicher, satzungsmäßiger oder vertraglicher Aufbewahrungsvorschriften nicht gelöscht werden dürfen, oder die ausschließlich Zwecken der Datensicherung oder der Datenschutzkontrolle dienen, gilt Absatz 1 nicht, wenn eine Auskunftserteilung einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde (§ 83 Abs 2 SGB X). Die Auskunftserteilung unterbleibt unter anderem, soweit die Auskunft die ordnungsgemäße Erfüllung der in der Zuständigkeit der verantwortlichen Stelle liegenden Aufgaben gefährden würde, und deswegen das Interesse des Betroffenen an der Auskunftserteilung zurücktreten muss (§ 83 Abs 4 Nr 1 SGB X).

Es spricht viel dafür, dass der Auskunftsanspruch nach § 83 Abs 1 S 1 Nr 2 iVm Nr 1 SGB X nicht nur die Auskunft darüber umfasst, ob und ggf welche der über die Klägerin bei der Beklagten gespeicherten Sozialdaten die Beklagte an welche Empfänger weitergab.

► **Über den Wortlaut der Regelung hinaus dürfte auch die Auskunft über das Übermittlungsmedium einzubeziehen sein, wenn dies erforderlich ist, um insbesondere Rechte auf künftiges Unterlassen, Löschung und Schadensersatz verfolgen zu können, wenn nämlich der Übermittlungsweg den Zugriff unberechtigter Dritter eröffnet.**

Genau darauf beruft sich die Klägerin. Es ist Sinn und Zweck des Auskunftsanspruchs nach § 83 Abs 1 S 1 Nr 1 und Nr 2 SGB X, den Betroffenen in die Lage zu versetzen, zu erfahren, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über ihn weiß. Dies dient dazu, die Rechte auf Löschung, Berichtigung, Sperrung und Schadensersatz (vgl §§ 82, 84 SGB X) effektiv geltend machen zu können. Der Auskunftsanspruch sichert hierdurch verfassungskonform das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art 2 Abs 1 iVm Art 1 Abs 1 GG) ab (vgl grundlegend BVerfGE 65, 1, 43; Grundsatz der Transparenz; zur verfassungskonformen Konkretisierung der Parallelnorm des § 19 BDSG vgl BVerfGE 120, 351, 359 ff = Juris RdNr 53 ff).

Die Klägerin beruft sich gerade darauf, dass die Beklagte die Klägerin betreffende Sozialdaten ohne Schutz vor dem Zugriff unberechtigter Dritter übermittelt habe. Kenntnis über das Übermittlungsmedium kann insoweit zur Kenntnis über eine „unzulässige Verarbeitung“ führen. Eine unzulässige Verarbeitung kann einen Schadensersatzanspruch nach § 82 SGB X (iVm § 7 bzw § 8 BDSG) auslösen und eine gegen die Anforderungen nach § 78a SGB X verstoßende Datenverarbeitung sein (zum Beispiel des Fehlens einer nach Nr 2 der Anlage zu § 78a SGB X einzurichtenden Zugangskontrolle vgl Rombach in Hauck/Noftz, SGB X, Online-Ausgabe, § 82 RdNr 21, Stand März 2002; derselbe ebenda, § 78a RdNr 35, Stand Mai 2011; so auch bzgl § 7 BDSG Wagner, MittLVA Württ 1991, 268, 270; Gabel in Taeger/Gabel, BDSG, 2010, § 7 RdNr 7; vgl auch Schultze-Melling, CR 2005, 73, 77; Klett/Lee, CR 2008, 644, 647). Dafür sprechen auch Art 23 und Art 17 Abs 1 der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des

Rates vom 24. 10. 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Richtlinie 95/46/EG, ABl EG Nr L 281/31 vom 23. 11. 1995; vgl auch Art 5 Richtlinie 95/46/EG).

b) Die Grundvoraussetzungen des geltend gemachten Auskunftsanspruchs dürften erfüllt sein: Die Klägerin beantragte bei der Beklagten als „verantwortliche Stelle“ (§ 67 Abs 9 S 2 SGB X, § 35 SGB I) die gewünschte Auskunft darüber, ob und ggf welche der über die Klägerin bei der Beklagten gespeicherten, noch nicht mitgeteilten Sozialdaten die Beklagte an welche Empfänger mit welchen Medien weitergab. Weder bedurfte es einer weiteren Konkretisierung des Antrags (zur bloßen Beschleunigungs-, nicht Ausschlussfunktion des § 83 Abs 1 S 2 SGB X vgl Entwurf der Bundesregierung zum BDSG, BT-Drucks 7/1027 S 26, Zu § 11; vgl auch Bericht des Innenausschusses zum BDSG, BT-Drucks 7/5277 S 7, Zu § 11, wonach die Vorschrift „im Interesse des Bürgers“ in eine Sollvorschrift umgewandelt worden ist; s auch Rombach in Hauck/Noftz, SGB X, Online-Ausgabe, § 83 RdNr 20, Stand Einzelkommentierung August 2002) noch der Darlegung eines schützenswerten Auskunftsinteresses (vgl BVerfGE 89, 14, 17 f; Knemeyer, JZ 1992, 348, 350).

c) Die Einwendungen der Beklagten dürften kaum durchgreifen. Unerheblich ist insoweit der Einwand der Beklagten hinsichtlich der telefonischen Weitergabe von Sozialdaten, dass sie nicht jedes Telefonat aktenkundig mache. Der Auskunftsanspruch nach § 83 Abs 1 S 1 Nr 2 SGB X erstreckt sich nämlich auch auf nicht gespeicherte Empfänger bzw die nicht dokumentierte Übermittlung von Sozialdaten (vgl auch Rombach in Hauck/Noftz, SGB X, Online-Ausgabe, § 83 RdNr 8, Stand August 2002; Bieresborn in von Wulffen, SGB X, 7. Aufl 2010, § 83 RdNr 4; Gola/Schomerus, BDSG, 11. Aufl 2012, § 19 RdNr 6; Mallmann in Simitis, BDSG, 7. Aufl 2011, § 19 RdNr 26; Schaffland/Wiltfang, BDSG, § 19 RdNr 3, Stand Einzelkommentierung Oktober 2011; Mester in Taeger/Gabel, BDSG, 2010, § 19 RdNr 14).

► **Das Gebot effektiven Rechtsschutzes (Art 19 Abs 4 GG) gebietet grundsätzlich, die Übermittlung personenbezogener Daten zu protokollieren, sodass der Betroffene von der Weitergabe seiner Daten Kenntnis erlangen und dagegen den Rechtsweg beschreiten kann**

(vgl BVerfGE 65, 1, 70; s auch Baumann, DVBl 1984, 612, 618; für eine „Speicherungspflicht“ aufgrund des § 19 Abs 1 S 1 Nr 2 BDSG auch: Mallmann in Simitis, BDSG, 7. Aufl 2011, § 19 RdNr 26).

Dem Auskunftsanspruch der Klägerin steht nicht entgegen, dass die Auskunft, wenn die Sozialdaten nicht automatisiert oder nicht in nicht automatisierten Dateien gespeichert sind, nur erteilt wird, soweit der Betroffene Angaben macht, die das Auffinden der Daten ermöglichen, und der für die Erteilung der Auskunft erforderliche Aufwand nicht außer Verhältnis zu dem vom Betroffenen geltend gemachten Informationsinteresse steht (§ 83 Abs 1 S 3 SGB X). Bei Prüfung dieser Voraussetzung ist zu beachten, dass mit Blick auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung Einschränkungen des Informationsrechts nur zulässig sind, wenn sie gegenläufigen Interessen von größerem Gewicht dienen. Gesetzliche Ausschlussstatbestände müssen sicherstellen, dass die betroffenen Interessen einander umfassend und auch mit Blick auf den Einzelfall zugeordnet werden (vgl BVerfG Beschluss [Kammer] vom 10. 10. 2000 – 1 BvR 586/90, 1 BvR 673/90 –, NVwZ 2001, 185, 186). Grundsätzlich kann die Sicherung der ordnungsgemäßen Aufgabenerfüllung staatlicher Stellen eine Einschränkung des Auskunftsrechts rechtfertigen.

- **Ob im Einzelfall eine Auskunftserteilung ausgeschlossen werden darf oder nicht, richtet sich insbesondere nach der Bedeutung des Auskunftsrechts für die Grundrechte des Betroffenen, nach dem Gewicht der jeweiligen behördlichen Aufgabe und nach den Auswirkungen einer Auskunft auf die Aufgabenerfüllung (vgl. BVerfGE 120, 351, 365 = Juris RdNr 77).**

Die Klägerin hat Angaben gemacht, die das Auffinden der Daten (hinsichtlich der Empfänger) ermöglichen. Der für die Erteilung der Auskunft erforderliche Aufwand steht nicht außer Verhältnis zu dem von ihr geltend gemachten Informationsinteresse. Das Informationsinteresse der Klägerin ergibt sich nicht nur allgemein aus ihrem Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Sie untermauert es mit dem Hinweis, die Beklagte habe die Klägerin betreffende medizinische Daten über das Internet versandt. Zudem habe sie medizinische Daten an die Stadtverwaltung K. ohne erkennbare Rechtfertigung (im Rahmen des SGB IX) weitergegeben. Schließlich habe sie ohne gesetzliche Grundlage Sozialdaten an die Bundesagentur für Arbeit übermittelt.

Der für die Erteilung der Auskunft erforderliche Aufwand ist zudem unter Berücksichtigung effizienter, kostensparender Verfahren zu bemessen. Um eine Auskunft zu ermöglichen, bestimmt die verantwortliche Stelle unter Berücksichtigung dieses Interesses das Verfahren, insbesondere die Form der Auskunftserteilung (vgl. § 83 Abs 1 S 4 SGB X). In diesem Sinne ist es der Beklagten durchaus möglich, der Klägerin in einer Art und Weise Auskunft zu erteilen, die den organisatorischen Aufwand in Grenzen hält, beispielsweise in Form der Gewährung von Akteneinsicht. Die Beklagte hat es bei alledem in der Hand, die Aktenführung generell so zu gestalten, dass der Aufwand für die gesetzlichen Auskunftsrechte möglichst gering gehalten wird (vgl. auch BVerfGE 7, 168, 184 = SozR 4-1300 § 25 Nr 1 RdNr 54).

Die Beklagte kann auch nicht mit Erfolg geltend machen, die Auskunftserteilung müsse unterbleiben, soweit die Auskunft die ordnungsgemäße Erfüllung der in der Zuständigkeit der verantwortlichen Stelle liegenden Aufgaben gefährden würde, und deswegen das Interesse des Betroffenen an der Auskunftserteilung zurücktreten muss (vgl. § 83 Abs 4 Nr 1 SGB X). Wenn die Beklagte die begehrte Auskunft erteilt, gefährdet die gewünschte Information als solche nicht die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung der Beklagten (vgl. zu diesem wortlautgetreuen Ansatz auch BVerfGE 89, 14, 18; BFHE 203, 227, 233; BFHE 202, 425, 428; s. auch Mallmann in Simitis, BDSG, 7. Aufl 2011, § 19 RdNr 84; Wedde in Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, BDSG, 3. Aufl 2010, § 19 RdNr 23). Selbst wenn man entgegen den verfassungs- und europarechtlichen Wertungen – über den Wortlaut hinaus – Rechtsmissbrauch durch die Regelung des § 83 Abs 4 Nr 1 SGB X abwehren könnte, griffe eine solche Folge zu Lasten der Klägerin nach den dargelegten Grundsätzen effektiver Auskunftsgestaltung nicht ein. [...]

LAG Berlin-Brandenburg: Unzulässiger Zugriff des Betriebsrats auf Personalakten

Nimmt ein Betriebsratsmitglied in einer Vielzahl von Fällen fortgesetzt unberechtigt Einblick in die elektronisch geführten Personalakten, kann dies zum Ausschluss aus dem Betriebsrat führen.

Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 12. November 2012, Az.: 17 TaBV 1318/12.

Aus den Gründen:

A. Die Beteiligten streiten über die Zustimmung des Betriebsrats zur außerordentlichen Kündigung des Beteiligten zu 3) sowie über dessen Ausschluss aus dem Betriebsrat.

Der Beteiligte zu 3) ist seit dem 1. April 1998 bei dem Arbeitgeber, der ein Unfallkrankenhaus betreibt, tätig und wurde zunächst als Krankenpfleger beschäftigt. Er verpflichtete sich gegenüber dem Arbeitgeber am 30. März 1998 schriftlich, personenbezogenen Daten nicht unbefugt zu verarbeiten oder zu nutzen. Seit dem 1. Oktober 2001 gehört der Beteiligte zu 3) dem Betriebsrat an. Er ist seit dem 1. November 2011 Vorsitzender des Betriebsrats, nachdem er vom 1. Mai 2003 bis 31. Oktober 2011 stellvertretender Vorsitzender des Betriebsrats war; ferner nahm er die Funktion des EDV-Beauftragten des Betriebsrats wahr. Der Beteiligte zu 3) wurde von seiner beruflichen Tätigkeit zunächst in unterschiedlichem Umfang und ab dem 1. Januar 2005 vollständig freigestellt.

Der Arbeitgeber verwendet in seinem Betrieb das elektronische Personalinformationssystem „Stoff Manager“, mit dem personenbezogene Arbeitnehmerdaten verwaltet werden. Es werden dort u.a. die Mitarbeiterstammdaten (Adresse, Foto, Kontoverbindung, Gehalt, Ausbildung, Qualifikation), persönliche Daten der Angehörigen des Mitarbeiters, eine Schwerbehinderung, die Beschäftigungsdaten (Arbeitsvertrag, Qualifikation, Leistungszulagen, Dienstunterbrechungen, Urlaubs- und Krankheitsdaten) sowie Angaben zur Entgeltumwandlung und betrieblichen Altersversorgung gespeichert. Der Zugang zu dem Personalinformationssystem ist durch ein Passwort geschützt.

Ein Mitarbeiter der Personalabteilung suchte am 4. Januar 2012 das Betriebsratsbüro auf, um von dem Beteiligten zu 3) Unterlagen abzuholen. Dabei fiel ihm auf, dass auf dem Bildschirm des Beteiligten zu 3) eine Anwendung des Personalinformationssystems zu sehen war und Mitarbeiterstammdaten geöffnet waren. Der Beteiligte zu 3) beeilte sich, die Bildschirmoberfläche zu schließen und bemerkte, bei dem Bild handle es sich um einen „Screenshot“. Die anschließend durchgeführten Ermittlungen des Arbeitgebers ergaben, dass der Beteiligte zu 3) in der Zeit vom 30. Juli 2003 bis 12. Januar 2012 in insgesamt 253 Fällen von einem Personalcomputer des Betriebsrats aus unberechtigt auf das Personalinformationssystem zugegriffen hatte; wegen der Einzelheiten wird auf die Aufstellung Bl. 20 ff. der Akten verwiesen.

Der Arbeitgeber beantragte am 23. Januar 2012 bei dem Betriebsrat, der außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Beteiligten zu 3) zuzustimmen, was der Betriebsrat mit Schreiben vom 26. Januar 2012 verweigerte.

Mit seiner am 31. Januar 2012 beim Arbeitsgericht eingegangenen Antragsschrift hat der Arbeitgeber beantragt, die verweigte Zustimmung des Betriebsrats zu ersetzen. Er hat behauptet, der Beteiligte zu 3) habe sich den Zugang zu dem Personalinformationssystem durch Manipulation der Software verschafft; dass die Systemzugriffe im Rahmen der Betriebsrats Tätigkeit des Beteiligten zu 3) erfolgt seien, hat der Arbeitgeber bestritten. Mit seinem Hilfsantrag hat der Arbeitgeber den Ausschluss des Beteiligten zu 3) aus dem Betriebsrat verlangt. Mit seinem Verhalten habe der Beteiligte zu 3) in grober Weise gegen seine betriebsverfassungsrechtlichen Verpflichtungen verstoßen.

Der Betriebsrat und der Beteiligte zu 3) haben die Zurückweisung der Anträge des Arbeitgebers beantragt. Der Beteiligte zu 3) habe im Zusammenhang mit der Einführung des Personalin-

formationssystem das Passwort erhalten, mit dem er in der Folgezeit auf das System zugegriffen habe. Die Zugriffe seien ausschließlich zur Wahrnehmung betriebsverfassungsrechtlicher Aufgaben erfolgt. Bei dieser Sachlage seien weder eine außerordentliche Kündigung noch ein Ausschluss aus dem Betriebsrat gerechtfertigt.

Das Arbeitsgericht hat durch einen am 24. Mai 2012 verkündeten Beschluss den Zustimmungsersetzungsantrag zurückgewiesen und den Beteiligten zu 3) auf den Hilfsantrag des Arbeitgebers aus dem Betriebsrat ausgeschlossen. Der Beteiligte zu 3) habe mit den unberechtigten Zugriffen auf das Personalinformationssystem sowohl seine arbeitsvertraglichen Pflichten als auch seine betriebsverfassungsrechtlichen Verpflichtungen verletzt; denn es sei davon auszugehen, dass die jeweiligen Zugriffe im Zusammenhang mit der Betriebsratstätigkeit des Beteiligten zu 3) erfolgt seien. Bei dieser Sachlage liege ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht vor, während eine weitere Amtsausübung als Betriebsrat unzumutbar sei; von dem Arbeitgeber könne erwartet werden, den Beteiligten zu 3) wieder als Krankenpfleger zu beschäftigen. Wegen der Einzelheiten der Begründung wird auf den Inhalt der Gründe des angefochtenen Beschlusses verwiesen.

Gegen diesen ihnen jeweils am 11. Juni 2012 zugestellten Beschluss richtet sich die jeweils am 11. Juli 2012 eingelegte Beschwerde der Beteiligten, die sie jeweils innerhalb der verlängerten Beschwerdebegründungsfrist begründet haben.

Der Arbeitgeber hält unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Beteiligten zu 3) weiterhin für berechtigt. Der Beteiligte zu 3) habe in rechtswidriger und strafbarer Weise gegen seine Verpflichtung verstoßen, personenbezogene Daten zu nutzen; dies stehe einer weiteren Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses entgegen, zumal der Beteiligte zu 3) auch bei einer Tätigkeit als Krankenpfleger Zugang zu derartigen Daten habe. Das Arbeitsgericht habe bei seiner Entscheidung zu Unrecht unterstellt, die unberechtigten Zugriffe auf das Personalinformationssystem seien im Zusammenhang mit der Betriebsratstätigkeit des Beteiligten zu 3) erfolgt. Ein Ausschluss aus dem Betriebsrat werde dem Verhalten des Beteiligten zu 3) nicht gerecht, zumal damit zu rechnen sei, dass der Beteiligte bei der nächsten Betriebsratswahl erneut in den Betriebsrat gewählt werden würde.

Der Arbeitgeber beantragt,

1. unter teilweiser Änderung des Beschlusses des Arbeitsgerichts Berlin vom 24. Mai 2012 – 58 BV 1750/12 – die Zustimmung des Betriebsrats zur außerordentlichen fristlosen Kündigung des Beteiligten zu 3) zu ersetzen,

2. die Beschwerden des Betriebsrats und des Beteiligten zu 3) zurückzuweisen.

Der Betriebsrat und der Beteiligte zu 3) beantragen,

1. unter teilweiser Änderung des Beschlusses des Arbeitsgerichts Berlin vom 24. Mai 2012 – 58 BV 1750/12 – den Antrag auf Ausschluss des Beteiligten zu 3) aus dem Betriebsrat zurückzuweisen,

2. die Beschwerde des Arbeitgebers zurückzuweisen.

Sie halten auch den Ausschluss des Beteiligten zu 3) aus dem Betriebsrat unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens für nicht gerechtfertigt. Der Beteiligte zu 3) habe nicht in grober Weise gegen seine betriebsverfassungsrechtlichen Verpflichtungen verstoßen. Er habe sich den Zugang zu dem Personalinformationssystem nicht auf rechts-

widrige Weise verschafft, sondern das Passwort im Jahr 2003 von dem Arbeitgeber im Zusammenhang mit den Verhandlungen über eine EDV-Betriebsvereinbarung mit den Worten erhalten: „Dann gucken Sie doch einfach mal da rein, dann sehen Sie, dass wir nichts Böses machen“. Die Zugriffe seien ausschließlich im Zusammenhang mit der Betriebsratsarbeit des Beteiligten zu 3) und jeweils aus Anlass einer konkreten Beschluss- oder Beratungssituation erfolgt. Im Grunde habe der Beteiligte zu 3) die Betriebsratsarbeit lediglich effizienter gestaltet, indem er ein Informationsdefizit des Arbeitgebers ausgeglichen habe; der Arbeitgeber hätte die durch die Zugriffe erhaltenen Informationen ohnehin erteilen müssen. Bei dieser Sachlage sei es ausreichend, dem Beteiligten zu 3) eine betriebsverfassungsrechtliche Abmahnung zu erteilen, zumal nur das während der gegenwärtigen Amtszeit aufgetretene Verhalten berücksichtigt werden könne. Es könne als sicher angenommen werden, dass der Beteiligte zu 3) zukünftig nicht mehr unberechtigt Zugriff auf das Personalinformationssystem nehmen werde; die zukünftige Funktionsfähigkeit des Betriebsrats sei daher nicht beeinträchtigt. [...]

B. Die Beschwerden der Beteiligten sind unbegründet. Das Arbeitsgericht hat zu Recht den Zustimmungsersetzungsantrag des Arbeitgebers zurückgewiesen (I.) und den Beteiligten zu 3) aus dem Betriebsrat ausgeschlossen (II.).

I. 1. Die außerordentliche Kündigung eines Mitglieds des Betriebsrats bedarf nach § 103 Abs. 1 BetrVG der Zustimmung des Betriebsrats. Wird diese Zustimmung verweigert, hat sie das Arbeitsgericht auf Antrag des Arbeitgebers zu ersetzen, wenn die außerordentliche Kündigung unter Berücksichtigung aller Umstände gerechtfertigt ist, § 103 Abs. 2 BetrVG; hierzu muss insbesondere ein wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB vorliegen. Es ist zunächst festzustellen, ob dem Betriebsratsmitglied eine reine Verletzung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten vorgeworfen wird oder ob (auch) eine Verletzung betriebsverfassungsrechtlicher Verpflichtungen gegeben ist. Liegt lediglich eine Amtspflichtverletzung vor, kann der Arbeitgeber ausschließlich ein Ausschlussverfahren nach § 23 BetrVG betreiben; wird dem Betriebsratsmitglied zugleich eine schwere Arbeitspflichtverletzung vorgeworfen, kommt eine außerordentliche Kündigung in Betracht. Dabei ist allerdings bei der Prüfung eines wichtigen Grundes ein besonders strenger Maßstab anzulegen, weil ein Arbeitnehmer, der nicht dem Betriebsrat angehört, nicht der gleichen Konfliktsituation ausgesetzt ist wie ein Betriebsratsmitglied, das im Rahmen seiner Amtstätigkeit seine Arbeitsvertragspflichten verletzt (vgl. hierzu BAG, Urteil vom 16. Oktober 1986 – 2 ABR 71/85 – AP Nr. 95 zu § 626 BGB; Richardi, BetrVG, 13. Auflage 2012, Anhang zu § 103, Rn. 21 m.w.N.).

2. Bei Anwendung dieser Grundsätze liegt ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Beteiligten zu 3) nicht vor.

a) Der Beteiligte zu 3) hat allerdings in erheblicher Weise gegen seine Verpflichtung verstoßen, unbefugt personenbezogene Daten nicht zu nutzen. Er war nicht berechtigt, auf das Personalinformationssystem zuzugreifen; gleichwohl hat er seit dem 30. Juli 2003 in 253 Einzelfällen Einblick in die elektronisch geführten Personalakten der Arbeitnehmer des Beklagten genommen. Ein derartiges Verhalten ist an sich geeignet, eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu rechtfertigen. Soweit der Arbeitgeber dem Beteiligten zu 3) darüber hinaus vorgeworfen hat, dieser habe sich durch Manipulationen den Zugang zu

dem Personalinformationssystem verschafft, kann ein derartiges Verhalten jedoch nicht festgestellt werden. Der Beteiligte zu 3) hat geschildert, dass ihm das erforderliche Passwort bei der Einführung des Personalinformationssystems überlassen worden ist, um sich von den Möglichkeiten des Systems ein eigenes Bild zu machen. Dieses Vorbringen hat der Arbeitgeber zwar bestritten, es jedoch – was zur Stützung des erhobenen Vorwurfs erforderlich gewesen wäre – nicht widerlegen können. Nach der Mitteilung des Softwarebetreibers vom 16. Januar 2012 wurde das Passwort zudem seit dem Jahr 2003 möglicherweise nicht geändert. Es ist deshalb nicht ausgeschlossen, dass der Beteiligte zu 3) auf das System mit dem ihm einmal überlassenen Passwort zugreifen konnte. Weitere Umstände, die darauf hindeuten könnten, dass der Beteiligte zu 3) sich unter Veränderung der Hard- oder Software Zugang zu dem Personalinformationssystem verschafft hat, hat der Arbeitgeber nicht vorgetragen; sie sind auch sonst nicht ersichtlich. Der Vorwurf, der Beteiligte zu 3) habe eingerichtete Zugangssperren durch Manipulation überwunden, erweist sich danach als unberechtigt.

► **b) Das genannte Fehlverhalten rechtfertigt bei Abwägung der Umstände des Einzelfalles jedoch nicht die sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Dabei ist von entscheidender Bedeutung, dass die Verhaltenspflichtverletzung nach Auffassung der Beschwerdekammer zugleich einen Amtspflichtverstoß des Beteiligten zu 3) beinhaltet und es dem Arbeitgeber deshalb bei Anwendung eines besonders strengen Maßstabes zugemutet werden kann, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen.**

aa) Der Betriebsrat hat darüber zu wachen, dass die zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Gesetze im Betrieb durchgeführt werden; hierzu gehört auch das Bundesdatenschutzgesetz (BAG, Beschluss vom 17. März 1987 – 1 ABR 59/85 – AP Nr. 29 zu § 80 BetrVG 1972). Es obliegt ihm, die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern (§ 75 Abs. 2 BetrVG). Der Betriebsrat hat deshalb ohne Zustimmung des jeweiligen Arbeitnehmers nicht das Recht, Einblick in eine Personalakte nehmen, was sich mittelbar aus § 83 BetrVG ergibt (BAG, Beschluss vom 20. Dezember 1988 – 1 ABR 63/87 – AP Nr. 5 zu § 92 BetrVG 1972). Der Beteiligte zu 3) hat gegen diese Verpflichtungen, die ihn als Mitglied des Betriebsrats auch persönlich trafen, mit seinen unberechtigten Zugriffen auf das Personalinformationssystem verstoßen. Denn jeder unerlaubte Einblick in eine elektronisch geführte Personalakte verletzte § 5 BDSG und beeinträchtigte den Arbeitnehmer in seinem Persönlichkeitsrecht, das auch die Befugnis umfasst, die eigenen personenbezogenen Daten geheim zu halten. Die Beschwerdekammer nimmt dabei an, dass die unberechtigten Zugriffe auf das Personalinformationssystem wegen und im Zusammenhang mit der Betriebsratstätigkeit des Beteiligten zu 3) erfolgten. Die Zugriffe erfolgten jeweils von einem Personalcomputer des Betriebsrats aus. Der Beteiligte zu 3) war zudem seit dem Jahr 2005 vollständig von seiner beruflichen Tätigkeit freigestellt und nahm ausschließlich Aufgaben des Betriebsrats wahr. Sein Verhalten im Betrieb hatte deshalb von vornherein eher einen Bezug zu seiner Funktion als Betriebsrat als zu seiner arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit als Krankenpfleger. Es sind schließlich keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Beteiligte zu 3) die erhaltenen Informationen zu anderen Zwecken als zur Wahrnehmung der Betriebsratstätigkeit verwendet hat bzw. verwenden wollte.

► **bb) Werden der Amtspflichtverstoß und der gleichzeitig vorliegende Verstoß des Beteiligten zu 3) gegen seine betriebs-**

verfassungsrechtlichen Pflichten gegeneinander abgewogen, so überwiegt eindeutig der Amtspflichtverstoß.

Der Beteiligte zu 3) hätte nach Überzeugung der Beschwerdekammer keinen unerlaubten Einblick in die elektronisch geführten Personalakten genommen, wenn er nicht Mitglied des Betriebsrats gewesen wäre. Er hat im Zusammenhang mit dieser Funktion das Passwort erhalten, das ihm Zugang zu dem Personalinformationssystem verschaffte; die Zugriffe erfolgten im Zusammenhang mit der nahezu ausschließlich ausgeübten Betriebsratstätigkeit.

► **Vor diesem Hintergrund kann von dem Arbeitgeber erwartet werden, dass er den Amtspflichtverstoß zum Anlass für ein Ausschlussverfahren nach § 23 Abs. 1 BetrVG nimmt und das Arbeitsverhältnis mit dem Beteiligten zu 3) fortsetzt. Der Arbeitgeber muss nicht damit rechnen, dass der Beteiligte zu 3) bei einer Beschäftigung als Krankenpfleger weiterhin zu Unrecht personenbezogene Daten nutzen wird.**

Der Beteiligte zu 3) wird schon deshalb zukünftig keinen Zugang mehr zu dem Personalinformationssystem erhalten, weil der Arbeitgeber das hierfür erforderliche Passwort ändern wird; dass der Beteiligte zu 3) sonstige personenbezogene Daten – z.B. der Patienten des Arbeitgebers – unerlaubt nutzen wird, ist angesichts des betriebsverfassungsrechtlichen Hintergrunds der bisherigen Verstöße nicht anzunehmen. Auch wenn dies das Verhalten des Beteiligten zu 3) nicht entschuldigen oder gar rechtfertigen kann, ist schließlich zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber die unerlaubte Nutzung des Personalinformationssystems möglicherweise erleichtert hat, indem er das Passwort seit der Einführung des Systems nicht änderte und auch sonst offenbar keine Vorsorge gegen unberechtigte Zugriffe traf. Bei dieser Sachlage und wegen der Anwendung eines besonders strengen Maßstabes bei der Feststellung eines wichtigen Grundes erweist sich eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Beteiligten zu 3) als unberechtigt.

II. 1. Ein Mitglied des Betriebsrats kann nach § 23 Abs. 1 BetrVG auf Antrag des Arbeitgebers aus dem Betriebsrat ausgeschlossen werden, wenn es seine betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten in grober Weise verletzt hat. Die grobe Pflichtverletzung muss objektiv erheblich und offensichtlich schwerwiegend sein; dies setzt voraus, dass die weitere Amtsausübung des Betriebsrats unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles untragbar erscheint (BAG, Beschluss vom 22. Juni 1993 – 1 ABR 62/92 – AP Nr. 22 zu § 23 BetrVG 1972 m.w.N.). Dabei ist umstritten, ob die Pflichtverletzung schuldhaft begangen sein muss oder ob es genügt, dass sie dem Betriebsratsmitglied zurechenbar ist (im letzteren Sinn BAG, Beschluss vom 5. September 1967 – 1 ABR 1/67 – AP Nr. 8 zu § 23 BetrVG; a.A. Richardi, BetrVG, 13. Aufl. 2012, § 23 Rn. 28 m.w.N.). Das Verhalten muss sich jedoch in erheblicher Weise nachteilig auf die weitere Arbeit des Betriebsrats auswirken.

2. Der Ausschlussantrag des Arbeitgebers erweist sich bei Anwendung dieser Grundsätze als begründet.

► **Der Beteiligte zu 3) hat seine betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten grob verletzt, indem er allein in der gegenwärtigen Amtszeit in 61 Fällen unberechtigt auf das elektronische Personalinformationssystem zugriff [...]. Er hat mit diesem Verhalten als Mitglied des Betriebsrats jeweils gegen das Bundesdatenschutzgesetz verstoßen, anstatt darüber zu wachen, dass es eingehalten wird. Er hat ferner die Persönlichkeits-**

rechte der betroffenen Arbeitnehmer verletzt, die zu schützen er ebenfalls berufen war;

insoweit kann auf die Ausführungen zu B. I. 2 b) aa) der Gründe verwiesen werden. Das genannte Verhalten des Beteiligten zu 3) war auf Dauer angelegt, was sich bereits an der großen Zahl der Zugriffe zeigt. Auch spricht nichts dafür, dass der Beteiligte zu 3) zukünftig keinen Einblick mehr in die elektronisch geführten Personalakten genommen hätte, wenn sein Verhalten nicht entdeckt worden wäre. Vielmehr ist der Schluss gerechtfertigt, dass der Beteiligte zu 3) ein angenommenes Informationsbedürfnis des Betriebsrats weiterhin durch Zugriffe auf das Personalinformationssystem gedeckt hätte.

Dem Beteiligten zu 3) war ferner bewusst, dass er keinen Einblick in das Personalinformationssystem nehmen durfte. Dies wird bereits an dem Verhalten deutlich, dass der Beteiligte zu 3) gegenüber dem Mitarbeiter der Personalabteilung an den Tag gelegt hat, nachdem dieser den Aufruf von Mitarbeiterstammdaten auf einem Computer im Betriebsratsbüro bemerkt hatte. Dass ihm das Passwort bei der Einführung des Systems überlassen wurde, konnte der Beteiligte zu 3) unter keinen Umständen dahingehend verstehen, er dürfe auf unbestimmte Zeit auf das System zugreifen. Vielmehr zeigen die Worte bei Übergabe des Passwortes, dass es lediglich darum ging, den Betriebsrat allgemein von der Arbeitsweise des geplanten Systems zu unterrichten; nach der Einführung des Systems entfiel daher jede Zugangsberechtigung des Betriebsrats. Letztlich stellt auch der Beteiligte zu 3) nicht in Abrede, dass er zu Unrecht Zugriff auf das System genommen hat.

Es liegen keine Umstände vor, die den gegenüber dem Beteiligten zu 3) zu erhebende Vorwurf entscheidend abmildern könnten. So entlastet es den Beteiligten zu 3) nicht, dass der Arbeitgeber oder das eingeschaltete Softwareunternehmen ihm im Zusammenhang mit der Einführung des Systems den Zugang ermöglichte und auch in der Folgezeit offenbar unberechtigte Zugriffe nicht hinreichend verhindert wurden. Es war vielmehr Sache des Beteiligten zu 3), von sich aus das überlassene Passwort nicht mehr zu nutzen und den Arbeitgeber darauf hinzuweisen, dass das Passwort geändert werden müsse, um so jeden Missbrauch des bisherigen, bei Einführung des Systems möglicherweise einem breiteren Personenkreis zugänglich gemachten Passworts zu verhindern. Der Beteiligte zu 3) kann sich auch nicht darauf berufen, der Arbeitgeber hätte die durch Zugriff auf das System erhaltenen Informationen ohnehin dem Betriebsrat zur Verfügung stellen müssen. Der Unterrichtsanspruch des Betriebsrats (§ 80 Abs. 2 BetrVG) bezieht sich nicht auf sämtliche Personalakten der Arbeitnehmer des Betriebs, sondern nur auf die zur Durchführung der Aufgaben des Betriebsrats erforderlichen Angaben. Dabei kann der Betriebsrat nicht selbst entscheiden, welche Informationen ihm zugänglich gemacht werden, sondern dies obliegt im Streitfall letztlich den Gerichten für Arbeitsachen. Auch steht es dem Betriebsrat nicht zu, einen – einmal angenommenen – Informationsanspruch selbst durchzusetzen, indem er – unter Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften – Einblick in die elektronisch geführten Personalakten nimmt.

Das betriebsverfassungswidrige Verhalten des Beteiligten zu 3) hat die zukünftige Tätigkeit des Betriebsrats erheblich beeinträchtigt.

► Der Betriebsrat kann seine Aufgaben letztlich nur erfolgreich wahrnehmen, wenn er das Vertrauen der von ihm vertretenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer genießt; oh-

ne deren Rückhalt ist eine sachgerechte Interessenwahrnehmung nicht möglich. Der vielfache und auf Dauer angelegte Verstoß des Beteiligten zu 3) gegen das gesetzlich geschützte Datengeheimnis diskreditiert demgegenüber den Betriebsrat bei der Belegschaft.

Diese muss nicht nur annehmen, dass der Betriebsrat in Bezug auf das Bundesdatenschutzgesetz seine Überwachungsaufgabe nicht wahrnimmt. Sie muss darüber hinaus feststellen, dass aus dem Bereich des Betriebsrats – in Person des Vorsitzenden und EDV-Beauftragten des Betriebsrats – die zum Schutze der Arbeitnehmer bestehenden Datenschutzbestimmungen vorsätzlich verletzt wurden, ohne dass ein Ende dieses Verhaltens absehbar war. Jeder Beschäftigte muss zudem damit rechnen, dass der Betriebsrat seine personenbezogenen Daten eingesehen hat, ohne dass die hierzu erforderliche Erlaubnis vorlag. Dies alles führt zu einem berechtigten Misstrauen der Belegschaft gegenüber dem Betriebsrat. Das Verhalten des Beteiligten zu 3) ist zudem geeignet, die vertrauensvolle Zusammenarbeit der Betriebsparteien (§ 2 Abs. 1 BetrVG) zu beeinträchtigen.

► Der Arbeitgeber muss sich darauf verlassen können, dass der Betriebsratsvorsitzende bei der Ausübung seines Amtes nicht vorsätzlich zum Schutze der Arbeitnehmer bestehende Rechtsvorschriften verletzt, für deren Einhaltung auch er – der Arbeitgeber – verantwortlich ist.

Nur auf dieser Grundlage ist es möglich, „vertrauensvoll zum Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebs“ zusammenzuarbeiten; sie wurde durch das Verhalten des Beteiligten zu 3) nachhaltig beeinträchtigt. Dabei ist erneut von Bedeutung, dass es sich nicht um einen einzelnen Vorfall, sondern um ein auf Dauer angelegtes Verhalten des Beteiligten zu 3) handelt, das – wäre es nicht zufällig entdeckt worden – fortgesetzt worden wäre.

Nach alledem ist festzustellen, dass der Beteiligte zu 3) vorsätzlich über einen langen Zeitraum in einer Vielzahl von Fällen gegen seine betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten verstoßen hat; sein weiteres Verbleiben in dem Betriebsrat ist im Hinblick auf die Auswirkungen dieses Verhaltens untragbar. Der Betriebsrat und der Beteiligte zu 3) können hiergegen nicht mit Erfolg einwenden, den Amtspflichtverletzungen könne mit einer „betriebsverfassungsrechtlichen Abmahnung“ begegnet und von einem Ausschluss aus dem Betriebsrat abgesehen werden. Nach § 23 Abs. 1 BetrVG ist ein Ausschluss aus dem Betriebsrat ohnehin nur bei groben Verstößen gegen die Amtspflichten möglich, während weniger gewichtige Amtspflichtverletzungen ohne rechtliche Folgen bleiben. Es besteht deshalb kein Bedürfnis, schwerwiegende Pflichtverletzungen, zu denen sich regelmäßig niemand berechtigt fühlen darf und bei denen mit einem Ausschlussverfahren nach § 23 Abs. 1 BetrVG gerechnet werden muss, zum Gegenstand einer Abmahnung zu machen. [...]

BVerfG: Einstweiliger Rechtsschutz gegen längerfristige polizeiliche Observation

Eine längerfristige polizeiliche Observation stellt einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff dar.

Die vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht geschützte Privatsphäre ist nicht auf den häuslichen Bereich beschränkt.

Angesichts des mit einer längerfristigen Observation verbundenen schweren Eingriffs dürfen Gerichte dem Beschwerdeführer nicht unter Berufung auf zum Zeitpunkt ihrer Entscheidungen

**im Wesentlichen nicht mehr aktuelle Erkenntnisse den einstweiligen Rechtsschutz versagen.
(Orientierungssätze des Gerichts)**

Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 8. November 2012, Az.: 1 BvR 22/12.

Aus den Gründen:

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen Entscheidungen im verwaltungsgerichtlichen Eilrechtsschutzverfahren über die längerfristige Observation des aus der Sicherungsverwahrung entlassenen Beschwerdeführers.

I. 1. Das Landgericht S. verurteilte den 1959 geborenen Beschwerdeführer – nach zwei einschlägigen Vorstrafen nach Jugendstrafrecht – im Jahre 1985 wegen zwei Vergewaltigungen zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren mit anschließender Sicherungsverwahrung.

Mit Beschluss vom 10. September 2010 erklärte das Oberlandesgericht K. im Anschluss an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte die Sicherungsverwahrung für erledigt, ordnete für die Dauer von fünf Jahren Führungsaufsicht an und unterstellte den Beschwerdeführer der Bewährungshilfe. Gleichzeitig mit der Entlassung des Beschwerdeführers aus der Sicherungsverwahrung ordnete die Polizeidirektion Freiburg die längerfristige Observation des Beschwerdeführers zunächst für die Dauer von vier Wochen an und verlängerte diese Anordnung seither 14 mal, zuletzt bis zum 5. Oktober 2012. Die Polizei führt die Observation offen durch. Nach seinen im Ausgangsverfahren unwidersprochen gebliebenen Angaben bewohnt der Beschwerdeführer ein Zimmer in einer in einem Hinterhaus gelegenen Unterkunft. Im Hof vor diesem Hinterhaus parkt ständig ein Polizeifahrzeug, in dem sich drei Polizeibeamte aufhalten. Zwei weitere Beamte halten sich in der Küche der Unterkunft auf, wenn sich der Beschwerdeführer in seinem Zimmer befindet. Eine direkte Beobachtung des Beschwerdeführers in seinem eigentlichen Wohnraum findet nicht statt. Außerhalb seiner Wohnung begleiten ständig Polizisten den Beschwerdeführer. Bei Gesprächen des Beschwerdeführers mit Ärzten, Rechtsanwälten und Bediensteten von Behörden sind die Beamten angewiesen, Abstand zu halten. Nimmt der Beschwerdeführer ansonsten Kontakt zu Frauen auf, weisen die Polizisten sie mit einer sogenannten Gefährdetenansprache auf den Grund der Observation des Beschwerdeführers hin.

Mit Urteil vom 13. Januar 2011 stellte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte fest, dass die Unterbringung des Beschwerdeführers in Sicherungsverwahrung vom 26. Juni 1999 bis zu seiner Entlassung am 10. September 2010 konventionswidrig war.

2. a) Mit Beschluss vom 2. September 2010 hatte das Verwaltungsgericht F. einen ersten Antrag des Beschwerdeführers auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem Ziel, das antragsgegnerische Land zur Unterlassung der geplanten längerfristigen Observation zu verurteilen, abgelehnt. Eine hiergegen eingelegte Beschwerde wies der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg mit Beschluss vom 23. September 2010 zurück.

b) Einen weiteren Antrag des Beschwerdeführers, im Wege der einstweiligen Anordnung die Verpflichtung auszusprechen, seine Observation umgehend einzustellen, lehnte das Verwaltungsgericht mit dem angegriffenen Beschluss vom 16. August 2011 ab.

Die längerfristige Observation verstoße nicht gegen Art. 5 Abs. 1 EMRK, da sie keine Freiheitsentziehung im Sinne dieser Vorschrift sei. Die praktizierte Observation bedeute zwar einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff, sie trage dem Kernbereich privater Lebensgestaltung des Beschwerdeführers aber noch ausreichend Rechnung. Das psychiatrische Gutachten vom 5. März 2010 bestätige die vom Beschwerdeführer angenommene günstige Prognose nicht. Veränderte Umstände könnten nicht darin gesehen werden, dass der Beschwerdeführer seit dem 10. September 2010 aus der Haft entlassen sei, sich seit Dezember 2010 in therapeutischer Behandlung befinde und nach seinem Vortrag bisher keine Vorfälle aufgetreten seien, die weiterhin eine konkrete Gefahr anzunehmen rechtfertigten. Denn der Antragsgegner habe die Risikobewertung im Mai 2011 überprüft und die Gefahrenkategorie eins bestätigt. Auch dass der Beschwerdeführer nunmehr seinen Therapeuten gegenüber dem Gericht von der Schweigepflicht entbinde, führe zu keiner anderen Beurteilung, da das Verwaltungsgericht keine eigene Prognose treffe, sondern nur die Prognose des Antragsgegners auf ihre Vereinbarkeit mit geltendem Recht überprüfe. Insgesamt sehe das Gericht im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes derzeit keinen Anlass, die Risikoeinschätzung durch den Antragsgegner anders zu beurteilen. c) Die Beschwerde gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts wies der Verwaltungsgerichtshof mit einem ebenfalls angegriffenen Beschluss vom 8. November 2011 zurück.

Es spreche einiges dafür, dass die längerfristige Observation des Beschwerdeführers (noch) eine Rechtsgrundlage im Polizeigesetz Baden-Württemberg (PolG BW) finde. Im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes könne offen bleiben, ob die polizeiliche Maßnahme unmittelbar auf die Regelung des § 22 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 PolG BW gestützt werden könne oder ob auf die polizeiliche Generalklausel der §§ 1, 3 PolG BW in Verbindung mit einer entsprechenden Anwendung der qualifizierten Tatbestandsvoraussetzungen und verfahrensrechtlichen Sicherungen des § 22 PolG BW zurückgegriffen werden müsse. In materieller Hinsicht stellte der Verwaltungsgerichtshof darauf ab, dass auf der Grundlage des im Beschwerdeverfahren zu berücksichtigenden Vorbringens nicht mit dem erforderlichen Maß an Wahrscheinlichkeit festgestellt werden könne, dass von dem Beschwerdeführer keine Gefahr für die körperliche Unversehrtheit Dritter mehr ausgehe. Als Grundlage der Risikobewertung zog der Verwaltungsgerichtshof neben verschiedenen Umständen in dem seit der Entlassung aus der Sicherungsverwahrung beim Beschwerdeführer beobachteten Verhalten das noch während der Sicherungsverwahrung erstellte psychiatrische Gutachten vom 5. März 2010 heran, wonach bei einer Entlassung aus der Sicherungsverwahrung ohne Vorbereitung, ohne Erprobung und ohne gesicherten sozialen Empfangsraum von einer hohen Rückfallwahrscheinlichkeit auszugehen sei. Die längerfristige Observation sei daher im Zeitpunkt der Entscheidung insgesamt noch als verhältnismäßig anzusehen.

3. Das Bundesverfassungsgericht hat einen mit der Verfassungsbeschwerde verbundenen Antrag des Beschwerdeführers auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt (Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 27. Februar 2012 – 1 BvR 22/12 –, juris).

4. Der Beschwerdeführer macht mit seiner Verfassungsbeschwerde geltend, die Observation sei verfassungswidrig, weil Kontrolle und Überwachung von aus der Haft Entlassenen ausschließlich Aufgabe der Strafjustiz mit Hilfe von Führungsaufsicht und

Bewährungshilfe sei. Für die Notwendigkeit einer Verzahnung von Führungsaufsicht und polizeirechtlichen Maßnahmen bestehe kein Anlass. Die Maßnahmen durch die örtliche Polizei brächten keine zusätzliche Sicherheit und belasteten ihn unzumutbar. Die Observation führe dazu, dass er faktisch in Isolation leben müsse. Resozialisierungsbemühungen würden behindert und Rechtsschutz erschwert, da das Verfahren nicht rechtsstaatlich ausgestaltet sei. Das Gutachten, auf das sich der Beschluss des Verwaltungsgerichtshofs stütze, sei nicht aussagekräftig, da es noch im Rahmen der Vorbereitungen für die Entlassung aus der Sicherungsverwahrung entstanden sei und darauf gezielt habe, durch eine Lockerungserprobung eine weitere Prognosebasis zu schaffen. Im Übrigen habe es eine Prognosedauer von nur wenigen Monaten. Seit dem 17. Dezember 2010 befinde er sich in regelmäßiger psychotherapeutischer Behandlung.

5. Zu der Verfassungsbeschwerde hat die Regierung des Landes Baden-Württemberg durch das Innenministerium Stellung genommen. Es hält die Verfassungsbeschwerde für unbegründet.

6. Der Beschwerdeführer hat inzwischen durch Klageerhebung ein Hauptsacheverfahren auf Unterlassung der Observation eingeleitet, in dem das Verwaltungsgericht F. noch keine Entscheidung getroffen hat.

II. 1. Soweit sich die Verfassungsbeschwerde gegen die Entscheidungen des Verwaltungsgerichts und des Verwaltungsgerichtshofs richtet, nimmt die Kammer sie zur Entscheidung an und gibt ihr statt (§§ 93b, 93c Abs. 1 Satz 1 BVerfGG).

a) Die Annahmeveraussetzungen des § 93a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG liegen vor. [...]

b) Die für die Beurteilung der Verfassungsbeschwerde maßgeblichen verfassungsrechtlichen Grundsätze hat das Bundesverfassungsgericht bereits entwickelt. Dies gilt insbesondere für die Anforderungen des Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz an gerichtliche Eilverfahren (vgl. BVerfGE 69, 315 <363 f.>; 93, 1 <13 f.>; 94, 166 <216>).

c) Nach diesen Grundsätzen erweist sich die Verfassungsbeschwerde als begründet. Die angegriffenen Entscheidungen verletzen den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht aus Art. 19 Abs. 4 GG.

► **aa) Die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes verlangt grundsätzlich die Möglichkeit eines Eilverfahrens, wenn ohne sie dem Betroffenen eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung in seinen Rechten droht, die durch die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann**

(vgl. BVerfGE 79, 69 <75>; 93, 1 <14 f.>). Gerichtlicher Rechtsschutz namentlich in Eilverfahren hat so weit wie möglich der Schaffung solcher vollendeter Tatsachen zuvorzukommen, die dann, wenn sich eine Maßnahme bei (endgültiger) richterlicher Prüfung als rechtswidrig erweist, nicht mehr rückgängig gemacht werden können (vgl. BVerfGE 37, 150 <153>; 69, 220 <228>). Aus Art. 19 Abs. 4 GG ergeben sich für die Gerichte Anforderungen an die Auslegung und Anwendung der jeweiligen Gesetzesbestimmungen über den Eilrechtsschutz (vgl. BVerfGE 93, 1 <13>). Dabei ist effektiver vorläufiger verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz nicht allein durch das auf den Suspensiveffekt aufbauende Rechtsschutzsystem des § 80 VwGO möglich; vielmehr ist grundsätzlich auch der Weg über § 123 VwGO geeignet, einen im Sinne von Art. 19 Abs. 4 GG ausreichenden effektiven Rechtsschutz zu gewähren (vgl. BVerfGE 51, 268 <284 f.>; 65, 1 <70 f.>). Die

Gerichte sind gehalten, bei der Auslegung und Anwendung von § 123 VwGO vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren, wenn sonst dem Antragsteller eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung in seinen Rechten droht, die durch die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann, es sei denn, dass ausnahmsweise überwiegende, besonders wichtige Gründe entgegenstehen (vgl. BVerfGE 79, 69 <74 f.>; 93, 1 <13 f.>). Dann muss die Prüfung eingehend genug sein, um den Antragsteller vor erheblichen und unzumutbaren, anders weder abwendbaren noch reparablen Nachteilen effektiv zu schützen (vgl. BVerfGE 79, 69 <74>; 93, 1 <13 f.>). Bei solchen Nachteilen können sich die Gerichte nur insoweit auf eine – ansonsten ausreichende – summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage beschränken, als dies durch besondere Gründe auch angesichts der in Frage stehenden Nachteile gerechtfertigt ist (vgl. BVerfGE 1, 292 <296>). Außerdem müssen die Gerichte Fragen des Grundrechtsschutzes einbeziehen (vgl. BVerfGE 5, 237 <242>).

bb) Diesen Anforderungen entsprechen die Entscheidungen im Ausgangsverfahren nicht in jeder Hinsicht.

Zunächst haben sowohl das Verwaltungsgericht als auch der Verwaltungsgerichtshof richtigerweise erkannt, dass die dauernde Observation des Beschwerdeführers einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff darstellt.

► **Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und die Menschenwürde sichern jedem Einzelnen einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren kann (vgl. BVerfGE 35, 202 <220>; 79, 256 <268>). Dabei ist die vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht geschützte Privatsphäre nicht auf den häuslichen Bereich beschränkt (vgl. BVerfGE 101, 361 <384>).**

► **Dem Beschwerdeführer wird aber durch die fast lückenlose Präsenz der ihn außerhalb seines Zimmers überwachen- den Polizisten die Möglichkeit, ein selbstbestimmtes, eigenverantwortliches Leben zu führen, weitgehend genommen.**

Die Gerichte, insbesondere der Verwaltungsgerichtshof, haben dem Beschwerdeführer Eilrechtsschutz versagt, weil ihm kein Anordnungsanspruch zur Seite stehe. Hierbei haben sie jedoch das besondere grundrechtliche Gewicht des Begehrens des Beschwerdeführers nicht ausreichend gewürdigt.

Nicht zu beanstanden ist es allerdings, dass die Gerichte für das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes die polizeiliche Generalklausel im baden-württembergischen Polizeirecht als noch ausreichende Rechtsgrundlage für die dauerhafte Observation des Beschwerdeführers angesehen haben. Zwar ist es zweifelhaft, ob die geltende Rechtslage hinreichend differenzierte Rechtsgrundlagen enthält, die die Durchführung solcher Observationen auf Dauer tragen können. Mit guten Gründen verweist der Verwaltungsgerichtshof darauf, dass die Regelung des § 22 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 PolG BW möglicherweise nur eine Rechtsgrundlage für die Datenerhebung bildet, um die es den Polizeibehörden im Fall der Beobachtung des Beschwerdeführers jedenfalls nicht vorrangig geht.

► **Erst recht ist fraglich, ob die ersatzweise herangezogene polizeiliche Generalklausel der §§ 1, 3 PolG BW geeignet ist, auch längerfristig die nunmehr seit mehreren Jahren andauernde Dauerbeobachtung des Beschwerdeführers zu tragen. Vielmehr handelt es sich wohl um eine neue Form einer polizeilichen Maßnahme, die bisher vom Landesgesetzgeber nicht eigens erfasst worden ist und aufgrund ihrer weitreichenden**

Folgen möglicherweise einer ausdrücklichen, detaillierten Ermächtigungsgrundlage bedarf.

Es begegnet jedoch keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken, wenn die Gerichte angesichts des Gewichts der in Frage stehenden Rechtsgüter die vorhandene Grundlage im vorläufigen Rechtsschutzverfahren als noch tragfähig ansehen und die Frage der Rechtsgrundlage erst im Hauptsacheverfahren einer abschließenden Klärung zuführen. Der Sache nach verstehen sie damit die polizeiliche Generalklausel dahingehend, dass sie es den Behörden ermöglicht, auf unvorhergesehene Gefahrensituationen auch mit im Grunde genommen näher regelungsbedürftigen Maßnahmen vorläufig zu reagieren, und ermöglichen so dem Gesetzgeber, eventuelle Regelungslücken zu schließen. Dies ist – bei Beachtung strenger Verhältnismäßigkeitsanforderungen – verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Es liegt dann in der Verantwortung des Gesetzgebers hierauf zu reagieren oder in Kauf zu nehmen, dass solche Maßnahmen von den Gerichten auf Dauer als von der geltenden Rechtslage nicht als gedeckt angesehen werden.

Die angegriffenen Entscheidungen genügen jedoch aus einem anderen Grund nicht den Voraussetzungen für die hier von Verfassungs wegen gebotene Prüfungsintensität im Bereich des grundrechtsrelevanten einstweiligen Rechtsschutzes, die aus den oben genannten Gründen auch in der Beschwerdeinstanz gelten.

- **Die Gerichte durften angesichts des mit einer solchen Observation verbundenen schweren Eingriffs, zumal wenn er zur Zeit nach der Auffassung der Verwaltungsgerichte wohl allein auf die polizeiliche Generalklausel gestützt werden kann, dem Beschwerdeführer nicht unter Berufung auf zum Zeitpunkt ihrer Entscheidungen im Wesentlichen nicht mehr aktuelle Erkenntnisse den einstweiligen Rechtsschutz versagen.**

Die Gerichte haben ihre Entscheidung, den Antrag des Beschwerdeführers auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abzulehnen,

vor allem darauf gestützt, dass sich aus einem psychiatrischen Gutachten vom 5. März 2010 ergebe, dass bei einem Verzicht auf eine Beobachtung des Beschwerdeführers nach der Entlassung aus der Sicherungsverwahrung von einer gewissen Rückfallgefahr auszugehen sei. Bei der maßgeblichen Berücksichtigung dieses Gutachtens haben die Gerichte zum einen nicht ausreichend beachtet, dass die Begutachtung zum Zeitpunkt der angegriffenen Entscheidungen bereits länger zurück lag. Der Verwaltungsgerichtshof hat selbst nicht geltend gemacht, durch das Prozessrecht – namentlich § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO – daran gehindert zu sein, im Beschwerdeverfahren den Zeitablauf seit Erstellung des Gutachtens und damit etwaige neuere Entwicklungen in der Persönlichkeitsstruktur des Beschwerdeführers berücksichtigen und gegebenenfalls ermitteln zu können. Zum anderen stand der Verwendung des Gutachtens vom 5. März 2010 spätestens zum Zeitpunkt der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs der Umstand entgegen, dass die Begutachtung erfolgte, als der Beschwerdeführer sich noch in Sicherungsverwahrung befand. Der Gutachter konnte allenfalls vermuten, wie der Beschwerdeführer sich nach Jahrzehnten der Haft und der Sicherungsverwahrung in Freiheit verhalten würde.

- **Nunmehr lebt der Beschwerdeführer aber seit geraumer Zeit unter vollständig veränderten Umständen, die es nicht angezeigt erscheinen lassen, eine so weitreichende Entscheidung wie die über die Fortsetzung einer fast durchgehenden polizeilichen Beobachtung auf veraltete Vermutungen zu stützen.**

In Anbetracht der Schwere des Eingriffs in Grundrechte des Beschwerdeführers hätten die Gerichte ihre Entscheidungen – auch im Rahmen eines Eilverfahrens – nicht maßgeblich auf dieses weit zurückliegende Gutachten stützen dürfen.

[...]