



# COMPLIANCEBERATER.TEAM

Prüfungsmaßstab für die Verwertbarkeit gewonnener Beweismittel im Zuge von offenen Ermittlungen vor dem Hintergrund des Datenschutzrechts

– Zugleich ein Beitrag zur ordentlichen Verdachts-kündigung –

## I. Einleitung

Mit der Entscheidung vom 31. Januar 2019 (Az: 2 AZR 426/18) hatte sich das Bundesarbeitsgericht (BAG) wiederholt mit einer ordentlichen Verdachtskündigung zu befassen. Diesbezüglich nahm der zweite Senat die Entscheidung zum Anlass, seine schon zuvor bestandene Rechtsauffassung für die Anforderungen an die soziale Rechtfertigung einer ordentlichen Verdachtskündigung erneut darzulegen und zu bekräftigen.

Wesentlich interessanter wird das hiesige Urteil durch die Fragestellung, ob der Arbeitgeber solche Tatsachenerkenntnisse für die Begründung seines Verdachts – und damit der Kündigung – verwerten konnte, welche er zuvor im Rahmen einer computerforensischen Auswertung des Dienst-Laptops des Arbeitnehmers gewonnen hatte. Das BAG erteilte einem Sachvortragsverwertungsverbot eine klare Absage. Diesbezüglich entwickelte der Senat auf Grundlage von § 32 BDSG a. F. eine mehrstufige Rechtfertigung gemessen an der jeweiligen Eingriffsintensität der unternehmensinternen Ermittlungsmaßnahme und konkretisierte ihre Anforderungen in den Entscheidungsgründen des Urteils.

Der als schwerbehindert anerkannte Kläger war seit 1996 bei der beklagten Arbeitgeberin beschäftigt. Die Beklagte stellte dem Kläger einen Pkw nebst Tankkarte auch zur privaten Nutzung zur Verfügung. Im Jahr 2013 wurde dem Kläger seitens der Beklagten mitgeteilt, er würde verdächtigt, Inhalte eines Audit-Berichts unerlaubt an Dritte weitergegeben zu haben. Deshalb sollte sein Dienst-Laptop untersucht werden, welchen der Kläger unter Mitteilung der Passwörter freiwillig herausgab. Zudem teilte er insoweit der Beklagten mit, es befänden sich einige, von ihm näher als „privat“ bezeichnete Daten auf dem Laptop. Im Zuge der computerforensischen Begutachtung der Rechnerfestplatte stieß die Beklagte – unter außer Achtlassen der privaten Dateien – zufällig auf einen Ordner, welcher eine Übersicht über die vom Kläger durchgeführten Betankungen des Pkw enthielt. Aus der anschließenden Auswertung dieser Übersicht, insbesondere der Kraftstoffmengen, Tankdaten und Betankungsorte, ergaben sich konkrete Anhaltspunkte, welche den Verdacht des Missbrauchs der Tankkarte erhärteten. Die Beklagte versuchte daraufhin, das Arbeitsverhältnis im Rahmen der Verdachtskündigung zunächst mehrere Male erfolglos außerordentlich, dann ordentlich zu beenden. Streitgegenständlich im vorliegenden Fall war zuletzt nur noch eine Kündigung aus Dezember 2016.

Bereits in den Leitsätzen bestätigt das BAG seine Anforderungen an eine ordentliche Verdachtskündigung, wenn es verlangt, dass eine solche Kündigung nur dann durch den bloßen Verdacht pflichtwidrigen Verhaltens des Arbeitnehmers im Sinne von § 1 Abs. 2 KSchG „personenbedingt“ ist, wenn das Verhalten, dessen der Arbeitnehmer verdächtig ist, – wäre es



## COMPLIANCEBERATER.TEAM

erwiesen – sogar eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt hätte. Damit gelten für den Prüfungsmaßstab des Kündigungsgrundes übereinstimmend diejenigen Anforderungen, welche in § 626 Abs. 1 BGB für die außerordentliche Kündigung vorgesehen sind. Lediglich im Rahmen der Kündigungsfrist sei der Arbeitgeber nicht an § 626 Abs. 2 BGB, auch nicht in analoger Anwendung, gebunden. Für die ordentliche Verdachtskündigung bestehe keine starre Frist. Der Arbeitgeber sollte sich jedoch nicht durch längeres Zuwarten Zeit lassen, weil sonst die Annahme entstehen könnte, eine Kündigung i. S. v. § 1 Abs. 2 KSchG sei nicht durch den Verlust des vertragsnotwendigen Vertrauens bedingt.

Neben dieser kaum überraschenden Entscheidung hatte das BAG zu untersuchen, ob der Zufallsfund der Übersicht über die Tankabrechnung nicht ein Sachvortragsverwertungsverbot auslöse, weil der ursprüngliche Zweck der Festplattenuntersuchung, nämlich die Sachverhaltsermittlung und -aufklärung im Rahmen des Verdachts über die illegale Weitergabe eines Audit-Berichts, diesen Zufallsfund nicht abdeckte. In der Folge prüfte der zweite Senat zunächst eine Rechtfertigung gem. § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG a. F., wonach Daten von Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses u. a. verarbeitet werden dürfen, wenn dies für dessen Durchführung oder Beendigung erforderlich ist. Das BAG führte aus, zur Beendigung gehöre auch die Abwicklung des Beschäftigungsverhältnisses. Der Arbeitgeber dürfe deshalb alle Daten speichern und verwenden, die er benötigt, um die ihm obliegende Darlegungs- und Beweislast in einem potentiellen Kündigungsschutzprozess zu erfüllen. Nachdem es somit den Anwendungsbereich von § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG a. F. skizziert hatte, prüfte das BAG das entscheidende Merkmal der „Erforderlichkeit“, welches inhaltlich eine volle Verhältnismäßigkeitsprüfung der Datenerhebungsmaßnahme verlange. Im Wege der immanenten Interessenabwägung berücksichtigte das Gericht einen neu definierten Maßstab, wann das Verarbeitungsinteresse des Arbeitgebers das Nichtverarbeitungsinteresse des Arbeitnehmers überwiegen könnte.

Die erste Stufe gelte für nach abstrakten Kriterien durchgeführte, keinen Arbeitnehmer besonders unter Verdacht stellende offene Überwachungsmaßnahmen, die der Verhinderung von Pflichtverletzungen dienen. Dabei dürfe der Arbeitgeber, etwa nach dem Zufallsprinzip, die Erfüllung der arbeitsrechtlichen Pflichten kontrollieren, wenn die Kontrolle nicht solche Dateien umfasse, welche ausdrücklich als „privat“ gekennzeichnet oder doch offenkundig „privater“ Natur seien.

Die zweite Stufe beziehe sich auf gezielte Maßnahmen gegen den konkreten Arbeitnehmer, setze aber keinen konkreten Anfangsverdacht voraus. Hierbei müsse dem Arbeitnehmer durch eine vorherige Ankündigung der Maßnahme Zeit gegeben werden, sich auf die Ermittlungsmaßnahme insoweit vorzubereiten, als dass er private Dateien als solche kennzeichnen dürfe, damit sie von einer Datenauswertung ausgeschlossen seien. Ferner dürfe die Ermittlungsmaßnahme nicht willkürlich erfolgen. Daher seien die legitimen Gründe für eine Datenerhebung mitzuteilen, etwa im Fall der Überprüfung, ob vorsätzlich arbeitsrechtliche Pflichten verletzt worden sind.

Schließlich bestehe auf der dritten Stufe für den Arbeitgeber die Möglichkeit bei Vorliegen eines qualifizierten Anlasses auch private Inhalte des Rechners zu kontrollieren. Bezüglich des Inhalts eines solchen Anlass-Begriffs bezieht sich das BAG ohne weitere Begründung auf ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 22. Februar 2018 (Az.: 588/13), wonach „bei



## COMPLIANCEBERATER.TEAM

drohender Gefahr oder besonderen Umständen“ auch als privat gekennzeichnete, persönliche Dateien geöffnet werden dürften.

Der zweite Senat sah die Vorgehensweise der Beklagten als rechtmäßig an, woraufhin auch der Sachvortrag der Beklagten zur Begründung des Verdachts des Missbrauchs der Tankkarte, beruhend auf dem Zufallsfund im Wege der Durchsuchung, verwertet werden durfte. Im Ergebnis sah das BAG – obgleich nicht festgestellt wurde, ob dem Kläger genügend Zeit eingeräumt wurde, Dateien als „privat“ zu kennzeichnen, oder ob eine Mitteilung erfolgte, welche legitimen Gründe der Beklagten eine Datenauswertung rechtfertigen könnten – damit die Datenerhebung gem. § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG a. F. als rechtmäßig an, und somit auch ihre spätere Verwertung zur Rechtfertigung im Rahmen der ausgesprochenen Verdachtskündigung.

Mit seiner Rechtsauffassung zur ordentlichen Verdachtskündigung bleibt das BAG seiner Linie treu und bestätigt seinen Standpunkt u. a. aus den Urteilen vom 27.11.2008 (Az.: 2 AZR 98/07) und vom 27.11.2013 (Az.: 2 AZR 797/11), dass eine ordentliche Verdachtskündigung den materiellen Anforderungen an eine außerordentliche Kündigung entsprechen müsse. Die ordentliche Verdachtskündigung bleibt damit weiterhin obsolet. Sie ist eher als eine außerordentliche Kündigung in anderem Gewand mit „geschenkter“ Kündigungsfrist anzusehen. Da sie einzig und allein nicht an die Frist aus § 626 Abs. 2 BGB gebunden ist, kommt sie lediglich in der Konstellation in Betracht, wenn der Arbeitgeber zwar eine außerordentliche (Verdachts)-Kündigung aussprechen wollte, aber die zweiwöchige Frist gem. § 626 Abs. 2 BGB schon überschritten wurde. Dann verbleibt die ordentliche Verdachtskündigung als Ausweg. Der Arbeitgeber „erkauft“ sich insoweit aber die fehlende Fristbindung für das Aussprechen einer Kündigung i. S. v. § 626 Abs. 2 BGB mit der jeweils geltenden Kündigungsfrist, in welcher er gegebenenfalls den Arbeitnehmer noch zu beschäftigen bzw. freizustellen und zu bezahlen hat.

Mit dem Urteil weicht das BAG im Rahmen der datenschutzrelevanten Normen nicht von seiner bisherigen Rechtsprechung ab, schafft aber durch diesen – teilweise als zu arbeitgeberfreundlich kritisierten Ansatz – mehr Sicherheit bei firmeninternen Ermittlungsmaßnahmen. Zwar stützte das BAG seine Entscheidung auf den damals anzuwendenden § 32 Abs. 1 BDSG a. F. Der Senat wies jedoch darauf hin, an der dargelegten Rechtsauffassung auch vor dem Hintergrund des nunmehr geltenden § 26 BDSG und der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) festhalten zu wollen. Auf Grundlage dieser Entscheidung können Arbeitgeber ihre Kontrollen zur Einhaltung von arbeitsrechtlichen Pflichten genauer und zielgerichteter ausrichten, solange die Transparenz gegenüber den Arbeitnehmern gewährleistet wird. Es besteht somit Klarheit über die Befugnisse des Arbeitgebers, aber auch über die rechtlichen Grenzen.