

# Börsen-Zeitung SPEZIAL

Verlagsbeilage zur Börsen-Zeitung | 2. Dezember 2023 | Nr. 233



## Wirtschaftskanzleien

# Datenschutz im Kündigungsschutzverfahren

Bundesarbeitsgericht entwickelt Beschäftigtendatenschutz sachgerecht weiter



**Friedrich Popp**  
International Counsel bei  
Debevoise & Plimpton

Eine unternehmensinterne Untersuchung wegen möglichen Fehlverhaltens eines Mitarbeiters klärt nicht nur den Sachverhalt, sondern fördert im Bedarfsfall auch gerichtsfesten Beweis für dessen Kündigung zutage. Die Kündigung eines Arbeitnehmers ist erfahrungsgemäß selbst bei groben Pflichtverletzungen mit allerlei Rechtsrisiken behaftet. Lässt der Arbeitnehmer deren Rechtmäßigkeit im arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzverfahren prüfen, hat der Arbeitgeber den Pflichtverstoß vorzutragen. Den Beweis hat der Arbeitgeber hingegen nur dann anzutreten, wenn der Arbeitnehmer den Kündigungsvortrag bestreitet. Das Arbeitsgericht legt seiner Kündigungsentscheidung entweder den unbestrittenen Sachvortrag zu Grunde oder würdigt den vorgelegten Beweis frei. Und genau an dieser Stelle kann dem Arbeitgeber dann auch noch der Datenschutz in die Quere kommen.

Datenschutzrechtlich handelt es sich beim Vorwurf eines Pflichtverstoßes um personenbezogene Information des Arbeitnehmers. Der Arbeitgeber verarbeitet diese Information als datenschutzrechtlich Verantwortlicher, indem er sie ermittelt, speichert, im Kündigungsschutzverfahren vorträgt beziehungsweise Beweismittel hierfür anbietet. Das Gericht, ebenfalls Verantwortlicher, verarbeitet

die Information, indem es den Kündigungsvortrag oder den von ihm erhobenen Beweis in seine Entscheidungsfindung einbezieht. Hat der Arbeitgeber die personenbezogenen Daten rechtswidrig gesammelt oder weiterverarbeitet, bewirkte eine gerichtliche Verwertung der Information zu Lasten des Arbeitnehmers eine Fortsetzung oder gar Vertiefung des ursprünglichen datenschutzrechtlichen Unrechts. Dieser Verletzung kann besonderes Gewicht zukommen, weil es sich beim Recht auf Datenschutz um ein Grundrecht handelt. Zivilgerichte legen ihre Verfahrensvorschriften zur Vermeidung dieser Fortwirkung von Grundrechtsverstößen verfassungskonform aus und formulieren sogenannte Sachvortrags- und Beweisverwertungsverbote, die einer gerichtlichen Berücksichtigung grundrechtswidrig erhobener Erkenntnisse und Beweise entgegenstehen.

Soll nun aber jeder Datenschutzverstoß zu einer Nichtberücksichtigung verfahrensrelevanter Information führen? Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat dieser weit verbreiteten Ansicht (zuletzt etwa LAG Baden-Württemberg vom 27. Januar 2023, 12 Sa 56/21) mit Urteil 2 AZR 296/22 vom 29. Juni 2023 ein Ende bereitet: In bestimmten Konstellationen kann Vortrag oder Beweis aus

rechtswidriger Datenverarbeitung vom Gericht zu verwerten sein.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Arbeitgeber hat nach Hinweisen auf regelmäßigen Arbeitszeitbetrug beim Werkstor unübersehbar eine durch ein Piktogramm gekennzeichnete Videokamera zu einer sogenannten „offenen Videoüberwachung“ eingerichtet. Die Auswertung der Aufnahmen zeigte einen Arbeitnehmer beim Zutritt zum und vorzeitigen Verlassen des Werksgeländes. Eine in einer Betriebsvereinbarung geregelte elektronische Anwesenheitserfassung erfasste ebenfalls den Zutritt des Arbeitnehmers. Dennoch trat der Arbeitnehmer der außerordentlichen fristlosen Kündigung wegen Arbeitszeitbetrugs in zwei Instanzen erfolgreich mit dem Vortrag entgegen, er habe am streitgegenständlichen Tag am Werksgelände gearbeitet. Der auf die Auswertung der Videoüberwachung gestützte Vortrag des Arbeitgebers sei unbeachtlich, weil er auf datenschutzwidrig erlangter Information beruhe. Die Datenschutzwidrigkeit ergebe sich insbesondere daraus, dass das Piktogramm unter Verletzung von Informationspflichten der DS-GVO nicht auf eine, über die bloße Echtzeitüberwachung hinausgehende Aufzeichnung oder Speicherung der Bildsequenzen hingewiesen

*Die Kündigung eines Arbeitnehmers ist erfahrungsgemäß selbst bei groben Pflichtverletzungen mit allerlei Rechtsrisiken behaftet.*

habe. Weiter enthalte die Betriebsvereinbarung zur Anwesenheitserfassung ein Verbot der Auswertung von personenbezogenen Daten. Zurecht?

Zu Unrecht: Das BAG hat den Fall zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Dieses hat seiner Entscheidung nun das Vorbringen des Arbeitgebers über das vorzeitige Verlassen des Werksgeländes zugrunde zu legen und erforderlichenfalls Beweis durch Augenschein der Videoaufnahme aufzunehmen.

Nach dem BAG kommt ein Sachvortrags- oder Beweisverwertungsverbot nämlich nur dann in Betracht, wenn die Nichtberücksichtigung von Vorbringen oder eines Beweismittels wegen einer durch Europarecht oder einer Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung geschützten Rechtsposition des Arbeitnehmers zwingend geboten erscheint. Besonders eklatante Eingriffe in das Grundrecht können aus Gründen der Generalprävention zum selben Ergebnis führen.

Weil aber ein Sachvortrags- und Beweisverwertungsverbot in das Grundrecht des Arbeitgebers auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz und insbesondere auf ein faires Verfahren eingreift, kommt es nur dann in Betracht, wenn sich die Überwachungsmaßnahme als schwerwiegende Verletzung der Datenschutzrechte erweist und andere Sanktionen für den Arbeitgeber, wie Bußgeld oder Schadensersatz, gänzlich unzureichend wären.

Ein auf Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gestütztes Verwertungsverbot scheidet bei einer offenen Videoüberwachung aber regelmäßig dann aus, wenn die Aufnahmen vorsätzlich begangene Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers zulasten des Arbeitgebers zeigen (sollen). An der Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers fehlt es nämlich dann, wenn der Arbeitgeber durch die vorhandenen Daten von einer vorsätzlichen Pflichtverletzung Kenntnis erlangt und auf diese reagieren will. Denn das grundgesetzlich geschützte Recht auf informationelle Selbstbe-

stimmung kann nicht zu dem alleinigen Zweck in Anspruch genommen werden, sich der Verantwortung für vorsätzlich rechtswidriges Handeln zu entziehen.

Diese Begründung verfestigt die vom BAG bereits mit Urteil vom 23. August 2018, 2 AZR 133/18 eingeschlagene und mit dem Schlagwort „Datenschutz ist kein Tatenschutz“ zusammengefasste Rechtsprechungslinie.

Welche Wirkung hat nun aber die vom gekündigten Mitarbeiter angezogene Betriebsvereinbarung zur elektronischen Arbeitszeiterfassung? Diese Frage hat über den konkreten Fall weit hinausreichende Bedeutung, weil Sachvortrags- und Beweisverwertungsverbote häufig in Compliance-Betriebsvereinbarungen als Verletzungsfolge vereinbart sind.

Das BAG war auch in dieser weiterhin umstrittenen Frage klar: Den Betriebsparteien fehlt die Regelungsmacht, ein über das grundrechtskonform interpretierte Zivilverfahrensrecht hinausgehendes Verwertungsverbot zu begründen oder im Individualrechtsstreit die Möglichkeit des Arbeitgebers wirksam zu beschränken, Tatsachenvortrag über betriebliche Geschehnisse zu halten und diesen unter Beweis zu stellen. Eine diesbezügliche Regelung in einer Betriebsvereinbarung ist daher nicht nur im fortgesetzten Verfahren unbeachtlich.

Was gilt bei verdeckter Überwachung? Während das BAG mehrfach hervorhebt, die Entscheidung für den Fall einer offenen Überwachung getroffen zu haben beantwortet es die Frage nicht, ob die Entscheidungsgründe auch bei sogenannten „verdeckten Überwachungen“ tragen könnten. Eine verdeckte Überwachung kann etwa dann zulässig sein, wenn kein milderes Mittel zur Aufklärung des Verdachts einer auf Heimlichkeit angelegten schweren Pflichtverletzung zur Verfügung steht.

Die Frage ist zu bejahen: Auch bei der verdeckten Überwachung bedarf es der Wertung, ob ein Verwertungsverbot die angemessene Reaktion auf einen Datenschutzverstoß ist, wobei

auch hier die geringe Schutzwürdigkeit des Vorsatztäters zu seinen Lasten in die Waagschale fällt.

In der aktuellen Diskussion zur Neuregelung des Beschäftigtendatenschutzes steht auch die gesetzliche Regelung eines Sachvortrags- und Beweisverwertungsverbots unter Nennung der Kriterien für eine gerichtliche Prüfung im Raum. Weiter die Einräumung der Möglichkeit für Betriebsparteien, wirksame Verwertungsverbote in Betriebsvereinbarungen aufzunehmen. Gegner dieser Regelungen erblicken darin hingegen einen nicht sachgerechten Eingriff in die freie richterliche Beweiswürdigung.

Bedarf es der gesetzlichen Regelung der Prüfkriterien für die von der Rechtsprechung bereits entwickelten Verwertungsverbote? Erwägungsgrund 4 der DS-GVO erinnert daran, dass das Recht auf Datenschutz kein uneingeschränktes Recht ist, sondern vielmehr unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips gegen andere Grundrechte, insbesondere das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf, abgewogen werden muss. Die Abwägung, wie weit der Arbeitgeber im Verfahren eine Beschränkung seines Grundrechts auf rechtliches Gehör zu Gunsten des Persönlichkeitsschutzes des Arbeitnehmers hinzunehmen hat, bedarf der Gewichtung einer Vielzahl von Elementen im Einzelfall. Arbeitsgerichte sind mit derartigen Prüfungen bestens vertraut und bedürfen keiner besonderen gesetzlichen Anleitung. Eine Befugnis der Betriebsparteien, dem Gericht mit einer Betriebsvereinbarung gerade die für die Abwägung relevanten Elemente vorenthalten zu können, stünde einer grundrechtskonformen Entscheidung aber entgegen und kann auch aus diesem Grund nicht befürwortet werden.

Das BAG hat mit dieser Entscheidung den Beschäftigtendatenschutz sachgerecht weiterentwickelt und dem Datenschutz im Kündigungsschutzverfahren nun den angemessenen Platz eingeräumt – den eines nicht unbeschränkten Rechts mit gesellschaftlicher Funktion. Welchen Mehrwert könnte eine gesetzliche Regelung des Verwertungsverbots noch bringen?

*Auch bei der verdeckten Überwachung bedarf es der Wertung, ob ein Verwertungsverbot die angemessene Reaktion auf einen Datenschutzverstoß ist.*