

In der Praxis bleibt eine erhebliche Unsicherheit

BAG: Arbeitgeber darf schon bei schwerer Pflichtverletzung (nicht erst bei Straftatverdacht) gegen Mitarbeiter ermitteln

Von Dr. Martin Mozek



Das Bundesarbeitsgericht hat die Möglichkeiten bei Ermittlungen gegen Arbeitnehmer gestärkt – doch ohne Risiko sind sie nicht.

Nachdem das Bundesarbeitsgericht (BAG) die Frage, wann ein Arbeitgeber gegen seine Mitarbeiter ermitteln darf, in seinen letzten Entscheidungen noch ausdrücklich offengelassen hatte, hat es die Frage nun entschieden (Urteil von 29.06.2017, 2 AZR 597/16): Entgegen dem Wortlaut des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) lässt das BAG Ermittlungen des Arbeitgebers gegen seine Mitarbeiter nun nicht nur bei dem konkreten Verdacht einer Straftat, sondern auch bei einer schweren Pflichtverletzung zu.

So begrüßenswert die Entscheidung auf den ersten Blick auch ist, so problematisch erscheint die dogmatisch wenig überzeugende Begründung. In der Praxis dürften weiterhin Unsicherheiten bleiben, schließlich ist die Rechtmäßigkeit von internen Ermittlungen nicht nur für die Verwertbarkeit von Beweismitteln im Arbeitsgerichtsprozess bedeutsam, sondern auch für Straftat- oder Ordnungswidrigkeitstatbestände (§§ 43 Abs. 2 Nr. 1, 44 Abs. 1 BDSG), also die persönliche Haftung der ermittelnden Personen.



Die Entscheidung

In der Entscheidung des BAG ging es um einen arbeitsunfähig krankgeschriebenen Mitarbeiter, der eine Konkurrenz­­tätigkeit in der Firma seiner Söhne verrichtet haben soll. Der Verdacht gründete sich auf eine Mail an eine Kundin des Arbeitgebers, in welcher die Firma der Söhne geworben hatte, „man verkaufe als Familienunternehmen günstig Stanzformen, der [Vater] montiere seit 38 Jahren, es sei unglaublich, was er alles so hinbekomme“. Der Arbeitgeber beauftragte einen Detektiv, der dann beobachtete, wie der Arbeitnehmer auf dem Gelände der Firma seiner Söhne Konkurrenz­­tätigkeiten verrichtete. Der Arbeitgeber kündigte fristlos, der Arbeitnehmer erhob Kündigungsschutzklage.

Das BAG stellt fest, dass die Verrichtung einer Konkurrenz­­tätigkeit sowie das Erschleichen einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung – auch nach Ablauf der Entgeltfortzahlungspflicht – als Grund für eine fristlose Kündigung (§ 626 Abs. 1 BGB) „an sich“ geeignet seien. Anders als das LAG hält das BAG im konkreten Fall allerdings auch die Ermittlungsergebnisse des Detektivs für verwertbar. Konkrete Anhaltspunkte für die Begehung einer Straftat im Sinne von § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG hätten wohl zwar nicht vorgelegen, da die Konkurrenz­­tätigkeit außerhalb des Entgeltfortzahlungszeitraums verrichtet worden sei. Gleichwohl seien Ermittlungsmaßnahmen nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG auch zulässig, soweit es sich um eine besonders schwere Pflichtverletzung handele. Dem stünden weder der Wortlaut noch die Systematik entgegen. Vielmehr sei die Anwendung des § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG „in europarechtskonformer Anwendung

geboten“. § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG entfalte keine Sperrwirkung für Ermittlungen unterhalb der Verdachtsstufe der Strafbarkeit, diese Vorschrift trage nur dem Umstand Rechnung, dass Ermittlungen wegen Straftaten „besonders intensiv in das allgemeine Persönlichkeitsrecht“ eingreifen würden. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sei auch in § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG verankert, und im Übrigen seien die „von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze“, also insbesondere das Vorliegen eines entsprechenden konkreten Verdachts sowie die Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen, zu beachten.

Bewertung

Aus Unternehmenssicht erscheint die Entscheidung auf den ersten Blick positiv, hatte das BAG doch in der Vergangenheit mehrfach die rechtswidrige Erhebung von Beweisen im Rahmen von internen Ermittlungen festgestellt, die Beweise für unverwertbar erklärt und den Betroffenen Schadensersatz zugesprochen (vgl. BAG, Urteil vom 19.02.2015, 8 AZR 1007/13).

Herleitung und Begründung erscheinen hingegen problematisch: Die Notwendigkeit der „europarechtskonformen Auslegung“ des BDSG leitet das BAG aus der Datenschutzrichtlinie (95/46/EG) her. Dass der Anwendungsbereich der Richtlinie nicht eröffnet ist (s. Art. 3), erledigt das BAG mit Hinweis auf einen „Regelungszusammenhang“. Fernliegend erscheint weiter, dass sich aus der Berechtigung zur Schaffung nationaler Regelungen [Art. 5, 7 f)] eine konkrete Pflicht zur Ausgestaltung einer Norm zur Beschneidung des Datenschutzes

ergeben soll (was auch aus Art. 8 EU-Grundrechtscharta nicht ableitbar ist, s. hierzu EGMR, 420/07).

Ebenfalls nicht überzeugend ist die Annahme, dass unterhalb der Schwelle von Straftaten § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG Ermittlungen als Datenerhebung „zur Beendigung des Beschäftigtenverhältnisses“ zulassen soll. Dies widerspricht nicht nur dem Wortlaut der Vorschrift, sondern auch dem Willen des Gesetzgebers sowie der Systematik des BDSG. Der Gesetzgeber wollte zwar die bisherigen Grundsätze der Rechtsprechung „zusammenfassen“, dabei bezog er sich allerdings auf zwei Entscheidungen des BAG, welche beide Straftaten zum Gegenstand hatten (BT-Drs. 16/13657, S. 21; NZA 2003, 1193; NZA 2008, 1187). Insofern sollte sich § 32 BDSG an den bisherigen Grundsätzen dieser Entscheidungen sowie § 100 Abs. 3 TKG „orientieren“ (vgl. BT-Drs. 16/13657, S. 21, zu § 100 Abs. 3 TKG in Säcker/Mozek TKG, § 100, Rn. 23 ff.). Ein eigenes Verständnis des Gesetzgebers ist damit jedoch nicht ausgeschlossen, vielmehr hat der Gesetzgeber die Regelung auch in das künftige BDSG in § 26 Abs. 1 Satz 2 unverändert übernommen.

Fernliegend erscheint die Annahme, dass § 32 I Satz 2 BDSG eingeführt worden sei, da Ermittlungen von Straftaten „besonders intensiv in das allgemeine Persönlichkeitsrecht eingreifen“ würden. Dies verkennt, dass die Intensität eines Eingriffs in eine Grundrechtsposition von der konkreten Maßnahme abhängt und nicht von der rechtlichen Einordnung des auslösenden Moments. Die rechtliche Einordnung des Tatverdachts spielt vielmehr erst bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung eine Rolle, allerdings mit umgekehrtem Maßstab: Der ▶

Unrechtsgehalt einer als Straftat geachteten Tat dürfte regelmäßig höher sein und damit eher einen Eingriff rechtfertigen als etwa eine einfache Vertragsverletzung.

Vor diesem Hintergrund wäre ein Blick auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes hilfreich gewesen: § 32 BDSG wurde nach einer Reihe von Datenschutzskandalen bei Großkonzernen eingeführt. Nachdem die Konzerne leistungsstarke und -freudige Ermittlungsabteilungen aufgebaut hatten, ist ein strukturelles Ungleichgewicht zwischen Beschäftigten und Arbeitgeber offenkundig geworden. Es hatte daher Sinn, die Möglichkeit der Aufklärung in einem privaten Vertragsverhältnis – nichts anderes ist ein Arbeitsverhältnis – auf die Fälle zu beschränken, in denen eine Vertragspartei durch eine Strafanzeige auch eine staatliche Aufklärung in Anspruch nehmen könnte.

Soweit das BAG schließlich davon ausgeht, dass bei dem von ihm angewendeten § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG Ermittlungen „ins Blaue“ nicht zulässig seien und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten sei, erscheint dies nachvollziehbar. Diese Voraussetzungen sind in Satz 1 aber gerade nicht geregelt, sondern in Satz 2.

Überzeugender wäre es gewesen, wenn das BAG entweder eine planwidrige Regelungslücke erkannt und in analoger Anwendung des Satzes 2 geschlossen hätte. Allerdings spricht viel dafür, dass der Gesetzgeber hier die Regelung bewusst getroffen hat. Dann wäre noch eine Vorlage zum BVerfG nach Artikel 100 GG verblieben, wenn denn § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG die Grundrechte des Arbeitgebers in unzulässiger Weise beschränken

würde. Hier zeigt sich allerdings die Hauptschwäche des Urteils: Das BAG postuliert einen Eingriff in eine wesentliche Grundrechtsposition, ohne überhaupt die Rechtfertigung zu prüfen. Dies wäre allerdings auch schwierig gewesen: Im Fall des Verdachts einer Straftat dürfte – besonders bei eigentumsbezogenen Delikten – zwar eine Grundrechtsposition des Unternehmens betroffen sein, dieser Fall ist gesetzlich jedoch in § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG geregelt. Unterhalb der Schwelle von Straftaten dürfte hingegen eine Grundrechtsbeeinträchtigung des Arbeitgebers entweder nicht bzw. nur in geringem Maße vorliegen und damit regelmäßig hinter dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Betroffenen zurückstehen müssen.

Ausblick

Im Ergebnis ist die Entscheidung des BAG in ihrer Begründung wenig überzeugend und mit vielen Einschränkungen verbunden: So bemisst sich die Zulässigkeit von internen Ermittlungen künftig nicht nur an einem BDSG, das „europarechtskonform auszulegen“ sei, sondern auch an der umfangreichen Kasuistik, die das BAG entwickelt hat. Dieses Fallrecht ist allerdings weder vollkommen stringent, noch dürften Anwendungs- und Abwägungsfehler ausgeschlossen sein. Vor dem Hintergrund drohender Bußgelder oder Strafen für die handelnden Personen dürfte eine erhebliche Unsicherheit verbleiben.

In der Praxis dürfte es sich anbieten, interne Ermittlungen weiterhin streng an § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG auszurichten. Ermittlungen unterhalb der Schwelle einer Straftat er-

scheinen weiterhin risikobehaftet. Auch wenn die Arbeitsgerichte Ermittlungsergebnisse nun wohl eher verwerten dürften, ist nicht ausgeschlossen, dass Aufsichtsbehörden oder Staatsanwaltschaften die Datenerhebung anders beurteilen. Ob die Entscheidung des BAG mit dieser Begründung dann einen unvermeidbaren Verbotsirrtum begründen kann, erscheint fraglich. ◀



Dr. Martin Mozek,

Rechtsanwalt, Head of Compliance | Legal & Compliance, Samsung Electronics GmbH, Schwalbach/Taunus

m.mozek@samsung.com
www.samsung.com