

## CB-ENTSCHEIDUNG

# BAG: Verwertungsverbot bei heimlicher Durchsuchung – Schrankkontrolle

BAG, Urteil vom 20.6.2013 – 2 AZR 546/12

## AMTLICHE LEITSÄTZE

- 1. Der prozessualen Verwertung von Beweismitteln, die der Arbeitgeber aus einer in Abwesenheit und ohne Einwilligung des Arbeitnehmers durchgeführten Kontrolle von dessen Schrank erlangt hat, kann schon die Heimlichkeit der Durchsuchung entgegenstehen.**
- 2. Hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat bestimmte Kündigungsgründe nicht mitgeteilt, ist sein entsprechender Sachvortrag im Kündigungsschutzprozess gleichwohl verwertbar, wenn der Arbeitnehmer die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats erklärtermaßen nicht rügt.**

BGB § 626; ZPO § 286; BDSG § 32; BetrVG § 102

CB-Online [www.compliance-berater.de](http://www.compliance-berater.de)

Volltext: CBL2014-260-1

## SACHVERHALT

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen und einer vorsorglichen ordentlichen Kündigung.

Die Beklagte betreibt sog. Cash & Carry-Märkte. Der 1971 geborene Kläger war in einem ihrer Großhandelsmärkte seit August 1994 als Verkaufsmitarbeiter in der Getränkeabteilung tätig. In dem Markt beschäftigt die Beklagte regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer.

Am 4.3.2011 war der Kläger in der Spätschicht von 15:00 bis 22:00 Uhr eingesetzt. Wegen eines laut gewordenen Diebstahlverdachts öffnete der zuständige Geschäftsleiter im Beisein eines Betriebsratsmitglieds während der Arbeitszeit den verschlossenen Spind des Klägers und durchsuchte ihn. Nach Behauptung der Beklagten wurde dabei vom Kläger entwundene Damenunterwäsche entdeckt. Der Geschäftsleiter äußerte daraufhin seine Absicht, gegen Ende der Schicht unter Hinzuziehung zweier Betriebsratsmitglieder eine Taschen-/Personenkontrolle durchzuführen. Dem Kläger gelang es, den Markt schon vorher unkontrolliert zu verlassen. Die Umstände, unter denen dies geschah, sind streitig.

Die Beklagte erstattete nach Schichtende Strafanzeige gegen den Kläger wegen Diebstahls von vier Teilen Damenunterwäsche. Eine unmittelbar darauf beim Kläger – mit dessen Einverständnis – polizeilich durchgeführte Wohnungsdurchsuchung verlief ergebnislos. Gegen 22:30 Uhr durchsuchte der Geschäftsleiter den Spind des Klägers in Gegenwart eines Betriebsratsmitglieds ein weiteres Mal. Die Beklagte hat behauptet, dabei seien die Wäschestücke nicht mehr aufgefunden worden.

In der Zeit vom 5. bis zum 13.3.2011 war der Kläger arbeitsunfähig erkrankt. Am 7.3.2011 teilte ihm die Beklagte schriftlich mit, er stehe im Verdacht, zum Verkauf bestimmte Damenunterwäsche aus dem Markt entwendet zu haben. Sie lud ihn zu einem Gespräch am 11.3.2011, alternativ gab sie ihm Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme bis zum 14.3.2011. Der Kläger ließ den Gesprächstermin verstreichen und gab binnen der Frist auch keine schriftliche Erklärung ab. Auf Befragen durch den Geschäftsleiter äußerte er, er werde zu dem Vorwurf keine Angaben machen.

Nach Anhörung des Betriebsrats und mit dessen Zustimmung kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien mit Schreiben vom 17.3.2011 fristlos, mit einem weiteren Schreiben vom selben Tage kündigte sie „hilfsweise“ ordentlich zum 31.10.2011.

Der Kläger hat mit seiner fristgerecht erhobenen Kündigungsschutzklage geltend gemacht, beide Kündigungen seien unwirksam. Ein wichtiger Grund i. S. d. § 626 Abs. 1 BGB liege nicht vor. Die ordentliche Kündigung sei sozial ungerechtfertigt. Er habe keinen Diebstahl begangen, insbesondere habe er keine Damenunterwäsche in seinem persönlichen Schrank aufbewahrt. Dessen heimliche Durchsuchung verletze sein Persönlichkeitsrecht. Daraus gewonnene Erkenntnisse seien prozessual nicht verwertbar. ...

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihr Begehren weiter, die Klage abzuweisen.

## AUS DEN GRÜNDEN

Die Revision der Beklagten ist begründet. Sie führt zur Aufhebung **11** des Berufungsurteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 S. 1 ZPO). Mit der von ihm gegebenen Begründung durfte das Landesarbeitsgericht der Klage nicht stattgeben (I.). Ob das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die außerordentliche fristlose Kündigung vom 17.3.2011 aufgelöst worden ist, steht noch nicht fest (II.).

I. Die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts tragen nicht das Ergebnis, ein wichtiger Grund i. S. d. § 626 Abs. 1 BGB liege nicht vor. **12** Zwar ist die fristlose Kündigung nicht wegen einer erwiesenen Pflichtverletzung gerechtfertigt. Nicht frei von Rechtsfehlern ist jedoch die Auffassung des Landesarbeitsgerichts, die Kündigung sei auch als Verdachtskündigung unwirksam. Der Beklagten ist es, anders als das Landesarbeitsgericht angenommen hat, nicht aus betriebsverfassungsrechtlichen Gründen verwehrt, sich auf den Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung als Kündigungsgrund zu berufen. ...

- **Eigenständiger und wichtiger Grund i. S. v. § 626 Abs. 1 BGB wegen des Verdachts einer schwerwiegenden Pflichtverletzung**

- 15 3. Die kündigungrechtliche Beurteilung des in Rede stehenden Verhaltens hängt – auch soweit es Grundlage eines Verdachts ist – nicht von der strafrechtlichen Bewertung des mitgeteilten Kündigungssachverhalts ab. Entscheidend ist der mit dem Verhalten oder dem Verdacht einhergehende Vertrauensverlust (BAG 25.10.2012 – 2 AZR 700/11 – Rn. 15; 24.5.2012 – 2 AZR 206/11 – Rn. 18; 25.11.2010 – 2 AZR 801/09 – Rn. 17).
- 16 4. Die Würdigung, ob dem Arbeitnehmer ein Vermögensdelikt zum Nachteil seines Arbeitgebers oder eine ähnlich schwerwiegende Pflichtverletzung anzulasten ist oder ob zumindest ein dahingehender, dringender Verdacht besteht, liegt im Wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet und ist Gegenstand der tatrichterlichen Würdigung i. S. d. § 286 ZPO. Diese ist revisionsrechtlich nur daraufhin überprüfbar, ob das Berufungsgericht den Inhalt der Verhandlung berücksichtigt und alle erhobenen Beweise gewürdigt hat, ob eine Beweismittelwürdigung in sich widerspruchsfrei, ohne Verletzung von Denkgesetzen sowie allgemeinen Erfahrungssätzen erfolgt und ob sie rechtlich möglich ist (vgl. BAG 18.10.2012 – 6 AZR 289/11 – Rn. 43; 24.5.2012 – 2 AZR 206/11 – Rn. 29).

• **Keine Rechtfertigung der Kündigung mangels Vorwerfbarkeit einer strafbaren Handlung oder einer ähnlich schwerwiegenden Pflichtverletzung zum Nachteil der Beklagten**

- 17 5. Danach ist die fristlose Kündigung vom 17.3.2011 nicht deshalb gerechtfertigt, weil dem Kläger eine strafbare Handlung oder eine ähnlich schwerwiegende Pflichtverletzung zum Nachteil der Beklagten vorzuwerfen wäre.
- 18 a) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, ein solcher Tatvorwurf könne dem Kläger deshalb nicht gemacht werden, weil die Beklagte nicht nachgewiesen habe, dass er sich Waren aus ihrem Bestand tatsächlich angeeignet habe. Davon sei zwar auszugehen, falls am 4.3.2011 im Spind des Klägers Damenunterwäsche und zuvor im Mülleimer der Getränkeabteilung die dazugehörigen Preisetiketten gefunden worden sein sollten. Für ihr – vom Kläger bestrittenes – Vorbringen habe die Beklagte aber keinen geeigneten Beweis angeboten. Ihre Kenntnis vom Inhalt des Spinds beruhe auf einem unverhältnismäßigen und damit rechtswidrigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Klägers. Das schließe die gerichtliche Beweiserhebung über das Ergebnis der Spindkontrolle aus.
- 19 b) Dagegen wendet sich die Beklagte ohne Erfolg. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts hält sich, was die für einen Tatnachweis vorgetragenen Indiztatsachen betrifft, im tatrichterlichen Beurteilungsspielraum. Sie verstößt nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze. Das Landesarbeitsgericht hat § 286 ZPO auch nicht dadurch verletzt, dass es eine Beweiserhebung zum Ergebnis der Durchsuchung des Spinds unterlassen hat. Die darauf bezogene Rüge der Beklagten ist – ihre Zulässigkeit unterstellt – unbegründet (zu den Anforderungen an die Zulässigkeit einer Aufklärungsrüge vgl. BAG 23.4.2009 – 6 AZR 189/08 – Rn. 16, BAGE 130, 347). Die Verwertung von Beweismitteln, die die Beklagte aufgrund der in Abwesenheit des Klägers und insoweit für ihn heimlich erfolgten Durchsuchung gewonnen hat, ist im Streitfall ausgeschlossen. Dies folgt – sofern sich ein entsprechendes Verbot nicht bereits unmittelbar aus § 32 BDSG ergibt – daraus, dass mit der prozessualen Verwertung der Beweismittel durch Beweiserhebung ein – erneuter bzw. fortgesetzter – Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Klägers einhergeht, ohne dass ein solcher Eingriff durch überwiegende In-

teressen der Beklagten gerechtfertigt wäre. Das Verwertungsverbot impliziert ein Erhebungsverbot und schließt es aus, Personen, die die Schrankkontrolle selbst durchgeführt haben oder zu ihr hinzugezogen wurden, als Zeugen zu vernehmen (zum Beweiserhebungsverbot vgl. BAG 23.4.2009 – 6 AZR 189/08 – Rn. 26, a. a. O.; 10.12.1998 – 8 AZR 366/97 – zu II 1 der Gründe).

aa) Die Zivilprozessordnung kennt für rechtswidrig erlangte Informationen oder Beweismittel kein – ausdrückliches – prozessuales Verwendungs- bzw. Verwertungsverbot. Aus § 286 ZPO i. V. m. Art. 103 Abs. 1 GG folgt im Gegenteil die grundsätzliche Verpflichtung der Gerichte, den von den Parteien vorgetragenen Sachverhalt und die von ihnen angebotenen Beweise zu berücksichtigen (BVerfG 9.10.2002 – 1 BvR 1611/96 u. a. – Rn. 60, BVerfGE 106, 28; BAG 13.12.2007 – 2 AZR 537/06 – Rn. 37; 27.3.2003 – 2 AZR 51/02 – zu B I 3 b cc der Gründe, BAGE 105, 356, BB 2003, 2578). Dementsprechend bedarf es für die Annahme eines Beweisverwertungsverbots, das zugleich die Erhebung der angebotenen Beweise hindern soll, einer besonderen Legitimation in Gestalt einer gesetzlichen Grundlage (vgl. BAG 13.12.2007 – 2 AZR 537/06 – a. a. O.; Musielak/Foerste ZPO 10. Aufl. § 284 Rn. 23; MünchKomm-ZPO/Prütting 4. Aufl. § 284 Rn. 64).

...

• **Vorliegend kann offen bleiben, ob § 32 BDSG einschlägig ist**

ee) Es spricht viel dafür, dass es sich bei der in Rede stehenden Schrankkontrolle tatbestandlich um eine Datenerhebung i. S. v. § 32 Abs. 1 BDSG handelt (so Brink in jurisPR-ArbR 20/2013). Nach der Begriffsbestimmung in § 3 Abs. 1 S. 1 BDSG sind personenbezogene Daten Einzelangaben über persönliche und sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person. Um die Gewinnung und Verwertung solcher Daten geht es hier. Die Durchsuchung des dem Kläger zugeordneten Spinds hatte zum Ziel, Erkenntnisse über dessen Inhalt zu gewinnen, um festzustellen, ob der Kläger im Besitz nicht bezahlter Waren aus dem Bestand der Beklagten war. § 32 BDSG setzt nicht voraus, dass die Datenerhebung zum Zwecke ihrer Nutzung und Verarbeitung in automatisierten Dateien erfolgt. Durch § 32 Abs. 2 BDSG wird die grundsätzliche Beschränkung der Anwendung des dritten Abschnitts des BDSG auf dateigebundene bzw. automatisierte Verarbeitungen (§ 1 Abs. 2 Nr. 2, § 27 Abs. 1 BDSG) ausdrücklich aufgehoben. Die Vorschrift erfasst damit sowohl nach ihrem Wortlaut als auch nach ihrem Regelungsgehalt die Datenerhebung durch rein tatsächliche Handlungen (Gola/Schomerus BDSG 11. Aufl. § 32 Rn. 7; ErfK/Franzen 13. Aufl. § 32 BDSG Rn. 2; Simitis/Seifert BDSG 7. Aufl. § 32 Rn. 14, 100).

ff) Im Streitfall kann offen bleiben, ob § 32 BDSG einschlägig ist. Für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Durchsuchung des Spinds ergeben sich aus § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG gegenüber einer unmittelbar an Art. 2 Abs. 1 GG orientierten Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht des Klägers keine anderen Vorgaben. Entsprechendes gilt mit Blick auf die Frage, ob der durch § 32 BDSG oder unmittelbar durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Schutz des Persönlichkeitsrechts die prozessuale Verwertung der durch die Spindkontrolle gewonnenen Erkenntnisse und Beweismittel ausschließt. Auf die im Schrifttum umstrittene Frage, ob § 32 BDSG der Durchführung rein präventiver Kontrollen entgegensteht (zum Meinungsstand ErfK/Franzen 13. Aufl. § 32 BDSG Rn. 7; Gola/Schomerus BDSG 11. Aufl. § 43 Rn. 7), kommt es nicht an. Um eine solche Maßnahme handelt es sich hier nicht.

● **Im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips setzt § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG voraus, dass die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der Daten zur Aufdeckung einer Straftat erforderlich ist**

- 26 (1) Nach der Gesetzesbegründung sollte die Regelung des § 32 BDSG die bislang von der Rechtsprechung erarbeiteten Grundsätze des Datenschutzes im Beschäftigungsverhältnis nicht ändern, sondern lediglich zusammenfassen. § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG orientiert sich im Wortlaut an § 100 Abs. 3 S. 1 TKG und inhaltlich an den Anforderungen, die das Bundesarbeitsgericht u. a. in seinem Urteil vom 27.3.2003 (– 2 AZR 51/02 – BAGE 105, 356, BB 2003, 2578) zur verdeckten Überwachung von Beschäftigten aufgestellt hat (vgl. BT-Drucks. 16/13657, S. 21). Dementsprechend setzt § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG voraus, dass die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der Daten zur „Aufdeckung [einer Straftat] erforderlich ist“. Das verlangt eine am Verhältnismäßigkeitsprinzip orientierte, die Interessen des Arbeitgebers und des Beschäftigten berücksichtigende Abwägung im Einzelfall, so wie sie u. a. bei der heimlichen Videoüberwachung eines Arbeitnehmers vorzunehmen ist (statt vieler: Thüsing Anm. zu BAG 21.6.2012 – 2 AZR 153/11 – EzA BGB 2002 § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 13, BB 2013, 125; Wybitul BB 2010, 2235; zur Videoüberwachung BAG 21.6.2012 – 2 AZR 153/11, BB 2013, 125 – Rn. 30; 27.3.2003 – 2 AZR 51/02 – zu B I 3 b dd (1) der Gründe, a. a. O.). Auch körperliche und sonstige Untersuchungen wie die Kontrolle des persönlichen Schanks des Arbeitnehmers, mitgeführter Taschen oder von Kleidungsstücken stellen grundsätzlich einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers dar. Da das Persönlichkeitsrecht im Arbeitsverhältnis – jedenfalls außerhalb des unantastbaren Kernbereichs privater Lebensführung – nicht schrankenlos gewährleistet ist, können solche Eingriffe aufgrund überwiegender schutzwürdiger Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt sein. Das ist im Rahmen einer Güterabwägung festzustellen (BAG 13.12.2007 – 2 AZR 537/06 – Rn. 35, 36). Mitentscheidend ist die Intensität des Eingriffs (ErfK/Schmidt 13. Aufl. Art. 2 GG Rn. 100). In diesem Zusammenhang gibt auch das Unionsrecht nichts anderes vor (vgl. BAG 21.6.2012 – 2 AZR 153/11, BB 2013, 125 – Rn. 43).
- 27 (2) Der persönliche Schrank eines Arbeitnehmers und dessen Inhalt sind Teil der Privatsphäre. Sie sind gleichwohl nicht unter allen Umständen einer Kontrolle durch den Arbeitgeber entzogen. Betroffen ist nicht der absolut geschützte Kernbereich privater Lebensgestaltung, sondern der nur relativ geschützte Bereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (zur Abgrenzung vgl. BVerfG 14.9.1989 – 2 BvR 1062/87 – BVerfGE 80, 367; vgl. auch BAG 29.6.2004 – 1 ABR 21/03 – zu B I 2 c der Gründe, BAGE 111, 173, BB 2005, 102). Stellt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer – ggf. zur Erfüllung seiner Verpflichtungen aus § 6 Abs. 2 ArbStättV i. V. m. Nr. 4.1 Abs. 3 des Anhangs – einen abschließbaren Schrank zur Verfügung, berührt diese Überlassung auch seine eigenen Belange. Zum einen besteht die Möglichkeit, dass ein Arbeitnehmer den Spind nicht bestimmungsgemäß nutzt, möglicherweise darin Gegenstände aufbewahrt, von denen Gefahren ausgehen, die der Arbeitgeber abzuwenden verpflichtet ist. Zum anderen kann es das Vorhandensein von Orten, auf die der Arbeitgeber keinen Zugriff hat, böswilligen Arbeitnehmern erleichtern, Handlungen zum Nachteil des Arbeitgebers oder anderer Mitarbeiter zu begehen. Dass dies u. U. Kontrollen des Arbeitgebers erforderlich machen kann, muss einem Arbeitnehmer bewusst sein.
- 28 (3) Arbeitnehmer müssen gleichwohl darauf vertrauen können, dass ihnen zugeordnete Schränke nicht ohne ihre Einwilligung geöffnet, dort eingebrachte persönliche Sachen nicht ohne ihr Einverständnis

nis durchsucht werden. Geschieht dies dennoch, liegt regelmäßig ein schwerwiegender Eingriff in ihre Privatsphäre vor. Er kann nur bei Vorliegen zwingender Gründe gerechtfertigt sein. Bestehen konkrete Anhaltspunkte für eine Straftat und zählt der Arbeitnehmer zu dem anhand objektiver Kriterien eingegrenzten Kreis der Verdächtigen, kann sich zwar aus dem Arbeitsvertrag i. V. m. § 242 BGB eine Verpflichtung ergeben, Aufklärungsmaßnahmen zu dulden (ErfK/Schmidt 13. Aufl. Art. 2 GG Rn. 100). Erforderlich i. S. d. § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG bzw. verhältnismäßig i. S. e. Beschränkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts kann eine Schrankkontrolle aber nur sein, wenn sie geeignet, erforderlich und angemessen ist. Dem Arbeitgeber dürfen keine ebenso effektiven, den Arbeitnehmer weniger belastenden Möglichkeiten zur Aufklärung des Sachverhalts zur Verfügung stehen. Außerdem muss die Art und Weise der Kontrolle als solche den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahren.

(4) Sowohl die Gerichte für Arbeitssachen als auch die ordentlichen Gerichte sind befugt, Erkenntnisse zu verwerten, die sich eine Prozesspartei durch Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht verschafft hat, wenn eine Abwägung der beteiligten Belange ergibt, dass das Interesse an einer Verwertung der Beweise trotz der damit einhergehenden Rechtsverletzung das Interesse am Schutz der Daten überwiegt. Das allgemeine Interesse an einer funktionstüchtigen Rechtspflege und das Interesse, sich ein Beweismittel für zivilrechtliche Ansprüche zu sichern, reichen dabei für sich betrachtet nicht aus, dem Verwertungsinteresse den Vorzug zu geben (BAG 21.6.2012 – 2 AZR 153/11, BB 2013, 125 – Rn. 29). Dafür bedarf es zusätzlicher Umstände. Sie können etwa darin liegen, dass sich der Beweisführer mangels anderer Erkenntnisquellen in einer Notwehrsituation oder einer notwehrähnlichen Lage befindet (BAG 13.12.2007 – 2 AZR 537/06 – Rn. 36; BGH 15.5.2013 – XII ZB 107/08 – Rn. 22; jeweils m. w. N.). Die besonderen Umstände müssen gerade die in Frage stehende Informationsbeschaffung und Beweiserhebung als gerechtfertigt ausweisen (BVerfG 9.10.2002 – 1 BvR 1611/96, 1 BvR 805/98 – zu C II 4 a der Gründe, BVerfGE 106, 28; BAG 21.6.2012 – 2 AZR 153/11 – a. a. O.).

● **Vorliegend fehlt es an einem Grund, der eine heimliche Durchsuchung gerechtfertigt hätte**

gg) Nach diesen Grundsätzen ist die vom Landesarbeitsgericht vorgenommene Interessenabwägung fehlerfrei. Zugunsten der Beklagten kann unterstellt werden, dass zum Zeitpunkt der Schrankkontrolle ein durch objektive – im Anwendungsbereich des § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG zu dokumentierende – Tatsachen begründeter Verdacht gegen den Kläger bestand, sich Unterwäsche aus dem Bestand der Beklagten rechtswidrig zugeeignet oder zu einer solchen Tat zumindest unmittelbar angesetzt zu haben. Der Eingriff erweist sich auch dann als unverhältnismäßig. Die Beklagte hätte den Kläger zur Kontrolle seines Schanks hinzuziehen müssen. Ein Grund, der unter Berücksichtigung der Intensität des Eingriffs eine „heimliche“ Durchsuchung hätte rechtfertigen können, liegt nicht vor.

(1) Eine in Anwesenheit des Arbeitnehmers durchgeführte Schrankkontrolle ist gegenüber einer heimlichen Durchsuchung das mildere Mittel. Die Kontrolle in seinem Beisein gibt dem Arbeitnehmer nicht nur die Möglichkeit, auf die Art und Weise ihrer Durchführung Einfluss zu nehmen. Er kann sie u. U. – etwa durch freiwillige Herausgabe gesuchter Gegenstände – sogar ganz abwenden. Die verdeckte Ermittlung führt ferner dazu, dass dem Betroffenen vorbeugender Rechtsschutz faktisch verwehrt und nachträglicher Rechtsschutz erschwert wird. Die Heimlichkeit einer in Grundrechte eingreifenden

Maßnahme erhöht typischerweise das Gewicht der Freiheitsbeeinträchtigung (BAG 26.8.2008 – 1 ABR 16/07 – Rn. 21 m. w. N., BAGE 127, 276, BB 2008, 2743).

- 32 (2) Die Beklagte hat keine Umstände vorgetragen, aus denen sich ergäbe, dass eine Kontrolle im Beisein des Klägers gegenüber der heimlichen weniger effektiv gewesen wäre. Zwar mögen „ertappte“ Arbeitnehmer im Falle offener Kontrollen einwenden können, sie hätten die bei ihnen aufgefundene, unbezahlte Ware vor Verlassen des Betriebs noch bezahlen wollen. Eine solche Einlassung ist aber auch bei heimlich durchgeführter Kontrolle nicht auszuschließen. Im Streitfall kommt – ausgehend vom eigenen Vorbringen der Beklagten – hinzu, dass die Etiketten der im Besitz des Klägers vermuteten Unterwäsche im Abfall der Getränkeabteilung gefunden worden waren. Dies hätte – als wahr unterstellt – eine (mögliche) Behauptung des Klägers, er habe die in seinem Spind gefundene Ware noch bezahlen wollen, ohne Weiteres als Schutzbehauptung entlarvt. Das gilt erst recht, wenn im Betrieb die Anweisung bestanden haben sollte, keinerlei für den Verkauf bestimmte Ware im Spind aufzubewahren. Dagegen kann die Beklagte nicht erfolgreich einwenden, in ihren Märkten würden gelegentlich auch nicht ausgezeichnete Waren zum Verkauf angeboten. Darauf musste es dem Landesarbeitsgericht in Anbetracht des von der Beklagten unterbreiteten Geschehensablaufs nicht ankommen. Aus diesem Grund ist auch die von der Beklagten im vorliegenden Zusammenhang erhobene Rüge, das Landesarbeitsgericht habe gegen seine Hinweispflicht verstoßen, nicht berechtigt.

• **Unverhältnismäßigkeit der Schrankkontrolle wegen der beabsichtigten anschließenden Taschenkontrolle**

- 33 (3) Es kann dahinstehen, ob schon diese Begründung des Landesarbeitsgerichts seine Entscheidung trägt. Die Schrankkontrolle erweist sich jedenfalls mit Blick auf die beabsichtigte anschließende Taschen-/Personenkontrolle als unverhältnismäßig. Mit seiner entsprechenden Würdigung hat das Landesarbeitsgericht nicht, wie die Beklagte offenbar meint, eine allgemeine, gegenüber einer Vielzahl von Arbeitnehmern angeordnete Taschenkontrolle oder eine Videoüberwachung als „milderes Mittel“ angesehen. Es hat einen überschießenden Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Klägers vielmehr darin erblickt, dass die heimliche Schrankkontrolle lediglich der Vorbereitung einer geplanten Taschenkontrolle diene und deshalb nicht zwingend erforderlich war. Die Würdigung ist rechtsfehlerfrei. Die Beklagte hat selbst vorgetragen, sie habe abwarten wollen, ob der Kläger die Ware bis Dienstschluss noch bezahle. Dies kann nur so verstanden werden, dass auch sie selbst – aus der maßgebenden Sicht ex ante – in der Ausgangskontrolle das effektivere Mittel erblickt hatte, den Kläger zu überführen. Die Schrankdurchsuchung sollte lediglich dazu dienen, die Grundlage für eine passgenaue Taschenkontrolle zu schaffen. Das reicht nicht aus, um den mit der verdeckten Durchsuchung verbundenen intensiven Eingriff in das Persönlichkeitsrecht zu rechtfertigen. Dies gilt ungeachtet dessen, dass Arbeitnehmer in großen Einkaufsmärkten während der Geschäftszeiten in aller Regel – so auch hier – mehrere Möglichkeiten haben, den Arbeitsplatz zu verlassen. Die Beklagte hat nicht dargelegt, weshalb sie den sich daraus ergebenden Schwierigkeiten nicht durch eine intensivere Beobachtung des Klägers hätte begegnen können. Eine plausible Begründung dafür, dass sie nicht den Kündigungssachverhalt ebensogut durch eine (Personen-)Kontrolle des Klägers beim Verlassen des Marktes und

ggf. eine anschließende – offene – Schrankkontrolle hätte aufklären können, hat sie nicht gegeben.

- (4) Zu Unrecht meint die Beklagte, ihr müsse hinsichtlich mehrerer zur Verfügung stehender Aufklärungsmöglichkeiten ein Bewertungsspielraum zugebilligt werden; nicht jeder „Fehlgriff“ dürfe zur Unverhältnismäßigkeit der gewählten Maßnahme führen. Es ist stattdessen nicht Sache des Arbeitgebers, die Grenzen zu bestimmen, innerhalb derer Arbeitnehmer Schutz vor Eingriffen in ihr Persönlichkeitsrecht beanspruchen können. Wie Sachverhalte zu beurteilen sind, bei denen der Arbeitgeber unter mehreren gleich effektiven Aufklärungsmaßnahmen diejenige ergreift, die den Arbeitnehmer – geringfügig – stärker belastet, bedarf keiner Entscheidung; so liegt der Streitfall nicht.

- (5) Die – bestrittene – Behauptung der Beklagten, ihre Vorgehensweise sei mit zwei Mitgliedern des Betriebsrats abgestimmt gewesen, von denen eines an der Kontrolle teilgenommen habe, rechtfertigt kein anderes Ergebnis. Aus persönlichkeitsrechtlicher und datenschutzrechtlicher Sicht ist der Eingriff deshalb nicht weniger intensiv. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Privatsphäre des Arbeitnehmers umso stärker verletzt wird, je mehr Personen ohne sein Einverständnis an dem Eingriff beteiligt sind (vgl. Brink jurisPR-ArbR 20/2013).

- (6) Eine Beweiserhebung über das Ergebnis der Schrankdurchsuchung war deshalb ausgeschlossen. Dies gilt auch dann, wenn sich der Kläger am 4.3.2011 – wie von der Beklagten behauptet – einer Ausgangskontrolle bewusst entzogen haben sollte. Dies ändert nichts an der Unverhältnismäßigkeit der von der Beklagten ergriffenen Aufklärungsmaßnahmen.

...

• **Möglichkeit der Berufung auf eine Verdachtskündigung trotz fehlender ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrats**

6. Auch wenn die Beklagte den Beweis fällig geblieben ist, dass der Kläger tatsächlich Unterwäsche entwendet hat, folgt daraus nicht notwendig, dass ein wichtiger Grund zur Kündigung i. S. d. § 626 Abs. 1 BGB nicht vorliegt. Die Beklagte hat die Kündigung auch auf den Verdacht der rechtswidrigen Entwendung gestützt. Dies war ihr prozessual – anders als das Landesarbeitsgericht angenommen hat – nicht deshalb verwehrt, weil sie den Betriebsrat zu diesem Kündigungsgrund nicht ordnungsgemäß angehört hätte. Zum einen ist auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts davon auszugehen, dass der Betriebsrat erkennen konnte, er solle auch zu einer Verdachtskündigung angehört werden. Zum anderen setzt die gerichtliche Würdigung, der Arbeitgeber sei mangels Anhörung des Betriebsrats gehindert, sich auf bestimmte Kündigungsgründe zu berufen, voraus, dass die Parteien über die ordnungsgemäße Beteiligung des Betriebsrats überhaupt streiten. Daran fehlt es hier.

...

• **Zurückverweisung an das LAG**

- II. Der Rechtsfehler führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. Dessen Entscheidung stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Der Rechtsstreit ist nicht zur Endentscheidung reif (§ 563 Abs. 3 ZPO).

...

## CB-KOMMENTAR

# „Datenschutzrecht als Grenze für Compliance-Maßnahmen“

### PROBLEM

Insbesondere bei schweren Compliance-Verstößen kommen außerordentliche oder fristgemäße Kündigungen in Betracht. Das BAG hat in neuen Entscheidungen Kündigungen wegen Fehlern des Arbeitgebers beim Datenschutz als unwirksam beurteilt. Die Richter nahmen Beweisverwertungsverbote wegen Datenschutzverstößen des Arbeitgebers beim Sammeln von Kündigungsgründen an.

### ZUSAMMENFASSUNG

Gegenstand dieses Verfahrens war eine Compliance-Kündigung. Der Leiter eines Großhandelsmarkts verdächtigte einen Mitarbeiter der Getränkeabteilung, Damenunterwäsche aus dem Sortiment des Markts gestohlen zu haben. Der Marktleiter informierte daraufhin den Betriebsrat von seinem Diebstahlsverdacht und holte dessen Zustimmung zur Durchsuchung des privaten und verschlossenen Spinds des Klägers ein. Der Marktleiter öffnete im Beisein eines Betriebsratsmitglieds den Spind des Klägers und durchsuchte diesen. Den Mitarbeiter und späteren Kläger informierten sie von dieser Maßnahme nicht. Nach Angaben des Arbeitgebers befanden sich im Spind des Klägers tatsächlich vier gestohlene Wäscheartikel. Im anschließenden Kündigungsschutzverfahren hatte das BAG zu entscheiden, ob die bei der Spindkontrolle erlangten Erkenntnisse prozessual verwertbar sind. Das BAG beurteilte die auf die Durchsuchung des Spinds gestützte Tat Kündigung des Arbeitgebers als unwirksam. Es war der Ansicht, dass es sich bei der Beweiserhebung des Arbeitgebers um einen rechtswidrigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers handele. Der Arbeitgeber habe beim Öffnen des Spinds die Vorgaben des § 32 Abs. 1 BDSG missachtet. Dabei betonte das BAG, dass § 32 BDSG keine automatisierte Datenerhebung verlangt. Vielmehr seien auch rein tatsächliche Handlungen von dieser Regelung erfasst. Damit gelte § 32 BDSG richtigerweise auch für Mitarbeiterkontrollen, Befragungen sowie sonstige Ermittlungsmaßnahmen. Das BAG führte aus, dass bei einer „unmittelbar an Art. 2 Abs. 1 GG orientierten Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Klägers“ dieselben Anforderungen wie im Rahmen von § 32 Abs. 1 BDSG bestünden. Das Erheben, Verarbeiten oder Nutzen von personenbezogenen Daten sei demnach gem. § 32 Abs. 1 BDSG nur dann gerechtfertigt, wenn die Datenerhebung „erforderlich“ sei. Dies erfordere eine am Verhältnismäßigkeitsprinzip orientierte Abwägung, welche die Interessen des Arbeitgebers und des Beschäftigten im Einzelfall berücksichtige. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung ist nach Auffassung des BAG in drei Stufen durchzuführen: Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit. Die Verhältnismäßigkeit sei im Rahmen einer Güterabwägung festzustellen. Mitentscheidend sei insbesondere die Intensität des Eingriffs. Gemessen an diesen Kriterien war die heimliche Spindkontrolle nach Ansicht des BAG unverhältnismäßig und damit rechtswidrig. Im vorliegenden Fall kam das BAG zum Ergebnis, dass es an der Erforderlichkeit fehle, da eine offene Vorgehensweise hier ebenso erfolgsversprechend gewesen wäre, aber weniger tief in

das Persönlichkeitsrecht des betroffenen Arbeitnehmers eingegriffen hätte. Der Arbeitgeber habe keine Umstände vorgetragen, aus denen sich ergebe, dass eine Kontrolle im Beisein des Mitarbeiters weniger effektiv gewesen wäre. Gerade bei heimlichen Maßnahmen bedarf es damit stets einer sorgfältigen Prüfung, ob ein milderer Mittel in Betracht kommt. Auf einer zweiten Ebene prüfte das BAG nun, ob aus der rechtswidrigen Beweiserhebung auch ein Beweisverbot resultiert. Die Richter bejahten dies mit erstaunlich klaren Worten. Eine Verwertungsverbot komme immer dann in Betracht, wenn die Verwertung des rechtswidrig erlangten Beweismittels – so wie hier – zu einem erneuten Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers führe, ohne dass ein solcher Eingriff durch überwiegende Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt sei.

### PRAXISFOLGEN

Das Urteil hat erhebliche Folgen für die Compliance-Arbeit in Unternehmen. Die Entscheidung zeigt, dass Unternehmen datenschutzrechtliche Vorgaben als Grenze für Compliance-Maßnahmen zwingend zu beachten haben. Jede Compliance-Maßnahme, die in einem Unternehmen durchgeführt wird, muss sich demnach an den Anforderungen des Beschäftigtendatenschutzes messen lassen. Maßnahmen, die nicht von den Erlaubnistatbeständen des BDSG gedeckt sind, werden in einem späteren Gerichtsverfahren in aller Regel einem Beweisverwertungsverbot unterliegen. Dies kann die gerichtliche Durchsetzung von Schadensersatzprozessen oder einer Kündigung erheblich erschweren, im schlimmsten Fall gar unmöglich machen. Um prozesuale Nachteile wegen der Unverwertbarkeit von Beweismitteln zu vermeiden, müssen Maßnahmen zur Verhinderung oder Aufdeckung von Regelverstößen selbst regelkonform sein. Unternehmen ist zu raten, ihre Compliance-Prozesse auf die Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorgaben zu überprüfen und bei Bedarf entsprechend anzupassen. Unternehmen ist außerdem zu empfehlen, heimliche Kontrollmaßnahmen nur mit Bedacht durchzuführen. Eine Maßnahme zur Risikominimierung kann darüber hinaus die Einbindung des betrieblichen Datenschutzbeauftragten oder des Betriebsrats sein. (Weitere Handlungsempfehlungen vgl. *Wybitul/Pöppers*, BB 2014, 437).

### AUTOREN



**Tim Wybitul, RA/FAArbR**, leitet die Compliance & Investigations Gruppe im Frankfurter Büro von Hogan Lovells. Er berät Unternehmen bei Fragen zu Compliance, Arbeitsrecht, Datenschutz und internen Ermittlungen. Unter anderem leitete er ein Team von Anwälten, das ein global tätiges Finanzinstitut bei einer der größten US-Ermittlungen in Europa begleitete.

**Maren Astor, RAin**, ist in der Praxisgruppe Arbeitsrecht im Frankfurter Büro von Hogan Lovells tätig. Der Schwerpunkt ihrer Tätigkeit liegt auf Fragen zu Compliance und internen Ermittlungen, insbesondere aus den Bereichen Arbeitsrecht, Datenschutzrecht und Strafrecht.