

CB-ENTSCHEIDUNG

LAG Berlin-Brandenburg: Arbeitgeber darf Surfverhalten der Mitarbeiter kontrollieren

LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 14.1.2016 – 5 Sa 675/15

LEITSÄTZE

1. Die fortwährend über einen Zeitraum von 30 Arbeitstagen andauernde und während der Arbeitszeit erfolgende private Nutzung des dienstlichen Internetanschlusses im Umfang von knapp 40 Stunden berechtigt den Arbeitgeber wegen der darin liegenden Verletzung der Arbeitspflicht auch dann zur außerordentlichen Kündigung, wenn dem Arbeitnehmer die Privatnutzung arbeitsvertraglich in Ausnahmefällen innerhalb der Arbeitspausen erlaubt ist.
2. Im Kündigungsschutzprozess können zu Lasten des Arbeitnehmers die vom Arbeitgeber ohne Hinzuziehung des Arbeitnehmers ausgewerteten Einträge der aufgerufenen Internetseiten in der Chronik des auf dem Dienstrechner des Arbeitnehmers installierten Internet-Browsers zum Beweis einer exzessiven Internetnutzung verwertet werden. Obwohl es sich dabei um personenbezogene Daten handelt und auch wenn eine wirksame Einwilligung in die Kontrolle dieser Daten nicht vorliegt, besteht kein Beweisverwertungsverbot, weil das Bundesdatenschutzgesetz auch ohne Einwilligung des Arbeitnehmers die Speicherung und Auswertung der Verlaufsdaten in der Chronik eines Internetbrowsers zu Zwecken der Missbrauchskontrolle erlaubt. Unabhängig davon besteht jedenfalls dann kein Beweisverwertungsverbot, wenn dem Arbeitgeber ein mit anderen Mitteln zu führender konkreter Nachweis des Umfangs des Missbrauchs des dienstlichen Internets nicht zur Verfügung steht.
3. Auch aus § 88 Abs. 3 TKG folgt in diesem Falle kein Beweisverwertungsverbot, weil das TKG nicht anwendbar ist, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmern eine private Nutzung des dienstlichen Internetanschlusses erlaubt.
4. Zur Abgrenzung von nachgeschobenen Kündigungsgründen zur Konkretisierung bereits mitgeteilter Kündigungsgründe bei der Betriebsratsanhörung.

CB-Online www.compliance-berater.de
Volltext: CBL2016-175-1

CB-KOMMENTAR

„Das Urteil des LAG Berlin-Brandenburg enthält einige arbeitgeberfreundliche Feststellungen“

PROBLEM

Arbeitgeber müssen aus verschiedenen Gründen das Verhalten ihrer Mitarbeiter kontrollieren und Fehler ahnden. Hierbei stoßen Unternehmen oft an Grenzen, insbesondere des Datenschutzrechts und gelangen dann in ein Dilemma zwischen kollidierenden Rechtspflichten. Das LAG Berlin-Brandenburg hat jetzt in einem arbeitgeberfreundlichen Urteil eine fristlose Kündigung wegen exzessiven Privatsurfens am Arbeitsplatz für wirksam gehalten. Das LAG hat dabei erfreulich klare Feststellungen zur datenschutzrechtlichen Zulässigkeit getroffen.

ZUSAMMENFASSUNG

In der Entscheidung ging es um einen 43-jährigen „Gruppenleiter Konstruktion“, der seit 16 Jahren unbeanstandet beschäftigt war. Bei einer Stichprobe fiel aufgrund einer starken Erhöhung der Internetkosten im Unternehmen auf, dass das Datenvolumen vom Rechner des Klägers einen Umfang aufwies, wie dies sonst nur bei Servern des Unternehmens vorkam. Eine nähere Überprüfung ergab, dass der Mitarbeiter innerhalb von 30 Arbeitstagen 16.369 Seiten aufgerufen hatte und auf jeder durchschnittlich 13,5 Sekunden verblieben war, somit im Durchschnitt während der Arbeitszeit täglich 446 Seiten anklickte und dafür mehr als 1,5 Stunden pro Tag während der Arbeitszeit aufwandte. Unter den angeklickten Seiten befanden sich Geschäftsbanken, aber auch Partnerbörsen und erotische Websites. Zudem speicherte der Mitarbeiter pornografisches Bildmaterial auf seinem betrieblichen Rechner.

Im Unternehmen gab es eine IT-Nutzerrichtlinie, die der Arbeitgeber nach vorheriger Zustimmung des Betriebsrats einseitig erlassen hatte. Dort war die private Nutzung der betrieblichen IT-Infrastruktur „ausnahmslos“ untersagt. Nach dem Arbeitsvertrag des Mitarbeiters war eine Privatnutzung „ausnahmsweise“ gestattet, wobei der Arbeitgeber sich Stichprobenprüfungen vorbehalten hatte.

Das Arbeitsgericht Berlin hielt erstinstanzlich die fristlose Kündigung für wirksam, weil der Mitarbeiter durch die exzessive Privatnutzung während der Arbeitszeit seine Hauptleistungspflicht verletzt habe und dadurch die Gefahr eines Rufschadens des Arbeitgebers und die

potentieller Vireninfektionen verursacht habe. Eine Abmahnung sei entbehrlich und die Datenauswertung datenschutzrechtlich zulässig gewesen.

Das LAG Berlin-Brandenburg bestätigte diese Entscheidung. Das LAG hält eine außerordentliche fristlose Kündigung für gerechtfertigt, weil die exzessive private Nutzung der betrieblichen IT-Infrastruktur einen wichtigen Grund i. S. d. § 626 BGB bilde. Die vom Arbeitgeber erhobenen und verarbeiteten Daten hält das LAG für verwertbar. Hierzu weist das Gericht zunächst darauf hin, dass die ZPO kein (ausdrückliches) prozessuales Verwendungs- oder Verwertungsverbot für rechtswidrig erlangte Daten kennt. Ein solches könne sich lediglich aus Art. 2 GG ergeben, wenn die Informationsbeschaffung nicht mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers vereinbar ist. Die grundsätzliche Erhebung und Verarbeitung (Speicherung) der bei der Internetnutzung entstehenden Verlaufsdaten in der Browserchronik wie auch deren spätere Nutzung (Auswertung) folge aus § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG, weil dies für die Entscheidung über die Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist. Auf die – deutlich strengeren – Anforderungen nach § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG komme es nicht an, weil es hier nicht um die Aufklärung von Straftaten gehe. Die Protokollierung der Daten sei nicht nur geeignet, um eine missbräuchliche Nutzung des Internetverkehrs zu überprüfen, sondern auch erforderlich, um die Entscheidung über eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu belegen. Besonders interessant ist die Feststellung des LAG, es komme für die Prüfung dieser Datenschutzfrage nicht darauf an, ob dem Mitarbeiter eine Privatnutzung des Internets, ggf. auch eingeschränkt, erlaubt oder gänzlich untersagt ist. In jedem Fall sei die Speicherung der Verlaufsdaten geeignet und erforderlich, um den Internetgebrauch auf exzessive, also über das Maß einer ggf. vorliegenden Gestattung hinausgehenden Nutzung hin zu überprüfen. Demgemäß liege kein „überschießender Eingriff“ in das Persönlichkeitsrecht des Mitarbeiters vor.

Anders als im sog. „Hörschen-Urteil“ des BAG vom 20.6.2013 (2 AZR 546/12) hielt es das LAG für unschädlich, dass der Mitarbeiter bei der Auswertung der Daten nicht hinzugezogen wurde. Zwar komme die Auswertung in Anwesenheit des Betroffenen grundsätzlich als milderes Mittel in Betracht. Eine in Anwesenheit des Mitarbeiters durchgeführte Auswertung der Browserchronik sei jedoch unter Berücksichtigung ihrer Zwecke und der besonderen Umstände des vorliegenden Falles kein gegenüber der ohne seine Hinzuziehung erfolgenden Auswertung milderes Mittel. Seine Anwesenheit hätte an der Art und Weise der Auswertung nichts geändert.

Auch ein Verstoß gegen § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG liege nicht vor, denn der Betriebsrat habe der vom Arbeitgeber vorgegebenen IT-Nutzerrichtlinie zugestimmt. Diese habe eine vorübergehende Speicherung der Daten zum Zwecke der Missbrauchskontrolle vorgesehen. Hierbei sei unerheblich, dass es sich im vorliegenden Fall um eine Anlasskontrolle und nicht um eine reine Routinekontrolle gehandelt habe.

Das LAG stellt ferner fest, dass weder TDG noch TKG der Datennutzung entgegenstehen. Insbesondere sei der Arbeitgeber, auch wenn er die private Nutzung seiner betrieblichen IT-Infrastruktur gestatte, kein „TK-Diensteanbieter“ i. S. d. TKG (vgl. dazu näher unter „Praxisfolgen“).

Das Gericht geht noch einen Schritt weiter: Selbst wenn die Datenspeicherung rechtswidrig gewesen sein sollte, hätte sie gleichwohl verwertet werden dürfen, weil kein Eingriff in verfassungsrechtlich geschützte Grundpositionen der Mitarbeiter vorliege. Dies gelte v. a. deshalb, weil sich das Unternehmen arbeitsvertraglich eine Überprüfung der entstehenden technischen Daten im Rahmen von Stichproben vorbehalten habe. In diesem Fall kann der Arbeitnehmer auch

hinsichtlich der bei einer Privatnutzung entstandenen Daten keine Vertraulichkeit erwarten.

Abschließend führt das LAG aus, warum kein milderes Mittel zur Verfügung gestanden habe. Eine Abmahnung sei deswegen entbehrlich gewesen, weil der Arbeitnehmer nicht von einer Duldung seines exzessiven Privatsurfens während der Arbeitszeit habe ausgehen können. Auch eine ordentliche Kündigung mit der hier anwendbaren Kündigungsfrist von sechs Monaten habe dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden können. Der Arbeitnehmer hätte in den restlichen Monaten die von ihm verursachte Erschütterung des Vertrauensverhältnisses nicht ungeschehen machen können. Zudem habe er seine Vorbildfunktion als Gruppenleiter aufgrund der Vorfälle nicht mehr ausüben können. Schließlich enthält das Urteil arbeitgeberfreundliche Aussagen zur Betriebsrat-Anhörung. Wenn der Arbeitgeber den Betriebsrat – etwa wegen der gebotenen Eile durch die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB – zunächst nur über die Arten der Vorwürfe informiere, könne er später noch die danach zusammengestellten Einzelheiten, etwa zum Surfverhalten, nachreichen, ohne eine erneute Anhörung durchführen zu müssen.

PRAXISFOLGEN

Das Urteil des LAG Berlin-Brandenburg enthält einige arbeitgeberfreundliche Feststellungen, insbesondere zu Datenschutzfragen. Hervorzuheben sind v. a. folgende Punkte:

Als Rechtsgrundlage für die Erhebung, Speicherung und Verarbeitung der Daten betrachtet das LAG § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG. Die deutlich höheren Schranken in S. 2 der Vorschrift sind also nicht einschlägig. Ferner unterstreicht das LAG, dass es bei einer exzessiven Privatnutzung der betrieblichen IT-Infrastruktur nicht darauf ankommt, ob die Privatnutzung verboten, erlaubt oder geduldet wurde. Diese Feststellung kann erhebliche Probleme in der Praxis lösen. Erfreulich ist ferner die klare Feststellung des Gerichts, dass ein Arbeitgeber, der seinen Mitarbeitern die private Nutzung der betrieblichen IT-Infrastruktur gestattet, *kein* TK-Diensteanbieter i. S. d. § 88 TKG ist. Dieser noch vor wenigen Jahren zu einer „h. M.“ hochstilisierte Irrglaube dürfte nun – nach der inzwischen vierten eindeutigen Gerichtsentcheidung in dieser Hinsicht – endgültig der Vergangenheit angehören (vgl. dazu *Walther/Zimmer*, BB 2013, 2933 m. w. N., auch zu den drei weiteren Urteilen). Schließlich enthält das Urteil einen wertvollen Hinweis für Arbeitgeber: Für die Aufklärung von Fehlverhalten, insbesondere beim Internet-Surfen, hilft eine Regelung im Arbeitsvertrag, die dem Arbeitgeber stichprobenartige Prüfungen erlaubt. Selbstverständlich kann eine solche Regelung auch in einer Betriebsvereinbarung oder sonstigen kollektiven Regelung enthalten sein.

AUTOR



Dr. Mark Zimmer, RA/FAArB, ist Partner im Münchener Büro von Gibson, Dunn & Crutcher LLP. Er berät seit über 20 Jahren Unternehmen in allen arbeitsrechtlichen Angelegenheiten. Einen weiteren Schwerpunkt bilden nationale und internationale Untersuchungen wegen Betrugs, Untreue und Korruption („Fraud“).