

DATENSCHUTZ- BERATER

» Ihr zuverlässiger Partner für Datenschutz und Datensicherheit

Chefredakteur: Dr. Carlo Piltz

Schriftleitung: Prof. Dr. Alexander Golland, Tilman Herbrich, Philipp Quiel, Laurenz Strassemeyer

Editorial

Tilman Herbrich

Artikel 9 DSGVO als Innovationsmotor?

Seite 69

Stichwort des Monats

Dr. Stefan Brink

Der digitale Omnibus der EU-Kommission: Die DSGVO soll/kann/muss besser werden

Seite 70

Datenschutz im Fokus

Christian Specker

Sycophancy in KI-Systemen: Zwischen Nutzerfreundlichkeit und Dark Pattern

Seite 75

Matthias Götz und Sophie Blöink

Quo vadis UK? Aktuelle Entwicklungen im britischen Datenschutzrecht

Seite 80

Dr. Carlo Piltz und Ilia Kukin

**Außerdienstliche Straftaten unter Nutzung betrieblicher Mittel:
Zur Reichweite des § 26 Abs. 1 Satz 2 BDSG**

Seite 84

Aktuelles aus den Aufsichtsbehörden

Dr. Thomas Schweiger

**Microsoft Education 365 in Österreich erneut im Fokus der Aufsichtsbehörde:
DSB stoppt Verarbeitung**

Seite 88

Rechtsprechung

Simone Böhm

**Bodycams im ÖPNV und Art. 13 DSGVO: Der EuGH entscheidet
über Informationspflichten**

Seite 90

Jan Spittka und Daniel Nguyen

Sie haben das Recht zu schweigen – oder doch nicht?

Seite 93

Dr. Dominik Sorber und Dr. Christina Knoepffler

**Wer muss mitreden? Mitbestimmung bei Datenauswertungen im
Arbeits- oder Dienstverhältnis**

Seite 98

■ Nachrichten Seite 72

Dr. Carlo Piltz und Ilia Kukin

Außerdienstliche Straftaten unter Nutzung betrieblicher Mittel: Zur Reichweite des § 26 Abs. 1 Satz 2 BDSG

§ 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG erlaubt Verantwortlichen, personenbezogene Daten von Beschäftigten zu verarbeiten, soweit dies zur Aufdeckung einer „im Beschäftigungsverhältnis begangenen“ Straftat erforderlich ist. Die Reichweite dieser Rechtsgrundlage wurde in der Rechtsprechung bislang aber kaum behandelt. Insbesondere ist unklar, wann eine Straftat als „im Beschäftigungsverhältnis begangen“ gilt. In der Praxis können Straftaten auch außerhalb der Arbeitszeit begangen werden, wobei zugleich betriebliche Mittel (etwa Laptop oder Mobiltelefon) zum Einsatz kommen. Hier stellt sich die Frage, ob sich interne Untersuchungen in solchen Konstellationen auf § 26 Abs. 1 Satz 2 BDSG stützen lassen oder ob hierfür eine Einwilligung der betroffenen Person erforderlich ist.

Straftaten im Beschäftigungsverhältnis

Die Zahl der im Beschäftigungsverhältnis begangenen Straftaten nimmt seit Jahren kontinuierlich zu. Das Bundeskriminalamt registrierte 2024 bei den Wirtschaftsdelikten einen Anstieg um 57,6 Prozent. Schwerpunkte bilden dabei laut einer KPMG-Studie aus dem Jahr 2023 die Fallgruppen Betrug und Untreue, Datendiebstahl und -missbrauch sowie Manipulationen von jahresabschlussrelevanten Informationen. Auch „einfache“ Diebstähle sind nach wie vor keine Seltenheit. In der Regel gehen polizeilichen Ermittlungen interne Untersuchungen voraus. Werden Betriebsmittel (z. B. Laptop, E-Mail-Software) als Tatmittel missbraucht, ist das Unternehmen häufig in der Lage, den Sachverhalt zumindest teilweise ohne polizeiliche Hilfe aufzuklären und verdächtige Personen zu identifizieren. Interne Ermittlungen haben allerdings auch eine datenschutzrechtliche Dimension: vermeintliche Täter genießen grundsätzlich den Schutz ihrer personenbezogenen Daten. Bei der Aufdeckung von Straftaten ist dieser Schutz allerdings begrenzt. Die häufig zitierte Aussage, der Datenschutz bedeute keinen Täterschutz, findet ihren Ausdruck in § 26 Abs. 1 Satz 2 BDSG. Danach dürfen Unternehmen personenbezogene Daten von Beschäftigten verarbeiten, sofern dies zur Aufdeckung einer im Beschäftigungsverhältnis begangenen Straftat erforderlich ist.

Was auf den ersten Blick als eine klare Regelung erscheint, ist in der Praxis mit vielen Fragen und Unsicherheiten verbunden, die bislang weder durch die Rechtsprechung noch durch die Behörden abschließend beantwortet wurden. Weitgehend ungeklärt ist beispielsweise die Frage, wie das Merkmal „im Beschäftigungsverhältnis“ auszulegen ist. Praxisrelevant sind insbesondere Konstellationen, in denen Beschäftigte Straftaten außerhalb der Arbeitszeit begehen, dabei aber auf betriebliche Ressourcen zurückgreifen (z. B. dienstliche Accounts, Endgeräte, Berechtigungen oder Infrastruktur). Zeitlicher Bezug (Arbeitszeit) und funktionaler Bezug (Dienstsphäre) fallen in solchen Fällen oft auseinander, was die rechtliche Einordnung er-

schwert. Nachfolgend wird der Anwendungsbereich der Vorschrift des § 26 Abs. 1 Satz 2 BDSG systematisch erörtert, mit besonderem Fokus auf das Tatbestandsmerkmal „im Beschäftigungsverhältnis“.

Persönlicher Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich ist weit gefasst und in § 26 Abs. 8 BDSG gesetzlich definiert. Er umfasst sämtliche Formen der Beschäftigung und auch arbeitnehmerähnliche Personen fallen darunter. Darüber hinaus erfasst § 26 Abs. 8 Satz 2 BDSG Bewerber sowie Personen, deren Beschäftigungsverhältnis bereits beendet ist. Interne Untersuchungsmaßnahmen können daher auch nach einer Kündigung fortgesetzt oder neu aufgenommen werden, sofern die übrigen Voraussetzungen der Rechtsgrundlage erfüllt sind.

§ 26 Abs. 1 Satz 2 BDSG enthält aber eine zusätzliche Einschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs. Datenverarbeitungen dürfen sich nicht pauschal auf die gesamte Belegschaft beziehen, sondern nur gezielt auf die Person, die einer Straftat verdächtig ist. Zulässig ist zwar auch die Verarbeitung von Daten mehrerer Verdächtiger, die Maßnahmen dürfen sich aber grundsätzlich nicht gegen größere Gruppen von Beschäftigten richten (HBDI, Tätigkeitsbericht 2018, S. 282). Datenverarbeitungen im Hinblick auf Zeugen sind dagegen auf andere Rechtsgrundlagen zu stützen, regelmäßig auf berechtigte Interessen nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO.

Sachlicher Anwendungsbereich

In der Praxis liegen die meisten Probleme bei der Anwendung von § 26 Abs. 1 Satz 2 BDSG auf der sachlichen Ebene. Nach ihrem Wortlaut ist die Vorschrift nur anwendbar, wenn (i) dokumentierte tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass die betroffene Person im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen hat, (ii) die Verarbeitung zur Aufdeckung erforderlich und (iii) unter Berücksichtigung der Interessen der betroffenen Person nicht unverhältnismäßig ist.

Verdacht

Die erste Voraussetzung ist ein hinreichender Verdacht. Mit dem Erfordernis „tatsächlicher Anhaltspunkte“ macht der Gesetzgeber deutlich, dass hieran keine überzogenen Anforderungen zu stellen sind. Gemeint ist ein einfacher Verdacht, vergleichbar mit dem strafrechtlichen Konzept des Anfangsverdachts. Damit können entsprechende Datenverarbeitungen bereits in einem frühen Stadium der Sachverhaltsaufklärung zulässig sein. Unzulässig sind dagegen Ermittlungen ins Blaue hinein oder sonstige vorsorgliche Datenverarbeitungen „auf Vorrat“ (HBDI, Tätigkeitsbericht 2018, S. 284).

Straftat

Ferner muss eine Straftat vorliegen. Da der Gesetzgeber den Begriff nicht definiert hat, ist der Einordnung das strafrechtliche Verständnis zugrunde zu legen. Gemeint ist eine rechtswidrige Tat im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB, also eine Tat, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht. Unerheblich ist, ob es sich um ein Verbrechen oder ein Vergehen handelt. Andere Verfehlungen von Beschäftigten, die unterhalb der Schwelle einer Straftat liegen, werden nach gefestigter Rechtsprechung des BAG zur Vorgängernorm (§ 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG a. F.) vom Straftatbegriff des BDSG nicht erfasst. § 26 Abs. 1 Satz 2 BDSG rechtfertigt besonders eingriffsintensive Aufklärungsmaßnahmen bei einschlägigem Verdacht. Er ist jedoch kein Auffangtatbestand für jede Pflichtwidrigkeit oder Unregelmäßigkeit im Betrieb. Ordnungswidrigkeiten und Verstöße gegen interne Regelungen (etwa Handlungsanweisungen, Richtlinien oder Betriebsvereinbarungen) dürfen nur auf Basis allgemeiner Rechtsgrundlagen untersucht werden, wobei den Rechten der betroffenen Mitarbeiter ausreichend Rechnung zu tragen ist.

Im Beschäftigungsverhältnis begangen

Deutlich unklarer ist die Voraussetzung, dass es sich um eine „im Beschäftigungsverhältnis“ begangene Straftat handeln muss. Je nach Fallkonstellation kann die Bewertung unterschiedlich ausfallen. Vergleichsweise unproblematisch ist die Beurteilung, wenn das Delikt keinerlei Bezug zum Beschäftigungsverhältnis aufweist. Also, wenn es weder während der Arbeitszeit noch mit betrieblichen Mitteln erfolgt. Solche Fälle sind vom Anwendungsbereich der Vorschrift eindeutig nicht erfasst. Ähnlich klar ist die Lage bei Straftaten, die während der Arbeitszeit unter Nutzung betrieblicher Arbeitsmittel begangen werden. Diese gelten aufgrund des zeitlichen und funktionalen Zusammenhangs mit dem Beschäftigungsverhältnis regelmäßig als „im Beschäftigungsverhältnis“ begangen.

Schwieriger ist die Abgrenzung, wenn Beschäftigte eine Straftat zwar mithilfe bereitgestellter Arbeitsmittel (z. B. Versand gefälschter Rechnungen über ein dienstliches E-Mail-Konto), aber außerhalb der Arbeitszeit begehen.

Vergleichbare Fragen stellen sich, wenn Beschäftigte Daten unbefugt „mitnehmen“ und anschließend außerhalb des Betriebs für Straftaten verwenden. In solchen Fällen verlagert sich der „Tatort“ aus der Sphäre des Arbeitgebers heraus, während die Tatmittel weiterhin aus dem Arbeitsverhältnis stammen.

Der Gesetzgeber bietet für diese Einordnung kaum Hilfestellungen. Weder das BDSG noch die Gesetzesbegründung erläutern, wie eng der Bezug zum Beschäftigungsverhältnis sein muss. Auch die Aufsichtsbehörden wiederholen in Tätigkeitsberichten und Stellungnahmen lediglich die gesetzlichen Vorgaben.

In der Literatur wird das Tatbestandsmerkmal überwiegend weit verstanden. Zur Begründung wird angeführt, dass die untechnische Formulierung für ein weites Verständnis spreche, wonach nicht nur Straftaten erfasst seien, die in Ausübung der Tätigkeit begangen werden, sondern auch solche, die bei Gelegenheit der Tätigkeit begangen werden. Teilweise wird insoweit ein bloßer Zusammenhang mit dem Beschäftigungsverhältnis als ausreichend angesehen. Vereinzelt wird zudem ausdrücklich angenommen, dass auch außerhalb der Arbeit begangene Straftaten erfasst sein können, sofern sie zugleich eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung darstellen und eine Kündigung zu rechtfertigen vermögen.

Aktuelle Rechtsprechung, die den sachlichen Anwendungsbereich der Vorschrift präzisieren würde, liegt bislang nicht vor. Die Rechtsprechung zur Vorgängerregelung des § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG a. F. bietet für die Auslegung des Merkmals „im Beschäftigungsverhältnis“ auch nur begrenzte argumentative Unterstützung. In einem Fall hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass die Verwertung eines Zufallsfundes aus einer nach § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG a. F. gerechtfertigten verdeckten Videoüberwachung unter dieser Vorschrift zulässig sein kann (BAG, Urt. v. 22.9.2016 – 2 AZR 848/15). Zwar wird in dieser Entscheidung das Merkmal „im Beschäftigungsverhältnis“ nicht thematisiert. Sie zeigt aber, dass das BAG bei solchen Aufklärungsmaßnahmen eine anschließende Nutzung der gewonnenen Erkenntnisse tendenziell nicht von einem engen Verständnis der Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen (z. B. strikte Beschränkung auf den ursprünglich verdächtigten Arbeitnehmer) abhängig macht. In anderen Urteilen hat sich das BAG hierzu zurückhaltender gezeigt und betont, dass in Fällen, in welchen § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG a. F. nicht greift, eine Datenverarbeitung subsidiär auf berechtigte Interessen gestützt werden kann.

Da die Rechtsprechung zu § 26 Abs. 1 Satz 2 BDSG bislang wenig ergiebig ist, bietet es sich an, als Orientierung eine Parallele zur Kündigung wegen strafbarer Handlungen außerhalb des Dienstverhältnisses zu ziehen. Zwischen den

Zielen beider Maßnahmen besteht eine klare Schnittmenge. Funktional geht es in beiden Fällen darum, dem Arbeitgeber zu ermöglichen, das Arbeitsverhältnis und den Betrieb vor den Folgen arbeitsvertraglicher Pflichtverletzungen zu schützen. § 26 Abs. 1 Satz 2 BDSG dient der Sachverhaltsaufklärung. Die Kündigung ist demgegenüber typischerweise eine daran anknüpfende Sanktionsmaßnahme. Ähnlich wie bei § 26 Abs. 1 Satz 2 BDSG ist im Kündigungsrecht nicht jede strafbare Handlung als solche kündigungsrelevant. Vielmehr muss die Straftat in irgendeiner Form einen Bezug zum Arbeitsverhältnis aufweisen (st. Rspr. des BAG, vgl. BAG, Urt. v. 6.11.2003 – 2 AZR 631/02). Ob ein hinreichender Bezug besteht, ist anhand der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Maßgeblicher Anknüpfungspunkt sind dabei arbeitsvertragliche Nebenpflichten, insbesondere die Pflicht zur Rücksichtnahme. Ein relevanter Bezug liegt regelmäßig vor, wenn die Straftat zwar außerdienstlich begangen wird, dabei aber Betriebsmittel oder betriebliche Einrichtungen genutzt werden (BAG, Urt. v. 10.9.2009 – 2 AZR 257/08). So kann etwa die Nutzung des umfriedeten und besonders geschützten Firmenparkplatzes zur Übergabe gestohlener Mobiltelefone oder die Ansprache von Kolleginnen und Kollegen in Pausen zum Ankauf eines solchen Mobiltelefons nach der Rechtsprechung des BAG ausreichen (BAG, Urt. v. 6.11.2003 – 2 AZR 631/02).

Anknüpfend an die in Literatur und Rechtsprechung diskutierten Gesichtspunkte lässt sich eine eigene, funktional ausgerichtete Abgrenzung skizzieren. Der Begriff „Beschäftigungsverhältnis“ ist nicht mit „Arbeitszeit“ gleichzusetzen. Er dient vielmehr der Abgrenzung zu rein privaten Sachverhalten. Eine zusätzliche Beschränkung auf die Arbeitszeit würde Straftaten mit klarem Bezug zum Beschäftigungsverhältnis weitgehend ausklammern. Zur Veranschaulichung kann das Entwenden von Unternehmenseigentum als zugespitztes Beispiel dienen. Ein Mitarbeiter in der Abteilung Qualitätsmanagement markiert zwei Paletten Ware als Fehlproduktion, die zu entsorgen ist. Er weiß, dass das Betriebsgelände nachts zwischen 2:00 und 3:00 Uhr wegen des Schichtwechsels nur von einem Sicherheitsmitarbeiter überwacht wird und dass die Videokamera im Ladebereich seit einem Monat defekt ist. Während seines Urlaubs verschafft er sich nachts mit seiner (nicht personalisierten) Mitarbeiterkarte Zugang zum Firmengelände und nutzt die Sicherheitsdefizite aus, um die Ware in eine privat angemietete Lagerhalle zu transportieren. Würde man das Tatbestandsmerkmal „im Beschäftigungsverhältnis“ auf die reine Arbeitszeit verengen, ließen sich Nachforschungen des Unternehmens nicht auf § 26 Abs. 1 Satz 2 BDSG stützen, obwohl die Straftat für einen objektiven Betrachter eindeutig einen Bezug zum Beschäftigungsverhältnis aufweist. Ähnlich gelagert sind Fälle, in denen eine Straftat zwar während der Arbeitszeit begangen wird, dabei aber keine betrieblichen Mittel eingesetzt werden. Das kann etwa dann gelten, wenn der Täter Sonderwissen,

das er im Beschäftigungsverhältnis erlangt hat, zur Begehung der Tat nutzt, oder wenn sich die Straftat gegen seine Kollegen richtet.

Im Ergebnis ist bei der Beurteilung, ob eine Straftat „im Beschäftigungsverhältnis“ begangen wurde, eine Gesamtwürdigung der Umstände vorzunehmen. Der Begriff ist dabei nicht rein zeitlich, sondern funktional auszulegen. Als Indizien kommen insbesondere in Betracht:

- Begehung der Straftat während der Arbeitszeit;
- Begehung der Straftat auf dem Betriebsgelände;
- Nutzung von Betriebsmitteln oder dienstlichen Berechtigungen;
- Ausnutzung der dienstlichen Stellung oder Funktion;
- Ausrichtung der Tat, etwa gegen den Arbeitgeber oder gegen Kollegen;
- Verwendung von Sonderwissen aus dem Beschäftigungsverhältnis;
- Auftreten nach außen in dienstlicher Rolle;
- Zusammenhang der Tat mit arbeitsvertraglichen Pflichten.

Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte ist im Einzelfall zu prüfen, ob der Bezug zum Beschäftigungsverhältnis hinreichend eng ist.

Fazit

Die Straftaten während der Arbeitszeit bilden nur einen Ausschnitt des Anwendungsbereichs von § 26 Abs. 1 Satz 2 BDSG. Mangels weitergehender Klarstellungen oder Eingrenzungen durch den Gesetzgeber und die zuständigen Behörden spricht vieles dafür, das Merkmal „im Beschäftigungsverhältnis begangen“ eher weit zu verstehen. Unternehmen sollten die Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 Satz 2 BDSG sorgfältig prüfen und den erforderlichen Bezug zum Beschäftigungsverhältnis anhand der genannten Indizien herleiten. Sind die Voraussetzungen nicht erfüllt, kommen andere Rechtsgrundlagen in Betracht, insbesondere Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO.

Autoren: Dr. Carlo Piltz ist Rechtsanwalt bei Piltz Legal in Berlin und spezialisiert im nationalen und internationalen Datenschutzrecht.



Ilia Kukin ist Rechtsanwalt und Associate bei Piltz Legal in Berlin.

