

Bundesarbeitsgericht  
Zweiter Senat

Urteil vom 29. Juni 2023  
- 2 AZR 299/22 -  
ECLI:DE:BAG:2023:290623.U.2AZR299.22.0

I. Arbeitsgericht Hannover

Urteil vom 11. September 2020  
- 6 Ca 115/19 -

II. Landesarbeitsgericht Niedersachsen

Urteil vom 6. Juli 2022  
- 8 Sa 1150/20 -

---

Entscheidungsstichworte:

Offene Videoüberwachung - elektronische Anwesenheitserfassung - Verwertungsverbot

Hinweis des Senats:

Teilweise Parallelentscheidung zu führender Sache - 2 AZR 296/22 -

# BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 299/22  
8 Sa 1150/20  
Landesarbeitsgericht  
Niedersachsen

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
29. Juni 2023

## URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 29. Juni 2023 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Niemann und Dr. Schlünder sowie die ehrenamtliche Richterin Alex und den ehrenamtlichen Richter Mertz für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird - unter Zurückweisung der Revision im Übrigen - das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 6. Juli 2022 - 8 Sa 1150/20 - aufgehoben, soweit es den Kündigungsschutzanträgen des Klägers stattgegeben und den Auflösungsantrag der Beklagten abgewiesen hat.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an eine andere Kammer des Landesarbeitsgerichts zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten vorrangig über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung. 1

Der Kläger war bei der Beklagten zuletzt als Teamsprecher in der Gießerei beschäftigt. Die Beklagte wirft ihm ua. vor, am 2. Juni 2018 (Samstag) eine sog. Mehrarbeitsschicht in der Absicht nicht geleistet zu haben, sie gleichwohl vergütet zu bekommen. Dazu soll ein Kollege den Werksausweis des Klägers vor ein Kartenlesegerät an Tor 5 zum Werksgelände gehalten haben, um dessen Präsenz zu suggerieren. Dies habe eine Auswertung der Unterlagen zur elektronischen Zeiterfassung sowie der Aufzeichnungen der durch ein Piktogramm ausgewiesenen und auch sonst nicht zu übersehenden Videokamera an Tor 5 zum Werksgelände ergeben. 2

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis der Parteien - nach Anhörung des Betriebsrats - mit Schreiben vom 5. Oktober 2019 außerordentlich fristlos und mit weiterem Schreiben vom 9. Oktober 2019 ordentlich zum 31. Dezember 2019. 3

Dagegen hat sich der Kläger rechtzeitig mit der vorliegenden Klage gewandt und ua. behauptet, er habe am 2. Juni 2018 gearbeitet. Die Erkenntnisse 4

der Beklagten aus der Videoüberwachung und der elektronischen Anwesenheitserfassung unterlägen einem Sachvortrags- und Beweisverwertungsverbot. Dessen ungeachtet sei der Betriebsrat nicht ordnungsgemäß angehört worden. Die Beklagte habe die Erklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB für die außerordentliche Kündigung nicht eingehalten.

Der Kläger hat zuletzt beantragt 5

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 5. Oktober 2019 nicht aufgelöst wurde,
2. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 9. Oktober 2019 nicht aufgelöst wurde,
3. die Beklagte zu verurteilen, ihm ein qualifiziertes Zwischenzeugnis zu erteilen,
4. hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit dem Antrag zu 3. die Beklagte zu verurteilen, ihm ein qualifiziertes Endzeugnis zu erteilen.

Die Beklagte hat Klageabweisung sowie in zweiter Instanz hilfsweise be- 6  
antrag,

das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, aber 50.000,00 Euro brutto nicht überschreiten sollte, zum 31. Dezember 2019 aufzulösen.

Der Kläger hat beantragt, 7  
den Auflösungsantrag abzuweisen.

Die Beklagte hat zur Begründung der Kündigungen behauptet, der Klä- 8  
ger habe am 2. Juni 2018 in kollusivem Zusammenwirken mit einem Kollegen seine Anwesenheit zur Ableistung der Mehrarbeitsschicht vorgetäuscht. Jedenfalls rechtfertigte sein wahrheitswidriges Prozessvorbringen die Auflösung des Arbeitsverhältnisses.

Die Vorinstanzen haben der Klage mit den Anträgen zu 1. bis 3. stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat zudem den Auflösungsantrag der Beklagten abgewiesen. Mit ihrer Revision begehrt die Beklagte weiterhin die Klageabweisung, hilfsweise die gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses der Parteien. 9

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision der Beklagten ist überwiegend begründet. 10

I. Die Revision ist insgesamt zulässig. Das gilt auch in Bezug auf den Antrag auf Erteilung eines qualifizierten Zwischenzeugnisses. Insoweit bedurfte es keiner gesonderten Begründung iSv. § 72 Abs. 5 ArbGG iVm. § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ZPO, weil die Beklagte davon ausgeht, der Senat könne die Kündigungsschutzanträge des Klägers selbst abweisen. Träfe dies zu, wäre nach der vom Landesarbeitsgericht zugrunde gelegten Rechtsprechung des Siebten Senats (*BAG 4. November 2015 - 7 AZR 933/13 - Rn. 39*) kein Raum mehr für die Erteilung eines qualifizierten Zwischenzeugnisses. Denn eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts nach § 563 Abs. 3 ZPO wird mit ihrer Verkündung rechtskräftig (§ 705 Satz 1 ZPO). 11

II. Die Revision der Beklagten ist hinsichtlich des Antrags auf Erteilung eines qualifizierten Zwischenzeugnisses allerdings unbegründet, weil ihre Berufung mangels der insoweit erforderlichen gesonderten Begründung iSv. § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG iVm. § 520 Abs. 3 Satz 2 ZPO unzulässig war. Das Urteil eines Landesarbeitsgerichts wird regelmäßig nicht bereits mit der Verkündung rechtskräftig. Deshalb ist der Arbeitgeber nach der vorgenannten Rechtsprechung des Siebten Senats auch zur beantragten Erteilung eines qualifizierten Zwischenzeugnisses zu verurteilen, wenn das Berufungsgericht das Arbeitsverhältnis der Parteien für aufgelöst erachtet. 12

- III. Im Übrigen ist die Revision der Beklagten begründet. Das Landesarbeitsgericht hat ihre Berufung gegen das klagestattgebende erstinstanzliche Urteil mit rechtsfehlerhafter Begründung bezüglich der Kündigungsschutzanträge zurück- und ihren Auflösungsantrag abgewiesen. Da der Senat nicht selbst abschließend über den vorrangigen Antrag gegen die außerordentliche Kündigung entscheiden kann, ist das Berufungsurteil insoweit aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Sache - einschließlich des unbeschiedenen Hilfsantrags auf Erteilung eines qualifizierten Endzeugnisses - zur neuen Verhandlung und Entscheidung an eine andere Kammer des Landesarbeitsgerichts zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 ZPO). 13
1. Das vom Berufungsgericht keiner Auslegung entsprechend § 133 BGB unterzogene, noch im Streit befindliche Klagebegehren ist dahin zu verstehen, dass der Kläger zunächst zwei Anträge nach § 4 Satz 1 KSchG gestellt hat. Mit einem Hauptantrag wendet er sich gegen die außerordentliche, mit einem unechten Hilfsantrag gegen die ordentliche Kündigung (vgl. BAG 27. September 2022 - 2 AZR 508/21 - Rn. 12; 10. Dezember 2020 - 2 AZR 308/20 - Rn. 9, BAGE 173, 233). 14
2. Das Landesarbeitsgericht hat - der Sache nach - dem vorrangigen Antrag gegen die außerordentliche Kündigung rechtsfehlerhaft mit der Begründung entsprochen, es mangle an einem wichtigen Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB. 15
- a) Das Berufungsgericht hat im Ausgangspunkt zu Recht angenommen, dass bereits das dem Kläger von der Beklagten vorgeworfene Verhalten am 2. Juni 2018 (Erschleichen von Vergütung hinsichtlich einer nicht abgeleiteten Mehrarbeitsschicht) - wäre es unstreitig oder erwiesen - einen wichtigen Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB für eine außerordentliche fristlose Kündigung bilden könne. 16
- b) Des Weiteren ist das Landesarbeitsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass auch der dringende Verdacht eines solchen Verhaltens einen wichtigen Grund darstellen kann. 17

- c) Allerdings hat das Berufungsgericht zu Unrecht gemeint, der Kläger habe das Vorbringen der Beklagten - ungeachtet des möglichen Eingreifens eines Sachvortragsverwertungsverbots - ausreichend bestritten, wonach er die Mehrarbeitsschicht am 2. Juni 2018 in Täuschungsabsicht nicht abgeleistet habe. Das Landesarbeitsgericht hat die Grundsätze der abgestuften Darlegungslast verkannt, die eingreifen, wenn der Arbeitgeber Vortrag zu einer negativen Tatsache (hier: die Nichtableistung der Schicht nach vorherigem Vorspiegeln der Präsenz) halten muss (*vgl. BAG 16. Dezember 2021 - 2 AZR 356/21 - Rn. 31 ff.*) 18
- aa) Nach dem übereinstimmenden Vorbringen beider Parteien hat der Kläger sich verbindlich für die Mehrarbeitsschicht am 2. Juni 2018 gemeldet. Für den von der Beklagten behaupteten Kündigungsvorwurf ist es ohne rechtliche Bedeutung, wer den Namen des Klägers in eine vor Ort ausliegende Anwesenheitsliste eingetragen hat. Allein entscheidend ist das Vorspiegeln einer Präsenz in der Absicht, die Schicht ohne Rechtfertigung nicht abzuleisten. 19
- bb) Letzteres war nach dem Vorbringen der Beklagten der Fall, weil der Kläger das Werksgelände am 2. Juni 2018 überhaupt nicht betreten, sondern vielmehr einem Kollegen seinen Werksausweis überlassen haben soll, um damit die elektronische Anwesenheitserfassung in Bezug auf den Kläger auszulösen. Damit hat die Beklagte ihrer primären Darlegungslast dafür genügt, dass der Kläger die Mehrarbeitsschicht nicht abgeleistet haben kann (Negativum). 20
- cc) Hierauf hätte es dem Kläger im Rahmen einer sekundären Darlegungslast obliegen, substantiiert vorzutragen, welche tatsächlichen Umstände für das Positivum - das ordnungsgemäße Ableisten der Mehrarbeitsschicht - sprechen. Dazu hätte er zunächst konkret - und nach der Lebenserfahrung glaubhaft (*vgl. BGH 19. April 2001 - I ZR 238/98 - zu II 1 der Gründe*) - darlegen müssen, auf welche Weise er am 2. Juni 2018 vor Schichtbeginn auf das Werksgelände gelangt sein möchte. Daran fehlt es bislang. Das Landesarbeitsgericht hat auch keine Tatsachen festgestellt, die dem Kläger eine Festlegung unzumutbar gemacht hätten (*vgl. BGH 8. Januar 2019 - II ZR 139/17 - Rn. 32*). Sollte der Kläger an diesem Tag das Werksgelände ausnahmsweise nicht unter Verwendung seines Werksausweises durch ein Drehkreuz an Tor 5, sondern anderweitig ohne 21

Auslösen der elektronischen Anwesenheitserfassung betreten haben, müsste ihm dies in Erinnerung geblieben sein. Ohne entsprechendes Vorbringen ist der Vortrag der Beklagten zum Nichtableisten der Mehrarbeitsschicht in Täuschungsabsicht durch den Kläger nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden anzusehen.

d)        Angesichts eines unzureichenden Bestreitens des Vorwurfs der Nichtableistung der Mehrarbeitsschicht in Täuschungsabsicht durch den Kläger hätte das Landesarbeitsgericht nicht nur ein Beweiserhebungs-, sondern vorrangig ein Sachvortragsverwertungsverbot (*zu dessen Wirkung vgl. BAG 23. August 2018 - 2 AZR 133/18 - Rn. 16, BAGE 163, 239*) betreffend das Vorbringen der Beklagten prüfen müssen, aus dem sie das Fehlen einer Arbeitsleistung des Klägers am 2. Juni 2018 ableitet. Indes greift weder ein Sachvortrags- noch ein Beweiserhebungsverbot ein. Das Berufungsgericht musste vielmehr nach Maßgabe von Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. e iVm. Abs. 3 und ggf. Abs. 4 iVm. Art. 23 Abs. 1 Buchst. f und j DSGVO iVm. § 3 BDSG sowie den Vorgaben der Zivilprozessordnung (§§ 138, 286, 371 ff. ZPO) nicht nur das Vorbringen der Beklagten über das vorzeitige Verlassen des Werksgeländes durch den Kläger seiner Entscheidung zugrunde legen, sondern ggf. auch die betreffende Bildsequenz aus der Überwachung an Tor 5 in Augenschein nehmen. Überdies hätte es ggf. die Erkenntnisse der Beklagten aus der elektronischen Anwesenheitserfassung betreffend den Einsatz des Werksausweises des Klägers berücksichtigen müssen. Bei alledem kann zu dessen Gunsten unterstellt werden, dass es - wie indes nicht - eine Verletzung seiner Rechte darstellen kann, dass er von einer Videoüberwachung und einer elektronischen Anwesenheitserfassung *nicht* erfasst wurde. Zum anderen kann zugunsten des Klägers unterstellt werden, dass es im vorliegenden Rechtsstreit relevant ist, ob durch die (mögliche) Erfassung der Verwendung seines Werksausweises durch einen Kollegen dessen Rechte verletzt sein könnten. 22

aa)        Die Frage, ob die Gerichte für Arbeitssachen erhebliches Prozessvorbringen der Parteien und ggf. deren Beweisantritte bei ihrer Entscheidungsfindung berücksichtigen dürfen bzw. müssen, beantwortet sich nach Inkrafttreten 23



der DSGVO nach deren Vorschriften. Die DSGVO regelt die Zulässigkeit von Datenverarbeitungen auch im Verfahren vor den nationalen Zivilgerichten.

(1) Nach Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. e DSGVO ist die Verarbeitung personenbezogener Daten rechtmäßig, wenn sie für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich ist, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde. Gemäß Art. 6 Abs. 3 Satz 1 Buchst. b DSGVO kann die Rechtsgrundlage für entsprechende Verarbeitungen durch das Recht des Mitgliedstaats festgelegt werden, dem der Verantwortliche unterliegt. Dieses muss nach Art. 6 Abs. 3 Satz 4 DSGVO ein im öffentlichen Interesse liegendes Ziel verfolgen und in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten legitimen Zweck stehen. Davon ist auszugehen, wenn die Zivilgerichte (*EuGH 2. März 2023 - C-268/21 - [Norra Stockholm Bygg] Rn. 32*) - zu denen nach unionsrechtlichem Verständnis auch die Gerichte für Arbeitssachen gehören (*zu einem Kündigungsschutzprozess als zivilrechtliche Streitigkeit iSd. Brüssel Ia-VO vgl. BAG 7. Mai 2020 - 2 AZR 692/19 - Rn. 16*) - die ihnen durch das nationale Recht übertragenen gerichtlichen Befugnisse ausüben (*EuGH 4. Mai 2023 - C-60/22 - [Bundesrepublik Deutschland] Rn. 73*). 24

(2) Erfolgt diese Verarbeitung zu einem anderen Zweck als zu demjenigen, zu dem die Daten erhoben wurden, ist das nach Art. 6 Abs. 4 DSGVO iVm. deren Erwägungsgrund 50 insbesondere zulässig, wenn die zweckändernde Verarbeitung auf dem Recht eines Mitgliedstaats beruht und in einer demokratischen Gesellschaft eine notwendige und verhältnismäßige Maßnahme zum Schutz der in Art. 23 Abs. 1 DSGVO genannten Ziele darstellt. Ausweislich des Erwägungsgrundes 50 ist der Verantwortliche zum Schutz dieser wichtigen Ziele des allgemeinen öffentlichen Interesses berechtigt, die personenbezogenen Daten ungeachtet dessen weiterzuverarbeiten, ob sich die Verarbeitung mit den Zwecken, für die die personenbezogenen Daten ursprünglich erhoben wurden, vereinbaren ließ (*EuGH 2. März 2023 - C-268/21 - [Norra Stockholm Bygg] Rn. 33*). Zu den in Art. 6 Abs. 4 DSGVO normierten Zielen gehören nach Art. 23 Abs. 1 Buchst. f 25

DSGVO der „Schutz der Unabhängigkeit der Justiz und der Schutz von Gerichtsverfahren“, wobei dieses Ziel nicht nur den Schutz der Rechtspflege vor internen oder externen Eingriffen, sondern auch eine ordnungsgemäße Rechtspflege gewährleistet. Darüber hinaus stellt nach Art. 23 Abs. 1 Buchst. j DSGVO die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche ebenfalls ein Ziel dar, das eine Verarbeitung personenbezogener Daten zu einem anderen Zweck als demjenigen rechtfertigen kann, zu dem sie erhoben wurden (vgl. *EuGH 2. März 2023 - C-268/21 - [Norra Stockholm Bygg] Rn. 38*). Insoweit ist es unerheblich, ob deren Verarbeitung auf einer materiell-rechtlichen oder verfahrensrechtlichen Vorschrift des nationalen Rechts beruht (vgl. *EuGH 2. März 2023 - C-268/21 - [Norra Stockholm Bygg] Rn. 40*). Den vorstehenden unionsrechtlichen Vorgaben genügen - was zu beurteilen Sache der deutschen Gerichte ist (vgl. *EuGH 2. März 2023 - C-268/21 - [Norra Stockholm Bygg] Rn. 39, 53*) - die §§ 138, 286, 355 ff. ZPO. Diese Vorschriften des nationalen Rechts verpflichten die Parteien zu einem substantiierten und wahrheitsgemäßen Vorbringen und das Gericht zu dessen vollständiger Berücksichtigung und ggf. einer tatrichterlichen Würdigung auch im Hinblick auf eine etwaige Beweisaufnahme. Sie stellen nach Art. 6 Abs. 3 Satz 1 Buchst. b DSGVO erforderliche Rechtsgrundlagen für entsprechende Verarbeitungen im gerichtlichen Verfahren dar.

(3) Die - ggf. zweckändernde - Verarbeitung von personenbezogenen Daten durch das Gericht kommt selbst dann in Betracht, wenn die vor- oder außgerichtliche Erhebung dieser Daten durch eine Prozesspartei sich nach Maßgabe der DSGVO oder des nationalen Datenschutzrechts - wie vom Landesarbeitsgericht angenommen - als rechtswidrig darstellt. Dies folgt ohne das Erfordernis eines darauf bezogenen Vorabentscheidungsverfahrens des Gerichtshofs der Europäischen Union nach Art. 267 Abs. 3 AEUV in aller Eindeutigkeit (*acte clair*) aus Art. 17 DSGVO. Nach dessen Abs. 1 Buchst. d sind zwar personenbezogene Daten zu löschen, wenn sie unrechtmäßig verarbeitet wurden, wozu nach Art. 4 Nr. 2 DSGVO auch ihre rechtswidrige Erhebung zählt. Von dem Recht auf Löschung unrechtmäßig verarbeiteter Daten besteht nach Art. 17 Abs. 3 Buchst. e DSGVO jedoch insoweit eine Ausnahme, wie die weitere Verarbeitung der frag-

26

lichen Daten zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen „erforderlich“ ist. Dazu hat der Gerichtshof klargestellt, dass das Recht auf Schutz personenbezogener Daten kein uneingeschränktes Recht ist, sondern - wie in Erwägungsgrund 4 der DSGVO ausgeführt - im Hinblick auf seine gesellschaftliche Funktion gesehen und unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips gegen andere Grundrechte abgewogen werden muss (*EuGH 24. September 2019 - C-136/17 - [GC ua.] Rn. 57; Bäcker in Kühling/Buchner DSGVO 3. Aufl. Art. 13 Rn. 68*). Selbst wenn Art. 17 Abs. 3 Buchst. e DSGVO keine Rechtsgrundlage für die weitere Verarbeitung in diesen Fällen darstellte, läge der notwendige Erlaubnistatbestand in Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. e iVm. Abs. 3 und ggf. Abs. 4 iVm. Art. 23 Abs. 1 Buchst. f und j DSGVO iVm. § 3 BDSG iVm. den oben genannten Normen der Zivilprozessordnung (§§ 138, 286, 355 ff. ZPO).

bb) Der Senat muss im Streitfall nicht abschließend darüber befinden, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen ein verfahrensrechtliches Verwertungsverbot für Tatsachen eingreifen kann, von denen ein Arbeitgeber durch eine unrechtmäßige Datenverarbeitung Kenntnis erlangt hat. Ein Sachvortrags- oder Beweisverwertungsverbot kommt - gerade auch im Geltungsbereich der DSGVO - nur in Betracht, wenn die Nichtberücksichtigung von Vorbringen oder eines Beweismittels wegen einer durch Unionsrecht oder Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Rechtsposition des Arbeitnehmers zwingend geboten ist. Dies ist bei einer von ihm vorsätzlich begangenen Pflichtverletzung, die von einer offenen Überwachungsmaßnahme erfasst wurde, regelmäßig nicht der Fall. 27

(1) Der Senat kann zugunsten des von einer offenen Videoüberwachung betroffenen Arbeitnehmers unterstellen, dass - obwohl es eher zweifelhaft erscheint - das Merkmal der Erforderlichkeit in Art. 17 Abs. 3 Buchst. e DSGVO eine volle Verhältnismäßigkeitsprüfung bedingt. Da die Vorschrift andernfalls leerliefe und Art. 47 Abs. 2 GRC das Recht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz und insbesondere auf ein faires Verfahren verbürgt, wonach die Parteien eines Zivilprozesses grds. in der Lage sein müssen, ihr Rechtsschutzziel hinreichend zu begründen und unter Beweis zu stellen (*vgl. EuGH 2. März 2023* 28

- C-268/21 - [Norra Stockholm Bygg] Rn. 53), könnte sich die gerichtliche Verarbeitung von rechtswidrig durch den Arbeitgeber erhobenen personenbezogenen Daten des klagenden Arbeitnehmers jedenfalls nur als unangemessen (unverhältnismäßig im engeren Sinn) darstellen, wenn sich die Überwachungsmaßnahme nach Unionsrecht als schwerwiegende Verletzung von Art. 7 und Art. 8 GRC erweise und andere mögliche Sanktionen für den Arbeitgeber (zB Schadenersatz nach Art. 82 DSGVO und Verhängung von Geldbußen nach Art. 83 DSGVO) gänzlich unzureichend wären.

(2) Andererseits kann - was aber ebenfalls fraglich erscheint - zugunsten des klagenden Arbeitnehmers unterstellt werden, dass sich unter Geltung von Art. 17 Abs. 3 Buchst. e DSGVO in verfassungskonformer Auslegung des nationalen Verfahrensrechts ausnahmsweise das Verbot für das Gericht ergeben kann, Sachvortrag oder Beweismittel zu verwerten, die im Zug einer das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG) des Arbeitnehmers verletzenden Datenverarbeitung vom Arbeitgeber erlangt wurden. Ein solcher Tatbestand führte dazu, dass es an einer Rechtsgrundlage im mitgliedstaatlichen Verfahrensrecht iSv. Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. e iVm. Abs. 3 Satz 1 Buchst. b DSGVO fehlte (Rn. 24 f.). Dies hätte wiederum zur Folge, dass auch eine unionsrechtliche Ermächtigung für die Datenverarbeitung durch ein Gericht nicht vorhanden wäre. 29

(a) Ein Verwertungsverbot kommt in Betracht, wenn dies wegen einer durch das Grundgesetz geschützten Rechtsposition einer Prozesspartei zwingend geboten ist. Das setzt in aller Regel voraus, dass die betroffenen Schutzzwecke des bei der Gewinnung verletzten Grundrechts der Verwertung der Erkenntnis oder des Beweismittels im Rechtsstreit entgegenstehen und deshalb die Verwertung selbst einen Grundrechtsverstoß darstellen würde. Dies ist der Fall, wenn das nach Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbar an die Grundrechte gebundene Gericht ohne Rechtfertigung in eine verfassungsrechtlich geschützte Position einer Prozesspartei eingriffe, indem es eine Persönlichkeitsrechtsverletzung durch einen Privaten perpetuierte oder vertiefte. Jenseits der sie treffenden Pflicht, ungerechtfertigte Grundrechtseingriffe zu unterlassen, können die Gerichte allenfalls dann 30

wegen einer verfassungsrechtlichen Schutzpflicht gehalten sein, einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch Private aktiv zu begegnen und Sachvortrag oder Beweisantritte einer Partei aus Gründen der Generalprävention außer Acht zu lassen, wenn andernfalls die verletzte Schutznorm in den betreffenden Fällen leerliefe (*BAG 23. August 2018 - 2 AZR 133/18 - Rn. 14, BAGE 163, 239*).

(b) Ein auf Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG gestütztes Verwertungsverbot scheidet - selbst unter Berücksichtigung der vom Senat zugunsten des betroffenen Arbeitnehmers unterstellten Vorgaben aus Art. 17 Abs. 3 Buchst. e DSGVO - regelmäßig in Bezug auf solche Bildsequenzen aus einer *offenen* Videoüberwachung aus, die *vorsätzlich* begangene Pflichtverletzungen zulasten des Arbeitgebers zeigen (sollen), ohne dass es auf die Rechtmäßigkeit der gesamten Überwachungsmaßnahme ankäme. 31

(aa) Die Beeinträchtigung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung eines Arbeitnehmers durch eine offene Überwachungsmaßnahme wird zum einen durch die Verhaltenshemmung (psychischer Anpassungsdruck) und zum anderen durch die Verdinglichung des gleichwohl gezeigten Verhaltens samt der darin liegenden Gefahr der Verbreitung der Aufzeichnung bewirkt. Anders als bei einer verdeckten Überwachungsmaßnahme geht es bei einer für ihn erkennbaren Überwachung nicht um den Schutz vor einer (heimlichen) Ausspähung, sondern vielmehr „nur“ um Entfaltungs-, Dokumentations- und Verbreitungsschutz. Ein Verwertungsverbot kommt lediglich in Betracht, wenn und soweit der Arbeitnehmer bezogen auf diese Zwecke schutzwürdig ist. Hieran fehlt es, wenn der Arbeitgeber durch die vorhandenen Daten von einer vorsätzlich begangenen Pflichtverletzung Kenntnis erlangt und auf diese reagieren will. Der Arbeitnehmer wurde durch die vorangegangene Überwachung und Aufzeichnung seines Verhaltens nicht daran gehindert, selbstbestimmt zu handeln. Er hat sich vielmehr - trotz seiner Kenntnis von der Überwachung - für die Begehung einer Vorsatztat zulasten des Arbeitgebers entschieden. Zwar wurde dieses Verhalten dokumentiert und damit eine Verbreitung ermöglicht. Doch muss der Arbeitnehmer diese 32

- von ihm angesichts der Offenheit der Überwachung erkennbare - Folge hinnehmen, soweit die betreffende Bildsequenz dazu verwendet wird, den „Tatbeweis“ in einem Kündigungsschutzprozess zu führen, also lediglich der Durchsetzung rechtlich geschützter Belange des Arbeitgebers dienen soll (vgl. *EGMR 27. Mai 2014 - 10764/09 - [De la Flor Cabrera/Spanien]*; *Niemann JbArbR Bd. 55 S. 41, 60*). Das grundgesetzlich verbürgte Recht auf informationelle Selbstbestimmung kann nicht zu dem alleinigen Zweck in Anspruch genommen werden, sich der Verantwortung für vorsätzlich rechtswidriges Handeln zu entziehen (vgl. *BAG 23. August 2018 - 2 AZR 133/18 - Rn. 30, BAGE 163, 239; BGH 24. November 1981 - VI ZR 164/79 - zu II 2 b der Gründe*). Datenschutz ist kein Tatenschutz.

(bb) Aspekte der Generalprävention könnten allenfalls dann zu einem Verwertungsverbot in Bezug auf vorsätzliches Fehlverhalten des Arbeitnehmers führen, wenn sich die Überwachungsmaßnahme des Arbeitgebers als solche trotz ihrer offenen Durchführung als schwerwiegende Verletzung des durch Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Rechts darstellt (*denkbar zB bei offener Überwachung von Toiletten oder Umkleieräumen oder offener Dauerüberwachung ohne Rückzugsmöglichkeit, vgl. BAG 23. August 2018 - 2 AZR 133/18 - Rn. 35, BAGE 163, 239*). Das entspricht angesichts der zugunsten des Arbeitnehmers unterstellten Vorgaben in Art. 17 Abs. 3 Buchst. e DSGVO iVm. Art. 7 und Art. 8 GRC (*Rn. 28*) mit hinreichender Deutlichkeit dem Unionsrecht, was der Senat ohne ein darauf bezogenes Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 Abs. 3 AEUV entscheiden kann. 33

cc) Ein Verbot, inkriminierte Bildsequenzen aus einer offenen Videoüberwachung in Augenschein zu nehmen, besteht schließlich nicht deshalb, weil sie womöglich gar kein Verhalten des Arbeitnehmers zeigen, das eine vorsätzliche Verletzung der Rechtsgüter des Arbeitgebers darstellt oder doch auf eine solche hindeutet. Da Art. 103 Abs. 1 GG und Art. 47 Abs. 2 GRC grds. gebieten, einem erheblichen Beweisantritt nachzugehen, darf eine Beweiserhebung nicht auf die bloße Möglichkeit ihrer Grundrechtswidrigkeit hin unterbleiben. Auch insofern bestehen für den betroffenen Arbeitnehmer ausreichende andere Schutzmechanismen. Ergibt die Inaugenscheinnahme „rein gar nichts“ iSd. Arbeitgebers, verliert 34

dieser nicht nur den Prozess. Vielmehr kann in der weiteren Verarbeitung - eindeutig - irrelevanter Sequenzen und deren Einführung in einen Rechtsstreit eine schwerwiegende Persönlichkeitsrechtsverletzung liegen, für die er unter den Voraussetzungen von § 823 Abs. 1 BGB iVm. Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG eine Geldentschädigung (*BAG 23. August 2018 - 2 AZR 133/18 - Rn. 36, BAGE 163, 239*) oder nach Art. 82 DSGVO immateriellen Schadenersatz schuldet (*EuGH 4. Mai 2023 - C-300/21 - [Österreichische Post]*).

dd) Im vorliegenden Rechtsstreit waren die - vermeintlichen - Erkenntnisse der Beklagten aus der Videoüberwachung an Tor 5 zum Werksgelände ebenso zu berücksichtigen, wie die Erkenntnisse der Beklagten aus der elektronischen Anwesenheitserfassung. 35

(1) Es handelte sich um eine offene, durch zumindest ein Piktogramm ausgewiesene und auch sonst nicht zu übersehende Videoüberwachung. Es ist rechtlich ohne Bedeutung, dass das Piktogramm - über das Monitoring hinaus - nicht gesondert auf eine Aufzeichnung und Speicherung der Bildsequenzen hingewiesen hat und die Beklagte ihren Informationspflichten aus Art. 13 Abs. 1 und Abs. 2 DSGVO möglicherweise nicht vollständig nachgekommen sein mag. Die Arbeitnehmer mussten jedenfalls damit rechnen, dass auch eine Aufzeichnung und Speicherung ihres „Passierverhaltens“ erfolgen könnte. Sie wurden nicht heimlich „ausgespäht“, sondern haben sich einer Erfassung ihrer möglichen vorsätzlichen Pflichtverletzungen „sehenden Auges“ ausgesetzt. Anders hätte es allenfalls gelegen, wenn die Beklagte sie in Bezug auf die Erfassung und Speicherung von vorsätzlichen Pflichtverletzungen „in Sicherheit gewiegt“ hätte (*vgl. BAG 23. August 2018 - 2 AZR 133/18 - Rn. 44, BAGE 163, 239*). Dafür ist indes nichts festgestellt. Anderes folgt nicht aus dem - streitigen und überdies unsubstantiierten - Vorbringen des Klägers, dem Betriebsrat sei mitgeteilt worden, dass die Videoüberwachung dazu bestimmt sei, Dienstfremden und Mitarbeitern, die Probleme mit ihrem Werksausweis hätten, die Möglichkeit zu geben, über eine Klingel den Werkschutz zu kontaktieren, damit dieser das Werkstor aus der Ferne öffnen könne. Dem lässt sich schon nicht entnehmen, dass dies dem Betriebsrat als 36

*alleiniger* Zweck der Videoüberwachung - zumal auch des Ausgangs vom Werksgelände - eröffnet worden sei. Dessen ungeachtet ist weder dargetan noch sonst ersichtlich, dass die Beklagte dem Betriebsrat erklärt hat, es erfolge ein reines Videomonitoring bzw. die Aufzeichnungen der Kameras sollten nicht ggf. zur Aufdeckung von vorsätzlichen Pflichtverletzungen genutzt werden.

(2) Zwar hat das Landesarbeitsgericht nicht festgestellt, welchen genauen Erfassungsbereich die Kameras an Tor 5 zum Werksgelände hatten. Doch kann das Vorliegen einer zu einem ständigen Anpassungs- und Leistungsdruck führenden Dauer- oder Totalüberwachung ausgeschlossen werden. Die Arbeitnehmer wurden im Wesentlichen nur beim Durchschreiten des Tores - bei Betreten des Werksgeländes zudem beim Vorhalten ihres Werksausweises vor das Kartenlesegerät - für eine kurze Zeit gefilmt. Ihre Intim- oder Privatsphäre wurde dabei nicht tangiert. Eine schwere Grundrechtsverletzung folgt auch nicht daraus, dass die Beklagte möglicherweise lange mit der erstmaligen Sichtung des Bildmaterials zugewartet und es bis dahin vorgehalten hat (*vgl. BAG 23. August 2018 - 2 AZR 133/18 - Rn. 30, 33, BAGE 163, 239*). 37

(3) Die elektronische Anwesenheitserfassung erfolgte ebenfalls offen. Sie war dem Kläger und seinem Kollegen bekannt. Mit ihr war keine schwerwiegende Grundrechtsverletzung verbunden. Der Kläger und dessen Kollege wurden nicht durch die - sich aus dem angefochtenen Urteil nicht vollständig erschließenden - Regelungen einer am 17. Oktober 2007 für das Werk H abgeschlossenen Betriebsvereinbarung über die Einführung einer elektronischen Anwesenheitserfassung (BV 2007) „in Sicherheit gewiegt“, wonach „keine personenbezogene Auswertung von Daten erfolgt“. Es kann unterstellt werden, dass die BV 2007 die vom Landesarbeitsgericht herangezogene Regelung enthält. Diese konnte in Bezug auf die dem Kläger vorgeworfene dolose Verwendung seines Werksausweises durch einen Kollegen jedenfalls keine berechtigte Privatheitserwartung begründen. 38

(a) Die Vorinstanz ist begründungslos davon ausgegangen, dass durch die BV 2007 auch eine vorsätzliche Pflichtverletzung der rechtlichen Ahndung entzogen werden soll. Eine solche Auslegung begegnet schon deshalb Bedenken, 39



weil die Vereitelung von Sanktionen auch für schwere Pflichtverletzungen kaum mit dem in § 2 Abs. 1 BetrVG genannten „Wohl des Betriebs“ als Ziel der Zusammenarbeit zwischen den Betriebsparteien vereinbar wäre. Von der Regelung in der vom Berufungsgericht verstandenen Weise begünstigt wäre - ohne ersichtlichen Grund - auch der vertragswidrig handelnde Vorsatztäter.

(b) Selbst wenn die Betriebsparteien - was auch aus Sicht des Klägers und seines Kollegen fernliegend erscheinen musste - dies gewollt haben sollten, würde ein Verstoß der Beklagten gegen das dort bestimmte „Auswertungsverbot“ nicht dazu führen, dass es den Gerichten für Arbeitssachen aufgrund einer berechtigten Privatheitserwartung des Klägers und/oder seines Kollegen verwehrt wäre, die in den Rechtsstreit eingeführten Erkenntnisse ihrer Entscheidung zugrunde zu legen. 40

(aa) Den Betriebsparteien fehlt die Regelungsmacht, ein über das formelle Verfahrensrecht der Zivilprozessordnung hinausgehendes Verwertungsverbot zu begründen oder die Möglichkeit des Arbeitgebers wirksam zu beschränken, in einem Individualrechtsstreit Tatsachenvortrag über betriebliche Geschehnisse zu halten (*zweifelnd bereits BAG 31. Januar 2019 - 2 AZR 426/18 - Rn. 68, BAGE 165, 255*) und diesen unter Beweis zu stellen. Es kann dahinstehen, ob und ggf. in welchem Umfang sich der Arbeitgeber gegenüber dem Betriebsrat überhaupt verpflichten kann, Erkenntnisse aus einer Datenverarbeitung nicht zu nutzen. Die Betriebsparteien sind zwar berechtigt, im Rahmen ihrer Zuständigkeit die betriebsverfassungsrechtlichen Beteiligungsrechte auszugestalten und ggf. zu erweitern. Dabei sind sie nicht auf die in § 88 BetrVG genannten Regelungsgegenstände beschränkt. Die Aufzählung der dort genannten Angelegenheiten ist nicht abschließend. Den Betriebsparteien fehlt jedoch die Befugnis zu Eingriffen in das gerichtliche Verfahren. Dieses steht nicht zu ihrer Disposition. Vielmehr obliegt seine Ausgestaltung dem Gesetzgeber. Allein dieser ist befugt, den gerichtlichen Verfahrensablauf zu bestimmen (*vgl. BAG 18. August 2009 - 1 ABR 49/08 - Rn. 20, BAGE 131, 358*). Dazu gehört auch die in §§ 138, 286 Abs. 1 ZPO bestimmte Möglichkeit, Tatsachenstoff in das Verfahren einzuführen und 41

unter Beweis zu stellen, sowie die darauf bezogene Würdigung durch das Gericht.

(bb) Es tritt hinzu, dass das Recht zur - hier vorrangig erklärten - außerordentlichen Kündigung des Arbeitsvertrags gemäß § 626 BGB im Voraus weder ver- 42  
zicht- noch erheblich erschwerbar und eine gegenteilige Regelung nach § 134  
BGB nichtig ist (*BAG 15. März 1991 - 2 AZR 516/90 - zu II 2 d aa der Gründe*;  
*28. Oktober 1971 - 2 AZR 15/71 - zu II 2 b der Gründe*; *18. Dezember 1961*  
*- 5 AZR 104/61 - zu 1 der Gründe*). Zumindest auf eine erhebliche Erschwerung  
des Rechts zur außerordentlichen Kündigung liefe aber ein Verbot für den Arbeit-  
geber hinaus, Erkenntnisse aus einer Maßnahme zur elektronischen Anwesen-  
heitserfassung, die auf ein Verhalten hindeuten (sollen), das „an sich“ geeignet  
ist, einen wichtigen Grund iSv. § 626 BGB zu bilden, in einen Kündigungsschutz-  
prozess einzuführen. Denn dabei handelt es sich regelmäßig um die zuverlässig-  
sten Erkenntnisquellen (*vgl. BAG 23. August 2018 - 2 AZR 133/18 - Rn. 27,*  
*BAGE 163, 239*).

(cc) Nach alledem kann dahinstehen, ob ein in einer Betriebsvereinbarung 43  
bestimmtes Verbot für den Arbeitgeber, Erkenntnisse aus einer - zumal offenen -  
Maßnahme zur Anwesenheitserfassung in einen Kündigungsschutzprozess ein-  
zuführen, die auf eine vorsätzliche Pflichtverletzung eines Arbeitnehmers hindeu-  
ten, auch unionsrechtswidrig wäre. Dafür dürfte sprechen, dass die DSGVO nach  
ihrem Art. 1 Abs. 1 eine grundsätzlich vollständige Harmonisierung der nationa-  
len Rechtsvorschriften zum Schutz personenbezogener Daten sicherstellen soll,  
und die Mitgliedstaaten bzw. die Betriebsparteien, wenn sie von einer Öffnungs-  
klausel wie derjenigen in Art. 88 Abs. 1 DSGVO Gebrauch machen, ihr Ermessen  
unter den Voraussetzungen und innerhalb der Grenzen der Bestimmungen der  
DSGVO ausüben müssen und deshalb nur Rechtsvorschriften bzw. Kollektivver-  
einbarungen erlassen dürfen, die nicht gegen den Inhalt und die Ziele der  
DSGVO (ua. Schutz des freien Datenverkehrs) verstoßen. Das betrifft namentlich  
die in Art. 6 DSGVO enthaltenen Vorgaben (*vgl. EuGH 30. März 2023 - C-34/21 -*  
*[Hauptpersonalrat der Lehrerinnen und Lehrer] Rn. 51, 59, 68 ff. und 79*). Der  
Vorschrift ist es ausweislich ihres Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. f aber fremd, dass

bestimmte Verarbeitungen von personenbezogenen Daten trotz eines - bei Vorsatztatens besonders hohen - berechtigten Interesses des Verantwortlichen ungeachtet einer einzelfallbezogenen Abwägung ausgeschlossen sind. Ebenso erscheint zweifelhaft, ob es sich bei solchen Verwertungsverboten um geeignete und besondere Maßnahmen zur Wahrung ua. der berechtigten Interessen und der Grundrechte der betroffenen Arbeitgeber iSv. Art. 88 Abs. 2 DSGVO handelt (vgl. *EuGH 30. März 2023 - C-34/21 - [Hauptpersonalrat der Lehrerinnen und Lehrer] Rn. 64*).

(4) Mit der Verwertung der betreffenden Bildsequenz aus der Videoüberwachung an Tor 5 zum Werksgelände im vorliegenden Rechtsstreit ist keine Zweckänderung iSv. Art. 6 Abs. 4 DSGVO verbunden. Der maßgebliche abstrakte Zweck der Datenerhebung (Schutz der berechtigten Interessen der Beklagten und widrigenfalls Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche) stimmt mit dem Zweck der Datenverarbeitung im vorliegenden Verfahren (Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche) überein (vgl. *Schulz in Gola/Heckmann DSGVO/BDSG 3. Aufl. Art. 6 DSGVO Rn. 135*). Selbst wenn eine Zweckänderung vom Eigentums- hin zum Vermögensschutz vorläge, ergibt die - vom nationalen Gericht vorzunehmende (vgl. *EuGH 2. März 2023 - C-268/21 - [Norra Stockholm Bygg] Rn. 48*) - Abwägung der wechselseitigen Interessen, dass die Grundrechtspositionen des Klägers und seines Kollegen aus Art. 7 und Art. 8 GRC nicht das durch Art. 47 Abs. 2 GRC garantierte, in concreto besonders hoch zu bewertende Recht der Beklagten auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz gegenüber einem - vermeintlich - vorsätzlichen Fehlverhalten ihres Arbeitnehmers überwiegen. Letzteres (Überwiegen der Grundrechtspositionen der Beklagten) gilt auch in Bezug auf die Verwertung der Erkenntnisse aus der elektronischen Anwesenheitsüberwachung.

IV. Der Senat kann aufgrund der bisher vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen nicht selbst abschließend über den vorrangigen Klageantrag gegen die außerordentliche fristlose Kündigung entscheiden. Das Berufungsurteil stellt sich insoweit nicht deshalb als im Ergebnis richtig dar (§ 561 ZPO), weil die Beklagte - wie das Arbeitsgericht angenommen hat - mit ihrem Vorbringen im

Rechtsstreit aus betriebsverfassungsrechtlichen Gründen ausgeschlossen wäre, da sie es dem Betriebsrat bei der Anhörung nach § 102 BetrVG nicht unterbreitet hatte. Für den Kündigungsvorwurf und die darauf bezogene Einlassung des Gremiums spielt es keine erhebliche Rolle, wer den Kläger in die ausliegende Anwesenheitsliste eingetragen hat (*Rn. 19*). Schon gar nicht handelt es sich um zwei verschiedene Kündigungssachverhalte.

V. Die damit erforderliche Zurückverweisung umfasst den Antrag gegen die ordentliche Kündigung, den Auflösungsantrag der Beklagten und den Antrag auf Erteilung eines qualifizierten Endzeugnisses. Dagegen ist der Rechtsstreit hinsichtlich der Erteilung eines qualifizierten Zwischenzeugnisses rechtskräftig abgeschlossen (*Rn. 12*). 46

VI. Für das fortgesetzte Berufungsverfahren sind folgende weitere Hinweise veranlasst: 47

1. Das Landesarbeitsgericht wird zunächst über den vorrangigen Antrag gegen die außerordentliche Kündigung vom 5. Oktober 2019 zu befinden haben, die - ungeachtet der weiteren von der Beklagten angeführten Kündigungssachverhalte - schon durchgreifen dürfte, wenn davon auszugehen sein sollte, der Kläger habe die Mehrarbeitsschicht am 2. Juni 2018 in der Absicht überhaupt nicht geleistet, sie gleichwohl von der Beklagten vergütet zu bekommen (*Rn. 16*). 48

a) Dabei wird das Berufungsgericht zu beachten haben, dass das Vorbringen der Beklagten zum Erschleichen der Vergütung für die Mehrarbeitsschicht am 2. Juni 2018 mithilfe der missbräuchlichen Verwendung des Werksausweises durch einen Kollegen nach der bisherigen Einlassung des Klägers gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden anzusehen ist, weil er es weder ausreichend substantiiert bestritten hat (*Rn. 18 ff.*) noch zu seinen Gunsten ein Sachvortragsverwertungsverbot eingreift (*Rn. 22 ff.*). 49

b) Um der ihn treffenden sekundären Darlegungslast zu genügen, müsste der Kläger zunächst substantiiert vortragen, auf welche Weise er am 2. Juni 2018 50

auf das Werksgelände gelangt sein möchte (*Rn. 21*). Der Beklagten obläge so dann (nur) der Nachweis, dass diese Darstellung nicht zutrifft (*vgl. BAG 16. Dezember 2021 - 2 AZR 356/21 - Rn. 31 f.*).

c) Sollte der Kläger substantiiert behaupten, er habe das Gelände vor Schichtbeginn mithilfe seines Werksausweises durch ein Drehkreuz betreten, hätte das Landesarbeitsgericht nach §§ 371 ff. ZPO Beweis durch Inaugenscheinnahme der inkriminierten, keinem Verwertungsverbot unterliegenden (*Rn. 22 ff.*) Bildsequenz aus der Videoüberwachung zu der gegenteiligen Behauptung der Beklagten zu erheben, für diesen Tag sei kein Zutritt des Klägers zum Werksgelände zu verzeichnen, sondern - ausweislich der ebenfalls verwertbaren Erkenntnisse aus der elektronischen Anwesenheitserfassung (*Rn. 22 ff.*) - einzig die Verwendung seines Werksausweises durch einen Kollegen. Sollte sich dies erweisen, wäre schon deshalb davon auszugehen, dass die Darstellung der Beklagten zum Kündigungsvorwurf (Nichtableisten der Schicht in Täuschungsabsicht) zutrifft. 51

d) Sollte der Kläger nach der Zurückverweisung substantiiert darlegen, dass er das Werksgelände „unbemerkt“ - wann, durch welchen Eingang? - ohne Verwendung seines Werksausweises betreten habe, wird das Landesarbeitsgericht nach § 286 Abs. 1 ZPO zu würdigen haben, ob es die Behauptung der Beklagten für erwiesen erachtet, dies sei nicht der Fall gewesen. Dabei wird das Berufungsgericht zu beachten haben, dass für eine Überzeugungsbildung iSd. § 286 Abs. 1 ZPO ein für das praktische Leben brauchbarer Grad von Gewissheit genügt, der verbleibenden Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen. Das Gericht muss ggf. begründen, warum es Restzweifel nicht überwinden konnte. Insbesondere darf es das Nichterreichen eines ausreichenden Grads an Gewissheit nicht allein darauf stützen, es seien andere Erklärungen theoretisch denkbar (*vgl. BAG 11. Juni 2020 - 2 AZR 442/19 - Rn. 62, BAGE 171, 66*). Dementsprechend wird sich das Landesarbeitsgericht die volle Überzeugung iSd. Vorbringens der Beklagten ggf. auch allein dadurch verschaffen können, dass es das gegenteilige Vorbringen des Klägers zum Betreten des Werksgeländes durch einen anderen Eingang als Tor 5 zwar für ausreichend 52

substantiiert, aber für nicht glaubhaft, weil jeder inneren Wahrscheinlichkeit entbehrend, erachtet (vgl. *BGH 22. November 1994 - XI ZR 219/93 - zu II f der Gründe*). In diesem Zusammenhang könnte es auch eine Rolle spielen, wenn aufgrund der verwertbaren (*Rn. 22 ff.*) Erkenntnisse der Beklagten aus der dortigen Videoüberwachung und der elektronischen Anwesenheitserfassung feststehen sollte, dass ein Kollege den Werksausweis des Klägers vor das Kartenlesegerät an Tor 5 zum Werksgelände gehalten hat. Dafür ist ein anderer Grund als das Suggestieren der Präsenz des Klägers nicht ersichtlich.

- e) Das Landesarbeitsgericht wird nicht aufklären müssen, ob bei der Einrichtung der Videoüberwachung - soweit es auf die daraus gewonnenen Erkenntnisse überhaupt ankommen sollte - Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats missachtet wurden. Der Schutzzweck von § 87 Abs. 1 Nr. 6 und § 77 BetrVG gebietet ein Verwertungsverbot jedenfalls dann nicht, wenn die Verwertung der Information bzw. des Beweismittels - wie hier - nach allgemeinen Grundsätzen zulässig ist (vgl. *BAG 20. Oktober 2016 - 2 AZR 395/15 - Rn. 36, BAGE 157, 69; 22. September 2016 - 2 AZR 848/15 - Rn. 44, BAGE 156, 370*). 53
- f) Falls das Landesarbeitsgericht zwar nicht von einer „Tat“ durch den Kläger überzeugt sein, aber einen entsprechenden dringenden Verdacht bejahen sollte, wäre zu prüfen, ob der Kläger - wofür alles spricht - dazu ordnungsgemäß angehört worden ist (zu den Anforderungen vgl. *BAG 25. April 2018 - 2 AZR 611/17 - Rn. 31 f.*). 54
- g) Schließlich wäre ggf. zu erörtern, ob die Beklagte die Erklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB gewahrt und den Betriebsrat - wofür entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts alles spricht - ordnungsgemäß iSv. § 102 Abs. 1 BetrVG zu der beabsichtigten außerordentlichen Kündigung angehört hat. 55
2. Sollte das Berufungsgericht dem Hauptantrag gegen die außerordentliche fristlose Kündigung vom 5. Oktober 2019 stattgeben, fiel der unechte Hilfsantrag gegen die ordentliche Kündigung vom 9. Oktober 2019 zur Entscheidung an. Insofern wird ggf. zu beachten sein, dass die Erklärungsfrist des § 626 Abs. 2 56

BGB für eine ordentliche Tat-, aber auch Verdachtskündigung nicht gilt (vgl. BAG 31. Januar 2019 - 2 AZR 426/18 - Rn. 31, BAGE 165, 255).

3. Falls das Landesarbeitsgericht dem gegen die ordentliche Kündigung gerichteten unechten Hilfsantrag ebenfalls stattgeben sollte, fielen der von der Beklagten zweitinstanzlich zulässigerweise zu Protokoll gestellte Auflösungsantrag nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG zur Entscheidung an. Zwar spricht vieles dafür, dass die Beklagte die darauf bezogene Begründung nicht wirksam in das Verfahren eingeführt hat. Die Antragsbegründung hat sie weder zu Protokoll des Berufungsgerichts gegeben noch in einem gemäß § 46g Satz 1 ArbGG als elektronisches Dokument (*dazu Siegmund NJW 2023, 1681, 1683*) bei Gericht eingegangenen Schriftsatz ausgeführt. Dies bedarf indes keiner Entscheidung. Die Beklagte kann ihren den Auflösungsantrag begründenden, bisher nur im Termin übergebenen (Papier-)Schriftsatz im fortgesetzten Berufungsverfahren elektronisch einreichen. Der Auflösungsantrag dürfte sich als erfolgreich erweisen, wenn der dazu zweitinstanzlich und im Revisionsverfahren von der Beklagten gehaltene Vortrag zum wahrheitswidrigen Prozessvorbringen des Klägers unstreitig bleibt oder bewiesen wird. 57

4. Schließlich wird das Landesarbeitsgericht nach § 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO auf eine Klarstellung hinzuwirken haben, ob der Kläger den Antrag auf Erteilung eines qualifizierten Endzeugnisses tatsächlich nur für den - nicht eingetretenen (*Rn. 12*) - Fall des Unterliegens mit dem Antrag auf Erteilung eines qualifizierten Zwischenzeugnisses oder vielmehr für den Fall des Unterliegens mit einem der Kündigungsschutzanträge oder gegen den Auflösungsantrag der Beklagten, also der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, zur Entscheidung gestellt hat. 58

5. Bei der Kostenentscheidung für die erste Instanz wird das Landesarbeitsgericht - auch dann, wenn es die Berufung der Beklagten insgesamt zurück- und ihren im zweiten Rechtszug gestellten Auflösungsantrag abweisen sollte - zu beachten haben, dass der Kläger einen zunächst gestellten allgemeinen Feststellungsantrag zurückgenommen (§ 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO) und das Arbeitsgericht darüber hinaus zwei vermeintliche weitere allgemeine Feststellungsanträge rechtskräftig als unzulässig abgewiesen hat. Diese „Anträge“ mögen den 59

*Gebührenstreitwert* für die erste Instanz nicht erhöht haben. Doch bedeutet dies nicht, dass sich die teilweise Klagerücknahme bzw. Klageabweisung nicht kraft Bildung eines *fiktiven Kostenstreitwerts* zulasten des Klägers auswirken müsste (vgl. *Niemann NZA 2019, 65, 71*). Hinsichtlich des zurückgenommenen Antrags könnte anderes gelten, wenn es sich - wofür vieles spricht - nicht um einen Haupt-, sondern einen unechten Hilfsantrag gehandelt haben sollte. Zudem wird das Berufungsgericht über die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens und der Revision zu entscheiden haben.

Koch

Schlünder

Niemann

Alex

Mertz