

Liebe Leserinnen und Leser,

das Bundesarbeitsgericht hat erneut über die Frage eines Beweisverwertungsverbots bei verdachtsunabhängiger Überwachung am Arbeitsplatz entschieden. Und ein bevorstehendes Urteil des EuGH in einer britischen Rechtssache könnte bei Vorliegen von Scheinselbständigkeit ganz erhebliche finanzielle Risiken für die "Dienstherrn" bedeuten, die weit über die sozialversicherungsrechtlichen Risiken hinausgehen.

Ihr Rechtsanwalt Stefan von Zdonowski, Fachanwalt für Arbeitsrecht

## 1 Beweisverwertungsverbot bei Überwachung ohne konkreten Verdacht - Keylogger

BAG, Urteil vom 27.07.2017 (2 AZR 681/16), Pressemitteilung Nr. 31/17

Für Überwachungsmaßnahmen am Arbeitsplatz, bei denen personenbezogene Daten von Arbeitnehmern gewonnen werden, bedarf es eines konkreten Verdachts. In § 32 Abs. 1 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) heißt es:

*"Personenbezogene Daten eines Beschäftigten dürfen für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses für dessen Durchführung oder Beendigung erforderlich ist. Zur Aufdeckung von Straftaten dürfen personenbezogene Daten eines Beschäftigten nur dann erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass der Betroffene im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen hat, die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung zur Aufdeckung erforderlich ist und das schutzwürdige Interesse des Beschäftigten an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung nicht überwiegt, insbesondere Art und Ausmaß im Hinblick auf den Anlass nicht unverhältnismäßig sind."*

Hier hatte der Arbeitgeber allen Mitarbeitern einer Internetfirma angekündigt, eine Keyloggersoftware einzusetzen. Anlässlich einer Auswertung wurde festgestellt, dass der Kläger am Arbeitsplatz in erheblichem Maße private Tätigkeiten ausgeübt hatte. Der Kläger räumte solche Privat-tätigkeiten zwar ein, gab aber an, dass dies nur in geringem Umfang und innerhalb der Pausen geschehen sei. Tatsächlich ergab die Auswertung aber ein anderes Bild, so dass der Kläger fristlos gekündigt wurde. Mit seiner Kündigungsschutzklage hat der Kläger in allen drei Instanzen gewonnen. Das BAG führt dazu aus:

*"Der Einsatz eines Software-Keyloggers, mit dem alle Tastatureingaben an einem dienstlichen Computer für eine verdeckte Überwachung und Kontrolle des Arbeitnehmers aufgezeichnet werden, ist nach § 32 Abs. 1 BDSG\* unzulässig, wenn kein auf den Arbeitnehmer bezogener, durch konkrete Tatsachen begründeter Verdacht einer Straftat oder einer anderen schwerwiegenden Pflichtverletzung besteht.*

*... Die durch den Keylogger gewonnenen Erkenntnisse über die Privat-tätigkeiten des Klägers dürfen im gerichtlichen Verfahren nicht verwertet*

*werden. Die Beklagte hat durch dessen Einsatz das als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gewährleistete Recht des Klägers auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG) verletzt. Die Informationsgewinnung war nicht nach § 32 Abs. 1 BDSG zulässig. Die Beklagte hatte beim Einsatz der Software gegenüber dem Kläger keinen auf Tatsachen beruhenden Verdacht einer Straftat oder einer anderen schwerwiegenden Pflichtverletzung. Die von ihr „ins Blaue hinein“ veranlasste Maßnahme war daher unverhältnismäßig. Hinsichtlich der vom Kläger eingeräumten Privatnutzung hat das Landesarbeitsgericht ohne Rechtsfehler angenommen, diese rechtfertige die Kündigungen mangels vorheriger Abmahnung nicht."*

Tatsächlich wäre die fristlose Kündigung des Arbeitnehmers wohl gerechtfertigt gewesen, wenn nicht die Verwertung der gewonnenen Beweise verboten gewesen wäre. So konnte im Prozess nur verwertet werden, was der Arbeitnehmer selbst zugegeben hatte, obwohl dies offensichtlich nur die halbe Wahrheit war.

## 2 Zeitlich unbegrenzter Urlaubsanspruch bei Scheinselbständigkeit?

EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts in der Rechtssache C-214/16 (King), Pressemitteilung Nr. 59/17 vom 08.06.2017

Der Court of Appeal of England and Wales (Berufungsgericht für England und Wales) hat ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH nach der Auslegung der Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung ("Arbeitszeitrichtlinie") gerichtet.

Der Kläger, Herr King, war von 1999 bis 2012 "selbständig" bei einem Fensterbauer beschäftigt. Einen bezahlten Urlaub erhielt Herr King während seiner Beschäftigung demgemäß nicht. Gegen seine Entlassung nach Erreichen des Rentenalters klagte er und machte Urlaubsansprüche geltend. Im Prozess wurde festgestellt, dass Herr King Arbeitnehmer war und somit scheinselbständig. Der Generalanwalt vertritt nun in Bezug auf den Urlaub folgende in der Pressemitteilung genannte Ansicht:

*"... Daher könne ein Arbeitnehmer in dem Fall, dass er den ihm zustehenden Jahresurlaub im Bezugszeitraum ganz oder teilweise nicht nehme, ihn aber genommen hätte, wenn nicht der Arbeitgeber die Vergütung für genommene Urlaubszeiten verweigern würde, geltend machen, dass er an der Ausübung seines Anspruchs auf bezahlten Urlaub gehindert sei, so dass der Anspruch solange übertragen werde, bis der Arbeitnehmer die Möglichkeit zur Ausübung des Anspruchs gehabt habe.*

*Drittens stehe dem Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine finanzielle Vergütung für den bezahlten Jahresurlaub zu, den er bis zu dem Tag, an dem ihm der Arbeitgeber eine entsprechende Möglichkeit zur Ausübung seines Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub geschaffen habe, nicht genommen habe. Sei eine solche Möglichkeit nie geschaffen worden, sei eine*

**finanzielle Vergütung für die gesamte Dauer der Beschäftigung bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses geschuldet. ..."**

Die Schlussanträge des Generalanwalts sind für den Gerichtshof nicht bindend. Aufgabe des Generalanwalts ist es, dem Gerichtshof in völliger Unabhängigkeit einen Entscheidungsvorschlag für die betreffende Rechtssache zu unterbreiten. Allerdings folgt der EuGH in der Regel den Schlussanträgen der Generalanwälte. Insofern birgt diese Sache erheblichen Zündstoff. In diesem britischen Fall könnte dies dazu führen, dass Herr King Urlaub bzw. Urlaubsabgeltung für 13 Jahre verlangen könnte. Damit würde der Urlaub bei festgestellter Scheinselbständigkeit gar nicht verfallen, bei Krankheit hingegen schon.

IMPRESSUM

Herausgeber und Bearbeiter:  
Rechtsanwalt Stefan von Zdonowski  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Ludwigkirchplatz 2  
10719 Berlin-Wilmersdorf  
www.praxiswissen-arbeitsrecht.de