

# DER ARBEITSRECHTSREPORT

herausgegeben von den Rechtsanwälten der Sozietät

GLAUBER & PARTNER



## INHALT

### EDITORIAL

#### BAG Aktuell:

- Beweisverwertungsverbot bei Überwachung der PC-Nutzung

#### Aus der Rechtsprechung:

- Zulässigkeit einer Detektivüberwachung
- Altersteilzeit: Keine Urlaubsabgeltung in der Freistellungsphase
- BR-Zustimmung zur Nutzung des Outlook-Kalenders
- Kündigung wegen Überschreitung des Minusstundenkontos
- Sendung betrieblicher E-Mails an Privat-Account

## EDITORIAL

Wir möchten Sie wieder über einige aktuelle Entscheidungen des BAG sowie der Instanzgerichte zu besonders relevanten Themen für Ihre Personalarbeit informieren.

Hinweisen möchten wir Sie insbesondere auf ein Urteil des BAG, wonach Informationen aus einer verdeckten Überwachung der PC-Nutzung von Mitarbeitern nicht zur Begründung einer Kündigung im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses herangezogen werden können.

Wir hoffen, der ARBEITSRECHTSREPORT findet wieder Ihr Interesse.

## BAG AKTUELL:

### Beweisverwertungsverbot bei Überwachung der PC-Nutzung BAG, Urteil vom 26.07.2017 (Az.: 2 AZR 681/16)

Die Beklagte, bei der der Kläger als Web-Entwickler beschäftigt war, installierte auf dem Dienst-PC des Klägers einen sog. Keylogger, eine Software, die sämtliche Tastatureingaben protokolliert und regelmäßig Bildschirmfotos anfertigt. Im Zusammenhang mit der Freigabe eines Netzwerkes hatte sie ihren Arbeitnehmern mitgeteilt, dass der gesamte „Internet-Traffic“ und die Benutzung ihrer Systeme „mitgeloggt“ werden würde.

Nach Auswertung der mittels der Keylogger-Software gefertigten Dateien sprach die Beklagte den Kläger auf den privaten Gebrauch seines Dienst-PCs an. Dieser räumte ein, diesen während der Arbeit auch privat genutzt zu haben und gab auf Nachfrage an, nur in zeitlich geringem Umfang und hauptsächlich in den Pausen ein Computerspiel programmiert und E-Mails für den Betrieb seines Vaters geschrieben zu haben. Daraufhin kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos, hilfsweise ordentlich, da die Auswertung der Dateien ergeben hatte, dass der Kläger den Dienst-PC während der Arbeitszeit in erheblichem Umfang privat genutzt hatte.

Die Kündigungsschutzklage hatte in allen Instanzen Erfolg.

Nach dem Urteil des BAG durften die mittels Keylogger-Software gewonnenen Daten und die daraus gewonnenen Schlüsse über die private Nutzung des Dienst-PC durch den Kläger nicht in einem gerichtlichen Verfahren verwertet werden. Denn der Einsatz einer solchen Software verletzt das grundrechtlich geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht des Klägers in Form des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG). Darüber hinaus war die Informationsgewinnung auch nach § 32 Abs. 1 BDSG unzulässig.

Einsatz von Keylogger-Software verletzt allgemeines Persönlichkeitsrecht.



Die Beklagte hatte ohne ersichtlichen Grund die Überwachungsmaßnahme vorgenommen. Da es keinen auf Tatsachen begründeten Verdacht einer Straftat oder einer anderen schwerwiegenden Pflichtverletzung gab, war die „ins Blaue hinein“ veranlasste Überwachung unverhältnismäßig.

Wegen fehlender vorheriger Abmahnungen konnte auch die von dem Kläger eingeräumte geringfügige Privatnutzung des Dienst-PC eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht rechtfertigen.

Bei begründetem Verdacht schwerwiegender Pflichtverletzung kann Überwachung zulässig sein.

### AUS DER RECHTSPRECHUNG: Zulässigkeit einer Detektivüberwachung BAG, Urteil vom 29.06.2017 (Az.: 2 AZR 597/16)

Der Kläger war bei der Beklagten, einer Herstellerin von Stanzwerkzeugen und Formen, seit 1978 beschäftigt. Seit Januar 2015 war er durchgängig arbeitsunfähig erkrankt.

Ende Mai 2015 informierte die M GmbH, eine 2013 von den Söhnen des Klägers gegründete Firma, eine Kundin der Beklagten darüber, dass sie als Familienunternehmen Stanzformen verkaufe und der Kläger diese seit 38 Jahren montiere. Als die Beklagte hiervon erfuhr, sprach sie den Kläger wegen des Verdachts einer wettbewerbswidrigen Konkurrenztaetigkeit an. Nachdem der Kläger sich dazu nicht äußerte, beauftragte die Beklagte einen Detektiv.

Nach den Ermittlungen des Detektivs sah die Beklagte ihren Verdacht weiterhin als begründet an und kündigte das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos sowie hilfsweise ordentlich. Die dagegen gerichtete Kündigungsschutzklage hatte vor dem LAG Erfolg. Auf die Revision der Beklagten hob das BAG das Urteil auf und wies die Sache zur erneuten Verhandlung an das LAG zurück.

Nach der Entscheidung des BAG fehlte es vorliegend nicht an einem wichtigen Grund für den Anspruch einer fristlosen Kündigung. Das dem Kläger vorgeworfene Verhalten, d.h. das Nachgehen einer wettbewerbswidrigen Konkurrenztaetigkeit sowie das Vortäuschen einer Arbeitsunfähigkeit, war jedes für sich genommen geeignet, einen wichtigen Grund gemäß § 626 Abs. 1 BGB darzustellen.

Konkurrenztaetigkeit und Vortäuschen von Arbeitsunfähigkeit können fristlose Kündigung rechtfertigen

Anders als das LAG hielt das BAG die Detektivermittlungen gemäß § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG auch für zulässig. Es sei insoweit zu prüfen, ob die Verwertung von heimlich beschafften persönlichen Daten und Erkenntnissen mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Betroffenen vereinbar ist.

Bei der Observation des Klägers durch einen Detektiv handelt es sich um eine Datenerhebung, die nach § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG zulässig ist. Danach dürfen Daten eines Beschäftigten erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn dies für die Durchführung oder die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses notwendig ist. So kann die Datenerhebung auch zur Aufklärung des konkreten Verdachts einer schweren Pflichtverletzung erfolgen. Voraussetzung hierfür ist jedoch ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers sowie ein konkreter Verdacht. Beides war im vorliegenden Fall gegeben. Eine Ermittlung „ins Blaue hinein“, ob ein Arbeitnehmer sich pflichtwidrig verhält, ist auch nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG nicht zulässig. Ob die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme im Übrigen gewahrt wurde, bedarf der weiteren Feststellung durch das LAG, weshalb das BAG die Sache an die Vorinstanz zurückverwies.

Bei konkretem Verdacht kann die Beauftragung eines Detektivs zulässig sein.

### Altersteilzeit: Keine Urlaubsabgeltung in der Freistellungsphase BAG, Urteil vom 16.05.2017 (Az.: 9 AZR 572/16)

Die Klägerin, eine Redakteurin einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt, hatte Anspruch auf 31 Urlaubstage. Die Parteien vereinbarten ein Altersteilzeitarbeitsverhältnis im Blockmodell mit einer Arbeitsphase bis zum 31.03.2015 und einer anschließenden Freistellungsphase bis zum 31.03.2018. Vereinbart war, dass der Klägerin während der aktiven Altersteilzeit Erholungsurlaub im arbeitsvertraglich vorgesehenen Umfang gewährt wird, dieser jedoch in der passiven Freistellungszeit entfällt. Am 12.12.2014 beantragte die Klägerin für 2015 31 Urlaubstage. Die Beklagte gewährte lediglich acht Tage und lehnt den Antrag im Übrigen ab. Mit ihrer Klage verlangte die Klägerin wegen der Nichtgewährung von 23 Urlaubstagen Schadensersatz in Geld. Die Klage wurde vom LAG und vom BAG abgewiesen.

>

Das BAG urteilte, die Klägerin habe keinen Anspruch auf Schadensersatz in Geld gemäß § 251 Abs. 1 BGB anstelle der Gewährung eines Urlaubsanspruchs. Wird der rechtzeitig verlangte Urlaub nicht gewährt, so hat der Arbeitnehmer einen Schadensersatzanspruch, der ihm einen Ersatzurlaub im Umfang seines originären Urlaubsanspruchs gewährt. Der Anspruch auf Abgeltung eines solchen Ersatzurlaub richtet sich allein nach den Voraussetzungen des § 7 Abs. 4 BUrlG, der eine Abgeltung von Urlaub, der sich wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr realisieren lässt, erst nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorsieht.

Im vorliegenden Fall war jedoch lediglich die aktive Arbeitsphase beendet, das Arbeitsverhältnis besteht noch für die Zeit der passiven Freistellungsphase bis zum 31.03.2018 fort.

### BR-Zustimmung zur Nutzung des Outlook-Kalenders LAG Nürnberg, Urteil vom 21.02.2017 (Az.: 7 Sa 441/16)

Die Arbeitgeberin, in deren Unternehmen zur E-Mail-Kommunikation die Software Microsoft Outlook verwendet wird, schloss mit dem bei ihr gebildeten Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung zum Umgang mit Informations- und Kommunikationsanlagen ab. Zwei Jahre später richtete die Arbeitgeberin in Outlook einen Gruppenkalender ein, auf den neben dem Kläger noch drei weitere Mitarbeiter, darunter auch Vorgesetzte, Zugriff haben.

Der Kläger bekam von seinem Vorgesetzten die Anweisung, den Gruppenkalender für die Verwaltung betrieblicher Termine zu nutzen. Dies lehnte der Kläger ab und erhielt daraufhin eine Abmahnung.

Die vom Kläger erhobene Klage auf Rücknahme der Abmahnung und Entfernung aus der Personalakte hatte sowohl vor dem Arbeitsgericht als auch vor dem LAG Erfolg. Nach Ansicht des LAG war der Kläger nicht verpflichtet, der Weisung, den Gruppenkalender für die Verwaltung betrieblicher Termine zu benutzen, zu folgen, da die Einrichtung des Gruppenkalenders ohne die erforderliche Beteiligung des Betriebsrats erfolgt war.

Die Beteiligung des Betriebsrats war nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG erforderlich, da nach der ständigen Rechtsprechung des BAG der Gruppenkalender als Software zusammen mit einem Computer eine technische Einrichtung im Sinne der Norm darstellt. Darüber hinaus ist der Gruppenkalender zur Überwachung der Benutzer bestimmt, da hierdurch Informationen über das Verhalten und die Leistung des Arbeitnehmers erhoben und aufgezeichnet werden.

Die Beteiligung des Betriebsrats war vorliegend auch nicht durch die zwei Jahre zuvor geschlossene Betriebsvereinbarung erfüllt, da darin lediglich der private Umgang mit Informations- und Kommunikationsanlagen geregelt worden war.

### Kündigung wegen Überschreitung des Minusstundenkontos LAG Hamburg, Urteil vom 02.11.2016 (Az.: 5 Sa 19/16)

Das Arbeitszeitkonto des Klägers, dessen Arbeitsverhältnis tarifvertraglich nur noch aus wichtigem Grund kündbar war, durfte laut Dienstvereinbarung grundsätzlich kein Zeitsaldo von mehr als 20 Minusstunden aufweisen. Kurzfristig mehr entstandene Minusstunden waren innerhalb eines Monats abzubauen. Seit 2007 war das Arbeitsverhältnis des Klägers von zahlreichen Abmahnungen und Störungen geprägt. Seit März 2013 baute dieser immer mehr Minusstunden auf, die sich im Juni 2015 schließlich auf 59 beliefen.

Die Arbeitgeberin kündigte daraufhin das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos. Die hiergegen erhobene Kündigungsschutzklage hatte vor dem Arbeitsgericht Erfolg, nicht jedoch vor dem LAG Hamburg.

Das LAG hielt die Kündigung für wirksam, da der Kläger seine Arbeitsleistung nicht erbrachte und seine Vertragspflichten beharrlich und in schwerwiegender Weise mit steigender Tendenz verletzte. Denn bereits im Oktober 2014 war mit dem Kläger ein Gespräch wegen der Überschreitung des vorgegebenen Zeitkorridors geführt und vereinbart worden, die Minusstunden abzubauen, woran sich

Urlaubsabgeltung setzt Beendigung des Arbeitsverhältnisses voraus.

Ohne Zustimmung des BR keine Pflicht zur Nutzung eines Gruppenkalenders.

Beharrlicher Verstoß gegen Gleitzeitregeln kann Grund für fristlose Kündigung sein.



der Kläger jedoch nicht hielt. Stattdessen baute der Kläger die Zahl seiner Minusstunden kontinuierlich aus und kam auch weiteren Aufforderungen, die Minusstundenzahl zu reduzieren, nicht nach.

Eine Abmahnung als mildere Reaktion auf das Fehlverhalten des Klägers wäre voraussichtlich nicht geeignet gewesen, den Kläger zu einem vertragstreuen Verhalten anzuhalten, da er sich bereits in der Vergangenheit von Abmahnungen nicht hatte positiv beeinflussen lassen.

### Sendung betrieblicher E-Mails an Privat-Account LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 16.05.2017 (Az.: 7 Sa 38/17)

Der Kläger war seit 2006 bei der Beklagten, einer Herstellerin von Kälteanlagen für die Industrie, im Vertrieb beschäftigt. Anfang 2016 nahm der Kläger Verhandlungen mit anderen Arbeitgebern auf, u.a. einer unmittelbaren Konkurrentin der Beklagten, die dem Kläger am 08.04.2016 ein Vertragsangebot für ein künftiges Arbeitsverhältnis ab Juli 2016 übersandte.

Ende April 2016 versandte der Kläger zahlreiche dienstliche E-Mails, die u.a. ausführliche Kundendaten, Preislisten sowie Projektunterlagen eines anderen Mitarbeiters enthielten, von seinem Arbeitsplatzcomputer aus an seine private E-Mail-Adresse. Als die Beklagte hiervon Kenntnis erlangte, kündigte sie dem Kläger fristlos sowie hilfsweise fristgemäß, da sie davon überzeugt war, dass der Kläger hiermit seine zukünftige Konkurrenzfähigkeit vorbereiten wollte. Der Kläger gab an, sich die E-Mails nur nach Hause geschickt zu haben, um Kundendaten abgleichen und von zu Hause arbeiten zu können.

Die gegen die Kündigung erhobene Klage hatte vor dem Arbeitsgericht Erfolg, nicht jedoch vor dem LAG.

Nach dem Urteil des LAG war die außerordentliche Kündigung der Beklagten wirksam. Ein wichtiger Grund gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann auch in der schuldhaften Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht liegen. Gemäß § 241 Abs. 2 BGB ist der Arbeitnehmer verpflichtet, Rücksicht auf die Rechte und Interessen seines Arbeitgebers zu nehmen. Es ist ihm daher nicht gestattet, sich ohne entsprechende Erlaubnis betriebliche Unterlagen anzueignen. Ein Verstoß hiergegen ist im vorliegenden Fall geeignet, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen, da der Kläger in schwerwiegender Weise gegen diese Pflicht verstoßen hatte, indem er zahlreiche E-Mails mit betrieblichen Unterlagen zu betriebsfremden Zwecken an seine private E-Mail-Adresse geschickt hatte.

Das Gericht ist zu der Überzeugung gelangt, dass der Kläger die Daten zum Zwecke der Vorbereitung seiner Tätigkeit bei einem Konkurrenzunternehmen weitergeleitet hat, nachdem es hierfür keine dienstliche Notwendigkeit gab. Denn der Kläger hätte, wenn er tatsächlich von zu Hause hätte arbeiten wollen, den ihm zur Verfügung gestellten Laptop mit allen notwendigen Daten nutzen können. Darüber hinaus waren auch keine anderen betrieblichen Gründe ersichtlich, weswegen er sich Projektdaten eines Kollegen übersandte. Für ein Handeln zu betriebsfremden Zwecken sprachen zudem die Vielzahl und die Inhalte der E-Mails sowie die Tatsache, dass der Kläger bereits in konkreten Verhandlungen mit einem Konkurrenzunternehmen stand.

Die Versendung von Unterlagen zu betriebsfremden Zwecken stellte eine erhebliche Pflichtverletzung dar, die zudem vorsätzlich geschah und mit einer konkreten Gefährdung der geschäftlichen Interessen der Beklagten einherging. Nach Ansicht des LAG überwog aufgrund der Schwere der Verletzung, des Grades des Verschuldens sowie der möglichen Wiederholungsgefahr das Interesse der Beklagten an einer sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses das Interesse des Klägers am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses. Der Ausspruch einer fristlosen Kündigung war daher im vorliegenden Falle gerechtfertigt.

Versendung von  
Unterlagen zu betriebs-  
fremden Zwecken kann  
fristlose Kündigung  
rechtfertigen.

## GLAUBER & PARTNER

Rathausstraße 13 | D - 20095 Hamburg  
Tel. + 49 - 40 - 32 33 99 - 0 | Fax + 49 - 40 - 32 33 99 - 11  
rechtsanwaelte@glauber.de | www.glauber.de

### Ihre Ansprechpartner im Arbeitsrecht sind:

Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

**Dr. Dirk Uhlmannsiek**

Rechtsanwältin

**Anja Krüger**