

## NEWSLETTER - ARBEITSRECHT

### September 2017

Liebe Leserin, lieber Leser,

herzlich willkommen zu unserem Newsletter für September 2017 unserer auf das Arbeitsrecht spezialisierten Kanzlei, **BECK.Kanzlei für Arbeitsrecht**. Auch in diesem Monat werden wir Sie über Rechtsentwicklungen im Arbeitsrecht informieren.

Im ersten Teil unseres Newsletters hat sich das Bundesarbeitsgericht mit der Frage befasst, ob ein sogenannter Software-Keylogger zum Einsatz kommen kann, um dem Mitarbeiter ein Fehlverhalten am Arbeitsplatz nachweisen zu können.

Im zweiten Teil hatte das LAG Rheinland-Pfalz zu entscheiden, unter welchen Voraussetzungen ein Unternehmen die Vergütung eines Mitarbeiters trotz nicht geleisteter Arbeit in den Betriebsferien weiter zahlen muss.

In den Tipps erläutern wir Ihnen, welche Rolle rentenberechtigte Arbeitnehmer in der Sozialauswahl spielen.

## Inhalt

- 1. Überwachung eines Arbeitnehmers am Arbeitsplatz**  
(BAG Düsseldorf vom 27.07.2017 – 2 AZR 681/16)
- 2. Annahmeverzug in den Betriebsferien**  
(LAG Niedersachsen vom 20.04.2017 – 5 Sa 1263/16)
- 3. Tipps: Rentenberechtigte Arbeitnehmer in der Sozialauswahl**

## Überwachung eines Arbeitnehmers am Arbeitsplatz (BAG Düsseldorf vom 27.07.2017 – 2 AZR 681/16)

Unternehmen müssen im geschäftlichen Alltag wie auch im Umgang mit ihren Mitarbeitern zahlreiche datenschutzrechtliche Vorgaben beachten, insbesondere nach dem Bundesdatenschutzgesetz (BDSG).

Immer wieder Gegenstand gerichtlicher Verfahren ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen Mitarbeiter überwacht werden können, wenn der Verdacht von Verstößen gegen arbeitsvertragliche Pflichten im Raum steht.

In einer aktuellen Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts ging es um die Frage, ob ein sogenannter Software-Keylogger zum Einsatz kommen kann, um den Mitarbeiter ein Fehlverhalten am Arbeitsplatz nachweisen zu können.

### **Beispiel:**

*Arbeitnehmer A ist bei einem Unternehmen seit 2010 als Web-Entwickler tätig. Im Zusammenhang mit der Freigabe eines Netzwerks teilte das Unternehmen seinen Mitarbeitern im September 2014 mit, dass der gesamte „Internet-Traffic“ und die Benutzung ihrer Systeme „mitgeloggt“ werde.*

*Der Arbeitgeber installierte auch auf dem Arbeitscomputer des A eine Software, die sämtliche Tastatureingaben protokollierte und regelmäßig sogenannte Screenshots (d.h. Bildschirmfotos) fertigte. Nachdem das Unternehmen die mit Hilfe dieses Keyloggers erstellten Dateien ausgewertet hatte, gab A in einem Gespräch zu, seinen Arbeitscomputer während der Arbeitszeit privat genutzt zu haben.*

*In der Regel hat er in seinen Pausen und nur in **geringem Umfang** ein Computerspiel programmiert sowie E-Mail-Verkehr für die Firma seines Vaters abgewickelt. Das Unternehmen konnte hingegen nach dem ausgewerteten Datenmaterial davon ausgehen, dass A in **erheblichem Umfang** Privattätigkeiten am Arbeitsplatz erledigt hat. Aus diesem Grund wurde das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos und hilfsweise ordentlich gekündigt.*

*Da A sich mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht abfinden möchte, erhebt er Kündigungsschutzklage zum zuständigen Arbeitsgericht.*

**Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?**

## Datenschutz im Arbeitsverhältnis

Nach § 32 Abs. 1 BDSG dürfen personenbezogene Daten eines Arbeitnehmers für Zwecke des Arbeitsverhältnisses erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach Begründung des Arbeitsverhältnisses für dessen Durchführung oder Beendigung **erforderlich** ist.

Zur **Aufdeckung von Straftaten** dürfen personenbezogene Daten eines Arbeitnehmers nur dann erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn

- **zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht** begründen, dass der Betroffene im Arbeitsverhältnis eine Straftat begangen hat,
- die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung zur Aufdeckung **erforderlich** ist und
- das schutzwürdige Interesse des Arbeitnehmers an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung nicht überwiegt, insbesondere Art und Ausmaß im Hinblick auf den Anlass **nicht unverhältnismäßig** sind.

## Einsatz eines Software-Keyloggers

Nach diesen Vorgaben des Bundesdatenschutzgesetzes ist der Einsatz eines Software-Keyloggers, mit dem alle Tastatureingaben an einen dienstlichen Computer für eine **verdeckte Überwachung und Kontrolle** des Arbeitnehmers aufgezeichnet werden **unzulässig**, wenn kein auf den Arbeitnehmer bezogener, durch konkrete Tatsachen begründeter **Verdacht einer Straftat** oder einer anderen **schwerwiegenden Pflichtverletzung** besteht.

Die Hürden des Gesetzgebers sind in diesem Zusammenhang sehr hoch gelegt worden, um die Privatsphäre eines Arbeitnehmers ausreichend zu schützen.

Dennoch ist ein Arbeitgeber berechtigt, Maßnahmen der Überwachung durchzuführen, wenn Anhaltspunkte für eine Straftat oder sonstige nicht unerhebliche Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten im Raum steht.

## BAG vom 27.07.2017 – 2 AZR 681/16

Im dargelegten Beispielsfall haben zunächst die ersten beiden Instanzen (Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht) die Auffassung vertreten, dass die vom Arbeitgeber durchgeführte Maßnahme **rechtswidrig** war und die gewonnen Erkenntnisse **nicht gegen den Arbeitnehmer verwendet** werden durfte.

Auch das Bundesarbeitsgericht ist dieser Auffassung gefolgt.

Die Erkenntnisse über die Privattätigkeit des Arbeitnehmers, welche durch den Keylogger gewonnen wurden, durften im vorliegenden Fall im gerichtlichen Verfahren nicht verwendet werden.

Das Unternehmen hatte durch dessen Einsatz das als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gewährleistete Recht des Klägers auf **informationelle Selbstbestimmung** nach Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz verletzt.

### **Kein ausreichender Verdacht**

Die **Informationsgewinnung** war nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 32 Abs. 1 BDSG **nicht zulässig**. Insbesondere hatte das Unternehmen beim Einsatz der Software gegenüber dem Mitarbeiter keinen auf Tatsachen beruhenden Verdacht einer Straftat oder einer anderen schwerwiegenden Pflichtverletzung.

Vielmehr war die vom Arbeitgeber veranlasste Maßnahme **„ins Blaue hinein“** veranlasst worden und deshalb **unverhältnismäßig**.

Der Mitarbeiter hatte zwar selbst eine **eingeschränkte Privatnutzung** eingeräumt, für diese hätte jedoch vor Ausspruch einer Kündigung zunächst eine **Abmahnung** erteilt werden müssen.

## Annahmeverzug in den Betriebsferien (LAG Rheinland-Pfalz vom 27.04.2017 – 5 Sa 497/16)

In Betrieben wird gerade im August häufig die Arbeit niedergelegt, da Lieferanten oder Kunden ebenfalls ihre Tore geschlossen haben.

Häufig kommt dann die Frage auf, wie mit Arbeitnehmern zu verfahren ist, die im Zeitraum der Betriebsferien eigentlich überhaupt keinen Urlaub nehmen möchten.

Das LAG Rheinland-Pfalz hat sich in einer aktuellen Entscheidung mit der Frage befasst, unter welchen Voraussetzungen das Unternehmen die Vergütung eines Mitarbeiters trotz nicht geleisteter Arbeit in den Betriebsferien weiter zahlen muss.

### **Beispiel:**

*Ein Mitarbeiter ist als Dachdeckermeister seit 01.04.2017 bei einem Dachdeckerbetrieb als technischer Betriebsleiter angestellt. Im Arbeitsvertrag haben die Parteien eine sechsmo- natige Probezeit, ein Gehalt von monatlich € 3.600,00 brutto und einen Jahresurlaub von 30 Tagen vereinbart. Zudem sind sich die Parteien einig, dass der Mitarbeiter zehn Tage bezahlten Erholungsurlaub vom 11.08. – 25.07.2017 nehmen darf, da er bereits ein Reise gebucht hat.*

*Das Unternehmen kündigt nun das Arbeitsverhältnis in der Probezeit zum 14.08.2017 und teilt dem Arbeitnehmer mit, dass er aufgrund der angeordneten Betriebsferien ab dem 01.08.2017 nicht mehr zur Arbeit erscheinen müsse. Der Mitarbeiter ist damit in der Zeit vom 01.08. – 14.08.2017 nicht mehr zur Arbeit erschienen, der Arbeitgeber hat für diesen Zeit- raum auch keine Vergütung gezahlt.*

*Da sich der Arbeitnehmer hiermit nicht abfinden möchte, verklagt er seinen Arbeitgeber auf Zahlung der Vergütung für die ausgefallenen zwei Wochen.*

### **Mit Erfolg?**

## **Annahmeverzug**

Ein Arbeitnehmer kann Anspruch auf seine arbeitsvertragliche Vergütung haben, **ohne** dass er tatsächlich eine Arbeitsleistung erbringt. Neben den Fällen der Entgeltfortzah- lung im Krankheitsfall und an Feiertagen oder während des Urlaubs ist dies im Falle eines **Annahmeverzuges** denkbar.

Voraussetzung hierfür ist, dass

- ein erfüllbares Arbeitsverhältnis vorliegt;
- die Arbeitsleistung tatsächlich oder zumindest wörtlich angeboten wurde oder das Angebot ausnahmsweise nicht notwendig war,
- der Arbeitnehmer im Zeitpunkt des Angebots arbeitsfähig und arbeitswillig ist und
- der Arbeitgeber die angebotene Arbeitsleistung nicht angenommen hat.



### Hinweis

Die Anspruchsgrundlage für Arbeitsentgelt ohne Erbringung einer Arbeitsleistung findet sich in § 615 BGB.

### Annahmeverzug während der Betriebsferien

Ein Annahmeverzugsanspruch des Arbeitnehmers kann auch entstehen, wenn der Mitarbeiter seine Arbeitsleistung während der Betriebsferien erbringen möchte und diese auch anbietet, der Arbeitgeber die Arbeitsleistung jedoch nicht annimmt.

Diese Rechtsfolge würde jedoch nicht eintreten, wenn der Arbeitnehmer seinen **Erholungsurlaub** während der Betriebsferien antritt oder eine **anderweitige Vereinbarung** zwischen den Parteien über eine **entgeltliche oder unentgeltliche Freistellung** vorliegt.

Sollte keine dieser Varianten gegeben sein, muss der Arbeitgeber auch während der Betriebsferien die Vergütung des Mitarbeiters fortzahlen, ohne eine Arbeitsleistung hierfür zu erhalten und ohne das Urlaub verbraucht wird.

### LAG Rheinland-Pfalz vom 27.04.2017 – 5 Sa 497/16

Im dargestellten Beispielsfall hatte das Unternehmen vom 01.08. – 14.08.2017 Betriebsferien, wobei der Arbeitnehmer seinen Urlaub bereits vorher angetreten hatte und während der Ferien nach Mitteilung des Arbeitgebers nicht zur Arbeit erscheinen musste. Für diesen Zeitraum war somit weder der Verbrauch von Urlaubstagen geregelt noch wurde eine Vereinbarung über eine – bezahlte oder unbezahlte - Freistellung zwischen den Parteien getroffen.

Das LAG Rheinland-Pfalz kam deshalb zum Ergebnis, dass sich das Unternehmen während der Betriebsferien in Annahmeverzug befand, da es den arbeitsbereiten Arbeitnehmer während der Betriebsferien nicht beschäftigt hatte.

Das LAG Rheinland-Pfalz stellte ferner klar, dass der Arbeitgeber nicht berechtigt war, den Arbeitnehmer **einseitig** unbezahlt von der Arbeit freizustellen.



### Hinweis

Ein Annahmeverzug scheidet erst aus, wenn dem Arbeitgeber nach Treu und Glauben eine Weiterbeschäftigung **unzumutbar** ist. Eine ordentliche Kündigung in der Probezeit reicht hierfür jedoch nicht aus.

## Tipps: Rentenberechtigte Arbeitnehmer in der Sozialauswahl

Aufgrund von Umsatzeinbußen, Umstrukturierungen oder sonstiger unternehmerischer Entscheidungen kann es geboten sein, die Anzahl der Mitarbeiter im Unternehmen zu reduzieren und deshalb betriebsbedingte Kündigungen auszusprechen.

Sind im Betrieb des Arbeitgebers **mehr als zehn Mitarbeiter** beschäftigt, sind die strengen Vorgaben des Kündigungsschutzgesetzes zugunsten der Mitarbeiter zu beachten, die schon **länger als sechs Monate** beschäftigt sind (§§ 1 Abs. 1 und 23 Abs. 1 KSchG).

Bei der Planung von betriebsbedingten Kündigungen ist in diesen Fällen durch den Arbeitgeber eine **Sozialauswahl** vorzunehmen. Wie diese zu erfolgen hat und welche Rolle rentenberechtigte Arbeitnehmer dabei spielen, soll im Folgenden kurz dargestellt werden.

### Sozialauswahl

Die Grundlagen der Sozialauswahl finden sich in § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG.

Danach muss der Arbeitgeber bei der Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer

- die Dauer der Betriebszugehörigkeit,
- das **Lebensalter**
- die Unterhaltspflichten und
- eine etwaig bestehende Schwerbehinderung

ausreichend berücksichtigen. Diejenigen Arbeitnehmer, die nach den dargestellten Kriterien **sozial schutzbedürftiger** sind als andere Mitarbeiter, sind von einer betriebsbedingten Kündigung zu **verschonen**.

Die Pflicht zur Berücksichtigung des Lebensalters ist dergestalt zu verstehen, dass Arbeitnehmer umso besser vor betriebsbedingten Kündigungen geschützt sind, **je älter sie sind**. Dies hängt damit zusammen, dass mit steigendem Lebensalter es im Allgemeinen schwieriger wird, einen neuen Arbeitsplatz zu finden.

Dennoch ist umstritten, ob die Aussage, dass ein höheres Lebensalter automatisch eine höhere soziale Schutzbedürftigkeit über alle Lebensalterstufen hinweg bedeutet, ohne Ausnahme gelten kann.



### **Ausnahmen bei der Altersbetrachtung**

Eine Ausnahme ist unter anderem denkbar bei Arbeitnehmern im Alter zwischen 20 und 35 Jahren, da in dieser Altersgruppe auch die älteren Mitarbeiter in der Regel keine schlechteren Arbeitsmarktchancen haben als die jüngeren Kollegen.

Ebenfalls könnte eine Ausnahme vorliegen für Arbeitnehmer im Rentenalter. Wer z.B. eine Regelaltersrente beanspruchen kann bzw. kurz vor dem Rentenalter steht, braucht sich in Regel um seine Chancen auf dem Arbeitsmarkt keinen allzu großen Gedanken mehr machen.

Dennoch fordert es die wohl bislang herrschende Meinung, dass Arbeitgeber ein **höheres Lebensalter generell**, d.h. über alle Altersstufen hinweg bei der Sozialauswahl **zugunsten des Arbeitnehmers** bewerten müssen.



#### **Hinweis**

Das Bundesarbeitsgericht entschied am 23.07.2015 (Az. 6 AZR 457/14), dass offengelassen werden kann, ob ein rentennahes Alter im Rahmen der Sozialauswahl beim Auswahlkriterium „Alter“ zulasten des Arbeitnehmers zu bewerten ist oder nicht.

### **BAG vom 27.04.2017 – 2 AZR 67/16**

In einer aktuellen Entscheidung musste das Bundesarbeitsgericht den Fall eines Arbeitnehmers entscheiden, der im Rahmen einer Sozialauswahl zu berücksichtigen war und bereits im Zeitpunkt der Kündigung Anspruch auf Regelaltersrente hatte.

Im zu entscheidenden Fall hatte ein Arbeitgeberverband einen Mitarbeiter gekündigt, der bereits 33 Jahre beschäftigt war und bei Ablauf der Kündigungsfrist von sieben Monaten das 67. Lebensjahr vollendet hatte.

Im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung hatte der Mitarbeiter bereits Anspruch auf seine Regelaltersrente.

Da der Arbeitnehmer die Auffassung vertrat, dass die Sozialauswahl nicht ordnungsgemäß durchgeführt wurde, ging er gegen die Kündigung vor.

### **Rentenalter spielt eine Rolle**

Die ersten beiden Instanzen hatten dem Arbeitnehmer noch Recht gegeben und geurteilt, dass die Kündigung unwirksam war.

Das Bundesarbeitsgericht sah die Sache anders und entschied, dass der Arbeitgeber die Sozialauswahl korrekt durchgeführt hatte.

Nach Ansicht des BAG gehört das Alter deshalb zu den vier Kriterien der Sozialauswahl, weil der Gesetzgeber damit den Kündigungsschutz von Arbeitnehmern stärken wollte, deren Chancen auf ein Ersatzinkommen aufgrund des fortgeschrittenen Alters im Allgemeinen schlechter stehen.

Unter Berücksichtigung dieser gesetzgeberischen Zwecksetzung ist ein Arbeitnehmer, der Regelaltersrente beziehen kann im Hinblick auf das Sozialauswahlkriterium des Lebensalters als deutlich weniger schutzbedürftig anzusehen als Arbeitnehmer, die noch keinen Anspruch auf eine Altersrente haben.

### Bezug von Entgeltersatzleistungen soll verhindert werden

Bei diesen besteht die Gefahr, dass sie durchgehend oder zumindest für **größere Zeiträume beschäftigungslos** bleiben und damit mittel- bzw. langfristig auf den **Bezug von Entgeltersatzleistungen** und etwaigen staatlichen Unterstützungsleistungen angewiesen sind.

Hingegen steht Mitarbeitern, die im Kündigungszeitpunkt bereits Anspruch auf eine Regelaltersrente haben oder – wie im vorliegenden Fall der gekündigte Arbeitnehmer – eine solche sogar beziehen, dauerhaft ein Ersatzinkommen für das zukünftig entfallende Arbeitseinkommen zur Verfügung.

### Arbeitnehmer mit Rentenanspruch sind sozial weniger schutzbedürftig

Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts ist dergestalt zu deuten, dass Arbeitnehmer, die bereits im Zeitpunkt der Kündigung eine Altersrente beziehen, im Hinblick auf das Merkmal **Lebensalter weniger schutzbedürftig** sind als jüngere Mitarbeiter, die noch im Erwerbsleben stehen und damit auf eine Beschäftigung zur Finanzierung ihres Lebensunterhaltes angewiesen sind.



#### Hinweis

In der Praxis kommen jedoch sehr viel häufiger Fälle vor, in denen die zu entlassenen Mitarbeiter erst **in naher Zukunft** eine Regelaltersrente beanspruchen können. Auf diese Fälle wird das aktuelle Urteil des Bundesarbeitsgerichts nicht übertragbar sein, da diese Mitarbeiter noch im Erwerbsleben stehen und noch keinen Anspruch auf Regelaltersrente haben.