



## THEMA – ARBEITSRECHT

RA Mag. Birgit Vogt-Majarek/RA Dr. Natalie Hahn

# Überwachung der Mitarbeiter mittels „Keylogger“ – deutsches Bundesarbeitsgericht setzt Grenzen

Entscheidungsbesprechung zu BAG 27. 7. 2017, 2 AZR 681/16

» ARD 6577/5/2017

Mit zunehmender Digitalisierung nehmen auch die Kontrollmöglichkeiten am Arbeitsplatz zu. In Deutschland hatte das Bundesarbeitsgericht unlängst die Zulässigkeit des Einsatzes einer Spähsoftware (sogenannte „Keylogger“) zu beurteilen. Im vorliegenden Fall hatte ein Dienstgeber eine Spähsoftware auf den PCs seiner Mitarbeiter installiert, denen er zwar mitgeteilt hatte, dass er ihr Surfverhalten kontrollieren werde, nicht jedoch, dass ein „Keylogger“ installiert würde. Mit diesem wurde fortan jede Tastenbewegung auch in den Pausenzeiten aufgezeichnet. Zudem wurden regelmäßig Bildschirmfotos erstellt. Wenige Tage später wurde ein Programmierer gekündigt. Der Vorwurf: Die Auswertung der digitalen Daten hätte einen Arbeitszeitbetrug ergeben. Das Bundesarbeitsgericht qualifizierte das Spähprogramm als massiven Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Dienstnehmers. Der Einsatz von „Keyloggern“ sei unzulässig. Die Daten seien rechtswidrig gewonnen worden und dürften daher vor Gericht nicht verwendet werden. Sowohl die außerordentliche als auch die ordentliche Kündigung des Programmierers wurde als unwirksam qualifiziert.

Der Beitrag analysiert die Entscheidung des deutschen Höchstgerichts und geht der Frage nach, wie die österreichischen Gerichte in einem gleichgelagerten Fall entscheiden würden.

### 1. Sachverhalt

Der Kläger war bei der beklagten Dienstgeberin seit Juli 2011 als Webentwickler tätig gewesen. Zu Beginn des Dienstverhältnisses hatte er sich schriftlich verpflichtet, **Hard- und Software** ausschließlich zur Erfüllung der vereinbarten Aufgaben – sohin **nur dienstlich** – zu nutzen.

Im Zusammenhang mit der Anbindung eines neuen Netzwerks richtete die beklagte Dienstgeberin am 19. 4. 2015 eine E-Mail folgenden Inhalts an ihre Mitarbeiter:

„Hallo liebes (...) Team,

es ist soweit, die Telekom hat es endlich geschafft, uns einen schnellen Internet-Anschluss bereitzustellen.

*Diesen möchte ich Euch natürlich nicht vorenthalten, aus diesem Grund erhaltet Ihr freien Zugang zum WLAN.*

*Da bei Missbrauch, zum Beispiel Download von illegalen Filmen, etc der Betreiber zur Verantwortung gezogen wird, muss der Traffic mitgelogged werden. Da ein rechtlicher Missbrauch natürlich dann auch auf denjenigen zurückfallen soll, der verantwortlich dafür war.*

*Somit: Hiermit informiere ich Euch offiziell, dass **sämtlicher Internet Traffic** und die Benutzung der Systeme **mitgelogged** und dauerhaft gespeichert wird. Solltet Ihr damit nicht einverstanden sein, bitte ich Euch mir dieses innerhalb dieser Woche mitzuteilen.“*

In einer nachfolgenden Unterweisung wandte sich kein Dienstnehmer gegen die Absicht der beklagten Dienstgeberin, den „Internettraffic“ und die Benutzung ihrer Systeme zur Verhinderung von Missbrauch des Internetzugangs „mitzuloggen“.

Die Dienstgeberin installierte sodann auf dem Dienst-PC des Klägers eine **Software**, die **alle Tastatureingaben protokollierte** und regelmäßige Screenshots fertigte (**Keylogger**).

Nachdem die Dienstgeberin die vom Keylogger erstellten Dateien ausgewertet hatte, fand am 4. 5. 2015 ein Gespräch mit dem Kläger statt, in dem dieser einräumte, seinen **Dienst-PC während der Arbeitszeit privat genutzt** zu haben. Er gab an, ein Computerspiel programmiert und E-Mail-Verkehr für das Logistikunternehmen seines Vaters abgewickelt zu haben. Auf die Programmierung des Spiels habe er am Arbeitsplatz in der Zeit von Jänner bis April 2015 ca. drei Stunden verwendet. Für die Firma seines Vaters sei er – vorwiegend in seiner Freizeit – höchstens etwa zehn Minuten täglich tätig gewesen.

Die beklagte Dienstgeberin sprach mit Schreiben vom 19. 5. 2015 die **Entlassung** des Klägers, hilfsweise die ordentliche Kündigung zum nächstzulässigen Termin, aus.

Der Kläger brachte in der Folge fristgerecht eine Klage ein und beantragte ua

1. festzustellen, dass das Dienstverhältnis nicht durch Entlassung beendet worden sei;
2. festzustellen, dass das Dienstverhältnis nicht durch ordentliche Kündigung beendet worden sei.

Der Kläger brachte ua vor, die beklagte Dienstgeberin habe durch den Einsatz des Keyloggers „hinterrücks“ und ohne jeden Anlass massiv in sein Grundrecht auf Selbstbestimmung eingegriffen. In

ihrer E-Mail vom 19. 4. 2015 habe sie den Eindruck vermittelt, es sollten nur die Internetaktivitäten über das neue Netzwerk kontrolliert werden.

Die beklagte Dienstgeberin beantragte, die Klage abzuweisen. Aus den vom Keylogger erstellten Dateien ergebe sich, dass der Kläger weitaus länger mit der Entwicklung des Computerspiels beschäftigt gewesen sei, als er eingeräumt habe. Die Einträge in den Logdateien widerlegten zudem seine Behauptung, höchstens zehn Minuten täglich mit Aufgaben für die Firma seines Vaters befasst gewesen zu sein. Ausweislich von Screenshots der auf dem Dienst-PC des Klägers befindlichen Ordner habe dieser für dessen Unternehmen 5.221 E-Mails empfangen und 5.835 Nachrichten versandt. Der Einsatz eines Keyloggers sei ohne Weiteres rechtmäßig gewesen, weil dem Kläger jede außerdienstliche Nutzung der IT-Systeme untersagt und damit seine Privatsphäre nicht betroffen gewesen sei. Im Übrigen habe gegen den Kläger der Verdacht des Arbeitszeitbetrugs bestanden. Eine andere Dienstnehmerin habe im Vorbeigehen gesehen, dass der Kläger eine „stark bebilderte“ Webseite hastig „weggeklickt“ habe. Weitere Mitarbeiter hätten mitgeteilt, der Kläger gehe während seiner Arbeitszeit in erheblichem Umfang privaten Aktivitäten nach. Zudem habe er sich zu einem sehr unproduktiven Mitarbeiter entwickelt.

Die Vorinstanzen gaben der Klage statt. Mit ihrer Revision verfolgte die beklagte Partei ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die Revision wurde vom Bundesarbeitsgericht als unbegründet qualifiziert. Es fehle sowohl an einem wichtigen Grund für die außerordentliche Kündigung (Entlassung) als auch an einer sozialen Rechtfertigung für die ordentliche Kündigung.

## 2. Zusammenfassung der Entscheidungsgründe

### 2.1. Fehlende vorherige Abmahnung

Der Kläger habe – so das Bundesarbeitsgericht – seine vertraglichen Pflichten in erheblicher Weise verletzt; allerdings rechtfertigten die Pflichtverletzungen mangels vorheriger Abmahnung weder eine außerordentliche noch eine ordentliche Kündigung. Zwar habe der Kläger Hard- und Software der beklagten Dienstgeberin entgegen der von ihm zu Beginn des Dienstverhältnisses unterfertigten Erklärung für außerdienstliche Zwecke eingesetzt und habe sich die vom Kläger eingeräumte „minutenweise“ Privatnutzung über den Zeitraum eines Jahres zu einer Gesamtdauer von 36,66 Stunden summiert, jedoch sei schon der E-Mail der beklagten Dienstgeberin vom 19. 4. 2015 zu entnehmen gewesen, dass bei der Dienstgeberin tatsächlich kein absolutes Verbot der privaten Nutzung betrieblicher IT-Einrichtungen gelebt worden sei. Die unzulässige Privatnutzung habe auch nur einen minimalen Bruchteil von 2,08% der täglichen Arbeitszeit des Klägers ausgemacht.

Die beklagte Dienstgeberin habe schließlich nicht substantiiert dargetan, dass die Arbeitsleistung des Klägers durch die außerdienstlichen Aktivitäten beeinträchtigt worden sei. Insgesamt liege daher keine derart schwere Pflichtverletzung vor,

dass selbst deren erstmalige Hinnahme der beklagten Dienstgeberin nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich – auch für den Kläger erkennbar – ausgeschlossen gewesen sei. Es gebe auch keine Anhaltspunkte dafür, dass sich der Kläger in Zukunft nach einer Abmahnung in gleicher oder ähnlicher Weise pflichtwidrig verhalten hätte.

### 2.2. Einsatz des Keyloggers unzulässig

Das Tatsachenvorbringen der beklagten Dienstgeberin, das sie nur aufgrund des von ihr eingesetzten Keyloggers habe erstaten können, sei unberücksichtigt zu lassen, weil die Verwertung mit dem Recht des Klägers auf Selbstbestimmung unvereinbar sei. Der Kläger habe in die Maßnahme nicht eingewilligt. Weitere, über das schlichte Beweisinteresse der beklagten Dienstgeberin hinausgehende Aspekte zur Rechtfertigung der in Frage stehenden verdeckten Informationsbeschaffung durch einen Keylogger hätten nicht vorgelegen.

Der Kläger habe in die Datenerhebungen nicht eingewilligt. Die Tatsache, dass ein Arbeitnehmer einer ihm mitgeteilten Maßnahme nicht entgegengetrete, sei nicht als Einverständniserklärung in die Informationserhebung zu werten. Das Unterlassen eines Protests könne daher nicht mit einer Einwilligung gleichgesetzt werden.

Der Einsatz des Keyloggers sei nicht erlaubt gewesen. Es fehle dazu bereits an dem insoweit erforderlichen, durch konkrete Tatsachen begründeten Anfangsverdacht einer Straftat oder einer anderen schweren Pflichtverletzung gemäß § 32 Abs 1 (deutsches) Bundesdatenschutzgesetz („BDSG“). Eine Maßnahme, die hinsichtlich der Intensität des durch sie bewirkten Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Dienstnehmers mit einer (verdeckten) Videoüberwachung vergleichbar sei, sei als unverhältnismäßig zu qualifizieren, wenn sie aufgrund bloßer Mutmaßungen ergriffen werde. Im Falle einer der (verdeckten) Videoüberwachung vergleichbar eingriffsintensiven Maßnahme wie dem Einsatz eines Keyloggers müsse der auf konkrete Tatsachen begründete Verdacht einer schwerwiegenden, wenn auch nicht strafbaren Pflichtverletzung bestehen. Eine ohne solchen Verdacht vorgenommene verdeckte Ermittlung „ins Blaue hinein“, ob ein Dienstnehmer sich pflichtwidrig verhalte, sei unzulässig.

Die Dienstgeberin habe keine Tatsachen dargelegt, die vor dem Einsatz des Keyloggers den Verdacht einer Straftat oder schweren Pflichtverletzung begründet hätten. Die beklagte Dienstgeberin habe nur einen Vorfall beschrieben, nämlich das von einer Dienstnehmerin mitgeteilte einmalige hastige „Wegklicken“ einer „stark bebilderten“ Webseite. Dies sei aber nicht geeignet, den konkreten Verdacht einer exzessiven Privatnutzung des Dienst-PC durch den Kläger zu begründen.

Die mittels Einsatzes eines Keyloggers gewonnenen Erkenntnisse über die Privattätigkeiten des Klägers dürften – so das Bundesarbeitsgericht – nicht verwertet werden. Die beklagte Dienstgeberin habe durch den Einsatz des Keyloggers und die Verwertung der solcherart gewonnenen Informationen das



Recht des Klägers auf informationelle Selbstbestimmung gemäß Art 2 Abs 1 iVm Art 1 Abs 1 GG verletzt.

### 3. Zur österreichischen Rechtslage

#### 3.1. Einführung von Kontrollmaßnahmen

Was die österreichische Rechtslage betrifft, ist unstrittig, dass die „Einführung von Kontrollmaßnahmen und technischen Systemen zur Kontrolle der Arbeitnehmer“ gemäß § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG – sofern diese Maßnahmen (Systeme) die „**Menschenwürde**“ berühren – der notwendigen **Mitbestimmung des Betriebsrates** durch den Abschluss einer entsprechenden Betriebsvereinbarung unterliegt. Besteht kein Betriebsrat, können derartige Kontrollmaßnahmen gemäß § 10 AVRAG mit Zustimmung jedes einzelnen Dienstnehmers statuiert werden. Maßnahmen, die die **Menschenwürde beeinträchtigen**, sind dagegen **jedenfalls unzulässig** und können dem Dienstgeber weder durch den Betriebsrat noch durch den einzelnen Dienstnehmer gestattet werden.

Kontrollmaßnahmen sind alle zur Überwachung von Dienstnehmern geeigneten Verhaltensweisen und technischen Einrichtungen, die objektiv-abstrakt zur Kontrolle der Dienstnehmer geeignet sind, was auch auf das der zitierten Entscheidung zugrunde liegende **Keylogger-Programm** zutreffen wird. Auf eine tatsächlich erfolgte Überwachung bzw eine diesbezügliche subjektive Absicht des Dienstgebers kommt es für die Beurteilung nicht an. Zustimmungspflichtig sind zudem nur auf Dauer angelegte Kontrollmaßnahmen iSd § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG. Ad-hoc-Kontrollen, wie beispielsweise spezifische Überwachungsmaßnahmen iZm einem Diebstahlsverdacht, sind dagegen mitbestimmungsfrei.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass nicht alle dauerhaft eingerichteten Kontrollmaßnahmen mitbestimmungspflichtig sind, sondern nur solche, die die Menschenwürde berühren. Somit bleiben (auch) Kontrollmaßnahmen mitbestimmungsfrei, die die Menschenwürde nicht einmal berühren, wie dies zB für Zutrittskontrollen zum Betrieb (mittels Kartensystem) gilt oder für die Vorgabe, am Betriebsgelände erkennbar einen Firmenausweis zu tragen.

Vom Betriebsvereinbarungstatbestand des § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG ist somit nur der **schmale Grenzbereich** zwischen Maßnahmen, die die Menschenwürde verletzen, und jenen, die die Menschenwürde nicht einmal berühren, erfasst. Der Begriff der „Menschenwürde“ in der zitierten Bestimmung ist unter Heranziehung von § 16 ABGB (allgemeines Persönlichkeitsrecht) und der durch die Rechtsordnung geschützten Grundwerte (insbesondere Art 8 MRK – Achtung des Privatlebens, § 1 DSGVO – Datenschutz) zu konkretisieren, wobei eine umfassende **Abwägung zwischen Dienstnehmer- und Dienstgeberinteressen** zu erfolgen hat. Dabei ist auch zu berücksichtigen, was für Dienstverhältnisse der betreffenden Art typisch und geboten ist, sowie welche Alternativen dem Dienstgeber zur Erreichung seines Kontrollziels zur Verfügung stehen.

In dem der aktuellen Entscheidung des BAG zugrunde liegenden Fall lag der Einführung des Keylogger-Programms durch die beklagte Dienstgeberin nach den vorliegenden Informationen **weder** eine **Betriebsvereinbarung** zugrunde, **noch** war die **Zustimmung** des betroffenen Dienstnehmers eingeholt worden. Die Einführung des Systems wäre demnach auch in Österreich grundsätzlich in unzulässiger Weise erfolgt, sodass dem Betriebsrat bzw dem betreffenden Dienstnehmer grundsätzlich Unterlassungs- bzw Beseitigungsansprüche sowie Letzterem auch Schadenersatzansprüche zustehen.

#### 3.2. Verwertung illegal erlangter Beweise in Österreich

Die hier interessierende Frage, wie ein österreichisches Gericht in einem gleichgelagerten Fall (in dem ein Dienstnehmer seine Entlassung unter Hinweis auf die Verwertung von vom Dienstgeber unzulässig erlangten Beweismitteln bekämpft) entscheiden hätte, ist indes eine andere. Entscheidend ist nämlich, ob es (auch) in Österreich ein **Beweismittelverwendungsverbot** gibt, auf dessen Basis ein österreichisches Gericht im Falle der Anfechtung einer Entlassung bzw Kündigung die von der beklagten Dienstgeberin ins Verfahren eingebrachten, mittels (unzulässig eingerichteten) Keylogger-Programms erhobenen Beweise – so wie das deutsche Bundesarbeitsgericht – nicht verwertet und diese sohin unberücksichtigt gelassen hätte. Kurz: Dürfen vom Dienstgeber auf **rechtswidrige Weise erlangte Beweismittel** im Prozess gegen den Dienstnehmer **verwertet** werden (*Graf/Schöberl*, Beweisverwendungsverbote im Arbeitsrecht?, ZAS 2004/30, 172)?

Nun gibt es in Österreich **keine ausdrückliche Regelung** in der Zivilprozessordnung (ZPO), die die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel generell untersagen würde (*Graf/Schöberl*, ZAS 2004/30, 172). § 342 Abs 2 ZPO sieht insofern ein **teilweises Beweisverwendungsverbot** vor: Qualifiziert demnach das erkennende Gericht eine bei der Vernehmung vor einem beauftragten oder ersuchten Richter gestellte Frage als unzulässig, so kann es aussprechen, dass die auf die Frage erteilte Antwort im weiteren Verfahren unberücksichtigt zu bleiben hat (vgl *Rechberger* in *Rechberger*, Kommentar zur ZPO<sup>2</sup> [2014] § 342 Rz 2; *Kodek*, Die Verwertung rechtswidriger Tonbandaufnahmen und Abhörergebnisse im Zivilverfahren, ÖJZ 2001, 281 [285]).

Beim erwähnten Beweisverbot handelt es sich damit in Wahrheit bloß um ein „**Beweisaufnahmeverbot**“, dessen **Übertretung** insofern **sanktionslos** bleibt, als selbst eine dagegen verstoßende, „verbotene“ Beweisaufnahme nicht den Tatbestand des wesentlichen Verfahrensmangels iSd § 496 Abs 1 Z 2 ZPO erfüllt (vgl *G. Kodek*, ÖJZ 2001, 345; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup> Vor § 266 ZPO Rz 70 [Stand 30. 4. 2004, rdb.at]). Dasselbe gilt – mangels gegenteiliger gesetzlicher Anhaltspunkte – auch für eine Qualifikation des Verstoßes gegen ein Beweisverbot als Nichtigkeitsgrund (vgl OGH 20. 11. 1997, 2 Ob 272/97g, RdW 1998, 339). Die Einordnung als Verfahrensmangel iSd § 503 Z 2 ZPO scheidet ebenfalls aus, weil es sich zweifellos

um keinen Stoffsammlungsmangel handelt (vgl. *G. Kodek*, ÖJZ 2001, 345; OGH 20. 11. 1997, 2 Ob 272/97g, RdW 1998, 339; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup> Vor § 266 ZPO Rz 70 [Stand 30. 4. 2004, rdb.at]).

*Fasching* (*Fasching*, Zivilprozessrecht<sup>2</sup>, Rz 936) vertritt in diesem Zusammenhang, dass die Verletzung von Beweis(verwertungs)verboten grundsätzlich **keinen Nichtigkeitsgrund** bilde; das strafgesetzwidrige Erlangen eines Beweismittels mache dessen Aufnahme vor Gericht aber dann unzulässig, wenn mit der Erlangung der Beweise eine strafgesetzliche Vorschrift verletzt werde, die den Kernbereich verfassungsgesetzlich geschützter Grund- und Freiheitsrechte der durch die Handlung betroffenen Person schütze. Damit bezieht sich *Fasching* vor allem auf die – hier nicht maßgebliche – Folterkonvention.

Demgegenüber vertreten sowohl *Rechberger* als auch *G. Kodek* die Ansicht, ein **Beweisverwertungsverbot** sei **grundsätzlich abzulehnen**, weil es unserem Rechtsempfinden widerspreche, vom Richter zu verlangen, wesentliche Beweisergebnisse zu negieren. Ein Verwertungsverbot würde vielfach nicht mehr bringen, als dem ersten Fehler in Form einer Rechtsverletzung bei der Beweisaufnahme ein inhaltlich falsches Urteil hinzuzufügen, weil maßgebliche Beweise nicht berücksichtigt werden dürften (vgl. *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO, Rz 24 vor § 266; *G. Kodek*, Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprozeß 136 ff.). Insbesondere bei rechtswidrig erlangten Tonbandaufnahmen bejaht *G. Kodek* daher deren uneingeschränkte Verwertbarkeit im Zivilverfahren (*G. Kodek*, Die Verwertung rechtswidriger Tonbandaufnahmen und Abhörergebnisse im Zivilverfahren in ÖJZ 2001, 281 bis 298 und 334 bis 345; vgl. auch *Graf/Schöberl*, ZAS 2004/30, 172).

*Rechberger* kann sich den Ausschluss eines Beweisergebnisses dann vorstellen, wenn es auf aus rechtsstaatlicher Sicht unerträgliche Weise zustande gekommen sei (vgl. *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO Rz 24 vor § 266). *Binder* fordert – konkret hinsichtlich Detektivüberwachungen – immer dann ein Verwertungsverbot, wenn das Beweismittel „schlicht rechtswidrig“ erlangt worden sei, „sofern es nur den Persönlichkeitskern des zu Überführenden tangiert“. Der Kernbereich der Persönlichkeits-sphäre solle – so *Binder* – auch dann voll wirksamen Schutz genießen, wenn davon ein Dienstnehmer betroffen sei, der etwa während seiner Freizeit bzw. im Privatleben von einem Detektiv beobachtet werde. Es werde daher bloß jenes vom Detektiv erhobene Tatsachenmaterial im Verfahren ausgebreitet werden dürfen, das unmittelbaren arbeitsvertragsrelevanten Bezug habe und nicht den von § 16 ABGB geschützten Persönlichkeitskern betreffe (vgl. *Binder*, Detektiveinsatz 30 f.).

In der **Judikatur** wird in puncto unzulässig erlangter Beweismittel zwar zurückhaltender argumentiert, deren **Verwertung** aber ebenfalls **nicht grundsätzlich ausgeschlossen**: Aus der Entscheidung des OGH zu 4 Ob 247/99y ergibt sich etwa, dass eine rechtswidrig erlangte Tonbandaufnahme nach entsprechender Interessenabwägung nur in besonderen Ausnahmefällen (in concreto: bei Beweisnotstand) in einem Rechtsstreit verwendet werden darf.

Die Entscheidung des OGH zu 3 Ob 131/00m deutet ebenfalls darauf hin, dass rechtswidrig erlangte Tonbandaufnahmen in einem Rechtsstreit nach entsprechender Interessenabwägung nur in besonderen Ausnahmefällen (wie ua Beweisnotstand, Verfolgung überragender berechtigter Interessen) und zudem nur subsidiär verwendet werden dürfen. Auch *G. Kodek* spricht in diesem Zusammenhang von der **Subsidiarität rechtswidrig erlangter Beweismittel**, diese dürften daher erst dann verwertet werden, nachdem alle sonstigen zur Verfügung stehenden Beweismittel ausgeschöpft worden seien (vgl. *G. Kodek*, Die Verwertung rechtswidriger Tonbandaufnahmen und Abhörergebnisse im Zivilverfahren, ÖJZ 2001, 334).

Von Teilen der Lehre werden auch mögliche europarechtliche Überlegungen für ein Beweisverwertungsverbot herangezogen (vgl. *Laimer/Mayr*, *ecolex* 2003, 113). Der EGMR gelangte jedoch im Fall *Schenk* gegen Schweiz (EuGRZ 1988, 390 [394] Rz 46) zum Ergebnis, keine der Bestimmungen in der EMR-Konvention verlange ausdrücklich, dass nach nationalem Recht rechtswidrig erlangte Beweismittel in einem Gerichtsverfahren nicht zugelassen werden dürften. Der EGMR kann daher nicht grundsätzlich und abstrakt ausschließen, dass rechtswidrig erlangte Beweismittel im Einzelfall – entsprechend der oben dargelegten österreichischen Rechtslage – zulässig sein können (vgl. *G. Kodek*, Zivilverfahren, ÖJZ 2001, 281).

### 3.3. Zusammenfassung

Zusammenfassend zeigt sich sohin, dass es laut Judikatur und Lehrmeinungen in **Österreich kein generelles Beweismittelverwertungsverbot** gibt, auch wenn die Judikatur die Verwertung im Einzelfall nach Maßgabe einer Interessenabwägung einräumt und rechtswidrig erlangte Beweismittel uU nur subsidiär bzw. in Ausnahmefällen heranziehen wird. Werden unzulässig erlangte Beweise dennoch verwertet, besteht im Berufungsverfahren – auf Basis der geltenden Gesetzeslage – keine Möglichkeit, diesen Umstand als Verfahrensmangel und/oder als Nichtigkeit des Verfahrens geltend zu machen.

## 4. Conclusio

In Österreich besteht – wie dargelegt – weder ein gesetzliches Beweismittelverwertungsverbot, noch wurden die Beweise in dem der Entscheidung des deutschen Bundesarbeitsgerichts zugrunde liegenden Fall unter Verstoß gegen strafgesetzliche Bestimmungen erlangt, die den Kernbereich verfassungsgesetzlich geschützter Grund- und Freiheitsrechte der Betroffenen schützen wollen.

Ein beklagter Dienstgeber könnte folglich argumentieren, dass ein – vom Dienstnehmer wie im Fall vor dem deutschen Bundesarbeitsgericht eingewendetes – Beweismittelverwertungsverbot in Bezug auf ein unzulässig installiertes Keylogger-Programm so wie in den in der Lehre als zulässig bejahten Fällen der Verwertung rechtswidrig erlangter Tonbandaufnahmen abzulehnen sei. Demgegenüber könnte ein betroffener Dienst-



nehmer sich darauf berufen, dass durch die ohne seine Zustimmung oder entsprechende Betriebsvereinbarung mittels Keylogger-Programms erlangten Beweise seine Persönlichkeitsrechte infolge der Protokollierung seiner gesamten Aktivitäten berührt worden seien.

Vor dem Hintergrund, dass der OGH – wie oben dargelegt – die Verwertung rechtswidrig erlangter Tonbandaufnahmen in zwei allerdings schon mehr als 15 Jahre zurückliegenden Entscheidungen, die sohin noch in einer anderen technischen Ära ergingen, nur nach Durchführung einer Interessenabwägung und nur in besonderen Ausnahmefällen zugelassen hat, lässt sich **nicht abschließend abschätzen**, wie ein aktuelles, dem Verfahren vor dem deutschen Bundesarbeitsgericht **gleichgelagertes Verfahren in Österreich ausgegangen wäre**. Argumentationsspielraum bestünde zweifelsfrei sowohl aus Dienstnehmer- als auch aus Dienstgebersicht; Letztere können zudem ins Treffen führen, dass sowohl von der überwiegenden Lehre als auch von der Judikatur ein generelles Beweisverwertungsverbot abgelehnt wird und daher bei entsprechender Begründung in Anlehnung an die oben erwähnten Entscheidungen **eher von der Zulassung im Verfahren auszugehen ist**.

Um in Zeiten zunehmender technischer Möglichkeiten der Überwachung von Dienstnehmern bei entsprechenden unternehmerischen Erfordernissen eine Lösung nicht bloß über die Frage der Beweismittelverbote zu erzielen und sich somit dem Risiko einer uU negativen Entscheidung im Einzelfall auszusetzen, sollten Unternehmen daher dazu übergehen, sich durch die **Einholung von konkreten Zustimmungen** bzw den Abschluss entsprechender **Betriebsvereinbarungen** entsprechend **abzusichern**. Das gilt umso mehr im neuen Datenschutzregime, wo mögliche Verstöße gegen rechtliche Vorgaben deutlich schärfere Konsequenzen als bisher haben und zu massiven Strafen für das Unternehmen bzw dessen Vertreter führen können.

Für eine Rechtslage wie in Deutschland, die die Verwertung unter Einsatz solcher Systeme erlangter Beweise gar nicht erst zulässt, finden sich uE in Österreich keine ausreichenden Belege. Ins Treffen führen lässt sich, dass bei verfassungskonformer Auslegung der ZPO sowohl das Datenschutzgesetz als auch die Grundrechte (vor allem das Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäß Art 8 EMRK) zu berücksichtigen seien und die Zulässigkeit der Beweisverwertung daher idR zu verneinen sei. Demgegenüber sehen die oben zitierten Lehrmeinun-

gen eine Einschränkung – uE zu Recht – nur im Kernbereich der Verletzung von Persönlichkeitsrechten vor, der bei Datenschutzfragen nicht automatisch berührt sein wird, weil diesen das – in einem Rechtsstaat ebenfalls schwerwiegende – Recht an einem alle Beweisergebnisse berücksichtigenden und inhaltlich richtigen Urteil entgegensteht. Bis zu einer oberstgerichtlichen Entscheidung besteht daher uU **umfassender Klärungs- und Absicherungsbedarf für Unternehmen** rund um die Einführung von Keyloggern und ähnlichen Maßnahmen.

**Die Autorin:**

Mag. **Birgit Vogt-Majarek** ist seit 2004 Partnerin bei KSW und leitet mit Georg Schima die Arbeitsrechts- und Jus Laboris-Task Force. Sie berät in- und ausländische Unternehmen zu allen Themen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts sowie Executives in allen Fragen von der Vertragserstellung bis zu dessen Beendigung. Birgit Vogt-Majarek ist ferner Autorin und Vortragende zu verschiedensten arbeitsrechtlichen und HR-spezifischen Themen.

✉ [birgit.vogt-majarek@ksw.at](mailto:birgit.vogt-majarek@ksw.at)🌐 [lesen.lexisnexis.at/autor/Vogt-Majarek/Birgit](https://www.lexisnexis.at/autor/Vogt-Majarek/Birgit)

Foto: KSW

**Die Autorin:**

RA Dr. **Natalie Hahn** verfügt über mehr als 10 Jahre Berufserfahrung als Rechtsanwältin und ist nunmehr seit Oktober 2017 Partnerin der Kunz Schima Wallentin Rechtsanwältinnen GmbH. Ihre Tätigkeitsschwerpunkte sind individuelles und kollektives Arbeitsrecht, Manager-Anstellungsverträge und Umstrukturierungen im Personalbereich.

**Publikationen:**

Der Sport im Arbeitsrecht, T. Wallentin (Hrsg), Fokus Sport – Das Recht (2016); Whistleblowing – Zustimmung des Betriebsrates per se erforderlich, ARD 6526/5/2016; Disziplinarordnungen bei Entlassungen: Vetorecht des Betriebsrates? Gründe „iSd AngG“ nicht für Arbeiter, RdW 2016, 191; Zusammentreffen mehrerer Dienstverhinderungsgründe, ARD 6434/6/2015; Dienstverhinderung aus wichtigem Grund, ARD 6425/5/2014; Wichtige Klauseln in Arbeitsverträgen, ARD 6395/7/2014; Erfolgshonorar versus „quota litis“-Verbot, WrZ 6. 6. 2009.

✉ [Natalie.Hahn@ksw.at](mailto:Natalie.Hahn@ksw.at)🌐 [lesen.lexisnexis.at/autor/Hahn/Natalie](https://www.lexisnexis.at/autor/Hahn/Natalie)

Foto: beigestellt

**LexisNexis® KnowHow****Ihr Online-Portal für die Personalpraxis**

Zuverlässige und aktuelle Inhalte von Experten aus den Bereichen Arbeitsrecht &amp; Personalverrechnung.

**2 Wochen gratis testen:**[knowhow.lexisnexis.at](https://www.knowhow.lexisnexis.at)☎ [kundenservice@lexisnexis.at](mailto:kundenservice@lexisnexis.at)

☎ +43-1-534 52-0