

Andreas Erler

Die private Nutzung neuer
Medien am Arbeitsplatz



Herbert Utz Verlag · Wissenschaft
München

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte
bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Zugleich: Dissertation, München, Univ., 2003

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch
begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung,
des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der
Wiedergabe auf photomechanischem oder ähnlichem
Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungs-
anlagen bleiben – auch bei nur auszugsweiser Verwen-
dung – vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH 2003

ISBN 3-8316-0283-2

Printed in Germany

Herbert Utz Verlag GmbH, München
Tel.: 089/277791-00 – Fax: 089/277791-01

Inhalt

§1 Einleitung.....	1
A. Einführung in die Thematik.....	1
B. Gegenstand, Ziel und Gang der Darstellung.....	2
§2 Die technischen Grundlagen.....	4
A. Internet und Intranet.....	4
B. Das World Wide Web (WWW).....	4
C. E-Mail.....	5
D. Sonstige Internetsdienste.....	6
E. Telefonate über ISDN-Anlagen und Mobilfunk.....	7
F. Die Kostenproblematik.....	8
G. Kontrollmöglichkeiten des Arbeitgebers.....	8
I. Kontrolle der Internetnutzung.....	9
II. Telefonüberwachung.....	10
H. Die Virenproblematik.....	10
§3 Die Unterscheidung zwischen privater und dienstlicher Nutzung.....	11
A. Allgemeines.....	11
B. Tauglichkeit der in Rechtsprechung und Literatur vorgenommenen Ab-... grenzung	12
§4 Die Unterscheidung zwischen erlaubter und unerlaubter Privatnutzung.....	13
A. Die ausdrückliche vertragliche Erlaubnis.....	13
B. Die stillschweigende Erlaubnis.....	16
C. Betriebliche Übung und Gleichbehandlungsgrundsatz.....	18
I. Erlaubte Privatnutzung durch betriebliche Übung ?.....	18
II. Erlaubte Privatnutzung durch den arbeitsrechtlichen Gleichbe-..... handlungsgrundsatz ?	20

D. Änderungsmöglichkeiten bezüglich einer bestehenden Erlaubnis.....	21
I. Einvernehmliche Änderung	21
II. Der Arbeitnehmer ist mit der Änderung nicht einverstanden.....	22
1. Änderung der privaten Nutzungsbefugnis vom Direktionsrecht.....	22
umfasst ?	
2. Änderungskündigung, Teilkündigung und Störung der Geschäfts-...	23
grundlage	
a. Anpassung nach den Grundsätzen der Störung des Geschäfts.....	23
grundlage ?	
b. Nachträgliches Verbot der Privatnutzung durch Teilkündigung ?...	23
c. Die Änderungskündigung.....	24
3. Die Beseitigung einer privaten Nutzungserlaubnis, die kraft be-....	27
trieblicher Übung entstanden ist	
III. Exkurs: Einführung von Internetanschlüssen kraft Direktionsrechts....	28
oder nur durch Änderungskündigung ?	
 §5 Ausgewählte individualarbeitsrechtliche Probleme der Telearbeit.....	28
A. Arbeitnehmer, Selbständiger oder Heimarbeiter ?.....	29
B. Umstellung einer betrieblichen Tätigkeit auf Telearbeit.....	30
C. Die Privatnutzung von Arbeitsmitteln.....	31
D. Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers an Arbeitsmitteln.....	33
des Arbeitgebers ?	
 §6 Kontrollen und ihre Grenzen durch Bundesdatenschutzgesetz, Telekom-.....	33
munikations- und Multimediasgesetze.	
A. Allgemeines zu Anwendungsbereichen und Grenzen von und zwischen....	33
Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), Telekommunikationsgesetz (TKG),	
Teledienstegesetz (TDG) und Teledienstedatenschutzgesetz (TDDSG),	
Mediendienstestaatsvertrag (MDStV) und Rundfunkstaatsvertrag (RStV).	
I. Anwendungsbereich des TKG	33
II. Anwendungsbereich des TDG und TDDSG.....	34
III. Abgrenzung zwischen Telediensten und Mediendiensten nach	35

dem MDStV	
IV. Anwendungsbereich des RStV.....	35
V. Anwendungsbereich des BDDSG.....	36
VI. Grundrechte des Arbeitnehmers.....	37
B. Das TKG und die private Nutzung von ISDN-Telefonanlagen und des Internet	38
I. Der Arbeitgeber als geschäftsmäßiger Erbringer von..... Telekommunikationsdiensten	38
1. Das geschäftsmäßige Erbringen von Telekommunikationsdiensten..	39
2. Die Ansichten in der Literatur zum Begriff des „Dritten“ im Arbeitsverhältnis	39
3. Stellungnahme.....	42
4. Sonderproblematik Telearbeitsverhältnis.....	46
II. Konsequenzen aus der Anwendung des Telekommunikationsgesetzes..	47
1. Die §§85 ff TKG.....	47
a. Das Fernmeldegeheimnis und §85 TKG.....	47
aa. Allgemeines	47
bb. Der Begriff des Fernmeldegeheimnisses	47
b. Die Rechtsfolgen des §85 Abs. 3 TKG.....	50
aa. §85 Abs. 3 S. 1 TKG.....	50
bb. §85 Abs. 3 S. 3, 4 TKG	53
cc. Verzicht des Arbeitnehmers auf den Schutz des Fernmelde-..... geheimnisses	54
dd. Betriebsvereinbarungen bzw. Tarifverträge als andere gesetzliche ...	55
Vorschriften i.S.v. §85 Abs. 3 S. 3, 4 TKG ?	
c. Neuere Rechtsprechung zur Reichweite des Fernmelde-..... geheimnisses	55
d. §§87, 88, 89 TKG.....	58
aa. Technische Schutzmaßnahmen i.S.v. §87 TKG	58
bb. §88 TKG und die TKÜV.....	60
cc. §89 TKG und die Telekommunikations-Datenschutzverordnung (TDSV)	61
2. Kritik	63
C. TDG und TDDSG und die private Nutzung neuer Medien	64
I. Anwendbarkeit	64

II.	Konsequenzen aus der Anwendung von TDDSG und TDG	66
III.	Fazit	67
D.	Das Bundesdatenschutzgesetz und die private Nutzung neuer Medien	67
I.	Das neue Bundesdatenschutzgesetz in der Fassung vom 23.05.2001	67
1.	Bedeutung des Bundesdatenschutzgesetzes für das	67
	Thema der Abhandlung	
2.	Geschichtliche Entwicklung und Hintergründe	68
3.	Die Veränderungen im Vergleich zur alten Rechtslage	71
a.	Die Erhebung personenbezogener Daten	71
b.	Festlegung eines konkreten Zwecks	72
c.	Die Einwilligung des Betroffenen	74
d.	§3a BDSG: Datenvermeidung und Datensparsamkeit	75
e.	§28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG	75
f.	Das Verbot der automatisierten Einzelfallentscheidung	76
g.	§3 Abs. 9 BDSG – die sensiblen Daten	76
h.	§§4b, c BDSG – Übermittlung personenbezogener Daten ins	76
	Ausland sowie an über- oder zwischenstaatliche Stellen	
i.	Der sachliche Anwendungsbereich	77
j.	Die Vorabkontrolle nach §4d BDSG	77
k.	Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers	79
4.	Erfüllung der Vorgaben der EG-Datenschutzrichtlinie	80
a.	Vorgaben der EG-Datenschutzrichtlinie und ihre Umsetzung	80
aa.	Die Reduzierung der Verarbeitung personenbezogener Daten	80
	auf das Unvermeidliche	
bb.	Die Schaffung eines Höchstmaßes an Transparenz	81
cc.	effiziente Verarbeitungskontrollen	82
b.	richtlinienkonforme Auslegung	83
II.	Zulässigkeit von Arbeitgeberkontrollmaßnahmen nach	85
§ 4 Abs. 1 BDSG		
1.	§28 BDSG	85
a.	§28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG	86
aa.	Die Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung zum Zwecke des	86
	Arbeitsvertrages	
bb.	Die Kontrolle des dienstlichen Nutzungsanteils	86
cc.	Die Kontrolle des privaten Nutzungsanteils	88

b. §28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG, insbesondere die Verarbeitung	89
Daten Dritter	
aa. Die Verarbeitung der Arbeitnehmerdaten	89
bb. Die Verarbeitung von Daten Dritter	90
cc. Die Verarbeitung sensibler Daten	91
2. Andere Rechtsvorschriften i.S.v. §4 Abs. 1 BDSG	93
a. Betriebsvereinbarungen	93
b. Weitere Rechtsvorschriften	97
3. Die Einwilligung des Arbeitnehmers	97
a. Freie Entscheidung des Arbeitnehmers	97
b. Die datenschutzrechtliche Einwilligung und §§305ff BGB	99
c. Der Widerruf einer Einwilligung	100
d. Das Problem der elektronischen Einwilligung des Arbeitnehmers	101
III. Ansprüche des Arbeitnehmers aus §§34, 35 BDSG	101
1. Auskunftsanspruch nach §34 BDSG	101
2. Anspruch auf Berichtigung, Löschung und Sperrung von Daten	103
IV. Probleme der Datenübermittlung	105
1. Allgemeines	105
2. Die Datenübermittlung im Inland	106
a. Die Datenübermittlung im Konzern	106
aa. Rechtsgrundlage aus dem BDSG	107
bb. Durch Konzernbetriebsvereinbarung	109
cc. Die Auftragsdatenverarbeitung	110
b. Datenübermittlung an konzernfremde Unternehmen	111
3. Die Datenübermittlung ins Ausland	113
a. An Mitgliedstaaten der EU und andere Vertragsstaaten des	113
Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum	
b. An andere Drittländer	113
aa. „Safe Harbor“	114
bb. Vertragslösung und “Privacy Code of Conduct”	114
cc. §4c Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 BDSG	115
V. §9 BDSG und die Pflichten des Arbeitgebers	115
1. Allgemeines	115
2. Einzelne Anforderungen aus §9 BDSG	115
3. Besonderheiten bei der Telearbeit und der Verwendung von Laptops..	117

a. Schutz der Daten Dritter	118
b. Schutz der Arbeitnehmerdaten	119
c. Sicherung der Anforderungen	119
VI. Der Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst	120
§7 Begrenzung der Kontrollmöglichkeiten durch das allgemeine Persönlichkeits- recht, insbesondere das Recht auf informationelle Selbstbestimmung	121
A. Allgemeines	121
B. Gemeinsame Vorgaben für alle Nutzungsarten	124
I. Legitimer Zweck	124
II. Interessenabwägung	125
III. Unantastbarer Persönlichkeitsbereich des Arbeitnehmers ?	125
IV. Überwiegendes Arbeitgeberinteresse bei unerlaubter Privatnutzung ? ..	127
V. Verbot der Erstellung eines Persönlichkeitsprofils und einer lücken-	128
losen Überwachung	
C. Besonderheiten bei den einzelnen Nutzungsarten	129
I. Privates Telefonieren am Arbeitsplatz	129
1. Die äußereren Verbindungsdaten	129
2. Die Inhaltskontrolle privater Telefonate	131
a. Allgemeines	131
b. Ausnahmen	132
3. Besondere Gefährdungspotentiale durch ISDN	133
4. Sonderproblematik Mobiltelefone	135
II. Die übrigen Kommunikationsformen	136
1. Anwendbarkeit der Grundsätze über die Telefonüberwachung ?	136
a. Auf die E-Mail	137
b. Auf das WWW	140
c. Auf Newsgroups, IR-Chats und Intranet	141
2. Gefahr durch Datenverknüpfung	141
III. Nr. 22 des Anhangs zur Bidschirmarbeitsverordnung (BildscharbV)	142
v. 4.12.1996	
IV. Besonderheiten im öffentlichen Dienst	143
§8 Beschränkungen bei Überwachungen besonderer Berufsgruppen	143

A.	Berufsgeheimnisträger und Journalisten	144
I.	Die Überwachung der dienstlichen Nutzung	144
II.	Die Überwachung der privaten Nutzung	147
B.	Berufe mit besonderen Freiheiten (Wissenschaftler)	147
I.	Die dienstliche Nutzung	147
II.	Die private Nutzung	148
C.	Betriebsratsmitglieder	148
§9 Kollektivrechtliche Probleme bei der privaten Nutzung neuer Medien		150
am Arbeitsplatz		
A.	Allgemeines – Problemfelder	150
B.	Die Mitbestimmung nach §87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG	151
I.	Zweck der Regelung	151
II.	Der Begriff der technischen Einrichtung	152
III.	Der Überwachungsbegriff	153
1.	Überwachung durch Datenerhebung	153
2.	Überwachung durch weitere Datenverwendung	154
3.	Verhalten und Leistung (der Arbeitnehmer)	156
a.	Der Begriff der Verhaltens- oder Leistungsdaten	156
b.	Reichweite des Verhaltensbegriffs	157
c.	Besonderheiten bei der Gewinnung von Status- oder ähnlichen	158
Daten		
4.	(Verhalten und Leistung) der Arbeitnehmer	159
a.	das Fehlen eines eigenen Arbeitsplatzrechners und/oder Passworts... bzw. einer zuordenbaren Telefonnebenstelle	160
b.	Die gewonnenen Daten sind lediglich einer Arbeitnehmergruppe zuordenbar	161
c.	„Anonymisierung als Ausweg aus der Mitbestimmung“	162
d.	Abwicklung über externe Provider	164
IV.	Zur Überwachung bestimmt	164
1.	Rechtsprechung und Literatur	165
2.	Kritik	166
3.	Konsequenzen nach Rechtsprechung und allgemeiner Literatur- meinung	169
V.	Einführung und Anwendung	169

1. Die Einführung technischer Überwachungseinrichtungen.....	170
2. Die Anwendung einer technischen Überwachungseinrichtung	171
VI. Der Umfang der Mitbestimmung	172
1. Allgemeines	172
2. Mitbestimmung bei Alteinrichtungen	174
3. Auftragsdatenverarbeitung	176
4. Mitbestimmung bei weiterer Datenverwendung	177
5. Mitbestimmung bei der Abschaffung von Überwachungs-	179
einrichtungen	
6. Initiativrechte des Betriebsrats zur Einführung bzw. Abschaffung	179
technischer Überwachungseinrichtungen	
C. Die übrigen Mitbestimmungstatbestände des §87 Abs. 1 BetrVG	182
I. §87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG	182
1. betriebliche Ordnungsvorschriften, die das Arbeitnehmer-	182
Nutzungsverhalten regeln	
2. Sanktionen in betrieblichen Nutzungsrichtlinien	184
3. Initiativrecht	187
II. §87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG	187
1. Allgemeines	187
2. Individualrechtliche Ausgangsbasis	188
3. kollektivrechtliche Bedeutung	189
D. Die Einführung neuer Medien am Arbeitsplatz als mitbestimmungs-	192
pflichtige Versetzung gem. §§99 Abs. 3 i.V.m. 95 Abs. 3 BetrVG	
I. Das Vorliegen einer Versetzung nach §95 Abs. 3 BetrVG	192
II. Konsequenzen bei Vorliegen einer Versetzung	194
E. Die Grenzen der Mitbestimmung	195
I. Kollektiver Tatbestand	195
II. Beschränkungen des persönlichen und sachlichen Anwendungs-.....	196
bereichs.	
III. Der Gesetzes- und Tarifvorbehalt in §87 Abs. 1 1.Hs BetrVG	198
1. Vorrangige tarifliche Regelungen	198
2. Bestehende gesetzliche Regelungen	199
a. Die Vorschriften des TKG und TDDSG	199
b. Das BDSG	200
c. Richterrecht	200

V. Mitbestimmung auch bei Betriebsratsmitgliedern ?	201
F. Die Ausübung der Mitbestimmung	202
I. Die Form der Einigung	202
II. Grundrechte des Arbeitnehmers	202
III. Inhalt von Betriebsvereinbarungen	204
 G. Die freiwillige Betriebsvereinbarung	206
I. Bedeutung der freiwilligen Betriebsvereinbarung für das Thema der Abhandlung	206
II. Mögliche Inhalte einer freiwilligen Betriebsvereinbarung	207
III. Grenzen der freiwilligen Betriebsvereinbarung, insb. das Günstigkeitsprinzip	208
H. Die Einführung neuer Medien als wirtschaftliche Angelegenheit i.S.v.	212
§§106ff BetrVG	
I. Sonstige Aufgaben und Rechte des Betriebsrats	214
I. Die allgemeinen Aufgaben des Betriebsrats nach §80 Abs. 1 BetrVG ..	214
II. Die Informationsrechte nach §80 Abs. 2 BetrVG sowie die	216
Hinzuziehung eines Sachverständigen nach §80 Abs. 3 BetrVG	
J. Die Durchsetzung der Mitbestimmung	218
I. Präventiver Rechtsschutz	218
II. Repressiver Rechtsschutz	220
K. Betriebsrat und betrieblicher Datenschutzbeauftragter	221
L. Zuständigkeit von Gesamt- und Konzernbetriebsrat bzw. europäischem..	223
Betriebsrat	
I. Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats	223
II. Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats	225
III. Die Übertragung nach §50 Abs. 2 bzw. §58 Abs. 2 BetrVG	226
IV. Zuständigkeit und Aufgaben des europäischen Betriebsrats	227
M. Betriebsverfassungsrechtliche Besonderheiten bei Telearbeitnehmern	228
N. Ausgewählte Probleme aus dem Personalvertretungsrecht	229
I. §75 Abs. 3 Nr. 17 BPersVG	230
II. Sonstige Mitbestimmungsrechte des Personalrats	232
III. §68 BPersVG	232
 §10 Die Folgen der Arbeitnehmerüberwachung	233

A. Darstellung der Problemfelder	233
B. Abmahnung und Kündigung durch den Arbeitgeber	234
I. Tendenzen in der Rechtsprechung	234
II. Voraussetzungen der einzelnen Sanktionen	236
1. Allgemeines	237
2. Die Abmahnung	237
3. Die ordentliche, verhaltensbedingte Kündigung	241
4. Die außerordentliche Kündigung	244
III. Grenzen der Sanktionen	246
1. Rechtswidrigkeit der Kontrollmaßnahme als Kündigungsverbot ? ...	246
2. Sanktionen und der Gleichbehandlungsgrundsatz	247
C. Erkenntnisse aus rechtswidrigen Überwachungen und ihre Verwertbarkeit..	247
im Prozess	
I. Allgemeines	247
II. Gesetzliche Beweisverwertungsverbote, insbesondere nach BDSG, TKG ?	248
III. Allgemeines Verwertungsverbot wegen Rechtswidrigkeit einer	250
Überwachung ?	
1. Allgemeine Interessenlage	250
2. Ansichten in Rechtsprechung und Literatur	250
3. Stellungnahme	250
IV. Verwertungsverbot wegen fehlender Mitbestimmung ?	254
D. Sonstige Rechte des Arbeitgebers	256
I. Rückerstattung gezahlter Vergütungen ?	256
II. Schadensersatzansprüche	257
1. Ersatzfähige Schäden	257
2. Anspruchsgrundlagen und Kausalität	258
3. Verschulden des Arbeitnehmers, Grundsätze der Arbeitnehmer-	259
haftung	
E. Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitnehmers bei rechtswidriger	259
Überwachung	
I. Unterlassungsanspruch des Arbeitnehmers	260
II. Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers	260
1. Ansichten in der Literatur	260
2. Stellungnahme	261

III. Kündigung des Arbeitnehmers wegen rechtswidriger Überwachung	264
IV. Schadensersatzansprüche des Arbeitnehmers	265
V. Der Auskunftsanspruch des Arbeitnehmers nach §83 Abs. 1 BetrVG ..	266
F. Strafrechtliche Konsequenzen für Arbeitgeber und Arbeitnehmer	266
I. Strafbarkeit des Arbeitgebers	266
II. Strafbarkeit des Arbeitnehmers	267
§11 Schlussbemerkung und Ausblick.....	268
Literaturverzeichnis.....	271

§ 1 Einleitung

A. Einführung in die Thematik

Der Vormarsch des Internet scheint unaufhaltsam. Kaum ein Unternehmen hat nicht eine eigene Homepage und bietet Geschäftspartnern und Kunden eine E-Mail-Adresse als Kommunikationsmittel an. Der alleinige Geschäftszweck einer Reihe von Firmen liegt mittlerweile darin, verschiedenste Dienste im Internet anzubieten. Per Mausklick kann der Konsument im Internet CDs und Bücher bestellen, seine gesamten Bankgeschäfte abwickeln, auf Partnersuche gehen oder sich seine täglichen Einkäufe zu fast jeder Uhrzeit nach Hause schicken lassen. Die Kommunikation erfolgt dabei sekundenschnell, kostengünstig und ist an keinerlei Ländergrenzen gebunden.

Dass auch die Auswirkungen auf die Arbeitswelt enorm sind, liegt auf der Hand.¹ Die traditionelle Bindung des Arbeitnehmers an die Produktionsstätte wird immer mehr aufgelockert, da der Arbeitnehmer in der Informationsgesellschaft oftmals nicht mehr produziert, sondern Wissen als Dienstleistung anbietet. Diese Dienstleistung ist an keinen festen Ort gebunden, sondern kann von nahezu jedem Platz der Welt aus erbracht werden, sofern nur ein Internetanschluss vorhanden ist. Aber selbst bei Tätigkeiten, die traditionell eine manuelle Ausführung voraussetzen, ist es häufig nicht mehr erforderlich, dass der Dienstleister vor Ort anwesend ist. Ein beeindruckendes Beispiel hierfür ist der Arzt, der über Internet einen Roboter steuert und dadurch eine Knieoperation durchführt. In der arbeitsrechtlichen Terminologie wird das Phänomen der Auflösung der traditionellen Bindung des Arbeitnehmers an die Betriebsstätte gemeinhin mit dem Oberbegriff der Telearbeit umschrieben. Auf diese wird im Laufe der Arbeit an mehreren Stellen zurückzukommen sein.

Aber auch betriebliche Arbeitsleistungen werden zunehmend von neuen Technologien beeinflusst. Der Umstellung der Schreibmaschine auf die moderne Textverarbeitung folgt nunmehr die Umstellung des internen und externen Postwegs in Papierform auf die Kommunikation über E-Mail, gemeinhin als papierloses Büro bezeichnet. Die Einführung der §§126 Abs. 3, 126a BGB und der damit verbundene Ritterschlag der digitalen Signatur wird diese Entwicklung sicherlich beschleunigen. Die Informationsbeschaffung über Printmedien wird in zunehmendem Maße von der bequemeren und schnelleren Informationsbeschaffung über das WWW² verdrängt, eine Entwicklung die angesichts der auf lange Sicht sicherlich bestehenden Bedrohung des Kulturguts

¹ Vgl. hierzu etwa die Aufsätze von *Linnenkohl/Kils/Rauschenberg/Reb*, AuR 1991, S. 203ff aus „früherer“ Zeit; ders., Die Virtualisierung der Arbeitsbeziehungen, BB 1998, S. 45ff; ders., Cyberspace und Arbeitsbeziehungen, BB 2001, S. 42ff.

² World Wide Web.

Buch nicht nur zu begrüßen ist. Auch die Umstände des Zustandekommens von Arbeitsverträgen bleiben von den neuen Informationstechnologien nicht unberührt. Viele Firmen bieten Berufs suchenden die Möglichkeit, sich online zu bewerben; die anschließenden Vertragsverhandlungen erfolgen häufig rund um den Globus über E-Mail.

Selbst das scheinbar so alt bekannte Telefon ist nicht mehr so wie es war. Greift der Arbeitnehmer zum Hörer, so löst er damit unter Umständen globale Telefonkonferenzen mit Übertragungen von Wort und Bild aus. Moderne Telefonanlagen besitzen mannigfältige Funktionen, die dem Arbeitnehmer zahlreiche neue Möglichkeiten bieten, in gleichem Maße allerdings auch dem Arbeitgeber vorher ungeahnte Überwachungsmöglichkeiten eröffnen. Dass der Arbeitnehmer die neuen technischen Möglichkeiten am Arbeitsplatz auch zu privaten Zwecken nutzen kann und auch nutzt, wurde in den Kindheitstagen der neuen Technologien mehr oder weniger hingenommen. Einige Vorfälle, wie die durch Rundfunk und Presse reichlich ausgeweideten „0190-Telefonate“ in deutschen Amtsstuben, die zum Kult avancierte virtuelle Jagd auf Moorhühner oder der an die Öffentlichkeit gelangte Hang vorwiegend männlicher Mitarbeiter einzelner Firmen, das Internet zu pornographischen Zwecken zu nutzen, haben mittlerweile zunehmend die Aufmerksamkeit der Arbeitgeber auf das Problem der privaten Nutzung neuer Medien am Arbeitsplatz gelenkt. Auch die Literatur hat sich der Thematik in neuerer Zeit verstärkt angenommen,³ in der Rechtsprechung ergehen mittlerweile erste Urteile,⁴ in der Politik sind Aktivitäten erkennbar. Neben den schon als alt bekannt zu bezeichnenden Beteuerungen, den Arbeitnehmerdatenschutz in einem eigenen Gesetz zu regeln, wurden Töne laut, die eine Privatnutzung am Arbeitsplatz in gewissem Umfange gesetzlich gestatten wollen.⁵ Die Proteste der Arbeitgeberseite folgten auf dem Fuß.

B. Gegenstand, Ziel und Gang der Darstellung

Ziel der Ausarbeitung ist es, die Problematik der privaten Nutzung neuer Medien unter allen *arbeitsrechtlichen* Gesichtspunkten darzustellen und, soweit möglich,

³ Vgl. z.B. *Dähbler*, Internet und Arbeitsrecht; *Hanau/Andres*, Die private Internetnutzung am Arbeitsplatz; *Balke/Müller*, BB 1997, S. 326ff; *Raffler/Hellrich*, NZA 1997, S. 862ff; *Bijok/Class*, RDV 2001, S. 52ff; *Tinnefeld*, MMR 2001, S. 797ff; *Vehslage*, AnwBl 2001, S. 145ff; *Beckschulze/Henkel*, DB 2001, S. 1491ff; *Kronisch*, AuA 1999, S.550ff; *Ernst*, NZA 2002, S.585ff; rechtsvergleichend (Spanien): *Selenkewitsch*, NZA 2002, S. 22ff.

⁴ So z.B. ArbG Wiesbaden v. 2.5.2001, NZA-RR 2001, S. 639ff; ArbG Wesel v. 21.3.2001, NJW 2001, S. 2490ff; ArbG Hannover v. 1.12.2000, NZA 2001, S. 1022ff; ArbG Frankfurt v. 2.1.2002, in: NZA 2002, S.1093.

⁵ Vgl. Handelsblatt vom 16.10.2000. Unjüngst hat sich dazu auch die Gewerkschaft ver.di zu Wort gemeldet, abrufbar unter www.onlinerechte-fuer-beschaeftigte.de

Lösungsansätze zu bieten. Probleme des Steuerrechts⁶ sowie des gesamten Urheberrechts werden nicht behandelt. Prüfungsgegenstand sind ausschließlich Normen des Bundes- und Europarechts, so dass insbesondere Probleme der Landesdatenschutzgesetze nicht erörtert werden. Die vorliegende Ausarbeitung ist eine juristische. Es wird versucht werden, die getroffenen Aussagen so weit als möglich nicht an speziellen technischen Detailfragen festzumachen, sondern in technischer Hinsicht so allgemein zu halten, dass ihre Erkenntnisse auch für künftige Entwicklungen der Informations- und Telekommunikationstechnologien fruchtbare gemacht werden können. In §2 wird deshalb einleitend nur ein summarischer Überblick über die technischen Grundlagen gegeben. Soweit diese einer Vertiefung bedürfen, geschieht das am gegebenen Ort.

Unter „neue Medien“ wird in erster Linie das Internet in all seinen Erscheinungsformen verstanden. Aber auch das Telefon hat insbesondere durch die Entwicklung der ISDN-Technik und die rapide Zunahme der Mobiltelefone einen Innovationsschub erfahren, der es erforderlich erscheinen ließ, es in die Erörterungen, wo nötig, mit aufzunehmen. Nicht näher erörtert wird das Telefax, da es in Bedienung und Funktionalität keine mit den anderen Medien vergleichbare Entwicklung durchschritten hat.

Nach der Darstellung der technischen Grundlagen soll geklärt werden, wann eine Nutzung als dienstlich oder privat anzusehen und wann eine Privatnutzung erlaubt oder verboten ist. Nach einer Erörterung der individualrechtlichen Besonderheiten der Telearbeit schließt sich einer der beiden Hauptpunkte der Arbeit an: Insbesondere das Internet eröffnet dem Arbeitgeber nahezu unbegrenzte Überwachungsmöglichkeiten. Es bedarf einer eingehenden Erörterung, inwieweit dieses Überwachungspotential in sinnvoller Weise durch Rechtsvorschriften und Grundrechte des Arbeitnehmers zu begrenzen ist. Sind die individualrechtlichen Grenzen von Arbeitgeberkontrollen abgesteckt, wird als zweiter Schwerpunkt untersucht, welche kollektiven Regelungsmöglichkeiten bezüglich der privaten Nutzung neuer Medien bestehen. Im Mittelpunkt der Erörterungen steht dabei das Mitbestimmungsrecht nach §87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Schließlich bleibt zu klären, welche Konsequenzen sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer aus durchgeführten Überwachungen ziehen können. Im Mittelpunkt stehen hier Fragen der Abmahnung und der Kündigung sowie der Verwertbarkeit von Überwachungsergebnissen im Prozess.

⁶ Hingewiesen sei in diesem Rahmen auf §3 Nr.45 EStG, der nunmehr festlegt, dass Vorteile der Arbeitnehmer aus der privaten Nutzung von betrieblichen PCs und Telekommunikationseinrichtungen steuerfrei sind; dazu Beck Schulz/Henkel, DB 2001, S.1491 (1503); Dähbler, Internet und Arbeitsrecht, Rdnr.185a.

§2 Die Technischen Grundlagen

A. Internet und Intranet

Das Internet ist ein Verbund von Computern und Netzwerken, die über feste Leitungen miteinander verbunden sind,⁷ der aus verschiedenen Teilbereichen besteht. Die wohl bekanntesten Dienste, die im Rahmen dieses Verbundes genutzt werden können, sind das „World Wide Web (WWW)“ sowie die Möglichkeit, elektronische Nachrichten (E-Mails) zu verschicken und zu empfangen. Die Nutzung des WWW wird im allgemeinen Sprachgebrauch oftmals als „Surfen im Internet“ bezeichnet. Sonstige Dienste des Internets, die für die Abhandlung relevant sind, sind: „FTP (File Transfer Protocol)“, „Usenet“ und „IRC (Internet Related Chat)⁸.

In vielen Unternehmen existiert mittlerweile ein so genanntes „Intranet“, auf das nur ein bestimmter Benutzerkreis (in der Regel die Beschäftigten eines Unternehmens) zugreifen kann. Möglich ist auch ein unternehmensübergreifendes Konzernintranet. Vereinfacht ausgedrückt ist das Intranet das Internet des Unternehmens, da die Struktur weitestgehend vergleichbar ist. So können die Mitarbeiter über das Intranet auf unterschiedlichste Informationen über das Unternehmen zugreifen oder Nachrichten versenden und empfangen.

B. Das World Wide Web (WWW)

Das WWW wird häufig (unrichtiger Weise) mit dem Begriff „Internet“ beschrieben, obwohl es nur einen von vielen Diensten darstellt, wenngleich es ohne Frage der populärste Internetdienst ist. Über das WWW werden Seiten zur Verfügung gestellt, die in der HTML-Seitenbeschreibungssprache erstellt werden. Die Inhalte der Seiten sind mannigfaltig. Sie können Texte, Bilder, Videosequenzen und Musik enthalten. Der Nutzer kann sich informieren, einkaufen oder Bankgeschäfte tätigen. Über die WWW-Seiten ist oftmals auch eine Verbindung zu den anderen Diensten des Internet möglich. Auf vielen Internetseiten findet sich etwa eine „Chat“-Funktion.

Einzelne Seiten sind häufig über so genannte „Hyperlinks“ miteinander verknüpft. Klickt der Nutzer auf den Hyperlink, gelangt er auf die entsprechend hinterlegte Seite.

Der Anwender erreicht die Internetseite über die Eingabe der Adresse in die Adresszeile (z.B. www.yahoo.com oder www.jura.de). Ist dem Anwender eine bestimmte Adresse nicht bekannt, so kann er mit Hilfe so genannter

⁷ Hanau/Andres, S. 1.

⁸ Auf die Funktionsweise dieser Dienste wird sogleich eingegangen.

Suchmaschinen (z.B. yahoo.com, altavista.com oder google.com) über die Eingabe eines oder mehrerer Begriffe passende Seiten aus dem WWW herausfiltern. Oftmals sind WWW-Seiten aufwendig gestaltet. Ihre Anzeige auf dem Arbeitsplatz-PC kann deshalb den Transport einer erheblichen Datenmenge erfordern, was wiederum zu einer erhöhten Belastung der EDV-Systeme führt. Häufig hat der Nutzer die Möglichkeit, sich Inhalte aus dem WWW, insbesondere Bilder oder Videosequenzen, auf seinen Arbeitsplatzrechner herunterzuladen. Dies kann zu einer Überlastung der betrieblichen Speicherkapazität führen.

C. E-Mail

Per E-Mail ("Electronic Mail") kann der Nutzer Nachrichten in elektronischer Form verschicken. Dazu gibt er am Bildschirm den Text seiner Nachricht ein, in die Adresszeile die E-Mail-Adresse des Empfängers und klickt dann auf das Sendefeld. Über Modem oder ISDN-Karte wählt sich der Benutzer-PC ins Internet ein, die Nachricht wird versendet. Dem Nutzer stehen zahlreiche Möglichkeiten zur Verfügung, diese Grundkonstellation zu variieren. So kann er in die Adresszeile eine beliebige Anzahl an Empfängern eingeben. Er hat die Möglichkeit, die Nachricht an einen bestimmten Empfängerkreis lediglich in Kopie zu versenden. Schließlich kann er die Nachricht auch in Blindkopie verschicken: Der/Die Empfänger der Blindkopie sehen dann zwar, wer die Nachricht als Hauptempfänger bzw. als Kopie erhalten hat, umgekehrt bleibt der Empfänger der Blindkopie aber für den Hauptempfänger unerkannt.

Der Absender kann die E-Mail mit Anhängen (Attachments) versehen. So kann er an die eigentliche Nachricht umfangreiche Word-Dokumente⁹ oder Bilddateien anhängen, was wiederum zu einer Erhöhung der zu transportierenden Datenmenge führt. Der Weg der E-Mail muss nicht zwingend direkt vom Rechner des Absenders zum Rechner des Empfängers führen. Sie kann vielmehr einen Umweg über verschiedene Server in verschiedenen Ländern nehmen, was aber an der kurzen Übertragungszeit in der Regel nicht viel ändert. Beim Empfänger angekommen sieht dieser im so genannten „Header“ zunächst, von wem die E-Mail stammt, wer diese bekommen hat (mit Ausnahme der Empfänger von Blindkopien), worum es in der E-Mail geht (Betreffzeile) und wann sie abgesendet wurde. Oftmals sieht er zusätzlich die ersten Zeilen des eigentlichen Textes („Body“) der E-Mail. Durch anklicken der E-Mail kann der Empfänger die komplette E-Mail samt Anhängen lesen.

Für den E-Mail-Versand kann der Nutzer zwischen verschiedenen E-Mail-Diensten wählen. Das gängigste, auch in Unternehmen bevorzugt verwendete E-

⁹ "Word" ist das Textverarbeitungsprogramm der Firma Microsoft.

Mail-Programm, ist das Produkt „Outlook“ der Firma Microsoft. Daneben kann der Nutzer aber auch über das WWW E-Mail-Dienste auswählen. Zu nennen sind hier etwa die E-Mail-Programme der Firmen Gmx, Freenet oder Hotmail. Um an sein Postfach zu gelangen, also um seine E-Mails lesen und versenden zu können, ist hier die Eingabe eines Benutzernamens und eines Passworts erforderlich.

Ggf. steht den Arbeitnehmern am Arbeitsplatz die Möglichkeit zur Verfügung, ihre E-Mails zu verschlüsseln, d.h. ihren Inhalt für nicht autorisierte Personen unkenntlich zu machen, wobei das derzeit sicherste Verfahren asymmetrisch, d.h. unter Verwendung eines privaten und eines öffentlichen Schlüssels bei Absender und Empfänger arbeitet.¹⁰

D. Sonstige Internetdienste

Die Kommunikation über E-Mail ist einer Postkorrespondenz im nicht juristischen Sinne vergleichbar. In kürzester Zeit werden hier Nachrichten sukzessive ausgetauscht. Über die sog. IR-Chats besteht die Möglichkeit über das Internet direkt mit anderen Chat-Teilnehmern zu kommunizieren. Es entsteht eine Art spontaner Live-Unterhaltung durch Texteingabe. IR-Chats befinden sich auf speziellen Servern und sind über das WWW durch Eingabe der entsprechenden Adresse (z.B. www.chat.de) erreichbar.¹¹ Auf einem derartigen Server angelangt, kann sich der Nutzer, zumeist unter Eingabe eines Benutzernamens (der Name, wie er von den anderen Chat-Teilnehmern genannt werden will) und ggf. eines Passworts (bei anmeldpflichtigen IR-Chats), problemlos vom Arbeitsplatz aus mit einer beliebigen Anzahl anderer Nutzer über die unterschiedlichsten Themengebiete „unterhalten“. Dazu wählt er einfach einen entsprechenden virtuellen Themenraum (z.B. Raum: „Flirt“ oder „Star Trek“). Will er mit einem anderen Nutzer ungestört kommunizieren, besteht die Möglichkeit, sich zusätzlich in virtuelle „Separées“ zu begeben, die von ungebetenen Chat-Teilnehmern nicht eingesehen werden können. Dass bei entsprechender Nutzung die Konzentration am Arbeitsplatz beeinträchtigt werden kann, liegt auf der Hand.

So genannte Newsgroups (Usenet) sind virtuelle schwarze Bretter, die ähnlich wie IR-Chats in verschiedene Themengebiete unterteilt sind und auf einem speziellen Rechner bereithalten werden. Auf diesen Rechner kann der Nutzer mittels spezieller Programme, so genannter Newsreader, zugreifen¹² und einzelne Newsgroups abonnieren. Anhand des Newsreaders kann er die einzelnen Beiträge

¹⁰ So z.B. das System „PGP“ = „Pretty Good Privacy“. Zu Verschlüsselungstechniken vgl. Hanau/Andres, S. 6.

¹¹ Aus Sicht des Benutzers bestehen zwischen IR- und WWW-Chats in der Funktionalität keine wesentlichen Unterschiede. Wenn im folgenden von IR-Chats die Rede ist, sind die Aussagen auf den WWW-Chat deshalb übertragbar.

¹² Zum Verfahren vgl. Hanau/Andres, S. 4.