

Von Rechtsanwalt
Dr. Michael Rath und
Sophia Karner, Köln

Der Verfasser Rath ist Rechtsanwalt bei der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. VIII.

Private Internetnutzung am Arbeitsplatz – rechtliche Zulässigkeit und Kontrollmöglichkeiten des Arbeitgebers

Die Probleme rund um die private Nutzung der Neuen Medien am Arbeitsplatz und die daraus resultierende Einordnung des Arbeitgebers als Telekommunikationsanbieter sind grundsätzlich bekannt. Weniger Beachtung wurde bislang dem tatsächlichen Ausmaß der privaten Nutzung von Internet und E-Mails geschenkt. Aktuelle Untersuchungen legen jedoch die Vermutung nahe, dass die nicht dienstlich veranlasste Nutzung des betrieblichen Internetanschlusses inzwischen einen ganz erheblichen Teil der Arbeitszeit ausmacht. Zudem wird durch das Urteil des BAG vom 31. 5. 2007 – 2 AZR 200/06 (K&R 2007, 476 ff., in diesem Heft) zur verhaltensbedingten Kündigung bei exzessiver Nutzung des Internet ebenfalls deutlich, dass es entscheidend auf das tatsächliche Ausmaß des privaten Gebrauchs der Neuen Medien ankommt. Es ist daher nicht verwunderlich, dass Arbeitgeber zunehmend den Wunsch nach Einführung einer entsprechenden Kontrolle, also eines Internet- und E-Mail-Monitoring, äußern. Dieser Beitrag beschäftigt sich mit den Folgen der vorgenannten BAG-Entscheidung und den rechtlichen Rahmenbedingungen der Internetnutzung durch Arbeitnehmer sowie deren Kontrolle.

I. Einleitung

Internet- und E-Mail-Nutzung sind inzwischen fester Bestandteil der täglichen Arbeit.¹ Die PCs in privaten Unternehmen und öffentlichen Dienststellen werden jedoch nicht nur für die geschäftsbezogene Kommunikation genutzt. Vielmehr nutzen inzwischen ca. 2/3 der Beschäftigten die Internet-, E-Mail- und Chat-Dienste am Arbeitsplatz auch privat.² Zum Leidwesen der Arbeitgeber erfolgt diese private Nutzung jedoch nicht immer nur für eine kurze Nachricht an die Familie, sondern teilweise auch zur zeitintensiven Suche nach einem lohnenden Urlaubsziel, einer neuen Wohnung, einem Schnäppchen auf eBay & Co. oder aktuellen Podcasts. Teilweise wird der privaten Internetnutzung am Arbeitsplatz ein Produktivitätsverlust von bis zu 50 % zugerechnet.³

Es ist in Anbetracht des offenbar recht erheblichen Umfangs der privaten Nutzung nicht verwunderlich, dass Unternehmen verstärkt die Nutzung der Neuen Medien durch ihre Mitarbeiter kontrollieren wollen.⁴ Angesichts des aktuellen Urteils des Bundesarbeitsgerichtes (BAG) sind Arbeitgeber aber möglicherweise sogar gut beraten, für eine effektive Kontrolle der IT-Nutzung durch ihre Mitarbeiter Sorge zu tragen und ein entsprechendes Monitoring einzuführen. Denn das BAG hat zwar mit Urteil vom 31. 5. 2007 (unter Fortführung der bisherigen Rechtsprechung) erneut bekräftigt, dass die exzessive private Nutzung des Internets während der Arbeitszeit eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses unter Umständen auch ohne vorangegangene Abmahnung rechtfertigen kann.⁵ Im gleichen Atemzug hat das BAG jedoch das Berufungsurteil des LAG Rheinland-Pfalz aufgehoben und mit unüberhörbarer Schelte für das Berufungsgericht hinsichtlich der Abweisung der Kündigungsschutzklage zurückverwiesen. Es hat dabei (neben dem Vorwurf einer widersprüchlichen Begründung des Urteils) explizit in Frage gestellt, ob das Verhalten des Arbeitnehmers im vorliegenden Fall wegen des bei einer verhaltensbedingten Kündigung geltenden Prognoseprinzips überhaupt eine außerordentliche Kündigung ohne vorangegangene Abmahnung rechtfertigen konnte. Bemängelt wurde vom

BAG insbesondere, dass seitens des Berufungsgerichtes keinerlei Feststellungen dahingehend getroffen worden waren, in welchem Maße eine private Internetnutzung vorlag, in welcher Menge Daten aus dem Internet heruntergeladen wurden, ob es dadurch zu Belastungen oder Störungen der betrieblichen Datensysteme gekommen war und welche zusätzlichen Kosten hierdurch entstanden sind. Damit stellte das BAG insgesamt in Frage, ob überhaupt eine exzessive, private Nutzung des Internet durch den Arbeitnehmer vorlag, die eine Kündigung ohne vorangegangene Abmahnung rechtfertigen würde. Das LAG wird nun u. a. aufzuklären haben, an welchen Tagen und in welchem Umfang im Februar 2004 eine private Nutzung des Dienst-PC erfolgt ist, ob die vermeintlich rechtswidrige Nutzung des Internet tatsächlich durch den verdächtigten Arbeitnehmer geschah (oder durch andere Arbeitnehmer) und inwiefern gerade an den Tagen der privaten Nutzung des Internets auch Überstunden abgerechnet wurden.⁶

Diese vom BAG geforderte Aufklärung der zur Kündigung führenden Umstände wird jedoch nicht ganz einfach sein, es sei denn, es gab schon vor über drei Jahren im Unternehmen des gekündigten Arbeitnehmers eine effektive Kontrolle der IT, welche Antworten zu diesen Fragen geben kann. Hinzu kommt, dass sich eine solche

1 Siehe zur Nutzung von E-Mail und Internet im Unternehmen auch die gleichnamige Broschüre der BITKOM, abrufbar unter www.bitkom.org/files/documents/Leitfaden_E-mail_und_Internet_im_Unternehmen_V_1.4_.pdf (Stand: 31. 7. 2007).

2 So etwa die Studie „Sicherheit am Arbeitsplatz“ der Fa. *Websense*, vgl. hierzu auch die Pressemitteilung unter www.intern.de/news/7975.html (Stand: 31. 7. 2007). Bei der Online-Umfrage des Magazins „Karriere“ gaben knapp 26 % der Teilnehmer an, während der Arbeitszeit private E-Mails zu schreiben, 38 % surfen zumindest gelegentlich privat im Internet, vgl. hierzu unter www.karriere.de (Stand: 31. 7. 2007).

3 Siehe hierzu www.heise.de/tp/r4/artikel/22/22268/1.html (Stand: 31. 7. 2007); www.intern.de/news/7975.html (Stand: 31. 7. 2007).

4 47 % der Beschäftigten in Deutschland glauben im Übrigen nach einer Studie der Fa. *Stepstone*, dass bereits jetzt ihre Internet- und E-Mail-Nutzung durch den Arbeitgeber überwacht wird, siehe hierzu www.stepstone.de/ueberuns/default.cfm?link=monitored (Stand: 31. 7. 2007).

5 BAG, Urt. v. 31. 5. 2007 – 2 AZR 200/06, K&R 2007, 476.

6 BAG, Urt. v. 31. 5. 2007 – 2 AZR 200/06, K&R 2007, 476.

Kontrolle bekanntlich in einem rechtlichen Spannungsfeld bewegt. So hat bspw. auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EuGHMR) am 3.4.2007 die über mehrere Wochen andauernde Überwachung eines dienstlichen Internet-Anschlusses (einschließlich der von dort versendeten E-Mails) und des Bürotelefons einer britischen Angestellten an einem staatlichen College als rechtswidrigen Eingriff in die Privatsphäre bewertet.⁷

II. Probleme bei der privaten Internet- und E-Mail-Nutzung am Arbeitsplatz

Angesichts der eingangs dargestellten, derzeit allerdings nur vermuteten Produktivitätshemmnisse, der täglichen Flut von Spam-Mails⁸ und der zuvor skizzierten, vom BAG nochmals bestätigten Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers für Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers bei einer verhaltensbedingten (außerordentlichen) Kündigung stellt sich für jeden Arbeitgeber die ganz grundsätzliche Frage, ob er seinen Mitarbeitern auch die private Nutzung von Internet- und E-Mail-Diensten gestatten möchte.⁹ Denn neben den positiven Auswirkungen einer (für den Arbeitnehmer übrigens einkommensteuerfreien) Gestattung der Internetnutzung auf die Motivation des Mitarbeiters und das Betriebsklima hat der Arbeitgeber vor allem ein Interesse daran, dass seine Angestellten ihren vertraglich geschuldeten Arbeitspflichten nachkommen, auch wenn belastbare Studien, wie viel Arbeitszeit tatsächlich durch die private Nutzung von Internet und E-Mails verloren geht, bislang kaum verfügbar sind.¹⁰

Bei einer privaten Nutzung des Internet besteht aber (neben der vom BAG ebenfalls beiläufig erwähnten Gefahr von Rufschädigungen des Arbeitgebers bei Rückverfolgung der rechtswidrigen Internetnutzung¹¹) auch die Möglichkeit einer potentiellen Haftung des Unternehmens für Verstöße seiner Arbeitnehmer mit dem dienstlich genutzten PC.¹² Daneben tritt für den Unternehmer das Risiko, dass durch das unkontrollierte Herunterladen von Software aus dem Internet, die Versendung von umfangreichen Dateien oder das Öffnen von unbekanntem Anhängen in privaten E-Mails, in denen sich Viren, Trojaner oder andere Schadprogramme befinden können, die IT-Systeme des Unternehmens stark belastet und letztlich auch die IT-Security beeinträchtigt werden können.¹³

Zudem ergibt sich durch die (ausdrückliche oder stillschweigende) Gestattung der privaten Internetnutzung noch ein weiterer Interessenskonflikt. Der Arbeitgeber muss als Kaufmann nach Handelsrecht (§ 257 HGB), aber auch aus steuerrechtlichen Gründen (vgl. §§ 146, 147 AO) seine Handels- und Geschäftsbriefe aufbewahren.¹⁴ Als Geschäftsbriefe können aber auch geschäftliche E-Mails (nebst deren Attachments) gelten, die mit der Vorbereitung, dem Abschluss und der Durchführung von Handelsgeschäften in Zusammenhang stehen.¹⁵ Diese geschäftlichen E-Mails müssen daher ebenfalls gesetzeskonform verwaltet und elektronisch archiviert werden.¹⁶ Der Arbeitgeber muss bei dieser Archivierung (neben der rein faktisch notwendigen Entlastung der Produktivsysteme) auch zur Sicherstellung von IT-Compliance die Verfügbarkeit und Revisionsicherheit der geschäftlichen E-Mails sicherstellen.¹⁷ Daneben muss er die jederzeitige Möglichkeit des Zugriffs und der Einsichtnahme in diese E-Mails haben. Gestattet der Arbeit-

geber die private E-Mailnutzung oder duldet sie, wird er oder die von ihm beauftragten Mitarbeiter zwangsläufig – wenn keine ausreichende Trennung vorhanden ist – im Zuge dieser Nutzung von geschäftlichen E-Mails auch Einsicht in die privaten E-Mails der Mitarbeiter bekommen. Dies kann mit der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers nach §§ 611, 242 BGB kollidieren.

III. Die „Internet-Entscheidungen“ des BAG

Angesichts der Bedeutung der privaten Nutzung der IT des Arbeitgebers ist es fast schon erstaunlich, dass es bislang nur drei Entscheidungen des BAG zu dieser Thematik gibt.

1. Die aktuelle BAG-Entscheidung: Der Vielsurfer

Wie eingangs bereits dargestellt, hatte das BAG in seinem Urteil vom 31.5.2007 über die private Internetnutzung eines (übrigens verheirateten und zwei Kindern zum Unterhalt verpflichteten) Bauleiters im Jahr 2004 zu unterscheiden.¹⁸ In Ergänzung zu den vorstehenden Ausführungen über das neue BAG-Urteil ist noch erwähnenswert, dass es in dem Betrieb keinerlei Regelungen hinsichtlich der privaten Internetnutzung gab und dass die erotischen und möglicherweise sogar pornographischen Bilder, welche der Arbeitnehmer gespeichert haben soll, erst anlässlich einer routinemäßigen Prüfung des PC festgestellt wurden. Bei dieser Inspektion des Dienstcomputers, auf den unstreitig auch andere Mitarbeiter Zugriff nehmen konnten, soll sich nach Aussage des Arbeitgebers zudem gezeigt haben, dass der Arbeitnehmer ausgerechnet an den Tagen intensiver, privater Internetnutzung Überstunden aufgeschrieben hatte, die auch vergütet worden waren. Aufgrund dieses Verhaltens wurde das Arbeitsverhältnis ohne vorherige Abmahnung fristlos, hilfsweise ordentlich gekündigt.

- 7 EuGHMR, Urt. v. 3.4.2007 – 62617/00, abrufbar über die HUDOC-Datenbank des EuGHMR, www.echr.coe.int (Stand: 31.7.2007); vgl. auch die Kurzzusammenfassung von *Martens*, ITRB 2007, 101.
- 8 Ca. 40% aller E-Mails können als Spam-Mails eingeordnet werden, vgl. hierzu auch den „Leitfaden E-Mail-Werbung für Online-Shops“ des BVDW, abrufbar unter www.bvdw.org (Stand: 31.7.2007).
- 9 Nach einer Umfrage der Zeitschrift *Capital* vom September 2001 ist derzeit die private Nutzung des Internets am Arbeitsplatz in nahezu jeder zweiten Firma erlaubt (bspw. Ericsson, Fiat, Volkswagen, u. a.) oder geduldet (bspw. BMW, Deutsche Telekom, E-Plus Mobilfunk, u. a.), siehe www.heise.de/newsticker/meldung/28539 (Stand: 31.7.2007).
- 10 Vgl. hierzu etwa die 4. Abacho.de-Studie (2004), wonach 39% der Arbeitnehmer das Internet am Arbeitsplatz für private Zwecke mit einer durchschnittlichen Dauer von 31 Minuten pro Tag nutzen.
- 11 BAG, Urt. v. 31.5.2007 – 2 AZR 200/06, K&R 2007, 476.
- 12 Vgl. zur Haftung des Arbeitgebers für Urheberverstöße nach § 100 UrhG OLG München, Urt. v. 7.12.2006 – 29 U 3845/06, CR 2007, 389.
- 13 Vgl. hierzu auch *Forgó*, LANline v. 20.10.2006, „Rechtslage bei privater E-Mail- und Webnutzung“, abrufbar unter www.lanline.de/article.html?thes=&art=/articles/2006054/30808430_ha_LL.html (Stand: 31.7.2007); zur Lage der IT-Sicherheit in Deutschland vgl. auch die gleichnamige Studie des Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI), abrufbar unter www.bsi.de/literat/lagebericht/lagebericht2007.pdf (Stand: 31.7.2007).
- 14 Siehe zur Aufbewahrungspflicht von E-Mails etwa *Böhme*, K&R 2006, 176 ff.
- 15 Vgl. *Rath/Hausen*, K&R 2007, 113 ff.
- 16 Zu den diesbezüglichen IT-Compliance-Anforderungen nach GoB, GoBS und GDPdU vgl. *Rath*, Compliance-Report, Dezember 2006, 2 ff. Für den Datenzugriff sind E-Mails (u. a. wegen der bislang fehlenden Datenstruktur) aber ohnehin nur eingeschränkt geeignet. In den GDPdU werden E-Mails daher gar nicht erwähnt, sondern nur in dem Fragen- und Antwortenkatalog der Finanzverwaltung kurz behandelt.
- 17 Siehe hierzu auch *Hauschka*, ZRP 2006, 258, 259.
- 18 BAG, Urt. v. 31.5.2007 – 2 AZR 200/06, K&R 2007, 476.

Anders als es die Leitsätze vermuten lassen, entschied das BAG also, dass nur eine (in dem konkreten Fall bislang aber nicht vom Arbeitgeber dargelegte) exzessive private Nutzung des Internets im Betrieb eine erhebliche Pflichtverletzung darstelle, die eine verhaltensbedingte Kündigung auch ohne vorherige Abmahnung rechtfertige. Ob aber das Verhalten des Arbeitnehmers kündigungsrelevant sei, hänge u. a. von dem konkreten Umfang der Nutzung sowie der damit einhergehenden Vernachlässigung der Arbeit und Versäumung bezahlter Arbeitszeit ab.

2. Die älteren Entscheidungen: Der ausschweifende und der anonyme Surfer

Trotz der Zurückverweisung bestätigt das BAG mit der vorstehenden Entscheidung im Wesentlichen seine bisherige Rechtsprechung zur privaten Internetnutzung am Arbeitsplatz. In zwei „älteren“ Entscheidungen aus den Jahren 2005 und 2006¹⁹ hatte das BAG zum einen über die private Internetnutzung eines Arbeitnehmers zu entscheiden, der während seiner Arbeitszeit (ebenfalls) in erheblichem zeitlichen Umfang auf Internetseiten mit erotischen und pornographischen Inhalten zugegriffen hatte. Die im Unternehmen vorhandenen Nutzungsregelungen hinsichtlich des privaten Internetgebrauchs waren jedoch auch in diesem Falle nicht eindeutig. Deshalb berief sich der gekündigte Mitarbeiter im Prozess darauf, von dem Verbot der Internetnutzung für private Zwecke nichts gewusst zu haben. Trotzdem urteilte das BAG allein wegen des zeitlichen Umfangs der privaten („ausschweifenden“) Internetnutzung, dass ein Grund zur außerordentlichen Kündigung vorliege; bei derart erheblichen Pflichtverletzungen des Mitarbeiters bedürfe es daher keiner vorherigen Abmahnung.²⁰

Die zweite Entscheidung des BAG betraf einen Mitarbeiter, welcher auf seinem dienstlichen Rechner eine „JAP/JAVA“-Anonymisierungs-Software²¹ installiert hatte. Diese Softwareinstallation wurde dem Arbeitgeber ebenfalls erst im Rahmen einer technischen Wartung des Dienstcomputers bekannt. Dabei wurde u. a. auch der Internetbrowser und die darin enthaltene „Historie“ der Internetnutzung untersucht und festgestellt, dass sich in dem Browser einige Internetadressen befanden, die ganz offensichtlich rein privat genutzt worden waren.²²

Das BAG urteilte, dass der Mitarbeiter durch die Installation der Software seine arbeitsvertraglichen Pflichten schwer verletzt habe. Es räumte allerdings ebenso ein, dass bei der Abwägung der Interessen von Arbeitgeber und Mitarbeiter auch berücksichtigt werden müsse, ob in der Dienststelle des Mitarbeiters geringfügige private Nutzungen gegebenenfalls toleriert worden seien. Die im Betrieb vorhandene Dienstvereinbarung zur Internetnutzung erklärte jedoch die private Nutzung für „grundsätzlich unzulässig“. Mit der Frage, ob der Einsatz einer solchen Anonymisierungssoftware aus Gründen des Datenschutzes auch für das Unternehmen sinnvoll sein kann oder gar geboten ist, bzw. ob durch die Installation der Software ein Schaden entstanden ist, setzte sich das Gericht nicht auseinander.

IV. Überwachung von Internet- und E-Mail-Nutzung aus rechtlicher Sicht

Es ist bereits angeklungen, dass es in vielen Unternehmen derzeit keine schriftlich fixierten, zumindest aber keine dem heutigen Internetgebrauch gerecht werdenen Nutzungsregelungen gibt. Oft fehlen jedenfalls Bestimmungen über die Nutzung der mobilen Endgeräte (Blackberry, PDA) oder aber des Remote-Zugangs zum Firmennetz. Aber selbst wenn es dem Grunde nach solche Regelungen gibt, bestehen mitunter erhebliche Unklarheiten über den genauen Umfang der erlaubten Nutzung. Häufig wird die private Nutzung der Firmenrechner zwar nicht explizit vom Arbeitgeber verboten, aber auch nicht eindeutig erlaubt. Bei der privaten Nutzung von Internet- und E-Mail-Dienste gelten in all diesen Fällen folgende Grundsätze:

1. Mitbestimmung des Betriebsrates

Sofern keine abweichende betriebliche Übung vorhanden ist (siehe hierzu noch nachfolgend unter Ziffer 2), kann der Arbeitgeber als Inhaber der Betriebsmittel des Unternehmens – ohne dass diese grundsätzliche Festlegung der Zustimmung der Arbeitnehmer oder des Betriebsrats bedürfte – frei darüber entscheiden, ob und inwieweit er seinen Mitarbeitern die Nutzung von Internet- und E-Mail-Diensten ermöglichen möchte.²³ Der Betriebsrat hat lediglich ein Recht darauf, über die Einführung von E-Mail- und Internetzugang gemäß §§ 80 Abs. 2, 90 Abs. 1 BetrVG informiert zu werden.²⁴ Gleiches gilt für die Arbeitnehmer gemäß § 81 Abs. 4 S. 1 BetrVG.²⁵ Sofern die für die Internetnutzung genutzten Programme auch Überwachungsmöglichkeiten enthalten (wie etwa im Beispiel der aktuellen BAG-Entscheidung bezüglich der Nachvollziehbarkeit des Surfverhaltens anhand der Historie des Internetbrowsers oder durch die auch von anderen Programmen regelmäßig erstellten „log files“²⁶), kann die Frage der Einführung aber auch der Mitbestimmung des Betriebsrats gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG

19 BAG, Urt. v. 12. 1. 2006 – 2 AZR 179/05, K&R 2006, 463 ff.; BAG; Urt. v. 7. 7. 2005 – 2 AZR 581/04, K&R 2006, 131 ff.

20 So ausdrücklich BAG, Urt. v. 7. 7. 2005 – 2 AZR 581/04, K&R 2006, 131 ff.

21 Der „(Java) Anon Proxy (JAP)“ ist ein von der TU Dresden, der Universität Regensburg und des Unabhängigen Landesentrums für Datenschutz (ULD) Schleswig-Holstein entwickelter Web-Anonymizer, der die Anfragen des Internetbrowsers plattformunabhängig über einen Mix-Server an den eigentlichen Zielrechner richtet und zurückliefert. Da der so angefragte Server die Identität des Internetnutzers nicht feststellen kann, gab es im Zusammenhang mit einer strafrechtlichen Ermittlung wegen Kinderpornografie Auseinandersetzungen um die Zulässigkeit der Anonymisierungsfunktion dieser nunmehr aus markenrechtlichen Gründen als „JAP Anon Proxy“ bezeichneten (Open Source) Software, vgl. hierzu *Störing*, c't 24/2006, 208 ff.

22 Dabei handelte es sich nicht um erotische oder pornographische Materialien, sondern beispielsweise um Webadressen von Ratgeberportalen zum Bauen und Wohnen, Reiseveranstaltern sowie um Informationsportale über Handys und Mobilfunk, Aktien, Börse und Wirtschaft sowie die Internetadressen von Landes- und Bundesärztekammern.

23 *Däubler*, K&R 2000, 323, 324.

24 Zum Anspruch des Betriebsrates auf einen eigenen Internetzugang für die Betriebsratsarbeit siehe BAG, Beschl. v. 23. 8. 2006 – 7 ABR 55/05, NJW-Spezial Heft 6/2007, 276 f.

25 Vgl. *Ernst*, NZA 2002, 585, 586.

26 Die in der Regel automatisch erstellte Protokoll-Datei eines Webservers kann bspw. Auskunft geben über die aufgerufene Webadresse, den Zeitpunkt, den Inhalt der Anforderung, die Menge der gesendeten Daten, den verwendeten Browser etc.

unterliegen. Die grundsätzliche Entscheidung bezüglich der Gestattung der privaten Nutzung ist von der Mitbestimmungspflicht jedoch nicht erfasst.²⁷

2. Betriebliche Übung

Ohne eine solche Gestattung des Arbeitgebers (sei es ausdrücklich oder konkludent) hat der Mitarbeiter grundsätzlich kein Recht zur privaten Nutzung des Internets. Anders stellt sich die Situation allerdings dar, wenn es (trotz einer anderslautenden Anordnung) für den Arbeitgeber erkennbar ist, dass der Internetzugang regelmäßig auch für private Zwecke genutzt wird. Duldet er diesen Umstand, so darf der Mitarbeiter grundsätzlich auf den Fortbestand der Praxis vertrauen.²⁸ Setzt sich dieser Zustand über einen Zeitraum von mindestens sechs Monaten²⁹ fort, so entsteht sogar eine betriebliche Übung, die einen Anspruch des Mitarbeiters darauf begründet, dass die geduldete E-Mail- und Internetnutzung weiterhin gewährt wird.

Die Etablierung einer solchen betrieblichen Übung kann für den Arbeitgeber deutliche Nachteile mit sich bringen. Insbesondere begeht ein Mitarbeiter selbst bei einem Surfen im Internet in erheblichem Umfang zunächst keine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung, wenn der Arbeitgeber die private Internetnutzung im Unternehmen bislang widerspruchslos geduldet hat. Ein Arbeitgeber, der keine für alle Beschäftigten klar erkennbaren Regelungen hinsichtlich des Umfangs der privaten Internetnutzung vorgibt (und dann auch zur Vermeidung einer entgegengesetzten betrieblichen Übung tatsächlich anhand eines Monitoring durchsetzt), geht also ein großes Risiko ein. In dieser Hinsicht ist ein Vertrauen darauf, dass sich Anweisungen und Praktiken bezüglich der Internetnutzung schon irgendwie im Betrieb herumsprechen würden, nicht ausreichend. Vielmehr muss der Arbeitgeber mittels geeigneter arbeitsvertraglicher Regelungen oder durch den Abschluss entsprechender Betriebs- und Dienstvereinbarungen gewährleisten, dass jeder Mitarbeiter ein entsprechendes Nutzungsverbot kennt.³⁰ Die Einhaltung dieser Regelungen muss dann aber auch kontrolliert werden.

3. Zulässigkeit der Kontrolle von E-Mail- und Internetnutzung durch den Arbeitgeber

Wie gezeigt, finden sich aber weder in der Entscheidung über den „Vielsurfer“ noch in den Urteilen über den „anonymen“ und den „ausschweifenden“ Surfer konkrete und pauschalisierungsfähige Ausführungen des BAG zur Frage der Zulässigkeit einer solchen Kontrolle und zur Einsichtnahme in die Internetkommunikation der Mitarbeiter. Dieser Umstand ist vor allem deshalb erstaunlich, da vom BAG im Urteil aus 2007 ja gerade die Aufklärung dieser Umstände verlangt wird. Die Frage der Zulässigkeit der Kontrolle der Internetkommunikation der Mitarbeiter ist jedoch von entscheidender Bedeutung, da der Arbeitgeber – sofern er einen kündigungsrelevanten Tatvorwurf gegenüber seinem Mitarbeiter erheben und beweisen möchte – diesen nicht aufgrund rechtswidrig erlangter Informationen erlangen darf, denn sonst bestünde ein Beweisverwertungsverbot.³¹

a) Abgrenzung zwischen dienstlicher und privater E-Mail- und Internetnutzung

Da die Kontrollbefugnisse des Arbeitgebers bei einer von diesem erlaubten privaten Nutzung wesentlich eingeschränkter sind als bei der rein dienstlichen Nutzung, ist bei der Frage nach der Zulässigkeit einer „elektronischen Bürokontrolle“ zwischen dienstlicher und privater Internetnutzung zu differenzieren.

Unter dienstlicher Nutzung ist grundsätzlich jede die Arbeit zu fördern bestimmte Nutzung zu verstehen.³² Dieser Gebrauch der Neuen Medien liegt vor, sobald bei der Nutzung ein inhaltlicher Bezug zu den dienstlichen Aufgaben des Mitarbeiters besteht und sie den objektiven Interessen des Arbeitgebers entspricht. Auch die private E-Mail- und Internetnutzung aus dienstlichem Anlass, deren Notwendigkeit aus Umständen in der Sphäre des Arbeitgebers resultiert, gilt als dienstliche Nutzung. Beispielfähig zu nennen wäre hier etwa eine E-Mail oder eine Chat-Nachricht an den Ehepartner, dass man wegen einer Überstunde später nach Hause komme. Die Gestattung dieser Art von Kurz-Mitteilungen (ähnlich also wie eine SMS mit dem Diensthandy) ergibt sich aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers.³³ Schließlich ist der anerkanntermaßen zulässige „soziale“ Austausch am Arbeitsplatz, auch soweit er via E-Mail geschieht, der dienstlichen Nutzung zuzuordnen.³⁴ Er kann vom Arbeitgeber nicht vollständig verboten werden. Alle anderen Formen der Außenkommunikation haben privaten Charakter.³⁵

Im Falle des oben beschriebenen Vielsurfers und des ausschweifenden Surfers wäre danach grundsätzlich von einer rein privaten Nutzung des Internet auszugehen. Auch die Installation einer Anonymisierungssoftware im dritten Fall birgt eine gewisse Vermutung in sich, dass zumindest ein Teil der Nutzung des Internets durch den Mitarbeiter verschleiert werden sollte, auch wenn gerade wegen dieser Anonymisierungssoftware der zeitliche Umfang der privaten Nutzung nicht vollständig nachvollzogen werden konnte.³⁶

b) Kontrolle dienstlicher Internetkommunikation

Soweit Mitarbeiter den Internetanschluss des Unternehmens ausschließlich für dienstliche Zwecke nutzen, richtet sich die Zulässigkeit der Überwachung durch den Arbeitgeber zunächst nach dem Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) unter Beachtung des Rechtes der Mitarbeiter auf informationelle Selbstbestimmung.³⁷ Das BDSG ist

27 Vgl. *Ernst*, NZA 2002, 585, 586; *Lindemann/Simon*, BB 2001, 1950, 1954; LAG Hamm, Beschl. v. 7.4.2006 – 10 TaBV 1/06, NJW 2007, 716, NZA-RR 2007, 20 ff.

28 Vgl. *Barton*, NZA 2006, 460, 461; LAG Köln, Ur. v. 19.9.2006 – 9 (4) Sa 173/06, BB 2007, 388.

29 Im Schrifttum wird ein Zeitraum von sechs bis zu zwölf Monaten diskutiert, vgl. *Däubler*, K&R 2000, 323, 325; *Ernst*, NZA 2002, 585, 586; *Barton*, NZA 2006, 460, 461.

30 So auch LAG Rheinland-Pfalz, Ur. v. 12.7.2004 – 7 Sa 1243/03, MMR 2005, 176 ff.

31 Vgl. *Braun*, Anmerkung zu LAG Köln, Ur. v. 19.9.2006 – 9 (4) Sa 173/06, BB 2007, 388; *Beckschulze/Henkel*, DB 2001, 1491, 1497; *Weißnicht*, MMR 2003, 448, 451; *Ernst*, NZA, 2002, 585, 587.

32 So *Ernst*, NZA 2002, 585, 588.

33 So in Bezug auf Telefongespräche BAG, Beschl. v. 27.5.1986 – 1 ABR 48/84, NJW 1987, 674, 678.

34 *Ernst*, NZA 2002, 585, 588.

35 Vgl. *Däubler*, K&R 2000, 323, 324.

36 Vgl. BAG, Ur. v. 12.1.2006 – 2 AZR 179/05, K&R 2006, 463 ff.

37 Vgl. *Mengel*, BB 2004, 2014, 2015; *Ernst*, NZA 2002, 585, 588; *Lindemann/Simon*, BB 2001, 1950, 1951.

gemäß §§ 2 Abs. 4, 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG auch auf alle privaten Arbeitgeber anwendbar und dient damit umfassend dem Schutz personenbezogener Daten im Arbeitsverhältnis.³⁸ Erfasst werden von diesem Schutz auch die Daten über die persönliche E-Mail- und Internetnutzung eines Mitarbeiters. § 28 BDSG erlaubt das Erheben, Speichern und Nutzen dieser Daten auch ohne ausdrückliche Einwilligung des Mitarbeiters, wenn die Daten entweder dem Zweck des Arbeitsverhältnisses (§ 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG) oder der Wahrung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers (§ 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG) dienen. Wenn also nach der Abgrenzung gemäß den obigen Ausführungen (lit. a) bei der Internetnutzung kein reiner „Dienstzweck“ i. S. v. § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG unterstellt werden kann, ist nach § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG für die Bestimmung der Zulässigkeit von Kontrollmaßnahmen am Arbeitsplatz eine Verhältnismäßigkeitsprüfung geboten, also u. a. eine Abwägung zwischen den Interessen des Mitarbeiters und denen des Arbeitgebers.³⁹

Das Interesse des Arbeitgebers an einer Kontrolle der Internetkommunikation seiner Mitarbeiter ergibt sich zunächst – wie gezeigt – aus dem anerkanntswerten Ziel, dass diese trotz der Internetnutzung ihrer Arbeitspflicht in ausreichendem Umfang nachkommen. Es muss zudem vermieden werden, dass durch E-Mails an Dritte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse unbefugt weitergegeben werden, eine (ggf. auch dem Arbeitgeber zurechenbare) Verbreitung strafbarer oder zumindest rechtswidriger Inhalte erfolgt und die Kommunikationssysteme vor einer kapazitätsmäßigen Überlastung (etwa durch riesige Dateianhänge in E-Mails oder den Download von Podcasts) geschützt werden. Bei der Kontrolle der Internetnutzung in Form des Aufrufens von Webseiten ist zudem zu berücksichtigen, dass das Surfen im Internet zunächst nur in sehr eingeschränktem Umfang eindeutige Rückschlüsse auf die Vorlieben und die Privatsphäre des Webseitenbesuchers (also des Arbeitnehmers) zulässt. Auch kann beispielsweise durch eine Überprüfung der über einen Internetbrowser aufgerufenen Seiten nicht immer eine umfassende Überwachung des Mitarbeiters sichergestellt werden, denn die Historie eines Browsers wird in der Regel nach einem (in den Einstellungen des Browsers bestimmbaren) Zeitintervall automatisch wieder gelöscht.⁴⁰ Wegen der inzwischen fast flächendeckend anzutreffenden Flatrates in Unternehmen ist der Arbeitgeber aber zumindest aus Gründen der Kostenkontrolle nicht mehr auf die Verbindungsdaten der Internetnutzung angewiesen.

Andererseits hat der Mitarbeiter grundsätzlich ein durchaus schützenswertes Interesse an der Vertraulichkeit seiner E-Mails und der Verhinderung einer ausufernden Überwachung seines Verhaltens am Arbeitsplatz. Gerade diese lückenlose Kontrolle des Arbeitnehmers wäre aber technisch möglich, etwa durch automatische Überwachungsprogramme mit Aktivitätsprotokollen oder durch den Einsatz von Software, welche Tastaturmitschnitte oder regelmäßige Screenshots anfertigt. Solche Überwachungsprogramme stellen einen ganz erheblichen Eingriff in die Privatsphäre der Arbeitnehmer dar.

Über das Ergebnis einer abstrakten Interessenabwägung ließe sich daher trefflich streiten. Trotzdem geht man in der Regel für die ausschließlich dienstliche Nutzung der E-Mail-Kommunikation davon aus, dass bei Abwägung der vorstehend nur skizzierten Interessen die Kontrolle

des dienstlichen E-Mail-Inhalts grundsätzlich ebenso zulässig ist wie das Öffnen und Lesen der Dienstpost durch den Arbeitgeber.⁴¹ Eine solche inhaltliche Kontrolle des Inhaltes einer E-Mail verletzt die Mitarbeiter dann auch nicht in ihrem Recht auf informationelle Selbstbestimmung, da sie sich wegen des Gebots der ausschließlich dienstlichen Nutzung der E-Mail-Kommunikation darauf einstellen können, dass diese Kommunikation eben nicht nur „unter vier Augen“ stattfindet.⁴² Die Überprüfung der ausschließlich dienstlich gestatteten E-Mail- und Internetnutzung durch den Arbeitgeber ist damit in der Regel zulässig.⁴³

c) Kontrolle privater Internetkommunikation

Ermöglicht der Arbeitgeber seinen Mitarbeitern, die Internetverbindung seines Betriebes auch zu privaten Zwecken zu nutzen (sog. Mischnutzung), so gelten im Hinblick auf die Zulässigkeit der Kontrolle dieser privaten Nutzung zusätzlich die Sonderregelungen des Telekommunikationsrechts. Da schon durch das Bereitstellen von Telefon, Faxgeräten und Internetverbindungen ein Telekommunikationsdienst erbracht wird, ist der Arbeitgeber im Verhältnis zu seinen Mitarbeitern als Telekommunikations-Diensteanbieter im Sinne von § 3 Nr. 6 Telekommunikationsgesetz (TKG) anzusehen und hat demgemäß angemessene Maßnahmen zum Schutz des Fernmeldegeheimnisses gemäß § 109 TKG zu ergreifen (bei der Nutzung von Internet also etwa der Schutz von Internetprotokollen).⁴⁴

Bereits vor Inkrafttreten des neuen Telemediengesetzes (TMG) war umstritten, ob bei der privaten Nutzung des Internets am Arbeitsplatz neben dem TKG auch das ehemalige Teledienstegesetz (TDG) und das damit verbundene Teledienstedatenschutzgesetz (TDDSG) anwendbar sein sollten.⁴⁵ Das Telemediengesetz hat diese Diskussion leider nicht beendet, da die Bestimmungen des alten TDDSG im Wesentlichen übernommen wurden.⁴⁶ Da Arbeitgeber, welche die Internetnutzung durch ihre Arbeitnehmer privat gestatten, als Access-Provider einzuordnen sind, gelten die Besonderheiten gemäß § 11 Abs. 3 TMG. Denn diese Dienste unterliegen sowohl dem Telemedienrecht als auch dem Telekommunikationsrecht und damit den Datenschutzbestimmungen des TKG. Neben diesen TKG-Regelungen finden aber nur

38 Vgl. *Weißnicht*, MMR 2003, 448, 450; *Mengel*, BB 2004, 2014, 2015.

39 Ebenso *Barton*, NZA 2006, 460, 463; *Balke/Müller*, DB 1997, 326, 329; *Mengel*, BB 2004, 1445, 1448.

40 Siehe hierzu *Ernst*, NZA 2002, 585, 590.

41 Ebenso *Gola*, MMR 1999, 322, 326; *Weißnicht*, MMR 2003, 448, 451; *Lindemann/Simon*, BB 2001, 1950, 1952; *Mengel*, BB 2004, 2014, 2017.

42 Vgl. *Gola*, MMR 1999, 322, 326.

43 Ebenso *Lindemann/Simon*, BB 2001, 1950, 1952; *Mengel*, BB 2004, 2014, 2020; *Gola*, MMR 1999, 322, 326 f.; *Braun*, Anmerkung zu LAG Köln, Urt. v. 19. 9. 2006 – 9 (4) Sa 173/06, BB 2007, 388.

44 Dies geschieht in der Regel auch geschäftsmäßig im Sinne von § 3 Nr. 10 TKG. Die Mitarbeiter sind dem Arbeitgeber in diesem Fall auch nicht mehr als Teil des Unternehmens zuzuordnen und gelten deshalb als „Dritte“ im Sinne von § 3 Nr. 10 TKG, so auch *Weißnicht*, MMR 2003, 448, 449; *Gola*, MMR 1999, 322, 323 f.; *Mengel*, BB 2004, 2014, 2017; *Ernst*, NZA 2002, 585, 587; *Lindemann/Simon*, BB 2001, 1950, 1951; *Barton*, NZA 2006, 460, 461; *Härtling*, CR 2007, 311, 312.

45 Die Anwendung dieser zusätzlichen Datenschutzvorschriften wurde sowohl befürwortet (vgl. *Gola*, MMR 1999, 322, 329; *Lindemann/Simon*, BB 2001, 1950, 1953; *Post-Ortmann*, RDV 1999, 102, 105) als auch abgelehnt (vgl. *Mengel*, BB 2004, 2014, 2017; *Ernst*, NZA 2002, 585, 587).

46 Vgl. zu dem neuen Telemediengesetz *Hoeren*, NJW 2007, 801.

noch bestimmte Datenschutzvorschriften des TMG Anwendung, namentlich §§ 12 Abs. 3, 15 Abs. 8 und § 16 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 5 TMG.⁴⁷ Da die Internetnutzung durch Mitarbeiter aber in aller Regel nicht gegen Entgelt gestattet und die Bereitstellung des Internetzugangs auch nicht von der Verwendung der Daten des Mitarbeiters für andere Zwecke abhängig gemacht wird, ist der verbleibende Anwendungsbereich des TMG für die Internetnutzung am Arbeitsplatz gering.

Die entscheidende Bedeutung der telekommunikationsrechtlichen Sondernormen liegt darin, dass der Arbeitgeber im Verhältnis zu den Mitarbeitern an das Fernmeldegeheimnis gemäß § 88 TKG gebunden ist.⁴⁸ Dieses dient dem Schutz des Inhalts und der näheren Umstände der Telekommunikation im Verhältnis von Privaten untereinander. Für die Kontrolle privater E-Mails und der aufgerufenen Webseiten ist damit maßgeblich, ob die Erhebung und Verarbeitung der Internetverbindungsdaten für die geschäftsmäßige Erbringung der Telekommunikationsdienstleistung gemäß §§ 96, 97 TKG erforderlich ist. Dies wäre aber nur dann der Fall, wenn der Arbeitgeber die private Internetnutzung kostenpflichtig gestatten würde. Dies dürfte aber der absolute Ausnahmefall sein. Damit existiert keine Rechtsgrundlage für eine Kontrolle von E-Mail-Inhalten, der Internetverbindungsdaten oder der Inhalte von privat aufgerufenen Webseiten.⁴⁹

Internetverbindungsdaten dürfen allerdings nach § 100 Abs. 3 TKG von dem Arbeitgeber erhoben und verarbeitet werden, sofern tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, die den Verdacht auf eine rechtswidrige Inanspruchnahme der Dienste und Netze durch die Mitarbeiter begründen.⁵⁰ Da der Arbeitgeber aber die private Internetnutzung zumeist unentgeltlich gestattet, ist fraglich, ob überhaupt ein Erlaubnistatbestand für die Bildung eines solchen Bestandes an arbeitnehmerbezogenen Verkehrsdaten vorliegt, auf den der Arbeitgeber im Falle eines Missbrauchsverdachts zurückgreifen könnte.⁵¹ Dies würde aber im Ergebnis bedeuten, dass auch bei dem konkreten Verdacht einer missbräuchlichen Internetnutzung durch einzelne Mitarbeiter keine Kontrolle der Internetverbindungsdaten durch den Arbeitgeber erfolgen dürfte; der Arbeitgeber müsste für eine Nutzungskontrolle gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen.⁵²

Der Arbeitgeber muss daher bei einem konkreten Missbrauchsverdacht gegenüber einem Mitarbeiter berechtigt sein, die (in der Regel ohnehin bei einem externen Telekommunikationsanbieter erfassten und gespeicherten) Verbindungsdaten zu nutzen. Ein solcher konkreter Missbrauchsverdacht muss dann allerdings in einem erheblichen Verstoß des Mitarbeiters begründet sein. Hierzu zählen wegen § 100 UrhG etwa Urheberrechtsverletzungen, die Verbreitung von sog. „harter“ Pornographie und der Verrat von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen. In diesen Fällen muss dem Arbeitgeber die Kontrolle der privaten Internetkommunikation des Mitarbeiters erlaubt sein.⁵³ Ob zur Feststellung eines solchen Missbrauchsverdachtes oder zumindest eines „Anfangsverdachtes“ auch die Einführung automatischer Überwachungsprogramme (etwa mit Aktivitätsprotokollen oder einer Filterung gemäß einer URL-Blacklist bzw. nach Dateiarnten) zulässig wäre, ist bei der Gestattung privater Internetnutzung allerdings nochmals enger zu beurteilen als bei der rein dienstlichen Nutzung.

d) Anwendung dieser Kriterien auf die BAG-Entscheidungen

Betrachtet man unter Anwendung dieser Kriterien nunmehr nochmals die vorstehend skizzierten Entscheidungen des BAG, so ist die vom Gericht geforderte Überprüfung der dienstlichen Rechner möglicherweise gar nicht in dem hierzu notwendigen Umfang zulässig. Dies gilt beispielsweise, wenn der konkrete Missbrauchsverdacht erst im Zuge einer Datensicherung festgestellt wird, denn im Rahmen einer Datensicherung ist es grundsätzlich gar nicht notwendig, auf das Protokoll der Internetkommunikation des Mitarbeiters zurückzugreifen. Zu bedenken ist auch, dass zumindest im Fall des ausschweifenden Surfers der Missbrauchsverdacht auf extrem gestiegenen Internetnutzungskosten (insgesamt ca. 380 Euro) beruhte. Da aber viele Unternehmen inzwischen volumenunabhängige „Flatrates“ benutzen, wird der durch gestiegene Nutzungskosten begründete Missbrauchsverdacht zumindest in Zukunft wohl kaum mehr zur Anwendung kommen, auch wenn das BAG in seiner Entscheidung aus 2007 explizit bemängelt, dass das Berufungsgericht keine Feststellungen zur Kostenbelastung durch die private Internetnutzung getroffen hat.⁵⁴ Auch die durch den Arbeitnehmer unbefugt installierte Anonymisierungssoftware wurde eher zufällig im Rahmen der Wartung entdeckt und anschließend eine Kontrolle des Internetbrowsers durchgeführt. Also ist auch dort erst aufgrund der Überprüfung des teilweise privat genutzten Rechners ein Missbrauchsverdacht entstanden. Es ist jedoch sehr fraglich, ob solche „Zufallsfunde“ tatsächlich einen Missbrauchsverdacht begründen können, oder ob im Ergebnis (auch zur Vermeidung einer betrieblichen Übung) ein dauerhaftes Internet- und E-Mail-Monitoring durch den Arbeitgeber erforderlich ist. Es wäre sicherlich wünschenswert gewesen, dass das BAG auch zur Zulässigkeit der von ihm verlangten Kontrolle Ausführungen gemacht hätte.

V. Praktische Gestaltungsmöglichkeiten

Da es das BAG versäumt hat, auf die Regeln der Kontrolle privater Internetnutzung einzugehen, stellt sich für Unternehmen weiterhin die Frage, wie sie auf das zuvor beschriebene Dilemma reagieren sollen. Unpraktikabel (und auch kaum mit dem „Betriebsfrieden“ vereinbar) wäre es sicherlich, die private Internetnutzung nur in zeitlich festgelegten Arbeitspausen oder von bestimmten Pool-Rechnern aus zu gestatten. Möchte also der Arbeit-

47 Vgl. dazu die Gesetzesbegründung zu § 11 TMG, BT-Drucks. 16/3078, abrufbar unter <http://dip.bundestag.de/btd/16/030/1603078.pdf> (Stand: 20. 7. 2007).

48 Ebenso *Härtling*, CR 2007, 311 f.

49 Ebenso *Mengel*, BB 2004, 2014, 2018; *Lindemann/Simon*, BB 2001, 1950, 1953; *Weißnicht*, MMR 2003, 448, 449; *Ernst*, NZA 2002, 585, 587; *Gola*, MMR 1999, 322, 327; *Barton*, NZA 2006, 460, 461.

50 Zur Beschlagnahme und Auswertung von bei einem Provider gespeicherten E-Mails siehe BVerfG, Beschl. v. 29. 6. 2006 – 2 BvR 902/06, CR 2007, 383; zur geplanten Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung im TKG siehe *Eckhardt*, CR 2007, 405.

51 Einen solchen Erlaubnistatbestand verneinend *Elschner*, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), *Handbuch Multimedia-Recht*, 16. Aufl. 2006, Kap. 22.1, Rn. 105, 106, eine präventive Bildung eines Gesamtbestands von personenbezogenen Daten, um im Eventualfall Missbräuche aufzudecken sei unzulässig, für diese lasse § 88 Abs. 3 TKG keinen Raum.

52 So *Ernst*, NZA 2002, 585, 587.

53 Ebenso *Mengel*, BB 2004, 2014, 2018; *Weißnicht*, MMR 2003, 448, 450.

54 BAG, Urt. v. 31. 5. 2007 – 2 AZR 200/06, K&R 2007, 476.

geber seinen Mitarbeitern die private Internetnutzung nicht gänzlich verbieten, ist es jedenfalls aus Sicht des Arbeitgebers ratsam, diese Nutzung explizit zu reglementieren. Hierzu gibt es unterschiedliche Möglichkeiten.

1. Regelungen zur E-Mail-Nutzung

Hinsichtlich der Nutzung von E-Mails könnten die Mitarbeiter beispielsweise angewiesen werden, private E-Mails in der Betreffzeile als solche zu kennzeichnen; dies funktioniert natürlich nur für die betriebsinterne Kommunikation zwischen den Mitarbeitern, nicht für externe E-Mails. Auch könnte überlegt werden, zur besseren Abgrenzung von geschäftlicher und privater E-Mail-Korrespondenz eigens hierfür eingerichtete E-Mail-Posteingänge, automatisierte Weiterleitungen⁵⁵ oder sogar eigene E-Mail-Adressen einzurichten (z. B. eine Differenzierung zwischen „sabinemüller@firma.de“ und „müller_privat@firma.de“). Auch die Verwendung von funktionsbezogenen (und damit rein dienstlichen) E-Mailadressen kann sich in Einzelfällen empfehlen (z. B. vertrieb@firma.de, controlling@firma.de, etc.), um eine private Nutzung der E-Mail-Adresse auszuschließen.⁵⁶ Denkbar ist auch, die Mitarbeiter dazu zu verpflichten, ihre privaten E-Mails innerhalb einer bestimmten Frist in einen separaten Ordner zu verschieben oder zu löschen bzw. nach Ablauf dieser Frist automatisch löschen zu lassen.⁵⁷

Angesichts der oben skizzierten Anforderungen an die ordnungsgemäße Gestaltung und Archivierung von geschäftlichen E-Mails sind im Übrigen (neben der Einhaltung der handelsrechtlichen Pflichtangaben) auch Vorgaben hinsichtlich der Ablage von E-Mails in entsprechende „Folder“ sinnvoll, es sei denn, das Unternehmen verfügt über eine „intelligente“ Archivierungslösung oder eine Software, mit der auch unstrukturierte Daten binnen Sekunden zu handels- und steuerrechtlich relevanten Unterlagen zusammengestellt werden können. Um dem Problem der Einsichtnahme und der Weiterleitung von vertraulichen E-Mails und der Zugriffe auf Mitarbeiter-Mailboxen im Urlaubs- oder Krankheitsfall Rechnung zu tragen, müssen zudem Regelungen für die „Access Delegation“, also den Zugriff Dritter auf die Mailbox des Mitarbeiters in dessen Abwesenheit aufgestellt werden.⁵⁸ Der Arbeitgeber sollte sich auch für die automatische Filterung von E-Mails nach unerlaubten Inhalten und Spam eine Einwilligung von seinen Arbeitnehmern erteilen lassen, um Konflikte mit § 88 TKG und §§ 202 a, 206 StGB zu vermeiden. Dies gilt insbesondere dann, wenn das E-Mail-System eine Echtzeit-Archivierung (sog. „Journaling“) durchführt. Weiterhin sollte im Arbeitsvertrag oder einer Betriebsvereinbarung das Verbot enthalten sein, unsichere E-Mail-Attachments zu öffnen oder gar auf den IT-Systemen zu speichern. Weiterhin ist es ratsam, Vorgaben zu nicht erlaubten Inhalten zu machen (Pornographie, MP3s, Podcasts) und Hinweise auf den Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen aufzunehmen.

2. Regelungen bezüglich der Nutzung des World Wide Web

Daneben sollte angesichts des eingangs skizzierten Ausmaßes der privaten Internetnutzung und der Beweislast

des Arbeitgebers im Falle eines Kündigungsprozesses auch der zeitliche Umfang der nicht dienstlichen Nutzung des Internets geregelt werden. Dies gilt auch für die Nutzung von mobilen Endgeräten (wie etwa Blackberry, PDA) und des Remote-Zugangs zum Firmennetz (beispielsweise auch am Wochenende). Denn auch bei Gestattung der privaten Internetnutzung durch den Arbeitgeber darf der Mitarbeiter nicht etwa grenzenlos im Internet surfen. Vielmehr darf er das Internet auch dann nur in einem Umfang privat nutzen, von dem er vernünftigerweise annehmen kann, dass der Arbeitgeber die Nutzung gestattet hätte (sog. Übermaßverbot).⁵⁹ Orientieren kann man sich hier an den Entscheidungen des Arbeitsgerichtes Wesel⁶⁰ und des LAG Köln⁶¹, wonach bei einer Vollzeitbeschäftigung ein vom Arbeitgeber noch hinzunehmender Nutzungsumfang etwa zwei Stunden pro Arbeitswoche bzw. 80-100 Stunden pro Jahr betrage, also etwa 5 % der regulären Arbeitszeit.

VI. Fazit und Ausblick

Trotz der vorgeschlagenen Regelungen zur privaten Nutzung von E-Mail und Internet bleibt die Herausforderung, dass zur Vermeidung einer gegenläufigen betrieblichen Übung (vgl. zuvor in Ziff. IV.2) grundsätzlich auch eine Kontrolle der Einhaltung dieser Vorgaben durch den Arbeitgeber erfolgen muss. Bei der Einführung von entsprechenden Überwachungsprogrammen für das Internet (beispielsweise eine Software mit Aktivitätsprotokollen oder gar Tastaturmitschnitten, sog. „Keylogger“) ist jedoch auf jeden Fall der Betriebsrat einzuschalten. Die Vorabfilterung von Webinhalten nach einer vom Arbeitgeber festgelegten Sperrliste für bestimmte URLs oder nach bestimmten Inhalten dürfte dagegen allein der Entscheidung des Arbeitgebers unterfallen. Schließlich ist es sinnvoll, die im Unternehmen vorhandene Internet-Policy regelmäßig einer Kontrolle im Hinblick auf ihre Aktualität zu unterziehen und insbesondere bei der Einführung von computergestützten Überwachungsmaßnahmen auch die Reformbestrebungen des Gesetzgebers im Zusammenhang mit dem Strafrechtsänderungsgesetz zur Bekämpfung der Computerkriminalität zu beobachten.

Hinweise der Redaktion:

Die Entscheidung des BGH zu Kündigungsvoraussetzungen wegen privater Internetnutzung am Arbeitsplatz vom 31. 5. 2007 – 2 AZR 200/06 finden Sie in K&R 2007, 476 (in diesem Heft). Einen Beitrag zu dieser Entscheidung von Dr. Frank Lansnicker finden Sie in BB 2007, Heft 37.

55 Ebenso Härtling, CR 2007, 311, 312.

56 Vgl. dazu Forgó (Fn. 13).

57 Durch eine entsprechende Vereinbarung mit den Mitarbeitern könnte dann geregelt werden, dass sämtliche E-Mails, die sich nach dieser Frist noch in ihrem Hauptpostfach befinden, als Geschäftspost angesehen und entsprechend archiviert wird, vgl. dazu Forgó (Fn. 13).

58 Nach einer Studie von McAfee und ICM Research verfügen mit 32 % mehr als ein Drittel der deutschen Unternehmen über keine fest definierten Regeln für den Umgang mit vertraulichen Dokumenten, vgl. http://www.itseccity.de/?url=/inhalte/in_market_stu.html (Stand: 10. 6. 2007).

59 Vgl. Ernst, NZA 2002, 585, 586.

60 ArbG Wesel, Urt. v. 21. 3. 2001 – 5 Ca 4021/00, NJW 2001, 2490 ff.

61 LAG Köln, Urt. v. 11. 2. 2005 – 4 Sa 1018/04, BB 2006, 1691 = MDR 2006, 36.