

[Titelthema]

Telekommunikation im Betrieb

Fernsprechgeheimnis auch für Arbeitnehmer?

Wolfgang Däubler

Darum geht es:

- Auch bei dienstlichen Telefongesprächen und E-Mails darf der Arbeitgeber keine totale Überwachung praktizieren.
- Bei privater Telekommunikation ist nach dem Telekommunikationsgesetz das Fernsprechgeheimnis zu wahren.
- Sind beide technisch nicht getrennt, kann es unerfreuliche Verwicklungen geben.

Arbeit verlagert sich immer mehr ins Netz. Das schafft die Gefahr der Totalüberwachung – egal ob der Beschäftigte telefoniert, E-Mails bearbeitet oder das Internet nutzt. Das Telekommunikationsgesetz und das Allgemeine Persönlichkeitsrecht gewähren an sich ausreichenden rechtlichen Schutz – man muss nur in der Lage sein, ihn in Anspruch zu nehmen.

In einem Call Center der Firma T. werden an fünf von sieben Wochentagen alle Gespräche automatisch aufgezeichnet. Dies ist den Beschäftigten bekannt. Anrufer werden gefragt, ob sie einverstanden sind. Mit Hilfe eines Zufallsgenerators werden am Ende jeder Woche fünf Gespräche ausgewählt, die von einem Gruppenleiter abgehört und ausgewertet werden. Besonders gute Leistungen eines „Call Agent“ werden mit einer Prämie belohnt; mangelhafte Gesprächsführung führt zu einer Ermahnung und manchmal zu einer „Nachschulung“. Wer sich als wenig „lernfähig“ erweist, muss mit Abmahnung und Kündigung rechnen.

Fernsprechgeheimnis nur auf dem Papier?

Das Fernsprechgeheimnis ist in Art. 10 des Grundgesetzes (GG) garantiert; Einzelheiten finden sich in § 88 Telekommunikationsgesetz (TKG). Jeder Anbieter von „Telekommunikationsdienstleistungen“ muss nach § 88 Abs. 2 Satz 1 TKG das Fernsprechgeheimnis beachten. Anbieter ist nach § 3 Nr. 6 TKG jeder, »der ganz oder teilweise geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringt oder an der Erbringung solcher Dienste mitwirkt«. Soweit es um die dienstliche Nutzung des Telefons geht, ist diese Voraussetzung beim Arbeitgeber nicht gegeben. Zwar werden Möglichkeiten zur Telekommunikation zur Verfügung gestellt, doch handelt es sich dabei nicht um ein Angebot auf dem Markt, das heißt ein »Angebot für Dritte«. ¹ Auch fehlt es an der »Geschäftsmäßigkeit«. Der Arbeitnehmer ist im Rahmen des Arbeitsverhältnisses nicht mit einem Marktteilnehmer vergleichbar, der von einem Angebot Gebrauch machen oder es ignorieren kann: Vielmehr ist er im Rahmen seiner arbeitsbedingten Aufgaben verpflichtet, die ihm eröffneten Möglichkeiten zu nutzen. Es geht nicht um eine marktförmige, sondern um eine hierarchische Beziehung. Das TKG einschließlich seines § 88 findet keine Anwendung. Auf die Frage, wie Privatgespräche zu beurteilen sind, wird zurückzukommen sein.

Schutz der Persönlichkeit

Der Beschäftigte ist dennoch nicht schutzlos. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) ² kann sich ein Arbeitnehmer auch dann auf sein »Recht am eigenen Wort« berufen, wenn er Dienstgespräche führt. Das Mithören durch Dritte stellt einen Eingriff in seine Persönlichkeitssphäre dar, die mit einer heimlichen Tonbandaufnahme vergleichbar ist. ³ Der Einzelne muss auch in einer solchen Situation selbst bestimmen können,

wem seine Worte zugänglich sein sollen.⁴ Dieser grundrechtliche Schutz geht auch nicht dadurch verloren, dass der Arbeitnehmer die Mithörmöglichkeit als solche kennt. Allerdings kann der Eingriff im Einzelfall gerechtfertigt sein. Hierfür ist aber ein überwiegendes schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers Voraussetzung.

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat sich dieser Rechtsprechung des BVerfG angeschlossen⁵ und die Rechtfertigungsgründe näher bestimmt. Im Einzelfall müsse das Interesse des Arbeitgebers vor demjenigen des Arbeitnehmers den Vorzug verdienen. Dies sei nur dann anzunehmen, wenn der Eingriff nach Inhalt, Form und Begleitumständen erforderlich sei und überdies das schonendste Mittel darstelle.⁶ Im konkreten Fall ging es um das Reservierungszentrum eines Luftfahrtunternehmens und um das Bestreben des Arbeitgebers, sich gegenüber den Kunden durch »kompetenten Service« auszuzeichnen. Ob neu eingestellte Arbeitnehmer dieser Vorgabe entsprächen, lasse sich – so das höchste deutsche Arbeitsgericht – nur durch Mithören der Gespräche feststellen. Eine derartige Maßnahme sei erlaubt, weil die Interessen des Arbeitnehmers im konkreten Fall von geringerem Gewicht seien: Die Überwachung sei auf die Probezeit beschränkt, und außerdem würden sich die Gespräche nur auf Reservierungen und damit in Zusammenhang stehende Informationen beziehen, also auf »Gegenstände, deren Erörterung die vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht geschützte Eigensphäre des Arbeitnehmers kaum berührt«.⁷ Bei der Abwägung wird also (mit Recht) auch berücksichtigt, wie stark der Eingriff in den Bereich des Persönlichen ist.⁸ Dass hier zu differenzieren ist, wird bereits an einer weiter zurückliegenden Entscheidung zur Kontrolle durch versteckte Kameras deutlich.⁹ In Bezug auf ein (ohne technische Hilfsmittel geführtes) Personalgespräch wurde in neuerer Zeit festgestellt, »im Regelfall« sei kein aner kennenswerter Grund für das heimliche Mithören durch eine andere Person vorhanden.¹⁰

Rechtfertigung von Eingriffen?

Legt man die Maßstäbe der beiden Gerichte zugrunde, so kann das heimliche Mithören nur dann gerechtfertigt sein, wenn der Arbeitgeber wie im Falle einer auf Probe eingestellten Person ein besonderes Interesse daran hat, sich ein unbeeinflusstes Bild von der jeweiligen Arbeitsleistung zu machen. Dabei muss man allerdings berücksichtigen, dass es um relativ „banale“ Dinge ohne engen Persönlichkeitsbezug für den Betroffenen ging, so dass man in anderen Fällen zu einem abweichenden Ergebnis kommen muss. Richtet zum Beispiel eine Rundfunkanstalt eine Hotline ein, wo sich jeder Hörer mit „Lebensproblemen“ melden kann, so haben die persönlichen Gespräche auch auf Seiten des Rundfunkmitarbeiters notwendigerweise eine andere Dimension. Soweit es wie in dem Reservierungszentrum um Routinegespräche geht, kann man durchaus daran denken, auch Beschwerden von Kunden für eine Überprüfung genügen zu lassen - vorausgesetzt, sie haben ernsthaften Charakter und treten nicht nur im Einzelfall auf. Eine schlichte „Stichprobenkontrolle“ ist nach der Rechtsprechung demgegenüber nicht möglich, ebenso wenig eine anlassbezogene Kontrolle, soweit die „Anlässe“ über das vom BVerfG und vom BAG Zugelassene hinausgehen. Die oben geschilderte Praxis aus einem Call Center lässt sich daher nicht rechtfertigen, zumal die geführten Gespräche eine ganz unterschiedliche „Persönlichkeitsnähe“ aufweisen werden.

Behandlung von Telefondaten ...

Werden die Begleitumstände von Telefongesprächen wie Beginn und Ende, vertelefonierte Einheiten und angerufene Nummer aufgezeichnet („Telefondaten“), so liegt ein geringerer Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers vor. Deshalb räumt die Rechtsprechung hier dem Arbeitgeberinteresse in der Regel den Vorrang ein; es genügt der Bedarf nach Kontrolle.¹¹ Das Arbeitgeberinteresse überwiege sogar bei Privatgesprächen aus dienstlichem Anlass.¹² Zwar gehörten diese zur Privatsphäre des Arbeitnehmers, doch habe das Kontrollinteresse des Arbeitgebers größeres Gewicht, solange es dem Arbeitnehmer freistehe, auf eigene Kosten ein reines Privatgespräch zu führen.¹³

... und elektronischer Post

Die Feststellungen des BVerfG und des BAG sind nicht auf das Verwenden einer bestimmten Technik beschränkt. Die Persönlichkeit des Einzelnen verdient generell Schutz, nicht nur dann, wenn es um das gesprochene Wort geht. Auch wenn Mitteilungen per E-Mail in Rede stehen, kommt es auf das Vorliegen rechtfertigender Gründe an. Sie müssen umso gewichtiger sein, je stärker in die Sphäre des Beschäftigten eingegriffen wird. Auch die Literatur teilt diese Auffassung.¹⁴ Hier zu differenzieren würde zudem der Entwicklung widersprechen, die das Telekommunikationsrecht genommen hat: Für TKG und Telemediengesetz (TMG) spielt es keine Rolle, ob sprachliche oder nicht-sprachliche Kommunikation in Rede steht.

Konsequenzen

Bei elektronischer Post macht es einen ähnlich großen Unterschied wie bei Telefongesprächen, ob der Arbeitgeber lediglich die äußeren Umstände wie Zeitpunkt der Absendung und angeschriebene Adresse zur Kenntnis bekommt¹⁵ oder ob ihm auch der Inhalt selbst zugänglich ist. Auch hier geht es häufig um spontane Reaktionen, die sich ausschließlich an den Adressaten richten, so dass Kontrollmaßnahmen dieselbe »Eingriffstiefe« wie das heimliche Mithören von Telefongesprächen haben. Daraus folgt, dass ein automatischer Zugriff auf die übermittelten Inhalte grundsätzlich ausgeschlossen ist. Eine Ausnahme gilt nur bei überwiegenden Arbeitgeberbelangen.¹⁶ Sie sind insbesondere dann anzunehmen, wenn ein auf Tatsachen gestützter Verdacht besteht, es seien strafbare Handlungen begangen, etwa Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse verraten worden. Für solche Fälle ist § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG gedacht, der bei einem auf dokumentierten Tatsachen beruhenden Verdacht sogar heimliche Überwachungsmaßnahmen zulässt.¹⁷ Ein „Zugriff“ durch den Vorgesetzten liegt demgegenüber nicht vor, wenn dieser einen Ausdruck der Mail haben will oder verlangt, dass sie an ihn weitergeleitet wird. Dem ist selbstredend Rechnung zu tragen. Legt man die Rechtsprechung zur traditionellen Telefondatenerfassung zugrunde,¹⁸ so bestehen keine Bedenken dagegen, dass der Zeitpunkt der Absendung einer E-Mail und die angemailte Adresse festgehalten werden. Für das Eingehen von E-Mails gilt dasselbe, zumal oft keine anderen Dokumente beispielsweise für einen Vertragsschluss vorhanden sind.¹⁹

Ausgeschiedene Mitarbeiter

Besondere Probleme ergeben sich bei ausgeschiedenen Mitarbeitern, für die weiter Mails eingehen. Soweit nur eine dienstliche Nutzung erlaubt war, kann der Nachfolger Einblick nehmen; notfalls erhält er ein neues Passwort. Wird kein Nachfolger bestimmt, sind Mails automatisch an denjenigen weiterzuleiten, der nunmehr die Aufgaben des Ausgeschiedenen erfüllt. Auf die Schwierigkeiten, die bei erlaubter Privatnutzung entstehen, wird zurück zu kommen sein. Ist der Beschäftigte längere Zeit krank, so wird in aller Regel ein Vertreter bestimmt, der seine Mails lesen kann oder an den sie weitergeleitet werden. Oft kann der einzelne Beschäftigte auch aus dem Kollegenkreis eine Person seines Vertrauens auswählen, die bei längerer Abwesenheit Zugriff haben soll. Macht er davon keinen Gebrauch, besteht ein überwiegendes Arbeitgeberinteresse daran, von den dienstlichen E-Mails Kenntnis zu erhalten. Die damit beauftragte Person erhält ggf. ein neues Passwort.²⁰

Intranet und betriebliche Datenerfassung

Soweit der Arbeitnehmer Informationen aus dem Intranet bezieht, beispielsweise die »Hauspost« oder die Mitteilungen der Geschäftsführung über die wirtschaftliche Lage des Unternehmens liest, ist vom Persönlichkeitsschutz her nichts dagegen einzuwenden, dass diese Tatsache festgehalten wird. Im Prinzip gilt dasselbe für die Teilnahme an Videokonferenzen oder für die Inanspruchnahme des firmeneigenen Dokumentationszentrums.

Lediglich diese Einzelvorgänge zu betrachten, wird jedoch in dem Moment fragwürdig, wo der Einzelne praktisch seine gesamte Arbeit über den vernetzten PC abwickelt. In diesem Fall kann das Arbeitsverhalten einer lückenlosen Kontrolle unterworfen werden. Auch wäre denkbar, dass zusammen mit anderen Angaben, die etwa in der Personalabteilung verfügbar sind, ein

»Persönlichkeitsprofil« erstellt wird, also ein mehr oder weniger vollständiges Abbild aller Stärken und Schwächen eines Menschen innerhalb eines bestimmten Lebensbereichs. Eine Datenerhebung dieser Intensität lässt sich nicht rechtfertigen, da sie einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Persönlichkeitssphäre darstellen würde. Auch wenn es um das Arbeitsverhalten eines einzelnen Beschäftigten geht, ist eine kontinuierliche, jede informelle Pause und jeden Gang zur Toilette einschließende Überwachung unzulässig. Entsprechende Aussagen finden sich bereits in der Mikrozensus-Entscheidung des BVerfG vom 16. Juli 1969, in der ausdrücklich von einem Verbot die Rede ist, »den Menschen zwangsweise in seiner ganzen Persönlichkeit zu registrieren und zu katalogisieren«. ²¹ Der Arbeitgeber ist in solchen Fällen darauf beschränkt, nur bestimmte Nutzungen zu erfassen oder lediglich Stichproben zu machen. ²²

Informationen übers Surfen

Werden im Internet vorhandene Angebote für dienstliche Zwecke in Anspruch genommen, so kann dies als „Verbindungsdatum“ festgehalten werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn es um kostenpflichtige Aktivitäten geht, wenn beispielsweise ein angestellter Jurist die Datenbank Juris in Anspruch nimmt. Ist die Internetnutzung nicht kostenwirksam, weil eine Pauschalabrede mit einem Provider besteht, so hat eine Erfassung nur den Sinn, das Arbeitsverhalten der fraglichen Person zu kontrollieren. Soweit »Vertrauensarbeitszeit« besteht, fehlt hierfür jede Grundlage, da es dem Arbeitnehmer überlassen ist, zu welchen Zeiten er die gestellte Aufgabe erfüllen will. Bestehen feste Arbeitszeiten, mag man anders entscheiden, doch darf gilt auch hier das Verbot der Totalüberwachung. Soweit Daten automatisch entstehen (etwa im Rahmen einer „Firewall“), dürfen sie allenfalls dann ausgewertet werden, wenn dazu ein besonderer Anlass wie der Eingang einer Beschwerde besteht.

Unerlaubte Privatnutzung

Ist die private Internetnutzung nicht zulässig, kann der Arbeitgeber durch Einsatz von Filterprogrammen, durch Zugangssperren oder Ähnliches von vornherein eine andere als dienstlich veranlasste Nutzung unmöglich machen oder zumindest außerordentlich erschweren. Denkbar ist weiter, bestimmte Verbindungen, die ersichtlich nicht mit der Aufgabenerfüllung zusammenhängen, als solche zu erfassen und sie dem betroffenen Beschäftigten gegebenenfalls entgegenzuhalten.

Fraglich ist allein, ob auch der Inhalt von Dateien überprüft werden darf, die sich der Arbeitnehmer unbefugt aus dem Internet heruntergeladen hat. Der private Charakter einer Information geht meiner Einsicht nicht dadurch verloren, dass sie unter Verstoß gegen arbeitsvertragliche Pflichten erhoben oder gespeichert wurde. ²³ Den berechtigten Interessen des Arbeitgebers ist schon dadurch genügt, dass er diese Tatsache zur Kenntnis bekommt; ob der Arbeitnehmer bei E-Bay Angebote einstellte oder im Netz nach einer Ferienwohnung suchte, ist arbeitsrechtlich ohne Bedeutung. ²⁴ Erst recht ist dem Arbeitgeber ein Zugriff verwehrt, wenn der Arbeitnehmer auf einem dem Arbeitgeber gehörenden Laufwerk passwortgeschützte Daten speichern darf. ²⁵ Selbst bei strafbaren Handlungen gilt nichts prinzipiell anderes. Werden etwa verbotene pornographische Aufnahmen nicht an dritte Personen weitergegeben, ist das Arbeitsverhältnis als solches durch den Inhalt der fraglichen Datei nicht berührt. ²⁶ Wollte man anders entscheiden, würde man den Arbeitgeber zur Ermittlungsbehörde machen.

Erlaubte Privatnutzung und Telekommunikationsgeheimnis

Ist der Arbeitnehmer zur privaten Nutzung von Telefon und Internet befugt, stellt sich die rechtliche Ausgangssituation ganz anders dar. In diesem Fall bietet der Arbeitgeber Telekommunikationsleistungen an, das heißt er wirkt bei ihrer Erbringung durch die Telekom oder einen anderen Anbieter mit. Soweit ersichtlich, besteht deshalb in der Literatur im Wesentlichen Einvernehmen darüber, dass die private Nutzung unter das TKG fällt. ²⁷

Im Anschluss an Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte (LAG) Niedersachsen²⁸ und Berlin-Brandenburg²⁹ sowie des Verwaltungsgerichts (VG) Frankfurt am Main³⁰ und des hessischen Verwaltungsgerichtshofs (VGH)³¹ vertreten nunmehr einige Autoren den Standpunkt, der Arbeitgeber sei auch bei erlaubter Privatnutzung kein „Telekommunikationsanbieter“, so dass zum Beispiel bei der Kontrolle von digitaler Post das Telekommunikationsgeheimnis des § 88 TKG nicht eingreife.³² Auch scheide deshalb eine (sonst drohende) Bestrafung nach § 206 des Strafgesetzbuchs (StGB) aus.³³ Dem ist jedoch mit guten Gründen widersprochen worden.³⁴

Die neue Position meint, der Arbeitnehmer sei kein „Dritter“, dem ein Angebot gemacht werde; vielmehr stehe er auch bei der Privatnutzung nicht außerhalb des Unternehmens.³⁵ Dem wird jedoch entgegengehalten, der private Gebrauch sei in der Regel auf die Pausen und auf die arbeitsfreie Zeit beschränkt, wo gerade nicht von einer „Einbindung“ in die Organisation die Rede sein könne.³⁶ Auch wird die private Nutzung auf unbestimmte Dauer eingeräumt, so dass von einem „nachhaltigen“ Angebot im Sinne des § 3 Nr. 10 TKG die Rede sein kann.³⁷ Dort ist auch ausdrücklich bestimmt, dass keine Gewinnerzielungsabsicht vorliegen muss.

Die von der herrschenden Meinung vorgenommene Differenzierung zwischen dienstlicher und privater Nutzung wird durch die Entstehungsgeschichte des (alten) TKG bestätigt. Nach dem Willen der Gesetzesverfasser sollte das Fernmeldegeheimnis auch auf »Corporate Networks« sowie Nebenstellenanlagen in Hotels und Krankenhäusern erstreckt werden,³⁸ wobei es jeweils nur um die private Nutzung durch die betroffenen Personen gehen sollte. Auf der anderen Seite wird betont, dass die generelle Anwendung des TKG für den Arbeitgeber einen enormen Aufwand mit sich bringe, den der Gesetzgeber ersichtlich nicht gewollt haben könne.³⁹ Dem ist entgegenzuhalten, dass die technischen Maßnahmen nach § 109 TKG zwar in der Tat ins Gewicht fallen, dass sie aber primär nur für „öffentliche“ Diensteanbieter gelten. Dazu zählt der Arbeitgeber nicht, da er nur den eigenen Beschäftigten ein Angebot macht.⁴⁰

Rechtsfolgen

Wendet man in Übereinstimmung mit der auch heute noch herrschenden Meinung das TKG an, wenn den Beschäftigten die Privatnutzung erlaubt ist,⁴¹ so hat dies erhebliche praktische Konsequenzen. Grundsätzlich greift das Telekommunikationsgeheimnis ein. Nach § 88 Abs. 3 Satz 1 TKG ist der Arbeitgeber deshalb auf die Erfassung der Daten beschränkt, die für eine eventuelle Abrechnung und zum Schutz der technischen Systeme erforderlich sind. Ein Zugriff auf die Inhalte und die näheren Umstände der Telekommunikation ist grundsätzlich ausgeschlossen.⁴² Eine Ausnahme ist nach § 88 Abs. 3 Satz 3 TKG nur möglich, wenn das TKG oder ein anderes Gesetz dies vorsieht und sich dabei ausdrücklich auf Telekommunikationsvorgänge bezieht. Dies ist weder beim TVG noch beim BetrVG der Fall, so dass auch Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen nicht in Betracht kommen.⁴³

Der fehlende Zugriff auf die Inhalte privater Kommunikation ist für den Arbeitgeber nicht belastend. Allerdings ergeben sich Probleme, wenn dienstliche und private Nutzung auf demselben E-Mail-Account zusammenlaufen.⁴⁴ Eine Trennung liegt daher nahe.

Technische Trennung

Wie kann diese bewerkstelligt werden? Bei ausgehenden Telefongesprächen kann man eine bestimmte Vorwahl vorsehen. Bei E-Mails käme die Beschränkung der Privatnutzung auf externe Provider wie gmx.de und web.de in Betracht.⁴⁵ Eine bloße Kennzeichnung als „dienstlich“ oder „privat“ reicht nicht aus, da der Arbeitgeber bei einer Öffnung des E-Mail-Accounts dann auf alle Fälle die äußeren Daten auch der privaten Mails zur Kenntnis bekäme.⁴⁶ Auf der anderen Seite ist zu beachten, dass der Arbeitgeber die dienstlichen Daten nicht zuletzt deshalb kennen muss, weil er nach § 257 des Handelsgesetzbuchs (HGB) „Geschäftsbriefe“ mindestens sechs Jahre aufbewahren muss und diese auch die Form von E-Mails haben können. Insofern ist eine konsequente Trennung für ihn von großem praktischen Nutzen.

Mischtatbestände

Sind dienstliche und private Kommunikation technisch nicht getrennt, so sind die Vorschriften über die private Nutzung anzuwenden, da das Telekommunikationsgeheimnis auch in solchen Fällen Beachtung verlangt. Ein Zugriff durch den Arbeitgeber ist daher grundsätzlich ausgeschlossen.⁴⁷ Dieser kann lediglich mit Hilfe seines Direktionsrechts Ausdrücke von dienstlichen E-Mails oder ihre Weiterleitung an sich verlangen. Damit wird den Aufbewahrungspflichten nach § 257 HGB Rechnung getragen. Eine Weigerung des Arbeitnehmers würde eine schwere Pflichtverletzung darstellen, ebenso die unvollständige Weitergabe dienstlicher Dokumente. Existieren Dateien über die dienstliche Internetnutzung, ist auch insoweit der Vorgesetzte auf Verlangen zu informieren.

Schwierigkeiten ergeben sich dann, wenn der Arbeitnehmer ausgeschieden oder wegen Krankheit oder Urlaub vorübergehend abwesend ist. Im Regelfall wird es eine Vertretungsregelung geben, wonach die Mails an eine bestimmte andere Person weitergeleitet werden oder diese am Arbeitsplatz des Abwesenden Einsicht nehmen kann. Eine solche Regelung setzt allerdings die freiwillige Einwilligung des Arbeitnehmers voraus, da ja auch private Informationen erfasst sind. Fehlt eine solche Vertretung, kann gleichwohl ein dringendes Bedürfnis des Arbeitgebers bestehen, den Inhalt der dienstlichen Kommunikation zur Kenntnis zu bekommen. Hat der Kunde den Vertrag endgültig abgelehnt? Hat die ausländische Partnerfirma inzwischen den Besuchstermin ihrer Delegation bestätigt? Ist das Abo der Zeitschrift „IT-Markt intern“ wie vorgesehen noch rechtzeitig gekündigt worden?

Die Öffnung des E-Mail-Accounts könnte in diesem Fall eventuell damit gerechtfertigt werden, dass das Telekommunikationsgeheimnis nach § 88 Abs. 2 TKG in dieser Situation nicht mehr eingreift, weil es nur den Übermittlungsvorgang als solchen erfasst, der besonders anfällig gegen Eingriffe von außen ist. Er endet, wenn die Information im Herrschaftsbereich des Adressaten angekommen ist.⁴⁸ Auch wenn man dies so sieht, besteht das Bedenken, dass der abwesende Adressat in aller Regel gar nichts von den eingehenden Informationen weiß, so dass man diese schwerlich seinem „Herrschaftsbereich“ zuordnen kann.⁴⁹ Dennoch muss eine Öffnung möglich sein, die sich allerdings nicht auf den Inhalt der Privatkommunikation erstrecken darf. Ist letztere durchgehend als solche gekennzeichnet, darf der Arbeitgeber oder sein Beauftragter insoweit keine Kenntnis nehmen.⁵⁰ Lassen sich – wie meist – die Mails von der äußeren Erscheinungsform her nicht in dienstliche und private aufteilen, ist eine neutrale außenstehende Person mit der Lektüre zu beauftragen; nur die dienstlichen Informationen dürfen von ihm an den Arbeitgeber weitergeleitet werden.⁵¹

Spamfilter

Vom Arbeitgeber eingesetzte Spamfilter sind unproblematisch, wenn lediglich in der Betreffzeile des E-Mails ein »Spam?« oder ein vergleichbarer Vermerk eingefügt wird – da dies automatisch geschieht, findet keine Kenntnisnahme der übermittelten Inhalte statt.⁵² Führt der Filter jedoch dazu, dass bestimmte Mails ausgesondert und vernichtet werden, so erfüllt dies den Tatbestand des § 303a StGB (unerlaubtes Löschen und Unterdrücken von Daten).⁵³ Auch ist der von Amts wegen zu verfolgende Straftatbestand des § 206 StGB (Bruch des Telekommunikationsgeheimnisses) verwirklicht, wenn die Privatnutzung erlaubt und der Arbeitgeber damit zum »Telekommunikationsunternehmer« geworden ist. Eine freiwillig erteilte Einwilligung des jeweiligen Beschäftigten könnte die Rechtswidrigkeit des Vorgehens beseitigen, doch muss diese effektiv vorliegen. Sie kann nicht durch eine vermutete Einwilligung ersetzt werden, etwa mit dem Argument, es sei nur gut, wenn man »solches Zeug« gar nicht bekomme – dies schon deshalb nicht, weil kein Filter so perfekt sein kann, dass nicht durchaus ernsthafte und wichtige E-Mails bisweilen als Spam qualifiziert und in den digitalen Müll geworfen werden.⁵⁴ Als »Ausweichmöglichkeit« bleibt ein spezieller Spam-Ordner, den der Adressat bei Gelegenheit durchsehen und aus dem er die ausnahmsweise doch interessanten Mails »herausfischen« kann.

Prof. Dr. Wolfgang Däubler ist Hochschullehrer i. R. für Arbeitsrecht, Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht an der Universität Bremen. Er ist Mitglied im Aufsichtsrat der Bremer Landesbank, Berater der Rechtsanwaltskanzlei Schwegler, Autor zahlreicher Buchveröffentlichungen zum Arbeitsrecht und Datenschutz - eben erschien die 6. Auflage seiner „Gläsernen Belegschaften“ – und Referent auf zahlreichen Betriebsräteseminaren.

» daeubler@uni-bremen.de

LAYOUT:

- Hinweiskasten auf Neuaufl. Gläserne Belegschaften (wie Crowdwork-Buch in CuA 10/14) – Text ist angehängt
- BV zum Thema (kleinere Schriftart)

- Kasten (falls Platz):

Abwesende Mitarbeiter

Ist der Arbeitnehmer längere Zeit krank, so ist in aller Regel ein Vertreter vorgesehen, der seine Mails lesen kann oder an den sie weitergeleitet werden. Oft wird auch der Betroffene ermächtigt, aus dem Kollegenkreis eine Person seines Vertrauens auszuwählen. Macht er davon keinen Gebrauch, besteht ein überwiegendes Arbeitgeberinteresse daran, von den dienstlichen E-Mails Kenntnis zu erhalten. Auf sie kann notfalls durch Zurücksetzung des bisherigen und durch Vergabe eines neuen Passworts zugegriffen werden.

aus: Wolfgang Däubler: Gläserne Belegschaften, Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, 6. Auflage 2014, Rn. 354b

- ¹ Ebenso OVG Lüneburg vom 14.9.2011, Az.: 18 LP 15/10, ZD 2012, 44; Beckschulze/Henkel, in: DB 2001, 1495; Gola, in: MMR 1999, 323; Heilmann/Tege, in: AuA 2001, 54; Jaspers/Müthlein, Tele-Gesetze, 1998, 22; Lindemann/Simon, in: BB 2001, 1951; Post-Ortmann, in: RDV 1999, 103; Hilber/Frik, in: RdA 2002, 93; die Neufassung des TKG im Jahre 2004 hat daran nichts geändert.
- ² BVerfG vom 19.12.1991, Az.: 1 BvR 382/85, in: DB 1992, 786 und CR 1992, 498, bestätigt durch BVerfG vom 9.10.2002, Az.: 1 BvR 1611/96, 1 BvR 805/98, in: NJW 2002, 3619 und DuD 2003, 170
- ³ Zu deren Unzulässigkeit siehe BVerfG vom 31.1.1973, Az.: 2 BvR 454/71, BVerfGE 34, 238 (245)
- ⁴ BVerfG vom 19.12.1991, aaO., unter Bezugnahme auf BVerfGE 54, 148 (155); ebenso BGH vom 18.2.2003, Az.: XI ZR 165/02, in: RDV 2003, 237
- ⁵ BAG vom 30.8.1995, Az.: 1 ABR 4/95, in: NZA 1996, 218; BAG vom 29.10.1997, Az.: 5 AZ 508/96, in: DB 1998, 371; BAG vom 27.3.2003, Az.: 2 AZR 51/02, in: DB 2003, 2230
- ⁶ BAG vom 30.8.1995, aaO., 221; MünchArbR-Reichold, 3. Auflage, § 86 Rn. 10
- ⁷ BAG vom 30.8.1995, aaO., 221
- ⁸ Zur Differenzierung nach der Intensität des Eingriffs siehe BVerfG vom 11.3.2008, Az.: 1 BvR 2074/05, 1 BvR 1254/07, in: NJW 2008, 1505 (1507 Tz. 77 ff.). Der Arbeitgeber kann seine Kontrollmöglichkeiten nicht dadurch erweitern, dass er eine entsprechende Einwilligung des Arbeitnehmers einholt; ebenso Gola, in: RDV 2002, 112.
- ⁹ BAG vom 7.10.1987 – 5 AZR 116/86, in: DB 1988, 403
- ¹⁰ BAG vom 29.10.1997, Az.: 5 AZ 508/96, in: DB 1998, 371; dasselbe gilt erst recht beim heimlichen Mitlaufenlassen eines Aufnahmegerätes, siehe den Fall bei Köppen, in: CF (jetzt: CuA) 6/2002, 24.
- ¹¹ BAG vom 27.5.1986, Az.: 1 ABR 48/84, AP Nr. 15 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung
- ¹² Beispiel: Anruf zu Hause, man komme später als geplant. Zu dieser Kategorie siehe Däubler, Internet und Arbeitsrecht, 4. Auflage, § 3 II (Rn. 177 ff.).
- ¹³ BAG vom 27.5.1986, aaO.
- ¹⁴ Balke/Müller, in: DB 1997, 326; Kiper, in: CF (jetzt: CuA) 6/2000, 14; Raffler/Hellich, in: NZA 1997, 863
- ¹⁵ Dies wird praktisch allgemein akzeptiert; siehe statt aller Vehslage, in: AnwBI 2001, 148.
- ¹⁶ Bijok/Class, in: RDV 2001, 54; für generelle Unzulässigkeit Heilmann/Tege, in: AuA 2001, 55; anders Beckschulze/Henkel, aaO., 1494
- ¹⁷ Dazu Däubler, Gläserne Belegschaften? 6. Auflage, Rn. 379 ff.
- ¹⁸ BAG vom 27.5.1986, aaO.
- ¹⁹ Bijok/Class, in: RDV 2001, 54; Lindemann/Simon, in: BB 2001, 1952; Vehslage, aaO., 148
- ²⁰ Siehe den Fall LAG Berlin-Brandenburg vom 16.2.2011, Az.: 4 Sa 2132/10, in: ZD 2011, 43, wo es allerdings darum ging, dass auch private Mails abgesandt und empfangen werden durften.
- ²¹ BVerfG vom 16.7.1969, Az.: 1 BvL 19/63, BVerfGE 27, 1, 6 - die Aussage bezieht sich allerdings auf das Bürger-Staat-Verhältnis.
- ²² Ähnlich ULD Schleswig-Holstein, in: RDV 2003, 261
- ²³ Grosjean, in: DB 2003, 2652
- ²⁴ Ebenso Kratz/Gubbels, in: NZA 2009, 652 (654)
- ²⁵ Weißgerber, in: NZA 2003, 1006
- ²⁶ Siehe auch den neuen § 88 Abs. 5 Satz 2 TKG, wonach der Arbeitgeber nur insoweit Kenntnis nehmen darf, wie es für die Qualifizierung als „privat“ erforderlich ist.
- ²⁷ Bock, Beck'scher Kommentar zum TKG, 3. Auflage, § 88 Rn. 24; Ernst, in: NZA 2002, 587; Garstka, in: Bartsch/Lutterbeck (Hrsg.), Neues Recht für neue Medien, 1998, 299f.; Gola, in: MMR 1999, 324; Kratz/Gubbels, in: NZA 2009, 652 (653); Lindemann/Simon, in: BB 2001, 1951; Munz, in: Taeger/Gabel, BDSG, 2. Auflage, § 88 TKG Rn. 23; Post-Ortmann, in: RDV 1999, 103; Vehslage, aaO., 146; anders Gramlich, in: RDV 2001, 123 u.a.; die Privatnutzung kann der Betriebsrat allerdings nicht über sein Mitbestimmungsrecht erzwingen: LAG Rheinland-Pfalz vom 20.10.2009, Az.: 6 TaBV 33/09, in: RDV 2010, 235
- ²⁸ LAG Niedersachsen vom 31.5.2010, Az.: 1 Sa 875/09, in: NZA-RR 2010, 406
- ²⁹ LAG Berlin-Brandenburg vom 16.2.2011, Az.: 4 Sa 2132/10, in: ZD 2011, 43; kritisch dazu Kiesche/Wilke, in: AiB 2012, 92
- ³⁰ VG Frankfurt/M. vom 6. 11. 2008, Az.: 1 K 628/08, in: RDV 2009, 130
- ³¹ VGH Hessen vom 19.5.2009, in: 6 A 2672/08.Z, in: RDV 2010, 39
- ³² Deiters, in: ZD 2012, 109; Thüsing, Arbeitnehmerdatenschutz, Rn. 246; Wybitul, in: ZD 2011, 69; ebenso schon Schimmelpfennig/Wenning, in: DB 2006, 2290
- ³³ Dazu Barton, in: RDV 2012, 217; Kempermann, in: ZD 2012, 12
- ³⁴ Insbesondere Fischer, in: ZD 2012, 265 ff.; de Wolf, in: NZA 2010, 1206; kritisch auch Panzer-Heemeier, in: DuD 2012, 48, 52
- ³⁵ Deiters in: ZD 2012, 109 (110); Wybitul, in: ZD 2012, 69 (71)
- ³⁶ Fischer, in: ZD 2012, 265 (266)

- ³⁷ Ebenso de Wolf, in: NZA 2010, 1206 (1208)
- ³⁸ BT-Drucksache 13/3609, 53
- ³⁹ Post-Ortmann, in: RDV 1999, 103
- ⁴⁰ Beckschulze, in: DB 2009, 2097 (2098) und HWK-Lembke, Vorb. BDSG Rn. 92a; zu weiteren Einwänden siehe Däubler, Internet und Arbeitsrecht, Rn. 237b
- ⁴¹ Dafür de Wolf, in: NZA 2010, 1206; ErfK-Franzen § 32 BDSG Rn. 26; Gola/Schomerus § 32 Rn. 18; HWK-Lembke, 5. Auflage, Vorb. BDSG Rn. 105; HK-ArbR-Hilbrans, 3. Auflage, § 32 Rn. 22; Kiesche/Wilke, in: AiB 2012, 92; Simitis-Seifert, BDG, 8. Auflage, § 32 Rn. 92; Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, BDSG, 4. Auflage, § 32 Rn. 115; Taeger/Gabel-Munz, § 88 TKG Rn. 20
- ⁴² Siehe etwa Schimmelpfennig/Wenning, in: DB 2006, 2290; Simitis-Seifert, § 32 Rn. 92; de Wolf, in: NZA 2010, 1206
- ⁴³ Schimmelpfennig/Wenning, aaO., 2291
- ⁴⁴ Bijok/Class, in: RDV 2001, 56
- ⁴⁵ Beckschulze, aaO., 2097 („freemail-account“)
- ⁴⁶ Simitis-Seifert § 32 Rn. 92
- ⁴⁷ Zu dem Fall, dass der Arbeitnehmer seine eigenen Geräte mitbringt und im Einvernehmen mit dem Arbeitgeber für dienstliche Zwecke verwendet (BYOD = Bring Your Own Device) siehe Däubler, Internet und Arbeitsrecht, § 4 (Rn. 210 ff.)
- ⁴⁸ Dazu Däubler, Internet und Arbeitsrecht, Rn. 237d
- ⁴⁹ Dazu Tiedemann, Anm. zu LAG Berlin-Brandenburg, in: ZD 2011, 46; gleichzeitig stellt sich das Problem, dass der „Herrschaftsbereich“ des Empfängers eindeutig nur erreicht ist, wenn die Information ausschließlich auf dem PC des Adressaten „lagert“; wenn technisch möglich, ist sie aus dem übrigen betrieblichen Netzwerk zu entfernen.
- ⁵⁰ So wurde im Fall LAG Berlin-Brandenburg vom 16.2.2011, Az.: 4 Sa 2132/10, in: ZD 2011, 43
- ⁵¹ Für eine solche Lösung im Grundsatz auch de Wolf, in: NZA 2010, 1206, 1211; Regelungsvorschläge bei Deiters, in: ZD 2012, 109, 114.
- ⁵² Sassenberg/Lammer, in: DuD 2008, 461 (465)
- ⁵³ Zu diesem (und anderen) Straftatbeständen siehe Däubler, Gläserne Belegschaften, aaO., Rn. 627.
- ⁵⁴ Dazu eingehend Sassenberg/Lammer, in: DuD 2008, 461