

Signaturen im öffentlichen Bereich zulässt, ernsthafte Behinderungen für eine europaweite Nutzung elektronischer Signaturen aber ausschließt.

In der Umsetzung von RLeS und RLeG wird Deutschland für formbedürftige Willenserklärungen auch die elektronische Form mit digitalen Signaturen zulassen müssen, die den Anforderungen des Art. 5 Abs. 1 a) RLeS entsprechen. Die Umsetzung sollte dabei nicht nur entsprechende Formregelungen für den privaten, sondern – über die Verpflichtungen der Richtlinien hinausgehend – auch für den öffentlichen Bereich vorsehen. Um sichere Signaturverfahren zu fördern und für Behörden, Gerichte, Unternehmen und Bürger das Angebot beweissicherer Signaturverfahren sicherzustellen, wäre Deutschland allerdings gut beraten, von der durch Art. 3 Abs. 7 RLeS eingeräumten Möglichkeit Gebrauch zu machen. Korrespondierend zur Beibehaltung eines Akkreditierungssystems mit Sicherheitsvermutung sollte die Umsetzung für die Anwendungen digitaler Signaturen im öffentlichen Bereich in der Regel Zertifikate von akkreditierten Zertifizierungsstellen fordern.

Nach einer solchen Rechtsänderung werden auch formbedürftige Willenserklärungen elektronisch abgegeben werden können. Europaweit kann dann hierfür an Stelle der eigenhändigen Unterschrift die Signatur nach Art. 5 Abs. 1a RLeS eingesetzt werden. Sie ist allerdings nur bedingt beweissicher, da für sie keine Beweiserleichterung gilt. In Deutschland wären jedoch im öffentlichen Bereich im Rahmen von akkreditierten Verfahren mit Sicherheitsvermutung beweissichere digitale Signaturen zu nutzen. Im privaten Bereich könnte durch Nutzung dieser Verfahren auf freiwilliger Basis die gleiche Wirkung erzielt werden.⁹⁰

5. Internationale Anerkennung

Das letztlich anzustrebende Ziel eines weltweiten rechtssicheren elektronischen Rechtsverkehrs wird von der RLeS insoweit vorbereitet, als sie in Art. 7 RLeS die Anerkennung von Zertifikaten aus Drittstaaten regelt. Danach sind qualifizierte Zertifikate, die von einem Zertifizierungsdiensteanbieter eines Drittlands öffentlich ausgestellt werden, den von einem in der EU niedergelassenen Diensteanbieter ausgestellten Zertifikaten rechtlich

gleichzustellen, wenn sie eine von drei Voraussetzungen erfüllen:

- Entweder der Anbieter hat sich einem freiwilligen Akkreditierungssystem eines Mitgliedstaats der Europäischen Union unterworfen.
- Oder ein in der EU niedergelassener Zertifizierungsdiensteanbieter steht für das Zertifikat seines internationalen Partners in gleichem Umfang ein wie für seine eigenen Zertifikate.
- Oder das Zertifikat oder der Zertifizierungsdiensteanbieter ist im Rahmen einer bilateralen oder multilateralen Vereinbarung zwischen der EU und Drittländern oder internationalen Organisationen anerkannt.⁹¹

IV. Fazit und Ausblick

Die Rechtsordnung befindet sich derzeit in einem tiefgreifenden Umbruch. Sie muss sich in allen Bereichen auf einen neuen Informationsträger einstellen. Neben dem papiergestützten Rechtsverkehr wird es bald einen umfassenden elektronischen Rechtsverkehr geben. Aufgrund der unterschiedlichen Eigenschaften von Papier und Elektronik müssen daher Regelungen in allen Rechtsbereichen an die neuen Möglichkeiten und Risiken angepasst werden. Die neuen Regelungen sind notwendig, um Electronic Commerce und Electronic Administration zu ermöglichen.

Das SigG und die RLeS haben für den künftigen elektronischen Rechtsverkehr eine tragfähige Grundlage gelegt. Weitere Regelungen bieten das Teledienstegesetz, das Teledienstedatenschutzgesetz und der Mediendienste-Staatsvertrag. Sie werden für den E-Commerce um das Fernabsatzgesetz, die RLeG, sowie den Entwurf zu einer Fernabsatzrichtlinie für Finanzdienstleistungen ergänzt. Mit der Umsetzung dieser Richtlinien in deutsches Recht entsteht ein geeigneter Rahmen für den elektronischen Rechtsverkehr. Um diesen zu entfalten, werden allerdings für viele Anwendungsbereiche noch ergänzende Regelungen erforderlich sein.

⁹⁰ Zu den unterschiedlichen Stufen digitaler Signaturen und ihren jeweiligen Verwendungsbereichen s. näher *Rofnagel*, MMR 1999, 265 f.; *ders.*, in: Müller/Rannenberg (Eds.), *Multilateral Security in Communications*, 1999, S. 247 ff.

⁹¹ S. hierzu auch Erwägungsgrund 23 RLeS.

Nutzung des Internet durch Arbeitnehmer

Von Professor Dr. Wolfgang Däubler, Bremen*

Im Büroalltag bietet das Internet professionelle Unterstützung, aber auch außerdienstliche Verlockung. Der nachfolgende Beitrag zeigt, welche arbeitsvertraglichen und mitbestimmungsrechtlichen Grundsätze zu beachten sind.

I. Einleitung

Arbeitsprozesse sind in der Gegenwart einem rapiden Wandel unterworfen. In vielen Unternehmen gehört

* Auf S. VIII erfahren Sie mehr über den Autor.

nicht nur der PC als solcher zur Standardausrüstung fast jeden Arbeitsplatzes. Vielmehr haben auch immer mehr Arbeitnehmer direkten Zugang zum Internet, das zur Übermittlung von E-Mails, aber auch als Informationsquelle und bisweilen als Unterhaltungsmedium genutzt wird.¹

Für den Arbeitgeber kann sich hier eine Reihe von Problemen ergeben. Die Kosten des Zugangs werden zwar in der Regel pauschal abgegolten, so daß der finanzielle Aufwand zunächst ohne Bedeutung ist. Dies ändert sich jedoch, sofern die Dienste bestimmter Anbieter in Anspruch genommen, beispielsweise Gerichtsentscheidungen bei „Juris“ abgefragt und heruntergeladen werden. Weiter wird die Sorge geäußert, der beliebige Außenkontakt könne die Verbreitung von Betriebsinterna bis hin zu Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen enorm erleichtern² und außerdem die eigenen Datenbestände ggf. durch „eingeschleppte Viren“ in Gefahr bringen.³

Für den Arbeitnehmer stellen E-Mail und sonstige Internet-Nutzung häufig eine Arbeitserleichterung dar. Gleichzeitig kann es naheliegen, einige private Dinge gleich mitzuerledigen: Der Freund in Japan bekommt einen Brief per E-Mail, die Banküberweisungen werden während der Dienstzeit getätigt, und auch die Ferienreise nach Teneriffa wird festgemacht. Manche wenden sich auch den unterhaltsamen Seiten des Internet zu. In der Regel verzichtet man auf die Frage, ob und mit welcher Genauigkeit der Arbeitgeber solche Vorgänge festhalten kann; auch Betriebsräte kümmern sich bislang nur vergleichsweise wenig um diese Problematik.

Soweit sich die juristische Literatur mit diesen Lebenssachverhalten befaßt hat, konzentrierte sie sich im wesentlichen auf die Behandlung von E-Mail.⁴ Nur vereinzelt wird der Frage nachgegangen, inwieweit das „Surfen“ im Internet mit arbeitsvertraglichen Pflichten vereinbar ist.⁵ Dabei werden in der Regel die Rechtsgrundsätze angewandt, die sich für privates und dienstliches Telefonieren entwickelt haben.⁶

Ob und in welchem Umfang ein Arbeitnehmer das Internet nutzen darf, hängt zunächst davon ab, ob dabei private oder dienstliche Zwecke verfolgt werden. Wie diese abzugrenzen sind, soll daher zunächst untersucht werden (unten II). Im folgenden wird der vermutlich gar nicht so seltene Fall erörtert, daß der Arbeitnehmer zur privaten Nutzung befugt ist: Wann ist eine solche Voraussetzung gegeben, läßt sich eine entsprechende Gestattung zurücknehmen, wie ist in Mißbrauchsfällen zu verfahren, welche Kontrollmöglichkeiten stehen dem Arbeitgeber zur Verfügung? (unten III). Darf der Arbeitnehmer nur zur Erfüllung seiner dienstlichen Aufgaben ans Internet, sind die insoweit bestehenden Vorgaben zu beachten. Eine gleichwohl erfolgende private Nutzung wirft die Frage arbeitsvertraglicher Sanktionen auf, aber auch das Problem, inwieweit der Arbeitgeber allein oder mit Zustimmung des Betriebsrats die Einhaltung der Regeln kontrollieren kann (unten IV).

II. Private oder dienstliche Nutzung?

Unstrittig ist der Ausgangspunkt: Soweit ein Bezug zu den dienstlichen Aufgaben besteht, diese also durch das Tun des Arbeitnehmers gefördert werden sollen, liegt eine dienstliche Nutzung vor. Ob sie im Einzelfall zweckmäßig war, spielt im Ergebnis keine Rolle. Es reicht die Absicht, die Arbeit voranzubringen. In Zweifelsfällen kann man auf die Abgrenzungsversuche zurückgreifen, die im Unfallversicherungsrecht⁷ und im Recht der Arbeitnehmerhaftung⁸ entwickelt wurden, da in beiden Fällen auf das Vorliegen einer „betrieblichen Tätigkeit“ abgestellt wird.

Soweit Telefongespräche in Rede stehen, werden Privatgespräche „aus dienstlichem Anlaß“ wie Dienstgespräche behandelt.⁹ Paradebeispiel ist der Anruf bei der Ehefrau, wonach man wegen der sich länger hinziehenden Sitzung erst später als vorgesehen nach Hause komme. Entsprechende Fälle können auch im Zusammenhang mit der E-Mail-Nutzung auftauchen: Wird eine geplante Reise nach Montevideo oder Shanghai aus dienstlichen Gründen um drei Tage verschoben, kann man dies auch privaten Freunden per E-Mail mitteilen, mit denen man sich am Reiseziel abends treffen wollte.¹⁰

Alle anderen Formen der Außenkommunikation haben privaten Charakter. Dies sagt über die Zulässigkeit nur insofern etwas aus, als sich immer die Frage nach einer (gesetzlichen oder vertraglichen) Rechtfertigung stellt.

III. Erlaubte Internetnutzung zu privaten Zwecken

1. Grundprinzip

Als Inhaber des Zugangs zum Internet entscheidet der Arbeitgeber grundsätzlich frei darüber, in welchem Umfang er seinen Beschäftigten oder anderen Personen Nutzungsmöglichkeiten eröffnen will. Insoweit liegt ein Stück Eigentumsgebrauch vor;¹¹ der Arbeitsvertrag gibt im Normalfall kein Recht, Installationen des Arbeitgebers für eigene Zwecke zu verwenden, beispielsweise private Kopien anzufertigen.¹²

Von diesem Prinzip gibt es einige eher marginale Ausnahmen. So wird im Normalfall niemand dem Arbeitnehmer das Recht verwehren, ein Familienfoto auf dem

1 Zu den technischen Veränderungen informativ *Klebe-Wedde*, DB 1999, 1954.

2 *Balke-Müller*, DB 1997, 326; ähnlich *Raffler-Hellich*, NZA 1997, 862.

3 *Raffler-Hellich*, NZA 1997, 862.

4 *Balke-Müller*, DB 1997, 326; *Däubler*, *Arbeitsrecht* 2, 11. Aufl. 1998, Rdnr. 486; *Fitting/Kaiser/Heither/Engels*, *BetrVG*, 19. Aufl. 1998, § 87 Rdnr. 240; *Klebe*, in: *Däubler/Kittner/Klebe*, *BetrVG*, 7. Aufl. 2000, § 87 Rdnr. 164; *Raffler-Hellich*, NZA 1997, 862.

5 *Kronisch*, *AuA* 1999, 550.

6 *Kronisch*, *AuA* 1999, 550; *Raffler-Hellich*, NZA 1997, 863.

7 Kurzer Überblick mit weiteren Nachweisen bei *Däubler* (Fn. 4), Rdnr. 429.

8 BAG, BB 1993, 1009 = DB 1993, 939; BGH, BB 1994, 431.

9 *Matthes*, CR 1987, 112; *MünchArbR-Blomeyer*, § 95 Rdnr. 10.

10 Für Übertragung auf E-Mail auch *Balke-Müller*, DB 1997, 326.

11 Ebenso LAG Nürnberg, LAGE § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 9; *MünchArbR-Blomeyer* (Fn. 9), § 51 Rdnr. 33, in bezug auf Telefonanlagen.

12 ArbG Berlin, BB 1980, 1105.

Schreibtisch zu plazieren oder ein Bild oder ein Plakat an der Wand zu befestigen.¹³ Auf der Grundlage des Art. 9 Abs. 3 GG können weiter in (durchaus bescheidenem Umfang) betriebliche Einrichtungen genutzt werden.¹⁴ In dringenden Fällen wird man dem Arbeitnehmer auch das Recht zusprechen können, ein privates Gespräch von einem dienstlichen Apparat aus zu führen.¹⁵ Grundlage ist die aus dem Arbeitsverhältnis folgende Nebenpflicht des Arbeitgebers, auf wichtige Interessen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen. Dieselbe Wertung liegt dem § 616 BGB zugrunde, der beispielsweise eine bezahlte Freistellung für den Fall vorsieht, daß ein Arztbesuch nur während der Arbeitszeit möglich ist¹⁶ oder daß ein Gerichtstermin nicht verlegt werden kann.¹⁷ Auch die Erkrankung von Kindern unter zwölf Jahren gibt innerhalb bestimmter quantitativer Schranken einen Freistellungsanspruch¹⁸. Da die Benutzung des Telefons (oder des Internet) für den Arbeitgeber ungleich geringere Belastungen mit sich bringt, dürften insoweit schon weniger gravierende Anlässe genügen. Voraussetzung ist allerdings immer, daß keine Verschiebung auf die Freizeit möglich ist. Daß hier keine kleinlichen Maßstäbe anzulegen sind, wird daran deutlich, daß das BAG die (generelle) Zulässigkeit privater Ferngespräche während der Arbeitszeit nicht etwa ablehnte, sondern dahinstehen ließ¹⁹, was eher für eine weitergehende als die hier vertretene Position spricht.

2. Ausdrückliche oder konkludente Erlaubnis

Nach dem eben Gesagten bedarf die private Nutzung von E-Mail und Internet im Regelfall der Zustimmung des Arbeitgebers.²⁰ Soweit sie ausdrücklich erteilt wird, wird sie sich entweder im Arbeitsvertrag oder in einer Betriebsvereinbarung finden. Denkbar ist auch eine Erklärung des Arbeitgebers, die im Betrieb bekanntgemacht wird. In aller Regel werden zeitliche und/oder inhaltliche Beschränkungen vorgesehen sein.

Größere Probleme bereitet das Vorliegen einer konkludenten Einwilligung.²¹ Sie wird sicherlich dann vorliegen, wenn der Arbeitgeber bei der Installation der Software von sich aus unter der Rubrik „Lesezeichen“ auch „WOW Top 1000“ aufführt und die dabei sichtbar werdende Liste neben „Autos und Motor“, „Finanztips“ und „Gesundheit“ auch „Spiele“ und „Erotik“ enthält.²² Ist privates Telefonieren gestattet, so wird der Arbeitnehmer davon ausgehen können, daß in vergleichbarem Umfang auch private E-Mails und privates Internetsurfen möglich sind.²³ Dies gilt jedenfalls dann, wenn dem Arbeitgeber wegen einer Pauschalabrede keine zusätzlichen Kosten entstehen. Von einer konkludenten Einwilligung wird man schließlich auch dann ausgehen können, wenn zwar eine Regelung über die Differenzierung zwischen privater und dienstlicher Nutzung zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber vereinbart, diese jedoch trotz einer an sich vorgesehenen Kostenbeteiligung der Arbeitnehmer während längerer Zeit nicht praktiziert wird.²⁴

Die private Internet-Nutzung kann auch „betriebsüblich“ sein.²⁵ Dies setzt allerdings voraus, daß die entsprechende Praxis für den Arbeitgeber wenigstens erkennbar war²⁶ und die Arbeitnehmer darauf vertrauen konnten, auch in Zukunft werde es bei dem aktuellen Zustand bleiben. Wie lange eine entsprechende Praxis

bestanden haben muß, läßt sich nicht sicher bestimmen, solange es zu dem hier untersuchten Bereich keine höchstrichterliche Rechtsprechung gibt; im Regelfall dürfte ein Zeitraum von einem halben bis zu einem Jahr genügen.²⁷

3. Rücknahme der Erlaubnis?

Wird die private Inanspruchnahme des Internet-Anschlusses gestattet, so stellt dies – ähnlich wie die Zulassung privater Telefongespräche – eine freiwillige Leistung des Arbeitgebers dar.²⁸ Sie kann genau wie freiwillige Sozialleistungen vom Arbeitgeber wieder zurückgenommen werden; ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 und 10 BetrVG greift nicht ein.²⁹ Auf der anderen Seite ist aber zu beachten, daß in den meisten Fällen der Arbeitsvertrag einer Streichung des „Privilegs“ entgegensteht. Enthält er selbst eine entsprechende Garantie, ist dies unmittelbar einsichtig. Hat zunächst nur der Arbeitgeber eine einseitige Zusage gemacht, ist sie dadurch zum Vertragsinhalt geworden, daß die Arbeitnehmer in Kenntnis dieses Umstands weitergearbeitet haben. Genauso wird für die Betriebsübung entschieden.³⁰ Schriftformklauseln im Arbeitsvertrag werden in der Regel als stillschweigend abbedungen angesehen, sofern derartige nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist. Lediglich bei einer Garantie durch Betriebsvereinbarung ist eine Beseitigung des Anspruchs durch Kündigung möglich.

Ist die private Nutzung durch Betriebsvereinbarung geregelt worden, so soll sich dies nach Ansicht des LAG Nürnberg³¹ nur auf die Handhabung einer einmal erlaubten Nutzung beziehen; die Erlaubnis selbst könne daher jederzeit zurückgenommen werden. Ob man eine solche Trennung vornehmen kann, ist ein Problem der Auslegung. Ergibt sie, daß in der Tat das Recht zur Nutzung als solches gar nicht Regelungsgegenstand war, stellt sich die vom LAG Nürnberg übergangene Frage, ob dann nicht kraft Arbeitsvertrags eine Absicherung erfolgt ist.

13 Einzelheiten bei Däubler, *Gewerkschaftsrechte im Betrieb*, 10. Aufl. 2000, Rdnr. 621 ff.

14 Däubler, DB 1998, 2014; Heilmann, AuR 1996, 122; Schulte Westenberg, NJW 1997, 375.

15 Dahingestellt bei LAG Nürnberg, LAGE § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 9.

16 BAG, BB 1990, 1775 (Ls.) = DB 1990, 2072.

17 LAG Hamm, BB 1972, 177.

18 Erasmey, NZA 1992, 921; Sowka, RdA 1993, 34.

19 BAG AP Nr. 1 zu § 611 BGB Persönlichkeitsrecht Bl. 2 R.

20 Raffler-Hellich, NZA 1997, 862; Der Arbeitgeber darf privates Surfen weitgehend verbieten. Ebenso für das private Telefonieren Balke-Müller, DB 1997, 326; GK-Wiese, 6. Aufl. 1998, § 87 Rdnr. 188.

21 Daß sie genügt, ist unbestritten; s. statt aller MünchArbR-Blomeyer (Fn. 9), § 51 Rdnr. 33.

22 Derartige existiert in einer norddeutschen Universität.

23 Vgl. Balke-Müller, DB 1997, 326, wonach Telefon und E-Mail weitgehend äquivalent sind.

24 So der Fall LAG Köln, LAGE § 1 KSchG verhaltensbedingte Kündigung Nr. 66 in bezug auf Telefongespräche.

25 Vgl. Balke-Müller, DB 1997, 326.

26 MünchArbR-Blomeyer (Fn. 9), § 51 Rdnr. 33.

27 Zu den Voraussetzungen für die Entstehung einer Betriebsübung s. BAG, BB 1993, 1012 = DB 1993, 1882.

28 GK-Wiese (Fn. 20), § 87 Rdnr. 189.

29 Matthes, CR 1987, 112.

30 Überblick zum Diskussionsstand bei Däubler (Fn. 2), Rdnr. 146.

31 LAGE, § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 9.

Dem Arbeitgeber steht es frei, seine Einwilligung in die private Nutzung mit einem Widerrufsvorbehalt zu versehen. Ist dies nicht geschehen, lassen sich die Arbeitsverträge im Regelfall nur mit Zustimmung der Beschäftigten mit einem neuen Inhalt versehen; die Änderungskündigung wäre meist kein angemessenes Mittel.

4. Mißbrauchsfälle

Die gestattete private Nutzung muß sich in einem angemessenen zeitlichen Rahmen bewegen. „Ausschweifendes“ privates Telefonieren verletzt die Arbeitspflicht³², dasselbe gilt für „ausschweifendes“ Surfen im Internet.³³ Wann die Grenze des „Normalen“ und „Hinnehmbaren“ überschritten und der Bereich des „Ausschweifenden“ erreicht ist, läßt sich im Regelfall auch nicht annähernd genau bestimmen. Anders liegt der Fall nur dann, wenn von vornherein eine zeitliche Beschränkung („nicht mehr als eine Stunde pro Woche“) oder eine inhaltliche Festlegung („zur Erledigung unaufschiebbarer Angelegenheiten“) besteht und der Arbeitnehmer die Nutzung auf einen ganzen Nachmittag ausdehnt. In einem solchen Fall erscheint eine Abmahnung angemessen, während im Regelfall eher eine Ermahnung das richtige Mittel sein dürfte, die dem Beschäftigten eine klare Orientierung ermöglicht. Nicht einmal diese Mittel dürften jedoch einsetzbar sein, wenn im Einzelfall eine sog. Vertrauensarbeitszeit praktiziert wird und der betroffene Beschäftigte in vollem Umfang seine Funktionen erfüllt.

Großes Interesse findet immer wieder ein zweiter denkbarer Mißbrauchsfall: Der Arbeitnehmer verschafft sich über seinen privaten Zugang Sex- und Pornodateien mit strafbarem Inhalt, was die fristlose Kündigung rechtfertigen soll.³⁴ Außerdem ist denkbar, daß der einzelne strafbare oder sittenwidrige Inhalte in Foren des Internet verbreitet und damit ggf. auch dem Ruf des Unternehmens schadet.³⁵ In diesen Fällen ist zu differenzieren.

Werden die strafbaren Dateien nur individuell konsumiert und anderen Beschäftigten nicht zugänglich gemacht, ist das Arbeitsverhältnis nicht berührt. Entsprechend hat das LAG Baden-Württemberg³⁶ für den Fall eines Haschischkonsums im Betrieb entschieden, der sich in keiner Weise auf die Arbeitsleistung ausgewirkt hatte. Bei strafbaren Äußerungen ist gleichfalls danach zu fragen, ob das Verhalten des Arbeitnehmers überhaupt von den Gesprächspartnern irgendwie mit dem Arbeitgeber in Verbindung gebracht wird oder werden kann. Ist dies nicht der Fall, müssen Sanktionen wegen Verletzung des Arbeitsvertrags ausscheiden. Im Einzelfall kann allerdings die Eignung für die ausgeübte Tätigkeit entfallen; wer sich als Rektor einer Grundschule Kinderpornographie über das Internet verschafft, um sich daran zu ergötzen, muß mit einer außerordentlichen Kündigung rechnen.

Berührt das strafbare oder grob sittenwidrige Verhalten das Arbeitsverhältnis, weil beispielsweise andere Beschäftigte belästigt werden, liegt eine Pflichtwidrigkeit vor, die zu einer Abmahnung, ggf. auch zu einer sofortigen Kündigung führen kann. Ähnliches gilt, wenn der E-Mail-Zugang dazu benutzt wird, andere Arbeitnehmer durch zahlreiche Sendungen mit kränkendem oder beleidigendem Inhalt einzuschüchtern.

5. Kontrolle durch den Arbeitgeber

Einzelne Pflichtverletzungen können dadurch aufgedeckt werden, daß sie Vorgesetzten oder Arbeitskollegen zur Kenntnis kommen. Dies gilt insbesondere für eine übertrieben lange Inanspruchnahme zu privaten Zwecken.

Sehr viel weitergehender und aussagekräftiger wäre eine Kontrolle, die an den technischen Vorgängen selbst ansetzt, also beispielsweise unmittelbar erfaßt, welche E-Mails der Arbeitnehmer abgesandt und erhalten oder welche Adressen im Internet er angewählt hat. Insoweit bestehen allerdings zwei sehr gewichtige Grenzen.

Werden Nutzungen durch einzelne Arbeitnehmer vom Arbeitgeber oder in seinem Auftrag von einem Dritten EDV-mäßig festgehalten, greift automatisch das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ein. Dies erklärt sich unschwer damit, daß die erhobenen Daten jedenfalls zusammen mit sog. Zusatzwissen Aussagen über Verhalten und Leistung des Arbeitnehmers ermöglichen. Aus diesem Grund ist die Erfassung von Telefondaten mitbestimmungspflichtig;³⁷ Entsprechendes wird in der Literatur für die Nutzung von E-Mail-Systemen angenommen.³⁸ Dies gilt sogar dann, wenn der Arbeitnehmer seine Texte selbst verschlüsselt.³⁹ Die Tatsache, daß es sich um (gestattete) Nutzung zu privaten Zwecken handelt, ist ohne Bedeutung; auch sie läßt ja Rückschlüsse auf das Verhalten am Arbeitsplatz zu.⁴⁰

Hat der Betriebsrat der Erfassung von Nutzungsdaten nicht zugestimmt, müssen diese umgehend gelöscht werden.⁴¹ Außerdem ist eine Verwertung dem Arbeitnehmer gegenüber unzulässig.⁴²

Auch wenn der Betriebsrat zugestimmt hat (oder wenn es einen solchen gar nicht gibt), kann der Arbeitgeber Daten über die Nutzung des Internet durch den Arbeitnehmer nicht beliebig erfassen. Der Zugriff auf den Inhalt von E-Mails und anderen Nachrichten wie Bestellungen, Überweisungen usw. ist schon mit Rücksicht auf das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers ausgeschlossen.⁴³ Was die Verbindungsdaten angeht, so greifen bei reinen Übermittlungsvorgängen die Datenschutzvorschriften der §§ 85 ff. TKG ein. Sie verpflichten den Arbeitgeber zu einem hohen Maß an Datensicherheit, schließen die Speicherung der angewählten Personen oder Anschlüsse aus und verpflichten dazu, die erhobenen Daten nur insoweit zu verwerten, als dies für die geschäftsmäßige Erbringung der Telekommunikationsdienste erforderlich ist.⁴⁴ Stehen stattdessen die übermittelten Informationen im Vordergrund, liegt ein sog. Teledienst vor, was gleichfalls zu einer sehr engen Zweckbindung führt und deshalb eine

32 LAG Köln, LAGE § 1 KSchG verhaltensbedingte Kündigung Nr. 66.

33 Kronisch, AuA 1999, 550.

34 Kronisch, AuA 1999, 550.

35 Post-Ortmann, RDV 1999, 105.

36 LAGE, § 626 BGB Nr. 76.

37 BAG, BB 1996, 276 (Ls.) = NZA 1996, 219 m. w. N.

38 Balke-Müller, DB 1997, 327; Däubler (Fn. 2), Rdnr. 486; Fitting/Kaiser/Heither/Engels (Fn. 4), § 87 Rdnr. 240; Klebe (Fn. 4), § 87 Rn 164.

39 Balke-Müller, DB 1997, 327.

40 Ebenso für private Telefongespräche Matthes, CR 1987, 113.

41 BAG, AP Nr. 2 zu § 23 BDSG 1977 mit Anm. Däubler.

42 Ebenso für einen anderen Fall der illegalen Informationsbeschaffung BAG, NZA 1998, 307.

43 Näher dazu unten IV. 2.

44 § 85 Abs. 3 Satz 1 und 2 TKG; dazu Post-Ortmann, RDV 1999, 103.

Verwendung im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis ausschließen dürfte.⁴⁵

Insoweit ist der Arbeitgeber auf konventionelle Beweismittel beschränkt.

IV. Beschränkung der Internet-Nutzung auf dienstliche Zwecke

1. Private Nutzung als Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten

Hat der Arbeitgeber die private Nutzung weder ausdrücklich noch konkludent gestattet und liegt auch keiner der oben⁴⁶ genannten Ausnahmefälle vor, so ist der Arbeitnehmer auf eine Nutzung zu dienstlichen Zwecken beschränkt. Auch insoweit muß etwaigen Vorgaben in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht Rechnung getragen werden.

Nimmt der Arbeitnehmer gleichwohl private Nutzungen vor, so hat er damit eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht verletzt.⁴⁷ Außerdem ist er für die Zeit der Nutzung möglicherweise der Arbeitspflicht nicht nachgekommen.

Wie schwer der Verstoß des Arbeitnehmers wiegt, hängt von den Umständen ab. War für ihn unklar, daß die private Nutzung ausgeschlossen ist, kommt lediglich eine klarstellende Ermahnung in Betracht. Anders dann, wenn die Nutzung eindeutig geregelt ist: Hier wird grundsätzlich eine Abmahnung in Frage kommen. Eine Kündigung ist dann zu erwägen, wenn es sich nach Länge der Nutzung und dadurch ggf. verursachten Kosten um einen gravierenden Verstoß handelte oder wenn eine Abmahnung fruchtlos war. Auch geringfügige Grenzüberschreitungen können dann rechtlich relevant werden, wenn sie in ihrer Summierung ein erhebliches Gewicht gewinnen.⁴⁸

2. Kontrollbefugnisse des Arbeitgebers

Aufzeichnungen über die dienstliche fallen in gleicher Weise wie Aufzeichnungen über die private Nutzung des Internet unter § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG.⁴⁹ Ohne Zustimmung des Betriebsrats wäre der einzelne sogar berechtigt, die Nutzung der Telekommunikationseinrichtungen zu verweigern.⁵⁰

Soweit kein Betriebsrat existiert oder soweit er der Erfassung zustimmt, stellt sich das Problem der individual-

rechtlichen Zulässigkeit. Die Literatur geht mit Recht davon aus, daß die E-Mail dem Telefon nähersteht als dem Wechseln von Briefen.⁵¹ In der Tat geht es hier häufig um spontane Reaktionen, die sich ausschließlich an den Adressaten richten. Dies bedeutet, daß insoweit die für das Telefongeheimnis entwickelten Grundsätze entsprechend anzuwenden sind. Daraus folgt, daß ein Zugriff auf die übermittelten Inhalte grundsätzlich genauso ausscheidet wie das heimliche Mithören beim Telefon.⁵² Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn für sie deutlich überwiegende Arbeitgeberbelange sprechen.⁵³ Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ein begründeter Verdacht für strafbare Handlungen, insbesondere für den Verrat von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen, besteht.⁵⁴

Andere Daten wie der angewählte Anschluß, die Zeit usw. können genau wie beim Telefon auch bei E-Mail erfaßt werden. Geht es um andere Kommunikationsvorgänge im Internet, so ist bei Abfragen in Informationsdiensten, bei Bestellungen usw. eher die Parallele zu Briefen angemessen. Diese können jedoch ihres dienstlichen Charakters wegen auch vom Arbeitgeber oder den dafür eingesetzten Personen geöffnet werden. Insoweit würde einer EDV-mäßigen Erfassung nichts entgegenstehen.

TKG und Teledienstegesetz finden bei dienstlicher Nutzung keine Anwendung, da der Arbeitgeber im Verhältnis zu seinen Arbeitnehmern nicht „Anbieter“ ist.⁵⁵ Insofern bleibt es bei den allgemeinen Grundsätzen.

45 *Post-Ortmann*, RDV 1999, 105.

46 III. 1.

47 Ebenso für unerlaubte private Nutzung von E-Mail *Balke-Müller*, DB 1997, 326.

48 Das BAG (DB 2000, 48) macht bei strafbaren Handlungen davon insofern eine Ausnahme, als schon ein einmaliger Verstoß trotz der Geringfügigkeit des Schadens für die Annahme eines wichtigen Grundes i. S. d. § 626 Abs. 1 BGB ausreichen soll. Bei anderen Pflichtverletzungen gilt dies nicht.

49 S. oben III. 5 mit Fn. 36–39.

50 S. *Fitting/Kaiser/Heither/Engels* (Fn. 4), § 87 Rdnr. 250; *GK-Wiese* (Fn. 20), § 87 Rn 580; *Klebe* (Fn. 4), § 87 Rdnr. 135; *Däubler*, Gläserne Belegschaften? Rdnr. 509; einschränkend *Richardi*, BetrVG, 7. Aufl. 1998, § 87 Rdnr. 578.

51 *Balke-Müller*, DB 1997, 326; *Raffler-Hellich*, NZA 1997, 863.

52 Zu diesem ebenso BVerfG, AuR 1992, 158; BAG, NZA 1996, 221; BAG, NZA 1998, 307; *MünchArbR-Blomeyer* (Fn. 9), § 95 Rdnr. 9.

53 S. BAG, NZA 1996, 221, zur Überwachung von Telefongesprächen während der Probezeit.

54 *Raffler-Hellich*, NZA 1997, 863.

55 *Post-Ortmann*, RDV 1999, 103 ff.

USA: Neues Gesetz gegen Cyberpiraterie

Von Rechtsanwalt Konstantin Heitmann, LL.M., Düsseldorf/New York*

Die zunehmende Bedeutung des Internets, vor allem aber die in den letzten Jahren explosionsartige Entwicklung des E-Commerce, hat in den USA eine sehr gewinnbringende Industrie der „Cyberpiraterie“ entstehen lassen, durch die sich einige sog. Cybersquatter eine einträgliche Einnahmequelle verschafft haben. Um dieser Entwicklung Einhalt zu gebieten und

mit dem Ziel, Cyberpiraterie insgesamt zu beseitigen, hat der amerikanische Präsident am 30. 11. 1999 den Anticybersquatting Consumer Protection Act, kurz ACPA, unterzeichnet.

* Den Autor stellen wir Ihnen auf S. VIII näher vor.