

Martin Ahrens/Hartwig Donner/Jürgen Simon (Hrsg.)

Arbeit – Umwelt

Joachim Heilmann
zum 60. Geburtstag

Schriftenreihe
Recht, Ökonomie und Umwelt

herausgegeben von
Prof. Dr. Jürgen Simon und
Prof. Dr. Rainer Wolf

Band 12



Nomos Verlagsgesellschaft
Baden-Baden

WSI	Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut des DGB
WTO	World Trade Organization
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
WZB	Wissenschaftszentrum Berlin
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfB	Zeitschrift für Bergrecht/Zeitschrift für Betriebswirtschaft
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZfU	Zeitschrift für Umweltpolitik und Umweltrecht
ZIAS	Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Recht und Politik
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
ZustAnpV	Zuständigkeitsanpassungs-Verordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Internetnutzung am Arbeitsplatz - Kontrolle durch den Arbeitgeber?

Wolfgang Däubler

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	1
II.	Dienstliche und private Nutzung	2
III.	Kontrolle der dienstlichen Nutzung	2
	1. Der allgemeine rechtliche Rahmen	2
	2. Konsequenzen für E-Mail	4
	3. Kommunikation im Intranet	4
	4. Nutzung des www	5
	5. Mitbestimmung des Betriebsrats	5
IV.	Kontrolle privater Nutzung	6
	1. Erlaubte Privatnutzung	6
	2. Unerlaubte Privatnutzung	6
	a) Generelles Verbot	6
	b) Überschreitung erlaubter Privatnutzung	7
V.	Betriebsrat und andere unabhängige Instanzen	7
VI.	Fazit	8

I. Einleitung

Wer sich im Netz bewegt, hinterlässt Spuren. Sie zu sammeln und auszuwerten setzt einen entschlossenen Akteur voraus. Im Regelfall der Alltagskommunikation rechnet man nicht mit seiner Präsenz, während man bei der Kreditkarten-Nummer vernünftigerweise einige Vorsicht walten lässt. Erst recht kommt niemand auf den Gedanken, wertvolle Betriebsgeheimnisse ohne Verschlüsselung dem Netz anzuvertrauen.

Spuren hinterlässt der Nutzer auch in dem Unternehmen oder Konzern, wo er arbeitet. Dies hängt mit der Technik, beispielsweise der Nutzung eines Firewall-Systems zusammen, kann seine Ursache aber auch im bewussten Einsatz von Überwachungsprogrammen haben, wovon eines den sinnigen Namen „Little Brother“ trägt¹. Alle besuchten Internetadressen werden beispielsweise in einer verschlüsselten LOG-Datei festgehalten, ebenso bei Bedarf die Nutzungszeiten des PCs. Aus den USA wird berichtet, dass es durchaus nicht untypisch sei, dass alle Nutzer eines Intranets jederzeit feststellen könnten, womit sich andere Nutzer gerade beschäftigen, ob sie beispielsweise im Bib-

¹ Überblick über das auf dem Markt befindliche Angebot bei *Haverkamp*, CF Heft 12/1998, 18 ff.; *Heilmann/Tege*, AuA 2001, 54.

liothekskatalog suchen oder im Internet surfen². Außerdem sollen dort 27 % aller Unternehmen die E-Mails ihrer Beschäftigten systematisch überwachen³. Wäre Derartiges auch bei uns zulässig?

II. Dienstliche und private Nutzung

Die Kontrollmöglichkeiten des Arbeitgebers bestimmen sich zunächst einmal danach, ob eine dienstliche oder eine private Nutzung vorliegt. Bei letzterer muss man zwischen erlaubtem und unerlaubtem Gebrauch unterscheiden.

„Dienstlich“ ist eine Nutzung immer dann, wenn sie den Fortgang der Arbeit fördern soll. Ob dabei zielbewusst oder ein wenig umständlich vorgegangen wird, spielt keine Rolle. Gleichgestellt sind „private Nutzungen aus dienstlichem Anlass“, ein Begriff, der zuerst beim Telefon entwickelt wurde. Dauert z.B. die Sitzung länger und ruft man deshalb zu Hause an, so ist dies zwar - streng genommen - ein Privatgespräch, jedoch liegt seine Ursache im Betrieb, nicht in der persönlichen Sphäre. Dies rechtfertigt die Behandlung als quasi-dienstlich. Alles was nicht in diesen Bereich fällt, gehört zur privaten Nutzung. Dies können Spiele und Spielchen, aber auch das Bestellen von Broschüren oder das Buchen einer Ferienreise sein.

Die gleiche Unterscheidung zwischen dienstlich und privat wird bei der Unfallversicherung gemacht, die nur bei „betrieblichen Tätigkeiten“ eingreift. Zu diesen wird es auch gerechnet, wenn ein Arbeitnehmer in der Mittagspause Zigaretten kauft, um damit Ermüdungserscheinungen zu bekämpfen: Verunglückt er auf dem Weg zum Automaten, genießt er Versicherungsschutz. M.E. könnte man bei der Nutzung des Internet den Gedanken der „Aufmunterung“ gleichfalls fruchtbar machen; fünf Minuten Moorhuhn-Schießen kann die Lebensgeister wieder in Bewegung bringen. Doch die Juristerei ist keine exakte Wissenschaft: Ob im Streitfalle die Arbeitsgerichte tatsächlich so entscheiden würden, lässt sich nicht sicher prognostizieren.

III. Kontrolle der dienstlichen Nutzung

1. Der allgemeine rechtliche Rahmen

Die Kommunikation im Internet ist genau wie das Telefonieren an sich durch das Telekommunikationsgesetz (TKG) geschützt. Nimmt man bestimmte Dienste in Anspruch, greift außerdem das Teledienste-Datenschutzgesetz (TDDSG) ein. Dies gilt allerdings nach ganz herrschender Auffassung nicht für das Verhältnis Arbeitnehmer - Arbeitgeber. Voraussetzung für die Anwendung des einen wie des anderen Gesetzes ist nämlich, dass ein Telekommunikationsunternehmen bzw. ein Diensteanbieter ein „Angebot“ macht, das ein Nachfrager annimmt. Eine solche Marktbeziehung besteht jedoch

² Mitgeteilt bei *Simitis*, Internet oder der entzauberte Mythos vom „freien Markt der Meinungen“, FS Kübler, 1997, 293 Fn. 37.

³ *Kiper/Schierbaum*, Arbeitnehmer-Datenschutz bei Internet- und E-Mail-Nutzung, Edition BTQ Niedersachsen Nr. 3, 2000, 11.

im Arbeitsverhältnis nicht; dieses beruht im Kern noch immer auf Befehl und Gehorsam⁴.

Der Arbeitgeber hat unter diesen Umständen lediglich die allgemeinen Grundsätze zu beachten, die generell im Arbeitsverhältnis gelten. Das Bundesverfassungsgericht und das Bundesarbeitsgericht haben diese am Beispiel des Telefonierens konkretisiert: Danach darf auch bei Dienstgesprächen grundsätzlich nicht mitgehört werden⁵. Das Mithören durch andere stellt einen Eingriff in die Persönlichkeitssphäre dar, der mit einer heimlichen Tonbandaufnahme vergleichbar ist. Er verletzt das Recht des einzelnen, selbst zu bestimmen, wem seine Worte zugänglich sein sollen⁶. Dieser grundrechtliche Schutz geht auch nicht dadurch verloren, dass der Arbeitnehmer die Mithörmöglichkeit kennt. Allerdings kann es Fälle geben, in denen der Eingriff gerechtfertigt ist. Hierfür ist aber ein überwiegendes schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers erforderlich.

Das BAG hat diesen Ausnahmetatbestand näher eingegrenzt: 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 darstelle⁷. Im konkreten Fall ging es um das Reservierungszentrum eines Luftfahrtunternehmens und um das Bestreben des Arbeitgebers, das Bild eines Unternehmens zu geben, das um „kompetenten Service“ bemüht ist. Ob neu eingestellte Arbeitnehmer dieser Vorgabe entsprechen, lasse sich - so das BAG - nur durch Mithören der Gespräche feststellen. Eine derartige Maßnahme sei erlaubt, weil die Interessen des Arbeitnehmers 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“⁸. Bei der Abwägung wird also (mit Recht) auch berücksichtigt, wie stark der Eingriff in den Bereich des Persönlichen ist.

Bei der Erfassung der Begleitumstände von Telefongesprächen (Beginn und Ende, vertelefonierte Einheiten, angerufene Nummer) ist die Sphäre des Arbeitnehmers weniger betroffen. Deshalb wird hier in der Regel dem Arbeitgeberinteresse an der Kontrolle des Arbeitsverhaltens der Vorrang eingeräumt⁹. Das Arbeitgeberinteresse überwiege insoweit sogar bei Privatgesprächen aus dienstlichem Anlass.

Die Feststellungen des BVerfG und des BAG sind nicht auf bestimmte Situationen oder die Verwendung einer bestimmten Technik beschränkt. Sie gelten für alle Arbeitsverhältnisse und beziehen sich nicht nur auf den Schutz des gesprochenen Wortes. Entscheidend ist letztlich, dass die einen Eingriff rechtfertigenden Gründe um so gewichtiger sein müssen, je stärker die Persönlichkeitssphäre beeinträchtigt wird. Auch die Literatur bejaht eine solche Generalisierung des Persönlichkeitsschutzes und bezieht ihn

⁴ Eingehend *Däubler*, Internet und Arbeitsrecht, 2001, Rz. 223 ff.

⁵ BVerfG DB 1992, 786 = CR 1992, 498 ff.

⁶ BVerfG DB 1992, 786 = CR 1992, 498.

⁷ BAG NZA 1996, 218, 221.

⁸ BAG NZA 1996, 218, 221.

⁹ Grundlegend BAG DB 1986, 2080, 2082 f.

insbesondere auf E-Mails¹⁰. Anders vorzugehen würde auch der Entwicklung widersprechen, die das Telekommunikationsrecht genommen hat: Für TKG und TDDSG spielt es keine Rolle mehr, ob gesprochene oder sonstige Kommunikation in Rede steht.

2. Konsequenzen für E-Mail

Ähnlich wie bei Telefongesprächen besteht auch bei elektronischer Post ein entscheidender Unterschied zwischen den äußeren Daten und dem Inhalt selbst. Erstere können grundsätzlich erfasst werden, bei letzterem ist ein Zugriff grundsätzlich ausgeschlossen. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn überwiegende Arbeitgeberbelange betroffen sind, wenn beispielsweise der Kundenkontakt erst erprobt wird oder ein begründeter Verdacht für strafbare Handlungen, insbesondere für den Verrat von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen besteht.

Dem Arbeitnehmer bleibt es unbenommen, seine E-Mails zu verschlüsseln, doch wird von dieser Möglichkeit bisher nur sehr eingeschränkter Gebrauch gemacht¹¹. In diesem Fall ist dem Arbeitgeber ein unmittelbarer Zugriff schon aus technischen Gründen nicht möglich. Liegt einer der Ausnahmetatbestände vor, in denen das Arbeitgeberinteresse überwiegt, ist der Arbeitnehmer zur Entschlüsselung verpflichtet¹². Reagiert beispielsweise ein Geschäftspartner mit einem abrupten Abbruch der Geschäftsbeziehungen, so hat der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse daran, genaue Kenntnis von den vorangegangenen E-Mails zu bekommen.

Ein „Verschlüsselungsverbot“ wäre ein unzulässiger Eingriff in die Persönlichkeitsphäre des Arbeitnehmers, der seine Äußerungen nicht dem unkontrollierbaren Zugriff Dritter im Internet aussetzen möchte. Niemand hätte Verständnis dafür, wollte der Arbeitgeber seine Beschäftigten anweisen, statt Briefen nur noch Postkarten zu verwenden - das Verschlüsselungsverbot hätte eine vergleichbare Wirkung.

3. Kommunikation im Intranet

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. Bei E-Mails gelten die eben skizzierten Grundsätze - und zwar gleichermaßen für das Absenden wie für das Empfangen.

Lediglich solche Einzelvorgänge zu betrachten, wird jedoch in dem Moment fragwürdig, wo der Arbeitnehmer praktisch seine gesamte Arbeit über den vernetzten PC abwickelt. In diesem Fall könnte das Arbeitsverhalten einer lückenlosen Kontrolle unterworfen werden. Auch wäre denkbar, dass zusammen mit anderen Angaben, die etwa in der Personalabteilung verfügbar sind, eine Art „Persönlichkeitsprofil“ erstellt würde, also ein mehr oder weniger vollständiges Abbild aller Stärken und Schwächen eines Menschen innerhalb eines bestimmten Lebensbereichs.

¹⁰ Balke/Müller, DB 1997, 326; Kiper, CF Heft 6/2000, 14; Raffler/Hellich, NZA 1997, 863; Post-Ortmann, RDV 1999, 106; Skowronek, CF Heft 10/2000, 27; etwas einschränkend Gola, MMR 1999, 326.

¹¹ Nach Kiper, CF Heft 6/2000, 17, ist dies nur in 4 % aller Unternehmen der Fall.

¹² Balke/Müller, DB 1997, 328; Raffler/Hellich, NZA 1997, 863.

Eine Datenerhebung dieser Intensität lässt sich nicht rechtfertigen, da sie einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Persönlichkeitsphäre darstellen würde. Auch wenn es allein 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 Bundesverfassungsgerichts 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“¹³.

Der Arbeitgeber ist in solchen Fällen darauf beschränkt, nur bestimmte Nutzungen zu erfassen oder lediglich Stichproben zu machen. Die Diskussion über die exakte Grenzziehung steht insoweit erst am Anfang; möglicherweise wird ein künftiges Arbeitnehmerdatenschutzgesetz hier mehr Klarheit bringen, dessen Erlass seit über zehn Jahren von den jeweiligen Bundesregierungen versprochen wird¹⁴.

4. Nutzung des www

Werden unternehmensexterne Teledienste oder andere im Internet vorhandene Angebote für dienstliche Zwecke in Anspruch genommen, so kann diese Tatsache als solche selbstredend festgehalten werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn es um kostenpflichtige Aktivitäten geht, wenn z.B. der angestellte Jurist eine Stunde lang die Datenbank Juris in Anspruch nimmt, was seinem Arbeitgeber in Rechnung gestellt wird. Ist die Internetnutzung wegen einer Pauschalabrede nicht kostenwirksam, hat die Erfassung nur den Sinn, das Arbeitsverhalten zu kontrollieren. Soweit „Vertrauensarbeitszeit“ besteht, also Dauer und Lage der Arbeitszeit im Ermessen des Beschäftigten stehen¹⁵, fehlt hierfür jede Grundlage, da der Arbeitgeber bewusst nur noch auf das nach einiger Zeit vorliegende Arbeitsergebnis abstellen will. In anderen Fällen ist die Erfassung zulässig, sofern sie nicht zu einer Totalüberwachung des Arbeitsverhaltens führt.

5. Mitbestimmung des Betriebsrats

Die bisher beschriebenen Regeln für die Überwachung des Arbeitnehmerverhaltens gelten für alle Arbeitsverhältnisse. Besteht im Betrieb ein Betriebsrat, kann der Arbeitgeber die ihm eröffneten Kontrollmöglichkeiten nur dann nutzen, wenn der Betriebsrat vorher zustimmt. Nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG hat dieser ein Mitbestimmungsrecht über die „Einführung und Anwendung“ von technischen Einrichtungen, die „dazu bestimmt sind, das Verhalten und die Leistung des Arbeitnehmers zu überwachen“. Nach der Rechtsprechung des BAG greift die Vorschrift und damit das Mitbestimmungsrecht bereits dann ein, wenn die objektive Möglichkeit zur Kontrolle besteht; eine (schwer beweisbare) Überwachungsabsicht muss nicht vorliegen¹⁶.

Verhalten und Leistung von Arbeitnehmern werden auch dann erfasst, wenn nur mittels zusätzlicher Hilfsmittel wie z. B. einer Liste, die Namen und Personalnummern zuordnet, rückgeschlossen werden kann, welche Person im konkreten Fall für die aufge-

¹³ BVerfGE 27, 1 (6).

¹⁴ Nachweise bei Däubler, RDV 1999, 243 ff.

¹⁵ Dazu Hamm, AiB 2000, 152 ff.

¹⁶ BAG AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung, ständige Rechtsprechung.

zeichneten Vorgänge verantwortlich war. Die erfassten Daten müssen nicht schon für sich allein „Beurteilungsrelevanz“ aufweisen¹⁷. Wird beispielsweise nur das eingeebnete Passwort gespeichert, so weiß das System an sich nur, dass die Person „Gugelhupf“ zwischen 15.00 und 15.30 Uhr E-Mails bearbeitete und anschließend abschickte. Mit Hilfe einer Liste („Zusatzwissen“) lässt sich jedoch unschwer ermitteln, dass sich hinter „Gugelhupf“ Franz Müller verbirgt.

Der Betriebsrat hat auf diese Weise ein sehr weitreichendes Mitgestaltungsrecht, mit dessen Hilfe faktisch jede Form technisierter Kontrolle ausgeschlossen werden kann¹⁸.

IV. Kontrolle privater Nutzung

1. Erlaubte Privatnutzung

Ist dem Arbeitnehmer die private Nutzung von E-Mail und Internet erlaubt, so hat der Arbeitgeber damit Telekommunikationsdienstleistungen angeboten; ob sie vom Arbeitnehmer bezahlt oder nicht bezahlt werden müssen, spielt im Ergebnis keine Rolle. Damit sind das TKG und das TDDSG anwendbar. Dies hat zur Folge, dass Daten lediglich zu Abrechnungszwecken erfasst und ausgewertet werden dürfen. Eine Weitergabe an Dritte ist im Rahmen des irgend Möglichen zu verhindern¹⁹. So ist es beispielsweise unzulässig, würde man die Verbindungsdaten samt angefallenen Kosten dem Arbeitnehmer in einem nicht verschlossenen Umschlag mitteilen. Erst recht ist der Inhalt von privaten E-Mails für den Arbeitgeber tabu.

Wenig geklärt ist die Frage, wie zu verfahren ist, wenn keine technische Trennung zwischen dienstlicher und privater Nutzung erfolgt. Man wird wohl davon ausgehen müssen, dass in solchen Fällen nur die Kontrolle möglich ist, die der Arbeitgeber auch gegenüber privater Kommunikation praktizieren darf: Mehr als Abrechnungsdaten dürfen daher nicht gespeichert und dem Arbeitnehmer entgegengehalten werden.

Auch soweit private Nutzung in Rede steht, ist der Betriebsrat zur Mitbestimmung berechtigt: Eine Datenerfassung könnte gleichfalls Rückschlüsse auf das Arbeitsverhalten ermöglichen. Die Spielräume für Betriebsvereinbarungen sind allerdings gering, da diese die Überwachungsmöglichkeiten des Arbeitgebers grundsätzlich nicht erweitern können.

2. Unerlaubte Privatnutzung

a) Generelles Verbot

Ist die private Nutzung nicht gestattet, ändern sich die Spielregeln ein wenig. Der Arbeitgeber hat das Recht, durch Auswertung der Verbindungsdaten zu überprüfen, ob der Rahmen des dienstlichen Gebrauchs verlassen ist oder nicht. Geht es ersichtlich um die Verfolgung privater Zwecke (der Arbeitnehmer hat mit „www.seitensprung.de“ kommuniziert), kann ihm dies entgegengehalten werden. Eine Pflichtverletzung liegt insoweit vor, als dem Verbot privater Nutzung zuwidergehandelt wurde. Möglich ist

darüber hinaus eine Verletzung der (vertraglich übernommenen) Arbeitspflicht, wenn das Verhalten des Arbeitnehmers negative Rückwirkungen auf das Arbeitsergebnis hatte.

Die Sanktion wird im Regelfall zunächst in einer Abmahnung liegen. Bei sehr groben Verstößen kann auch eine Kündigung in Betracht kommen. Konnte auf der anderen Seite der Arbeitnehmer davon ausgehen, dass möglicherweise die private Nutzung erlaubt ist, so kommt eine bloße Ermahnung in Betracht, die für die Zukunft klare Verhältnisse schafft. Dies wird insbesondere dann in Betracht kommen, wenn die Privatnutzung nicht ausdrücklich verboten ist oder wenn der Arbeitgeber gegen zahlreiche Verstöße nichts unternommen hat.

Der Arbeitgeber ist zur Auswertung der Verbindungsdaten nur insoweit befugt als dies für die Feststellung des dienstlichen oder des privaten Charakters erforderlich ist. Eine inhaltliche Überprüfung und Auswertung privat genutzter Dateien ist nicht zulässig. Ob die „unterhaltsamen Bildchen“ auch im Fernsehen gesendet werden könnten oder ob sie beispielsweise strafbare Kinderpornographie darstellen, ist im Normalfall ohne Interesse. Der Arbeitgeber hat deshalb insoweit keinen Zugriff. Anders dann, wenn wie beim Kindergartenleiter die persönliche Eignung in Frage gestellt sein kann²⁰. Außerdem darf auf den Inhalt der Kommunikation zurückgegriffen werden, wenn der Arbeitgeber Anhaltspunkte für den Verrat von Betriebsgeheimnissen hat, weil z.B. die E-Mail an einen leitenden Angestellten des wichtigsten Konkurrenten gerichtet ist.

Auch in Bezug auf die Erfassung unerlaubter Privatnutzung kann der Betriebsrat mitbestimmen. Denkbar ist, in solchen Fällen eine Auswertung nur unter Beteiligung einer Vertrauensperson der betrieblichen Interessenvertretung oder des Arbeitnehmers zuzulassen. Ein genereller Ausschluss jeder Kontrolle wäre jedoch nicht möglich; dies wäre in Wahrheit eine verkappte Erlaubnis zur Privatnutzung.

b) Überschreitung erlaubter Privatnutzung

Wird in „exzessiver“ Weise von erlaubter Privatnutzung Gebrauch gemacht, so stellt dies eine Pflichtverletzung dar. Wann die Grenze vom „Normalen“ zum „Exzessiven“ überschritten ist, vermag niemand genau zu sagen. Die Rechtsprechung verbietet „auschweifendes“ Telefonieren²¹, was auch keinen großen Erkenntnisfortschritt bringt. Vermutlich wird man entscheidend darauf abheben, ob die Nutzung während ganzer Stunden erfolgt und auch die Arbeit darunter leidet. Auch wird das ansonsten im Betrieb Übliche zu berücksichtigen sein.

Da die Privatnutzung an sich erlaubt ist, darf der Arbeitgeber die Verbindungsdaten nicht festhalten lassen. Vielmehr ist es ihm zuzumuten, die Verletzung der Arbeitspflicht auf andere Weise zu belegen und sich beispielsweise auf ständige Nichterreichbarkeit oder auf Aussagen von Arbeitskollegen zu stützen.

V. Betriebsrat und andere unabhängige Instanzen

Darf der Arbeitgeber das Kommunikationsverhalten des Betriebsrats als „dienstlich“ qualifizieren und deshalb beispielsweise die Verbindungsdaten festhalten? Dies hätte

¹⁷ BAG AP Nr. 12 und 14 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung.

¹⁸ Einzelheiten bei *Däubler*, Internet und Arbeitsrecht, Rz. 293 ff.

¹⁹ Dazu *Heilmann/Tege*, AuA 2001, 54.

²⁰ S. den Fall ArbG Braunschweig, K&R 2000, 42.

²¹ LAG Köln, LAGE § 1 KSchG, Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 66.

zur Folge, dass jede Kontaktaufnahme durch einen Beschäftigten per Intranet automatisch erfasst werden und so potentiell dem Arbeitgeber zur Kenntnis kommen könnte. Damit wäre ein unbeeinflusster Meinungsaustausch Betriebsrat - Belegschaft nicht mehr gesichert. Das würde gegen einen ungeschriebenen Grundsatz des Betriebsverfassungsrechts verstoßen. Wie ernst das BAG die informationelle Eigenständigkeit der Arbeitnehmerseite nimmt, wird daran deutlich, dass nach einer neueren Entscheidung nicht einmal der betriebliche Datenschutzbeauftragte das Recht besitzt, die vom Betriebsrat erhobenen und gespeicherten Daten zu überprüfen²². Ähnlich wird bei Trägern von Berufsgeheimnissen verfahren: Nach der Rechtsprechung des BAG ist es unzulässig, die Zielnummern der von einem angestellten Psychologen geführten Telefongespräche zu erfassen, da dies Rückschlüsse auf die Identität der betreuten Personen zulassen würde²³. Dasselbe ist bei Ärzten und Angehörigen anderer Heilberufe sowie bei Ehe-, Erziehungs- und Jugendberatern, bei Beratern für Suchtfragen sowie bei staatlich anerkannten Sozialarbeitern und Sozialpädagogen anzunehmen, da sie im Rahmen der Strafvorschrift des § 203 StGB in gleicher Weise einbezogen sind. Was für Telefongespräche gilt, muss auch auf E-Mails erstreckt werden: Der Arbeitgeber darf also nicht erfassen, an wen der angestellte Psychologe oder Arzt im Einzelnen eine E-Mail geschickt oder von wem er eine erhalten hat. Erst recht fällt der Inhalt in die Geheimsphäre.

Auch Beschäftigte mit fachlicher Unabhängigkeit wie Richter und Betriebsbeauftragte sowie Wissenschaftler und Journalisten genießen ein besonderes Maß an Unabhängigkeit²⁴.

VI. Fazit

Der Schutz des Arbeitnehmers vor Überwachung ist nach geltendem Recht durchaus angemessen. Wichtigstes Praxisproblem ist die Kenntnis der rechtlichen Regeln und ihre Einhaltung. Hier konsequent zu sein, kommt letztlich nicht nur dem Persönlichkeitsschutz, sondern auch der Arbeitsproduktivität zugute: Wer weiß, dass er nicht auf Schritt und Tritt überwacht werden kann, wird sich sehr viel eher mit seiner Aufgabe identifizieren und insbesondere auch eigene Vorschläge entwickeln. Zur vielbeschworenen Kreativität gehört das Recht auf Irrtum und auf eine persönliche Verhaltensweise, die nicht unbedingt der eines Soldaten oder eines sonstigen Befehlsempfängers entspricht. Dass es gleichwohl Grenzen individueller Beliebigkeit gibt, wird niemand ernsthaft bestreiten wollen.

²² BAG DB 1998, 627.

²³ BAG DB 1987, 1153.

²⁴ Einzelheiten bei *Däubler*, Internet und Arbeitsrecht, Rz. 267 ff.

Loyalitätskonflikte. Anzeigerechte und -pflichten von Arbeitnehmern bei Missständen im Betrieb

Ulrike Wendeling-Schröder

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	9
II.	Die Rechtsprechung zum Whistleblowing	10
	1. Kündigungen wegen Anzeige bei Behörden	10
	2. Kündigungen wegen Information der Öffentlichkeit	13
III.	Die Kritik in der Literatur	15
	1. Das Motivationsproblem	15
	2. Eigennützigkeit oder Fremdnützigkeit?	16
	3. Wahrheit oder Redlichkeit?	16
	4. Der „richtige“ Weg	17
IV.	Whistleblowerschutz in den USA	17
	1. Die unterschiedliche Ausgangslage	17
	2. Hauptlinien des Schutzes	18
V.	Mögliche Folgerungen für die Rechtsprechungsentwicklung	19
VI.	Gesetzgebungsinitiativen?	21

I. Einleitung

Über die Legitimität und moralische Qualität der Anzeige von Missständen im Betrieb gegenüber Behörden oder der Öffentlichkeit durch Arbeitnehmer dieses Betriebes gibt es keinen gesellschaftlichen Konsens. Was die einen als Illoyalität oder Nestbeschmutzung verdammen, begrüßen andere als verantwortungsbewusstes Handeln, vor allem, wenn Interessen der Allgemeinheit betroffen sind. Als Beispiel sei hier Paul van Buitenen genannt, der im Januar 1999 Unregelmäßigkeiten der Brüsseler Verwaltung der EU-Kommission an die Öffentlichkeit brachte. Die deutsche Öffentlichkeit sah (wohl mehrheitlich) den Skandal in den Veruntreuungen in der Kommission. Ganz anders aber die EU-Kommission selbst: Sie hielt das Verhalten van Buitenens für skandalös, er wurde vom Dienst suspendiert, erhielt ein Hausverbot, das Gehalt wurde halbiert und ein Disziplinarverfahren eingeleitet¹.

¹ Der Konflikt endete mit dem Rücktritt der EU-Kommission und der Abmahnung und Versetzung van Buitenens. Die ZEIT vom 14.1.1999, S. 2; SZ vom 5.10.1999, S. 2.