

**Rechtsanwalt Dr. Reinhard Möller, Partner der Kanzlei Bartsch und Partner,
Karlsruhe**

Internet und E-Mail am Arbeitsplatz - Rahmenbedingungen für die private Nutzung -

Die neuen Medien haben das Arbeitsrecht vor neue Herausforderungen gestellt. Kaum ein Büroarbeitsplatz kommt heute ohne Internet und E-Mail-Verkehr aus. Die meisten Unternehmen nutzen ein firmeninternes Netz (Intranet) für die unternehmensinterne Information und Kommunikation. Die Bereitstellung eines Internetzugangs und eines E-Mailsystems für die dienstliche Nutzung gibt den Arbeitnehmern aber auch die Möglichkeit, diese Arbeitsmittel zum rein privaten Gebrauch einzusetzen. Daraus resultieren eine Vielzahl arbeitsrechtlicher Fragen, zum Beispiel

- Verbot oder Erlaubnis der Privatnutzung;
- zulässiger Umfang der Privatnutzung bei bestehender Erlaubnis;
- arbeitsrechtliche Folgen bei unerlaubter Privatnutzung;
- Kontrolle der Privatnutzung;
- Datenschutz und Postgeheimnis;
- Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats.

Die Rechtsprechung hat sich bei der Lösung der aufgeworfenen Problemfelder zunächst auf Analogien zur privaten Nutzung traditioneller Arbeitsmittel, insbesondere des Telefons, beschränkt. Im Laufe der Zeit wurden für die Nutzung der neuen Medien aber eigenständige Regelungen entwickelt. Zum Teil ist auch der Gesetzgeber tätig geworden. Im Folgenden werden die Rahmenbedingungen für die private Nutzung der neuen Medien, insbesondere die Rechtsprechung des BAG zur Kündigung wegen verbotener Privatnutzung dargestellt. In einem Folgebeitrag werden die Möglichkeiten der Kontrolle der Privatnutzung, die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats und datenschutzrechtliche Aspekte dargestellt.

Verbot oder Erlaubnis

Arbeitsvertragliche Regelung

Ob die private Nutzung betrieblicher Arbeitsmittel erlaubt ist, kann im Arbeitsvertrag geregelt werden. Die Situation ist einfach, wenn der Arbeitsvertrag ein generelles Verbot der Privatnutzung enthält. Dann ist das private Surfen und Versenden von privaten E-Mails selbst während der Pausenzeiten unzulässig. Klar ist auch, dass bei einer Erlaubnis der Privatnutzung während der Pausenzeiten eine entsprechende Nutzung in der Arbeitszeit nicht erlaubt ist. Dieser Fall bietet aber Schwierigkeiten, wenn die Lage der Pausenzeiten nicht eindeutig geregelt ist. Noch schwieriger ist die Situation bei einer generellen Erlaubnis ohne nähere Einschränkung. Dann ist die Privatnutzung während der Arbeitszeit erst dann unzulässig, wenn durch den Umfang der privaten Tätigkeit die Arbeitsleistung beeinträchtigt wird.

Der Arbeitsvertrag sollte klare Regelungen zum Umfang der Privatnutzung enthalten, zum Beispiel

- ein generelles Verbot der Privatnutzung;
- eine Erlaubnis während klar definierter Pausenzeiten oder
- eine Erlaubnis mit einem zeitlich und inhaltlich definierten Umfang.

Betriebliche Übung

Auch wenn der Arbeitsvertrag zum Thema der Privatnutzung keine Regelung oder ein generelles Verbot enthält, kann eine Erlaubnis aufgrund einer betrieblichen Übung bestehen. Von einer betrieblichen Übung spricht man, wenn der Arbeitgeber durch wiederholtes gleichförmiges Verhalten bei den Arbeitnehmern den Eindruck entstehen lässt, er werde sich auch in Zukunft entsprechend verhalten. Bekannt ist die betriebliche Übung bei der Gewährung von Gratifikation (z. B. Weihnachtsgeld). Durch eine betriebliche Übung kann auch ein Anspruch auf Privatnutzung von Internet und E-Mail entstehen, wenn es im Betrieb üblich ist, die neuen Medien privat zu nutzen und der Arbeitgeber diese Privatnutzung über einen längeren Zeitraum in Kenntnis der Üblichkeit duldet. Will der Arbeitgeber das Entstehen einer betrieblichen Übung verhindern, sollte er der Privatnutzung in allen Einzelfällen widersprechen, von denen er Kenntnis erhält. Nach der Recht-

sprechung des LAG Hamm¹ ist das Entstehen einer betrieblichen Übung auch dann ausgeschlossen, wenn der Arbeitgeber in dienstlichen Anweisungen ausdrücklich zum Ausdruck gebracht hat, dass eine private Nutzung der Betriebsmittel nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist. Setzt sich der Arbeitgeber allerdings über eine längere Zeit mit seinem Verhalten in einen Widerspruch zu der dienstlichen Anweisung, kann trotzdem eine betriebliche Übung entstehen, da durch die betriebliche Übung auch ein schriftlicher Arbeitsvertrag abgeändert werden kann. Das BAG meint, dass eine betriebliche Übung durch eine sogenannte doppelte Schriftformklausel ausgeschlossen wird, nach der Änderungen des Arbeitsvertrages und Änderungen der Schriftformklausel nur schriftlich erfolgen dürfen.

Zur Verhinderung einer betrieblichen Übung empfiehlt sich

- eine generelle dienstliche Anweisung auf betriebsüblichem Weg;
- eine doppelte Schriftformklausel in allen Arbeitsverträgen oder
- keine Duldung der Privatnutzung, wenn solche Fälle bekannt werden.

Kollektivrechtliche Regelungen

Die Erlaubnis der Privatnutzung kann sich auch aus Betriebsvereinbarungen und (selten) Tarifverträgen ergeben. Solche Betriebsvereinbarungen können den Arbeitnehmern einen unmittelbaren Anspruch auf die private Nutzung der Arbeitsmittel einräumen.

Fehlen einer vertraglichen Regelung

Gibt es weder eine vertragliche Regelung noch eine betriebliche Übung, ist die private Nutzung von Internet und E-Mail verboten. Die neuen Medien sind Arbeitsmittel. Die private Nutzung von Arbeitsmitteln ist nicht erlaubt, wenn sie nicht vom Arbeitgeber ausdrücklich gestattet ist. Bei der Gestattung ist der Arbeitgeber frei, sollte aber darauf achten, dass keine betriebliche Übung entsteht.

¹ LAG Hamm, Urteil vom 07.04.2006, Az.: 10 TaBV 1/06, BB 2007, 388.

Folgen der verbotenen Privatnutzung

Die wichtigste Frage ist, ob ein Verstoß gegen die verbotene Privatnutzung die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber rechtfertigt.

Das BAG hat in einer Reihe von neueren Entscheidungen Leitlinien aufgestellt, welche Verhaltensverstöße eine Kündigung an sich rechtfertigen.² Danach sind vier kündigungsrelevante Verletzungen arbeitsvertraglicher Pflichten zu unterscheiden, die bei einer privaten Nutzung des Internets in Betracht kommen:

- Die private Nutzung des vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Internetanschlusses als solche, weil durch sie möglicherweise zusätzliche Kosten entstehen können und jedenfalls Betriebsmittel unberechtigterweise in Anspruch genommen werden.
- Die private Nutzung des Internets während der Arbeitszeit, weil der Arbeitnehmer während des Surfens im Internet zu privaten Zwecken seine arbeitsvertraglich geschuldete Arbeitsleistung nicht erbringt und dadurch seine Arbeitspflicht verletzt.
- Das Herunterladen einer erheblichen Datenmenge aus dem Internet auf betriebliche Datensysteme, insbesondere wenn damit die Gefahr einer Vireninfiltration oder andere Störungen des – betrieblichen – Betriebssystems verbunden sein können.
- Das Aufrufen von Internetseiten oder Herunterladen von Daten, deren Rückverfolgung zu einer möglichen Rufschädigung des Arbeitgebers führen kann.

Im ersten Fall liegt eine Arbeitsvertragsverletzung nicht vor, wenn die Privatnutzung im Betrieb grundsätzlich erlaubt ist.

Rahmenbedingung für die private Nutzung

Wichtig ist, dass bereits die private Nutzung als solche einen Kündigungsgrund darstellen kann, wenn keine Erlaubnis zur Privatnutzung besteht.

² BAG, Urteil vom 07.07.2005, Az.: 2 AZR 581/04, Urteil vom 12.01.2006, Az.: 2 AZR 179/05 und Urteil vom 27.04.2006, Az.: 2 AZR 386/05.

Interessenabwägung

Wenn eine bestimmte Verhaltensweise an sich eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen kann, prüft das Bundesarbeitsgericht auf der zweiten Stufe, ob eine Kündigung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls interessengerecht ist. Bei dieser Abwägung spielt die Schwere des Verstoßes, also der Grad der Abweichung vom im Einzelfall erlaubten Verhalten eine wesentliche Rolle. Es sind aber auch die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, die mit dem konkreten kündigungsrelevanten Verhalten nichts zu tun haben, insbesondere Dauer der Betriebszugehörigkeit, persönliche Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb (Vorbildfunktion), Verhalten des Arbeitnehmers in der Vergangenheit und soziale Betroffenheit des konkreten Arbeitnehmers von einer Kündigung. Maßgeblich ist, ob unter Berücksichtigung der Interessen beider Vertragsparteien dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zugemutet werden kann oder nicht. Da eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen ist, sind generelle Aussagen zu dieser Interessenabwägung kaum möglich. Die Rechtsprechung vieler Landesarbeitsgerichte, nach der nur wiederholte Verstöße gegen ausdrücklich ausgesprochene Verbote des Arbeitgebers zur Kündigung berechtigen, dürfte auch auf der Ebene der Interessenabwägung nicht haltbar sein. Jedenfalls bei einer schwerwiegenden Vertragsverletzung bei der privaten Nutzung von Internet und E-Mail kann die Interessenabwägung nur dann gegen eine Kündigung sprechen, wenn ganz besondere Umstände in der Person des Arbeitnehmers vorliegen, so dass dieser Fall anders beurteilt werden muss als ein Fall von nur durchschnittlicher Schutzbedürftigkeit. Wenn das Verhalten des Arbeitnehmers an sich eine Kündigung rechtfertigt, wird dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nur im Ausnahmefall zugemutet werden können.

Kündigung ohne Abmahnung

Die Abmahnung spielt im Rahmen der Interessenabwägung eine wesentliche Rolle. Wurde dem Arbeitnehmer bei einem entsprechenden Fehlverhalten in der Vergangenheit deutlich gemacht, dass der Arbeitgeber solche Vertragsverletzungen nicht hinnehmen wird und zukünftige Pflichtverletzungen zur Kündigung führen können (Warnfunktion der Abmahnung) ist eine Kündigung selbst dann zumutbar, wenn eine hohe soziale Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers im Hinblick auf Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltspflichten und Schwerbehinderung besteht. Die Abmahnung ist darüber hinaus Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Vor einer verhaltensbedingten Kündigung wird deshalb in aller Regel eine Abmahnung erforderlich sein. Dies gilt dann nicht, wenn die Pflichtverlet-

zung so schwerwiegend ist, dass der Arbeitnehmer nicht erwarten kann, dass der Arbeitgeber diese Pflichtverletzung hinnehmen wird. Es gibt in der Rechtsprechung nur wenige Beispiele, in denen im Hinblick auf die Schwere der Pflichtverletzung auf eine Abmahnung ohne weiteres verzichtet werden kann. Besonders streng ist die Rechtsprechung hier nur im Bereich der Straftaten zu Lasten des Arbeitgebers (Diebstahl, Körperverletzung).

Fallgruppen: Kündigung ohne Abmahnung³

- Wiederholtes, exzessives Surfen im Internet bei einem bestehenden Verbot der privaten Nutzung, insbesondere wenn dabei pornografische Inhalte in großem Umfang heruntergeladen und auf der Festplatte des dienstlichen Computers gespeichert wurden.
- Bei bestehendem Verbot: Verschleierung der privaten Nutzung durch Aufspielen einer Anonymisierungssoftware, die eine Kontrolle der aufgerufenen Seiten verhindert.
- Gefährdung des betrieblichen Betriebssystems durch Herunterladen von vi-
rengefährdeten Programmen unter bewusster Umgehung der Firewall.
- Rufschädigende Privatnutzung durch Herunterladen von strafbaren oder por-
nografischen Inhalten.

Das BAG hält aber eine Interessenabwägung selbst in Fällen schwerster Vertragsverletzungen (zeitlich exzessive Privatnutzung trotz bestehendem, regelmäßig wiederholtem Verbot mit Herunterladen kinderpornografischer Inhalte) nicht für unentbehrlich. Das bedeutet ein sehr hohes Risiko für den Arbeitgeber, wenn er eine Kündigung ohne Abmahnung ausspricht. Im Kündigungsschutzprozess müssen alle Umstände, aus denen sich die besondere Schwere des Verstoßes im Einzelfall ergibt, vorgetragen werden. Im Zweifelsfall sollte das Fehlverhalten zunächst abgemahnt und erst im Wiederholungsfall eine Kündigung ausgesprochen werden.

³ BAG, Urteil vom 07.07.2005, Az.: 2 AZR 581/04, NZA 2006, 98; BAG, Urteil vom 12.01.2006, Az.: 2 AZR 179/05, NZA 2006, 980; LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 07.11.2005, Az.: 15 Sa 88/05.

Zusammenfassung

Die private Nutzung der neuen Medien sollte klar geregelt werden. Dies kann im Arbeitsvertrag, durch eine generelle Dienstanweisung oder eine Vereinbarung mit dem Betriebsrat erfolgen. Selbst wenn eine generelle Erlaubnis besteht, kann der Arbeitnehmer durch Art und Umfang der privaten Nutzung seine vertraglichen Pflichten verletzen. Diese Pflichtverletzung rechtfertigt eine verhaltensbedingte Kündigung. Abgesehen von besonders schwerwiegenden Pflichtverletzungen sollte vor einer Kündigung immer eine Abmahnung ausgesprochen werden. Wenn eine Kündigung gerechtfertigt ist, sollte diese als außerordentliche fristlose Kündigung, hilfsweise ordentliche Kündigung zum nächstmöglichen Termin ausgesprochen werden.

Bitte beachten Sie auch den zweiten Teil des Beitrages: „Internet und E-Mail am Arbeitsplatz – Kontrolle der unerlaubten Privatnutzung “ - Zur Mitwirkung des Betriebsrats.

Dr. Reinhard Möller
Rechtsanwalt