

Kapitel 1

Vorbemerkungen

1. Veränderte Arbeitswelt durch neue IuK-Technik

Noch in den 70er Jahren warb ein großer DV-Hersteller für seine Produkte mit dem Slogan: »Computer tun die Arbeit, für die der Mensch zu schade ist«. Heute wäre so mancher Arbeitnehmer froh, wenn er seine Arbeit, die inzwischen ein Computer erledigt, hätte fortführen können. Andererseits hat die IT-Technik neue Arbeitsplätze geschaffen. Die DV- bzw. IuK-Technik hat die betriebliche Arbeitswelt aber nicht nur durch Automatisierung und Rationalisierung verändert; damit einhergegangen ist eine Veränderung der Arbeitsabläufe und der betrieblichen Organisation. Begriffe wie Abbau von Hierarchien, Just-in-time, Lean-Management, selbststeuernde Arbeitsgruppen oder flexible Arbeitszeiten beschreiben diesen Prozess. Auch in diese Aufzählung gehört das mithilfe von Workflow-Management anvisierte papierlose Büro¹.

Verändert haben sich einmal die äußere Form des Produzierens und zum anderen die Art der Produkte. Die Begriffe Informations- und Dienstleistungsgesellschaft sind hierfür kennzeichnend. In der Arbeitswelt der Call-Center spiegeln sich diese Begriffe prägnant nebeneinander wider.

Diese Veränderung vollzog sich zunächst innerhalb des Betriebes. Hierzu gehören nicht nur der Einzug der Computertechnologie in fast jedes Büro bzw. an die einzelnen Arbeitsplätze, sondern auch damit verbundene neue Möglichkeiten der Kommunikation und Information². Die neuen Techniken machen aber auch die Loslösung der Arbeit von der klassischen Einbindung der Beschäftigten in eine betriebliche Organisation möglich, wobei die Telearbeit nur ein Schritt in diese Richtung ist, der möglicherweise zu sog. virtuellen Unternehmen hinführt.

1 Vgl. zur Einführung einer digitalen Personalakte: Grentzer, RDV 2005, S. 134; zum diesbezüglichen Datenschutz: Gola/Wronka, Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, 4. Aufl., Rdn. 140 ff.

2 Zum Einsatz von Multimedia am Arbeitsplatz ausführlich: Däubler, Internet und Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2004

- 4 Gekennzeichnet ist Telearbeit³ im engeren Sinne dadurch, dass sie ausschließlich oder zeitweise – die alternierende Telearbeit stellt zurzeit den Regelfall dar – außerhalb der zentralen Betriebsstätte des Arbeit- oder Auftraggebers ausgeführt wird. Der zentrale Arbeitsplatz verfügt über Informations- und Kommunikationstechnologien. Für die Anbindung an diese bzw. die Übertragung von Arbeitsergebnissen zum Arbeit- oder Auftraggeber werden Telekommunikationsverbindungen genutzt. Die dafür benötigte IuK-Technik wird – jedenfalls bei Beschäftigung im Arbeitsverhältnis – vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellt.
- 5 Zur Erledigung in Telearbeit geeignet sind grundsätzlich alle Tätigkeiten, die an betrieblichen Bildschirmarbeitsplätzen verrichtet werden bzw. für die der Computer das bestimmende Arbeitsmittel ist. In Betracht kommen einfache Tätigkeiten (z.B. Texterfassung, Bearbeitung von Bestellungen etc.) wie auch qualifizierte Spezialaufgaben (z.B. Erstellung von Konstruktions- und Bauplänen, Softwareerstellung). Auch zu einem »virtuellen« Call-Center zusammengefasste Telearbeitsplätze sind denkbar⁴.
- 6 Die Auslagerung der Computerarbeit entkoppelt zwar die Arbeit vom Ort ihres Ergebnisses und damit auch von herkömmlicher arbeitgeberseitiger Weisungs- und Kontrollbefugnis; andererseits werden jedoch die derzeitigen Kontrollmechanismen ggf. durch neue Formen der Beobachtung, Registrierung und Auswertung des Technikeinsatzes des Telearbeiters abgelöst⁵. Durch Vernetzung mit den Computern des Arbeitgebers unterliegt der Arbeitnehmer – zumindest besteht die technische Möglichkeit und in Erfüllung der

3 Zu den verschiedenen Erscheinungs- und Organisationsformen vgl. aus der umfangreich vorliegenden Literatur: Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, Forschungsberichte Nr. 296 und Nr. 269a, 1997; ferner: Telearbeit – Ein Leitfaden für die Praxis, 1999; Börnecke, Handbuch Telearbeit, 1998; Dostal, Telearbeit in der Informationsgesellschaft, 1999; Preis, Arbeitsrechtliche Probleme der Telearbeit, in: Die Zukunft der Medien hat schon begonnen – Rechtlicher Rahmen und neue Teledienste im Digitalzeitalter, 1998; ferner Gola/Jaspers, RDV 1998, S. 243; Wedde, NJW 1999, S. 527; Zilkens/Wehrhahn, RDV 1999, S. 60

4 Vgl. bei Wedde, DuD 1998, S. 576; Fricke, AiB 1997, S. 31

5 Vgl. das Szenario bei Wedde, CI 7–8/1995, S. 43; ferner Burr, CI 11/1995, S. 18

Verpflichtungen aus § 9 BDSG⁶ in gewissem Umfang auch die Verpflichtung hierzu – einer ständigen Telekontrolle seines Arbeitsverhaltens am PC.

Durch die Herauslösung aus der betrieblichen Organisation, aber auch durch neue Arbeitsformen im Betrieb selbst entfällt vielfach eine strikte Vorgabe der einzuhaltenden Arbeitszeit, d.h., die Kontrolle der Anwesenheit im Betrieb entfällt bzw. auf sie wird im Rahmen sog. Vertrauensarbeitszeit verzichtet, was den Arbeitgeber aber nicht der Verpflichtung enthebt, auf die Einhaltung der Grenzen des Arbeitszeitgesetzes zu achten⁷. Fraglich ist jedoch, ob die dem Einzelnen eingeräumte Zeitsouveränität zu mehr Freiheit führt oder ob er nunmehr mehr Zeit investiert, um die sich selbst oder fremdbestimmt gestellten Ziele zu erreichen.

Schon seit geraumer Zeit wird aber auch diskutiert, inwieweit die neuen IuK-Techniken eine darüber hinausgehende Dezentralisierung der Arbeit, d.h. eine Auflösung der bisherigen Organisation der Arbeitswelt ermöglichen und auch hierzu führen werden. Vorausgesagt wird »The End of the Job«, das »Aus« für den festen Arbeitsplatz und damit die Auflösung des herkömmlichen Arbeitnehmerbegriffs nebst des auf ihn ausgerichteten arbeitsrechtlichen Schutzes, der zudem auch infolge seines »lokalen« Wirkungskreises im Rahmen global vernetzter Arbeit nur noch bedingt Wirkung entfalten kann.

Das Arbeitsrecht hat sich zum Teil sehr intensiv mit den sich verändernden Arbeitsbedingungen beschäftigt, wobei jedoch der Datenschutz der Beschäftigten zunächst nur am Rande eine Rolle spielte. Die Forderungen an die datenschutzkonforme Gestaltung von Telearbeitsplätzen betrafen vorrangig den

6 Da der in die Wohnung des Mitarbeiters ausgelagerte Arbeitsplatz Teil des Betriebes bleibt, bedarf der Arbeitgeber und auch der DSB zur tatsächlichen Wahrnehmung der Kontrolle eines vom Arbeitnehmer einzuräumenden Zutrittsrechts zur Wohnung, dessen Umfang jedoch an den §§ 138 Abs. 1, 242 BGB und mittelbar an Art. 13 GG zu messen ist; vgl. bei Schuppert, Zutrittsrechte zu Telearbeitsplätzen; Fischer, Telearbeit und Schutz der Arbeitnehmerschaft, S. 275

7 Vgl. aber BAG, RDV 2003, S. 1351 = RDV 2004, S. 77:
 »1. Zur Wahrnehmung seiner Überwachungsaufgabe nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG benötigt der Betriebsrat im Hinblick auf die Einhaltung der betrieblichen Ruhezeiten und der tariflichen wöchentlichen Arbeitszeit Kenntnis von Beginn und Ende der täglichen und vom Umfang der tatsächlich geleisteten wöchentlichen Arbeitszeit.
 2. Der Arbeitgeber hat seinen Betrieb so zu organisieren, dass er die Durchführung der geltenden Gesetze, Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen selbst gewährleisten kann. Er muss sich deshalb über die genannten Daten in Kenntnis setzen und kann dem Betriebsrat die Auskunft hierüber nicht mit der Begründung verweigern, er wolle die Arbeitszeit der Arbeitnehmer wegen einer im Betrieb eingeführten »Vertrauensarbeitszeit« bewusst nicht erfassen.«

Aspekt der Datensicherheit, d.h. den Schutz derjenigen, deren Daten extern verarbeitet werden sollten⁸. Auch die zahlreichen Abhandlungen zur Organisation von Call-Centern ließen das Thema weitgehend außen vor, wobei dies speziell auch für den Bereich des Kundendatenschutzes zu vermerken ist⁹.

- 10 Inzwischen ist Arbeitnehmerdatenschutz bei der Nutzung von E-Mail-Kommunikation und Internet zwar Gegenstand zahlreicher Publikationen und Stellungnahmen der Datenschutzaufsichtsbehörden, Rechtsprechung fehlt jedoch weitgehend, so dass manche Frage strittig bleibt.

2. Begriffsbestimmung Multimedia

11. Der im Jahre 1995 in Deutschland zum Wort des Jahres gewählte Begriff Multimedia wird in seiner täglichen Anwendung als Schlagwort mit weit gefasster Bedeutung¹⁰ verwendet. Als technische Basis der zumeist gleichzeitig in Bezug genommenen »heutigen Informationsgesellschaft« umfasst er »alle Produkte und Dienste, die auf der Basis der digitalen Technik und den gemeinsamen Merkmalen der interaktiven Verwendung von verschiedenen Medienformen Daten, Bilder, Töne und Sprache beliebig kombinieren, speichern und übertragen«¹¹. Bezeichnend ist, dass die netzvermittelten Informationsangebote – kombiniert oder wechselnd – alle Formen von Informationen wie Texte, Fest- und Bewegtbilder, Töne und Daten präsentieren können¹². Multimedia meint somit die Verbindung verschiedener, d.h. im Wortsinn vieler Medien zu einem Verbund von Informationsmöglichkeiten. So wird der Computer, verknüpft mit Telefon, E-Mail und Internet zur Übermittlungs-, Empfangs- und Verarbeitungsstation für individuelle und allgemein zugängliche Informationen. Der Begriff »Multimedia« ist jedoch nicht ausschließ-

8 Vgl. hierzu die ausführlichen Hinweise der Landesdatenschutzbeauftragten NW, TB 1999, S. 130 = Gola/Schomerus, BDSG, § 9 Rdn. 22; vgl. auch die Mindeststandards für die Einrichtung und für den Betrieb von Telearbeitsplätzen in der hess. Landesverwaltung, HessLDSB, 32. TB 2003, S. 209 ff. = Staatsanz. 2003, S. 4963

9 Vgl. hierzu und speziell zum Telefonmarketing in ZAW/GDD (Hrsg.), Kundendatenschutz, 2. Auflage, Rdn. 185 ff.

10 Zu seiner Bedeutung im Marketing vgl. bei Fröhle, Web Advertising, Nutzerprofile und Teledienstedatenschutz, 2003, S. 16

11 Zitiert nach Wanckel, Persönlichkeitsschutz in der Informationsgesellschaft, S. 47 f.; ferner BT-Drs. 13/4000 (Bericht Info 2000), S. 15

12 Roßnagel, Recht der Multimedia-Dienste, Einl. Rdn. 4

lich technisch bestimmt; vielmehr kennzeichnet er auch neue Angebots- und Nutzungsformen, die erst durch die Digitalisierung möglich geworden¹³ sind. Basis der weltweiten Bereitstellung von Informationen bzw. deren Transport in digitalisierter Form bildet das Internet mit seinen diversen Diensten. Hierzu zählen insbesondere hinsichtlich der Nutzung am Arbeitsplatz das World Wide Web (WWW) mit den Angeboten der Informationsabfrage und der elektronische Postverkehr (E-Mail)¹⁴. 12

3. Pflicht zur Bereitstellung von Multimedia

3.1 Allgemeines

Grundsätzlich ist es die freie unternehmerische Entscheidung des Arbeitgebers, welche Hilfsmittel er den Arbeitnehmern zur Erledigung der Arbeit zur Verfügung stellt¹⁵. Eine bestimmte Ausstattungspflicht kann sich jedoch unmittelbar – z.B. aufgrund einer vereinbarten Bereitstellung eines Dienstwagens, eines Mobiltelefons – oder auch mittelbar aus dem Arbeitsvertrag ergeben. Aus der arbeitsvertraglichen Beziehung ergibt sich für den Arbeitnehmer nicht nur eine Arbeitspflicht, sondern auch ein Recht auf Arbeit, d.h. ein Anspruch, gemäß der vereinbarten Tätigkeit beschäftigt zu werden¹⁶. Kann die Beschäftigung in zumutbarer Weise nur unter Einsatz bestimmter Hilfsmittel durchgeführt werden, so gehört auch die Bereitstellung der erforderlichen Infrastruktur zu der vertraglichen Verpflichtung des Arbeitgebers. Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach gerät er in Annahmeverzug (§ 615 BGB), d.h., der Arbeitnehmer kann die Vergütung beanspruchen, die er bei ordnungsgemäßer Ausstattung des Arbeitsplatzes erzielt hätte. 13

Hat der Arbeitgeber dem Mitarbeiter einen PC zur Verfügung gestellt und z.B. an das Intra- und/oder an das Internet angeschlossen, so ist der Mitarbeiter auch gehalten, die Technik, sofern sie ihm bei der Erledigung der geschul- 14

13 Vgl. auch bei Bullinger/Mestmäcker, Multimedia-Dienste, 1997, S. 20

14 Vgl. hierzu ausführlich bei Hanau/Hoeren, Private Internetnutzung durch Arbeitnehmer, S. 4 ff.

15 Altenburg/v. Reitersdorff/Leister, MMR 2005, S. 135; Beckschulze, DB 2003, S. 2777; Nägele/Meyer, K&R 2004, S. 312

16 BAG, NJW 1985, S. 2968 = NZA 1985, S. 702

deten Arbeit dienlich ist, zu benutzen. Fälle, in denen der Arbeitgeber insoweit die Grenzen seines Direktionsrechts überschreiten wird, sind nur als Ausnahme denkbar¹⁷.

- 15 Können die Techniken erst aufgrund entsprechender Schulung bedient werden und bietet der Arbeitgeber diese – unter Berücksichtigung auch der individuellen Fähigkeiten des einzelnen Beschäftigten – nicht an, verletzt er seine Fürsorgepflicht. Der Mitarbeiter der die Nutzung der Technik verweigert, begeht keine Verletzung seiner Arbeitspflicht; vielmehr befindet sich der Arbeitgeber auch insoweit im Annahmeverzug (§ 615 BGB), solange er dem Mitarbeiter nicht die erforderliche Schulungsmaßnahme ermöglicht.
- 16 Werden Schulungsmaßnahmen angeboten oder angeordnet, worauf ggf. die Mitarbeitervertretung Gewicht legen wird (§ 97 BetrVG)¹⁸, so muss der Arbeitnehmer dieses Angebot in der Regel annehmen, will er nicht seinen Arbeitsplatz gefährden.
- 17 Unabhängig von dem Erfordernis spezieller Schulungsmaßnahmen sollte es selbstverständlich sein, dass der Arbeitgeber die Beschäftigten mit den Aus-

17 Vgl. bei Däubler, Internet und Arbeitsrecht, Rdn. 83 ff.

18 Vgl. BTQ Kassel, Betriebsvereinbarungsbeispiel Internet- und E-Mail-Nutzung; entnommen aus den Beispielen bei Kiper, CF 10/2004, S. 10:

»**Qualifizierung**

(1) Die betroffenen Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen der Systembetreuung werden für die neuen Funktionen auf Kosten des Arbeitgebers geschult. Die Schulungen finden während der Arbeitszeit statt.

(2) Die Benutzer und Benutzerinnen von Internet und E-Mail werden ausreichend qualifiziert. Die Maßnahmen schulen und informieren:

- in anwendungstechnischer Hinsicht, insbesondere in einer effektiven Nutzung und arbeitsorganisatorisch optimierten Einbindung in die übrigen Tätigkeiten der Nutzer und Nutzerinnen
- bezüglich gesundheitlicher Risiken
- in Fragen des Datenschutzes und der Persönlichkeitsrechte, wobei auch die Möglichkeiten des Systems zur Protokollierung und die diesbezüglichen Möglichkeiten der Nutzer erläutert werden (Löschen von Histories, Caches ...)
- in Fragen der Daten- und Systemsicherheit, auch hinsichtlich der Verschlüsselung von E-Mails
- in rechtlichen Fragen im Zusammenhang mit dem Zugriff auf Webseiten mit strafrechtlich relevantem Inhalt
- hinsichtlich den Regelungen dieser Vereinbarung.

Die entsprechenden Informations- und Qualifizierungsmaßnahmen werden mit dem Betriebsrat abgestimmt.

(3) Weitere zugriffsberechtigte Personen nach dieser Vereinbarung werden ebenfalls angemessen qualifiziert, um ihre mit der Zugriffsberechtigung verbundenen Aufgaben kompetent ausüben zu können (z. B. der betriebliche Datenschutzbeauftragte).«

wirkungen der neuen Techniken für ihre Arbeitsplätze und ggf. sich hieraus für sie ergebenden Rechten und Pflichten vertraut macht, wie es § 81 BetrVG¹⁹ vorschreibt. Sind diesbezügliche Fragen Gegenstand einer Betriebs-/Dienstvereinbarung, so erfolgt eine erste Mitarbeiterinformation durch die gesetzlich vorgesehene Publikation dieser Vereinbarung (§ 77 Abs. 2 Satz 3 BetrVG; § 73 Abs. 1 BPersVG). Regelmäßig schreiben diese kollektiven Vereinbarungen diese und sonstige Informationspflichten aber auch ausdrücklich fest²⁰.

Stattet der Arbeitgeber nur ausgewählte Arbeitsplätze mit moderner Infrastruktur aus, darf er den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzen, d.h. bestimmte Arbeitnehmer in Form arbeitgeberseitigen »Mobbings« diskriminieren. Der Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet dem Arbeitgeber, seine Arbeitnehmer oder Gruppen seiner Arbeitnehmer, die sich in vergleichbarer Lage befinden, bei Anwendung einer selbst gesetzten Regelung gleich zu behandeln. Er verbietet nicht nur die willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer innerhalb einer Gruppe, sondern auch eine sachfremde Gruppenbildung²¹. Der Grundsatz gilt nicht nur bei der Gewährung von freiwilligen Leistungen, sondern auch bei im Rahmen des Direktionsrechts

19 **§ 81 Abs. 4 BetrVG:**

(4) Der Arbeitgeber hat den Arbeitnehmer über die aufgrund einer Planung von technischen Anlagen, von Arbeitsverfahren und Arbeitsabläufen oder der Arbeitsplätze vorgesehenen Maßnahmen und ihre Auswirkungen auf seinen Arbeitsplatz, die Arbeitsumgebung sowie auf Inhalt und Art seiner Tätigkeit zu unterrichten. Sobald feststeht, dass sich die Tätigkeit des Arbeitnehmers ändern wird und seine beruflichen Kenntnisse und Fähigkeiten zur Erfüllung seiner Aufgaben nicht ausreichen, hat der Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer zu erörtern, wie dessen berufliche Kenntnisse und Fähigkeiten im Rahmen der betrieblichen Möglichkeiten den künftigen Anforderungen angepasst werden können. Der Arbeitnehmer kann bei der Erörterung ein Mitglied des Betriebsrats hinzuziehen.

20 Vgl. das Beispiel bei Bijok/Class, RDV 2001, S. 52 (60):

»Information der Beschäftigten

Die Beschäftigten sind über die besonderen Probleme der E-Mail und der Internetdienste zu unterrichten. Insbesondere ist auf Folgendes hinzuweisen:

- a) gesetzliche Regelungen zum Fernmeldegeheimnis*
- b) gesetzliche Regelungen für Teledienste*
- c) Anwendung der Datenschutzvorschriften*
- d) Zugänglichkeit unverschlüsselter E-Mail beim Transport im Netz, insbesondere Internet*
- e) Probleme der Archivierung*
- f) dienstliche, gesetzliche und ethische Grundsätze und Vorschriften bei der Nutzung von Internetdiensten.«*

21 BAG, RDV 2005, S. 116

getroffenen einseitigen Anordnungen für die Art und Weise der Durchführung der Arbeit²².

- 19 Fragen der Gleichbehandlung stellen sich auch, wenn die Privatnutzung gestattet wird, aufgrund der nicht einheitlichen Ausstattung der Arbeitsplätze aber nicht alle Mitarbeiter hiervon profitieren können. Der Arbeitgeber wird hier im Rahmen des Zumutbaren – z.B. in einem Pausenraum – geeignete Möglichkeiten zur Verfügung stellen müssen²³.

3.2 Gesetzliche Ausstattungspflichten

- 20 Im Einzelfall kann sich jedoch auch die Pflicht zur Bereitstellungen von bestimmten Hilfsmitteln und Techniken aus gesetzlichen Regelungen ergeben.
- 21 Zumindest dann, wenn der Arbeitgeber sich für seine betrieblichen Bedürfnisse zur Implementation moderner IuK-Techniken entschieden hat, wird er deren Nutzung ggf. auch der Mitarbeitervertretung aufgrund seiner Ausstattungspflicht nach § 40 Abs. 2 BetrVG nicht versagen können²⁴.
- 22 Eine der Ausstattungsverpflichtung gegenüber dem Betriebsrat entsprechende Regelung enthält § 4f Abs. 5 Satz 1 BDSG. Danach ist der Arbeitgeber verpflichtet, dem Beauftragten für den Datenschutz, »soweit dies für seine Aufgaben erforderlich ist, Hilfspersonal sowie Räume, Einrichtungen, Geräte und Mittel zur Verfügung zu stellen«. Überlegungen, die das BAG²⁵ für die Interpretation der Erforderlichkeit angestellt hat, werden wohl hier entsprechend gelten können, wobei jedoch ein DSB kaum versuchen wird, einen ihm z. B. zu Unrecht verweigerten Internetanschluss gerichtlich einzuklagen.
- 23 Verpflichtungen zu einer bestimmten Ausstattung von Arbeitsplätzen können sich aus den Regelungen des SGB IX zur Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen ergeben. So erlegt § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 und 5 SGB IX dem Arbeitgeber im Rahmen der Zumutbarkeit eine behindertengerechte

22 Insoweit zur Einführung bei Bildschirmarbeitsplätzen, Bosmann, NZA 1984 S. 187

23 Vgl. das bei Kiper, CF 19/2004, S. 6 entnommene Beispiel des ver.di-BV-Entwurfs: »Beschäftigten, die nicht an computer-unterstützten Arbeitsplätzen arbeiten, ist an geeigneter Stelle innerhalb der jeweiligen organisatorischen Einheit ein entsprechender mehrfach zu nutzender, vernetzter PC mit persönlicher Zugriffsberechtigung einzurichten.«

24 Vgl. nachstehend Rdn. 393 ff.

25 RDV 2004, S. 76 und S. 171

Einrichtung und Unterhaltung der Arbeitsstätten und die Ausstattung des Arbeitsplatzes mit den erforderlichen technischen Arbeitshilfen auf. Des Weiteren sieht § 83 SGB IX den Abschluss von Integrationsvereinbarungen vor, in denen Regelungen im Zusammenhang mit der Eingliederung schwerbehinderter Menschen u. a. zur Gestaltung der Arbeitsplätze und des Arbeitsumfeldes zu treffen sind.²⁶ Dass insoweit – je nach der Sachlage – auch Arbeitserleichterungen durch die Bereitstellung moderner Kommunikationsmittel die Beschäftigung eines Schwerbehinderten ermöglichen können, liegt auf der Hand.

4. Pro und Kontra privater Nutzung

Eine bereits bei Einführung der Kommunikationstechnik zu klärende Frage ist, ob diese dem Arbeitnehmer auch für private Zwecke zur Verfügung stehen soll. Die Klärung der Frage ist zum einen deshalb wichtig, weil hiervon unterschiedliche rechtliche Verpflichtungen abhängen²⁷ und zum anderen, weil ggf. einmal geschaffene Tatsachen²⁸ nachfolgend nicht mehr rückgängig gemacht werden können. 24

Während die Frage der Privatnutzung des Telefons in den Betrieben zwangsläufig geklärt sein wird und für den Arbeitgeber zumindest durch die Möglichkeit der Abrechnung der Privatgespräche hinsichtlich der Nutzungskosten unproblematisch ist, stellen sich bei der Privatnutzung des Internets differenzierte Probleme²⁹. Zum einen ist nicht auszuschließen, dass die Arbeitsleistung der Beschäftigten durch eine exzessive Internetnutzung stark eingeschränkt wird. Deshalb wird teilweise private Internetnutzung nur in den Pausen oder außerhalb der Arbeitszeit gestattet. Mancherorts wird hierfür auch ein separates, in den Pausen allgemein zugängliches Internet-Terminal im Betrieb aufgestellt, an dem der Mitarbeiter »unregistriert« tätig werden kann. 25

26 Vgl. hierzu und zum diesbezüglichen Datenschutz: Gola/Wronka, Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, Rdn. 532a ff.; Gundermann/Oberberg, RDV 2007, S. 103

27 Zur Anwendung von TKG und TMG vgl. nachstehend Rdn. 147 ff.

28 Zur Gestattung privater Nutzung infolge stillschweigender Duldung vgl. nachfolgend Rdn. 187

29 Vgl. hierzu insgesamt bei Zilkens, DuD 2005, S. 253 (256)

- 26 Zum anderen besteht die Gefahr, dass das betriebliche oder behördliche Netz durch das private Herunterladen von Video- oder Musikdateien überlastet wird. Abgesehen davon, dass hier ohnehin häufig Urheberrechtsverstöße vorliegen, an denen der Arbeitgeber durch Gestattung der Privatnutzung Gefahr läuft, beteiligt zu werden, steht diese Nutzungsart am Arbeitsplatz im deutlichen Gegensatz zu den Pflichten des Beschäftigten, seine Arbeitsleistung zu erbringen³⁰.
- 27 Zudem wirkt der mit dem Internet verbundene Computer wie ein virtuelles Werkstor: Durch Dateianhänge können Viren ins Intranet gelangen. Vertrauliche Dokumente und Betriebsgeheimnisse könnten ausspioniert werden oder versehentlich nach außen gelangen. Viren und Würmer könnten von außen Daten einschleusen und Betriebsstörungen hervorrufen. Zwar bestehen die letztgenannten Gefahren auch bei dienstlicher Nutzung des Internets; doch wird die Problematik durch zusätzliche Privatnutzung eher verstärkt.
- 28 Ferner kann aus der Sicht des Arbeitgebers ein rechtswidriges Handeln des Beschäftigten zu straf- bzw. zivilrechtlichen Mitverantwortlichkeiten³¹ führen. Diese können neben dem bereits genannten Verstoß gegen Urheberrechte³² durch Herunterladen bzw. Vervielfältigung von geschützten Inhalten auch darin liegen, dass der Beschäftigte strafrechtlich relevante Seiten (Gewaltverherrlichung, Kinderpornografie etc.) abrufen und dadurch zunächst das Unternehmen in Tatverdacht gerät.
- 29 Letztlich werden als negatives Argument unumgehbare spezielle Verpflichtungen des TKG zur Erfüllung von Auskunftsbegehren der Sicherheitsbehörden (§§ 111, 113 TKG) angeführt.
- 30 Demgemäß hat die Mehrzahl der Unternehmen private Nutzung jedenfalls nicht ausdrücklich erlaubt oder – so in der wohl überwiegenden Mehrzahl der großen deutschen Unternehmen³³ – private Nutzungen untersagt, was aber –

30 Speziell hierzu Rath/Karner, K&R, 2007, S. 406

31 Vgl. hierzu nachstehend Rdn. 198

32 Vgl. OLG München, CR 2007, S. 389

33 Nach Pressemeldungen gehören hierzu u. a.: RWE; Siemens, Bayer, Telekom, Deutsche Bank, Allianz

jedenfalls bei mangelnder Kontrolle bzw. nicht hinreichender Verdeutlichung des Verbots – nichts an einer ggf. doch in nicht unbedeutendem Umfang stattfindenden Privatnutzung ändert³⁴.

Andererseits wird für die Beschäftigten ein privat nutzbarer betrieblicher Internetzugang attraktiv sein und zu einem guten Arbeitsklima beitragen³⁵. Kosten – abgesehen von der in Anspruch genommenen Arbeitszeit – entstehen dem Arbeitgeber zumeist nicht, da in der Regel eine Standleitung (oder Flatrate) besteht, deren private Nutzung keine zusätzlichen Leitungskosten verursacht. 31

Zu beachten ist auch, dass ein absoluter Ausschluss privater Nutzung kaum möglich sein wird. So, wie der Mitarbeiter, dem eine Wirtschaftszeitung zu dienstlichen Zwecken zur Verfügung steht, wohl auch mal kurz einen Blick in den Sportteil werfen kann, ohne eine Arbeitspflichtverletzung zu begehen, werden auch einmalige Bagatellfälle privater Internetnutzung nicht als arbeitsvertragliche Pflichtverletzung angesehen werden können. 32

Sinnvoll wird es daher in der Regel sein, die Privatnutzung auf gelegentliche, geringfügige und die Arbeitsleistung nicht beeinträchtigende Nutzungen zu beschränken und die diesbezüglichen Kontrollrechte mit den Betroffenen³⁶ und der Mitarbeitervertretung zu vereinbaren³⁷. Andererseits ist nicht zu verkennen, dass sich wohl die Mehrzahl der Betriebe im Hinblick auf die damit verbundenen Risiken für ein Verbot der Privatnutzung entschieden hat. 33

34 Nach Untersuchungen fallen durchschnittlich 3,2 Stunden/Woche Internetnutzung für private Zwecke an mit etwa 53 Mrd. Arbeitszeitkosten; private Börsengeschäfte kosten rund 204 Millionen Arbeitsstunden pro Jahr, wobei der täglich Kurs-Check den Arbeitgebern rund 5 Mrd. Euro Kosten Arbeitsausfall verursachen soll.

35 Zur Problematik und gegen den Ausschluss privater Internetnutzung: Kiper, CF 2/2002, S. 16; Wedde, CF 7–8/2006, S. 48 ff.; ebenso Naujock, DuD 2002, S. 592, u. a. im Hinblick auf mangelnde Kontrollierbarkeit und Akzeptanz bei den Betroffenen

36 Zur Einwilligung in die Durchbrechung des Fernmeldegeheimnisses vgl. nachstehend Rdn. 310 ff.

37 Auf sich im Hinblick auf § 202a und § 206 StGB ergebende Probleme beim Einsatz von URL – und Spamfiltern ist jedoch noch einzugehen; vgl. nachstehend Rdn. 53 ff. und 103 ff.

5. Der Persönlichkeitsschutz der Beschäftigten

5.1 Allgemeines

- 34 Eine nach wie vor aktuelle datenschutz- und arbeitsrechtliche Thematik stellt die Kontrolle der Mitarbeiter bei der Nutzung der ihnen vom Arbeitgeber bereitgestellten Kommunikationstechniken dar. Die datenschutz- und arbeitsrechtliche Problematik ergibt sich daraus, dass es zwar einerseits dem Arbeitgeber grundsätzlich freisteht, ob und zu welchen Zwecken er den Mitarbeitern welche Kommunikationstechnik am Arbeitsplatz bereitstellt und insbesondere, ob er eine private Nutzung gestattet, dass er aber andererseits bei der Kontrolle der Einhaltung des von ihm insoweit vorgegebenen Erlaubnisrahmens³⁸ individual- und kollektivrechtlichen Restriktionen unterliegt.

5.2 Rechtsgrundlagen

- 35 Die Restriktionen, denen die Kontrolle des Arbeitsverhaltens des Mitarbeiters unterliegt, ergeben sich aus dem allgemeinem Anspruch auf Persönlichkeitsrechtsschutz, dem BDSG und ggf. auch aus bereichsspezifischen Datenschutznormen des IuK-Rechts, die aber nicht auf die spezifischen Fragen des Datenschutzes von Arbeitnehmern eingehen, wobei diesbezüglicher Regelungsbedarf durchaus bejaht wurde bzw. wird³⁹.
- 36 Grundlage für auch speziell auf den Multimedia-Einsatz am Arbeitsplatz eingehende Regelungen soll das seit Langem angekündigte Arbeitnehmerdatenschutzgesetz⁴⁰ sein. Als ein Beispiel hierfür mag die Erklärung der Datenschutzbeauftragten des Bundes und von 9 Bundesländern vom März 2002⁴¹ zum gesetzlichen Arbeitnehmerdatenschutz angeführt werden, die u.a. wie folgt lautete: »Das von der Bundesregierung für diese Legislaturperiode angekündigte Arbeitnehmerdatenschutzgesetz ist überfällig. Angesichts stetig

38 Für insoweit sowohl im Interesse des Mitarbeiters als auch des Unternehmens liegende klare Regelungen plädieren z.B. Naujock, DuD 2002, S. 592; Dickmann, NZA, 2003, S. 1009; vgl. hinsichtlich Konsequenzen bei unklaren Regelungen Beckschulze, DB 2007, S. 1526

39 Vgl. hierzu bei Gola/Wronka, Handbuch, Rdn. 48 ff.

40 Fleck, BB 2003, S. 306; Däubler, RDV 1999, S. 243; Simitis, AuR 2001, S. 429; Tinnefeld/Viethen, NZA 2000, S. 977; Gola/Wronka, Handbuch, Rdn. 51 ff.

41 DuD 2002, S. 250

wachsender technischer Möglichkeiten muss klar geregelt werden, welche Daten Arbeitgeber über ihre Beschäftigten erheben dürfen, wie sie damit verfahren müssen und wozu sie sie nutzen dürfen.

Darüber hinaus muss im öffentlichen wie im privaten Bereich auf neue Entwicklungen reagiert werden. Gläserne Belegschaften durch Videoüberwachung, Kontrolle der E-Mail- und Internetnutzung und weitergehend durch die Erstellung von Persönlichkeitsprofilen dürfen nicht entstehen.« 37

Dieser Regelungsbedarf wird auch von der EU-Kommission⁴² gesehen. 38
Angekündigt ist ein Entwurf einer Richtlinie zum Arbeitnehmerdatenschutz, der sich auch speziell der Nutzung von Internet und E-Mail am Arbeitsplatz zuwenden soll.

Fälle missbräuchlicher Mitarbeiterüberwachung konkretisierten dann den in 39
den in der Vergangenheit grundsätzlich unbestrittenen Handlungsbedarf⁴³. Die jüngste Absichtserklärung findet sich in der Koalitionsvereinbarung der CDU/FDP-Regierung⁴⁴. Dort heißt es wie folgt: »Wir setzen uns für eine Verbesserung des Arbeitnehmerdatenschutzes ein und wollen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter vor Bespitzelungen an ihrem Arbeitsplatz wirksam schützen ... Hierzu werden wir den Arbeitnehmerdatenschutz in einem eigenen Kapitel im Bundesdatenschutzgesetz ausgestalten«.

Einen ersten Schritt hin zu diesen Sonderregelungen des BDSG beinhaltet die 40
mit Inkrafttreten zum 1.9.2009⁴⁵ in das BDSG eingefügte Zulässigkeitsnorm des § 32. Maßgebend ist aber nach wie vor der sich aus den Zweckbestimmungen eines Arbeitsverhältnisses im Rahmen einer Interessenabwägung zu ermittelnde Informationsbedarf des Arbeitgebers⁴⁶.

Die Richtschnur für den insoweit zu wahrenen Persönlichkeitsrechtsschutz 41
haben Literatur und Rechtsprechung aber bereits umfassend vorgegeben und dabei auch den sich fortentwickelnden Möglichkeiten der Verarbeitung von Personaldaten und der Kontrolle des Arbeitnehmerverhaltens Rechnung getragen.

42 Vgl. Umfrage der EU-Kommission zur Notwendigkeit einer EU-Richtlinie zum Arbeitnehmerdatenschutz RDV 2001, S. 242 und 2003, S. 37; dazu einerseits Hornung-Draus, RDV 2002, S. 34; andererseits Simitis, AuR 2001, S. 429

43 Vgl. Gola/Wronka, Handbuch, Rdn. 53 ff.

44 RDV 2009, S. 286

45 BGBl. I, S. 2814 vom 19.8.2009 (Novelle II)

46 Vgl. nachstehend Rdn. 136 ff.

- 42 Dies gilt auch für den Datenschutz bei der Nutzung der neuen Kommunikationsformen des Inter- und Intranets und dem Versand von Post auf elektronischem Wege. Solange Rechtsprechung fehlt, geben insbesondere die zu dieser Thematik zahlreich ergangenen Hinweise der Datenschutzaufsichtsbehörden⁴⁷ dem Arbeitgeber Hilfestellung, deren Befolgung – auch wenn diese Hinweise nicht rechtsverbindlich sind – ihn sich zumindest auf der »sicheren Seite« bewegen lässt.

5.3 Individual- und Kollektivrechte

- 43 Arbeitnehmerdatenschutz⁴⁸, d.h. der Schutz der Arbeitnehmer vor zu tief in das Persönlichkeitsrecht eindringender Erfassung, Kontrolle und »Steuerung« durch den Arbeitgeber, wird auf zwei Ebenen gestaltet; nämlich durch individual- und kollektivrechtliche Regelungen. Dabei geht es – immer wieder neu – einmal um die Festlegung der Befugnisse des Arbeitgebers, Informationen über die Beschäftigten zu erheben, zu speichern und auszuwerten und die hierbei zu beachtenden – in § 6 BDSG ausdrücklich als unabdingbar bezeichneten – Rechte der Beschäftigten auf Auskunft und Korrektur und zum anderen darum, dass den Mitarbeitervertretungen Kontroll- und Einflussmöglichkeiten eingeräumt sind, die dazu beitragen sollen, dass der Arbeitgeber seinem Auftrag, die freie Entfaltung der Persönlichkeit der Beschäftigten zu fördern (vgl. u.a. § 75 Abs. 2 BetrVG), in vollem Umfang nachkommt.
- 44 Insofern wird auf der Ebene der Mitbestimmung – und im Bereich der Betriebsverfassung auch darüber hinaus freiwillig – vielfach durch Betriebs-/Dienstvereinbarungen die Grundlage für die Nutzung der betrieblichen IuK-Technik und die Kontrolle des Nutzungsverhaltens der Beschäftigten geschaffen. Zu beachten ist jedoch, dass die Betriebsparteien sich dabei in dem durch das TKG und das BDSG vorgegebenen datenschutzrechtlichen Rahmen zu bewegen haben⁴⁹.

47 Vgl. z.B. Hinweise und Orientierungshilfe der 63. Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder zur datenschutzgerechten Nutzung von E-Mail und anderen Internetdiensten am Arbeitsplatz vom 7./8. März 2002; RDV 2002, S. 155; ferner BfD: Datenschutzrechtliche Grundsätze bei der dienstlichen/privaten Internet- und E-Mail-Nutzung am Arbeitsplatz nebst Musterdienstvereinbarung, abrufbar unter www.bfd.bund.de.

48 Ausführlich zur Thematik: Gola/Wronka, Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, 5. Aufl., 2010; Däubler, Gläserne Belegschaften?, 4. Aufl., 2002

49 Hierzu nachfolgend Rdn. 349 ff.