

**Studien zum vergleichenden Privatrecht**

---

**Studies in Comparative Private Law**

**Band / Volume 16**

**Außerdienstliches Verhalten  
des Arbeitnehmers im deutschen  
und im englischen Recht**

**Eine rechtsvergleichende Betrachtung  
unter besonderer Berücksichtigung  
der privaten Nutzung sozialer Medien**

**Von**

**Lisa-Katharina Holst**



**Duncker & Humblot · Berlin**

LISA-KATHARINA HOLST

Außerdienstliches Verhalten des Arbeitnehmers  
im deutschen und im englischen Recht

Studien zum vergleichenden Privatrecht

Studies in Comparative Private Law

Band / Volume 16

# Außerdienstliches Verhalten des Arbeitnehmers im deutschen und im englischen Recht

Eine rechtsvergleichende Betrachtung  
unter besonderer Berücksichtigung  
der privaten Nutzung sozialer Medien

Von

Lisa-Katharina Holst



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen  
hat diese Arbeit im Jahre 2021 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D21

Alle Rechte vorbehalten

© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: 3w+p GmbH, Rimpau

Druck: CPI books GmbH, Leck

Printed in Germany

ISSN 2567-5427

ISBN 978-3-428-18624-2 (Print)

ISBN 978-3-428-58624-0 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## **Vorwort**

Diese Arbeit wurde im Wintersemester 2021/2022 an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen als Inauguraldissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 24. März 2022 in Tübingen statt. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Oktober 2021 berücksichtigt.

An erster Stelle möchte ich mich bei meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Hermann Reichold für die Betreuung der Arbeit, die Erstellung des Erstgutachtens und die sehr schöne und lehrreiche Zeit an seinem Lehrstuhl bedanken. Frau Prof. Dr. Christine Osterloh-Konrad danke ich ebenfalls für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Weiterhin gilt mein Dank dem Institute of European and Comparative Law der University of Oxford, an welchem ich im Sommer 2019 zum englischen Arbeitsrecht forschen durfte.

Besonders bedanken möchte ich mich auch bei meiner Familie und meinen Freunden, die mich in allen Phasen meiner Promotion begleitet und unterstützt haben.

Tübingen, im März 2022

*Lisa-Katharina Holst*



# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einleitung</b> .....	19
I. Anlass der Untersuchung .....	19
II. Methodik der Rechtsvergleichung im Arbeitsrecht .....	20
III. Eingrenzung des Themas .....	21
1. Wann liegt außerdienstliches Verhalten vor? .....	21
2. Welche Aspekte außerdienstlichen Verhaltens sind vorliegend relevant? .....	22
IV. Gang der Untersuchung .....	23
<b>B. Historische Betrachtung außerdienstlicher Verhaltenspflichten</b> .....	24
I. Im deutschen Recht .....	24
1. Locatio conductio operarum des römischen Rechts .....	24
2. Treudienstvertrag des germanischen Rechts .....	25
3. Vorläufer des Dienstvertrages .....	25
a) Entwicklung in Rechtsprechung und Literatur .....	25
b) Kritik an der personenrechtlichen Einordnung .....	27
4. Zwischenergebnis .....	28
II. Im englischen Recht .....	28
1. Grundlagen des englischen (Arbeits-)Rechts .....	28
a) Common law und statutory law .....	28
b) Die Rolle des Rechts der equity .....	29
2. Historische Entwicklung außerdienstlicher Verhaltenspflichten .....	30
a) Anfänge des Dienstvertrages unter dem Begriff „master and servant“ .....	30
aa) Im Bereich des common law .....	31
bb) Im Recht der equity .....	31
cc) Entwicklung im 19. und 20. Jahrhundert .....	32
b) Zwischenergebnis .....	33
III. Rechtsvergleichende Betrachtung .....	33
<b>C. Herleitung außerdienstlicher Verhaltenspflichten nach geltendem Recht</b> .....	35
I. Im deutschen Recht .....	35
1. Dogmatische Begründung .....	35
a) Außerdienstliche Verhaltenspflichten als Teil der Arbeitspflicht .....	35
b) Selbstständige Nebenpflicht .....	36

c) Außerdienstliche Verhaltenspflicht als Nebenpflicht .....	37
aa) Treu und Glauben, § 242 BGB .....	37
bb) Nebenpflicht nach § 241 II BGB .....	38
(1) Entstehungsgeschichte .....	38
(2) Kritik und heutiger Meinungsstand .....	39
(3) Zwischenergebnis .....	40
cc) Ergebnis .....	40
2. Weitere Rechtsquellen und Begründungsansätze .....	41
a) Das Arbeitsverhältnis als Genossenschaftsverhältnis .....	41
b) Verbandsrechtliche Elemente des Arbeitsverhältnisses .....	42
c) Sozialstaatsprinzip, Art. 20 I GG .....	44
d) Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 I, 1 I GG .....	45
e) Drittbezug des Arbeitsverhältnisses .....	45
f) Handelsrechtliche Regelungen .....	45
g) Zwischenergebnis .....	46
II. Im englischen Recht .....	46
1. Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses .....	47
2. Arbeitsvertragliche Rechte und Pflichten .....	47
a) Die hierarchische Struktur des Arbeitsverhältnisses und die daraus folgende duty of obedience .....	47
b) Der Grundsatz von mutual trust and confidence .....	48
c) Die Treuepflicht des Arbeitnehmers (duty of fidelity) .....	48
aa) Entwicklung der Rechtsprechung .....	49
bb) Auffassungen in der Literatur .....	50
(1) Treuepflicht als Ausprägung der equity im Sinne einer fiduciary duty .....	50
(2) Die contractual duty of fidelity als implied term .....	51
(3) Bedeutung der Diskussion für außerdienstliche Verhaltenspflichten .....	51
cc) Zwischenergebnis .....	52
3. Weitere Rechtsquellen und Begründungsansätze .....	52
a) Art. 8 HRA .....	52
aa) Das englische Kündigungsrecht .....	53
bb) Anwendbarkeit des Art. 8 HRA? .....	53
b) Restraint-of-trade-doctrine .....	54
4. Zwischenergebnis .....	54
III. Rechtsvergleichende Betrachtung .....	55

<b>D. Grenzen und Reichweite außerdienstlicher Verhaltenspflichten .....</b>	<b>57</b>
I. Relevante Fallgruppen .....	57
1. Im deutschen Recht .....	57
a) Meinungsäußerungen des Arbeitnehmers, Art. 5 I GG .....	57
aa) Bedeutung dieses Grundrechts für das Arbeitsverhältnis .....	57
bb) Relevanz dieser Fallgruppe für aktuelle Fälle .....	59
b) Straftaten des Arbeitnehmers .....	59
c) Privatleben des Arbeitnehmers, Art. 1 I, 2 I GG .....	60
2. Im englischen Recht .....	61
II. Durch die Rechtsprechung entwickelte Grundsätze .....	61
1. Im deutschen Recht .....	61
a) Die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte .....	62
aa) Grundsatz der Betriebsbezogenheit (Beeinträchtigungsformel) .....	63
bb) Neuere Tendenzen der BAG-Rechtsprechung .....	64
cc) Tendenzen der LAG-Rechtsprechung .....	64
b) Kritische Betrachtung .....	65
2. Im englischen Recht .....	65
a) Die englische Arbeitsgerichtsbarkeit .....	66
b) Grundsätze des englischen Kündigungsrechts .....	66
aa) Das Kündigungsrecht nach dem common law .....	67
bb) Das Kündigungsrecht nach dem ERA .....	68
(1) Band of reasonable responses (BORR) .....	69
(2) „Burchell“-Test .....	70
cc) Weitere Besonderheiten des englischen Kündigungsrechts .....	70
dd) Zwischenergebnis .....	72
c) Ansätze der Rechtsprechung .....	72
aa) Die Rechtsprechung vor Erlass des HRA .....	73
(1) Grundsätzliche Tendenzen .....	73
(a) Verstoß gegen eine vertragliche oder unternehmensinterne Regelung .....	73
(b) Handlungsmaßstab eines vernünftigen Arbeitgebers .....	74
(c) Strafrechtliche Relevanz des Verhaltens .....	75
(d) Zwischenergebnis .....	75
(2) Abgrenzung von dienstlichem und außerdienstlichem Verhalten .....	76
bb) Die Rechtsprechung nach Erlass des ERA .....	77
cc) Die Rechtsprechung nach Erlass des HRA .....	77
dd) Zwischenergebnis .....	78
3. Rechtsvergleichende Betrachtung .....	78

III. Vertragsstruktur des Beschäftigungsverhältnisses .....	78
1. Im deutschen Recht .....	79
a) Privatwirtschaft .....	79
b) Tendenzbetriebe .....	79
c) Beamtenrecht und Öffentlicher Dienst .....	80
2. Im englischen Recht .....	80
a) Arbeitnehmer in der Privatwirtschaft .....	80
b) Tendenzbetriebe .....	81
c) Arbeitnehmer des Öffentlichen Dienstes .....	81
3. Rechtsvergleichende Betrachtung .....	82
IV. Auswertung nach den verschiedenen Fallgruppen .....	82
1. Im deutschen Recht .....	82
a) Meinungsäußerungen des Arbeitnehmers .....	83
aa) Unternehmensschädigende Äußerungen .....	83
bb) Unternehmenskritische Äußerungen .....	84
(1) Werturteile .....	84
(2) Tatsachenbehauptungen .....	85
cc) Meinungsäußerungen ohne Bezug zum Arbeitgeber .....	86
dd) Weitergabe von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen .....	86
ee) Sonderfall der Meinungsäußerung in sozialen Netzwerken? .....	87
(1) Definition des „sozialen Netzwerks“ .....	87
(2) Von der Rechtsprechung entwickelte Grundsätze .....	88
(a) Inhalt der Meinungsäußerung .....	88
(b) Arbeitsbezogene Faktoren .....	89
(aa) Angaben zum Arbeitgeber .....	89
(bb) Dienstkleidung .....	89
(cc) Arbeitskollegen als Freunde und Follower .....	90
(dd) Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb .....	90
(c) Netzwerkspezifische Faktoren .....	91
(aa) Privatsphäre-Einstellungen .....	91
(bb) Nutzungsrealität .....	93
(cc) Das bloße „Liken“ fremder Beiträge .....	94
(dd) Das bloße „Teilen“ fremder Beiträge .....	95
(d) Gesamtschau des Arbeitnehmerverhaltens .....	96
(3) Stellungnahme .....	96
(4) Zwischenergebnis .....	97
b) Vom Arbeitnehmer begangene Straftaten .....	97
aa) Unterscheidung zwischen Leistungs- und Vertrauensbereich .....	97
bb) Betriebsbezogene Straftaten .....	98
(1) Ehrverletzende Äußerungen .....	98

(2) Anderweitige Straftaten .....	99
cc) Nicht betriebsbezogene Straftaten .....	100
(1) Sonderfall der strafbaren Äußerungen im Internet .....	101
(a) Beleidigungen .....	101
(b) Volksverhetzende und rassistische Äußerungen .....	102
(2) Sonderfall der Verdachtskündigung .....	103
(a) Darstellung der Problematik anhand eines LAG-Urteils .....	103
(b) Kritik der Literatur und Stellungnahme .....	104
dd) Zwischenergebnis .....	105
c) Privatleben des Arbeitnehmers .....	105
aa) Persönliche Beziehungen und Sexualleben .....	105
(1) Sonderfall der Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses .....	106
(2) Sonderfall der Druckkündigung .....	107
bb) Alkohol- und Drogenkonsum .....	108
cc) Sonderfall der Publikmachung des Privatlebens in sozialen Medien .....	109
dd) Zwischenergebnis .....	110
d) Zusammenfassung .....	110
2. Im englischen Recht .....	110
a) Meinungsäußerungen .....	111
aa) Der Schutz der Meinungsfreiheit im englischen Recht .....	111
bb) Unternehmensschädigende Äußerungen .....	112
cc) Unternehmenskritische Äußerungen .....	112
dd) Meinungsäußerungen ohne Bezug zum Arbeitgeber .....	113
ee) Weitergabe von Geschäftsgeheimnissen .....	114
ff) Sonderfall der Meinungsäußerung in sozialen Netzwerken? .....	115
(1) Differenzierung nach dem Inhalt der Äußerung .....	116
(a) Bezug zum Arbeitgeber .....	116
(b) Anwendbarkeit von Art. 10 HRA und „Qualität“ der Äußerung .....	117
(2) Medienspezifische Abwägungskriterien .....	118
gg) Zwischenergebnis .....	119
b) Vom Arbeitnehmer begangene Straftaten .....	119
aa) Straftaten mit Bezug zum Arbeitgeber .....	119
bb) Straftaten ohne Bezug zum Arbeitgeber .....	120
cc) Rechtsprechung seit dem ACAS Code of Practice on disciplinary and grievance procedures .....	122
dd) Sonderfall der in sozialen Netzwerken begangenen Straftaten? .....	123
ee) Zwischenergebnis .....	123

c) Das Privatleben des Arbeitnehmers .....	123
aa) Der Schutz der Privatsphäre im englischen Recht .....	124
(1) Die Rolle des HRA .....	125
(a) X v Y (2004) .....	126
(b) Pay v Lancashire Probation Service (2004) .....	126
(2) Die Argumentationslinie der Rechtsprechung .....	127
(3) Kritik der Literatur .....	128
(4) Zwischenergebnis .....	128
bb) Fälle des Privatverhaltens im engeren Sinne .....	129
(1) Persönliche Beziehungen und Sexualleben .....	129
(a) Einfluss des statutory law .....	130
(b) Zwischenergebnis .....	130
(2) Alkohol- und Drogenkonsum .....	131
cc) Sonderfall der Preisgabe des Privatlebens in sozialen Medien? .....	132
d) Zwischenergebnis .....	133
3. Rechtsvergleichende Betrachtung .....	133
V. Ansätze der Literatur .....	135
1. Im deutschen Recht .....	135
a) Gefahrenbegriff des Polizeirechts .....	135
b) Zivilrechtliche Parallelen .....	136
c) Ergebnis .....	137
2. Im englischen Recht .....	137
a) Unterscheidung zwischen dienstlichem und außerdienstlichem Verhalten .....	137
b) Anwendbarkeit von Art. 8 und Art. 10 HRA .....	138
c) Einführung eines test of proportionality .....	138
d) Analogie zum Rechtsinstitut breach of confidence .....	139
aa) Das Rechtsinstitut breach of confidence .....	140
bb) Übertragung auf das Arbeitsverhältnis .....	141
e) Rechtswidrigkeitsvermutung (presumption of unfairness) .....	142
f) Zwischenergebnis .....	142
3. Rechtsvergleichende Betrachtung .....	142
4. Eigener Ansatz zum deutschen Recht .....	143
<b>E. Rechtsfolgen außerdienstlichen Verhaltens .....</b>	<b>146</b>
I. Im deutschen Recht .....	146
1. Anspruch auf Erfüllung außerdienstlicher Verhaltenspflichten .....	146
a) Schutz- und Nebenleistungspflichten .....	146
aa) Nebenleistungspflichten .....	147
bb) Schutzpflichten .....	148
b) Rechtstatsächliche Erwägungen .....	149

2. Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch .....	149
3. Schadensersatzansprüche .....	150
4. Kündigung .....	151
a) Abgrenzung zwischen verhaltens- und personenbedingter Kündigung .....	151
b) Abgrenzung bei außerdienstlichem Verhalten .....	152
aa) Meinungsäußerungen .....	152
bb) Straftaten .....	153
(1) Unterscheidung nach dem Kriterium der Betriebsbezogenheit .....	153
(2) Sonderfall der Verdachtskündigung .....	154
cc) Privatleben des Arbeitnehmers .....	154
5. Zwischenergebnis .....	156
II. Im englischen Recht .....	156
1. Anspruch auf Erfüllung (specific performance) .....	156
2. Unterlassungsansprüche (injunctions) .....	157
3. Schadensersatzansprüche (damages) .....	159
a) Grundsätze des englischen Schadensersatzrechts .....	159
b) Bedeutung des Schadensersatzrechts für außerdienstliches Verhalten .....	159
4. Contributory Faults nach dem law of unfair dismissal .....	160
5. Kündigung .....	161
III. Rechtsvergleichende Betrachtung .....	162
<b>F. Gestaltungsmittel des Arbeitgebers .....</b>	<b>163</b>
I. Im deutschen Recht .....	163
1. Herkunft und Bedeutung von Ethikrichtlinien .....	163
2. Die Implementierung von Ethikrichtlinien .....	165
a) Implementierungsinstrumente .....	165
aa) Weisungsrecht .....	165
(1) Grundsätze des Weisungsrechts .....	165
(2) Weisung zu außerdienstlichem Verhalten .....	166
(a) Umfang des Weisungsrechts im außerdienstlichen Bereich .....	166
(b) Entstehungszeitpunkt der Handlungspflicht .....	167
(3) Zwischenergebnis .....	168
bb) Vertrag .....	169
(1) Erweiterung des gesetzlichen Pflichtenprogramms .....	169
(2) Mögliche Regelungsinhalte .....	170
(a) Meinungsäußerungen .....	171
(b) Straftaten .....	171
(c) Privatleben .....	172
(d) Zwischenergebnis .....	174
(3) AGB-rechtliche Inhaltskontrolle .....	174

(4) Ergebnis .....	175
cc) Tarifvertrag .....	175
dd) Betriebsvereinbarung .....	176
b) Implementierungsverfahren .....	177
c) Vor- und Nachteile der einzelnen Gestaltungsmittel .....	178
d) Ergebnis .....	179
3. Social Media Guidelines .....	179
4. Sanktionsklauseln als „vorweggenommene Abmahnung“ .....	180
5. Ergebnis .....	182
II. Im englischen Recht .....	182
1. Besonderheiten der Regelungstechnik im englischen Recht .....	183
2. Durch Vertrag .....	184
a) Grundsätze des englischen (Arbeits-)Vertragsrechts .....	184
b) Gesetzliche Schranken .....	185
aa) Common law .....	185
bb) Statutory law .....	185
c) Die Implementierung von Regelungen in staff handbooks .....	186
aa) Rechtsnatur und Einbeziehungsvoraussetzungen .....	186
(1) Ausdrückliche oder konkluidente Einbeziehung .....	187
(2) Geeignetheit der Einbeziehung (aptness) .....	188
bb) Ausdrücklicher Ausschluss der Implementierung? .....	188
cc) Inhaltliche Grenzen .....	189
dd) Nachträgliche Änderungsmöglichkeiten des Arbeitgebers .....	190
ee) Rechtstatsächliche Überlegungen .....	192
(1) Regelung außerdienstlicher Verhaltenspflichten im Allgemeinen	192
(2) Regelungen in sog. social media policies .....	193
d) Ergebnis .....	194
3. Durch Weisungsrecht .....	195
4. Durch Kollektivvereinbarungen .....	195
a) Grundsätze des kollektiven Arbeitsrechts .....	195
b) Kollektivrechtliche Regelung außerdienstlicher Verhaltenspflichten .....	196
III. Rechtsvergleichende Betrachtung .....	197
<b>G. Abschließende rechtsvergleichende Betrachtung und Ausblick .....</b>	200
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	203
<b>Verzeichnis der englischen Gerichtsentscheidungen .....</b>	222
<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	228

## **Abkürzungsverzeichnis**

a. A.	anderer Ansicht
AALR	Anglo-American Law Review (Zeitschrift)
Abs.	Absatz
AC	Appeal Cases
ACAS	Advisory, Conciliation and Arbitration Service
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
a. F.	alter Fassung
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
All ER	All England Law Reports
Anm.	Anmerkung
AOG	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts – Arbeitsrechtliche Praxis
App No/App Nos	Application Number/Application Numbers
ArbG	Arbeitsgericht
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell (Zeitschrift)
ArbRB	Der Arbeits-Rechts-Berater (Zeitschrift)
ARS	Arbeitsrechts-Sammlung: Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte (Bensheimer Sammlung)
ARSt	Arbeitsrecht in Stichworten
Art.	Artikel
ASLEF	Associated Society of Locomotive Engineers and Firemen
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAT	Bundes-Angestelltentarifvertrag
BB	Betriebsberater
BC	Borough Council
Bd.	Band
bearb. v.	bearbeitet von
Beschl. v.	Beschluss vom
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BH	Business Horizons (Zeitschrift)
BLR	Business Law Review (Zeitschrift)
BlStSozArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht
BSG	Bundessozialgericht

BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
C&P	Currrington and Payne's Reports
Case No	Case Number
CC	County Council
CCZ	Corporate-Compliance-Zeitschrift
Ch	Chancery Law Reports
Ch D	Chancery Division, Law Reports
CLJ	Cambridge Law Journal (Zeitschrift)
CLR	Cambrian Law Review (Zeitschrift)
Co	Compagnie
Cornell LQ	The Cornell Law Quarterly (Zeitschrift)
CP	Common Pleas, Law Reports
CR	Computer und Recht (Zeitschrift)
CSMC	Civil Service Management Code
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
d. h.	das heißt
DLJ	Duke Law Journal (Zeitschrift)
DuD	Datenschutz und Datensicherheit (Zeitschrift)
EAT	Employment Appeal Tribunal
Ecc LJ	Ecclesiastical Law Journal (Zeitschrift)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
ELJ	Employment Law Journal (Zeitschrift)
ELR	Edinburgh Law Review (Zeitschrift)
Emp LB	Employment Law Bulletin (Zeitschrift)
EmpLR	Employment Law Reports
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ER	English Reports
ERA	Employment Rights Act 1996
Esp	Espinasse's Nisi Prius Reports
ET	Employment Tribunal
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EWCA Civ	Court of Appeal of England and Wales Decisions (Civil Division)
EWHC	High Court of England and Wales Decisions
Exch	Exchequer Reports
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
f.	folgende
Fam	Family Reports
ff.	(und) die folgenden
Fn.	Fußnote/Fußnoten
FS	Festschrift
FSR	Fleet Streets Reports

GenG	Genossenschaftsgesetz
GeschGehG	Geschäftsgeheimnisgesetz
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
ggfs.	gegebenenfalls
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GS	Gedächtnisschrift
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
HRA	Human Rights Act 1998
Hrsg.	Herausgeber
hrsgg. v.	herausgegeben von
ICR	Industrial Cases Reports
IJCLLR	International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations (Zeitschrift)
ILJ	Industrial Law Journal (Zeitschrift)
Ind LJ	Indiana Law Journal (Zeitschrift)
insb.	insbesondere
Int JLM	International Journal of Law and Management (Zeitschrift)
IRA	Industrial Relations Act 1971
IRLR	Industrial Relations Law Reports
i. S. d.	im Sinne des/im Sinne der
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jura	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
K&R	Kommunikation & Recht (Zeitschrift)
KB	King's Bench Reports
krit.	kritisch
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte
LQR	Law Quarterly Review (Zeitschrift)
LR	Law Reports
LS	Legal Studies (Zeitschrift)
Ltd	Limited
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
MLP	Media Law & Practice (Zeitschrift)
MLR	Modern Law Review (Zeitschrift)
MMR	MultiMedia und Recht (Zeitschrift)
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NHS	National Health Service
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht

NZA-Beil.	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Beilage
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechungs-Report
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies (Zeitschrift)
para	Paragraph
PIDA	Public Interest Disclosure Act 1998
plc	public limited company
PrALR	Preußisches Allgemeines Landrecht
PrGesO	Preußische Gesindeordnung
QB	Queen's Bench Reports
QBD	Queen's Bench Division, Law Reports
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RG	Reichsgericht
RGBI.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer/Randnummern
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite/Satz
s.	siehe/section
SA	Société anonyme/Società Anonima
SCLR	Scottish Council of Law Reporting
SGB	Sozialgesetzbuch
SOA	Sarbanes-Oxley Act 2002
SOAS LJ	SOAS University of London Law Journal (Zeitschrift)
sog.	sogenannte/sogenannten/sogenannter/sogenanntes
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
teilw.	teilweise
TULR(C)A	Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992
TVG	Tarifvertragsgesetz
UCTA	Unfair Contract Terms Act 1977
UK	United Kingdom
Urt. v.	Urteil vom
v	versus
WLR	Weekly Law Reports
WLUK	Westlaw United Kingdom (neutral citations)
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
z. B.	zum Beispiel
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZEuP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZPO	Zivilprozessordnung
zugl.	zugleich

## A. Einleitung

### I. Anlass der Untersuchung

Die Frage, ob und in welchem Umfang außerdienstliche Verhaltenspflichten des Arbeitnehmers<sup>1</sup> gegenüber dem Arbeitgeber bestehen, stellen sich Juristen praktisch schon seit es das Arbeitsrecht gibt.<sup>2</sup> Während im Mittelalter noch der Grundsatz „wes Brot ich ess, des Lied ich sing“<sup>3</sup> galt, besteht heute Einigkeit darüber, dass die vertraglichen Pflichten des Arbeitnehmers grundsätzlich am Werkstor enden und der Arbeitgeber sich nicht zum Sittenwächter seiner Angestellten aufschwingen kann.<sup>4</sup> Angesichts der zahlreichen Bestandsschutzstreitigkeiten der vergangenen Jahre, welche auf polarisierende Äußerungen von Arbeitnehmern in sozialen Medien zurückzuführen waren, kann diese Frage aber keinesfalls als beantwortet gelten.

Die sozialen Medien sind aus dem heutigen Alltag eines jeden nicht mehr wegzudenken – die Nutzungsdauer betrug im Jahr 2018 weltweit durchschnittlich 138 Minuten pro Tag<sup>5</sup> – und die Darstellung von Privatem im öffentlichen Raum ist nichts Außergewöhnliches mehr. Somit stellt sich die Frage, ob das vom Arbeitnehmer öffentlich Preisgegebene noch dessen Privatsphäre zugerechnet werden kann. Gesellschaftliche Konventionen werden zwar immer mehr aufgebrochen und eine Kündigung allein aufgrund eines unkonventionellen Lebenswandels des Arbeitnehmers dürfte heute kein Arbeitgeber mehr ernsthaft in Erwägung ziehen.<sup>6</sup> Wo und ob aber eine Grenze überschritten wird, wenn der Ruf des Arbeitgebers in Mitleidenschaft gezogen werden könnte, ist in Rechtsprechung und Literatur nicht abschließend geklärt. Das klassische Arbeitsverhältnis, geprägt durch einen Achtstundentag und Verrichtung der Arbeit an einem festen Betriebsort, ist heute eher zur

---

<sup>1</sup> Zur besseren Lesbarkeit wird im Folgenden bei Personenbezeichnungen die männliche Form gewählt; nichtsdestoweniger ist die weibliche Form stets mitgemeint.

<sup>2</sup> Die erste umfassende Dissertation hierzu wurde im Jahre 1969 verfasst, vgl. *Daum, Außerdienstliche Verhaltenspflichten* (1969).

<sup>3</sup> Diese Redewendung gibt es sowohl in der deutschen, vgl. *Kissel*, NZA 1988, 145 (146), als auch in der englischen Sprache. In letzterer lautet sie: „he who pays the piper calls the tune“, vgl. *Walter v Eton Rural District Council* [1950] 2 All ER 588, 596.

<sup>4</sup> BeckOK ArbR/Joussen, § 611a BGB, Rn. 449; APS/Dörner/Vossen, § 626 BGB, Rn. 77.

<sup>5</sup> <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/475072/umfrage/taegliche-nutzungsdauer-von-sozialen-medien/> (Stand: 07. 10. 2021).

<sup>6</sup> Anders beispielsweise noch das LAG Niedersachsen im Jahre 1960, welches die Kündigung eines Arbeitnehmers aufgrund des Lebenswandels von Frau und Tochter für möglich hält, vgl. Urt. v. 28. 1. 1960 – 4 Sa 92/59 – ARSt. XXIV S. 79.

Seltenheit geworden.<sup>7</sup> Mobilität und ständige Erreichbarkeit des Arbeitnehmers führen dazu, dass der Ort des Betriebes und die Arbeitszeiten eher untergeordnete Rollen spielen, was wiederum zur Folge hat, dass die Abgrenzung von außer- und innerdienstlichem Verhalten immer schwerer wird.<sup>8</sup> Die Schnelllebigkeit unseres Alltags und die Möglichkeit des Nebeneinanders von Arbeit und Freizeit – man denke hier beispielsweise an ein privates Telefongespräch während einer Dienstreise oder an das Lesen beruflicher E-Mails von Zuhause aus – führen dazu, dass der Arbeitnehmer durchschnittlich mehr Zeit für außerdienstliches Verhalten hat und diese Kategorie bzw. deren rechtliche Einordnung zunehmend an Bedeutung gewinnt. Darüber hinaus ist auch die Tatsache, dass die letzte umfassende Bearbeitung dieses Themas<sup>9</sup> noch vor der Schuldrechtsreform vorgenommen wurde, Anlass für die Untersuchung. Es ergeben sich damit nicht nur Neuerungen im Hinblick auf die Nutzung sozialer Medien, sondern ebenso in Bezug auf die dogmatische Begründung außerdienstlicher Verhaltenspflichten.

Die fortschreitende Globalisierung und die Vielzahl von grenzüberschreitenden Arbeitsverhältnissen legten eine rechtsvergleichende Untersuchung des Themas nahe. Die Wahl fiel hier auf das englische Recht<sup>10</sup>, da die genannten Fragestellungen aufgrund der unterschiedlichen Rechtssysteme und mangels des römisch-rechtlichen Einflusses auf das angloamerikanische Recht aus verschiedensten Blickwinkeln betrachtet werden können und somit ein kritisches Hinterfragen des deutschen Rechts ermöglicht wird. Aus diesen rechtsvergleichenden Erkenntnissen sollen zudem entsprechende Lösungsansätze für das deutsche Recht entwickelt werden. Weiterhin gibt auch die Tatsache, dass das Arbeitsrecht in der rechtsvergleichenden Wissenschaft nach wie vor eher wenig Raum einnimmt – was in Anbetracht der anhaltenden Europäisierung dieses Rechtsgebiets korrekturbedürftig erscheint<sup>11</sup> – Anlass für eine rechtsvergleichende Untersuchung.

## **II. Methodik der Rechtsvergleichung im Arbeitsrecht**

Diese Arbeit verfolgt einen rechtsvergleichenden Ansatz. Über die rechtlichen Aspekte hinaus sind daher in methodischer Hinsicht auch die sozialen, kulturellen

---

<sup>7</sup> Anders war dies noch in den 60er Jahren des letzten Jahrhunderts, vgl. hierzu *Daum, Außerdienstliche Verhaltenspflichten*, S. 1.

<sup>8</sup> Vgl. *Ryl, Auswirkungen der Social Media*, S. 131.

<sup>9</sup> *Mayer, Außerdienstliches Verhalten* (2000); ausschließlich auf verhaltensbedingte Kündigungsgründe konzentriert sich *Nimmerjahn, Außerdienstliches Verhalten als verhaltensbedingter Kündigungsgrund* (2006).

<sup>10</sup> Mit „englischem Recht“ ist im Folgenden das in England geltende Recht gemeint, welches weitestgehend im gesamten Vereinigten Königreich Anwendung findet, wobei jedoch Schottland und Nordirland teilweise eine eigenständige Rechtsordnung aufweisen. Die Auswertung der Rechtsprechung konzentriert sich vornehmlich auf Urteile der englischen Gerichte, bezieht jedoch teilweise auch solche aus Schottland, Wales und Nordirland mit ein.

<sup>11</sup> *Schregle, GS-Kahn*, S. 676.

und vor allem die politischen Umstände der jeweiligen Rechtsordnungen zu berücksichtigen.<sup>12</sup> Da das Arbeitsrecht im Gegensatz zum allgemeinen Privatrecht sehr viel mehr von eben diesen Umständen geprägt wird, ist auf diese in besonderem Maße Rücksicht zu nehmen.<sup>13</sup> Die einzelnen Fragestellungen haben nicht an rechtliche Regelungen, sondern vielmehr an den zu lösenden sozialen Konflikt anzuknüpfen, welcher in jeder Gesellschaft gleichermaßen besteht.<sup>14</sup>

Nach dieser Methodik des sog. *funktionalen Rechtsvergleichs* führt die Abwesenheit bestimmter rechtlicher Normen in der einen Rechtsordnung nicht unbedingt zu unterschiedlichen Ergebnissen, da dem in Frage stehenden Regelungsbedürfnis zumeist auf andere Art und Weise Rechnung getragen wird.<sup>15</sup> Die vergleichende Gegenüberstellung soll schließlich etwaige Schwachstellen der eigenen nationalen Regelungen aufzeigen und die Entwicklung neuartiger Lösungsansätze vorantreiben.<sup>16</sup> Ausgangspunkt der vorliegenden Arbeit ist die *funktionale* Frage, inwieweit außerdienstliches Verhalten eines Arbeitnehmers für das Arbeitsverhältnis relevant ist und inwiefern der Arbeitgeber Einfluss auf das Privatverhalten seiner Arbeitnehmer ausüben kann.

### III. Eingrenzung des Themas

#### 1. Wann liegt außerdienstliches Verhalten vor?

Es stellt sich zunächst die Frage, was genau unter außerdienstlichem Verhalten zu verstehen ist. Entgegen der teilweise vertretenen Auffassung, dass die Unterscheidung zwischen dienstlichem und außerdienstlichem Verhalten rein nach arbeitszeitlichen und räumlichen Gesichtspunkten zu treffen ist<sup>17</sup>, kann außerdienstliches Verhalten gerade in der heutigen Zeit sehr wohl mit der Arbeitszeit zusammenfallen oder sich in den Arbeitsräumen abspielen.<sup>18</sup> Denn wie in der Einleitung bereits beschrieben, besteht im modernen Arbeitsalltag oft ein Nebeneinander von Privatem und Dienstlichem. Daher ist unter außerdienstlichem Verhalten jedes Verhalten des Arbeitnehmers zu verstehen, das unabhängig von Arbeitszeit und Arbeitsräumen in keinerlei Zusammenhang mit der Arbeitsleistung steht.<sup>19</sup> Auch wenn die Arbeitszeit und die Betriebsräume zwar ein Indiz für das Vorliegen von dienstlichem Verhalten

<sup>12</sup> Moll, RdA 1984, 223 (224).

<sup>13</sup> Schregle, GS-Kahn, S. 675 ff.; Moll, RdA 1984, 223 (224).

<sup>14</sup> Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 33.

<sup>15</sup> Vgl. Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 33.

<sup>16</sup> Schlachter, RdA 1999, 118 (118); Rebhahn, ZEuP 2002, 436 (444).

<sup>17</sup> So z.B. Mayer, Außerdienstliches Verhalten, S. 21; A. Wisskirchen, Außerdienstliches Verhalten, S. 12.

<sup>18</sup> LAG Düsseldorf, Urt. v. 22.12.2015 – 13 Sa 957/15 – BB 2016, 115 (115); Strick, Außerbetriebliche Verhaltenspflichten, S. 117.

<sup>19</sup> Boemke, Nebenpflichten des Arbeitnehmers, Rn. 247.