

Inhaltsverzeichnis

Einleitung: Einführung und Problemaufriss	19
A. Virtualisierung der Arbeitswelt	20
I. Vorteile der IT-Systeme für den Arbeitgeber	21
II. Risiken/ Gefahren für den Arbeitgeber	21
1. WWW	22
2. E-Mail	24
B. Kontrollinteressen und -möglichkeiten des Arbeitgebers	25
I. WWW	25
II. E-Mail-Kommunikation	26
III. Kontrollinteressen: „Wissen ist Macht“	26
C. Schutzinteressen der „gläsernen“ Arbeitnehmer	27
I. „Panopticum von Betham“ oder „Gläserne Arbeitnehmer“	28
II. Technikspezifische Gefahren	29
D. Regelung privater Internet- und E-Mail-Nutzung am Arbeitsplatz	32
I. Regelungsinhalte	33
II. Regelungsgrundlage	35
III. Regelung der Interessen durch Betriebsvereinbarung	35
E. Konkreter Untersuchungsgegenstand der Dissertation: Regelungsgrenzen bei der Regelung privater Nutzung der IT-Systeme am Arbeitsplatz	37
I. Verfassungsrechtliche Grundsätze als Regelungsgrenzen	37
II. Entgegenstehen individualvertraglicher Ansprüche aus betrieblicher Übung	39
F. Zusammenfassung der Ausgangssituation und Gang der Untersuchung	41

1. Kapitel: Rechtliche Schutzmechanismen bei der Regelung der Internet- und E-Mail-Nutzung am Arbeitsplatz (Regelungsgrundlage, Voraussetzungen und rechtliche Grenzen)	43
A. Formelle Voraussetzungen für die Regelung der betrieblichen E-Mail- und Internetnutzung am Arbeitsplatz	
I. Allgemeine Voraussetzungen der Anwendbarkeit des BetrVG	45
II. Allgemeine Mitwirkungsrechte des Betriebsrats.....	46
1. Informations- und Beratungsrechte gem. §§ 80, 90 BetrVG	46
2. Hinzuziehung eines Sachverständigen nach § 80 Abs. 3 Satz 1 BetrVG	47
3. Rechtsfolgen der Missachtung der Allgemeinen Mitwirkungsrechte des Betriebsrats.....	48
III. Erzwingbare Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 BetrVG.....	48
1. „Erzwingbarkeit“ der in § 87 Abs. 1 BetrVG genannten sozialen Angelegenheiten	48
a) Systematik des § 87 Abs. 1 BetrVG.....	49
b) Kollektivrechtliche Konsequenzen eines Verstoßes: Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch des Betriebsrats.....	50
c) Individualrechtliche Konsequenzen	53
aa) Mitbestimmung als individualrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung?	53
(1) Theorie der notwendigen Mitbestimmung	53
(2) Theorie der erzwingbaren Mitbestimmung	53
(3) Stellungnahme und Konsequenzen für die vorliegende Untersuchung.....	54
bb) Leistungsverweigerungsrechte des Arbeitnehmers	55
cc) Beweisverwertungsverbot und Recht auf Löschung unzulässig erlangter Daten	55
2. Regelung der Internetnutzung als mitbestimmungspflichtige Angelegenheit in Sachen des § 87 Abs. 1 BetrV	56
a) Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG	56
aa) Keine Mitbestimmung bei absolutem Verbot der privaten Nutzung	57
bb) Mitbestimmung bei (partieller) Erlaubnis der privaten Nutzung	58
cc) Keine Mitbestimmung bei der Kontrolle des Nutzungs- und Arbeitsverhaltens.....	59

b) Einführung/ Anwendung technischer Einrichtungen im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG	59
aa) Technische Einrichtung.....	59
bb) Überwachung des Verhaltens oder der Leistung der Arbeitnehmer	60
cc) Einführung und Anwendung technischer Einrichtungen im Sinne des	61
dd) Bestimmung zur Überwachung	62
(1) Teleologische Ausweitung des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG	62
(2) Unterscheidung zwischen personenbezogenen und anonymisierten Daten.....	63
c) Abgrenzung von § 87 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 6 BetrVG.....	64
IV. Zuständigkeit und Befugnis der Betriebspartner zum Abschluss von Betriebsvereinbarungen zur Regelung der Nutzung der betrieblichen IT-Systeme	64
1. Das BAG und die Lehre von der „umfassenden Regelungskompetenz“ sozialer Angelegenheiten durch die Betriebspartner ...	65
2. Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Gebot des Vorbehalts des Gesetzes.....	66
3. Konsequenzen der Kontroverse für die Regelung der E-Mail- und Internetnutzung durch Betriebsvereinbarung.....	67
a) Missbrauchskontrolle durch die Betriebspartner.....	68
b) Nutzungsordnung.....	68
4. Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats bei Implementierung bzw. Anwendung betriebsübergreifender Software und Regelungsordnungen	69
5. Zwischenergebnis	70
 B. Materiell-rechtliche Grenzen für die Regelung der E-Mail- und Internetnutzung	70
I. Grundrechtliche Grenzen der Ausgestaltungsfreiheit der Arbeitsbeziehungen, bezogen auf Nutzungsordnungen betrieblicher IT-Systeme durch die Betriebsparteien/ den Arbeitgeber	72
1. Anwendbarkeit der Grundrechte im Arbeitsrecht	72
a) Allgemeine Funktion der Grundrechte.....	73
aa) Abwehrrechte des Einzelnen gegen den Staat.....	73
bb) Grundrechte als objektive Wertordnung und „Ausstrahlung“ auf das bürgerliche Recht	73

b)	Unmittelbare Drittirkung.....	74
aa)	Begründungsansätze der Lehre von der unmittelbaren Drittirkung.....	74
(1)	Lehre von Gamillscheg	74
(2)	Ältere Rechtsprechung des BAG und sie stützende Ansichten.....	75
bb)	Rechtsfolgerungen für das Arbeitsverhältnis	76
c)	Mittelbare Drittirkung: „Objektive Werteordnung der Grundrechte“.....	76
aa)	Begründungsansätze der Lehre von der mittelbaren Drittirkung.....	76
bb)	Stand der „jüngeren“ Rechtsprechung.....	77
cc)	Rechtsfolgerungen für den Datenschutz im Arbeitsverhältnis.....	78
d)	Überlegungen verfassungsrechtlicher Natur	79
e)	Überlegungen de lege ferenda.....	80
f)	Keine Besonderheiten bei der Rechtmäßigkeitsprüfung von Betriebsvereinbarungen	81
aa)	Keine unmittelbare Grundrechtsbindung der Betriebspartner	82
bb)	Grundrechtsschutz durch § 75 BetrVG	84
g)	Zwischenergebnis	84
2.	Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Arbeitsleben	85
a)	Herleitung und Schutzbereichsbestimmung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung.....	85
aa)	Allgemeines Persönlichkeitsrecht als Grundlage des informationellen Selbstbestimmungsrechts	86
(1)	„Persönlichkeitsrechtliche Eigensphäre“	86
(2)	Sphärentheorie im Arbeitsverhältnis?	87
(3)	Kernaussagen der Sphärentheorie	87
bb)	Schutzlücken bei den hier interessierenden arbeitsrechtlichen Sachverhalten?.....	88
(1)	Bestimmung des Schutzes vor Darstellung in der Öffentlichkeit	88
(2)	Fehlende Öffentlichkeit bei der Kommunikation am Arbeitsplatz	89
cc)	Ausdehnung der Sphärentheorie auf dienstliche Kommunikation?	90
(1)	Ausdehnung des Persönlichkeitsbezugs durch die Rechtsprechung	90

(2) Schutz vor „illegitimer“ Kommunikationsteilhabe	91
(3) Schutzbedürftigkeit aufgrund technischer Besonderheiten im Arbeitsleben.....	92
dd) Konkretisierung des Allgemeinen Persönlichkeitsrecht durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung	93
(1) Leitlinien des Volkszählungsurteils vom 25. März 1982.....	93
(2) Übertragbarkeit auf die Arbeitnehmerüberwachung am Arbeitsplatz: Das Panopticum von Betham	94
b) Anwendbarkeit des Rechts auf informationelle Selbst- bestimmung am Arbeitsplatz	95
aa) Unerheblichkeit anonymisierter Daten.....	96
bb) Erheblichkeit personenbezogener Protokolldaten	96
(1) Bestandsdaten	97
(2) Verbindungsdaten.....	97
(3) Inhaltsdaten	98
c) Zwischenergebnis	98
3. Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis im Arbeitsleben.....	99
a) Persönlicher Schutzbereich	100
aa) Arbeitgeber als Grundrechtsadressat.....	100
bb) Arbeitnehmer als Grundrechtsträger	101
(1) Schutz aller natürlichen Personen	101
(2) Nichteröffnung des Schutzbereichs wegen der Weisungsgebundenheit der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz?.....	102
(3) Theorie der „schutzbereichsimmanenten Grenze“ des Art. 10 Abs. 1 GG	103
(4) Zwischenergebnis	104
cc) Kommunikationspartner als mittelbarer Grundrechts- träger?.....	104
(1) Informationsanbieter im WWW	105
(2) E-Mail-Kommunikation	106
(a) Keine Einschränkung durch Ausübung des Eigentumsrechts	106
(b) Einverständnis des „Absenders“ in die Kontrolle des Arbeitgebers – Anlehnung an die Rechtsprechung zum heimlichen Mithören von Telefongesprächen.....	107
(aa) Funktionsbezogene E-Mail-Adressen.....	108
(bb) Persönliche E-Mail-Adressen	109

(c) Einverständnis des Arbeitnehmers in die Einsichtnahme seiner Kommunikation mit einem externen Dritten durch den Arbeitgeber..	110
dd) Zwischenergebnis.....	112
b) Sachlicher Schutzbereich	112
aa) Briefgeheimnis	113
(1) Individueller Nachrichtenaustausch	114
(2) Die E-Mail-Nutzung als nicht öffentliche Kommunikation.....	115
(3) Schriftlichkeit.....	115
bb) Fernmeldegeheimnis	116
(1) E-Mails und Online-Netze als Fernmeldetechnik.....	116
(2) Anknüpfung an den technischen Übermittlungs- vorgang bei der E-Mail-Kommunikation	117
(a) Entscheidungen des BVerfG vom 2. März 2006 und vom 27. Februar 2008.....	117
(b) Beim Provider gespeicherte E-Mails	119
(c) Unerheblichkeit der dienstlichen Veranlassung der Kommunikation	120
(3) Protokolldaten beim Abruf von Informationsseiten im „WWW“	121
(4) Individualkommunikation bei Massenmails, Newslettern und Newsgroups?	122
4. Zusammenspiel des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und des Fernmeldegeheimnisses	123
a) Vorrang des Fernmeldegeheimnisses.....	123
b) Anwendungsbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung	124
aa) Beim Übermittlungsprozess gewonnene Daten.....	124
bb) Datengewinnung ohne Eingriff in den technischen Übermittlungsvorgang.....	124
5. Kritisches Zwischenergebnis	125
II. Einfachgesetzliche Vorschriften.....	126
C. Zusammenführung der bisherigen Ergebnisse für die weitere Untersuchung	128

2. Kapitel: Betriebliche Übung aufgrund eines Duldens/ Unterlassens des Arbeitgebers	131
A. Zur Entstehung einer betrieblichen Übung	134
I. Begriff und Bedeutung der betrieblichen Übung, insbesondere im Zusammenhang mit der Privatnutzung der IT-Systeme am Arbeitsplatz	136
1. Begriffsentstehung und rechtliche Einordnung der betrieblichen Übung	136
2. Abgrenzung zur Konkretisierung des Arbeitsverhältnisses	137
3. Bedeutung der betrieblichen Übung	138
a) Begründung von Individualansprüchen der Arbeitnehmer	138
b) „Pacta sunt servanda“.....	140
aa) Individualrechtliche Beendigung der entstandenen Rechtsbindung.....	141
bb) Beendigung einer betrieblichen Übung durch Kollektivvereinbarungen?	143
c) Ende der „gegenläufigen betrieblichen Übung“ – Implikationen für die rechtliche Bewertung der privaten Nutzung der IT-Systeme am Arbeitsplatz?	144
4. Zum Stand der Lehre hinsichtlich der Entstehung einer betrieblichen Übung bei der Privatnutzung der IT-Systeme am Arbeitsplatz.....	146
II. Entstehungsvoraussetzungen einer betrieblichen Übung	148
1. Das tatsächliche Element.....	149
a) Allgemeine Überlegungen zum Begriff „üblicher Lebensvorgang“.....	149
aa) Sonderfall des „Zurverfügungstellens“ von zusätzlichen Arbeitgeberleistungen	150
bb) Sonderfall der wiederkehrenden Äußerungen	152
b) Dulden des Arbeitgebers als tatsächliches Element?	153
aa) Allgemeine Überlegungen zur Begrifflichkeit	153
(1) Zum Begriff des „gleichförmigen Arbeitgeberverhaltens“	154
(2) Folgerungen für das Dulden eines Dauerzustandes ...	155
bb) Die Privatnutzung von betrieblichen IT-Systemen als tatsächliches Element?	155
(1) (Dienstliche) Zurverfügungstellung der IT-Systeme ..	155
(2) Unterlassen von Kontrollen/ Dulden von Verstößen gegen Nutzungsregelungen	156

(3) Duldung der nicht geregelten Privatnutzung der IT-Systeme am Arbeitsplatz	157
2. Das zeitliche Element	158
a) Allgemeine Überlegungen	158
aa) Dreimalige Zahlung einer Sonderzuwendung	158
bb) Art, Dauer und Intensität der jeweiligen Leistungen im Einzelfall	158
b) Zum arbeitgeberseitigen Dulden eines Dauerzustands	161
aa) Allgemeine Überlegungen	161
bb) Pauschale Annahme eines Bindungszeitraums von sechs bis zwölf Monaten als Voraussetzung einer betrieblichen Übung	162
cc) Eigene Stellungnahme	164
3. Das Element der hinreichenden Bestimmtheit und Gleichartigkeit	165
a) Aktive Gewährung von Arbeitgeberleistungen	165
b) Inhaltliche Bestimmung des arbeitgeberseitigen Duldens	166
aa) Allgemeine Überlegungen	166
(1) „Unbestimmte Übungen“ in der Rechtsprechung	166
(2) Erforderliche Kenntnis des Arbeitgebers	167
bb) Arbeitgeberseitige Kenntnis privater IT-Nutzung am Arbeitsplatz	168
(1) Kein Anspruch auf Privatnutzung von betrieblichen IT-Systemen während der Arbeitszeit	169
(2) Kein Anspruch auf Privatnutzung von betrieblichen IT-Systemen bei Verletzung von Nebenpflichten und/oder gesetzlicher Bestimmungen	169
(3) Kein Anspruch auf Privatnutzung von betrieblichen IT-Systemen aufgrund deren alleiniger Zurverfügungstellung	170
(4) Arbeitgeberseitiges Kennen-Müssen der „sozial-adäquaten“ Privatnutzung von betrieblichen IT-Systemen	170
4. Das kollektive Element	171
a) Allgemeine Überlegungen – Abgrenzung zur Individualübung	171
b) Das kollektive Element bei einem Dulden des Arbeitgebers	172
5. Das einzelbetriebliche Element	173
a) Allgemeine Überlegungen	173

b) Das einzelbetriebliche Element bei einem Dulden des Arbeitgebers	173
6. Das negative Element der anderweitig fehlenden Rechtsgrundlage	174
a) Rechtsprechung des BAG	174
b) Keine Verpflichtung zur Duldung eines Dauerzustandes	175
c) Sonderfall des irrtümlichen Arbeitgeberverhaltens	175
aa) Ausgangsfälle	176
bb) Lösung nach dem Empfängerhorizont	177
cc) Lösung nach „Risikozurechnungskriterien“	178
dd) Stellungnahme	179
7. Zwischenergebnis und Gründe, warum auch ein Dulden ein geeignetes Verhalten sein kann, das zu einer betrieblichen Übung führt	180
III. Gegenstand der betrieblichen Übung	181
1. Grundsatz des „Umfassenden Gegenstandsbegriffs“	181
2. Einschränkungen/ Erweiterungen des „Umfassenden Gegenstandsbegriffs?“	182
a) Erhöhte Anforderungen bei Fragen zur Betriebsorganisation ..	182
b) Keine Beschränkung auf „bedeutende“ Fälle der betrieblichen Übung	183
c) Keine Beschränkung auf eine nur günstige betriebliche Übung – BAG, Urteil vom 18. März 2009 zur „gegenläufigen betrieblichen Übung“	185
d) Keine Ausdehnung des Gegenstandsbegriffs auf weitere Rechtsbeziehungen	186
3. „Typische Erscheinungsformen“ der betrieblichen Übung in der Rechtsprechung	188
a) Betriebliche Übung aufgrund aktiven Tuns des Arbeitgebers ..	188
b) Betriebliche Übung aufgrund eines Duldens/ Unterlassens	189
aa) „Bonusmeilenurteil“ des BAG vom 11. April 2006	190
(1) Zur Entscheidung des BAG	190
(2) Folgerungen	190
bb) Duldung von Raucherpausen	191
(1) Zur Entscheidung des LAG Schleswig-Holstein vom 21. Juni 2007	192
(2) Folgerungen	193
cc) Rechtsprechung zur privaten Nutzung der IT-Systeme	193
c) Konsequenzen der dargestellten Instanzurteile für den vorliegenden Untersuchungsgegenstand	196

IV. Vermeidung betrieblicher Übungen durch vertragliche Regelungen.....	197
1. Bisherige Rechtslage	198
2. Rechtsprechungsänderung: Strengere Inhaltskontrolle der Schriftform- und Vorbehaltsklauseln in Formulararbeitsverträgen	199
3. Arbeitsvertragliche Vereinbarung einer Schriftformklausel.....	200
a) Einfache Schriftformklausel	200
b) Doppelte Schriftformklausel	201
aa) Vorrang der Individualabrede	202
bb) Schutz gegen betriebliche Übungen	202
c) Konsequenzen für die Duldung privater IT-Nutzung am Arbeitsplatz.....	204
4. Arbeitsvertragliche Vereinbarung eines Freiwilligkeits- oder Widerrufsvorbehalts	205
a) Verstoß gegen das Transparenzgebot.....	206
b) Widerrufsvorbehalte bei einer betrieblichen Übung	206
aa) Nennung von Widerrufsgründen	207
bb) Folgerungen der Rechtsprechung für den Widerruf geduldeter Verhaltensweisen.....	208
c) Freiwilligkeitsvorbehalte zur Vermeidung der betrieblichen Übung.....	209
aa) Inhaltskontrolle nach § 308 Nr. 4 BGB.....	210
bb) Einhaltung des Transparenzgebots nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB.....	210
cc) Unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB	212
5. Zwischenergebnis: Erhebliche Relevanz von Vertragsvorbehalten für ein arbeitgeberseitiges Dulden.....	214
V. Ergebnis Teil A.....	215
 B. Bindungswirkung einer betrieblichen Übung.....	217
I. Normative Theorien	218
1. Inhalt der normativen Theorien	218
2. Stellungnahme zu den normativen Theorien	219
II. Schuldrechtliche Verpflichtungstheorien	221
1. Vertragstheorie	221
a) Entwicklung der Rechtsprechung	221
b) Angebot des Arbeitgebers	223
c) Annahme des Arbeitgeberangebots.....	225

d) Schwächen der Vertragstheorie.....	225
e) Anwendbarkeit der Vertragstheorie bei einem Dulden/ Unterlassen des Arbeitgebers.....	227
aa) Angebot und Annahme: Dulden als konkludente Willenserklärung.....	229
(1) Erklärungsfiktion bei normierten Schweigen	230
(2) Erklärungswert des „beredten“ Schweigens in engen persönlichen Beziehungen, insbesondere im Arbeitsrecht	231
(3) „Arbeitnehmer-Schweigen“ in der Rechtsprechung des BAG	232
(4) Das BAG zum Schweigen des Arbeitgebers	233
(5) Zwischenergebnis.....	234
bb) Die Vertragstheorie bei der Duldung privater Internet- und E-Mail-Nutzung am Arbeitsplatz	235
2. Vertrauenslehre.....	237
a) Vertrauenstatbestand	238
b) Schwächen der Vertrauenstheorie.....	240
c) Anwendbarkeit der Vertrauenslehre bei einem Dulden/ Unterlassen des Arbeitgebers.....	241
aa) Schutzwürdiger Vertrauenstatbestand: Handlungspflicht des Arbeitgebers	241
(1) Zurechenbarkeit; Kenntnis des Arbeitgebers; Handlungspflicht des Arbeitgebers	242
(2) Schutzwürdigkeit und Vertrauensinvestition.....	244
(3) Zwischenergebnis.....	245
bb) Die Vertrauenslehre bei der Duldung privater Internet- und E-Mail-Nutzung am Arbeitsplatz	245
3. Ergebnis: Ungeeignetheit der klassischen Theorien bei der Begründung der Bindungswirkung einer betrieblichen Übung aufgrund eines arbeitgeberseitigen Duldens/Unterlassens.....	247
III. Neuere Lösungsansätze in der Literatur	249
1. Fallgruppenbildung nach Backhaus.....	249
2. Rechtsinstitut <i>sui generis</i> nach Bepler	250
a) Flexible Handhabung betrieblicher Übungen	251
b) Kritik an der „gleitenden Skala“ Beplers	252
c) Anwendbarkeit der Ansicht auf ein Dulden/ Unterlassen des Arbeitgebers	252

IV. Eigener Lösungsansatz: Rückgriff auf die Grundsätze der Duldungsvollmacht	253
1. Voraussetzungen der Duldungsvollmacht	255
2. Rechtliche Ableitung und Einordnung der Duldungsvollmacht	256
3. Voraussetzungen einer entsprechenden Anwendung der Grundsätze der Rechtsscheinhaftung bei der Begründung der betrieblichen Übung auf Basis eines Duldens/Unterlassens des Arbeitgebers	258
a) Vergleichbare Sachverhalte	258
b) Vergleichbare Wirkungen	261
c) Zwischenergebnis	262
4. Rechtliche Folgen der Heranziehung der Rechtsprechung zur Duldungsvollmacht auf die Begründung der Bindungswirkung der betrieblichen Übung	262
C. Zusammenführung der Ergebnisse – Ausblick.....	263
Literaturverzeichnis	270