

# 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 .....	44
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 BetrVG .....	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 Drittwirkung.....	74
aa) Begründungsansätze der Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung.....	74
(1) Lehre von Gamillscheg .....	74
(2) Ältere Rechtsprechung des BAG und sie stützende Ansichten.....	75
bb) Rechtsfolgerungen für das Arbeitsverhältnis .....	76
c) Mittelbare Drittwirkung: „Objektive Werteordnung der Grundrechte“ .....	76
aa) Begründungsansätze der Lehre von der mittelbaren Drittwirkung.....	76
bb) Stand der „jüngeren“ Rechtsprechung.....	77
cc) Rechtsfolgerungen für den Datenschutz im Arbeits- verhältnis.....	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 Betriebs- partner .....	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 arbeits- rechtlichen 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 Übermittlungsvorgang 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 Kollektiv- vereinbarungen? .....	143
c) Ende der „gegenläufigen betrieblichen Übung“ – Implika- tionen 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 Lebens- vorgang“ .....	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 Gleich- artigkeit.....	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 betrieb- lichen IT-Systemen während der Arbeitszeit .....	169
(2) Kein Anspruch auf Privatnutzung von betrieb- lichen IT-Systemen bei Verletzung von Neben- pflichten und/oder gesetzlicher Bestimmungen.....	169
(3) Kein Anspruch auf Privatnutzung von betrieb- lichen 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 Individual- übung .....	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

<b>IV. Vermeidung betrieblicher Übungen durch vertragliche Regelungen.....</b>	<b>197</b>
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
<b>V. Ergebnis Teil A. ....</b>	<b>215</b>
<b>B. Bindungswirkung einer betrieblichen Übung .....</b>	<b>217</b>
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 Vertrauenslehre.....	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 sui generis nach Beppler.....	250
a)	Flexible Handhabung betrieblicher Übungen.....	251
b)	Kritik an der „gleitenden Skala“ Bepplers.....	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