

III. Erlaubte Internetnutzung zu privaten Zwecken

1. Das Grundprinzip: Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers

Als Inhaber des Zugangs zum Internet entscheidet der **Arbeitgeber grundsätzlich frei** darüber, in welchem Umfang er seinen Beschäftigten oder anderen Personen Nutzungsmöglichkeiten eröffnen will. Insoweit liegt ein Stück Eigentumsgebrauch vor;²⁰ der Arbeitsvertrag gibt im Normalfall kein Recht, Installationen des Arbeitgebers für eigene Zwecke zu verwenden, beispielsweise private Kopien anzufertigen.²¹ **180**

Von diesem Prinzip gibt es einige **eher marginale Ausnahmen**. So wird im Normalfall niemand dem Arbeitnehmer das Recht verwehren, ein Familienfoto auf dem Schreibtisch zu platzieren oder ein Bild bzw. ein Plakat an der Wand zu befestigen.²² Auf der Grundlage des Art. 9 Abs. 3 GG können weiter in gewissem (aber durchaus bescheidenem) Umfang betriebliche Einrichtungen für gewerkschaftliche Zwecke genutzt werden.²³ Denkt man dies weiter, so wird man **in dringenden Fällen** dem Arbeitnehmer auch das Recht zusprechen können, ein **privates Gespräch** von einem dienstlichen Apparat aus zu führen.²⁴ Grundlage ist die aus dem Arbeitsverhältnis folgende Nebenpflicht des Arbeitgebers, auf wichtige Interessen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen. Dieselbe Wertung liegt dem § 616 BGB zugrunde, der beispielsweise eine bezahlte Freistellung für den Fall vorsieht, dass ein Arztbesuch nur während der Arbeitszeit möglich ist²⁵ oder dass ein Gerichtstermin nicht verlegt werden kann.²⁶ Auch die Erkrankung von Kindern unter zwölf Jahren gibt innerhalb bestimmter quantitativer Schranken einen Frei- **181**

20 Wie hier Dickmann, NZA 2003, 1010; Ernst, NZA 2002, 585; Kramer, NZA 2004, 458. Ebenso LAG Nürnberg, LAGE § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 9; MünchArbR – Blomeyer § 53 Rn. 51 in Bezug auf Telefonanlagen.

21 ArbG Berlin, BB 1990, 1105.

22 Einzelheiten bei Däubler, Gewerkschaftsrechte im Betrieb, Rn. 621 ff. m.w.N.

23 Einzelheiten unten § 8 (Rn. 514 ff.).

24 Dahingestellt bei LAG Nürnberg, LAGE § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 9. Wie hier Ernst, NZA 2002, 588; Hanau/Hoeren, S. 20f.; Heilmann/Tege, AuA 2001, 55; Kramer, NZA 2004, 458; Vehslage, AnwBl 2001, 145.

25 BAG, DB 1990, 2072.

26 LAG Hamm, BB 1972, 177.

stellungsanspruch.²⁷ Da die Benutzung des Telefons (oder des Internet) ungleich geringere Belastungen für den Arbeitgeber mit sich bringt, dürften insoweit schon weniger gravierende Anlässe genügen.

Der Arbeitnehmer schickt eine E-Mail in die USA, um sich nach dem Befinden seiner Schwester zu erkundigen, die dort in einen Unfall verwickelt wurde und im Krankenhaus liegt.

Oder: Die Großmutter kann wegen gesundheitlicher Probleme nicht mehr für das dreijährige Kind sorgen. Über das Netz wird kurzfristig nach jemandem gesucht, der einspringen könnte.

- 182** Voraussetzung ist allerdings immer, dass **keine Verschiebung auf die Freizeit** beziehungsweise ein anderes Medium **möglich** und sinnvoll ist. Dass hier keine kleinlichen Maßstäbe anzulegen sind, wird daran deutlich, dass das BAG die (generelle) Zulässigkeit privater Ferngespräche während der Arbeitszeit nicht etwa ablehnte, sondern dahinstehen ließ²⁸, was eher für eine weitergehende als die hier vertretene Position spricht.

2. Ausdrückliche oder konkludente Erlaubnis

- 183** Nach dem eben Gesagten bedarf die private Nutzung von E-Mail und Internet im Regelfall der Zustimmung des Arbeitgebers.²⁹ Soweit sie **ausdrücklich erteilt** wird, wird sie sich entweder im Arbeitsvertrag oder in einer Betriebsvereinbarung finden. Denkbar ist auch eine Erklärung des Arbeitgebers, die im Betrieb bekannt gemacht wird.³⁰ Möglich und praktikabel ist weiter, dem einzelnen Arbeitnehmer sowohl eine dienstliche wie eine **private E-Mail-Adresse** zuzuordnen.³¹ **In aller Regel** werden zeitliche und/oder inhaltliche **Beschränkungen** vorgesehen sein³² – genannt wird beispielsweise die Sperrung bestimmter Arten von Websites oder gar eine sog. Positivliste, die den Zugang auf ganz bestimmte Quellen beschränkt.³³

27 Erasmy, NZA 1992, 921; Sowka, RdA 1993, 34.

28 BAG, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Persönlichkeitsrecht Bl. 2 R.

29 Raffler/Hellich, NZA 1997, 862: Der Arbeitgeber darf privates Surfen weitgehend verbieten. Ebenso für das private Telefonieren Balke/Müller, DB 1997, 326; GK-Wiese § 87 Rn. 188.

30 S. den Fall Ford, wo jedem Arbeitnehmer ein PC mit Internetzugang gespendet wurde, der auch für private Zwecke verwendet werden darf (mitgeteilt bei Klotz, CF 3/2000, S. 12).

31 Gola, MMR 1999, 326; Hanau/Hoeren S. 21. Auch Ernst (NZA 2002, 585) sieht hierin eine ausdrückliche Gestattung.

32 Beckschulze/Henkel, DB 2001, 1492; Vehslage, AnwBl 2001, 146. Ernst NZA 2002, 586: Kein Zugriff auf Spiele.

33 Beckschulze, DB 2003, 2777.

Auch wird vorgeschlagen, den Zugang nur über den jeweiligen eigenen Arbeitsplatzrechner zu ermöglichen.³⁴ Sämtliche **Attachments** zu **unterdrücken** schützt zwar vor Virenbefall, doch ist der Arbeitgeber verpflichtet, den Arbeitnehmer von einer solchen »Verstümmelung« der Nachricht zu informieren, damit sich dieser auf anderem Wege die Information verschaffen kann.³⁵ Der Umfang der Beschränkung unterliegt der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.³⁶

Größere Probleme bereitet das Vorliegen einer **konkludenten Einwilligung**.³⁷ Sie wird sicherlich dann vorliegen, wenn der Arbeitgeber von sich aus unter der Rubrik »Lesezeichen« auch »WOW/Top1000« aufführt, und die dabei sichtbar werdende Liste neben »Autos und Motor«, »Finanztips« und »Gesundheit« auch »Spiele« und »Erotik« enthält.³⁸ Dasselbe gilt dann, wenn der Arbeitgeber in Aufenthaltsräumen oder in der Kabine Geräte mit Internetzugang zur Verfügung stellt.³⁹ Von einer konkludenten Einwilligung ist auch dann auszugehen, wenn die Privatnutzung dem einzelnen Arbeitnehmer gegenüber abgerechnet wird.⁴⁰

Ist **privates Telefonieren** gestattet, so wird der Arbeitnehmer davon ausgehen können, dass **in vergleichbarem Umfang** auch private E-Mails und privates Internetsurfen möglich sind.⁴¹ Dies gilt jedenfalls dann, wenn dem Arbeitgeber wegen einer Pauschalabrede keine zusätzlichen Kosten entstehen.⁴² Von einer konkludenten Einwilligung wird man schließlich auch dann

184

184a

34 Jofer/Wegerich, K&R 2002, 238.

35 Dickmann, NZA 2003, 1011.

36 Beckschulze/Henkel, DB 2001, 1500; Bijok/Class, RDV 2001, 53.

37 Dass sie genügt, ist unbestritten; s. statt aller MünchArbR-Blomeyer § 53 Rn. 34.

38 Derartiges existiert in einer norddeutschen Universität. Bedenken gegen einen solchen Rückschluss bei Dickmann, NZA 2003, 1010 und – ihm folgend – Beckschulze, DB 2003, 2778 mit dem Argument, entsprechende Inhalte seien serienmäßig enthalten, der Arbeitgeber wisse das nicht oder vergesse, eine manuelle Löschung zu veranlassen. Dies überzeugt wenig, da es seine Aufgabe ist, den Arbeitsprozess zu organisieren und missverständliche Festlegungen zu vermeiden. Ein entsprechender Gedanke liegt § 305c Abs. 2 BGB zugrunde; es kann keinen Unterschied machen, ob formelle Vertragsbedingungen oder konkludentes Verhalten interpretationsbedürftig sind – der Arbeitgeber muss sich an der für ihn weniger günstigen Variante festhalten lassen.

39 Dickmann, NZA 2003, 1010; Vehslage, AnwBl 2001, 146.

40 Vehslage, AnwBl 2001, 146; ebenso Kramer, NZA 2004, 459.

41 Wie hier Hanau/Hoeren, S. 21; Heilmann/Tege, AuA 2001, 55; für prinzipielle Gleichstellung von Telefon und E-Mail auch Balke/Müller, DB 1997, 326; skeptisch demgegenüber Bijok/Class, RDV 2001, 53 und Ernst, NZA 2002, 586; ablehnend Beckschulze/Henkel, DB 2001, 1492; Dickmann, NZA 2003, 1010; Kramer, NZA 2004, 459.

42 Ebenso ArbG Frankfurt/Main, NZA 2002, 1093.

ausgehen können, wenn zwar eine Regelung über die Differenzierung zwischen privater und dienstlicher Nutzung zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber vereinbart wurde, diese jedoch trotz einer an sich vorgesehenen Kostenbeteiligung der Arbeitnehmer während längerer Zeit nicht praktiziert wird.⁴³

185 Die **private Internet-Nutzung** kann auch »betriebsüblich« sein.⁴⁴ Dies setzt allerdings voraus, dass die entsprechende Praxis für den Arbeitgeber wenigstens erkennbar war⁴⁵, und die Arbeitnehmer darauf vertrauen konnten, auch in Zukunft werde es bei dem aktuellen Zustand bleiben. Ein Verpflichtungswille des Arbeitgebers muss nicht vorliegen und erst recht nicht bewiesen werden; andernfalls würde das traditionelle vertragsrechtliche Instrumentarium völlig ausreichen und die Betriebsübung wäre als eigenes Rechtsinstitut überflüssig.⁴⁶ Wie lange eine entsprechende Praxis bestanden haben muß, lässt sich nicht sicher bestimmen, solange es zu dem hier untersuchten Bereich keine höchstrichterliche Rechtsprechung gibt; im Regelfall dürfte ein **Zeitraum von einem halben bis zu einem Jahr** genügen.⁴⁷ Die Anfangszeit nach der Einführung der neuen Technik als »**Übungsphase**« hier herauszurechnen,⁴⁸ ist nur möglich, wenn der Arbeitgeber von vorneherein einen entsprechenden Vorbehalt gemacht hat. Die Betriebsübung versagt allerdings bei der sog. **qualifizierten Schriftformklausel**, wonach das Schriftformerfordernis für Vertragsergänzungen und Änderungen nicht formlos abbedungen werden kann.⁴⁹ Auf die Nutzung des FTP-Dienstes wird sich die Betriebsübung in aller Regel nicht beziehen.⁵⁰

185a Die Privatnutzung ist **nicht als geldwerter Vorteil zu versteuern**. Der rückwirkend ab 1. 1. 2000 geltende § 3 Nr. 45 EStG legt fest, dass Vorteile der Arbeitnehmer aus der privaten Nutzung von betrieblichen PCs und Telekom-

43 So der Fall LAG Köln, LAGE § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 66 in Bezug auf Telefongespräche.

44 S. etwa die bei Vehslage, AnwBl 2001, 145 mitgeteilten Fälle, wonach Großunternehmen wie VW, Preussag und Conti »keinen Anlass« zum Einschreiten gegen private Internetnutzung sehen. Vgl. weiter Balke/Müller, DB 1997, 326.

45 Zustimmend Beckschulze/Henkel, DB 2001, 1492; Ernst, NZA 2002, 586; MünchArbR-Blomeyer § 53 Rn. 51.

46 Dies gegen Beckschulze, DB 2003, 2778.

47 Beckschulze/Henkel, DB 2001, 1492; Dickmann, NZA 2003, 1010; Ernst, NZA 2002, 586; Hanau/Hoeren, S. 22; für ein Jahr Kramer, NZA 2004, 459; zu den Voraussetzungen der Entstehung einer Betriebsübung s. BAG, DB 1985, 1483; BAG DB 1993, 1882.

48 Dafür Beckschulze, DB 2003, 2778.

49 BAG, DB 2003, 2339.

50 Hanau/Hoeren, S. 26.

munikationengeräten steuerfrei sind.⁵¹ Damit ist neben der Internet- und E-Mailnutzung im Übrigen auch das erlaubte Telefonieren für private Zwecke erfasst. Erhält der Arbeitnehmer einen **PC geschenkt**, so ist insoweit eine **Pauschalbesteuerung** in Höhe von 20 % möglich.⁵² Auch die Frage der Umsatzsteuer ist mittlerweile durch das BMF-Schreiben vom 11.4.2001⁵³ in einem für die Betriebe positiven Sinne gelöst.

3. Rücknahme der Erlaubnis?

Wird die private Inanspruchnahme des Internet-Anschlusses gestattet, so stellt dies – ähnlich wie die Zulassung privater Telefongespräche – eine freiwillige Leistung des Arbeitgebers dar.⁵⁴ Sie kann genau wie freiwillige Sozialleistungen im Prinzip wieder zurückgenommen werden; ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 und 10 BetrVG greift nicht ein.⁵⁵ Auf der anderen Seite ist aber zu beachten, dass in den meisten Fällen der **Arbeitsvertrag einer Streichung des »Privilegs« entgegensteht**. Enthält er selbst eine entsprechende Garantie, ist dies unmittelbar einsichtig. Hat zunächst nur der Arbeitgeber eine einseitige Zusage gemacht, ist sie dadurch zum Vertragsinhalt geworden, dass die Arbeitnehmer in Kenntnis dieses Umstands weitergearbeitet haben. Genauso wird für die Betriebsübung entschieden.⁵⁶ Schriftformklauseln im Arbeitsvertrag werden in der Regel als stillschweigend abbedungen angesehen, sofern Derartiges nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist.⁵⁷ Notwendig ist daher in allen diesen Fällen eine Änderung des Arbeitsvertrags.⁵⁸ Sie setzt das Einverständnis des Arbeitnehmers voraus. Eine Änderungskündigung dürfte so gut wie nie in Betracht kommen, da sich auch nach der neuesten Rechtsprechung des BAG die Umstände soweit geändert haben müssen, dass dringende betriebliche Erfordernisse eine entsprechende Anpassung verlangen.⁵⁹ Lediglich bei einer Garantie durch Be-

186

51 Darstellung bei Beckschulze/Henkel, DB 2001, 1503; MMR Aktuell Heft 9/2001, S. V.

52 Singer, MMR Aktuell Heft 9/2001, S. V.

53 DB 2001, 1117.

54 GK-Wiese § 87 Rn. 189.

55 Matthes, CR 1987, 112.

56 Überblick zum Diskussionsstand bei Däubler, Arbeitsrecht 2, Rn. 146.

57 Vgl. BAG, DB 2003, 2339.

58 Beckschulze/Henkel, DB 2001, 1492; Bijok/Class, RDV 2001, 53; Ernst, NZA 2002, 586; Heilmann/Tege, AuA 2001, 56.

59 BAG, DB 2003, 1962.