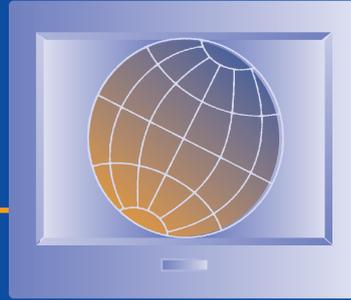


# Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

1  
K&R

- Editorial: Zwei Jahre, zwei Ziele · *Viviane Reding*
- 1 Social Media im Unternehmen · *Nina Diercks*
- 7 Empfehlungs-E-Mails – nur eingeschränkt zu empfehlen  
*Sebastian Dehießelles*
- 9 Das Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs  
mit den Gerichten · *Christopher Brosch*
- 15 Licht in der Grauzone: Google Books · *Clemens Kochinke*
- 18 Verwaiste und vergriffene Werke: Kommt das 20. Jahrhundert endlich  
in die Digitale Bibliothek? · *Armin Talke*
- 24 Pressekonzentrationsrecht nach der 8. GWB-Novelle –  
Ausschnitte einer „Reform in Permanenz“ · *Christoph Palzer*
- 31 Länderreport Schweiz · *Dr. Ursula Widmer*
- 38 OLG Frankfurt a. M.: Unterlassungsanspruch gegen E-Mail-Werbung  
auf bestimmte E-Mail-Adressen beschränkt  
mit Kommentar von *Dr. Sascha Vander*
- 43 OLG Köln: Zeitung darf Wikileaks-Unterlagen veröffentlichen  
mit Kommentar von *Dr. Nina Court-Coumont*
- 49 OLG München: Buchbinder Wanninger: Buchhändler haftet für rechts-  
verletzendes E-Book erst nach Hinweis  
mit Kommentar von *Gudrun Schumacher*
- 60 LG Hamburg: AGB zur Einschränkung von Software-Weiter-  
veräußerungen unzulässig  
mit Kommentar von *Dr. Thomas Stögmüller*
- 67 VG Berlin: Regionalisierte TV-Werbung ohne entsprechende Genehmi-  
gung unzulässig  
mit Kommentar von *Dr. Stephen Lampert* und *Dr. Axel von Walter*

Beilage

Jahresregister 2013

17. Jahrgang

Januar 2014

Seiten 1 – 72

Deutscher Fachverlag GmbH · Frankfurt am Main

RAin Nina Diercks (M.Litt., University of Aberdeen), Hamburg\*

## Social Media im Unternehmen

### Zur Zweckmäßigkeit des Verbots der (privaten) Nutzung unter besonderer Berücksichtigung von § 88 TKG

*Der Beitrag greift lösungsorientiert die Diskussion um Verbote der (privaten) Internet-, E-Mail- und Social Media Nutzung am Arbeitsplatz vor dem Hintergrund des heute in Unternehmen geforderten Informations- und Kommunikationsverhalten der Mitarbeiter unter besonderer Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung zu § 88 TKG auf.*

#### I. Einleitung

Social Media als Kommunikationswerkzeug ist im Alltag zahlreicher Unternehmen angekommen.<sup>1</sup> Aufgrund der zunehmenden Wahrnehmung von Chancen und Risiken<sup>2</sup> nimmt auch die Bedeutung von Social Media Richtlinien im weitesten Sinne in Unternehmen zu. Allerdings sind die zu dieser Thematik geführten Diskussionen sowohl aus juristischer als auch praktischer Sicht im Ergebnis unbefriedigend. Denn während immer noch viele Juristen ein Verbot (privater) Nutzung von Social Media & Co am Arbeitsplatz als sicherste Vorgehensweise postulieren,<sup>3</sup> schütteln Social Media Manager ob der Idee eines konsequenten Verbotes für Mitarbeiter aufgrund der Anforderungen an authentische, moderne Kommunikation verständnislos den Kopf.<sup>4</sup> Vor diesem Hintergrund scheint die Erstellung von „10 Spielregeln“ zum Thema Social Media in Form einer Präsentation, einer pdf-Datei oder eines animierten Videos eine naheliegende Lösung zu sein.<sup>5</sup>

Allerdings werden die hinter einer Social Media Kommunikation aufkommenden Probleme mit einem bunten Leitfaden zum „richtigen“ Verhalten der Mitarbeiter im Social Web allein nicht gelöst. Zwar ist die Klarstellung, was Mitarbeiter im Außenverhältnis unter Berücksichtigung von gesetzlichen und sonstigen rechtlichen Vorgaben dürfen, wichtig und bedarf der verständlichen Erläuterung für die Mitarbeiter. Nicht außer Acht gelassen werden darf jedoch die Regelung der Frage, welche Vorgaben die Firma ihren Mitarbeitern gegenüber im Innenverhältnis erlässt. Gerade dieser in der Regel vernachlässigte Bereich hat eine hohe praktische Relevanz. Denn geht es um die Einführung von Social Media in Unternehmen, ist dies nicht nur eine Frage der Kommunikationsabteilung. Vielmehr stehen Verantwortliche aus den Bereichen Personal, Konzernrevision oder IT-Sicherheit vor Fragen der Compliance wie: „Was mache ich, wenn ein Mitarbeiter eine Freigabe von Internet- und Social Media tatsächlich zum Nachteil der Firma ausnutzt?“, „Wer ist verantwortlich, wenn ein Mitarbeiter Malware in unser System einbringt?“, und „Wie kommen wir unseren Aufbewahrungs- und Dokumentationspflichten nach, ohne, bspw. bei der

revisions sicheren Speicherung von E-Mails, die Persönlichkeitsrechte der Mitarbeiter zu verletzen?“.

#### II. Tatsächliche Problematik

Bevor auf die juristischen Problemstellungen eingegangen wird, ist hervorzuheben, dass faktisch weder die Nutzung von Social Media, Internet und E-Mail unterschiedlich betrachtet werden kann, noch eine klare Trennung von dienstbezogener und privater Nutzung möglich ist.

Dazu das folgende – in der Beratungspraxis oft gesehene – Szenario: Ein Unternehmen hat jüngst „Social Media Leitlinien“ aufgestellt, wonach die Mitarbeiter praktisch aufgefordert werden, Social Media aktiv zum Vorteil und im Sinne des Unternehmens zu nutzen – eben „Markenbotschafter des Unternehmens“<sup>6</sup> zu sein.<sup>7</sup> Zeitgleich hält selbiges Unternehmen dann entweder keine oder Internet-, E-Mail- und IT-Richtlinien vor, die dem Mitarbeiter nur eine äußerst restriktive, sprich ausschließlich dienstbezogene, Nutzung der IT-Systeme erlauben.<sup>8</sup> Abgesehen von der juristischen Problematik sich möglicherweise widersprechender Richtlinien, ist eine derartige aktive, aber „ausschließlich dienstbezogene“ Nutzung des Mediums Social Media praktisch nicht möglich. So wird z. B. der eben noch dienstlich geführte Research auf Twitter von

\* Mehr über die Autorin erfahren Sie auf S. VIII.

1 Studie des BITKOM, „Social Media in deutschen Unternehmen“, Erhebungszeitraum Dez. 2011 und Jan. 2012, [http://www.bitkom.org/files/documents/Social\\_Media\\_in\\_deutschen\\_Unternehmen.pdf](http://www.bitkom.org/files/documents/Social_Media_in_deutschen_Unternehmen.pdf).

2 Forst, ZD 2012, 251, 251.

3 Sassenberg/Mantz, BB 2013, 889, 893; Deiters, ZD 2012, 109, 109; Zöll, Frankfurter Datenschutzkreis, Dezember 2011, <http://frankfurter-daten-schutzkreis.de/2011/12/06/private-nutzung-des-betrieblichen-E-Mail-accounts-%E2%80%93-kontrollen-zulässig/>, („Private Nutzung des betrieblichen E-Mail-Accounts – Kontrollen zulässig“); Wybitul, ZD 2011, 69, 73; Lelley, zitiert in: Human Resource Manager „Einladung mit Leitplanken“, Ausgabe 02/2011, 72.

4 Vgl. Knaus, zitiert in: Human Resource Manager „Einladung mit Leitplanken“, Ausgabe 02/2011, 70.

5 Bspw.: „Your are Kronen – Tips for using social media“, Video der Kronen AG aus August 2011, [http://www.youtube.com/watch?v=89ePqSpRtC0&list=PL755CC48A802066C7&index=4&feature=plpp\\_video](http://www.youtube.com/watch?v=89ePqSpRtC0&list=PL755CC48A802066C7&index=4&feature=plpp_video); „achtung! Social Media Kompass“ Social Media Guidelines der PR-Agentur achtung!, [http://www.slideshare.net/achtung\\_kommunikation/so-mekompass-v12](http://www.slideshare.net/achtung_kommunikation/so-mekompass-v12); „Social Media Guidelines“, Deutsche Post DHL, [http://www.dp-dhl.com/content/dam/presse/social\\_media/dpdl\\_social\\_media\\_guidelines\\_de.pdf](http://www.dp-dhl.com/content/dam/presse/social_media/dpdl_social_media_guidelines_de.pdf).

6 Semle, PR Blogger, v. 17.11.2011 <http://pr-blogger.de/2011/02/17/marken-sind-gesprache-1-mitarbeiter-als-markenbotschafter/> („Marken sind Gespräche: 1 – Mitarbeiter als Markenbotschafter“).

7 Tonalität so dann wie hier: MAN Gruppe – Social Media Guidelines, S. 1, <http://www.man.eu/MAN-Downloadgalleries/All/1Unternehmen/MAN-Gruppe/social-media-guidelines-2010-de-web.pdf>.

8 Ob dies auf die MAN Gruppe zutrifft, ist der Autorin nicht bekannt; die Namen ihrer Mandanten, bei denen dies der Fall war, kann und will die Autorin aus bekannten Gründen nicht veröffentlichen.

dem Direct-Tweet eines Geschäftspartners unterbrochen und eine Unterhaltung bahnt sich an. Ebenso wie bei face-to-face Terminen streifen auch hier dienstlich initiierte Gespräche private Themen – allerdings mit dem feinen Unterschied, dass jede Twitter-Direktnachricht in Kopie automatisch an das E-Mail-Postfach des Angestellten übersandt wird.

Es wird ersichtlich, dass eine strikte Trennung von privater und dienstlicher Kommunikation weder möglich ist noch die heutige Lebenswirklichkeit trifft.<sup>9</sup> Insoweit stellen Empfehlungen, wie etwa die private Nutzung des E-Mail-Accounts weiterhin für die Mitarbeiter zu verbieten und anstelle dessen einen Web-Account oder einen zweiten „privaten“ Firmen-Account dafür nutzen zu lassen, keine Lösung dar.<sup>10</sup>

### III. Rechtliche Problematik

Wenn der „Mitarbeiter als Markenbotschafter“ im Social Web auftreten soll, soll er zwar eigenverantwortlich, selbstständig und authentisch agieren bzw. kommunizieren, aber natürlich im Interesse und damit in einem vorgegebenen Rahmen der Firma handeln. Offensichtlich ist damit der Konflikt, der der Unternehmerfreiheit nach Art. 2, 12 GG und dem Weisungsrecht des Arbeitgebers einerseits sowie dem Persönlichkeits- und Meinungsäußerungsrecht des Mitarbeiters andererseits entspringt. Wesentlich problematischer, aber weit weniger offensichtlich ist der Konflikt, der sich im Zusammenhang mit der Nutzung von betrieblich bereitgestellter/n IT-Infrastruktur, E-Mail-Systemen und Internet-Zugängen und damit auch von Social Media ergibt, wenn die dienstliche und private Nutzung nicht oder nicht hinreichend geregelt ist.

#### 1. Der Interessenskonflikt zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bei nicht oder nicht hinreichender Regelung privater Nutzung der betrieblich bereitgestellten Kommunikationsmittel

Heutzutage organisieren die meisten Unternehmen die kaufmännischen Abläufe elektronisch (digitale Dokumente auf Unternehmens-Servern, E-Mails mit Angeboten und Rechnungen auf/via Unternehmens-Servern etc., Knowledge Accumulation via Social Media). Der Arbeitgeber ist damit als Kaufmann verpflichtet, seine Handels- und Geschäftsbriefe ordnungsgemäß im Rahmen der Vorschriften aufzubewahren.<sup>11</sup> Geschäftsbriefe im vorgenannten Sinne können auch geschäftliche E-Mails und deren Anlagen sein.<sup>12</sup> Folglich müssen diese E-Mails und sonstigen digitalen Dokumente entsprechend revisionssicher archiviert und zum jederzeitigen Zugriff bereitgehalten werden.<sup>13</sup> Darüber hinaus muss das Unternehmen die Sicherheit der IT-Systeme gewährleisten und insoweit die moderne Kommunikation überwachen können.

Die Kommunikation mit modernen elektronischen Mitteln in der Zusammenschau mit den vorgenannten Aufbewahrungs- und Dokumentations- sowie Sicherungspflichten erfordert jedoch eine nahezu ständige Erhebung von personenbezogenen Verbindungs-, Nutzungs- und auch Inhaltsdaten.

Da die Erhebung von personenbezogenen Arbeitnehmerdaten einen massiven Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers, genauer in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG<sup>14</sup> und in das Recht auf die Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme, darstellen kann, hat der Gesetzgeber 2009 explizit eine Regelung zum Arbeitneh-

merdatenschutz in § 32 BDSG getroffen.<sup>15</sup> Nach § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG dürfen „Personenbezogene Daten eines Beschäftigten [...] für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn dies [...] für die Begründung [...] Durchführung oder Beendigung [des Beschäftigungsverhältnisses] erforderlich ist.“ Erforderlich meint im Fall des § 32 BDSG, dass die auch sonst aus dem Arbeitsrecht bekannte Interessensabwägung zwischen den berechtigten Interessen des Arbeitgebers und den (Persönlichkeits-)Rechten des Arbeitnehmers unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vorzunehmen ist.<sup>16</sup>

#### a) Problemstellungen bei dienstlicher Nutzung und einem Verbot im Übrigen

In dem Fall, in dem nur die dienstliche Nutzung der IT-Systeme erlaubt und jede private Nutzung strikt verboten ist, liegt die Erforderlichkeit im Sinne von § 32 BDSG klar auf der Hand. Die berechtigten Interessen des Arbeitgebers zur Erhebung, Speicherung und Nutzung von personenbezogenen Daten ergeben sich schlicht aus schon erwähnten Aufbewahrungs- und Dokumentationspflichten sowie sonstigen betrieblichen Obliegenheiten. Ein solches Verbot hat Vorteile. Zum einen ist eine derartige Weisung leicht zu regeln. Zum anderen ist damit die aufgezeigte Grundrechtskollision nebst Folgeproblemen erheblich entschärft: Wenn Mitarbeitern die private Nutzung untersagt ist, sind stichprobenartige Kontrollen der Einhaltung des Verbotes erlaubt. Folglich können Verstöße mit dem bekannten Instrumentarium (Abmahnungen etc.) bequem geahndet werden. Den Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten stehen keine Bedenken hinsichtlich einer möglichen Haftung aufgrund von Persönlichkeits-/Datenschutzrechtsverletzungen entgegen, da sich keine privaten Daten auf den Servern befinden dürfen und damit jederzeit Zugriff auf E-Mails und sonstige Daten genommen werden kann, da diese wie dienstliche Briefpost und Unterlagen zu behandeln sind.<sup>17</sup> Ein solches Verbot hat jedoch den Nachteil, dass es konsequent umgesetzt werden muss. Dazu sinkt die Akzeptanz derartiger Verbote bei den Arbeitnehmern,<sup>18</sup> was vor dem Hintergrund der demografischen Entwicklungen und aufkommender Engpassmärkte für die Arbeitgeber nicht ohne Bedeutung bleibt.<sup>19</sup>

9 So auch: *Forst*, ZD 2012, 251, 252; *Deiters*, ZD 2012, 109, 109; *Füllbier/Splittgerber*, NJW 2012, 1995, 1997.

10 So aber: *Sassenberg/Mantz*, BB 2013, 889, 893; *Wybitul*, ZD 2011, 69, 73; *Zöll*, Frankfurter Datenschutzkreis, Dezember 2011, <http://frankfurter-datenschutzkreis.de/2011/12/06/private-nutzung-des-betrieblichen-E-Mail-accounts-%E2%80%93-kontrollen-zulässig/>, („Private Nutzung des betrieblichen E-Mail-Accounts – Kontrollen zulässig“).

11 Vgl. nur bspw.: § 257 HGB, bzw. §§ 146, 147 AO.

12 *Rath/Karner*, K&R 2007, 446, 447; ebenso: *Deiters*, ZD 2012, 109, 109; *Wybitul*, ZD 2011, 69, 69.

13 Vgl. *Rath/Karner*, K&R 2007, 446, 447.

14 BVerfG, 15.3.1983 – 1 BvR 209/83, 1 BvR 362/83, 1 BvR 484/83, 1 BvR 440/83, 1 BvR 420/83, 1 BvR 269/83., openJur, <http://openjur.de/u/268440.html> – Volkszählungsurteil.

15 Ob daneben auch § 28 BDSG in Arbeitsverhältnissen und wenn ja, unter welchen Umständen Anwendung finden kann, ist strittig, vorliegend jedoch nicht entscheidend, da beide Normen im Ergebnis eine Verhältnismäßigkeitsprüfung erfordern, s. dazu: *Füllbier/Splittgerber*, NJW 2012, 1995, 1997, m. w. N.

16 Vgl. dazu ausführlich: *Wybitul*, BB 2010, 1085, 1085 m. w. N. sowie BAG, 13.12.2007 – 2 AZR 537/07, NZA 2008, 1008, 1012.

17 *Mengel*, BB, 2004, 2014, 2017.

18 *Trost*, in: *Trost* (Hrsg.), *Employer Branding*, 2009, 13, 21; *Schuppe* Kommunikationsberatung, 3.12.2010, <http://www.doschu.com/2010/12/social-networks-am-arbeitsplatz-verbot-sinnvoll/>, („Social Networks am Arbeitsplatz – Verbot sinnvoll?“).

19 *Trost*, in: *Trost* (Fn. 18) 13, 13, *Flüter-Hoffmann*, in: *Naeye* (Hrsg.), *Soziale Lebenslaufpolitik*, 2010, 411 f.

### b) Problemstellung bei Duldung einer privaten Nutzung

Der häufigste Fall der „Regelung“ der Frage der privaten Nutzung von IT-Infrastruktur am Arbeitsplatz sieht aus wie folgt: Es gibt keine Regelung und/oder die private Nutzung wird geduldet.<sup>20</sup> Liegt eine derartige „faktische Erlaubnis“ aber einmal vor,<sup>21</sup> so ist eine arbeitsrechtliche Sanktionierung der Mitarbeiter ebenso wenig einfach möglich, wie eine Kontrolle der Mitarbeiter oder schlicht der Zugriff auf E-Mails eines Mitarbeiters im Krankheitsfall sowie die einfache Archivierung und Protokollierung sämtlicher Daten.

Im Fall der Duldung werden aus Sicht der IT munter private und dienstliche Daten nebeneinander gespeichert, Kreditanträge für das Eigenheim neben dem Personalentwicklungsplan, E-Mails mit dem ersten Ultraschall-Bild des Kindes neben der Vorstandsvorlage zur Frage der Unternehmensstrategie für das nächste Jahr. Dies bedeutet, dass im Falle der geduldeten privaten Nutzung schon bei der Speicherung, geschweige denn der Protokollierung oder bei einer Einsicht in eben diese privaten Nutzungs- und/oder Inhaltsdaten grundsätzlich eine Persönlichkeitsrechtsverletzung des Arbeitnehmers im Raum steht. Schließlich ist der unbeschränkte Zugriff auf die Speicherorte und E-Mail-Accounts der Mitarbeiter bzw. eben auf deren private Daten nicht erforderlich im Sinne des § 32 BDSG. Es gibt kein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers, das Ultraschallbild des 8 Wochen alten Fötus eines Mitarbeiters zu sehen – wohl aber besteht natürlich ein berechtigtes Interesse an der Möglichkeit der Einsichtnahme in die Arbeitsunterlagen. Deutlich wird die aufgeworfene Problematik an dem Beispiel eines unerwarteten und längerfristigen Krankheitsfalls eines Mitarbeiters.<sup>22</sup> Hier muss das Unternehmen die Möglichkeit haben, an die Arbeitsunterlagen seiner Mitarbeiter zu gelangen – und zwar ohne die eigene Compliance-Abteilung fürchten, einen Prozess wegen der Verletzung von Persönlichkeitsrechtsverletzungen riskieren und einem medialen Debakel entgegen sehen zu müssen.

### c) Problemstellungen im Falle der Erlaubnis der privaten Nutzung

Vor dem Hintergrund der hier in Ansätzen aufgezeigten Realitäten der heutigen Arbeits- und Kommunikationswelt ist eine Erlaubnis zur privaten Nutzung in der Regel zu empfehlen. Arbeitgeber können die Nutzung von modernen Kommunikationsmitteln ohnehin nur während der Arbeitszeit untersagen. Abgesehen davon, dass den Unternehmen im Fall des Verbots mächtige Informations- und Kommunikationstools entgehen, bleibt das Risiko bestehen, dass sich Arbeitnehmer in ihrer Freizeit per private Devices unternehmensschädlich im Social Web verhalten. Schon insoweit ist es zwingend, Mitarbeiter bezüglich der Social Media Nutzung zu sensibilisieren. Doch leider löst auch eine reine Erlaubnis die oben aufgeworfenen Probleme der „Sammellagerung“ von dienstlichen und privaten Daten ebenso wenig wie etwa die Zugriffsproblematik im Krankheitsfall von Mitarbeitern.

## 2. Regelung des Interessenskonfliktes mittels verbindlicher Richtlinien

Dieser hier nun aufgeworfene Interessenskonflikt kann durch gut ausgestaltete Richtlinien, welche dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechende, detaillierte Regelungen enthalten, in denen sowohl die Rechte des Arbeit-

nehmers als auch die Belange des Arbeitgebers zum Ausgleich gebracht werden, ein Ende finden.<sup>23</sup>

Diese Möglichkeit einer Regelung wird jedoch zum einen mit dem Hinweis auf § 88 TKG und zum anderen mit dem Hinweis darauf, dass Einschränkungen des Persönlichkeitsrechts jedenfalls nicht durch Betriebsvereinbarungen vorgenommen werden dürften, verneint.

### a) Das Telekommunikationsgeheimnis im Sinne von § 88 TKG

Wenn der Anwendungsbereich von § 88 TKG eröffnet wäre, genösse dieser nach § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG Vorrang vor § 32 BDSG. Hiervon gehen zahlreiche Stimmen in der Literatur<sup>24</sup> und auf Seiten der Behörden<sup>25</sup> aus. Demnach agiere der, der die private Nutzung von E-Mail, Internet & Co in seinem Unternehmen zulasse, als Telekommunikationsdienstleister gegenüber seinem Arbeitnehmer, sei folglich der Wahrung des Fernmeldegeheimnisses verpflichtet und stehe damit der Verwirklichung des § 206 StGB gegenüber. Die Rechtsprechung<sup>26</sup> hat dem jedoch ebenso eine Absage erteilt wie neuere Meinungen<sup>27</sup> in der Literatur.

### aa) Die – wohl noch – herrschende Meinung

Nach der wohl noch überwiegenden Meinung in der Literatur wird ein Arbeitgeber im Falle der privaten Nutzung der IT-Infrastruktur durch seine Arbeitnehmer zum Telekommunikationsdienstleister im Sinne des § 3 Nr. 6 TKG. Der Arbeitnehmer sei „Dritter“ im Sinne des § 3 Nr. 10 TKG, da er den Internetzugang im Falle der Privatnutzung nicht im Rahmen des arbeitsrechtlichen Weisungsverhältnisses, sondern in freier Entscheidung nutze. Und auch wenn der Arbeitgeber diese Nutzung unentgeltlich anbiete, so ergäbe sich damit eine vom Zweck des TKG umfasste markttypische Situation, so dass die Regelungen des TKG Anwendung finden müssten.<sup>28</sup> Begründet wird dies mit dem Wortlaut des TKG. Nach § 88 TKG wird eine geschäftsmäßige Erbringung vorausgesetzt,<sup>29</sup> bei der eine Gewinnerzielungsabsicht zwar nicht notwendig ist (§ 3 Nr. 10 TKG), aber in der Regel dennoch von einer entgeltlichen Erbringung ausgegangen wird (§ 3 Nr. 24 TKG).

20 Zu den Voraussetzungen der Duldung: BAG, 7. 7. 2005 – 2 AZR 581/04, K&R 2006, 131 ff. – Fristlose Kündigung wegen Internet-Surfen am Arbeitsplatz.

21 Zur Frage, wann genau eine derartige faktische Erlaubnis vorliegt und ob gar eine betriebliche Übung daraus werden kann: *Fülbiel/Splitzgerber*, NJW 2012, 1995, 1998 f. m. z. w. N.

22 LAG Berlin-Brandenburg, 16. 2. 2011 – 4 Sa 2132/10, K&R 2011, 608.

23 Ebenso: *Fülbiel/Splitzgerber*, NJW 2012, 1995, 1996/97.

24 *Fischer*, ZD 2012, 265, 266; *Frings/Wahlers*, BB 2011, 3126, 3130; *Eckhardt*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl. 2011, TKG, § 88 Rn. 18; *Seifert*, in: Simitis, BDSG, 7. Aufl. 2011, § 32 Rn. 97; *Nägele/Meyer*, BB 2004, 312, 314; *Mengel*, BB 2004; *Lindemann/Simon*, BB 2001, 1950, 1953.

25 Merkblatt „Private Internet und E-Mailnutzung“ für öffentliche Stellen, Der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz; <http://www.datenschutz-bayern.de/technik/orient/privmail.html>.

26 ArbG Düsseldorf, 29. 10. 2007 – Ca 1455/07, openJur, <http://openjur.de/u/126405.html>; LAG Niedersachsen, 31. 5. 2010 – 12 Sa 875/09, K&R 2010, 613; LAG Berlin-Brandenburg, 16. 2. 2011 – 4 Sa 2132/10, K&R 2011, 608; LAG Hamm, 10. 7. 2012 – 14 Sa 1711/10, openJur, <http://openjur.de/u/456085.html>.

27 *Deiters*, ZD 2012, 109, 109; *Wybitul*, ZD 2011, 69, 73; *Fülbiel/Splitzgerber*, NJW 2012, 1995 ff.; *Thüsing*, Arbeitnehmerdatenschutz und Compliance, 2010, Rn. 201 ff.

28 Ausführlich und mit zahlreichen weiteren Verweisen: *Thüsing* (Fn. 27), Rn. 200, 221.

29 Vgl. § 88 Abs. 3 S. 1 TKG.

## (1) Der Arbeitgeber als Telekommunikationsdienstleister

Aus dem reinen Wortlaut kann eine Diensteanbiereigenschaft des Arbeitgebers gelesen werden. Da der Arbeitgeber diese Leistung aber eben in der Regel unentgeltlich anbietet,<sup>30</sup> wird rein systematisch in einem Bereich die Ausnahmeregelung („unentgeltlich“) zur Regel erklärt.<sup>31</sup> Darüber hinaus ist kein Telekommunikationsanbieter bekannt, der ohne Gewinnerzielungsabsicht handelt, schließlich ist Bereitstellung von IT-Infrastruktur kostenintensiv. Auch verhält sich kein Arbeitgeber „marktüblich“, der Telekommunikationsdienstleistungen seinen Arbeitnehmern unentgeltlich, dafür aber nur zu üblichen Bürozeiten anbietet. Markttypisches und damit auch konkurrenzfähiges Verhalten sieht anders aus.<sup>32</sup> Das TKG hat nicht im Sinn gehabt, eine Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu regeln, sondern das Verhältnis zum Staat und vor allem von im Wettbewerb stehenden Unternehmen.<sup>33</sup> Dies ergibt sich aus § 1 TKG, wonach der Zweck des Gesetzes ist „durch technologieneutrale Regulierung den Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation und leistungsfähige Telekommunikationsinfrastrukturen zu fördern und flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten.“

## (2) Der Arbeitnehmer als Dritter

Weiter gehen die Vertreter dieser Auffassung in der Regel schlicht davon aus, der Arbeitnehmer sei „Dritter“ im Sinne von § 3 Nr. 10 TKG.<sup>34</sup> Der Arbeitnehmer soll also in dem Moment ein Dritter (Unbeteiligter) werden, indem er die Telekommunikationsstruktur privat nutzt. Insbesondere im Hinblick auf soziale Netzwerke, kann der Dritte aber seine Arbeitnehmereigenschaft ebenso wenig in Gänze ablegen, wie der Arbeitgeber seine Arbeitgebereigenschaft. Einem regulären Zugangsanbieter ist das Handeln des Kunden im Netz gleichgültig. Äußert sich der Arbeitnehmer despektierlich über den Arbeitgeber, so gilt zwar selbstverständlich die Meinungsfreiheit, jedoch unter Berücksichtigung der Treue- und Loyalitätspflichten, die dem Arbeitgeber gegenüber bestehen.<sup>35</sup> Dies gilt selbst dann, wenn sich der Arbeitnehmer außerhalb der Arbeitszeit und losgelöst von der IT-Infrastruktur des Arbeitgebers äußert.<sup>36</sup> In Folge dessen trägt das Argument, der Arbeitnehmer trete bei dem privaten Gebrauch der IT-Infrastruktur dem Arbeitgeber nicht als in die Betriebsorganisation eingegliedertem Arbeitnehmer, sondern als schlichter „Dritter“ gegenüber, nicht.<sup>37</sup> Aus dem Vorstehenden wird deutlich, dass es mit der Feststellung, es handele sich um eine normale Beziehung zwischen Anbieter und Dritten, systematisch hakt. Gleiches gilt, wenn die oben bereits angesprochenen Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten in den Raum gestellt werden. Die Aufbewahrungspflicht setzt einen Zugriff auf die Inhalte der E-Mails zumindest insoweit voraus, als dass private E-Mails erkannt werden können. Also steht entweder die Verletzung von Aufbewahrungspflichten oder die Verletzung von § 88 TKG im Raum.<sup>38</sup> Auch hier wird deutlich, dass eben keine „normale“ Anbieter-Dritten-Beziehung vorliegt. *Thüsing* bringt es – hier nur in Bezug auf die E-Mails – auf den Punkt: „Könnte der Arbeitnehmer den Zugriff auf seine dienstlichen E-Mails durch den Arbeitgeber faktisch dadurch unterbinden, dass er seine E-Mail-Adresse auch zur privaten Korrespondenz nutzt, wären dem Arbeitgeber in einer digitalisierten Wirtschaftswelt die Hände gebunden. Er wäre nicht mehr Herr seines Unternehmens und damit unverhältnismäßig in seinen Rechten aus Art. 12, 14 GG beschränkt.“<sup>39</sup>

## (3) Stellungnahme zur herrschenden Meinung

Zwar kann aus dem Wortlaut des TKG eine Diensteanbiereigenschaft des Arbeitgebers herausgelesen werden, jedoch ist bei einer Betrachtung hinsichtlich der Systematik und dem Sinn und Zweck nach nur der folgende Schluss zu ziehen: Das TKG ist kein Arbeitnehmerschutzgesetz und es passt nicht auf die hier vorliegende Konstellation.<sup>40</sup> Des Weiteren kann der Arbeitnehmer aus den zuvor genannten Gründen nicht bei der privaten Nutzung plötzlich zum Dritten im Sinne des TKG mutieren. Es verbleibt somit die Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehung und die Anwendung des BDSG.<sup>41</sup>

## bb) Rechtsprechung und neuere Literatur

Mit der soeben dargestellten Auffassung steht die Verfasserin nicht alleine dar.<sup>42</sup> Vor allem die Rechtsprechung hat sich in ihren bisherigen Entscheidungen klar gegen die Anwendung von § 88 TKG gestellt.<sup>43</sup> Vor diesem Hintergrund verwundert,<sup>44</sup> dass nicht nur Kommentare und Aufsichtsbehörden weiterhin schlicht ohne Nennung der Urteile auf die bisher herrschende Meinung verweisen, sondern auch in Datenschutzseminaren und anderen Beratungssituationen<sup>45</sup> die Entscheidungen offensichtlich nicht erwähnt werden.<sup>46</sup>

## (1) Neuere Rechtsprechung der Jahre 2010 bis 2012

Im Zeitraum von zwei Jahren beschäftigten sich drei Landesarbeitsgerichte mit der Frage, ob im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses das Telekommunikationsgesetz zur Anwendung kommen könne.<sup>47</sup> Im Kern ging es jeweils darum, ob Arbeitgeber bei einer Duldung oder Gestattung der privaten Nutzung der IT-Infrastruktur Zugriff auf personenbezogene Nutzungsdaten (E-Mails, Chatprotokolle) nehmen und diese in arbeitsgerichtliche Verfahren einführen könnten. Die Betroffenen suchten jeweils ein Beweisverwertungsverbot unter Bezugnahme auf Art. 10 GG,

30 Der Verfasserin ist kein einziges Unternehmen bekannt, das hierfür von den Arbeitnehmern ein Entgelt verlangt.

31 Diesbezüglich s. auch: *Fischer*, ZD 2012, 265, 266.

32 Vgl. *Thüsing* (Fn. 27), Rn. 230 f.

33 So auch: *Fülbier/Splittgerber*, NJW 2012, 1995, 1999; *Thüsing* (Fn. 27), Rn. 240 f.

34 Beispielsweise: *Frings*, BB 2011, 3126, 3130.

35 SPIEGEL Online, 24. 5. 2011, <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/zetsche-beleidigung-auf-facebook-daimler-bestellt-mitarbeiter-zum-rapport-a-764729.html> („Zetsche-Beleidigung auf Facebook: Daimler bestellt Mitarbeiter zum Rapport“).

36 Bspw.: LAG Hamm, 10. 10. 2012 – 3 Sa 644/12, Rechtsprechungsdatenbank NRW, [http://www.justiz.nrw.de/nrwe/arbgs/hamm/lag\\_hamm/j2012/3\\_Sa\\_644\\_12urteil20121010.html](http://www.justiz.nrw.de/nrwe/arbgs/hamm/lag_hamm/j2012/3_Sa_644_12urteil20121010.html).

37 So aber: *Fischer*, ZD 2012, 265, 266.

38 So auch: *Eckhard*, DuD 2008, 103.

39 *Thüsing* (Fn. 27), Rn. 238; so im Ergebnis auch: *Fülbier/Splittgerber*, NJW 2012, 1995, 1996 f.

40 So im Ergebnis auch: *Deiters*, ZD 2012, 109, 110; *Fülbier/Splittgerber*, NJW 2012, 1995, 1999; *Thüsing* (Fn. 27), Rn. 246.

41 *Forst*, ZD 2012, 251, 251.

42 *Thüsing* (Fn. 27), Rn. 238; so im Ergebnis auch: *Fülbier/Splittgerber*, NJW 2012, 1995, 1996 f.

43 LAG Niedersachsen, 31. 5. 2010 – 12 Sa 875/09, K&R 2010, 613; LAG Berlin-Brandenburg, 16. 2. 2011 – 4 Sa 2132/10, K&R 2011, 608; LAG Hamm, 10. 7. 2012 – 14 Sa 1711/10, openJur, <http://openjur.de/u/456085.html>.

44 Die Verwunderung teilt: *Deiters*, ZD 2012, 109, 109.

45 So die Erfahrung der Verfasserin aus Gesprächen mit Teilnehmern von derartigen im Jahr 2012 und 2013 (!) geführten Weiterbildungen/Seminaren.

46 *Eckhardt*, in: *Spindler/Schuster* (Fn. 24), TKG § 88 Rn. 18; *Seifert*, in: *Simitis* (Fn. 24), § 32 Rn. 97.

47 LAG Niedersachsen, 31. 5. 2010 – 12 Sa 875/09, K&R 2010, 613; LAG Berlin-Brandenburg, 16. 2. 2011 – 4 Sa 2132/10, K&R 2011, 608; LAG Hamm, 10. 7. 2012 – 14 Sa 1711/10, openJur, <http://openjur.de/u/456085.html>.

§ 88 TKG sowie §§ 202 a, 206 StGB und einem Eingriff in das Persönlichkeitsrecht geltend zu machen.

Ein Beweisverwertungsverbot erkannte keines der Gerichte. Das LAG Niedersachsen führt dazu wörtlich aus: „Die Annahme eines ‚Sachvortragsverwertungsverbot‘, steht in Widerspruch zu den Grundprinzipien des deutschen Zivil- und Arbeitsgerichtsverfahrens (BAG 13. 12. 2007, 2 AZR 537/07, NZA 2008, 1008-1012).“<sup>48</sup>

Alle drei Gerichte verneinten im Ergebnis die Anwendbarkeit von § 88 TKG. Zum einen stellen die Gerichte darauf ab, dass der Zugriff auf die gespeicherten E-Mails und Chatprotokolle nicht den rechtlichen Beschränkungen des Fernmeldegeheimnisses unterliege, da der Übertragungsvorgang bereits beendet gewesen sei, und ein Schutz gegen eine (rechtswidrige) Auswertung demgemäß nur durch die Grundrechte auf informationelle Selbstbestimmung bzw. auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme gewährt werde. Zum anderen stellen aber das LAG Niedersachsen und das LAG Berlin-Brandenburg in ihren Entscheidungen klar, dass der Arbeitgeber, der seinen Arbeitnehmern auch die private Nutzung des dienstlichen E-Mail-Accounts gestattet, kein Diensteanbieter i. S. d. Telekommunikationsgesetzes ist, so dass schon aus diesem Gesichtspunkt § 88 TKG nicht zur Anwendung kommen kann.

Die Rechtsprechung geht also davon aus, dass in derartigen Fällen der Schutz des Arbeitnehmers über die besonderen Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu gewähren ist. Und folglich „bei einer Kollision des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers mit den Interessen des Arbeitgebers durch eine Güterabwägung im Einzelfall zu ermitteln ist, ob das allgemeine Persönlichkeitsrecht den Vorrang verdient.“<sup>49</sup>

In allen drei Fällen kamen die Gerichte im Rahmen ausführlicher Güterabwägungen zum Ergebnis, dass die Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer aufgrund der berechtigten Interessen der Arbeitgeber hinzunehmen waren.

## (2) Stellungnahme zur Rechtsprechung unter Einbeziehung der neueren Literatur

Die Urteile sind zum Teil scharf angegriffen worden.<sup>50</sup> Tatsächlich sind die Begründungen der Gerichte, insbesondere zu § 88 TKG relativ knapp gehalten. Daraus zu folgern, die Gerichte hätten „offensichtlich den Großteil der TK- und arbeitsrechtlichen Literatur zu diesem Thema übersehen“, geht jedoch fehl.<sup>51</sup> Davon abgesehen, dass das LAG Berlin-Brandenburg ausdrücklich auf die Argumentation der Vorinstanz verweist und schon deswegen die Begründung kurz ausfällt, zeugen die kurz, aber präzise gefassten Begründungen vielmehr von der offensichtlich klaren Meinung der nunmehr drei Landesarbeitsgerichte.<sup>52</sup>

Zu dem ließen weder das LAG Berlin-Brandenburg noch das LAG Niedersachsen überhaupt die Revision zu. Auch dies zeugt von der Überzeugung der Gerichte. Dem gegenüber sah das LAG Hamm zwar eine Notwendigkeit für die Zulassung der Revision durch den Beklagten, jedoch nicht aufgrund der Fragen zum Fernmeldegeheimnis, sondern wegen der „grundlegenden Bedeutung im Hinblick auf die Frage der Notwendigkeit einer Betriebsratsanhörung vor Einführung der Chatprotokolle in den Kündigungsschutzprozess und die Frage der Zulässigkeit ihrer Verwertung“. Die Frage, ob eine höchstrichterliche Entscheidung dennoch die Telekommunikationsanbietereigenschaft zum Ge-

genstand haben würde, ist müßig. Denn das beim BAG unter dem Aktenzeichen 2 AZR 743/12 geführte Verfahren ist am 19. 6. 2013 durch Vergleich beendet worden.

Die ausstehende höchstrichterliche Rechtsprechung mag von der einen oder anderen Seite bedauert werden. Aus einem fehlenden BAG-Urteil und der bislang ausgebliebenen Stellungnahme der Datenschutzbehörden<sup>53</sup> sowie der teilweise unzureichenden Kommentierung in der Fachliteratur<sup>54</sup> jedoch eine weiter bestehende Rechtsunsicherheit abzuleiten und gar in Folge dessen weiterhin vor einer Freigabe der privaten Nutzung zu warnen, ist jedoch gleich aus mehreren Gründen falsch. Zunächst einmal stehen in der Praxis drei belastbare Urteile von drei unterschiedlichen Landesarbeitsgerichten im Raum. Ferner hatte sich auch schon der hessische VGH mit der privaten E-Mail-Nutzung am Arbeitsplatz auseinanderzusetzen, der ebenfalls eine Anwendbarkeit von § 88 TKG nicht erkannte.<sup>55</sup> Und schließlich können die Augen nicht vor der betrieblichen Praxis, in der nämlich schlicht eine private Nutzung der IT-Infrastrukturen an der Tagesordnung steht, verschlossen werden – die Realitäten der Nutzung moderner IT-Infrastruktur müssen anerkannt und von dieser Position aus, sachgerechten Lösungen zugeführt werden.

Die vorgenannten Entscheidungen erkennen sämtlich diese Realitäten an. Insbesondere erkennen die Entscheidungen an, dass zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber die auf die Interessensabwägung gerichteten Vorschriften des BDSG nicht nur die pragmatische, sondern vor allem die sachgerechtere Lösung bieten. Durch diese Interessensabwägung wird gerade auch den Belangen der Arbeitnehmer über das ihnen zur Seite stehende Datenschutzrecht und das allgemeine Persönlichkeitsrecht Rechnung getragen. Es entsteht ein dem jeweiligen Einzelfall entsprechend hoher Schutz etwa vor ausufernden Leistungs- und Verhaltenskontrollen sowie nicht zu rechtfertigenden Eingriffen in das Privatleben<sup>56</sup> – jedoch ohne dass sich die Unternehmen einer Überprotektion der Arbeitnehmer und der Negation ihrer berechtigten Interessen ausgesetzt sähen.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass Geschäftsführern im Falle der üblichen Duldung der privaten Nutzung das Verwirklichen von Ordnungswidrigkeiten bzw. Straftatbeständen droht, wenn sie ihre Aufbewahrungs- und Dokumentationspflichten verletzen.<sup>57</sup> Ganz zu schweigen

48 LAG Niedersachsen, 31. 5. 2010 – 12 Sa 875/09, K&R 2010, 613.

49 So das LAG Niedersachsen, 31. 5. 2010 – 12 Sa 875/09, K&R 2010, 613 unter Verweis auf BAG, 13. 12. 2007 – 2 AZR 537/07, NZA 2008, 1008, 1012.

50 Fischer, ZD 2012, 265, 268, kritisch auch zur Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg: *Jandt*, K&R 2011, 631.

51 Fischer, ZD 2012, 265, 268, kritisch auch zur Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg: *Jandt*, K&R 2011, 631.

52 So auch: *Deiters*, ZD 2012, 109, 110.

53 Vgl. bspw.: „Orientierungshilfe zur datenschutzgerechten Nutzung von E-Mail und anderen Internetdiensten am Arbeitsplatz“ ([http://www.datenschutz-bayern.de/technik/orient/oh\\_arbeitsplatz.html](http://www.datenschutz-bayern.de/technik/orient/oh_arbeitsplatz.html)) und „Private Internet- und E-Mailnutzung“ (<http://www.datenschutz-bayern.de/technik/orient/privmail.html>) bzw. der diesen zu Grunde liegende 21. Tätigkeitsbericht des Bayerischen Landesbeauftragten für Datenschutz vom 27. 1. 2005 (<http://www.datenschutz-bayern.de/tbs/tb21/tb21.pdf>), welche seit diesem Datum nicht aktualisiert worden sind und jeglichen Bezug zur aktuellen arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung vermissen lassen.

54 Sowohl bei *Eckhardt*, in *Spindler/Schuster*, (Fn. 24), TKG § 88 Rn. 18; als auch bei *Seifert*, in: *Simitis* (Fn. 24), § 32 Rn. 97 fehlt die Auseinandersetzung mit der aktuellen Rechtsprechung.

55 Hessischer VGH, 29. 5. 2009 – 6 A 2672/08.Z., K&R 2009, 748 ff.

56 So auch: *Deiters*, ZD 2012, 110; *Wybitul*, ZD 2011, 69, 73.

57 Z. B. Aufbewahrung von Handelsbriefen und sonstigen Unterlagen gem. § 257 HGB, §§ 146, 147 AO i. V. m. GoBS und GDPdU oder Unterlassung der Verpflichtung des Führens und Aufbewahrens von Handelsbüchern i. S. v. § 283 StGB.

von den Problemen, die sich bei E-Discovery-Verfahren nach US-Recht ergeben können.<sup>58</sup> Die Entscheidungen verdienen uneingeschränkte Zustimmung.<sup>59</sup>

#### cc) Fazit

Die pragmatische, aber keinesfalls undogmatische Rechtsprechung der Gerichte erleichtert den Unternehmensalltag. Aufgrund der ergangenen Entscheidungen ist es den Unternehmen nun gerade unter Verweis auf diese Rechtsprechung möglich, die gegebenen Realitäten des heutigen Nutzungsverhaltens von Arbeitnehmern hinsichtlich der betriebseigenen IT-Infrastruktur und den digitalen Kommunikationswegen mittels Richtlinien abzubilden und dabei zugleich den Anforderungen an die ordentliche Handlungsführung nachzukommen.

Betriebsräten bieten die Urteile, abgesehen von dem klaren Bekenntnis zum Arbeitnehmerschutz über das allgemeine Persönlichkeitsrecht, eine sehr gute Grundlage, um auf die Notwendigkeit von Richtlinien im Unternehmen aufmerksam zu machen und darüber die Arbeitnehmerrechte in diesem Bereich aktiv zu gestalten.

#### b) Die Einschränkung von Persönlichkeitsrechten der Arbeitnehmer mittels Richtlinien oder Betriebsvereinbarungen

Betriebsvereinbarungen oder – wenn und soweit kein Betriebsrat vor Ort ist – Unternehmensrichtlinien stellen ein althergebrachtes Instrument dar, um verbindliche Regeln und Normen für alle Arbeitnehmer eines Betriebes in Bezug auf bestimmte Arbeitsbereiche zu formulieren und um zeitgleich die Interessen des Arbeitnehmers mit denen des Arbeitgebers in einen vernünftigen Ausgleich zu bringen.

Social Media Richtlinien berühren jedoch – wie ausgeführt – das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Mitarbeiters sowie das Meinungsäußerungsrecht. In diesem Zusammenhang taucht immer wieder die Anmerkung auf, dass aufgrund von § 75 Abs. 2 Betriebsverfassungsgesetz die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers, insbesondere die Datenschutzrechte, gar nicht<sup>60</sup> oder jedenfalls nicht „so einfach“ durch Betriebsvereinbarungen beschnitten werden dürften<sup>61</sup> und folglich Social Media Richtlinien keine Lösung darstellen könnten.

Richtig ist, dass nach § 75 Abs. 2 BetrVG Arbeitgeber und Betriebsrat „die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern“ haben. Daraus folgt jedoch nicht, dass gar keine Beschränkungen des Persönlichkeitsrechts mittels Betriebsvereinbarungen vorgenommen werden könnten. Das BAG führte dazu selbst wörtlich aus: „Die den Betriebsparteien durch § 75 Abs. 2 S. 1 BetrVG auferlegte Pflicht, die freie Entfaltung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu schützen, verbietet nicht jede Betriebsvereinbarung, die zu einer Einschränkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts führt.“<sup>62</sup>

Eine getroffene Regelung muss selbstverständlich dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen.<sup>63</sup> An dieser Stelle muss sich vor Augen geführt werden, was eine Regelung zur (privaten) Nutzung der IT-Infrastruktur für die Mitarbeiter eigentlich zum Hintergrund hat: Sie bieten den Arbeitnehmern einen beträchtlichen Mehrwert in Form von Rechtssicherheit. Was bislang regelmäßig in einer nicht geklärten Grauzone stattfindet, findet ein offizielles Reglement. Sowohl hinsichtlich dessen was nach außen, als auch was nach innen erlaubt und was verboten ist. Schließlich gilt „Nur wer sich sicher ist, kann befreit

aufspielen“ – auch und gerade für den Mitarbeiter als Markenbotschafter.

Es bleibt festzuhalten, dass eine Regelung zur Nutzung der betrieblichen IT-Struktur im Rahmen einer Betriebsvereinbarung nach der Rechtsprechung des BAG grundsätzlich rechtswirksam möglich ist, wenn und soweit hierbei der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt ist.<sup>64</sup> Im Erst-Recht-Schluss gilt dies dann auch für Unternehmensrichtlinien, die eine jeweils individuelle Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer darstellen.

#### c) Wichtige Regelungsinhalte von Richtlinien/Betriebsvereinbarungen

Wenn und soweit zur Nutzung der betrieblichen Infrastruktur eine Betriebsvereinbarung oder aber eine verbindliche Unternehmensrichtlinie geschaffen wird, so sollten zur Erreichung des „verhältnismäßigen Ausgleichs“ insbesondere die folgenden Punkte Berücksichtigung finden:

- Eine Definition des inhaltlichen (dienstbezogen/privat) Umfangs der Nutzung,
- eine integrierte Erklärung zum Erheben, Speichern und Nutzen von (personenbezogenen) Daten bei einem berechtigten Interesse des Unternehmens,
- ein auf die vorgehende Erklärung aufbauende dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügender Passus zur Auswertung und Analyse dieser Daten unter Berücksichtigung aller datenschutzrechtlicher Grundsätze (grds. anonymisierte, wenigstens pseudonymisierte Auswertung etc.),
- Passus für personenbezogene Leistungs- und Verhaltenskontrollen, z. B. bei konkreten Verdachtsfällen unter Berücksichtigung sämtlicher datenschutzrechtlicher Vorgaben, z. B. Vorab-Auswertung nur durch/mit Datenschutzbeauftragten (naturgemäß bleibt für solche Auswertungen nur ein extrem enger Anwendungsbe- reich)
- Regelung zur Access-Delegation, aka (Vertretungs)Regelungen für den Zugriff auf Mitarbeiter-Accounts im Falle unvorhergesehenen Krankheiten oder einem sonstigen Ausscheiden,
- Verhaltensregelung zur externen Kommunikation im Social Web,
- Regeln zur Kontaktpflege über soziale Netzwerke (aka „Wem gehören die XING-Kontakte?“),
- Regelungen zur Einhaltung der Datensicherheit (Passwortvergaben, Downloads etc.),
- Regelung der Nutzung von durch das Unternehmen zur Verfügung gestellten mobile devices,
- Passus mit Ankündigungen von Sanktionen bei Verstoß gegen die Richtlinien.

58 Ein kurzer Überblick: Compliance Magazin, Das GRC Portal, 28. 7. 2008, <http://www.compliancemagazin.de/gesetzstandards/usa/luther280708.html> („eDiscovery und Sanktionen der US-gerichte“).

59 Zustimmung auch: *Füllbier/Splittgerber*, ZD 2012, 109, 109; *Wybitul*, ZD 2011, 69, 73.

60 *Sokol*, in: *Simitis* (Fn. 24), § 4 Rn. 17 m. w. N.

61 *Sassenberg/Mantz*, BB 2013, 889, 894.

62 BAG, 29. 6. 2004 – 1 ABR 21/03, m. w. N.; *Telemedicus*, <http://www.telemedicus.info/urteile/Allgemeines-Persoelichkeitsrecht/Recht-am-eigenen-Bild/416-BAG-Az-1-ABR-2103-Videoeueberwachung-am-Arbeitsplatz-Verhaeltnismaessigkeitsgrundsatz.html>.

63 Vgl. BAG, 29. 6. 2004 – 1 ABR 21/03, *Telemedicus*, <http://www.telemedicus.info/urteile/Allgemeines-Persoelichkeitsrecht/Recht-am-eigenen-Bild/416-BAG-Az-1-ABR-2103-Videoeueberwachung-am-Arbeitsplatz-Verhaeltnismaessigkeitsgrundsatz.html>.

64 Siehe dazu auch: *Forst*, ZD 2012, 251, 252.

Die zu regelnde Materie ist insgesamt äußerst umfangreich. Es bietet sich der Übersichtlichkeit halber an, beispielsweise Richtlinien zur IT-, Internet- und E-Mail-Nutzung einerseits sowie Richtlinien zur Social Media Nutzung und der Nutzung von mobile devices aufzusetzen.

Zu bedenken ist des Weiteren auch noch, dass die Richtlinien den Anforderungen des AGB-Rechts genügen müssen und somit beispielsweise keine überraschenden Klauseln für den Arbeitnehmer enthalten dürfen und das Transparenzgebot eingehalten werden muss.<sup>65</sup>

#### IV. Konsequenzen für Unternehmen

Zunächst bedarf es der Anerkennung, dass diese neuen Informations- und Kommunikationstechnologien, wie sie die moderne IT-Infrastruktur und soziale Netzwerke bieten, bereits Einzug in den betrieblichen Alltag gefunden haben. Insbesondere für die Generation Y ist es selbstverständlich, soziale Netzwerke zur Informationsgewinnung und zum Knowledge-Management zu nutzen.<sup>66</sup> Dazu verschwimmt die Linie zwischen einer dienstbezogenen und privaten Nutzung zusehends. Dieser Prozess lässt sich nicht umkehren.

Daneben müssen Unternehmen sich – soweit noch nicht geschehen – mit der Tatsache auseinandersetzen, dass hinter den Fragen, wie Mitarbeiter nach außen via Social Media kommunizieren dürfen, weitere den Kern des Arbeitsverhältnisses und der Betriebsabwicklung berührende Problemstellungen liegen. Das gilt ganz besonders auch für die Unternehmen, die Social Media dem Grunde nach gern in den Arbeitsalltag und die Unternehmenskommunikation einbezogen sehen.

Aussitzen lassen sich die hier aufgezeigten aufkommenden rechtlichen Schwierigkeiten nicht. Es ist vielmehr sehr wahrscheinlich, dass arbeitsrechtliche Prozesse, sowohl Äußerungen der Mitarbeiter im Social Web<sup>67</sup> als auch die hier aufgeworfenen datenschutzrechtlichen Fragestellungen betreffend, zunehmen werden.

Werden diesen Tatsachen gegenüber die Augen verschlossen, besteht das Risiko, dass Unternehmen und/oder deren ausführende Organe wegen Verletzung der Legalitäts-

pflichten (Neudeutsch: Compliance) mit empfindlichen rechtlichen und faktischen Folgen zu kämpfen haben.<sup>68</sup> Dabei mögen die rechtlichen Folgen wie die Verwirklichung von Ordnungswidrigkeitstatbeständen oder das Führen eines arbeitsrechtlichen Prozesses in einem gewissen Rahmen kalkulierbar sein. Faktische Folgen wie der durch das virale Verbreiten einer solchen Nachricht verbundene Verlust von Reputation und die damit verbundenen Auswirkungen sind jedoch kaum absehbar. Schon heute beeinflussen soziale Netzwerke den Verlauf von Aktienkursen.<sup>69</sup> Dieser Einfluss wird nach hiesiger Auffassung zunehmen.

#### V. Fazit

Jedes Unternehmen sollte sich dringend mit den tatsächlichen und rechtlichen Folgen der Nutzung der digitalen Infrastruktur und der modernen Kommunikationsformen in seinem Unternehmen auseinandersetzen und diese Entwicklungen aus ganz eigenem Interesse aktiv in Form von funktionalen und verhältnismäßigen IT- und Social Media Richtlinien begleiten und gestalten. Je mehr relevante Abteilungen wie IT, Revision, Personal, Marketing und PR und je mehr die Mitarbeitervertretungen in die Entwicklung dieser Richtlinien involviert werden, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit, dass Richtlinien entstehen, die den konkreten Bedürfnissen des jeweiligen Unternehmens zu pass kommen, die eine hohe Akzeptanz innerhalb der Belegschaft finden und die Mitarbeitern und Unternehmensführung Leitplanken und Sicherheit in der täglichen Arbeit gewähren.

65 Gaul/Hierbert, Personalmagazin 12/2010, 25, 29.

66 Trost, in: Trost (Fn. 18), S. 21.

67 Bspw.: LAG Hamm, 10. 10. 2012 – 3 Sa 644/12, Rechtsprechungsdatenbank NRW, [http://www.justiz.nrw.de/nrwe/arbgs/hamm/lag\\_hamm/j2012/3\\_Sa\\_644\\_12urteil20121010.html](http://www.justiz.nrw.de/nrwe/arbgs/hamm/lag_hamm/j2012/3_Sa_644_12urteil20121010.html); ArbG Dessau-Roßlau 21. 3. 2012 – 1 Ca 148/11, K&R 2012, 442 ff. = ZD 2012, 344; Bayerischer VGH, 29. 2. 2012 – 12 C 12.264, OpenJur, <http://openjur.de/u/270262.html>.

68 Ausführlich dazu: Thiising (Fn. 27), Rn. 26 ff.

69 Moneycab, 13. 5. 2013 <http://www.moneycab.com/mcc/2013/05/13/facebook-und-twitter-koennen-aktienkurse-beeinflussen/>, („Facebook und Twitter können Aktienkurse beeinflussen“).

RA Sebastian Deißelles, LL.M., Düsseldorf\*

## Empfehlungs-E-Mails – nur eingeschränkt zu empfehlen

Zugleich Kommentar zu BGH, Urt. v. 12. 9. 2013 – I ZR 208/12, K&R 2013, 792 ff.

*Mit der „tell-a-friend“-Entscheidung hat der BGH die seit einigen Jahren umstrittene Frage der rechtlichen Zulässigkeit von Empfehlungswerbung zunächst im strengsten Sinne beantwortet. Ob hieraus nun lediglich eine Einschränkung oder doch ein faktisches Verbot dieses Marketinginstruments resultiert, bleibt aber offen.*

### I. Einleitung

Empfehlungswerbung per E-Mail hat sich bei Plattformbetreibern und im Online-Handel in den letzten Jahren als

äußerst beliebtes Instrument des Direktmarketings etabliert. Dies hat im Wesentlichen zwei Gründe: Der erhebliche Vorteil dieser Werbeform liegt insbesondere darin, dass das werbende Unternehmen sich die persönliche Beziehung zwischen dem Empfehlungsempfänger und dem Veranlasser der Empfehlungsmail zu Nutze macht. Bei einer persönlichen Empfehlung wird von Empfängerseite in der Regel ein nicht kommerzielles Interesse unterstellt. Der Nachricht wird damit mehr Vertrauen und Beachtung

\* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. VIII.