

→ Die Grauzone

- E-Mail-Kommunikation bietet zahlreiche Vorteile, birgt aber auch Risiken. Die Abwehr von Schäden durch E-Mails ist Aufgabe der Gesellschaftsorgane. Welche Maßnahmen notwendig sind, ist durch sorgfältige Abwägung der Umstände des Einzelfalls (Kosten-Nutzen-Analyse) zu ermitteln. Auf allfällige Gefahren einer existenzbedrohenden Schädigung ist besonders Rücksicht zu nehmen.
- Besondere Bedeutung hat die Information/Schulung von Mitarbeitern iZm Gefahren des Einsatzes von IT, konkret auch bzgl E-Mails. IZm einer Schadenersatzhaftung von Geschäftsführern kann es eine wesentliche Rolle spielen, ob die diesbezügliche Organisation ausreichend sorgfältig eingerichtet wurde und die Geschäftsführer auf An-

passungsbedarf rechtzeitig reagiert haben. Fragen der Erkennbarkeit von Risiken sind in Gerichtsverfahren immer wieder strittig.

- Der Einsatz von E-Mail-Kommunikation sollte nicht ohne (aktuelle) Kenntnis von möglichen Schutzmaßnahmen (zB Verschlüsselung, Passwörter) und von Alternativen erfolgen. Es stellen sich Abwägungsfragen; häufig wird nach dem Inhalt der E-Mail (insb dessen Geheimhaltungsbedürftigkeit) zu differenzieren sein.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Roman A. Rauter ist Herausgeber und Autor zahlreicher Publikationen zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht sowie bei mslegal in Wien tätig.

Die Privatnutzung betrieblicher E-Mail-Infrastruktur

Rechtslage und Regelungsmöglichkeiten

Die zunehmende Verlagerung der Arbeitsaktivität von den betrieblichen Räumlichkeiten in das Home-Office erhöht die – ohnehin hohe – Relevanz der betrieblichen Kommunikation, vor allem via E-Mail. So besitzt heutzutage nahezu jeder Arbeitnehmer einen persönlichen E-Mail-Account, der ihm vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellt wird. In der Praxis wird die betriebliche E-Mail-Adresse jedoch häufig auch für private Zwecke genutzt, wobei mit der Privatnutzung einige rechtliche Probleme einhergehen. Dabei wandeln Arbeitgeber und Arbeitnehmer vielfach in rechtlichen „Grauzonen“.

Von Christoph Ludvik und Christoph Hördinger

GRAU 2022/4

Inhaltsübersicht:

- A. Allgemein
- B. Ausgangssituationen
 1. Keine Regelung zur Privatnutzung
 2. Verbot der Privatnutzung
 3. Ausdrückliche Erlaubnis der Privatnutzung
- C. Art der Nutzungsregelung
- D. Kontrollmaßnahmen
- E. Beendigung/Abänderung von Vereinbarungen
 1. Vereinbarung auf einzelvertraglicher Ebene
 2. Vereinbarungen auf kollektiver Ebene

► Arbeitsrecht

A. Allgemein

Der betriebliche E-Mail-Account und die dahinterliegende Infrastruktur unterfallen dem weiten Begriff der **Betriebsmittel**. Dieser Begriff umfasst alle Gegenstände und Einrichtungen, die zu Betriebszwecken genutzt werden.¹⁾ Als Bereitsteller der Betriebsmittel kann der

Arbeitgeber über Art und Umfang der Verwendung grundsätzlich frei entscheiden. Damit geht einher, dass der Arbeitgeber über die mit dem E-Mail-Verkehr verbundenen Daten, soweit sie betrieblicher Natur sind (und in seinem Eigentum oder unter seiner Verfügungsgewalt stehen), frei verfügen kann;²⁾ von daher gibt es keinen Unterschied zum analogen Briefverkehr. Fragen ergeben sich, wenn die in der analogen oder digitalen Kommunikation enthaltenen Daten nicht betrieblicher, sondern privater Natur sind. Infrage kommen Daten wie E-Mail-Kommunikation über private Angelegenheiten (zB Organisation der Mittagspause, Lästern über Arbeitskollegen oä) oder sensible Daten

1) Statt vieler *Binder* in *Tomandl*, Arbeitsverfassungsgesetz § 97 Rz 94 (11. Lfg 2013).

2) Vgl *Determann/Hitz*, Die private Nutzung von Internet und E-Mail, ASoK 2019, 55; *Körber-Risak/Lurf*, Individualarbeitsrechtliche Aspekte unternehmensinterner Untersuchungen, ZAS 2017/35, 191. In Hinblick auf betriebliche E-Mails verfügt der Arbeitgeber über ein umfassendes Informations- und Kontrollrecht.

wie Gesundheitsdaten (zB Weiterleitung ärztlicher Befunde als Anhang einer E-Mail).

Von diesen privaten Daten ist das Themenfeld der Verarbeitung personenbezogener Daten³⁾ durch den Arbeitgeber abzugrenzen (etwa bei der Privatnutzung), wenn bspw die Kommunikation über die arbeitgeberseitigen E-Mail-Server erfolgt. Über personenbezogene Daten der Arbeitnehmer, die bspw auch in beruflichen E-Mails enthalten sein können und die über die Ermittlung von allgemeinen Angaben zur Person und fachlichen Voraussetzungen hinausgehen, darf der Arbeitgeber (ohne Zustimmung des Betriebsrates) nur verfügen, soweit dies nicht über die Erfüllung von Verpflichtungen hinausgeht, die sich aus Gesetz, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung (zB Kollektivvertrag [Satzung] oder Betriebsvereinbarung) oder Arbeitsvertrag ergeben;⁴⁾ anderenfalls ist zwingend eine Betriebsvereinbarung nach § 96a Abs 1 Z 1 ArbVG abzuschließen.

Von der Frage der Datenverarbeitung ist jene der Kontrolle zu unterscheiden. Bei der Überwachung des E-Mail-Verkehrs hat der Arbeitgeber neben den Vorgaben zu Kontroll- und Überwachungsmaßnahmen (§ 96 Abs 1 Z 3 ArbVG bzw § 10 AVRAG) zudem die Einschränkungen des Datenschutz- und Telekommunikationsrechts zu beachten.

Von Relevanz ist sowohl bei der Kontrolle als auch bei der Verarbeitung von (digitaler) Kommunikation der Arbeitnehmer zudem das Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art 8 EMRK), insbesondere, wenn es um die Kontrolle privater E-Mails geht.⁵⁾

B. Ausgangssituationen

Die Zulässigkeit der Privatnutzung einer arbeitsbezogenen E-Mail-Adresse (oder anderer IT-Infrastruktur) hängt davon ab, ob im Betrieb eine (ausdrückliche) Regelung besteht oder nicht. So ist zwischen drei Ausgangssituationen zu unterscheiden:

- Es gibt keine Vereinbarung zur Privatnutzung.
- Der Arbeitgeber hat die Privatnutzung einer arbeitsbezogenen E-Mail-Adresse (ausdrücklich) verboten.
- Der Arbeitgeber hat die Privatnutzung (ausdrücklich) erlaubt oder eine erlaubte Privatnutzung mit Einschränkungen versehen.

1. Keine Regelung zur Privatnutzung

Ein **Rechtsanspruch** des Arbeitnehmers auf Privatnutzung des betrieblichen E-Mail-Accounts lässt sich aus dem Gesetz **nicht ableiten**.⁶⁾ Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung zur Nutzung der betrieblichen IT-Infrastruktur findet sich nur im öffentlichen Dienstrecht für Beamte und Vertragsbedienstete (§§ 79c ff BDG; § 29n VBG).⁷⁾ Auf welcher Grundlage fußt die Privatnutzung der digitalen Kommunikationsinfrastruktur durch Arbeitnehmer?

Der Arbeitnehmer schuldet während der Arbeitszeit – ausgenommen von den Pausen – „nur“ sein uneingeschränktes Bemühen um den vereinbarten bzw angemessenen Arbeitserfolg. Der Arbeitnehmer hat seine Arbeit mit den vom Arbeitgeber zur Verfügung gestell-

ten Betriebsmitteln zu verrichten. Eine private Nutzung von Betriebsmitteln des Arbeitgebers bedarf daher der Erlaubnis durch den Arbeitgeber.⁸⁾

Anders gewendet: Besteht keine Regelung zur Nutzung der arbeitsbezogenen E-Mail-Infrastruktur, können die Arbeitnehmer diese nur so lange und in jenem Umfang privat nutzen, wie dies der Arbeitgeber erlaubt oder duldet. Eine solche – bewusste – Duldung wird nämlich (von der Rechtsprechung) als eine den Arbeitnehmer begünstigende Zustimmung zu einer derartigen Nutzung gewertet. Duldet der Arbeitgeber die private Nutzung von Betriebsmitteln über einen längeren Zeitraum hinweg, so kann dies – im Sinne einer betrieblichen Übung – als **stillschweigende Zustimmung zur Ergänzung der Arbeitsverträge** gedeutet werden. Dadurch erhalten die Arbeitnehmer einen durchsetzbaren Anspruch auf Privatnutzung, von dem der Arbeitgeber nicht mehr einseitig abgehen kann.⁹⁾ Wie weit reicht der Umfang der privaten Nutzung?

Ein Arbeitnehmer darf bei der bloßen Duldung nicht schon davon ausgehen, dass er die Betriebsmittel, die ihm durch den Arbeitgeber zur Erbringung der Arbeitsleistung zur Verfügung gestellt werden (zB E-Mail-Account oder Smartphone-Apps), in uneingeschränktem Ausmaß für private Zwecke nutzen darf.¹⁰⁾ Daher ist in Zweifelsfragen von der Zulässigkeit einer Privatnutzung im **angemessenen Ausmaß** auszugehen.¹¹⁾ Den Maßstab für die Beurteilung der Angemessenheit bildet die Treuepflicht des Arbeitnehmers. Eine angemessene Privatnutzung darf daher etwa die Arbeitsleistung nicht beeinträchtigen, keine zusätzlichen Sicherheitsrisiken schaffen oder dem Ansehen des Arbeitgebers schaden.¹²⁾

Erlaubt der Arbeitgeber die private Nutzung, so stellt dies in der Regel **keine entgeltwerte Leistung**

3) Personenbezogene Daten sind alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen (Art 4 Z 1 DSGVO).

4) Vgl § 96a Abs 1 Z 1 ArbVG. Danach bedarf die Einführung von Personaldaten- und Personalbeurteilungssystemen der notwendigen Zustimmung durch den Betriebsrat, weil dabei personenbezogene Daten verarbeitet werden.

5) Diese ebenfalls zu beachtenden Themen werden im Rahmen dieser Abhandlung weitgehend ausgespart.

6) *Dellisch*, Private E-Mail- und Internet-Nutzung am Arbeitsplatz, ASoK 2001, 316; *Przeszlowska*, Internet und E-Mail am Arbeitsplatz, ARD 6392/6/2014.

7) Siehe dazu *Goricnik* in *Grünanger/Goricnik*, Arbeitnehmer-Datenschutz und Mitarbeiterkontrolle² (2018) Rz 6.71 ff. Diese Regelung ist nicht analogiefähig in Hinblick auf private Arbeitsverhältnisse, weil keine zu füllende Regelungslücke vorliegt.

8) *Brodil*, Private Verrichtungen des Arbeitnehmers während der Arbeitszeit, in *Gruber-Risak/Mazal*, Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar (37. Lfg 2021) Rz 51f; OGH 10. 1. 1984, 4 Ob 164/83.

9) *Auer-Mayer* in *Reissner/Neumayr*, ZelliHB BV Besonderer Teil, 14. BV Rz 14.17; *Kraft*, ARD 5481/11/2004.

10) *Adamovic*, Kommentar zu OGH 4. 12. 1991, 9 Ob A 250/91, ZAS 1992, 195; *Gerhartl*, Verwendung von Betriebsmitteln für private Zwecke, ARD 6634/5/2019.

11) *Sacherer*, Zulässigkeit privater Internetnutzung am Arbeitsplatz, RdW 2004/549, 607; *Goricnik* in *Grünanger/Goricnik*, Arbeitnehmer-Datenschutz und Mitarbeiterkontrolle² Rz 6.4 mwN. Dieser Ansicht folgt auch die Rsp, wonach bspw privates „Internetsurfen“ vom Arbeitgeber zu dulden ist, sofern dies nicht ein bestimmtes zeitliches Ausmaß überschreitet, OLG Wien 7. 5. 2003, 8 Ra 45/03a ARD 5461/9/2003.

12) *Thiele*, Internet am Arbeitsplatz, ecolex 2001, 613; *Gerhartl*, ARD 6634/5/2019.

iSd § 46 ASVG bzw § 15 EStG¹³⁾ (steuer- oder sozialversicherungsrechtlich relevanter Sachbezug) dar, weil der Arbeitnehmer meist nur ein geringes Leistungsinteresse an diesem Recht haben wird.¹⁴⁾ Schließlich verfügen fast alle Arbeitnehmer über private E-Mail-Accounts, die sie anstelle des betrieblichen verwenden können, dies aber häufig aus Bequemlichkeit oder mangels Zugriffs nicht tun.

2. Verbot der Privatnutzung

Der Arbeitgeber ist als Eigentümer bzw Verfügungsberechtigter der Betriebsmittel dazu berechtigt, eine Nutzung des dienstlichen E-Mail-Accounts für private Zwecke **gänzlich zu untersagen**.¹⁵⁾ Seine Entscheidung muss der Arbeitgeber nicht begründen.

In Notsituationen und aus wichtigen persönlichen Gründen ist jedoch – selbst bei einem Verbot – die Privatnutzung von Betriebsmitteln in geringfügigem Ausmaß gerechtfertigt. Dies ergibt sich aus der allgemeinen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers iSd § 18 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB (sowie als ultima ratio aus dem Institut des Notstandes). Eine solche Notsituation liegt etwa vor, wenn ein Arbeitnehmer infolge einer akuten Erkrankung eines Angehörigen ein Betriebsmittel zur Verständigung des Notrufes verwenden muss. Dadurch lässt sich insbesondere die private Nutzung eines Diensthandys rechtfertigen. Hingegen sind wichtige Gründe, die eine Nutzung des dienstlichen E-Mails-Accounts in der Praxis rechtfertigen würden, zwar vorstellbar, jedoch zumeist nicht vorliegend.¹⁶⁾

Die **Nichtbeachtung des Privatnutzungsverbotes** kann arbeitsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen und sogar einen Entlassungsgrund des Arbeitnehmers begründen, wenn der Verstoß eine Weiterbeschäftigung aus Sicht des Arbeitgebers unzumutbar macht. Nach der Rsp muss der Verstoß jedoch eine gewisse Schwere und Intensität erreichen, um die Unzumutbarkeitsschwelle zu erreichen. So entschied das OLG Wien, dass die einmalige Versendung einer privaten Bewerbungs-E-Mail durch einen Mitarbeiter keine Entlassung aufgrund Vertrauensunwürdigkeit rechtfertigt.¹⁷⁾ Weiters liegt nach der Rechtsansicht des OGH kein Entlassungsgrund vor, wenn ein Mitarbeiter trotz bestehenden Privatnutzungsverbotes und einer informellen Ermahnung regelmäßig „Spaß-E-Mails“ (zB Ketten-E-Mails) an Arbeitskollegen versendet. Begründet wurde diese Entscheidung mit der langen anstandslosen Dienstzeit (von 20 Jahren) des betroffenen Arbeitnehmers, welche den Verstoß gegen die internen Richtlinien aufwiegen würde.¹⁸⁾ Bei der Beurteilung eines Verstoßes gegen die Arbeitspflichten kommt es daher darauf an, wie schwer dieser verhältnismäßig wiegt, sodass iZm einer Prüfung das Augenmerk auf dem Inhalt der versendeten E-Mails liegen wird.

Praxistipp

Arbeitgeber sollten in ihren IT-Richtlinien ausdrücklich und an prominenter Stelle darauf hinweisen, wenn die Privatnutzung der IT-Infrastruktur (zB E-Mail-Nutzung) verboten wird. Bei Verstößen sollten diese möglichst ausführlich dokumentiert

und die Arbeitnehmer nachweislich – je nach Schweregrad – ermahnt oder abgemahnt werden. Merkspruch für allfällige arbeitsrechtliche Verfahren: „Wer schreibt, bleibt.“

Gerade in Zeiten der vermehrten Arbeit im Home-Office verschwimmen die Grenzen der privaten und beruflichen Nutzung zusehends, weil auch der fehlende persönliche soziale Kontakt unter den Arbeitnehmern aufgewogen wird. Angesichts dessen könnte ein gänzlicher Ausschluss der Privatnutzung wenig zweckmäßig oder übergebührlich hart erscheinen.¹⁹⁾ Andererseits zeigt sich jedoch bei der Zulässigkeit von Kontrollmaßnahmen (s unten Punkt D), dass eine klare Trennung von privaten und beruflichen E-Mails (Daten) durchaus von Vorteil für den Arbeitgeber sein kann.

3. Ausdrückliche Erlaubnis der Privatnutzung

Als Alternative zu einem Verbot kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Privatnutzung der dienstlichen E-Mail-Infrastruktur (ausdrücklich) **erlauben**. Eine Erlaubnis wird in der Praxis vielfach mit einer weitergehenden Nutzungsvereinbarung oder -vorgabe zur IT-Infrastruktur („IT-Policy“) verbunden. Dadurch können Arbeitgeber selbst einen Rahmen für die Nutzung vorgeben bzw diesen mit den Arbeitnehmern vereinbaren.

Inhalt solcher Vereinbarungen sollten insbesondere die Bezeichnung der jeweiligen Betriebsmittel, die Art der Nutzung sowie die erlaubte Nutzungsdauer bzw der Nutzungszeitraum (zB nur in den Pausen) sein.

Praxistipp

Es sollte vorgesehen werden, dass durch die private Nutzung die arbeitsvertraglich geschuldete Leistung nicht beeinträchtigt werden darf, keine finanziellen Beeinträchtigungen für den Arbeitgeber folgen dürfen und keine zusätzlichen Sicherheitsrisiken geschaffen werden sollen.²⁰⁾ Hierfür besteht auch die Möglichkeit, die Nutzung der dienstlichen E-Mail-Adresse für gewisse Zwecke ausdrücklich zu untersagen. Zu denken ist hier etwa an die Untersagung der Verwendung in öffentlichen Internetforen, um negative Auswirkungen auf das Image des Arbeitge-

13) Vgl Mayr/Hayden in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG^{21a} § 15 Rz 142; LStR 2002 Rz 214f.

14) Es handelt sich dabei um eine atypische Sachleistung. Siehe dazu Müller in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 49 ASVG Rz 22; aA Auer-Mayer in Reissner/Neumayr, ZellHB BV Besonderer Teil, 14. BV Rz 14.38.

15) Laimer/Mayr, Zum Spannungsverhältnis von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen rund um die EDV-Nutzung, DRdA 2003, 410; Goricnik in Grünanger/Goricnik, Arbeitnehmer-Datenschutz und Mitarbeiterkontrolle² Rz 6.6.

16) Brodli in Gruber-Risak/Mazal, Private Einrichtungen des Arbeitnehmers während der Arbeitszeit Rz 53.

17) OLG Wien 17. 3. 2004, Ra 31/04 m.

18) OGH 23. 6. 2004, 9 ObA 75/04 a; mit einer ähnlichen Begründung: OGH 30. 3. 2011, 9 ObA 11/11 z.

19) So auch Haidinger in Knyrim, Datenschutzrecht⁴ Kap 16 Rz 16.51; Goricnik in Grünanger/Goricnik, Arbeitnehmer-Datenschutz und Mitarbeiterkontrolle² Rz 6.11.

20) Oberhofer/Gharamani-Hofer in Reissner/Neumayr, ZellHB AV-Klauseln² Besonderer Teil Rz 29.12; Kraft, ARD 5481/11/2004.

bers durch unpassende Beiträge des Arbeitnehmers zu vermeiden.²¹⁾

Bei einer **Überschreitung des zulässigen Nutzungsrahmens** kommt zunächst eine Ermahnung des betreffenden Arbeitnehmers bzw. in Zweifelsfällen eine Klarstellung durch den Arbeitgeber in Frage. Eine Überschreitung der zulässigen Privatnutzung ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die Aktivitäten des Arbeitnehmers die Interessen des Arbeitgebers nachteilig berühren können. Kommt es in Folge zu einer wiederholten Missachtung der eingeschränkten Privatnutzung, so liegt ein (personenbezogener) Kündigungsrechtfertigungsgrund iSd § 105 Abs 3 Z 2 lit a ArbVG vor bzw. ist der Arbeitgeber allenfalls sogar zur Entlassung wegen beharrlicher Pflichtverletzung nach § 27 Z 4 AngG berechtigt.²²⁾

Praxistipp

Um Rechtsklarheit zu schaffen, empfiehlt es sich aus Sicht des Arbeitgebers, die (Un-)Zulässigkeit der privaten Nutzung des arbeitsbezogenen E-Mail-Accounts **ausdrücklich zu regeln**. Erlaubt der Arbeitgeber die private Nutzung der zur Verfügung gestellten Infrastruktur, so sollte der erlaubte Umfang der Nutzung ausdrücklich beschränkt und möglichst genau festgelegt werden („**Nutzungsvereinbarung**“).

C. Art der Nutzungsregelung

Der Arbeitgeber kann die private Nutzung von Betriebsmitteln (i) auf individualarbeitsrechtlicher Ebene im Arbeitsvertrag bzw. durch eine Ergänzungsvereinbarung **vertraglich** oder (ii) **mittels Arbeitgeberweisung** (Richtlinien) einseitig regeln.

Weisungen werden häufig in Form von allgemeinen Betriebsrichtlinien erlassen. Der Gestaltungsspielraum von Weisungen ist geringer als jener von Vereinbarungen. Aus Gründen der Rechtssicherheit und zu Beweis-zwecken ist anzuraten, von mündlichen Weisungen abzugehen.²³⁾

Praxistipp

Arbeitgeber sollten im Arbeitsvertrag möglichst transparent und dynamisch („*in der jeweils geltenden Fassung*“) auf die bestehenden und allenfalls zukünftigen Richtlinien verweisen sowie diese einzeln nennen, um die Bestandsfestigkeit und Durchsetzungsfähigkeit zu erhöhen. Es empfiehlt sich, den Erhalt und das Studium der Richtlinien durch die Arbeitnehmer bestätigen zu lassen.

Sofern ein Betriebsrat errichtet wurde, bietet sich auf kollektivarbeitsrechtlicher Ebene auch der **Abschluss einer Betriebsvereinbarung nach § 97 Abs 1 Z 6 ArbVG** an. Gegenstand einer solcher Betriebsvereinbarung kann neben dem Ausschluss der Privatnutzung nach hA auch eine Vereinbarung über den Inhalt und Umfang einer Nutzungsbefugnis sein.²⁴⁾ Dahingegen bilden Sanktionen für das Fehlverhalten von Ar-

beitnehmern keinen zulässigen Gegenstand einer Betriebsvereinbarung nach § 97 Abs 1 Z 6 ArbVG.²⁵⁾

Eine Betriebsvereinbarung gem § 97 Abs 1 Z 6 ArbVG stellt eine erzwingbare Betriebsvereinbarung dar, sodass bei einer mangelnden Einigung zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber die Schlichtungsstelle gem § 97 Abs 2 ArbVG angerufen werden kann. Eine etwaige Entscheidung der Schlichtungsstelle ersetzt dann die Zustimmung des Betriebsrates oder des Arbeitgebers.²⁶⁾ Von seinem Mitbestimmungsrecht kann der Betriebsrat aber nicht nur Gebrauch machen, um generell eine Einigung zur Privatnutzung zu erzwingen, sondern auch, um auf die Adaptierung bereits getroffener (einzelvertraglicher) Regelungen hinzuwirken.²⁷⁾

Beispiel

In den Arbeitsverträgen der Arbeitnehmer X, Y und Z (allesamt beschäftigt bei dem Arbeitgeber A) befindet sich unter Punkt 10. „*Benutzung von Betriebsmitteln*“ folgende Formulierung: „*Der Arbeitnehmer darf den zur Verfügung gestellten E-Mail-Account ausschließlich zu dienstlichen Zwecken nutzen. Die private Benutzung des E-Mail-Accounts ist während und außerhalb der Arbeitszeit untersagt*“. Arbeitgeber A hat einen Betriebsrat, jedoch keine Betriebsvereinbarung zur Privatnutzung des E-Mail-Accounts abgeschlossen.

Der Betriebsrat könnte den Abschluss einer Betriebsvereinbarung nach § 97 Abs 1 Z 6 ArbVG und somit eine Befugnis zur Nutzung für private Zwecke erzwingen, indem die Schlichtungsstelle einem entsprechenden Antrag zustimmt. Damit wären die Arbeitnehmer X, Y und Z trotz des Verbotes in ihren Arbeitsverträgen zur privaten Nutzung befugt.²⁸⁾

Im Fall des Bestehens von (nachträglichen) Betriebsvereinbarungen und Einzelvereinbarungen gelten die jeweils für die Arbeitnehmer günstigeren Regelungen (§ 31 Abs 3 ArbVG).

Neben dem Abschluss einer betreffenden Betriebsvereinbarung wäre eine Regelung zur Privatnutzung theoretisch auch **im Kollektivvertrag** denkbar, zumal

- 21) Vgl zB Gerhartl, Verwendung sozialer Medien, RdW 2018, 366.
- 22) Gerhartl, ARD 6634/5/2019; vgl OGH 6. 12. 2000, 9 ObA 275/00g ARD 5215/47/2001 = ASoK 2001.
- 23) Dazu auch Oberhofer/Gharamani-Hofer, ZellHB AV-Klauseln² Besonderer Teil Rz 29.04; Gerhartl, ARD 6634/5/2019.
- 24) Felten/Preiss in Gahleitner/Mosler, ArbVR III⁵ (2020) § 97 Rz 91; Reissner in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 97 ArbVG Rz 46; Jabornegg in Jabornegg/Resch, ArbVG § 97 Rz 216.
- 25) Binder in Tomandl, ArbVG § 97 Rz 91 ff (11. Lfg 2013); Jabornegg in Jabornegg/Resch, ArbVG § 97 Rz 216.
- 26) Vgl Oberhofer/Gharamani-Hofer, ZellHB AV-Klauseln² Besonderer Teil Rz 29.08; Jabornegg in Jabornegg/Resch, ArbVG § 97 Rz 23 ff.
- 27) Binder in Tomandl, ArbVG § 97 Rz 92 (11. Lfg 2013).
- 28) Sollen im Zusammenhang mit der Privatnutzung bestimmte Daten verarbeitet werden, ist (gleichzeitig) eine Betriebsvereinbarung nach § 96a Abs 1 Z 1 ArbVG abzuschließen, soweit sich die Zulässigkeit der Datenverarbeitung nicht schon aus der Regelung der Betriebsvereinbarung nach § 97 Abs 1 Z 6 ArbVG ergibt. Können bzw. werden Kontrollmaßnahmen vorgenommen (werden), ist (gleichzeitig) jedenfalls auch eine Betriebsvereinbarung nach § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG abzuschließen.

dieser die Befugnis besitzt, die gegenseitigen aus dem Arbeitsvertrag entspringenden Rechte und Pflichten von Arbeitnehmer und Arbeitgeber festzulegen. In der Praxis finden sich aber keine wesentlichen Regelungen zur privaten Nutzung von Betriebsmitteln in Kollektivverträgen, weil diese keine Rücksicht auf spezifische Gegebenheiten in Betrieben nehmen können.²⁹⁾

D. Kontrollmaßnahmen

Grundsätzlich ist der Arbeitgeber befugt zu kontrollieren, ob und in welchem Umfang der Arbeitnehmer ein Betriebsmittel für private Zwecke genutzt hat. Im Hinblick auf betriebliche E-Mails kommt dem Arbeitgeber daher prinzipiell ein Informations- und Kontrollrecht zu. Dem Kontrollrecht des Arbeitgebers sind aber durch die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers, der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers sowie indirekt durch die Grundrechte und das Betriebsverfassungsrecht Grenzen gesetzt.³⁰⁾ So muss bei Durchführung einer Kontrollmaßnahme stets der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt werden.³¹⁾

Der Arbeitgeber kann im Fall einer verbotenen Privatnutzung den E-Mail-Verkehr stichprobenartig überprüfen, weil bei einer solchen Kontrolle nur von dienstlichen Daten auszugehen ist.³²⁾ Er darf (ohne gegenteilige Anhaltspunkte) in diesem Fall nämlich darauf vertrauen, dass elektronische Post nur in seinem Namen und Auftrag verwendet wird. Private E-Mails sind hingegen der Kontrolle durch den Arbeitgeber – auch bei verbotener Privatnutzung – entzogen.³³⁾ Nun zeigt sich in der Praxis, dass die Grenzen des Privaten und Betrieblichen häufig verschwimmen und für den Arbeitgeber daher schwierig festzustellen ist, in welchem Umfang eine Kontrolle erfolgen darf. Ist unklar, ob es sich um betriebliche oder private Daten handelt, so ist entweder eine Befragung des Arbeitnehmers durchzuführen oder die Kontrolle abzubrechen.³⁴⁾ Es gibt sohin keinen „Freischuss“ für den Arbeitgeber, so dass dieser erst bei Erkennbarkeit privater Daten eine Kontrolle abzubrechen bzw zu unterbrechen hat. Schon bei der Vermutung, dass auf private Daten, bspw in E-Mails, zugegriffen wird, hat eine Kontrolle zu unterbleiben.

Praxistipp

Die Arbeitnehmer sollten bei erlaubter Privatnutzung angewiesen werden, private E-Mails in einem gesonderten Ordner (zB mit „Privat“ betitelt) abzuspeichern bzw dorthin zu verschieben, um dadurch die dienstliche und private E-Mail-Kommunikation zu trennen. Der Arbeitgeber darf private E-Mails oder solche, die bereits den Anschein (zB ersichtlich aus der Betreffzeile oder dem Speicherpfad) erwecken, nicht öffnen. Die Inhalte aller anderen Ordner sind im Zweifel dann als rein dienstliche Daten anzusehen, auf die grundsätzlich vom Arbeitgeber zugegriffen werden darf.

Im Fall einer erlaubten Privatnutzung erscheint eine allgemeine Kontrolle des E-Mail-Verkehrs problematischer, weil bei etwaigen Kontrollen auch Ver-

kehrsdaten aus der Privatsphäre ausgewertet werden. Für eine derartige Kontrolle muss die Zustimmung des Betriebsrats in Form einer notwendigen Betriebsvereinbarung nach § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG eingeholt werden. In Betrieben, in denen kein Betriebsrat errichtet ist, bedarf es zur Zulässigkeit solcher Kontrollen der ausdrücklichen Zustimmung des einzelnen Arbeitnehmers (§ 10 AVRAG).³⁵⁾

Beabsichtigt der Arbeitgeber jedoch die Einführung von Kontrollmaßnahmen, die über ein punktuell Ausmaß hinausgehen, so bedarf dies – unabhängig eines Privatnutzungsverbotes – stets der Zustimmung des Betriebsrates nach § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG (bzw der Zustimmung des Arbeitnehmers nach § 10 AVRAG).³⁶⁾

Die vorgenannten Betriebs- und Einzelvereinbarungen müssen parallel dazu jedenfalls auch den in Art 5 DSGVO festgelegten Grundsätzen der Verarbeitung personenbezogener Daten entsprechen. Davon abgesehen treffen den Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Datenerhebung, die im Zuge der Kontrolle des E-Mail-Verkehrs erfolgt, umfassende Informationspflichten nach Art 13 und Art 14 DSGVO.³⁷⁾

Im Fall eines berechtigten Verdachts, dass in einem privaten Ordner gespeicherte E-Mails tatsächlich einen betrieblichen Konnex haben oder sogar strafrechtlich relevantes Verhalten im Zusammenhang mit dem Unternehmen des Arbeitgebers (zB Bestechung, Betrug, Preisabsprache etc) zum Gegenstand haben, hat der Arbeitgeber unabhängig von der Zustimmung des Arbeitnehmers jedenfalls Einsichtsrechte (etwa mittels zu dokumentierender Stichwortsuche), weil es sich um betriebliche Daten und nicht um solche des Arbeitnehmers handelt.³⁸⁾

29) Eichmeyer, Internetsucht am Arbeitsplatz und rechtliche Möglichkeiten des Arbeitgebers, RdW 2009/41, 35.

30) Vgl. Oberhofer/Gharamani-Hofer, ZellHB AV-Klauseln² Besonderer Teil Rz 29.42; s zur grundrechtlichen Einschränkung die E des EGMR (GK) 5. 9. 2017, 61496/08, *Bărbulescu/Rumänien* Rn 80 Dako 2017/69 (Haidinger), NLMR 5/2017.

31) Brodij, Die Kontrolle der Nutzung neuer Medien im Arbeitsverhältnis, ZAS 2004, 156; Gerhartl, ARD 6634/5/2019.

32) Zu beachten ist jedoch, dass bei Einführung eines automatisationsunterstützten Systems zur Kontrolle der E-Mail-Nutzung regelmäßig der Tatbestand des § 96a Abs 1 Z 1 ArbVG verwirklicht wird und somit zu dessen Zulässigkeit eine (erzwingbare) Betriebsvereinbarung abzuschließen ist; das stellt ein Problem dar, wenn es keinen Betriebsrat gibt. Siehe dazu Goricnik in Grünanger/Goricnik, Arbeitnehmer-Datenschutz und Mitarbeiterkontrolle² Rz 6.28.

33) Laimer/Mayr, *ecolex* 2003, 113; Körber-Risak/Lurf, ZAS 2017/35, 191.

34) Brodij, Kontrolle und Datenschutz im Arbeitsrecht, ZAS 2009/21, 125; Haidinger, *Datenschutzrecht*⁴ Kap 16 Rz 16.55.

35) Goricnik in Grünanger/Goricnik, Arbeitnehmer-Datenschutz und Mitarbeiterkontrolle² Rz 6.29; Busch/Falb, Erhebung und Verarbeitung von Arbeitnehmerdaten, in Körber-Risak/Brodij, *Datenschutz und Arbeitsrecht* (2018) 49.

36) Gerhartl, ARD 6634/5/2019; Reissner in Neumayr/Reissner, *Zell-Komm*³ § 96 ArbVG Rz 25 mwN.

37) Oberhofer/Gharamani-Hofer, ZellHB AV-Klauseln² Besonderer Teil Rz 29.43.

38) Vgl hierzu das „3-Stufen-Modell“ zur stufenweisen Kontrollverdichtung nach Kotschy/Reimer, Die Überwachung der Internet-Kommunikation am Arbeitsplatz, ein Diskussionsbeitrag aus datenschutzrechtlicher Sicht, ZAS 2004/29.

Praxistipp

Im Untersuchungsfall („forensische Untersuchung“) sollte die Erhebung durch Dritte (zB Rechtsanwalt) oder unter Beiziehung Dritter (zB Betriebsrat), die jeweils zur Verschwiegenheit verpflichtet sind bzw werden, erfolgen. Die Abfrage der einzelnen Begriffe sollte möglichst genau dokumentiert werden, sodass die möglichst schonende Abfrage ggf mit IT-Protokollen belegt werden kann.

E. Beendigung/Abänderung von Vereinbarungen

In praxi hegen vor allem Arbeitgeber den Wunsch, bestehende – wenn auch stillschweigend getroffene – Vereinbarungen zur Privatnutzung abzuändern (zB einzuschränken) oder zu beenden (dh ein Nutzungsverbot auszusprechen). Die Rechtslage stellt sich hierbei je nach Art der Nutzungsvereinbarung unterschiedlich dar. Zunächst ist danach zu unterscheiden, ob eine Regelung auf **einzelvertraglicher Ebene** (Arbeitsvertrag) oder auf **kollektiver Ebene** (Betriebsvereinbarung) getroffen wurde.

1. Vereinbarung auf einzelvertraglicher Ebene

Beinhaltet der **Arbeitsvertrag** eine Regelung zur Privatnutzung, dann müssen sich im Sinne der **Vertragsbindung** (*pacta sunt servanda*) und dem Symmetriegebot beide Vertragsparteien – dh Arbeitgeber und Arbeitnehmer – an eine solche Vereinbarung halten. Änderungen eines bestehenden Arbeitsvertrages können somit prinzipiell nur im Einvernehmen erfolgen. Beabsichtigt der Arbeitgeber, bestehende Regelungen eines Arbeitsvertrages dennoch einseitig zu ändern, ohne dabei das Arbeitsverhältnis aufzulösen, so kommt (abgesehen von einer Öffnungsklausel)³⁹⁾ nur eine **Teil- oder Änderungskündigung** in Frage.

Die **Teilkündigung** eines Arbeitsvertrages, welche auf eine einseitige Beendigung der jeweiligen Nutzungsvereinbarung abzielt, wird grundsätzlich als unzulässig und unwirksam angesehen.⁴⁰⁾ Enthält der Arbeitsvertrag jedoch einen **Widerrufsvorbehalt**, der sich auf den Privatnutzungsanspruch des Arbeitnehmers bezieht, so ist eine Teilkündigung insoweit zulässig. Dabei ist zu beachten, dass ein solches vertraglich vorbehaltenes (einseitiges) Gestaltungsrecht nur nach billigem Ermessen ausgeübt werden darf und dahingehend einer gerichtlichen Überprüfung unterliegt.⁴¹⁾

Praxistipp

Aus Arbeitgebersicht empfiehlt es sich, an Stelle eines Widerrufsvorbehalts einen Unverbindlichkeitsvorbehalt vorzusehen, weil diesfalls eine Billigkeitsüberprüfung iZm der Beendigung oder Umgestaltung der Nutzungsmöglichkeit der E-Mail-Infrastruktur nicht anzustellen ist.

Eine **Änderungskündigung** zielt auf eine inhaltliche Neugestaltung der Arbeitsbedingungen ab und wird hierfür mit einer sog Potestativbedingung verbunden.

Zu diesem Zwecke erfolgt entweder (i) eine aufschiebend bedingte Änderungskündigung, die erst dann wirksam werden soll, wenn der Arbeitnehmer nicht innerhalb einer bestimmten Frist der Änderung zugestimmt hat, oder (ii) eine auflösend bedingte Änderungskündigung, die zunächst schwebend wirksam ausgesprochen wird und rückwirkend in Rechtsunwirksamkeit verfällt, wenn der Arbeitnehmer der Änderung zugestimmt hat.⁴²⁾

Praxistipp

Da bei einer Änderungskündigung stets die Gefahr besteht, dass der Arbeitnehmer einer Änderung nicht zustimmt und somit das Arbeitsverhältnis unerwünscht (von Seiten des Arbeitgebers) gelöst wird oder ein Kündigungsanfechtungsverfahren in Gang gesetzt wird, ist diese nur als **letztes Mittel** (*ultima ratio*) einzusetzen.

2. Vereinbarungen auf kollektiver Ebene

Zunächst ist zu beachten, dass eine gültige Betriebsvereinbarung nach § 97 Abs 1 Z 6 ArbVG bei wirksamem Zustandekommen normativ auf das Einzelarbeitsverhältnis einwirkt. Nach **§ 31 Abs 3 ArbVG** gehen für den Arbeitnehmer günstigere einzelvertragliche Vereinbarungen (zB aus dem Arbeitsvertrag) oder günstigere einseitig vom Arbeitgeber erlassene Richtlinien (Weisungen) der Betriebsvereinbarung vor. Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind demnach an die Nutzungsvorgaben einer Betriebsvereinbarung gebunden.⁴³⁾ Auf **kollektiver Ebene** ist bei der Beurteilung der Änderungs-/Beendigungsmöglichkeiten von Nutzungsvereinbarungen nach der **Art der Betriebsvereinbarung** sowie deren **Geltungsdauer** zu unterscheiden.

Für die Beendigung gilt, dass **befristete Betriebsvereinbarungen** – unabhängig von ihrer Art (erzwingbar, notwendig, fakultativ) – grundsätzlich durch Zeitablauf enden. Die Befristung schließt nach allgemeinen Grundsätzen die Kündigung einer Betriebsvereinbarung aus; eine dennoch erfolgte Kündigung ist rechtsunwirksam.⁴⁴⁾

Anders zeigt sich die Rechtslage bei **unbefristeten Betriebsvereinbarungen**: Da es sich bei einer Betriebsvereinbarung nach **§ 97 Abs 1 Z 6 ArbVG** stets um eine **erzwingbare Betriebsvereinbarung** handelt, ist eine einseitige Kündigung gem § 32 Abs 2 ArbVG **grundsätzlich ausgeschlossen**. Dem Arbeitgeber steht diesfalls nur eine einvernehmliche Beendigung

39) Dabei wird als Änderungsvorbehalt vereinbart, dass für den Arbeitnehmer ungünstigere Betriebsvereinbarungen auf den Arbeitsvertrag durchschlagen und diesen zuungunsten des Arbeitnehmers verändern.

40) *Karl* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, *AngG* § 20 Rz 148 mwN.

41) *Reissner* in *ZellKomm*³ § 20 *AngG* Rz 97.

42) *Karl*, *AngG* § 20 Rz 143 ff. Unterschiede ergeben sich bei der Fristenberechnung, weil relevante Fristenläufe (zB BR-Verständigungspflicht nach § 105 Abs 1 ArbVG, Kündigungsfristen nach § 20 *AngG* oder die Fristen des AMS-Frühwarnsystems nach § 45a *AMFG*) zu unterschiedlichen Zeitpunkten in Gang gesetzt werden.

43) *Auer-Mayer*, *ZellHB BV* Besonderer Teil, 14. *BV* Rz 14.35. Dem könnte man allenfalls mit einer „Öffnungsklausel“ im Arbeitsvertrag begegnen.

44) Daneben kommt stets eine einvernehmliche Auflösung und/oder eine vorzeitige Lösung aus wichtigem Grund in Frage; *Reissner*, *ZellKomm*³ § 32 *ArbVG* Rz 4 mwN.

der betriebsverfassungsrechtlichen Vereinbarung offen. Eine dennoch ausgesprochene Kündigung ist rechtsunwirksam.⁴⁵⁾ Nach Teilen der Lehre soll es jedoch zulässig sein, in der Betriebsvereinbarung selbst eine gesonderte Kündigungsmöglichkeit zu vereinbaren und somit die einseitige Auflösung einer Nutzungsvereinbarung zu ermöglichen.⁴⁶⁾

Erfordert die Durchführung einer Kontrollmaßnahme (vgl. Punkt D) eine Zustimmung des Betriebsrats nach § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG, so begründet dies eine **notwendige Betriebsvereinbarung**. Die gesetzlichen Vorgaben für die Änderung und Beendigung einer notwendigen Betriebsvereinbarung sind weniger restriktiv als bei einer erzwingbaren Betriebsvereinbarung. Den Parteien steht es hierbei offen, die Beendigungsmodalitäten (Kündigungsfristen und -termine, Befristungen etc) eigens zu regeln. Mangels einer Vereinbarung greift bei Beendigung einer notwendigen Betriebsvereinbarung die Sonderregel des § 96 Abs 2 ArbVG, wonach die **Kündigung ohne Einhaltung von Kündigungsfristen und -terminen** möglich ist.⁴⁷⁾ In Betrieben, in denen kein Betriebsrat errichtet ist, kann die Zustimmung des Arbeitnehmers zu Kontrollmaßnahmen gem § 10 Abs 2 AVRAG jederzeit ohne Einhaltung einer Frist schriftlich gekündigt werden.

Praxistipp

Ist die einzelvertragliche Zustimmung nach § 10 AVRAG (anstelle der des Betriebsrates nach § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG) erforderlich, kann es zweckmäßig sein, eine befristete Vereinbarung (mit Verlängerungsautomatik) abzuschließen. Schließlich ist die zeitlich auf einen bestimmten Zeitraum befristete Zustimmung durch einen Arbeitnehmer nicht jederzeit und ohne Frist widerrufbar.

Bei der Beendigung von Betriebsvereinbarungen ist weiters von Relevanz, dass diese gem § 32 Abs 2 ArbVG **Nachwirkungen** entfalten können.

Ist eine Betriebsvereinbarung durch eine **Kündigung** beendet worden („erloschen“), bleiben die Rechtswirkungen für alle Arbeitsverhältnisse, die unmittelbar vor ihrem Erlöschen durch sie erfasst werden, so lange aufrecht, als für diese Arbeitsverhältnisse nicht eine neue Betriebsvereinbarung wirksam wird oder mit den einzelnen betroffenen Arbeitnehmern nicht eine neue Einzelvereinbarung geschlossen wird.

Daraus folgt, dass eine „alte“ (für den Arbeitgeber günstigere Arbeitsvertragsklausel) nicht wieder auflebt.

Erlischt eine Betriebsvereinbarung infolge einer **anderen Beendigungsart** (dh einvernehmliche Auflösung, Zeitablauf oder Beendigung aus wichtigem Grund), entfaltet diese **keine Nachwirkungen**. Zu beachten gilt, dass eine Nachwirkung bei **notwendigen Betriebsvereinbarungen**, also solchen zu Kontrollmaßnahmen, gem § 96 Abs 2 letzter Satz ArbVG ausdrücklich ausgeschlossen ist; die Parteien können eine Nachwirkung jedoch eigens vereinbaren.⁴⁸⁾ Das kann für den Arbeitgeber vorteilhaft sein, weil er ohne den Betriebsrat in dieser Rechtsmaterie nicht bilateral mit den Arbeitnehmern kontrahieren kann.

Im Ergebnis zeigt sich daher, dass die im Zuge der Privatnutzung betrieblicher E-Mail-Infrastruktur relevanten Betriebsvereinbarungstatbestände, insb also § 97 Abs 1 Z 6 und § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG, bei der Beendigung **in der Regel keine Nachwirkungen** entfalten.⁴⁹⁾

Praxistipp

Aufgrund der eingeschränkten Beendigungsmöglichkeiten von erzwingbaren Betriebsvereinbarungen empfiehlt sich für den Arbeitgeber, eine Nutzungsvereinbarung **bereits im Arbeitsvertrag festzulegen** (und nicht erst in einer Betriebsvereinbarung nach § 97 Abs 1 Z 6 ArbVG). Im Falle einer Vereinbarung im Arbeitsvertrag sollte aus Sicht des Arbeitgebers ein **Unverbindlichkeitsvorbehalt** vorgesehen werden, um Teil- oder Änderungskündigungen bzw Widerrufe zu vermeiden. Auf den Unverbindlichkeitsvorbehalt ist regelmäßig hinzuweisen, damit die Arbeitnehmer kein durchsetzbares Recht auf Nutzung der E-Mail-Infrastruktur zu privaten Zwecken erwerben.

45) *Födermayr in Jabornegg/Resch*, ArbVG § 32 Rz 17 ff.

46) *Reissner*, ZellsKomm³ § 32 ArbVG Rz 10 mwN; aA *Födermayr in Jabornegg/Resch*, ArbVG § 32 Rz 18 mwN.

47) *Reissner*, ZellsKomm³ § 96 ArbVG Rz 7; *Jabornegg in Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 96 Rz 21.

48) *Födermayr in Jabornegg/Resch*, ArbVG § 32 Rz 20 ff.

49) So auch *Reissner*, ZellsKomm³ § 32 ArbVG Rz 14: die Nachwirkungsregelung sei daher vor allem bei fakultativen BV bedeutsam.

→ Die Grauzone

- Die Grenzen der dienstlichen und privaten Nutzung des betrieblichen E-Mail-Accounts verschwimmen in der Praxis häufig.
- Der Arbeitgeber kann die Privatnutzung (ausdrücklich) verbieten; ein allgemeiner Anspruch auf Privatnutzung besteht nicht.
- Trifft der Arbeitgeber keine Regelung zur Privatnutzung, ist die Privatnutzung im Zweifel in einem angemessenen untergeordneten Ausmaß gestattet – vor allem, wenn der Arbeitgeber diese (bewusst) duldet. Erfolgt eine solche Nutzung über einen

längeren Zeitraum, läuft der Arbeitgeber Gefahr, an eine für ihn ungewünschte Regelung vertraglich gebunden zu werden (betriebliche Übung).

- Trifft der Arbeitgeber eine (ausdrückliche) Regelung zur Privatnutzung (Weisung oder Vereinbarung), kann dieser bei deren Beendigung oder einseitigen Abänderung auf Probleme stoßen.
- Gestattet der Arbeitgeber eine eingeschränkte Privatnutzung, ist deren Kontrolle – aus arbeits- und datenschutzrechtlicher Sicht – heikel und kann die Zustimmung des Betriebsrates (bzw des einzelnen Arbeitnehmers) erfordern.

→ **Zum Thema****Über die Autoren:**

Dr. Christoph Ludvik, BSc (WU) ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Herbst Kinsky RAe in Wien.
 Christoph Hördinger, LL.M. (WU), LL.B. (WU), war Rechtsanwaltsanwärter ebenda und absolviert aktuell die Gerichtspraxis im OLG Sprengel Wien.
 Kontaktadresse: Herbst Kinsky Rechtsanwälte GmbH, Dr.-Karl-Lueger-Platz 5, 1010 Wien.
 Tel: +43 (0)1 904 21 80,
 E-Mail: christoph.ludvik@herbstkinsky.at,
 Internet: www.herbstkinsky.at

Von den Autoren erschienen:

C. Ludvik, Urlaubsverfall bei Arbeitnehmeraustritt, ASoK 2022/1, 2;
 C. Ludvik, Der internationale Betrieb – Fragen der grenzüberschreitenden Betriebsverfassung (2021);

C. Ludvik/Zwinger, Nachvertragliche Wettbewerbsbeschränkungen arbeitnehmerähnlicher Personen, in *Bramshuber/Friedrich/Karl*, FS Franz Marhold (2020) 157;
Bramshuber/C. Ludvik, Sozialrechtlicher Missbrauch, in *Kalss/Bergmann*, Handbuch Rechtsformwahl (2020) 189;
Marhold/C. Ludvik, Thoughts about indexing family benefits: Are authorities permitted to apply the Austrian indexation of family benefits? The primacy of EU law and the right/obligation to request a ruling from the Court of Justice of the European Union, EJSS 2020/22/3, 273.

Literatur:

Determann/Hitz, Die private Nutzung von Internet und E-Mail, ASoK 2019, 55; *Grünanger/Goricnik* (Hrsg), Arbeitnehmer-Datenschutz und Mitarbeiterkontrolle² (2018); *Körper-Risak/Lurf*, Individualarbeitsrechtliche Aspekte unternehmensinterner Untersuchungen, ZAS 2017/35, 191; *Przeszowska*, Internet und E-Mail am Arbeitsplatz, ARD 6392/6/2014.

Pflichtenverletzung bei digitaler Kommunikation im Arbeitsverhältnis

Ausgewählte Praxisszenarien und ihre Konsequenzen

In der Praxis kommt es zunehmend vor, dass Arbeitnehmer berufliche E-Mails an ihre private E-Mail-Adresse weiterleiten oder Anhänge (Daten) auf ihrem eigenen PC oder in der „Cloud“ abspeichern. In den meisten Fällen erfolgt dies ohne Hintergedanken und ohne Bewusstsein darüber, dass solche Handlungen jedoch gravierende rechtliche Folgen für den Arbeitnehmer und Arbeitgeber mit sich bringen können. Aus Sicht des Arbeitgebers ist eine private Speicherung meist unerwünscht, weil damit unkontrolliert Daten aus dem Unternehmen abfließen. Besondere Brisanz erlangen diese Speichervorgänge bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, wo sich diverse rechtliche „Grauzonen“ auftun.

Von Christoph Ludvik und Christoph Hördinger

GRAU 2022/5

Inhaltsübersicht:

- A. Allgemein
- B. Pflichten der Arbeitnehmer beim Umgang mit Unternehmensdaten
 1. Arbeitsrechtliche Vorgaben
 2. Datenschutzrechtliche Vorgaben
 3. Pflicht zur Rückstellung betrieblicher Daten bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses?
- C. Pflichtenverstöße und deren Folgen
 1. Wann liegt ein Pflichtenverstoß vor?
 2. Welche Konsequenzen drohen Arbeitnehmern bei einer Pflichtenverletzung?
 - a) Entlassung
 - b) Kündigung
 - c) Schadenersatz und Konventionalstrafe
 - d) Weitere rechtliche Konsequenzen

▶ **Arbeitsrecht****A. Allgemein**

Digitale Kommunikation im Arbeitsverhältnis betrifft und erzeugt zugleich Unternehmensdaten. Als „Unternehmensdaten“ werden für die Zwecke dieses Beitrags alle Daten verstanden, die durch elektronische Datenverarbeitung in einem Unternehmen entstehen. Eine wichtige Quelle von Unternehmensdaten ist der betriebliche E-Mail-Verkehr, seien es die E-Mails selbst oder ihre Anhänge.

Verfügungsberechtigter der Unternehmensdaten ist grundsätzlich der Unternehmer. Dieser darf als Arbeitgeber über die von den Arbeitnehmern generierten Unternehmensdaten im Grundsatz frei verfügen, dh Anhänge und E-Mails lesen, bearbeiten, löschen usw. Handelt es sich hingegen um digitale Kommunikation ohne betrieblichen Bezug, dh solche mit privatem Inhalt, hat der Arbeitgeber keine unbeschränkte Verfü-