

Studien zum vergleichenden Privatrecht

Studies in Comparative Private Law

Band / Volume 16

**Außerdienstliches Verhalten
des Arbeitnehmers im deutschen
und im englischen Recht**

**Eine rechtsvergleichende Betrachtung
unter besonderer Berücksichtigung
der privaten Nutzung sozialer Medien**

Von

Lisa-Katharina Holst



Duncker & Humblot · Berlin

LISA-KATHARINA HOLST

Außerdienstliches Verhalten des Arbeitnehmers
im deutschen und im englischen Recht

Studien zum vergleichenden Privatrecht

Studies in Comparative Private Law

Band/Volume 16

Außerdienstliches Verhalten des Arbeitnehmers im deutschen und im englischen Recht

Eine rechtsvergleichende Betrachtung
unter besonderer Berücksichtigung
der privaten Nutzung sozialer Medien

Von

Lisa-Katharina Holst



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen
hat diese Arbeit im Jahre 2021 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D21

Alle Rechte vorbehalten
© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 2567-5427
ISBN 978-3-428-18624-2 (Print)
ISBN 978-3-428-58624-0 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Wintersemester 2021/2022 an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen als Inauguraldissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 24. März 2022 in Tübingen statt. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Oktober 2021 berücksichtigt.

An erster Stelle möchte ich mich bei meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Hermann Reichold für die Betreuung der Arbeit, die Erstellung des Erstgutachtens und die sehr schöne und lehrreiche Zeit an seinem Lehrstuhl bedanken. Frau Prof. Dr. Christine Osterloh-Konrad danke ich ebenfalls für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Weiterhin gilt mein Dank dem Institute of European and Comparative Law der University of Oxford, an welchem ich im Sommer 2019 zum englischen Arbeitsrecht forschen durfte.

Besonders bedanken möchte ich mich auch bei meiner Familie und meinen Freunden, die mich in allen Phasen meiner Promotion begleitet und unterstützt haben.

Tübingen, im März 2022

Lisa-Katharina Holst

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	19
I. Anlass der Untersuchung	19
II. Methodik der Rechtsvergleichung im Arbeitsrecht	20
III. Eingrenzung des Themas	21
1. Wann liegt außerdienstliches Verhalten vor?	21
2. Welche Aspekte außerdienstlichen Verhaltens sind vorliegend relevant?	22
IV. Gang der Untersuchung	23
B. Historische Betrachtung außerdienstlicher Verhaltenspflichten	24
I. Im deutschen Recht	24
1. Locatio conductio operarum des römischen Rechts	24
2. Treudienstvertrag des germanischen Rechts	25
3. Vorläufer des Dienstvertrages	25
a) Entwicklung in Rechtsprechung und Literatur	25
b) Kritik an der personenrechtlichen Einordnung	27
4. Zwischenergebnis	28
II. Im englischen Recht	28
1. Grundlagen des englischen (Arbeits-)Rechts	28
a) Common law und statutory law	28
b) Die Rolle des Rechts der equity	29
2. Historische Entwicklung außerdienstlicher Verhaltenspflichten	30
a) Anfänge des Dienstvertrages unter dem Begriff „master and servant“	30
aa) Im Bereich des common law	31
bb) Im Recht der equity	31
cc) Entwicklung im 19. und 20. Jahrhundert	32
b) Zwischenergebnis	33
III. Rechtsvergleichende Betrachtung	33
C. Herleitung außerdienstlicher Verhaltenspflichten nach geltendem Recht	35
I. Im deutschen Recht	35
1. Dogmatische Begründung	35
a) Außerdienstliche Verhaltenspflichten als Teil der Arbeitspflicht	35
b) Selbstständige Nebenpflicht	36

c) Außerdienstliche Verhaltenspflicht als Nebenpflicht	37
aa) Treu und Glauben, § 242 BGB	37
bb) Nebenpflicht nach § 241 II BGB	38
(1) Entstehungsgeschichte	38
(2) Kritik und heutiger Meinungsstand	39
(3) Zwischenergebnis	40
cc) Ergebnis	40
2. Weitere Rechtsquellen und Begründungsansätze	41
a) Das Arbeitsverhältnis als Genossenschaftsverhältnis	41
b) Verbandsrechtliche Elemente des Arbeitsverhältnisses	42
c) Sozialstaatsprinzip, Art. 20 I GG	44
d) Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 I, 1 I GG	45
e) Drittbezug des Arbeitsverhältnisses	45
f) Handelsrechtliche Regelungen	45
g) Zwischenergebnis	46
II. Im englischen Recht	46
1. Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses	47
2. Arbeitsvertragliche Rechte und Pflichten	47
a) Die hierarchische Struktur des Arbeitsverhältnisses und die daraus folgende duty of obedience	47
b) Der Grundsatz von mutual trust and confidence	48
c) Die Treuepflicht des Arbeitnehmers (duty of fidelity)	48
aa) Entwicklung der Rechtsprechung	49
bb) Auffassungen in der Literatur	50
(1) Treuepflicht als Ausprägung der equity im Sinne einer fiduciary duty	50
(2) Die contractual duty of fidelity als implied term	51
(3) Bedeutung der Diskussion für außerdienstliche Verhaltenspflichten	51
cc) Zwischenergebnis	52
3. Weitere Rechtsquellen und Begründungsansätze	52
a) Art. 8 HRA	52
aa) Das englische Kündigungsrecht	53
bb) Anwendbarkeit des Art. 8 HRA?	53
b) Restraint-of-trade-doctrine	54
4. Zwischenergebnis	54
III. Rechtsvergleichende Betrachtung	55

D. Grenzen und Reichweite außerdienstlicher Verhaltenspflichten	57
I. Relevante Fallgruppen	57
1. Im deutschen Recht	57
a) Meinungsäußerungen des Arbeitnehmers, Art. 5 I GG	57
aa) Bedeutung dieses Grundrechts für das Arbeitsverhältnis	57
bb) Relevanz dieser Fallgruppe für aktuelle Fälle	59
b) Straftaten des Arbeitnehmers	59
c) Privatleben des Arbeitnehmers, Art. 1 I, 2 I GG	60
2. Im englischen Recht	61
II. Durch die Rechtsprechung entwickelte Grundsätze	61
1. Im deutschen Recht	61
a) Die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte	62
aa) Grundsatz der Betriebsbezogenheit (Beeinträchtigungsformel)	63
bb) Neuere Tendenzen der BAG-Rechtsprechung	64
cc) Tendenzen der LAG-Rechtsprechung	64
b) Kritische Betrachtung	65
2. Im englischen Recht	65
a) Die englische Arbeitsgerichtsbarkeit	66
b) Grundsätze des englischen Kündigungsrechts	66
aa) Das Kündigungsrecht nach dem common law	67
bb) Das Kündigungsrecht nach dem ERA	68
(1) Band of reasonable responses (BORR)	69
(2) „Burchell“-Test	70
cc) Weitere Besonderheiten des englischen Kündigungsrechts	70
dd) Zwischenergebnis	72
c) Ansätze der Rechtsprechung	72
aa) Die Rechtsprechung vor Erlass des HRA	73
(1) Grundsätzliche Tendenzen	73
(a) Verstoß gegen eine vertragliche oder unternehmensinterne Regelung	73
(b) Handlungsmaßstab eines vernünftigen Arbeitgebers	74
(c) Strafrechtliche Relevanz des Verhaltens	75
(d) Zwischenergebnis	75
(2) Abgrenzung von dienstlichem und außerdienstlichem Verhalten	76
bb) Die Rechtsprechung nach Erlass des ERA	77
cc) Die Rechtsprechung nach Erlass des HRA	77
d) Zwischenergebnis	78
3. Rechtsvergleichende Betrachtung	78

III. Vertragsstruktur des Beschäftigungsverhältnisses	78
1. Im deutschen Recht	79
a) Privatwirtschaft	79
b) Tendenzbetriebe	79
c) Beamtenrecht und Öffentlicher Dienst	80
2. Im englischen Recht	80
a) Arbeitnehmer in der Privatwirtschaft	80
b) Tendenzbetriebe	81
c) Arbeitnehmer des Öffentlichen Dienstes	81
3. Rechtsvergleichende Betrachtung	82
IV. Auswertung nach den verschiedenen Fallgruppen	82
1. Im deutschen Recht	82
a) Meinungsäußerungen des Arbeitnehmers	83
aa) Unternehmensschädigende Äußerungen	83
bb) Unternehmenskritische Äußerungen	84
(1) Werturteile	84
(2) Tatsachenbehauptungen	85
cc) Meinungsäußerungen ohne Bezug zum Arbeitgeber	86
dd) Weitergabe von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen	86
ee) Sonderfall der Meinungsäußerung in sozialen Netzwerken?	87
(1) Definition des „sozialen Netzwerks“	87
(2) Von der Rechtsprechung entwickelte Grundsätze	88
(a) Inhalt der Meinungsäußerung	88
(b) Arbeitsbezogene Faktoren	89
(aa) Angaben zum Arbeitgeber	89
(bb) Dienstkleidung	89
(cc) Arbeitskollegen als Freunde und Follower	90
(dd) Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb	90
(c) Netzwerkspezifische Faktoren	91
(aa) Privatsphäre-Einstellungen	91
(bb) Nutzungsrealität	93
(cc) Das bloße „Liken“ fremder Beiträge	94
(dd) Das bloße „Teilen“ fremder Beiträge	95
(d) Gesamtschau des Arbeitnehmerverhaltens	96
(3) Stellungnahme	96
(4) Zwischenergebnis	97
b) Vom Arbeitnehmer begangene Straftaten	97
aa) Unterscheidung zwischen Leistungs- und Vertrauensbereich	97
bb) Betriebsbezogene Straftaten	98
(1) Ehrverletzende Äußerungen	98

(2) Anderweitige Straftaten	99
cc) Nicht betriebsbezogene Straftaten	100
(1) Sonderfall der strafbaren Äußerungen im Internet	101
(a) Beleidigungen	101
(b) Volksverhetzende und rassistische Äußerungen	102
(2) Sonderfall der Verdachtskündigung	103
(a) Darstellung der Problematik anhand eines LAG-Urteils	103
(b) Kritik der Literatur und Stellungnahme	104
dd) Zwischenergebnis	105
c) Privatleben des Arbeitnehmers	105
aa) Persönliche Beziehungen und Sexualeben	105
(1) Sonderfall der Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses	106
(2) Sonderfall der Druckkündigung	107
bb) Alkohol- und Drogenkonsum	108
cc) Sonderfall der Publikmachung des Privatlebens in sozialen Medien	109
dd) Zwischenergebnis	110
d) Zusammenfassung	110
2. Im englischen Recht	110
a) Meinungsäußerungen	111
aa) Der Schutz der Meinungsfreiheit im englischen Recht	111
bb) Unternehmensschädigende Äußerungen	112
cc) Unternehmenskritische Äußerungen	112
dd) Meinungsäußerungen ohne Bezug zum Arbeitgeber	113
ee) Weitergabe von Geschäftsgeheimnissen	114
ff) Sonderfall der Meinungsäußerung in sozialen Netzwerken?	115
(1) Differenzierung nach dem Inhalt der Äußerung	116
(a) Bezug zum Arbeitgeber	116
(b) Anwendbarkeit von Art. 10 HRA und „Qualität“ der Äußerung	117
(2) Medienspezifische Abwägungskriterien	118
gg) Zwischenergebnis	119
b) Vom Arbeitnehmer begangene Straftaten	119
aa) Straftaten mit Bezug zum Arbeitgeber	119
bb) Straftaten ohne Bezug zum Arbeitgeber	120
cc) Rechtsprechung seit dem ACAS Code of Practice on disciplinary and grievance procedures	122
dd) Sonderfall der in sozialen Netzwerken begangenen Straftaten?	123
ee) Zwischenergebnis	123

c)	Das Privatleben des Arbeitnehmers	123
aa)	Der Schutz der Privatsphäre im englischen Recht	124
(1)	Die Rolle des HRA	125
(a)	X v Y (2004)	126
(b)	Pay v Lancashire Probation Service (2004)	126
(2)	Die Argumentationslinie der Rechtsprechung	127
(3)	Kritik der Literatur	128
(4)	Zwischenergebnis	128
bb)	Fälle des Privatverhaltens im engeren Sinne	129
(1)	Persönliche Beziehungen und Sexualleben	129
(a)	Einfluss des statutory law	130
(b)	Zwischenergebnis	130
(2)	Alkohol- und Drogenkonsum	131
cc)	Sonderfall der Preisgabe des Privatlebens in sozialen Medien?	132
d)	Zwischenergebnis	133
3.	Rechtsvergleichende Betrachtung	133
V.	Ansätze der Literatur	135
1.	Im deutschen Recht	135
a)	Gefahrenbegriff des Polizeirechts	135
b)	Zivilrechtliche Parallelen	136
c)	Ergebnis	137
2.	Im englischen Recht	137
a)	Unterscheidung zwischen dienstlichem und außerdienstlichem Verhalten	137
b)	Anwendbarkeit von Art. 8 und Art. 10 HRA	138
c)	Einführung eines test of proportionality	138
d)	Analogie zum Rechtsinstitut breach of confidence	139
aa)	Das Rechtsinstitut breach of confidence	140
bb)	Übertragung auf das Arbeitsverhältnis	141
e)	Rechtswidrigkeitsvermutung (presumption of unfairness)	142
f)	Zwischenergebnis	142
3.	Rechtsvergleichende Betrachtung	142
4.	Eigener Ansatz zum deutschen Recht	143
E.	Rechtsfolgen außerdienstlichen Verhaltens	146
I.	Im deutschen Recht	146
1.	Anspruch auf Erfüllung außerdienstlicher Verhaltenspflichten	146
a)	Schutz- und Nebenleistungspflichten	146
aa)	Nebenleistungspflichten	147
bb)	Schutzpflichten	148
b)	Rechtstatsächliche Erwägungen	149

2. Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch	149
3. Schadensersatzansprüche	150
4. Kündigung	151
a) Abgrenzung zwischen verhaltens- und personenbedingter Kündigung	151
b) Abgrenzung bei außerdienstlichem Verhalten	152
aa) Meinungsäußerungen	152
bb) Straftaten	153
(1) Unterscheidung nach dem Kriterium der Betriebsbezogenheit	153
(2) Sonderfall der Verdachtskündigung	154
cc) Privatleben des Arbeitnehmers	154
5. Zwischenergebnis	156
II. Im englischen Recht	156
1. Anspruch auf Erfüllung (specific performance)	156
2. Unterlassungsansprüche (injunctions)	157
3. Schadensersatzansprüche (damages)	159
a) Grundsätze des englischen Schadensersatzrechts	159
b) Bedeutung des Schadensersatzrechts für außerdienstliches Verhalten	159
4. Contributory Faults nach dem law of unfair dismissal	160
5. Kündigung	161
III. Rechtsvergleichende Betrachtung	162
F. Gestaltungsmittel des Arbeitgebers	163
I. Im deutschen Recht	163
1. Herkunft und Bedeutung von Ethikrichtlinien	163
2. Die Implementierung von Ethikrichtlinien	165
a) Implementierungsinstrumente	165
aa) Weisungsrecht	165
(1) Grundsätze des Weisungsrechts	165
(2) Weisung zu außerdienstlichem Verhalten	166
(a) Umfang des Weisungsrechts im außerdienstlichen Bereich	166
(b) Entstehungszeitpunkt der Handlungspflicht	167
(3) Zwischenergebnis	168
bb) Vertrag	169
(1) Erweiterung des gesetzlichen Pflichtenprogramms	169
(2) Mögliche Regelungsinhalte	170
(a) Meinungsäußerungen	171
(b) Straftaten	171
(c) Privatleben	172
(d) Zwischenergebnis	174
(3) AGB-rechtliche Inhaltskontrolle	174

(4) Ergebnis	175
cc) Tarifvertrag	175
dd) Betriebsvereinbarung	176
b) Implementierungsverfahren	177
c) Vor- und Nachteile der einzelnen Gestaltungsmittel	178
d) Ergebnis	179
3. Social Media Guidelines	179
4. Sanktionsklauseln als „vorweggenommene Abmahnung“	180
5. Ergebnis	182
II. Im englischen Recht	182
1. Besonderheiten der Regelungstechnik im englischen Recht	183
2. Durch Vertrag	184
a) Grundsätze des englischen (Arbeits-)Vertragsrechts	184
b) Gesetzliche Schranken	185
aa) Common law	185
bb) Statutory law	185
c) Die Implementierung von Regelungen in staff handbooks	186
aa) Rechtsnatur und Einbeziehungsvoraussetzungen	186
(1) Ausdrückliche oder konkludente Einbeziehung	187
(2) Geeignetheit der Einbeziehung (aptness)	188
bb) Ausdrücklicher Ausschluss der Implementierung?	188
cc) Inhaltliche Grenzen	189
dd) Nachträgliche Änderungsmöglichkeiten des Arbeitgebers	190
ee) Rechtstatsächliche Überlegungen	192
(1) Regelung außerdienstlicher Verhaltenspflichten im Allgemeinen	192
(2) Regelungen in sog. social media policies	193
d) Ergebnis	194
3. Durch Weisungsrecht	195
4. Durch Kollektivvereinbarungen	195
a) Grundsätze des kollektiven Arbeitsrechts	195
b) Kollektivrechtliche Regelung außerdienstlicher Verhaltenspflichten	196
III. Rechtsvergleichende Betrachtung	197
G. Abschließende rechtsvergleichende Betrachtung und Ausblick	200
Literaturverzeichnis	203
Verzeichnis der englischen Gerichtsentscheidungen	222
Stichwortverzeichnis	228

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
AALR	Anglo-American Law Review (Zeitschrift)
Abs.	Absatz
AC	Appeal Cases
ACAS	Advisory, Conciliation and Arbitration Service
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
a. F.	alter Fassung
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
All ER	All England Law Reports
Anm.	Anmerkung
AOG	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts – Arbeitsrechtliche Praxis
App No/App Nos	Application Number/Application Numbers
ArbG	Arbeitsgericht
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell (Zeitschrift)
ArbRB	Der Arbeits-Rechts-Berater (Zeitschrift)
ARS	Arbeitsrechts-Sammlung: Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte (Bensheimer Sammlung)
ARSt	Arbeitsrecht in Stichworten
Art.	Artikel
ASLEF	Associated Society of Locomotive Engineers and Firemen
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAT	Bundes-Angestellentarifvertrag
BB	Betriebsberater
BC	Borough Council
Bd.	Band
bearb. v.	bearbeitet von
Beschl. v.	Beschluss vom
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BH	Business Horizons (Zeitschrift)
BLR	Business Law Review (Zeitschrift)
BlStSozArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht
BSG	Bundessozialgericht

BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
C&P	Currington and Payne's Reports
Case No	Case Number
CC	County Council
CCZ	Corporate-Compliance-Zeitschrift
Ch	Chancery Law Reports
Ch D	Chancery Division, Law Reports
CLJ	Cambridge Law Journal (Zeitschrift)
CLR	Cambrian Law Review (Zeitschrift)
Co	Compagnie
Cornell LQ	The Cornell Law Quarterly (Zeitschrift)
CP	Common Pleas, Law Reports
CR	Computer und Recht (Zeitschrift)
CSMC	Civil Service Management Code
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
d. h.	das heißt
DLJ	Duke Law Journal (Zeitschrift)
DuD	Datenschutz und Datensicherheit (Zeitschrift)
EAT	Employment Appeal Tribunal
Ecc LJ	Ecclesiastical Law Journal (Zeitschrift)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
ELJ	Employment Law Journal (Zeitschrift)
ELR	Edinburgh Law Review (Zeitschrift)
Emp LB	Employment Law Bulletin (Zeitschrift)
EmpLR	Employment Law Reports
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ER	English Reports
ERA	Employment Rights Act 1996
Esp	Espinasse's Nisi Prius Reports
ET	Employment Tribunal
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EWCA Civ	Court of Appeal of England and Wales Decisions (Civil Division)
EWHC	High Court of England and Wales Decisions
Exch	Exchequer Reports
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
f.	folgende
Fam	Family Reports
ff.	(und) die folgenden
Fn.	Fußnote/Fußnoten
FS	Festschrift
FSR	Fleet Streets Reports

GenG	Genossenschaftsgesetz
GeschGehG	Geschäftsgeheimnisgesetz
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
ggfs.	gegebenenfalls
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GS	Gedächtnisschrift
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
HRA	Human Rights Act 1998
Hrsg.	Herausgeber
hrsgg. v.	herausgegeben von
ICR	Industrial Cases Reports
IJCLLIR	International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations (Zeitschrift)
ILJ	Industrial Law Journal (Zeitschrift)
Ind LJ	Indiana Law Journal (Zeitschrift)
insb.	insbesondere
Int JLM	International Journal of Law and Management (Zeitschrift)
IRA	Industrial Relations Act 1971
IRLR	Industrial Relations Law Reports
i. S. d.	im Sinne des/im Sinne der
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jura	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
K&R	Kommunikation & Recht (Zeitschrift)
KB	King's Bench Reports
krit.	kritisch
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte
LQR	Law Quarterly Review (Zeitschrift)
LR	Law Reports
LS	Legal Studies (Zeitschrift)
Ltd	Limited
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
MLP	Media Law & Practice (Zeitschrift)
MLR	Modern Law Review (Zeitschrift)
MMR	MultiMedia und Recht (Zeitschrift)
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NHS	National Health Service
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht

NZA-Beil.	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Beilage
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechungs-Report
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies (Zeitschrift)
para	Paragraph
PIDA	Public Interest Disclosure Act 1998
plc	public limited company
PrALR	Preußisches Allgemeines Landrecht
PrGesO	Preußische Gesindeordnung
QB	Queen’s Bench Reports
QBD	Queen’s Bench Division, Law Reports
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer/Randnummern
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite/Satz
s.	siehe/section
SA	Société anonyme/Società Anonima
SCLR	Scottish Council of Law Reporting
SGB	Sozialgesetzbuch
SOA	Sarbanes-Oxley Act 2002
SOAS LJ	SOAS University of London Law Journal (Zeitschrift)
sog.	sogenannte/sogenannten/sogenannter/sogenanntes
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
teilw.	teilweise
TULR(C)A	Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992
TVG	Tarifvertragsgesetz
UCTA	Unfair Contract Terms Act 1977
UK	United Kingdom
Urt. v.	Urteil vom
v	versus
WLR	Weekly Law Reports
WLUK	Westlaw United Kingdom (neutral citations)
ZAKDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
z. B.	zum Beispiel
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZEuP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZPO	Zivilprozessordnung
zugl.	zugleich

A. Einleitung

I. Anlass der Untersuchung

Die Frage, ob und in welchem Umfang außerdienstliche Verhaltenspflichten des Arbeitnehmers¹ gegenüber dem Arbeitgeber bestehen, stellen sich Juristen praktisch schon seit es das Arbeitsrecht gibt.² Während im Mittelalter noch der Grundsatz „wes Brot ich ess, des Lied ich sing“³ galt, besteht heute Einigkeit darüber, dass die vertraglichen Pflichten des Arbeitnehmers grundsätzlich am Werkstor enden und der Arbeitgeber sich nicht zum Sittenwächter seiner Angestellten aufschwingen kann.⁴ Angesichts der zahlreichen Bestandsschutzstreitigkeiten der vergangenen Jahre, welche auf polarisierende Äußerungen von Arbeitnehmern in sozialen Medien zurückzuführen waren, kann diese Frage aber keinesfalls als beantwortet gelten.

Die sozialen Medien sind aus dem heutigen Alltag eines jeden nicht mehr wegzudenken – die Nutzungsdauer betrug im Jahr 2018 weltweit durchschnittlich 138 Minuten pro Tag⁵ – und die Darstellung von Privatem im öffentlichen Raum ist nichts Außergewöhnliches mehr. Somit stellt sich die Frage, ob das vom Arbeitnehmer öffentlich Preisgegebene noch dessen Privatsphäre zugerechnet werden kann. Gesellschaftliche Konventionen werden zwar immer mehr aufgebrochen und eine Kündigung allein aufgrund eines unkonventionellen Lebenswandels des Arbeitnehmers dürfte heute kein Arbeitgeber mehr ernsthaft in Erwägung ziehen.⁶ Wo und ob aber eine Grenze überschritten wird, wenn der Ruf des Arbeitgebers in Mitleidenschaft gezogen werden könnte, ist in Rechtsprechung und Literatur nicht abschließend geklärt. Das klassische Arbeitsverhältnis, geprägt durch einen Achtstundentag und Verrichtung der Arbeit an einem festen Betriebsort, ist heute eher zur

¹ Zur besseren Lesbarkeit wird im Folgenden bei Personenbezeichnungen die männliche Form gewählt; nichtsdestoweniger ist die weibliche Form stets mitgemeint.

² Die erste umfassende Dissertation hierzu wurde im Jahre 1969 verfasst, vgl. *Daum*, Außerdienstliche Verhaltenspflichten (1969).

³ Diese Redewendung gibt es sowohl in der deutschen, vgl. *Kissel*, NZA 1988, 145 (146), als auch in der englischen Sprache. In letzterer lautet sie: „he who pays the piper calls the tune“, vgl. *Walter v Eton Rural District Council* [1950] 2 All ER 588, 596.

⁴ BeckOK ArbR/*Joussen*, § 611a BGB, Rn. 449; APS/*Dörner/Vossen*, § 626 BGB, Rn. 77.

⁵ <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/475072/umfrage/taegliche-nutzungsdauer-von-sozialen-medien/> (Stand: 07.10.2021).

⁶ Anders beispielsweise noch das LAG Niedersachsen im Jahre 1960, welches die Kündigung eines Arbeitnehmers aufgrund des Lebenswandels von Frau und Tochter für möglich hält, vgl. Urt. v. 28.1.1960 – 4 Sa 92/59 – ARSt. XXIV S. 79.

Seltenheit geworden.⁷ Mobilität und ständige Erreichbarkeit des Arbeitnehmers führen dazu, dass der Ort des Betriebes und die Arbeitszeiten eher untergeordnete Rollen spielen, was wiederum zur Folge hat, dass die Abgrenzung von außer- und innerdienstlichem Verhalten immer schwerer wird.⁸ Die Schnelllebigkeit unseres Alltags und die Möglichkeit des Nebeneinanders von Arbeit und Freizeit – man denke hier beispielsweise an ein privates Telefongespräch während einer Dienstreise oder an das Lesen beruflicher E-Mails von Zuhause aus – führen dazu, dass der Arbeitnehmer durchschnittlich mehr Zeit für außerdienstliches Verhalten hat und diese Kategorie bzw. deren rechtliche Einordnung zunehmend an Bedeutung gewinnt. Darüber hinaus ist auch die Tatsache, dass die letzte umfassende Bearbeitung dieses Themas⁹ noch vor der Schuldrechtsreform vorgenommen wurde, Anlass für die Untersuchung. Es ergeben sich damit nicht nur Neuerungen im Hinblick auf die Nutzung sozialer Medien, sondern ebenso in Bezug auf die dogmatische Begründung außerdienstlicher Verhaltenspflichten.

Die fortschreitende Globalisierung und die Vielzahl von grenzüberschreitenden Arbeitsverhältnissen legen eine rechtsvergleichende Untersuchung des Themas nahe. Die Wahl fiel hier auf das englische Recht¹⁰, da die genannten Fragestellungen aufgrund der unterschiedlichen Rechtssysteme und mangels des römisch-rechtlichen Einflusses auf das angloamerikanische Recht aus verschiedensten Blickwinkeln betrachtet werden können und somit ein kritisches Hinterfragen des deutschen Rechts ermöglicht wird. Aus diesen rechtsvergleichenden Erkenntnissen sollen zudem entsprechende Lösungsansätze für das deutsche Recht entwickelt werden. Weiterhin gibt auch die Tatsache, dass das Arbeitsrecht in der rechtsvergleichenden Wissenschaft nach wie vor eher wenig Raum einnimmt – was in Anbetracht der anhaltenden Europäisierung dieses Rechtsgebiets korrekturbedürftig erscheint¹¹ – Anlass für eine rechtsvergleichende Untersuchung.

II. Methodik der Rechtsvergleichung im Arbeitsrecht

Diese Arbeit verfolgt einen rechtsvergleichenden Ansatz. Über die rechtlichen Aspekte hinaus sind daher in methodischer Hinsicht auch die sozialen, kulturellen

⁷ Anders war dies noch in den 60er Jahren des letzten Jahrhunderts, vgl. hierzu *Daum*, Außerdienstliche Verhaltenspflichten, S. 1.

⁸ Vgl. *Ryl*, Auswirkungen der Social Media, S. 131.

⁹ *Mayer*, Außerdienstliches Verhalten (2000); ausschließlich auf verhaltensbedingte Kündigungsgründe konzentriert sich *Nimmerjahn*, Außerdienstliches Verhalten als verhaltensbedingter Kündigungsgrund (2006).

¹⁰ Mit „englischem Recht“ ist im Folgenden das in England geltende Recht gemeint, welches weitestgehend im gesamten Vereinigten Königreich Anwendung findet, wobei jedoch Schottland und Nordirland teilweise eine eigenständige Rechtsordnung aufweisen. Die Auswertung der Rechtsprechung konzentriert sich vornehmlich auf Urteile der englischen Gerichte, bezieht jedoch teilweise auch solche aus Schottland, Wales und Nordirland mit ein.

¹¹ *Schregle*, GS-Kahn, S. 676.

und vor allem die politischen Umstände der jeweiligen Rechtsordnungen zu berücksichtigen.¹² Da das Arbeitsrecht im Gegensatz zum allgemeinen Privatrecht sehr viel mehr von eben diesen Umständen geprägt wird, ist auf diese in besonderem Maße Rücksicht zu nehmen.¹³ Die einzelnen Fragestellungen haben nicht an rechtliche Regelungen, sondern vielmehr an den zu lösenden sozialen Konflikt anzuknüpfen, welcher in jeder Gesellschaft gleichermaßen besteht.¹⁴

Nach dieser Methodik des sog. *funktionalen Rechtsvergleichs* führt die Abwesenheit bestimmter rechtlicher Normen in der einen Rechtsordnung nicht unbedingt zu unterschiedlichen Ergebnissen, da dem in Frage stehenden Regelungsbedürfnis zumeist auf andere Art und Weise Rechnung getragen wird.¹⁵ Die vergleichende Gegenüberstellung soll schließlich etwaige Schwachstellen der eigenen nationalen Regelungen aufzeigen und die Entwicklung neuartiger Lösungsansätze vorantreiben.¹⁶ Ausgangspunkt der vorliegenden Arbeit ist die *funktionale* Frage, inwieweit außerdienstliches Verhalten eines Arbeitnehmers für das Arbeitsverhältnis relevant ist und inwiefern der Arbeitgeber Einfluss auf das Privatverhalten seiner Arbeitnehmer ausüben kann.

III. Eingrenzung des Themas

1. Wann liegt außerdienstliches Verhalten vor?

Es stellt sich zunächst die Frage, was genau unter außerdienstlichem Verhalten zu verstehen ist. Entgegen der teilweise vertretenen Auffassung, dass die Unterscheidung zwischen dienstlichem und außerdienstlichem Verhalten rein nach arbeitszeitlichen und räumlichen Gesichtspunkten zu treffen ist¹⁷, kann außerdienstliches Verhalten gerade in der heutigen Zeit sehr wohl mit der Arbeitszeit zusammenfallen oder sich in den Arbeitsräumen abspielen.¹⁸ Denn wie in der Einleitung bereits beschrieben, besteht im modernen Arbeitsalltag oft ein Nebeneinander von Privatem und Dienstlichem. Daher ist unter außerdienstlichem Verhalten jedes Verhalten des Arbeitnehmers zu verstehen, das unabhängig von Arbeitszeit und Arbeitsräumen in keinerlei Zusammenhang mit der Arbeitsleistung steht.¹⁹ Auch wenn die Arbeitszeit und die Betriebsräume zwar ein Indiz für das Vorliegen von dienstlichem Verhalten

¹² Moll, RdA 1984, 223 (224).

¹³ Schregle, GS-Kahn, S. 675 ff.; Moll, RdA 1984, 223 (224).

¹⁴ Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 33.

¹⁵ Vgl. Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 33.

¹⁶ Schlachter, RdA 1999, 118 (118); Rebhahn, ZEuP 2002, 436 (444).

¹⁷ So z. B. Mayer, Außerdienstliches Verhalten, S. 21; A. Wisskirchen, Außerdienstliches Verhalten, S. 12.

¹⁸ LAG Düsseldorf, Urt. v. 22.12.2015 – 13 Sa 957/15 – BB 2016, 115 (115); Strick, Außerbetriebliche Verhaltenspflichten, S. 117.

¹⁹ Boemke, Nebenpflichten des Arbeitnehmers, Rn. 247.