

# Arbeitsrechtliche Aspekte zu Social Media

**Ebba Herfs-Röttgen**

Rechtsanwältin in der Sozietät Meyer-Köring

Bonn/Berlin

Fachanwältin für Arbeitsrecht

## I. Einleitung

---

- 30 Mio. Nutzer von sozialen Netzwerken in Deutschland (ca. 20 Mio. Facebook-Nutzer)
- Nutzer wandeln sich vom „Konsumenten“ zum „Produzenten“ (Mitmachnetz, user generated content)
- Entwicklungen im Web 2.0 haben auch die Geschäftswelt erreicht

## **II. Berührungspunkte mit dem Arbeitsrecht**

In allen „Phasen“ eines Arbeitsverhältnisses:

1. In der Anbahnung des Arbeitsverhältnisses  
Bewerbersuche/-auswahl über soziale Netzwerke
2. Im bestehenden Arbeitsverhältnis
  - Direktionsrecht und soziale Netzwerke
  - Vertragsverletzungen im Zusammenhang mit der Nutzung von sozialen Netzwerken
3. Bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses
  - Herausgabe von Zugangs- und geschäftlichen Kontaktdaten

## **III. Besonderheiten bei der Problemlösung**

- Bevorstehende Änderung des Beschäftigten-datenschutzes?
- Nicht eingrenzbarer Adressatenkreis
- Rasante Verbreitung im Netz
- Das Internet vergisst nichts!

Statt

„Deine Spuren im Sand“

Nun

„Deine Spuren im Netz“

## **IV. Die Anbahnung – Bewerbersuche/auswahl über soziale Netzwerke**

- 36 % der Unternehmen sollen bei der Bewerbersuche schon auf Internetrecherchen zurückgreifen
- 25 % sollen wegen dieser Recherchen abgelehnt worden sein

## Fall 1:

---

*Bewerber B bewirbt sich bei einer namhaften deutschen Bank. Auf seiner Profilseite in Facebook outet er sich im Rahmen einer hitzig geführten Diskussion mit anderen Nutzern als Sympathisant einer rechtsradikalen Partei. Ist es dem Arbeitgeber erlaubt, im Rahmen seiner Bewerberauswahl auf diese Daten zurückzugreifen? Wäre es anders, wenn der Bewerber B im Rahmen eines Diskussionsforums auf XING seine Sympathie zu rechtsradikalen Parteien zum Ausdruck gebracht hätte?*

## Beschränkung durch das BDSG

- a) Derzeitige Rechtslage: Einwilligung oder Zulässigkeit nach gesetzlichen Vorschriften, § 4 Abs. 1 BDSG
- § 4 a BDSG: Einwilligung auch konkludent möglich aber: Hinweis auf die Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung z.B. in einer Stellenausschreibung ist Voraussetzung
  - § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BDSG  
Neben § 32 BDSG anwendbar

**„Allgemein zugängliche Daten“** = wenn Bewerber sie selbst ins Netz eingestellt hat oder die Daten über allgemeine Suchmaschinen auffindbar sind

**Aber:** Dennoch Differenzierung zwischen sozialen Netzwerken nötig

Bei berufsorientierten Netzwerken wie z.B. XING, LinkedIn zu bejahen (anders, wenn Nutzer sein Profil nur „Freunden“ öffnet), bei privatorientierten Netzwerken wie Facebook und VZ-Netzwerken schon wegen der AGB's der Netzbetreiber zu verneinen

## **„Keine entgegenstehenden schutzwürdigen Interessen des Betroffenen“**

Bei privatorientierten Netzwerken wegen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung entgegenstehende schutzwürdige Interessen zu bejahen, bei berufsorientierten Netzwerken dagegen regelmäßig zu verneinen

- § 32 BDSG (seit 1. September 2009)

*(1) Personenbezogene Daten eines Beschäftigten dürfen für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses für dessen Durchführung oder Beendigung erforderlich ist.*

...

- Erforderlichkeit bei entgegenstehenden schutzwürdigen Interessen des Betroffenen zu verneinen

Datenerhebung in privatorientierten Netzwerken danach unzulässig, demgegenüber regelmäßig erlaubt bei berufsorientierten Netzwerken (Ausnahme bei Profilöffnung nur für „Freunde“)

b) Ausblick: BDSG-GE vom 15. Dezember 2010

- Nach § 32 I BDSG-GE: Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung aufgrund einer Einwilligung nur, wenn nach § 32 ff. BDSG-GE möglich; daran fehlt es
- Nach § 32 Abs. 1 BDSG-GE: Name, Anschrift, Telefonnummer, Adresse der elektronischen Post können zulässigerweise erhoben werden; weitere Daten nur, wenn zur Feststellung der Eignung erforderlich (z.B. fachliche Fähigkeiten und Kenntnisse)

- § 32 Abs. 6 BDSG-GE (Lex sozialen Netze): Grundsatz der Direkterhebung

Erhebung von allgemein zugänglichen Daten ohne Mitwirkung des Beschäftigten, wenn vorheriger Hinweis hierauf z.B. in der Stellenbeschreibung erfolgt ist

Ausnahme: Entgegenstehende schutzwürdige Interessen des Betroffenen

Regelung entspricht § 28 Abs. 1 Nr. 3 BDSG, also: Datenerhebung aus privatorientierten Netzwerken grundsätzlich unzulässig, aus beruforientierten Netzwerken regelmäßig erlaubt (es sei denn Profilöffnung nur für „Freunde“)

## Lösung Fall 1:

---

- Nach derzeitiger Rechtslage wie BDSG-GE Datenerhebung über Facebook unzulässig
- Im konkreten Fall auch keine zulässige Datenerhebung über XING, selbst wenn vorheriger Hinweis in Stellenanzeige; denn: Dateninhalt für die Frage der Eignung nicht wesentlich

## **V. Bestehendes Arbeitsverhältnis – Direktionsrecht und soziale Netzwerke**

Frage, ob und inwieweit Arbeitgeber den Beschäftigten dienstliche Weisungen hinsichtlich der Nutzung eines sozialen Netzwerkes erteilen darf

## Fall 2:

---

*Arbeitgeber A weiß von dem Facebook-Profil seines Mitarbeiters M. Er weist ihn an, sich dort als Mitarbeiter des Unternehmens zu präsentieren. Ist das zulässig? Wäre die Bewertung anders, wenn es sich um ein berufsorientiertes Netzwerk wie XING oder LinkedIn handelt?*

## **Ausgangspunkt:** Allgemeines arbeitgeberseitiges Weisungsrecht nach § 106 GewO

*„Der Arbeitgeber kann Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind.“*

a) Erstellung und Pflege eines Firmenaccounts

- Erstellung und Pflege sowie Nutzung durch arbeitgeberseitiges Weisungsrecht gedeckt

**Problem:** Nennung des Mitarbeiters als Kontaktperson zulässig?

Nach derzeitiger Rechtslage gemäß § 32 Abs. 1 BDSG (§ 28 I BDSG ist verdrängt) zulässig, wenn zur Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich oder aufgrund Einwilligung nach § 4 BDSG

nach § 32 ff BDSG-GE nicht schon bei Einwilligung, sondern nur nach § 32 d Abs. 1 i.V.m. § 32 c Abs. 1 Nr. 3 BDSG-GE:

„um ...

*3. die gegenüber den Beschäftigten bestehenden Rechte des Arbeitgeber einschließlich der Leistungs- und Verhaltenskontrolle wahrzunehmen."*

**Problem:** Veröffentlichung von Fotos zulässig?

Nach §§ 22 ff KUG nur mit Einwilligung; ggf. konkludent erteilt (z.B. bei Modell)

- b) Anmeldung unter eigenem Namen und Nutzung nach Weisung des Arbeitgebers
- In privatorientierten Netzen wegen Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts unzulässig
  - Bei berufsorientierten Netzwerken mitunter bejaht, wenn entsprechende arbeitsvertragliche Pflichten (z.B. Öffentlichkeitsarbeit im Internet ist Vertragsgegenstand), **aber:** auch derartige Netzwerke sind im Kern der Person des Arbeitnehmers zuzuordnen, so dass auch hier eine solche Weisung unzulässig wäre.

- Vertragliche Vereinbarung als Königsweg?

Zu verneinen, da wegen Grundrechtsbetroffenheit  
„unangemessene Benachteiligung“ im Sinne des § 307 BGB  
vorliegt

## **VI. Bestehen des Arbeitsverhältnis -**

---

### **Vertragsverletzungen im Zusammenhang mit der Nutzung von sozialen Netzwerken**

1. Verstoß **wegen** der Nutzung von sozialen Netzwerken
  - a) Verstoß gegen Verbot oder Vorgaben für die private Nutzung
  - b) Vertragsverletzung bei ausdrücklicher oder konkludenter Erlaubnis durch unerlaubte exzessive Nutzung (restriktive höchstrichterliche Rechtsprechung, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Privatnutzung **während der Arbeitszeit**)

## 2. Verstoß **bei** Nutzung sozialer Netzwerke: Außerdienstliches Verhalten

- Beschäftigter darf durch seine außerdienstlichen Aktivitäten seine Rücksichtnahmepflicht gegenüber seinem Arbeitgeber nach §§ 241 Abs. 2, 242 BGB nicht verletzen. Der Mitarbeiter hat seine Verpflichtung aus dem Arbeitsverhältnis so zu erfüllen und die Interessen des Arbeitgebers so zu wahren, wie dies von ihm nach Treu und Glauben billiger Weise verlangt werden kann. Stets setzt eine Rücksichtnahmepflicht einen Bezug zum Arbeitsverhältnis voraus.

## a) Rufschädigung

### **Fall 3:**

*Mitarbeiter L veröffentlicht auf Facebook seine Urlaubsbilder, auf denen er ein T-Shirt mit gut sichtbarem Firmenlogo trägt. Auf dem letzten Foto umarmt er gerade mit glücklichem Gesichtsausdruck den Sangria-Eimer. Kann der Arbeitgeber das Löschen dieser Bilder verlangen und hierauf ggf. zusätzlich arbeitsrechtliche Maßnahmen stützen?*

---

Zwar Bezug durch Firmenlogo, aber keine negativen Auswirkungen auf Betrieb, da klares privates Umfeld.

b) Unternehmensschädliche Äußerungen

- Arbeitnehmer muss alle Äußerungen unterlassen, die einem berechtigten Interesse des Unternehmens zuwiderlaufen, sofern seine Meinungsäußerungsfreiheit nicht unangemessen benachteiligt wird
- Arbeitnehmer darf keine unwahren Tatsachen verbreiten oder solche, die ehrverletzenden Charakter haben oder Schmähkritik darstellen

## Fall 4:

---

*Der zwischenzeitlich ausgeschiedene Abteilungsleiter A veröffentlichte im Internet unter der Seite [www.megadownloads.net](http://www.megadownloads.net) sogenannte Blogs. Hierbei handelt es sich um eigens von dem A erstellte Kommentare. Im Rahmen der Blogs verwendete der A Begriffe wie „Abzock-Methoden“, „Nutzlos-Branche“, „Deutsche Zentrale der Abzock-Mafia“ in Bezug auf seinen früheren Arbeitgeber und formulierte: „Die Ratten verlassen das sinkende Schiff“. Der frühere Arbeitgeber verlangte Löschen der Negativäußerungen und Unterlassung (ArbG Herford, Urteil v. 12.11.2009 – 3 Ga 26/09 -).*

---

Arbeitsgericht erachtet die Äußerungen für zulässig; sie seien insgesamt als Werturteile anzusehen, die von dem Recht auf Meinungsfreiheit gedeckt seien. Auch polemische und verletzende Formulierungen seien diesem Schutz noch nicht entzogen.

## c) Verrat von Geschäftsgeheimnissen

- arbeitsvertragliche Nebenpflicht, Stillschweigen über Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu wahren, regelmäßig auch nach Beendigung
- twittert Mitarbeiter M also die neuen Quartalszahlen der AG, bevor sie veröffentlicht wurden, liegt darin eine Pflichtverletzung

- d) Meldung von Gesetzesverstößen (Whistle-Blowing)
- Arbeitgeber darf Erwartung haben, dass Arbeitnehmer Fehlverhalten des Arbeitgebers, von Vorgesetzten oder Kollegen unternehmensintern anzeigt, damit es untersucht werden kann. Grenze der Zumutbarkeit ist erreicht, wenn der Arbeitnehmer sich ohne entsprechende Strafanzeige selbst einer möglichen Strafverfolgung aussetzt, die Straftat eine schwerwiegende ist (z.B. „Gammelfleischskandal“) oder unternehmensintern eine Aufklärung nicht zu erwarten ist.

- 
- Bei Äußerungen im Internet wegen rasanter  
Verbreitung und nicht eingrenzbarem Adressatenkreis  
besondere Vorsicht des Arbeitnehmers geboten
- Urteil des Europäischen Gerichtshofs für  
Menschenrechte vom 21.7.2011

### 3. Arbeitsrechtliche Konsequenzen

---

- Abmahnung oder (fristlose) Kündigung
- Im Rahmen der Interessenabwägung ist schnelle Verbreitung von Informationen und nicht kontrollierbarer Adressatenkreis sowie langfristige Speicherung und Abrufbarkeit zu berücksichtigen

**Problem:** Inwieweit ist dem Arbeitgeber eine Recherche in sozialen Netzwerken über das Verhalten seiner Arbeitnehmer erlaubt?

## Fall: 5

---

*Ausbilder hatte einer Auszubildenden außerordentlich gekündigt, weil sie ihre Arbeitsunfähigkeit angeblich vorgetäuscht hatte. Die Auszubildende hatte auf Ihrer Facebookseite den Satz „ab zum Arzt und dann Koffer packen“ gepostet. Nach ihrer Krankmeldung hatte sie Urlaub auf Mallorca gemacht und heitere Urlaubsbilder auf ihrer Facebookseite eingestellt. Weiter hatte sie sich laut Facebookeinträgen während der angeblichen Arbeitsunfähigkeit tätowieren lassen und Düsseldorf eine Diskothek besucht. Die angehende Friseurin berief sich darauf, sie sei in Absprache mit ihrem Arzt auf Mallorca gewesen. Der Aufenthalt sei für den Heilungsverlauf positiv gewesen.*

*(Arbeitsgericht Düsseldorf -7 Ca 2591/11 -)*

## a) Einschätzung nach geltendem BDSG

- Nach § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG (§ 28 Abs. 1 BDSG wird insoweit verdrängt) dürfen personenbezogene Daten u.a. erhoben, verarbeitet und genutzt werden, wenn dies für die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist.
- Nach § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG dürfen personenbezogene Daten zur Aufdeckung einer Straftat nur erhoben werden, wenn zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass der Beschäftigte im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen hat, die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung zur Aufdeckung erforderlich ist und keine schutzwürdigen Interessen des Beschäftigten entgegenstehen.

**Problem:** Verhältnis von S. 1 zu S. 2 unklar; nach Gesetzesbegründung aber S. 1 maßgeblich für die Zulässigkeit solcher Maßnahmen, die im Zusammenhang mit der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses (Abmahnung, Kündigung) stehen; bei S. 2 ist nach der Gesetzesbegründung insbesondere an Anforderungen gedacht, die die Rechtsprechung zur verdeckten Überwachung von Beschäftigten aufgestellt hat

- 
- nach § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG kommt es auf die „Erforderlichkeit“ der Datenerhebung an.

Zu **Fall 5** nach derzeitiger Rechtslage: Wegen Grundrechtsbetroffenheit wohl unzulässig; ggf. anders bei Mitteilungen in berufsorientierten Netzwerken

## b) Einschätzung nach BDSG-GE

- § 32 c BDSG-GE Datenerhebung zulässig, wenn für die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich, insbesondere um die gegenüber dem Beschäftigten bestehenden Rechte des Arbeitgebers einschließlich der Leistungs- und Verhaltenskontrolle wahrzunehmen.
- Aber: § 32 Abs. 6 BDSG-GE gilt entsprechend. Arbeitgeber hat also die selben Grundsätze zu beachten wie bei Bewerbersuche:

Datenerhebung in privatorientierten Netzwerken grundsätzlich unzulässig, in berufsorientierten Netzwerken dagegen regelmäßig erlaubt

## Zu Fall 5:

---

Auf die Mitteilungen der Auszubildenden in Facebook durfte der Arbeitgeber nicht zurückgreifen; anders wäre es wohl bei Mitteilungen über XING etc.

Allerdings nach § 32 e) Abs. 1 BDSG-GE Datenerhebung grundsätzlich nur **in Kenntnis** des Betroffenen; Ausnahme nach Abs. 2 allein zur Aufdeckung und Verhinderung von Straftaten und anderen schwerwiegenden Pflichtverletzungen; in Fall 5 Frage der Bewertung.

## 4. Beweisverwertungsverbot

- Fraglich, ob die unter Verstoß gegen das BDSG erhobenen und verarbeiteten Daten im Rechtsstreit verwertbar sind
- Beweismittel dürfen dann nicht verwertet werden, wenn dadurch Grundrechte des Arbeitnehmers verletzt würden; notwendig also Interessenabwägung, wobei insbesondere zu prüfen ist, ob die Kündigungsgründe, werden sie denn nachgewiesen, Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht rechtfertigen könnten; bei Recht auf informationeller Selbstbestimmung wohl regelmäßig Verwertungsverbot anzunehmen.

## **VII. Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses**

---

### **- Herausgabe von Account-Daten**

- Bei Firmenaccounts sind Zugangs- und geschäftliche Kontaktdaten herauszugeben
- Bei rein privaten Accounts kein Herausgaberecht des Arbeitgebers
- Bei Mischcharakter des Accounts ist zu differenzieren

## **VIII. Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates**

- Nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG Mitbestimmungsrecht bei Einführung und Nutzung von PC, Internetzugang zu beachten, da soziale Netzwerke zur Überwachung der Arbeitnehmer geeignet sind
- Die Privatnutzung von sozialen Netzwerken unterliegt keinem Mitbestimmungsrecht, da die private Lebensführung der Regelungsbefugnis des Betriebsrates entzogen
- Nutzung des Firmenaccounts betrifft das Arbeitsverhalten, ist also ebenso wenig vom Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates umfasst.

## **IX. Handlungsempfehlungen**

---

Ggf. Richtlinie zum Umgang mit sozialen Netzwerken; regelungsbedürftige Punkte:

- Geschäftliche oder nur private Nutzung zulässig?
- Privatnutzung während der Arbeitszeit zulässig?
- Vertragliche Pflichten im Zusammenhang mit der Nutzung von sozialen Netzwerken
- Pflichten bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses

---

# Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Ebba Herfs-Röttgen

Rechtsanwältin

Fachanwältin für Arbeitsrecht

Oxfordstraße 21

53111 Bonn

Tel.: 0228 / 7263642

E-Mail: [herfs-roettgen@meyer-koering.de](mailto:herfs-roettgen@meyer-koering.de)

[www.meyer-koering.de](http://www.meyer-koering.de)