

Social Media im Arbeitsrecht

Blickpunkt Arbeitsrecht

Viel Neues, mehr Bekanntes

Welche Fragen stellen sich?

- Negative Äußerungen über den Arbeitgeber in sozialen Netzwerken (u.ä.), Whistleblowing iwS
- Nutzung während der Arbeitszeit ohne Erlaubnis, Vorenthaltung der vertraglich geschuldeten Leistung trotz gegenteiliger Bekundung
- Nutzung betrieblicher Ressourcen zu privater Kommunikation trotz fehlender Erlaubnis?
- „Überwachung“ des Arbeitnehmers und neues Datenschutzrecht
- Nutzung moderner Kommunikationsmittel „außerhalb“ der Arbeitszeit. Verpflichtung? ArbZG? Vergütung? (Arbeiten 4.0)
- Berechtigung, Anspruch, Umfang privater Nutzung insbesondere außerhalb des Betriebs („Dienstwagenproblematik“)? Berechtigung, Arbeiten außerhalb des Betriebs erbringen zu dürfen („Home-Office“)
- Nutzung AN-eigener Kommunikationsmittel („bring your own device“)

I. Äußerungen in sozialen Netzwerken

1. Bedeutung?

Problematik klingt schick, ist aber nicht neu. Verändert hat sich lediglich Qualität der Kommunikation:

- Information ist einem großen, wenn nicht gar unbeschränkten Nutzerkreis zugänglich
- Damit auch für den AG leichter nachvollziehbar.
- Für den AG sehr günstige beweisrechtliche Situation; früher: vergängliche Äußerung + Zeugenbeweis; jetzt: dauerhafte Speicherung + einfache Inaugenscheinnahme.

I. Äußerungen in sozialen Netzwerken

2. Kollidierende Rechte

(Abwägung §§ 626 BGB, 1 KSchG u. ggf. auch §§ 242, 134, 612a BGB)

Zahlreiche Instanzrechtsprechung zu Einzelfällen, entscheidend bleiben aber die Grundsätze nach:

BAG 19.11.2015, 2 AZR 217/15; NZA 2016, 540; 18.12.2014, NZA 2015, 797; 29.8.2013, 2 AZR 419/12, AP KSchG § 9 Nr. 70.

Meinungsfreiheit des AN (Art. 5 GG) durch die Rspr. weit gefasst: Grenze erst, soweit keine Meinung (weiter Begriff) wieder gegeben wird, sondern bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen (eng) und bei Formalbeleidigungen oder persönliche Diffamierung (sehr eng) jenseits der bloßen – auch polemischen oder zugespitzten – „Schmähkritik“ (weit).

Dagegen: allgemeines Persönlichkeitsrecht, Berufsfreiheit des Arbeitgebers (der Kollegen des AN usw.) aus Art. 12 GG, Treue- und Rücksichtnahmepflichten aus dem ArbV (§§ 241 Abs. 2 und 242 BGB).

I. Äußerungen in sozialen Netzwerken

3. Besonderer Schutz des AN – Kommunikation im vertraulichen Bereich

BAG 10.12.2009, 2 AZR 534/08, NZA 2010, 698; BAG 17.2.2000, 2 AZR 927/98; BAG 30.11.1972, 2 AZR 79/72, AP Nr. 66 zu § 626 BGB

Der AN darf in vertraulichen Privatgesprächen bzw. vertraulichen Gesprächen unter Kollegen regelmäßig darauf vertrauen, seine Äußerungen würden nicht nach außen getragen. Er muss nicht damit rechnen, durch sie werde der Betriebsfrieden gestört und das Vertrauensverhältnis zum Arbeitgeber belastet. Die vertrauliche Kommunikation in der Privatsphäre ist Ausdruck der Persönlichkeit und grundrechtlich gewährleistet. Äußerungen, die gegenüber Außenstehenden oder der Öffentlichkeit wegen ihres ehrverletzenden Gehalts nicht schutzwürdig wären, genießen in Vertraulichkeitsbeziehungen als Ausdruck der Persönlichkeit und Bedingung ihrer Entfaltung verfassungsrechtlichen Schutz, der dem Schutz der Ehre des durch die Äußerung Betroffenen vorgeht

I. Äußerungen in sozialen Netzwerken

Was spricht für die Vertraulichkeit der Äußerung?

- Anwesenheit weniger Personen
- gewisses Näheverhältnis zwischen AN und den Gesprächspartnern,
- Wechselbeziehung zwischen Zahl und Person der Zuhörer und der Qualität der gefallenen Äußerung

Wie sieht das bei Äußerungen in sozialen Netzwerken aus?

I. Äußerungen in sozialen Netzwerken

Enge Auffassung:

Dort kann grundsätzlich keine Vertraulichkeit erwartet werden. Eine solche gibt es nach dieser Meinung auch nicht in Räumen mit Zugangsbeschränkungen, wie etwa im Chat- oder Freundesbereich von Netzwerken.

ArbG Hagen, 16.5.2012, 3 Ca 2597/11, ArbRB 2012, 365 (Rn. 63); ArbG Dessau-Roßlau 21.3.2012, 1 Ca 148/11, ArbRB 2013, 108 (Rn. 34); VG Ansbach, 16.1.2012, AN 14 K 11.02132, Rn. 35

Differenzierende Auffassung: Wie viele und ggf. welche Nutzer können die fragliche Kommunikation einsehen?

ArbG Duisburg 26.9.2012, 5 Ca 949/12, NZA-RR 2013, 18; ArbG Hagen, 16.5.2012, 3 Ca 2597/11, ArbRB 2012, 365 (Rn. 63); ArbG Bochum 9.2.2012, 3 Ca 1203/11, Rn. 29; BayVG 29.2.2012, 12 C 12.264, NZA-RR 2012, 302

- Vertraulich können demnach sein: „private“ bzw. Chat-Mitteilungen; ggf. weitere Differenzierung nach den Zugangshürden zum „Chatroom“.
- Nicht vertraulich können sein: öffentliche Postings, gleich ob auf der eigenen oder einer fremden „Pinnwand“.

I. Äußerungen in sozialen Netzwerken

a. Inhaltliche Abwägung - Arbeitnehmer

- Der AN ist grundsätzlich berechtigt, unternehmensöffentliche Kritik am Arbeitgeber und den betrieblichen Verhältnissen zu äußern. Er bleibt im außerdienstlichen Bereich in seiner Meinungsäußerung frei
- Meinung darf auch überspitzt oder polemisch gefasst sein
- Bei „harten“ Äußerungen: Gibt es einen Sachhintergrund?
- (Un-)Überlegtheit der Äußerung, lediglich „like-“ oder „gefällt-mir-“ button
- Hat der AN sein Bedauern geäußert oder Klarstellungen vorgenommen?
- Übliche Abwägungskriterien (Dauer des unbeanstandeten Arbeitsverhältnisses, Stellung des AN im Betrieb usw.)

I. Äußerungen in sozialen Netzwerken

b. Inhaltliche Abwägung - Arbeitgeber

- Grobe, unsachliche Angriffe, Beleidigungen des AG (Vertreter, Repräsentanten, Arbeitskollegen), keine ehrverletzenden Äußerungen,
- besondere berufs-, stellen- oder verantwortungsspezifische Treuepflichten
- Kontext der Äußerungen
- „Überlegtheit“
- Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen
- Verletzung Persönlichkeitsrechte Dritter, Angriffe auf Kunden u.dgl.

I. Äußerungen in sozialen Netzwerken

Wichtige Rechtsprechung – neben den auf den vorigen Folien genannten Urteilen auch:

- BAG 10.12.2009, 2 AZR 534/08, NZA 2010, 698.
- BAG 12.1.2006, 2 AZR 179/05, NZA 2006, 980.
- BAG 24.11.2005, 2 AZR 584/04, NZA 2006, 650.
- LAG Hamm 10.10.2012, 3 Sa 644/12, BB 2012, 2688.
- ArbG Duisburg 26.9.2012, 5 Ca 949/12, NZA-RR 2013, 18.
- BayVGH 29.2.2012, 12 C 12.264, NZA-RR 2012, 302

II. Social Media am Arbeitsplatz

1. Leitlinien

BAG

- 16.7.2015, 2 AZR 85/15, NZA 2016, 161
- 25.10.2012, 2 AZR 495/11, AP BGB § 626 Nr. 239
- 19. 4. 2012, 2 AZR 186/11 NZA 2013, 27
- 31.5.2007, 2 AZR 200/06, NZA 2007, 922
- 12. 1. 2006 , 2 AZR 179/05, NZA 2006, 98
- 7.7.2005, 2 AZR 581/04, NZA 2006, 98.

Beachte: Alleine die („verbotene“) Nutzung des Internets (E-Mail) rechtfertigt die Kündigung des Arbeitsverhältnisses ohne vorherige Abmahnung im Regelfall nicht und zwar auch nicht, wenn die private Nutzung verboten war.

Vielmehr kommt es auf eine Abwägung an:

II. Social Media am Arbeitsplatz

(1) Nutzung entgegen eines ausdrücklichen Verbot des Arbeitgebers?

Beachte: konkludente Erlaubnis? Jedenfalls nicht über eine betriebliche Übung, s. LAG Nürnberg 5.8.2015, 2 Sa 132/15 – zu Raucherpausen.

Betriebsüblichkeit ist aber ein Abwägungsgesichtspunkt innerhalb der Vhm: BAG 25.10.2010, aaO, Rn. 29 ff.

II. Social Media am Arbeitsplatz

(2) Lediglich Nutzung in den Pausen oder nach Arbeitsschluss oder Nichterbringen der arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitsleistung?

Beachte: Die Kündigung ist desto eher begründet, wenn der AN seine Arbeitspflicht in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht *gravierend* vernachlässigt (Ansatzpunkt dann nicht mehr: Nutzung des Systems entgegen dem Verbot des AG = Ordnungsverstoß, sondern Arbeitszeitbetrug).

Beachte: Nicht konkretisierte Nutzungserlaubnis bezieht sich in aller Regel nur auf ein verhältnismäßige (geringfügige Nutzung), die mit den Arbeitspflichten kompatibel ist, LAG BB 14.1.2016, 5 Sa 657/15, BB 2016, 891

Beachte: konkludente Erlaubnis verhältnismäßiger Nutzung bei eigenen Geräten des AN („bring your own device“)

II. Social Media am Arbeitsplatz

(3) Umfang der Nutzung (Zeit, Datenmenge)

(4) Art der Nutzung (etwa: Herstellen digitaler Kopien von DVD, CD)

(5) Herunterladen erheblicher Datenmengen? Unbefugter Download? Verstoß gegen Urheberrechte usw.? Beachte hier: ggf. außerordentliche Kündigung denkbar. (s. etwa BAG v. 16.7.2015, aaO).

(6) Entstanden dem AG durch die private Nutzung zusätzliche Kosten?

(7) Gefährdung der betrieblichen Sicherheit (Nutzung sicherheitsrelevanter Rechner oder Vernachlässigung von Aufsichtspflichten, großzügig aber: BAG 25.10.2010, aaO) → hier ggf. außerordentliche Kündigung denkbar

II. Social Media am Arbeitsplatz

(8) Rufschädigung des Arbeitgebers, Abrufen strafbarer oder pornografischer Inhalte? Beachte: Dabei ggf. auch außerordentliche Kündigung denkbar

(9) Eigenmächtige Installation einer Anonymisierungssoftware, Überwindung von Zugangsschranken. Beachte: Dabei ggf. auch außerordentliche Kündigung denkbar.

(10) Erstmaliger Verstoß oder bereits einschlägige Vorkommnisse in der Vergangenheit? Gab es bereits eine Abmahnung?

III. Arbeitnehmerüberwachung

- BAG 19.2.2015, 8 AZR 1007/13 (Dektivüberwachung)
- BAG 21.11.2013, 2 AZR 797/11, NZA 2014, 243
- BAG 20.6.2013, 2 AZR 546/12, (Schrankkontrolle), NZA 2014, 143
- BAG 21.6.2012, 2 AZR 153/11, NZA 2012, 1025
- BAG 16.12.2010, 2 AZR 485/08, NZA 2011, 571
- BAG 26.8.2008, 1 ABR 16/07, NZA 2008, 1187
- BAG 29. 6.2004, 1 ABR 21/03, NZA 2004, 1278
- BAG 14.12.2004, 1 ABR 34/03, AP Nr. 42 § 87 BetrVG 1972, Überwachung.
- BAG, 27.3.2003, 2 AZR 51/02, NZA 2003, 1193
- LAG Baden-Württemberg 20.7.2016, 4 Sa 61/15

Wohl aber (z.T. deutlich) großzügiger gegenüber der AG-Seite:

- EGMR 12.1.2016, Beschwerde 61496/08, CCZ 2016, 285
Barbulescu/Rumänien
- EGMR 3.4.2007, Beschwerde 62617/00, Copland/UK

III. Arbeitnehmerüberwachung

1. Kollidierende Rechtspositionen

- Art. 12 und 14 GG, §§ 106 GewO, 315 BGB, vertragliche Haupt- und Nebenpflichten,
- Allgemeines Persönlichkeitsrecht des AN (Art. 1 und 2 GG), Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme,
- § 32 BDSG, ggf. auch § 28 BDSG – Abwägungsvorgang i.E. weitgehend ähnlich wie „praktische Konkordanz“ der hier kollidierenden Grundrechtspositionen.

Bei der Abwägung: Vorsicht mit einer unüberlegten Übertragung des öffentlich-rechtlichen bzw. des strafprozessualen Datenschutzes.

III. Arbeitnehmerüberwachung

2. Grundsätze

Vorfrage:

- Präventiv oder repressiv?
- Offen oder heimlich?
- Typische Kombination: präventiv + offen – repressiv + heimlich

Formel zur heimlichen Überwachung:

Die heimliche Überwachung ist zulässig, wenn der konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers besteht, weniger einschneidende Mittel zur Aufklärung des Verdachts ausgeschöpft sind, die verdeckte Überwachung praktisch das einzig verbleibende Mittel darstellt und insgesamt nicht unverhältnismäßig ist.

III. Arbeitnehmerüberwachung

2. Grundsätze

Dies gilt für alle einschlägigen Überwachungsmaßnahmen, wie etwa :

- Videoüberwachung und zwar – trotz § 6b BDSG – auch im öffentlichen Raum, BAG 21.11.2013, 2 AZR 797/11, NZA 2014, 243; 21.6.2012, 2 AZR 153/11, NZA 2012, 1025.
- Detektivüberwachung, BAG 19.2.2015, 8 AZR 1007/13, NZA 2015, 2749.
- Heimliche Fotografien, BAG 19.2.2015, 8 AZR 1007/13, NZA 2015, 994.
- Spintkontrolle, BAG 20.6.2013, 2 AZR 546/12, NZA 2014, 143.
- Überwachung des gesprochenen Wortes, etwa: Aufzeichnung oder Mithören von Telefongesprächen (beachte: fast ausnahmslos unzulässig): BAG 23.4.2009, 6 AZR 189/08, NZA 2009, 974.

III. Arbeitnehmerüberwachung

3. Kontrolle und Überwachung bei Gestattung der Privatnutzung

- AG wird nicht zum Telekommunikationsanbieter iSd. § 88 TKG und ist daher nicht abstrakt zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses verpflichtet, LAG BB, aaO, sowie 14.1.2016, 5 Sa 657/15
- Aber selbst dann: alleine Kontrolle der dienstlichen Mails und damit Unzulässigkeit der Kontrolle bei fehlender Trennbarkeit zwischen dienstlicher und privater Mails (u.ä.)
- Auswertung jedenfalls der Verkehrsdaten ist zulässig, so LAG BB 14.1.2016, aaO.

III. Arbeitnehmerüberwachung

4. Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers

Bei anlassbezogener Überwachung:

Der AG muss hinreichend genau darlegen, woraus er den Verdacht herleitet, warum sich dieser gegen den überwachten Personenkreis richtet, was er ansonsten unternommen hat und warum tatsächlich keine weniger einschneidenden Mittel zur Aufklärung des Verdachts zur Verfügung standen.

BAG 19.2.2015, 8 AZR 1007/13, NZA 2015, 994; BAG 21.11.2013, 2 AZR 797/11, NZA 2014, 2435.

III. Arbeitnehmerüberwachung

Das BAG nimmt diese Voraussetzungen sehr ernst und richtet vor allem an das Tatbestandsmerkmal des "begründeten Anfangsverdachts" hohe Anforderungen.

- Hinreichend sorgfältige Abklärung des Sachverhalts.
- Dokumentation, warum Überwachung erfolgt ist. (Beachte: der bloß pauschale Hinweis auf Waren- oder Kassendifferenzen reicht keinesfalls).
- Prüfung, ob mildere Mittel zur Verfügung stehen, beispielsweise, ob die Maßnahme wirklich heimlich durchgeführt werden muss.

III. Arbeitnehmerüberwachung

Beispiel I: BAG 19.2.2015, 8 AZR 1007/13, NZA 2015, 994

Ein AG, der wegen des Verdachts einer vorgetäuschten Arbeitsunfähigkeit einem Detektiv die Überwachung eines AN überträgt, handelt rechtswidrig, wenn sein Verdacht nicht auf konkreten Tatsachen beruht. Die Annahme, dass eine mitgeteilte Krankheit üblicherweise nicht zu Hause, wo sich der AN aufhält, ausgeheilt wird, genügt jedenfalls nicht.

Hierzu: Der ärztlichen AU kommt hoher Beweiswert zu. Es müssen daher zumindest begründete Zweifel an deren Richtigkeit aufgezeigt werden. Etwa: Auseinandersetzung mit Ankündigung einer AU. Nicht genügend: Wechsel von Ärzten, Behandlung eines Bandscheibenvorfalles durch Hausarzt.

III. Arbeitnehmerüberwachung

Beispiel II: BAG 21.11.2013, 2 AZR 797/11, NZA 2014, 2435

Videoüberwachung des Kassenbereichs eines Getränkemarkts wegen halbjährlicher Leergutdifferenzen iHv. 7.081,63 €, jedoch:

- Keine konkreten Maßnahmen des AG, um auszuschließen, dass Leergut nicht anderweitig, z.B. aus dem Lager entwendet worden ist.
- Kein Vortrag, ob „einfache“ stichprobenartige Kontrollen durchgeführt wurden (gemeint ist wohl: „Leergutfälle“).
- Kein Vortrag, dass nicht bereits früher vergleichbare Fehlbestände auftraten, die ggf. nur als „auflaufender Posten“ berücksichtigt wurden.
- Eingehender Vortrag, weshalb die Videoüberwachung das praktisch einzig verbliebene Mittel gewesen sein soll, die Unregelmäßigkeiten aufzuklären.

III. Arbeitnehmerüberwachung

Beispiel III: BAG 20.6.2013, 2 AZR 546/12, NZA 2014, 143

Aufbrechen eines Spints bei sehr dringendem Diebstahlsverdacht in einem Kaufhaus (Ergebnis: Auffinden von Diebesgut im Spint).

Es ist nicht ersichtlich, dass die Überwachung heimlich erfolgen muss. Vielmehr ist (auch) eine (berechtigte) Schrankkontrolle fast ausnahmslos bei Anwesenheit des AN durchzuführen.

III. Arbeitnehmerüberwachung

5. Folgen einer unzulässigen Überwachung

Lange Zeit keine klare Aussage durch die Rechtsprechung:

- BAG 27.03.2003, 2 AZR 51/02, NZA 2003, 1193: Eher nein, aber unentschieden, Überwachung war zulässig.
- BAG 13.12.2007, 2 AZR 537/06, NZA 2008, 1008: Beweisverwertungsverbot bei „erheblicher Verletzung des Persönlichkeitsrechts“ denkbar.
- BAG 23.4.2009, 6 AZR 189/08, NZA 2009, 974, *obiter dictum*: Beweisverbot bei Mithören eines Telefongesprächs wäre denkbar.
- BAG 16.12.2010, 2 AZR 485/08, NZA 2011, 571: Unentschieden, Verbot denkbar, aber jedenfalls keine Fernwirkung; via Videoüberwachung gefundener Beweis bleibt zulässig.
- BAG 21.6.2012, 2 AZR 153/11: Offen, da Videoüberwachung als zulässig angesehen wurde.

III. Arbeitnehmerüberwachung

Nunmehr aber:

BAG 21.11.2013, 2 AZR 797/11, NZA 2014, 243; 20.6.2013, 2 AZR 546/12, NZA 2014, 143. Ähnlich LAG Baden-Württemberg 20.7.2016, 4 Sa 61/15

Eine unzulässige Überwachung zieht jedenfalls dann ein Beweisverwendungsverbot nach sich, wenn die Überwachung unter keinem Gesichtspunkt zulässig war, namentlich weil kein Anfangsverdacht erkennbar war oder ihre Unverhältnismäßigkeit einigermaßen offen zu Tage lag.

Das BAG lässt aber erkennen, dass im Fall der Aufdeckung gravierender Geschehnisse der Beweis uU dennoch verwertet werden kann.

Für den Beweisbeschluss ist das keineswegs unüberzeugend. Bislang zu wenig diskutiertes Problem bleibt aber die Unmöglichkeit des AG, auf eine Verletzung der prozessualen Wahrheitspflicht seitens des AN reagieren zu können (Bestreiten des vom AG behaupteten Vorfalles reicht nicht, § 138 III ZPO).

III. Arbeitnehmerüberwachung

Beachte aber: Alleine die Verletzung des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 und 6 BetrVG löst regelmäßig kein Beweisverwertungsverbot aus.

BAG 13.12.2007, 2 AZR 537/06, NZA 2008, 1008; BAG, 27.3.2003, 2 AZR 51/02, NZA 2003, 1193.

Die tatsächlichen Probleme einer unterlassenen Mitbestimmung liegen für beide Seiten auf der Hand (im Minimum für den Arbeitgeber: verärgerter Betriebsrat)!

III. Arbeitnehmerüberwachung

5. (weitere) Folgen einer unzulässigen Überwachung

BAG 19.2.2015, 8 AZR 1007/13, NZA 2015, 994

Eine unzulässige Überwachung kann ggf. einen Anspruch des AN auf Schadensersatz und / oder Schmerzensgeld auslösen: §§ 7 S. 2 BDSG - §§ 823 I, 253 I BGB, Art. 1 I u. 2 I GG (allgemeines Persönlichkeitsrecht).

- privater Lebensbereich?
- Bildaufzeichnungen in der Intim- oder Privatsphäre oder Öffentlichkeitssphäre?
- Ergebnisse der Überwachung (?)
- Weitergabe an Dritte?
- Folgen für den AN?

Im Fall „Detektivüberwachung wegen eines wenig konkretisierten Verdachts vorgetäuschter AU“ hat das BAG die Verurteilung zu 1.000 € nicht beanstandet.