

# Die Berücksichtigung des Verhaltens des Arbeitnehmers in sozialen Medien

bei der Einstellung und im laufenden Arbeitsverhältnis

**ARBEITSRECHTLICHES PRAKTIKERSEMINAR**  
S3PHWEIN

Arbeitsrechtliches Praktikerseminar

zum Thema

Die Berücksichtigung des Verhaltens des Arbeitnehmers in sozialen Medien  
bei der Einstellung und im laufenden Arbeitsverhältnis

von

Philipp Sebastian Weinmann

1384181

bei

Prof. Dr. Karl-Georg Loritz

Lehrstuhl Zivilrecht II

Universität von Bayreuth

Wintersemester 2016/2017

*Diese Arbeit wurde selbstständig und  
ausschließlich mit den zugelassenen Hilfsmitteln angefertigt.*

---

*Philipp S. Weinmann*

*Meinem Bruder.*

## Abkürzungsverzeichnis

|             |                                                            |
|-------------|------------------------------------------------------------|
| AuA         | Arbeit und Arbeitsrecht (Zeitschrift)                      |
| ArbRAktuell | Arbeitsrecht Aktuell (Zeitschrift)                         |
| ArbG        | Arbeitsgericht                                             |
| Art.        | Artikel/n                                                  |
| BAG         | Bundesarbeitsgericht                                       |
| BB          | Betriebsberater (Zeitschrift)                              |
| BBiG        | Berufsbildungsgesetz                                       |
| BGB         | Bürgerliches Gesetzbuch                                    |
| BGH         | Bundesgerichtshof                                          |
| BDSG        | Bundesdatenschutzgesetz                                    |
| BDSG-E      | Bundesdatenschutzgesetz Entwurf                            |
| BeckRS      | Beck-Rechtsprechung                                        |
| BetrVG      | Betriebsverfassungsgesetz                                  |
| BVerfG      | Bundesverfassungsgericht                                   |
| BVerwG      | Bundesverwaltungsgericht                                   |
| CCZ         | Corporate Compliance Zeitschrift (Zeitschrift)             |
| DB          | Der Betrieb (Zeitschrift)                                  |
| DSGVO       | Datenschutzgrundverordnung der Europäischen Union          |
| ErfK        | Erfurter Kommentar                                         |
| EuZW        | Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift) |
| etc.        | et cetera (= und so weiter)                                |
| GewO        | Gewerbeordnung                                             |
| GG          | Grundgesetz                                                |
| GRUR        | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)   |
| Hdb.        | Handbuch                                                   |
| HGB         | Handelsgesetzbuch                                          |
| insbes.     | Insbesondere                                               |
| i.S.d.      | im Sinne des                                               |

|             |                                                                             |
|-------------|-----------------------------------------------------------------------------|
| JA          | Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)                                    |
| KSchG       | Kündigungsschutzgesetz                                                      |
| LAG         | Landesarbeitsgericht                                                        |
| MMR         | Multimedia und Recht (Zeitschrift)                                          |
| NJW         | Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)                                |
| NJW         | Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift)         |
| NJW-Spezial | Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Spezial (Zeitschrift) |
| NJOZ        | Neue Juristische Online Zeitschrift (Zeitschrift)                           |
| NZA         | Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Zeitschrift)                             |
| NZA-RR      | Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift)      |
| RdA         | Recht der Arbeit (Zeitschrift)                                              |
| Rn.         | Randnummer                                                                  |
| S.          | Seite/n                                                                     |
| StGB        | Strafgesetzbuch                                                             |
| TMG         | Telemediengesetz                                                            |
| TKG         | Telekommunikationsgesetz                                                    |
| UWG         | Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb                                      |
| v.          | vom                                                                         |
| Verfasser   | Philipp Sebastian Weinmann                                                  |
| Vgl.        | vergleiche                                                                  |
| z.          | zu/zum                                                                      |

## Literaturverzeichnis

- Barton, Dirk-M.* Betriebliche Übung und private Nutzung des Internetarbeitsplatzes – „Arbeitsrechtliche Alternativen“ zur Wiedereinführung der alleinigen dienstlichen Verwendung, NZA 2006, 460.
- Borgmann, Bernd/Faas, Thomas* Das Weisungsrecht zur betrieblichen Ordnung nach § 106 S. 2 GewO, NZA 2004, 241.
- Bundesministerium des Innern* BDSG Entwurf, Stand 25.08.2010, [http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzes-texte/Entwuerfe/Entwurf\\_Beschaefigtendaten-schutz.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzes-texte/Entwuerfe/Entwurf_Beschaefigtendaten-schutz.pdf?__blob=publicationFile), entnommen am 22.10.2016.
- Bundesministerium des Innern* Hintergrundpapier zum BDSG Entwurf, Stand 25.08.2010, [http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Kurzmel-dungen/pressepapier\\_beschaefigtendatenschutz.pdf](http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Kurzmel-dungen/pressepapier_beschaefigtendatenschutz.pdf), entnommen am 22.10.2016.
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich* Allgemeiner Teil des BGB, 39. Aufl., München 2015.
- Brudermüller, Gerd/El-lenberger, Jürgen/Götz, Isabell/Grüneberg, Christian/Herrler, Sebastian/Sprau, Hartwig/Thorn, Karsten/Weidenkaff, Walter/Weidlich, Dietmar/Wicke, Hartmut* Palandt Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 76. Aufl., München 2017 (zitiert: *Bearbeiter/Palandt*).
- Byers, Philipp/Mößner, Stefan* Die Nutzung des Web 2.0 am Arbeitsplatz: Fluch und Segen für den Arbeitgeber, BB 2012, S. 1665.
- Düwell, Franz Josef/Brink, Stefan* Die EU-Datenschutz-Grundverordnung und der Beschäftigten-datenschutz, NZA 2016, 665.
- Ernst, Stefan* Social Networks im Unternehmen – Wem gehört der Account nach der Kündigung?, CR 2012, S. 276.
- Ernst, Stefan* Social Networks und Arbeitnehmer-Datenschutz, NJOZ 2011, 953.

|                                                            |                                                                                                                                                                            |
|------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>Eufinger, Alexander</i>                                 | Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Nutzung sozialer Netzwerke, ArbRAktuell 2015, 340.                                                                                  |
| <i>Fischinger, Philipp</i><br><i>S./Richardi, Reinhard</i> | J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 §§ 611-613, Berlin 2016 (zitiert: <i>Bearbeiter/Staudinger</i> ). |
| <i>Forst, Gerrit</i>                                       | Bewerberauswahl über soziale Netzwerke im Internet?, NZA 2010, 427.                                                                                                        |
| <i>Frick, Roman/Klühe, Ralf</i>                            | Nutzung von Kontakten aus sozialen Netzwerken während und bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses, DB 2013, 1174.                                                          |
| <i>Frings, Arnod/Wahlers, Ulrich</i>                       | Social Media, iPad & Co. im Arbeitsverhältnis, BB 2011, S. 3126.                                                                                                           |
| <i>Fuhlrott, Michael/Oltmanns, Sönke</i>                   | Social Media im Arbeitsverhältnis – Der schmale Grat zwischen Meinungsfreiheit und Pflichtverletzung, NZA 2016, 785.                                                       |
| <i>Gola, Peter/Wronka, Georg</i>                           | Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, 5. Aufl., Heidelberg 2010.                                                                                                           |
| <i>Göpfert, Burkhard/Wilke Elena</i>                       | Facebook-Aktivitäten als Kündigungsgrund, ArbRAktuell 2011, 159.                                                                                                           |
| <i>Göpfert, Burkhard/Wilke Elena</i>                       | Recherchen des Arbeitgebers in Sozialen Netzwerken nach dem geplanten Beschäftigtendatenschutzgesetz, NZA 2010, 1329.                                                      |
| <i>Greßlin, Martin/Römermann, Martin</i>                   | Arbeitsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zum Schutz von betrieblichem Know-how, BB 2016, 1461.                                                                           |
| <i>Günther, Jens</i>                                       | Unternehmensschädliche Äußerungen von Arbeitnehmern in sozialen Medien – Social Media Guidelines als Mittel der Prävention, ArbRAktuell 2013, 223.                         |
| <i>Henssler, Martin/Krüger, Wolfgang</i>                   | Münchener Kommentar zum BGB – Band 4, 7. Aufl., München 2016 (zitiert: <i>Bearbeiter/MüKo1</i> ).                                                                          |
| <i>Hoffmann-Remy, Till/Tödtmann, Ulrich</i>                | Sicherung der Arbeitgeberrechte an Social Media-Kontakten, NZA 2016, 792.                                                                                                  |
| <i>Hinrichs, Lars/Hörtz, Martin</i>                        | Web 2.0: Bild´ Dir Deine Meinung – auf Kosten des Arbeitgebers?, NJW 2013, 648.                                                                                            |
| <i>Hunold, Wolf</i>                                        | Die Rechtsprechung zum Direktionsrecht des Arbeitgebers, NZA-RR 2001, 337.                                                                                                 |

|                                                                     |                                                                                                                                                                                                                  |
|---------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>Klinkhammer, Patrick/Mülle-<br/>jans, Gabi<br/>Kort, Michael</i> | Veröffentlichen von Fotos in sozialen Netzwerken – ein Überblick über mögliche Rechtsfolgen, ArbRAktuell 2014, 503.<br>Kündigungsrechtliche Fragen bei Äußerungen des Arbeitnehmers im Internet, NZA 2012, 1231. |
| <i>Kühling, Jürgen/ Mar-<br/>tini, Mario</i>                        | Die Datenschutz-Grundverordnung: Revolution oder Evolution im europäischen und deutschen Datenschutzrecht, EuZW 2016, 448.                                                                                       |
| <i>Lakies, Thomas</i>                                               | Das Weisungsrecht des Arbeitgebers (§ 106 GewO) – Inhalt und Grenzen, BB 2003 Heft 7 364.                                                                                                                        |
| <i>Leist, Wolfgang/Kosch-<br/>ker, Maximilian</i>                   | Social Media Guidelines: Chancen und Risiken des Mitmach-Webs im Betrieb verbindlich regeln, BB 2013, S. 2229.                                                                                                   |
| <i>Lelley, Tibor/Fuchs, Oli-<br/>ver</i>                            | My Space is not Your Space – Einige arbeitsrechtliche Überlegungen zu Social Media Guidelines, CCZ 2010, 147.                                                                                                    |
| <i>Luch, Anika/Schulz<br/>Sönke</i>                                 | Die digitale Dimension der Grundrechte – Die Bedeutung der speziellen Grundrechte im Internet, MMR 2013, 88.                                                                                                     |
| <i>Lützel, Martin/Bissels,<br/>Alexander</i>                        | Social Media-Leitfaden für Arbeitgeber: Rechte und Pflichten im Arbeitsverhältnis, ArbRAktuell 2011, 499.                                                                                                        |
| <i>Maschmann, Frank/Sieg<br/>Rainer/Göpfer, Burkhard</i>            | Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 2. Aufl., München 2016 (zitiert: <i>Bearbeiter/Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht</i> ).                                                                                     |
| <i>Möller, Reinhard</i>                                             | Web und Mail privat nutzen, AuA 5/2007, 280.                                                                                                                                                                     |
| <i>Müller-Glöge,<br/>Rudi/Preis, Ul-<br/>rich/Schmidt, Ingrid</i>   | Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht Bd. 51, 16. Aufl., München 2016 (zitiert: <i>Bearbeiter/ErfK</i> ).                                                                                                          |
| <i>Oberthür, Nathalie/Seitz,<br/>Stefan</i>                         | Betriebsvereinbarungen, 2. Aufl., München 2016 (zitiert: <i>Bearbeiter/Betriebsvereinbarungen</i> ).                                                                                                             |
| <i>Oberwetter, Christian</i>                                        | Bewerberprofilerstellung durch das Internet – Verstoß gegen das Datenschutzrecht?, BB 2008, S. 1562.                                                                                                             |
| <i>Oberwetter, Christian</i>                                        | Soziale Netzwerke im Fadenkreuz des Arbeitsrechts, NJW 2011, 417.                                                                                                                                                |
| <i>Oetker, Hartmut</i>                                              | Die Ausprägung der Grundrechte des Arbeitnehmers in der Arbeitsrechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland, RdA 2004, 8.                                                                                        |

|                                                             |                                                                                                                                                                                  |
|-------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>Olbert, Hans</i>                                         | Kein Platz mehr für verbotene private Internetnutzung, AuA 2/2008, 76.                                                                                                           |
| <i>Preis, Ulrich</i>                                        | Arbeitsrecht – Individualarbeitsrecht, 4. Aufl., Köln 2012 (zitiert: <i>Preis/Arbeitsrecht</i> ).                                                                                |
| <i>Preis, Ulrich/Ulber Daniel</i>                           | Direktionsrecht und Sonntagsarbeit, NZA 2010, 729.                                                                                                                               |
| <i>Raif, Alexander/ Bordet, Katharina</i>                   | Arbeitsrechtliche Fragen im Web 2.0, AuA 2/2010 S. 88.                                                                                                                           |
| <i>Rosenbaum, Birgit/Tölle, Dennis</i>                      | Aktuelle rechtliche Probleme im Bereich Social Media – Überblick über die Entscheidungen der Jahre 2011 und 2012, MMR 2013, 209.                                                 |
| <i>Säcker, Jürgen/Henssler, Martin</i>                      | Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - Band 4, 6. Aufl., München 2012 (zitiert: <i>Bearbeiter/MüKo</i> ).                                                             |
| <i>Schreiber, Alexander</i>                                 | Implementierung von Compliance-Richtlinien, NZA-RR 2010, 617.                                                                                                                    |
| <i>Schwartmann, Rolf/Ohr Sara</i>                           | Recht der Sozialen Medien, 1. Aufl., Heidelberg 2015.                                                                                                                            |
| <i>Sörup, Thorsten/ Marquardt, Sabrina</i>                  | Auswirkungen der EU-Datenschutzgrundverordnung auf die Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext, ArbRAktuell, 2016, 103.                                                       |
| <i>Stürner, Rolf</i>                                        | Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, 16. Aufl., München 2015 (zitiert: <i>Bearbeiter/Jauernig BGB</i> ).                                                                            |
| <i>Traeger, Jürgen/Rose, Edgar</i>                          | Zum Stand des deutschen und europäischen Beschäftigtendatenschutzes, BB 2016, 819.                                                                                               |
| <i>Ventura-Heinrich, Denise</i>                             | Einführung in das Datenschutzrecht der betrieblichen Praxis, JA 2013, 130.                                                                                                       |
| <i>Waltermann, Raimund</i>                                  | Anspruch auf private Internetnutzung durch betriebliche Übung?, NZA 2007, 529.                                                                                                   |
| <i>Weiden, Henrike</i>                                      | Aktuelle Berichte – Juli 2015, GRUR 2015, 655.                                                                                                                                   |
| <i>Weth, Stephan/Herberger, Maximilian/Wächter, Michael</i> | Daten- und Persönlichkeitsschutz im Arbeitsverhältnis – Praxishandbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, München 2014 (zitiert: <i>Bearbeiter/Handbuch Arbeitnehmerdatenschutz</i> ). |

- Weber, Klaus* Creifelds, Rechtswörterbuch, 21. Aufl., München 2014 (zitiert: *Bearbeiter/Creifelds*).
- Wiese, Günther* Internet und Meinungsfreiheit des Arbeitgebers, Arbeitnehmers und Betriebsrats, NZA 2012, 1.
- Zintl, Daniel/Naumann, Daniel* Verhalten von Arbeitnehmern im Bereich Social Media, NJW-Spezial 2013, 306.

## Urteilsverzeichnis

- ArbG Bochum v. 29.03.2012 - 3 Ca 1283/11 = BeckRS 2012, 70844.
- ArbG Dessau-Roßlau v. 21.03.2012 – 1 Ca 148/11 = BeckRS 2012, 69099.
- ArbG Düsseldorf v. 25.08.2011 – 7 Ca 2591/11 = ArbRAktuell 2011, 499.
- ArbG Hagen v. 16.05.2012 – 3 Ca 257/11 = BeckRS 2012, 71401.
- ArbG Hamburg v. 24.01.2013 = BeckRS 2013, 68150.
- BAG v. 16.03.1982 – 3 AZR 83/79 = BeckRS 9998, 150652.
- BAG v. 15.12.1987 – 3 AZR 474/86, AP Nr. 1 zu § 611 Betriebsgeheimnis  
= BeckRS 9998, 150652.
- BAG v. 15.12.1987 – 3 AZR 474/86, AP Nr. 5 zu § 611 Betriebsgeheimnis  
= BeckRS 9998, 150653.
- BAG v. 24.06.2004 – 2 AZR 63/03 = NZA 2005, 158 (insbes. S. 161).
- BAG v. 24.11.2005 – 2 AZR 584/04 = NZA 2006, 650.
- BAG v. 27.04.2006 – 2 AZR 386/05 = NJW 2006, 2939.
- BAG v. 31.05.2007 – 2 AZR 200/06 = NZA 2007, 922.
- BGH v. 07.02.1958 – VI ZR 49/57 = BeckRS, 31200939.
- BGH v. 28.10.1965 – VII ZR 290/63 = BeckRS 1965, 31178263.
- BGH v. 19.02.2002 – I ZR 119/00 = NJW-RR 2003, 833.
- BGH v. 26.02.2009 – I ZR 28/06 = BeckRS 2009. 09800.
- BVerfG v. 15.01.1958 – 1 BvR 400/57 = NJW 1958, 257.
- BVerfG v. 15.01.1958 – 1 BvR 400/51 = NZA 2016, 785.
- BVerwG v. 12.03.2008 - 2B 131.07, 2 B 131/07 = BeckRS 2008, 33735.
- LAG Baden-Württemberg v. 25.03.2009 – 2 Sa 94/08 = BeckRS, 61835.
- LAG Berlin v. 28.08.2002 – 9 Sa 659/02 = NZA-RR 2003, 326.
- LAG Berlin-Brandenburg v. 18.08.2008 – 10 TaBV 885/08 = BeckRS 2009, 55187.
- LAG Berlin-Brandenburg v. 11.04.2014 – 17 Sa 2200/13 = NZA-RR 2014. 468.
- LAG Hamm v. 07.04.2006 – 10 TaBV 1/06 = NZA-RR 2007, 20.
- LAG Hamm v. 10.10.2012 – 3 Sa 644/12 = BeckRS 2012, 74357.
- LAG Hessen v. 05.10.2011 – 19 13 Ga 160/11 = CCZ 2012, 198.

LAG Schleswig-Holstein v. 23.01.2008 - 3 Sa 305/07 = BeckRS 2008, 51975.

## Gliederung

|      |                                      |       |
|------|--------------------------------------|-------|
| I.   | Hintergrund                          | S. 1  |
| II.  | Soziale Medien                       | S. 1  |
|      | 1. Begriff                           | S. 1  |
|      | 2. Arten                             | S. 1  |
|      | a. Soziale Netzwerke                 | S. 1  |
|      | b. Instant-Messaging-Dienste         | S. 2  |
|      | c. Sonstige soziale Medien           | S. 3  |
|      | d. Zwischenfazit                     | S. 3  |
| III. | Arbeitgeberrisiken                   | S. 3  |
| IV.  | Regelungszeitpunkte                  | S. 4  |
|      | 1. Arbeitnehmersuche                 | S. 4  |
|      | 2. Einstellung                       | S. 5  |
|      | 3. Laufendes Arbeitsverhältnis       | S. 6  |
| V.   | Regelungsermächtigung                | S. 7  |
|      | 1. Arbeitsgeberweisungsrechte        | S. 7  |
|      | 2. Gesetzliche Regelungen            | S. 10 |
|      | a. § 17 UWG                          | S. 10 |
|      | b. §§ 242, 241 II BGB                | S. 11 |
|      | 3. Handlungsempfehlungen             | S. 11 |
|      | 4. Arbeitnehmerpflichten und –rechte | S. 12 |
|      | 5. Betriebsrat-Mitbestimmungsrechte  | S. 13 |
|      | 6. Betriebliche Übung                | S. 15 |
| VI.  | Regelungspunkte                      | S. 16 |
| VII. | Arbeitsrechtliche Relevanz           | S. 19 |
|      | 1. Pflichtverletzung                 | S. 19 |
|      | a. Auslegung                         | S. 20 |
|      | b. Adressaten                        | S. 21 |
|      | c. Abmahnung und Löschung            | S. 23 |
|      | 2. Konsequenzen                      | S. 23 |
|      | a. Arbeitsverhältnisbeendigung       | S. 23 |

|                                                   |       |
|---------------------------------------------------|-------|
| b. Ansprüche                                      | S. 24 |
| aa. Einstweilige Verfügung                        | S. 24 |
| bb. Schadensersatz                                | S. 25 |
| cc. Herausgabe von Daten                          | S. 25 |
| (1) Herausgabe-Voraussetzungen                    | S. 26 |
| (2) Arbeitsverhältnisbezug                        | S. 27 |
| (3) Folgen                                        | S. 27 |
| (4) Vertragsregelungen                            | S. 28 |
| (5) Wettbewerbs- und Datenschutzrecht             | S. 29 |
| c. Strafanzeige                                   | S. 29 |
| VIII. Neue gesetzliche Regelungen                 | S. 29 |
| 1. Bundesdatenschutzgesetz-Entwurf (BDSG-E)       | S. 29 |
| a. Internetrecherchen                             | S. 30 |
| b. Beschäftigtendaten                             | S. 30 |
| c. Telekommunikationsdienstnutzung                | S. 30 |
| d. Einwilligung                                   | S. 31 |
| e. Beschäftigungsende                             | S. 31 |
| 2. Europäische Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) | S. 31 |
| 3. Stellungnahme des Verfassers                   | S. 32 |
| IX. Fazit und Stellungnahme des Verfassers        | S. 32 |

## **I. Hintergrund**

Die Welt hat sich verändert. Und mit ihr das soziale Verhalten der Menschen. Während man früher noch Briefe schrieb und ausführlich über den Gartenzaun mit dem Nachbarn plauderte, greift man heute zur elektronischen Nachrichtenübermittlung. Doch nicht nur das reine Kommunizieren, sondern auch das gesamte soziale Leben scheint sich von der realen, hin in eine elektronische, virtuelle Welt verlagert zu haben. Smartphone und Tablet sind längst zu unserem zweiten Gehirn, zu unserem zweiten Herz geworden. Die neue Welt heißt Social Media. Eine Welt, die wie die unsrige, real wirkt und die sich von dieser kaum mehr abspalten lässt. Weder im privaten Bereich noch im beruflichen. Diese „Verschmelzung“ birgt erhebliche Risiken, auch rechtlicher Natur. Nicht selten hat das private Verhalten in sozialen Medien (rechtliche) Auswirkungen für Arbeitgeber und -nehmer. Arbeitgeber müssen sich daher zunehmend fragen, wie das Verhalten des Arbeitnehmers in sozialen Medien bei der Einstellung und im laufenden Arbeitsverhältnis zu berücksichtigen ist.

## **II. Soziale Medien**

### **1. Begriff**

Was Social Media bedeutet, ist schwer zu definieren. Wörtlich übersetzt meint dies „soziale Medien“. Darunter zu verstehen ist eine Ansammlung von Plattformen und Netzwerken, die unter anderem dem Austausch von Gedanken, Informationen und Bildern dient. Doch ist diese Welt der sozialen Medien bereits auf eine Größe und eine Vielfalt angewachsen, die es erschweren, diesen Begriff zu erläutern.

### **2. Arten**

Am einfachsten gelingt eine Definition noch, wenn man nicht das große Ganze, sondern die verschiedenen Ausprägungen sozialer Medien betrachtet.

#### **a. Soziale Netzwerke<sup>1</sup>**

Die wohl bekanntesten und meist genutzten Ausprägungen sozialer Medien sind die sozialen Netzwerke, worunter zum Beispiel Facebook und Twitter fallen. Hierbei haben Nutzer nach einmaliger Registrierung und der daraus folgenden Erstellung eines privaten Nutzerprofils die Möglichkeit, mit Menschen auf verschiedenen

---

<sup>1</sup> Vgl. zu den folgenden Ausführungen *Rosenbaum/Tölle*, MMR 2013, 209 S. 209.

Arten und Ebenen zu kommunizieren. Dies reicht von privaten Nachrichten, die an sogenannte Freunde oder Follower geschickt werden, über Gruppennachrichten, die an mehrere Freunde gleichzeitig geschickt werden, über sogenannte (Fan-)Seiten und speziellen Gruppen, vorstellbar als eine Art virtueller Raum, in welchem sich mehrere Nutzer befinden, hin zu Postings (Nachrichten an alle (Freunde) auf der Pinnwand des eigenen Profils). Wie und was der Nutzer wem dabei preisgibt, kann er durch Einstellung seiner Privatsphäreneinstellungen oder explizit für den jeweiligen Beitrag weitestgehend selbst entscheiden. Mittlerweile dient insbesondere Facebook nicht mehr ausschließlich Kommunikations-, sondern auch Unterhaltungs- und Informationszwecken. Fast alle namhaften Nachrichtenagenturen und –plattformen, wie beispielsweise Reuters und dpa, geben ihre Informationen auch über soziale Netzwerke preis. Ebenso werden immer mehr Videos in sozialen Netzwerken hochgeladen und auf diesen veröffentlicht, sodass sich die sozialen Netzwerke ebenfalls zu Werbeplattformen entwickelt haben. Durch Werbeanzeigen, aber auch interaktive Werbung kann die gewünschte Kundengruppe direkt erreicht werden. Interessant ist hierbei auch die sich andauernd weiter entwickelnde Vernetzung mit anderen Medien, wie mit modernen, internetfähigen Fernsehern (Smart TVs) oder mobilen Endgeräten (Smartphones und Tablets). Dabei werden Informationen und Applikationen gleichzeitig auf mehreren Endgeräten verwendet oder Informationen transferiert, sodass die Nutzung sozialer Netzwerke immer und überall möglich wird.

## **b. Instant-Messaging-Dienste**

Von sogenannten Instant-Messaging-Diensten spricht man bei Applikationen, die das Benutzen des Short Message Services (SMS) ersetzen sollen. Dies sind Applikationen für mobile Endgeräte, sprich Handy und Tablet, zunehmend aber auch Notebooks, die das kommunizieren über das mobile Internet erlauben. Da die Kommunikation in Echtzeit, teils sogar mit einem Hinweis auf die Verfügbarkeit und den Online-Status des entsprechend gegenüberstehenden Nutzers funktioniert, spricht man auch von einem (Echtzeit-)Chat. Der vermutlich größte Instant-Messaging-Dienst ist WhatsApp. Auch in diesem Bereich findet eine zunehmende Ver-

netzung statt. Diese Vernetzung wird durch die Verbindung der Dienstleister sozialer Medien untereinander vorangetrieben. So kaufte das soziale Netzwerk Facebook im Jahre 2014 WhatsApp auf.<sup>2</sup>

### **c. Sonstige soziale Medien**

Darüber hinaus gibt es noch unzählige weitere soziale Medien wie Blogs, Microblogs, Wikis, Webforen sowie Bewertungs- und Multimediaportale.<sup>3</sup> Aufgrund ihrer untergeordneten Bedeutung, gegenüber den beiden zuvor genannten Ausprägungen sozialer Medien in der Gesellschaft, soll jedoch auf diese nicht tiefer eingegangen werden.

### **d. Zwischenfazit**

Legt man die oben genannten Aspekte der verschiedenen Ausprägungen zugrunde, so kommt man zu dem Ergebnis, dass es sich bei sozialen Medien um „digitale Medien und Technologien [handelt], die es Nutzern ermöglichen, sich untereinander auszutauschen und mediale Inhalte einzeln oder in Gemeinschaft zu gestalten“<sup>4</sup>.

## **III. Arbeitgeberrisiken**

Hinsichtlich der Nutzung sozialer Medien am Arbeitsplatz respektive in der Sphäre des Arbeitgebers sieht sich dieser Risiken konfrontiert. Arbeitgeber ist, wer als juristische oder natürliche Person eine andere Person in einem Arbeitsverhältnis beschäftigt.<sup>5</sup> Die Gefahren, denen sich der Arbeitgeber dabei stellen muss, sind verschiedener Natur. So ist an die Infizierung von Endgeräten oder gar gesamten (Unternehmens-)Netzwerken mit Schadsoftware, wie Viren oder Trojanern, zu denken.<sup>6</sup> Ebenso entstehen für den Arbeitgeber eventuelle Kosten. Dies einerseits durch die Nutzung der sozialen Medien selbst, so ist an die Gebühr für die Internetnutzung zu denken.<sup>7</sup> Jene Kosten werden aufgrund sogenannter Flatrates heutzutage meistens in einem pauschalen Paket abgerechnet, wobei man einen bestimmten

---

<sup>2</sup> Vgl. Weiden, GRUR 2015, 655 S. 656.

<sup>3</sup> Vgl. Schwartmann/Ohr, Recht der Sozialen Medien, 1. Aufl. (2015) Rn. 14-29.

<sup>4</sup> Panzer-Heemeier, Betriebsvereinbarungen Rn. 114.

<sup>5</sup> Vgl. Kortstock/Creifelds – „Arbeitgeber“.

<sup>6</sup> Vgl. Olbert, Kein Platz mehr für verbotene Internetnutzung, AuA 2/2008, 76 S. 76;

Vgl. Waltermann, NZA 2007, 529 S. 532;

Vgl. Barton, NZA 2006, 460 S. 466.

<sup>7</sup> Vgl. Waltermann, NZA 2007, 529 S. 531;

Vgl. Olbert, Kein Platz mehr für verbotene Internetnutzung, AuA 2/2008, 76 S. 76.

Betrag für unbegrenzte Internetnutzung zahlt, wodurch derartige Kosten weniger relevant sind. Aber auch die Kosten für eventuelle Mitgliedschaften oder gar die von Abonnements, die auch aus Versehen bei einem Besuch einschlägiger Internetseiten abgeschlossen werden können, sind zu berücksichtigen.<sup>8</sup> Ebenso sind auch ideelle Schäden denkbar. Wenn sich zum Beispiel über die unternehmenseigenen und -internen Kommunikationsmittel und Kommunikationskanäle ein Arbeitnehmer (Person, die in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber steht und persönlich unselbstständige Arbeit verrichtet, da sie nach Umfang und Art auf an die Weisung des Arbeitgebers gebunden ist<sup>9</sup>) anzüglich oder unangemessen äußert oder anzügliche Seiten über die Internetzugänge des Arbeitgebers besucht und dies publik wird, führt dies nicht selten zu einem immensen Imageschaden.<sup>10</sup> Im schlimmsten Falle macht sich der Arbeitgeber möglicherweise, zum Beispiel der Mittäterschaft, sogar strafbar, sollte er zum Beispiel von einem strafrechtlich relevanten Tun seines Arbeitnehmers wissen und dagegen nicht einschreiten.<sup>11</sup>

Zudem hat der Arbeitgeber wirtschaftliche Folgen zu befürchten. Kommt der Arbeitnehmer seiner Pflicht zur Arbeit nicht nach und erbringt folglich die Arbeitsleistung nicht, die im betrieblichen Prozess eingeplant ist, so kann dies einen wirtschaftlichen Verlust, zum Beispiel in finanzieller Form, bedeuten.

#### **IV. Regelungszeitpunkte**

Hinsichtlich der Frage, wann das Verhalten des Arbeitnehmers in sozialen Medien berücksichtigt werden muss, gibt es zwei Zeitpunkte, auf die abgestellt werden kann. Dies einerseits vor dem Arbeitsverhältnis und andererseits während diesem. Des Weiteren hat sich der Arbeitgeber insbesondere auch bei der Arbeitnehmersuche vorsichtig und rücksichtsvoll zu verhalten.

##### **1. Arbeitnehmersuche**

Ungefähr ein Drittel der deutschen Unternehmen greifen schon im Vorfeld des Beschäftigungsverhältnisses, nämlich bei der Arbeitnehmersuche oder -auswahl, auf das Internet zurück, um sich über potenzielle Arbeitnehmer zu informieren (hiervon

---

<sup>8</sup> Vgl. Waltermann, NZA 2007, 529 S. 531;

Vgl. Olbert, Kein Platz mehr für verbotene Internetnutzung, AuA 2/2008, 76 S. 76.

<sup>9</sup> Vgl. Kortstock/Creifelds – „Arbeitnehmer“.

<sup>10</sup> Vgl. Olbert, Kein Platz mehr für verbotene Internetnutzung, AuA 2/2008, 76 S. 76.

<sup>11</sup> Vgl. Olbert, Kein Platz mehr für verbotene Internetnutzung, AuA 2/2008, 76 S. 76.

stammen wieder circa ein Drittel der gefundenen Informationen aus sozialen Netzwerken).<sup>12</sup>

Das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) nennt in seinem § 32 Regelungen zur Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses. Hiernach dürfen personenbezogene Daten eines Beschäftigten 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, § 32 I 1 BDSG. Erheben meint dabei das Beschaffen von Daten über den Betroffenen, § 3 III BDSG. Tendenziell wird es für unzulässig erachtet, die Daten über hauptsächlich privat genutzte Netzwerke, wie Facebook, zu beschaffen, während dies bei beruflich genutzten Netzwerken, wie XING, auch weil hier zur Ansicht anderer Profile prinzipiell eine Anmeldung erforderlich ist, für erlaubt betrachtet wird.<sup>13</sup>

Bewerber unterliegen ebenfalls dem Schutz des BDSG. § 3 XI Nr. 7 BDSG bezieht bereits Bewerberinnen und Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis sowie Personen, deren Beschäftigungsverhältnis beendet ist, in den Kreis der Beschäftigten ein. Die Erhebung öffentlich zugänglicher Daten ist problemlos zulässig, ebenso eine Erhebung nach Einwilligung.<sup>14</sup> Hier herrscht der unten angeführte Streit, ob Daten, die der Bewerber in privat genutzten Netzwerken preisgegeben hat, erhoben werden können, oder ob dies ausschließlich für selbst bereit gestellte Daten in beruflich genutzten beziehungsweise beruflich orientierten Plattformen möglich ist.<sup>15</sup>

## 2. Einstellung

Die Regelung der Nutzung sozialer Netzwerke kann bei der Einstellung eines Arbeitnehmers geschehen.

---

<sup>12</sup> Vgl. *Forst*, NZA 2010, 427 S. 428;

Vgl. *Barton*, NZA 2006, 460 S. 466.

<sup>13</sup> Vgl. *Oberwetter*, BB 2008, 1562 S. 1564;

Vgl. *Forst*, NZA 2010, 427 S. 431.

<sup>14</sup> Vgl. *Lützeler/Bissels*, ArbRAktuell 2011, 499 S. 501.

<sup>15</sup> Vgl. *Lützeler/Bissels*, ArbRAktuell 2011, 499 S. 501.

Siehe zum Streit unten unter cc. *Herausgabe*.

Denkbar sind zum Beispiel Regelungen im jeweiligen Arbeitsvertrag.<sup>16</sup> Dies im Besonderen geregelt durch sogenannte „Social Media Klauseln“<sup>17</sup> Trifft man hierfür Regelungen, ist vor allem zwischen eher privat genutzten Plattformen, wie Facebook oder Twitter, und Plattformen, die auf ein berufliches, professionelles Netzwerk ausgelegt sind, wie XING oder LinkedIn, zu unterscheiden.<sup>18</sup>

Prinzipiell besteht die Möglichkeit, Regelungen zur Nutzung von sozialen Medien in Arbeitsverträgen zu integrieren, wodurch spätere Unklarheiten vermieden werden (sollen).<sup>19</sup> Andererseits ist es möglich, Richtlinien für die Nutzung des Internets und sozialer Medien im Unternehmen festzulegen, welche dem Arbeitnehmer die Pflicht verdeutlichen sollen, Interna auch innerhalb sozialer Medien nicht bekannt zu geben.<sup>20</sup>

### **3. Laufendes Arbeitsverhältnis**

Andererseits ist es möglich, Regelungen während dem laufenden Arbeitsverhältnis festzulegen. Es gibt heute fast keinen Beruf mehr, in welchem das Internet nicht genutzt wird. Viele Arbeitsverträge beinhalten noch keinerlei Regelungen zur Nutzung des Internets oder sozialer Medien, da dies hauptsächlich ein Phänomen der letzten eineinhalb Jahrzehnte ist.

Prinzipiell gestalten sich die Regelungen für ein bereits laufendes Arbeitsverhältnis deutlich schwerer als für ein bevorstehendes, zukünftiges, da Arbeitgeber und Arbeitnehmer bereits (vertragliche) Verpflichtungen eingegangen sind.

Eine Regelung während eines laufenden Arbeitsverhältnisses ist unter anderem durch beiderseitig bestätigte Ergänzungsvereinbarungen, wie Änderungsverträge, denkbar.<sup>21</sup> Diese erscheinen jedoch, unter anderem aufgrund von vorausgesetztem Einvernehmen des Arbeitnehmers, als schwer durchsetzbar und daher nicht vorteilhaft.<sup>22</sup> Während die Erlaubnis zur Nutzung sozialer Medien für berufliche Zwecke

---

<sup>16</sup> Vgl. Tödtmann/Kaluza, Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, S.502 Rn. 17;  
Vgl. Möller, Web und Mail privat nutzen?, AuA 5/2007, 280 S. 280.

<sup>17</sup> Fuhlrott/Oltmanns, NZA 2016, 785 S. 791.

<sup>18</sup> Vgl. Oberwetter, NJW 2011, 417 S. 417-418.

<sup>19</sup> Vgl. Ernst, NJOZ 2011, 953 S. 953, 958.

<sup>20</sup> Vgl. Byers/Mößner, BB 2012, 1665 S. 1666.

<sup>21</sup> Vgl. Tödtmann/Kaluza/Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, C. 502 Rn. 17;  
Vgl. Waltermann, NZA 2007, 529 S. 529.

<sup>22</sup> Vgl. Lelley/Fuchs, CCZ 2010, 147 S. 149;

oft ausdrücklich erklärt wird, kann sich die Erlaubnis zur privaten Nutzung aus Gewohnheit, betrieblicher Übung, ausdrücklich oder konkludent ergeben.<sup>23</sup> Ist eine Erlaubnis erteilt, greifen die Vorschriften des Telemediengesetzes (TMG) und Telekommunikationsgesetzes (TKG).<sup>24</sup>

Sinnvoller erscheint eine Direktion des Arbeitgebers. Diesem kommt ein Recht zur Direktion des Arbeitnehmers zu, durch welches er entsprechende Regelungen, jedoch kein komplettes Verbot, der Internetnutzung erlassen kann.<sup>25</sup>

Schlussendlich hat der Arbeitgeber auch die Möglichkeit, durch Präventivmaßnahmen, wie Schulungen oder Informationsblätter, die Arbeitnehmer auf diese Problematiken hinzuweisen. Rechtlich gesehen, wird dies dann nach § 98 VI BetrVG als sonstige Bildungsmaßnahme anzusehen sein.<sup>26</sup>

## **V. Regelungsermächtigung**

Die Ermächtigung zur Regelung des Arbeitgeberverhaltens kann sich aus verschiedenen rechtlichen Konstellationen ergeben.

### **1. Arbeitgeberweisungsrechte**

Dem Arbeitgeber steht gegenüber dem Arbeitnehmer ein einseitiges Direktions- oder Weisungsrecht zu, welches die Pflichten zur Leistung des Arbeitnehmers näher festlegen sollen und so eine exaktere Bestimmung der Verpflichtung zur Arbeitsleistungserbringung mit sich bringt.<sup>27</sup> Etwaige Erweiterungen und Einschränkungen des Direktionsrechts, zum Beispiel durch Gesetz, müssen hierbei beachtet werden.<sup>28</sup> Hinsichtlich der Rechte der Arbeitgeber zur Weisung der Arbeitnehmer muss

---

Siehe zum Direktionsrecht unten unter *1. Arbeitgeberweisungsrechte*.

<sup>23</sup> Vgl. Gola/Wronka, Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, 5. Aufl. (2010) Rn. 733.

<sup>24</sup> Vgl. Gola/Wronka, Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, 5. Aufl. (2010) Rn. 733.

<sup>25</sup> Vgl. Leist/Koschker, BB 2013, S. 2229;

Vgl. Oberwetter, NJW 2011, 417 S. 418;

Siehe zum Direktionsrecht unten unter *1. Arbeitgeberweisungsrechte*.

<sup>26</sup> Vgl. Fuhlrott/Oltmanns, NZA 2016, 785 S. 791.

<sup>27</sup> Vgl. Lelley/Fuchs, CCZ 2010, 147 S. 149;

Vgl. Hunold, NZA-RR 2001, 337 S. 337;

Vgl. Lakies, BB 2003 Heft 7 364 S. 364, 367.

<sup>28</sup> Vgl. Hunold, NZA-RR 2001, 337 S. 338-340;

Vgl. Lakies, BB 2003 Heft 7 364 S. 367.

zwischen Freizeit (rein private Nutzung) und Arbeit (dienstliche Nutzung) unterschieden werden.<sup>29</sup> Gemäß § 106 S. 1, 2 GewO ist der Arbeitgeber berechtigt, Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher zu bestimmen, wenn diese Arbeitsbedingungen nicht bereits durch den Arbeitsvertrag, durch Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, durch einen anwendbaren Tarifvertrag oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. § 106 S. 1, 2 GewO gilt auch hinsichtlich der Ordnung und dem Verhalten des Arbeitnehmers im Betrieb. Billiges Ermessen benötigt dabei eine Abwägung der gegenüberstehenden Interessen.<sup>30</sup>

Ob soziale Medien hierunter subsumiert werden, ist umstritten.<sup>31</sup> Problematisch ist, woher sich ein solches Direktionsrecht des Arbeitgebers, bezogen auf die Nutzung sozialer Medien, ergibt. Deswegen ist ein Rückgriff auf das Direktionsrechts des Arbeitgebers hinsichtlich der Nutzung von E-Mails sinnvoll. E-Mails können als Handelsbrief i.S.d. § 257 HGB betrachtet werden.<sup>32</sup> Ob auch Nachrichten, die innerhalb von sozialen Netzwerken versendet werden, als E-Mails betrachtet und diesen gleich behandelt werden können, ist jedoch strittig.<sup>33</sup> Auf der einen Seite handelt ein Arbeitnehmer, der hinsichtlich eines Projektes seines Arbeitgebers mit Geschäftspartnern oder Kunden Kontakt hat, eindeutig im Namen des Arbeitgebers respektive für den Arbeitgeber.<sup>34</sup> Weiter weichen das Darstellungsbild einer E-Mail und das einer Nachricht in einem sozialen Netzwerk nur grafisch voneinander ab, was beides für eine Gleichsetzung von E-Mail und Nachricht im sozialen Netzwerk spricht.<sup>35</sup> Auf der anderen Seite dienen soziale Netzwerke nicht nur der Nachrichtenübermittlung und bieten einen weniger formalen Rahmen, als es E-Mails tun.<sup>36</sup> Nachrichten in sozialen Medien werden viel mehr als Arbeitsmittel gesehen und müssten gegebenenfalls auch archiviert und dokumentiert werden, was gegen eine Einordnung als E-Mail spricht.<sup>37</sup> Nach meiner Meinung handelt es sich, auch bei

---

<sup>29</sup> Siehe dazu unten unter IV. *Regelungszeitpunkt*.

<sup>30</sup> Vgl. *Borgmann/Faas*, NZA 2004, 241 S. 244.

<sup>31</sup> Vgl. *Göpfert/Wilke*, NZA 2010, 1329 S. 1332.

<sup>32</sup> Vgl. *Oberwetter*, NJW 2011, 417 S. 419.

<sup>33</sup> Vgl. *Oberwetter*, NJW 2011, 417 S. 419.

<sup>34</sup> Vgl. *Oberwetter*, NJW 2011, 417 S. 419;

Vgl. auch *Panzer-Heemeier*, Betriebsvereinbarungen Rn. 119.

<sup>35</sup> Vgl. *Oberwetter*, NJW 2011, 417 S. 419;

Vgl. auch *Panzer-Heemeier*, Betriebsvereinbarungen Rn. 119.

<sup>36</sup> Vgl. *Oberwetter*, NJW 2011, 417 S. 419;

Vgl. auch *Panzer-Heemeier*, Betriebsvereinbarungen Rn. 119.

<sup>37</sup> Vgl. *Panzer-Heemeier*, Betriebsvereinbarungen Rn. 118;

Vgl. *Oberwetter*, NJW 2011, 417 S. 419.

Nicht-Einhaltung geschäftsüblicher stilistischer Anforderungen an den Text, gerade um Nachrichten, die E-Mails gleichzusetzen sind, wenn diese einen engen, ausschlaggebenden Bezug zu dem Agieren des Arbeitgebers und damit dem Wohlergehen des Arbeitgebers haben. Demnach ist ein Direktionsrecht des Arbeitgebers hinsichtlich sozialer Netzwerke zu bejahen.

Dient die Nutzung der sozialen Medien am Arbeitsplatz ausschließlich beruflichen Zwecken, ist es verboten, dass der Arbeitnehmer sich kritisch gegenüber seinem Arbeitgeber äußert.<sup>38</sup> Am Einfachsten erscheint deshalb der Erlass eines prinzipiellen Verbotes zur Benutzung von sozialen Medien durch den Arbeitgeber. Ein komplettes Verbot der Internetnutzung scheint jedoch ausgeschlossen zu sein, sind doch die bedeutsamen Grundrechte der Arbeitnehmer, wie das Recht auf Privatsphäre, Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG, das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 1, 2 I GG, und die Meinungsfreiheit, Art. 5 I 1 Hs. 1 GG, die das Weisungsrecht des Arbeitgebers sowohl allgemein als auch in konkreten Situationen einschränken können, zu beachten.<sup>39</sup> Erlässt der Arbeitgeber Auflagen, oder hat er diese bereits erlassen, die den Arbeitgeber in seinen Grundrechten einschränken, sind diese aufgrund ihrer Benachteiligung auch nach § 307 BGB nichtig.<sup>40</sup>

Dies bedeutet, dass nur bei einem direkten Bezug des Agierens des Arbeitnehmers in sozialen Medien zum Unternehmen dieses nach § 106 GewO vom Arbeitgeber durch Sanktionierung, Einschränkung oder Untersagung beeinflusst werden kann, wobei das Agieren des Arbeitgebers durch die dem Arbeitnehmer oben genannten zustehenden Grundrechte beschränkt wird.<sup>41</sup> Handelt der Arbeitnehmer so ersichtlich für das Unternehmen oder wird sein Verhalten aufgrund seiner Position und

---

<sup>38</sup> Vgl. Byers/Mößner, BB 2012, 1665 S. 1669.

<sup>39</sup> Vgl. Lelley/Fuchs, CCZ 2010, 147 S. 149.

Vgl. Preis/Ulber, NZA 2010, 729 S. 733;

Vgl. Lakies, BB 2003 Heft 7 364 S. 368;

Vgl. Byers/Mößner, BB 2012, S. 1665 S. 1665;

Vgl. Lützel/Bissels, ArbRAktuell 2011, 499 S. 500;

Vgl. Panzer-Heemeier, Betriebsvereinbarungen Rn. 120;

Vgl. Frik/Klühe, DB 2013, 1174 S. 1174;

Vgl. Tödtmann/Kaluza/Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, C. 502 Rn. 11.

Vgl. Luch/Schulz, MMR 2013, 88 S. 89, 93.

<sup>40</sup> Vgl. Byers/Mößner, BB 2012, 1665 S. 1669;

Vgl. Göpfert/Wilke, NZA 2010, 1329 S. 1333.

<sup>41</sup> Vgl. Lützel/Bissels, ArbRAktuell 2011, 499 S. 500;

Vgl. Panzer-Heemeier, Betriebsvereinbarungen Rn. 120;

Vgl. Frik/Klühe, DB 2013, 1174 S. 1174;

Vgl. Tödtmann/Kaluza/Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, C. 502 Rn. 11.

Vgl. Luch/Schulz, MMR 2013, 88 S. 89, 93.

Stellung im Unternehmen diesem automatisch zugerechnet, kann ein erlaubtes Intervenieren seitens des Arbeitgebers bejaht werden.<sup>42</sup>

## 2. Gesetzliche Regelungen

Auch gesetzlich lassen sich Grenzen und Bestimmungen der Nutzung sozialer Medien finden.

### a. § 17 UWG

Entsprechend anwendbar ist zum Beispiel § 17 UWG, wenn es um den Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen geht. Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse werden auch durch die Grundrechte der Art. 12 und 14 GG geschützt. Ein derartiges Geheimnis ist definiert als mit einem Geschäftsbetrieb zusammenhängende Tatsachen, welche einem stark begrenzten Personenkreis bekannt und nicht offenkundig sind und welche nach Arbeitgeberwillen und im Zuge des berechtigten wirtschaftlichen Interesses geheim zu halten sind.<sup>43</sup> Von einem Geschäftsgeheimnis spricht man, wenn es sich um Wissen, also Daten und Fakten (Know-How) des Unternehmens handelt.<sup>44</sup> Ein Betriebsgeheimnis liegt vor, wenn die Informationen einen Bezug zu der Zielverfolgung haben, so zum Beispiel Verfahren oder Preise und deren Zustandekommen.<sup>45</sup> Kontaktdaten von Kunden und Geschäftspartnern sind ebenfalls prinzipiell als ein solches Geheimnis zu sehen.<sup>46</sup> Abzustellen ist auf die Anzahl, Art und Systematik der Kontakte im sozialen Medium.<sup>47</sup> So werden zum Beispiel Kontakte von Kunden eher als (Betriebs-) Geheimnis gesehen, als Kontakt von (Geschäfts-)Partnern.<sup>48</sup> Des Weiteren ist relevant, ob für einen objektiven Dritten ersichtlich ist, dass es sich bei den Kontakten des Arbeitnehmers innerhalb des sozialen Mediums um Kunden und Geschäftspartner handelt, was bejaht wird, wenn aus dem Auftritt des Arbeitnehmers im sozialen Medium eindeutig

---

<sup>42</sup> Vgl. *Lützel/Bissels*, ArbRAktuell 2011, 499 S. 500.

<sup>43</sup> BAG v. 16.03.1982 – 3 AZR 83/79 = BeckRS 9998, 150652;  
BAG v. 15.12.1987 – 3 AZR 474/86, AP Nr. 1 zu § 611 Betriebsgeheimnis = BeckRS 9998, 150652;  
BAG v. 15.12.1987 – 3 AZR 474/86, AP Nr. 5 zu § 611 Betriebsgeheimnis = BeckRS 9998, 150653.

<sup>44</sup> Vgl. *Richardi/Fischinger*, Staudinger § 611 BGB Rn. 1202.

<sup>45</sup> Vgl. *Richardi/Fischinger*, Staudinger § 611 BGB Rn. 1202.

<sup>46</sup> BGH v. 19.02.2002 – I ZR 119/00 = NJW-RR 3003, 833;  
BAG v. 15.12.1987 – 3 AZR/86 = BeckRS 9998, 150653.

<sup>47</sup> Vgl. *Frik/Klühe*, DB 2013, 1174 S. 1175.

<sup>48</sup> Vgl. *Frik/Klühe*, DB 2013, 1174 S. 1175.

hervorgeht, dass dieser für den Arbeitnehmer tätig ist.<sup>49</sup> Von Offenkundigkeit ist dann die Rede, wenn eine Ermittlung der Daten in der Öffentlichkeit problemlos möglich ist.<sup>50</sup> Die von § 17 I, II UWG geforderten Motivationen des Arbeitnehmers zur Preisgabe von Informationen sind weitere Voraussetzung für eine Strafbarkeit nach § 17 UWG.

## **b. §§ 242, 241 II BGB**

Auch das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) enthält relevante Normen. So ergibt sich aus der allgemeinen Treupflicht des Arbeitnehmers nach § 242 und § 241 II BGB ein Verbot der Preisgabe von betriebsinternen Geheimnissen.<sup>51</sup>

## **3. Handlungsempfehlungen**

Neben dem Weisungsrecht hat der Arbeitgeber immer noch die Möglichkeit Wünsche, Empfehlungen und Hinweise auf entsprechend anwendbare gesetzliche Anforderungen auszusprechen.<sup>52</sup> Hierfür empfehlen sich sogenannte Social-Media-Guidelines oder –Policies, die eine Leitschnur für das Verhalten der Arbeitnehmer in sozialen Medien darstellen und die Nutzung sozialer Medien im Zuge der Arbeit regeln sollen.<sup>53</sup> Diese können auf der Website des jeweiligen Unternehmens, in internen Netzen oder über Onlineangebote veröffentlicht werden.<sup>54</sup> Sie können durch Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträge festgelegt werden, wobei erstgenannte besonders für bereits laufende Arbeitsverhältnisse sinnvoll ist.<sup>55</sup> Zu unterscheiden oder gegebenenfalls zu unterteilen sind dabei Bereich und Gehalt der Regelung.<sup>56</sup> Hinsichtlich des Gehaltes geben solche Policies die Gelegenheit der Wiederholung

---

<sup>49</sup> Vgl. *Frik/Klühe*, DB 2013, 1174 S. 1175.

<sup>50</sup> Vgl. *Richardi/Fischinger*, Staudinger § 611 BGB Rn. 1202.

<sup>51</sup> Vgl. *Richardi/Fischinger*, Staudinger § 611 BGB Rn. 1201;  
Vgl. *Zintl/Naumann*, NJW-Spezial 2013, 306 S. 306, 307.  
Vgl. *Tödtmann/Kaluza/Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht*, C. 502 Rn. 12.

<sup>52</sup> Vgl. *Lützeler/Bissels*, ArbRAktuell 2011, 499 S. 500.

<sup>53</sup> Vgl. *Broy/Handbuch Arbeitnehmerdatenschutz Teil B IX Rn. 59*;  
Vgl. *Lützeler/Bissels*, ArbRAktuell 2011, 499 S. 501-502.

<sup>54</sup> Vgl. *Schreiber*, NZA-RR 2010, 617 S. 617;  
Vgl. *Broy/Handbuch Arbeitnehmerdatenschutz Teil B IX Rn. 60*.

<sup>55</sup> Vgl. *Broy/Handbuch Arbeitnehmerdatenschutz Teil B IX Rn. 59*;  
Vgl. *Günther*, ArbRAktuell 2013, 223;  
Vgl. *Lützeler/Bissels*, ArbRAktuell 2011, 499 S. 499;  
Vgl. *Schreiber*, NZA-RR 2010, 617 S. 617;  
Vgl. *Leist/Koschker*, BB 2013, S. 2229.

<sup>56</sup> Vgl. *Schreiber*, NZA-RR 2010, 617 S. 618.

gesetzlicher Pflichten sowie der Aufstellung von Verhaltensgrundsätzen konkretisierender und pflichtenbegründender Art.<sup>57</sup>

Der Regelungsbereich lässt sich in einen betriebsinternen und –externen Part aufgliedern.<sup>58</sup> Diese hat das jeweilige Unternehmen festzulegen.

Schlussendlich soll durch derartige Richtlinien das Verantwortungsbewusstsein der Arbeitnehmer verstärkt werden, um etwaige Komplikationen zu vermeiden.<sup>59</sup>

#### **4. Arbeitnehmerpflichten und –rechte**

Der Arbeitnehmer hat eine, sich aus seinem Arbeitsvertrag und § 611 BGB ergebende Pflicht zur Leistungserbringung der Arbeit.<sup>60</sup> Nach einem BAG Urteil ist die private, nicht erlaubte, exzessive oder missbräuchliche Nutzung des Internets während der Arbeitszeit ein Kündigungsgrund, da diese eine schwere Pflichtverletzung darstellt, egal ob der Zugang über dienstliche oder private Endgeräte stattfindet.<sup>61</sup> Jenem Urteil lag die nicht erlaubte Nutzung eines geschäftlichen Computers zu privaten Zwecken zugrunde. Der Arbeitnehmer (Kläger) hatte mit diesem Computer erotische Seiten besucht und Dateien mit erotischem Inhalt auf diesem abgespeichert. Eine unternehmensinterne Ordnung zur privaten Nutzung gab es nicht. Auch hatten andere Mitarbeiter Zugriff auf den PC des Klägers. Letztlich erkannte das Gericht keine Berechtigung zu einer außerordentlichen Kündigung, § 626 BGB, jedoch zu einer ordentlichen Kündigung, §§ 622 ff. BGB, aus verhaltensbedingten Gründen an. Aus diesem höchstrichterlichen Urteil lässt sich eine prinzipielle Pflicht des Arbeitnehmers zum rücksichtsvollen und bewussten Umgang mit den Interessen des Arbeitgebers schließen. Im Interesse des Arbeitgebers liegt es auch, dass der Arbeitnehmer, für dessen Arbeitszeit der Arbeitgeber nicht nur zahlt, sondern mit dessen, innerhalb der Arbeitszeit geleisteten, Arbeitsleistung der Arbeitgeber auch rechnet und kalkuliert. Zum einen bedeutet die private Nutzung unter-

---

<sup>57</sup> Vgl. *Schreiber*, NZA-RR 2010, 617 S. 618.

<sup>58</sup> Vgl. *Schreiber*, NZA-RR 2010, 617 S. 618.

<sup>59</sup> Vgl. *Lützeler/Bissels*, ArbRAktuell 2011, 499 S. 501.

<sup>60</sup> Vgl. *Weidenkaff/Palandt* § 611 Rn. 24-38;

Vgl. *Lakies*, BB 2003 Heft 7 364 S. 364.

<sup>61</sup> BAG v. 31.05.2007 – 2 AZR 200/06 = NZA 2007, 922;

Vgl. *Möller*, Web und Mail privat nutzen?, AuA 5/2007, 280 S. 280.

Vgl. *Frins/Wahlers*, BB 2011, 3126 S. 3131.

nehmenseigener Eigentumsgegenstände eine Pflichtverletzung aus arbeitsvertraglicher Sicht nach § 241 II BGB.<sup>62</sup> Zum anderen stellt der Widerstand des Arbeitnehmers gegenüber dem Direktionsrecht des Arbeitgebers eine Arbeitspflichtverletzung gemäß § 611 BGB dar.<sup>63</sup> Ist eine private Nutzung sozialer Medien durch den Arbeitgeber nicht explizit untersagt, bedeutet eine Privatnutzung eine Pflichtverletzung nach §§ 611 I, 241 II BGB, wobei eine Mahnung erforderlich wird, solange es sich lediglich um eine unbedeutende, minutiöse Nutzung handelt.<sup>64</sup> Mithin ist immer auch auf Art, Ausmaß und Folgen der Nutzung abzustellen.<sup>65</sup>

## 5. Betriebsrat-Mitbestimmungsrechte

Auch der Betriebsrat, sofern einer besteht, hat gemäß dem Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) die Möglichkeit, sich in den Prozess der Bestimmung zur Nutzung sozialer Medien beziehungsweise zur Verhaltensweise der Arbeitgeber in diesen einzubringen, § 87 BetrVG. Ein Recht zur Mitbestimmung der privaten Nutzung sozialer Medien am Arbeitsplatz kommt dem Betriebsrat durch den § 87 I BetrVG zu.<sup>66</sup> Dies jedoch nur dann, wenn nicht nur die gesetzlichen Regelungen in den Bestimmungen wiedergegeben werden.<sup>67</sup> Nach § 87 I Nr. 6 BetrVG kann der Betriebsrat bei der Einführung und Anwendung technischer Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen mitbestimmen, soweit keine gesetzliche oder tarifliche Regelung besteht.<sup>68</sup> Eine derartige Mitbestimmung sollte letztlich durch eine Betriebsvereinbarung nach § 77 BetrVG geschehen.<sup>69</sup> Eine Betriebsvereinbarung ist ein zwischen Betriebsrat und dem Arbeitgeber geschlossener privatrechtlicher Vertrag, der die Angelegen-

---

<sup>62</sup> Vgl. Byers/Mößner, BB 2012, S. 1665 S. 1665;  
Vgl. Göpfert/Wilke, ArbRAktuell 2011, 159 S. 159-160.

<sup>63</sup> Vgl. Byers/Mößner, BB 2012, S. 1665 S. 1665;  
Vgl. Göpfert/Wilke, ArbRAktuell 2011, 159 S. 159-160.

<sup>64</sup> Vgl. Göpfert/Wilke, ArbRAktuell 2011, 159 S. 159-160;  
BAG v. 31.05.2007 – 2 AZR 200/06 = NJW 2007, 2653.

<sup>65</sup> Vgl. Göpfert/Wilke, ArbRAktuell 2011, 159 S. 159-160;  
BAG v. 31.05.2007 – 2 AZR 200/06 = NJW 2007, 2653;  
Siehe dazu auch unten unter *c. Abmahnung und Löschung*.

<sup>66</sup> Vgl. Eufinger, ArbRAktuell, 2015, 340 S. 343.

<sup>67</sup> Vgl. Fuhlrott/Oltmanns, NZA 2016, 785 S. 791.

<sup>68</sup> Vgl. Byers/Mößner, BB 2012, S. 1665 S. 1666;  
Vgl. Lützel/Bissels, ArbRAktuell 2011, 499 S. 501.

<sup>69</sup> Vgl. Möller, Web und Mail privat nutzen?, AuA 5/2007, 280 S. 281.

heiten und Pflichten der Betriebsverfassung und des Betriebes regelt und sich letztlich auch auf die jeweiligen Arbeitsverhältnisse beziehen kann.<sup>70</sup> Diese gelten unmittelbar für jeden Arbeitnehmer, § 77 IV BetrVG. Ihr Vorteil liegt darin, dass sie gekündigt werden können.<sup>71</sup> Ein weiterer Vorteil besteht in der Tatsache, dass die Betriebsvereinbarung zu einer Entbehrlichkeit einer erforderlichen Notwendigkeitsprüfung der Datenerhebung, §§ 28, 32, BDSG, oder Arbeitnehmereinwilligung, § 4a BDSG, führt.<sup>72</sup>

Ob eine technische Einrichtung der Überwachung dienlich ist, ist an der objektiven Verwendung und Eignung der technischen Einrichtung zur Kontrolle der Arbeitnehmer zu prüfen.<sup>73</sup> Unter technischen Einrichtungen werden somit auch Computer zu fassen sein, wenn diese zum Beispiel der Erfassung von Arbeitszeiten dienen. Auch soziale Netzwerke sind als technische Einrichtung i.S.d. § 87 I Nr. 6 BetrVG aufzufassen.<sup>74</sup>

Zu verneinen ist eine Mitbestimmungspflicht des Betriebsrates dann, wenn es um die prinzipielle Frage geht, ob das Internet und damit auch soziale Medien während der Arbeitszeit genutzt werden dürfen.<sup>75</sup> Dies stellt sich dann anders dar, wenn das „Wie“ der Nutzung bestimmt wird.<sup>76</sup> Die Regelungsbefugnis des Betriebsrates hat dort seine Grenzen, wo es um den Bereich des privaten Lebens der Arbeitnehmer geht, zu welchem auch die ethischen und moralischen Grundsätze gezählt werden, weshalb dem Betriebsrat hierfür keine Mitbestimmung zuzusprechen ist.<sup>77</sup> Geht es um die Kontrolle der Arbeitnehmer, kommt dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 I Nr. 6 BetrVG zu.<sup>78</sup> Außerdem darf der Betriebsrat mitbestimmen, wenn es sich um verpflichtende Verstoßmeldungen gegenüber den Arbeitnehmern handelt.<sup>79</sup>

Ob dem Betriebsrat bereits aus § 87 I Nr. 1 BetrVG ein Recht zur Mitbestimmung zukommt, ist umstritten. In erster Linie hängt dies davon ab, ob die genutzten sozialen Medien in einer Art und Weise genutzt werden, dass sie der Ordnung des Betriebes dienen. Einerseits werden soziale Netzwerke zwar meist von Arbeitnehmern

---

<sup>70</sup> Vgl. *Korstock; Kainz/Creifelds* – „Betriebsvereinbarung“.

<sup>71</sup> Vgl. *Waltermann*, NZA 2007, 529 S. 530.

<sup>72</sup> Vgl. *Fuhlrott/Oltmanns*, NZA 2016, 785 S. 791.

<sup>73</sup> Vgl. *Eufinger*, ArbRAktuell, 2015, 340 S. 342.

<sup>74</sup> Vgl. *Eufinger*, ArbRAktuell, 2015, 340 S. 342.

<sup>75</sup> LAG Hamm v. 07.04.2006 – 10 TaBV 1/06 = NZA-RR 2007, 20.

<sup>76</sup> LAG Hamm v. 07.04.2006 – 10 TaBV 1/06 = NZA-RR 2007, 20.

<sup>77</sup> Vgl. *Lützeler/Bissels*, ArbRAktuell 2011, 499 S. 501.

<sup>78</sup> Vgl. *Raif/Bordet*, AuA 2/2010 S. 88 S. 89.

<sup>79</sup> Vgl. *Lützeler/Bissels*, ArbRAktuell 2011, 499 S. 501.

unterhalten, diese nutzen das Netzwerk aber zum Beispiel auch zur nicht unternehmensinternen Kommunikation.<sup>80</sup> Andererseits gilt eine außerberufliche Nutzung als irrelevant, insofern zum Beispiel Verhaltensleitfäden in dem jeweiligen sozialen Medium veröffentlicht sind und die Nutzung der Medien der Informationsüberbringung an den Arbeitgeber dient.<sup>81</sup>

## 6. Betriebliche Übung

Fraglich ist auch, ob nicht gar eine (zukünftige) Rechtsbindung daraus entsteht, dass der Arbeitgeber die private Nutzung der sozialen Medien oder des Internets durch den Arbeitgeber geschehen lässt, ergo duldet und dieses so zur betrieblichen Übung wird.<sup>82</sup> Dies ist stark umstritten. Nach der Vertrauens Theorie, basierend auf § 242 BGB, entfacht der Arbeitgeber beim Arbeitnehmer das Vertrauen, sich auch zukünftig zu einer Handlungsweise verpflichten zu wollen, indem er eine gleichmäßige tatsächliche Praxis pflegt.<sup>83</sup> Dieser Ansicht steht die Vertragstheorie entgegen. Nach jener führt die vorbehaltlose, wiederholte Leistungsgewährung zu einem schutzwürdigen Arbeitnehmervertrauen auf dauerhafte Gewährung, wenn der Arbeitgeber über längere Zeit von dem Arbeitnehmerverhalten Kenntnis hat und dieses hinnimmt.<sup>84</sup> Als Mindestzeitraum, der zur der Annahme einer betrieblichen Übung notwendig ist, wird eine Zeit von sechs bis zwölf Monaten gesehen.<sup>85</sup>

Schließlich hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, die betriebliche Übung zu beenden. Dies ist ihm auf mehreren Wegen möglich. Einerseits durch abändernde Individualvereinbarungen oder Änderungskündigungen.<sup>86</sup> Der große Nachteil dieser besteht darin, dass sie mit jedem Arbeitnehmer einzeln getroffen werden müssen, es sei denn, dass die Prinzipien der ablösenden Betriebsvereinbarung oder gegenläufigen betrieblichen Übung nicht relevant sind und keine Widerrufs- oder Freiwilligkeitsvorbehalte bestehen. Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalte geben dem Arbeitgeber einen gewissen Freiraum hinsichtlich einer möglichen Korrektur

---

<sup>80</sup> Vgl. *Eufinger*, ArbRAktuell, 2015, 340 S. 341, 342.

<sup>81</sup> Vgl. *Eufinger*, ArbRAktuell, 2015, 340 S. 341, 342.

<sup>82</sup> Siehe dazu für die folgenden Ausführungen *Waltermann*, NZA 2007, 529 S. 529 ff.

<sup>83</sup> Vgl. *Preis/Arbeitsrecht*, § 18 S. 230;

Vgl. *Barton*, NZA 2006, 460 S. 461.

<sup>84</sup> Vgl. *Müller-Glöge/MüKo1*;

Vgl. *Barton*, NZA 2006, 460 S. 461;

Vgl. *Preis/Arbeitsrecht*, § 18 S. 231.

<sup>85</sup> Vgl. *Barton*, NZA 2006, 460 S. 461.

<sup>86</sup> Vgl. für die folgenden Ausführungen *Barton*, NZA 2006, 460 S. 463.

der betrieblichen Übung, welcher bei einem Widerrufsvorbehalt jedoch geringer ist als bei einem Freiwilligkeitsvorbehalt.<sup>87</sup>

Letztlich kommen Implementierungen gegenläufiger, will heißen negative, betriebliche Übung in Betracht, wobei die Aufhebung betrieblicher Übung die gleichen Voraussetzungen wie deren Entstehung hat.<sup>88</sup>

Zusätzlich besteht noch die Option der Aufhebung betrieblicher Übungen.<sup>89</sup>

## **VI. Regelungspunkte**

Als Regelungspunkte müssen einerseits die Freizeit und andererseits das Verhalten während der Arbeitszeit geregelt werden.

Eine Trennung von Arbeitsverhältnis und der Nutzung sozialer Medien, für berufliche oder private Zwecke, ist zwischenzeitlich kaum noch möglich. Eine solche Trennung von beruflichen und privaten Betätigungen sowie Handlungen ist jedoch zwingend notwendig.<sup>90</sup> Dass diese Grenzen der privaten und beruflichen Sphäre in sozialen Medien schwimmend sind, sogar teils überhaupt nicht existent, zeigen aktuelle Rechtsprechungen. So befasste sich das Arbeitsgericht Düsseldorf mit einem besonders interessanten Fall.<sup>91</sup> Eine Auszubildende ließ sich bei einem Arzt krankschreiben, um anschließend in den Urlaub zu fliegen. Dies postete sie mit den Worten „Ab zum Arzt und dann Koffer packen“<sup>92</sup> auf Facebook, woraufhin ihr fristlos gekündigt wurde, nachdem der Arbeitgeber das Posting gesehen hatte. Dieser Fall, der nach dem Gutetermin, in welchem das Gericht dem Arbeitgeber Recht gab, in einem Vergleich endete, wirft die Frage auf, inwiefern es dem Arbeitgeber erlaubt ist, Einsicht in das Agieren seiner Arbeitnehmer in sozialen Medien zu erlangen. Dies ist deshalb höchst fraglich, da viele Arbeitnehmer soziale Medien auch während ihrer Arbeitszeit nutzen.<sup>93</sup>

Problematisch ist diese Frage insbesondere dann, wenn ein Arbeitnehmer über einen privaten Account Kontakt zu Geschäftspartnern oder Kunden hat.<sup>94</sup>

---

<sup>87</sup> Vgl. Barton, NZA 2006, 460 S. 463-464.

<sup>88</sup> Vgl. Barton, NZA 2006, 460 S. 464-465.

<sup>89</sup> Vgl. Barton, NZA 2006, 460 S. 465-466.

<sup>90</sup> Vgl. Broy/Handbuch Arbeitnehmerdatenschutz Teil B IX Rn. 65.

<sup>91</sup> ArbG Düsseldorf v. 25.08.2011 – 7 Ca 2591/11 = ArbRAktuell 2011, 499.

<sup>92</sup> ArbG Düsseldorf v. 25.08.2011 – 7 Ca 2591/11 = ArbRAktuell 2011, 499.

<sup>93</sup> Vgl. Lützeler/Bissels, ArbRAktuell 2011, 499 S. 499.

<sup>94</sup> Vgl. Frik/Klühe, DB 2013, 1174 S. 1174.

Ebenso interessant ist die Entscheidung des Arbeitsgerichtes Bochum aus dem Jahre 2012.<sup>95</sup> In diesem Verfahren hatte der Kläger, ein Auszubildender der Beklagten, gegen die fristlose Kündigung dieser geklagt. Auf Facebook hatte der Kläger unter anderem in den Informationen zu seiner Person folgendes angegeben: „Arbeitgeber: menschen-schinder & ausbeuter“<sup>96</sup>. Fraglich war auch hier, ob das Verhalten respektive die Äußerungen des Klägers einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 I BGB darstellen. Der wichtige Grund des § 626 I BGB wird laut den Entscheidungsgründen des Gerichtes in zwei Phasen geprüft. Die erste verlangt einen Sachverhalt, der auch ohne die entsprechenden besonderen Einzelfallumstände als ein wichtiger Grund zur Kündigung anzusehen ist. Danach erfolgt die Prüfung, ob das Arbeitsverhältnis fortgesetzt werden kann, in Anbetracht einer Zumutbarkeit durch Interessenabwägung und mit Berücksichtigung der Einzelfallumstände. Der wichtige Grund wird in einem derartigen Fall ebenfalls an den Grundsätzen des § 22 II Nr. 1 BBiG geprüft. Prinzipiell sah das Gericht eine derartige grobe Beleidigung durch einen Auszubildenden als geeigneten Rechtfertigungsgrund für eine fristlose Kündigung an. Jedoch ist in einem Ausbildungsverhältnis ein besonderer Hinweis des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer (Auszubildenden) auf sein Fehlverhalten notwendig, welcher im vorliegenden Verfahren nicht getätigt wurde und weshalb das Gericht die fristlose Kündigung für ungerechtfertigt erachtete.

Es lässt sich also schlussfolgern, dass Beleidigungen gegenüber dem Arbeitgeber dem Arbeitnehmer auch nicht in der rein privaten Nutzung sozialer Medien erlaubt sind und dies unter bestimmten Umständen einen Kündigungsgrund darstellen kann.

Betrachtet man die private Nutzung sozialer Medien während der Arbeit, kann diese vom Arbeitgeber untersagt werden.<sup>97</sup> Bezogen auf soziale Netzwerke greifen dabei die Grundsätze der Nutzung von privatem Internet und E-Mails während der Arbeitszeit.<sup>98</sup> Ist die Nutzung des Internets privater Art am Arbeitsplatz erlaubt, gilt diese Erlaubnis auch für die Nutzung sozialer Netzwerke.<sup>99</sup> Hierbei gilt es, das

---

<sup>95</sup> ArbG Bochum, v. 29.03.2012 – 3 Ca 1283/11 = BeckRS 2012, 70844.

<sup>96</sup> ArbG Bochum, v. 29.03.2012 – 3 Ca 1283/11 = BeckRS 2012, 70844.

<sup>97</sup> Vgl. Tödtmann/Kaluza/Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, C. 502 Rn. 6.

<sup>98</sup> Vgl. Tödtmann/Kaluza/Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, C. 502 Rn. 6.

<sup>99</sup> Vgl. Tödtmann/Kaluza/Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, C. 502 Rn. 7.

grundrechtlich in Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG geschützte Recht auf Persönlichkeit des Arbeitnehmers und die Interessen des Arbeitgebers respektive des Unternehmens abzuwägen.<sup>100</sup>

Dagegen hat der Arbeitgeber keinerlei Recht auf Mitbestimmung hinsichtlich der Art der ausschließlich privaten Nutzung sozialer Medien.<sup>101</sup>

Fraglich ist dann jedoch, wann eine private und wann eine geschäftliche Nutzung vorliegt. Eine geschäftliche Benutzung ist zu bejahen, wenn der Arbeitnehmer (ersichtlich) für das Unternehmen, also mit einem geschäftlichen Account, oder erkennbar für den Arbeitgeber handelt.<sup>102</sup> Eine private Nutzung ist dagegen dann ersichtlich, wenn ein privates Profil persönlich, also rein privat, genutzt wird, und somit die private Sphäre berührt und dies nicht dienstlich veranlasst wird.<sup>103</sup>

Ebenso fraglich ist, ob eine Nutzung sozialer Medien vom Arbeitgeber verlangt werden kann. Prinzipiell ist dies zu verneinen. Insbesondere sind Anweisungen bezüglich der Art der privaten Nutzung sozialer Medien und der Nutzung privater sozialer Netzwerke unzulässig.<sup>104</sup> Der Arbeitnehmer würde durch die Preisgabe, zur Registrierung notwendiger, persönlicher Daten, welche dem Unternehmen dann zugänglich wären, in seinem Persönlichkeitsrecht, Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG, verletzt werden.<sup>105</sup> Jedoch ist dies anders zu betrachten, wenn die Nutzung von sozialen Medien gerade der Erfüllung und Leistung der Arbeit dient, wie dies zum Beispiel bei Arbeitnehmer der Abteilung Public Relations der Fall sein kann.<sup>106</sup>

Anders begibt es sich hinsichtlich der Nutzung sozialer Netzwerke, wenn diese zur Betreuung geschäftlicher Kontakte genutzt werden sollen. Hier erkennt das BVerwG und das LAG Schleswig-Holstein eine Zulässigkeit der Veröffentlichung von Daten wie Kontaktdaten, Namen und Funktionen an, woraus sich die Befugnis

---

<sup>100</sup> Vgl. Möller, Web und Mail privat nutzen?, AuA 5/2007, 280 S. 281.

<sup>101</sup> Vgl. Tödtmann/Kaluza/Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, C. 502 Rn. 11.

<sup>102</sup> Vgl. Tödtmann/Kaluza/Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, C. 502 Rn. 10.

<sup>103</sup> Vgl. Olbert, Kein Platz mehr für verbotene Internetnutzung, AuA 2/2008, 76 S. 77;  
Vgl. Tödtmann/Kaluza/Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, C. 502 Rn. 10.

<sup>104</sup> Vgl. Panzer-Heemeier, Betriebsvereinbarungen Rn. 116;

Vgl. Oberwetter, NJW 2011, 417 S. 418;

Vgl. Eufinger, ArbRAktuell, 2015, 340 S. 343.

<sup>105</sup> Vgl. Oberwetter, NJW 2011, 417 S. 418;

Vgl. Panzer-Heemeier, Betriebsvereinbarungen Rn. 117;

Vgl. Tödtmann/Kaluza/Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, C. 502 Rn. 15.

<sup>106</sup> Vgl. Tödtmann/Kaluza/Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, C. 502 Rn. 15.

des Arbeitgebers zur Anweisung einer Erstellung eines teilweisen Profils herleiten lässt.<sup>107</sup> Fertigt der Arbeitnehmer Kopien der durch soziale Netzwerke gewonnenen Kundendaten an, um diese (privat) zu nutzen, zum Beispiel für die Kontaktherstellung in sozialen Medien, ist dies nach § 17 II Nr. 2 UWG aufgrund der Beschaffung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen strafbar.<sup>108</sup>

Ebenso ist es dem Arbeitnehmer durch entsprechende Normierungen des Wettbewerbschutzes und des Strafrechts rechtlich untersagt, auch in seiner Freizeit (Betriebs-)Geheimnisse preis zu geben oder den Arbeitgeber zu beleidigen oder falsche Tatsachen zu unterstellen, obwohl der Arbeitgeber keinerlei Befugnisse hat, dessen rein freizeitliche Nutzung von sozialen Medien zu regeln<sup>109</sup>,

## **VII. Arbeitsrechtliche Relevanz**

Ob das Tun und Handeln eines Arbeitnehmers in sozialen Medien tatsächlich arbeitsrechtliche Relevanz hat, ist nicht immer offensichtlich. Entsprechend muss dies ermittelt werden.

### **1. Pflichtverletzung**

Durch die im Lüth-Urteil anerkannte Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf das Privatrecht, ist auch eine mittelbare Wirkung dieser auf das Arbeitsrecht zu bejahen, weshalb die Meinungsfreiheit (Formalbeleidigung oder Schmähkritik nicht mit inbegriffen<sup>110</sup>), Art. 5 I 1 Hs. 1 GG, auch auf dieses Anwendung findet.<sup>111</sup> Begrenzt wird die Meinungsfreiheit unter anderem durch die allgemeinen Gesetze, Art. 5 II GG, zu welchen auch die grundlegenden Arbeitsrechtsgrundsätze zählen.<sup>112</sup>

---

<sup>107</sup> BVerwG v. 12.03.2008 - 2B 131.07, 2 B 131/07 = BeckRS 2008, 33735;

LAG Schleswig-Holstein v. 23.01.2008 - 3 Sa 305/07 = BeckRS 2008, 51975.

<sup>108</sup> Vgl. *Greßlin/Römermann*, BB 2016, 1461 S. 1466.

<sup>109</sup> Siehe oben unter VI. *Regelungspunkte*.

<sup>110</sup> BAG v. 24.06.2004 – 2 AZR 63/03 = NZA 2005, 158 (insbes. S. 161).

<sup>111</sup> BVerfG v. 15.01.1958 – 1 BvR 400/51 = NZA 2016, 785.

<sup>112</sup> BAG v. 24.11.2005 – 2 AZR 584/04 = NZA 2006, 650;

Vgl. *auch Oetker*, RdA 2004, 8 S. 17-19.

### a. Auslegung

Das Vorliegen einer Pflichtverletzung muss durch Auslegung ermittelt werden.<sup>113</sup> Zuerst muss festgestellt werden, ob eine Meinung vorliegt. Unproblematisch ist dies meistens, wenn es sich um Äußerungen in Form von sogenannten Postings, als Kundgabe von Texten oder anderen medialen Inhalten, handelt. Jedoch beschränkt sich das Agieren der Teilnehmer sozialer Medien nicht nur auf das Verfassen von Postings, sondern auch das Ausdrücken von Zustimmung in bestimmter Form. In vielen sozialen Netzwerken gibt es neben dem Kommentieren von Postings die Möglichkeit, einen Beitrag mit einem „Like“ zu versehen, was mit einem Daumen nach oben gleichzusetzen ist. Ebenso kann man den Beitrag eines anderen Nutzers einfach teilen. Das ist dann wie ein Zitat zu verstehen und drückt ebenfalls Zustimmung aus. Das soziale Netzwerk Facebook hat darüber hinaus neben dem „Gefällt Mir“-Button andere Buttons eingeführt, die für verschiedene Gefühlsempfindungen, wie Trauer, stehen. Strittig ist nun, ob das Reagieren auf das Posting eines anderen Nutzers in Form von Gefühlsdarstellungen durch ein Like oder Emoji (auf Gefühle, Sachen oder Situationen hinweisende Piktogramme), als Meinungsäußerung zu deklarieren ist. Auf der einen Seite drücken die Aktionen, die keinen eigenen Posting oder Kommentar des Profilnutzers beinhalten, keine ausdrückliche eigene kundgetane Meinung dessen aus. So das Arbeitsgericht Dessau-Roßlau im Jahre 2012.<sup>114</sup> Hier hatten sich Klägerin und Beklagte über die Kündigung der Klägerin durch die Beklagte (Sparkasse) gestritten. Nachdem Klägerin und Beklagte einen Aufhebungsvertrag geschlossen hatten, um das Arbeitsverhältnis zu beenden, hatte sich der Gatte der Klägerin über das soziale Netzwerk Facebook in negativer Weise über den Arbeitgeber der Klägerin geäußert. Die Klägerin hatte den Beitrag ihres Mannes mit ihrem Facebook-Profil mit einem Gefällt-Mir versehen, woraufhin ihr die Beklagte fristlos und hilfsweise fristgemäß kündigte. Die unter anderer entscheidender Frage war, ob das Liken des Beitrages einen Grund zur fristlosen Kündigung darstellt. § 626 I BGB fordert hierfür eine Tatsache, aufgrund derer dem Kündigenden, unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile, die Fortsetzung des Dienstverhältnisses zugemutet werden kann. Das Gericht kam zu dem Schluss, dass eine der-

---

<sup>113</sup> Vgl. *Fuhlrott/Oltmanns*, NZA 2016, 785 S. 786-787;

Zum Lüth Urteil: BVerfG v. 15.01.1958 – 1 BvR 400/57 = NJW 1958, 257.

<sup>114</sup> ArbG Dessau-Roßlau v. 21.03.2012 – 1 Ca 148/11 = BeckRS 2012, 69099.

artige Pflichtverletzung prinzipiell als Rechtfertigungsgrund einer fristlosen Kündigung ungeeignet sei, falls ein langes (hier 25-jähriges) Arbeitsverhältnis zwischen Beklagter und Klägerin besteht. Letztlich rechtfertige ein derartiges Verhalten lediglich eine Abmahnung.

Dies spricht dafür, dass ein solches Agieren nicht als Meinung zu betrachten ist. Auf der anderen Seite werden Beiträge, die mehrmals geliked (mit „Gefällt Mir“ versehen) oder geteilt wurden, als relevanter betrachtet. Ebenso verwenden viele soziale Medien einen Algorithmus, der dazu führt, dass wenn Beiträge häufig oder von Freunden geliked wurden, diese einem selber (priorisiert) angezeigt werden. Dies spricht für eine gewisse Art der Meinungsäußerung. Ebenso ist es einem Nutzer (User) möglich, Beiträge zu kommentieren und dazu seine eigene Meinung zu der Meinung eines anderen Users kund zu tun. Auch dies spricht dafür, dass derartiges Agieren als Meinungsäußerung zu betrachten ist.

Nach meiner Ansicht ist eine differenziertere Betrachtung notwendig. Es kann nicht prinzipiell davon ausgegangen werden, dass das Gefällt-Mir-Drücken (Liken) eine Meinung darstellt. Hierzu ein kurzes Beispiel: Liked man das Bild eines Baumes wird man kaum sagen, dass dies eine Meinung darstellt; höchstens stellt dies das Gefallen des Nutzers an dem Bilde dar, was jedoch nach meiner Meinung nicht als Meinung zu deklarieren ist. Ebenso werden die genannten Funktionen nicht so bedacht genutzt, wie man Worte wählt. Folglich ist eine Einzelfallbetrachtung notwendig. Ein Pauschalisieren, das für oder gegen eine Meinungsäußerung spricht, halte ich für ablehnenswert.

## **b. Adressaten**

Des Weiteren ist wohl bedeutend, an wen sich die entsprechende Interaktion richtet und wen sie schlussendlich erreicht.<sup>115</sup> Wann und ob eine Äußerung vertraulich ist, ist strittig. Eine Ansicht verneint eine Vertraulichkeit innerhalb sozialer Netzwerke von Grund auf: erstens vergesse das Internet nicht, zweitens sei eine Kontrolle über die Verbreitung der Äußerung schwierig bis unmöglich.<sup>116</sup> Einer anderen Meinung nach findet das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG, Anwendung, wodurch die Äußerung prinzipiell vertraulich und schützenswert wäre,

---

<sup>115</sup> Vgl. Kort, NZA 2012, 1321 S. 1322-1323.

<sup>116</sup> Vgl. Byers/Mößner, BB 2012, S. 1665 S. 1665;

Vgl. Kort, NZA 2012, 1321 S. 1322-1323;

LAG Berlin-Brandenburg v. 18.08.2008 – 10 TaBV 885/08 = BeckRS 2009, 55187.

wenn sich der Äußernde in einem Kreis der Vertraulichkeit, wie der Familie oder unter Kollegen befindet.<sup>117</sup> Eine dritte Ansicht vertritt die Meinung, dass eine Aussage dann zulässiger ist, je mehr der Äußernde seine Privatsphäreneinstellungen reguliert hat; demnach sind die entsprechend getroffenen Vorsichtsmaßnahmen des Users zu berücksichtigen.<sup>118</sup>

Für die erste Ansicht spricht, dass allgemein bekannt ist, dass Daten im Internet nicht verloren gehen. Es lassen sich immer und überall Einträge finden, auch wenn diese gelöscht geglaubt sind. Jedoch hat sich das Internet und mit ihm die sozialen Medien zu einem derart wichtigen Teil des menschlichen Daseins entwickelt, dass es unmöglich erscheint, zu behaupten, dass soziale Medien keinerlei Privatsphäre benötigen würden. Längst haben diese Medien herkömmliche Kommunikationsmöglichkeiten, wie Brief und Telefon, überholt oder gar gänzlich ersetzt. Doch auch für Telefon und Brief bejaht man eine Vertraulichkeit.<sup>119</sup> Sind soziale Netzwerke nun als Nachfolger dieser anzusehen, überzeugt es nicht, dass keine Vertraulichkeit mehr angenommen wird, sodass diese Ansicht nicht überzeugt. Die zweite Ansicht geht darauf ein, dass es vom Personenkreis abhängt, der die Äußerung wahrnehmen kann. Prinzipiell ist zu bejahen, dass ein User wissen sollte, wer seine virtuellen Freunde sind und wie und was er jenen anvertrauen kann. Es kann jedoch nicht sicher festgestellt werden, ob wirklich die Person am Endgerät sitzt, mit der ich meine zu kommunizieren oder meine Äußerungen zu teilen. Die zweite Ansicht ist daher zu eng gefasst. Die letzte Ansicht spricht davon, dass es in der eigenen Verantwortung eines jeden Users liegt, die Einstellungen der Privatsphäre eines sozialen Mediums so einzustellen, dass es den jeweiligen Persönlichkeitsanforderungen entspricht. Dies lässt einen jedoch dahingehend stutzig machen, dass viele User wohl gar nicht darüber im Bilde sind, dass solche Einstellungen vorgenommen werden können oder gar sollen. Letztlich liegt es in der Verantwortung eines jeden Users, seinen erreichbaren Personenkreis selbst auszuwählen, wie jeder, der telefoniert, die Verantwortung hat, die richtige Nummer zu wählen oder bei einem Brief die richtige Adresse zu verwenden. Es ist eindeutig zu bejahen, dass man die getroffenen Vorsichtsmaßnahmen eines Users berücksichtigen muss. Hat jener die ihm zumutbaren Vorkehrungen getroffen, ist ihm seinem Verhalten innerhalb des

---

<sup>117</sup> Vgl. Kort, NZA 2012, 1321 S. 1322-1323;

Vgl. Zintl/Naumann, NJW-Spezial 2013, 306 S. 306.

<sup>118</sup> Vgl. Klinkhammer/Müllejan, ArbRAktuell 2014, 503 S. 504.

<sup>119</sup> Vergleiche dazu den Schutzbereich des Art. 10 GG und § 201 StGB.

sozialen Mediums auch eine entsprechende Vertraulichkeit zuzusprechen. Eine Modifikation der dritten Ansicht wäre daher nach meiner Meinung wünschenswert.

### **c. Abmahnung und Löschung**

Hat sich ein Arbeitnehmer innerhalb eines sozialen Mediums nicht richtig verhalten und hat dies der Arbeitgeber vernommen, so hat der Arbeitgeber dies dem Arbeitnehmer zuerst anzuzeigen und zu tadeln, bevor er ihn abmahnt.<sup>120</sup> Die Notwendigkeit einer Abmahnung folgt aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.<sup>121</sup> Überschreitet der Arbeitgeber jedoch die ihm gestattete minutiöse Social Media-Nutzung, so kann ihm auch direkt, ohne Abmahnung, gekündigt werden, insofern es sich um eine gravierende Verletzung handelt.<sup>122</sup> Wurde eine Pflichtverletzung begangen, kann auch die Löschung des Beitrages einer Äußerung in dem betroffenen sozialen Medium daran nichts mehr ändern.<sup>123</sup> Ausreichend ist schon das für eine juristische Sekunde andauernde Bestehen der Pflichtverletzung.<sup>124</sup>

## **2. Konsequenzen**

Eine Pflichtverletzung von Seiten des Arbeitnehmers hat Konsequenzen zur Folge. Der Arbeitgeber hat dabei verschiedene Möglichkeiten zur Reaktion.<sup>125</sup>

### **a. Arbeitsverhältnisbeendigung**

Neben einer, je nach Umständen gegebenen, ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, mit dem Arbeitnehmer einen Aufhebungsvertrag zu schließen.<sup>126</sup> Der Arbeitgeber hat dann in einem eventuellen Prozess hinsichtlich des Kündigungsschutzes die Beweislast zu tragen und dem Arbeitnehmer sein pflichtwidriges Verhalten nachzuweisen.<sup>127</sup> Für eine Kündigung muss das Verhalten des Arbeitnehmers innerhalb sozialer Medien eine Pflichtverletzung

---

<sup>120</sup> Vgl. Wiese, NZA 2012, 1 S. 4;

Vgl. Raif/Bordet, AuA 2/2010 S. 88 S. 89.

<sup>121</sup> Vgl. Möller, Web und Mail privat nutzen?, AuA 5/2007, 280 S. 281.

<sup>122</sup> BAG v. 31.05.2007 – 2 AZR 200/06 = NJW 2007, 2653;

BAG v. 27.04.2006 – 2 AZR 386/05 = NJW 2006, 2939;

Vgl. Möller, Web und Mail privat nutzen?, AuA 5/2007, 280 S. 281.

<sup>123</sup> LAG Berlin-Brandenburg v. 11.04.2014 – 17 Sa 2200/13 = NZA-RR 2014. 468;

Vgl. Fuhlrott/Oltmanns, NZA 2016, 785 S. 787.

<sup>124</sup> LAG Berlin-Brandenburg v. 11.04.2014 – 17 Sa 2200/13 = NZA-RR 2014. 468;

Vgl. Fuhlrott/Oltmanns, NZA 2016, 785 S. 787.

<sup>125</sup> Vgl. Fuhlrott/Oltmanns, NZA 2016, 785 S. 789-790.

<sup>126</sup> Vgl. Fuhlrott/Oltmanns, NZA 2016, 785 S. 789.

<sup>127</sup> Vgl. Raif/Bordet, AuA 2/2010 S. 88 S. 90.

darstellen.<sup>128</sup> Dass entsprechende Beleidigungen oder herabwürdigende Äußerungen, ebenso wie Volksverhetzungen, schwerwiegende Beleidigungen oder Kredit- und Geschäftsschädigungen, ein, von § 626 I BGB geforderter, wichtiger Grund sein können, zeigen verschiedene Urteile.<sup>129</sup> Ob das entsprechende Verhalten Rechtfertigung für eine Kündigung ist, muss im Zuge einer Prüfung der Zumutbarkeit und Abwägung der Interessen festgestellt werden.<sup>130</sup> Hierbei gilt es, neben den standardisierten Abwägungspunkten (wie Abmahnungen, etc.) die Äußerungsreichweite und den Kreis der Empfänger, die Position im Unternehmen, den Äußerungsgehalt, die Folgen und die Verstöße gegen andere Arbeitsvertragspflichten zu überprüfen.<sup>131</sup> Das Arbeitsgerichtsgesetz fordert in § 2 I Nr. 3d ArbGG einen inneren und nicht zufälligen Zusammenhang von Arbeitsverhältnis und verbotenen Handeln, sodass die Pflichtverletzung gerade die dem Arbeitsverhältnis typische Sphäre berührt.<sup>132</sup>

## **b. Ansprüche**

Ebenso können von Seite des Arbeitgebers Ansprüche zur Beseitigung und Unterlassung gegenüber dem Arbeitnehmer bestehen.

### **aa. Einstweilige Verfügung**

Um seine Interessen und Ansprüche, zum Beispiel auf Löschung eines Eintrages in einem sozialen Netzwerk, durchzusetzen, wird der Arbeitgeber häufig auf die einstweilige Verfügung zurückgreifen, da Hauptsacheverfahren zu viel Zeit in Anspruch nehmen.<sup>133</sup> Der Anspruch auf eine solche Verfügung ergibt sich durch die Pflichtverletzung.<sup>134</sup> Innerhalb des Grundes zur Verfügung, der die Eile begründet, ist die Gefahr der Wiederholung oder Erstbegehung glaubhaft zu machen und offen zu legen.<sup>135</sup>

---

<sup>128</sup> Siehe zur Pflichtverletzung oben unter 4. *Arbeitnehmerpflichten- und Rechte*.

<sup>129</sup> BAG v. 10.12.2009 – 2 AZR 534/08 = NZA 2010, 698;

LAG Hamm v. 10.10.2012 – 3 Sa 644/12 = BeckRS 2012, 74357;

LAG Baden-Württemberg v. 25.03.2009 – 2 Sa 94/08 = BeckRS, 61835;

LAG Berlin v. 28.08.2002 – 9 Sa 659/02 = NZA-RR 2003, 326;

ArbG Hagen v. 16.05.2012 – 3 Ca 257/11 = BeckRS 2012, 71401.

<sup>130</sup> Vgl. *Fuhlrott/Oltmanns*, NZA 2016, 785 S. 789.

<sup>131</sup> Vgl. *Fuhlrott/Oltmanns*, NZA 2016, 785 S. 789.

<sup>132</sup> Siehe auch BGH v. 07.02.1958 – VI ZR 49/57 = BeckRS, 31200939;

Vgl. *Fuhlrott/Oltmanns*, NZA 2016, 785 S. 790.

<sup>133</sup> Vgl. *Fuhlrott/Oltmanns*, NZA 2016, 785 S. 789.

<sup>134</sup> Vgl. *Preis/ErFK*, § 611 BGB Rn. 707.

<sup>135</sup> Vgl. *Fuhlrott/Oltmanns*, NZA 2016, 785 S. 7890.

## **bb. Schadensersatz**

Liegt ein Schaden durch die Pflichtverletzung des Arbeitnehmers vor, kommen des Weiteren auch Ansprüche auf Schadensersatz nach §§ 280 I, 241 II BGB in Betracht, was ein Verschulden seitens des Arbeitnehmers voraussetzt, wobei jedoch ebenso automatisch die prinzipielle Verschuldensvermutung, § 280 I 2 BGB, relevant wird und auch greift.<sup>136</sup> Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch ist das Aufzeigen zum einen von der Pflichtverletzung und ihrer Rechtswidrigkeit, dem Schaden nach § 249 BGB und/oder zuletzt dem entgangenem Gewinn nach § 252 BGB sowie der Kausalität von Schaden, wie entgangenem Gewinn, und der Pflichtverletzung.<sup>137</sup> Die Betriebsbezogenheit des Handelns des Arbeitnehmers geht auch nicht dadurch verloren, dass er grob fahrlässig oder vorsätzlich Pflichten verletzt.<sup>138</sup>

## **cc. Herausgabe von Daten**

Letztlich sind noch entsprechende Ansprüche auf Herausgabe hinsichtlich der Daten der sozialen Medien zu betrachten, wenn der Arbeitgeber den entsprechenden Account eines sozialen Mediums innehat.<sup>139</sup> Als Herausgabeanspruch könnte § 985 BGB in Betracht gezogen werden, sodann der Arbeitgeber als Eigentümer und der Arbeitnehmer als Nutzer des Profils eines sozialen Netzwerkes als Besitzer gelten könnte.

Umstritten ist dies. So zum Beispiel, ob nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Daten, wie Kontakte, dem Arbeitgeber gehören, wenn diesem das Profil gehört oder dem Arbeitnehmer, der diese erlangt hat („jeder Vorteil, den der Beauftragte im inneren Zusammenhang mit der Führung des Geschäftes, nicht nur bei der Gelegenheit, erhält“<sup>140</sup>). Unumstritten ist es dem Arbeitnehmer untersagt, auch nach Beschäftigungsende, interne Daten und Fakten in die Öffentlichkeit zu tragen.<sup>141</sup> Besonders Problematisch ist dies bei gemischt genutzten Accounts. Einer Ansicht nach handelt es sich auch bei solchen (Kunden-)Daten um geschäftliche Daten, die

---

<sup>136</sup> Vgl. Fuhrlott/Oltmanns, NZA 2016, 785 S. 790.

<sup>137</sup> Vgl. Fuhrlott/Oltmanns, NZA 2016, 785 S. 790.

<sup>138</sup> Vgl. Preis/ErfK, § 619a BGB Rn. 12.

<sup>139</sup> Vgl. Fuhrlott/Oltmanns, NZA 2016, 785 S. 790.

<sup>140</sup> BGH v. 19.02.2002 – I ZR 119/00 = NJW-RR 3003, 833.

<sup>141</sup> Vgl. Byers/Mößner, BB 2012, S. 1665 S. 1666.

damit dem Arbeitgeber gehören.<sup>142</sup> Eine andere Ansicht vertritt die Meinung, dass dies nur zutreffend ist, wenn die Daten nur durch berufliche Tätigkeiten zustande gekommen sind und die ausschließlich berufliche Nutzung des Profils offengelegt werden kann.<sup>143</sup> Trägt der Arbeitgeber die Nutzungskosten wie monatliche Account-Gebühren, so stellt sich diese Frage als unproblematisch dar, ist doch der Arbeitgeber Eigentümer des Accounts.<sup>144</sup> Dies andersherum, wenn der Arbeitnehmer die Kosten trägt.<sup>145</sup>

Nach meiner Ansicht sollte ein Eigentum des Arbeitgebers stets bejaht werden. Schließlich hängen für diesen mit den Daten noch andere rechtliche Verpflichtungen und Risiken, wie Datenschutz zusammen.

Letztlich ist eine Herausgabe im ursprünglichen Sinne gar nicht möglich, da die Daten keinen Gegenstand nach § 90 BGB bilden und auch nicht als Gegenstand ausgedrückt werden können.<sup>146</sup> Dies wird auch durch § 312f III BGB deutlich. Für diese Daten, die wohl digitale Inhalte im Sinne des § 312f III BGB sind, kann die Definition dessen herangezogen werden, sodass diese als auf einem körperlichen Datenträger befindliche Daten, die in digitaler Form hergestellt und bereitgestellt werden, zu bezeichnen sind und ergo eben keine Gegenstände sind.

### **(1) Herausgabe-Voraussetzungen**

Anspruchsgrundlage für einen derartigen Anspruch kann demnach nicht § 985 BGB sein. Bei einer Herausgabe hinsichtlich der erlangten Daten liegt jedoch ein Anspruch analog aus § 667 BGB am nächsten.<sup>147</sup> Eine Analogie erfordert eine planwidrige Rechtslücke sowie vergleichbare Interessenlagen, welche hier bejaht werden können.<sup>148</sup> Demnach ist der Beauftragte verpflichtet, dem Auftraggeber alles, was er zur Ausführung des Auftrages erhält und was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, herauszugeben, § 667 BGB. Wendet man § 667 BGB nun analog auf

---

<sup>142</sup> BGH v. 19.02.2002 – I ZR 119/00 = NJW-RR 3003, 833;  
Vgl. Broy/Handbuch Arbeitnehmerdatenschutz Teil B IX Rn. 64;  
Vgl. Hoffmann-Remy/Tödtmann, NZA 2016, 792, S. 793-795.

<sup>143</sup> ArbG Hamburg v. 24.01.2013 = BeckRS 2013, 68150;  
Vgl. Hoffmann-Remy/Tödtmann, NZA 2016, 792, S. 793-795.

<sup>144</sup> Vgl. Frik/Klühe, DB 2013, 1174 S. 1175.

<sup>145</sup> Vgl. Frik/Klühe, DB 2013, 1174 S. 1175.

<sup>146</sup> Vgl. Frik/Klühe, DB 2013, 1174 S. 1175.

<sup>147</sup> BGH v. 26.02.2009 – I ZR 28/06 = BeckRS 2009. 09800;  
Vgl. Ernst, CR 2012, 276 S. 278.

<sup>148</sup> Vgl. Brox/Walker Rn. 66 ff.

den Fall der Daten aus sozialen Medien an, so würde er wie folgt lauten: Der Arbeitnehmer hat dem Arbeitgeber alles herauszugeben, was er aus der Anstellung (dem inneren Zusammenhang) erlangt, § 667 Alt. 2 BGB analog.<sup>149</sup> Etwas erlangt bedeutet in diesem Fall jeder vermögenswerte Vorteil, den der Arbeitnehmer aus seiner Tätigkeit beim Arbeitgeber erhalten hat.<sup>150</sup> Dieser Vorteil kann jeglicher Art sein.<sup>151</sup>

## **(2) Arbeitsverhältnisbezug**

Durch die weite Definition des Erlangten, siehe oben, sind auch die Kontakte und deren Daten aus sozialen Medien beziehungsweise aus sozialen Netzwerken hierunter mit zu fassen.<sup>152</sup> Hat der Arbeitgeber seine Kontakte während seiner beruflichen Tätigkeit oder auf einem geschäftlichen Account geknüpft, gelten diese als dem Arbeitsverhältnis entsprungen.<sup>153</sup> Der bereits oben erwähnte innere Zusammenhang zwischen Kontakt und Arbeitsverhältnis muss auch hier wieder bestehen. Dieser ist besonders dann fraglich, wenn der Kontakt nur indirekt über den Arbeitgeber respektive das Arbeitsverhältnis hergestellt wurde.<sup>154</sup>

## **(3) Folgen**

Besteht der oben erwähnte Zusammenhang, führt dies zu entsprechenden Rechtsfolgen.

Erstens hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die im sozialen Medium erlangten Informationen zu offenbaren und preiszugeben.<sup>155</sup> Ob der Arbeitgeber darüber hinaus seine Kontaktinformationen bei einem privaten Account auch vernichten muss, ist umstritten. Der einen Ansicht nach handelt es sich bei allen erlangten Daten, die einen engeren Bezug zu der Tätigkeit im Beruf des Arbeitnehmers haben, um Eigentum des Arbeitgebers, weshalb dieser die Daten auch zu vernichten hat.<sup>156</sup> Gegen eine Löschungspflicht spricht, dass die Daten dem Arbeitgeber auch als indivi-

---

<sup>149</sup> Vgl. *Frik/Klühe*, DB 2013, 1174 S. 1175.

<sup>150</sup> Vgl. *Mansel/Jauernig* BGB §667 BGB Rn. 3-4.

<sup>151</sup> Vgl. *Seiler/MüKo* § 667 Rn. 4.

<sup>152</sup> Vgl. *Frik/Klühe*, DB 2013, 1174 S. 1176.

<sup>153</sup> Vgl. *Frik/Klühe*, DB 2013, 1174 S. 1176.

<sup>154</sup> Vgl. *Frik/Klühe*, DB 2013, 1174 S. 1176.

<sup>155</sup> Vgl. *Frik/Klühe*, DB 2013, 1174 S. 1176.

<sup>156</sup> BGH v. 28.10.1965 – VII ZR 290/63 = BeckRS 1965, 31178263.

duelle Person zustanden, da ein privater Account nicht (nur) zu geschäftlichen Zwecken verwendet wird.<sup>157</sup> Allein schon die Tatsache, dass die Informationen sich auf einem privaten, persönlichen Account des Arbeitnehmers befinden, spricht gegen eine Löschungspflicht.<sup>158</sup> Zuletzt ist für die meisten sozialen Medien, insbesondere Netzwerke eine Art Identifikation notwendig, wobei eine Person eine sogenannte Freundschaftsanfrage stellt, die von der anderen Person angenommen werden muss, und was insofern rein auf die Person des Arbeitgebers gerichtet ist und nicht auf dessen Tätigkeit.<sup>159</sup>

Nach meiner Meinung müsste man eine Einschätzung für jeden einzelnen Kontakt vornehmen und in jedem Einzelfall entscheiden, wie mit dem jeweiligen Kontakt zu verfahren ist. Dies stellt bei den heutigen Anzahlen der Kontakte von Nutzern der sozialen Medien einen enormen Aufwand dar, sind doch mehrere Hundert Kontakte pro Nutzer nicht ungewöhnlich. Deshalb spreche ich mich nicht für eine allgemeine Pflicht oder keine Pflicht zur Löschung aus, sondern plädiere für eine Entscheidung, die auf einer Tendenz basiert. Hat der Arbeitnehmer fast ausschließlich oder tendenziell mehr Kontakt, die seiner beruflichen Tätigkeit entstammen, so wird er diese auch zu löschen haben. Prinzipiell folge ich aber nach wie vor der oben erwähnten Auffassung, dass aufgrund der Risiken und Verpflichtungen, die der Arbeitgeber zu tragen hat, diesem die Daten prinzipiell, und insbesondere in unklaren Eigentumssituation, als Eigentümer zuzurechnen sind.

#### **(4) Vertragsregelungen**

Möglich ist auch eine Regelung per Vertrag. Denkbar ist die Festsetzung einer solchen Regelung im Arbeitsvertrag oder in einem Auflösungsvertrag, §§ 9, 10 KSchG.<sup>160</sup> Jedoch haben auch solche Regelungen Grenzen. Eine derartige Regelung könnte einem Wettbewerbsverbot nach § 74 HGB gleichkommen.<sup>161</sup> Das Wettbewerbsverbot unterliegt jedoch den in § 74 II HGB genannten Voraussetzungen, welche im Falle der Bejahung einer Gleichheit von vertraglicher Regelung und Wettbewerbsverbot auch auf die vertragliche Regelung anzuwenden wären.

---

<sup>157</sup> Vgl. *Frik/Klühe*, DB 2013, 1174 S. 1176.

<sup>158</sup> Vgl. *Frik/Klühe*, DB 2013, 1174 S. 1176.

<sup>159</sup> Vgl. *Frik/Klühe*, DB 2013, 1174 S. 1176.

<sup>160</sup> Vgl. *Hinrichs/Hörtz*, NJW 2013, 648 S. 653.

<sup>161</sup> Vgl. *Frik/Klühe*, DB 2013, 1174 S. 1177.

Fraglich ist zudem, ob es dem Arbeitnehmer gestattet sein soll, die Kontakte über einen anderen Account wieder aufzunehmen und wenn ja, auf welche Art.<sup>162</sup> Diese Frage wird wohl gerade Auswirkungen auf die Frage der Gleichheit von Regelung und Wettbewerbsverbot haben.

## **(5) Wettbewerbs- und Datenschutzrecht**

Zu beachten sind auch Wettbewerbs- und Datenschutzrechte. Diese werden hier jedoch nicht weiter vertieft.<sup>163</sup>

### **c. Strafanzeige**

Schlussendlich steht dem Arbeitgeber noch die Möglichkeit offen, gegebenenfalls Strafantrag oder –anzeige zu stellen. Gemäß § 17 UWG sind Gründe hierfür die Verletzung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen.<sup>164</sup> Daneben kommen auch Rassismus nach § 130 StGB, sexuelle Übergriffe nach den §§ 184 ff. StGB, oder datenbezogene Vertraulichkeitsverletzungen nach den §§ 201 ff. StGB in Betracht.<sup>165</sup> Bezüglich der Nutzung von sozialen Medien sind vor allem Ehrdelikte nach den §§ 185 ff. StGB relevant.<sup>166</sup>

Nach meiner Ansicht sollte ein Arbeitgeber Strafanzeigen in gegebenen Situationen ernsthaft in Betracht ziehen, da diese auch Dokumentations- und Positionierungszwecken dienen, welche ihm in zivilrechtlichen Prozessen hilfreich sein können.<sup>167</sup>

## **VIII. Neue gesetzliche Regelungen**

### **1. Bundesdatenschutzgesetz-Entwurf (BDSG-E)**

Bisher sind die Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz des BDSG recht unklar und unzureichend formuliert. Deshalb wurde ein Gesetzesentwurf zur Ergänzung des BDSG geschaffen (BDSG-E vom 25.08.2010<sup>168</sup>), der neben einer Überarbeitung des Nukleus des Datenschutzrechtes, § 32 BDSG, die Einführung der §§ 32a - 32l BDSG-E enthält, die einer Konkretisierung beitragen soll.<sup>169</sup> Die

---

<sup>162</sup> Vgl. Frik/Klühe, DB 2013, 1174 S. 1177.

<sup>163</sup> Vgl. Ventura-Heinrich, JA, 2013, 130 S. 131 ff.

<sup>164</sup> Vgl. Fuhlrot/Oltmanns, NZA 2016, 785 S. 790.

<sup>165</sup> Vgl. Fuhlrot/Oltmanns, NZA 2016, 785 S. 790.

<sup>166</sup> Vgl. Fuhlrot/Oltmanns, NZA 2016, 785 S. 790.

<sup>167</sup> Gleicher Ansicht: vgl. Fuhlrot/Oltmanns, NZA 2016, 785 S. 790.

<sup>168</sup> Vgl. Bundesministerium des Innern, BDSG Entwurf;

Vgl. Düwell/Brink, NZA 2016, 665 S. 667.

<sup>169</sup> Vgl. Oberwetter, NJW 2011, 417 S. 417;

Gründe sind im zugehörigen Hintergrundpapier erläutert.<sup>170</sup> Einer der Hauptgründe sind fehlende Obergerichtsentscheidungen, was zu einer gewissen rechtlichen Uneinheitlichkeit führt. Durch den Entwurf soll es zu einer gesetzlichen Regelung für den Arbeitnehmerdatenschutz kommen, die umfassend ist. Für die in dieser Arbeit behandelte Frage wären vor allem die §§ 32 VI, 32c I, 32i, 32l I BDSG-E relevant. Das BDSG-E wurde von der Bundesregierung in der, auf die erste Lesung im Bundestag folgenden, Ausschussberatung zum BDSG-E zurückberufen.<sup>171</sup> Zwischenzeitlich hofft die 18. Bundesregierung auf die Einführung eines Beschäftigtendatenschutzes auf Ebene der Europäischen Union (EU), konkret die Europäische Datenschutzgrundverordnung (DSGVO), welche sie einer nationalen Regelung vorzugswürdig zu halten scheint.<sup>172</sup> Sollte eine solche europäische Lösung jedoch nicht eintreten, wird wiederum eine nationale Lösung gefunden werden müssen.<sup>173</sup>

#### **a. Internetrecherchen**

§ 32 VI BDSG-E erlaubt es dem Arbeitgeber weiterhin, sich über öffentliche Quellen, wie das Internet, von dem Bewerber ein Bild zu machen. Dabei teilt § 32 VI BDSG-E soziale Netzwerke in zwei Gruppen ein. Eine, die der Darstellung beruflicher Qualifikationen dient (XING, LinkedIn, etc.) und eine zur privaten Kommunikation (Facebook, etc.). In letztgenannten darf sich der Arbeitgeber im Gegensatz zu erstgenannter nicht informieren. Ziel dieser Neueinführung ist die Verhinderung der Nachforschung von nichtöffentlichen Daten.

#### **b. Beschäftigtendaten**

Hinsichtlich der Datenerhebung im Beschäftigtenverhältnis bildet § 32c I BDSG-E den Grundsatz. Demnach dürfen Daten Beschäftigter nur dann erhoben werden, wenn keine Ausnahmeregelungen ersichtlich sind und dies für das Beschäftigungsverhältnis notwendig ist, wozu auch eine Verhaltens- und Leistungskontrolle zählt.

#### **c. Telekommunikationsdienstnutzung**

Die Telekommunikationsdienstnutzung während der Arbeit wird in § 32i BDSG-E geregelt. Hierbei geht es um die Nutzung von Internet, Telefon und E-Mail. Dient

---

Vgl. Lützeler/Bissels, ArbRAktuell 2011, 499 S. 501.

<sup>170</sup> Bundesministerium des Innern, Hintergrundpapier zum BDSG Entwurf.

<sup>171</sup> Vgl. Traeger/Rose, BB 2016, 819 S. 819.

<sup>172</sup> Vgl. Traeger/Rose, BB 2016, 819 S. 820.

<sup>173</sup> Vgl. Traeger/Rose, BB 2016, 819 S. 820.

eine Kontrolle dieser Dienste der Gewährleistung des ordnungsgemäßen Betriebes von Telekommunikationsnetzen oder –diensten, inklusive Datensicherheit, zu Abrechnungszwecken oder zu strichprobenartigen oder anlassbezogenen Leistungs- respektive Verhaltenskontrollen, so ist diese in entsprechend geeignetem Umfang erlaubt; dies jedoch unter Berücksichtigung der Beschäftigteninteressen.

#### **d. Einwilligung**

In § 32l I sieht der BDSG-E in Abweichung zu § 4 I BDSG vor, dass Beschäftigte in die Erhebung, Verarbeitung sowie Nutzung der Beschäftigtendaten durch den Arbeitgeber nur einwilligen können, wenn dies in den Vorschriften des § 32l BDSG-E ausdrücklich vorgesehen ist.

#### **e. Beschäftigungsende**

Ist das Beschäftigungsverhältnis bereits beendet oder soll es beendet oder abgewickelt werden, so kann nach §32c I BDSG-E der Arbeitgeber Daten erheben, verarbeiten und nutzen, um das Verhältnis zu beenden, abzuwickeln oder seine nach der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses bestehenden Pflichten zu erfüllen. Jene Daten müssen jedoch nach den Grundsätzen des § 35 BDSG gelöscht werden, wenn sie nicht mehr in zweckbestimmtem Maße gebraucht werden.<sup>174</sup>

## **2. Europäische Datenschutzgrundverordnung (DSGVO)**

Die von der deutschen Seite gewünschte europäische Lösung wird in Form der Europäischen Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) am 14. April 2016 vom Europäischen Parlament verabschiedet und ist im Mai 2016 in Kraft getreten.<sup>175</sup> Auch zum Beschäftigten-Datenschutz umfasst die Verordnung eine Vollregelung.<sup>176</sup> Geltung wird die DSGVO dann ab Mai 2018 entfalten.<sup>177</sup>

Die DSGVO unterscheidet sich nur unwesentlich von den Regelungen des BDSG.<sup>178</sup> Gelten soll diese für die auf einem Datenträger (zukünftig) gespeicherte

---

<sup>174</sup> dazu auch: ArbG Frankfurt v. 24.01.2012 – 19 SaGa 1480/11 = CCZF 2012, 198; LAG Hessen v. 05.10.2011 – 19 13 Ga 160/11 = CCZ 2012, 198.

<sup>175</sup> Vgl. Traeger/Rose, BB 2016, 819 S. 820; Vgl. Kühling/Martini, EuZW 2016, 448 S. 448.

<sup>176</sup> Vgl. Düwell/Brink, NZA 2016, 665 S. 665.

<sup>177</sup> Vgl. Kühling/Martini, EuZW 2016, 448 S. 448.

<sup>178</sup> Vgl. Sörup/Marquardt, ArbRAktuell 2016, 103 S. 103.

nicht- und (teilweise) automatisierte Verarbeitung von personenbezogenen Daten.<sup>179</sup> Letztlich steht dem nationalen Gesetzgeber trotzdem noch ein großer Spielraum zum Handeln offen.<sup>180</sup> So soll eine Anwendbarkeit von § 32 BDSG durch simultane Anwendung dessen und der DSGVO auch in Zukunft noch möglich sein, da dem § 32 BDSG eine konkretisierende Funktion zukommen soll, was die Notwendigkeit der Überarbeitung von § 32 BDSG wieder verdeutlicht.<sup>181</sup>

### **3. Stellungnahme des Verfassers**

Zuerst einmal ist anzumerken, dass eine neue Regelung beziehungsweise eine detailliertere Regelung bezüglich des Beschäftigtendatenschutzes längst hinfällig ist. Viel zu lange hat der nationale Gesetzgeber es hier versäumt, derartige Neuerungen zu erlassen, wohl in der Hoffnung, dass eine supranationale EU-Regelung kommen würde. Diese wird nun, begrüßenswerter Weise, Geltung erlangen und klarere Bestimmungen treffen. Doch durch den großen Handlungsspielraum des nationalen Gesetzgebers in Bezug auf die Erfüllung der Anforderungen wird der nationale Gesetzgeber nicht umher kommen, sich weiterhin explizit mit diesem Thema zu beschäftigen. Gerade hier sehe ich große Gefahren. Vermutlich wird es wieder sehr lange Zeit benötigen, bis entsprechende Regelungen tatsächlich bestehen.

So bleibt schlussendlich nur übrig, einen Appell an den deutschen Gesetzgeber zu richten, sich bereits jetzt, mit dem Thema (weiterhin) auseinander zu setzen, die Gedanken des BDSG-E aufzugreifen, diese weiter auszuarbeiten, um schlussendlich möglichst schnell eine geeignete Regelung zu finden. Insbesondere erachte ich § 32 I BDSG-E für sinnvoll, der durch seine Einwilligungsmöglichkeit des Arbeitnehmers wohl viele komplizierte Konstellationen vereinfachen würde.

### **IX. Fazit und Stellungnahme des Verfassers**

Nach den vorhergehenden Ausführungen fragt sich nun, wie ein Arbeitgeber sich bestmöglichst hinsichtlich der Nutzung sozialer Medien von Arbeitgeber verhalten sollte. Prinzipiell kann pauschal ausgesagt werden, dass Arbeitgeber in jedem Falle das Verhalten der Arbeitnehmer in sozialen Medien berücksichtigen müssen. Ein

---

<sup>179</sup> Vgl. Sörup/Marquardt, ArbRAktuell 2016, 103 S. 103.

<sup>180</sup> Vgl. Kühling/Martini, EuZW 2016, 448 S. 449;

Vgl. Düwell/Brink, NZA 2016, 665 S. 666.

<sup>181</sup> Vgl. Düwell/Brink, NZA 2016, 665 S. 667, 668;

Vgl. Sörup/Marquardt, ArbRAktuell 2016, 103 S. 103, 105;

Vgl. Kühling/Martini, EuZW 2016, 448 S. 448;

Wohl anderer Meinung: vgl. Traeger/Rose, BB 2016, 819 S. 820.

Fehlverhalten von Seiten des Arbeitnehmers kann nicht nur zu Streitigkeiten zwischen ihm und dem Arbeitgeber führen, sondern auch zu erheblichen rechtlichen Folgen für den Arbeitgeber. Arbeitgeber sollten sich daher keinesfalls nur auf die gesetzlichen Regelungen verlassen, insbesondere da jene bis dato noch nicht ausreichend klar bestimmt sind. Die DSGVO und letztlich auch der BDSG-E lassen einen hoffen, dass dahingehend Besserung eintreten wird. Doch bis diese ihre endgültige Wirkung entfalten, sollte der Arbeitgeber sich anderer Mittel bedienen.

Bezüglich zukünftiger Arbeitnehmer sollte er die Bestimmungen für die Nutzung sozialer Medien, insbesondere während der Arbeitszeit, bereits von Anfang an vertraglich festlegen. Dies verhindert zukünftige Streitereien mit dem Arbeitnehmer.

Deutlich problematischer stellt sich die aktuelle Situation hinsichtlich bereits bestehender Arbeitsverhältnisse dar. Hier ist es empfehlenswert durch Social Media Guidelines oder Seminare auf die bestehenden (gesetzlichen) Bestimmungen hinzuweisen, um die Arbeitnehmer für das Thema zu sensibilisieren. Diese können jedoch nur als Sollvorschriften oder Hinweise betrachtet werden und verfehlen dadurch eventuell ihre Wirkung. Nach meiner Ansicht entstehen viele Probleme hinsichtlich der Nutzung sozialer Medien dadurch, dass Arbeitnehmer sich gar nicht bewusst sind, dass ihr Verhalten in sozialen Medien auch Auswirkungen für den Arbeitgeber haben kann. Daher sollte auch der Betriebsrat schon früh in die Planung entsprechender Strukturierungen einbezogen werden, um gegebenenfalls Betriebsvereinbarungen leichter durchsetzen zu können.

Klare Linien schaffen Ergänzungsvereinbarungen, wie Änderungsverträge. Sie werden vertraglich festgelegt. Jedoch stellen sie den Arbeitgeber vor eine große bürokratische Hürde, da sie mit jedem einzelnen Arbeitnehmer verhandelt und geschlossen werden müssten.

In der Umsetzung einfacher erscheint die Ausübung eines Direktionsrechtes durch den Arbeitgeber. Diese wird ihm per Gesetz gewährt. Jene Regelungen sind bis zum jetzigen Zeitpunkt allerdings nur sehr unzureichend. Eine Konkretisierung dessen durch den Gesetzgeber ist daher nicht nur wünschenswert, sondern erforderlich.

Leider macht es die konsistent zunehmende Nutzung sozialer Medien und die daher einhergehende Verschmelzung von realer und fiktiver sozialer Welt notwendig, dass der Arbeitgeber die Möglichkeit besitzt, die Nutzung sozialer Medien hinreichend zu regeln. Mit großer Angst beobachte ich, dass immer und überall auf soziale Medien zurückgegriffen wird. Dies führt meiner Meinung nach nicht nur zu einer Verarmung der sozialen Sphäre des Menschen, sondern auch zu einer Vernachlässigung von Arbeitsmoral. Letztlich wird der Arbeitgeber wohl langfristig, wirtschaftliche Schäden davon tragen, da Konzentration und Effektivität bei der Arbeit stark nachzulassen scheinen.

Soziale Medien sind heute Teil unserer Gesellschaft. Sie werden aus dieser wohl auch nicht mehr verschwinden. Es ist daher dringendst notwendig, endlich klare gesetzliche Regelungen zu schaffen, um nicht nur eine Koexistenz von Arbeitswelt und der Nutzung sozialer Medien zu ermöglichen, sondern um der Gesellschaft auch ein Stück weit die Augen zu öffnen.