

# Das Reich der Freiheit?

## Die sozialen Netzwerke und das Arbeitsrecht

Wolfgang Däubler, Bremen

Neue Technik – neues Recht? So einfach läuft das nicht. Erst entwickelt sich die Technik. Dann gibt es die ersten Streitigkeiten; dabei stellt man fest, dass das geltende Recht nicht zu hundert Prozent passt. Es erscheinen viele juristische Aufsätze: Lässt sich das Recht vielleicht „technikkonform“ interpretieren? Oder brauchen wir die eine oder andere Neuregelung? Oder kann man alles beim Alten lassen, weil die Ergebnisse vielleicht nicht schön sind, aber auch nicht gerade Empörung auslösen?

Einen solchen Prozess der Auseinandersetzung erleben wir gerade im Zusammenhang mit dem web 2.0, speziell mit den sozialen Medien. Welche Friktionen gibt es im Bereich des Urheberrechts?<sup>1</sup> Wie sieht es mit dem Datenschutz aus?<sup>2</sup> Welche Veränderungen bringt das Internet im Arbeitsrecht?<sup>3</sup> Dort ist der Wandel am fühlbarsten. In dem folgenden kleinen Beitrag soll der Bereich der „sozialen Netzwerke“ herausgegriffen werden. Facebook, Twitter und Xing begegnen uns immer häufiger im Alltag. Im Arbeitsrecht schaffen sie (zumindest) drei Probleme.

### Der wissbegierige Arbeitgeber

Vier von fünf Personalverantwortlichen sollen – so wird berichtet<sup>4</sup> - vor Gesprächen mit Bewerbern auf „virtuelle Schnüffeltour“ gehen. Sie wollen den sozialen Hintergrund der Bewerber ausleuchten (gern auch „background check“ genannt). Negative Aussagen über die bisherige Arbeit bringen dabei Minuspunkte, ebenso Widersprüche zum eingereichten Lebenslauf. Positiv fallen dagegen Hobbys und soziales Engagement ins Gewicht.<sup>5</sup> Bemerkenswert ist, dass nach einer empirischen Untersuchung die „Selbstdarstellungen“ im Netz eine hohe Übereinstimmung mit der Realität aufweisen,<sup>6</sup> also im Regelfall „ehrlich“ sind

---

<sup>1</sup> Strunk, Alles nur geklaut? Die „sozialen Netzwerke“ und das Urheberrecht, CuA 3/2013 S. 13

<sup>2</sup> Flake, Enterprise 2.0, AiB 2011, 310

<sup>3</sup> Däubler, Internet und Arbeitsrecht, 4. Aufl., Frankfurt/Main 2013

<sup>4</sup> Gola, Datenschutz am Arbeitsplatz, 4. Aufl. 2012, Rn. 572

<sup>5</sup> Weitere Einzelheiten bei Kania/Sansone NZA 2012, 360

<sup>6</sup> Stopfer/Back/Egloff DuD 2010, 459 ff.

- ein Grund mehr für einen Personalleiter, diese Erkenntnisquelle ernst zu nehmen und nach Möglichkeit auszuschöpfen.

Doch seit Jahrzehnten gibt es eine feststehende Rechtsprechung: Der Arbeitgeber darf nur Dinge abfragen, die im Hinblick auf die in Aussicht genommene Tätigkeit von Bedeutung sind und die nicht zu tief in die Persönlichkeitssphäre des Bewerbers eindringen. Das Privatleben ist beispielsweise tabu: Mit wem jemand seine Freizeit verbringt, was er gerne isst und trinkt, ob er raucht oder Sport treibt – das alles darf den Arbeitgeber nicht interessieren. Wenn er dies nun über Facebook erfährt, darf er es dennoch nicht verwerten. Er muss es gewissermaßen in der Gehirnhälfte abspeichern, die mit der Einstellungsentscheidung nichts zu tun hat. Nur: Niemand kann erwarten, dass die eine Gehirnhälfte der anderen wirklich nichts erzählt. Hat der Personalleiter Erfahrung oder ist er gut beraten, wird er diese heimliche Weitergabe natürlich für sich behalten, um allen Schwierigkeiten aus dem Weg zu gehen.

Kann der Betriebsrat hier gegensteuern? Theoretisch könnte er dafür sorgen, dass jeder Gang ins Internet ausgewertet wird, doch würde dies im Zweifel alle treffen. Einen solchen Überwachungsbetrieb kann man nicht wollen. Und außerdem: Es gibt immer noch den häuslichen Computer und das private Smartphone des Personalleiters, womit sich die schönste Betriebsvereinbarung umgehen lässt. Was in gewissem Umfang helfen könnte, wären anonyme Bewerbungen: Nur wer in die engere Auswahl kommt, müsste seine Identität aufdecken, aber davon sind wir noch weit entfernt. Besser wäre es deshalb, im Internet gar nicht unter eigenem Namen aufzutreten: Nach § 13 Abs. 6 Telemediengesetz müssen „Diensteanbieter“ die Nutzung und Bezahlung auch anonym oder unter Pseudonym ermöglichen. Aus „Franz Xaver Meyer“ wird „Herbert Hinkelstein“ – ungewohnt, aber wirksam, wenn man an die Bewerbungssituation denkt.

### **Der Unterstützung suchende Arbeitgeber**

Viele Firmen präsentieren ihre Produkte auch in sozialen Netzwerken. Zumindest haben sie eine „fan-page“, wo die Unterstützer zu Wort kommen sollen. Muss man sich als kaufmännischer Angestellter in der Buchhaltung oder als Fahrer des Prokuristen auf Wunsch von oben daran beteiligen und die Arbeitgeberprodukte loben? Ist dies nicht vielleicht durch die „Treuepflicht“ des Arbeitnehmers geboten?

Die „Treuepflicht“ gibt es in dieser Form nicht mehr, sie ist in den achtziger Jahren vom BAG stillschweigend beerdigt worden.<sup>7</sup> Geblieben ist eine Art Loyalitätspflicht. Sie geht nicht so weit, dass sich der Einzelne wie ein Propagandist des Arbeitgebers betätigen muss. Ob er auf die Fan-page geht, ist allein ihm überlassen – so die ganz einheitliche Meinung in der juristischen Literatur.<sup>8</sup> Eine Ausnahme macht man nur bei einem Presse- und Öffentlichkeitsreferenten, was einzuleuchten vermag. Gegenüber Beschäftigten ohne solche „Sonderaufgabe“ sind nur „Empfehlungen“ möglich, denen diese entsprechen oder die sie ignorieren können. Kommen „Empfehlungen“ vom Arbeitgeber oder seinen Repräsentanten, so fällt eine Ablehnung meist schwer – aus diesem Grund hat der Betriebsrat in solchen Fällen ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.<sup>9</sup> Er kann mit dem Arbeitgeber sog. Guidelines vereinbaren, die sicher stellen, dass alles nur freiwillig läuft und wie man sich am besten im Netz verhalten sollte.

### **Der beleidigte Arbeitgeber**

Seit Anfang 2011 haben sich zahlreiche Arbeitsgerichte mit Kündigungen wegen Äußerungen auf Facebook zu befassen. Den Auftakt bildete eine Auszubildende, die sich vermutlich über ihren Ausbilder geärgert hatte: Sie meldete sich krank und verkündete über Facebook: Ab zum Arzt und dann die Koffer packen und auf nach Mallorca. Als sie ihren Plan umgesetzt und auch noch ein paar Mallorcafotos ins Netz gestellt hatte, wurde sie unsanft in ihren „Ferien“ gestört: Die Ausbildungsfirma sprach ihr die fristlose Kündigung aus.<sup>10</sup> In einem anderen Fall<sup>11</sup> hatte ein Azubi in seinem Facebook-Profil unter der Rubrik „Arbeitgeber“ geschrieben: „Menschenschinder, Ausbeuter“ und sich damit eine Kündigung eingefangen.

Das „Posten“ von – vorsichtig ausgedrückt – angreifbaren Aussagen kommt aber auch bei lang gedienten Beschäftigten vor. Im Fall des ArbG Duisburg<sup>12</sup> hatte sich ein Arbeitnehmer geärgert, weil ihn Arbeitskollegen zu Unrecht beim Chef „verpetzt“ hatten, und geschrieben, sie seien „Speckrollen“ und „Klugscheißer“, denen jemand ins Gehirn geschissen habe.

Weiter musste der Verwaltungsgerichtshof München darüber entscheiden, ob die Gewerbeaufsichtsbehörde zu Recht der Kündigung einer Schwangeren zugestimmt hatte.<sup>13</sup>

<sup>7</sup> BAG 27. 2. 1985 – GS 1/84 – NZA 1985, 702. Dazu Däubler, Arbeitsrecht 2, 12. Aufl. 2009, Rn. 643 ff.

<sup>8</sup> Nachweise bei Däubler, Internet und Arbeitsrecht, Rn. 211 p ff.

<sup>9</sup> BAG 22. 7. 2008 – 1 ABR 40/07 – NZA 2008, 1248. S. weiter Däubler, Internet und Arbeitsrecht, Rn. 211 v.

<sup>10</sup> Bericht nach Frings/Wahlers BB 2011, 3126, 3132.

<sup>11</sup> ArbG Bochum 29. 3. 2012 – 3 Ca 1283/11 – ZD 2012, 343.

<sup>12</sup> 26. 9. 2012 – 5 Ca 949/12 – NZA-RR 2013, 18.

<sup>13</sup> VGH München 29. 2. 2012 – 12 C 12.264 – NZA-RR 2012, 302. Die Zustimmung zur Kündigung wurde aufgehoben.

Diese hatte sich über die Firma O2 geärgert, die Kundin ihres Arbeitgebers war, und geschrieben: „Boah, kotzen die mich an von O2, da sperren sie einfach das Handy, obwohl man schon bezahlt hat... Solche Penner... Na ja, ab nächsten Monat habe ich einen neuen Anbieter.“ Das ArbG Hagen<sup>14</sup> hatte über die Kündigung eines Arbeitnehmers zu entscheiden, der an seine 70 „Freunde“ bei Facebook (von denen etwa die Hälfte im selben Betrieb beschäftigt war) geschrieben hatte: „Habe mich über diesen Scheiß-Chef geärgert, hat mir zwei Abmahnungen gegeben innerhalb von drei Monaten wegen Rauigkeit. Diesen kleinen Scheißhaufen mache ich kaputt, werde mich beschweren über diesen Wichser..“

Etwas ungewöhnlich war ein Fall gelagert, über den das ArbG Dessau-Roßlau<sup>15</sup> zu entscheiden hatte. Der Ehemann einer Sparkassenangestellten postete auf seiner Facebook-Seite folgende Eintragungen: „Hab gerade mein Sparkassenschwein auf R. T. getauft“, wobei R. und T. die Vornamen der beiden Vorstandsmitglieder der Sparkasse waren. Weiter hieß es: „Na ja, irgendwann stehen alle Schweine vor einem Metzger.“ Auf derselben Seite folgte dann eine piktographische Fischdarstellung, bei der das Mittelstück des Fisches durch das Sparkassensymbol dargestellt war. Daneben befand sich die Anmerkung: „Unser Fisch stinkt vom Kopf“. Unter dem Fischpiktogramm befand sich mit dem Kommentar „Gefällt mir“ der Name der Arbeitnehmerin. Als die Bank von der Sache Wind bekam, forderte sie die Arbeitnehmerin zu einer Stellungnahme auf. Daraufhin verschwand die ganze Darstellung; die Arbeitnehmerin betonte, auch das „gefällt mir“ sei von ihrem Ehemann eingefügt worden, der die Zugangsdaten zu ihrem Account habe.

Wie kommt es zu solchen verbalen Entgleisungen? Im vertrauten Kollegenkreis waren solche Äußerungen auch in der Vergangenheit sicherlich keine Seltenheit. Doch viele haben ersichtlich noch nicht verstanden, dass auch eine Facebook-Mitteilung an „Freunde“ eben nicht mit einem Kantinegespräch vergleichbar ist, sondern sehr schnell in eine größere Öffentlichkeit gelangen kann. Außerdem kann sich der Betroffene in einem solchen Fall nicht mit dem Argument herausreden, er habe das „so nicht“ gesagt; alles ist schriftlich fixiert. Schließlich entsteht eine Facebook-Botschaft in einer Situation, wo der Einzelne vor seinem PC sitzt, ohne irgendeine kritische Rückmeldung zu haben. Es gibt niemanden, der „das geht aber ein bisschen weit“ oder „pass auf“ sagen würde. Der Betroffene fühlt sich „frei“; endlich muss er mal aus seinem Herzen keine Mördergrube mehr machen. An die Konsequenzen denkt er nicht.

---

<sup>14</sup> 16. 5. 2012 – 3 Ca 2597/11 - juris

<sup>15</sup> 21. 3. 2012 – 1 Ca 148/11 – ZD 2012, 344

Was tun, wenn so ein Fall passiert ist? Nicht immer kommt man so glimpflich davon wie die Bankangestellte im Fall des ArbG Dessau-Roßlau: Ihrer Kündigungsschutzklage wurde mit dem einleuchtenden Argument stattgegeben, dass niemand für seinen Ehemann hafte. Für eine Verdachtskündigung lägen keine ausreichend konkreten Tatsachen vor. In anderen Fällen war das Ergebnis weniger schön. Dass die Azubine im Mallorca-Fall ihren Ausbildungsplatz verlor, war nicht weiter überraschend. Der Azubi, der seinen Arbeitgeber als Leuteschinder und Ausbeuter bezeichnet hatte, kam aber im Ergebnis auch nicht besser weg. Zwar teilte die erste Instanz das Argument seines Anwalts, es hätte auch in anderen Teilen seines Facebook-Profiles überspitzte und nicht wirklich ernst zu nehmende Aussagen gegeben, und gab der Kündigungsschutzklage statt. Das LAG Hamm sah jedoch als Berufungsinstanz die Angelegenheit anders: Es liege nun mal eine Beleidigung vor, und da der Betroffene schon 27 Jahre alt sei, komme auch kein Jugendlichen-Bonus in Betracht.<sup>16</sup> Die Klage wurde abgewiesen. Bei den „Speckrollen“ und „Klugscheißern“ half die Interessenabwägung; die Anschwärzung beim Vorgesetzten habe den Kläger verständlicherweise erbost, die Belastung des Arbeitsverhältnisses sei nicht so groß, dass deshalb eine Kündigung gerechtfertigt wäre. Im Einzelfall wäre es auch denkbar, dass sich ein Arbeitnehmer auf die Freiheit der Kunst nach Art. 5 Abs. 3 GG beruft: Wer beispielsweise ein Gedicht oder einen Liedertext auf betriebliche Verhältnisse überträgt, kann sich auf dieses Grundrecht berufen.<sup>17</sup> Dies hat zur Folge, dass die Grenze zur Beleidigung hinausgeschoben wird. Die künstlerische Form rechtfertigt Aussagen, die im nüchternen Stil eines Flugblatts oder Zeitungsartikels nicht mehr hingenommen würden. Auch hier gibt es natürlich Schranken, nur sind sie eben erst später erreicht.<sup>18</sup>

Kann man sich vielleicht darauf berufen, dass man im persönlichen Gespräch „ungestraft“ höchst Abfälliges über andere sagen kann? In der Tat betont das BAG,<sup>19</sup> der Arbeitnehmer dürfe in solchen Fällen darauf vertrauen, dass nichts nach außen dringe und deshalb auch die Beziehung zum Arbeitgeber nicht belastet werde. In einem solchen Rahmen gemachte Äußerungen unterfallen dem Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Dies lässt sich aber nur dann auf eine Facebook-Äußerung übertragen, wenn diese an „Freunde“ gerichtet ist, die man effektiv kennt, da dann eine vergleichbare persönliche Nähe vorliegt.

<sup>16</sup> LAG Hamm 10. 10. 2012 – 3 Sa 644/12 – BB 2012, 2688.

<sup>17</sup> S. den Fall ArbG Wiesbaden 2. 5. 2001 – 3 Ca 33/01 – NZA-RR 2001, 639 („Das Narrenschiff“ von Reinhard Mey auf die Arbeitgeberfirma gemünzt). Dazu Däubler, Internet und Arbeitsrecht, Rn. 212g.

<sup>18</sup> S. den Fall AG Grünstadt 11. 2. 1994 – 2a C 334/93 – NJW 1995, 889 („Frustzwerge“). Dazu Däubler, Internet und Arbeitsrecht, Rn. 212f.

<sup>19</sup> 10. 12. 2009 – 2 AZR 534/08 – NZA 2010, 698 Tz. 18.

Anders aber, wenn der Betroffene zahlreiche nominelle Freunde hat, die er kaum von Angesicht kennt oder die er überhaupt nie gesehen hat: In diesem Fall würden die Gerichte voraussichtlich kein „Vertraulichkeitsprivileg“ gewähren, sondern die Regeln über die Beleidigung anwenden. Dass man allein vor dem Computer saß und jede kritische Bemerkung fehlte, werden die Gerichte schwerlich als Entlastungsgrund behandeln.