

IT-Sicherheit: Neue Herausforderungen  
für Unternehmen

Sonderausgabe Social Media

«Soziale Netzwerke am Arbeitsplatz –  
Informations- und Meinungsfreiheit  
ohne Grenzen?»

**GSK** STOCKMANN  
+ KOLLEGEN

**wenger & vieli**  
Rechtsanwälte

## Die Kanzleien

**Wenger & Vieli AG** gehört zu den führenden Schweizer Wirtschaftskanzleien mit nationaler und internationaler Ausrichtung mit Büros in Zürich und Zug. Die Berater von Wenger & Vieli sind ihrer Klientschaft in persönlichem Stil hauptsächlich auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts verpflichtet. Schwerpunkte der juristischen Beratung liegen dabei unter anderem auch im Bereich Arbeitsrecht, Compliance, Datenschutz, Gesellschaftsrecht sowie in der IT und IP-Beratung.

**GSK Stockmann + Kollegen** ist eine der führenden unabhängigen Corporate- und Real Estate Kanzleien in Deutschland, unter anderem mit wirtschaftsrechtlichen Schwerpunkten wie Compliance, Arbeitsrecht und Datenschutz sowie Gesellschaftsrecht. Mit über 135 Anwältinnen und Anwälten betreut GSK an den Standorten Berlin, Düsseldorf, Frankfurt a.M., Hamburg, Heidelberg, München, Stuttgart, Brüssel und Singapur deutsche und internationale Mandanten.

**Beide Kanzleien** arbeiten in der Beratung ihrer schweizerischen und deutschen Klientel seit geraumer Zeit zusammen und bieten ihren Kunden in sämtlichen wirtschaftsrechtlichen Bereichen juristischen Service aus einer Hand.

Dieser reicht beispielsweise vom Audit bzw. der Überprüfung bereits installierter Compliance- und Datenschutzsysteme oder Social Media- Leitlinien bis zur Erstellung neuer bedarfsgerechter individueller Lösungen für den Betrieb des Kunden.

**wenger & vieli**  
Rechtsanwälte

**GSK** STOCKMANN  
+ KOLLEGEN



**Dr. Roman Heiz**



**Sonia Hausherr**



**Andrea Charlotte Mädler**



**Wolfgang Böhm**

## Die Autoren

### **Dr. Roman Heiz, LL.M.**

Ist Partner bei Wenger & Vieli und seit 2001 für die Kanzlei beratend und prozessierend tätig, unter anderem als Leiter der Fachgruppe Arbeitsrecht.

Tel. +41 (0)58 958 58 58

Fax +41 (0)58 958 59 59

E-Mail: [mail@wengervieli.ch](mailto:mail@wengervieli.ch)

### **Sonia Hausherr**

Ist bei Wenger & Vieli in Zürich als Rechtsanwältin vorwiegend in den Bereichen Arbeits- und Vertragsrecht tätig.

Unter Mitarbeit von  
Veronica Lynn, Wenger & Vieli

### **Andrea Charlotte Mädler**

Ist Rechtsanwältin im Heidelberger Büro von GSK Stockmann + Kollegen mit den Schwerpunkten Arbeitsrecht und Compliance.

### **Wolfgang Böhm**

Ist seit 1993 Fachanwalt für Arbeitsrecht und Gründungspartner von GSK Stockmann + Kollegen. Er berät in den Bereichen Arbeitsrecht, Compliance, Datenschutz und Handelsvertreterrecht.

Tel. + 49 6221 4566-0

Fax + 49 6221 4566-44

E-Mail: [boehm@gsk.de](mailto:boehm@gsk.de)

[www.gsk.de](http://www.gsk.de)

# Soziale Netzwerke am Arbeitsplatz

## Informations- und Meinungsfreiheit ohne Grenzen?

### I.

#### Alles erlaubt, was nicht verboten ist?

Im Zeitalter des «Web 2.0» kommunizieren wir immer mehr auf Kommunikationsplattformen im Internet, den sogenannten Social Media (Xing, Facebook, StudiVZ, Twitter, Wer-kennt-wen, LinkedIn und viele andere mehr). Die Vorteile dieser modernen Kommunikationsform werden von immer mehr Unternehmen genutzt, sei es bei der Rekrutierung zukünftiger Mitarbeiter, sei es bei der Kommunikation unter Kollegen, unter Mitarbeitern oder mit Kunden bzw. potentiellen Kunden. Arbeitnehmer nutzen die Internetforen sowohl zu Bewerbungszwecken, als auch dazu, ihre Arbeitgeber zu bewerten (kunu.com und andere Plattformen), sich über diese öffentlich zu beschweren, oder sogar zu beleidigen. Hierbei nutzen viele Menschen auch gern die Anonymität des Netzes.

Bei allen Vorteilen der Nutzung dieser neuen Form der Kommunikation müssen auch die Nachteile und die rechtlichen Grenzen der Nutzung dieser neuen Medien betrachtet werden. Auf die am häufigsten auftretenden Fragen hinsichtlich der Rechte und Pflichten aller der Beteiligten der Social Media wird nachfolgend eingegangen. Hierbei werden sowohl die schweizerische als auch die deutsche Rechtssituation berücksichtigt.

### II.

#### Darf ich Stellenbewerber durchleuchten?

##### ■ Screening von Stellenbewerbern

Immer mehr Unternehmen nutzen das Internet, um Personalentscheidungen

vorzubereiten. Gemäss einer aktuellen Umfrage nutzt rund die Hälfte der Schweizer Unternehmen Google und soziale Netzwerke wie Facebook, um mehr Informationen über Stellenbewerber zu erhalten, als sich aus den Bewerbungsunterlagen ergeben. Ein ähnliches Bild ergibt sich in Deutschland. Da Informationen über Personen in sozialen Netzwerken leicht zu beschaffen sind, dürfte das Screening von Stellenbewerbern in beiden Ländern wohl gängige Praxis sein. Hierbei kollidieren die Interessen des Arbeitgebers, den idealen Kandidaten für eine Position zu finden, mit den Ansprüchen der Arbeitnehmenden auf ungestörte Privatsphäre und dem Recht auf freie Meinungsäusserung.

Das **schweizerische** Recht enthält derzeit (noch) keine spezialgesetzliche Regelung dieses Interessenkonflikts. Der Bundesrat wurde im Dezember 2011 durch ein Postulat beauftragt, über die geltende Rechtslage in Bezug auf Social Media und insbesondere auch über die aktuellen Problemfelder im Bereich des Datenschutzes zu berichten. Ob sich – wie in Deutschland – Gesetzesanpassungen anbahnen werden, wird sich zeigen. Art. 328b des schweizerischen Obligationenrechts (OR) bestimmt, dass der Arbeitgeber nur Daten über den Arbeitnehmer bearbeiten darf, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrags erforderlich sind. Darunter fallen Informationen über den bisherigen beruflichen Werdegang, Ausbildung und die beruflichen Zielvorstellungen des potentiellen Arbeitnehmers. Der Arbeitgeber darf hingegen Stellenbewerbern keine Fragen über das Einkommen, die finanzielle Lage, Krankheiten, etc. stellen, es sei denn, eine dieser Informationen wäre im Zusammenhang mit der Erfüllung des Arbeitsvertrages von Relevanz.

Private soziale Netzwerke wie Facebook, StudiVZ, Flickr, Instagram oder Picasa richten sich an einen geschlossenen Benutzerkreis. Die Art und Präsentation der Informationen ist vordergründig dafür gedacht, sich gegenüber seinen «Freunden» und einem bestimmten Kreis anderer Personen privat darzustellen. Bereits daraus ergibt sich, dass der Informationsgehalt nicht für einen potentiellen Arbeitgeber zusammengestellt wurde. Für Informationen, die auf persönlichen Websites dargestellt werden, wurde bisher die Ansicht vertreten, dass deren Verwendung zulässig sei. Als persönliche Websites müssen wohl auch Blogs auf Blogger, Wordpress oder Tumblr gelten. Diese Meinung steht allerdings in klarem Widerspruch zur Rechtsprechung zu Art. 328b OR: Wenn es nicht zulässig ist, private Fragen während eines Bewerbungsgesprächs zu stellen, so kann es schon gar nicht zulässig sein, sich diese Informationen hinter dem Rücken des Bewerbers zu beschaffen. Die Überprüfung von Stellenbewerbern auf privaten sozialen Netzwerken dürfte daher unzulässig sein, ausser der Stellenbewerber verweist von sich aus in den Bewerbungsunterlagen auf sein privates Netzwerkprofil. Im Gegensatz zu privaten sozialen Netzwerken und persönlichen Websites dienen geschäftliche Netzwerke wie LinkedIn oder Xing der Selbstdarstellung von Personen im geschäftlichen Bereich. Der Arbeitnehmer hat geradezu die Absicht, dass zukünftige Geschäftskontakte sein Profil und dessen geschäftsbezogene Informationen zur Kenntnis nehmen, weshalb die Datenerhebung hier vermutungsweise zulässig ist.

Einige Autoren weisen verschiedentlich darauf hin, dass Informationen in sozialen oder geschäftlichen Netzwerken nur einem geschlossenen Adressatenkreis zur Verfügung stehen. Dies erweckt



im Umkehrschluss den Eindruck, dass Informationen, die nicht «verschlüsselt» oder nicht besonders gesichert und daher einfach zugänglich sind, vom Arbeitgeber verwendet werden dürfen. Die leichte Verfügbarkeit von Informationen kann aber nicht ausschlaggebendes Kriterium dafür sein, ob diese verwendet werden dürfen oder nicht. Vielmehr muss unterschieden werden, welchen Charakter die Informationen haben. Private Informationen haben aus Schweizer Sicht mit dem Arbeitsverhältnis in der Regel nichts zu tun.

In **Deutschland** ist es den Unternehmen noch nicht ausdrücklich gesetzlich verboten, über soziale Netzwerke an Informationen über potentielle Mitarbeiter zu gelangen.

Allerdings wird auch hier vielfach die Ansicht vertreten, dass es dem (potentiellen) Arbeitgeber untersagt ist, auf privaten sozialen Netzwerken nach Informationen über potentielle Mitarbeiter zu recherchieren. Dies deckt sich mit der aktuellen Gesetzesinitiative der Bundesregierung zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG). Nach diesem Entwurf soll eine Verbesserung des Datenschutzes von Arbeitnehmern erreicht werden. Würde das Gesetz in seiner derzeitigen Entwurfsfassung erlassen (wovon auszugehen ist), so würde sich die Rechtslage deutlich verschärfen. Hiernach wäre es dem Arbeitgeber generell verboten, Informationen über Bewerber und Arbeitnehmer aus vorrangig privaten sozialen Netzwerken zu erlangen. Kommunikationsplattformen wie Facebook, Schüler-VZ, Studi-VZ, stayfriends u.a. wären dann als Informationsquelle für die Unternehmen tabu. Ausgenommen wären nur soziale Netzwerke, auf welchen sich einzelne Personen in einem beruflichen Umfeld präsentieren (z.B. Xing, LinkedIn).

Die damit einhergehende starke Beschränkung der «Informationsfreiheit» der Unternehmen wird heftig kritisiert. Es ist faktisch schon zweifelhaft, ob der vom Gesetzgeber verfolgte Schutz der Privatsphäre überhaupt erforderlich ist. Es steht den Nutzern von sozialen Netzwerken ohnehin frei, Informationen über sich nur an von ihnen autorisierte Personen freizugeben. Darüber hinaus ist die Praktikabilität des Gesetzentwurfes sehr umstritten. Unternehmen selbst nutzen heutzutage soziale Netzwerke wie Facebook und Twitter, um sich darzustellen und interessierten Personen Gelegenheit zu geben, bei ihnen ihren beruflichen Werdegang zu hinterlegen. Sollte das Gesetz in der jetzigen Fassung erlassen

werden, wäre es den Unternehmen verboten, von potentiellen Bewerbern auf ihren Facebook-Seiten hinterlegte Informationen im Bewerbungsprozess überhaupt zu nutzen. Die Grenze zwischen «privaten» und «beruflichen» Netzwerken ist heute schon fließend und wird es künftig noch mehr sein. Wer soll künftig also beurteilen können, ob es sich bei einem sozialen Netzwerk «noch» um ein privates oder «bereits» um ein berufliches handelt?

#### ■ Empfehlung:

Angeichts der unsicheren Rechtslage in Deutschland und der klar restriktiven in der Schweiz ist es nicht zu empfehlen, Informationen zu Bewerbern bzw. Mitarbeitern aus geschlossenen sozialen Netzwerken zu erlangen. Anderes gilt nur hinsichtlich der Informationen, die aus sog. Business-Netzwerken erlangt wurden. In späteren Auseinandersetzungen mit einem Mitarbeiter oder einem abgelehnten Bewerber können solche legal erlangten Informationen (z.B. zum beruflichen Werdegang) von wertvollem Nutzen sein.

### III.

## Ist die private Nutzung von Social Media am Arbeitsplatz erlaubt?

#### ■ Recht auf private Nutzung sozialer Medien am Arbeitsplatz

Weil die Nutzung des Internets und sozialer Netzwerke während der Arbeitszeit mittlerweile weit verbreitet ist, verkennen viele Arbeitnehmer, dass die Zulässigkeit einer Nutzung in erster Linie vom Willen des Arbeitgebers abhängt.

Nach **schweizerischem** Recht muss ein Arbeitnehmer die ihm übertragenen Arbeiten sorgfältig ausführen und hat die berechtigten Interessen des Arbeitgebers zu wahren. Dazu gehört, seine Arbeitszeit im Interesse des Arbeitgebers und nicht für private Zwecke zu nutzen. Zudem entscheidet der Arbeitgeber aufgrund seines Weisungsrechts, ob und in welchem Umfang ein Arbeitnehmer Internet und E-Mail am Arbeitsplatz nutzen darf. Mit Ausnahme von Notfällen, kann der Arbeitgeber die private Internetnutzung begrenzen oder auch ganz verbieten. Gleiches gilt auch in Bezug auf die Nutzung von Social Media. Arbeitnehmer haben deshalb grundsätzlich keinen Anspruch auf private Nutzung von sozialen Netzwerken.

Unterlässt es der Arbeitgeber aber, die Nutzung des Internets zu regeln, ist für den Arbeitnehmer eine private Nutzung sozialer Medien in geringfügigem Rahmen während der Pause und sogar während der Arbeitszeit erlaubt, sofern sie den Arbeitnehmer nicht davon abhält, seine Arbeit im Allgemeinen zu erledigen.

Leicht anders sieht die Rechtslage in **Deutschland** aus. Die Nutzung des Internets (und damit auch von sozialen Netzwerken) während der Arbeitszeit zu privaten Zwecken ist hier grundsätzlich nicht gestattet. Dies gilt im Gegensatz zur Schweiz auch dann, wenn in den Unternehmen kein explizites Verbot der Nutzung des Internets zu privaten Zwecken ausgesprochen wurde. Nach dem Bundesarbeitsgericht ist grundsätzlich verboten, was nicht erlaubt ist.

Der Arbeitnehmer stellt Betriebsmittel wie das Internet und den E-Mail-Zugang zur Verfügung, damit diese beruflich und nicht privat genutzt werden. Das gilt auch für die Pausenzeiten. Nur wenn der Arbeitgeber die private Nutzung des Internets bislang stillschweigend geduldet hat und die Arbeitnehmer das Internet nur in geringem Umfang privat nutzen, kann der Arbeitgeber auf das Verbot der privaten Nutzung jedenfalls keine harten arbeitsrechtlichen Massnahmen wie z.B. eine ausserordentliche Kündigung stützen. Er müsste gegebenenfalls zuvor eine Ermahnung oder eine Abmahnung aussprechen.

Das exzessive private Nutzen des betrieblichen Internetzuganges während der Arbeitszeit muss der Arbeitgeber hingegen nicht sanktionslos hinnehmen. Je nach Umfang der privaten Nutzung während der Arbeitszeit (beispielsweise mehr als 30 Minuten am Tag) ist es eventuell sogar möglich, eine sofortige ausserordentliche Kündigung auszusprechen.

#### ■ Empfehlung:

Um klare Fakten zu schaffen, sollten Arbeitgeber die Nutzung des Internets und beruflicher E-Mail-Accounts zu privaten Zwecken nicht dulden. Dies sollte im Unternehmen sowohl klar kommuniziert, als auch gelebt werden. Wollen Arbeitgeber die Nutzung des Internets und/oder des beruflichen E-Mail-Accounts am Arbeitsplatz dulden, sollten sie den Rahmen begrenzen und schriftliche Regeln erstellen, an welche sich die Arbeitnehmerschaft zu halten hat.

## IV.

### Muss der Arbeitgeber die private Nutzung von Social Media mittels Smartphones und Tablet PC's dulden?

#### ■ Nutzung von Smartphones und Tablet PC's

Ein weiteres Problem stellt die private Verwendung von betrieblichen Mobiltelefonen, Smartphones oder iPads während der Arbeitszeit bzw. der Pausen dar.

Die Nutzung derartiger Kommunikationsmittel unterliegt in **beiden Ländern** den gleichen Grenzen wie die Nutzung von arbeitgebereigenem Internet oder E-Mail-Accounts. In den Pausen können solche **privaten** Geräte auch in Deutschland grundsätzlich genutzt werden. Jedoch stellt sich hinsichtlich privater internetfähiger Smartphones das Problem, dass diese eventuell nicht mit dem betriebsinternen Sicherheitsstandards übereinstimmen oder dass über sie betriebsinterne Daten unkontrolliert nach aussen kommuniziert werden könnten («Datenklau» über WLAN).

#### ■ Empfehlung:

Erlaubt ein Arbeitgeber die private Nutzung sozialer Medien am betrieblichen Computer, sollte er gleichzeitig festlegen, ob und in welchem Umfang das geschäftliche Smartphone (Blackberry, iPhone) für soziale Medien genutzt werden darf. Da die Benutzung von Smartphones zumindest teilweise nach Nutzungsvolumen abgerechnet wird, kann dies zudem zusätzliche Kosten verursachen. Für die Nutzung privater Smartphones oder Tablet PC's sollten Vorkehrungen in Sicherheitsrichtlinien erstellt werden.

## V.

### Können Arbeitnehmer zur Teilnahme an privaten Netzwerken angewiesen werden?

#### ■ Teilnahme an privaten Netzwerken auf Weisung

Zur Teilnahme an sozialen Netzwerken kann der Arbeitnehmer **sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland** nicht verpflichtet werden. Dies würde gegen sein grundrechtlich geschütztes Recht auf informationelle Selbstbestimmung

verstossen. Umgekehrt hat der Arbeitgeber nur in engen Grenzen ein Weisungs- bzw. Unterlassungsrecht, wenn sich ein Arbeitnehmer in sozialen- oder Business Netzwerken darstellt. Falsche oder irreführende Angaben über das Unternehmen bzw. seine Position im Unternehmen muss der Arbeitnehmer jedoch korrigieren bzw. kann der Arbeitgeber auf deren künftige Unterlassung bestehen. Darauf, dass sich ein Arbeitnehmer überhaupt in solchen Netzwerken präsentiert, hat der Arbeitgeber aber keine Einflussmöglichkeit.

## VI.

### Können Arbeitnehmer zur Teilnahme an beruflichen Netzwerken angewiesen werden?

#### ■ Teilnahme an Business-Netzwerken auf Weisung

Das Weisungsrecht des Arbeitgebers ist **in beiden Ländern** weiter ausgestaltet, wenn es um die Nutzung der Business-Netzwerke geht: Der Arbeitgeber kann den Arbeitnehmer prinzipiell in engen Grenzen (z.B. während der Arbeitszeit am geschäftlichen Computer) anweisen, Business-Netzwerke zur Anbahnung von Geschäftsbeziehungen zu benutzen. Das Weisungsrecht geht aber nicht soweit, dass der Arbeitnehmer persönliche Daten von sich preisgeben muss. Der Account muss ausserdem erkennen lassen, dass der Arbeitnehmer als Mitarbeiter des Unternehmens am beruflichen Netzwerk teilnimmt. Der Anschein des Privaten muss auch aus wettbewerbsrechtlichen Gründen vermieden werden.

## VII.

### Dürfen Mitarbeiterdaten auf der Unternehmenshomepage veröffentlicht werden?

#### ■ Mitarbeiterdaten auf der Unternehmenshomepage

Diesbezüglich ist die Rechtslage in **beiden Ländern** gleich: Das Veröffentlichung von Mitarbeiterdaten auf der unternehmenseigenen Homepage und auf Business- oder sozialen Netzwerken ist dann zulässig, wenn es zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich ist bzw. sofern es dem Unternehmenszweck dient (z.B. Darstellung von Mitarbeitern hinsichtlich ihrer Position und Kontaktdaten, um Kundenkommuni-



© Samsung

kation zu ermöglichen) oder die Veröffentlichung gesetzlich vorgeschrieben ist (z.B. Nennung des Geschäftsführers oder Handelsregisteranmeldungen über die Funktion des Arbeitnehmers). Die Veröffentlichung eines Fotos des Arbeitnehmers braucht sowohl nach Schweizer (Persönlichkeitsschutz, Art. 28 ff. ZGB und Datenschutz, Art. 12 Abs. 2 lit. b DSGVO) als auch nach deutschem Recht (§ 22 Kunst-Urhebergesetz, KUG) aufgrund des Rechts am eigenen Bild dessen Einwilligung. Die Einwilligung wird auch für die Veröffentlichung weitergehender Personaldaten (Bildungs- und Werdegang, Verbandsmitgliedschaften usw.) benötigt.

Verfügbare Informationen von Mitarbeitern auf der Unternehmenshomepage haben aber auch ihre Risiken: Dritte können solche Fotos und Angaben von Arbeitnehmern leicht dazu verwenden, eine falsche virtuelle Identität anzulegen, um mit Arbeitskollegen dieser Person auf sozialen Netzwerken in Kontakt zu treten. Durch einen solch gezielten Angriff können Dritte an hochsensible Informationen und Betriebsgeheimnisse gelangen oder durch Phishing ins Unternehmensnetzwerk. Schätzungen zufolge gibt es beispielsweise auf Facebook 50 Mio. gefälschte Profile. Es lohnt sich hier also, bestehende Schutzmassnahmen zu überprüfen bzw. einzurichten oder zu verbessern.

## VIII.

### Sollten Arbeitgeber die Nutzung von Social-Media reglementieren?

#### ■ Nutzungsreglementierungen

Um Konflikte im Zusammenhang mit der Nutzung sozialer Netzwerke zu verhindern, empfiehlt es sich sowohl in der **Schweiz** als auch in Deutschland dringend, betriebsinterne Richtlinien

zur Nutzung des Internets am Arbeitsplatz und insbesondere von sozialen Netzwerken zu erlassen. Social-Media-Richtlinien schaffen Klarheit und fördern beim Arbeitnehmer das Bewusstsein für die Risiken der neuen Kommunikationsmöglichkeiten. Auch in Musterarbeitsverträgen sollten entsprechende Klauseln aufgenommen oder auf die verbindlichen Richtlinien hingewiesen werden. Unerlässlich ist neben dem Erlass solcher Richtlinien auch, die Mitarbeiter in der Nutzung von Social Media zu schulen.

#### ■ Empfehlung: Schaffen Sie Social-Media Richtlinien!

Es bietet sich an, in betriebseigenen Social-Media Richtlinien nicht nur Ver- oder Gebote auszusprechen, sondern auch die Mitarbeiter aufzufordern, ihre sonstigen – arbeitsvertraglichen – Treuepflichten einzuhalten. Dies betrifft v.a. die allgemeine arbeitsvertragliche Nebenpflicht, in sozialen Netzwerken keine falschen Behauptungen über das Unternehmen oder Kollegen aufzustellen, keine Verunglimpfungen und Verleumdungen über den Arbeitgeber oder Mitarbeiter zu verbreiten, wettbewerbsgefährdende Handlungen zu unterlassen sowie die Geheimhaltungspflicht bzgl. unternehmensinterner Informationen einzuhalten. Des Weiteren sollten in der Richtlinie Sanktionen bei Verstössen geregelt und der Zugriff auf ein betriebliches Benutzerkonto bei Ende des Arbeitsverhältnisses sowie die Kontrollrechte des Arbeitgebers geklärt werden.

Für **Deutschland** gilt zusätzlich: Besteht in den Unternehmen ein Betriebsrat, so sollte eine IT-Betriebsvereinbarung abgeschlossen werden. Der Betriebsrat hat hierbei das Recht, mitzubestimmen, zu welchen Bedingungen das Internet privat genutzt werden kann. Entscheidet sich der Arbeitgeber hingegen dafür, in seinen Betrieben die Privatnutzung der IT-Mittel ganz zu verbieten, so hat der Betriebsrat hierbei kein Mitbestimmungsrecht.

In den Arbeitsverträgen sollte aus datenschutzrechtlichen Gründen ausdrücklich die Einwilligung des Arbeitnehmers aufgenommen werden, dass der Arbeitgeber Daten erheben darf, die sich auf die Privatnutzung des Internets beziehen. Eine solche Einwilligung ist jedoch nur wirksam, wenn sie sich darauf beschränkt, dass der Zeitpunkt der Privatnutzung ermittelt wird. Den Inhalt der

Privatnutzung zu kontrollieren, wäre dem Arbeitgeber auch trotz Einwilligung des Arbeitnehmers nicht erlaubt.

## IX.

### Darf der Arbeitgeber seine Mitarbeiter überwachen?

#### ■ Kontrollmöglichkeiten des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber ist im Zusammenhang mit der Überwachung der Nutzung sozialer Medien gehalten, die Privatsphäre des Arbeitnehmers zu schützen und zu achten.

In der **Schweiz** gibt es für die Internet- und E-Mail Überwachung am Arbeitsplatz eine klare Regelung, zu welcher der Eidgenössische Datenschutzbeauftragte einen Leitfaden erarbeitet hat. Diese Bestimmungen können auf die Überwachung der Nutzung von sozialen Medien übertragen werden. Zusammengefasst gilt folgendes: Arbeitnehmer sollten über die Überwachung vorgängig informiert und angehört werden. Der Arbeitgeber ist zudem gehalten, durch Prävention (z.B. Filter zur Sperrung bestimmter Sites, etc.) und Sensibilisierung der Arbeitnehmer Missbräuche weitgehend zu verhindern.

Technische Überwachungen, (z.B. nicht personalisierte Protokollierung) sind immer gestattet. Personenbezogene Überwachungen von Arbeitnehmern sind hingegen als Datenbearbeitungen einzustufen. Solche Kontrollen müssen verhältnismässig und erkennbar sein und dürfen nur nach Treu und Glauben erfolgen.

Wie weit das Kontrollrecht des Arbeitgebers geht, hängt davon ab, ob er Social Media Richtlinien erlassen hat. Hat der Arbeitgeber die Nutzung sozialer Medien mindestens beschränkt, darf er deren Einhaltung kontrollieren. Dabei sind jedoch auch die öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzbestimmungen zu beachten. Art. 26 Abs. 1 Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz verbietet ein Überwachungssystem, das ständig und umfassend allein das Verhalten des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz überwacht. Aus diesem Grund dürfen beispielsweise Spionprogramme nicht eingesetzt werden. Zulässig sind hingegen stichprobenartige Auswertungen bei Missbrauchsverdacht. Besteht keine Social Media Richtlinie oder ist die Nutzung erlaubt, sind Kontrollen lediglich dann zulässig, wenn ein konkreter Verdachtsfall vorliegt oder ein notwendiger Zugriff auf geschäftliche Daten besteht.

Der Arbeitgeber darf aufgrund der arbeitsrechtlichen Bestimmungen den Inhalt von einmal als privat erkannten E-Mails oder Internetkommunikation nicht zur Kenntnis nehmen.

In **Deutschland** ist die Rechtslage sehr ähnlich: Erlaubt oder duldet der Arbeitgeber die private Nutzung des betriebseigenen Internet bzw. E-Mail-Accounts, so unterliegt er dem deutschen Post- und Fernmeldegeheimnis. Er gilt als sog. «Dienstanbieter» nach § 3 Nr. 6 Telekommunikationsgesetz (TKG) bzw. § 2 S. 1 Nr. 1 Telemediengesetz (TMG). Den Inhalt der über sein betriebsinternes Netz geführten Internet- bzw. E-Mail-Kommunikation darf der Arbeitgeber dann nicht kontrollieren. Unklar ist die Gesetzeslage hinsichtlich der Frage, ob und wie der Arbeitgeber den Umfang der Privatnutzung des Internets kontrollieren darf, wenn er die Privatnutzung nicht erlaubt hat. Datenschutzrechtlich ist eine gezieltes «Screening», d.h. das Erstellen eines personenbezogenen Benutzerprofils wohl gem. § 32 BDSG einerseits nicht erlaubt. Andererseits darf der Arbeitgeber Stichproben durchführen, um den Missbrauch unternehmenseigener Netzwerke aufzuklären. Erlaubt ist die weitgehende Kontrolle gemäss § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG nur, wenn ein konkreter Verdacht wegen der Begehung einer Straftat vorliegt und die Datenkontrolle erforderlich und verhältnismässig ist.

**Grundsätzlich ist den Unternehmen angesichts der unklaren deutschen Gesetzeslage zu raten, die Privatnutzung des Internets ganz zu verbieten.**

## X.

### Welche belastenden Tatsachen darf der Arbeitgeber verwerten?

#### ■ Beweiserlangung und Beweisverwertung

Erlaubt ein Arbeitgeber dennoch die Privatnutzung von sozialen Netzwerken, so stellt sich im Zusammenhang damit die weitergehende Frage, ob und wie der Arbeitgeber für den Arbeitnehmer belastende Tatsachen verwerten darf, die unter Verstoß gegen Bestimmungen wie Datenschutz, etc. erlangt wurden. Die **Schweizerische** Zivilprozessordnung bestimmt, dass rechtswidrig beschaffte Beweismittel in einem Prozess nur berücksichtigt werden, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt. Dies hängt von einer Güterabwägung im Ein-



zelfall ab. In **Deutschland** sind die Voraussetzungen eines etwaigen Beweisverwertungsverbotes gerichtlich nicht geklärt.

#### ■ Empfehlung:

Arbeitgeber sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland sollten eine Sanktionsmassnahme wie eine Verwarnung/Abmahnung und Kündigung nicht nur auf die Analyse der Internetnutzung (IP-Protokolle, E-Mail-Ausdrucke u.ä.) stützen, sondern auch auf andere Beweismittel wie beispielsweise Zeugenaussagen.

## XI.

### Welche Sanktionsmöglichkeiten hat der Arbeitgeber?

#### ■ Sanktionen bei Missbrauch sozialer Netzwerke

Sollte sich herausstellen, dass ein Arbeitnehmer soziale Medien übermässig zu privaten Zwecken benutzt, so hat der Arbeitgeber ihn zunächst abzumahnern. Eine weitere Sanktionsmöglichkeit des Arbeitgebers wäre es, den Internetzugriff oder den Zugriff auf entsprechende Websites oder Anwendungen durch passende Content- oder Application-Filter für den Arbeitnehmer zu sperren. Schliesslich kann auch eine Entlassung in Frage kommen. Eine fristlose Entlassung dürfte in der **Schweiz** hingegen – anders als in Deutschland – kaum zulässig sein. So hat das Bundesgericht beispielsweise einen Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich bestätigt, dass ein Arbeitnehmer nicht aufgrund übermässigen Surfens fristlos entlassen werden durfte.

In einem vom Landesarbeitsgericht **Niedersachsen** entschiedenen Fall hatte der Arbeitnehmer an mehreren Tagen im Rahmen seines E-Mail-Kontaktes mit einem Freund bis zu 183 E-Mails täglich bekommen (an anderen Tagen 110, 118, 139 und 173 E-Mails). Da die E-Mails aufeinander aufbauten, konnte davon ausgegangen werden, dass er ähnlich viele selbst geschrieben hat. Das Gericht hat bei einer Durchschnittsdauer von 3 Minuten für eine E-Mail ausgerechnet, dass dem Arbeitnehmer an diesen Tagen keinerlei Zeit mehr für die Bearbeitung seiner Dienstaufgaben verblieben ist. Dass der Arbeitnehmer hier nicht annehmen durfte, dass ein solches Verhalten gebilligt würde, ist offensichtlich und sogar eine fristlose Kündigung gerecht-

fertigt. Weniger offensichtlich stellt sich der Fall dar, den das Bundesarbeitsgericht 2005 entscheiden musste. Hier hatte der Arbeitnehmer an verschiedenen Arbeitstagen mal zwischen 7:05 und 8:32 Uhr, mal zwischen 11:24 und 12:12 Uhr etc. das Internet privat genutzt. Die Überschreitungen hielten sich immer im Bereich von ca. 15 Minuten bis zu 1,5 Stunden. Das Bundesarbeitsgericht sah darin dennoch bereits eine Berechtigung zur fristlosen Kündigung.

Der Missbrauch sozialer Netzwerke durch Arbeitnehmer, etwa im Zusammenhang mit der Verleumdung und Verunglimpfung des Arbeitgebers oder wegen der Verletzung seines Wettbewerbs- oder Geheimhaltungsinteresses, war bislang **in der Schweiz noch** nicht Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen.

In der Schweiz prangerte ein Chefbeamter, ironischerweise der Leiter der Kommune, über Twitter den Gemeinderat an und äusserte sich abfällig über die Partei des Vorgesetzten. Da der Stadt aber Richtlinien für den Umgang von Angestellten mit sozialen Medien fehlten, wurde der Beamte nicht entlassen. In einem anderen Fall wurden angeblich zwei Flugmechaniker einer Flugzeugwartungsfirma entlassen, weil sie sich im Rahmen des «Planking»-Fiebers auf eine «offene» Turbine legten und das Foto an eine Gratiszeitung schickten. Das Kreisgericht St. Gallen verurteilte sodann eine junge Frau – allerdings nicht im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses – zu einer bedingten Geldstrafe, da sie einen Mann auf Facebook als «Seckel» und als «truurige Mensch» beschimpfte.

In den deutschen Medien berichtet wurde sodann der Fall, dass der Vorstandsvorsitzende einer deutschen Gesellschaft von einem Mitarbeiter auf einem Facebook-Portal als «Spitze des Lügenpacks» bezeichnet wurde – was andere Mitarbeiter mit dem Drücken des «Gefällt Mir»-Buttons kommentierten. Ausser einer Belehrung über die internen Verhaltensrichtlinien wurden aus dem Vorfall keine Konsequenzen gegen einzelne Mitarbeiter bekannt.

Das Landesarbeitsgericht Schleswig Holstein hatte einen Fall zu entscheiden, in dem ein Mitarbeiter einer Gemeinde mehrfach im Internet deutliche Kritik an seinem Arbeitgeber geäussert und ihn bezichtigt hat, Statistiken zu fälschen. Das LAG erkannte eine fristlose Kündigung für rechtmässig, da der Kläger sich nicht auf sein Grundrecht auf freie Meinungsäusserung berufen konnte. Durch die öffentlichen Bezichtigungen des



© Samsung

Arbeitgebers sei der Betriebsfrieden erheblich und vorsätzlich gestört worden.

Dass für den Arbeitnehmer Vorsicht geboten sein sollte, wenn er sich im Zusammenhang mit seinem Arbeitsverhältnis in sozialen Netzwerken äussert, zeigt auch folgender Fall: Das Arbeitsgericht Düsseldorf hatte kürzlich über eine Kündigung zu entscheiden, die darauf gestützt war, dass eine Arbeitnehmerin auf ihrem Facebook-Account verkündete: «Ab zum Arzt und dann die Koffer packen» – und daraufhin ihren Mallorca-Urlaub antrat. Der Fall endete mit einem Vergleich. Das Gericht hatte allerdings vorab die Rechtsansicht geäussert, dass es die darauf gestützte Kündigung aller Wahrscheinlichkeit nach als wirksam ansehen würde.

#### ■ Empfehlung:

Unternehmen sollten darauf achten, was über sie im Internet von Mitarbeitern aber auch von Dritten veröffentlicht wird. Sollten diese Veröffentlichungen das Mass der Satire oder der freien Meinungsäusserung überschreiten, kann das Unternehmen Unterlassung fordern und arbeitsrechtlich gegen den Verursacher vorgehen. Bei Beleidigungen besteht neben dem Unterlassungsanspruch zusätzlich das Recht, Strafanzeige zu erstatten. Dies gilt auch für anonyme Beleidigungen und sonstige Straftaten. In Deutschland kann die Staatsanwaltschaft bei Verdacht einer Straftat die IP-Adresse des PC's ermitteln und somit den Täterkreis stark eingrenzen. Zusätzlich kann sie vom Betreiber die Daten des Nutzers, der unter einem Pseudonym auftritt, verlangen.

## XII.

### Was passiert mit den Accounts bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses?

#### ■ Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Verlässt ein Mitarbeiter das Unternehmen, stellt sich die Frage, ob er zur Herausgabe seines Social Media Accounts an den Arbeitgeber verpflichtet ist. Diese Frage ist insbesondere dann relevant, wenn der Arbeitnehmer die sozialen Netzwerke geschäftlich zur Kundenpflege nutzt und keine klassische Kundenkartei mehr führt. Die Rechtslage ist weder in der **Schweiz noch in Deutschland** gerichtlich geklärt.

Zwar wäre der Arbeitnehmer wohl zur Herausgabe der Daten verpflichtet, wenn es sich um einen geschäftlichen Account handelt. Allerdings könnte der Arbeitgeber es dem Arbeitnehmer wohl nur in engen Grenzen verbieten, die gewonnenen Kontakte weiter zu nutzen (etwa weil er die Kontakte vor der Herausgabe kopiert hat). Der vom Arbeitgeber intendierte Kundenschutz kann grundsätzlich nur durch vorherige vertragliche Vereinbarung erreicht werden und muss zeitlich (hinsichtlich der Kontaktaufnahme in der Vergangenheit und hinsichtlich der Dauer des Verbots für die Zukunft) und räumlich (z.B. Kontakte aus Deutschland) begrenzt werden. Derartige Kundenschutzvereinbarungen gelten in der Schweiz allerdings als nachvertragliches Konkurrenzverbot (Art. 340 ff. OR) bzw. in Deutschland als nachvertragliches Wettbewerbsver-

bot gem. §§ 74 ff. Handelsgesetzbuch (HGB). In Deutschland, nicht aber in der Schweiz, berechtigen sie den Arbeitnehmer zu einer Karenzentschädigung. Hier ist also Vorsicht geboten.

#### ■ Empfehlung:

Wenn Arbeitgeber Mitarbeiter für Ihr Unternehmen in Social Media auftreten und kommunizieren lassen, sollten sie zuvor schriftlich vereinbaren, wem der Account und dessen geschäftlicher Inhalt nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zusteht bzw. was mit dem Account und dessen Inhalt zu geschehen hat.

## XIII.

### Was gilt bei Befreundungen in privaten sozialen Netzwerken?

#### ■ Vorgesetzte und Mitarbeiter in privaten sozialen Netzwerken

Vorgesetzte und Mitarbeiter sollten sich gut überlegen, ob sie sich in einem privaten sozialen Netzwerk «befreunden» wollen. Obwohl arbeitsrechtlich zulässig, können sich daraus Probleme im Arbeitsverhältnis ergeben. Bereits der Versand einer «Freundschaftsanfrage» bringt die Parteien in eine unangenehme Situation: Wird die Anfrage abgelehnt, wird dies vom Absender vielfach negativ aufgenommen, was zu Spannungen im Arbeitsumfeld führen kann. Wird die Freundschaftsanfrage hingegen angenommen, werden die Grenzen zwischen einer rein geschäftlichen und persönlichen Beziehung ver-

wischt. Durch Zugang zu den virtuellen Profilen erhalten die Parteien Einblick in sehr persönliche Informationen, die im Umfeld des realen Arbeitsverhältnisses oftmals verdeckt bleiben würden. Dies kann zu Manipulationen, Erpressungen oder Diskriminierungen gegenüber der anderen Partei führen.

## XIV.

### Fazit

Soziale Netzwerke sind auf dem Vormarsch. Sie werden immer mehr fester Bestandteil des Privat- und Arbeitslebens. Viele Unternehmen, aber auch Mitarbeiter werden sich mit den damit verbundenen Fragen und Situationen auseinandersetzen müssen, sei dies im Zusammenhang mit dem eigenen Verweilen in Webkanälen, im HR-Bereich, sei es für die Nutzung der Netzwerke als Marketingplattform.

Unternehmen sollten sich deshalb bereits heute auf die sozialen Netzwerke vorbereiten und den Umgang mit Social Media in ihrem Sinne regeln. **Hierbei sind auf die Bedürfnisse der Unternehmen abgestimmte Social-Media Guidelines dringend empfehlenswert. Kontaktieren Sie uns, um sich zu länderübergreifenden wirksamen Regelungen zu informieren.**

Bereits bestehende Regelungen sollten auf ihre Aktualität und Praktikabilität im Alltag des «Web 2.0» überprüft und ggf. angepasst werden. Die Uhr des Internets tickt schnell und bleibt nicht stehen.

**wenger & vieli**  
Rechtsanwälte

#### Wenger & Vieli AG

Dufourstrasse 56  
Postfach 1285  
CH-8024 Zürich  
Büro Zug  
Metallstrasse 9b  
CH-6300 Zug  
Telefon: +41 (0)58 958 58 58  
Fax: +41 (0)58 958 59 59  
Ansprechpartner: Dr. Roman Heiz, LL.M.  
mail@wengervieli.ch  
www.wengervieli.ch

**GSK** STOCKMANN  
+ KOLLEGEN

#### GSK Stockmann + Kollegen

Standort Heidelberg  
Mittermaierstrasse 31  
D-69115 Heidelberg  
Telefon: +49 6221 4566-0  
Fax: +49 6221 4566-44  
Ansprechpartner: Wolfgang Böhm  
boehm@gsk.de  
www.gsk.de