

Inhaltsübersicht

Literaturverzeichnis.....	IX
Materialienverzeichnis	XV
Abbildungsverzeichnis	XVII
Abkürzungsverzeichnis	XVIII
I. Einleitung	1
A. Problemstellung	1
B. Zielsetzung	2
C. Methodik	3
D. Begriffsbestimmungen	3
E. Abgrenzung	5
II. Theoretischer Teil	6
A. Die grundlegenden Rechtsbeziehungen	6
B. Schützenswerte Interessen i.Z.m. Bewertungsplattformen	8
C. Allgemeine rechtliche Schranken	12
D. Arbeitsrechtliche Schranken während des Arbeitsverhältnisses.....	22
E. Arbeitsrechtliche Schranken nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses.....	33
F. Vorgehen gegen den Bewerter	39
G. Verantwortlichkeit von Providern.....	49
H. Folgerungen aus dem theoretischen Teil.....	53
III. Praktischer Teil	56
A. Übersicht	56
B. Quantitative Studie.....	56
C. Qualitative Studie.....	62
IV. Zusammenfassung und Empfehlungen	67
A. Zusammenfassung der Ergebnisse	67
B. Handlungsempfehlungen.....	68

Verzeichnisse

Anhänge	71
A 1: Checkliste für Arbeitnehmer im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis.....	71
A 2: Checkliste für privatrechtliche Arbeitgeber	73
A 3: Merkblatt zum Vorgehen bei einem schlechten Kommentar	75
A 4: Interviewverzeichnis.....	77
A 5: Begleitbrief zum Interview	78
A 6: Interviewleitfaden für Arbeitgeber	79
A 7: Onlineumfrage für Arbeitnehmer	81

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	IX
Materialienverzeichnis	XV
Abbildungsverzeichnis	XVII
Abkürzungsverzeichnis	XVIII
I. Einleitung	1
A. Problemstellung	1
B. Zielsetzung	2
C. Methodik	3
D. Begriffsbestimmungen	3
1. Allgemeines.....	3
2. Bewertungsplattform.....	3
3. Bewertungsgegenstand bzw. Bewerteter	4
4. Bewerter	4
5. Bewertung	4
E. Abgrenzung	5
II. Theoretischer Teil	6
A. Die grundlegenden Rechtsbeziehungen	6
1. Allgemeines.....	6
2. Rechtsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer	6
a) Klassisches privatrechtliches Einzelarbeitsverhältnis	6
b) Öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis	6
c) Arbeitsverhältnis im Konzern	7
d) Arbeitsverhältnis beim Personalverleih.....	7
3. Rechtsbeziehung zwischen Plattformbetreiber und Arbeitgeber	8
B. Schützenswerte Interessen i.Z.m. Bewertungsplattformen	8
1. Allgemeines.....	8

Verzeichnisse

2. Plattformbetreiber	8
a) Ziel	8
b) Meinungs- und Informationsfreiheit	9
c) Medienfreiheit	10
d) Wirtschaftsfreiheit	11
3. Arbeitnehmer.....	11
4. Arbeitgeber.....	12
5. Öffentlichkeit	12
C. Allgemeine rechtliche Schranken	12
1. Übersicht	12
2. Strafrecht	13
a) Allgemeines.....	13
b) Anwendbarkeit des Medienstrafrechts	14
c) Üble Nachrede	15
d) Verleumdung.....	15
e) Beschimpfung.....	15
f) Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse	15
g) Berufsgeheimnisse	16
h) Amtsgeheimnisse	16
3. Zivilrechtlicher Persönlichkeitsschutz nach Art. 28 ZGB	16
4. Datenschutzrecht	17
a) Allgemeines.....	17
b) Bearbeitung von Personendaten	18
c) Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland.....	19
5. Wettbewerbsrecht.....	21
D. Arbeitsrechtliche Schranken während des Arbeitsverhältnisses.....	22
1. Übersicht	22
2. Im Einzelarbeitsvertrag	22

Verzeichnisse

a)	Die Treuepflicht im Arbeitsverhältnis.....	22
(aa)	Allgemeines.....	22
(bb)	Treuepflicht bezüglich der Bewertung des Arbeitgebers im Internet.....	24
b)	Geheimhaltungspflicht im Arbeitsverhältnis	26
c)	Geheimhaltungspflicht und Whistleblowing.....	27
3.	Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis	28
a)	Treuepflicht	28
b)	Geheimhaltungspflicht	30
4.	Im Konzernverhältnis.....	31
a)	Treuepflicht	31
b)	Geheimhaltungspflicht	31
5.	Beim Personalverleih	32
E.	Arbeitsrechtliche Schranken nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses.....	33
1.	Übersicht	33
2.	Ohne nachvertragliche Vereinbarung	33
a)	Im Einzelarbeitsvertrag	33
b)	Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis	34
c)	Im Konzernverhältnis	34
d)	Beim Personalverleih	34
3.	Mit nachvertraglicher Vereinbarung.....	35
a)	Im Einzelarbeitsvertrag	35
(aa)	Konkurrenzverbot.....	35
(bb)	Weitere nachvertragliche Regelungen.....	36
b)	Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis	37
c)	Im Konzernverhältnis	38
d)	Beim Personalverleih	38
F.	Vorgehen gegen den Bewerter	39
1.	Überblick.....	39
2.	Vertragliche Massnahmen.....	40

Verzeichnisse

a)	Allgemeines.....	40
b)	Die einzelnen Massnahmen.....	41
(aa)	Fristlose Kündigung	41
(bb)	Ordentliche Kündigung	43
(cc)	Schadensersatz aus Art. 321e OR.....	43
(dd)	Streichung der Gratifikation	45
(ee)	Weitere Disziplinar massnahmen	45
(ff)	Konventionalstrafe	46
(gg)	Erfüllungsklage	47
3.	Ausservertragliche Massnahmen	47
a)	Allgemeines.....	47
b)	Zivilrechtlicher Persönlichkeitsschutz	48
c)	Strafrechtlicher Schutz	49
G.	Verantwortlichkeit von Providern.....	49
1.	Allgemeines.....	49
2.	Zivilrechtliche Verantwortung bei einer Persönlichkeitsverletzung.....	50
3.	Strafrechtliche Verantwortung	53
4.	Vertragliche Verantwortung.....	53
H.	Folgerungen aus dem theoretischen Teil.....	53
III.	Praktischer Teil	56
A.	Übersicht	56
B.	Quantitative Studie.....	56
1.	Untersuchungsziel	56
2.	Untersuchungszielgruppe	56
3.	Datenerhebungsmethodik.....	56
4.	Rücklaufquote	57
5.	Ergebnisse der Untersuchung.....	57
a)	Allgemeines und Bewertungsverhalten.....	57
b)	Nutzen von Bewertungsplattformen im Internet	58

c)	Rechtliche Grenzen der Bewertung im Internet	59
C.	Qualitative Studie.....	62
1.	Untersuchungsziel	62
2.	Untersuchungszielgruppe	62
3.	Datenerhebungsmethodik.....	62
4.	Untersuchungsgrenzen	62
5.	Ergebnisse der Untersuchung.....	63
a)	Allgemeine Frage	63
b)	Bedeutung von Bewertungsplattformen.....	63
c)	Umgang mit Bewertungsplattformen und potenziellen Bewertungen	64
6.	Folgerungen aus dem praktischen Teil	65
IV.	Zusammenfassung und Empfehlungen	67
A.	Zusammenfassung der Ergebnisse	67
B.	Handlungsempfehlungen.....	68
1.	Empfehlungen für Arbeitnehmer	68
2.	Empfehlungen für Arbeitgeber	69
Anhänge		71
A 1:	Checkliste für Arbeitnehmer im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis.....	71
A 2:	Checkliste für privatrechtliche Arbeitgeber	73
A 3:	Merkblatt zum Vorgehen bei einem schlechten Kommentar	75
A 4:	Interviewverzeichnis.....	77
A 5:	Begleitbrief zum Interview	78
A 6:	Interviewleitfaden für Arbeitgeber	79
A 7:	Onlineumfrage für Arbeitnehmer	81

Literaturverzeichnis

AKIKOL ANIL, Genugtuungsanspruch der juristischen Person, HAVE 4/2012, S. 406 ff.

AUBERT CAROLE/DELLEY RÉGINE, Utilisation des réseaux sociaux par les travailleurs et les employeurs, in: Dunand Jean-Philippe/Mahon Pascal (éd.), Internet au Travail, vol. 5, Genf/Zürich/Basel 2014, S. 133 ff.

BACHMANN DELIA, Der gläserne Arbeitgeber, Unternehmer Zeitung vom 19. Januar 2016, abgerufen unter: <http://www.unternehmerzeitung.ch/uz-praxis/management/der-glaeserne-arbeitsgeber/> (zuletzt abgerufen am 18. August 2017).

BAERISWYL BRUNO, Datenschutz, in: Grüter Ueli/Schneider Martin/Senn Mischa (Hrsg.), kommunikationsrecht.ch, 2. Aufl., Zürich 2012, S. 127 ff.

BAERISWYL BRUNO/PÄRLI KURT (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Datenschutzgesetz, Bern 2015 [zit. SHK DSG- BEARBEITER].

BELSER EVA MARIA/ NOUREDDINE HUSSEIN, Die Dtschutzgesetzgebund des Bundes, in: Bessler Eva Maria/ Epiney Astrid/ Waldmann Bernhard, Bern 2011.

BREHM ROLAND, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Kommentar zu Art. 41-61 OR, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI/1/3/1, 4. Aufl., Bern 2013 [zit. BK OR-BREHM].

BRÜHWILER JÜRG, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319 – 343 OR, 3. Aufl., Basel 2014.

BUCKMANN JÖRG, Zweite Essenz: Mut, in: Buckmann Jörg (Hrsg.), Einstellungssache: Personalgewinnung mit Frechmut und Können, 2. Aufl., Wiesbaden 2017.

CAMASTRAL CLAUDIA, Grundrechte im Arbeitsverhältnis, Diss. Zürich, Chur/Zürich 1995.

CARRUZZO PHILIPPE, Le contrat individuel de travail, Zürich 2009.

DONATSCH ANDREAS (Hrsg.), StGB Kommentar, 19. Aufl., Zürich 2013 [zit., OFK StGB-BEARBEITER].

DUNAND JEAN-PHILIPPE, Internet au travail: droits et obligations de l'employeur et du travailleur, in : Dunand Jean-Philippe/Mahon Pascal (éd.), Internet au travail, 5. Vol., Genf/ Zürich/ Basel 2014, S. 33 f.

DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL, commentaire Stämpfli, Commentaire du contrat de travail, Bern 2013 [zit.CS-BEARBEITER].

EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), St.Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, Bd. 1, 3. Aufl., Zürich 2014 [zit. SG Komm. BV- BEARBEITER].

EINWILLER SABINE, Reputation und Image, in: Zeffass Ansgar/Piwinger Manfred (Hrsg.), Handbuch Unternehmenskommunikation, 2. Aufl., Wiesbaden 2014, S. 371 ff.

Verzeichnisse

- EPINEY ASTRID/FASNACHT TOBIAS, Besondere Grundsätze, in: Belser Eva Maria/ Epiney Astrid/ Waldmann Bernhard, Datenschutzrecht, Bern 2011.
- FARNER MARTIN, Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts vom 30.3.2001, AJP 12/2001, S. 1457 ff.
- FARNER MARTIN, Die Sicherung der Treuepflicht mit Konventionalstrafe, Anwaltsrevue 5/2013, S. 219 ff. [FARNER Anwaltsrevue].
- FIALA DONATELLA *et al.*, Schadenersatz für Verletzung, Fälschung und Piraterie von Marken, sic!, 7/8/2008, S. 583 ff.
- FRICK MARKUS, Abwerbung von Personal und Kunden, Diss. Zürich, Bern 2000.
- FURRER ANDREAS/MÜLLER-CHEN MARKUS, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf, 2012.
- GEISER THOMAS, Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre Schranken, Diss. Basel, Bern 1983.
- GEISER THOMAS, Haftung bei neuen Arbeitsformen, AJP, 7/1997, S. 787 ff. [zit. GEISER, AJP].
- GEISER THOMAS/ KAENEL ADRIAN VON/ WYLER RÉMY, Stämpflis Handkommentar, Arbeitsgesetz, Bern 2005 [zit. SHK ArG-BEARBEITER].
- GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 2015.
- GLAUS NATALIE, Private Bewertungsportale von Dienstleistern im Lichte des Persönlichkeitsschutzes und des Schutzes vor unlauterem Wettbewerb, Masterarbeit St.Gallen, St.Gallen 2009.
- GLAUS NATALIE, Bewertung von Anwältinnen und Anwälten im Internet – eine rechtliche Würdigung, Anwaltsrevue, 2/ 2011, S. 78 ff. [GLAUS, Anwaltsrevue].
- GREMPER PHILIPP, Arbeitsrechtliche Aspekte zur Ausübung verfassungsmässiger Rechte, Diss. Basel, Basel 1993.
- HÄNNI PETER, Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz, 2. Aufl., Zürich 2008.
- HEIZ ROMAN, Das Arbeitsverhältnis im Konzern, Diss. St.Gallen, Zürich 2004.
- HILLEBRANDT ISABELLE/RAUSCHNABEL PHILIPP/HARTMANN CAROLIN/IVENS BJÖRN S., Kununu & co- Fluch oder Segen, Personalmagazin, 4/2015, S. 38 ff.
- HILTY RETO M./ARPAGAU RETO (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Basel 2013 [zit. BSK UWG- BEARBEITER].
- HONSELL HEINRICH /VOGT NEDIM PETER /WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015 [zit. BSK OR I-BEARBEITER,].
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.) Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 5. Aufl., Basel 2014. [zit. BSK ZGB I- BEARBEITER,].

Verzeichnisse

- JUNG PETER/SPITZ PHILIPPE (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Aufl., Bern 2016 [zit. SHK UWG- BEARBEITER].
- KERNEN ALEXANDER, Volle Verantwortlichkeit des Host Providers für persönlichkeitsverletzende Handlungen seines Kunden, Jusletter vom 4. März 2013.
- Kununu, Häufige Pressefragen, abgerufen unter: <https://www.kununu.com/de/info/fragen#4> (zuletzt aufgerufen am 18. August 2017) [zit. Kununu, Pressefragen].
- LOOSER FABIAN, Der Personalverleih, Diss. Basel, Basel 2015.
- MAURER-LAMBROU URS/ BLECHTA GABOR T. (Hrsg.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014 [zit. BSK DSG-BEARBEITER].
- MEILI ANDREAS/GALFANO MICHÈLE, Medienrechtliche und medienethische Schranken für Online-Leserkommentare, Medialex, 2016, S. 38 ff.
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008.
- MÜLLER ROLAND, Arbeit im Konzern, in: Portmann Wolfgang/ Von Kaenel Adrian (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich 2018, S. 47 ff.
- MÜLLER ROLAND, Betriebliches Disziplinarwesen, Diss. Zürich, Bern 1983 [zit. MÜLLER, Disziplinarwesen].
- MÜLLER ROLAND, Aktuelle Rechtsprechung zur Haftung des Arbeitnehmers, ArbR, 2006, S. 13 ff. [zit. Müller ArbR].
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 3. Aufl., Basel 2013 [zit. BSK StGB I- BEARBEITER].
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 3. Aufl., Basel 2013 [zit. BSK StGB II- BEARBEITER].
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/RIKLIN FRANZ/STRATENWERTH GÜNTER, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern, Medialex, Sonderausgabe 2000, S. 1 ff.
- NOBEL PETER/ WEBER ROLF H., Medienrecht, 3. Aufl., Bern 2007.
- NÖTZLI HARRY, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Bundespersonalrecht, Diss. Zürich, Bern 2005.
- Online Recruiting.net, Social Media Recruiting Studie 2015, abgerufen unter: <http://www.online-recruiting.net/ressource/social-media-recruiting-studie-2015-schweiz/> (zuletzt aufgerufen am 18. August 2017) [zit. Online Recruiting].
- PORTMANN WOLFGANG/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel 2013.
- PORTMANN WOLFGANG/ UHLMANN FELIX (Hrsg.) Stämpflis Handkommentar Bundespersonalgesetz, Bern 2013 [zit. SHK BPG- BEARBEITER].
- RAPP BORIS, Bewertungsportale, Hamburg 2014.

- REHBINDER MANFRED/ STÖCKLI JEAN-FRITZ, Einleitung und Kommentar zu Art. 319-330b OR, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI/2/2/1, Bern 2010. [zit. BK OR 1- REHBINDER/ STÖCKLI].
- REHBINDER MANFRED/ STÖCKLI JEAN-FRITZ, Kommentar zu Art. 331-355 und Art. 361-362 OR, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI/2/2/2, 2. Aufl., Bern 2014 [BK OR 2- REHBINDER/ STÖCKLI].
- RIEDER STEFAN, Der Umgang mit Whistleblowing aus arbeitsrechtlicher Sicht, Jusletter vom 22. Dezember 2014.
- RIEDO CHRISTOF, Der Strafantrag, Diss. Freiburg, Basel 2004.
- RICKENBACH MATTHIAS W., Die Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses, Diss. Zürich, Bern 2000.
- ROSENTHAL DAVID, Internet Providerhaftung – ein Sonderfall? in: Jung Peter (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Haftungsrecht, Zürich 2007, S. 147 ff.
- ROSENTHAL DAVID, Lauterkeitsrecht im Internet, in: Meier-Schatz Christian J. (Hrsg.), Neue Entwicklungen des UWG in der Praxis, St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 64, Bern 2002, S. 82 ff. [ROSENTHAL, Entwicklungen des UWG].
- ROSENTHAL DAVID, Entwicklungen im privaten Datenschutzrecht, in: Furrer Andreas (Hrsg.), Aktuelle Anwaltspraxis 2013, 707 ff. [ROSENTHAL, Aktuelle Anwaltspraxis].
- SCHIBLI BEATRIX, Einschränkungen der Meinungsfreiheit des Bundespersonals, Diss. Zürich, Zürich 2005.
- SCHIWOW EMANUEL/ANDERES DOMINIQUE, Arbeitsgeber-Bewertungsplattformen, HR today, 6/2016, abgerufen unter: <https://www.hrtoday.ch/de/article/arbeitsgeber-bewertungsplattformen> (zuletzt aufgerufen am 19. August 2017).
- SCHNEIDER-MARFELS JASCHA, Rufmord im Internet, in: Staffelbach Oliver/Keller Claudia (Hrsg.), Social Media und Recht für Unternehmen, Zürich 2015, S. 189 ff.
- SCHOCH NIK /SCHÜEPP MICHAEL, Provider-Haftung «de près ou de loin»? , Jusletter vom 13. Mai 2013.
- SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, Der Anwendungsbereich des Medienstrafrechts, in: Cavallo *et al.* (Hrsg.), Liber amicorum für Andreas Donatsch, Zürich 2012, S. 165 ff.
- Schweizer Presserat, Stellungnahme vom 23. Dezember 2008, Fehlende Zuständigkeit bei nicht journalistischen Websites, abgerufen unter: <http://presserat.ch/24700.htm> (zuletzt abgerufen am 18. August 2017) [zit. Schweizer Presserat, Stellungnahme vom 23. Dezember 2008].
- STAEHELIN ADRIAN, Kommentar zu Art. 319-330a OR, in: Gauch Peter/ Schmid Jörg (Hrsg.) Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht Band V/2c, 4. Aufl., Zürich 2006 [zit. ZK OR-STAEHELIN].

Verzeichnisse

- STAEHELIN ADRIAN, Kommentar zu Art. 330b-355 OR, Art. 361-362 OR, in: Gauch Peter/Schmid Jörg (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht Band V/2c, 4. Aufl., Zürich 2014. [zit. ZK OR-STAEHELIN, 2014].
- STRATENWERTH GÜNTER/WOHLERS WOLFGANG, Stämpfli Handkommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 3. Aufl., Bern 2013. [zit. SHK StGB- STATENWERTH/ WOHLERS].
- STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012.
- STUTZ MICHELE/VALLONI NOEMI, Rufmord im Internet, in: Staffelbach Oliver/Keller Claudia (Hrsg.), Social Media und Recht für Unternehmen, Zürich 2015, S. 159 ff.
- TRECHSEL STEFAN/ PIETH MARK, (Hrsg.) Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 2. Aufl. Zürich/St.Gallen 2013 [zit. Praxiskommentar StGB-BEARBEITER].
- VISCHER FRANK/ MÜLLER ROLAND M., Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl., Basel 2014.
- VOLZ STEPHANIE, Trennungsgebot und Internet, Diss. Zürich, Zürich 2013.
- VON KAENEL ADRIAN, Whistleblowing: Unjuristisches und Juristisches zur Einführung, in: Von Kaenel Adrian (Hrsg.), Whistleblowing - Multidisziplinäre Aspekte, Schriften zur Rechtspsychologie, Band 12, Bern 2012, S. 9 ff.
- VOSS RÖDIGER, Wissenschaftliches Arbeiten, 5. Aufl., Konstanz/München 2017. bnvfcd
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 [zit. BSK BV- BEARBEITER].
- WEBER ROLF H., E-Commerce und Recht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2010.
- WICKIHALDER URS, Die Geheimhaltungspflicht des Arbeitnehmers, Diss. Zürich, Bern 2004.
- WICKIHALDER URS, Die «Relativität» der nachvertraglichen Geheimhaltungspflicht des Arbeitnehmers in der Praxis der Gerichte, Jusletter vom 24. Januar 2005 [zit. WICKIHALDER, Jusletter].
- WIDMER PETER, Privatrechtliche Haftung, in: Geiser Thomas/Münch Peter (Hrsg.), Schaden, Haftung, Versicherung, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. 5, Basel 1999, S. 7 ff.
- WILDHABER ISABELLE/HÄNSENBERGER SILVIO, Kündigung wegen Nutzung von Social Media, in: Gschwend Lukas/Hettich Peter/Müller-Chen Markus/Schindler Benjamin/Wildhaber Isabelle (Hrsg.), Recht im digitalen Zeitalter, Zürich/St.Gallen 2015, S. 399 ff.
- WIRZ MARTIN, Die Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses, Diss, Basel, Basel 1979.
- XING AG, Pressemitteilung vom 08. Januar 2013, abgerufen unter: <https://corporate.xing.com/de/newsroom/pressemitteilungen/meldung/pressemitteilungmarktfuehrer-buendeln-ihre-kraefte-xing-uebernimmt-arbeitgeber-bewertungsplatt-1/> (zuletzt abgerufen am 16. August 2017) [zit. XING, Pressemitteilung, 08. Januar 2013].
- XING AG, Pressemitteilung vom 07. November 2017, abgerufen unter: <https://corporate.xing.com/de/newsroom/pressemitteilungen/meldung/xing-gewinnt-im-dritten-quartal->

Verzeichnisse

so-viele-mitglieder-wie-niemals-zuvor/ (zuletzt abgerufen am 16. August 2017) [XING, Pressemitteilung vom 07. November 2017].

Materialienverzeichnis

Bericht des Bundesrates, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Providern, 11. Dezember 2015, abrufbar unter: <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2015/2015-12-110/ber-br-d.pdf> (zuletzt abgerufen am 18. August 2017) [zit. Bericht Bundesrat, Providerhaftung].

Botschaft über die Teilrevision des Obligationenrechts (Schutz bei Meldung von Unregelmässigkeiten am Arbeitsplatz) vom 20. November 2013, BBl 2013 9513 ff. [zit. Botsch. Whistleblowing].

Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 23. März 1988, BBl 1988 II 413 ff. [zit. Botsch. DSG].

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15. September 2017, BBl 2017 6941 ff. [zit. Botsch. E-DSG].

Botschaft zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 18. Mai 1983, BBl 1983 II 1009 ff. [zit. Botsch. UWG].

Botschaft zum Bundespersonalgesetz (BPG) vom 14. Dezember 1998, BBl 1999 II 1597 ff. [zit. Botsch. BPG].

Botschaft zu einer Änderung des Bundespersonalgesetzes vom 31. August 2011, BBl 2011 6703 ff. [zit. Botsch. BPG 2011].

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Netzwerkkriminalität, Bericht der Expertenkommission, Juni 2003, abrufbar unter: <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/archiv/netzwerkkriminalitaet/ber-netzwerkkrim-d.pdf> (zuletzt abgerufen am 15. August 2017) [zit. EJPD, Netzwerkkriminalität].

Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Die EU-Datenschutzgrundverordnung und ihre Auswirkungen auf die Schweiz, Stand Januar 2018, abrufbar unter <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/dokumentation/rechtliche-grundlagen/Datenschutz%20-%20International/DSGVO.html> (zuletzt abgerufen am 4. Februar 2018) [zit. EDÖB, DSGVO].

Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Die Datenübermittlung ins Ausland kurz erklärt, Stand Januar 2017, abrufbar unter <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/arbeitsbereich/uebermittlung-ins-ausland.html> (zuletzt abgerufen 28. Dezember 2017) [zit. EDÖB, Datenübermittlung ins Ausland].

Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Empfehlungen in Sachen Ärztebewertungsseiten im Internet, Stand Juni 2008, abrufbar unter: <https://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00683/00690/00861/00933/index.html?lang=de> (zuletzt abgerufen am 15. August 2017) [zit. EDÖB, Empfehlungen Ärztebewertungsseiten].

Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Erläuterungen zu Bewertungsplattformen im Internet, Stand März 2009, abrufbar unter: <https://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00683/00690/00861/00962/index.html?lang=de> (zuletzt abgerufen am 15. August 2017) [zit. EDÖB, Bewertungsplattformen].

Gutachten des Bundesamts für Justiz vom 24. Dezember 1999, VPB 64/2000, Nr. 75, S. 820 ff. [zit. Gutachten BfJ].

Medienmitteilung des Bundesrates, Bundesrat will Urheberrecht modernisieren: Vernehmlassung eröffnet, 11. Dezember 2015, abrufbar unter: <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2015/2015-12-11.html> (zuletzt abgerufen am 15. August 2017) [zit. Medienmitteilung Bundesrat].

Obligationenrecht (Schutz bei Meldung von Unregelmässigkeiten am Arbeitsplatz), Entwurf vom 20. November 2013, BBl 2013, 9589 ff., abrufbar unter: <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2013/9589.pdf> (zuletzt abgerufen am 15. August 2017) [zit. E-OR].

Staatssekretariat für Wirtschaft, Weisungen und Erläuterungen zum Arbeitsvermittlungsgesetz, zur Arbeitsvermittlungsverordnung und der Gebührenverordnung zum Arbeitsvermittlungsgesetz, Januar 2003, abrufbar unter: https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Personenfreizuegigkeit_und_Arbeitsbeziehungen/merkblaetter/Weisungen_Erlaeuterungen_Arbeitsvermittlungsgesetz.html (zuletzt abgerufen am 15. August 2017) [zit. Seco, Weisungen und Erläuterungen].

Stellungnahme des Bundesrates vom 15. Mai 2013 zur Motion 13.3215 (eingereicht von Kathy Riklin), Rechtliche Verantwortlichkeit von Internetprovider regeln, abrufbar unter: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20133215> (zuletzt abgerufen am 18. August 2017) [zit. Stellungnahme Bundesrat, 15. Mai 2013].

Stellungnahme des Bundesrates vom 24. August 2016 zur Motion 16.3379 (eingereicht von Claude Bégli), Förderung der Schweiz als universeller virtueller Datentresor, abrufbar unter: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20163379> (zuletzt abgerufen am 18. August 2017). [zit. Stellungnahme Bundesrat, 24. August 2016].

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Beispiel einer Bewertung	5
Abbildung 2: Bekanntheit von Bewertungsplattformen.....	57
Abbildung 3: Internetsuche bzgl. Arbeitgeber	57
Abbildung 4: Abgegebene Bewertungen	58
Abbildung 5: Zukünftige Bewertungen.....	58
Abbildung 6: Informationszuwachs	58
Abbildung 7: Mögliche Konflikte	60
Abbildung 8: Sanktionen.....	61

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aargau
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AJP	Aktuelle juristische Praxis (Zürich)
ArbR	Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht (Bern)
ArG	Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, SR 822.11)
a.M.	anderer Meinung
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung
Aufl.	Auflage
AVG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz, SR 823.11)
BB1	Bundesblatt
Bd.	Band
BE	Bern
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGer	Bundesgericht
BfJ	Bundesamt für Justiz
BGH	(Deutscher) Bundesgerichtshof
BK	Berner Kommentar
Botsch.	Botschaft
BPG	Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (SR 172.220.1)
BPV	Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (SR 172.220.111.3)
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
bzw.	beziehungsweise
BSG	Systematische Gesetzessammlung Kanton Bern

Verzeichnisse

BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
Diss.	Dissertation
DSG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (SR 235.1)
DSGVO	Verordnung 2016/679 des europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung)
E	Entwurf
E-DSG	Entwurf über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15. September 2017
E.	Erwägung in Gerichtsentscheid
EBITDA	earnings before interest, taxes, depreciation and amortization = Ergebnis vor Zinsen, Steuern und Abschreibungen)
éd.	éditeur
EDÖB	Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)
et al.	et alii = und weitere
EU	Europäische Union
f.	folgende (Seite)
ff.	fortfolgende (Seite)
EuGH	Europäischer Gerichtshof/ Gerichtshof der Europäischen Union
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
GE	Genf
GR	Graubünden
gl. M.	gleicher Meinung
HAVE	Haftung und Versicherung (Zürich)
Hrsg.	Herausgeber
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts (Bern)

Verzeichnisse

insb.	insbesondere
i.V.m.	in Verbindung mit
i.Z.m.	im Zusammenhang mit
lit.	litera = Buchstabe
LPAC	Loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux vom 04.12.1997 (rs/GE: B 5 05)
Medialex	Zeitschrift für Medienrecht (Bern)
M.w.H.	mit weiteren Hinweisen
M.w.Verw.	mit weiteren Verweisen
N	Randnote
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht SR 220)
ORK	Orell Füssli Kommentar
Personalgesetz AG	Gesetz vom 16.05.2000 über die Grundzüge des Personalrechts (Personalgesetz, SAR 165.100) des Kantons Aargau
Personalgesetz BE	Personalgesetz vom 16.09.2004 (BSG 153.01) des Kantons Bern
Personalgesetz SG	Personalgesetz vom 25.01.2011 (Ordnungsnummer 143.1) des Kantons St.Gallen
Personalgesetz ZH	Personalgesetz vom 27. September 1998 (Ordnungsnummer 177.10) des Kantons Zürich
rs/GE	Recueil systématique genevois = systematische Sammlung von Genf
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SAR	Systematische Sammlung des Aargauischen Rechts
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
SG	St.Gallen
SG Komm.	St.Galler Kommentar
SHK	Stämpfli Handkommentar
sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht (Zürich)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts

Verzeichnisse

StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
u.a.	unter anderem
UNO	United Nations Organization = Organisation der Vereinten Nationen
UNO Pakt	Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2)
UWG	Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (SR 241)
VDSG	Verordnung vom 14. Juni 1993 zum Bundesgesetz über den Datenschutz (235.11)
VG	Bundesgesetz vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz, SR 170.32)
vol.	volume = Auflage
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Zürich
ZK	Zürcher Kommentar
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert

I. Einleitung

A. Problemstellung

Die Arbeitsuche findet heute überwiegend online statt.¹ In einigen Fällen haben die Arbeitssuchenden dabei die Möglichkeit, auf Bewertungsplattformen zuzugreifen.² Diese sollen ihnen Informationen zu potenziellen Arbeitgebern zur Verfügung stellen. Für Arbeitgeber sind solche Bewertungen allerdings ein zweischneidiges Schwert³, insbesondere deshalb, weil Bewertungsplattformen die Arbeitgeberattraktivität beeinflussen können.⁴ Fällt die Bewertung positiv aus, ist dies Gratiswerbung für den Arbeitgeber. Ist die Bewertung jedoch negativ, unwahr oder sind in ihr Betriebsgeheimnisse enthalten, kann dies weitreichende nachteilige Folgen für den Arbeitgeber haben.⁵ Diese Problematik führt unter anderem zu den folgenden Fragestellungen: Welche rechtlichen Grundlagen hat der Arbeitnehmer bei seiner Bewertung zu beachten? Wie werden die Grenzen eines zulässigen Kommentares im Einzelfall bestimmt? Wie soll der Arbeitgeber mit einer schädlichen Bewertung umgehen und welche Möglichkeiten hat er, um sich dagegen zu wehren?

Um diese Fragen beantworten zu können, muss auf verschiedene Rechtsgebiete eingegangen werden. Grundsätzlich darf sich ein Arbeitnehmer, gestützt auf die Meinungsfreiheit, öffentlich über seinen Arbeitgeber äussern. Allerdings wird dieses Recht von unterschiedlichen Seiten beschränkt.⁶ Einerseits geht es um allgemeine Rechtsschranken, welche für Bewertungsportale aller Art⁷ anwendbar sind. Dabei handelt es sich insb. um Normen des Persönlichkeits-, Wettbewerbs-, Straf- und Datenschutzrechts. Andererseits ergibt sich aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers eine Schranke, welche direkt an das Arbeitsverhältnis geknüpft ist.⁸ Hierbei muss zwischen der Rechtsbeziehung vor und nach dem Arbeitsverhältnis differenziert werden, da die Treuepflicht grundsätzlich mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erlischt.⁹

¹ Online Recruiting, S. 3, 7.

² Kununu ist europäischer Marktführer (<<https://www.kununu.com/at/kununu>>, zuletzt abgerufen am 18. August 2017). Auf Kununu sind über 30'000 Schweizer Arbeitgeber (Stand Juni 2017) bewertet worden (vgl. Kununu, Pressefragen). In der Schweiz gibt es circa 290'000 Unternehmen, welche mehr als einen Beschäftigten haben (Vgl. <<https://www.kmu.admin.ch/kmu/de/home/kmu-politik/kmu-politik-zahlen-und-fakten/kmu-in-zahlen/firmen-und-beschaeftigte.html>>, zuletzt abgerufen am 18. August 2017).

³ SCHIWOW/ANDERES, Abschnitt 1.

⁴ HILLEBRANDT/RAUSCHNABEL/HARTMANN/IVENS, S. 38; Im „war for talents“ sind die Arbeitgeberattraktivität sowie die Auftritt im Internet wichtige Faktoren (vgl. BUCKMANN, S. 18, 22 ff.).

⁵ Vgl. SCHIWOW/ANDERES, Abschnitt 1.

⁶ Vgl. SG Komm. BV-KLEY/TOHPINKE, Art. 16, N 14; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a OR, N 5.

⁷ Bspw. für Hotels oder Restaurants.

⁸ Vgl. SCHIWOW/ANDERES, Abschnitt 5.

⁹ M.w.Verw. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a OR, N 2.

Die Problematik der Bewertung von Arbeitgebern im Internet stellt sich nicht nur i.Z.m. dem klassischen Einzelarbeitsvertrag. Es werden deshalb auch öffentlich-rechtliche Anstellungsverhältnisse, Arbeitsverhältnisse im Konzern und im Personalverleih untersucht. Dies geschieht, da sich bei jedem dieser Arbeitsverhältnisse besondere Fragestellungen in Abweichung zum klassischen Einzelarbeitsvertrag ergeben. Beim öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis muss untersucht werden, in welchem Rahmen die öffentliche Hand als Arbeitgeber bewertet werden darf und ob dieser Rahmen vom privatrechtlichen abweicht. Liegt ein Arbeitsverhältnis im Konzern oder im Personalverleih vor, ist fraglich, was geschieht, wenn eine andere Person als der direkte Arbeitgeber bewertet wird. Welche Normen gelten, wenn der Arbeitnehmer einer Tochtergesellschaft die Muttergesellschaft bewertet? In welchem Rahmen kann ein verliehener Arbeitnehmer seinen Einsatzbetrieb bewerten?

Momentan findet sich in der Schweiz wenig rechtswissenschaftliche Literatur zum Thema Bewertungsplattformen im Internet. Dementsprechend ist der Literaturumfang betreffend Arbeitgeber-Bewertungsplattformen äusserst eingeschränkt. Obwohl mit den Empfehlungen des EDÖB zu einem Fall der Ärztebewertung¹⁰ eine erste rechtliche Begutachtung von Bewertungsplattformen erfolgte, besteht noch kaum¹¹ Schweizer Rechtsprechung in diesem Bereich. Im Gegensatz dazu wird der Einfluss von Bewertungsplattformen tendenziell immer grösser.¹² Für Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist es folglich wichtig, sich einen Überblick über die rechtliche Situation verschaffen zu können.

B. Zielsetzung

Die vorliegende Arbeit verfolgt drei Hauptziele.

- Es sollen die verschiedenen rechtlichen Spannungsfelder aufgezeigt und die rechtlichen Grundlagen dazu erläutert werden. Hierbei ist insbesondere auf die Rechtsbeziehung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber einzugehen.
- Basierend auf den rechtlichen Grundlagen sollen die verschiedenen Reaktionsmöglichkeiten aufgezeigt werden, die einem Arbeitgeber im Falle einer nachteiligen Bewertung zustehen.

¹⁰ EDÖB, Empfehlungen Ärztebewertungsseiten.

¹¹ Allerdings gibt es Rechtsprechung zur öffentlichen Kritik am Arbeitgeber. Ein Beispiel für die Äusserung von öffentlicher Kritik am Arbeitgeber mittels eines Online-Kommentars ist das Urteil des Zürcher Obergerichts LA150002 vom 27. März 2015, E. 2.2.

¹² M.w.Verw. RAPP, S. 111 ff.; WEBER, S. 476.

- Durch eine qualitative und eine quantitative Studie sollen die praktische Bedeutung und die Handhabung der Arbeitgeberbewertung im Internet untersucht werden. Im Zusammenhang mit den rechtlichen Grundlagen werden daraus Handlungsempfehlungen für Arbeitnehmer und Arbeitgeber formuliert.

C. Methodik

Um die beschriebenen Ziele zu erreichen, müssen vorerst verschiedene Problemfelder definiert werden. Dafür wird in einem ersten Schritt eine Internetrecherche durchgeführt. Hierbei werden die vorhandenen Bewertungsplattformen betrachtet. In einem nächsten Schritt wird die bereits bestehende Literatur ausfindig gemacht und ausgewertet. Anschliessend können die wichtigsten rechtlichen Grundlagen zusammengestellt werden. Insbesondere ist hierbei die Literatur über die Pflichten des Arbeitnehmers während und nach dem Arbeitsverhältnis zu konsultieren. Da bislang noch keine einschlägige Schweizer Rechtsprechung zur Thematik vorhanden ist, wird versucht Analogien zu ähnlichen Situationen zu ziehen.

Aus den rechtlichen Grundlagen werden Reaktionsmöglichkeiten und Ansprüche der Arbeitgeber erarbeitet. Um konkrete Empfehlungen zu gestalten und die momentane Relevanz zu erfassen, wird die Thematik in der Praxis untersucht. Hierzu erfolgt eine quantitative und qualitative Studie. In der quantitativen Studie soll die Sichtweise der Arbeitnehmer untersucht werden. Als Gegenstück dazu stellt die qualitative Studie die Perspektive von Arbeitgebern in den Fokus.

D. Begriffsbestimmungen

1. Allgemeines

Nachfolgend werden einige wichtige Begriffe für den Gebrauch in der vorliegenden Arbeit definiert, um Missverständnissen vorzubeugen. Des Weiteren wird ausschliesslich die männliche Sprachform verwendet und dabei stets geschlechtsneutral verstanden. Dies dient lediglich der Vereinfachung der Lesbarkeit und stellt keine Abwertung anderer Geschlechter dar.

2. Bewertungsplattform

Bei Bewertungsplattformen bzw. -portalen handelt es sich um öffentlich zugängliche Internetplattformen, die dem strukturierten Informationsaustausch über Waren, Dienstleistungen, Unternehmen oder Personen dienen. Auf diesen Websites können Nutzer ihre Meinungen und Er-

fahrungen mittels freien Kommentaren oder bestimmten Kriterien preisgeben. Ziel ist es, anderen Nutzern eine Orientierungshilfe zu bieten.¹³ Im Folgenden geht es ausschliesslich um eigenständige Plattformen. Diese zeichnen sich dadurch aus, dass sie auf die Information der Öffentlichkeit fokussiert sind.¹⁴ Beim Plattformbetreiber handelt es sich üblicherweise um Content und Hosting Provider.¹⁵ Auf Arbeitgeber-Bewertungsplattformen, welche das Thema der vorliegenden Arbeit bilden, werden Arbeitgeber bewertet.

3. Bewertungsgegenstand bzw. Bewerteter

Beim Bewertungsgegenstand handelt es sich vorliegend um einen Arbeitgeber.¹⁶ Dies kann eine juristische oder natürliche Person sein.¹⁷

4. Bewerter

Unter dem Bewerter wird grundsätzlich¹⁸ jede natürliche Person verstanden, die sich in einem Arbeitsverhältnis zum Bewertungsgegenstand befindet bzw. befand und den Bewertungsgegenstand auf einer Bewertungsplattform beurteilt. Nicht erfasst von dieser Definition, sind Personen, die sich als gegenwärtige oder ehemalige Arbeitnehmer ausgeben und einen Arbeitgeber bewerten, ohne jemals in einem Arbeitsverhältnis zum Bewertungsgegenstand gestanden zu haben.¹⁹

5. Bewertung

Vorliegend ist die Bewertung eine öffentliche Meinungsäusserung über die Qualitäten eines Arbeitgebers. In diese fliessen üblicherweise objektive und subjektive Kriterien ein. Folglich

¹³ M.w.Verw. RAPP, S. 13; siehe auch EDÖB, Erläuterungen Bewertungsplattform, Kapitel 1.1.

¹⁴ Demgegenüber stehen integrierte Bewertungsplattformen. Diese dienen dazu, eine spezifische Aktion bspw. den Kauf eines Produktes zeitnah zu beurteilen (EDÖB, Erläuterungen Bewertungsplattform, Kapitel 1.2; WEBER, S. 476).

¹⁵ GLAUS, S. 3; zu den Begrifflichkeiten WEBER, S. 500 ff., 516 ff.; siehe auch M.w.Verw. Bericht Bundesrat Providerhaftung, S. 17 ff.; EJPd, Netzwerkkriminalität, S. 28.

¹⁶ Vgl. zum Begriff des Arbeitgebers BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 319, N 43 ff. Bei der Bewertung im Konzernarbeitsverhältnis bzw. im Personalverleih wird ausnahmsweise nicht der direkte Arbeitgeber betrachtet, sondern eine andere Konzerngesellschaft bzw. der Entleiher.

¹⁷ BK OR I-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319, N 13.

¹⁸ Ausnahmen von dieser Annahme werden nur beim Konzernarbeitsverhältnis und dem Personalverleih gemacht.

¹⁹ Vgl. zur Problematik der Anonymität BACHMANN, Abschnitt 4; Urteil des BGH VI ZR 34/15 vom 01. März 2016, Rz. 50 ff.

handelt es sich meist um gemischte Werturteile.²⁰ Die Bewertungen selbst bestehen aus Kommentaren und/oder Punktevergaben.²¹ In der Arbeit wird vorausgesetzt, dass die Bewertung zumindest teilweise aus einem Kommentar besteht, der ein Arbeitsverhältnis betrifft.

<u>Contra:</u>	
•	Manchmal noch etwas schwerfällige Abläufe; interne Dienstleistungsorientierung teilweise noch nicht optimal
Arbeitsatmosphäre	★ ★ ★ ★ ★
Vorgesetztenverhalten	★ ★ ★ ★ ★
Kollegenzusammenhalt	★ ★ ★ ★ ☆

Abbildung 1: Beispiel einer Bewertung²²

E. Abgrenzung

Bei der vorliegenden Arbeit handelt es sich um eine rechtswissenschaftliche Arbeit. Dementsprechend wird nicht auf betriebswirtschaftliche oder informationstechnologische Aspekte von Bewertungsplattformen eingegangen. Die Arbeit begrenzt sich des Weiteren auf Schweizer Arbeitsverhältnisse, die auf in der Schweiz aktiven Portalen bewertet werden. Folglich wird weder das ausländische Recht noch das Kollisionsrecht behandelt.

Eine weitere Abgrenzung wird bezüglich der Rechtsgebiete vorgenommen. Der Fokus der Arbeit liegt auf den arbeitsrechtlichen Aspekten. Die Bereiche des Wettbewerb-, Straf-, Persönlichkeits-, und Datenschutzrechtes werden berücksichtigt, soweit ein direkter Bezug besteht.

Es werden private und öffentlich-rechtliche Einzelarbeitsvertragsverhältnisse begutachtet. Bezüglich der öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse wird primär auf die Arbeitsverhältnisse auf Bundesebene eingegangen, da eine ausführliche Auseinandersetzung mit den kantonalen Normen den Rahmen der Arbeit überschreiten würde. Dennoch werden einige der kantonalen Regelungen beispielhaft aufgezeigt. Dazu werden die Normen mit jenen für das Konzernarbeitsverhältnis und des Personalverleihs verglichen. Auf andere besondere Arbeitsverhältnisse kann nicht eingegangen werden.

Auf historische Aspekte wird nicht eingegangen.

²⁰ Vgl. EDÖB, Erläuterungen Bewertungsplattform, Kapitel 3.3; zum Begriff des Werturteils vgl. unten Kapitel II.C.2.a).

²¹ Vgl. <Glassdoor :<https://de.glassdoor.ch/Bewertungen/index.htm>, für Kununu <<https://www.kununu.com/ch/>>, für Jobvote <<http://www.jobvote.com/>> (zuletzt abgerufen am 18. August 2017).

²² Eigene Grafik, in Anlehnung an <<https://www.kununu.com/ch/chunispital-basel/a/SUVoVII2eg%3D%3D>> (zuletzt abgerufen am 15. August 2017).

II. Theoretischer Teil

A. Die grundlegenden Rechtsbeziehungen

1. Allgemeines

Um die anwendbaren Normen und grundlegenden Unterschiede bzgl. der verschiedenartigen Arbeitsverhältnisse aufzeigen zu können, müssen zuerst die rechtlichen Beziehungen überblickt werden. Des Weiteren werden die verschiedenen Ausgestaltungsmöglichkeiten der Rechtsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Bewertungsplattform aufgezeigt. Auf eine vertiefte Behandlung der Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Plattformbetreiber wird verzichtet, da diese für die Behandlung der Problemfelder und Forschungsfragen nicht relevant ist. Diese nimmt insb. keinen Einfluss auf die Beurteilung der Zulässigkeit eines Bewertungskommentars.

2. Rechtsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer

a) Klassisches privatrechtliches Einzelarbeitsverhältnis

Wie oben²³ ausgeführt, wird angenommen, dass zwischen dem Bewerteten und dem Bewerter ein Arbeitsverhältnis besteht bzw. bestanden hat. Beim Arbeitsvertrag nach Art. 319 ff. OR handelt es sich um einen privatrechtlichen Schuldvertrag, der des Weiteren durch die folgenden Merkmale abgegrenzt wird: Arbeitsleistung, Dauerschuldverhältnis, Entgeltlichkeit und Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation.²⁴ Dieser Vertrag gilt vorliegend als Ausgangssituation.

b) Öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis

Im Gegensatz zum privatrechtlichen Arbeitsverhältnis ist das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis²⁵ nicht primär im OR geregelt.²⁶ Stattdessen sind die Anstellungsverhältnisse bei Bund, Kantonen oder Gemeinden grundsätzlich²⁷ separat geregelt. Das BPG regelt die Anstellung beim Bund.²⁸ Für kantonale bzw. kommunale Arbeitsverhältnisse gilt kantonales bzw. kommunales Personalrecht.²⁹ Beim öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis muss untersucht werden, ob

²³ Vgl. oben Kapitel I.D.4.

²⁴ Vgl. BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 319, N 1 ff.; siehe auch GEISER/MÜLLER, Rz. 100.

²⁵ Zu den Grundlagen des öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses GEISER/MÜLLER, Rz. 198 ff.

²⁶ Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 342 OR, N 2.

²⁷ Es ist auch möglich, dass öffentlich-rechtliche Körperschaften privatrechtliche Arbeitsverträge eingehen, die dem OR unterstehen (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 OR, N 22). Des Weiteren gilt das OR subsidiär (vgl. Art. 6 Abs. 2 BPG).

²⁸ Art. 1 BPG; M.w.H. SCHIBLI, S. 5 ff.

²⁹ Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 OR, N 22.

sich aus dem speziellen Arbeitsverhältnis³⁰, insb. der doppelten Loyalität³¹, ein anderer Rahmen der Bewertungsmöglichkeiten ergibt. Ebenso sind abweichende Regelungen zum Kündigungsschutz zu untersuchen.³²

c) **Arbeitsverhältnis im Konzern**

In der Schweiz gibt es kein gesetzlich normiertes Konzernarbeitsrecht. Als Arbeitgeberin gilt jeweils die Partei, die als solche den Vertrag abgeschlossen hat.³³ Als Arbeitgeberin kommt somit auch eine Tochtergesellschaft in Frage. Bezüglich Arbeitgeber-Bewertungsplattformen stellt sich die Frage, wie sich die Rechtslage bezüglich der arbeitsrechtlichen Ansprüche gestaltet, wenn ein Arbeitnehmer eine Bewertung über den gesamten Konzern bzw. die Muttergesellschaft abgibt.³⁴

d) **Arbeitsverhältnis beim Personalverleih**

Beim Personalverleih³⁵ wird die Arbeitgeberstellung aufgespalten. Der Arbeitgeber verleiht den Arbeitnehmer an den Entleiher. Dieser beschäftigt den Arbeitnehmer in seinem Einsatzbetrieb. Folglich entsteht ein Dreiecksverhältnis zwischen Arbeitgeber (Verleiher), Arbeitnehmer und dem Einsatzbetrieb (Entleiher). Der Arbeitsvertrag wird lediglich zwischen dem Arbeitnehmer und dem Verleiher geschlossen. Der Arbeitnehmer verpflichtet sich jedoch seine Arbeitsleistungen dem Entleiher zu erbringen.³⁶ Es wird angenommen, dass zwischen dem Entleiher und dem Arbeitnehmer, trotz des Fehlens eines Arbeitsvertrags, direkte Rechte und Pflichten bestehen. Im Grundsatz sind diese Forderungsrechte unbestritten.³⁷ Die Lehre ist sich jedoch uneins auf welcher Grundlage sie beruhen. Die Mehrheit der heutigen Lehre geht von einem echten Vertrag zugunsten Dritter aus.³⁸

³⁰ Der Arbeitnehmer befindet sich in einem sogenannten Sonderstatusverhältnis SHK BPG-HELBLING, Art 20 BPG, N 7 f.).

³¹ Ausführlich dazu SHK BPG-HELBLING, Art 20 BPG, N 50 f.

³² SHK BPG-NÖTZLI, Art. 13 BPG, N 2.

³³ Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. November 2007, E. 4.d (JAR, 2010, S. 666 ff.); BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 319, N 44a; ausführlicher dazu MÜLLER, S. 52 ff.

³⁴ Da auf den Plattformen üblicherweise anonym bewertet werden kann, ist es durchaus vorstellbar, dass ein ehemaliger Arbeitnehmer den gesamten Konzern (statt nur seine direkte Arbeitgeberin) bewertet.

³⁵ Der insbesondere im AVG geregelt ist.

³⁶ Zum Ganzen BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 319, N 23; siehe auch GEISER, AJP, Rz. 4.1 ff.

³⁷ Vgl. anstelle vieler LOOSER, Rz. 460 ff.

³⁸ Oft diskutiert werden vor allem ein faktisches Vertragsverhältnis und ein Vertrag zugunsten Dritter. Vorherrschend ist allerdings die Meinung, dass es sich um einen Vertrag zugunsten Dritter handelt M.w.Verw. LOOSER, Rz. 487; gl.M. GEISER, AJP, Rz. 4.7; M.w.Verw. GEISER/MÜLLER, Rz. 192a; VISCHER/MÜLLER, § 31 N 31; a.M. BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 319, N 23.

Es bestehen drei Formen³⁹ des Personalverleihs. Dabei handelt es sich um temporäre Arbeit, Leiharbeit und gelegentliche Überlassung.⁴⁰ Das besondere Rechtsverhältnis wirft die Frage auf, wie sich die rechtliche Situation gestaltet, wenn der Arbeitnehmer eine Bewertung über den Einsatzbetrieb verfasst.

3. Rechtsbeziehung zwischen Plattformbetreiber und Arbeitgeber

Die Rechtsbeziehung zwischen Plattformbetreiber und Arbeitgeber hängt von der Art der Eintragung des Arbeitgebers auf der Bewertungsplattform ab. Die Eingabe kann einerseits durch die betroffene Person (Arbeitgeber) selbst geschehen, indem der Arbeitgeber sein Profil auf der Bewertungsplattform erstellt. Hierbei schliesst der Arbeitgeber einen Vertrag⁴¹ mit dem Plattformbetreiber. Der Arbeitgeber hat somit grundsätzlich die Kontrolle über sein Profil. In welchem Ausmass er konkret auf Kommentare von Drittpersonen einwirken kann, ergibt sich aus den Vertragsbedingungen. Andererseits ist es auch möglich, dass ein ehemaliger oder bestehender Arbeitnehmer den Bewertungsgegenstand publiziert. In diesem Fall hat der Arbeitgeber keine vertragliche Verbindung mit dem Plattformbetreiber.⁴²

B. Schützenswerte Interessen i.Z.m. Bewertungsplattformen

1. Allgemeines

Nachdem die Rechtsbeziehungen zwischen den beteiligten Parteien untereinander aufgezeigt und erläutert wurden, wird im folgenden Kapitel auf deren schützenswerten Interessen eingegangen. Die schützenswerten Interessen geben zudem einen Hinweis auf die Rechte, auf welche sich die Parteien bei der Durchsetzung ihrer Anliegen stützen können.

2. Plattformbetreiber

a) Ziel

Das Ziel der Plattformbetreiber ist es, eine Informationsplattform für (potenzielle) Arbeitnehmer bereitzustellen.⁴³ Es kommen verschiedene Grundrechte in Betracht, die dieses Interesse gegen staatliche Eingriffe⁴⁴ schützen.

³⁹ Auf die verschiedenen Formen wird jedoch im Rahmen der Arbeit nicht weitereingegangen werden können.

⁴⁰ Vgl. GEISER/MÜLLER, Rz. 174 ff.

⁴¹ Vgl. zum Kauf eines Profils <<https://www.kununu.com/ch/unternehmen/preise>> (zuletzt abgerufen am 18. August 2017).

⁴² SCHIWOW/ANDERES, Abschnitt 2 f.; ähnlich, aber mit technisch dritter Möglichkeit EDÖB, Erläuterungen Bewertungsplattform, Kapitel 1.2.

⁴³ Vgl. RAPP, S. 13.

⁴⁴ Der Schutz durch die Grundrechte richtet sich primär gegen den Staat (SG Komm. BV-SCHWEIZER, Vorbemerkungen zu Art. 7-36, N 9).

b) Meinungs- und Informationsfreiheit

Das Recht Meinungen und Informationen zu verbreiten, gehört zum Schutz der freien Kommunikation. Auf Verfassungsebene⁴⁵ ist dieses Recht in Art. 16 BV verankert. Dabei handelt sich um die Meinungs- und Informationsfreiheit.⁴⁶ Natürliche und juristische Personen können sich auf diese berufen.⁴⁷ Unter den Begriff der „Meinung“ wird die „Gesamtheit der Mitteilungen menschlichen Denkens“⁴⁸ subsumiert. Damit ist insbesondere auch die Mitteilung und Verbreitung von fremden Meinungen geschützt.⁴⁹

Die Meinungsfreiheit⁵⁰ ist ein sogenanntes Auffanggrundrecht, welches insbesondere anwendbar ist, wenn kein anderes Grundrecht auf den Fall zutrifft.⁵¹ Unter der Meinungsfreiheit werden gemäss dem Bundesgericht⁵² lediglich ideelle Äusserungen subsumiert. Kommerzielle Äusserungen werden stattdessen der Wirtschaftsfreiheit unterstellt.⁵³ Die Zuordnung spielt insbesondere im Bereich der Grundrechtsranken eine Rolle, da Einschränkungen der Meinungsfreiheit höheren Anforderungen genügen müssen.⁵⁴

Grundsätzlich können die Äusserungen auf Bewertungsplattformen nicht generell als kommerziell oder ideell eingestuft werden.⁵⁵ Betrachtet man lediglich die Verbreitung von Äusserungen ehemaliger oder derzeitiger Arbeitnehmer, wird es sich überwiegend⁵⁶ um ideelle Inhalte handeln. Bei der Zuordnung ist allein der Inhalt massgeblich. Nicht massgeblich ist hingegen, ob

⁴⁵ Auf internationaler Ebene ist die Meinungsfreiheit in Art. 10 EMRK und Art. 19 UNO Pakt II festgehalten.

⁴⁶ M.w.Verw. BSK BV-HERTIG, Art. 16, N 1.

⁴⁷ SG Komm. BV-KLEY/TOPHINKE, Art. 16, N 13.

⁴⁸ BGE 127 I 145, E. 4.b.

⁴⁹ M.w.Verw. BSK BV-HERTIG, Art. 16, N 9.

⁵⁰ Die Rolle der Informationsfreiheit ist vorliegend wohl subsidiär. Die Ausübung der Meinungsfreiheit setzt Informationsfreiheit voraus. Diese garantiert den Anspruch Nachrichten und Informationen zu empfangen, aktiv zu beschaffen und weiter verbreiten zu können. Die Verbreitung von Informationen ist allerdings auch durch die Meinungsfreiheit geschützt (Vgl. BSK BV-HERTIG, Art. 16, N 18 ff.; SG Komm. BV-KLEY/TOPHINKE, Art. 16, N 33 ff.).

⁵¹ M.w.Verw. SG Komm. BV-KLEY/TOPHINKE, Art. 16, N 3; gemäss BSK BV-HERTIG, Art. 16, N 5 wird die Bezeichnung als Auffanggrundrecht der Meinungsfreiheit jedoch nicht ganz gerecht.

⁵² Der EGMR vertritt eine andere Rechtsprechung. Hiernach fallen auch kommerzielle Äusserungen unter die Meinungsfreiheit (Urteil des EGMR vom 24. Februar 1994, Casado Coca c. Espagne, 15450/89, Ziff. 35; M.w.Verw. SG Komm. BV-KLEY/TOPHINKE, Art. 16, N 7).

⁵³ Vgl. anstelle vieler BGE 125 I 417, E. 3a; siehe auch m.w.Verw. BSK BV-HERTIG, Art. 16 BV, N 10; M.w.Verw. SG Komm. BV-KLEY/TOPHINKE, Art. 16, N 7. Die wirtschaftlich ausgerichteten Äusserungen haben zum Ziel, eine wirtschaftliche Transaktion, beispielsweise einen Produktkauf, zu veranlassen (vgl. MÜLLER/SCHEFER, S. 364 f.).

⁵⁴ M.w.Verw. SG Komm. BV-KLEY/TOPHINKE, Art. 16, N 7.

⁵⁵ Vgl. GLAUS, S. 9. Dies gilt auch für Bewertungsportale für Arbeitgeber. Beispielsweise können sich Unternehmungen auf der Bewertungsplattform Kununu „Employer Branding-Profile“ kaufen, welche als Werbemassnahme dienen. (<<https://www.kununu.com/ch/unternehmen/preise>> zuletzt abgerufen am 18. August 2017).

⁵⁶ Ziel der Plattform ist der Meinungsaustausch. Allerdings kann nicht ausgeschlossen werden, dass einzelne Bewerber versuchen für ein Produkt oder eine Unternehmung zu werben.

mit dem Medium (Internetplattform) kommerzielle Zwecke verfolgt werden.⁵⁷ Die Plattformbetreiber können sich in der Weiterverbreitung der Kommentare folglich grundsätzlich auf die Meinungsfreiheit stützen. Diese Begutachtung sollte jedoch stets im Einzelfall vorgenommen werden.

c) Medienfreiheit

Ein weiteres Grundrecht zum Schutz der Kommunikation ist die Medienfreiheit. Diese ist in Art. 17 BV geregelt. Die Medienfreiheit bildet einen eigenständigen Teilgehalt der Meinungs- und Informationsfreiheit und betont die Funktion der Medien im Prozess der freien Meinungsbildung. Im Zentrum steht dabei, dass Inhalte öffentlich verbreitet werden.⁵⁸ Geschützt wird die Freiheit von „Presse, Radio und Fernsehen sowie anderer Formen der öffentlichen fernmelde-technischen Verbreitung von Darbietungen und Informationen“⁵⁹.

Es ist fraglich, ob Bewertungsplattformen im Internet als Medien im engeren Sinne gelten.⁶⁰ Obwohl in der Lehre insgesamt von einem weiten Medienbegriff ausgegangen wird, ist dessen Umfang bezüglich Internetpublikationen noch umstritten.⁶¹ Es scheint vernünftig,⁶² sich insbesondere an der gesellschaftlichen Funktion der Presse zu orientieren.⁶³ Hat eine Internetplattform eine analoge Funktion, könnte sie als Medium gelten. Bewertungsportale für Arbeitgeber haben je nach Ausgestaltung und Resonanz nur sehr beschränkt Einfluss⁶⁴ auf die demokratische Entscheid- und gesellschaftliche Willensbildung.⁶⁵ Dementsprechend gelten Bewertungsplattformen grundsätzlich nicht als klassische Onlinemedien.⁶⁶ Dennoch können sie, sofern sie

⁵⁷ Vgl. MÜLLER/SCHEFER, S. 366.

⁵⁸ Vgl. BSK BV-ZELLER/KIENER, Art. 17, N 5 ff.; SG Komm. BV-BRUNNER/BURKERT, Art. 17, N 13 ff.

⁵⁹ Art. 17 BV.

⁶⁰ Vgl. MÜLLER/SCHEFER, S. 447.

⁶¹ Vgl. MÜLLER/SCHEFER, S. 447, vgl. zum Medienbegriff BSK BV-ZELLER/KIENER, Art. 17, N 16 f.; MÜLLER/SCHEFER, S. 444 ff.; SG Komm. BV-BRUNNER/BURKERT, Art. 17, N 30 ff. Der EuGH spricht sich für eine weite Auslegung des Begriffs „Journalismus“ aus (Urteil des EuGH Nr. C-73/07 vom 16. Dezember 2008, Rz. 57); Laut dem BGH können sich Provider von Bewertungsplattformen auf die Medienfreiheit berufen (Urteil des BGH VI ZR 34/15 vom 1. März 2016, Rz. 26).

⁶² Soll die Abgrenzung zwischen der Medienfreiheit und der allgemeinen Meinungsfreiheit bestehen bleiben, kann nicht allein der Transport über ein Medium als Abgrenzungskriterium gelten (vgl. BSK BV-ZELLER/KIENER, Art. 17, N 16).

⁶³ MÜLLER/SCHEFER, S. 448; siehe auch BSK BV-ZELLER/KIENER, Art. 17, N 16 f.; zu weiteren Abgrenzungskriterien BSK BV-ZELLER/KIENER, Art. 17, N 17; m.w.Verw. zur Funktion NOBEL/WEBER, Kapitel 1, N 15 ff.

⁶⁴ Es werden Äußerungen von Dritten über die Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehung veröffentlicht und keine weitergreifenden Informationen zur Verfügung gestellt.

⁶⁵ Vgl. zum Kriterium MÜLLER/SCHEFER, S. 447; m.w.Verw. BSK BV-ZELLER/KIENER, Art. 17, N 16 f.; VOLZ, S. 51.

⁶⁶ Vgl. m.w.Verw. VOLZ, S. 198, 213.

über einen grossen Einfluss verfügen, eine wichtige Rolle im Prozess der öffentlichen Meinungsbildung spielen.⁶⁷ Im Gegensatz dazu vertritt der Presserat einen eng gefassten Medienbegriff. Es wird eine professionelle Selektion und Bearbeitung von Äusserungen gefordert.⁶⁸ Zusammenfassend lässt sich sagen, dass nicht jede Bewertungsplattform automatisch als Medium in Sinne der Medienfreiheit gilt. Lediglich Plattformen, die über eine starke Einflussnahme der öffentlichen Meinungsbildung verfügen, könnten sich gegebenenfalls auf die Medienfreiheit berufen.

d) Wirtschaftsfreiheit

Art. 27 BV gewährleistet die Wirtschaftsfreiheit. Zum Schutzbereich gehört insb. die privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit.⁶⁹ Sofern ein Plattformbetreiber nicht nur einer ideellen Tätigkeit nachgeht, sondern auch eine gewinnorientierte Tätigkeit⁷⁰ ausübt, kann er sich grundsätzlich auf die Wirtschaftsfreiheit berufen. Diese Tätigkeit kann bspw. in Form einer Dienstleistung⁷¹ erbracht werden.⁷²

3. Arbeitnehmer

Das Interesse des Arbeitnehmers ist es, Meinungen und Erfahrungen über seinen Arbeitgeber öffentlich mitzuteilen. Der dazugehörige verfassungsrechtliche Schutz basiert auf Art. 16 BV. Geschützt sind positive und negative Äusserungen, aber auch unwahre Mitteilungen oder unaufrichtige Behauptungen.⁷³ Gegenüber dem Arbeitgeber kann sich der Arbeitnehmer grundsätzlich⁷⁴ nicht direkt auf die Grundrechte der Bundesverfassung berufen.⁷⁵ Er kann sich allerdings zu deren Ausübung auf den Persönlichkeitsschutz gemäss Art. 328 OR stützen. Dieser schliesst insbesondere die Meinungsfreiheit mit ein.⁷⁶ Gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. b OR ist eine Kündigung missbräuchlich, wenn sie aufgrund der Ausübung eines verfassungsmässigen

⁶⁷ Vgl. VOLZ, S. 213.

⁶⁸ Schweizer Presserat, Stellungnahme, 23. Dezember 2008, Rz. 3; M.w.Verw. GLAUS, S. 8.

⁶⁹ Vgl. BSK BV-UHLMANN, Art. 27, N 3.

⁷⁰ Dies ist bspw. beim der Bewertungsplattform Kununu der Fall. Sie ist ein Tochterunternehmen der börsenkotierten Gesellschaft XING. XING kaufte Kununu 2013 um seine Position im Social Recruiting weiter zu stärken. (XING, Pressemitteilung, 08. Januar 2013) XING konnte im dritten Quartal 2016 den Umsatz um 24 % und den EBITDA um 38 % gegenüber dem Vorjahr steigern sowie einen rekordhohen Mitgliederzuwachs generieren. (XING, Pressemitteilung, 07. November 2016) Dies lässt auf eine Gewinnorientierung schliessen; siehe auch RAPP, S. 13.

⁷¹ Bereitstellung von Employer Branding-Profilen.

⁷² Vgl. BSK BV-UHLMANN, Art. 27, N 6.

⁷³ BSK BV-HERTIG, Art. 16, N 9.

⁷⁴ Es besteht allerdings eine Ausnahme. Bei der in Art. 8 Abs. 3 BV beschriebenen Lohngleichheit handelt es sich um ein Grundrecht mit direkter Drittwirkung (Vgl. BSK BV-WALDMANN, Art. 35, N 29).

⁷⁵ Vgl. BSK BV-WALDMANN, Art. 35, N 70 f.

⁷⁶ CAMASTRAL, S. 56; M.w.Verw. Botschaft, OR, 344.

Rechts, bspw. der Meinungsfreiheit, erfolgt. Dies jedoch nur insofern der Arbeitnehmer dabei keine Pflichten verletzt oder die Zusammenarbeit im Betrieb beeinträchtigt hat.⁷⁷

Im öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis kann sich ein Arbeitnehmer gegenüber seinem Arbeitgeber direkt auf seine verfassungsmässigen Rechte berufen.⁷⁸ Allerdings ist eine Grundrechtseinschränkung gemäss den Kriterien nach Art. 36 BV möglich.⁷⁹

4. Arbeitgeber

Der Arbeitgeber hat in der Regel ein Interesse an einem positiven Ansehen in der Öffentlichkeit.⁸⁰ Dieses Interesse kann durch Äusserungen von Arbeitnehmern und deren Verbreitung durch Plattformbetreiber tangiert werden. Dies wird insbesondere der Fall sein, wenn es sich um negative oder unwahre Äusserungen handelt. Hier hat der Arbeitgeber ein Interesse an der Löschung, um seinen Ruf und seine Ehre zu wahren.⁸¹ Das öffentliche Ansehen ist als berechtigtes Interesse des Arbeitgebers unter Art. 321a OR zu subsumieren. Ebenso hat der Arbeitgeber ein Interesse daran, dass geheim zu haltende Informationen nicht an die Öffentlichkeit gelangen.⁸² Die genannten Interessen können unter dem Schutz der Persönlichkeit subsumiert werden.⁸³

5. Öffentlichkeit

Es besteht grundsätzlich ein öffentliches Interesse an der Existenz von Bewertungsplattformen, da sie durch den Informationsaustausch zur Transparenz beitragen.⁸⁴ Im vorliegenden Fall ist insbesondere die Transparenz über die vorherrschenden Arbeitsbedingungen sowie das Arbeitsklima beim Bewertungsgegenstand betroffen.

C. Allgemeine rechtliche Schranken

1. Übersicht

Im vorherigen Kapitel wurden die schützenswerten Interessen der drei Parteien dargestellt. Den Parteien ist es jedoch nicht gestattet, ihre Interessen uneingeschränkt und ohne Rücksichtnahme zu verfolgen. Der Interessensverfolgung wird durch gewisse Schranken der Rechtsordnung ein

⁷⁷ Art. 336 Abs. 1 lit. b OR; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 336, N 9.

⁷⁸ Vgl. Art. 35 Abs. 2 BV; SHK BPG-HELBLING, Art 6, N 19.

⁷⁹ Vgl. GREMPER, S. 22 i.V.m. S. 25 f.

⁸⁰ Ein gutes Image kann als Vermögenswert des Unternehmens betrachtet werden. (Vgl. EINWILLER, S. 371, 379). Auch bei Arbeitgebern, welche keine privatrechtlichen Unternehmungen sind, ist ein gutes Image naturgemäss der öffentlichen Akzeptanz und bei der Suche nach neuen Mitarbeitern dienlich.

⁸¹ Vgl. BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321a, N 2 i.V.m. 5; STUTZ/VALLONI, N 5.28.

⁸² Vgl. Art. 321a Abs. 4 OR.

⁸³ Vgl. zu den verschiedenen Rechtsnormen des Persönlichkeitsschutzes BSK ZGB I-MEILI, Art. 28, N 10.

⁸⁴ M.w.Verw. VOLZ, S. 212 f.

Handlungsrahmen vorgegeben. Im folgenden Kapitel wird deshalb aufgezeigt, welche Schranken sich bei der Bewertung eines Arbeitgebers aus der allgemeinen Rechtsordnung, ausserhalb des Arbeitsrechts, ergeben. Diese Ausführungen stellen die Grundlage von möglichen ausservertraglichen Ansprüchen des Arbeitgebers gegen einen Bewerber oder den Plattformbetreiber dar.

2. Strafrecht

a) Allgemeines

Die Meinungsfreiheit des Einzelnen kann durch den Ehrschutz von Drittpersonen begrenzt werden.⁸⁵ Die Ehre⁸⁶ wird insbesondere durch die Artikel 173-178 StGB geschützt. In Zusammenhang mit Äusserungen auf Bewertungsportalen spielen Ehrverletzungsdelikte eine wichtige Rolle, da sie im Bereich der Internetkommentare die verbreitetste Deliktart darstellen.⁸⁷ Primär wird die Ehre von natürlichen Personen geschützt.⁸⁸ Allerdings können auch juristische Personen⁸⁹ Träger des Rechtsgutes der Ehre sein.⁹⁰ Dies ist grundsätzlich⁹¹ bei allen Ehrverletzungsdelikten der Fall.⁹² Im Gegensatz dazu sind öffentlich-rechtliche Behörden nicht ehrfähig. Selbstverständlich sind jedoch auch in diesem Fall die Einzelpersonen geschützt.⁹³

Eingriffe in die Ehre können in verschiedenen Formen erfolgen. Sie können als Tatsachenbehauptungen, reine Werturteile oder gemischte Werturteile auftreten.⁹⁴ Bei Tatsachenbehauptungen und gemischten Werturteilen beziehen sich die Äusserungen auf Tatsachen, welche nachprüfbar sind.⁹⁵ D.h. es handelt es um „Ereignisse oder Zustände der Gegenwart oder Ver-

⁸⁵ Vgl. BSK BV-HERTIG, Art. 16, N 36.

⁸⁶ Zum Ehrbegriff SHK StGB-STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 173, N 1.

⁸⁷ Vgl. MEILI/GALFANO, S. 39. Vorliegend werden deshalb auch nur Geheimnis- und Ehrverletzungsdelikte behandelt. Grundsätzlich können durch Internetkommentare noch weitere Deliktarten begangen werden. Beispiele hierfür sind Rassendiskriminierung, Erpressung oder Handlungen gegen den Geheim- und Privatbereich (vgl. WEBER, S. 542 ff.) Da diese Delikte nicht direkt mit der Bewertung von Arbeitgebern verknüpft sind, wird allerdings auf sie nicht näher eingegangen.

⁸⁸ BSK StGB II-RIKLIN, Vor Art. 173, N 38.

⁸⁹ Sowie Kommandit- und Kollektivgesellschaften.

⁹⁰ BGE 96 IV 148; siehe auch OFK StGB-DONATSCH, Art. 173, N 4; SHK StGB-STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 173, N 5; M.w.Verw. BGE 108 IV 21 E. 2.

⁹¹ Kritisch äussert sich die Lehre über den Fall der Beschimpfung einer juristischen Person, die lediglich unter vier Augen erfolgt (BSK StGB II-RIKLIN, Vor Art. 173, N 40). Das Bundesgericht bejahte die Aktivlegitimation auch bei einer solchen Beschimpfung in BGE 114 IV 14, E. 2b.

⁹² Vgl. anstelle vieler BGE 114 IV 14 E. 2a; m.w.Ver. BSK StGB II-RIKLIN, Vor Art. 173, N 40.

⁹³ M.w.Verw. BSK StGB II-RIKLIN, Vor Art. 173, N 54; siehe auch SHK StGB-STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 173, N 5.

⁹⁴ BSK StGB II-RIKLIN, Vor Art. 173, N 43 f.

⁹⁵ Vgl. SHK StGB-STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 173, N 8. Beispielsweise: „Anna ist eine Betrügerin“ (BSK StGB II-RIKLIN, Vor Art. 173, N 43).

gangenheit [...], die äusserlich in Erscheinung treten und dadurch wahrnehmbar und dem Beweise zugänglich werden“⁹⁶. Um reine Werturteile handelt es sich dagegen, wenn sich die Äusserung nicht auf zu beweisende Tatsachen bezieht. Stattdessen wird hierbei die blosser Missachtung ausgedrückt.⁹⁷

b) Anwendbarkeit des Medienstrafrechts

Für die Äusserungen auf Bewertungsplattformen kann das Medienstrafrecht, Art. 28 und 322^{bis} StGB, eine wichtige Rolle spielen.⁹⁸ Bezeichnend für ein Mediendelikt ist, dass es sich bei der Veröffentlichung erschöpft⁹⁹. Dies ist insbesondere bei Ehrverletzungsdelikten, Geheimnisverletzungen und Delikten des unlauteren Wettbewerbs der Fall.¹⁰⁰ Art. 28 StGB schreibt für Mediendelikte eine Kaskadenhaftung vor. Das heisst, dass primär allein der Autor haftet und erst subsidiär weitere, an der Veröffentlichung Beteiligte.¹⁰¹ Es ist zu prüfen, ob Bewertungsplattformen unter den Medienbegriff¹⁰² des Art. 28 StGB fallen.¹⁰³ In Art. 28 StGB ist der Medienbegriff in einem weiten Sinn zu verstehen, der klar über jenen der klassischen Medienunternehmen hinausreicht. Generell fallen auch Äusserungen auf Websites, welche ohne „redaktionell-publizistische Tätigkeit“¹⁰⁴ entstanden sind, unter das Medienstrafrecht.¹⁰⁵ Folglich wird auch bei Äusserungen auf Bewertungsplattformen das Medienstrafrecht anwendbar sein. Die obigen Ausführungen sind vor allem in jenen Fällen relevant, in denen der Autor eines Kommentars nicht ausfindig gemacht werden kann. Hierbei könnte grundsätzlich die Bewertungsplattform für eine strafbare Aussage zur Rechenschaft gezogen werden, sofern sie auf den strafbaren Inhalt hingewiesen wurde.¹⁰⁶

⁹⁶ BGE 118 IV 41, E. 3.

⁹⁷ Vgl. BSK StGB II-RIKLIN, Vor Art. 173, N 44.

⁹⁸ Art. 28, 322^{bis} StGB.

⁹⁹ Das heisst, dass die strafbare Handlung durch die Veröffentlichung selbst geschehen muss und nicht nur damit in Zusammenhang steht (NOBEL/WEBER, Kapitel 5, N 23).

¹⁰⁰ Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Art. 28, N 7; RIEDO, S. 37.

¹⁰¹ Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Art. 28, N 1; siehe auch NOBEL/WEBER, Kapitel 5, N 7ff.

¹⁰² Der Medienbegriff ist nicht deckungsgleich mit jenem aus Art. 17 BV (BSK StGB I-ZELLER, Art. 28, N 45); vgl. oben Kapitel II.B.2.c).

¹⁰³ Vgl. SCHWARZENEGGER, S. 173 f.; Des Weiteren ist die Rechtslage im Bereich der Internetkriminalität und speziell die Verantwortlichkeit von Providern unklar (EJPD, Netzwerkkriminalität, S. 59 ff.; M.w.Verw. BSK StGB I-ZELLER, Art. 28, N 25 ff.).

¹⁰⁴ Vgl. BSK StGB I-ZELLER, Art. 28, N 47; siehe auch BGE 136 IV 145, E. 3; BGE 128 IV 53, E. 5c; Twitter zählt ebenfalls als Medium im Sinne von Art. 28 StGB (Urteil des Bezirksgerichts Zürich GG150250 vom 26.01.2016, E. 4.3).

¹⁰⁵ Vgl. BGE 128 IV 53, E. 5c; OFK StGB-DONATSCH, Art. 28, N 2; Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Art. 28, N 3; siehe auch Gutachten BfJ, S. 828 f.

¹⁰⁶ Vgl. dafür ausführlich unten Kapitel II.G.3.

c) Üble Nachrede

Der objektive Tatbestand von Art. 173 Abs. 1 StGB fordert, dass sich ein Täter negativ gegenüber einem Dritten über das Opfer äussert. Die Äusserung bezichtigt oder verdächtigt das Opfer eines unehrenhaften Verhaltens oder anderer Tatsachen, welche geeignet sind, seinen Ruf zu schädigen.¹⁰⁷ Die üble Nachrede, welche in Form einer Tatsachenbehauptung oder eines gemischten Werturteils erfolgt¹⁰⁸, kann ohne weiteres durch einen Online-Kommentar geäussert werden.¹⁰⁹ Ebenfalls verboten ist die Weiterverbreitung eines schädigenden Zitates.¹¹⁰

d) Verleumdung

Die Verleumdung ist in Art. 174 StGB geregelt. Bei der Verleumdung handelt es sich um einen qualifizierten Tatbestand der üblen Nachrede. Die Äusserung bezichtigt oder verdächtigt auch in diesem Fall das Opfer eines unehrenhaften Verhaltens oder anderer Tatsachen, die zur Rufschädigung geeignet sind. Bezeichnend ist, dass die schädigende Äusserung wider besseres Wissen getätigt wurde.¹¹¹ Wenn der Täter die Äusserung nur als möglicherweise unwahr ansieht und somit mit Eventualvorsatz handelt, wird Art. 173 StGB angewendet.¹¹²

e) Beschimpfung

Bei der Beschimpfung nach Art. 177 StGB handelt es sich um einen Auffangtatbestand. Dieser wird angewandt, wenn es sich bei der fraglichen Äusserung um ein reines Werturteil handelt (gegenüber dem Verletzten oder Dritten) oder die schädliche Äusserung ausschliesslich gegenüber dem Geschädigten getätigt wird.¹¹³ Für die vorliegende Arbeit ist vor allem der erste Fall bedeutsam, da man sich auf einer öffentlich-zugänglichen Bewertungsplattform grundsätzlich an Dritte wendet.¹¹⁴

f) Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse

Der Verrat von Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnissen¹¹⁵ ist verboten, sofern man infolge einer vertraglichen oder gesetzlichen Pflicht die betreffende Information bewahren sollte.¹¹⁶

¹⁰⁷ Art. 173 Abs. 1 StGB.

¹⁰⁸ Art. 173 Abs. 1 StGB; SHK StGB-STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 173, N 8.

¹⁰⁹ MEILI/GALFANO, S. 38.

¹¹⁰ BSK StGB II-RIKLIN, Art. 173, N 4; OFK StGB-DONATSCH, Art. 173, N 17.

¹¹¹ BSK StGB II-RIKLIN, Art. 174, N 1.

¹¹² M.w.Verw. Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/LIEBER, Art. 174, N 3.

¹¹³ SHK StGB-STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 177, N 1.

¹¹⁴ Vgl. ROSENTHAL, Entwicklungen des UWG, S. 83.

¹¹⁵ Zu den begrifflichen Elementen BSK StGB II-NIGGLI/HAGENSTEIN, Art. 162, N 9 ff.

¹¹⁶ Vgl. Art. 162 StGB.

Wie die Preisgabe erfolgt, ist weitgehend unerheblich.¹¹⁷ Es ist denkbar, dass mittels Kommentar auf einer Bewertungsplattform ein Geschäftsgeheimnis verrät stattfindet.

Beispiel für einen Kommentar, der ein Geschäftsgeheimnis verletzt:

„Der Alltag in der A. AG ist oft sehr stressig. Da in den nächsten Monaten eine Fusion mit der B. AG ansteht, wird sich dies wohl auch nicht so schnell ändern.“¹¹⁸

g) Berufsgeheimnisse

In einigen Berufen¹¹⁹ bestehen spezielle Geheimhaltungspflichten. Die Offenbarung dieser Geheimnisse ist grundsätzlich strafbar.¹²⁰ Dabei ist die Form der Offenbarung ebenfalls unerheblich und kann durch einen Internetkommentar getätigt werden.¹²¹

h) Amtsgeheimnisse

Die Verwaltung benötigt oftmals sensible Daten von Bürgern zur Erfüllung ihrer Aufgaben. Die Privatsphäre der Bürger soll diesbezüglich besonders geschützt werden. Diesem Schutz dient das Amtsgeheimnis, welches in Art. 320 StGB verankert ist.¹²² Dem Amtsgeheimnis unterliegen Behördenmitglieder¹²³ und Beamte.¹²⁴

3. Zivilrechtlicher Persönlichkeitsschutz nach Art. 28 ZGB

Der Persönlichkeitsschutz aus Art. 28 ZGB erfasst die Persönlichkeit, sprich das Wesen jedes Einzelnen. Die Persönlichkeit lässt sich in verschiedene Rechtsgüter aufteilen.¹²⁵

Eines dieser Rechtsgüter ist die Ehre. Der Ehrschutz nach Art. 28 ff. ZGB ist umfassender als der strafrechtliche.¹²⁶ Insbesondere werden hierbei das berufliche, wirtschaftliche und gesellschaftliche Ansehen einer Person geschützt.¹²⁷ Beispielsweise gilt die Äusserung, jemand sei

¹¹⁷ M.w.H. BSK StGB II-NIGGLI/HAGENSTEIN, Art. 162, N 25.

¹¹⁸ Fusionsabsichten zählen zu den Geschäftsgeheimnissen, sofern sie noch nicht bekannt sind (vgl. BSK StGB II-NIGGLI/HAGENSTEIN, Art. 162, N 19).

¹¹⁹ Beispielsweise bei Rechtsanwälten, Ärzten, Geistlichen oder Psychologen.

¹²⁰ Art. 321 ff. StGB.

¹²¹ Vgl. BSK StGB II-OBERHOLZER, Art. 321, N 19.

¹²² Vgl. BSK StGB II-OBERHOLZER, Art. 320, N 4 f.; SHK BPG-HELBLING, Art. 22, N 67.

¹²³ In Fällen, in welchen eine öffentliche Aufgabe von privatrechtlich Angestellten ausgeführt wird, ist das Amtsgeheimnis auch anwendbar. Massgeblich ist die Wahrnehmung der öffentlichen Funktionen im Dienste des Gemeinwesens (BSK StGB II-Oberholzer, Art. 320, N 6 f.).

¹²⁴ Art. 320 Abs. 1 StGB.

¹²⁵ Vgl. BSK ZGB I-MEILI, Art. 28, N 5 ff.; vgl. zu den einzelnen Rechtsgütern BSK ZGB I-MEILI, Art. 28, N 17.

¹²⁶ BSK StGB II-RIKLIN, Vor Art. 173, N 76; mit weiteren Beispielen zur Abgrenzung des zivil- und strafrechtlichen Ehrschutzes im Internet SCHNEIDER-MARFELS, Rz. 6.21 ff; 6.51 ff.

¹²⁷ Vgl. BGE 107 II 1, E. 2; BSK ZGB I-MEILI, Art. 28, N 28.

ein „Abzocker“, ohne Hinweise auf einen tatsächlich überrissenen und nicht angemessenen Lohn, als persönlichkeitsverletzend.¹²⁸ Neben der Ehre können im Zusammenhang mit der Bewertung des Arbeitgebers im Internet weitere Teile des Persönlichkeitsschutzes relevant sein. Insbesondere kann das Recht auf Achtung der Privatsphäre tangiert werden.¹²⁹ Persönlichkeitsverletzungen können gemäss Art. 28 Abs. 2 OR durch Einwilligung, überwiegendes privates oder öffentliches Interesse¹³⁰ sowie durch Gesetz gerechtfertigt werden.

Bei der Frage, ob eine Persönlichkeitsverletzung vorliegt, wird auf einen objektiven Massstab abgestellt und nicht auf das subjektive Befinden des Betroffenen. Des Weiteren wird eine objektive Erkennbarkeit der betroffenen Person gefordert. Das heisst, dass für andere Leser erkennbar sein muss, wem der verbale Angriff auf die Persönlichkeit gilt.¹³¹

Die Kommunikation in Form eines Online-Kommentars ist besonders heikel, da sie durch die hohe Verbreitungs- und Speicherkapazität ein erhöhtes Schädigungspotenzial aufweist. Das Risiko einer Persönlichkeitsverletzung liegt dementsprechend höher als bei anderen Kommunikationsmitteln.¹³² Aktivlegitimiert sind natürliche und juristische Personen sowie auch rechtsfähige Personenmehrheiten.¹³³

4. Datenschutzrecht

a) Allgemeines

Der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz wird durch das Datenschutzgesetz konkretisiert und ergänzt.¹³⁴ Der Zweck des DSG ist, neben dem privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz, auch der verfassungsmässige Grundrechtsschutz im Zusammenhang mit der Datenbearbeitung von Behörden.¹³⁵ In der vorliegenden Arbeit wird lediglich auf den privatrechtlichen Schutz eingegangen. Anknüpfungsmerkmal zur Anwendung des DSG ist, die Bearbeitung von Personendaten in der Schweiz.¹³⁶ Der Bundesrat plant, das DSG zu revidieren. Aktuell liegt der Entwurf

¹²⁸ Urteil des Bezirksgerichts Höfe BZ 10 18 vom 27 Juni 2011, E. 3b; M.w.Verw. BSK ZGB I-MEILI, Art. 28, N 28.

¹²⁹ Falls mittels eines Kommentars bspw. Informationen über den Gesundheitszustand des Chefs veröffentlicht werden (vgl. BSK ZGB I-MEILI, Art. 28, N 17, 24 ff.).

¹³⁰ Vgl. BGer 5C.31/2002 Urteil von 15. Mai 2002, E. 3b. cc, 4e zur Kritik an einem Pflegeheim.

¹³¹ M.w.Verw. BSK ZGB I-MEILI, Art. 28, N 39, 42.

¹³² Bericht Bundesrat, Providerhaftung, S. 13; m.w.V. Urteil des EGMR vom 5. Mai 2011, Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel v. Ukraine, 33014/05, Rz. 63.

¹³³ BSK ZGB I-MEILI, Art. 28, N 32.

¹³⁴ Botsch., DSG, 414; siehe auch SHK DSG-BAERISWYL, Vorbemerkungen zu Art. 1-3, N 1.

¹³⁵ Art. 1 DSG; siehe auch SHK DSG-BAERISWYL, Vorbemerkungen zu Art. 1-3, N 4.

¹³⁶ BELSER/NOUREDDINE, § 7, Rz. 59.

vor.¹³⁷ Auf das DSG können sich bislang sowohl natürliche als auch juristische Personen stützen.¹³⁸ Es ist jedoch geplant, mit der Revision des DSG den Datenschutz für juristische Personen abzuschaffen.¹³⁹ Dies ist für die Beurteilung von Äusserungen auf Bewertungsplattformen relevant, da es sich bei jeder Veröffentlichung von Personendaten auf einer Website um eine Datenbearbeitung nach Art. 3 lit. e DSG bzw. Art. 4 lit. d E-DSG handelt.¹⁴⁰ Als Personendaten gelten alle Angaben, die einer Person zugeordnet werden können. Es ist unerheblich, ob es sich dabei um eine Tatsachenbehauptung oder ein Werturteil handelt.¹⁴¹ Daten werden mit dem Aufschalten eines Kommentars nicht nur vom Bewerter, sondern auch vom Betreiber der Plattform bearbeitet.¹⁴²

b) Bearbeitung von Personendaten

Die Bearbeitung von Personendaten darf die betroffene Person nicht widerrechtlich in ihrer Persönlichkeit verletzen.¹⁴³ Keine Persönlichkeitsverletzung liegt vor, falls die Daten vom Berechtigten allgemein zugänglich gemacht wurden und eine Bearbeitung nicht explizit untersagt wurde.¹⁴⁴ Art. 13 DSG bzw. Art. 27 E-DSG beschreibt, unter welchen Umständen eine Bearbeitung gerechtfertigt sein kann. Art. 13 Abs. 2 DSG legt hierfür fest, wann bspw. ein überwiegendes Interesse der bearbeitenden Person besteht. Dies ist unter anderem der Fall, wenn einer der speziellen Rechtfertigungsgründe aus Art. 13 Abs. 2 DSG anwendbar ist. Zu diesen zählt der Rechtfertigungsgrund des Vertragsabschlusses, der Rechtfertigungsgrund des wirtschaftlichen Wettbewerbs, der Rechtfertigungsgrund der Kreditüberprüfung, der Rechtfertigungsgrund für Medien, der Rechtfertigungsgrund für nicht personenbezogene Datenbearbeitung und der Rechtfertigungsgrund des öffentlichen Wirkens einer Person.¹⁴⁵ Da diese Gründe in Regel auf Bewertungsplattformen nicht anwendbar sind, wird grundsätzlich eine Einwilligung der betreffenden Person benötigt.¹⁴⁶ Es ist allerdings denkbar, dass im Einzelfall ein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse als Rechtfertigungsgrund dienen kann, da die Aufzählung in Art. 13 Abs. 2 DSG nicht abschliessend ist.¹⁴⁷ Die Plattformbetreiber müssen zudem die

¹³⁷ Botsch. E-DSG, 6941 ff.

¹³⁸ Vgl. Art. 3 lit. b DSG.

¹³⁹ Vgl. Art. 1 E-DSG. Damit würde das schweizerische Datenschutzrecht an das europäische Recht angepasst. Der Schutz des DSG für juristische Personen ist wohl auch aktuell beschränkt und nur weniger Unternehmen nehmen ihre Ansprüche diesbezüglich wahr (Stellungnahme Bundesrat, 24. August 2016).

¹⁴⁰ EDÖB, Erläuterungen Bewertungsplattform, Kapitel 3.

¹⁴¹ SHK DSG-RUDIN, Art. 3, N 3 ff.

¹⁴² EDÖB, Erläuterungen Bewertungsplattform, Kapitel 3; Bericht Bundesrat, Providerhaftung, S. 35.

¹⁴³ Art. 12 DSG bzw. neu Art. 26 E-DSG; siehe auch BAERISWYL, S. 131.

¹⁴⁴ Art. 12 Abs. 3 DSG bzw. neu Art. 26 Abs. 3 E-DSG.

¹⁴⁵ M.w.H. BSK DSG-RAMPINI, Art. 13, N 25 ff.

¹⁴⁶ EBÖD, Erläuterungen Bewertungsplattform, 3.

¹⁴⁷ Vgl. SHK DSG-WERMELINGER, Art. 13, N 8, 17, siehe auch GLAUS, S. 33.

Grundsätze der Datenbearbeitung gemäss Art. 4 DSG bzw. Art. 5 E-DSG beachten. Dazu gehört insbesondere auch, dass die Bearbeitung der Daten für die betroffene Person ersichtlich ist.¹⁴⁸ Die bearbeitende Person muss sich ausserdem über die Richtigkeit der Personendaten vergewissern.¹⁴⁹

In Zusammenhang mit Bewertungsplattformen können u.a. die Erfordernisse der Erkennbarkeit der Bearbeitung und der Zustimmung des Betroffenen zu erheblichen Schwierigkeiten führen. Es wird deshalb den Plattformbetreibern empfohlen, die Internetseite so auszugestalten, dass das Risiko für Datenschutz- und Persönlichkeitsverletzungen minimiert wird.¹⁵⁰ In der Praxis sind dementsprechend häufig schon in den AGBs der Bewertungsplattformen Bestimmungen und Vorkehrungen zum Datenschutz enthalten. Auf der Plattform Kununu dürfen beispielsweise keine Personennamen genannt werden. Entsprechende Kommentare werden automatisch von der Veröffentlichung ausgeschlossen.¹⁵¹ Daraus lässt sich schliessen, dass die Internetbewertungen vergleichsweise selten Daten von einer identifizierbaren natürlichen Person enthalten.

c) Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland

Werden Personendaten auf die Bewertungsplattform hochgeladen, können einerseits Personen aus dem Ausland auf diese Daten zugreifen und andererseits werden die Daten auf den Server der Bewertungsplattform, der möglicherweise im Ausland liegt, übertragen. Diese Vorgänge können zu Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Bekanntgabe von Daten ins Ausland führen. Art. 6 DSG bzw. Art. 13 f. E-DSG sowie Art. 5 ff. VDSG behandeln die Bekanntgabe von Daten ins Ausland. Grundsätzlich ist eine Bekanntgabe von Daten ins Ausland nur rechtmässig, wenn im betreffenden ausländischen Staat ein angemessener Schutz für die Daten besteht. Fraglich ist allerdings, ob bei einer Bewertung tatsächlich Daten ins Ausland bekanntgegeben werden. Gemäss Art. 5 VDSG bzw. Art. 15 E-DSG gilt die Bekanntgabe von Personendaten über automatisierte Informations- und Kommunikationsdienste, bspw. das Internet, zwecks der Information der Öffentlichkeit nicht als Übermittlung ins Ausland. Hiermit ist ge-

¹⁴⁸ Vgl. GLAUS, Anwaltsrevue, S. 81.

¹⁴⁹ Art. 5 Abs. 1 DSG bzw. Art. 5 Abs. 5 E-DSG.

¹⁵⁰ EBÖD, Erläuterungen Bewertungsplattform, 3.1 ff.

¹⁵¹ Kununu, Pressefragen.

meint, dass Personendaten auf eine Internetseite hochgeladen werden, welche von anderen Ländern aus besucht werden kann.¹⁵² Die Datenbekanntgabe ins Ausland ist dabei nur ein Nebeneffekt.¹⁵³ Dies ist beispielsweise bei Medien der Fall.¹⁵⁴ Bei Arbeitgeberbewertungsplattformen ist der Hauptzweck in der Regel die Information von potenziellen Arbeitnehmern, welche sich zudem naturgemäss häufig im Inland befinden. Die Bekanntgabe von allfälligen Personendaten ins Ausland stellt somit lediglich einen Nebeneffekt dar. Daraus lässt sich schliessen, dass das Verfassen einer Bewertung mit Personendaten nicht als Bekanntgabe ins Ausland gilt, zumindest sofern sich der Server in der Schweiz befindet. EPINEY/FASNACHT unterscheiden davon die Situation, in welcher sich der Server der Internetplattform im Ausland befindet.¹⁵⁵ Hierbei handle es sich um eine Bekanntgabe ins Ausland. Gemäss Art. 13 E-DSG dürfen Daten grundsätzlich nur dann ins Ausland übermittelt werden, wenn dort ein angemessenes Datenschutzniveau besteht.¹⁵⁶ Welche Länder ein angemessenes Datenschutzniveau haben, legt künftig der Bundesrat fest.¹⁵⁷ Verfügt das Empfängerland nicht über ein angemessenes Datenschutzniveau dürfen Personendaten grundsätzlich nur im Rahmen der Ausnahmen von Art. 6 Abs. 2 DSG bzw. Art. 14 E-DSG bearbeitet werden. Selbstverständlich müssen dazu kumulativ die allgemeinen Grundsätze der Datenbearbeitung eingehalten werden.¹⁵⁸

In engem Zusammenhang mit der Bekanntgabe von Daten ans Ausland steht die Datenschutz-Grundverordnung der EU. Diese soll den Schutz von Personendaten im EU-Raum harmonisieren.¹⁵⁹ Unter Personendaten werden dabei jedoch lediglich Daten natürlicher Personen verstanden. Daten von juristischen Personen fallen nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung.¹⁶⁰ Mit der Harmonisierung gehen stärkere Kontrollrechte der natürlichen Personen sowie neue Pflichten für Unternehmen einher.¹⁶¹ Obwohl die Verordnung auf die Mitgliedstaaten der EU ausgerichtet ist, wird auch eine Vielzahl von Unternehmen in der Schweiz tangiert. Somit stellt sich die Frage, ob Bewertungsplattformbetreiber aus der Schweiz ebenfalls die verschärften Regeln beachten müssen. Gemäss Art. 2 DSGVO gilt die Verordnung unter anderem für die automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten. Wie oben¹⁶² beschrieben, ist es

¹⁵² EPINEY/FASNACHT, § 10, Rz. 8; vgl. auch Urteil des EuGH, Nr. C-101/01 vom 6. November 2003, Rz. 71.

¹⁵³ Vgl. BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 6, N 15; EDÖB, Datenübermittlung ins Ausland, S. 2.

¹⁵⁴ Botsch. E-DSG, 7043.

¹⁵⁵ EPINEY/FASNACHT, § 10, N. 8.

¹⁵⁶ Botsch. E-DSG, 7037.

¹⁵⁷ Art. 13 Abs. 1 E-DSG. Bislang gibt es gemäss Art. 7 VDSG eine unverbindliche Liste des Beauftragten. (Botsch. E-DSG, 7038).

¹⁵⁸ BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 6, N 11a; SHK DSG- BAERISWYL/BLONSKI, Art. 6, N 4.

¹⁵⁹ Erwägung 3 DSGVO.

¹⁶⁰ Vgl. Erwägung 14 DSGVO; Art. 1 Abs. 1 DSGVO.

¹⁶¹ EDÖB, DSGVO, S. 2; bspw. die Informationspflicht gemäss Art. 13 f. DSGVO.

¹⁶² Vgl. oben Kapitel II.C.4.b).

denkbar, dass auf einer Bewertungsplattform Personendaten verarbeitet werden. Die DSGVO versteht unter „Verarbeiten“ insb. das Erfassen, die Speicherung oder die Verbreitung von Personendaten. Stellt der Plattformbetreiber Bewertungen online, welche Personendaten im Sinn der DSGVO beinhalten, fällt er grundsätzlich unter die Verordnung.¹⁶³ Auf eine schweizerische Bewertungsplattform ist die DSGVO jedoch nur anwendbar, wenn sie entweder ihre Dienstleistungen in einem EU-Mitgliedstaat anbietet oder aber eine Niederlassung in einem EU-Mitgliedstaat hat.¹⁶⁴ Anhand dieser Kriterien ist einzelfallweise zu prüfen, ob die Bestimmungen der DSGVO auf einen Plattformbetreiber Anwendung finden. Verstösst ein Verarbeiter von Personendaten gegen die Auflagen der Datenschutz-Grundverordnung, drohen ihm eine Vielzahl von Sanktionen.¹⁶⁵ Geldbussen können dabei bis zu 20 Millionen Euro oder im Fall eines Unternehmens bis zu 4 % des gesamten Jahresumsatzes betragen.¹⁶⁶ Zudem hat die geschädigte Person gemäss Art. 82 Abs. 1 DSGVO Anspruch auf Schadensersatz, sofern ihr durch die Verletzung der DSGVO ein Schaden entstanden ist.

Natürliche Personen, welche eine private Tätigkeit ausüben, sind vom Anwendungsbereich der DSGVO ausgeschlossen.¹⁶⁷ Demzufolge fällt ein Arbeitnehmer, der seinen Arbeitgeber bewertet, grundsätzlich nicht als Verarbeiter in Betracht. Obwohl die Bewertung selbst den Arbeitgeber betrifft, handelt es sich beim Verfassen einer solchen wohl in der Regel um eine private Tätigkeit. Sie wird gewöhnlich nicht im Rahmen des Arbeitsverhältnisses vorgenommen und stellt keine wirtschaftliche Tätigkeit dar.

5. Wettbewerbsrecht

Eine weitere Konkretisierung erfährt der Persönlichkeitsschutz im Wettbewerbsrecht, insb. im Lauterkeitsrecht.¹⁶⁸ Dieses bezweckt den Schutz des lautereren und unverfälschten Wettbewerbs sowie der einzelnen Beteiligten.¹⁶⁹ Im Falle der Bewertungsportale sind sodann einerseits die bewerteten Arbeitgeber geschützt und andererseits die anderen am Wettbewerb Beteiligten wie etwa die Mitbewerber.¹⁷⁰

¹⁶³ Vgl. dazu Erwägung 18 DSGVO, welche beschreibt, dass insb. die Bereitsteller von sozialen Netzwerken unter die DSGVO fallen.

¹⁶⁴ Vgl. Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 DSGVO; EDÖB, DSGVO, S. 3 f.; das blosse Zugänglichkeit einer Website reicht hierfür jedoch nicht aus (EDÖB, DSGVO, S. 7).

¹⁶⁵ Vgl. Art. 84 DSGVO i.V.m. EDÖB, DSGVO, S. 11.

¹⁶⁶ Art. 83 Abs. 5 DSGVO.

¹⁶⁷ Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO.

¹⁶⁸ BSK ZGB I-MEILI, Art. 28, N 10.

¹⁶⁹ Vgl. Art. 1 UWG; SHK UWG-JUNG, Einleitung, N1. Der Schutz gilt primär jedoch dem Wettbewerb an sich (SHK UWG-JUNG, Art. 1, N 1; ausführlich dazu auch BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 5 ff.).

¹⁷⁰ Vgl. zum Begriff der „Beteiligten“ BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 89 ff., 113.

Die Generalklausel in Art. 2 UWG umschreibt den Auffangtatbestand für unlauteres Verhalten im Wettbewerb. Die in ihr enthaltenen Voraussetzungen, wie bspw. Wettbewerbsbeeinflussung und einen Verstoss gegen Treu und Glauben, haben somit auch für die Spezialtatbestände zu gelten.¹⁷¹ Für die Beurteilung von Bewertungsportalen sind insbesondere die Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG (Herabsetzung), Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG (Irreführung oder Begünstigung) und Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG (Vergleich) relevant.¹⁷² Ein Grund dafür ist, dass jedermann als Täter auftreten kann, da die Täterschaft nicht auf Mitbewerber beschränkt ist.¹⁷³ Zudem kann die fragliche Äusserung zweifelsohne im Internet mittels eines Kommentars erfüllt werden.¹⁷⁴ Grundsätzlich kann demzufolge auch ein Arbeitnehmer auf einem Bewertungsportal im Internet die Tatbestände erfüllen.¹⁷⁵ Inwiefern die übrigen Tatbestandsmerkmale¹⁷⁶ erfüllt sind, muss im Einzelfall geprüft werden.

D. Arbeitsrechtliche Schranken während des Arbeitsverhältnisses

1. Übersicht

Bewertet ein Arbeitnehmer seinen Arbeitgeber im Internet, hat er arbeitsrechtliche Schranken zu beachten. Diese Schranken werden im folgenden Kapitel erläutert. Dabei wird angenommen, dass zum Zeitpunkt der Bewertung ein Arbeitsverhältnis besteht.

2. Im Einzelarbeitsvertrag

a) Die Treuepflicht im Arbeitsverhältnis

(aa) Allgemeines

Der Arbeitnehmer ist gegenüber seinem Arbeitgeber¹⁷⁷ zur Treue verpflichtet.¹⁷⁸ Die Treuepflicht bildet das Gegenstück zur Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und stellt eine Ergänzung

¹⁷¹ M.w.Verw. SHK UWG-JUNG, Art. 2, N 1, 6, 10 ff.

¹⁷² Vgl. GLAUS, S. 17; eine fingierte Bewertung fällt in der Regel auch unter den Tatbestand des Art. 3 Abs. 1 lit. a und e UWG (GLAUS, S. 36; GLAUS, Anwaltsrevue, S. 81).

¹⁷³ BGE 117 IV 193, E.1. mit Hinweisen auf die Botsch. UWG, 1009 ff.

¹⁷⁴ Ähnlich ROSENTHAL, Entwicklungen des UWG, S. 85 f.; vgl. zu den Konkurrenzen mit Straftatbeständen SHK UWG-SCHAFFNER/SPITZ, Art. 23, N 42.

¹⁷⁵ Vgl. BSK UWG-BERGER, Art. 3 Abs. 1 lit. a, N 13; BSK UWG-BERGER, Art. 3 Abs. 1 lit. b, N 28 ff.; SHK UWG-OETIKER, Art. 3 Abs. 1 lit. e, N 15.

¹⁷⁶ Vgl. BSK UWG-BERGER, Art. 3 Abs. 1 lit. a, N 10 ff.; BSK UWG-BERGER, Art. 3 Abs. 1 lit. b, N 14 ff.; BSK UWG-SCHMID, Art. 3 Abs. 1 lit. e, N 30 ff.

¹⁷⁷ M.w.Verw. zur Verpflichtung gegenüber juristischen Personen als Arbeitgeber GEISER, S. 86 ff.

¹⁷⁸ Vgl. Art. 321a OR.

der Arbeitspflicht dar. Die Treuepflicht fungiert primär als Unterlassungspflicht. Der Arbeitnehmer hat alles zu unterlassen, was dem Arbeitgeber wirtschaftlichen Schaden zufügen könnte.¹⁷⁹ Dazu können auch negative Kommentare im Internet zählen.¹⁸⁰

Die Dauer der Treuepflicht stimmt grundsätzlich¹⁸¹ mit der Dauer des Arbeitsverhältnisses überein und wird mit dessen Beendigung hinfällig. Allerdings können gewisse Einzelpflichten auch über diesen Zeitraum hinaus andauern.¹⁸² Ein Arbeitnehmer hat während des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich auch in der Freizeit alles zu unterlassen, was den Arbeitgeber schädigen könnte.¹⁸³

Der Umfang der Treuepflicht ist stets vom konkreten Arbeitsverhältnis abhängig.¹⁸⁴ Insbesondere spielt die Stellung des Arbeitnehmers eine wichtige Rolle. In einer hohen beruflichen Position wird vom Arbeitnehmer mehr Loyalität verlangt, als in einer tiefen beruflichen Stellung.¹⁸⁵ Im Speziellen kann bei leitenden Angestellten und Mitarbeitern, die Tendenzbetriebe¹⁸⁶ repräsentieren, ein höheres Mass an Treue verlangt werden als üblich. Dies gilt u.a. auch bezüglich ihres ausserdienstlichen Verhaltens.¹⁸⁷ Zudem gibt es branchenspezifische Ausprägungen der Treuepflicht.¹⁸⁸

Die Grenzen der Treuepflicht finden sich in den berechtigten Interessen des Arbeitnehmers. Wichtige Grenzen bilden insbesondere die Meinungsfreiheit und die Persönlichkeitsentfaltung.¹⁸⁹ Zu beachten ist ausserdem, dass es sich bei der gesetzlichen Treuepflicht um dispositives Recht handelt. Das heisst, solange insb. die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers gewahrt bleiben, darf die gesetzliche Treuepflicht modifiziert werden.¹⁹⁰ Dies kann vertraglich¹⁹¹ oder

¹⁷⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a OR, N 2; M.w.Verw. CARRUZZO, Art. 321a, N 2.

¹⁸⁰ Vgl. STUTZ/VALLONI, Rz. 5.28.

¹⁸¹ Die Treuepflicht ist grundsätzlich auch in der Zeit nach Aussprechen der Kündigung bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses vollständig einzuhalten. Allerdings tritt hier eine Lockerung bezüglich des Konkurrenzverbotes ein. Ebenso können Lockerungen eintreten, wenn der Arbeitnehmer während dieser Zeit freigestellt wird (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a OR, N 2).

¹⁸² Vgl. unten Kapitel II.D.2.b).

¹⁸³ Vgl. GEISER/MÜLLER, Rz. 366; ZK OR-STAEHELIN, Art. 321a, N 12.

¹⁸⁴ Das heisst unter anderem von den betrieblichen Umständen und den Aufgaben des Arbeitnehmers (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a OR, N 2; siehe auch GEISER, S. 129 f.).

¹⁸⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a OR, N 2.

¹⁸⁶ Betriebe, welche sich geistig-ideellen Zielen verschrieben haben (BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321a, N 10; ZK OR-STAEHELIN, Art. 321a, N 29).

¹⁸⁷ Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a OR, N 5; siehe auch BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321a, N 10; M.w.Verw. GREMPER, S. 120; Urteil des BGer 4A_613/2010 vom 25. Januar 2011, E. 2 ff.

¹⁸⁸ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321a, N 14.

¹⁸⁹ Vgl. BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321a, N 17; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a OR, N 5.

¹⁹⁰ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321a, N 16; HEIZ, S. 98; M.w.Verw. zu den Schranken der Erweiterung GEISER, S. 135 ff.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321d OR, N 3.

¹⁹¹ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321a, N 16.

mittels Weisungen des Arbeitgebers erfolgen.¹⁹² Um zu verhindern, dass ein Arbeitnehmer einen übermässig schlechten Kommentar auf einer Bewertungsplattform verfasst, müsste eine Weisung über den ausserdienstlichen Bereich erlassen werden. Weisungen zum ausserdienstlichen Verhalten dürfen jedoch nur in Ausnahmefällen erlassen werden und nur sofern sie sich im Rahmen der Treuepflicht bewegen. Das kann insb. bei leitenden Angestellten oder Arbeitnehmern in Tendenzbetrieben der Fall sein.¹⁹³

In der Lehre wird zwischen verschiedenen Einzelpflichten der Treuepflicht unterschieden. Unter der Treuepflicht werden so bspw. das Verbot der Schwarzarbeit, das Schmiergeldverbot, die Informationspflicht und die Rechenschafts- und Herausgabepflicht subsumiert.¹⁹⁴ Von den verschiedenen Arten der Treuepflichtverletzungen sind vorliegend im Speziellen die Beeinträchtigung des Ansehens des Arbeitgebers sowie ungebührliches und strafbares Verhalten gegenüber dem Arbeitgeber relevant.¹⁹⁵

(bb) Treuepflicht bezüglich der Bewertung des Arbeitgebers im Internet

Durch Internetkommentare können strafbare Handlungen¹⁹⁶ gegen den Arbeitgeber verübt werden. Durch eine solche Straftat wird üblicherweise die Treuepflicht verletzt.¹⁹⁷ Durch einen Kommentar kann zudem ungebührliches Verhalten¹⁹⁸ gezeigt werden sowie das öffentliche Ansehen des Unternehmens geschädigt werden. Hierbei steht die Treuepflicht in Konflikt mit der Ausübung der Meinungsfreiheit des Arbeitnehmers.¹⁹⁹

Aus der Treuepflicht kann nicht gefolgert werden, dass es dem Arbeitnehmer grundsätzlich verboten wäre, sich kritisch über seinen Arbeitgeber zu äussern.²⁰⁰ Allerdings sind insbesondere jene Äusserungen untersagt, die das Unternehmen wirtschaftlich schädigen können.²⁰¹ Bei einer öffentlichen Äusserung ist der Rahmen der Meinungsfreiheit folglich stärker eingeschränkt, als

¹⁹² Art. 321d Abs. 1 OR; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321d, N 3.

¹⁹³ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321d, N 7, BK OR 1-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321d, N 22. Bundesangestellte haben Weisungen ebenfalls zu befolgen (NÖTZLI, Rz. 174 mit Verweis auf Art. 8 BPG). Im Konzernarbeitsverhältnis bzw. beim Personalverleih kann das Weisungsrecht teilweise an eine andere Konzerngesellschaft (BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321d, N 6) bzw. den Einsatzbetrieb übertragen werden (ausführlich dazu LOOSER, Rz. 538 ff.).

¹⁹⁴ Vgl. GEISER/MÜLLER, Rz. 350 ff.; siehe auch BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321a, N 7, 12, 16.

¹⁹⁵ Zu den verschiedenen Fallgruppen STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a OR, N 4; siehe auch BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321a, N 2 ff.

¹⁹⁶ Bspw. Ehrverletzungen oder Geheimnisverrate.

¹⁹⁷ Vgl. BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321a, N 3.

¹⁹⁸ Unter ungebührlichem Verhalten versteht man namentlich Frechheit, Grobheit, Unhöflichkeit, Arroganz, Unbeherrschtheit, Taktlosigkeit, Unverschämtheit, abschätzige Bemerkungen über den Arbeitgeber und seinen Betrieb bei Mitarbeitern oder Kunden (ZK OR- STAEHELIN, Art. 321a, N 17; siehe auch Urteil des Arbeitsgericht der Stadt Bern vom 2. November 1987 (JAR, 1990, S. 124 f.).

¹⁹⁹ Vgl. M.w.Verw. DUNAND, S. 37 i.V.m. AUBERT/DELLEY, S. 141; STUTZ/VALLONI, Rz. 5.28.

²⁰⁰ M.w.Verw. WILDHABER/HÄNSENBERGER, S. 406.

²⁰¹ BK OR 1-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321a, N 3.

dies bspw. bei Äusserungen im privaten Kollegenkreis der Fall ist.²⁰² Ein Kommentar auf einer für jedermann zugänglichen Bewertungsplattform zählt zur öffentlichen Kommunikation.²⁰³ Öffentliche Äusserungen, welche Kritik am Arbeitgeber beinhalten, sollten stets objektiv²⁰⁴ und „unpolemisch“²⁰⁵ vorgetragen werden.²⁰⁶ Eine Äusserung, die das Ansehen des Arbeitgebers gefährdet, kann selbst dann eine Treuepflichtverletzung darstellen, wenn sie nachweislich wahr ist.²⁰⁷

In der Rechtsprechung finden sich ebenfalls Entscheide, in welchen eine Verletzung der Treuepflicht aufgrund einer negativen Äusserung über den Arbeitgeber bejaht wurde. Hierbei wurden insbesondere schädliche Äusserungen gegenüber Kunden oder potenziellen neuen Mitarbeitern getätigt.²⁰⁸ Des Weiteren wurden ehrverletzende Äusserungen über den Arbeitgeber und den direkten Vorgesetzten, die im Internet verbreitet wurden, als schwerer Verstoss gegen die Treuepflicht gewertet.²⁰⁹

Die Abwägung zwischen der Treuepflicht und dem Recht zur Ausübung der Meinungsäusserungsfreiheit muss jeweils im Einzelfall vorgenommen werden. Hierbei wird untersucht, ob es sich bei der fraglichen Äusserung um objektive und unpolemische Kritik handelt und sich die Äusserung somit in einem zulässigen Rahmen bewegt. Verstösst die Äusserung gegen die allgemeinen Regeln des Anstands und der Höflichkeit bzw. ist sie ehrverletzend, kann sie gegebenenfalls als Treuepflichtverletzung gewertet werden.²¹⁰ Die Abwägung beinhaltet Kriterien wie den Kontext und die Vorgeschichte der Äusserung, die berufliche Stellung des Arbeitnehmers, den Verbreitungsgrad und wie stark die Äusserung den Ruf des Arbeitgebers gefährden könnte.²¹¹ Zu den Anforderungen an Höflichkeit und Anstand werden zudem die Arbeits- und Berufssitten sowie das Klima im betreffenden Betrieb miteinbezogen.²¹²

²⁰² Vgl. WILDHABER/HÄNSENBERGER, S. 407 ff.

²⁰³ Vgl. die Tabelle bei WILDHABER/HÄNSENBERGER, S. 408 f.

²⁰⁴ „Objektiv“ bedeutet unvoreingenommen, unparteiisch, frei von Vorurteilen bzw. wertneutral (<<http://www.duden.de/rechtschreibung/objektiv>> zuletzt abgerufen am 18. August 2017).

²⁰⁵ „Unpolemisch“ bedeutet sachlich, nicht von Polemik geleitet, als Gegenteil von „polemisch“ (<<http://www.duden.de/rechtschreibung/polemisch>> zuletzt abgerufen am 18. August 2017); siehe auch Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich LA150002 vom 27. März 2015, E. 2.2; Urteil des BGer, 4C.91/2000 vom 23. November 2001, E. 3.a.

²⁰⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336 OR, N 6, M.w.Verw. GREMPER S. 123.

²⁰⁷ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321a, N 5.

²⁰⁸ Urteil des Bundesgerichts vom 29. Juni 1999 (JAR, 2000, S. 229 ff.); Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 31. Mai 1988 (JAR, 1990, S. 126).

²⁰⁹ Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich LA150002 vom 27. März 2015, E. 2.2.

²¹⁰ Vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich LA150002 vom 27. März 2015, E. 2.2.

²¹¹ Vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich LA150002 vom 27. März 2015, E. 2.2.; Urteil des BGer 4C.154/2006 vom 26. Juni 2006, E. 2.2 ff.; Urteil des BGer 4C.435/2004 vom 2. Februar 2005, E. 4.

²¹² ZK OR- STAEHELIN, Art. 321a, N 17.

In Bezug auf Äusserungen auf Bewertungsportalen heisst dies, dass sich der Arbeitnehmer öffentlich äussert. Demnach sollte ein Kommentar generell sachlich verfasst sein. Kaderangestellte müssen zudem speziell auf Ihre Ausdrucksweise achten, da an sie höhere Anforderungen gestellt werden.

Beispiel für einen Kommentar, der in mehrfacher Hinsicht in Konflikt mit der Treuepflicht steht:

„Man wird um die Hälfte seines Lohns betrogen und man muss täglich Überstunden leisten, obwohl die Unternehmung sowieso schon so gut wie pleite ist. Diese Schweine können mich mal!“²¹³

b) Geheimhaltungspflicht im Arbeitsverhältnis

Die Geheimhaltungspflicht stellt eine besondere Ausprägung der Treuepflicht dar²¹⁴ und ist in Art. 321a Abs. 4 OR festgeschrieben. Sie bezieht sich auf alle Tatsachen, die nicht allgemein zugänglich sind, die der Arbeitgeber geheim halten will und an denen somit ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse besteht. Dabei geht es insbesondere um Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse. Allerdings können auch alle anderen Tatsachen wie persönliche Informationen über den Arbeitgeber oder spezifische Berufsgeheimnisse unter die Geheimhaltungspflicht fallen. Unerheblich ist, wie der Arbeitnehmer Kenntnis über die geheimen Tatsachen erlangte.²¹⁵ Es muss eine Abgrenzung zwischen den geheim zu haltenden Informationen und der Berufserfahrung des Arbeitnehmers vorgenommen werden. Zur Berufserfahrung zählen unter anderem Branchenkenntnisse. Diese werden von jedem Arbeitnehmer in ähnlicher beruflicher Stellung in der betreffenden Branche üblicherweise erlangt. Demgegenüber stehen unternehmensspezifische Kenntnisse, die in der Regel geheim zu halten sind.²¹⁶ Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse sind zusätzlich strafrechtlich geschützt.²¹⁷

²¹³ In diesem Kommentar finden sich zwei Elemente, welche in Konflikt mit der Treuepflicht stehen. Beim ersten Satz handelt es sich um eine Äusserung, die dem Ansehen schadet, insb. da dem Arbeitgeber rechtswidriges Verhalten vorgeworfen wird. Des Weiteren kann der Kommentar der Kreditwürdigkeit des Unternehmens Schaden zufügen. Beim zweiten Satz handelt es sich um eine Beschimpfung. Gemäss der aktuellen Rechtsprechung würde es sich bei einem solchen Kommentar um eine Treuepflichtverletzung handeln (vgl. BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321a, N 3-5; Urteil des BGer 4C.154/2006 vom 26. Juni 2006, E. 2; Urteil des Bundesgerichts vom 29. Juni 1999 (JAR, 2000, S. 229 ff.).

²¹⁴ Kritisch äussert sich dazu GEISER, S. 234.

²¹⁵ Zum Ganzen BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321a, N 24 f.; siehe auch BK OR I-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321a, N 13; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a OR, N 12.

²¹⁶ WICKIHALDER, S. 73 f.; M.w.Verw. zur Abgrenzung WICKIHALDER, S. 189 ff.

²¹⁷ Art. 162 StGB; siehe auch oben Kapitel II.C.2.f).

Im Fall von Online-Kommentaren erfolgt die Geheimnisverletzung durch die Mitteilung einer geheim zu haltenden Tatsache an Dritte. Jede Bekanntgabe einer solchen Information, die geschäftsschädigend verwertet werden kann, stellt eine Verletzung der Geheimhaltungspflicht dar. Die Art der Mitteilung ist dabei unerheblich.²¹⁸

Der Umfang der Geheimhaltungspflicht steht in Zusammenhang mit der Dauer des Arbeitsverhältnisses. Solange das Arbeitsverhältnis andauert, besteht eine absolute Geheimhaltungspflicht. Nachdem das Arbeitsverhältnis beendet wurde, besteht die Geheimhaltungspflicht nur noch insofern, als sie zur Wahrung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers erforderlich ist. Für ihr Erlöschen gibt es demnach keinen gesetzlich festgelegten Zeitpunkt.²¹⁹

Da es sich bei Art. 321a Abs. 4 OR um dispositives Recht handelt, kann die Geheimhaltungspflicht vertraglich modifiziert werden. Dies kann in den Schranken der Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers geschehen. Falls die Geheimhaltungspflicht soweit verschärft wird, dass sie sich einem Konkurrenzverbot annähert, müssen die betreffenden Anforderungen²²⁰ erfüllt werden.²²¹

c) Geheimhaltungspflicht und Whistleblowing

Im Spannungsfeld zwischen der Treuepflicht und öffentlichen Meldungen über problematische Handlungsweisen des Arbeitgebers liegt das Phänomen „Whistleblowing“.²²² Es ist umstritten, wie sich rechtswidrige Verhaltensweisen des Arbeitgebers auf die Pflichten des Arbeitnehmers auswirken.²²³ Ein Teil der Lehre vertritt die Auffassung, dass bei rechtswidrigem Verhalten das berechnete Geheimhaltungsinteresse des Arbeitgebers fehlt. Folglich bestünde keine Geheimhaltungspflicht. Dennoch könnte eine direkte Information der Öffentlichkeit die Treuepflicht verletzen.²²⁴ Ein anderer Teil der Lehre geht davon aus, dass auch bei Gesetzesverstößen des Arbeitgebers grundsätzlich die Geheimhaltungspflicht gilt, ausser höhere Interessen würden ihr entgegenstehen.²²⁵ Die Treuepflicht erfordert es in beiden Fällen, dass sich der Arbeitnehmer zuerst an den Arbeitgeber wenden muss, um ihn über die Missstände zu informieren und ihm

²¹⁸ M.w.Verw. WICKIHALDER, S. 76.

²¹⁹ Vgl. BK OR 1-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321a, N 14; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321a, N 26 f.

²²⁰ Diese Anforderungen finden sich in Art. 340 ff. OR.

²²¹ ZK OR-STAEHELIN, Art. 321a, N 51; GEISER, S. 257; M.w.Verw. WICKIHALDER, S. 84 ff; vgl. unten Kapitel II.E.3.a)(aa).

²²² Vgl. VON KAENEL, S. 14, 18.

²²³ Zur Diskussion M.w.Verw. WICKIHALDER, S. 59 f.

²²⁴ Vgl. FARNER, S. 1461; GEISER, S. 264 ff.; m.w.Verw. WICKIHALDER, S. 59 f.

²²⁵ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321a, N 25; ZK OR-STAEHELIN, Art. 321a, N 26.

die Möglichkeit einzuräumen, darauf zu reagieren. Erst danach soll der Arbeitnehmer eine zuständige Behörde informieren. Als letzte Möglichkeit kann er an die Öffentlichkeit gelangen.²²⁶ Die Pflicht auf die Missstände hinzuweisen kann als Informationspflicht verstanden werden. Das Recht auf Missstände hinzuweisen, ergibt sich in diesen Fällen demnach nicht als Ausfluss der verfassungsmässigen Meinungsfreiheit, sondern aus der gegenseitigen Fürsorge- und Treuepflicht.²²⁷ Informiert der Arbeitnehmer dementsprechend zuerst den Arbeitgeber und gegebenenfalls eine Behörde über Missstände, verletzt er mit dem Whistleblowing die Treuepflicht üblicherweise nicht.²²⁸

Die Voraussetzungen für Whistleblowing sollen in der Schweiz einheitlich geregelt werden.²²⁹ Der Entwurf des Bundesrates sieht in Art. 321a^{bis} ff. E-OR, ähnlich wie nach der heutigen Rechtsprechung, eine Meldekaskade für die Meldung von Missständen vor. Primär soll beim Arbeitgeber Meldung erstattet werden. Danach kann unter bestimmten Voraussetzungen eine Meldung an die zuständige Behörde getätigt werden. In speziellen Fällen kann eine Meldung an die zuständige Behörde erfolgen, bevor der Arbeitgeber informiert wird. Die Meldung an die Öffentlichkeit soll nur als Ultima Ratio getätigt werden dürfen.²³⁰

Ein Kommentar auf einer Bewertungsplattform kann selbstverständlich auch eine Meldung von Missständen darstellen. Dies steht unter speziellem Schutz, sofern zuerst der Arbeitgeber informiert wurde und ihm genügend Zeit eingeräumt wurde, die Missstände zu beseitigen. Aufgrund des Umfangs der vorliegenden Arbeit wird auf vertiefte Ausführungen zum Whistleblowing verzichtet.²³¹

3. Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis

a) Treuepflicht

Wie im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis können auch im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis²³² die Kommunikationsgrundrechte durch eine Treuepflicht eingeschränkt werden. Ei-

²²⁶ Vgl. BRÜHWILER, Art 321a OR, N 2; BK OR 1-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321a, N 3; WICKIHALDER, S. 59 f.

²²⁷ Urteil des BGer 4A_432/2009 vom 10. November 2009, E. 2.2.2.

²²⁸ Vgl. BK OR 1-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321a, N 3.

²²⁹ Botsch, Whistleblowing, S. 9514 f.

²³⁰ Botsch, Whistleblowing, S. 9550 ff., 9571 ff., 3580; Art. 321a^{bis} ff. OR.

²³¹ Als weiterführende Literatur ausführlich dazu: VON KAENEL ADRIAN (Hrsg.), Whistleblowing - Multidisziplinäre Aspekte, Schriften zur Rechtspsychologie, Band 12, Bern 2012.

²³² Das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis hat sich im Laufe der letzten Jahre von einem Beamtenverhältnis zu einem stark an das privatrechtliche Arbeitsverhältnis angelehnten öffentlichen Arbeitsverhältnis entwickelt (vgl. VISCHER/MÜLLER, § 32, N 1).

nerseits ist für die öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnisse subsidiär das Obligationenrecht, und damit die Treupflicht aus Art. 321a OR, anwendbar.²³³ Andererseits ist auf Bundesebene²³⁴ in Art. 20 BPG die Treupflicht nochmals festgehalten. Es gibt zwei Hauptunterschiede. Erstens verlangt Art. 20 BPG eine doppelte Loyalität, das heisst, der Arbeitnehmer muss sich gegenüber dem Arbeitgeber sowie gegenüber dem Staat loyal verhalten. Daraus kann eine allgemeine Wohlverhaltenspflicht abgeleitet werden.²³⁵ Ein weiterer Unterschied betrifft die entgeltliche Tätigkeit bei Dritten. Nach Art. 321a Abs. 3 OR ist diese nur verboten, soweit sie den Arbeitgeber konkurrenziert. Art. 20 BPG erwähnt das Kriterium der Konkurrenzierung nicht.²³⁶ Der Umfang der Treupflicht ist dementsprechend weiter gefasst als im Privatrecht, obwohl eine starke Annäherung an das OR stattgefunden hat.²³⁷

Die Treupflicht für öffentlich-rechtlich Angestellte betrifft lediglich dienstrechtlich relevantes Verhalten. In Bezug auf öffentliche Äusserungen heisst dies, dass ausserdienstliche Äusserungen nur erfasst werden, falls sie in einem qualifizierten Konnex zur Ausübung der amtlichen Position des Angestellten stehen.²³⁸ Von einem öffentlich-rechtlich Angestellten darf erwartet werden, dass sich sein ausserdienstliches Verhalten nicht negativ auf die Glaubwürdigkeit der Verwaltung auswirkt.²³⁹ Auch im öffentlich-rechtlichen Verhältnis ist ungebührliches oder unmüpfiges Benehmen gegenüber dem Arbeitgeber zu unterlassen. Dazu zählen u.a. abschätzige Bemerkungen über den Arbeitgeber.²⁴⁰ Wie auch im privatrechtlichen Anstellungsverhältnis ist der Umfang der Treupflicht von der beruflichen Position des Angestellten abhängig. An einen leitenden Beamten, welcher das Gemeinwesen repräsentiert, sind höhere Anforderungen bezüglich seines ausserdienstlichen Verhaltens zu stellen.²⁴¹

Gemäss der Rechtsprechung ist Kritik am Arbeitgeber bzw. dem Gemeinwesen auch im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis grundsätzlich erlaubt. Dies ist insb. der Fall, wenn sie zum

²³³ Vgl. Art. 6 Abs. 2 BPG; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 342 OR, N 2.

²³⁴ Auf kantonaler Ebene finden sich Treupflichten vor allem in Personalgesetzen. Beispiele hierfür sind § 49 Personalgesetz ZH, Art. 61 Personalgesetz SG, Art. 22 Personalgesetz AG.

²³⁵ SHK BPG-HELBLING, Art. 20, N 51 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung siehe auch Urteil des BVGer A-5455/2009 vom 21. Januar 2010, E. 5.3. Urteil des BVGer A-1684/2009 vom 14. September 2009, E. 5.1; Urteil des BVGer A-5893/2007 vom 11. April 2008, E. 3.3; zur Abgrenzung zwischen Pflichtverletzungen und Mängeln im Verhalten äussert sich NÖTZLI, Rz. 194.

²³⁶ SHK BPG-HELBLING, Art. 20, N 11 ff.

²³⁷ Vgl. Botsch. BPG 2011, 6709 i.V.m. VISCHER/MÜLLER, § 32, N 11.

²³⁸ Vgl. MÜLLER/SCHEFER, S. 404 f; M.w.Verw. SHK BPG-HELBLING, Art. 20, N 51; kritisch zur gesetzlichen Grundlage der Einschränkung SCHIBLI, S. 59 f.; 137 ff.

²³⁹ M.w.Verw. NÖTZLI, Rz. 166.

²⁴⁰ SHK BPG-HELBLING, Art. 20, N 28.

²⁴¹ HÄNNI, S. 436, mit Hinweis auf Entscheid der Eidgenössische Personalrekurskommission, vom 24. Februar 1997, VPB 61 80; BGE 120 Ia 203, E. 4.b; Urteil des BGer 8C_397/2016 vom 16. November 2016, E. 4.1.3.; Urteil des BVGer A-6699/2015 vom 21. März 2016, E. 5.2.

demokratischen Willensbildungsprozess beiträgt. Allerdings soll auch hier die Kritik unpolemisch und mit gewisser Zurückhaltung geäussert werden.²⁴² Einschränkungen der Meinungsfreiheit müssen insbesondere sachlich begründet und verhältnismässig sein.²⁴³

Wie im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis können sich auch im öffentlichen Dienstverhältnis kritische Äusserungen über den Arbeitgeber mit dem Tatbestand des Whistleblowings überschneiden.²⁴⁴ Im Gegensatz zum privatrechtlichen Arbeitsverhältnis liegt hier eine gesetzlich festgeschriebene Pflicht zur Anzeige von Vergehen und Verbrechen vor. Zudem besteht ein Anzeigerecht für jegliche Unregelmässigkeiten, die bei der amtlichen Tätigkeit festgestellt oder gemeldet werden.²⁴⁵

Die Treuepflicht ist im öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis mit dem Bund ausgeprägter, als die privatrechtliche. Dies ist u.a. der Fall, da sie durch die doppelte Loyalität insbesondere bei Angestellten in hoher beruflicher Stellung einen allgemeinen Wohlverhaltensanspruch stellen kann. Dem ausserdienstlichen Verhalten sind so engere Grenzen gesetzt, als dies im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis der Fall ist. Eine grundlos negative Bewertung des Arbeitgebers ist folglich nur in beschränktem Umfang möglich.

b) Geheimhaltungspflicht

Für die Anstellungsverhältnisse beim Bund regelt Art. 22 BPG die Geheimhaltungspflicht. Sie ist umfassender ausgestaltet als jene nach Art. 321a Abs. 4 OR. Als Geheimnis gilt neben den Geschäfts- und Berufsgeheimnissen auch das Amtsgeheimnis. Bei den öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen werden grundsätzlich geheim zu haltende Tatsachen geschützt, die direkt mit dem Arbeitsverhältnis und dessen Administration verknüpft sind. Das Berufs- und Geschäftsgeheimnis sind im gleichen Umfang wie im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis geschützt, da in Art. 22 BPG unter „Geschäftsgeheimnissen“ auch Fabrikationsgeheimnisse subsumiert werden.²⁴⁶ Die vom Amtsgeheimnis erfassten Tatsachen werden bereichsspezifisch²⁴⁷ in Bundesgesetzen festgelegt.²⁴⁸

²⁴² BGE 136 I 332, E. 3.2.1 ff.; Vgl. auch BGE 108 Ia 172, E. 4b.bb.

²⁴³ Vgl. Art. 36 BV; BGE 136 I 332, E. 3.2.1; Urteil des BGer 8C_397/2016 vom 16.11.2016, E. 5.4; siehe auch SCHIBLI, S. 4.

²⁴⁴ Vgl. SHK BPG-NÖTZLI, Art. 22a, N 1 ff.

²⁴⁵ Art. 22a BPG.

²⁴⁶ SHK BPG-HELBLING, Art. 22, N 8 ff.; siehe auch NÖTZLI, Rz. 172 f.

²⁴⁷ Beispielsweise im Steuerrecht (Steuergeheimnis).

²⁴⁸ SHK BPG-HELBLING, Art. 22, N 24.

Auch nach Art. 22 BPG kann ein Geheimnisbruch über verschiedene Kommunikationsformen erfolgen.²⁴⁹ Dies inkludiert Kommentare auf Bewertungsplattformen.

4. Im Konzernverhältnis

a) Treuepflicht

Beim Arbeitsverhältnis im Konzern stellt sich die Frage, ob der Arbeitnehmer neben seinem Arbeitgeber auch den anderen Konzerngesellschaften gegenüber zur Treue verpflichtet ist. Grundsätzlich ist ein Angestellter auch im Konzern lediglich seinem Arbeitgeber zur Treue verpflichtet und nur dieser kann rechtliche Ansprüche daraus geltend machen.²⁵⁰ Sind die Interessen des Arbeitgebers aber eng mit jenen des Konzerns verbunden und herrschen starke wirtschaftliche Abhängigkeiten, werden die Konzerninteressen indirekt von jenen des Arbeitgebers erfasst, da dieser bei Schädigung des Konzerns ebenfalls in Mitleidenschaft gezogen werden würde.²⁵¹

Im Falle einer schädlichen Bewertung einer anderen Konzerngesellschaft, bspw. der Muttergesellschaft, ist somit denkbar, dass auch der Arbeitgeber negative Auswirkungen zu spüren bekommt, da sein öffentliches Ansehen ebenfalls geschädigt wird. In einem solchen Fall ist das Bejahren einer Treuepflichtverletzung durch eine schädliche Äusserung über eine andere Konzerngesellschaft möglich.

Da es sich bei der Treuepflicht um dispositives Recht handelt, ist es möglich, eine vertragliche Vereinbarung für die erweiterte Treuepflicht zugunsten anderer Konzerngesellschaften zu treffen.²⁵²

b) Geheimhaltungspflicht

Bezüglich der Geheimhaltungspflicht ergeben sich beim Konzernarbeitsverhältnis einige Unterschiede zum klassischen Anstellungsverhältnis. Falls der Arbeitgeber stark mit den anderen Konzerngesellschaften verbunden ist, wird die Geheimhaltungspflicht gegenüber den anderen Konzerngesellschaften eingeschränkt werden müssen, um den Austausch von Informationen und Know-how optimal zu gestalten.²⁵³

²⁴⁹ SHK BPG-HELBLING, Art. 22, N 54.

²⁵⁰ GEISER, S. 77; HEIZ, S. 96 f.; siehe auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 312a OR, N 2.

²⁵¹ Vgl. HEIZ, S. 96 f.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 312a OR, N 2.

²⁵² M.w.Verw. HEIZ, S. 98; ebenso ist es möglich Teile der Treuepflicht an eine andere Konzerngesellschaft zu delegieren (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 312a OR, N 2 mit Hinweis auf das Urteil des BGer 4C.95/2004 vom 28. Juni 2004, E. 3.2.2).

²⁵³ HEIZ, S. 98 f.

Trotz diesem gelockerten Schutz innerhalb des Konzerns, besteht gegen aussen eine strenge Geheimhaltungspflicht. Sind die Unternehmen eng miteinander verflochten, ist die Wahrscheinlichkeit gross, dass bei der Preisgabe geheimer Tatsachen einer anderen Konzerngesellschaft auch der eigene Arbeitgeber geschädigt wird. Folglich kann durch einen Kommentar über die Muttergesellschaft, in welchem deren Geheimhaltungspflicht verletzt wird, auch die Arbeitgeberin bzw. die Tochtergesellschaft geschädigt werden und möglicherweise eine Treupflichtverletzung vorliegen. Der Arbeitgeber bleibt jedoch der einzige, der direkt aus der Geheimhaltungspflicht berechtigt ist.²⁵⁴

5. Beim Personalverleih

Aus dem echten Vertrag zugunsten Dritter²⁵⁵, welcher beim Personalverleih angenommen wird, kann eine Treupflicht im Sinne von Art. 321a OR gegenüber dem Entleiher abgeleitet werden.²⁵⁶ Dem Entleiher steht dementsprechend ein selbständiges Forderungsrecht zu.²⁵⁷ Gegenüber dem Verleiher besteht selbstverständlich ebenfalls die Treue- und Sorgfaltspflicht nach Art. 321a OR. Der Arbeitnehmer hat somit die Treupflicht gegenüber dem Entleiher und dem Verleiher einzuhalten. Da es sich bei der Treupflicht hauptsächlich um eine Unterlassungspflicht²⁵⁸ handelt, stellt dies üblicherweise keine wesentliche Mehrbelastung für den Arbeitnehmer dar. Obwohl grundsätzlich gegenüber beiden die Treupflicht eingehalten werden muss, hat im Zweifelsfall die Treupflicht gegenüber dem Verleiher Vorrang.²⁵⁹

Mit der Treupflicht besteht auch eine Geheimhaltungspflicht des Arbeitnehmers gegenüber dem Entleiher.²⁶⁰ Der Arbeitnehmer ist grundsätzlich zur Geheimhaltung aller im Rahmen des Arbeitseinsatzes beim Einsatzbetrieb bekannt gewordenen Angelegenheiten verpflichtet. Eine Ausnahme kann sich ergeben, wenn die Interessen des Verleihers berührt werden, da die Treupflicht gegenüber dem Arbeitgeber Vorrang hat.²⁶¹

Bei der Bewertung des Entleihers muss folglich die Treupflicht eingehalten werden. Das heisst, dass sich der Arbeitnehmer lediglich im Rahmen der gewöhnlichen Treupflicht öffentlich äussern darf.

²⁵⁴ Vgl. zum Ganzen HEIZ, S. 99.

²⁵⁵ Vgl. oben Kapitel II.A.2.d).

²⁵⁶ M.w.Verw. LOOSER, Rz. 369, 535.

²⁵⁷ LOOSER, Rz. 531; siehe auch GEISER, S. 78.

²⁵⁸ Vgl. oben Kapitel II.D.2.a)(aa).

²⁵⁹ M.w.Verw. LOOSER, Rz. 367 ff., 534 f.

²⁶⁰ Vgl. HEIZ, S. 100; M.w.Verw. LOOSER, Rz. 368.

²⁶¹ M.w.Verw. LOOSER, Rz. 537.

E. Arbeitsrechtliche Schranken nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses

1. Übersicht

Im Folgenden wird erläutert, wie sich die arbeitsrechtlichen Schranken verändern, wenn das Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt der Bewertung des Arbeitgebers beendet ist, je nachdem, ob dabei nachvertragliche Vereinbarungen getroffen wurden oder nicht.

2. Ohne nachvertragliche Vereinbarung

a) Im Einzelarbeitsvertrag

Mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erlischt grundsätzlich die Treuepflicht.²⁶² Allerdings bleibt die Geheimhaltungspflicht in einer gelockerten Form bestehen. Die Geheimhaltungspflicht besteht ab dem Zeitpunkt der Beendigung nur noch insofern, als sie zur Wahrung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers erforderlich ist.²⁶³ Die Geheimhaltungspflicht wird im Laufe der Zeit immer schwächer, bis sie schliesslich ganz erlischt. In welchem Zeitrahmen dies geschieht, ist von der Art des Arbeitsverhältnisses, der beruflichen Stellung des betroffenen Arbeitnehmers sowie von verschiedenen Entwicklungen im technischen oder wirtschaftlichen Bereich abhängig und lässt sich folglich nicht generell beziffern.²⁶⁴ Es ist umstritten, ob neben dem Mitteilungsverbot an Dritte auch das Verwertungsverbot nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses weiterbesteht. Gemäss dem überwiegenden Teil der Lehre bleibt auch das Verwertungsverbot bestehen.²⁶⁵

Es ist denkbar, dass neben der Geheimhaltungspflicht auch andere Aspekte der Treuepflicht nachwirken.²⁶⁶ Grundlage hierfür bildet unter anderem der Grundsatz von Treu und Glaube.²⁶⁷ Insbesondere²⁶⁸ kann es dabei um das Unterlassen von unberechtigten oder unverschämten Bemerkungen über den Arbeitgeber bei Mitarbeitern oder Kunden handeln. Hierbei ist massgeblich, welche Pflichten zur Zeit des Arbeitsverhältnisses bestanden bzw. wie ausgeprägt diese

²⁶² BGE 138 III 67, E.2.3.4BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321a, N 2; siehe auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a OR, N 2.

²⁶³ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321a, N 27; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a OR, N 13.

²⁶⁴ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321a, N 27.

²⁶⁵ M.w.Verw. BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321a, N 26; GEISER, S. 259; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a OR, N 13; ZK OR-STAEHELIN, Art. 321a, N 47; a.M. BK OR 1-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321a, N 14; WICKIHALDER, Jusletter, Rz. 10.

²⁶⁶ WIRZ, S. 23; m.w.Verw. GEISER, S. 97; RICKENBACH, S. 23.

²⁶⁷ Vgl. RICKENBACH, S. 21 ff., ähnlich aber mit Hinweisen auf das Dauerschuldverhältnis WIRZ, S. 23f.

²⁶⁸ Des Weiteren können auch Teile der Anzeige- oder Mitteilungspflicht nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nachwirken oder die Pflicht es zu unterlassen, leichtfertig bzw. unbegründet eine Strafanzeige gegen den Arbeitgeber einzureichen (RICKENBACH, S. 23).

Pflichten waren. Zudem wird auf die Dauer und die Intensität des Arbeitsverhältnisses abgestellt.²⁶⁹ Die nachvertragliche Treuepflicht soll demnach in Ausnahmefällen gelten, in denen während dem Arbeitsverhältnis schon eine intensive Treuepflicht bestand.²⁷⁰ Dies könnte somit insb. Kaderangestellte betreffen, die sich lange Zeit in einem Arbeitsverhältnis befanden. Begrenzt werden die nachvertraglichen Pflichten durch die Zumutbarkeit.²⁷¹

b) Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis

Da die öffentlich-rechtliche Treuepflicht grundsätzlich nur bezüglich ihres Inhalts von der privatrechtlichen abweicht, ist davon auszugehen, dass bezüglich der Dauer dieselben Grundsätze anwendbar sind wie bei der privatrechtlichen Treuepflicht.²⁷² Im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis bleibt die Geheimhaltungspflicht grundsätzlich ebenfalls auch nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestehen.²⁷³

c) Im Konzernverhältnis

Die Treuepflicht kann in einem Konzernarbeitsverhältnis einen erweiterten Umfang annehmen.²⁷⁴ Bezüglich der Dauer ergeben sich jedoch keine abweichenden Regelungen zur Treuepflicht im gewöhnlichen Einzelarbeitsverhältnis. Nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses verbleibt grundsätzlich auch im Konzern lediglich die Geheimhaltungspflicht bestehen, welche sich im Lauf der Zeit verkleinert und schliesslich ganz wegfällt.²⁷⁵

d) Beim Personalverleih

Im Personalverleih besteht die Treuepflicht ausnahmsweise gegenüber dem Arbeitgeber und dem Einsatzbetrieb. Der Umfang entspricht allerdings grundsätzlich dem eines üblichen Arbeitsverhältnisses.²⁷⁶ Die Treuepflicht gegenüber den beiden Betrieben endet, abgesehen von der abgeschwächten Geheimhaltungspflicht, demzufolge mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses bzw. der Beendigung des Einsatzes beim Entleiher.²⁷⁷ Folglich gilt ein ähnlicher

²⁶⁹ Vgl. RICKENBACH, S. 23, 32; ähnlich WIRZ, S. 24.

²⁷⁰ Vgl. GEISER, S. 99; siehe auch CAMASTRAL, S. 209.

²⁷¹ M.w.Verw. WIRZ, S. 24; siehe auch zur Begrenzung: GEISER/MÜLLER, Rz. 368.

²⁷² Vgl. oben Kapitel II.D.3.a).

²⁷³ SHK BPG-HELBLING, Art. 22, N 59; auf kantonaler Ebene bspw. Art. 67 Abs. 2 Personalgesetz SG; § 51 Abs. 2 Personalgesetz ZH; Art. 58 Abs. 1 Personalgesetz BE; § 23 Abs. 2 Personalgesetz AG; Art. 9A Abs. 2 LPAC GE.

²⁷⁴ Vgl. oben Kapitel II.D.4.a).

²⁷⁵ Vgl. zur Geheimhaltungspflicht HEIZ, S. 98.

²⁷⁶ Vgl. M.w.Verw. LOOSER, Rz. 369, 535.

²⁷⁷ Da zwischen dem Arbeitnehmer und dem Entleiher kein Arbeitsvertrag besteht, endet die Treuepflicht wohl grundsätzlich mit dem Beenden des Einsatzes beim Entleiher. Die Geheimhaltungspflicht wird in gelockertem Umfang, wie beim gewöhnlichen Arbeitsverhältnis, weiterbestehen.

Massstab wie im gewöhnlichen Arbeitsverhältnis für die Interessenabwägung zur Beantwortung der Frage, ob mit einer Äusserung die Treuepflicht verletzt wurde.

3. Mit nachvertraglicher Vereinbarung

a) Im Einzelarbeitsvertrag

(aa) Konkurrenzverbot

Mit einem arbeitsvertraglichen Konkurrenzverbot kann das gesetzliche Konkurrenzverbot, als Teil der Treuepflicht, auf die Zeit nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgedehnt werden.²⁷⁸ Die Voraussetzungen für ein gültiges Konkurrenzverbot sind in Art. 340 f. OR beschrieben. Einerseits sind Schriftform und Handlungsfähigkeit erforderlich. Andererseits muss dem Arbeitnehmer Einblick in Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse oder den Kundenkreis gewährt worden sein und die Verwendung dieser Kenntnisse muss für den Arbeitgeber die Gefahr einer erheblichen Schädigung bergen.²⁷⁹ Das Verbot muss zudem zeitlich, örtlich und sachlich beschränkt sein und so ausgestaltet werden, dass das wirtschaftliche Vorkommen des Arbeitnehmers nicht unbillig beschwert wird.²⁸⁰

Das Konkurrenzverbot kann allgemein gegen jegliche konkurrierende Tätigkeit gerichtet oder unternehmerisch bzw. tätigkeitsbezogen begrenzt sein. Grundsätzlich ist es dem Arbeitnehmer weder erlaubt für ein konkurrierendes Unternehmen zu arbeiten, noch ein solches selbst zu betreiben oder sich zu beteiligen.²⁸¹ Allgemein sind Konkurrenzverbotsabreden eng auszulegen.²⁸²

Im Zusammenhang mit Online-Bewertungen ergeben sich möglicherweise Tatbestände, welche ein Konkurrenzverbot tangieren. Denkbar ist der Fall, dass ein ehemaliger Mitarbeiter selbst ein konkurrierendes Unternehmen eröffnet oder bei einem solchen angestellt ist und im Rahmen dessen eine negative Bewertung seiner früheren Arbeitgeberin verfasst. Sein Ziel könnte es sein, andere Mitarbeiter²⁸³ und Kunden abzuwerben.

²⁷⁸ Vgl. BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 340, N 1.

²⁷⁹ Vgl. BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 340, N 2 ff.; M.w.Verw. ausführlich zu den Kriterien WICKIHALDER, S. 94 ff.

²⁸⁰ GEISER/MÜLLER, Rz. 714.

²⁸¹ Vgl. BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 340, N 2b; m.w.H zum Begriff der Konkurrenzierung STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 340 OR, N 7.

²⁸² BGE 92 II 22, E.1.a; BK OR 2-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 340, N 5.

²⁸³ Ein vereinbartes Konkurrenzverbot mit dem ausscheidenden Mitarbeitern kann zwar als rechtliche Schranke gegenüber der Abwerbung von Kunden genutzt werden, nicht jedoch gegen Personalabwerbung. Allerdings wird faktisch die Personalabwerbung durch ehemalige Mitarbeiter ebenfalls eingeschränkt, da es dem ehemaligen Mitarbeiter nicht erlaubt ist, in einem konkurrierenden Betrieb zu arbeiten oder einen solchen zu eröffnen (vgl. FRICK, S. 80 f.).

Massgebend für die Übertretung des Konkurrenzverbots ist eine tatsächlich konkurrierende Tätigkeit. Darunter sind Tätigkeiten zu verstehen, mit welchen man sich in ein Wettbewerbsverhältnis mit dem Arbeitgeber begibt. Die betreffende Tätigkeit muss ausgeführt werden oder unmittelbar bevorstehen.²⁸⁴ Somit liegt der Fokus beim Konkurrenzverbot primär auf der Unterlassung einer konkurrierenden Tätigkeit und der potenziellen Verwertung von erworbenen Kenntnissen in einem Konkurrenzunternehmen und nicht auf der Mitteilung der erworbenen Kenntnisse an Dritte.²⁸⁵ Bezüglich der Problematik der Bewertung im Internet ist ein Konkurrenzverbot deshalb nur in seltenen Fällen relevant. Zumal das Konkurrenzverbot schon durch die konkurrierende Tätigkeit verletzt wird und nicht durch die Mitteilung derselben oder durch die Mitteilung der geheim zu haltenden Tatsachen.²⁸⁶ Allenfalls wird der ehemalige Arbeitgeber erst durch die Mitteilung auf die Verletzung des Konkurrenzverbotes aufmerksam. Üblicherweise wird darum durch das reine Verfassen einer schädlichen Bewertung das Konkurrenzverbot nicht tangiert.

(bb) Weitere nachvertragliche Regelungen

Da Art. 321a OR dispositives Recht darstellt, ist es denkbar, dass weitere Aspekte²⁸⁷ der Treupflicht erweitert werden und nachvertraglich Geltung erlangen.²⁸⁸

Als mögliche Vereinbarungen kommen insb. Geheimnisschutzklauseln, Kundenabwerbverbote oder Personalabwerbverbote in Frage.²⁸⁹ Je nach der Ausgestaltung dieser Klauseln ist fraglich, ob die Schranken des Konkurrenzverbotes auch eingehalten werden müssen. Ein reines Personalabwerbverbot sowie eine Geheimnisschutzklausel, ohne Konventionalstrafe und mit beschränkter Wirkung, müssen die Voraussetzungen eines Konkurrenzverbotes nicht einhalten. Allerdings können die Klauseln so modifiziert werden, dass sie einem Konkurrenzverbot nahekommen. In diesen Fällen müssen die Voraussetzungen von Art. 340 - 340c OR erfüllt werden.²⁹⁰

²⁸⁴ Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 340 OR, N 7.

²⁸⁵ Vgl. zum Gegenstand des Konkurrenzverbotes BK OR 2-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 340, N 2; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 340 OR, N 18.

²⁸⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 340 OR, N 18.

²⁸⁷ Neben der Verlängerung des Konkurrenzverbotes.

²⁸⁸ Vgl. GEISER, S. 132; siehe auch BRÜHWILER, Art. 321a OR, N 2; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a OR, N 6, 17.

²⁸⁹ Vgl. FRICK S. 81 ff.

²⁹⁰ M.w.Verw. FRICK, S. 81 ff.; ZK OR-STAEHELIN, Art. 321a, N 51.