Recht im digitalen Zeitalter

Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Abteilung der Universität St. Gallen von

Lukas Gschwend
Peter Hettich
Markus Müller-Chen
Benjamin Schindler
Isabelle Wildhaber

DIKE

Das Kunstwerk auf dem Umschlagbild stammt von Felice Varini «Dix disques évidés plus neuf moitiés et deux quarts», 2014, Acryl und Folien. Es befindet sich im Bibliotheksgebäude der Universität St. Gallen.

Abgedruckt mit freundlicher Genehmigung des Künstlers. Das Copyright liegt bei Felice Varini und der Universität St. Gallen (HSG).

Fotografie: Hannes Thalmann

Bibliografische Information der ‹Deutschen Bibliothek›.
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über ‹http://dnb.ddb.de› abrufbar.

Alle Rechte, auch des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2015
ISBN 978-3-03751-708-6

www.dike.ch

Kündigung wegen Nutzung von Social Media

Wenn Arbeit und Privatleben kollidieren

Isabelle Wildhaber / Silvio Hänsenberger

Inhaltsübersicht

I. Einleitung 399
II. Kündigung wegen Nutzung von Social Media 401
1. Kündigung wegen exzessiver Nutzung von Social Media während der Arbeitszeit 404
2. Kündigung wegen schädlicher Äusserungen auf Social Media 405
a) Private Kommunikation unter Freunden? 407
b) Verschiedene Konstellationen 409
3. Kündigung wegen der Veröffentlichung von Fotos aus dem Arbeitsumfeld auf Social Media 413
4. Kündigung wegen sonstigen Verhaltens auf Social Media 414
5. Kündigung wegen des Verrats von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen auf Social Media 416
6. Social Media-spezifische Abwägungsgesichtspunkte 418
a) Effekt der Multiplikation 418
b) Spontane Postings 419
c) Unwissenheit oder Unsicherheit im Umgang mit Social Media 419
d) «Liken»/Drücken des «Gefällt mir-Buttons» 420
7. Nachweis und Verwertung im Prozess 421
a) Nutzung eines Accounts durch mehrere Personen 421
b) Screenshots als Beweismittel 422
c) Überwachungsmassnahmen 423
III. Regelung von Seiten des Arbeitgebers 424
1. Regelungskompetenz des Arbeitgebers 424
2. Social Media Guidelines 427
IV. Schlusswort 430

I. Einleitung

Heutzutage ist die Nutzung von Social Media am Arbeitsplatz weitverbreitet. Diese Entwicklung wird durch Umfragen bestätigt. So engagieren sich in der Schweiz 89 % der Grossunternehmen (250+ Mitarbeitende), 83 % der Behörden und Verwaltungen und 59 % der KMU auf Social Media.[1] Gleichzeitig zeigen Studien, dass mehr als ein

[1] ZHAW, Studie Social Media Schweiz 2013, abrufbar unter <http://bernet.ch/studie/studie-social-media-schweiz-2013/>.

Drittel der Arbeitnehmer in der Schweiz täglich während der Arbeitszeit in Facebook oder auf anderen sozialen Netzwerken aktiv ist.[2]

Dabei verschwimmt die feine Linie zwischen beruflicher und privater Nutzung von Social Media immer mehr.[3] Immer häufiger stellen Arbeitgeber ihren Arbeitnehmern ein Smartphone oder Tablet zur Verfügung, welches diese für berufliche und private Zwecke nutzen können. Auch das umgekehrte «Bring your own device» (BYOD)[4] birgt ähnliche Probleme der Differenzierung zwischen beruflicher und privater Sphäre. Des Weiteren ist es nicht selten, dass ein Arbeitskollege oder Geschäftspartner mit einem Arbeitnehmer auch über soziale Netzwerke befreundet ist.

Diese Vermischung der privaten mit der beruflichen Sphäre bei der Nutzung von Social Media führt zu gewissen Risiken, die im Rahmen dieses Beitrags analysiert werden. Zu den grössten Risiken der Nutzung von Social Media zählen der Produktivitätsverlust (nachfolgend II.1) und die Verletzung der Reputation des Unternehmens (nachfolgend II.2 bis II.4) sowie die Verletzung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen (nachfolgend II.5).[5] Um diese Risiken möglichst zu vermeiden, sollte jeder Arbeitnehmer klar wissen, wie er sich in Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit zu verhalten hat bzw. welches Verhalten der Arbeitgeber von ihm erwartet. Deshalb sind Regelungen von Seiten des Arbeitgebers zur Social Media-Nutzung von grosser Bedeutung (nachfolgend III).

Die schweizerische Rechtsprechung ist in diesem Bereich noch jung und branchenübergreifende Kodizes fehlen.[6] Ebenso wenig existieren gesetzliche Spezialregelungen. Es wird sie in naher Zukunft auch nicht geben, denn der Bundesrat lehnte es im Bericht vom 9. Oktober 2013 ab, ein spezielles Gesetz für Social Media einzuführen.[7]

---

2 XEIT GmbH, Social Media Studie 2014, abrufbar unter <www.xeit.ch/wissen/studien/social-media-studie-2014/>.

3 Alder Daniel, E-Mail-Daten am Arbeitsplatz im Fokus von Datenschutz- und Arbeitsrecht, in: Revue de l'avocat 6/7/2013, S. 276 ff., S. 277; Dunand Jean-Philippe, Internet au travail: droits et obligations de l'employeur et du travailleur, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (Hrsg.), Internet au travail, Genf 2014, S. 33 ff., S. 39; Aubert Carole/Delley Régine, Utilisation des réseaux sociaux par les travailleurs et les employeurs, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (Hrsg.), Internet au travail, Genf 2014, S. 133 ff.

4 Vgl. auch Birkäuser Nicolas/Hadorn Marcel, BYOD – Private Smartphones im geschäftlichen Arbeitsumfeld, in: RSJ 109/2013, S. 201 ff.; Fanti Sébastien, Bref aperçu des aspects légaux du BYOD (Bring Your Own Device), in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (Hrsg.), Internet au travail, Genf 2014, S. 165 ff.

5 Zu weiteren Risiken der Nutzung von Social Media s. Aubert/Delley (Fn. 3), S. 141.

6 Mair Stefan, Schweigen oder fliegen, Handelszeitung vom 16. Januar 2015, abrufbar unter <www.handelszeitung.ch/management/schweigen-oder-fliegen-503278>.

7 Bundesrat, Rechtliche Basis für Social Media, Stellungnahme des Bundesrates zum Postulat Amherd 11.3912 vom 29.9.2011.

Es kommen deshalb die allgemeinen Gesetzesbestimmungen zur arbeitsrechtlichen Kündigung zur Anwendung, es sei denn, ein anwendbarer GAV bestimmte etwas anderes.

Dieser Beitrag soll deshalb einige ausgewählte Risiken analysieren und aufzeigen, wie mit entsprechenden Fragestellungen umgegangen werden sollte, um alle Beteiligten zu sensibilisieren, aber auch bestehende Risiken zu minimieren.

II. Kündigung wegen Nutzung von Social Media

Die Nutzung von Social Media durch den Arbeitnehmer kann den Arbeitgeber zu einer ordentlichen oder fristlosen Kündigung veranlassen. Grundsätzlich gilt in der Schweiz die Kündigungsfreiheit.[8] Ein unbefristetes Arbeitsverhältnis kann gemäss Art. 335 Abs. 1 OR von jeder Vertragspartei unter Einhaltung der Kündigungsfristen und Kündigungstermine gekündigt werden.[9] Es bedarf daher keiner besonderen Gründe, um kündigen zu können. Es gibt aber bestimmte Gründe oder Motive, derentwegen *nicht* gekündigt werden darf: Sind die Kündigungsgründe verwerflich, so ist die Kündigung missbräuchlich (vgl. Art. 336 OR[10]).

Die Kündigung kann missbräuchlich sein, falls ein Arbeitnehmer sich z.B. nach Treu und Glauben gegen die ungerechtfertigte Überwachung seines (privaten) E-Mail- und Internetverkehrs[11] wehrt[12] und der Arbeitgeber in der Folge eine ordentliche Kündigung ausspricht (sog. Rachekündigung gemäss Art. 336 Abs. 1 Bst. d OR). Ist die missbräuchliche Nutzung des Internetzuganges jedoch klar bewiesen, kann in diesen Fällen kaum von einer missbräuchlichen Kündigung ausgegangen werden.[13]

Eine missbräuchliche Kündigung kann ebenfalls vorliegen, wenn sie ausgesprochen wird, weil der Arbeitnehmer seine verfassungsmässigen Rechte, v.a. die Meinungs-

---

8 BGE 132 III 115 E. 2.1; 131 III 535 E. 4.1.

9 Formal dürfte eine Kündigung des Arbeitgebers per unverschlüsselte Nachricht über eine Social Media-Plattform zulässig sein (vgl. dazu Streiff Ullin/von Kaenel Adrian/Rudolph Roger, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl. Zürich 2012, Art. 335 OR Rz. 13 «Kündigung per E-Mail»). Allerdings können die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers (Art. 328/328*b* OR) verletzt sein, da die Vertraulichkeit solcher Mitteilungen im Internet fehlt.

10 Wobei die Aufzählung von Art. 336 OR nicht abschliessend ist, s. dazu BGE 136 III 513 E. 2.1; 132 III 115 E. 2.1.

11 AGer ZH, in: JAR 2004, S. 606; ausführlich zur E-Mail-/Internet-Überwachung Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 9), Art. 328*b* OR Rz. 18, m.w.H.

12 Keine Voraussetzung ist die gerichtliche Geltendmachung, eine klare Äusserung gegenüber dem Arbeitgeber genügt, s. dazu Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 9), Art. 336 OR Rz. 8, m.w.H.

13 Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 9), Art. 328*b* OR Rz. 18; zur fristlosen Kündigung nach unrechtmässiger Überwachung s. II.7.c.

äusserungsfreiheit, ausübt. Die Kündigung ist aber *nicht* missbräuchlich, wenn die Meinungsäusserung eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis verletzt oder die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt (Art. 336 Abs. 1 Bst. b OR). Es muss hier also eine Abwägung vorgenommen werden (s. insb. II.2).

Als härtere Massnahme kommt die fristlose Kündigung des Arbeitnehmers in Frage. Der Arbeitgeber kann das Arbeitsverhältnis jederzeit aus wichtigen Gründen fristlos auflösen (Art. 337 Abs. 1 OR). Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht mehr zugemutet werden darf (Art. 337 Abs. 2 OR). Der wichtige Grund muss schwerwiegend sein;[14] ist er dies nicht, so ist eine fristlose Kündigung nur möglich bei mehrmaligem Vorkommen trotz Verwarnung.[15] Dem Richter kommt freies Ermessen zu (Art. 337 Abs. 3 OR). Er wendet die Regeln von Treu und Glauben an (Art. 4 ZGB).[16] Um im entsprechenden Einzelfall feststellen zu können, ob ein wichtiger Grund gegeben ist, kann mitberücksichtigt werden, ob der Arbeitgeber klare Anordnungen zur Benutzung der elektronischen Kommunikationsmittel erlassen hat, ob er sich früher bereits eindeutig gegen die missbräuchliche Nutzung des Internetzuganges oder sogar diesbezügliche Verweise oder Verwarnungen[17] ausgesprochen hat. Darüber hinaus kann ferner die Stellung und Verantwortung des betroffenen Arbeitnehmers im Betrieb, die Art des Betriebs (z.B. Tendenzbetrieb, Kleinbetrieb, Tätigkeitsbereich eines Unternehmens usw.), die Intensität des Vertrauensverhältnisses sowie die Existenz und Schwere des Verschuldens des Arbeitnehmers miteinbezogen werden.[18] Nach derzeitiger Schweizer Rechtsprechung wird die Schwelle für eine fristlose Entlassung hoch angesetzt.[19]

Eine Verletzung der arbeitsvertraglichen Leistungspflicht sowie anderer vertraglicher Nebenpflichten kann sich bei der privaten Nutzung des Internets aus verschiedenen Kriterien ergeben:

---

[14] Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 9), Art. 337 OR Rz. 2 und Rz. 5, jeweils m.w.H.

[15] Übersicht zur Rechtsprechung zur Verwarnung BGer 4C.364/2005 vom 12.1.2006, E. 2; differenziert zur Notwendigkeit einer vorgängigen Verwarnung Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 9), Art. 337 OR Rz. 13, m.w.H.

[16] Portmann Wolfgang, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wieland (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 5. Aufl. Basel 2011, Art. 337 OR Rz. 4.

[17] Wobei gem. BGer 4A.430/2008 vom 24.11.2008, E. 4, die nur kurze Nutzung des Internets trotz Verwarnung nicht für eine fristlose Kündigung ausreicht.

[18] BGE 127 III 310 E. 3; Portmann (Fn. 16), Art. 337 OR Rz. 4.

[19] BGer 4C.463/1999 vom 4.7.2000, E. 9 f.; BGer 4C.106/2001 vom 14.2.2002, E. 3c; BGer 4C.349/2002 vom 25.6.2003, E. 5; BGer 4C.109/2003 vom 30.7.2003, E. 2; BGer 4C.173/2003 vom 21.10.2003, E. 3.2.

1. Beeinträchtigt das Verhalten des Arbeitnehmers die Erfüllung der arbeitsvertraglich vereinbarten *Leistung?* (s. II.1)
2. Entstehen dem Arbeitgeber aus der privaten bzw. unsachgemässen Nutzung durch den Arbeitnehmer bedeutende *Kosten*?[20] (s. II.1)
3. Führt die private/unsachgemässe Verwendung von Social Media zu *Sicherheitsrisiken* im Verantwortungsbereich des Arbeitgebers?[21] (s. II.3 und II.5)
4. Gefährdet die Handlung des Arbeitnehmers die *Reputation* des Arbeitgebers in unzulässiger Weise? (s. II.2 und II.)
5. Verstösst der *Inhalt* der Mitteilungen gegen geltendes Recht oder Sittlichkeit? (s. II.2 bis II.)
6. Steht der Nutzung ein ausdrückliches Verbot des Arbeitgebers entgegen? (s. III)

Bei Verstössen gegen diese Kriterien ist folgende Abstufung der Konsequenzen denkbar:[22]

Verhalten des Arbeitnehmers	**Mögliche Konsequenz**
Übermässige Nutzung ausserhalb des Unschärfebereichs (nicht schwerwiegend)	Verwarnung / ordentliche Kündigung
Verstoss gegen Reglement (nicht schwerwiegend)	
(Wiederholte) übermässige Nutzung / (wiederholter) Verstoss gegen Reglement trotz vorheriger Verwarnung wegen gleichem Verhalten	fristlose Kündigung
Schwerwiegender Missbrauch / Straftat	

Tabelle 1: Konsequenzen bei Fehlverhalten Arbeitnehmer

Ob eine missbräuchliche Social Media-Nutzung vorliegt, bestimmt sich nach dem Einzelfall und den konkreten Umständen. Es verbleibt ein grosser Unschärfebereich, in welchem die Nutzung von Social Media durch den Arbeitnehmer für den Arbeitgeber zwar unbefriedigend sein kann, mangels klarer Regelungen aber kaum Konsequenzen haben wird. Klarheit kann diesbezüglich ein Nutzungsreglement schaffen (vgl. III.).

[20] Vgl. Dunand (Fn. 3), S. 42 f., Holenstein Christoph, Die Benutzung von elektronischen Kommunikationsmitteln (Internet und Intranet) im Arbeitsverhältnis, Diss., Bern 2002, S. 83; Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 9), Art. 328*b* OR Rz. 17.

[21] Vgl. Dunand (Fn. 3), S. 43, Holenstein (Fn. 20), S. 83; Allgemein Langheinrich Marc/Karjoth Günter, Soziale Netzwerke als Risiko für Unternehmen, in: digma 2010, S. 50 ff., S. 53 ff.

[22] S. vorstehende Ausführungen zur Kündigung in II.

1. Kündigung wegen exzessiver Nutzung von Social Media während der Arbeitszeit

Fallbeispiel: Der Ressortleiter einer kantonalen Dienststelle besuchte über mehrere Monate täglich 2–3 Stunden am Tag Sex-Seiten. Die Dauer der täglichen Internetnutzung sowie der Verstoss gegen eine Weisung, die den Konsum pornografischer Inhalte verbietet, hatten (zu Recht) eine fristlose Kündigung zur Folge.[23]

Bei der exzessiven Nutzung von Social Media während der Arbeitszeit ist zwischen der dienstlichen und der privaten Nutzung zu unterscheiden. Die dienstliche Nutzung ist Teil der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer. Es kommt dabei darauf an, ob die Aktivität des Arbeitnehmers in sozialen Netzwerken privat oder dienstlich veranlasst ist.[24] Wann dies konkret der Fall ist, kann anhand des Zwecks der Nutzung der sozialen Netzwerke festgestellt werden. Sobald der Arbeitnehmer die Absicht hatte, die von ihm geforderten Arbeitsleistungen voranzubringen, liegt eine geschäftliche Nutzung vor, unabhängig davon, ob die Nutzung im Einzelfall zweckmässig war. Bei einer geschäftlichen Nutzung muss also stets ein Bezug zu den geschäftlichen Aufgaben bestehen.[25]

Mit der privaten Nutzung von Social Media während der Arbeitszeit kann der Arbeitnehmer grundsätzlich seine Pflicht zur Leistung von Arbeit nach Art. 319 OR verletzen. Es kann zu einer erheblichen Beeinträchtigung der arbeitsvertraglich geschuldeten Leistung kommen, weil der Arbeitnehmer nicht zur Erledigung von privaten Angelegenheiten angestellt wurde. Es kann auch eine Verletzung der Treuepflicht des Arbeitnehmers gemäss Art. 321*a* Abs. 1 OR vorliegen,[26] wenn er Einrichtungen des Betriebs und/oder Arbeitszeit in übermässiger Weise für private Zwecke beansprucht.[27]

Fehlt eine Anweisung des Arbeitgebers zur privaten Nutzung des Internets und von Social Media, gelten die gleichen Regelungen wie für die Nutzung des Telefons oder E-Mail, d.h. die Privatnutzung ist grundsätzlich zulässig, solange die Arbeitsleistung

---

[23] Entscheid der Personalrekurskommission. BS vom 31.08.2004, abrufbar unter <http://www.fd.bs.ch/dms/fd/download/bescheide-entschluesse0/prk_fall_47-3.pdf>.

[24] Borsutzky Andreas, Soziale Netzwerke – Regelungskompetenz des Arbeitgebers und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats, in: NZA 2013, S. 647 ff.

[25] Holenstein (Fn. 20), S. 71 ff.

[26] Dunand (Fn. 3), S. 33 ff., 36 ff., 41 f.

[27] Staehelin Adrian, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–330*a*, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Zürcher Kommentar), Bd. V/2c, 4. Aufl. Zürich 2006, Art. 321 OR Rz. 23; Wolfer Simon, Die elektronische Überwachung des Arbeitnehmers im privatrechtlichen Arbeitsrechtsverhältnis, Zürich 2008, Rz. 460, m.w.H.

nicht gefährdet ist und das übliche Mass nicht überschritten wird.[28] Denn das Bundesgericht und der EGMR schützen dem Grundsatz nach den Anspruch des Arbeitnehmers, während der Arbeitszeit private Tätigkeiten erledigen zu können (s. auch III.1). Eine Verletzung der arbeitsvertraglichen Leistungspflicht wiegt umso schwerer, je mehr der Arbeitnehmer bei der privaten Nutzung des Internets seine Arbeitspflicht in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht vernachlässigt.[29] Es verbleibt offensichtlich ein grosser Unschärfebereich – Klarheit kann aber eine Regelung des Arbeitgebers schaffen (s. III.2)

Alles in allem kann die exzessive Nutzung des Internets während der Arbeitszeit zu privaten Zwecken eine schwere Pflichtverletzung des Arbeitsvertrages darstellen, die den Arbeitgeber ohne vorangegangene Verwarnung zu einer ordentlichen oder gar fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses berechtigen kann.

Durch übermässigen privaten oder unsachgemässen geschäftlichen Gebrauch des Internetzuganges können zusätzliche Kosten anfallen, sei es in Gestalt von Gebühren oder von Zeit, die als Arbeitszeit bei der jeweiligen Person verloren geht.[30] Infolge der Verletzung der Sorgfalts- und Treuepflicht (Art. 321*a* Abs. 1 OR) kann deshalb eine Schadenersatzforderung des Arbeitgebers entstehen (Art. 321e OR), welche in den Schranken von Art. 323*b* Abs. 1 OR mit dem Lohn verrechenbar ist.[31]

2. Kündigung wegen schädlicher Äusserungen auf Social Media

Nach Art. 16 Abs. 2 und 3 BV hat jeder das Recht, seine Meinung – egal in welcher Form – frei zu bilden und sie ungehindert zu äussern und zu verbreiten.[32] Dies gilt

---

[28] Egli Urs, Soziale Netzwerke und Arbeitsverhältnisse, in: Jusletter vom 17. Januar 2011, Rz. 36, 42, 48; Aubert/Delley (Fn. 3), S. 154; Holenstein (Fn. 20), S. 47, S. 82; Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 9), Art. 328*b* OR Rz. 17; Baeriswyl Bruno, in: Aktuelle Probleme des Arbeitsrechts, Zürich 2005, 10 Jahre Datenschutz im Arbeitsrecht, S. 62; Rudin Beat, Was darf die Chefin, was die Angestellte? Arbeits- und datenschutzrechtliche Schranken der technischen Überwachung der Internet-Nutzung am Arbeitsplatz, in: digma 2001, S. 4 ff.; Aubert Gabriel, Art. 319–362 CO, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Commentaire romand Code des obligations I, 2. Aufl. Basel 2012, Art. 328*b* OR Rz. 8.

[29] Vgl. Dunand (Fn. 3), S. 41 f., m.w.H.; BAG, Urteil vom 7.7.2005, 2 AZR 581/04; LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 6.2.2012, 6 Sa 682/09) Vgl. auch LAG Niedersachsen, Urteil vom 31.5.2010, 12 Sa 875/09 (exzessive Privatnutzung des Dienst-PC, wenn der Arbeitnehmer über einen Zeitraum von mehr als sieben Wochen arbeitstäglich mehrere Stunden mit dem Schreiben und Beantworten privater E-Mails verbringt, an mehreren Tagen sogar in einem zeitlichen Umfang, der gar keinen Raum für die Erledigungen von Dienstaufgaben mehr lässt).

[30] Holenstein (Fn. 20), S. 37 f.

[31] Staehelin (Fn. 27), Art. 322 Rz. 5; Holenstein (Fn. 20), S. 157 f.

[32] Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl. Zürich 2008, Rz. 456 f.

grundsätzlich auch für den Arbeitnehmer im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses.[33] Die Meinungsäusserungsfreiheit umfasst alle «Ergebnisse von Denkvorgängen sowie rational fassbar und mitteilbar gemachte Überzeugungen in der Art von Stellungnahmen, Wertungen, Anschauungen, Auffassungen und dergleichen»[34] sowie Tatsachendarstellungen[35]. Die Meinungsäusserungsfreiheit wird durch Art. 336 Abs. 1 Bst. b OR konkretisiert, wonach eine Kündigung wegen einer Meinungsäusserung des Arbeitnehmers missbräuchlich ist, es sei denn, diese verletze eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich.[36] Die Meinungsäusserungsfreiheit hat also Grenzen.

Aus jedem arbeitsvertraglichen Verhältnis lässt sich eine Rücksichtnahme- und Treuepflicht des Arbeitnehmers ableiten, die dazu führen kann, dass auch eine ansonsten zulässige Kritik gerade wegen der Öffentlichkeit der Äusserung in einem sozialen Netzwerk sich als unzulässiger Verstoss gegen die Treuepflicht darstellt, wenn dem Unternehmen dadurch ein besonderer Schaden droht.[37] Auch aus der vertraglichen Rücksichtnahme- und Treuepflicht des Arbeitnehmers kann aber nicht gefolgert werden, dass es dem Arbeitnehmer grundsätzlich verwehrt ist, sich kritisch über seine Arbeit, sein Arbeitsverhältnis, den Arbeitgeber oder dessen Kunden und Geschäftspartner zu äussern,[38] unter Umständen auch überspitzt. Bei der insoweit notwendigen Abwägung zwischen Meinungsäusserungsfreiheit und Treuepflicht kommt es massgeblich auf den Inhalt und die Einzelumstände der Äusserung an (wie die Schwere der Beeinträchtigung des Unternehmens, der sprachliche Kontext, der zu verantwortende Verbreitungsgrad, der Schutz der persönlichen Verhältnisse und der Ehre anderer Personen etc.).[39]

---

[33] Wiese Günther, Internet und Meinungsfreiheit des Arbeitgebers, Arbeitnehmers und Betriebsrats, in: NZA 2012, S. 1 ff., S. 4; Kort Michael, Kündigungsrechtliche Fragen bei Äusserungen des Arbeitnehmers im Internet, in: NZA 2012, S. 1321 ff., S. 1321. Das Recht, gegenüber dem Arbeitgeber auf Missstände hinzuweisen, ergibt sich nach neuerer Rechtsprechung nicht aus der Meinungsäusserungsfreiheit, sondern aus den gegenseitigen Fürsorge- und Treuepflichten (BGer 4A.432/2009 vom 10.10.2009, E. 2.2.2).

[34] BGE 117 Ia 478 E. 3c.

[35] BGE 113 Ia 319 E. 5a.

[36] BGE 130 III 699, E. 4; Staehelin (Fn. 27), Art. 336 Rz. 20 f.; Portmann (Fn. 16), Art. 336 Rz. 9.

[37] Vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 9), Art. 336 OR Rz. 6, m.w.H.

[38] Brunner Christiane et al., Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl. Basel 2005, Rz. 5; Farner Martin, Missbräuchliche Kündigung (Art. 336 Abs. 1 Bst. a OR), Kritik am Vorgesetzten, Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts, I. Zivilabteilung, 19.12.2000, M. c. R., Berufung, in: AJP 2001, S. 710 ff.; Kock Martin, Unmutsäusserungen und Beleidigungen auf Facebook & Co. als Kündigungsgrund, in: DB 2013, S. 934 ff.

[39] Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich 2012, Rz. 484; Andreas Kley/Esther Tophinke, Art. 16, in: Die Schweizerische Bundesverfassung Kommentar, Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), 3. Aufl., St. Gallen 2014, Art. 16 N 13.

Schädigen Arbeitnehmer die Reputation ihres Arbeitgebers, indem sie sich in sozialen Netzwerken negativ über ihn, ihre Arbeitskollegen, Kunden oder Geschäftspartner des Arbeitgebers äussern, so ist bei geringfügigen Verstössen, die mit einer Unüberlegtheit erklärt werden können, eine Verwarnung angezeigt. Grobe Beleidigungen des Arbeitgebers, von Arbeitskollegen oder von Kunden oder Geschäftspartnern des Arbeitgebers, die nach Inhalt und Form zu einer erheblichen Ehrverletzung des Betroffenen führen, können eine ordentliche Kündigung nach sich ziehen. Ist die Kritik durch den Arbeitnehmer aber sachlich, objektiv und unpolemisch, so ist sie zulässig und eine ordentliche Kündigung wäre missbräuchlich gemäss Art. 336 Abs. 1 Bst. b OR.

Eine fristlose Entlassung dürfte indessen nur bei mutwilligen und besonders schwerwiegenden Verstössen angezeigt sein.[40] In die Abwägung, ob eine fristlose Kündigung in Betracht kommt, einfliessen sollte dabei auch, ob die Auseinandersetzung vom Arbeitgeber (mit-)verursacht worden ist, welcher betriebliche und branchenübliche Umgangston herrscht, wie ernsthaft die Äusserung ist sowie die Frage, ob Dritte von der Äusserung Kenntnis genommen haben.[41]

a) Private Kommunikation unter Freunden?

Noch ganz am Anfang steht die schweizerische Lehre und Rechtsprechung bei der Frage, ob und wann die beleidigende Äusserung auf Social Media wegen ihres nichtöffentlichen bzw. privaten Charakters besonderen Schutz geniesst. Tatsächlich wird es für die Wirksamkeit einer Kündigung im Einzelfall darauf ankommen, auf welchem Kommunikationskanal und vor welchem Publikum der Arbeitnehmer sich geäussert hat.[42]

Bei vertraulichen Gesprächen im privaten Rahmen darf der Arbeitnehmer regelmässig darauf vertrauen, dass seine Äusserungen nicht nach aussen getragen werden. Er muss in diesem Fall mit keiner Störung des Betriebsfriedens oder Belastung des Vertrauensverhältnisses zum Arbeitgeber rechnen. Zudem erlangt der Arbeitgeber von privaten Äusserungen, bei denen er nicht zum Adressatenkreis gehört, regelmässig nur durch Eindringen in die Privatsphäre seines Arbeitnehmers Kenntnis. Damit ver-

[40] Egli (Fn. 28), Rz. 55.

[41] Kort (Fn. 33), S. 1321.

[42] Bauer Jobst-Hubertus/Günther Jens, Kündigung wegen beleidigender Äusserungen auf Facebook – vertrauliche Kommunikation unter Freunden?, in: NZA 2013, S. 67 ff., S. 68; vgl. auch Aubert/Delley (Fn. 3), S. 159 f., m.w.H.

letzt der Arbeitgeber seine Pflicht zum Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers (Art. 328 OR).[43]

Somit kommt der Unterscheidung zwischen öffentlicher und privater Äusserung eine entscheidende Bedeutung zu. Der Begriff der Öffentlichkeit wird im Schweizer Recht nicht einheitlich verwendet.[44] Öffentlich ist, was nicht im privaten Umfeld erfolgt. Im vorliegenden Kontext kann als privater Rahmen ein begrenzter Kreis an Beteiligten, die durch eine persönliche Beziehung oder ein besonderes Vertrauen miteinander verbunden sind, definiert werden.[45]

Darauf bezugnehmend und mit (durchaus kritischem) Blick auf die deutsche Rechtsentwicklung können am Beispiel von Facebook folgende Fälle unterschieden werden:

Publikationsort innerhalb eines sozialen Netzwerkes	**öffentlich**	**privat**
Im öffentlichen Profil	X	
Im Profil für Freunde plus Freunde von Freunden	X	
In einem Posting in der eigenen Chronik oder in einer «geschlossenen» bzw. «geheimen» Gruppe, welches für sechs oder mehr Freunde zugänglich ist[46]	X	

[43] Sowie weitere Schutznormen zu Gunsten des Persönlichkeitsschutzes des Arbeitnehmers wie Art. 328*b* OR; Art. 6 Abs. 1 Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG) vom 13. März 1964 (SR 822.11); Art. 26 Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (Gesundheitsvorsorge, ArGV 3) vom 18. August 1993 (SR 822.113); Art. 28 Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB) vom 10. Dezember 1907 (SR 210); Art. 4 Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 19. Juni 1992 (SR 235.1).

[44] So unterscheiden sich z.B. die Öffentlichkeitsbegriffe von Art. 259 ff. StGB, Art. 652*a* OR, Art. 54 ZPO und Art. 19 Abs. 1 Bst. a URG.

[45] Vgl. BGE 130 IV 111, E. 5.2 nach BGE IV 111, E.2.2. Zum Begriff der Öffentlichkeit siehe Marcel A. Niggli, Rassendiskriminierung – Ein Kommentar zu Art. 261bis StGB und Art. 171c MStG mit Rücksicht auf das «Übereinkommen vom 21. Dezember 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung» und die entsprechenden Regelungen anderer Unterzeichnerstaaten, 2. Aufl., Zürich 2007, S. 297 ff. In BGer 6B.256/2014 vom 8.4.2015 (Facebook-Post: Freundeskreis ist nicht «Bevölkerung») musste das Bundesgericht die Frage, ob eine Äusserung gegenüber Facebook-Freunden als «öffentlich» oder «privat» zu gelten hat, nicht entscheiden. Der Begriff der «Bevölkerung» ist nicht gleichbedeutend mit demjenigen der «Öffentlichkeit», der unter anderem beim Tatbestand der Rassendiskriminierung massgebend ist.

[46] Bauer/Günther (Fn. 42), S. 69 f.; Kock (Fn. 38), S. 937; ArbG Hagen, Urteil vom 16.5.2012, 3 Ca 2597/11; ArbG Dessau-Rosslau, Urteil vom 21.2.2012, 1 Ca 148/11.

In einem Posting in der eigenen Chronik oder in einer «geschlossenen» bzw. «geheimen» Gruppe, welches für weniger als sechs Freunde zugänglich ist, falls die Freunde zum Erklärenden in einer besonderen persönlichen oder beruflichen Nähebeziehung stehen und der Anlass der Kommunikation privater Natur ist[47]		X
In einem Posting in einer fremder Chronik[48]	X	
In einer «offenen» Facebook-Gruppe[49]	X	
In einer Facebook-Nachricht/Chat,[50] sofern weniger als sechs Personen daran teilnehmen und die Voraussetzungen gem. Ziff. 4 erfüllt sind		X

Tabelle 2: Öffentliche und private Publikationen in sozialen Netzwerken

Die in dieser Tabelle genannte Grenze von sechs Personen (oder bildlich gesprochen eine Handvoll Menschen[51]) ist nicht als absolut zu verstehen. Vielmehr ist im Einzelfall auf die jeweiligen Umstände, d.h. die Qualität der persönlichen Beziehung und des Vertrauensverhältnisses, abzustellen. Tabelle 2 zeigt aber, dass die Kommunikation auf Social Media oftmals als öffentlich einzustufen ist und somit keinen besonderen Schutz als private Kommunikation unter Freunden geniesst.

b) Verschiedene Konstellationen

ba) Äusserungen über den Arbeitgeber

Fallbeispiel 1: Der damals 27-jährige Hubert F. bezeichnete seinen Arbeitgeber auf Facebook als «Menschenschinder» und «Ausbeuter» und schrieb über seinen Job, dass er «dämliche Scheisse für Mindestlohn minus 20 %» erledigen müsse. Das Landesarbeitsgericht Hamm entschied, dieser Eintrag stelle eine massiv ehrverletzende Äusserung dar und berechtige den Arbeitgeber zur fristlosen Kündigung.[52] In der Schweiz liegen die Hürden für eine fristlose Entlassung hoch. Ob die

[47] Kock (Fn. 38), S. 938; Bauer/Günther (Fn. 42), S. 70.

[48] Bauer/Günther (Fn. 42), S. 70.

[49] Bauer/Günther (Fn. 42), S. 70.

[50] Kock (Fn. 38), S. 937; Bauer/Günther (Fn. 42), S. 70; Hinrichs Lars/Hörtz Martin, Web 2.0: Bild' Dir Deine Meinung – auf Kosten des Arbeitgebers, in: NJW 2013, S. 648 ff., S. 652.

[51] Burmester Antje, Die «Facebook-Kündigung» im Spiegel der aktuellen Rechtsprechung, in: ArbRB 2013, S. 245 ff.

[52] LAG Hamm, Urteil vom 10.10.2012, 3 Sa 644/12. Vgl. aber ArbG Bochum, Urteil vom 9.2.2012, 3 Ca 1203/11

vorliegenden Äusserungen derart diffamierend waren, dass die Fortführung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber unzumutbar geworden ist, müsste aufgrund der konkreten Umstände beurteilt werden.

Fallbeispiel 2: Nach dem ArbG Iserlohn konnte die im Internet getätigte Äusserung eines Arbeitnehmers, «wonach Kohle – egal zu welchem Preis – das einzige sei, was für den Arbeitgeber zählt», nicht die Wirksamkeit einer fristlosen Kündigung begründen. Denn Kritik am Arbeitgeber, auch wenn diese polemisch sei, stelle keine Verletzung der vertraglichen Rücksichtnahmepflicht dar, solange sie weder nach Form noch nach Inhalt als ein strafrechtliches Verhalten einzuordnen sei.[53] Auch in der Schweiz würde diese Aussage für sich allein wohl nicht für eine fristlose Kündigung reichen. Bei einer ordentlichen Kündigung (Art. 335 Abs. 1 OR) würde sich die Frage nach der Missbräuchlichkeit der Kündigung infolge Ausübung der Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 336 Abs. 1 Bst. b OR) stellen.

Fallbeispiel 3: In einer EGMR-Entscheidung wurde die Kündigung einer Mitarbeiterin, die Strafanzeige gegen ihren Arbeitgeber aufgrund betrieblicher Missstände erstattet hatte («Whistleblowing»[54]), als unvereinbar mit dem Recht auf Meinungsfreiheit angesehen. Der EGMR wog ab, ob die staatlichen Gerichte die Abwägung zwischen den Arbeitgeberinteressen, konkret der im Arbeitsrecht verankerten Treuepflicht der Arbeitnehmer, und den Interessen der Arbeitnehmer an ihrer freien Meinungsäusserung richtig vorgenommen hatte. Der Arbeitnehmer ist seinem Arbeitgeber gegenüber zur Treue verpflichtet. Er hat Stillschweigen über jede Verhaltensweise des Unternehmens zu wahren, die der Firma in der Öffentlichkeit Schaden zufügen könnte. Die Treuepflicht zwingt aber nicht dazu, Gesetzesverstösse zu verschweigen.[55]

---

[53] ArbG Iserlohn, Urteil vom 9.3.2010, 5 Ca 2640/09; LAG Baden-Württemberg vom 10.2.2010, 2 Sa 59/09 (Blogbeitrag eines Arbeitnehmers, der dem Arbeitgeber «eine verschärfte Ausbeutung, Angriffe auf politische und gewerkschaftliche Rechte sowie menschenverachtende Jagd auf Kranke» vorwarf, noch von dem Recht auf freie Meinungsäusserung gedeckt).

[54] Zum Ganzen: Streiff/Von Kaenel/Rudolph (Fn. 9), Art. 321*a* OR Rz. 14 sowie Riederer Stefan, Der Umgang mit Whistleblowing aus arbeitsrechtlicher Sicht, in: Jusletter vom 22. Dezember 2014.

[55] EGMR, Urteil vom 21.7.2011, *Heinisch/Germany*, 28274/08; Pärli Kurt, Urteil des EGMR vom 21.7.2011 (Nr. 28274/08): Whistleblowing – Stärkung der Arbeitnehmerrechte, Pflegerecht 2012, S. 56 ff. Vgl. auch Byers Philipp/Mössner Stefan, Die Nutzung des Web 2.0 am Arbeitsplatz: Fluch und Segen für den Arbeitgeber, in: BB 2012, S. 1665 ff. sowie Streiff/Von Kaenel/Rudolph (Fn. 9), Art. 336 OR Rz. 8.

bb) Äusserungen über Arbeitskollegen

Fallbeispiel 1: Klaus D. hatte auf seiner Facebook-Seite Arbeitskollegen als «Klugscheisser» und «Speckrollen» bezeichnet. Er war aber von seinen Arbeitskollegen zuvor beim Arbeitgeber denunziert worden. Ausserdem hatte er bei seiner Lästerei auf Facebook keine Namen genannt. Das deutsche Gericht entschied, diese Äusserungen seien zwar geeignet, um eine Kündigung zu begründen, aus den konkreten Umständen könne aber auf eine Affekthandlung des Arbeitnehmers geschlossen werden, welche nicht schwer genug wiege, um eine ordentliche oder gar eine ausserordentliche Kündigung zu rechtfertigen (nach deutschem Recht, welches einen starken Kündigungsschutz kennt).[56] Nachdem es sich hier um keinen schwerwiegenden Fall handelt, dürfte auch nach Schweizer Recht eine fristlose Kündigung ausser Betracht fallen. Denkbar wäre ein Verweis oder eine ordentliche Kündigung.

Fallbeispiel 2: Ein Arbeitnehmer bezeichnete auf seiner eigenen Facebook-Chronik seinen Vorgesetzten als «kleinen Scheisshaufen», «Wixxer» und «faules Schwein». Der Arbeitnehmer setzte sich erfolglos gegen die ordentliche Kündigung zur Wehr.[57] Die ordentliche Kündigung nach deutschem Recht war wirksam. In der Schweiz wäre diesbezüglich zu entscheiden, ob die ordentliche Kündigung missbräuchlich war (Art. 336 OR). Vorliegend dürfte die Abwägung betreffend Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 336 Abs. 1 Bst. b. OR) zum Nachteil des Arbeitnehmers ausfallen.

bc) Äusserungen über Kunden oder Geschäftspartner des Arbeitgebers

Fallbeispiel: Eine Arbeitnehmerin hatte auf ihrer Facebook-Chronik über die ihrer Meinung nach mangelhafte Abwicklung ihres privaten Handyvertrages bei O2 mit deutlichen Worten gelästert: «Boah kotzen die mich an von O2, da sperren sie einfach das Handy, obwohl man schon bezahlt hat ... und dann behaupten die es wären keine Zahlungen da. Solche Penner ... Naja ab nächsten Monat habe ich einen neuen Anbieter ...». Besondere Brisanz erhielt der Fall erst dadurch, dass die Arbeitnehmerin bei einer Sicherheitsfirma angestellt war und im Auftrag ihres Arbeitgebers bei O2 eingesetzt war. Nach Kenntnisnahme von diesem Posting beschwerte sich O2 beim Arbeitgeber über diesen «diffamierenden» Eintrag. Der

[56] ArbG Duisburg, Urteil vom 26.9.2012, 5 Ca 949/12.

[57] ArbG Hagen, Urteil vom 16.5.2012, 3 Ca 2597/11. Der Arbeitnehmer habe den Schutz der Privatsphäre und Meinungsfreiheit verloren, indem er die Äusserungen auf seine Facebook-Pinnwand gepostet und dadurch die Vertraulichkeit selbst aufgehoben habe.

Bayerische Verwaltungsgerichtshof urteilte, dass solch ein Beitrag keine fristlose Kündigung rechtfertige. Die Arbeitnehmerin habe das Verhalten des Unternehmens im Zusammenhang mit der Abwicklung des privaten Handyvertrages kritisiert, habe aber O2 nicht in Bausch und Bogen diffamiert. Sie habe in ihrer Eigenschaft als Kundin und nicht als Arbeitnehmerin agiert. Die Arbeitnehmerin habe dabei lediglich ihre Privatinteressen wahrgenommen, sodass ein Arbeitgeber nicht deshalb kündigen könne (ausserdienstliches Verhalten).[58] Im schweizerischen Recht würde dies bedeuten, dass die Kündigung evtl. als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 Bst. b OR qualifiziert werden würde.

bd) Verantwortung für Äusserungen Dritter

Fallbeispiel: Der Ehemann einer Bankangestellten hatte über sein Facebook-Profil mehrere Einträge veröffentlicht, in denen der Arbeitgeber der Ehefrau beleidigend herabgesetzt wurde. Das ArbG Dessau-Rosslau hat angenommen, die Arbeitnehmerin könne aus dem Arbeitsverhältnis eine Pflicht treffen, auf ihren Ehemann mit der Massgabe einzuwirken, Äusserungen zu unterlassen, die das Unternehmen ihres Arbeitgebers schädigen.[59]

Grundsätzlich tragen die Nutzer einer Social Media-Plattform keine Verantwortung für Äusserungen, die andere Nutzer dort vornehmen. Im Einzelfall kann ein Arbeitnehmer aber auf Grund der arbeitsvertraglichen Treuepflicht (Art. 321*a* Abs. 1 OR) gegenüber seinem Arbeitgeber gehalten sein, auf Dritte einzuwirken, beleidigende Äusserungen über seinen Arbeitgeber, Geschäftspartner seines Arbeitgebers und/oder Arbeitskollegen zu unterlassen oder zu löschen. Erst recht kann der Arbeitnehmer verpflichtet sein, eine beleidigende Aussage, die ein Dritter in seiner Chronik hinterlassen hat, zu entfernen. Je schwerer die Beleidigung wiegt und je grösser der Kreis der Personen ist, dem der Arbeitnehmer Zugriff auf seine Chronik gestattet, desto eher wird ihn eine Löschungspflicht treffen. Ein Unterlassen der Löschung oder Einwirkung auf den Urheber der Beleidigung dürfte im Regelfall aber keine vergleichbar schwere Pflichtverletzung sein wie eine selbstverfasste Beleidigung. Ein Grund für eine fristlose Kündigung wird in der Regel nicht gegeben sein.[60]

[58] Bayerischer VGH, Urteil vom 29.2.2012, 12 C 12.26. Vgl. auch LAG Schleswig-Holstein vom 8.4.2010, 4 Sa 474/09 (Bezeichnung eines Kunden als «Arschloch»). S. dazu auch Kort (Fn. 33), S. 1322.

[59] ArbG Dessau-Rosslau, Urteil vom 21.2.2012, 1 Ca 148/11.

[60] Vgl. Bauer/Günther (Fn. 42), S. 71, m.w.H.

3. Kündigung wegen der Veröffentlichung von Fotos aus dem Arbeitsumfeld auf Social Media

Fallbeispiel 1: Eine Bundeshaus-Sekretärin veröffentlicht wiederholt Nacktbilder und pornographische Videos, die sie von sich selbst in den Räumlichkeiten des Bundeshauses aufgenommen hat.[61]

Fallbeispiel 2: Eine Krankenpflegerin hatte auf ihrem privaten Facebook-Auftritt mehrere Fotos eines Säuglings zu dessen Lebzeiten veröffentlicht, der auf der Kinderintensivstation behandelt worden und im Anschluss verstorben war. Die Krankenhausbetreiberin kündigte der Krankenpflegerin fristlos.[62]

Viele Nutzer eines Social Media-Accounts scheinen sich des Umstandes nicht hinreichend bewusst zu sein, dass das ungenehmigte Veröffentlichen[63] von Fotos, die im Zusammenhang mit dem Arbeitsumfeld stehen, rechtliche Konsequenzen haben kann. Veröffentlicht ein Arbeitnehmer auf seinem privaten Account innerhalb eines sozialen Netzwerks Bilder und stehen diese im Zusammenhang mit seiner beruflichen Tätigkeit, kann dies zu einem Konflikt mit seinem bestehenden Arbeitsverhältnis und zu einer Verletzung der arbeitsvertraglichen Treuepflichten (Art. 321a OR) führen.[64] In krassen Fällen ist der Arbeitgeber gar zum Ausspruch einer fristlosen Kündigung berechtigen.

Entscheidend ist zunächst, ob auf den Fotos auch Personen abgebildet sind, deren allgemeines Persönlichkeits- und/oder Urheberrecht durch die Veröffentlichung beeinträchtigt wird. Ferner kommt es darauf an, ob und inwieweit diese verletzten

---

[61] NZZ vom 6.8.2014, Nackt-Selfies aus dem Bundeshaus, abrufbar unter <http://www.nzz.ch/schweiz/nackt-selfies-aus-dem-bundeshaus-1.18357197>.

[62] LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 11.4.2014, 17 Sa 2200/13. Durch die ungenehmigte Verbreitung von Patientenbildern habe die Krankenpflegerin sowohl ihre arbeitsvertraglichen und gesetzlichen Schweigepflichten erheblich verletzt als auch in schwerwiegender Weise in die Persönlichkeitsrechte des Patienten eingegriffen. Dieses Verhalten sei «an sich» ohne Weiteres geeignet, einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung darzustellen. Aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls sei jedoch die ausgesprochene fristlose Kündigung unverhältnismässig, da es der Beklagten zuzumuten gewesen wäre, auf die Pflichtverletzung der Klägerin lediglich mit einer Verwarnung zu reagieren. Zugunsten der Klägerin sei zu berücksichtigen, dass diese bei der Veröffentlichung keine unlauteren Zwecke verfolgt, den Patienten nicht herabgewürdigte und die Fotos unmittelbar nach Vorhaltung durch die Arbeitgeberin von ihrem Facebook-Auftritt entfernt habe, sodass deren weitere Verbreitung wenig wahrscheinlich gewesen sei.

[63] Zur Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Rahmen II.2.a.

[64] Bei vorstehendem Fallbeispiel 1 leitet sich die Treuepflicht der Bundeshaus-Angestellten aus Art. 20 Abs. 1 BPG (SR 172.220.1) ab.

Personen auf dem Foto (gegebenenfalls auch durch hinzugefügte Verlinkungen und Kommentare) identifiziert werden können. Sodann stellt sich die Frage, ob ein objektiver Betrachter einen unmittelbaren oder zumindest mittelbaren Zusammenhang mit dem Unternehmen des Arbeitgebers herstellen kann. Zu Lasten des Arbeitnehmers wird sich stets auswirken, wenn das Foto ehrverletzenden, rufschädigenden Charakter hat oder eine sonstige verwerfliche subjektive Gesinnung zum Ausdruck bringt (vgl. II.2). Allerdings wird dies oft eine Wertungsfrage sein. Mitentscheidend dürfte dabei sein, in welcher Funktion eine Person tätig ist. Ebenso kann es eine Rolle spielen, inwieweit durch die geposteten Fotos ein Sicherheitsrisiko entsteht.[65] Im Einzelfall wird danach zu fragen sein, ob der Arbeitnehmer durch die Veröffentlichung gegen besondere vertragliche oder gesetzliche Schweigepflichten verstossen hat, was insbesondere in sensiblen Tätigkeitsfeldern naheliegt (z.B. Gesundheitswesen, Rechtsberatung, Bankwesen, etc.). Letztlich ist auch zu berücksichtigen, wie gross der Personenkreis ist, der auf das hochgeladene Foto Zugriff hat (s. II.2.a), und ob der Arbeitnehmer technische Vorrichtungen (v.a. in seinen Profileinstellungen) getroffen hat, um sicherzustellen, dass das Foto nicht über diesen Personenkreis hinaus für andere User sichtbar wird (s. II.6.a).

4. Kündigung wegen sonstigen Verhaltens auf Social Media

Über die Fallgruppen beleidigender Äusserungen (s. II.2) und der Veröffentlichung von Fotos (s. II.3) aus dem Arbeitsumfeld hinaus ist eine Vielzahl weiterer Verhaltensweisen des Arbeitnehmers in sozialen Netzwerken denkbar, die den Arbeitgeber zum Ausspruch einer fristlosen Kündigung berechtigen können.

Erstens kann das Verhalten des Arbeitnehmers in sozialen Netzwerken in den Zeiten, in denen dieser (vermeintlich) arbeitsunfähig erkrankt ist, eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung darstellen oder eine solche aufdecken. Nutzt der Arbeitnehmer zum Beispiel ein soziales Netzwerk, obwohl sich die dem Arbeitgeber mitgeteilte Krankheit damit nicht verträgt (z.B. starke Migräne), drängt sich der Verdacht des Vortäuschens der Arbeitsunfähigkeit auf. Dies gilt ebenso, wenn der Arbeitnehmer während seiner vermeintlichen Arbeitsunfähigkeit Fotos hochlädt, die ihn bei Tätigkeiten zeigen, die mit dem angegebenen Krankheitsbild nicht vereinbar sind (z.B. Tragen schwerer Gegenstände trotz angeblichen Bandscheibenvorfalls, Tanzen in High Heels im Club

[65] Einzelne Autoren sehen hier die Gefahr der Erpressbarkeit als Beispiel für ein Sicherheitsrisiko (Geiser Thomas, in: NZZ vom 6.8.2014, Nackt-Selfies aus dem Bundeshaus, abrufbar unter <www.nzz.ch/schweiz/nackt-selfies-aus-dem-bundeshaus-1.18357197>). Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass sich Fotos nur zur Erpressung eignen, wenn sie ausschliesslich einem beschränkten Betrachterkeis zugänglich sind – bei öffentlich geteilten Fotos fällt dies ausser Betracht.

trotz einer Knöchelverletzung) oder den Heilungsverlauf massgeblich beeinträchtigen. Sofern die vorliegenden Tatbestände im Einzelfall als schwerwiegend zu qualifizieren sind, wären sie geeignet, eine fristlose Kündigung des Arbeitgebers zu rechtfertigen,[66] bei Fällen mit geringerer Tragweite ist eine ordentliche Kündigung möglich[67].

Fallbeispiel 1: Am 13. November 2008 war eine 31-jährige Baslerin mit einer starken Migräne für einen Tag zu Hause geblieben. Eine Woche später wurde ihr von der Versicherung fristlos gekündigt, weil die Arbeitnehmerin angegeben hatte, bei Migräne nicht am Bildschirm arbeiten zu können, sie aber trotzdem auf Facebook aktiv war.[68]

Zweitens kann die Veröffentlichung kompromittierender Privatfotos des Arbeitnehmers, die keinen Bezug zu seinem Arbeitsumfeld aufweisen, eine Kündigung nach sich ziehen. Zwar werden solche Fotos, die keine unmittelbare Beziehung zum Unternehmen des Arbeitgebers aufweisen, in der Regel nicht dessen betrieblichen Interessen tangieren, sodass der Arbeitgeber ihre Veröffentlichung und Verbreitung zu dulden hat. Wenn der Arbeitnehmer jedoch etwa in seinem Netzwerk-Profil unter der Rubrik «Arbeitgeber» das Unternehmen (ggf. mit entsprechendem Link) angegeben hat, er über eine herausgehobene Stellung innerhalb des Unternehmens verfügt oder eine Vielzahl von Netzwerk-Freundschaften mit Kunden bzw. Geschäftspartnern seines Arbeitgebers pflegt, kann die Interessenabwägung zum berechtigten Ausspruch einer Kündigung führen. Dies gilt auch dann, wenn die kompromittierenden Fotos aus einer Zeit stammen, in denen der Arbeitnehmer noch nicht bei dem Arbeitgeber beschäftigt war.

Fallbeispiel 2: Ein Polizist hatte ein Foto auf seine private Facebook-Seite hochgeladen, welches einen Totenkopf mit einer Polizeimütze in einem sog. Postencontainer zeigte. Der Container, der zur Bewachung diente, stand vor einer jüdischen Schule, die auf dem Foto auch erkennbar war. Das Arbeitsgericht Hamburg stellte

---

[66] Eine fristlose Kündigung war gerechtfertigt bei Arbeit für einen Dritten während der Krankheit (BGer, in: JAR 1999, S. 289, GSG BS, in: JAR 1990, S. 251), ebenfalls nachdem ein «arbeitsunfähiger» Maurer bei sich zuhause Mauerarbeiten ausführte (BGer 4A.582/2010 vom 28.1.2011); für nicht gerechtfertigt taxiert wurde die fristlose Kündigung eines Arbeitnehmers, der während er krankgeschrieben war, zweimal zur Jagd ging (Urteil BvGer A-73/2014 vom 14.7.2014, E. 4.5).

[67] Allerdings ist eine ordentliche Kündigung für eine einmalige unentschuldigte Absenz oder die Teilnahme an der 1. Mai-Feier trotz Krankheit nicht zulässig; gültig ist die ordentliche Kündigung bei wiederholtem unentschuldigtem Fehlen, Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 9), Art. 336 OR Rz. 12.

[68] S. den Sachverhalt in 20 Minuten Online vom 23.4.2009, Facebook besucht, Kündigung erhalten, abrufbar unter <http://www.20min.ch/schweiz/news/story/20139035>.

fest, dass die Verherrlichung des Nationalsozialismus auf Facebook als Grund für eine fristlose Kündigung eines Angestellten im Polizeidienst grundsätzlich geeignet sei, beurteilte dann aber im konkreten Fall die fristlose Kündigung als ungerechtfertigt.[69]

Generell dürften rassistische, extremistische, religionsverachtende oder diskriminierende Einträge in sozialen Medien grundsätzlich geeignet sein, den Arbeitgeber in schwerwiegenden Fällen – je nach den konkreten Umständen – berechtigterweise zu einer Kündigung zu veranlassen.[70]

Fallbeispiel 3: Ein Zürcher Lokalpolitiker twitterte im Juni 2012: «Vielleicht brauchen wir wieder eine Kristallnacht ... diesmal für Moscheen.» Sein Arbeitgeber hatte ihm daraufhin fristlos gekündigt.[71]

5. Kündigung wegen des Verrats von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen auf Social Media

Eine Kündigung kann sodann wegen des Verrats von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen auf Social Media erfolgen. Diese Pflicht folgt aus der arbeitsvertraglichen Treuepflicht auch ohne ausdrückliche Vereinbarung (Art. 321 Abs. 4 OR). Unter Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse sind alle Tatsachen zu fassen, die im Zusammenhang mit dem Geschäftsbetrieb stehen, nur einem bestimmten Personenkreis zugänglich und nicht offenkundig sind sowie nach dem Willen des Arbeitgebers im Rahmen seines berechtigten Interesses geheim gehalten werden sollen. Damit sind primär wirtschaftliche sowie technische Angelegenheiten angesprochen.[72] Aber auch persönliche Zusammenhänge wie Verhaltensweisen von Kollegen, Vorgesetzten und Unternehmensleitung können der Verschwiegenheitsverpflichtung unterfallen, wenn deren Offenlegung das Unternehmensimage beeinträchtigt.[73]

Bei der Beteiligung von Mitarbeitern an «Wikis», «Blogs» oder Social Media besteht das Risiko, dass der Arbeitnehmer relevante Interna des Unternehmens oder sogar Geschäfts- und/oder Betriebsgeheimnisse preisgibt. Dies gilt namentlich für fachbe-

---

[69] ArbG Hamburg, Urteil vom 18.9.2013, 27 Ca 207/13.

[70] Zur fristlosen Kündigung wegen Delikten des Arbeitnehmers s. Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 9), Art. 337 OR Rz. 5, m.w.H.

[71] S. dazu auch Gyr Marcel, Arbeitgeber trennt sich von SVP-Twitterer, NZZ Online vom 27.6.2012, abrufbar unter <www.nzz.ch/aktuell/zuerich/uebersicht/weitreichende-folgen-einer-twitter-meldung-1.17281192>.

[72] BGE 138 III 67, E. 2.3.2; 127 II 310; Staehelin (Fn. 27), Art. 321a OR Rz. 42.

[73] Portmann (Fn. 16), Art. 321a OR Rz. 2.

zogene Foren, die dem Austausch von Wissen dienen. Ist dieser Wissenstransfer der Tätigkeit des Arbeitnehmers und damit zugleich auch dem Unternehmen zuzuordnen, bedarf es einer besonderen Sensibilität, da dies Rückschlüsse auf das Forschungs- und Geschäftsverhalten des Unternehmens zulässt. Insbesondere der unzulässige Austausch über wettbewerbsrechtlich sensible Informationen wie Preispolitik oder Marktstrategien mittels der sozialen Medien hat erhebliche Auswirkungen für ein Unternehmen.[74]

Fallbeispiel: Das Arbeitsgericht Hamburg musste sich mit der Frage auseinander setzen, ob auf XING-Profilen gespeicherte Kundendaten Geschäftsgeheimnisse darstellen können und ob der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer untersagen darf, diese zu nutzen. Es handle sich nur dann um Geschäftsgeheimnisse, wenn die XING-Kontaktaufnahmen, die zur Speicherung dieser Daten geführt haben, im Rahmen der geschäftlichen Tätigkeit erfolgt seien. Private Kontaktaufnahmen gehörten nicht dazu.[75]

Eine Missachtung der arbeitsvertraglichen Geheimhaltungspflicht (Art. 321*a* Abs. 4 OR) durch bewusstes und weisungswidriges Versenden von wichtigen Geschäftsgeheimnissen via elektronische Kommunikationsmittel, insbesondere ohne die verlangte Verschlüsselung, kann Grund für eine fristlose Entlassung sein, sofern der betreffende Arbeitnehmer klar über die Pflicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen und über die Benutzung der elektronischen Kommunikationsmittel informiert wurde.[76]

Wenn jemand auf Facebook postet: «Ich suche einen Job, weil es meiner Firma finanziell grottenschlecht geht», so gibt dieser Arbeitnehmer mit der Äusserung zur finanziellen Situation des Arbeitgebers ein Geschäftsgeheimnis preis. Wenn jemand aber eine Entscheidung der Geschäftsführung nicht allzu polemisch kritisiert, ist das schwer angreifbar.[77] Eine Kritik an den allgemeinen wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen einerseits und am Arbeitgeber und den betrieblichen Verhältnissen andererseits ist noch vom Grundrecht der freien Meinungsäusserung gedeckt, auch wenn sie überspitzt und polemisch ausfällt.[78]

---

[74] Byers/Mössner (Fn. 55), S. 1666.

[75] ArbG Hamburg, Urteil vom 24.1.2013, 29 Ga 2/13.

[76] Holenstein (Fn. 20), S. 161; Byers/Mössner (Fn. 55), S. 1667.

[77] Trib. Cant. NE, Cour de droit public, Urteil vom 10.2.2012, CDP.2010.45 (Meinungsäusserungsfreiheit eines Beamten wurde höher gewichtet als dessen Pflicht zur Zurückhaltung von Kritik auf Facebook); Mair (Fn. 6).

[78] Vgl. auch LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 10.2.2010, 2 Sa 59/09.

6. Social Media-spezifische Abwägungsgesichtspunkte

Bei der Analyse der vorumschriebenen Fallkonstellationen (II.2 bis II.5) müssen folgende Social Media-spezifische Abwägungsgesichtspunkte berücksichtigt werden.

a) Effekt der Multiplikation

Soziale Netzwerke erlauben es ihren Nutzern, jederzeit global präsent zu sein und innerhalb kürzester Zeit einen unüberblickbar grossen Personenkreis zu erreichen. Gerade darin liegt das Risiko begründet, dass sich Einträge, die ein Nutzer – womöglich nicht sorgfältig überdacht – in sozialen Netzwerken tätigt, unkontrolliert schnell und weit verbreiten können. Diese hohe Verbreitungsgeschwindigkeit von Einträgen auf Social Media ist bei einer Kündigung infolge Nutzung von Facebook oder vergleichbarer Social Media-Plattformen im Rahmen der notwendigen Interessenabwägung unter Einschluss der Einzelfallumstände zu berücksichtigen.

Wenn ein Arbeitnehmer auf Social Media Kritik an seinem Arbeitgeber, an Arbeitskollegen, Kunden oder Geschäftspartnern des Arbeitgebers kundtut, kann eine rufschädigende Wirkung wesentlich schneller und in weitaus grösserem Umfang eintreten, als dies auf klassischen Kommunikationswegen der Fall wäre.[79] Die Wahrscheinlichkeit der Kenntnisnahme durch den Arbeitgeber, Kollegen oder Dritte und damit das Risiko der Störung des Betriebsfriedens und der Vertrauensbeziehung zum Arbeitgeber ist ungleich höher als bei mündlichen Äusserungen im vertrauten Gespräch unter Kollegen.

Man spricht vom sog. Effekt der Multiplikation. Der vorhin erwähnte Zürcher Lokalpolitiker (II.4. Fallbeispiel 3) hatte auf Twitter weniger als 400 Follower, die seine Meldungen direkt abonniert hatten. Durch Re-tweets, das Weiterleiten von Tweets, waren aber innert Kürze Zehntausende erreicht worden. Da half es auch nichts, dass er den Original-Tweet kurz nach dem Versenden wieder vom Netz nahm.[80] Derjenige, der ausserhalb einer vertraulichen Kommunikation (II.2.a) auf Social Media z.B. beleidigende Äusserungen abgibt, hat also kaum Kontrolle über die Verbreitung seiner Äusserung und setzt den Betroffenen dem Risiko weiterer Verletzungen aus.[81] Social Media-typische Folgeeinträge oder die Aktivierung des «Gefällt mir-Buttons» können

[79] Perron Dominique/Jouk Grégory, Risque réputationnel – les réseaux sociaux changent-ils la donne?, in: Revue de l'expert comptable suisse 9/2012, S. 624 f.

[80] Gyr (Fn. 71). S. auch Frings Arno/Wahlers Ulrich, Social Media, IPad & Co. im Arbeitsverhältnis, in: BB 2011, S. 3126 ff.; Byers/Mössner (Fn. 55), S. 1665.

[81] In diese Richtung ebenfalls Urteil ArbG Duisburg, vom 23.10.2012, 5 Ca 949/12.

zusätzlich dazu führen, dass die Rechtsgutverletzung noch vertieft und der Beitrag zeitlich unbegrenzt abrufbar wird.[82]

Diese spezifischen Umstände der Verbreitungsgeschwindigkeit eines Social Media-Eintrages dürften im Rahmen der Interessenabwägung im Regelfall zu Lasten des Arbeitnehmers gewertet werden. Anders ausgedrückt ist die Treuepflicht des Arbeitnehmers wegen dieser Risiken bei Einträgen auf Social Media-Plattformen besonders ausgeprägt.[83] Vielleicht gilt es, ab und zu das alte Sprichwort zu beherzigen «Reden ist Silber, Schweigen ist Gold», oder modern «Posten ist Silber, Schweigen ist Gold».

b) Spontane Postings

Des Weiteren ist die (planerische) Gestaltung des Facebook-Profils nicht vergleichbar mit einer Spontanäusserung im Rahmen einer verbalen Auseinandersetzung oder in beiderseits aufgeheizter Stimmung.[84] Je mehr Zeit zwischen dem «herausfordernden» Ereignis und dem Posting auf Facebook liegt, desto weniger kann von einer spontanen und verzeihlichen Äusserung ausgegangen werden. Belässt der Arbeitnehmer die beleidigende Äusserung trotz mittlerweile wieder «abgekühlter» Atmosphäre noch längere Zeit in seiner Facebook-Chronik, kann auch dies gegen eine unüberlegte Äusserung sprechen. Der beleidigenden Äusserung wird grundsätzlich auch nicht die Ernsthaftigkeit genommen, wenn der Facebook-Nutzer seinen Account ansonsten häufig für überspitzt polemische oder satirische Darstellungen und Kommunikation nutzt.[85] Auch wenn soziale Medien häufig für «flapsige» Kommunikation genutzt werden sollten, schafft dies keinen irgendwie gearteten Freiraum, im Netz ehrkränkende Äusserungen über andere abgeben zu können.[86]

c) Unwissenheit oder Unsicherheit im Umgang mit Social Media

Unwissenheit oder Unsicherheit im Umgang mit der Social Media-Plattform kann nur ausnahmsweise zu Gunsten des Arbeitnehmers in die Interessenabwägung einfliessen. Wer eine Social Media-Plattform wie Facebook als «Kommunikationskanal» für seine Äusserung wählt, nimmt zumindest eventualvorsätzlich in Kauf, dass diese ei-

---

[82] Bissels Alexander/Lützeler Martin/Wisskirchen Gerlind, Facebook, Twitter & Co.: Das Web 2.0 als arbeitsrechtliches Problem, in: BB 2010, S. 2433 ff.

[83] Im Ergebnis ebenso Oberwetter Christian, Soziale Netzwerke im Fadenkreuz des Arbeitsrechts, in: NJW 2011, S. 417 ff., S. 420; Bissels/Lützeler/Wisskirchen (Fn. 82), S. 2435.

[84] LAG Hamm, Urteil vom 10.10.2012, 3 Sa 644/12.

[85] LAG Hamm, Urteil vom 10.10.2012, 5 Sa 451/12 (keine Entlastung wegen der übrigen Profilgestaltung, es liesse sich nicht erkennen, warum die Angaben zum Arbeitgeber ebenfalls lustig gemeint sein sollten).

[86] LAG Hamm, Urteil vom 10.10.2012, 5 Sa 451/12.

nem grösseren als eigentlich beabsichtigten Kreis zur Kenntnis gelangt, falls er mit der Bedienung dieses Mediums nicht hinreichend vertraut ist.[87] Zumal Profile auf sozialen Netzwerken grundsätzlich als öffentlich[88] zu betrachten sind und die Beschränkung der Zugänglichkeit in der Verantwortung des Nutzers liegt.[89]

d) «Liken»/Drücken des «Gefällt mir-Buttons»

Fallbeispiel: Der Düsseldorfer Oberbürgermeister Dirk Elbers hatte 9 Berufsfeuerwehrmänner vorübergehend aus dem Dienst suspendiert. Diese hatten den folgenden Facebook-Post eines Arbeitskollegen «geliked»: «Erst wenn der eigene Bürostuhl brennt, wird Herr Elbers erkennen, dass man mit Infopavillons keine Brände löscht.»[90]

Auch wenn vorstehende Äusserung kaum unzulässig war, stellt sich die Frage, inwieweit sich Arbeitnehmer durch das Drücken des «Gefällt mir-Button» («Liken») eine (rechtswidrige) Aussage zu Eigen machen und damit ebenfalls dafür verantwortlich gemacht werden können. Wird dieser Button betätigt, erscheint unter dem jeweiligen Inhalt das Symbol eines erhobenen Daumens bzw. die Anzahl in der «Daumen-hoch-Anzeige» erhöht sich. Auf diese Art und Weise geben die Nutzer ihre digitale Sympathiebekundung und damit ihre Zustimmung zum betreffenden Inhalt ab. Hat diese Aktion dieselbe Tragweite wie der Original-Eintrag?

Grundsätzlich kann das Drücken des «Gefällt mir-Buttons» durchaus zu einer «Vereinnahmung» der Äusserung und damit zur Verantwortlichkeit des betreffenden Arbeitnehmers führen. In dieser Verhaltensweise kann genauso eine Treuepflichtverletzung gegenüber dem Arbeitgeber gesehen werden analog einer selbst verfassten beleidigenden Äusserung.

Teilweise wird argumentiert, die Betätigung des «Gefällt mir-Buttons» wiege generell weniger schwer, weil es sich hierbei oftmals um eine spontane Reaktion ohne nähe-

---

87 ArbG Hagen, Urteil vom 16.05.2012, 3 Ca 2597/11.

88 S. zur Unterscheidung öffentlich/privat II.2.a.

89 Arrêt de la Cour d'appel de Besançon du 15 novembre 2011.

90 Focus vom 5.2.2013, Feuerwehr-Affäre in Düsseldorf: OB wirft Feuerwehrleute wegen Facebook-Eklat raus, abrufbar unter <http://www.focus.de/panorama/welt/feuerwehr-affaere-in-duesseldorf-ob-wirft-feuerwehrleute-wegen-facebook-eintrag-raus_aid_913632.html>. Nach einer öffentlichen Entschuldigung der Feuerwehrleute hob der Oberbürgermeister die Suspendierung wieder auf. S. zum Ganzen: Ulbricht Carsten, Meinungsfreiheit vs. Dienstpflicht – Düsseldorfer Oberbürgermeister suspendiert Feuerwehrleute wegen Kritik auf Facebook, abrufbar unter <http://www.rechtzweinull.de/archives/790-Meinungsfreiheit-vs-Dienstpflicht-Duesseldorfer-OB-kuendigt-Feuerwehrleute-wegen-Kritik-auf-Facebook.html>.

re Überlegung handele. Der Bedeutungsgehalt des «Gefällt mir-Daumens» solle daher nicht zu hoch bewertet werden.[91] Dieser Annahme kann nicht uneingeschränkt gefolgt werden. Derjenige, der durch die Aktivierung des «Gefällt mir-Buttons» seine Zustimmung zu der beleidigenden Äusserung erklärt, macht dies für andere Nutzer deutlich sichtbar. Er sorgt dabei auch für eine Verbreitung und Wiederholung der schädigenden Äusserung. Allgemein kommt der Funktion des «Gefällt mir-Buttons» im Nutzerkreis eine hohe Bedeutung zu und die Anzahl der Nutzer, denen eine Aussage gefällt, gilt häufig als Massstab für die Bedeutung der Aussage. Die Betätigung des «Gefällt mir-Buttons» ist daher durchaus geeignet, in schwerwiegenden Fällen auch eine fristlose Kündigung wegen schädigenden Äusserungen zu rechtfertigen.[92] Dem «Like» kann also der «Dislike» folgen – in Form einer Kündigung.

7. Nachweis und Verwertung im Prozess

Kommt es nach Ausspruch einer Kündigung, die sich auf Äusserungen des Arbeitnehmers bzw. auf das Veröffentlichen von Fotos oder sonstigen Inhalten in sozialen Netzwerken bezieht, zu einer Anfechtung der Kündigung, so trägt der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast für die arbeitsvertragliche Pflichtverletzung des Arbeitnehmers.[93] Im Rahmen seiner Beweisführung im Prozess kann der Arbeitgeber insbesondere den folgenden Problemen gegenüberstehen:

a) Nutzung eines Accounts durch mehrere Personen

Es bestehen bei zugangsbeschränkten Social Media-Angeboten dann besondere Beweisschwierigkeiten, wenn der Account des Arbeitnehmers von mehreren Personen genutzt wird und der Arbeitnehmer im Rahmen der Anfechtung der Kündigung behauptet, der betreffende Inhalt sei nicht von ihm selbst, sondern von einem Dritten (z.B. dem Ehepartner) eingestellt worden.[94] Grundsätzlich dürfte jedoch ein dringender Verdacht dafür sprechen, dass der jeweilige Inhaber des Profils auch Urheber der

[91] Vgl. ArbG Dessau-Rosslau, Urteil vom 21.2.2012, 1 Ca 148/11 (die Betätigung des Buttons spreche in der Regel für eine spontane Reaktion ohne nähere Überlegung, die in ihrem Bedeutungsgehalt nicht zu hoch eingeschätzt werden dürfe). In diesem Fall hatte eine Sparkassenmitarbeiterin einen Kommentar ihres Mannes für gut befunden: «Eines Tages stehen alle Schweine vor dem Metzger», hatte dieser gepostet und dazu das Bild eines Fisches veröffentlicht, der aus einem abgewandelten Sparkassen-Logo bestand. Darunter stand: «Der Fisch fängt immer am Kopf an zu stinken.» Als die Sparkasse davon erfuhr, kassierte ihre Personalabteilung einen bereits mit der Dame ausgehandelten Aufhebungsvertrag – inklusive Abfindung – und kündigte fristlos.

[92] Bauer/Günther (Fn. 42), S. 71, m.w.H.; ArbG Dessau-Rosslau, Urteil vom 21.2.2012, 1 Ca 148/11.

[93] Holenstein (Fn. 20), S. 164 ff.

[94] ArbG Dessau-Rosslau, Urteil vom 21.2.2012, 1 Ca 148/11.

veröffentlichten Inhalte ist. Um seine eigene Urheberschaft und Verantwortlichkeit zu widerlegen, muss der Arbeitnehmer u.E. detaillierte Angaben zu seiner fehlenden Täterschaft machen (eigene Verhinderung zum Zeitpunkt der Abgabe der fraglichen Äusserung, belegbare Beispiele für sonstige Nutzung des Accounts durch Dritte usw.).

b) Screenshots als Beweismittel

In gewissen Fällen wird der Arbeitgeber seiner Substantiierungs- und Beweispflicht nur dadurch gerecht werden können, dass er als Beweismittel Screenshots vorlegt, welche die kündigungsrelevanten Inhalte auf dem Netzwerkprofil des Arbeitnehmers belegen. Sind solche Beweismittel in Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers (namentlich Art. 328 OR) beschafft worden, stellt sich die Frage des Beweisverwertungsverbotes.[95] Art. 152 Abs. 2 ZPO sieht diesbezüglich eine Interessenabwägung vor – folglich wird im Einzelfall darauf abzustellen sein, ob die schädigende Nutzung der Social Media oder die Persönlichkeitsverletzung des Arbeitnehmers schwerer wiegt[96] bzw. das Interesse an der Rechtsaufklärung gegenüber dem Interesse an der Einhaltung der Vorschriften zur Beweisbeschaffung überwiegt.[97] Hat der Arbeitnehmer die beanstandeten Social Media-Inhalte öffentlich (im oben genannten Sinn, s. II.2.a) kundgetan, so wird in der Interessenabwägung die Persönlichkeitsverletzung des Arbeitnehmers nicht so schwer wiegen. Ein Beweisverwertungsverbot dürfte auch ausgeschlossen sein, wenn die seitens des Arbeitnehmers hochgeladenen Inhalte zwar nur privat (s. II.2.a) kundgetan werden, zu den adressierten «Freunden» jedoch auch der Arbeitgeber selbst zählt. Ebenso wäre ein Beweisverwertungsverbot nicht anwendbar, falls Personen aus dem Freundeskreis, in welchem die Inhalte gepostet wurden, den Arbeitgeber informieren.

Die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes kommt insbesondere dann in Betracht, wenn sich der Arbeitgeber selbst oder durch Dritte heimlich bzw. mittels Vortäuschens einer falschen Identität Zugang zu ausschliesslich im privaten Kreis hochgeladenen Inhalten (s. II.2.a) verschafft hat.[98] Fällt die Interessenabwägung vor diesem Hintergrund zu Lasten des Arbeitgebers und zu Gunsten des Beweisverwertungsverbotes aus (Art. 152 Abs. 2 ZPO), dürfen so erstellte Screenshots nicht als Beweismittel im Rahmen der Anfechtung der Kündigung verwendet werden.

---

[95] S. dazu den SRF Kassensturzbeitrag vom 16.4.2013, Entlassung wegen Facebook: Der Chef liest mit, abrufbar unter <http://www.srf.ch/konsum/themen/arbeit/entlassung-wegen-facebook-der-chef-liest-mit>.

[96] Weiterführend Rüedi Yves, Rechtswidrig erlangte Beweismittel, in: Annette Dolge (Hrsg.), Substantiieren und Beweisen, Praktische Probleme, Zürich 2013, S. 77 ff.

[97] BGE 131 I 272, E. 3.2.4; vgl. auch BGE 140 III 6.

[98] Bauer/Günther (Fn. 42), S. 67.

Einschränkend anzumerken bleibt, dass für im rein privaten Rahmen hochgeladene Inhalte in der Regel keine arbeitsrechtlichen Sanktionen drohen (vgl. II.2.a). Somit dürfte sich die Frage des Beweisverwertungsverbotes in arbeitsrechtlichen Verfahren nur in jenen Fällen stellen, in denen der Kreis der Adressaten aus arbeitsrechtlicher Sicht zwar nicht mehr als privat gilt, sich der Arbeitgeber aber trotzdem unzulässiger Mittel bedienen muss, um sich Zugang zu den notwendigen Beweisen zu verschaffen.[99]

c) Überwachungsmassnahmen

Es gilt zu beachten, dass Überwachungsmassnahmen sehr strengen Voraussetzungen unterliegen. Zulässig sind technische Massnahmen, die nicht personenbezogen ausgewertet werden können. Hingegen sind personenbezogene Kontrollen Datenbearbeitungen, die den strengen Bedingungen von Art. 328*b* OR und dem DSG genügen müssen.

So schliesst z.B. der öffentlich-rechtliche Art. 26 Abs. 1 ArGV 3 die präventive, vollständige Verhaltensüberwachung, z.B. mittels Spyware, aus.[100] Das Bundesgericht hat denn auch in BGE 139 II 7 entschieden, dass der verdeckte Einsatz eines Überwachungsprogrammes zwecks Bestätigung des Verdachts, ein Arbeitnehmer missbrauche die ihm im Informatikbereich zur Verfügung gestellten Mittel für dienstfremde Zwecke, unzulässig (Art. 26 Abs. 1 ArGV 3) oder zumindest unverhältnismässig (Art. 26 Abs. 2 ArGV 3) sei. Zwar stelle der Kampf gegen Missbrauch und die Kontrolle der Arbeitsleistung der Angestellten ohne Zweifel ein legitimes Interesse des Arbeitgebers dar. Diese Ziele könnten indessen auch mittels weniger eingreifender Mittel erreicht werden. Zu denken wäre in diesem Zusammenhang etwa an die präventive Sperre gewisser Webseiten und die Analyse der Webnutzung und der elektronischen Post nach den Empfehlungen des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten.[101] Aufgrund der legalen Möglichkeiten eines Arbeitgebers, etwaige

[99] Denkbar wäre beispielsweise, dass der fragliche Inhalt in einer grösseren geschlossenen (privaten) Gruppe gepostet wird, welche hinsichtlich Qualität der persönlichen Beziehung und des Vertrauensverhältnisses unter den Beteiligten nicht als privat im arbeitsrechtlichen Sinn gilt (s. II.2.a) – deren Zugang aber nicht jedermann frei steht (nicht «öffentlich» ist) wodurch sich der Arbeitgeber genötigt sieht, heimlich oder durch Vortäuschen einer falschen Identität Zugang zu dieser Gruppe zu verschaffen.

[100] Vgl. auch Costa Giordano, Internet- und E-Mail-Überwachung am Arbeitsplatz, in: Jusletter vom 9. Januar 2012; Geiser Thomas, Die Beaufsichtigung des Internetbenutzers im Arbeitsrecht, in: medialex 4/01, S. 201 ff.; Métille Sylvain, La surveillance électronique des employés, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (Hrsg.), Internet au travail, Genf 2014, S. 99 ff.; Aubert/Delley (Fn. 3), S. 148 ff., m.w.H.; Holenstein (Fn. 20), S. 94 ff.

[101] Leitfaden des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) über Internet- und E-Mail-Überwachung am Arbeitsplatz – Für die Privatwirtschaft, Sept. 2013, abrufbar unter <www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00763/00983/ 00988/index.html>.

Missbräuche der Informatikanlage festzustellen und zu verfolgen, erklärte das Bundesgericht das rechtswidrig erlangte Beweismittel für im Prozess nicht verwertbar. Mit der Verneinung der Verwertbarkeit eines auf diese Weise widerrechtlich erlangten Beweismittels falle aber auch die Grundlage für eine fristlose Kündigung dahin.

Bevor der Arbeitgeber eine Überwachung und Kontrolle seiner Internetzugänge vornehmen darf, muss er einerseits alle organisatorischen und rechtlichen sowie andererseits alle technischen Massnahmen gegen eine missbräuchliche Nutzung des Internetzuganges ergriffen haben. So können z.B. gewisse Seiten einfach gesperrt werden oder der Download bestimmter Dateien verunmöglicht werden.[102] Falls er alle erforderlichen präventiven Massnahmen getroffen hat, darf er anonyme Überwachungs- und Kontrollmassnahmen durchführen, wenn sichergestellt wird, dass dabei nur unpersönliche oder anonymisierte Daten anfallen. Erst als letzter Schritt darf bei gänzlich verbotener privater Nutzung oder bei festgestelltem Missbrauch stichprobenweise während einer gewissen Zeit eine personenbezogene Überwachung stattfinden, wenn die Arbeitnehmer vorgängig ausdrücklich darüber informiert wurden, sowie wenn die Interessen des Arbeitgebers an der Durchsetzung einer korrekten Nutzung der elektronischen Kommunikationsmittel gegenüber denjenigen des Arbeitnehmers am Schutz seiner Persönlichkeit überwiegen.[103] Die Überwachung muss demnach angekündigt oder angedroht werden und sie muss verhältnismässig sein, d.h. in Bezug auf den Umfang sowie inhaltlich und zeitlich auf das erforderliche Mindestmass beschränkt.[104] In der Praxis geschieht dies meist durch das Erlassen eines Nutzungsreglements, worin festgelegt wird, in welchem Umfang eine private Nutzung erlaubt ist, und hinreichend auf die Möglichkeit der Überwachung hingewiesen wird.[105]

III. Regelung von Seiten des Arbeitgebers

1. Regelungskompetenz des Arbeitgebers

Welche Regelungskompetenz steht dem Arbeitgeber für Verhaltensregeln von Arbeitnehmern in sozialen Netzwerken mittels Weisungsrecht gemäss Art. 321*d* Abs. 1 OR überhaupt zu?

---

[102] Holenstein (Fn. 20), S. 107 ff.

[103] Egli (Fn. 28), Rz. 60; Holenstein (Fn. 20), S. 94 ff.; Leitfaden EDÖB (Fn. 101).

[104] Anders in den USA, s. dazu Determan Lothar/Sprague Robert, Intrusive Monitoring: Employee Privacy Expectations are Reasonable in Europe, Destroyed in the United States, in: Berkeley Technology Law Journal 26/2011, S. 979 ff.

[105] Papa Roberta/Pietruszak Thomas, Datenschutz im Personalwesen, in: Nicolas Passadelis/David Rosenthal/Hanspeter Thür (Hrsg.), Datenschutzrecht – Handbücher für die Anwaltspraxis, Basel 2015, Rz. 17.52 und 17.68.

Gemäss Art. 321*d* Abs. 1 OR kann der Arbeitgeber über die Ausführung der Arbeit und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb oder Haushalt allgemeine Anordnungen erlassen und ihnen besondere Weisungen erteilen. Demgegenüber steht der Arbeitgeber gem. Art. 328 Abs. 1 OR in der Pflicht, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen. Weisungen müssen deshalb grundsätzlich im direkten Zusammenhang mit der Durchführung des Arbeitsvertrages stehen, das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers respektieren und dürfen den üblichen Rahmen nicht überschreiten.[106]

Die Nutzung von Benutzerkonten in sozialen Netzwerken gliedert sich aus rechtlicher Sicht u.E. wie folgt:[107]

Art/Nutzung des Accounts	**Weisungsrecht**
Ausschliesslich privat genutzter Account	Durch den Arbeitgeber grundsätzlich **nicht regelbar** (Ausnahmen: Nutzung via betriebliche Infrastruktur regelbar; Nutzung während der Arbeitszeit regelbar)
Privater Account mit Verbindung zum Arbeitgeber (z.B. XING, LinkedIn)	Durch den Arbeitgeber **regelbar,** sofern Arbeitnehmer eine direkte Verbindung zu seinem Arbeitgeber bewusst herstellt; generelles Verbot der Nutzung von berufsbezogenen sozialen Netzwerken durch den Arbeitgeber überschreitet den Umfang seines Weisungsrechts[108]
Dienstlich genutzter privater Account des Arbeitnehmers	Durch den Arbeitgeber **regelbar**
Account und Profil des Arbeitgebers	Durch den Arbeitgeber **regelbar**

Tabelle 3: Weisungsrecht hinsichtlich Art/Nutzung eines Social Media-Accounts

Wie sich aus Tabelle 3 ergibt, ist die arbeitgeberseitige Regelung von ausschliesslich privat genutzten Accounts problematisch. Grundsätzlich können Arbeitgeber ihren Arbeitnehmern die Nutzung von privaten Social Media Accounts nicht vorschreiben und es besteht keine Regelungsbefugnis des Arbeitgebers. Solange das Verhalten keine Auswirkung auf das Arbeitsverhältnis hat, darf der Arbeitgeber das private Verhalten des Arbeitnehmers ausserhalb der Arbeitszeit weder einschränken noch untersagen noch arbeitsrechtlich sanktionieren. Die private Nutzung *während* der

[106] Ausführlich dazu Holenstein (Fn. 20), S. 30 ff.
[107] Borsutzky (Fn. 24), S. 648 ff; Dunand (Fn. 3), S. 38 ff.
[108] Kort (Fn. 33), S. 1321 ff.

Arbeitszeit muss der Arbeitgeber hingegen nur beschränkt dulden. Der Arbeitgeber hat Interesse daran, dass der Arbeitnehmer keine exzessive private Nutzung des Internets während der Arbeitszeit betreibt, da dieser seine Pflicht zur Leistung von Arbeit gemäss Art. 319 Abs. 1 OR erfüllen soll (s. II.1). Das Bundesgericht hat den Anspruch des Arbeitnehmers, während der Arbeitszeit private Tätigkeiten erledigen zu können und dabei insbesondere Telefon und Internet zu benutzen, dem Grundsatz nach geschützt.[109] Diese Einschätzung ergibt sich indirekt auch aus der Anwendbarkeit von Art. 8 EMRK.[110] Das komplette Verbot jeder privaten Nutzung von E-Mail, Telefon oder Internet während der Arbeitszeit beeinträchtigt das in Art. 8 EMRK verankerte Recht auf Privatleben am Arbeitsplatz.[111]

Die Nutzung unternehmenseigener Infrastruktur kann der Arbeitgeber umfassend regeln und einschränken. Somit kann er die private Nutzung von Social Media auf seiner betrieblichen Infrastruktur einschränken oder ganz verbieten.[112] Es besteht also kein Anspruch auf die private Nutzung von Social Media auf betrieblicher Infrastruktur. Insofern steht es dem Arbeitgeber frei, Arbeitnehmern den Zugang zu (gewissen) Social Media-Internetseiten zu sperren.[113] Ein gleichzeitiges Verbot privater Geräte (insbesondere Smartphones) am Arbeitsplatz hätte sich indessen nach den Voraussetzungen von Art. 8 EMRK zu richten.

Aufgrund seines Weisungsrechts kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zu Werbe- und Marketingzwecken anweisen, zwecks Aufbaus von Geschäftsbeziehungen und zur Pflege von Kundenkontakten an beruflichen Netzwerken teilzunehmen. Nach Schweizer Recht geht das Weisungsrecht des Arbeitgebers jedoch nur soweit, als dass eine Teilnahme ausschliesslich innerhalb der Arbeitszeiten und auf geschäftlichen IT-Geräten stattzufinden hat. Zudem darf der Arbeitnehmer aufgrund seines Persönlichkeitsrechts nicht dazu angewiesen werden, persönliche Daten zu publizieren oder auf privaten Netzwerken aufzutreten. Wichtig ist letztlich, dass der Arbeitnehmer in den

[109] BGer 4A.430/2008 vom 24.11.2008. Anders BAG, Urteil vom 7.7.2005, 2 AZR 581/04.

[110] EGMR, Urteil vom 16.12.1992, *Niemietz/Deutschland*, Nr. 13710/88; EGMR, Urteil vom 25.6.1997, *Halford/Vereinigtes Königreich*, Nr. 20605/92; EGMR, Urteil vom 3.7.2007, *Copland/Vereinigtes Königreich*, Nr. 62617/00; EGMR, Urteil vom 23.9.2010, *Schüth/Deutschland*, Nr. 1620/03; EGMR, Urteil vom 12.6.2014, *Martinez/Spanien*, Nr. 56030/07; Pärli Kurt, Schutz der Privatsphäre am Arbeitsplatz in digitalen Zeiten – eine menschenrechtliche Herausforderung, in: EuZA 2015, S. 58 ff.

[111] Pärli (Fn. 110), S. 60.

[112] Allgemein zum Weisungsrecht des Arbeitgebers private Nutzung auf betrieblichen Geräten zu verbieten: BGer 4A.430/2008 vom 24.11.2008, E. 4.1, Stutz Michèle/Geiger-Steiner Alexandra, Arbeitsrechtliche Fragen rund um Social Media, in: Anwaltsrevue 2013, S. 212 ff., S. 214; Egli (Fn. 28), Rz. 33; Dunand (Fn. 3), S. 40; Alder (Fn. 3), S. 277.

[113] Stutz/Geiger-Steiner (Fn. 112), S. 214; Egli (Fn. 28), S. 5.

Social Media eindeutig als Arbeitnehmer des Unternehmens auftritt.[114] Die einhergehende Verpflichtung, eigene personenbezogene Daten im Internet zu veröffentlichen, würde eine unzulässige Beschränkung des informationellen Selbstbestimmungsrechts darstellen.[115]

2. Social Media Guidelines

Arbeitgebern ist zu empfehlen, ihr Weisungsrecht zur Nutzung von Social Media-Plattformen am Arbeitsplatz mittels Social Media Guidelines zu regeln.[116] Die Arbeitnehmer sind sich der Folgen ihres Verhaltens auf Social Media oft nicht vollumfänglich bewusst.[117] Deshalb ist es sinnvoll, sie bezüglich ihres Verhaltens im Netz zu sensibilisieren. Regelungen des Arbeitgebers sollten nicht nur die Zulässigkeit und die Begrenzung der Nutzung Sozialer Medien, sondern auch Handlungsvorgaben zu einem verantwortungsvollen Umgang mit Social Media beinhalten.[118] Diese können ebenfalls dazu dienen, unverbindliche Handlungsempfehlungen für den privaten Bereich zu geben. So kann hinsichtlich einer verantwortungsbewussten Nutzung im Privatbereich sensibilisiert werden, ohne dass unzulässig in das Recht auf freie Meinungsäusserung eingegriffen wird (z.B. durch den unverbindlichen Hinweis, wonach sich kritische Äusserungen im Privatbereich schädlich für das Unternehmen auswirken können). Dadurch können mögliche Konfliktsituationen vermieden werden, bevor sie entstehen.

Zu empfehlen ist eine Regelung in Form von Zusatzvereinbarungen zum Arbeitsvertrag, einer Betriebsordnung, Betriebsvereinbarung, Internet- und Social Media Guidelines/-Vereinbarungen oder anderen Regelwerken.

Erlässt der Arbeitgeber keine Nutzungsregeln, kann ihm vorgeworfen werden, dass er nicht genügend Massnahmen gegen einen möglichen Missbrauch der Nutzung von elektronischen Kommunikationsmitteln ergriffen hat, weshalb eine personenbezogene Überwachung und Kontrolle der Internetaktivitäten seiner Arbeitnehmer von vornherein ausgeschlossen ist, da sie nicht verhältnismässig ist (Art. 4 Abs. 2 DSG): Die Erforderlichkeit der Massnahme ist bei fehlender individueller Vereinbarung oder Anordnung kaum gegeben, da eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme,

[114] Stutz/Geiger-Steiner (Fn. 112), S. 214; Heiz Roman/Hausheer Sonia, Soziale Netzwerke am Arbeitsplatz, in: CH-D Wirtschaft, April 2012, S. 3 ff., S. 5.

[115] Paul Melot de Beauregard/Christian Gleich, Social Media am Arbeitsplatz – Chancen und Risiken, in: DB 2012, S. 2044 ff., S. 2045.

[116] Marbet Dominik/Pfister René, Soziale Netzwerke (Social Media) – Richtlinien: Worauf Arbeitgeber und Arbeitnehmende achten sollten, in: Schweizer Arbeitgeber 1/2011, S. 17.

[117] Oberwetter (Fn. 83), S. 420; Byers/Mössner (Fn. 55), S. 1666.

[118] Melot de Beauregard/Gleich (Fn. 115), S. 2046 f.

nämlich der Erlass einer Nutzungsregelung, für den angestrebten Erfolg zumeist ausreichen würde.

Die Regelung der Nutzung sozialer Medien wirkt sich somit unmittelbar auf die Kontrollrechte des Arbeitgebers aus. Ist die Nutzung sozialer Medien am Arbeitsplatz grundsätzlich verboten oder mindestens beschränkt, hat der Arbeitgeber das Recht, die Einhaltung seiner Weisung – unter gewissen datenschutzrechtlichen und arbeitsgesetzlichen Einschränkungen – auch zu kontrollieren.[119] Ist die Nutzung sozialer Medien hingegen nicht reglementiert oder erlaubt, sind Kontrollen nur zulässig, wenn konkrete Hinweise auf eine Verletzung der Treuepflicht durch den Arbeitnehmer bestehen.[120]

Bei einer vom Arbeitgeber gewünschten Social Media-Aktivität des Arbeitnehmers ist die Schaffung von Regelungen durch den Arbeitgeber zwingend erforderlich. Denn gerade bei der Nutzung von Social Media während der Arbeitszeit sowie im Unternehmensinteresse besteht die Gefahr, dass private und dienstliche Aktivitäten vermischt werden.[121] Die Regelungen helfen sowohl der Unternehmensleitung als auch den Arbeitnehmern, klare Grenzen zwischen Dienst und Privatem zu ziehen und schaffen mehr Transparenz für alle.

[119] Betreffend Überwachungsmassnahmen in engen Grenzen vgl. Leitfaden EDÖB (Fn. 101); BGE 139 III 7.

[120] Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 9), Art. 328*b* OR Rz. 18.

[121] Oberwetter, (Fn. 83), S. 420; Byers/Mössner (Fn. 55), S. 1669.

Folgende Punkte sollten in Social Media Guidelines berücksichtigt werden:[122]

Regelungspunkte Social Media-Richtlinien	
1.	Regelungen, inwieweit die Privatnutzung von E-Mail und Internet[123] am Arbeitsplatz gestattet ist
2.	Regelungen, inwieweit die Nutzung von Social Media während der Arbeitszeit und mittels betrieblicher Informatikinfrastruktur gestattet ist
3.	Erlaubter Umfang der Nutzung
4.	Verpflichtung zur Löschung privater Nachrichten aus den betrieblichen elektronischen Postfächern
5.	Aufzählung absolut verbotener Aktivitäten wie z.B. Konsumation von Internetseiten mit pornografischem Inhalt, Beteiligung an (Facebook-)Gruppen mit schädigenden Inhalten/Zwecken, etc.
6.	Verpflichtung zu wahrheitsgemässer Darstellung sowie zur Korrektur von falschen Angaben, wenn das eigene Unternehmen dargestellt wird oder betroffen ist
7.	Verbot der Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und Verletzung von geistigem Eigentum
8.	Pflicht zur expliziten Kennzeichnung privater Meinungen (z.B. ich statt wir, zusätzlich sollte bei privater Nutzung die Verwendung der Firmen-E-Mail-Adresse zur Anmeldung bei sozialen Medien untersagt werden, um eine Zurückverfolgung zum Unternehmen zu verhindern)
9.	Generelle Pflicht zur Einhaltung der geltenden Gesetze wie z. B. insbesondere strafrechtlicher und urheberrechtlicher Bestimmungen
10.	Kontrollrechte des Arbeitgebers
11.	Sanktionen bei Verstössen
12.	Behandlung der über berufliche soziale Netzwerke geknüpften Kontakte bei Anstellungsende[124]
13.	Nutzung privater Smartphones bzw. anderer privater IT-Geräte für berufliche Zwecke

Tabelle 4: Regelungspunkte Social Media-Richtlinien

[122] Vgl. auch den kommentierten Formulierungsvorschlag bei Leist Wolfgang/Koschker Maximilian, Social Media Guidelines: Chancen und Risiken des Mitmach-Wegs im Betrieb verbindlich regeln, in: BB 2013, S. 2229 ff.; Leitfaden EDÖB (Fn. 101); Aubert/Delley (Fn. 3), S. 152 f.; Holenstein (Fn. 20), S. 73 ff.

[123] Vgl. auch Alder (Fn. 3), S. 276 ff.; Mondini Andrea, Internet et courriel au travail, in: TREX 2005, S. 364 ff.

[124] Stutz/Geiger-Steiner (Fn. 112), S. 215 f.; Byers/Mössner (Fn. 55), S. 1670 f.; Frik Roman/Klühe Ralf, Nutzung von Kontakten aus Sozialen Netzwerken während und bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses, in: DB 2013, S. 1174; Melot de Beauregard/Gleich (Fn. 115), S. 2046.

IV. Schlusswort

Die Digitalisierung der Arbeitswelt verstärkt den Trend zu einer «Entgrenzung» der Arbeit im Sinne der Aufhebung klarer Grenzen zwischen Wohn- und Arbeitsort und zwischen Arbeits- und Freizeit.[125] Für die Rechtspraxis stellt sich die grosse Herausforderung, zwischen den berechtigten Interessen der Arbeitnehmer und Arbeitgeber sachgerechte Abwägungen vorzunehmen.

Arbeitnehmer können unternehmensöffentlich sachliche Kritik an ihrem Arbeitgeber und den betrieblichen Verhältnissen üben und sich dabei gegebenenfalls auch überspitzt und polemisch äussern. Bei groben, ehrverletzenden Beleidigungen gegenüber dem Arbeitgeber, Arbeitskollegen, Kunden oder Geschäftspartnern können sie sich jedoch nicht auf ihr Recht zur freien Meinungsäusserung berufen. Ein solches Verhalten ist grundsätzlich geeignet, auch ohne vorherige Verwarnung eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Im Falle von Beleidigungen, die öffentlich in einem sozialen Netzwerk getätigt werden, darf der Arbeitnehmer in der Regel nicht darauf vertrauen, dass diese Äusserungen nicht nach aussen getragen und – nur beschränkt kontrollierbar – in hoher Geschwindigkeit weiterverbreitet werden. Ausserdem sind solche Beleidigungen «verschriftlicht», sodass sie weniger flüchtig als das gesprochene Wort und somit leichter nachweisbar sind. Es kommt aber stets auf die konkreten Umstände des Einzelfalles an.

Empfehlenswert sind Regelungen von Seiten des Arbeitgebers zur Nutzung von Social Media, um Arbeitnehmer bezüglich des Umgangs und der Risiken von Social Media zu sensibilisieren. Die Nutzung Sozialer Medien durch Arbeitnehmer ist grundsätzlich als privates Verhalten dem Einflussbereich des Arbeitgebers weitgehend entzogen. Eine substantielle Gestaltungsmöglichkeit des Arbeitgebers besteht aber z.B. insoweit, als die Nutzung sozialer Netzwerke betrieblich veranlasst ist bzw. während der Arbeitszeit stattfindet. Arbeitgeber sollten diese wahrnehmen und verbindliche Regelungen hinsichtlich der Nutzung sozialer Medien am Arbeitsplatz schaffen. Gerade durch Social Media Guidelines kann ein sicherer Umgang der Arbeitnehmer mit sozialen Netzwerken unterstützt werden, was im Ergebnis beiden Seiten zu Gute kommt.

[125] Däubler Wolfgang, Entgrenzung der Arbeit – Ein Problem des Arbeitsrechts?, in: Soziales Recht 2/2014, S. 45 ff.