

IT-Arbeitsrecht

Kramer

3. Auflage 2023
ISBN 978-3-406-78892-5
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Abs. 2 BGB zur **Rücksichtnahme** auf den jeweils anderen Vertragspartner zählt.⁵²⁴ Auf Grund letzterer ist der Arbeitnehmer insbesondere zur Verschwiegenheit und zur Unterlassung von jedweden ruf- und geschäftsschädigenden Verhalten⁵²⁵ verpflichtet. Diese Nebenpflicht zur Loyalität endet für den Arbeitnehmer nicht mit dem Ende der Arbeitszeit oder dem Verlassen des Betriebsgeländes, sondern **gilt auch** während der Freizeit⁵²⁶ und damit bei **Freizeitaktivitäten** wie Postings in sozialen Netzwerken⁵²⁷. Diese Ausstrahlung von arbeitsvertraglichen Pflichten auf das private Verhalten des Arbeitnehmers führt zu unterschiedlichen Lebenssachverhalten, die sich als sanktionsrelevante Pflichtverletzung darstellen.

c) Pflichtverletzungsrelevante Schnittstellen zum Arbeitsverhältnis

Postings können unter dem Gesichtspunkt der vertragswidrigen IT-Nutzung als solcher 350 und wegen ihrer konkreten Inhalte Pflichtverletzungen begründen.

aa) Privates Posting am Arbeitsplatz

Internet- und E-Mail-Zugang am Arbeitsplatz, Handy und Notebook sind gängige Betriebsmittel, über deren Einsatz und Nutzung der Arbeitgeber auf Grund seiner **Eigentümerstellung** in Ausübung seines Weisungsrechts entscheidet.⁵²⁸ Ein arbeitnehmerseitiges Recht auf Inanspruchnahme der betrieblichen IT-Mittel unter dem Gesichtspunkt einer „Sozialadäquanz“⁵²⁹ existiert grundsätzlich nicht.⁵³⁰ Entscheidend kommt es daher darauf an, ob der Arbeitgeber eine private Nutzungsmöglichkeit eingeräumt hat. Ist dieses nicht der Fall oder besteht ein ausdrückliches **privates Nutzungsverbot**, stellt das Posting am Arbeitsplatz eine Pflichtverletzung dar. Entsprechendes gilt auch, wenn es außerhalb vom Arbeitgeber vorgegebener Zeiten einer zulässigen Privatnutzung (zB in den Pausen) erfolgt.⁵³¹ Benutzt der Arbeitnehmer während der Arbeitszeit sein eigenes Handy für das Posting, verletzt er grundsätzlich seine (Haupt-)Pflicht zur Erbringung der Arbeitsleistung.⁵³²

bb) Geheimhaltungsrelevante Postings

In Standardarbeitsverträgen ist regelmäßig eine Verschwiegenheitsklausel enthalten. Sie 352 lautet beispielsweise folgendermaßen:

„Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, über alle vertraulichen geschäftlichen Angelegenheiten 353 und Vorgänge im Betrieb, die ihm im Rahmen seiner Tätigkeit bekannt werden, Stillschwei-

⁵²⁴ BAG 18.12.2014 – 2 AZR 265/14, NZA 2015, 797; SächsLAG 27.2.2018 – 1 Sa 515/17, NZA-RR 2018, 244.

⁵²⁵ HWK/Lembke Art. 88 DSGVO Rn. 118.

⁵²⁶ BAG 10.9.2009 – 2 AZR 257/08, NZA 2010, 220; hierzu Gragert ArbRAktuell 2010, 93; BAG 28.10.2010 – 2 AZR 293/09, NZA 2011, 112; hierzu Schrader ArbRAktuell 2011, 44; LAG Nds 21.3.2019 – 13 Sa 371/18, ArbRAktuell 2019, 338: Kein Verstoß gegen die Loyalitäts- und Rücksichtnahmepflicht liegt vor, wenn Medien eigeninitiativ über ein außerdienstliches Fehlverhalten des Arbeitnehmers unter Nennung des Namens des Arbeitgebers berichten, diese Berichterstattung dem betroffenen Arbeitnehmer jedoch nicht vorhersehbar war.

⁵²⁷ ArbG Mannheim 19.2.2016 – 6 Ca 190/15, NZA-RR 2016, 254; SächsLAG 27.2.2018 – 1 Sa 515/17, NZA 2018, 244.

⁵²⁸ Kramer NZA 2016, 341; Kramer NZA 2013, 311; Göpfert/Wilke ArbRAktuell 2011, 159; BAG 7.7.2005 – 2 AZR 581/04, NZA 2006, 98; hierzu Kramer NZA 2006, 194.

⁵²⁹ Auf diese hatte die insoweit überholte Rspr zur privaten Internetnutzung am Arbeitsplatz zum Teil abgestellt, zB LAG Rheinland-Pfalz 12.7.2004 – 7 Sa 1243/03, NZA-RR 2005, 303.

⁵³⁰ BAG 7.7.2005 – 2 AZR 581/04, NZA 2006, 98; ErfK/Niemann BGB § 626 Rn. 70b; Thüsing/Wurth/Vossen § 10 Rn. 63; Hornung/Müller-Terpitz/Bayreuther/Stark 9.2.1 Rn. 16; zur IT-Kontrolle vgl. Kramer NZA 2018, 637.

⁵³¹ Zur Gestaltung betrieblicher Regelungen zur IT-Nutzung vgl. Kramer ArbRAktuell 2010, 164.

⁵³² Ebenso: Kort NZA 2012, 1321; Schaub ArbR-HdB/Linck § 53 Rn. 40.

gen zu bewahren. Dies gilt insbesondere für alle Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse; dies sind Tatsachen, die im Zusammenhang mit dem Geschäftsbetrieb stehen, nur einem eng begrenzten Personenkreis bekannt sind und nach dem bekundeten Willen des Arbeitgebers geheim zu halten sind. Die Geheimhaltungspflicht gilt gegenüber allen Unbefugten, auch wenn diese Betriebsangehörige sind.“⁵³³

Aber auch ohne eine solche ausdrückliche vertragliche Geheimhaltungsabrede ist der Arbeitnehmer aus § 241 Abs. 2 BGB folgend zur Verschwiegenheit über **vertrauliche** betriebliche und geschäftliche Angelegenheiten verpflichtet. Gibt er diese im Rahmen eines Netzwerk-Postings preis, verletzt er damit seine (neben-)vertragliche Verschwiegenheitspflicht.⁵³⁴

cc) Arbeitsrechtliche Fernwirkung von Statusmeldungen

- 354 Aus dem Inhalt eines Postings kann der Arbeitgeber Kenntnis über ein pflichtwidriges Verhalten des Arbeitnehmers erlangen, von dem er ansonsten nicht erfahren hätte. Dies können beispielsweise Mitteilungen mit entsprechender Fotodokumentation über genesungswidrige Verhaltensweisen während einer „offiziellen“ Krankschreibung sein.⁵³⁵ Hier ist nicht das Posting selbst pflichtwidrig, vielmehr ist es für den Arbeitgeber das **Informationsmittel**, über das ihm eine anderweitige Pflichtverletzung erst bekannt wird.

dd) Den Arbeitgeber beleidigende und kritisierende Postings

- 355 Besonders praxisrelevant sind textliche Posts, mit denen sich Arbeitnehmer in **negativer** Weise über das Unternehmen des Arbeitgebers, die betrieblichen Verhältnisse, den Arbeitgeber selbst, Vorgesetzte oder Kollegen äußern. Bei deren Bewertung, ob sie eine Pflichtverletzung darstellen, sind die im Arbeitsverhältnis mittelbar wirkenden Grundrechtspositionen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber⁵³⁶ zu berücksichtigen. Die nach Art. 5 Abs. 1 GG geschützte **Meinungsfreiheit** erstreckt sich auf Werturteile bis zur Grenze einer Formalbeleidigung oder Schmähkritik sowie auf Tatsachenbehauptungen, soweit sie Voraussetzung der Bildung einer Meinung sind. Bewusst wahrheitswidrige Behauptungen dürfen nicht aufgestellt werden.⁵³⁷ Halten sich die Äußerungen des Arbeitnehmers in diesem Rahmen, liegt keine Pflichtverletzung vor und der Arbeitgeber muss sie hinnehmen.⁵³⁸ Dies gilt insbesondere für Kritik am Arbeitgeber, soweit sie diese Grenzen einhält.⁵³⁹ So überschreitet etwa die *Bezeichnung des Arbeitgebers als „ausbeuterisches Unternehmen“* im Rahmen eines Posts des Arbeitnehmers auf dessen öffentlich einsehbarem Facebook-Profil **nicht zwingend die Grenze zur Schmähkritik**, sondern kann auch bloßer Ausdruck einer von Art. 5 GG geschützten allgemeinen kapitalismuskritischen Grundhaltung sein. Dann ist sie **nicht geeignet**, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen.⁵⁴⁰ Erfolgt ein Posting in künstlerischer Form (zB in Gestalt eines Gedichts), greift der mittelbare Schutz des Art. 5 Abs. 3

⁵³³ Empfehlenswerter umfangreicher Mustertext bei BeckOK Fuhlrott/Hieramente/Fuhlrott GeschGehG § 2 Rn. 53.1.

⁵³⁴ LAG Berlin-Brandenburg 11.4.2014 – 17 Sa 2200/13, NZA-RR 2014, 468; Hornung/Müller-Terpitz/Bayreuther/Stark 9.3.4 Rn. 42; SPV Kündigung/Preis § 22 Rn. 693.

⁵³⁵ Kramer/Rasche FA 2013, 330 (dort Beispiel 6): Die wegen eines Bandscheibenvorfalles arbeitsunfähige Arbeitnehmerin postet „War kurz zum Arzt und jetzt schnell Koffer packen!“ und nachfolgend Fotos von Mallorca.

⁵³⁶ BAG 27.2.1985 – GS 1/84, NZA 1985, 702; Burr S. 35; Gamillscheg Grundrechte S. 28 ff. (unmittelbare Anwendung wegen Machtgefälle).

⁵³⁷ BAG 31.7.2014 – 2 AZR 505/13, NZA 2015, 245; HWK/Lembke Art. 88 DSGVO Rn. 118.

⁵³⁸ BAG 18.12.2014 – 2 AZR 265/14, NZA 2015, 797; HWK/Lembke Art. 88 DSGVO Rn. 118; Däubler Digitalisierung § 4 Rn. 51; Kort NZA 2012, 1321; LAG Rheinland-Pfalz 19.12.2016 – 3 Sa 387/16, BeckRS 2016, 122996.

⁵³⁹ Däubler Digitalisierung § 4 Rn. 56; Hülsmann RdA 2022, 228.

⁵⁴⁰ ArbG Gießen 10.6.2020 – 6 BV 7/19, BeckRS 2020, 19951.

GG ein. Die **Kunstfreiheit**⁵⁴¹ schützt zwar ebenfalls keine Schmähkritik und Diffamierungen, jedoch begründet sie einen großzügigeren Maßstab. Im künstlerischen Bereich sind pointiertere Äußerungen zulässig als sie ansonsten hinzunehmen wären.⁵⁴² Zugunsten des Arbeitgebers sind die in Art. 12 Abs. 1 GG verankerte wirtschaftliche **Betätigungsfreiheit**, die nach Art. 1 Abs. 1 GG geschützte **Menschenwürde** und das allgemeine **Persönlichkeitsrecht** (Art. 2 Abs. 1 GG) in die vorzunehmende Einzelfallabwägung der widerstreitenden Interessen und Rechtsgüter einzubeziehen.⁵⁴³ Weiterhin ist die Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme nach § 241 Abs. 2 BGB eine gesetzliche Schranke der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 2 GG).⁵⁴⁴ Keine der kollidierenden Grundrechtspositionen hat von vornherein eine besondere Priorität. Entscheidend sind vielmehr die konkreten Umstände des **Einzelfalls**.

Beispiel

356

Der Arbeitnehmer K gibt der von einer Gewerkschaft produzierten Online-TV-Sendung „Streik.TV“ ein Videointerview. In diesem äußert sich K mit den Worten: „Wir haben Probleme mit den Arbeitszeiten, mit den Urlaubszeiten, mit Pausenzeiten. Dann haben wir viele Probleme, dass das Vertrauen zu den Mitarbeitern fehlt, da großer Druck von oben aufgebaut ist. Viele Sicherheitsvorkehrungen fehlen an einzelnen Maschinen. Ich möchte fast behaupten, dass keine Maschine zu 100 Prozent ausgerüstet ist. Das Problem ist, dass keine Fachkräfte vorhanden sind und dass das Beherrschen der Maschinen nicht zu 100 Prozent erfüllt wird.“ Die vom Arbeitgeber wegen dieser bei Youtube und auf Facebook verbreiteten Interviewerklärungen ausgesprochene fristlose, hilfsweise fristgerechte Kündigung befand das BAG⁵⁴⁵ für unwirksam. Eine Pflichtverletzung des Arbeitnehmers habe insoweit nicht vorgelegen. Die Äußerungen seien von der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG gedeckt.

Folgende **Abwägungskriterien** sind für die Bestimmung einer sanktionsfähigen Pflichtverletzung von besonderer Bedeutung:

- die Intensität des Posts und der damit verbundene Grad der Beeinträchtigung grundrechtlich geschützter Positionen des Arbeitgebers,
- der Adressatenkreis und Verbreitungsgrad,
- die strafrechtliche Relevanz der Äußerung.

Zurückzugreifen ist zudem auf die zu abfälligen Äußerungen in der „analogen Welt“³⁵⁷ ergangenen Rechtsprechungsgrundsätze, wonach grobe Beleidigungen des Arbeitgebers stets Pflichtverletzungen darstellen.⁵⁴⁶ Zu beachten ist allerdings auch die höchstrichterliche Rechtsprechung zur **Vertraulichkeit** von ehrverletzenden Äußerungen über Arbeitgeber, Vorgesetzte oder Kollegen in Gesprächen unter Arbeitskollegen sowie im engen Freundes- und Familienkreis.⁵⁴⁷ Eine solche an sich nicht schutzwürdige Erklärung genießt in derartigen Vertraulichkeitsbeziehungen vorrangigen Persönlichkeitsschutz (Art. 2 Abs. 1 iVm Art 1 Abs. 1 GG) gegenüber dem Schutz der Ehre des Beleidigten.⁵⁴⁸ Sie ist in diesem Aus-

⁵⁴¹ BVerfG 17.7.1984 – 1 BVR 816/82, NJW 1985, 261.

⁵⁴² Däubler Digitalisierung § 4 Rn. 46; APS/Vossen BGB § 626 Rn. 228d.

⁵⁴³ BAG 12.1.2006 – 2 AZR 21/05, NZA 2006, 917.

⁵⁴⁴ BAG 18.12.2014 – 2 AZR 265/14, NZA 2015, 797.

⁵⁴⁵ BAG 31.7.2014 – 2 AZR 505/13, NZA 2015, 245.

⁵⁴⁶ BAG 7.7.2011 – 2 AZR 355/10, NZA 2011, 1412; vgl. hierzu Krieger ArbRAktuell 2011, 670; ErfK/Niemann BGB § 626 Rn. 86 ff.

⁵⁴⁷ BAG 10.10.2002 – 2 AZR 418/01, NZA 2003, 1295; ebenso Fuhlrott/Oltmanns, NZA 2016, 785; Däubler Digitalisierung § 4 Rn. 45; Thüsing/Wurth/Vossen § 10 Rn. 39 ff.; Notzon öAT 2013, 180; Bauer/Günther NZA 2013, 67; Juncker öAT 2018, 4.

⁵⁴⁸ BAG 10.12.2009 – 2 AZR 534/08, NZA 2010, 698; LAG Berlin-Brandenburg 19.7.2021 – 21 Sa 1291/20, BeckRS 2021, 27178: Unter den Gesichtspunkten der besonderen Vertraulichkeit und des Schutzes des allgemeinen Persönlichkeitsrechts wurde vom Gericht eine kündigungsrelevante Pflichtverletzung bei flüchtlingsbezogenen herabwürdigenden und verächtlichen WhatsApp-Mitteilungen eines technischen Leiters eines gemeinnützigen Vereins, der überwiegend in der Flüchtlingshilfe tätig ist, verneint.

nahmefall **keine** kündigungsrelevante Pflichtverletzung. Grundlegende Voraussetzung hierfür ist, dass der kommunizierende Arbeitnehmer annehmen können muss, seine beleidigende Äußerung werde von den Freunden oder Familienangehörigen **nicht** an Dritte weiterberichtet. Dies ist nach der Rechtsprechung nur bei Personen der Fall, die zu dem **engsten** Bekannten-, Freundes- und Familienkreis zählen⁵⁴⁹ und bei denen auf Grund des Näheverhältnisses von einer Verschwiegenheit ausgegangen werden kann. Die Ausnahme-situation ist daher regelmäßig nur dann anzunehmen, wenn es sich um eine kleine Adressatengruppe handelt, die die Mitteilung zur Kenntnis nimmt.

358 Bei einem ehrverletzenden Posting ist entsprechend der Gesprächssituation in der „analogen Welt“ nach dem **Kommunikationsweg** und der Größe des **Adressatenkreises** zu differenzieren.⁵⁵⁰ Ist das beleidigende Posting im Internet weltweit abrufbar (zB bei einer öffentlichen Facebook-Gruppe) oder von 342 „Facebook-Freunden“⁵⁵¹ (bei einer geschlossenen Facebook-Gruppe) oder von zahlreichen, dem Postenden nicht nahestehenden Arbeitskollegen⁵⁵² einsehbar, kann die Privilegierung der Vertraulichkeit von vornherein **nicht** eingreifen. Es kommt einem Aushang am „Schwarzen Brett“ gleich.⁵⁵³ Der vielfach in Social Media verwendete Begriff „Freunde“ ist somit nicht maßgeblich, sondern die Qualität des **Näheverhältnisses**. Letzteres wird grundsätzlich nur bei einem überschaubaren Kreis von Erklärungsempfängern anzunehmen sein. Der besondere Vertrauensschutz greift ein, wenn die abschätzige Äußerung mit einer Private Message, in einem Chat oder mit einer Facebook-Nachricht gegenüber nur einer nahestehenden Person oder einigen Nahestehenden erfolgt. Dieser Fall steht einer Gesprächssituation gleich. Selbst wenn der Arbeitgeber hiervon im Nachhinein erfährt, kann er keine arbeitsrechtliche Sanktion ergreifen. Als Grundregel kann gelten: Je größer die Anzahl der Adressaten, desto eher liegt eine nicht besonders geschützte vertrauliche Kommunikation vor.⁵⁵⁴

359 Veröffentlicht ein Arbeitnehmer mit einem **„Whistleblowing“-Post** betriebsinterne Missstände und/oder behauptet er mit diesem ein **unrechtmäßiges Handeln des Arbeitgebers**, verletzt er grundsätzlich seine Rücksichtnahmepflicht. Entsprechend den Rechtsprechungsgrundsätzen zur Stellung einer Strafanzeige gegen den Arbeitgeber⁵⁵⁵ hat der Arbeitnehmer vorrangig eine ihm zumutbare **innerbetriebliche Klärung** zu versuchen.⁵⁵⁶ Hierfür sind insbesondere der Betriebsrat (§§ 84; 85 BetrVG), der unmittelbare Vorgesetzte, der Schwerbehindertenbeauftragte, der betriebliche Datenschutzbeauftragte, die Fachkraft für Arbeitssicherheit und der Arbeitgeber selbst die geeigneten Ansprechpartner. Erst nach erfolglosem Versuch kann der Arbeitnehmer an eine zuständige Behörde (zB den Landesdatenschutzbeauftragten oder das Gewerbeaufsichtsamt) herantreten. Dabei darf er keine wissentlich oder leichtfertig falschen Angaben machen. Das Einbeziehen von

⁵⁴⁹ BAG 10.10.2002 – 2 AZR 418/01, NZA 2003, 1295.

⁵⁵⁰ Ebenso: VGH München 29.2.2012 – 12 C 12.264, NZA-RR 2012, 302; Bauer/Günther NZA 2013, 67; Aszmons DB 2016, 411; Fuhlrott/Oltmanns NZA 2016, 785; SPV Kündigung/Preis § 22 Rn. 649a; Notzon öAT 2013, 180; Pawlak/Smeyers öAT 2013, 26; Kort NZA 2012, 1321; Oberwetter NJW 2011, 417; aA ArbG Duisburg 26.9.2012 – 5 Ca 949/12, NZA-RR 2013, 18; LAG Hamm 10.10.2012 – 3 Sa 644/12, BeckRS 2012, 74357; ArbG Dessau-Roßlau 21.3.2012 – 1 Ca 148/11, BeckRS 2012, 69099, die grundsätzlich bei einem Posting eine Vertraulichkeit ablehnen – jeder User müsse stets mit einer Veröffentlichung rechnen. Diese Auffassung übersieht jedoch, dass auch in Gesprächssituationen ein Weitererzählen durch die nahestehenden Personen nicht völlig ausgeschlossen ist.

⁵⁵¹ Nach <http://www.netzwelt.de/news/95749-wolframalpha-facebook-nutzerdaten-statistiklupe.html> ist dies bei Facebook die durchschnittliche Größe einer „Freunde“-Gruppe; vgl. auch Thüsing/Wurth/Vossen § 10 Rn. 44 mwN.

⁵⁵² ZB im Intranet oder einem unternehmensinternen sozialen Netzwerk wie Workplace from Meta (vormals Facebook at Work), Slack oder Yammer.

⁵⁵³ ArbG Duisburg 26.9.2012 – 5 Ca 949/12, NZA-RR 2013, 18; ErfK/Niemann BGB § 626 Rn. 88; Thüsing/Wurth/Vossen § 10 Rn. 45; Däubler Digitalisierung § 4 Rn. 50.

⁵⁵⁴ Bauer/Günther NZA 2013, 67; Thüsing/Wurth/Vossen § 10 Rn. 46; Wittek Soziale Netzwerke S. 193.

⁵⁵⁵ BAG 7.12.2006 – 2 AZR 400/05, NZA 2007, 502; BAG 3.7.2003 – 2 AZR 235/02, NZA 2004, 427.

⁵⁵⁶ Ebenso: Fuhlrott/Oltmanns NZA 2016, 785; Hornung/Müller-Terpitz/Bayreuther/Stark 9.3.5 Rn. 47; wohl auch Besgen/Prinz/Schiller § 10 Rn. 41 ff.; → Rn. 1091 (HinSchG-E).

Dritten darf keine unverhältnismäßige Reaktion auf ein Verhalten des Arbeitgebers sein.⁵⁵⁷ Eine allgemeine Veröffentlichung in einem sozialen Netzwerk überschreitet diese Grenzen und stellt daher im Regelfall eine Pflichtverletzung dar.⁵⁵⁸

Da dem Arbeitgeber regelmäßig unbekannt ist, welche technischen Einstellungen der postende Arbeitnehmer gewählt hatte, empfiehlt es sich, den Mitarbeiter vor dem Ergreifen einer arbeitsrechtlichen Sanktion zu dem Vorfall **anzuhören** und zu einer Stellungnahme aufzufordern. Hierbei ist insbesondere zu hinterfragen, welche Social Media-Einstellungen er vorgenommen hat und welcher Personenkreis Kenntnis von dem Posting nehmen konnte. Dem Arbeitnehmer ist möglichst ein **Screenshot** vom Post vorzulegen. Wo dieses nicht möglich ist (zB bei sich nach kurzer Zeit selbst zerstörenden Snapchat-Postings) sollte ein angefertigter **Vermerk** über den konkreten Inhalt des Postings (mit Wiedergabe des originalen Wortlauts der Äußerung) zur Grundlage der Anhörung gemacht werden. Angesichts der dem Arbeitgeber im Streitfall obliegenden Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der pflichtverletzungsrelevanten Tatsachen ist stets nicht nur eine Beweissicherung,⁵⁵⁹ sondern eine umfassende Aufklärung des Sachverhalts vor dem Anspruch einer Sanktion erforderlich. In besonders schwerwiegenden Fällen gehört diese Vorgehensweise ohnehin zur ordnungsgemäßen Vorbereitung einer (außerordentlichen, hilfsweisen ordentlichen) Verdachtskündigung.⁵⁶⁰

ee) Kundenbezogene geschäftsschädigende und allgemein rufschädigende Postings

Werden vom Arbeitnehmer herabwürdigende Postings über Kunden bzw. die Klientel des Arbeitgebers⁵⁶¹ oder allgemein rufschädigende Postings⁵⁶² über soziale Netzwerke veröffentlicht, gelten die Grundsätze, die für Arbeitgeber beleidigende und kritisierende Äußerungen gelten, entsprechend.⁵⁶³

ff) Nutzung des „Gefällt mir“-Buttons

Ein Arbeitnehmer erklärt mit dem Anklicken eines „Gefällt mir“-Buttons bei Facebook, dass er den entsprechenden Inhalt des Posts einer anderen Person unterstützt und hinter diesem Posting steht. Damit wiederholt er es, verbreitet es weiter und macht es sich **zu eigen**. Er begeht auf Grund der vorzunehmenden Zurechnung des Inhalts – wie der ursprünglich Postende – bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen (zB einer groben Beleidigung) eine **eigene** Pflichtverletzung.⁵⁶⁴ Dabei ist zu berücksichtigen, dass nach den „Social Media-Regeln“ die Richtigkeit und Bedeutung eines Posts mit der Anzahl von „Likes“ steigen.⁵⁶⁵

Auf Grund der automatisch eintretenden Folgen des Anklickens des „Gefällt mir“-Buttons kann eine Privilegierung durch die Grundsätze der Vertraulichkeit⁵⁶⁶ von vornherein nicht eingreifen. Denn unter dem Post wird mit einem erhobenen Daumen der Name des

⁵⁵⁷ BAG 3.7.2003 – 2 AZR 235/02, NZA 2004, 427.

⁵⁵⁸ Ebenso: Fuhlrott/Oltmanns NZA 2016, 785; Zintl/Naumann NJW-Spezial 2013, 306.

⁵⁵⁹ So auch Thüsing/Wurth/Vossen § 10 Rn. 47.

⁵⁶⁰ Vgl. → Rn. 381.

⁵⁶¹ LAG Berlin-Brandenburg 19.7.2021 – 21 Sa 1291/20, BeckRS 2021, 27178: Unter den Gesichtspunkten der besonderen Vertraulichkeit und des Schutzes des allgemeinen Persönlichkeitsrechts wurde vom LAG eine kündigungsrelevante Pflichtverletzung bei flüchtlingsbezogenen herabwürdigenden und verächtlichen WhatsApp-Mitteilungen eines technischen Leiters eines gemeinnützigen Vereins, der überwiegend in der Flüchtlingshilfe tätig ist, verneint.

⁵⁶² Wie zB diskriminierende Hasskommentare – vgl. insoweit ArbG Gelsenkirchen 24.11.2015 – 5 Ca 1444/15, BeckRS 2016, 67556.

⁵⁶³ Vgl. Rn. 355 ff.

⁵⁶⁴ ArbG Dessau-Roßlau 21.3.2012 – 1 Ca 148/11, BeckRS 2012, 69099; Juncker öAT 2018, 4; SPV Kündigung/Preis § 22 Rn. 649b; Bauer/Günther NZA 2013, 67; Däubler Digitalisierung § 4 Rn. 55; aA Burr S. 157 ff.; Hornung/Müller-Terpitz/Bayreuther/Stark 9.3.3 Rn. 40; OLG Dresden MMR 2019, 116.

⁵⁶⁵ Thüsing/Wurth/Vossen § 10 Rn. 51; Bauer/Günther NZA 2013, 67.

⁵⁶⁶ BAG 10.10.2002 – 2 AZR 418/01, NZA 2003, 1295.

Zustimmenden angezeigt, entsprechendes erfolgt bei sämtlichen Facebook-„Freunden“ des Postenden und des Zustimmenden. Letzterer hat keinen Einfluss auf die Verbreitung seines „Daumens“ und den Empfängerkreis. Für die Annahme einer Vertraulichkeit ist angesichts dieser Umstände kein Raum.⁵⁶⁷

gg) Zugehörigkeit zu einer gegen den Arbeitgeber gerichteten Facebook-Gruppe

- 364 Tritt ein Arbeitnehmer einer gegen den Arbeitgeber gerichteten Facebook-Gruppe bei, muss er sich zwar nicht konkrete Äußerungen einzelner Gruppenmitglieder zurechnen lassen. Jedoch hat er einen **beleidigenden Gruppennamen** oder eine ausdrücklich im Namen der Gruppe abgegebene beleidigende Erklärung gegen sich gelten zu lassen. Denn diese Konstellationen entsprechen dem Betätigen eines „Gefällt mir“-Buttons und begründen eine inhaltliche Zurechnung.⁵⁶⁸

d) Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers

- 365 Liegt eine infolge eines Postings begangene Pflichtverletzung vor, kommen für den Arbeitgeber im Anwendungsbereich des KSchG als Reaktionsmöglichkeiten eine Rüge, die Erteilung einer Abmahnung und der Ausspruch einer ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung in Betracht. Welche Reaktion erfolgen kann, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach der Schwere des Pflichtverstoßes und den durch ihn verursachten Folgen.

aa) Rüge

- 366 Die Rüge hat (wegen der fehlenden Androhung arbeitsrechtlicher Konsequenzen im Wiederholungsfall) **keine kündigungsvorbereitende Wirkung**⁵⁶⁹ und kommt daher hauptsächlich in den Fällen in Betracht, in denen eine erstmalige nur **geringfügige** Pflichtverletzung durch ein Posting eingetreten ist. Damit der Ausspruch einer Ermahnung später – insbesondere bei nachfolgenden weiteren pflichtwidrigen Posts – noch nachvollziehbar ist, sollte sie zumindest in einem Vermerk in Textform in inhaltlicher und zeitlicher Hinsicht festgehalten werden. Dieser Vermerk ist zur Personalakte zu nehmen.⁵⁷⁰

367 Beispiel

In dem Betrieb der X GmbH ist die private Nutzung der betrieblichen IT-Mittel durch eine im Intranet stehende IT-Richtlinie untersagt. Arbeitnehmer M, der seit sieben Monaten beschäftigt ist, postet während seiner Frühstückspause über sein Dienst-Smartphones auf Facebook ein Foto, das ihn an seinem Schreibtisch zeigt, mit dem Text: „Hier fühl ich mich wohl.“ Geschäftliche Unterlagen, die auf dem Schreibtisch des M liegen, sind auf dem Foto nur teilweise, jedoch nicht lesbar zu sehen. Betriebsleiter K erhält von einem Kollegen des M einen Hinweis auf das Posting. K rügt M daraufhin unter Hinweis auf die bestehende IT-Richtlinie und auf die datenschutzrechtlichen Risiken bei am Arbeitsplatz aufgenommenen Fotos, die unbeabsichtigt sensible betriebliche Daten zeigen könnten. Er ermahnt ihn, zukünftig keine privaten Fotos mehr über das dienstliche Smartphone und keine „Arbeitsplatzfotos“ zu posten.

⁵⁶⁷ Ebenso Thüsing/Wurth/Vosse § 10 Rn. 50; Bauer/Günther NZA 2013, 67.

⁵⁶⁸ Ebenso: Wittek Soziale Netzwerke S. 183; Thüsing/Wurth/Vossen § 10 Rn. 53.

⁵⁶⁹ Hunold ArbRAktuell 2016, 341.

⁵⁷⁰ Wie bei einer fehlerhaften bzw. unwirksamen Abmahnung hat ein Arbeitnehmer auch im Fall einer fehlerbehafteten Rüge/Ermahnung einen Anspruch auf Entfernung des entsprechenden Schriftstücks bzw. der Datei aus der (elektronischen) Personalakte – vgl. exemplarisch LAG Hamm 25.5.2007 – 13 Sa 1117/06, BeckRS 2007, 48150.

bb) Abmahnung

Grundsätzlich setzt jede **verhaltensbedingte** Kündigung im Anwendungsbereich des KSchG nach der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung eine vorherige einschlägige, wegen einer ähnlich gelagerten Pflichtverletzung ausgesprochene Abmahnung voraus („Abmahnung vor Kündigung“).⁵⁷¹ Dies gilt auch für Verstöße im Vertrauensbereich, soweit es sich um ein steuerbares Verhalten des Arbeitnehmers handelt und das gestörte Vertrauen durch eine Verhaltensänderung des Arbeitnehmers wiederhergestellt werden kann. Aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgend ist eine Abmahnung nur in folgenden Fällen entbehrlich:

- wenn ex ante erkennbar ist, dass eine Verhaltenskorrektur auch nach einer Abmahnung nicht zu erwarten ist oder
- wenn ein derart schwerwiegender Pflichtenverstoß vorliegt, bei dem selbst bei erstmaligem Auftreten eine Hinnahme des Arbeitgebers nach objektivem Maßstab unzumutbar und damit offensichtlich – auch für den Arbeitnehmer ersichtlich – ausgeschlossen ist.⁵⁷²

Einer Abmahnung bedarf es auch nicht, wenn es sich (im Ausnahmefall) um einen **personenbedingten** Kündigungssachverhalt im Sinne der Rechtsprechungsgrundsätze⁵⁷³ handelt. Dafür müsste aus dem Posting abgeleitet werden können, dass der Arbeitnehmer nicht (mehr) die erforderliche Eignung besitzt, um zukünftig die arbeitsvertraglich geschuldete Tätigkeit zu erbringen.⁵⁷⁴

Bewegt sich die postingbezogene Pflichtverletzung im „normalen“ Bereich, kommt grundsätzlich bei einem erstmaligen Verstoß nur eine Abmahnung in Betracht.⁵⁷⁵ Muss der Arbeitgeber nach Ausspruch der ersten Abmahnung weitere ähnliche Pflichtverletzungen feststellen, kommt es auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalles (insbesondere deren Schwere) an, ob eine erneute Abmahnung oder gar eine Kündigung erfolgen kann.

Wegen des zu beachtenden **Bestimmtheitsgrundsatzes** ist in der – aus Beweisgründen schriftlich – auszufertigenden Abmahnung detailliert der den Pflichtverstoß begründende Sachverhalt des Postings in inhaltlicher und zeitlicher Hinsicht (in welchem Netzwerk ist das Posting mit welchem Adressatenkreis an welchem Tag zu welcher Zeit erfolgt?) darzulegen. Ein **Screenshot** von dem vertragswidrigen Posting sollte dem Abmahnungsschreiber als Anlage beigefügt werden. Bei fehlender Detailtreue der Sachverhaltsschilderung ist die Abmahnung wegen Unbestimmtheit unwirksam und im gerichtlichen Streitfall aus der Personalakte zu entfernen.

Beispiel

Die in dem Krankenhaus K tätige Kinderkrankenschwester C ist auf der Kinderintensivstation eingesetzt. Sie hat eine Verpflichtung zur Einhaltung der Schweigepflicht und zur datenschutzrechtlichen Geheimhaltung als Anlage zu ihrem Arbeitsvertrag unterschrieben. Bei Beginn des Arbeitsverhältnisses hat sie ein „Merkblatt über die Schweigepflicht in dem Krankenhaus K“ erhalten. Abmahnungen existieren bisher nicht. C betreute in den vergangenen drei Monaten den Neugeborenen N. Wie die Personalleiterin des Krankenhauses nach einem Hinweis aus der Belegschaft feststellt, hatte C auf dem allgemein einsehbaren Bereich ihres Facebook-Profiles in den letzten beiden Monaten sechs Fotografien von sich und dem Baby N gepostet. Die Personen sind jeweils deutlich erkennbar. Teilweise sind sie mit Kommentaren wie „So ist Arbeit schön.“ und „Kuschelstunde – ich freue mich.“ versehen. Der Name des Säuglings wurde in keinem Posting genannt. Die Personalleiterin weist

⁵⁷¹ BAG 9.6.2011 – 2 AZR 284/10, NZA 2012, 12.

⁵⁷² BAG 19.4.2012 – 2 AZR 186/11, NZA 2013, 27; vgl. hierzu Kramer NZA 2013, 311; BAG 9.6.2011 – 2 AZR 284/10, NZA 2012, 12.

⁵⁷³ BAG 18.1.2007 – 2 AZR 731/05, NZA 2007, 680.

⁵⁷⁴ Vgl. hierzu ArbG Mannheim 19.5.2015 – 7 Ca 254/14, öAT 2015, 175 mAnm Kortmann: fehlende Eignung eines Erziehers im öffentlichen Dienst wegen Betätigung für eine verfassungsfeindliche Partei.

⁵⁷⁵ LAG Baden-Württemberg 22.6.2016 – 4 Sa 5/16, BeckRS 2016, 71236 zum Abmahnungserfordernis bei einer Beleidigung von Vorgesetzten mittels Emoticons/Emojis auf Facebook.

C darauf hin, dass sie gegen die ihr obliegende Schweigepflicht verstoßen habe und fordert sie zur Stellungnahme auf. Unmittelbar nach Erhalt des Anhörungsschreibens entfernt C alle Fotografien mit N von ihrem Facebook-Auftritt, dessen Namen sie in „Alli Gehturnmichwasan“ ändert. Als Stellungnahme teilt sie der Personalleiterin dies und die Auffassung mit, es sei ihre Privatsache, was sie auf Facebook posten würde.

- 373 Das Beispiel ist einem Fall des LAG Berlin-Brandenburg⁵⁷⁶ nachgebildet. Das Gericht ging von einer Pflichtwidrigkeit der Postings, allerdings nicht von einer schwerwiegenden Persönlichkeitsrechtsverletzung des Babys aus, weil der Patient auf den Fotos nicht herabgewürdigt worden und er aufgrund seines sehr jungen Alters – mangels ausgeprägter Gesichtszüge – nicht individualisierbar gewesen sei. Da C zudem die Patientenfotos unmittelbar nach der ersten Ansprache des Arbeitgebers vom Facebook-Profil entfernte, sei davon auszugehen, dass sie nach Erteilung einer Abmahnung zukünftig ihre Schweigepflicht beachten und nicht erneut Patientenbilder veröffentlichen werde. Eine Abmahnung der C sei danach berechtigt, eine Kündigung nicht.

cc) Ordentliche Kündigung

- 374 Bei der Wiederholung eines in der nahen Vergangenheit bereits einschlägig abgemahnten pflichtwidrigen Postings kommt eine ordentliche Kündigung in Betracht. Handelt der Arbeitnehmer dabei einer Vorgabe des Arbeitgebers (zB in Social Guidelines oder einer IT-Richtlinie) **zuwider**, verstärkt dieses Verhalten die Schwere der Pflichtverletzung und erhöht für den Arbeitnehmer das Wirksamkeitsrisiko der Kündigung.⁵⁷⁷ Social Media Guidelines⁵⁷⁸ stellen wegen ihrer Abstraktheit und der damit fehlenden konkreten warnenden Ansprache des Arbeitnehmers keine „vorweggenommene“ Abmahnung dar.⁵⁷⁹ Würde ein privates Posting vom Arbeitgeber mit betrieblichen IT-Mitteln zugelassen, kann eine Pflichtverletzung dann vorliegen, wenn es mit einem Inhalt erfolgt, von dem der Arbeitnehmer nicht (mehr) annehmen konnte, es sei noch von der Zustimmung des Arbeitgebers gedeckt.⁵⁸⁰ Dies ist beispielsweise bei **beleidigenden** Posts der Fall. Im Rahmen der Prüfung einer Kündigungsmöglichkeit kommt es entscheidend auf das Ergebnis der vorzunehmenden umfassenden Interessenabwägung an. Dabei sind insbesondere die hierarchische Stellung und das frühere Verhalten des Arbeitnehmers, eine etwaige unklare Regelungssituation bzgl. des Postings im Betrieb, die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, die Aussichten des Arbeitnehmers auf dem Arbeitsmarkt und die Folgen des pflichtwidrigen Posts zu berücksichtigen. Darüber hinaus sind noch folgende spezielle **Posting-Gesichtspunkte** in die Abwägung einzubeziehen:⁵⁸¹

- Wie groß ist der Kreis der Personen, die das Posting zur Kenntnis nehmen können?
- Wie schwerwiegend ist der Inhalt des Postings? Ist es strafbar?
- Liegen in mehrfacher Hinsicht⁵⁸² postingbezogene Pflichtverletzungen vor?
- Handelt es sich um ein (unüberlegtes) Spontan-Posting „im Affekt“ oder um einen wohlüberlegten Post?

375 Beispiel

Der 52 Jahre alte und seit 31,5 Jahren bei der Z GmbH beschäftigte L ist bei Facebook angemeldet und hat dort 70 „Freunde“, von denen 37 ebenfalls bei der Z GmbH beschäftigt

⁵⁷⁶ LAG Berlin-Brandenburg 11.4.2014 – 17 Sa 2200/13, NZA-RR 2014, 468.

⁵⁷⁷ Ebenso: Burr S. 210.

⁵⁷⁸ Siehe → Rn. 891.

⁵⁷⁹ Burr S. 209.

⁵⁸⁰ BAG 16.7.2015 – 2 AZR 85/15, NZA 2016, 161 entsprechend zur erlaubten privaten PC/Notebooknutzung; BAG 7.7.2005 – 2 AZR 581/04, NZA 2006, 98 entsprechend zur privaten Internetnutzung; Kramer NZA 2004, 457.

⁵⁸¹ Vgl. auch Fuhlrott/Oltmanns NZA 2016, 785; Burr S. 222 ff.

⁵⁸² Multipler Verstoß: Verletzung einer Bestimmung der Social Media Guidelines, beleidigender Inhalt und Verletzung der Arbeitspflicht.