

Arbeit und Arbeitsrecht

Festschrift
für Thomas Geiser
zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von

Roland Müller Kurt Pärli Isabelle Wildhaber



Die Grafik für das Vorsatzpapier wurde freundlicherweise von der Seidenmann AG, Zürich, zur Verfügung gestellt.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen
ISBN 978-3-03751-969-1

www.dike.ch

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-969-1 Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum ein Jahr nach Erscheinen des gedruckten Werks unter Hinweis auf die Erstpublikation weiterzuveröffentlichen.

Inhaltsverzeichnis

ROLAND BACHMANN

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich

Leitende Angestellte (Executives) – Ausnahmen zum Grundsatz
der Einheit des Arbeitsvertragsrechts 1

ALFRED BLESİ

Dr. rer. publ. et lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Erwerbstätige Nichterwerbstätige
Zu den möglichen Implikationen eines länger andauernden Bezuges von
Krankentaggeldern im Sozialversicherungsrecht und im Arbeitsrecht 17

WOLFGANG DÄUBLER

*Professor für Deutsches und Europäisches Arbeitsrecht, Bürgerliches Recht und
Wirtschaftsrecht an der Universität Bremen*

Angriffe auf den Arbeitnehmer im Internet 31

JEAN-LOUIS DUC

Prof. Dr. iur., em. Professor der Universität St.Gallen, Lausanne

Réflexions sur une assurance-maladie d'indemnités journalières
permettant à un employeur d'être libéré de son obligation de verser
le salaire durant un temps limité en vertu de l'article 324b alinéa 4 CO 45

JEAN-PHILIPPE DUNAND

Prof. Dr. iur., Avocat, Professeur de droit du travail à l'Université de Neuchâtel

L'exécution des peines conventionnelles notifiées par les
commissions paritaires 55

MARTIN FARNER

lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich

Arbeitsrechtlicher Datenschutz am Beispiel der Übermittlung ins
datenschutzrechtlich unsichere Ausland 69

HEINZ HELLER

Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Fachanwalt SAV Familienrecht

Leistungslohn und Minderleistung – Denkanstösse zu guter und schlechter Arbeitsleistung 99

ANGELA HENSCH/ROBERTO FORNITO

lic. iur., Rechtsanwältin, Fachanwältin SAV Arbeitsrecht, Partnerin bei Bratschi Wiederkehr & Buob AG, St.Gallen/Dr. iur., Fachanwalt SAV Erbrecht, Partner bei Bratschi Wiederkehr & Buob AG, St.Gallen

Erbrechtliche Zuwendungen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis 121

ROGER HISCHIER

Dr. iur., Fürsprecher, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich

Arbeitnehmerschutz und zwingende Bestimmungen im internationalen Arbeitsrecht 141

UELI KIESER

Prof. Dr., Titularprofessor an den Universitäten Bern und St.Gallen, Rechtsanwalt bei KSPartner, Zürich

Arbeitsrecht und berufliche Vorsorge: Gemeinsamkeiten – Unterschiede – Folgerungen 159

THOMAS KOLLER

Prof. Dr. iur., Ordinarius für Privatrecht und Sozialversicherungsrecht, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, an der Universität Bern

Die Hauswartin mit «Dienstwohnung» – unter besonderer Berücksichtigung des Kündigungsrechts: Ein brisantes Rechtsproblem an einer Schnittstelle zwischen Arbeitsrecht und Mietrecht 175

MICHAEL KULL

Dr. iur., Rechtsanwalt, Basel

Die Anwendbarkeit des Arbeitsvermittlungsgesetzes (AVG) in Konzernverhältnissen 193

HARDY LANDOLT

Prof. Dr. iur., LL.M., Titularprofessor für Haftungs-, Privat- und Sozialversicherungsrecht an der Universität St.Gallen, Rechtsanwalt und Notar, Glarus

Innerfamiliäre Betreuungs- und Pflegeleistungen – Unklare Rechtsnatur und heterogene Entschädigungspflicht	209
--	-----

GÜNTHER LÖSCHNIGG

Prof. Dr. iur. et Dr. rer. soc. oec., Vorstand des Instituts für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Graz und Professor für Universitätsrecht an der Universität Linz

Schweizerisches und österreichisches Arbeitsrecht Beispiele struktureller und inhaltlicher Unterschiede	227
--	-----

ANNE MEIER/ZOÉ SEILER

Dr. iur., Avocate, Chargée d'enseignement / Dr. iur., LL.M., Avocate

Des usages au salaire minimum ? Réflexions sur l'avenir d'une vieille idée	245
--	-----

PETER MOSIMANN

Dr. iur., Advokat, Basel, Lehrbeauftragter für Immaterialgüterrecht und Kunstrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel (2005–2014), Präsident der Kunstkommission der Öffentlichen Kunstsammlung Basel (2008–2017), Syndikus Schweizerischer Bühnenverband (1981–2012)

Der Intendantenvertrag – Rechte und Pflichten	259
---	-----

ROLAND MÜLLER

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt und Notar, Titularprofessor an den Universitäten St.Gallen und Bern, Staad/SG

Konsequenzen einer missbräuchlichen Kündigung	275
---	-----

ROLAND A. MÜLLER/CHRISTIAN MADUZ

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Titularprofessor an der Universität Zürich für Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Direktor des Schweizerischen Arbeitgeberverbandes / MLaw, Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Projektleiter Direktion beim Schweizerischen Arbeitgeberverband

Arbeitszeit und Arbeitszeiterfassung: Debatte zur zeitgemässen Anpassung des Arbeitsgesetzes	291
--	-----

HARRY F. NÖTZLI

Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Verfassungsrechtliche Schranken der Anwendbarkeit des
Obligationenrechts im öffentlichen Personalrecht 307

KURT PÄRLI

Prof. Dr. iur., Professor für Soziales Privatrecht, Universität Basel, Basel

Das (entschädigungslose) Konkurrenzverbot gehört abgeschafft 323

THOMAS PIETRUSZAK

lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Bezahlte Stillzeit – oder doch (noch) nicht? Versuch einer
Auslegeordnung von Art. 60 Abs. 2 ArGV 1 339

WOLFGANG PORTMANN

Prof. Dr. iur., Ordinarius für Privat- und Arbeitsrecht an der Universität Zürich

Aktuelle Entwicklungen in der bundesgerichtlichen
Rechtsprechung zur fristlosen Kündigung des Arbeitsvertrags 349

MANFRED REHBINDER

*Prof. Dr. iur. Dr. h.c., em. Ordinarius, vormals Lehrstuhl für Arbeits-, Immaterialgüter-,
Medienrecht und Rechtssoziologie an der Universität Zürich, Wiss. Direktor des
Europäischen Instituts für Rechtspsychologie, Zürich*

Zur sogenannten Frauenfrage 367

VITO ROBERTO/ROMAN SCHISTER

*Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Professor für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht,
Direktor am Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Zürich/M.A. HSG
am Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, St.Gallen*

Eingeschränkte Arbeitnehmerhaftung 381

ROGER RUDOLPH

*Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Lehrbeauftragter
an der Universität Zürich*

Fünf Mysterien des Arbeitsgesetzes 401

IVO SCHWANDER

Prof. Dr. iur. Dr. h.c. (Universität Zürich), ehemaliger Professor für Internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung und schweizerisches Privatrecht an der Universität St.Gallen, Rechtskonsulent in Zürich

Spezifische Probleme des IPR-Kollisionsrechts in
Arbeitsrechtsfällen – Zum Umgang mit den Artikeln 13, 15, 18, 19
IPRG im Kontext mit Art. 121 IPRG 415

CHRISTOPH SENTI

Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Altstätten, Lehrbeauftragter an der Universität St.Gallen

Gemischte Verträge im Arbeitsrecht 431

JEAN-FRITZ STÖCKLI

Prof. Dr. iur., em. Ordinarius für Privatrecht an der Universität Basel

Subsidiarität und Dezentralisierung im Arbeitsrecht 445

KAI-PETER UHLIG

Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich

Engagement in der Filmproduktion – Flexible Zeitplanung im
befristeten Arbeitsverhältnis 461

ADRIAN VON KAENEL

Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich

Neuere Entwicklungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung
zum Kündigungsschutz 481

CORINNE WIDMER LÜCHINGER/KEVIN P. MACCABE

Prof. Dr. iur., Professorin für Privatrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, Universität Basel / MLaw, wissenschaftlicher Mitarbeiter

Die Haftung des Erstunternehmers nach schweizerischem
Entsendegesetz – Materiell- und kollisionsrechtliche Fragen 503

ISABELLE WILDHABER/SILVIO HÄNSENBERGER

*Prof. Dr., Ordinaria für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität St.Gallen /
M.A. HSG, wissenschaftlicher Assistent*

Social Media-Kontakte im Arbeitsverhältnis – Wem «gehören»
Accounts, Kontakte und Zugangsdaten?

529

Social Media-Kontakte im Arbeitsverhältnis

Wem «gehören» Accounts, Kontakte und Zugangsdaten?

ISABELLE WILDHABER/SILVIO HÄNSENBERGER

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	529
II.	Weisungsrecht des Arbeitgebers bezüglich Social Media	531
III.	Arbeitsrechtliche Handlungsmöglichkeiten des Arbeitgebers	533
	A. Herausgabe-, Rückgabe- und Löschanträge des Arbeitgebers bezüglich Social Media	534
	1. Privates Social Media-Profil	536
	2. Geschäftliches Social Media-Profil	536
	3. Privater Mischaccount	538
	4. Geschäftlicher Mischaccount	539
	B. Unterlassungsansprüche des Arbeitgebers bezüglich Social Media	540
IV.	Datenschutzrechtliche Hürden bei der Übergabe von Social Media-Daten	542
V.	Best Practice-Grundsätze	544
	A. Stufen-Modell	544
	B. Individuelle Vereinbarungen	545
VI.	Schlusswort	548

I. Einleitung

Social Media hat die Kommunikation im Internet revolutioniert. Internetnutzer können damit Inhalte einer breiten Öffentlichkeit zugänglich machen.¹ Als Synonym wird häufig Web 2.0 verwendet.² Im Kern können Social Media und Web 2.0 charakterisiert werden als *Internet-Plattformen, auf denen Nutzer Beiträge für andere Nutzer veröffentlichen*.³ Dazu zählen soziale Netzwerke wie Facebook, LinkedIn oder Twitter, Blogs, Wikis, Online Video- und Foto-Portale (z.B. Pinterest), Bewer-

¹ CLAUDIA WYRWOLL, Social Media – Fundamentals, Models, and Ranking of User-Generated Content, Wiesbaden 2014, 1.

² CHRISTIAN FUCHS, Social Media – A Critical Introduction, London 2013, 32.

³ Für eine Übersicht s. FUCHS (Fn. 2), 35 ff.

tungs- und Empfehlungs-Seiten (z.B. Tripadvisor), sowie Video- und Text-Chats (z.B. Skype, Whatsapp). Für die *Marketingkommunikation* bieten solche Plattformen grosse Chancen. Wie eine aktuelle Studie aus der Schweiz aus dem Jahr 2016 zeigt, machen sich viele Grossunternehmen, Behörden und Nonprofit-Organisationen in der Schweiz diese Kommunikationskanäle zu nutze.⁴ Rund drei Viertel der befragten Organisationen verfolgen eine ernsthafte Social Media-Strategie, am häufigsten über Facebook (87%), YouTube (87%), Twitter (75%), LinkedIn (62%) und Xing (62%).⁵

Für Unternehmen, Behörden und Nonprofit-Organisationen bieten Social Media-Kanäle wichtige Instrumente zur Kontaktpflege mit ihren Anspruchsgruppen. Die Attraktivität eines Social Media-Profiles ergibt sich häufig aus der Kreativität und Spontanität des Account-Betreibers sowie aus der Anzahl Follower. Nicht selten gibt der Arbeitnehmer dabei auch Informationen aus seiner privaten Sphäre preis. Aus niederschweligen Kommunikationsmöglichkeiten auf Social Media-Plattformen können sich zudem private Kontakte zwischen dem Arbeitnehmer und anderen Social Media-Nutzern ergeben, die dann ebenfalls über den fraglichen Social Media-Account gepflegt werden.

Bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Social Media-Nutzung geht es deshalb regelmässig um die Frage, wem Accounts, Kontakte und Zugangsdaten «gehören», d.h., wem die Verfügungsgewalt über die Daten zuzuordnen ist. Mit «gehören» ist eine zumindest relative, inter partes wirkende Dispositionsbefugnis gemeint, welche den Account-Inhaber zu bestimmten Handlungen oder Unterlassungen berechtigen kann. Eine Schutzfähigkeit von Daten unter dem Gesichtspunkt des Eigentumsschutzes kommt derzeit (noch) nicht in Betracht.⁶

Während in gewissen Jurisdiktionen, in welchen Social Media schon stärker angekommen sind, diese Fragen bereits lebhaft diskutiert werden⁷ und teilweise auch schon entschieden wurden⁸, haben sich die schweizerischen Gerichte mit diesem Thema bislang nicht befassen müssen. Aus diesem Grund möchte dieser Aufsatz,

⁴ BERNET PR AG/ZHAW, Studie Social Media Schweiz 2016, <http://bernet.ch/studie/studie-social-media-schweiz-2016/>.

⁵ BERNET PR AG/ZHAW (Fn. 4), 5 und 10, Mehrfachnennungen waren möglich.

⁶ Weiterführend zum Besitz und Eigentum an digitalen Daten MARTIN ECKERT, Digitale Daten als Wirtschaftsgut: Besitz und Eigentum an digitalen Daten, SJZ 2016, 265 ff.; FLORENT THOUVENIN, Wem gehören meine Daten? Zu Sinn und Nutzen einer Erweiterung des Eigentumsbegriffs, SJZ 2017, 21 ff.

⁷ So etwa der Wechsel der britischen Journalistin Laura Kuenssberg vom TV-Sender BBC zum Konkurrenten ITV, <http://www.theguardian.com/media/pda/2011/jun/22/laura-kuenssbergtwitter-account>.

⁸ *Hays Specialist Recruitment (Holdings) Ltd et al. v. Mark Ions et al.*, EWHC 745 (Ch) 2008; *Phonedog v. Kravitz*, C 11–03474 MEJ, United States District Court, N. D., California 2011; *Whitmar Publications Ltd. v. Gamage et al.*, EWHC 1881 (Ch) 2013.

der dem geschäftsführenden Direktor unseres Forschungsinstituts für Arbeit und Arbeitswelten, unserem Kollegen Prof. Dr. Dr. h.c. THOMAS GEISER, gewidmet ist, diese neuen und aktuellen Fragen unter die Lupe nehmen.

Im Fokus dieses Beitrages stehen Arbeitnehmer, die geschäftlich über soziale Netzwerke kommunizieren und Kontaktdaten austauschen oder sammeln.⁹ Wir verstehen unter «Kontakt» eine Verbindung im Social Media-Profil/Social Media-Account, mittels der jemand beim anderen in der Kontaktliste erscheint. Durch Annahme eines Kontaktes können nicht-öffentliche Informationen über den Kontakt eingesehen werden und je nach Privatsphäre-Einstellungen können Nachrichten, Telefongespräche, Bilder und Videos ausgetauscht werden. Bei Social Media-Kontakten kann es sich um blossen Namen bis hin zu ganzen Personenprofilen handeln, die sowohl umfassende private als auch geschäftliche Informationen beinhalten.¹⁰ Verknüpft mit einer tatsächlichen oder auch nur potentiellen Geschäftsbeziehung können diese Daten für den Arbeitgeber wertvoll sein. Er hat deshalb ein Interesse, darüber zu verfügen. Aber auch der Arbeitnehmer kann Interesse an den Daten haben. Dieser knüpft und pflegt die Kontakte unter Umständen durch Preisgabe persönlicher Informationen und die geschäftlichen und privaten Kontakte können sich so vermischen.

In diesem Spannungsfeld zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen stellen sich *verschiedene Fragen*: Wie weit geht das Weisungsrecht des Arbeitgebers? (nachfolgend II.) Welche Herausgabe-, Rückgabe- und Löschungspflichten (nachfolgend III.A.) bestehen? Existieren Unterlassungsansprüche für die Nutzung von Social Media-Kontakten (nachfolgend III.B.)? Zu diesen arbeitsrechtlichen Problemfeldern treten datenschutzrechtliche Pflichten im Umgang mit Personendaten hinzu (nachfolgend IV.). Aus diesen Überlegungen werden schliesslich einige Best-Practice-Grundsätze für Arbeitgeber herauskristallisiert (nachfolgend V.), gefolgt von einem Schlusswort (nachfolgend VI.).

II. Weisungsrecht des Arbeitgebers bezüglich Social Media

Dem Arbeitgeber steht ein allgemeines Weisungsrecht gegenüber seinen Arbeitnehmern zu (Art. 321d OR). Bei Weisungen des Arbeitgebers wird zwischen allgemeinen Anordnungen und besonderen Weisungen unterschieden. *Allgemeine Anordnungen* richten sich an sämtliche Arbeitnehmer (z.B. in Form von Geschäftsreglementen,

⁹ Weiterführend zu Fragestellungen zum Internet am Arbeitsplatz siehe ISABELLE WILDHABER/SILVIO HÄNSENBERGER, Internet am Arbeitsplatz, ZBJV 2016, 307 ff.

¹⁰ Siehe zu den unterschiedlichen Rollen, die eine Person bei der Kommunikation im Internet einnehmen kann: RENA ZULAUF/MAJA ZIEBER, Social Media als privatsphärefreier Raum?, AJP 2017, 548 ff., 549.

Handbüchern etc.). Im Rahmen der allgemeinen Nutzung von Social Media durch die Arbeitnehmer ist es dem Arbeitgeber z.B. dringend zu empfehlen, Social Media-Guidelines zu erlassen.¹¹

Demgegenüber betreffen *besondere Weisungen* einen einzelnen Arbeitnehmer.¹² Aufgrund seines Weisungsrechts kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer z.B. zu Werbe- und Marketingzwecken anweisen, zwecks Aufbaus von Geschäftsbeziehungen und zur Pflege von Kundenkontakten auf Social Media-Plattformen einen Account zu betreiben.¹³ Für diesen Fall sollte der Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer eine Vereinbarung über die geschäftliche Nutzung des Social Media-Accounts, insbesondere betreffend der Kontaktdaten, treffen (nachfolgend V.B.).

Es gibt zahlreiche *Grenzen des Weisungsrechts des Arbeitgebers*.¹⁴ Diese Grenzen ergeben sich aus dem vereinbarten Tätigkeitsbereich, aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers¹⁵, aus dem Verhalten nach Treu und Glauben¹⁶, und damit, dass Weisungen des Arbeitgebers in direktem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen müssen¹⁷.

Nicht mit diesen Grenzen des Weisungsrechts vereinbar wäre, den Arbeitnehmer dazu anzuweisen, sein bestehendes privates Profil für geschäftliche Zwecke zu nutzen. Damit würde der Arbeitgeber u.E. seine Fürsorgepflicht (Art. 328 Abs. 1 OR) verletzen und eine Weisung erteilen, welche die private Sphäre des Arbeitnehmers in unzulässiger Weise betrifft, es sei denn, bei der Anstellung des Arbeitnehmers sei die Nutzung des bestehenden privaten Profils explizit vereinbart worden. Das kann z.B.

¹¹ Siehe dazu ausführlich ISABELLE WILDHABER/SILVIO HÄNSENBERGER, Kündigung wegen Nutzung von Social Media – wenn Arbeit und Privatleben kollidieren, in: Recht im digitalen Zeitalter, FS Schweizerischer Juristentag 2015, St. Gallen 2015, 399 ff., 427 ff.; Kurzfassung ISABELLE WILDHABER/SILVIO HÄNSENBERGER, Kündigungsfalle Social Media, sui-generis 2015, 77 ff., 87 ff., <http://sui-generis.ch/14>, 8.6.2015.

¹² BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321d N 1.

¹³ MICHÈLE STUTZ/NOEMI VALLONI, Social Media im Arbeitsrecht, in: Staffelbach/Keller (Hrsg.), Social Media und Recht für Unternehmen, Zürich 2015, 159 ff., 166; EGMR *Bărbulescu v. Romania*, 61496/08 (2016); weiterführend WILDHABER/HÄNSENBERGER (Fn. 11), 426 f.

¹⁴ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321d N 7, m.w.H.; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 321b N 3 und Art. 328 N 3; WILDHABER/HÄNSENBERGER (Fn. 11), 426; WILDHABER/HÄNSENBERGER (Fn. 9), 336 f.

¹⁵ Der Arbeitgeber hat z.B. die Persönlichkeit (Art. 328 OR) oder das Privatleben (Art. 8 EMRK) des Arbeitnehmers zu schützen. Ausführlich dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 14), Art. 328 N 1 ff.; KURT PÄRLI, Die unterschätzte Bedeutung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR für das Arbeitsrecht, AJP 2015, 1671 ff., 1678 ff.

¹⁶ Vgl. BRUNO BAERISWYL, Stämpfli Handkommentar, Art. 4 DSGVO N 21 ff.

¹⁷ CHRISTOPH HOLENSTEIN, Die Benutzung von elektronischen Kommunikationsmitteln (Internet und Intranet) im Arbeitsverhältnis, Diss. Bern 2002, 83.

der Fall sein, wenn eine Reisebloggerin mit mehreren tausend Follower von einem Reisebüro zur Nutzung ihres Accounts zu Marketingzwecken angeworben wird. Dieser Ausnahmefall wird bei den nachfolgenden Ausführungen allerdings vernachlässigt. Nichtsdestotrotz kann sich der Arbeitnehmer aus freien Stücken zu einer geschäftlichen Nutzung seines ehemals privaten Accounts entscheiden. Im Rahmen seiner Fürsorgepflicht sollte der Arbeitgeber den Arbeitnehmer in diesem Fall aber auf die möglichen Nachteile hinweisen (nachfolgend III.).

III. Arbeitsrechtliche Handlungsmöglichkeiten des Arbeitgebers

Dem Arbeitgeber stehen eine Reihe von Möglichkeiten zur Verfügung, formal Rechte geltend zu machen, u.a. Herausgabe-, Rückgabe- und Löschanträge (nachfolgend A.) sowie Unterlassungsansprüche (nachfolgend B.). Die Handlungsmöglichkeiten des Arbeitgebers sind aber begrenzt. Bei einfach duplizierbaren Datensätzen gibt es in der Praxis *kein* «scharfes Schwert» für eine erfolgreich erzwungene Datenerhebung oder -löschung. Nur in den seltensten Fällen kann der Arbeitgeber diese Rechte effektiv durchsetzen. Im Weg steht ihm insbesondere, dass der Speicherort von Inhalten eines Social Media-Netzwerkes kaum eruiert werden kann und keine Kontrolle über die tatsächliche Löschung von den durch den Social Media-Anbieter als gelöscht deklarierten Inhalten besteht.¹⁸ Die Daten liegen meist bei externen Anbietern und der Speicherort der Daten ist typischerweise nicht erkennbar. Eine vollständige Übergabe von Daten dürfte dem Arbeitnehmer regelmässig tatsächlich unmöglich sein. Der Arbeitgeber kann auch der Täuschung erliegen, dass eine Löschung des Accounts erfolgt ist, wo er nur deaktiviert wurde.¹⁹ Selbst die vordergründige Erfüllung der Übergabeanträge bietet dem Arbeitgeber also oft keine Sicherheit. Sowohl Ansprüche auf Übergabe als auch auf Unterlassung werden zudem dadurch ad absurdum geführt, dass in den meisten Fällen ein Datenexport aus dem Sozialen Netzwerk möglich ist, gegebenenfalls sogar hinein in ein anderes Netzwerk. Der Arbeitnehmer kann die streiterheblichen Daten also woanders platzieren und sodann die Ansprüche des Arbeitgebers auf Übergabe oder Löschung risikolos erfüllen.

Bei der Analyse der Handlungsmöglichkeiten des Arbeitgebers ist zwischen *vier verschiedenen Arten von Profilen* zu unterscheiden. Einigermassen problemlos ist die

¹⁸ Ausführlich dazu TILL HOFFMANN-REMY/ULRICH TÖDTMANN, Sicherung der Arbeitgeberrechte an Social Media-Kontakten, NZA 2016, 792 ff., 796.

¹⁹ Siehe den Auszug aus dem Hilfebereich von Facebook zum Unterschied zwischen Deaktivierung und Löschung eines Kontos, <https://de-de.facebook.com/help/125338004213029>.

Analyse von rein privat genutzten Profilen (1.) oder von rein geschäftlich genutzten Profilen (2.). Von praktischer Relevanz sind hingegen die Fälle einer gemischten – privaten und geschäftlichen – Nutzung von Social Media-Profilen, welche zu komplexen Rechtsfragen führen können. Diese Form der Nutzung wird in den kommenden Jahren auf Grund der zunehmenden Verwischung der Grenzen zwischen Arbeit und Freizeit noch zunehmen. Dabei ist zwischen einem privaten Mischaccount (3.), bei dem ein privates Social Media-Profil durch den Arbeitnehmer auch zur geschäftlichen Kontaktpflege genutzt wird, und einem geschäftlichen Mischaccount (4.), bei dem mit einem geschäftlichen Account private Kontakte unterhalten werden, zu unterscheiden.

Privates Social Media-Profil	Geschäftliches Social Media-Profil
1. Rein private Nutzung	3. Rein geschäftliche Nutzung
2. Private & geschäftliche Nutzung (privater Mischaccount)	4. Private & geschäftliche Nutzung (geschäftlicher Mischaccount)

Abbildung 1 – Private und geschäftliche Nutzung von Social Media-Profilen

A. Herausgabe-, Rückgabe- und Löschungsansprüche des Arbeitgebers bezüglich Social Media

Regelmässig hat der Arbeitgeber bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Interesse an der Herausgabe entweder des kompletten Accounts in Form der Zugangsdaten oder aber zumindest an Inhalten wie z.B. Kontaktlisten und Nachrichten. Welche Informationen muss der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber überlassen und muss er diese anschliessend gar löschen?²⁰ Diese Fragen wurden bis anhin gerichtlich nicht geklärt.²¹

²⁰ MICHÈLE STUTZ/ALEXANDRA GEIGER-STEINER, Arbeitsrechtliche Fragen rund um Social Media, *Anwaltsrevue* 2013, 212 ff., 215 f.; PHILIPP BYERS/STEFAN MÖSSNER, Die Nutzung des Web 2.0 am Arbeitsplatz: Fluch und Segen für den Arbeitgeber, *BB* 2012, 1665 ff., 1670 f.; ROMAN FRIK/RALF KLÜHE, Nutzung von Kontakten aus Sozialen Netzwerken während und bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses, *DB* 2013, 1174 ff., 1176; CHRISTIAN OBERWETTER, Soziale Netzwerke im Fadenkreuz des Arbeitsrechts, *NJW* 2011, 417 ff.; HOFFMANN-REMY/TÖDTMANN (Fn. 18), 793.

²¹ Zwar erklären einzelne Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) von Social Media-Netzwerken die Daten zum Eigentum des Arbeitnehmers, vgl. *Ownership of LinkedIn Contact Lists*, Glover Solicitors November 2010, <http://www.glovers.co.uk/news-articles.aspx?id=367&Page=5>. Allerdings haben solche AGB keine direkte Wirkung auf das Verhältnis Arbeitgeber – Arbeitnehmer, weshalb sie vorliegend als unmassgeblich angesehen werden.

Grundsätzlich ist der Arbeitgeber am Arbeitsergebnis berechtigt, welches der Arbeitnehmer in Ausübung seiner vertraglichen Tätigkeit hervorgebracht hat (Art. 321b OR, Art. 339a OR).²² Knüpft der Arbeitnehmer im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit geschäftliche Kontakte, hat der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber die betreffenden Kontaktinformationen während des Arbeitsverhältnisses (auf Verlangen) jederzeit im Rahmen der *Herausgabepflicht* zu übergeben (Art. 321b OR).²³ Bei Beendigung des Anstellungsverhältnisses sind geschäftliche Kontaktdaten dem Arbeitgeber im Rahmen der *Rückgabepflicht* zu übergeben (Art. 339a OR).²⁴ Dabei spielt es keine Rolle, ob diese Geschäftskontakte verkörpert sind (z.B. Visitenkarten, Kundenkartei) oder rein virtuell vorhanden sind (z.B. Datenbank).

Weil Social Media-Kontakte nach der Herausgabe bzw. Rückgabe weiter beim Arbeitnehmer fortbestehen können, kann auch eine *Löschung* im Interesse des Arbeitgebers liegen. Das Bundesgericht hat in einem nicht publizierten Entscheid festgehalten, dass sich die Herausgabe- und Rückgabepflicht auch auf Dokumente des Arbeitgebers in elektronischer Form bezieht und der Arbeitnehmer keine Kopie der herausgegebenen Dokumente behalten dürfe.²⁵ Begründet wird dieses Ergebnis mit der über das Arbeitsverhältnis hinaus dauernden Geheimhaltungspflicht von Art. 321a Abs. 4 OR. Social Media-Kontakten fehlt es oftmals am Geheimnischarakter (nachfolgend B.).²⁶ Trotzdem kann ein Lösungsanspruch des Arbeitgebers für rein geschäftliche Social Media-Kontakte bestehen.²⁷ Denn der Zweck des Herausgabe- und Rückgabenspruchs ist es, dass der Arbeitnehmer nicht mehr über Arbeitsmaterialien verfügt, die er oder Dritte wirtschaftlich verwerten könnten (vgl. Art. 321b Abs. 2 OR).²⁸ Auch die analoge Anwendung der Regelung zu den Rechten an Erfindungen und Designs (Art. 332 OR) führt zu einer Bejahung von Lösungsansprüchen des Arbeitgebers bezüglich Social Media-Kontakten. Hier bestimmt Art. 332 Abs. 1 OR, dass Erfindungen und Designs dem Arbeitgeber gehören, falls der Arbeitnehmer diese im Rahmen der Erfüllung seiner arbeitsvertraglichen Pflicht macht (sog. Aufgaben-

²² Zu den urheberrechtlichen Aspekten siehe VINCENT SALVADÉ/NATHALIE TISSOT, La réalisation d'un site web ou l'ouverture d'un compte par le travailleur, Qui est titulaire des droits?, in: Dunand/Mahon (Hrsg.), Internet au travail, Genf 2014, 227 ff., 243 ff.

²³ In Bezug auf Social Media siehe STUTZ/VALLONI (Fn. 13), 186.

²⁴ Vgl. ausführlich FRIK/KLÜHE (Fn. 20), 1176; OBERWETTER (Fn. 20), 420; HOFFMANN-REMY/TÖDTMANN (Fn. 18), 793; auch BYERS/MÖSSNER (Fn. 20), 1670 f.

²⁵ Urteil des BGER 4A.611/2011 vom 3. Januar 2012, E. 4.3.

²⁶ So auch ArbG Hamburg, Urteil vom 24. Januar 2013, Az. 29 Ga 2/13.

²⁷ Für das deutsche Recht HOFFMANN-REMY/TÖDTMANN (Fn. 18), 793. A.M. im deutschen Recht FRIK/KLÜHE (Fn. 20), 1175, die einen Lösungsanspruch als zu starken Eingriff in die Rechtsposition des Arbeitnehmers betrachten.

²⁸ Zum Eigentum des Arbeitgebers am Arbeitsergebnis siehe STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 14), Art. 321b N 5. Zum Arbeitnehmer als Besizdiener siehe BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321b N 4.

erfindungen, und -designs, Art. 332 Abs. 1 OR).²⁹ Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Social Media-Kontakte, sofern sie der Arbeitnehmer über einen geschäftlichen Account in Erfüllung seiner arbeitsvertraglichen Pflicht geknüpft hat, dem Arbeitgeber gehören und diesem daraus ein Löschungsanspruch entsteht. Einschränkung anzumerken ist, dass die tatsächliche Löschung aufgrund der Teilbarkeit von elektronischen Daten kaum kontrolliert werden kann.

1. Privates Social Media-Profil

Beispiel 1: Arbeitnehmer H hat einem Kunden seines Arbeitgebers eine Facebook-Anfrage geschickt. Da H und der Kunde einen freundschaftlichen Kontakt haben, nimmt der Kunde die Anfrage an. Zwischen rein privaten Nachrichten, in denen sich die beiden über Hobbies und Kinder austauschen, teilt der Kunde dem H auch vereinzelt geschäftsrelevante Informationen per Facebook mit.

Grundsätzlich ist der Arbeitnehmer verpflichtet, etwaige Datensätze, die er durch seine berufliche Tätigkeit erlangt hat und die der Arbeitgeber für seine weitere Tätigkeit benötigt, dem Arbeitgeber zur Verfügung zu stellen.

Ein privater Account kennzeichnet sich dadurch, dass dieser nicht zur Erledigung der arbeitsvertraglichen Pflichten eröffnet wurde. Es obliegt dem Arbeitgeber nachzuweisen, dass im Einzelfall ein geschäftlicher Kontakt bzw. eine geschäftliche Nachricht innerhalb des privaten Social Media-Profiles vorliegt. Dies stellt den Arbeitgeber unter Umständen vor erhebliche *Beweisprobleme*, da er in der Regel einen eingeschränkten Zugriff auf die nicht-öffentliche Kommunikation zwischen dem Arbeitnehmer und dem Dritten hat.³⁰ Sein Weisungsrecht reicht ebenfalls nicht dazu aus, um Einsicht in die private Kommunikation des Arbeitnehmers zu nehmen.³¹ Eine Einsichtnahme wäre letztlich notwendig, um zu unterscheiden, welche Kontakte privat und welche geschäftlich sind. Folglich wird der Arbeitgeber bei privaten Profilen die Herausgabe bzw. Rückgabe von nicht eindeutig geschäftlichen Kontakten und zugehörigen Nachrichten kaum erwirken können.

2. Geschäftliches Social Media-Profil

Eindeutig ist die Rechtslage im Fall, dass es sich um ein *vollständig geschäftlich genutztes Unternehmensprofil* handelt, welches auf Verlangen und auf Kosten des

²⁹ Weiterführend STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 14), Art. 332 N 7.

³⁰ HOFFMANN-REMY/TÖDTMANN (Fn. 18), 794. Zur Problematik der elektronischen Überwachung durch den Arbeitgeber: WILDHABER/HÄNSENBERGER (Fn. 9), 336 f.

³¹ HOFFMANN-REMY/TÖDTMANN (Fn. 18), 793.

Arbeitgebers angelegt wurde und deshalb dem Arbeitgeber «gehört». Davon wird man ausgehen können, wenn der Account nicht personenbezogen, sondern schon dem Namen nach funktions- und unternehmensbezogen ist (z.B. Twitter-Syntax @Communication_Unternehmensname).³²

Ebenfalls unproblematisch sind Fälle, in denen ein Account ausschliesslich für die geschäftliche Nutzung eingerichtet und unterhalten wird. Dabei kann der Accountname sowohl den Namen des Arbeitnehmers als auch den Unternehmensnamen als Bestandteil enthalten.

Beispiel 2: Arbeitnehmer NK bewertet für ein Mobilfunkunternehmen Produkte und twittert regelmässig Neuigkeiten unter dem Benutzernamen @Phoneunternehmen_NK. Über die Jahre erwirbt er eine Schar von 17'000 Kontakten, sog. Follower. Er kündigt und wechselt seinen Benutzernamen zu @NK. Als NK kurze Zeit später zu einem Konkurrenzunternehmen wechselt, fordert sein alter Arbeitgeber die Herausgabe der Follower und Schadenersatz. Der neue Arbeitgeber hingegen will das bestehende Netzwerk und die Kanäle von NK nutzen.³³

In diesem Fall handelt es sich um ein Arbeitsergebnis des Arbeitgebers (Art. 321b OR), das bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses herauszugeben ist (Art. 339 OR).³⁴ Der gesamte Account – die Zugangsdaten zu dem Account sowie jegliche potentiell lokal gespeicherten Datensätze – ist herauszugeben bzw. wo eine Herausgabe nicht möglich ist, zu löschen. Grundsätzlich gilt für Kontakte in solchen geschäftlichen Social Media-Profilen die Vermutung, dass sie geschäftlicher Natur sind.

Betreibt der Arbeitgeber das Profil des Arbeitnehmers nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses weiter, hat er dessen Namen abzuändern bzw. zu löschen. Ansonsten verletzt er die Persönlichkeitsrechte (Art. 28 ff. ZGB) des Arbeitnehmers. Zudem müsste er sich unlauteres Wettbewerbsverhalten vorwerfen lassen (nachfolgend B.). Ebenso darf der Arbeitgeber private Kontakte nicht ohne Vorinformation des Arbeitnehmers und der Möglichkeit diese zu sichern, sperren bzw. löschen.³⁵ Ansonsten verletzt der Arbeitgeber seine Fürsorgepflicht (Art. 328 OR) und die Rechte des Arbeitnehmers betreffend die Bearbeitung seiner Personendaten (Art. 328b OR).

³² HOFFMANN-REMY/TÖDTMANN (Fn. 18), 794.

³³ Orientiert an *Phonedog v. Kravitz* (Fn. 8).

³⁴ WILDHABER/HÄNSENBERGER (Fn. 9), 323.

³⁵ HOFFMANN-REMY/TÖDTMANN (Fn. 18), 794; JEMINA KISS, Who controls Laura Kuenssberg's Twitter account?, *The Guardian* 22 June 2011, <https://www.theguardian.com/media/pda/2011/jun/22/laura-kuenssberg-twitter-account>.

3. Privater Mischaccount

Beispiel 3: Die Arbeitnehmerin A, Geschäftsführerin eines Unternehmens, welches Weiterbildungen im Finanzbereich anbietet, verwendet ihren ursprünglich privaten LinkedIn-Account neben der privaten Kontaktpflege auch für geschäftliche Zwecke. Sie wickelt darüber die Unternehmenskommunikation ab und unterhält damit für ihr Unternehmen wichtige Kontakte.³⁶ Nach dem Ende ihres Arbeitsverhältnisses verlangt ihre Arbeitgeberin von ihr die Herausgabe und Löschung der geschäftlichen Social Media-Daten.

Grundsätzlich kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht dazu anweisen, sein privates Social Media-Profil zu geschäftlichen Zwecken zu verwenden (vorstehend II.). Die wenigsten Nutzer wollen aber mehrere Accounts in einem Sozialen Netzwerk unterhalten. Es kommt deshalb vor, dass Arbeitnehmer über ihren ursprünglich privaten Account geschäftliche Kontakte unterhalten. Dabei ist Folgendes zu beachten.

Wickelt der Arbeitnehmer einen Teil der geschäftlichen Kommunikation über sein privates Social Media-Profil ab, begründet das noch keinen Herausgabe-, Rückgabe- oder Lösungsanspruch des Arbeitgebers am betreffenden Profil. Der Schutz der Persönlichkeit (Art. 328 OR) und die Rechte des Arbeitnehmers bei der Bearbeitung seiner Personendaten (Art. 328b) gehen dem Recht des Arbeitgebers am Arbeitsergebnis (Art. 321b OR) vor. Zum selben Ergebnis führt auch eine Beurteilung der Rechtslage aus urheberrechtlicher Sicht.³⁷ Der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers (Art. 28 ff. ZGB) ist aus folgenden Gründen höher zu gewichten als die Übergabe- bzw. Lösungsansprüche des Arbeitgebers:

- die Kontaktdaten befinden sich auf einem Account im eigenen Namen, in welchen vom Arbeitnehmer (privat) investiert wird;
- die Kontaktpersonen haben ihre Kontaktbestätigung oder die zuvor geschaltete Kontaktanfrage gegenüber der Person des Arbeitnehmers vorgenommen, und nicht gegenüber der Person als blossem Vertreter des Arbeitgebers;
- mit der Löschung würde in Rechtspositionen des Arbeitnehmers eingegriffen, weil sie ihn auch als individuelle Person betreffen würden.³⁸

Es ist somit davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber den Social Media-Account nur für die Dauer seiner Anstellung zur Verfügung stellt. Folglich kann die Arbeitgeberin im Beispiel 3 keine Herausgabe der Zugangsdaten verlangen.

³⁶ Orientiert an *Eagle v. Morgan, Edcomm et al.*, 2:11-cv-04 303-RB, Dist. Court, ED Pennsylvania 2013. Nachdem der Arbeitnehmerin Eagle gekündigt worden war, änderte Arbeitgeber Edcomm das Passwort von Frau Eagles LinkedIn Account, hinderte sie somit am Zugang, und ersetzte ihren Namen und ihr Foto mit dem von Sandy Morgan, Eagles Nachfolgerin.

³⁷ SALVADÉ/TISSO (Fn. 22), 238 ff.

³⁸ WILDHABER/HÄNSENBERGER (Fn. 9), 324 f.; FRIK/KLÜHE (Fn. 20), 1176.

Allerdings besteht grundsätzlich eine Übergabe- bzw. Löschungspflicht gegenüber dem Arbeitgeber bezüglich geschäftlicher Kontakte, sofern keine datenschutzrechtlichen Regelungen entgegenstehen (nachfolgend IV.).³⁹ Dabei ist es unerheblich, ob der Arbeitnehmer das private Profil vor Arbeitsantritt beim aktuellen Arbeitgeber oder erst danach erstellt hat. Bei Kontakten und Inhalten in einem privaten Mischaccount muss grundsätzlich die Vermutung gelten, dass sie privater Natur sind.⁴⁰

Damit genügt eine einseitige Weisung des Arbeitgebers für die Übergabe des Accounts nicht. Vielmehr bedarf es einer *Vereinbarung* zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, worin sich der Arbeitnehmer verpflichtet, das Profil an den Arbeitgeber auf begründetes Verlangen herauszugeben bzw. Löschungen vorzunehmen.⁴¹

Private Profile können auch Kontakte umfassen, welche nur *bei Gelegenheit der vertraglichen Tätigkeit* gewonnen wurden (z.B. wenn der Arbeitgeber Sponsor einer Sportveranstaltung ist und seine Mitarbeiter als Zuschauer an der Veranstaltung teilnehmen). Sofern der Arbeitgeber keinen genügenden Bezug zum Arbeitsverhältnis nachweisen kann, sind bei Gelegenheit geknüpfte Kontakte nicht von der Übergabe- bzw. Lösungspflicht umfasst.⁴²

4. Geschäftlicher Mischaccount

Um einen geschäftlichen Mischaccount handelt es sich, wenn der Arbeitnehmer auf Weisung des Arbeitgebers während des Arbeitsverhältnisses *ein geschäftliches Profil im eigenen Namen* errichtet und dort in seinem Namen als Mitarbeiter des Arbeitgebers sowie als Privatperson Kontakte pflegt.

Beispiel 4: Die Personalbeauftragte P betreut auf Anweisung ihres Arbeitgebers H in ihrem Namen einen LinkedIn-Account zur Rekrutierung neuer Mitarbeiter. Gleichzeitig vereinbaren P und H, dass P den Account im Fall eines Stellenwechsels an den Arbeitgeber herausgibt (bzw. die notwendigen Zugangsdaten). Neben einer Vielzahl rein geschäftlicher Kontakte hat sie auch Kontaktanfragen von Freundinnen aus ihrem Volleyball-Verein akzeptiert und führt mit diesen gelegentlich private Unterhaltungen über die Nachrichtenfunktion von LinkedIn. Nach einem internen Stellenwechsel übernimmt C die Verantwortung für den bisher durch P betreuten LinkedIn-Account. P verlangt von ihrem Arbeitgeber die Herausgabe ihrer privaten Kontakte und die Löschung der privaten Nachrichten.

³⁹ So auch HOFFMANN-REMY/TÖDTMANN (Fn. 18), 793 f.

⁴⁰ Siehe zur Problematik den Fall einer Arbeitnehmerin mit einem privaten Profil, auf dem sie auch geschäftliche Kontakte knüpfte, KISS (Fn. 35).

⁴¹ SALVADÉ/TISSO (Fn. 22), 248.

⁴² Ebenso für das deutsche Recht HOFFMANN-REMY/TÖDTMANN (Fn. 18), 793, m.w.H.

Bei der Frage, ob es sich beim Profil unter eigenem Namen wie in Beispiel 4 um einen geschäftlichen oder einen privaten Account handelt, ist bei der Übergabe- bzw. Löschungspflicht auf eine entsprechende Weisung des Arbeitgebers abzustellen.⁴³

Führt der Arbeitnehmer einen geschäftlichen Mischaccount, hat er *private Kontakte* zu belegen. Gelingt ihm dies, hat er einen Anspruch darauf, dass diese Kontakte herausgegeben und anschliessend gelöscht werden.⁴⁴ So hätte P in Beispiel 4 das Recht darauf, dass ihr die Kontaktdaten, z.B. in Form eines Print Screens, herausgegeben werden und anschliessend im Account gelöscht werden. Der Herausgabeanspruch des Arbeitnehmers umfasst auch ausschliesslich bei Gelegenheit seiner arbeitsvertraglichen Tätigkeit geknüpfte Kontakte. Im Zweifelsfall ist es denkbar, dass sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer den Kontakt weiterverwenden können.⁴⁵

B. Unterlassungsansprüche des Arbeitgebers bezüglich Social Media

Sofern keine Löschung der Daten erfolgt, kann der Arbeitgeber in bestimmten Fällen vom Arbeitnehmer zumindest verlangen, die Nutzung eines Social Media-Accounts oder der daraus entspringenden Kontakte und Geschäftsbeziehungen zu unterlassen.

Während des laufenden Arbeitsverhältnisses unterliegt der Arbeitnehmer einer allgemeinen Treuepflicht (Art. 321a Abs. 1 OR). Diese beinhaltet auch ein Verbot von Abwerbehandlungen von Kunden.⁴⁶ In dieser Hinsicht kann ein Arbeitnehmer seine Treuepflicht verletzen, wenn er ohne Einverständnis des Arbeitgebers vom geschäftlichen Social Media-Profil z.B. Kunden- oder Lieferantenkontakte auf seinen privaten Account überträgt.⁴⁷ Allerdings liegt keine Treuepflichtverletzung vor, wenn es sich dabei um Kontakte handelt, zu denen der Arbeitnehmer privat eine freundschaftliche Beziehung pflegt.⁴⁸

Auch *nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses* stellt sich die Frage nach Unterlassungsansprüchen des Arbeitgebers.

⁴³ A.M. HOFFMANN-REMY/TÖDTMANN (Fn. 18), 794 f., welche diesbezüglich auf das äussere Erscheinungsbild abstellen. Vorliegend findet das Erscheinungsbild bei den datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten Berücksichtigung (nachfolgend IV.).

⁴⁴ WILDHABER/HÄNSENBERGER (Fn. 9), 324.

⁴⁵ Siehe dazu aber allfällige datenschutzrechtliche Hürden: nachfolgend IV.

⁴⁶ Siehe zur Typologie nachvertraglich unlauterer Verhaltensweisen ROGER RUDOLPH, Kontakte zu Kunden des alten Arbeitgebers nach einem Stellenwechsel, ARV 2009, 93 ff., 102 f.

⁴⁷ Weiterführend dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 14), Art. 321a N 7, wonach das Erstellen von Kopien von Geschäftsakten und ihre Nachhausenahme treuepflichtwidrig seien, auch ohne Nachweis einer Konkurrenzierungsabsicht.

⁴⁸ Vgl. RUDOLPH (Fn. 46), 97, insbesondere Fn. 16.

Beispiel 5: In Beispiel 2 hat der Arbeitnehmer NK zu einem Konkurrenzunternehmen gewechselt. Er verwendet dort den Twitter-Account, den er für seine ehemalige Arbeitgeberin errichtet hat, unter einem anderen Benutzernamen weiter. Die ehemalige Arbeitgeberin fordert ihn nun auf, diese Nutzung zu unterlassen.⁴⁹

Die Treuepflicht von Art. 321a Abs. 1 OR geht nicht über das Ende des Arbeitsvertrags hinaus.⁵⁰ Danach besteht nur noch eine Geheimhaltungspflicht u.a. für Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse (Art. 321a Abs. 4).⁵¹ Dazu zählen grundsätzlich auch Kenntnisse über die Kunden eines Unternehmens.⁵² Allerdings erfüllen reine Social Media-Kontakte die Geheimniskriterien⁵³ kaum, denn solche Kontakte sind in der Regel einem breiten Personenkreis zugänglich (nämlich den Teilnehmern des entsprechenden Netzwerkes).⁵⁴ Selbst wenn Social Media-Kontakte als Geheimnis klassifiziert würden, könnte der Arbeitgeber daraus noch keinen Lösungsanspruch beim Arbeitnehmer ableiten. Allerdings darf der Arbeitnehmer diese Social Media-Kontakte nicht an Dritte weitergeben und sie nicht gegen die berechtigten Interessen des Arbeitgebers verwerten.⁵⁵

Allenfalls stehen der Verwertung unlauter beschaffter Kundenkontakte auch wettbewerbsrechtliche Schranken (Art. 2 ff. UWG) entgegen.⁵⁶ Wurden die Social Media-Kontakte, wie in Beispiel 2 bzw. 5, an einen Dritten (z.B. den neuen Arbeitgeber) weitergegeben, und ist ein wettbewerbsrechtlicher Tatbestand erfüllt, könnte der ehemalige Arbeitgeber dem Dritten gegebenenfalls, neben weiteren Rechtsbehelfen, die Verwendung dieser Kontakte untersagen (Art. 9 UWG bzw. Art. 9 i.V.m. Art. 11 UWG).⁵⁷

Ebenfalls unlauter im Sinne des Wettbewerbsrechts kann es sein, wenn ein Arbeitnehmer das Corporate Design seines ehemaligen Arbeitgebers in seinem Social Media-Profil weiter verwendet, nämlich dann, wenn darüber Produkte oder Dienstleistungen angeboten werden (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG). Zudem können bei

⁴⁹ Orientiert an *Phonedog v. Kravitz* (Fn. 8).

⁵⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 14), Art. 321a N 2.

⁵¹ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321a N 25 f.

⁵² RUDOLPH (Fn. 46), 99, m.w.H.

⁵³ Zu den Geheimniskriterien STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 14), Art. 321a N 12.

⁵⁴ A.M. ArbG Hamburg, Urteil vom 24.1.2013 – 29 Ga 2/13, wo das Gericht die geschäftlichen Kontakte als Geschäftsgeheimnisse beurteilt hat, was in der deutschen Lehre stark kritisiert wurde, siehe REINHARD MÖLLER, Xing-Kontakte als Geschäftsgeheimnis des Arbeitgebers, AuA 2014, 60.

⁵⁵ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321a N 26 f.

⁵⁶ Zu wettbewerbsrechtlichen Schranken siehe RUDOLPH (Fn. 46), 102 f., m.w.H.

⁵⁷ Weiterführend BSK UWG-RÜESCH/ROTH/FRICK, Art. 9 N 1 ff.; STEFANIE MEIER-GUBSER, Arbeitsrechtlicher Gedankenflug übers UWG, AJP 2014, 1486 ff., 1488 f.

der fortgesetzten Nutzung des Corporate Design des ehemaligen Arbeitgebers auch kennzeichenrechtliche Unterlassungsansprüche bestehen.⁵⁸

Der Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen stehen insgesamt hohe Prozessrisiken entgegen. Der erzielbare Nutzen überwiegt die aus einer Klage resultierenden möglichen Kosten oftmals nicht.⁵⁹

IV. Datenschutzrechtliche Hürden bei der Übergabe von Social Media-Daten

Aus Arbeitgebersicht ist hinsichtlich Datenschutzrecht zwischen zwei Personengruppen zu unterscheiden, den eigenen Arbeitnehmern und Dritten (wie z.B. Kunden und Lieferanten). Den Schutz der persönlichen Daten des Arbeitnehmers gewährleisten Art. 328b OR und das DSG.⁶⁰ Durch diese Bestimmungen und Art. 26 ArGV 3 sind z.B. der Überwachung der Social Media-Nutzung des Arbeitnehmers Grenzen gesetzt.⁶¹

Vorliegend steht der Umgang mit den Daten Dritter im Zentrum. Social Media-Accounts und darin aufgezeichnete Kommunikationen können u.a. Daten über religiöse, weltanschauliche oder politische Ansichten enthalten. Solche Informationen stellen besonders schützenswerte Personendaten im Sinne von Art. 3 lit. c DSG dar.⁶² Gleichzeitig können die so verfügbaren Daten die Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit einer Person ermöglichen und erfüllen damit die Anforderungen an ein Persönlichkeitsprofil nach Art. 3 lit. d DSG.⁶³ An das Sammeln von besonders schützenswerten Personendaten (Art. 3 lit. c. DSG) oder Persönlichkeitsprofilen (Art. 3 lit. d DSG) stellt das DSG erhöhte Anforderungen.⁶⁴ So muss der Inhaber einer Datensammlung die betroffene Person z.B. über die Weitergabe der Daten an einen Dritten informieren (Art. 14 Abs. 2 lit. c DSG).⁶⁵ Bei Unterlassung begeht der

⁵⁸ Zum Kennzeichenrecht bei der Nutzung von Social Media siehe BARBARA K. MÜLLER, Kennzeichenrecht, in: Staffelbach/Keller (Hrsg.), Social Media und Recht für Unternehmen, Zürich 2015, 103 ff.; HOFFMANN-REMY/TÖDTMANN (Fn. 18), 796.

⁵⁹ HOFFMANN-REMY/TÖDTMANN (Fn. 18), 796 f.

⁶⁰ Weiterführend dazu WILDHABER/HÄNSENBERGER (Fn. 9), 317 f.

⁶¹ Weiterführend dazu WILDHABER/HÄNSENBERGER (Fn. 9), 332 ff.

⁶² BEAT RUDIN, Stämpflis Handkommentar, Art. 3 DSG N 19 ff.

⁶³ Aus der Perspektive von Betreibern von Social Media-Netzwerken YVONNE PRIEUR, Datenschutz durch «Big-Data-Geschäfte» auf dem Prüfstand, AJP 2015, 1643 ff., 1652.

⁶⁴ Für einen Überblick über die Rechtsfolgen, welche an besonders schützenswerte Personendaten und Persönlichkeitsprofile geknüpft sind, siehe DAVID ROSENTHAL/YVONNE JÖHRI, Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008, Art. 3 N 44.

⁶⁵ Vgl. AMÉDÉO WERMELINGER, Stämpflis Handkommentar, Art. 14 DSG N 6.

Inhaber der Datensammlung eine Persönlichkeitsverletzung (Art. 12 Abs. 2 lit. c DSGVO) bzw. macht sich nach Art. 34 DSGVO strafbar. Dies kann für die Übergabe von Kontakten relevant sein.

Aus diesem Grund kommt es bei der datenschutzrechtlichen Beurteilung nicht auf die Perspektive des Arbeitgebers oder Arbeitnehmers an, sondern auf die Auffassung des Dritten, wem er meinte, seine Daten zur Verfügung zu stellen. Somit ist für die *Abgrenzung zwischen privaten und geschäftlichen Kontakten* bei datenschutzrechtlichen Fragen auf das äussere Erscheinungsbild des Profils abzustellen. Es zählt der Blickwinkel des jeweiligen Social Media-Kontaktes. Nach folgenden, nicht abschliessenden Kriterien kann festgestellt werden, ob der Dritte von einem geschäftlichen Account ausgehen kann.⁶⁶

Checkliste zur Feststellung geschäftlicher Social Media-Profile (nicht abschliessend)
Wird im Profil der Name des Arbeitgebers verwendet?
Ist als Kontaktadresse die geschäftliche E-Mail-Adresse hinterlegt?
Wird im Profil die geschäftliche Postadresse angegeben?
Enthält das Profil überwiegend geschäftliche Inhalte (Postings/geteilte Links)?
Werden Corporate Design oder Kennzeichen des Arbeitgebers verwendet?
Dient das betreffende Social Media-Netzwerk geschäftlichen Zwecken?

Abbildung 2 – Checkliste zur Feststellung geschäftlicher Social Media-Profile

Diese Kriterien können allerdings nur eine Hilfestellung für die Festlegung der Profilarart sein. Entscheidend sind der Gesamteindruck eines Dritten und die Beurteilung im Einzelfall. Falls aus den vorgenannten Kriterien nicht deutlich wird, dass der Arbeitnehmer als Mitarbeiter des Arbeitgebers handelt, ist der Account als ein privates Profil zu betrachten.

Bei geschäftlichen Kontakten in *Unternehmensprofilen* dürfte eine Übergabe des Profils an den Arbeitgeber oder einen anderen Arbeitnehmer unproblematisch sein. Denn der geschäftliche Kontakt geht davon aus, jeweils mit einem Vertreter des Unternehmens zu kommunizieren. Hat der zuständige Arbeitnehmer auch private Kontakte oder bei Gelegenheit der arbeitsvertraglichen Tätigkeit gewonnene Kontakte über das Unternehmensprofil geführt, sind diese über einen Arbeitnehmerwechsel bei der Betreuung des Unternehmensprofils zu informieren. Bei fehlender (expliziter oder impliziter) Zustimmung des Dritten über eine Datenweitergabe

⁶⁶ Orientiert an HOFFMANN-REMY/TÖDTMANN (Fn. 18), 794 f.

sind dessen Daten und die Verbindung im Unternehmensprofil bei der Übergabe zu löschen.

Ähnlich ist die Situation bei einem *geschäftlichen Social Media-Account im Namen des Arbeitnehmers, der aber deutlich als Vertreter seines Arbeitgebers gekennzeichnet* ist, wie in Beispiel 2. Rein geschäftliche Kontakte können durch die Übergabe der Zugangsdaten zum Profil an den Arbeitgeber oder einen anderen Arbeitnehmer übertragen werden. Bei privaten Kontakten und bei Gelegenheit der arbeitsvertraglichen Tätigkeit geknüpften Kontakten kann eine Übergabe nicht ohne weiteres erfolgen. Die betroffenen Personen sind über einen Arbeitnehmerwechsel zu informieren und sofern sie einer Datenweitergabe nicht zustimmen, sind ihre Daten und die Verbindung im Unternehmensprofil zu löschen.

Bei Kontakten in einem *privaten Social Media-Profil*, d.h. einem auf den Arbeitnehmer lautenden Profil, muss der Dritte hingegen nicht damit rechnen, dass seine Personendaten von einer anderen Person als derjenigen des Arbeitnehmers bearbeitet werden. Eine Weitergabe ohne seine Einwilligung würde deshalb seine Datenschutzrechte verletzen (bei einfachen Personendaten Art. 4 Abs. 3 DSGVO und bei Datensammlungen Art. 14 Abs. 2 lit. c DSGVO). Demzufolge darf der Arbeitnehmer aus datenschutzrechtlicher Sicht weder Daten von geschäftlichen noch von privaten Kontakten in seinem privaten Account an seinen Arbeitgeber weitergeben. Eine Weitergabe dieser Kontaktdaten würde eine unzulässige Datenbearbeitung darstellen (Art. 12 Abs. 2 Bst. a DSGVO) und damit die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Drittperson unzulässig verletzen – sofern keine andern Rechtfertigungsgründe (Art. 13 DSGVO) vorliegen.⁶⁷

V. Best Practice-Grundsätze

A. Stufen-Modell

Wie vorstehend ausgeführt wurde, wird der Umgang mit Social Media-Kontakten insbesondere durch arbeitsrechtliche Normen (vorstehend III.) und datenschutzrechtliche Vorgaben (vorstehend IV.) beeinflusst. Aus diesem Grund ist die Frage, ob Accounts, Kontakte oder Zugangsdaten an Arbeitgeber zu übertragen bzw. zu löschen sind, in mehreren Stufen zu beantworten:

⁶⁷ WILDHABER/HÄNSENBERGER (Fn. 9), 324.

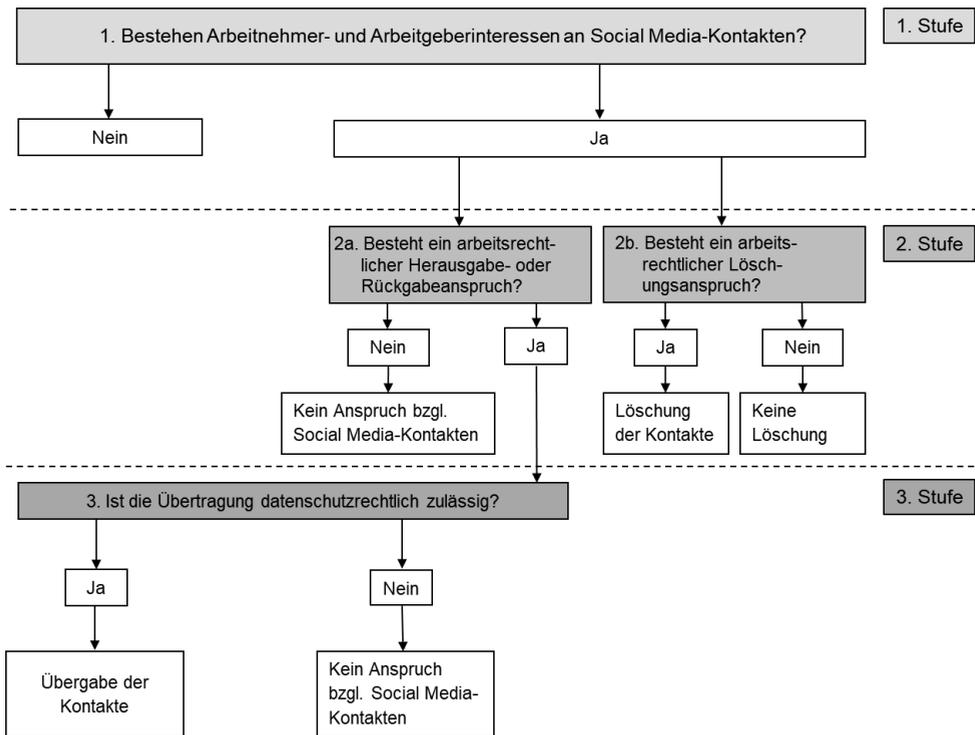


Abbildung 3 – Stufen-Modell

B. Individuelle Vereinbarungen

Die in Frage stehenden Social Media-Kontakte stellen oft massgebliche wirtschaftliche Assets des Unternehmens dar. Es stellt sich deshalb die Frage, inwiefern rechtlichen Streitigkeiten durch präzise Vertragsgestaltung vorgebeugt werden kann.

Arbeitgebern ist zu *empfehlen*, ihre Arbeitnehmer proaktiv über die *Einrichtung eines geschäftlichen Social Media-Profiles* (vorstehend III.A.2.) dazu zu bringen, über diese mit Geschäftskontakten zu kommunizieren. Bei Unternehmensprofilen besteht die Möglichkeit, mittels einer individuellen Nutzungsvereinbarung Einfluss auf das Verhalten des Arbeitnehmers zu nehmen, um insbesondere Probleme bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu vermeiden.⁶⁸ Gegenstand einer solchen Nutzungsvereinbarung können folgende Regelungspunkte sein:⁶⁹

⁶⁸ WILDHABER/HÄNSENBERGER (Fn. 9), 325.

⁶⁹ Diese Auflistung orientiert sich an HOFFMANN-REMY/TÖDTMANN (Fn. 18), 797 ff.

A. Zuordnung des Accounts:
1. Festlegen, ob es sich beim Account um ein Unternehmensprofil, ein Profil des Arbeitnehmers im Namen des Arbeitgebers oder um ein privates Profil (nicht zu empfehlen) handelt;
2. Regelung für die Übernahme eines vor Arbeitsantritt bestehenden Accounts (inklusive allfällige Entschädigung an den Arbeitnehmer). Übernimmt der Arbeitgeber den früher bestehenden Account, ist dafür die Einwilligung der bestehenden Kontakte notwendig;
3. Festlegen, dass der Account mit der geschäftlichen E-Mail-Adresse verknüpft wird. An diese E-Mail-Adressen werden z.B. Passwortwiederherstellungsgesuche des Social Media-Anbieters gesandt. Regelung zur Kontaktpflege;
4. Verpflichtung des Arbeitnehmers, Social Media-Kontakte ausserhalb des sozialen Netzwerkes auf dem Server des Arbeitgebers zu speichern und regelmässig zu aktualisieren (z.B. mit einer Kontaktverwaltungssoftware des Arbeitgebers);
5. Ausschluss der privaten Nutzung (Versand privater Nachrichten/Knüpfen von privaten Kontakten). Kennzeichnungspflicht für nicht rein geschäftliche Social Media-Kontakte;
6. Verpflichtung des Arbeitnehmers zur regelmässigen Kategorisierung der Kontakte (z.B. in Kunden/Lieferanten);
7. Verpflichtung des Arbeitnehmers als Vertreter des Arbeitgebers aufzutreten.

B. Regelungen zur Kontaktpflege:
1. Verpflichtung des Arbeitnehmers, Sicherungen/Synchronisationen der Kontakte nur auf Geräten des Arbeitgebers zu speichern. Eine Ausnahme von dieser Regel führt zur Nutzung des privaten Speicherortes als BYOD («Bring Your Own Device»)-Gerät. Dafür sind weitergehende Richtlinien dringend zu empfehlen; ⁷⁰
2. Verpflichtung des Arbeitnehmers, Zugangsdaten (z.B. aktuelles Passwort) an einem vereinbarten Ort zu hinterlegen;
3. Regelungen für die Stellvertretung bei Abwesenheit (z.B. Ferien/Krankheit/Unfall), Kündigung und den Tod des Arbeitnehmers;
4. Arbeitszeitregelung für allfällige Betreuung ausserhalb der Bürozeiten;
5. Regelungen zu den Kontrollbefugnissen des Arbeitgebers;
6. Definieren von Abläufen, falls der Account «gehackt» wird;
7. Meldepflichten für Ereignisse wie übermässige Kritik am Arbeitgeber («Shitstorm»).

⁷⁰ Siehe ISABELLE WILDHABER/SILVIO HÄNSENBERGER, Bring Your Own Device (BYOD), ARV 2016, 151 ff.

C. Regelungen für den Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses:

1. Herausgabepflicht sämtlicher geschäftlicher Kontakte festlegen;
2. Einsichtsrecht für alle mit dem Account verknüpften Kontakte vorbehalten (bei einem Unternehmensprofil oder einem Profil des Arbeitnehmers im Namen des Arbeitgebers);
3. Pflicht zur Herausgabe, Rückgabe bzw. Löschung geschäftlicher Kontakte nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses vereinbaren;
4. Gegebenenfalls ein Konkurrenzverbot vereinbaren, das nach Ort, Zeit und Gegenstand angemessen begrenzt ist (Art. 340a OR),⁷¹ sowie Festsetzen von Kriterien für eine Entschädigung des Arbeitnehmers.

Selbst eine umfassende Nutzungsvereinbarung kann den Arbeitgeber nicht in jedem Konfliktfall davor schützen, dass er eine Beeinträchtigung seiner Interessen im Hinblick auf Social Media-Kontakte hinnehmen muss. Das liegt insbesondere daran, dass er auch im Rahmen einer solchen Vereinbarung die private Sphäre des Arbeitnehmers nicht verletzen darf und die Datenschutzrechte des Dritten zu achten hat. Zudem kann der fehlende Zugriff auf den Speicherort der Social Media-Daten eine effektive Rechtsdurchsetzung verhindern. Neben der Risikominimierung schafft eine Nutzungsvereinbarung ein gemeinsames Verständnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmer, was den Umgang mit Social Media betrifft, und hilft bei der Sensibilisierung der Arbeitnehmer. Nicht ausser Acht gelassen werden sollte, dass Social Media-Strategien häufig eine gewisse Freiheit zur Spontanität und Kreativität voraussetzen. Eine Überregulation kann diesem Ziel entgegenwirken.⁷²

Neben vertraglichen Vereinbarungen sollte der Arbeitnehmer auch organisatorische Massnahmen treffen. So könnte er z.B. mehrere Arbeitnehmer mit der Betreuung seines Social Media-Auftrittes betrauen. Damit sinkt das Risiko, dass beim Austritt eines Arbeitnehmers Know-how und geschäftliche Kontakte verloren gehen. In grösseren Organisationen könnte von den Parteien zudem eine unabhängige Person oder Kommission mit der Schlichtung bei Uneinigkeit über die Zuordnung von Kontakten zur privaten oder geschäftlichen Sphäre betraut werden.⁷³

⁷¹ Weiterführend dazu ROGER RUDOLPH, Fokus Arbeitsrecht: Sorgenkind Konkurrenzverbot, TREX 2010, 88 ff.

⁷² HOFFMANN-REMY/TÖDTMANN (Fn. 18), 797.

⁷³ Im deutschen Recht siehe HOFFMANN-REMY/TÖDTMANN (Fn. 18), 798.

VI. Schlusswort

Die rechtliche Entwicklung hält mit der zunehmenden Verbreitung von Social Media im geschäftlichen Umfeld nicht Schritt. Während die Nutzung derartiger Netzwerke zur Kontaktpflege erwünscht und teilweise sogar gefordert wird, haben viele Unternehmen keine tauglichen Best Practice-Grundsätze für die vielfältigen Probleme, die hieraus resultieren können. Die bestehende schweizerische Gesetzeslage steht im Umgang mit Social Media noch am Anfang und klare Leitlinien fehlen. Dem Arbeitgeber, der nach Vertragsende über die geschäftlichen Social Media-Kontakte allein verfügen möchte, stehen rechtliche und faktische Hindernisse im Weg. Die Durchsetzung bestehender Ansprüche wird so zum «Glücksspiel». Dem Arbeitgeber ist deshalb die Verwendung von Best Practice-Grundsätzen zu empfehlen. Darin ist im Rahmen einer individuellen Nutzungsvereinbarung z.B. festzuhalten, dass die Betreuung von geschäftlichen Kontakten nur in einem rein geschäftlich genutzten Profil des Arbeitgebers stattzufinden hat. Durch vorausschauende Vertragsgestaltung kann einerseits die Social Media-Nutzung durch Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis ermöglicht und ein gemeinsames Verständnis darüber geschaffen, andererseits das Risiko eines Rechtsstreites, wem Accounts, Kontakte und Zugangsdaten gehören, reduziert werden.