



### Wer schreibt, der bleibt

Bundesarbeitsgericht verlangt im Arbeitsverhältnis Schriftform für Einwilligungen in Bildnisveröffentlichungen

### Die rechtlichen Herausforderungen von „Bring Your Own Device“ – Lifestyle contra Sicherheit

Teil 4: Weitere rechtliche Facetten, Beendigungstatbestände

### Big Brother „LIKES“ watching you

Landesarbeitsgericht Düsseldorf entscheidet über Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats an Facebook-Auftritt des Arbeitgebers

# Wer schreibt, der bleibt

## Bundesarbeitsgericht verlangt im Arbeitsverhältnis Schriftform für Einwilligungen in Bildnisveröffentlichungen

von Florian Klein

Personenbilder und Imagevideos mit Angestellten gehören seit einiger Zeit zu den gängigen Mitteln der Öffentlichkeitsarbeit nicht nur von Unternehmen, sondern auch von Hochschulen. Sind dabei jedoch einzelne Personen in erkennbarer Weise abgebildet, ist bei jeder Veröffentlichung das Recht am eigenen Bild zu beachten. Dies führt in der Regel dazu, dass die Veröffentlichung der Einwilligung der abgebildeten Person bedarf. Im Hinblick auf die Formerfordernisse, die bei der Einholung einer solchen Einwilligung zu beachten sind, hat das Bundesarbeitsgericht nun mit Urteil vom 11.12.2014 (Az. 8 AZR 1010/13) entschieden, dass eine entsprechende Einwilligung im Arbeitsverhältnis aufgrund der Bedeutung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung der Arbeitnehmer nur wirksam ist, wenn sie schriftlich erteilt wurde. Außerdem äußerte sich das Gericht zu den Anforderungen, die für einen Widerruf der Einwilligung bestehen.

### I. Hintergrund

Das Recht am eigenen Bild ist ein besonderes Persönlichkeitsrecht, das jeder natürlichen Person zusteht und sie davor schützt, dass ohne oder gegen ihren Willen Bilder von ihr in die Öffentlichkeit getragen werden. Besondere Bekanntheit erlangt es meistens dann, wenn Prominente gerichtlich gegen die Veröffentlichung von Paparazzi-Fotos in den einschlägigen Zeitungen oder Zeitschriften vorgehen. Dies darf aber nicht darüber hinweg täuschen, dass jedem dieses Recht zusteht. Nidergelegt ist das Recht am eigenen Bild seit dem Jahr 1907 in § 22 Kunsturhebergesetz (KUG), welcher bestimmt, dass Bildnisse nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden dürfen. Diese Norm ist auch für Hochschulen von Relevanz, da es dort im Bereich der Außendarstellung häufig zu Veröffentlichungen von Personenbildern kommt. Dies betrifft nicht nur Konstellationen, in denen der Hochschule durch die Veröffentlichung von Mitarbeiterfotos oder Imagevideos mit Angestellten und Studierenden ein Gesicht gegeben werden soll, sondern auch Vorlesungsaufzeichnungen, in denen Dozenten oder Zuhörer zu sehen sind,

und Bilder anderer Veranstaltungen, die Menschen zeigen. Ein geschütztes Bildnis liegt schon dann vor, wenn das äußere Erscheinungsbild einer Person in einer für Dritte erkennbaren Weise wiedergegeben wird, ohne dass es dabei auf eine besondere Form oder ein besonderes Medium der Wiedergabe ankommt. Neben klassischen Foto- oder Videoaufnahmen erfasst dies etwa Zeichnungen, solange die abgebildete Person erkennbar bleibt. Primäres Identifizierungsmerkmal im Rahmen der Erkennbarkeit sind die Gesichtszüge einer Person, allerdings können auch sonstige individuelle Merkmale wie beispielsweise Haarfarbe, Figur, Größe oder Statur im Einzelfall zu einer Erkennbarkeit führen. Die Rechtsprechung lässt es dabei ausreichen, wenn die Erkennbarkeit für einen mehr oder minder großen Bekanntenkreis des Abgebildeten besteht.

Der Einwilligung bedarf nach § 22 KUG allerdings nur die Verbreitung und die öffentliche Zurschaustellung eines Bildnisses. Die Herstellung einer Aufnahme ist dagegen zumindest vom KUG nicht erfasst. Da das Recht am eigenen Bild noch einen verfassungsrechtlichen Kern besitzt, der zudem über die allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen abgesichert ist, kann

durchaus schon die Herstellung eines Bildnisses rechtswidrig sein, was zum Beispiel häufig bei heimlichen Aufnahmen der Fall ist.

Für eine Verbreitung im Sinne des § 22 KUG kommt es darauf an, dass eine körperliche Weitergabe des Originals oder von Kopien des Bildnisses erfolgt, die das Risiko einer nicht mehr zu kontrollierenden Kenntnisnahme birgt. Eine Weitergabe in der Öffentlichkeit ist dabei aber nicht erforderlich.

Der Tatbestand der öffentlichen Zurschaustellung erfasst dagegen jede Art der (unkörperlichen) Sichtbarmachung eines Bildnisses, bei der das Publikum keine Verfügungsgewalt darüber erhält. Öffentlich ist die Zurschaustellung, wenn sie gegenüber einer Mehrzahl von Personen (d.h. mindestens 2 Personen) erfolgt, die nicht durch gegenseitige Beziehungen oder durch Beziehung zum Schausteller persönlich untereinander verbunden sind. Klassische Beispiele sind hierfür die Ausstrahlung in einem Film oder im Fernsehen.

Die Veröffentlichung von Mitarbeiterfotos oder Imagevideos im Internet oder auch im Intranet wird in der Regel als öffentliche Zurschaustellung anzusehen sein, sodass die Beschränkungen des Rechts am eigenen Bild zu beachten sind.

Zulässig sind solche Handlungen deshalb nur, wenn eine Einwilligung des Betroffenen vorliegt. Dass diese im Normalfall auch formlos, also beispielsweise mündlich oder durch schlüssiges Verhalten, erteilt werden kann und dass ein Widerruf der Einwilligung nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes und nach Abwägung der widerstreitenden Interessen möglich sein soll, war in Fachkreisen bislang weitgehend anerkannt. Eine detailliertere Darstellung der Fragestellungen rund um Einwilligung, Widerruf und Ausnahmen vom Einwilligungserfordernis mit besonderem Augenmerk auf den Hochschulbereich findet sich bereits in einer früheren Ausgabe des DFN-Infobriefs Recht, weshalb an dieser Stelle ausdrücklich auf diesen Artikel verwiesen werden soll (s. Klein, „Das haben wir auf Band“ in: DFN-Infobrief Recht 3/2015).

Werden Personenbilder ohne die erforderliche Einwilligung veröffentlicht, stellt dies eine Verletzung des Rechts am eigenen Bild dar, die zu Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen des Betroffenen führen kann. Außerdem kann dies gegebenenfalls Schadensersatzansprüche auslösen, die bei schwerwiegenden Persönlichkeitsrechtsverletzungen insbesondere die Zahlung eines Ausgleichs für immaterielle

Schäden (sog. Schmerzensgeld) umfassen können. Darüber hinaus ist noch zu beachten, dass die Verletzung des Rechts am eigenen Bild nach dem Kunsturhebergesetz eine Straftat darstellt (§ 33 KUG), die mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe sanktioniert ist. Eine Strafverfolgung kann jedoch ausschließlich auf Antrag des Verletzten erfolgen.

## II. Die Entscheidung des Gerichts

Besonders eingängig wurden das Recht am eigenen Bild und seine Auswirkungen im Arbeitsverhältnis kürzlich in einem Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) behandelt. Das BAG hatte im Hinblick auf die Veröffentlichung eines Imagefilms eines Unternehmens zu entscheiden, welche Anforderungen an die Einwilligung in eine Bildnisveröffentlichung im Arbeitsverhältnis bestehen und unter welchen Voraussetzungen ein Widerruf erklärt werden kann. Dabei stellte das Gericht nicht nur den Vorrang des KUG vor dem Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) fest, sondern statuierte auch ein Schriftformerfordernis für die Einwilligung von Arbeitnehmern.

### 1. Sachverhalt

Kläger war ein Monteur, der bei der Beklagten, einem Unternehmen für Kälte- und Klimatechnik, seit Juli 2007 angestellt war. Im Oktober 2008 unterschrieb der Kläger zusammen mit ca. 25 Kollegen eine Namensliste, die die Erklärung enthielt, dass Filmaufnahmen von seiner Person zur freien Nutzung im Rahmen der Öffentlichkeitsarbeit der Beklagten verwendet und ausgestrahlt werden dürfen. Daraufhin produzierte das beklagte Unternehmen einen Werbefilm, in dem der Kläger in zwei Sequenzen kurz zu sehen war. Die erste Szene befand sich am Anfang des Videos und zeigte einen vom Kläger gesteuerten Pkw, wobei zwischen den Parteien streitig war, ob der Kläger in dieser Szene überhaupt erkennbar war. In der zweiten beanstandeten Szene am Ende des Videos war dagegen ein Gruppenbild der Angestellten zu sehen, auf dem der Kläger mit ca. 30 Kollegen für knapp 2 Sekunden erkennbar abgebildet war. Nach Abschluss der Produktion wurde dieser Imagefilm von dem beklagten Unternehmen wie geplant im Rahmen eines neuen Internetauftritts online gestellt und konnte fortan über dessen Homepage angeschaut werden, was längere Zeit unbeanstandet blieb. Gut zwei Jahre später, Ende Januar 2011, endete dann das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten. Im November 2011 wiederum, nachdem weitere zehn Monate vergangen waren, ließ der klägerische Monteur

per Anwaltsschreiben gegenüber dem beklagten Unternehmen erklären, dass er seine „möglicherweise“ erteilte Einwilligung zur Verwendung seiner Bilder widerrufe und verlange, dass das Video bis spätestens zum 8.12.2011 von der Homepage entfernt werde. Nach fruchtlosem Fristablauf reichte er eine Unterlassungsklage beim zuständigen Arbeitsgericht ein, die verbunden war mit der Forderung nach Zahlung eines Schmerzensgeldes. Daraufhin löschte die Beklagte das Video Ende Januar 2012 von ihrer Homepage, behielt sich allerdings vor, es in Zukunft wieder dort zu veröffentlichen.

## 2. Urteil

Nach dem Gang durch die Instanzen landete das Verfahren schließlich beim Bundesarbeitsgericht, welches die Klage im Ganzen für unbegründet hielt und sie deshalb vollumfänglich abwies. Eine Verletzung des Rechts am eigenen Bild des Klägers konnten die Richter nämlich aufgrund der Einwilligung des Klägers nicht erkennen.

Zunächst entschied das BAG, dass sich die Zulässigkeit der Veröffentlichung des Werbefilms nach den §§ 22, 23 KUG richte und nicht nach dem Datenschutzrecht. Dies ist beachtlich, weil Abbildungen von erkennbaren Personen meistens auch als personenbezogene Daten einzustufen sind, für die grundsätzlich das Datenschutzrecht (BDSG bzw. die Landesdatenschutzgesetze) gilt. Insofern wäre gegebenenfalls die Bejahung eines Löschungsanspruchs nach den Vorschriften des BDSG in Betracht gekommen. In welchem Verhältnis BDSG und KUG bei solchen Bildnisveröffentlichungen zueinander stehen, wurde bisher in der Rechtsprechung jedoch kaum erörtert. Vielmehr wurde in der Regel stillschweigend allein das KUG als Maßstab der rechtlichen Beurteilung herangezogen. Da das BDSG und das KUG in ihren Regelungen aber keinesfalls deckungsgleich sind und teilweise sich widersprechende Anforderungen stellen, muss das Verhältnis der beiden Gesetze zueinander geklärt werden.

Das BAG setzte sich nun erstmals höchstrichterlich mit dieser Frage auseinander und stellte fest, dass das KUG als Spezialgesetz für Fragen der Veröffentlichung von Bildnissen vorrangig vor dem BDSG sei. Dabei stützte es sich insbesondere auf § 1 Abs. 3 BDSG, welcher eine Subsidiarität des BDSG vorsieht, soweit andere Rechtsvorschriften des Bundes auf personenbezogene Daten einschließlich deren Veröffentlichung anzuwenden sind. Im Hinblick auf die teilweise strengeren Voraussetzungen der Datenschutzgesetze war das Gericht nur

zu dem Zugeständnis bereit, dass die dem Datenschutzrecht zugrunde liegenden Verfassungsgrundsätze bei der Anwendung des KUG zu beachten und zu wahren seien. Dazu gehört vor allem das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, welches gewährleistet, dass der Einzelne grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten bestimmen kann.

Nach Klärung des anzuwendenden Gesetzes stellte das BAG fest, dass der Werbefilm jedenfalls aufgrund des enthaltenen Gruppenfotos ein Bildnis im Sinne des § 22 KUG darstelle. Im Hinblick auf die umstrittene Anfangssequenz wurde dagegen offengelassen, ob eine Erkennbarkeit tatsächlich vorlag, da zumindest eine erkennbare Abbildung bereits vorhanden war, die den Schutzbereich des § 22 KUG eröffnete. Auch die Frage, ob eine Ausnahme des § 23 KUG einschlägig war, welche die Veröffentlichung ohne Einwilligung des Klägers hätte rechtfertigen können, beantwortete das BAG aufgrund der Einwilligung des Klägers nicht.

Im Folgenden erläuterte das BAG dann, warum hier eine Einwilligung vorlag und welche Anforderungen an deren Wirksamkeit zu stellen sind.

Grundsätzlich bestünden für die Einwilligung nach dem KUG keine Formerfordernisse, sodass sie auch formlos oder konkludent erteilt werden könne. Dass darin ein Wertungswiderspruch zum Datenschutzrecht liege, welches ein Schriftformersfordernis für die Einwilligung aufstellt, sei jedoch hinzunehmen, weil das KUG eine bereichsspezifische Spezialregelung darstelle, die insofern Vorrang habe.

Allerdings hielten die Richter eine verfassungskonforme Auslegung des § 22 KUG für erforderlich, in deren Rahmen eine Abwägung zwischen dem Verwendungsinteresse des Arbeitgebers und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Arbeitnehmers vorgenommen werden müsse. Aus dieser Abwägung soll sich dann ableiten lassen, ob im konkreten Fall eine Erlaubnis erforderlich ist und in welcher Form diese zu erteilen ist. Da die Ausübung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung im Arbeitsverhältnis von hoher Bedeutung sei, ergebe sich aus der Abwägung, dass die Einwilligung der Arbeitnehmer auch und gerade im Arbeitsverhältnis der Schriftform bedürfe. Denn nur bei einer schriftlichen Einwilligung könne dem Arbeitnehmer hinreichend verdeutlicht werden, dass die Einwilligung zur Veröffentlichung von Bildern nicht zu den arbeitsvertraglichen Verpflichtungen gehört und

dass ihre Erteilung oder Verweigerung keine Folgen für das Arbeitsverhältnis haben dürfen.

Hier hatte der Kläger die Namensliste unterschrieben und damit seine Einwilligung erteilt. Diese Erklärung erfolgte anlassbezogen, weil es bei der Liste um ein konkretes Filmprojekt zu Werbezwecken ging, sie wurde im Einzelfall eingeholt, klar bezeichnet und separat von anderen Erklärungen schriftlich abgegeben. Dies erfüllte daher die Anforderungen, die an eine informierte Einwilligung zu stellen sind. Insbesondere handelt es sich auch nicht nur um eine allgemeine Einwilligung in nicht näher bezeichnete Veröffentlichungen, die vorab generalisierend im Arbeitsvertrag erteilt wurde.

Zuletzt setzt eine wirksame Einwilligung voraus, dass sie freiwillig erteilt wurde. Daran könnte man zweifeln, weil der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber weisungsgebunden ist und dadurch ein Über-/Unterordnungsverhältnis besteht. In dieser Hinsicht positionierte sich das BAG allerdings sehr klar und stellte fest, dass eine freiwillige Erklärung selbst im Arbeitsverhältnis möglich ist, weil ein Arbeitnehmer mit Eingehung des Arbeitsverhältnisses und Eingliederung in einen Betrieb nicht seine Grund- und Persönlichkeitsrechte abgibt.

Auch im konkreten Fall hatte das Gericht keine Zweifel an der Freiwilligkeit der Einwilligung, da keine Anhaltspunkte für besonderen Druck oder Zwang vorlagen. Im Übrigen hatten sechs andere Beschäftigte der Beklagten die Namensliste nicht unterschrieben, wobei bei einem sogar der Abwesenheitsvermerk „Urlaub, Krank oder Schule“ fehlte. Daraus ließ sich schließen, dass dieser Arbeitnehmer schlicht keine Einwilligung erteilen wollte, was ohne arbeitsrechtliche Konsequenzen für ihn blieb.

War damit also geklärt, dass ursprünglich eine wirksame Einwilligung zur Veröffentlichung des Imagevideos bestand, musste sich das BAG noch mit der Frage befassen, ob diese Einwilligung mittlerweile wieder erloschen war. Dazu diskutierte es drei potentielle Erlöschungsgründe.

Zunächst wäre ein Erlöschen der Einwilligung möglich gewesen, wenn sie zeitlich befristet erteilt worden und diese Frist abgelaufen wäre. Insbesondere wäre es zulässig gewesen, seine Einwilligung ausdrücklich auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses zu beschränken. Eine solche Beschränkung oder Befristung lag hier jedoch nicht vor.

Danach stellten die Richter fest, dass jedenfalls bei Bildern oder Filmen, die reinen Illustrationszwecken dienen und die keinen spezifischen Bezug zu der individuellen Person des Arbeitnehmers aufweisen, die Einwilligung nicht automatisch mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses erlischt. Stattdessen müsste der abgebildete Arbeitnehmer ausdrücklich erklären, dass er an seiner Einwilligung nicht mehr festhalten möchte. Ein solcher automatischer Wegfall der Einwilligung mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses war zuvor gelegentlich in der Rechtsprechung angenommen worden, dürfte nun aber als überholt angesehen werden. Dass es sich im konkreten Fall nur um einen Film handelte, der allein Illustrationszwecken diente und nicht von der individuellen Person des Klägers lebte, bejahte das Gericht, weil die beiden beanstandeten Szenen nur allgemein die Arbeitsabläufe im Betrieb der Beklagten darstellen sollten und auch das Gruppenbild nur eine „typische“ Belegschaft abbilden sollte, ohne sich genauer auf die einzelnen Individuen zu beziehen.

Schließlich hatte sich das BAG noch mit einem potentiellen Erlöschen der Einwilligung durch den ausdrücklich per Anwaltschreiben erklärten Widerruf des Klägers zu beschäftigen. Eine Einwilligung im Sinne des KUG sei weder frei widerruflich noch zwingend unwiderruflich. Vielmehr sei erneut eine Interessenabwägung im Einzelfall erforderlich, um bestimmen zu können, ob die Einwilligung widerrufen werden könne. Dabei müsste auf Seiten des Arbeitgebers nicht nur sein Veröffentlichungsinteresse berücksichtigt werden, sondern vor allem auch sein wirtschaftliches Interesse daran, die entstandenen Produktionskosten für das Imagevideo durch werbliche Verwendung kompensieren zu können. Für den Arbeitnehmer streite dagegen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, welches mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses möglicherweise neue Impulse erhalten könne, was aber nicht zwangsläufig der Fall sein müsse. Insofern könne ein Arbeitnehmer grundsätzlich vorbringen, dass sein ehemaliger Arbeitgeber nach seinem Ausscheiden nicht mehr weiter mit Abbildungen von ihm werben soll. Dies stehe allerdings unter der Prämisse, dass die werbliche Verwendung ohne gesonderte Vergütung erfolgte. Darüber hinaus könne der Einwand der Unterlassung einer weiteren werblichen Verwendung nur berücksichtigt werden, wenn speziell mit der Person des Arbeitnehmers oder seiner Funktion im Unternehmen geworben wird. Werde das Bild des Arbeitnehmers dagegen nur für eine allgemeine Darstellung des Unternehmens genutzt, ohne dass die Person des AN besonders hervorgehoben, sein Name genannt oder seine Identität in sonstiger Weise herausgestellt

werde und vermittele die Abbildung auch nicht zwingend den Eindruck, es handle sich um die aktuelle Belegschaft, soll dies gerade keine wirtschaftliche und insbesondere persönlichkeitsrelevante Weiterverwertung der Abbildung des Arbeitnehmers darstellen. Da hier ausschließlich eine solche illustrative Verwendung der Abbildung des Klägers vorlag, ohne dass seine individuelle Persönlichkeit für Werbezwecke ausgenutzt wurde, konnte der Kläger diesen Einwand nicht erheben. Dementsprechend konnte er darauf auch keinen Widerruf stützen.

Vielmehr hielt es das BAG in einer solchen Konstellation im Hinblick auf einen Widerruf für erforderlich, dass der Arbeitnehmer einen Grund im Sinne einer plausiblen Erklärung angebe, warum er die Einwilligung jetzt widerrufen wolle, obwohl er sie früher doch noch erteilt habe. An einer solchen plausiblen Erklärung fehlte es hier, sodass das Gericht den erklärten Widerruf für unwirksam hielt. Dabei berücksichtigte es zusätzlich noch, dass der Widerruf erst zehn Monate nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erklärt wurde, was noch größeren Erklärungsbedarf mit sich brachte.

Im Ergebnis hatte die ursprünglich per Unterschrift auf der Namensliste erteilte Einwilligung Bestand, sodass eine Verletzung des KUG nicht vorlag und die Klage auf Unterlassung und Schmerzensgeld deshalb abzuweisen war.

### III. Fazit und Konsequenzen für die Hochschulpraxis

Das Urteil des BAG klärt für die arbeitsrechtliche Praxis und darüber hinaus allgemein einige wichtige Fragen. Zunächst wird im Verhältnis von Datenschutzrecht (BDSG, Landesdatenschutzgesetze) und Recht am eigenen Bild (KUG) ein Vorrang des spezialgesetzlichen Bildnisschutzes des KUG festgelegt. Bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Veröffentlichung von Mitarbeiterfotos oder ähnlichem sind deshalb zukünftig nur noch die Maßstäbe des KUG zu beachten. Diese hat das BAG aber jedenfalls für Arbeitsverhältnisse verschärft und fordert aufgrund einer verfassungskonformen Auslegung, dass Einwilligungen von Arbeitnehmern schriftlich erfolgen. Dies wird wohl weitgehend auf den Hochschulbereich übertragen werden können, zumal die Einholung schriftlicher Einwilligungen zuvor schon aus Beweisgründen sinnvoll war. Ob dieses vom BAG aufgestellte Schriftformerfordernis allerdings im Verhältnis zwischen den Studierenden und der Hochschule anzuwenden ist, kann nicht mit Sicherheit prognostiziert werden.

Ausgehend von der Argumentation des Gerichts wird man aber im Studierendenverhältnis wohl umso eher ein Schriftformerfordernis aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung ableiten können, je mehr für den Studierenden in der konkreten Situation eine besondere Abhängigkeit von der Hochschule besteht, da ein solches Abhängigkeitsverhältnis für das Arbeitsverhältnis typisch ist und somit zu einer vergleichbaren Interessenlage führen kann. Entscheidend ist dabei, inwiefern gerade die Schriftform erforderlich ist, um den Studierenden zu vermitteln, dass die Verweigerung oder Erteilung einer Einwilligung zur Bildnisveröffentlichung keinerlei Auswirkungen auf ihr Studium und das Verhalten der Hochschule hat. Dies dürfte vor allem in Prüfungen, Pflichtveranstaltungen oder sonstigen Situationen der Fall sein, in denen die Studierenden auf die Mitwirkung der Hochschule in besonderer Weise angewiesen oder einem besonderen Druck ausgesetzt sind. Im Übrigen können jedoch weiterhin formlose Einwilligungen ausreichend sein, sofern sich aus einer Interessenabwägung nichts anderes ergibt, wobei auch hier schriftliche Einwilligungen aus Beweisgründen stets vorzugswürdig sind.

Wichtig ist zudem die Feststellung, dass Willenserklärungen von Arbeitnehmern durchaus freiwillig sein können. Was zunächst unspektakulär klingt, bringt in der Praxis weitreichende Folgen mit sich, da dadurch das Instrument der Einwilligung auch im Arbeitsverhältnis zur Rechtfertigung von Eingriffen in Rechte der Arbeitnehmer herangezogen werden kann. Hier schafft das Urteil des BAG Rechtssicherheit und gebietet den vielen zweifelnden Ansichten in der juristischen Fachliteratur Schweigen. Trotz der Weisungsgebundenheit und der faktischen Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber bleiben autonome und freie Entscheidungen möglich. Dies eröffnet neuen Spielraum für Arbeitgeber, der für Hochschulen in vielerlei Hinsicht interessant sein kann, beispielsweise wenn man sich von seinen Angestellten die Befugnis einräumen lassen möchte, E-Mail-Konten, die zumindest zum Teil auch privat genutzt werden, stichprobenartig zu kontrollieren. Unbedingt zu beachten ist aber weiterhin, dass eine freie Entscheidung gerade im Arbeitsverhältnis voraussetzt, dass auf den Arbeitnehmer in keiner Weise Druck oder Zwang ausgeübt wird. Denn nur weil freiwillige Entscheidungen auch von Arbeitnehmern möglich sein sollen, ist dies nicht automatisch immer der Fall. Insofern sollte schon der Anschein vermieden werden, dass der Arbeitnehmer in eine bestimmte Richtung gedrängt wird, selbst wenn das nur durch das mittelbare In-Aussicht-Stellen von Nachteilen erfolgt. Über das Arbeitsverhältnis hinaus wird man diese Aussage wohl auf das Studieren-

denverhältnis übertragen können, da hier häufig eine deutlich geringere Abhängigkeit besteht als im Arbeitsverhältnis. Insofern können Willenserklärungen von Studierenden ebenfalls das Kriterium der Freiwilligkeit erfüllen.

Zu guter Letzt verdienen die aufschlussreichen Ausführungen des BAG zur Problematik des Erlöschens einer vormals erteilten Einwilligung Beachtung.

Klargestellt ist nunmehr nämlich, dass die Beendigung des Arbeitsverhältnisses – vorbehaltlich spezieller individueller Regelungen – nicht dazu führt, dass eine früher erteilte Einwilligung eines Arbeitnehmers ohne Weiteres, insbesondere ohne ausdrückliche Erklärung des Betroffenen, erlischt. Dies gilt jedenfalls für solche Abbildungen, auf denen der Betroffene nur zu reinen Illustrationszwecken zu sehen und seine individuelle Person nicht von Belang für die Aussage des Bildes ist. Neben den Beschäftigten der Hochschulen wird man diese Überlegung wohl auch auf Studierende und das Ende ihres Studiums übertragen können, da insofern eine ähnliche Interessenlage besteht.

Beruhet die Bedeutung der bildlichen Darstellung einer Person dagegen gerade auf ihrer individuellen Persönlichkeit oder Funktion und verfolgt die Abbildung deshalb nicht nur Illustrationszwecke, ist die Lage weniger eindeutig. Mit diesem Fall musste sich das BAG nicht auseinandersetzen, allerdings wird man hier davon ausgehen können, dass deutlich strengere Maßstäbe angelegt werden müssen, da das Persönlichkeitsrecht des Abgebildeten in dieser Konstellation deutlich stärker betroffen ist. Aus diesem Grund ist eine sorgfältige Auslegung der Einwilligungserklärung unter Berücksichtigung der widerstreitenden Interessen erforderlich, um zu klären, ob die Einwilligung von vornherein darauf angelegt war, die Veröffentlichung nur während der Dauer des Arbeits- bzw. Studierendenverhältnisses oder auch darüber hinaus zu legitimieren.

Geht es um Bildnisse, bei denen die Einwilligung nicht automatisch erlischt, besteht die letzte Möglichkeit zur Beseitigung der Einwilligung nur noch in der Erklärung eines Widerrufs. Auch das BAG sieht allerdings keine unbeschränkte Widerrufsmöglichkeit des Betroffenen, sondern stellt bestimmte Anforderungen. Insofern lässt sich festhalten, dass bei Bildnissen, für die der Betroffene eine gesonderte Vergütung erhalten hat, ein Widerruf auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nur in seltenen Ausnahmefällen zulässig sein dürfte. Bei Bildnissen dagegen, die die Person und Persönlichkeit des

Abgebildeten ohne Vergütung besonders hervorheben oder ausnutzen, reicht die darin liegende weitere Verwertung der Persönlichkeit zumindest bei einer werblichen Verwendung in der Regel aus, um einen Widerruf eines ausgeschiedenen Mitarbeiters begründen zu können. In solchen Fällen sollte einem ausdrücklich erklärten Lösungsverlangen deshalb im Zweifel stattgegeben werden, sofern nicht auf Seiten der Hochschule im Einzelfall so gewichtige Gründe für eine Beibehaltung der Veröffentlichung vorliegen, dass diese das Persönlichkeitsrecht des Abgebildeten überwiegen.

Schließlich bleiben noch die Bildnisse, die allein Illustrationszwecken dienen. Hier verlangt das BAG eine plausible Erklärung für den Widerruf als gegenläufige Ausübung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung im Vergleich zum Zeitpunkt der früheren Erteilung der Einwilligung. Was genau sich dahinter verbirgt, lässt das Urteil leider offen. Dennoch wird man hier erneut auf das Ergebnis einer Interessenabwägung abstellen können. Gibt der ehemalige Arbeitnehmer eine Erklärung für den Widerruf an, aus der sich ergibt, dass besondere Umstände vorliegen, aufgrund derer sein Persönlichkeitsrecht zusätzliches Gewicht erlangt, kann dies zur Legitimation des Widerrufs ausreichen. Ein willkürlicher und unbegründeter Widerruf kann in dieser Situation dagegen im Regelfall unberücksichtigt bleiben, da er die Bindungswirkung der Einwilligung insoweit nicht erschüttern kann. Tendenziell werden die Anforderungen an die „plausible Erklärung“ aber etwas geringer sein, als dies bei einem „wichtigen Grund“ der Fall ist, sodass die für einen Widerruf zu überwindenden Hürden nach den Maßstäben des BAG niedriger sind als bisher vielfach von der Rechtsprechung angenommen.

Orientieren sich die Hochschulen bei der Veröffentlichung von Fotos und Videos, die Abbildungen von Personen enthalten, an diesen Kategorien, sollte dem Recht am eigenen Bild in hinreichendem Maße Rechnung getragen werden können.

# Die rechtlichen Herausforderungen von „Bring Your Own Device“ – Lifestyle contra Sicherheit

## Teil 4: Weitere rechtliche Facetten, Beendigungstatbestände

von Kevin Kuta

Die Rechenleistung und Komplexität mobiler Endgeräte ist in den letzten Jahren derart gestiegen, dass sie mit herkömmlichen PCs mithalten können oder diese sogar leistungstechnisch übersteigen. Überall und jederzeit ist damit der Zugriff auf lokale Anwendungen und Daten möglich, meist auch mit einer direkten Verbindung zum Internet. Gleichzeitig bieten die Cloud-Technologien einen nahezu unbegrenzten Zugang auf global gespeicherte Daten über diese Geräte. Neben der Wirtschaft hat auch die öffentliche Verwaltung die vielfältigen und flexiblen Möglichkeiten dieser Geräte für sich entdeckt. Mitarbeitern ist eine gewohnte und einfache Arbeitsumgebung sehr wichtig. Nirgends können sie derartige Umstände besser vorfinden als auf ihren eigenen Endgeräten. Es stellt sich daher die Frage, welche rechtlichen Probleme bei der Nutzung privater Endgeräte zu dienstlichen Zwecken („Bring Your Own Device“, kurz „BYOD“) bestehen.

Bei diesem Beitrag handelt es sich um die Fortsetzung der in den DFN-Infobrief Recht Ausgaben 04/2015, 06/2015 sowie 08/2015 begonnenen Reihe zum Thema „Bring Your Own Device“ („BYOD“). In dieser Ausgabe wird dieses Konzept im Hinblick auf rechtliche Facetten (Aufbewahrungspflichten, Geheimnisschutz, Strafrecht, Steuerrecht), die von den bisherigen Ausgaben nicht abgedeckt wurden, sowie Beendigungstatbestände beleuchtet. Am Ende der Darstellung werden auch in diesem Artikel wieder Handlungsempfehlungen beschrieben, die gleichzeitig als eine Art Checkliste genutzt werden können.

### I. Weitere rechtliche Facetten

Neben den rechtlichen Bereichen, mit denen sich die ersten drei Teile dieser Beitragsserie beschäftigt haben, gibt es weitere rechtliche Facetten, die bei der Einführung von „BYOD“ beachtet werden sollten. Da es sich hierbei aber nur um Randbereiche handelt, werden diese Themen hier gesammelt vorgestellt. Aufgrund der kurzen Darstellung werden die Hand-

lungsempfehlungen diesmal am Ende jedes Rechtsbereichs beschrieben.

#### Aufbewahrungspflichten

Betriebliche Dokumente müssen revisionsicher archiviert werden. Es existiert eine Vielzahl von gesetzlichen Aufbewahrungspflichten (z. B. § 257 Handelsgesetzbuch (HGB), § 147 Abga-



benordnung (AO), diverse Vorgaben aus den Grundsätzen zur ordnungsmäßigen Führung und Aufbewahrung von Büchern, Aufzeichnungen und Unterlagen in elektronischer Form sowie zum Datenzugriff (GoBD)), die es zu beachten gilt. Diese Vorschriften stellen zwingende steuer- und bilanzrechtliche Vorgaben an die Dokumentation von Geschäftsvorgängen auf. Die Aufbewahrungsfristen betragen dabei häufig 6 oder 10 Jahre.

Dementsprechend muss durch Vereinbarungen mit dem Arbeitnehmer sichergestellt werden, dass diesen Aufbewahrungs- und Archivierungspflichten nachgekommen wird. Dies gilt insbesondere für Geschäftsvorgänge, die über private Endgeräte abgewickelt werden. Einer Vermischung von privaten und geschäftlichen Daten ist schon auf der Ebene der technisch-organisatorischen Maßnahmen zu begegnen. Geschäftsrelevante Aufzeichnungen, insbesondere geschäftliche E-Mails, dürfen nicht ausschließlich im privaten Bereich des Endgerätes be- und verarbeitet werden, sodass sie am AG „vorbeilaufen“. Zur Erfüllung von Aufbewahrungspflichten ist es nämlich notwendig, dass die Daten zusätzlich auch beim Arbeitgeber (beispielsweise auf dessen Servern) gespeichert werden. Es ist gerade im Rahmen von „BYOD“ zu beachten, dass etwa die Finanzverwaltung für eine Überprüfung jederzeit unmittelbaren Zugriff auf alle privaten Geräte der Mitarbeiter erhalten muss, sofern die den Aufbewahrungspflichten unterliegenden Dokumente nur auf den privaten Endgeräten der Mitarbeiter gespeichert sind. Eine revisions sichere Archivierung beim Arbeitgeber und eine damit einhergehende regelmäßige Synchronisation der Datenbestände sind daher unumgänglich.

## Geheimnisschutz und Strafrecht

Neben dem in anderen Artikeln bereits angesprochenem Schutz von personenbezogenen Daten ist im Zuge von „BYOD“ der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen in Form eigener und fremder (Forschungs-/Hochschul-/Unternehmens-)Daten sowie der Schutz von Privatgeheimnissen Dritter zu berücksichtigen. Die Sicherheitsmaßnahmen (insbesondere Virenschutzprogramme und Firewalls) auf den privaten Geräten werden meist unter denen der dienstlichen Geräte liegen. Dadurch kann es zu einer Offenbarung gegenüber Providern und anderen Dritten kommen. An dieser Stelle rücken die Straftatbestände des Ausspähens von Daten nach § 202a Strafgesetzbuch (StGB) und des Abfangens von Daten nach § 202b StGB in den Fokus. Durch die Einbindung privater Endgeräte in die Kommunikationssysteme des Arbeitgebers sind ggfs. auch die §§ 202c StGB (Vorbereiten des Ausspähens und Abfangens

von Daten), 203 StGB (Verletzung von Privatgeheimnissen) und 303a StGB (Datenveränderung) von Bedeutung. Beim Auslesen und Verändern von unternehmenseigenen Daten wird jedoch meist kein rechtswidriger Zugriff erfolgen, sodass in diesem Fall keine Strafbarkeit im Raum steht. Daneben muss die Tatbestandsvoraussetzung von § 202a StGB, die besondere Sicherung der Daten gegen einen unberechtigten Zugang, in jedem Einzelfall genau geprüft werden. Eine pauschale Beurteilung ist diesbezüglich nicht möglich. Unter besonderen Sicherungsmaßnahmen sind in diesem Zusammenhang diejenigen der jeweiligen Einrichtung gemeint und gerade nicht die der Arbeitnehmer. Trotz dieser auf den ersten Blick bestehenden Einschränkungen kann jedoch auch im Rahmen von „BYOD“ eine Strafbarkeit wegen des Ausspähens, Abfangens und Veränderns von Daten vorliegen.

Die fahrlässige Begehung dieser Tatbestände durch den fehlerhaften Umgang mit dem Datenverarbeitungsgerät ist nach § 15 StGB straflos. Gegen die vorsätzliche Verwirklichung bestehen unterdessen keine IT-sicherheitstechnischen Mittel. Die vorsätzliche Begehung ist strafbar, jedoch stehen dem Arbeitgeber keine technischen Mittel zur Verfügung, um die Verwirklichung der Straftatbestände durch seine Arbeitnehmer von vornherein zu verhindern. In diesem Fall muss man auf die Lenkungswirkung des Strafrechts vertrauen. Neben diesen Regelungen aus dem Strafgesetzbuch sind die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften der §§ 17, 18 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) zu berücksichtigen, die ebenfalls den Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen (§ 17 UWG) sowie die Verwertung von Vorlagen (§ 18 UWG) unter Strafe stellen.

Im Hinblick auf Geheimhaltungsinteressen müssen Arbeitnehmer geschult und sensibilisiert werden. Dabei können Hinweise in BYOD-Richtlinien auf die strafrechtlichen Sanktionen im Falle eines Verstoßes Lenkungswirkung haben. Mobile Device Management-Lösungen können einen Großteil der strafrechtlichen Probleme ausklammern, sodass ein Dateizugriff über diese Systeme eingerichtet werden sollte. Mitarbeitereigene Daten sollten von einem Zugriff konsequent ausgeschlossen werden. An dieser Stelle rückt auch der sog. Remote-Wipe in den Fokus, der schon im 3. Teil dieser „BYOD“-Serie beim Thema Datenschutzrecht und Datensicherheit angesprochen wurde. Durch die Initialisierung eines Remote-Wipe werden alle Daten auf dem betroffenen Gerät gelöscht und unbrauchbar gemacht. Dies kann strafrechtliche Probleme aufwerfen. Die vorherige Einwilligung des Arbeitnehmers in den Remote-Wipe stellt ein tatbestandsausschließendes Einverständnis (bei

Straftatbeständen, die notwendigerweise ein Handeln gegen oder ohne den Willen des Betroffenen voraussetzen, willigt dieser dabei ein, dass schon der entsprechende Straftatbestand nicht gegeben ist) dar. Mit der Verlustanzeige an die Hochschule/die Forschungseinrichtung/das Unternehmen kann aber die Löschbewilligung gleichzeitig widerrufen werden. Die Durchführung des Remote-Wipe hätte in diesem Fall strafrechtliche Konsequenzen. Um alle Unwägbarkeiten bestmöglich abzusichern, ist eine Mobile Device Management-Lösung erforderlich, die bis ins kleinste Detail ideal auf die jeweilige Einrichtung und deren Besonderheiten abgestimmt ist. Dabei muss die selektive Löschung von Daten möglich sein. Vergegenwärtigt man sich den gesetzlichen Rahmen und hält diesen konsequent ein, gehen damit zwei Vorteile einher: Es hilft einerseits bei dem technischen Schutz vor Missbräuchen, andererseits unterstützt es die Einführung und Umsetzung von BYOD.

## Steuerrecht

Die Vorteile des Mitarbeiters aus der privaten Nutzung von betrieblichen Endgeräten ist neuerdings nach § 3 Nr. 45 Einkommensteuergesetz (EStG) steuerfrei. Vom Wortlaut sind aber keine Geräte umfasst, die sowieso dem Arbeitnehmer gehören und deren Anschaffung vom Arbeitgeber besonders vergütet wird. Damit scheidet eine Anwendung von § 3 Nr. 45 EStG im Rahmen von „BYOD“ aus. Es kommt gegebenenfalls aber eine Steuerfreiheit für Auslagenersatz nach § 3 Nr. 50 EStG oder ein Abzug für Werbungskosten nach § 9 Abs. 1 S. 2 EStG infrage. Ausschließlich dem Privatbereich entspringende Aufwendungen dürfen nach § 12 Nr. 1 EStG aber keine Berücksichtigung finden. Im Hinblick auf das Umsatzsteuerrecht ist „BYOD“ derzeit nicht ausdrücklich vom Gesetz erfasst.

Es sind genaue arbeitsvertragliche Regelungen zur BYOD-Vergütung erforderlich, damit die soeben angesprochenen steuerlichen Vorteile genutzt werden können. Gleichzeitig wird durch solche Vereinbarungen auch Klarheit zwischen den Parteien geschaffen, sodass mögliche Ungereimtheiten über eine gesonderte Vergütung für eingebrachte Geräte gar nicht erst aufkommen können.

## II. Beendigungstatbestände

Das eingebrachte Endgerät steht im Eigentum des Arbeitnehmers. Die dort abgespeicherten Daten können zum Teil

nicht eindeutig dem privaten oder dienstlichen Bereich zugeordnet werden. Scheidet ein Mitarbeiter aus der Einrichtung aus, müssen sämtliche Dienstmittel an den Arbeitgeber zurückgegeben werden. Von dieser Rückgabepflicht sind auch Daten umfasst, wobei diese in der Regel schon aufgrund der Synchronisation neben der lokalen Speicherung auf dem privaten Endgerät auch auf den Servern des Arbeitgebers liegen. Dementsprechend genügt die Löschung dieser dienstlichen Daten auf dem mitarbeitereigenen Gerät. Neben dem Ausscheiden des Mitarbeiters kann es auch vorkommen, dass Mitarbeiter den internen „BYOD“-Richtlinien nach einiger Zeit widersprechen.

Für die geschilderten Fälle sollten Beendigungstatbestände in die „BYOD“-Vereinbarung aufgenommen werden. Auf diese Weise können Unklarheiten von vornherein vermieden werden. Zu denken wäre hierbei an eine Befristungsregelung (etwa für eine Erprobungsphase), an ein Widerrufsrecht oder an ein Kündigungsrecht der „BYOD“-Erlaubnis. Insbesondere sollten dabei Regelungen zur Aushändigung der betrieblichen Daten an den Arbeitgeber nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses getroffen werden. Aus dieser Regelung muss deutlich hervorgehen, welche Daten vom Mitarbeiter herauszugeben sind und welche Dateien sowie Dateikopien (möglicherweise auch auf externen Speichermedien) rückstandslos gelöscht werden müssen. Das Herausgaberecht ergibt sich aus § 667 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Um den Löschungspflichten vorzubeugen, kann auch geregelt werden, dass dienstliche Daten nur auf dem „dienstlichen Container“ bzw. den virtuellen dienstlichen Laufwerken und nicht lokal auf dem mitarbeitereigenen Endgerät abgespeichert werden dürfen.

## Anmerkung:

Einen ausführlichen Leitfaden zur Handhabung von „Bring Your Own Device“ finden Sie unter:

[https://www.dfn.de/fileadmin/3Beratung/Recht/handlungsempfehlungen/Leitfaden\\_BYOD.pdf](https://www.dfn.de/fileadmin/3Beratung/Recht/handlungsempfehlungen/Leitfaden_BYOD.pdf)

# Big Brother „LIKES“ watching you

## Landesarbeitsgericht Düsseldorf entscheidet über Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats an Facebook-Auftritt des Arbeitgebers

von Hagen Sporleder

Nach einer Entscheidung des Landesarbeitsgerichts (LAG) Düsseldorf stellt der Betrieb einer Facebook-Seite durch einen Arbeitgeber, die die Möglichkeit zum Kommentieren und „Liken“ von Mitarbeiterverhalten durch Dritte bietet, grundsätzlich keine Überwachung durch eine technische Einrichtung im Sinne von § 87 Abs. 1 Ziffer 6 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) dar. Daher kommt dem Betriebsrat in der Regel kein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich des Seitenbetriebs zu. Kritische Kommentare von Facebook-Nutzern verletzen das Persönlichkeitsrecht des betroffenen Mitarbeiters grundsätzlich nicht, soweit sie durch die Meinungsfreiheit gedeckt sind und ihrerseits kommentiert oder nötigenfalls gelöscht werden können.

### I. Hintergrund

Bedingt durch ihre weit verbreitete Nutzung ermöglichen Plattformen wie Facebook einem riesigen potentiellen Publikum den Zugriff auf persönliche Daten. Hochgeladene Bilder, Kommentare, Informationen zur eigenen Person, zu Familie und Freunden lassen je nach Freigiebigkeit des Nutzers einen mehr oder weniger genauen Schluss auf dessen Persönlichkeit zu.

Die Daten dürften dabei nicht nur für Unternehmen von Interesse sein, welche die Nutzer als potentielle Kunden und Marktforschungsobjekte sehen. Auch Arbeitgeber können zu den regelmäßigen Besuchern eines Facebook-Profiles gehören, da sie sich anhand der Nutzer-Aktivitäten ohne besondere Mühe ein ungeschöntes Bild von Bewerbern und Mitarbeitern machen können.

Dabei bergen die eingestellten Informationen nicht nur für sich genommen mögliche Gefahren beispielsweise für die Reputation des Nutzers. Indem Posts, Angaben und Bilder zeitlich und systematisch geordnet werden, erlauben sie unter Umständen die Erstellung eines relativ exakten Persönlichkeitsprofils, das Auskunft über Leistungsbereitschaft, Gewissenhaftigkeit, Loyalität und Sozialkompetenz einer Person geben kann.

Spätestens dieser Punkt dürfte Arbeitgeber aufmerken lassen. Schließlich wirken sich die aufgezählten Aspekte unmittelbar auf ihr Ansehen, die Zufriedenheit ihrer Kunden und den Betriebsfrieden aus.

Insofern überrascht es wenig, dass Facebook immer wieder Ausgangspunkt für arbeitsgerichtliche Entscheidungen ist. Das Spektrum der Rechtsstreitigkeiten ist groß und geht von geschäftsschädigenden Posts des Arbeitnehmers über Beleidigung von Kollegen und Vorgesetzten bis hin zur Kündigung wegen Veröffentlichung anstößiger Bilder.

Im Gegensatz zu der Problematik, die im Folgenden dargestellt wird, haben die bisher entschiedenen Fälle eine Gemeinsamkeit. Sie gehen von einem aktiven Verhalten des Arbeitnehmers aus, da dieser selbst entscheidet, etwas auf Facebook zu posten, hochzuladen, zu „ liken“ oder zu kommentieren.

Fälle, in denen Dritte, etwa Kunden, das Verhalten eines Mitarbeiters kommentieren, sind der Kontrolle des Betroffenen hingegen meistens entzogen. Dennoch kann der Arbeitgeber auch aus diesen Informationen seine Schlüsse insbesondere hinsichtlich der Qualität der Arbeitsleistung und dem Verhalten am Arbeitsplatz ziehen.

## II. Entscheidung des LAG Düsseldorf

Ein Arbeitgeber, der mehrere Bluttransfusionszentren betreibt, eröffnete bei Facebook ein Profil, auf welches er bei Blutspendeterminen mittels ausgelegter Flugblätter hinwies. Zudem informierte er seine Mitarbeiter über das Bestehen des Auftritts und übergab ihnen zugleich einen Leitfaden zum Umgang mit sozialen Medien, in welchem sie unter anderem zu einem stets freundlichen Umgangston angehalten wurden.

Auf der Facebook-Seite konnten unter anderem Spenderpersonen die Kommentarfunktion und die „Like“-Funktion nutzen. Im Verlauf des Seitenbetriebs entstanden jedenfalls zwei Kommentare, die die Professionalität der in den Transfusionszentren arbeitenden Mitarbeiter betrafen. So wurde etwa gepostet, dass eine an einem bestimmten Tag für die Blutentnahme zuständige Mitarbeiterin „noch lernen muss, die Nadel zu setzen“.

Die Pflege des Facebook-Auftritts oblag einer Gruppe von zehn Mitarbeitern des Arbeitgebers, welche Informationen einzustellen oder Posts von Spendern zu kommentieren hatten. Jeder dieser Mitarbeiter verfügte über einen individuellen Administratorenzugang, anhand dessen nachvollzogen werden konnte, wann und welcher der zehn Mitarbeiter Eingaben auf der Facebook-Seite vorgenommen hatte. Der Arbeitgeber verfügte zudem über einen allgemeinen Zugang, der diese Möglichkeit nicht bot.

Bedenken mehrerer Mitarbeiter an dem Betrieb des Facebook-Auftritts veranlassten den Betriebsrat dessen gerichtliche Einstellung zu erwirken. Das in erster Instanz zuständige Arbeitsgericht (ArbG) Düsseldorf gab dem Betriebsrat Recht, der seine Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 Ziffer 6 BetrVG verletzt sah. Danach darf der Arbeitgeber eine technische Einrichtung, die die Leistungen und das Verhalten der Arbeitnehmer überwacht, nur betreiben, wenn der Betriebsrat vor der Inbetriebnahme der Einrichtung sein Mitbestimmungsrecht ausgeübt hat. Der Betriebsrat meint, dass es sich bei der Facebook-Seite um eine solche Überwachungseinrichtung handele.

Erstens sei eine Leistungs- und Verhaltenskontrolle aller Mitarbeiter möglich, die in den Transfusionszentren arbeiten. Diese Mitarbeiter würden durch die Kommentare öffentlich kritisiert, woraus wiederum der Arbeitgeber Schlüsse hinsichtlich der Arbeitsleistung ziehen könne.

Zweitens könne der Arbeitgeber Leistung und Verhalten der zehn Mitarbeiter überwachen, die mit der Pflege der Seite betraut sind, da Facebook deren Log-in-Daten und die Eingabezeitpunkte speichert. Auf diesem Weg konnte tatsächlich nachvollzogen werden, wann und in welcher Form einer der zehn Mitarbeiter beispielsweise auf den Post eines Spenders geantwortet hatte.

Zu der Entscheidung des LAGs Düsseldorf ist anzumerken, dass es in beiden Fällen problematisch ist, dass eine technische Überwachung im Sinne von § 87 Abs. 1 Ziffer 6 BetrVG nur besteht, wenn selbsttätig Informationen aufgezeichnet werden.

Dies trifft aber zumindest auf das Kommentieren und „Liken“ gerade nicht zu. Nicht Facebook generiert beispielsweise den erwähnten Kommentar zum „Geschick mit der Nadel“, sondern der jeweilige Facebook-Nutzer. Die Datenaufzeichnung geht damit auf menschliches Verhalten zurück und ist demnach nicht selbsttätig erfolgt.

Die Auswirkung der Überwachung durch einen Menschen und der, die von einer technischen Einrichtung ausgeht, sind aber nicht ohne Weiteres vergleichbar.

Eine technische Überwachung ist zum einen oft nicht direkt wahrnehmbar. Zum anderen kann sich der Betroffene ihr auch nicht entziehen. Beides trifft zum Beispiel auf die Aufzeichnung des Fahrverhaltens mittels eines Fahrtenschreibers, nicht aber auf einen mitfahrenden Vorgesetzten zu.

Das Bundesarbeitsgerichts (BAG) sieht nach gefestigter Rechtsprechung in den Fällen technischer Überwachung eine Gefahr für die freie Persönlichkeitsentfaltung des Arbeitnehmers gegeben, wenn er in einen von ihm nicht beeinflussbaren Überwachungsprozess eingebunden wird. Ein nicht überwachter Mitarbeiter verhält sich nämlich anders als einer, dessen Verhalten aufgezeichnet wird.

Das in zweiter Instanz zuständige LAG Düsseldorf lehnt in seinem Beschluss vom 12.1.2015 (Az. 9 TaBV 51/14) ein Mitbestimmungsrecht für die oben beschriebene Konstellation ab.

Nach seiner Entscheidung liegt hinsichtlich der durch Kommentare und „Likes“ kritisierten Mitarbeiter gerade keine selbsttätige Datenerfassung vor. Einerseits gäben die Spender in ihren Kommentaren lediglich ihre Beobachtungen wieder, wie sie es auch in einer E-Mail oder einem Brief tun könnten.

Andererseits seien die Spender auch nicht vom Arbeitgeber dazu instruiert oder beauftragt worden. Eine Einrichtung zur Überwachung bestünde nur, wenn Facebook selbst Kommentare über die Mitarbeiter posten würde. Das ist aber hinsichtlich der kritisierten Mitarbeiter offensichtlich nicht der Fall.

Auch eine Beeinträchtigung der freien Persönlichkeitsentfaltung erkennt das LAG nicht an. Der Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Ziffer 6 BetrVG, nämlich der Schutz der Persönlichkeit vor anonymer Kontrolle durch technische Aufzeichnungen, wie etwa dem erwähnten Fahrtenschreiber, sei hier nicht berührt. Der jeweilige Mitarbeiter sehe sich nämlich nur dem menschlich kontrollierten Verhalten der Spender gegenüber, die sich im Rahmen ihrer Meinungsfreiheit auf der Seite äußern würden.

Anders beurteilte das LAG die Rechtslage hinsichtlich der zehn Mitarbeiter, die den Facebook-Auftritt betreuen. Mittels der insgesamt zehn individuellen Administratorkennungen konnte nachvollzogen werden, welcher Mitarbeiter wann welche Informationen auf der Seite veröffentlicht hatte. Im Gegensatz zu der oben beschriebenen Problematik erfolgte diese Datenerfassung auch direkt durch Facebook und demnach selbsttätig, wobei sich durch die so gewonnenen Daten ein Rückschluss auf das Arbeitsverhalten des betroffenen Mitarbeiters ziehen ließ. Allerdings hatte der Arbeitgeber die in Rede stehenden zehn Mitarbeiter noch während des laufenden Verfahrens angewiesen, nur noch die allgemeine Administratorkennung und nicht mehr die individuellen Kennungen zu benutzen, so dass eine Identifizierung des Einzelnen nicht mehr ohne Weiteres möglich war. Die Identifizierung des Einzelnen ist aber gerade Voraussetzung für ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Ziffer 6 BetrVG, da Arbeitnehmer nicht vor einer Überwachung schlechthin, sondern nur vor einer nicht wahrnehmbaren, technischen Überwachung geschützt werden sollen. Diese Gefahr war durch Benutzung ein und derselben allgemeinen Kennung gebannt.

Die Benutzung einer gemeinsamen Kennung eröffnet aber ein anderes Problem. Auch wenn der einzelne Mitarbeiter nicht (mehr) identifizierbar ist, erfasst Facebook dennoch Daten bei der Anmeldung mit der allgemeinen Kennung. Aus diesem Grund können die Mitarbeiter zwar nicht einzeln, aber als Gruppe überwacht werden.

Aus der Überwachung von in der Regel kleinen Gruppen kann sich nach ständiger Rechtsprechung des BAG indes auch ein

Mitbestimmungsrecht ergeben. Ist eine Gruppe nämlich gemeinsam für einen bestimmten Leistungserfolg verantwortlich, kann ein Gruppendruck entstehen, der wiederum die Persönlichkeitsentfaltung des einzelnen Gruppenmitglieds beeinträchtigen kann. Bei der Beurteilung, ob dies der Fall ist, spielen die Gruppengröße, die Organisation der Gruppe, die Art der Tätigkeit und der Anpassungszwang innerhalb der Gruppe eine Rolle.

Dies berücksichtigend hat das LAG vorliegend eine Gefährdung der Persönlichkeitsentfaltung des einzelnen Gruppenmitglieds aber dennoch verneint und daher auch ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats abgelehnt. Die Gruppe sei mit zehn Mitgliedern groß genug, um auch bei urlaubs- oder krankheitsbedingter Abwesenheit einiger Mitglieder keine Rückschlüsse auf die Facebook-Tätigkeit des Einzelnen zuzulassen. Anders wäre dies nur, wenn durch zusätzliche (nicht nur technische) Möglichkeiten eine Identifizierung erfolge könnte. Bei einem Fahrtenschreiber kann etwa anhand einer Einsatzliste nachvollzogen werden, wer welches Fahrzeug benutzt hat, so dass dem jeweiligen Mitarbeiter ein entsprechendes Fahrtenschreiberprotokoll zugeordnet werden kann.

Auch aus der Art der Tätigkeit ergäbe sich keine Gefährdung, da alle zehn Mitarbeiter die Betreuung der Seite nicht als Hauptaufgabe, sondern neben anderen Tätigkeiten ausüben. Bei Zusammenschau der Größe, der Organisation und der Art der Tätigkeit, seien somit vorliegend auch keine Anpassungszwänge gegeben.

Anders wäre dies zum Beispiel, so das Gericht, bei einer Gruppe von sechs Mitgliedern, die im Akkord arbeiten. Hier wäre nämlich der einzelne Mitarbeiter gezwungen, sein eigenes Verhalten unter einem Gruppendruck an dem Verhalten der Gruppe auszurichten.

Das LAG sieht auch aus anderen Gründen kein Mitbestimmungsrecht gegeben. Insbesondere stellte es fest, dass der Arbeitgeber durch den Seitenbetrieb keine personenbezogenen Daten im Sinne des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) erhebt und auch keine Verletzung des Persönlichkeitsrechts wegen der auf Facebook geäußerten Kritik angenommen werden kann. Die Meinungsfreiheit der Spender überwiege grundsätzlich die Persönlichkeitsentfaltung der Mitarbeiter, soweit keine beleidigenden Kommentare erfolgten. Diese könnten wiederum gelöscht werden.

### III. Fazit und Konsequenzen für die Hochschulpraxis

Die Relevanz der Entscheidung ist insbesondere für Universitätskliniken als hoch einzuschätzen, da sich die Problematik deckungsgleich auf sie übertragen lässt, soweit sie einen Facebook-Auftritt als Informationsforum für Blutspenden betreiben. Aber auch für alle anderen Hochschulbereiche ist die Problematik eröffnet, soweit ein Facebook-Auftritt besteht und von Mitarbeitern betreut wird.

Eine Einschränkung ergibt sich daraus, dass das BetrVG und damit das Mitbestimmungsrecht nur für privatrechtliche Rechtsträger (z. B. GmbH) gilt, so dass Körperschaften öffentlichen Rechts, zu denen Hochschulen in der Regel zählen, nicht dem BetrVG unterliegen (§ 130 BetrVG). Allerdings gilt das BetrVG auch für privatrechtliche Gesellschaften, die der öffentlichen Hand gehören, denn es kommt allein auf den formellrechtlichen Charakter der Gesellschaft an. Zudem enthalten die Personalvertretungsgesetze der Bundesländer, die die Mitbestimmungsrechte der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes regeln und die für die dort ansässigen Hochschulen in der Regel gelten, übereinstimmende oder jedenfalls vergleichbare Regelungen wie das BetrVG. So findet insbesondere der die Mitbestimmung bei technischer Überwachung anordnende § 87 Abs. 1 Ziffer 6 BetrVG neben § 75 Abs. 3 Nr. 17 Bundespersonalvertretungsgesetz Entsprechungen zum Beispiel in § 72 Landespersonalvertretungsgesetz NRW, § 85 Personalvertretungsgesetz Berlin und Artikel 75a Bayrisches Personalvertretungsgesetz.

Sofern ein Personalrat vorhanden oder falls eine wissenschaftliche Einrichtung rechtlich beispielsweise als GmbH organisiert und ein Betriebsrat gewählt ist, kann sich aus den oben genannten Gründen eine Mitbestimmung an einem Facebook-Seitenbetrieb jedenfalls hinsichtlich der Mitarbeiter ergeben, denen die Betreuung der Seite zukommt. Das gilt wiederum nur, wenn nicht bereits tarifvertraglich abschließend eine Regelung zum jeweiligen Mitbestimmungsrecht geschlossen wurde. Dann ist nämlich ein weitergehender Schutz der Arbeitnehmer laut ständiger Rechtsprechung des BAG nicht mehr erforderlich. Abschließend ist eine tarifvertragliche Regelung, wenn sie alle denkbaren Fälle abdeckt und dem Schutzzweck (also vorliegend der Wahrung der freien Persönlichkeitsentfaltung) Genüge tut. Es wäre demnach zu prüfen, ob eine tarifvertragliche Vereinbarung zur technischen Überwachung auch die in Rede stehende Facebook-Problematik erfasst und zum

Schutz der Mitarbeiter regelt. Sofern dies der Fall ist, findet das Mitbestimmungsrecht keine Anwendung. Das Mitbestimmungsrecht besteht aber überhaupt nur dann, wenn die Anonymität des einzelnen Mitarbeiters nicht gewährleistet ist. Stellt der Arbeitgeber Anonymität her, besteht es nicht.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass bei der folgenden modellhaften Konstellation ein Mitbestimmungsrecht zu verneinen sein dürfte: Es besteht eine Gruppe von etwa zehn Mitarbeitern, die die Seitenbetreuung als Teilaspekt neben vielen anderen Tätigkeiten ausüben, weder als Gruppe noch einzeln für ein bestimmtes Leistungsergebnis verantwortlich sind und bei der alle Mitglieder denselben allgemeinen Administratorenzugang nutzen und auch mittels anderer Möglichkeiten nicht identifizierbar sind. Hingegen könnte ein Mitbestimmungsrecht zu beachten sein, wenn es sich um eine Gruppe handelt, die aus nur sechs oder weniger Mitarbeitern besteht, denen die Seitenbetreuung als Haupt- oder gar Alleinaufgabe zukommt, denen vorgegeben wird, wie viele Kommentare in einem bestimmten Zeitraum zu beantworten sind oder in welcher Zeit Kommentare beantwortet werden müssen und die jeweils über einen individuellen Zugang oder unterschiedliche IP-Adressen verfügen oder anhand anderer Mittel (wie z. B. eines Dienstplans) identifiziert werden können. Zu beachten ist ferner, dass diese Kriterien nicht kumulativ vorliegen müssen. Für die Bejahung eines Mitbestimmungsrechts könnte das Vorliegen eines Merkmals ausreichen.

## Impressum

Der DFN-Infobrief Recht informiert über aktuelle Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung und daraus resultierende mögliche Auswirkungen auf die Betriebspraxis im Deutschen Forschungsnetz.

## Herausgeber

Verein zur Förderung eines Deutschen Forschungsnetzes e. V.  
DFN-Verein  
Alexanderplatz 1, D-10178 Berlin  
E-Mail: DFN-Verein@dfn.de

## Redaktion

Forschungsstelle Recht im DFN  
Ein Projekt des DFN-Vereins an der WESTFÄLISCHEN WILHELMS-UNIVERSITÄT,  
Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM),  
Zivilrechtliche Abteilung  
Unter Leitung von Prof. Dr. Thomas Hoeren  
Leonardo-Campus 9  
D-48149 Münster  
E-Mail: recht@dfn.de

Nachdruck sowie Wiedergabe in elektronischer Form, auch auszugsweise,  
nur mit schriftlicher Genehmigung des DFN-Vereins und mit vollständiger Quellenangabe.