

infobrief recht

9 / 2018

September 2018



Digitaler Nachlass – letzter Akt

Revisionsurteil des Bundesgerichtshofs zur Frage der Vererbbarkeit eines Facebook-Accounts

Chef liest mit

Kündigung aufgrund privater WhatsApp-Konversation

Wissenschaft, kein Wettbewerb

OLG Frankfurt a. M. entscheidet über wettbewerbsrechtliche Qualität eines wissenschaftlichen Produktvergleichs in Fachzeitschrift

Digitaler Nachlass – letzter Akt

Revisionsurteil des Bundesgerichtshofs zur Frage der Vererbbarkeit eines Facebook-Accounts

von Armin Strobel

Der „digitale Nachlass“ beschäftigt erneut die Gerichte. Mit seinem Urteil vom 12. Juli 2018 (Az. III ZR 183/17) hat der Bundesgerichtshof (BGH) die Frage, ob ein erbrechtlicher Anspruch auf Zugang zum Benutzerkonto des Erblassers besteht, höchstrichterlich bejaht. Zudem urteilt das Gericht, dass weder das Fernmeldegeheimnis aus dem Telekommunikationsgesetz (TKG) noch das Datenschutzrecht gegen die Durchsetzbarkeit eines solchen Anspruchs sprechen. Das Urteil des BGH bedeutet damit eine erneute Kehrtwende und hat Relevanz für die gesamte Thematik Vererbbarkeit von Daten.

I. Erbrechtlicher Anspruch digitaler Kommunikationsinhalte

Die Frage, ob Nutzer-Accounts sozialer Netzwerke vererbbar sind, erfuhr in der Vergangenheit immer größere Aufmerksamkeit. Der Tod eines jungen Mädchens zwang schließlich auch die Rechtsprechung dazu, sich mit der Thematik auseinanderzusetzen und Stellung zu beziehen. Zwei Berliner Gerichte fällten dabei sich widersprechende Urteile, die die Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Thematik verstärkten.¹ Eine eindeutige Rechtslage ist dabei jedoch nicht nur für die Nutzer sozialer Netzwerke entscheidend, sondern hat auch für andere Lebensbereiche eine nicht zu unterschätzende Bedeutung. Aufgrund der vergleichbaren Ausgangssituation kann sich eine endgültige Stellungnahme der Rechtsprechung auch auf die Nutzer und Betreiber von E-Mail- und anderen digitalen Kommunikationsdiensten auswirken. Stirbt der Nutzer eines solchen Dienstes, muss rechtssicher geklärt werden, ob und gegebenenfalls wer über den Account des Verstorbenen verfügen darf.

Klärungsbedürftig ist also zunächst einmal die Frage, ob das Benutzerkonto überhaupt vererbbar ist. Für den Fall, dass

dies bejaht werden kann, ist sodann zu klären, ob neben den vermögensrechtlichen Kommunikationsinhalten auch die höchstpersönlichen Inhalte dem Erben zustehen. Hierbei sind sowohl erbrechtliche, datenschutzrechtliche und telekommunikationsrechtliche Wertungen mit einzubeziehen.

Nach den sich widersprechenden Urteilen des Landgerichts (LG) und des Kammergerichts (KG) Berlin obliegt diese Aufgabe nun dem BGH.

II. Rechtsprechung

Ausgangspunkt ist ein Rechtsstreit zwischen einem Elternpaar und der Facebook Ireland Limited (im Folgenden nur Facebook). Die Tochter des Elternpaars unterhielt ein Benutzerkonto bei Facebook, welches infolge ihres Versterbens in den sogenannten Gedenkzustand versetzt wurde. In diesem Zustand ist es weder dem Nutzer noch einer anderen Person möglich trotz eines korrekten Logins uneingeschränkt auf die Kommunikationsinhalte zuzugreifen. Das Profil kann lediglich noch durch die Facebook-Freunde besucht und auf der Chronik Posts hinterlassen werden.

Als rechtmäßige Erben strebt das Elternpaar einen uneingeschränkten Zugang zum Benutzerkonto ihrer Tochter an, um gegebenenfalls Rückschlüsse auf die noch ungeklärten

¹ Zum erstinstanzlichen Urteil des LG Berlin siehe: Heuer, Digitaler Nachlass, in: DFN-Infobrief Recht 02/2016, S. 2-4. Zum anschließenden Berufungsurteil durch das KG Berlin siehe: Strobel, Digitaler Nachlass – Zweiter Akt, DFN-Infobrief Recht 07/2017, S. 2-5.

Umstände des Versterbens ihres Kindes gewinnen zu können. Insbesondere mit einem Verweis auf das Datenschutz- und das Telekommunikationsrecht verweigert Facebook jedoch einen solchen Zugang.

Als erstinstanzliches Urteil folgte das LG Berlin der Auffassung der Eltern und sprach ihnen ein uneingeschränktes Zugangsrecht für das Benutzerkonto zu. Das KG Berlin hob dieses Urteil jedoch in der Berufung mit dem Hinweis auf das Fernmeldegeheimnis nach § 88 TKG auf. Unabhängig von der Frage, ob das Benutzerkonto für soziale Medien überhaupt vererbbar sei, scheide zumindest die Durchsetzbarkeit eines möglichen Anspruchs aufgrund des Eingriffs in das Fernmeldegeheimnis aus. Da das KG Berlin die Revision zuließ, muss nun der BGH für eine endgültige Klärung der Rechtsfragen sorgen.

III. Entscheidung des BGH

Dieser Aufgabe kommt der BGH mit seinem Urteil nun nach und sorgt dabei für eine erneute Kehrtwende in der Rechtsprechung. Nachdem das KG Berlin das Urteil des LG Berlin aufhob, nivelliert der BGH schließlich das Urteil des KG Berlin und lässt das erstinstanzliche Urteil wiederherstellen.

Das Gericht urteilt zunächst, dass der Anspruch auf Zugang zu einem Benutzerkonto bei einem sozialen Netzwerk grundsätzlich vererbbar sei. Zwischen dem Nutzer eines sozialen Netzwerks und dessen Betreiber werde ein schuldrechtlicher Vertrag geschlossen, zu dessen Bestandteil auch das Recht auf uneingeschränkter Zugang zu dem Konto und den damit verknüpften Inhalten gehörten. Im Wege der Gesamtrechtsnachfolge nach § 1922 Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) gingen der schuldrechtliche Vertrag und damit auch das Zugangsrecht zum Benutzerkonto auf den beziehungsweise die Erben über.

Die Vererbbarkeit von Ansprüchen kann jedoch vertraglich ausgeschlossen werden. Nach Ansicht des BGH sei das hier jedoch nicht geschehen. Die dem Nutzungsvertrag zugrunde liegenden Nutzungsbedingungen von Facebook enthielten keine Regelungen zur Vererbbarkeit des Benutzerkontos und könnten diese daher nicht ausschließen. Auch die Regelungen zum Gedenkzustand änderten hieran nichts. So seien diese nicht Vertragsbestandteil geworden, weil in den Nutzungsbedingungen nicht auf sie verwiesen werde. Außerdem stünden die Regelungen – wenn man durch sie die Vererbbarkeit aus-

schließen wollte – im Widerspruch zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Recht), da durch sie faktisch die grundsätzliche Vererbbarkeit des Benutzungskontos ausgehöhlt würde und so wesentliche Rechte des Nutzers (u. a. Zugang zu dem Konto) so eingeschränkt würden, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet wäre. Dies stellte eine unangemessene Benachteiligung dar, die jedenfalls mit § 307 Abs. 1 und 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) nicht vereinbar sei.

Der BGH stellt außerdem fest, dass sich auch aus dem Wesen des Vertrags keine Unvereinbarkeit mit der Vererbbarkeit des Benutzerkontos ergebe. Die Bereitstellung des uneingeschränkten Zugangs sei keine höchstpersönliche, sondern lediglich eine rein technische Leistung des Betreibers des sozialen Netzwerks gegenüber dem Nutzer. Die Leistung könne daher problemlos auch gegenüber dem Erben erbracht werden. Hieran ändere auch der Umstand nichts, dass Kommunikationspartner des Erblassers gegebenenfalls auf die Vertraulichkeit der ausgetauschten Inhalte hoffen könnten. Das Gericht führt dazu wörtlich aus: „Dem verständigen und durchschnittlichen Nutzer eines sozialen Netzwerks ist ebenso wie dem Absender eines Briefs bewusst, dass er nach dem Versenden einer Nachricht nicht mehr kontrollieren kann, wer letztlich von deren Inhalt Kenntnis nimmt, und dass er grundsätzlich keine Möglichkeit hat die übermittelte Nachricht beziehungsweise den Inhalt zurückzufordern.“²

Auch eine Differenzierung der Vererbbarkeit des Zugangs nach dem Inhalt des Benutzerkontos sei nach Auffassung des Gerichts abzulehnen. Eine Differenzierung nach höchstpersönlichen Inhalten, zu denen der Zugang nicht vererbbar sei, und vermögensrechtlichen Inhalten, die vererbbar wären, sei schon aus praktischen Gründen abzulehnen. Es sei unklar, wer diese Unterscheidung im Einzelfall durchführen könnte und dürfte. Außerdem bedeutete ein solches Vorgehen einen unverhältnismäßigen Aufwand. Aber auch aus rechtlicher Sicht seien nach dem BGH keine Gründe ersichtlich, die eine Differenzierung nach der Art des Inhalts begründen würden. Auch bei analogen Inhalten erfolge eine solche Differenzierung nicht.

Im Anschluss an die Feststellung der grundsätzlichen Vererbbarkeit des Zugangs zu Benutzerkonten bejaht der BGH schließlich auch die Durchsetzbarkeit dieses Rechts.

Diese lasse sich insbesondere nicht durch einen Verweis auf

² BGH, Urt. v. 12.7.2018 – III ZR 183/17, Rn. 41.

das Fernmeldegeheimnis nach § 88 Abs. 3 TKG verneinen. Hier nach ist es dem Dienstanbieter (hier den Betreiber des sozialen Netzwerks) untersagt, sich oder anderen Kenntnis vom Inhalt oder den näheren Umständen der Telekommunikation zu verschaffen. Im Gegensatz zum KG Berlin sieht der BGH den Erben des Kontoinhabers nicht als „anderen“ im Sinne des § 88 Abs. 3 TKG an. Der Erbe trete mit dem Tod des Erblassers in den geschützten Kommunikationsvorgang mit dem anderen Kommunikationspartner ein. Aus diesem Grund sei der Erbe dann auch kein „anderer“, sondern Beteiligter an dem Kommunikationsprozess. Facebook mache die Kommunikationsinhalte damit nicht gegenüber einem anderen zugänglich, wenn die Eltern des verstorbenen Mädchens einen uneingeschränkten Zugang zu dem Nutzer-Account bekommen. Dieses Ergebnis werde auch durch einen Vergleich mit der erbrechtlichen Rechtslage bei analoger Briefpost bestätigt, bei dem ein erbrechtlicher Übergang stattfindet. Gleiches gelte im Ergebnis auch für digitale Kommunikationsinhalte, die auf privaten Medien des Erblassers gespeichert sind. Eine davon abweichende Beurteilung allein aufgrund des Umstands, dass die Kommunikationsinhalte auf Servern eines Dritten (hier von Facebook) gespeichert sind, machte die Rechtslage von der zufälligen Verkörperung eines Kommunikationsinhalts abhängig. Dies sei nach dem BGH nicht gewollt und auch nicht sinnvoll.

Auch datenschutzrechtliche Belange der Kommunikationspartner der Erblasserin stünden der Durchsetzbarkeit nicht entgegen. Zwar verarbeite Facebook als Betreiber des sozialen Netzwerks durch die Bereitstellung der Kommunikationsinhalte personenbezogene Daten der Kommunikationsteilnehmer, jedoch sei diese Verarbeitung durch die Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO) gerechtfertigt. Die Verarbeitung sei zur Erfüllung des Nutzungsvertrags mit den Erben des ursprünglichen Kontoinhabers, in den sie aufgrund des Todesfalls eingetreten sind, erforderlich, sodass sie gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b) DS-GVO zulässig sei. Ohne die Datenverarbeitung könnte Facebook seiner Hauptleistungspflicht (Bereitstellung der geteilten, gesendeten oder empfangenen Kommunikationsinhalte) gegenüber dem Nutzer nicht nachkommen. Der Eintritt der Erben in die Position des Nutzers ändere hieran nichts, da Facebook die Inhalte nicht für eine bestimmte Person bereitstellen müsse, sondern nur für ein bestimmtes Benutzerkonto. Wer dann die Inhalte tatsächlich abrufe, sei hierfür nicht entscheidend. Im konkreten Fall sei die Datenverarbeitung außerdem aufgrund der ungeklärten

Todesumstände und der eventuellen Abwehr von Ersatzansprüchen der Erben zur Wahrung der berechtigten Interessen und damit nach Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO gerechtfertigt. Die Interessen, Grundrechte oder Grundfreiheiten der betroffenen Kommunikationspartner überwiegen die berechtigten Interessen der Erben dabei nicht. So sei es beispielsweise schon für die Erben erforderlich, die Inhalte zu sichten, um festzustellen, ob sich hieraus Verbindlichkeiten oder Ähnliches ergeben.

Aufgrund der Vererbbarkeit des Zugangsrechts zu einem Benutzerkonto für ein soziales Netzwerk und der Durchsetzbarkeit dieses Anspruchs, spricht der BGH den Eltern der verstorbenen Tochter als Erben ein uneingeschränktes Zugangsrecht zum Benutzerkonto zu.

IV. Fazit und Konsequenzen für Hochschulen und Forschungseinrichtungen

Das Berufungsurteil des KG Berlin war der Auslöser für eine uneinheitliche Rechtsprechung in der Thematik und die damit verbundene Rechtsunsicherheit. Es verwundert daher nicht, dass sowohl in der Fachliteratur als auch in der allgemeinen Öffentlichkeit eine Entscheidung des BGH mit Spannung erwartet wurde. Mit seinem Urteil hat der BGH nun die Rechtsunsicherheit aufgelöst und ein Grundsatzurteil in Sachen „digitaler Nachlass“ gefällt. Der BGH entscheidet sich für eine grundsätzliche Vererbbarkeit von Benutzerkonten in sozialen Netzwerken und sieht auch keine telekommunikationsrechtlichen oder datenschutzrechtlichen Einschränkungen dieses Grundsatzes vor. Lediglich bei einem vertraglichen Ausschluss der Vererbbarkeit, der auch AGB-rechtlich wirksam ist, könnte ein anderes Ergebnis angezeigt sein.

Dogmatisch kann dem BGH insoweit kein Fehler vorgeworfen werden. Überzeugend ist insbesondere die gleiche Handhabung von analogen beziehungsweise auf privaten Speichermedien des Erblassers gesicherten Kommunikationsinhalten mit serverbasierten Speicherungen. Auf diese Weise lassen sich zufällige Ergebnisse abhängig von der Speicherungsform vermeiden, obwohl der zugrundeliegende Sachverhalt vergleichbar ist. So wäre es sachlich nicht gerechtfertigt, dass der Erbe zwar Briefe und auf privaten Medien gespeicherte Nachrichten lesen dürfte, aber keinen Zugang zu der identischen Nachricht erhalte, nur weil diese auf einem Server eines sozialen Netzwerks gespeichert ist.

Lediglich die ausbleibende Vorlage an den Europäischen Gerichtshof (EuGH) hinsichtlich der datenschutzrechtlichen Bewertung vermag zu überraschen. Der BGH sieht die richtige Anwendung des Europarechts in diesem Fall als unproblematisch an, sodass er keine Notwendigkeit sah, den EuGH anzurufen. Nicht ausgeschlossen werden kann jedoch, dass sich aufgrund der DS-GVO als Grundlage der datenschutzrechtlichen Beurteilung ein anderes Gericht aus den europäischen Mitgliedstaaten in Zukunft entschließt, für die Bewertung den EuGH anzurufen. Sollte der EuGH dann zu einer abweichenden Ansicht kommen, müsste sich die deutsche Rechtsprechung dieser anpassen. Hierbei handelt es sich aber um Zukunftsszenarien, deren Eintritt derzeit noch nicht vorausgesagt werden kann. Bis es zu einem eventuellen Urteil des EuGH kommt, gilt es die Rechtsprechung des BGH in dieser Form zu beachten.

Das Urteil des BGH ist insoweit auch für Hochschulen und andere Forschungseinrichtungen von erheblicher Bedeutung. Auch sie bieten ihren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern oder den Studierenden Onlinedienste an, auf die die Grundsätze des Urteils prinzipiell übertragen werden können. Zwar muss für jeden Dienst einzeln bewertet werden, ob die Übertragung auch im Einzelfall gerechtfertigt ist, jedoch bietet das Urteil eine erste Orientierungsmöglichkeit. Insbesondere für E-Mail-Dienste muss jedenfalls davon ausgegangen werden, dass die rechtliche Situation vergleichbar zu der bei sozialen Netzwerken gelöst wird. Das bedeutet, dass den Erben des ehemaligen Nutzers gegebenenfalls der Zugang zu den einzelnen Nutzerkonten gewährt werden muss. Eine Verweigerung aus datenschutzrechtlichen oder telekommunikationsrechtlichen Erwägungen (insbesondere ein Verweis auf das Fernmeldegeheimnis nach § 88 TKG) dürfte ausgeschlossen sein.

Chef liest mit

Kündigung aufgrund privater WhatsApp-Konversation

von Marten Tiessen

Persönliche Beleidigungen oder extremistische Posts in sozialen Netzwerken können einen Kündigungsgrund darstellen, auch wenn der Arbeitnehmer diese außerhalb seiner Arbeitszeit äußert. Entscheidend ist stattdessen, ob die Kommunikation öffentlich oder privat erfolgt. Am 15.11.2017 entschied das Arbeitsgericht (ArbG) Mainz zugunsten eines Arbeitnehmers, der in einer privaten WhatsApp-Gruppe rechtsextremistische Bilder gepostet hatte. Öffentliche Arbeitgeber sollten genau prüfen, welche verfassungsfeindlichen Äußerungen ihrer Arbeitnehmer arbeitsrechtlich sanktioniert werden können.

I. Ausgangslage

Beim Nachrichtenaustausch über soziale Netzwerke verschwimmen schnell die Grenzen zwischen privater und öffentlicher Kommunikation. Öffentliche Posts von Arbeitnehmern auf Plattformen wie Facebook, Twitter, etc. werden gegebenenfalls auch vom Arbeitgeber oder Kollegen zur Kenntnis genommen. Nutzen die Arbeitnehmer solche Posts für persönliche Beleidigungen, politische Hetze oder zur Gewaltverherrlichung, kann dies arbeitsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Während schon zahlreiche gerichtliche Entscheidungen zu persönlicher Beleidigung des Arbeitgebers im Internet ergangen sind¹, gab es in letzter Zeit auch wiederholt Fälle, in denen Arbeitnehmer extremistische Aussagen in sozialen Netzwerken gepostet haben und ihnen deshalb gekündigt wurde. Betroffen sind dabei hauptsächlich öffentlich-rechtliche Beschäftigungsverhältnisse. Denn Beschäftigte des öffentlichen Dienstes haben eine politische Loyalitätspflicht gegenüber ihrem Arbeitgeber. Für Tarifbeschäftigte ergibt sie sich aus § 3 I 2 des Tarifvertrages für den Dienst der Länder (TV-L), wonach sich die Beschäftigten durch ihr gesamtes Verhalten zur freiheitlich demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen müssen. Beschäftigte des Bundes sind gem. § 41 des Tarifvertrags für den öffentlichen

Dienst (TVöD) an die Loyalitätspflicht nur gebunden, sofern sie hoheitlich tätig werden. Für Beamte ist die Treuepflicht eine der Grundpflichten, die für Bundesbeamte in § 60 Bundesbeamtengesetz und für Landesbeamte in § 33 Beamtenstatusgesetz festgehalten werden. An die Loyalitätspflicht sind, abhängig von der Art der Tätigkeit, unterschiedlich hohe Maßstäbe zu setzen. Sie beinhaltet in der Regel die Pflicht, in politischen Meinungsäußerungen Zurückhaltung zu üben. Zumindest verpflichtet sie aber den Beschäftigten dazu, nicht aktiv verfassungsfeindliche Ziele zu verfolgen. Wird diese Pflicht durch extremistische oder menschenverachtende Äußerungen verletzt, so kann dies eine Kündigung begründen. Die Kündigung kann sich dabei sowohl auf das Verhalten des Arbeitnehmers als auch auf dessen Ungeeignetheit als Person stützen. Für eine verhaltensbedingte Kündigung wird zusätzlich verlangt, dass die Äußerung einen dienstlichen Bezug aufweist und nicht mehr von der Meinungsfreiheit des Arbeitnehmers gedeckt ist. Ein dienstlicher Bezug ist aber bereits gegeben, wenn die Aussage des Arbeitnehmers auf irgendeine Weise mit dem Arbeitgeber in Verbindung gebracht werden kann. Eine Äußerung ist spätestens dann nicht mehr von der Meinungsfreiheit gedeckt, wenn sie gegen allgemeine Gesetze oder die persönliche Ehre verstößt, wie es z.B. bei Volksverhetzung oder Beleidigungen der Fall ist.

In zwei Entscheidungen aus jüngerer Zeit hielt das Gericht eine solche verhaltensbezogene Kündigung für gerechtfertigt, weil Arbeitnehmer rechtsextreme Inhalte auf Facebook

¹ Zu beleidigenden Posts auf Facebook siehe Kuta, Facebook und das wahre Leben, DFN-Infobrief Recht 03/2013.

gepostet hatten und ihr Arbeitgeber über das Profil identifizierbar war (ArbG Gelsenkirchen v. 24.11.2015 – 5 Ca 1444/15; ArbG Herne v. 22.3.2016 – 5 Ca 2806/15).² Dabei sah das Gericht den dienstlichen Bezug bereits darin, dass die Arbeitnehmer in ihren öffentlichen Profilen den Arbeitgeber in identifizierbarer Weise benannt hatten. Der Arbeitnehmer stelle dadurch eine Verbindung zwischen den Äußerungen und den Dienstherrn her, die für Besucher des Profils wahrnehmbar ist.

Liegt kein dienstlicher Bezug vor, kann, statt einer verhaltensbedingten, eine personenbedingte Kündigung in Betracht kommen, wenn die Äußerung starke Zweifel an der persönlichen Eignung erweckt. Von allen Angestellten des öffentlichen Dienstes kann ein Mindestmaß an Verfassungstreue erwartet werden. Lassen die Äußerungen des Angestellten diese fraglich erscheinen, fehlt die für den öffentlichen Dienst erforderliche Eignung. Eine fehlende Eignung erscheint umso wahrscheinlicher, je häufiger sich der Arbeitnehmer verfassungsfeindlich verhalten hat und kann sich auch erst aus der Gesamtschau der einzelnen Aktivitäten ergeben.

Unabhängig davon, ob eine verhaltens- oder personenbedingte Kündigung ausgesprochen werden soll, kann nicht jede verfassungsfeindliche Äußerung des Mitarbeiters als Kündigungsgrund herangezogen werden. Die vertrauliche Kommunikation des Arbeitnehmers ist geschützt, auch wenn er sich in dieser extremistisch oder beleidigend äußert. Der Schutz umfasst auch die Kommunikation im Internet, sofern diese noch als vertraulich eingestuft werden kann. Die Vertraulichkeit wird zu verneinen sein, sobald Nachrichten einem unbestimmten Empfängerkreis zugänglich sind. Öffentlich einsehbare Facebook-Posts, sind daher, auch wenn sie auf dem privaten Profil erfolgen, nicht geschützt. Anders sieht es dagegen bei der Kommunikation in privaten WhatsApp-Gruppen aus. Das ArbG Mainz entschied im letzten Jahr, dass extremistische Posts aus einer privaten WhatsApp-Gruppe nicht arbeitsrechtlich sanktioniert werden dürfen.

II. Tatbestand

Vor dem ArbG Mainz stritt sich ein Mitarbeiter des gemeindlichen Kontroll- und Vollzugsdienstes als Kläger mit seinem

Arbeitgeber, der Stadt W., als Beklagte über die Fortführung des Arbeitsverhältnisses. Ursache der Auseinandersetzung war die Kommunikation in einer WhatsApp-Gruppe, der der Kläger mit den anderen Kollegen seiner Abteilung angehörte und in der sie sich sowohl über Dienstliches als auch Privates austauschten. Im Rahmen von Einzelgesprächen mit den Mitarbeitern wurde zu Lasten des Klägers der Vorwurf geäußert, rechtsextremistisches Gedankengut in der WhatsApp-Gruppe zu verwenden und zu verbreiten. In der Absicht dem Kläger fristlos zu kündigen, hörte die Beklagte den Personalrat an und berief sich auf die Unvereinbarkeit der beruflichen Funktion des Klägers mit seiner ausländerfeindlichen Gesinnung. Anhand des Chat-Protokolls ließe sich auch feststellen, dass von dem privaten Mobiltelefon des Klägers mehrere Bilder mit eindeutig rechtsextremistischem Bezug in der Gruppe gepostet wurden. In seiner Funktion als Mitarbeiter des gemeindlichen Kontroll- und Vollzugsdienstes vertrete der Kläger auch gerade durch sein Auftreten in Uniform die grundlegenden Prinzipien der freiheitlichen demokratischen Grundordnung. Insbesondere die berufliche Beteiligung an Abschiebungsverfahren von Asylbewerbern sei unvereinbar mit seiner ausländerfeindlichen Gesinnung. Der Personalrat äußerte im Hinblick auf die Kündigung Bedenken. Er hielt die Einsehung des privaten Chatverlaufs durch den Arbeitgeber für bedenklich. Dadurch sei das Recht des Klägers auf Datenschutz, Privatsphäre und freie Meinungsäußerung gefährdet.

Als die Beklagte den Kläger entgegen der Bedenken des Personalrats dennoch entließ, klagte dieser gegen seine Kündigung. Er beruft sich darauf, dass seine Daten rechtswidrig erlangt seien. Außerdem habe er die Bilder selber gar nicht heruntergeladen, sondern lediglich reflexartig weitergeleitet. Die Bilder würden nicht seine politische Grundhaltung widerspiegeln. Die Beklagte ist dagegen der Ansicht, dass die Daten verwertbar seien, da sie unstreitig von einem Mitglied der Gruppe zur Verfügung gestellt wurden und der Chat nicht nur private Themen behandelte. Aufgrund seiner im Chat dargestellten fremdenfeindlichen Haltung könne der Kläger nicht mehr länger beschäftigt werden.

III. Entscheidung des ArbG Mainz

Das ArbG Mainz entschied zugunsten des Klägers und hielt die Kündigung für unberechtigt. In seinem Urteil berief es sich auf ein Urteil des Bundesarbeitsgerichts

² Zu einem ähnlichen Fall siehe Sporleder, Oft ist das Denken schwer, indes das Tippen geht auch ohne es, DFN-Infobrief Recht 01/2016.

vom 10.12.2009 (2 AZR 534/08). In diesem Fall ging es um ein Gespräch zwischen drei Mitarbeiterinnen eines Versicherungsunternehmens. In dem Gespräch äußerte sich eine Mitarbeiterin ehrverletzend gegenüber dem Vorgesetzten. Nachdem die anderen beiden Kolleginnen dem Vorgesetzten den Inhalt des Gesprächs mitteilten, wurde der Mitarbeiterin fristlos gekündigt. In seinem Urteil betonte das BAG, dass diffamierende oder ehrverletzende Äußerungen, die im vertraulichen Gespräch unter Kollegen vorgebracht werden, eine Kündigung nicht ohne weiteres rechtfertigen. Der Kollege müsse darauf vertrauen können, dass solche Äußerungen nicht weitergetragen werden. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schütze auch ehrverletzende Äußerungen, sofern diese aus einer privaten Konversation stammen.

Das ArbG Mainz sieht zwischen den beiden Fällen eine Parallele und überträgt die Grundsätze aus dem BAG-Urteil auf seinen eigenen Fall. Auch im privaten Chat müssen Kollegen davon ausgehen können, dass nur die Teilnehmer der Chatgruppe den Inhalt zur Kenntnis nehmen. Privat sei die Kommunikation auch, wenn gelegentlich dienstliche Themen angesprochen werden. Entscheidend sei, ob die jeweilige Äußerung der dienstlichen oder privaten Sphäre entstammt. Denn würde ein loser betrieblicher Zusammenhang pauschal genügen, könne ein Arbeitnehmer nie auf die Vertraulichkeit eines Gesprächs vertrauen, das am Arbeitsplatz stattfindet.

Wenn der private Chat des Klägers genauso schutzwürdig ist wie ein Sechsaugengespräch, so könne es nicht arbeitsrechtlich zu Lasten des Klägers gehen, wenn Inhalte des Chats gegen den Willen des Klägers offen gelegt werden. Die Inhalte des Chats können somit auch keine fristlose Kündigung begründen.

IV. Fazit

Als Beschäftigte des öffentlichen Dienstes gelten die Loyalitätspflichten auch für Mitarbeiter von Hochschulen und Forschungseinrichtungen. Sollte ein Angehöriger der Hochschule sich in sozialen Netzwerken verfassungsfeindlich äußern, kann dies nicht nur dem Ansehen der Einrichtung deutlichen Schaden zufügen, sondern stellt gegebenenfalls auch einen Verstoß gegen die Loyalitätspflicht dar. Ob die Äußerung für eine Kündigung Anlass geben kann, muss im Einzelfall sehr genau untersucht werden. Zum einen sollte beachtet werden,

ob den Mitarbeiter gesteigerte Loyalitätspflichten aufgrund seiner Tätigkeit treffen und diese durch die Äußerung verletzt wurden. Nicht jede fremdenfeindliche Aussage ist geeignet, einen Pflichtverstoß zu begründen.

Zum anderen stellt sich die Frage, ob eine Aussage des Beschäftigten überhaupt verwertbar ist oder ob sie Vertrauensschutz genießt. Den Mitarbeitern muss die Möglichkeit gegeben werden, sich ohne Angst vor arbeitsrechtlichen Konsequenzen vertraulich mit Kollegen austauschen zu können.

Ab wann es sich um keine vertrauliche Kommunikation mehr handelt, hängt davon ab, wie groß der Teilnehmerkreis ist. Selbst wenn die Vertraulichkeit später ohne den Willen des Betroffenen aufgehoben wird, ist die Kommunikation weiterhin geschützt. Auch muss nachgewiesen werden, dass die umstrittene Äußerung tatsächlich gefallen ist und dass sie auch vom betroffenen Beschäftigten stammt. Letzteres wird häufig schwer zu beweisen sein, gerade wenn die Kommunikation unter einem Pseudonym erfolgte. Es müsste daher rechtzeitig Beweismaterial sichergestellt werden, weil die Posts jederzeit wieder gelöscht werden könnten.

Bevor eine Kündigung ausgesprochen wird, sollte immer geprüft werden, ob nicht zunächst eine Abmahnung erteilt oder anders Abhilfe geschaffen werden kann. Die Abmahnung ist als milderes Mittel laut BAG immer dann erforderlich, wenn es um ein steuerbares Verhalten geht und eine Wiederherstellung des Vertrauens erwartet werden kann. Auch außerordentliche Kündigungen erfordern daher in der Regel eine vorherige Abmahnung. Nur bei besonders schweren Pflichtverletzungen kommt eine fristlose Kündigung als ultima ratio in Betracht.

Wissenschaft, kein Wettbewerb

OLG Frankfurt a. M. entscheidet über wettbewerbsrechtliche Qualität eines wissenschaftlichen Produktvergleichs in Fachzeitschrift

von Charlotte Röttgen

In seinem Urteil vom 11.05.2017 (Az.: 6 U 76/16) hat das OLG Frankfurt a. M. entschieden, dass der Vergleich eines Wissenschaftlers von zwei medizinischen Produkten in einem Fachaufsatz, bei dem im Ergebnis eines der Produkte besser bewertet wird als das andere, keine den Wettbewerb verletzende Handlung gem. § 2 Abs. 1 UWG darstellt. Die Urteilsausführungen geben einen praxisnahen Überblick, wann im wissenschaftlichen Kontext geschäftliche und zugleich wettbewerbsrechtlich relevante Handlungen vorliegen und wann nicht. Für Hochschulen und Forschungseinrichtungen ist das Urteil von besonderer Relevanz, da auch Studien des eigenen wissenschaftlichen Personals zu Klagen wegen etwaiger Wettbewerbsverstöße führen können.

I. Hintergrund

Im Rahmen der Forschungstätigkeit von Wissenschaftlern kommt es nicht selten vor, dass die Wirksamkeit von Produkten miteinander verglichen wird und die Studienergebnisse anschließend im Rahmen von Fachpublikationen der interessierten Öffentlichkeit mitgeteilt werden. Häufig führen diese Studienergebnisse auch dazu, dass schlechter bewertete Produkte in der Folge Absatzeinbußen erleiden – zum Ärger der betroffenen Unternehmen. Diese haben ein großes Interesse daran, gegen diese Kritik vorzugehen und beschreiten nicht selten den Rechtsweg. Das OLG Frankfurt a. M. hat in seinem Urteil klargestellt, innerhalb welcher Grenzen die Veröffentlichung wissenschaftlicher Studien grundsätzlich keine geschäftliche Handlung i.S.d. UWG darstellt und ab wann eine solche geeignet ist, den Wettbewerb unlauter zu beeinflussen.

II. Sachverhalt

Die Parteien streiten über angeblich unwahre Aussagen in einem wissenschaftlichen Fachaufsatz. Bei der Klägerin handelt es sich um ein Unternehmen, das thermoplastische Unterkieferprotrusionsschienen (sog. „Boil-and-bite-Schienen“) herstellt, die bei obstruktiver Schlafapnoe helfen sollen und vom Patienten selbst angepasst werden können. Dieses

Medizinprodukt steht im Wettbewerb mit den Produkten der A-Gruppe. Diese vertreibt individuelle Unterkieferprotrusionsschienen (UKPS), die vom Zahnarzt individuell an den Patienten angepasst werden. Bei dem Beklagten handelt es sich um einen auf Schlafmedizin spezialisierten Arzt, Assistenzprofessor und Lehrbeauftragten einer medizinischen Fakultät. Sein Forschungs- und Tätigkeitsschwerpunkt liegt im Bereich der atemungsbedingten Schlafstörungen. Im Jahr 2014 veröffentlichte er in einer international führenden Fachzeitschrift für Schlafmedizin einen Aufsatz, in dem er sich mit der Wirksamkeit der beiden unterschiedlichen Medizinprodukte auseinandersetzte.

Er äußerte sich zu den Produkten wie folgt: „Beim direkten Vergleich der Wirksamkeit von thermoplastischen und individuellen UKPS wurden in einer Studie mit einem „cross-over-design“ über 4 Monate, an der 35 Patienten teilnahmen, herausgefunden, dass nach der Behandlung der AHI-Index nur unter Therapie mit der individuellen UKPS reduziert wurde. Das thermoplastische Gerät zeigte eine viel geringere Wirksamkeit...“ Der Beklagte verwies in einer Fußnote auf eine Studie, die er im Jahr 2008 durchgeführt hatte, bei der ein Entwicklungsprodukt der Klägerin zum Einsatz kam, das später nicht auf den Markt gebracht wurde. Diese Vergleichsstudie wurde sowohl von der A-Gruppe als auch von der Klägerin finanziell unterstützt.

In erster Instanz hat das Landgericht Frankfurt a.M. den Beklagten mit Versäumnisurteil verurteilt zu unterlassen, unter Berufung auf die Studie aus dem Jahr 2008 in Bezug auf intraorale Schienen zu behaupten, dass beim direkten Vergleich von thermoplastischen und individuellen Unterkieferprotrusionsschienen das thermoplastische Gerät eine viel geringere Wirksamkeit zeigte, wie in der Fachzeitschrift im Jahr 2014 geschehen. Auf den Einspruch des Beklagten hat das LG das Versäumnisurteil mit Urteil vom 15.03.2016 aufrechterhalten.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung des Beklagten, der die Abweisung der Klage begehrt; die Klägerin begehrt die Zurückweisung der Berufung.

III. Entscheidung des Gerichts

Das Gericht hat dem Antrag des Beklagten entsprochen und die Klage abgewiesen. Die Klägerin hat demnach keinen Anspruch auf Unterlassung der beanstandeten Aussage gem. §§ 8 Abs. 1, 3, 5 UWG, da die Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Entgegen der klägerischen Ansicht fördert der Beklagte mit den in seinem Aufsatz getätigten Aussagen keinen fremden Wettbewerb. Ein Unterlassungsanspruch nach § 8 UWG setzt eine unzulässige geschäftliche Handlung zugunsten eines Mitbewerbers voraus. Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt.

Das konkrete Wettbewerbsverhältnis zwischen der Klägerin und der A-Gruppe ist gegeben. Beide vertreiben ähnliche Medizinprodukte und stehen miteinander im gemeinsamen Wettbewerb nach §§ 8 Abs. 3 Nr. 1, 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG. Allerdings fehlt es bereits an einer geschäftlichen Handlung gem. § 2 Abs. 1 UWG. Das Verhalten des Beklagten stellt eine solche Handlung nicht dar. Eine geschäftliche Handlung im wettbewerbsrechtlichen Sinne erfordert ein Verhalten, das bei objektiver Betrachtung mit dem Ziel der Förderung fremden Absatzes von Waren oder Dienstleistungen in unmittelbarem Zusammenhang steht. Das primäre Bestreben der Person, die eine geschäftliche Handlung vornimmt, muss also darauf ausgerichtet sein, eine Verbraucherentscheidung durch ihr Verhalten dahingehend zu beeinflussen, dass eine Entscheidung für oder gegen ein bestimmtes Produkt des Wettbewerbers erfolgt. Stellt eine solche Beeinflussung der Verbraucher und eine daraus resultierende Absatzsteigerung jedoch lediglich einen Reflex eines anderen, primär verfolgten Zieles dar, liegt eine geschäftliche Handlung gerade nicht vor. Weltanschauliche, wissenschaft-

liche, redaktionelle oder verbraucherpolitische Äußerungen, die nicht in funktionalem Zusammenhang mit der Absatzförderung stehen, unterfallen nicht dem Anwendungsbereich des UWG. Die Publikation des Beklagten in der internationalen Fachzeitschrift dient gerade nicht primär dem Zweck, den Absatz von Unterkieferprotrusionsschienen zu fördern. Vielmehr verfolgt der Beklagte primär andere, nämlich wissenschaftliche Zwecke mit dem publizierten Aufsatz. Dies ergibt sich daraus, dass der Beklagte einen nach Form und Diktion wissenschaftlichen Fachaufsatz in seiner Eigenschaft als Wissenschaftler und Arzt eines Universitätsklinikums über sein Forschungsgebiet, die Schlafmedizin, in einer Fachzeitschrift für Schlafmedizin veröffentlicht. Insoweit, stellte das Gericht fest, kann der Beklagte sich auf die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG berufen.

Dass der Beklagte seinen Aufsatz nur unter dem Vorwand einer wissenschaftlichen Zielsetzung veröffentlicht hat, primär aber die Absatzsteigerung der Medizinprodukte der A-Gruppe beabsichtigte, dafür bestehen – so das OLG – keine ausreichenden Anhaltspunkte. Die Tatsache, dass die von dem Beklagten in dem Aufsatz zitierte Vergleichsstudie von der A-Gruppe finanziell unterstützt worden ist, reicht allein nicht aus. Eine Finanzierung wissenschaftlicher Studien mithilfe von Drittmitteln entspricht gängiger wissenschaftlicher Praxis. Zudem waren keine Anhaltspunkte ersichtlich, aus denen sich ergibt, dass die A-Gruppe auf die Ergebnisse der Studie Einfluss genommen hat. Insbesondere wurde die finanzielle Unterstützung der Studie durch die A-Gruppe nicht verschwiegen, der Beklagte hat diese im Anhang seines Aufsatzes offen gelegt. Hinzu kommt, dass auch die Klägerin selbst an der Vergleichsstudie finanziell beteiligt war.

Das Gericht hat sich der klägerischen Ansicht nicht angeschlossen, ein vorrangiger Zweck der Absatzförderung ergebe sich aus mangelnder Objektivität des Beklagten. Hierzu hat es ausgeführt, dass es ein Indiz für eine geschäftliche Handlung i.S.d. UWG sein kann, wenn eine Einflussnahme der Verbraucher aufgrund bewusst irreführender Bewertungen vorgenommen wird. Eine solche Intention erfordert aber, dass die streitgegenständlichen Äußerungen in einem Maße objektiv falsch bzw. unvertretbar sind, dass das Ziel des Beklagten, seine Forschungsergebnisse kundzutun, fernliegend ist. Im konkreten Fall, so das Gericht, liegen jedoch keine Anhaltspunkte vor, die eine bewusste Einflussnahme des Beklagten beweisen könnten. Die Tatsache, dass der Beklagte die ther-

moplastischen Schienen in der zitierten Studie nicht als Prototypen, sondern als „noch nicht am Markt platziert“ bezeichnet hat, vermag ein solches Motiv nicht zu belegen. Entgegen der Ansicht der Klägerin ist auch die Überschrift des Artikels mit dem Wort „Update“, durch die der Eindruck entstehen könne, bei den Produkten handele es sich um aktuelle Ware, zu einer derartigen Beeinflussung nicht geeignet. Das Gericht bewertete diese Umstände als wissenschaftliche Qualitätsmängel, die aber nicht derart schwerwiegend sind, dass hieraus die Intention des Beklagten abgeleitet werden kann, dieser wolle auf Kaufentscheidungen Einfluss nehmen. Ein weiterer Aspekt ist, dass der Artikel nicht primär dazu dient, thermoplastische und individuelle Unterkieferprotrusionsschienen miteinander zu vergleichen. Vielmehr ist ein genereller Vergleich zwischen konventionellen Behandlungsmethoden für Schlafapnoe (continuous positive airway pressure CPAP) und der Therapie mittels Kieferschienen intendiert. Dies geht eindeutig aus dem Inhalt des Aufsatzes hervor. Der Vergleich zwischen thermoplastischen und individuellen Schienen ist hierbei nur einer unter vielen. Dass die Studie des Beklagten aus dem Jahr 2008 hierbei zitiert wurde, ist der Tatsache geschuldet, dass es sich um die bis zu diesem Zeitpunkt einzige Cross-Over-Studie handelte, bei der beide Patientengruppen mit beiden Medizinprodukten nacheinander behandelt wurden.

Die Tatsache allein, dass der Beklagte in der Vergangenheit als Co-Promoter bei der A-Gruppe beschäftigt war und dass die Universität, an welcher der Beklagte lehrt, Forschungsgelder i.H.v. 180.000 EUR erhalten hat, genügt nicht, ein geschäftliches Handeln des Beklagten nachzuweisen. Eine finanzielle Förderung von Forschungsprojekten durch Industrieunternehmen ist in der Wissenschaft üblich und führt nicht automatisch dazu, dass die erzielten Forschungsergebnisse als geschäftliche Handlungen anzusehen sind.

Das Gericht hat auch einen Unterlassungsanspruch wegen eines Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nach § 1004 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 823 Abs. 1 BGB verneint. Dieser Anspruch setzt einen betriebsbezogenen Eingriff voraus. Die Verletzungshandlung muss sich gezielt gegen den Betrieb und seine Organisation oder gegen die unternehmerische Entscheidungsfreiheit richten. Eine solche Zielrichtung ergibt sich aus dem Aufsatz des Beklagten gerade nicht, der die thermoplastischen Unterkieferprotrusionsschienen allgemein kritisiert und nicht im Speziellen diejenigen der Klägerin.

IV. Zusammenfassung und Konsequenzen für Hochschulen und wissenschaftliche Einrichtungen

Das Urteil des OLG Frankfurt a.M. zeigt, dass wissenschaftliche Publikationen, die keinen eindeutigen Absatzförderungszusammenhang aufweisen, nicht als geschäftliches und somit wettbewerbsrechtlich relevantes Handeln zu qualifizieren sind. Die Tatsache, dass eine Finanzierung durch Industrieunternehmen im Wege der Drittmittelförderung erfolgt, führt nicht zwangsläufig dazu, dass die Forschung nicht mehr objektiv sein kann. Vielmehr bedarf es eines bewusst irreführenden Handelns oder vergleichbarer Vorgehensweisen für ein geschäftliches Handeln i.S.d. Wettbewerbsrechts. Werden allgemeine wissenschaftliche Qualitätsstandards bei der Durchführung von Studien und der Anfertigung wissenschaftlicher Publikationen gewahrt, dürfte für eine Wettbewerbsverletzung kein Raum bestehen.

Für Hochschulen und Forschungseinrichtungen ist es ratsam, ihr wissenschaftliches Personal auf die wettbewerbsrechtlichen Risiken hinzuweisen, die im Zusammenhang mit vergleichenden Studien und drittmittelfinanzierter Forschung bestehen können. Neben der Einhaltung wissenschaftlicher Qualitätsstandards sollte vor allem auch Transparenz hinsichtlich etwaiger Finanzierungen durch Drittmittel hergestellt werden.

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.