



universität
wien

DISSERTATION / DOCTORAL THESIS

Titel der Dissertation / Title of the Doctoral Thesis

„Arbeitsrechtliche Aspekte der Nutzung von Social-Media-Diensten durch die Arbeitnehmer/innen“

verfasst von / submitted by

Mag. iur. Julia Kienmeier

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree
of

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2021 / Vienna 2021

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
degree programme code as it appears on the student
record sheet:

UA 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt /
field of study as it appears on the student record sheet:

Rechtswissenschaften

Betreut von / Supervisor:

ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Martin Gruber-Risak

Abkürzungsverzeichnis	vii
1. Einleitung	1
1.1 Problemstellung und Hintergrund der Dissertation.....	1
1.2 Aktueller Stand der Forschung und Forschungslücke	8
1.2.1 Social-Media-Dienste im Allgemeinen	9
1.2.2 Vorvertragliches Arbeitsverhältnis.....	10
1.2.3 Vertragliches Arbeitsverhältnis	12
1.2.4 Beweisverwertungsverbot	17
1.3 Aufbau der Dissertation	18
1.4 Zusammenfassung und Forschungsfrage	20
2. Social-Media-Dienste - Begriffserklärung	22
2.1 Definition des Begriffs „Social-Media-Dienste“ allgemein.....	22
2.2 Social-Media-Gattungen.....	22
2.2.1 Soziale Netzwerke	23
2.2.2 Instant Messaging.....	23
2.2.3 Multimediaplattformen.....	23
2.2.4 Weblogs.....	24
2.3 Aufbau von Social-Media-Netzwerken am Beispiel von Facebook, LinkedIn und Xing.....	24
2.3.1 Facebook	24
2.3.2 LinkedIn	26
2.3.3 Xing.....	27
2.4 Aufbau von Instant Messaging am Beispiel von WhatsApp, Yahoo Messenger und Facebook Messenger	28
2.4.1 WhatsApp.....	28
2.4.2 Yahoo Messenger.....	29
2.4.3 Facebook Messenger	30
2.5 Aufbau von Multimedia Plattformen am Beispiel von YouTube und Instagram	31
2.5.1 YouTube.....	31
2.5.2 Instagram	32
2.6 Aufbau von Blogs am Beispiel von Wordpress.com und Twitter.....	33
2.6.1 Wordpress.com.....	33
2.6.2 Twitter	34
2.7 Exkurs: Suchmaschinen am Beispiel von Google	35
2.8 Gemeinsamkeiten und Unterschiede der beschriebenen Social-Media-Dienste und Suchmaschinen.....	35
2.9 Kommunikationsmöglichkeiten	37
2.9.1 „Gefällt mir“-Button/ „Like“-Button	38
2.9.2 Kommentieren.....	38
2.9.3 „Share“ / „Teilen“-Funktion.....	38
2.9.4 Status, Bilder, Videos	38
2.9.5 Kommunikation schriftlich (Chats)	39
2.9.6 Exkurs Online-Sein	39
2.10 Privater und Öffentlicher Zugang von Social-Media-Diensten und deren Nutzer/innenkonten.....	40
2.10.1 Definition Öffentlichkeit	40
2.10.2 Beurteilung der Öffentlichkeit von Suchmaschinen, freizeitorientierten und beruflich orientierten Netzwerken, Weblogs	41
2.10.3 Individuelle Öffentlichkeit	42
2.11 Ergebnis.....	44

3. Rechtliche Grundlagen.....	46
3.1. Allgemeines Persönlichkeitsrecht nach § 16 ABGB.....	46
3.1.1 Schutzbereich	46
3.1.2 Drittwirkung der Grundrechte	47
3.2 Grundrecht auf Datenschutz	47
3.2.1 Anwendungsbereich	48
3.2.1.1 Zeitlicher Anwendungsbereich der DSGVO und des DSG	48
3.2.1.2 Sachlicher Anwendungsbereich der DSGVO und des DSG	48
3.2.1.3 Räumlicher Anwendungsbereich der DSGVO und des DSG	49
3.2.2 Begriffsbestimmungen	49
3.2.2.1 Personenbezogene Daten	50
3.2.2.2 Besondere Kategorien personenbezogener Daten (sensible Daten).....	51
3.2.2.3 Verarbeitung	51
3.2.2.4 Allgemein verfügbar.....	53
3.2.2.4.1 Suchmaschinen	54
3.2.2.4.2 Freizeitorientierte Netzwerke.....	54
3.2.2.4.3 Berufliche Plattformen.....	55
3.2.2.4.4 Blogs	55
3.2.2.5 Verantwortliche/r.....	55
3.2.3 Grundsätze der Datenverarbeitung nach Art 5 DSGVO.....	56
3.2.3.1 Grundsatz der Rechtmäßigkeit	56
3.2.3.1.1 Einwilligung nach Art 6 Z 1 lit a DSGVO.....	56
3.2.3.1.2 Erfüllung eines Vertrages nach Art 6 Z 1 lit b DSGVO	58
3.2.3.1.3 Rechtliche Verpflichtung nach Art 6 Z 1 lit c DSGVO	59
3.2.3.1.4 Schutz lebenswichtiger Interessen nach Art 6 Z 1 lit d DSGVO	59
3.2.3.1.5 Wahrung berechtigter Interessen nach Art 6 Z 1 lit f DSGVO	59
3.2.3.2 Grundsatz von Treu und Glauben	60
3.2.3.3 Grundsatz der Transparenz	60
3.2.3.4 Zweckbindungsprinzip	60
3.2.3.5 Grundsatz der Datenminimierung, Richtigkeit, Integrität und Vertraulichkeit.....	61
3.2.4 Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten nach Art 9 DSGVO	61
3.2.4.1 Ausdrückliche Erklärung nach Art 9 Abs 2 lit a DSGVO	62
3.2.4.2 Offensichtliche Selbstveröffentlichung nach Art 9 Abs 2 lit e DSGVO.....	62
3.2.4.2.1 Suchmaschinen	63
3.2.4.2.2 Freizeitorientierte und beruflich orientierte Plattformen.....	63
3.2.4.2.3 Blogs	63
3.2.5 Betroffenenrechte	64
3.2.6 Zwischenergebnis.....	65
3.3 Art 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Korrespondenz und der Wohnung).....	66
3.3.1 Schutzbereich	68
3.3.2 1.Kriterium: Information über Überwachung.....	69
3.3.3 2.Kriterium: Art, Weise und Umfang der Kontrolle in einem zulässigen Rahmen	70
3.3.4 3. – 7. Kriterium	70
3.3.5 Rechte des/der Betroffenen	71
3.3.6 Zwischenergebnis.....	72
3.4 Art 8 GRC (Schutz personenbezogener Daten).....	73
3.4.1 Anwendungsbereich	73
3.4.2 Verarbeitung personenbezogener Daten.....	74
3.4.3 Voraussetzung einer zulässigen Verarbeitung nach Art 8 Abs 2 GRC.....	75
3.4.4 Rechte des/der Betroffenen	75
3.4.5 Zwischenergebnis.....	76
3.5. Ergebnis.....	77
4. Arbeitsverhältnis im Anbahnungsstadium.....	78

4.1 Aktiv auf Social-Media / im Internet	81
4.1.1 Vor der Bewerbungsphase	82
4.1.2 In der Bewerbungsphase	82
4.2 Prüfung nach Rechtmäßigkeit der Recherche (Background-Checks)	83
4.2.1 Rechtslage in Deutschland	84
4.2.1.1 Entwicklungen zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes	84
4.2.1.2 1. Möglichkeit: Erforderlichkeit nach § 26 Abs 1 BDSG	86
4.2.1.3 2. Möglichkeit: Einwilligung des/der Stellenwerbers/in gemäß §§ 4 I Var 3, 4a BDSG	87
4.2.1.4 Rechtsfolgen in Bezug auf Verstöße in Deutschland	88
4.2.1.5 Ergebnis	88
4.2.2 Rechtslage in der Schweiz	89
4.2.3 Rechtslage in Österreich	90
4.2.3.1 Art 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz)	91
4.2.3.1.1 Suchmaschinen	91
4.2.3.1.2 Freizeitorientierte Netzwerke	93
4.2.3.1.3 Beruflich orientierte Netzwerke	94
4.2.3.1.4 Webblogs	96
4.2.3.1.5 Zwischenergebnis	97
4.2.3.2 Art 8 GRC (Schutz personenbezogener Daten)	97
4.2.3.2.1 Suchmaschinen	97
4.2.3.2.2 Freizeitorientierte Plattformen	98
4.2.3.2.3 Beruflich orientierte Plattformen	99
4.2.3.2.4 Webblogs	100
4.2.3.2.5 Zwischenergebnis	101
4.2.3.3 Grundrecht auf Datenschutz nach dem DSG und der DSGVO	101
4.2.3.3.1 Suchmaschinen	102
4.2.3.3.2 Freizeitorientierte Plattformen	103
4.2.3.3.2.1 Verarbeitung personenbezogener Daten und Prüfung der allgemeinen Verfügbarkeit	103
4.2.3.3.2.2 Prüfung der Grundsätze der Datenverarbeitung nach Art 5 DSGVO	103
4.2.3.3.2.3 Prüfung des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit nach Art 6 Z 1 lit a DSGVO	104
4.2.3.3.2.4 Prüfung des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit nach Art 6 Z 1 lit f DSGVO	107
4.2.3.3.2.5 Prüfung des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit nach Art 9 Abs 2 lit e DSGVO	108
4.2.3.3.2.6 Zwischenergebnis	108
4.2.3.3.3 Beruflich orientierte Plattformen	108
4.2.3.3.4 Webblogs	111
4.2.3.3.5 Zwischenergebnis	111
4.2.3.4 Allgemeines Persönlichkeitsrecht des/der potenziellen Arbeitnehmers/in (Fragerecht des/der Arbeitgebers/in)	112
4.2.3.5 Ergebnis	114
4.2.3.6 Praxisnahe Fälle und deren rechtliche Beurteilung	115
4.2.3.6.1 Gerichtlich strafrechtliche und verwaltungsstrafrechtliche Verurteilungen (getilgt/ungetilgt)	115
4.2.3.6.2 Unprofessionelle Profilnamen	116
4.2.3.6.3 Häufiges Posten von Inhalten auf Social-Media-Plattformen	117
4.2.3.6.4 Falsche Angaben über Qualifikationen des/der Stellenbewerbers/in	118
4.2.3.6.5 Hasspostings oder sonstige diskriminierende Kommentare	119
4.2.3.6.6 Informationen über Alkoholkonsum	120
4.2.3.6.7 Schlechte Kommunikationsfähigkeiten	123
4.2.3.6.8 Öffentliche Äußerungen über Politik	123
4.2.3.6.9 Informationen über den Familienstand des/der Bewerbers/in	125
4.2.3.6.10 Informationen über ethnische Zugehörigkeit, Religion und sexuelle Orientierung	125
4.2.3.6.11 Informationen über eine mögliche vorvertragliche Treuepflichtverletzung	126
4.2.3.6.12 Ergebnis	127
4.3 Folgen für potenzielle Arbeitnehmer/innen und Arbeitgeber/innen	128
4.3.1 Folgen für potenzielle Arbeitnehmer/innen	128
4.3.2 Folgen für potenzielle Arbeitgeber/innen	128

4.3.2.1 Rechte des/der Stellenbewerbers/in nach Art 13 EMRK	128
4.3.2.2 Rechte des/der Bewerbers/in nach Art 47 GRC	129
4.3.2.3 Auskunftsrecht des/der Bewerbers/in gemäß § 44 DSG und Informationsrecht nach § 43 DSG	129
4.3.2.4 Anspruch auf Löschung der Bewerbungsunterlagen gemäß § 45 DSG	130
4.3.2.5 Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadenersatzanspruch	130
<i>4.4 Exkurs: Verpflichtung zur Herausgabe von Social-Media-Passwörtern der Stellenbewerber/innen</i>	131
4.4.1 Problematik	131
4.4.2 Rechtslage in den Vereinigten Staaten	131
4.4.3 Rechtslage in Österreich	132
4.4.3.1 Grundrecht auf Datenschutz gemäß § 1 DSG	132
4.4.3.1.1 Anwendungsbereich	132
4.4.3.1.2 Einhaltung der Grundsätze der Datenverarbeitung nach Art 5 DSGVO	133
4.4.3.2 Allgemeines Persönlichkeitsrecht des/der potenziellen Arbeitnehmers/in	135
4.4.3.3 Nutzungsbedingungen der Social-Media-Plattformen	136
<i>4.5 Ergebnis</i>	137
5. Aufrechtes Arbeitsverhältnis	141
<i>5.1 Aktiv auf Social-Media-Diensten / im Internet in der Arbeitszeit</i>	<i>147</i>
5.1.1 Verwendung eines Social-Media-Profiles für private Zwecke in der Arbeitszeit (von dem/der Arbeitnehmer/in erstellt)	147
5.1.1.1 Prüfung einer Dienstpflichtverletzung	148
5.1.1.1.1 Regelungsmöglichkeiten	149
5.1.1.1.1.1 Arbeitsvertrag und Social-Media-Richtlinien	150
5.1.1.1.1.2 Betriebsvereinbarungen nach §§ 97 Abs 1 Z 1 ArbVG und 97 Abs 1 Z 6 ArbVG	150
5.1.1.1.2 Verbotene Nutzung	152
5.1.1.1.3 Erlaubte Nutzung	156
5.1.1.1.4 Keine Regelungen über die private Nutzung	158
5.1.1.1.5 Prüfung der Handlungen anhand des Flussdiagramms und eines Beispiels aus der Praxis	161
5.1.1.1.6 Zwischenergebnis	162
5.1.1.2 Prüfung einer Treuepflichtverletzung	163
5.1.1.2.1 Allgemeine Erklärungen zur Treuepflicht	164
5.1.1.2.2 Tangierung von betrieblichen Interessen (Treuepflichtverletzung)	165
5.1.1.2.2.1 Verletzung des Konkurrenzverbots	165
5.1.1.2.2.2 Verschwiegenheitspflicht	166
5.1.1.2.2.3 Beleidigung von Arbeitgeber/innen oder Arbeitskolleg/innen	166
5.1.1.2.2.4 Außerdienstliches Verhalten (uA Hasspostings)	166
5.1.1.2.2.5 Verletzung von Regelungen aus Social-Media-Richtlinien	168
5.1.1.2.3 Meinungsfreiheit nach Art 13 StGG und Art 10 EMRK	169
5.1.1.2.4 Grundrecht auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz nach Art 8 EMRK	171
5.1.1.2.5 Prüfung möglicher Handlungen auf sozialen Netzwerken anhand des Flussdiagramms und Fallbeispiele aus der Praxis	174
5.1.1.2.5.1 „Liken“	174
5.1.1.2.5.2 Kommentieren	175
5.1.1.2.5.3 Verfassen von Statusmeldungen, Bilder oder Videos	176
5.1.1.2.5.4 Teilen	177
5.1.1.2.5.5 Kommunikation schriftlich (Chats)	178
5.1.1.2.5.6 Online sein	178
5.1.1.2.6 Zwischenergebnis	179
5.1.2 Verwendung eines Social-Media-Profiles für berufliche Zwecke in der Arbeitszeit (von dem/der Arbeitgeber/in erstellt)	181
5.1.2.1 Beruflich zur Verfügung gestelltes Konto für berufliche Zwecke genutzt	182
5.1.2.1.1 Prüfung einer Dienstpflichtverletzung	182
5.1.2.1.2 Tangieren von betrieblichen Interessen (Treuepflichtverletzung)	183
5.1.2.2 Beruflich zur Verfügung gestelltes Konto für private Zwecke genutzt	184

5.1.2.2.1 Prüfung einer Dienstpflichtverletzung	184
5.1.2.2.2 Tangieren betrieblicher Interessen (Prüfung Treuepflichtverletzung)	186
5.1.2.3 Ergebnis	187
5.2 Aktiv auf Social Media außerhalb der Arbeitszeit	187
5.2.1 Prüfung einer Dienstpflichtverletzung	188
5.2.2 Tangierung von betrieblichen Interessen (Treuepflichtverletzung)	189
5.2.3 Ergebnis	190
5.3 Prüfung der Rechtmäßigkeit der Kontrolle	191
5.3.1 Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz nach Art 8 EMRK	193
5.3.1.1 Privates Profil (von dem/der Arbeitnehmer/in erstellt)	193
5.3.1.2 Berufliches Profil – berufliche Nutzung (von dem/der Arbeitgeber/in erstellt)	199
5.3.1.3 Berufliches Profil – private Nutzung (von dem/der Arbeitgeber/in erstellt)	202
5.3.1.4 Zwischenergebnis	203
5.3.2 Art 8 GRC	203
5.3.2.1 Privates Profil (von dem/der Arbeitnehmer/in erstellt)	203
5.3.2.2 Berufliches Profil – berufliche Nutzung (von dem/der Arbeitgeber/in erstellt)	208
5.3.2.3 Berufliches Profil – private Nutzung (von dem/der Arbeitgeber/in erstellt)	210
5.3.2.4 Zwischenergebnis	211
5.3.3 Prüfung einer rechtmäßigen Kontrolle nach §§ 96 Abs 1 Z 3 ArbVG und 10 AVRAG	212
5.3.4 Qualifizierte Personaldatensysteme nach § 96a Abs 1 Z 1 ArbVG	215
5.3.5 Qualifizierte Mitarbeiter/innenbeurteilung nach § 96a Abs 1 Z 2 ArbVG	218
5.3.6 Grundrecht auf Datenschutz nach § 1 DSGVO	219
5.3.6.1 Privates Profil (von dem/der Arbeitnehmer/in erstellt)	220
5.3.6.1.1 Prüfung des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit	220
5.3.6.1.1.1 Prüfung des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit nach Art 6 Z 1 lit a DSGVO	220
5.3.6.1.1.2 Prüfung des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit nach Art 6 Z 1 lit b DSGVO	221
5.3.6.1.1.3 Prüfung des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit nach Art 6 Z 1 lit c DSGVO	221
5.3.6.1.1.4 Prüfung des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit nach Art 6 Z 1 lit f DSGVO	221
5.3.6.1.1.5 Prüfung des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit nach Art 6 Z 1 lit d DSGVO	222
5.3.6.1.1.4 Verarbeitung sensibler Daten nach Art 9 DSGVO	223
5.3.6.1.2 Prüfung des Grundsatzes von Treu und Glauben und Transparenz	224
5.3.6.1.3 Prüfung des Zweckbindungsprinzips	224
5.3.6.1.4 Grundsatz der Datenminimierung, Richtigkeit, Integrität und Vertraulichkeit	224
5.3.6.1.5 Zwischenergebnis	225
5.3.6.2 Berufliches Profil – berufliche Nutzung (von dem/der Arbeitgeber/in erstellt)	225
5.3.6.2.1 Prüfung des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit	225
5.3.6.2.1.1 Prüfung des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit nach Art 6 Z 1 lit a DSGVO	225
5.3.6.2.1.2 Prüfung des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit nach Art 6 Z 1 lit b DSGVO	226
5.3.6.2.1.3 Prüfung des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit nach Art 6 Z 1 lit c DSGVO	226
5.3.6.2.1.4 Prüfung des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit nach Art 6 Z 1 lit f DSGVO	226
5.3.6.2.1.5 Prüfung des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit nach Art 6 Z 1 lit d DSGVO	227
5.3.6.2.2 Prüfung des Grundsatzes von Treu und Glauben und Transparenz	227
5.3.6.2.3 Prüfung des Zweckbindungsprinzips	227
5.3.6.2.4 Grundsatz der Datenminimierung, Richtigkeit, Integrität und Vertraulichkeit	228
5.3.6.2.5 Zwischenergebnis	228
5.3.6.3 Berufliches Profil – private Nutzung (von dem/der Arbeitgeber/in erstellt)	228
5.3.6.4 Zwischenergebnis	228
5.3.7 Ergebnis	229
5.4 Folgen für den/die Arbeitnehmer/in	230
5.4.1 Beweisverwertungsverbot	231
5.4.2 Einzelne Sanktionsmöglichkeiten	233
5.4.2.1 Verwarnung	233
5.4.2.2 Kündigung	233
5.4.2.3 Entlassung	234
5.4.2.3.1 Entlassungsgrund: Vertrauensunwürdigkeit § 27 Z 1 F 3 AngG	234
5.4.2.3.2 Entlassungsgrund: Tötlichkeiten, Verletzungen der Sittlichkeit, Ehrverletzung § 27 Z 6 AngG	239

5.4.2.3.3 Entlassungsgrund: § 27 Z 4 AngG – Verletzung der Dienstpflicht.....	240
5.4.2.3.3.1 Unterlassung der Dienstleistung nach § 27 Z 4 F 1 AngG.....	240
5.4.2.3.3.2 Beharrliche Verweigerung der Dienstpflicht § 27 Z 4 F 2 AngG	242
5.4.2.4 Zwischenergebnis	244
5.5 Folgen für den/die Arbeitgeber/in.....	245
5.5.1 Rechte des/der Arbeitnehmers/in nach Art 13 EMRK	245
5.5.2 Rechte des/der Arbeitnehmers/in nach Art 47 GRC.....	245
5.5.3 Rechte des/der Arbeitnehmers/in nach § 10 AVRAG, § 96 ArbVG und § 96a ArbVG.....	245
5.5.4 Auskunftsrecht des/der Arbeitnehmers/in gemäß § 44 DSG und Informationsrecht nach § 43 DSG	246
5.5.5 Anspruch auf Löschung der erhobenen Daten gemäß § 45 DSG	246
5.5.6 Beschwerde bei der Datenschutzbehörde gem § 24 Abs 1 DSG	246
5.6 Ergebnis	247
6. Zusammenfassung	251
6.1 Problemstellung	251
6.2 Social-Media-Dienste – Begriffserklärung	251
6.3 Rechtliche Grundlagen	253
6.4 Arbeitsverhältnis im Anbahnungsstadium.....	253
6.5 Aufrechtes Arbeitsverhältnis	257
7. Literaturverzeichnis	261

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AngG	Angestelltengesetz
AnwBl	Anwaltsblatt, Österreichisches
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz
ARD	Aktuelles Recht zum Dienstverhältnis
Art	Artikel
ASGG	Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz
ASoK	Arbeits- und Sozialrechtskartei
AV-Klauseln	Arbeitsvertrags-Klauseln
AVRAG	Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz
AZG	Arbeitszeitgesetz
BAG	Berufsausbildungsgesetz
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BDG	Beamten-Dienstrechtsgesetz
BeckOK	Beck'schen Online-Kommentare
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BEinstG	Behinderteneinstellungsgesetz
BSK	Basler Kommentar
Bsw	beispielsweise
CLLPJ	Comparative Labor Law & Policy Journal
Dako	Datenschutz konkret
Dat Komm	Praxiskommentar zum Datenschutzrecht
DAG	Österreichische Zeitschrift für das ärztliche Gutachten
DRdA	Das Recht der Arbeit
DSG	Datenschutzgesetz
DSGVO	Datenschutzgrundverordnung
DuD	Zeitschrift für Datenschutz und Datensicherheit
E	Entscheidung
ECG	E-Commerce-Gesetz
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EUV	Vertrag über die Europäische Union
ErwGr	Erwägungsgrund
F	Fall
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
gg	gegen
GIBG	Gleichbehandlungsgesetz
GPS	Global Positioning System
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
hL	herrschende Lehre
idR	in der Regel
idF	in der Fassung
ieS	im engeren Sinne
iSd	im Sinne des/r
JSt	Journal für Strafrecht
JusIT	Fachzeitschrift für Rechtsinformation, Datenschutz und IT-
Recht	

mE	meines Erachtens
MR	Medien und Recht
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NLMR	Newsletter Menschenrechte
Nr	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
OR	Obligationenrecht
PV-Info	Die Fachzeitschrift für Personalverrechnung
PVP	Personalverrechnung für die Praxis
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
Rs	Rechtssache
Rsp	Rechtsprechung
Rz	Randzahl
S	Satz
StGB	Strafgesetzbuch
StGG	Staatsgrundgesetz
stRsp	ständige Rechtsprechung
TKG	Telekommunikationsgesetz
uA	unter Anderem
uÄ	und Ähnliche(s)
uU	unter Umständen
Var	Variante
VBG	Vertragsbedienstetengesetz
VbR	Zeitschrift für Verbraucherrecht
Z	Ziffer
ZAS	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht
zB	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZellHB	Zeller Handbuch
Zell Komm	Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung

1. Einleitung

1.1 Problemstellung und Hintergrund der Dissertation

Durch die Erfindung und rasante Verbreitung des Internets hat sich in den letzten 20 Jahren das private und öffentliche Leben vieler Menschen grundlegend verändert, indem dieses durch eine **virtuelle Dimension** erweitert wurde. Diese umfasst auch die Entwicklung von **Social-Media-Diensten**, wie zB Facebook, Instagram oder WhatsApp, welche **neue soziale Räume** darstellen. Durch sie ist es möglich geworden, Informationen im Internet zu veröffentlichen und zu bearbeiten. Nutzer/innen dieser Dienste können ohne große technische Vorkenntnisse Texte, Bilder, Videos und weitere Medien anderen Mitgliedern zugänglich machen. Darüber hinaus können soziale Beziehungen zu Nutzer/innen durch regelmäßige Nachrichten und ein News-Update aufgebaut oder aufrechterhalten werden.¹ Benutzer/innen haben so die Möglichkeit, ihre **Handlungsspielräume zu erweitern** und über **räumliche und zeitliche Entfernungen** hinweg zu **kommunizieren**.²

Soziale Netzwerke werden zudem immer häufiger verwendet. Dadurch kommt es zu einer **Vermischung des privaten und beruflichen Bereiches**. So werden zB virtuelle öffentliche Äußerungen über den/die Dienstgeber/in getätigt oder soziale Medien werden in der Arbeitszeit genutzt. Ferner dienen die Plattformen auch als Werkzeug für die Kommunikation zwischen Arbeitnehmer/in und Arbeitgeber/in.³ Die Verbreitung des Internets hat daher auch **großen Einfluss** auf das **Arbeitsleben** und damit auf die rechtlichen Grundlagen in Bezug auf dieses, da den Nutzer/innen die **Reichweite** sowie die **möglichen Folgen veröffentlichten Inhalts** in der virtuellen Welt oftmals gar nicht mehr bewusst sind.

Das Dienstverhältnis dient in erster Linie dem **Austausch von Arbeitsleistungen und Entgelt**.⁴ Da dieses auch einen personalen Charakter aufweist, sind demzufolge auch beiderseitige **Schutz- und Sorgfaltspflichten** zu beachten. Der/Die Arbeitgeber/in ist **nach § 18 AngG zur Fürsorge** verpflichtet, da Dienstleistungen in eigener Person erbracht

¹ Schmidt, Social Media² (2018) 11.

² Schmidt, SM 22.

³ Hornung/Müller-Terpitz, Rechtshandbuch Social Media (2015) 23.

⁴ Mosler in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 18 AngG Rz 1 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

werden und dem/der Arbeitnehmer/in durch die wirtschaftliche und persönliche Abhängigkeit Schutz gewährt werden muss.⁵

Grundsätzlich hat der/die Dienstgeber/in damit **bestimmte besonders gefährdete persönliche Interessen** des/der Dienstnehmers/in zu wahren. Das Leben und die Gesundheit sind vorrangig zu schützen.⁶ Ferner sind auch verschiedene immaterielle und materielle Interessen, die zB andere Persönlichkeitsrechte oder das Grundrecht auf Datenschutz berühren, zu sichern.⁷ In welchem Ausmaß die Interessen beachtet werden müssen, hängt von der **Verkehrsauffassung** oder einer **betrieblichen Übung** ab. Grundsätzlich ist eine **Interessenabwägung** zwischen den schutzwürdigen Interessen des/der Arbeitnehmers/in und des/der Arbeitgebers/in durchzuführen.⁸

Der/Die Arbeitnehmer/in ist neben der **Zurverfügungstellung der Arbeitskraft** dem/der Arbeitgeber/in zur Treue verpflichtet, indem diese/r die **dienstlichen und betrieblichen Interessen zu wahren** hat.⁹

Um die Einhaltung der Pflichten des/der Dienstnehmers/in zu untersuchen, bedienen sich Unternehmen in der analogen Welt **bestimmter Kontrollmaßnahmen**. So wird zB die Arbeitsleistung durch (verdeckte) Kameras überwacht oder Telefonate werden heimlich abgehört. Darüber hinaus werden Personenkontrollen oder medizinische Untersuchungen durchgeführt. In vielen Fallkonstellationen wird durch die beschriebenen Handlungen in die **Privatsphäre eingegriffen**.¹⁰

Mittlerweile bedienen sich Arbeitgeber/innen allerdings nicht nur dieser mitunter problematischen Überwachungsmöglichkeiten, sondern auch **Aktivitäten auf Social-Media-Profilen** werden kontrolliert. Da diese immer häufiger diese Medien nutzen, um mehr Informationen über (potenzielle) Mitarbeiter/innen zu erhalten, findet eine **Veränderung der Kontrolle** statt. So möchten sich Dienstgeber/innen einen Einblick in die Einstellung zur Arbeit oder über ein mögliches Fehlverhalten verschaffen. Dies betrifft demzufolge alle Phasen des Arbeitsverhältnisses von der Bewerbung, der nicht selten eine Prüfung der mehr oder weniger öffentlich verfügbaren Inhalte über potenzielle

⁵ Mosler in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 18 AngG Rz 1.

⁶ Mosler in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 18 AngG Rz 5.

⁷ Mosler in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 18 AngG Rz 80.

⁸ Mosler in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 18 AngG Rz 6-7.

⁹ Kietzbl/Rebhahn in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 1153 ABGB Rz 34 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

¹⁰ Aicher in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 16 ABGB Rz 43 (Stand 1.7.2015, rdb.at).

Arbeitnehmer/innen im Netz vorausgeht, wie die Kontrolle der Nutzung von sozialen Netzwerken am Arbeitsplatz bis hin dazu, dass Entlassungen heute immer häufiger ihre Grundlage in dieser haben.¹¹

Nicht nur in Österreich findet die eben beschriebene Veränderung statt, sondern auch global gesehen werden soziale Netzwerke uA für die Überwachung von Handlungen genutzt und Probleme entstehen immer öfter zwischen Arbeitgeber/innen und Arbeitnehmer/innen.¹²

Social-Media-Dienste können daher einerseits von Arbeitgeber/innen und Arbeitnehmer/innen zur Kommunikation verwendet werden. Andererseits können auch Handlungen oder Äußerungen, die durch Dienstnehmer/innen veröffentlicht werden, **gegen die Interessen der Dienstgeber/innen** und folglich **unternehmensschädlich** sein. Dies ist nur eines der Probleme, welches durch die Verknüpfung von sozialen Medien und Arbeit entstehen kann. Um einen besseren Überblick über die Konfliktsituationen zu erhalten, werden diese im Folgenden, gegliedert nach den Stadien des Vertragsverhältnisses, kurz näher erläutert.

Im **vorvertraglichen Arbeitsverhältnis** bzw zum Zeitpunkt der Anbahnung eines Vertrages verlangen potenzielle Dienstnehmer/innen immer häufiger bei Bewerbungsgesprächen, dass Bewerber/innen ihre **Social-Media-Profil öffnen** und teilweise die eigenen **Passwörter** ihrer Konten den Vorgesetzten **offenlegen müssen**. Viele möchten natürlich weiterhin Chancen auf die Arbeitsstelle haben und fühlen sich unter Druck gesetzt, diesem Wunsch Folge zu leisten. Wenn die Passwörter bzw die Nutzer/innenkonten nicht offengelegt werden, haben diese idR Bedenken, dass sie die Arbeitsstelle nicht erhalten und werden daher indirekt gezwungen, ihre persönlichen Daten zu veröffentlichen.¹³ Bereits in Teilen Chinas¹⁴, in Spanien¹⁵ und in manchen Bundesstaaten der USA¹⁶ sind diese Probleme aufgetreten. Es ist daher nur eine Frage der Zeit, bis es auch in Österreich zu Situationen wie diesen kommen wird.

¹¹ Risak, Employer acquisition and Use of the Contents of Employee Social Media: An Overview, CLLPJ 2018, 441.

¹² Alonso, Social Media in the Employment Relationship Context: A Typology of Emerging Conflicts, and notes for the Debate, CLLPJ 2018, 289.

¹³ <https://www.welt.de/wirtschaft/webwelt/article13949183/Wenn-der-Arbeitgeber-das-Facebook-Passwort-will.html> (zuletzt abgefragt am 18.03.2020).

¹⁴ Zou, Social Media and Privacy in the Chinese Workplace: Why One Should Not “Friend” Their Employer on WeChat, CLLPJ 2018, 422.

¹⁵ Alonso, CLLPJ 2018, 292.

¹⁶ Zou, CLLPJ 2018, 434.

Darüber hinaus nutzen Dienstgeber/innen Social-Media-Dienste vor allem, um nähere Informationen über den/die Bewerber/in **bereits vor einem Bewerbungsgespräch** zu erhalten, um die Entscheidung, ob ein/e Kandidat/in eingeladen wird, schneller treffen zu können und sich durch diesen Vorgang Arbeit, Zeit und vor allem Geld zu sparen. So kann bereits in manchen Bewerbungsprozessen ohne ein vorangegangenes Gespräch eine Auswahl getroffen werden.¹⁷ Umfragen zufolge verwenden in Spanien und USA bereits mehr als 80 % der Arbeitgeber/innen im Rahmen des Bewerbungsverfahrens soziale Netzwerke.¹⁸ In Österreich fand, soweit überblickt, noch keine Untersuchung statt. Es ist allerdings auch hier mE davon auszugehen, dass auch hier ein Teil der Dienstgeber/innen diese Methode der Entscheidungsfindung nutzt.

Für die Arbeitsstelle können **Status-Meldungen, Kommentare oder veröffentlichte Bilder** aus dem **privaten Umfeld** auf freizeitorientierten Plattformen für den/die Arbeitgeber/in relevant sein. Darüber hinaus können private Informationen über gelikte Seiten oder die politische Einstellung für den Auswahlprozess eine Rolle spielen. Durch die Recherche auf den vor allem nicht für berufliche Zwecke genutzten Profilen können Nutzer/innen mE in ihrem **Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens sowie Datenschutz verletzt** werden.

Im **aufrechten Arbeitsverhältnis** treten immer häufiger Probleme in Bezug auf die **Verwendung von Social-Media-Diensten** auf. Arbeitnehmer/innen bleiben mittlerweile auch in ihrer Arbeit mit ihren Familien oder Freund/innen auf ihrem privaten Social-Media-Profil in Kontakt, tauschen Informationen und Bilder aus.¹⁹ Durch die **private Nutzung** können Konflikte zwischen den Vertragsparteien entstehen, wenn zB diese verboten wird oder wenn es gar keine Regelungen gibt. Ferner kann auch ein beruflich zur Verfügung gestelltes Profil, welches von Dienstnehmer/innen für private Zwecke genutzt wird, zu Problemen führen.

Dies zeigte eine E des EGMR aus 2016, welche für Aufsehen in der Fachwelt sorgte. Einem **rumänischen Arbeitnehmer** wurde ein Social-Media-Account auf einer Nachrichtenplattform **von seinem Arbeitgeber zur Verfügung** gestellt. Er nutzte dieses **Profil auch privat während der Arbeitszeit**, um mit seiner Familie zu kommunizieren,

¹⁷ <https://derstandard.at/2000044824774/Recruiter-schnueffeln-auf-Facebook-und-Co> (zuletzt abgefragt am 18.03.2020).

¹⁸ Alonso, CLLPJ 2018, 291.

¹⁹ Filho, Brazilian Labor Law and Social Media, CLLPJ 2018, 345.

obwohl vereinbart wurde, dass dieses nur für dienstliche Zwecke genutzt wird. Der Dienstgeber durchsuchte unangekündigt das berufliche Konto des Dienstnehmers und kündigte diesen daraufhin wegen privater Internetnutzung.²⁰ Es ist hier mE zu prüfen, ob eine unangekündigte Kontrolle stattfinden durfte und eine mögliche Dienstpflichtverletzung durch den Arbeitnehmer vorliegt.

Um eine klare Regelung zu schaffen, werden häufiger **Social-Media-Guidelines Bestandteil eines Arbeitsvertrags**. In diesem Zusammenhang sei hier beispielsweise auf die ORF-Social-Media-Guidelines Bezug zu nehmen. In diesen wird ORF-Mitarbeiter/innen vorgeschrieben, dass auf Objektivität, Ausgewogenheit und Glaubwürdigkeit auf dem sozialen Netzwerk Twitter geachtet werden muss.²¹ Es ist hier mE rechtlich zu klären, ob Arbeitgeber/innen diese Regelungen in Bezug auf arbeits- und persönlichkeitsrechtliche Bestimmungen erlassen dürfen, da diese möglicherweise in die Persönlichkeitsrechte des/der Arbeitnehmers/in eingreifen können.

Die **Nutzung** durch Arbeitnehmer/innen kann allerdings, **inhaltlich betrachtet**, auch zu Problemen führen, da diese die betrieblichen Interessen des/der Arbeitgebers/in tangieren können. Dies ist mE sowohl mit privaten Profilen als auch mit beruflich zur Verfügung gestellten Konten möglich. Um eine Berührung zu finden, greifen Dienstgeber/innen in die Privatsphäre ein und kontrollieren die Social-Media-Profile der Mitarbeiter/innen.

So werden zB private Profile inhaltlich geprüft, um sicherzustellen, ob sich Arbeitnehmer/innen nach den Vorstellungen des/der Arbeitgebers/in im Internet verhalten. Außerdem wird untersucht, ob diese in der Arbeitszeit aktiv waren. So stellt sich hier die Frage, ob Inhalte kontrolliert werden dürfen und durch Untersuchungen insbesondere das Recht auf Privatsphäre und Datenschutz verletzt wird, indem der/die Dienstgeber/in bestimmt, welche Inhalte gepostet werden.²² Darüber hinaus können mE Probleme auftreten, wenn der/die Dienstgeber/in den „zuletzt online“ Status von Mitarbeiter/innen oder Inhalte aus Chatgruppen, die zwischen ihnen bestehen, kontrolliert.

²⁰ Brodil, Eine nicht dem AN offengelegte Kommunikationsüberwachung am Arbeitsplatz verletzt das in Art 8 EMRK geschützte Recht auf Privatleben, ZAS 2018, 33.

²¹ <https://www.derstandard.at/story/2000099190216/orf-verbietet-mitarbeitern-sympathie-fuer-politische-institutionen-auf-social-media> (zuletzt abgefragt am 18.03.2020).

²² Kern/Schweiger, Die Bedeutung der Nutzung von Social Media im Entlassungsrecht- Dargestellt am Beispiel „Facebook“, ZAS 2013, 51.

Werden betriebliche Interessen tangiert und liegt eine Treuepflichtverletzung vor, wird bisweilen eine **Entlassung aufgrund von Aktivitäten oder Handlungen** im Internet ausgesprochen. So werden Arbeitnehmer/innen entlassen, wenn **Geschäftsgeheimnisse** oder privat vertrauliche Gespräche veröffentlicht oder soziale Netzwerke im **Krankenstand** verwendet werden, um Reisen oder Diskothekenbesuche zu dokumentieren. In Spanien zB wurde ein Dienstnehmer entlassen, nachdem sein Arbeitgeber durch einige gepostete Bilder auf einem sozialen Netzwerk herausfand, dass er den beantragten Krankenstand nur simulierte.²³

Darüber hinaus kommt es zu Konflikten, wenn sich Mitarbeiter/innen **negativ über das Unternehmen**, über die/den **Vorgesetzte/n oder über Kolleg/innen** auf den privaten Nutzer/innenkonten äußern. ZB wurde in China ein Arbeitnehmer entlassen, nachdem er sich auf der chinesischen Plattform WeChat über den Arbeitgeber negativ geäußert hatte.²⁴

Ein weiterer Entlassungsgrund stellt das **Veröffentlichen von Hasspostings** dar. Im Zuge dieser Problematik sei hier eine Entlassung aus dem Jahr 2015 aus Österreich erwähnt, die für viel Diskussion und Aufsehen sorgte. Auf Facebook teilten zahlreiche Nutzer/innen ein Bild, auf dem ein **Flüchtlingskind ein kühles Wasserbad** in der Sommerhitze nahm. Ein Lehrling, damals angestellt bei **Porsche Austria GmbH & Co OG (idF: Porsche)**, kommentierte, dass ein **Flammenwerfer besser gewesen** wäre. Aufgrund des Kommentars wurde der Lehrlingsvertrag daraufhin beendet. Nun stellt sich die Frage, ob diese Entlassung gerechtfertigt war. Die Arbeitgeberin rechtfertigte sich damit, dass sie jede Form der Diskriminierung ablehnt. Der Lehrling entschuldigte sich öffentlich auf Facebook, wurde aber trotzdem nicht mehr ins Unternehmen aufgenommen.²⁵

Mittlerweile ist dies nicht der einzige Fall in der Praxis. In Graz schrieb eine Mitarbeiterin, tätig in der Führungsebene, unter einem Artikel, welcher über ein **Feuer vor dem Erstaufnahmелager in Traiskirchen** berichtete, dass der **Brand im Gebäude besser gewesen** wäre. Da die Kundschaft das Unternehmen auf den verfassten Kommentar

²³ *Alonso*, CLLPJ 2018, 296.

²⁴ *Zou*, CLLPJ 2018, 434.

²⁵ <http://derstandard.at/2000019660633/Porsche-entlaesst-Lehrling-nach-Hassposting-auf-Facebook> (zuletzt abgefragt am 18.03.2020).

aufmerksam machte, beschlossen der Betriebsrat, die Geschäftsleitung und die Verfasserin des Postings gemeinsam, das Arbeitsverhältnis einvernehmlich zu beenden.²⁶

Neben den bereits erwähnten möglichen Entlassungsgründen könnte sich auch eine vorzeitige Beendigung auf die **Nutzung des „Gefällt mir“-Buttons („Like“)** stützen. Es ist hier denkbar, dass zB ein/e Mitarbeiter/in einen beleidigenden Kommentar verfasst. Dieser wird sodann von einem/r anderen Kollegen/in gelikt. Daraufhin wird diese/r wegen des „Likes“ gekündigt.²⁷

Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses können Probleme in Bezug auf die Verletzung von vereinbarten nachwirkenden Regelungen entstehen. Es kann zB eine **Konkurrenzklausel nach § 36 AngG** vereinbart werden. Der/Die ehemalige Arbeitgeber/in kontrolliert die Social-Media Dienste des/der ehemaligen Arbeitnehmers/in und findet heraus, dass die Vereinbarung missachtet wurde. Darüber hinaus kann eine **nachträgliche Verschwiegenheitspflicht** missachtet werden, in dem auf einem Social-Media-Profil unternehmensinterne Informationen veröffentlicht werden.

In diesen Fallkonstellationen ist zu prüfen, ob der/die ehemalige Dienstgeber/in kontrollieren darf, da dieser/e in das Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens sowie in das Grundrecht auf Datenschutz eingreifen könnte und diese Kontrolle daher rechtswidrig ist.

Ferner könnte durch eine Handlung im Internet auch eine **Verletzung von Pflichten** aus einem **bestehenden Betriebspensionsvertrag** vorliegen. In diesem Zuge sei hier auf eine E des OLG Wien²⁸ zu verweisen. Der ehemalige Arbeitnehmer bezog seit 1.4.2004 Firmenpension. Der Mitarbeiter kommentierte auf Facebook einen Internetartikel, welcher über die Erlebnisse eines **europäischen Touristen mit arabischen Flüchtlingen** berichtete, mit **hetzerischen Aussagen gegenüber den Flüchtlingen**. Daraufhin wurde die **Auszahlung der Betriebspension eingestellt**. Der Arbeitgeber begründete die Einstellung damit, dass die Treuepflicht verletzt wurde und ein möglicher Schaden durch den

²⁶ <https://derstandard.at/2000019967334/Entlassung-Spar-Mitarbeiterin-wuenschte-sich-Brand-in-Traiskirchen> (zuletzt abgefragt am 18.03.2020).

²⁷ Schockenhoff, Soziale Netzwerke im Arbeitsrecht, in Davy/Kamanabrou/Ricken/Rolfs (Hrsg), Arbeit und sozialer Schutz XXXII (2015) 21.

²⁸ OLG Wien 25.4.2017, 10 Ra 126/16x.

Kommentar entstanden sei. Zudem zeigte das Unternehmen den Pensionisten bei der Staatsanwaltschaft wegen Verhetzung nach § 283 StGB an.²⁹

Zusammengefasst kann daher gesagt werden, dass in allen Stadien des Arbeitsverhältnisses einerseits die Nutzung von Social-Media-Diensten durch den/die Arbeitnehmer/in und andererseits die Kontrolle einzelner Inhalte auf diesen Plattformen durch den/die Arbeitgeber/in immer häufiger zu Problemen führen.

1.2 Aktueller Stand der Forschung und Forschungslücke

Obwohl Social-Media-Dienste in der Arbeitswelt immer mehr an Bedeutung gewinnen, sind bis heute noch **keine gesetzlichen Bestimmungen** in Kraft getreten, die spezifische Regelungen vorsehen. Es sind daher **allgemeine arbeits-, verfassungs- und zivilrechtliche Normen** für die rechtliche Beurteilung heranzuziehen.

Bereits im Zeitraum von 2012 bis 2014 befasste sich *Andréewitch*³⁰ in ihrer Dissertation zum Thema „Social Networks im Arbeitsverhältnis“ mit der Anwendung von arbeits- und teilweise verfassungsrechtlichen Bestimmungen in Bezug auf soziale Netzwerke. Ferner gibt es vereinzelt, soweit überblickt, Kommentare und Artikel zu einzelnen Problemstellungen, wie insbesondere die Aufsätze von *Majoros*³¹ „Social Networks und Arbeitsrecht“ vom 1.9.2010, *Kern/Schweiger*³² „Die Bedeutung der Nutzung von Social Media im Entlassungsrecht – Dargestellt am Beispiel Facebook“ vom 1.11.2013, *Gerhartl*³³ „Nutzung von Social Media im Arbeitsrecht – Setzen von Entlassungstatbeständen“ vom 3.10.2016, *Dolamic*³⁴ „Background-Checks bei Bewerbern“ vom 15.11.2017 und *Hitz*³⁵ „Internet-Recherchen über BewerberInnen - warum und in welcher Form Background-Checks doch möglich sind“ vom 31.1.2018.

²⁹ *Lindmayr*, Einstellung der Firmenpension wegen hetzerischen Facebook-Postings, ARD 6568/8/2017.

³⁰ *Andréewitch*, Social Networks im Arbeitsverhältnis (2014).

³¹ *Majoros*, Social Networks und Arbeitsrecht, *ecolex* 2010, 829.

³² *Kern/Schweiger*, ZAS 2013, 51.

³³ *Gerhartl*, Nutzung von Social Media im Arbeitsrecht – Setzen von Entlassungstatbeständen, ASoK 2016, 369.

³⁴ *Dolamic*, Background-Checks bei Bewerbern, DaKo 2017, 65.

³⁵ *Hitz*, Internet-Recherchen über Bewerberinnen – warum und in welcher Form Background Checks doch möglich sind, Manz 2018, 12.

In Deutschland beschäftigten sich uA bereits *Schockenhoff*³⁶ „Soziale Netzwerke im Arbeitsrecht“ im Jahr 2015, *Däubler*³⁷ „Internet und Arbeitsrecht (Recht Aktuell) - Web 2.0 Social Media und Crowdwork“ und *Winstel*³⁸ „Arbeitsrechtliche Aspekte von Social Media“ im Jahr 2016 mit dieser Thematik.

2018 veröffentlichte die Universität Illinois College of Law ein Jahrbuch, in welchem zahlreiche Artikel zusammengefasst wurden, die sich mit der rechtlichen Situation in Bezug auf soziale Netzwerke und dem Arbeitsverhältnis in verschiedenen Staaten befassten.³⁹

In den nächsten Unterkapiteln wird näher auf die bereits vorhandene Lit eingegangen. Um die Arbeit in einem sinnvollen Rahmen zu halten, werden nur die Problematiken bei Anbahnung sowie im Arbeitsverhältnis ausgeführt. Eine weitere Untersuchung über mögliche Konflikte nach Beendigung des Vertragsverhältnisses wird daher nicht durchgeführt und ein Forschungsstand bzw eine -lücke wird somit nicht dargelegt.

1.2.1 Social-Media-Dienste im Allgemeinen

*Andréewitch*⁴⁰ durchleuchtete bereits die Einordnung von Social-Networks technisch und sozialwissenschaftlich und entwickelte eine Definition für den vorgenannten Begriff. Social Networks ist eine Unterkategorie von Social Software. Ferner wurden auch die Funktionen erläutert und wichtige Dienste, wie insbesondere Facebook, MySpace, Xing oder StudiVZ näher dargestellt.

Durch die Verbreitung und Weiterentwicklung einzelner Social-Media-Dienste hat sich in den letzten Jahren der **Begriff Social-Networks in vier Kategorien (Soziale Netzwerke, Multimediaplattformen, Instant-Messaging und Weblogs)** weiter untergegliedert.⁴¹ Diese Gattungen unterscheiden sich nicht nur in ihrer Definition, sondern auch in Bezug auf ihren Aufbau und ihre rechtliche Beurteilung.⁴² Eine Untersuchung fand hierzu, soweit überblickt, noch nicht statt und es ist daher näher auf diese Unterteilung sowie auf die Unterschiede arbeitsrechtlich einzugehen. Diese wird in Kapitel „2.2 Social-Media-

³⁶ *Schockenhoff* in *Davy/Kamanabrou/Ricken/Rolfs*.

³⁷ *Däubler*, Internet und Arbeitsrecht, Web 2.0 Social Media und Crowdwork⁵ (2015).

³⁸ *Winstel*, Arbeitsrechtliche Aspekte von Social Media (2016).

³⁹ CLLPJ 2018.

⁴⁰ *Andréewitch*, Social Networks 14ff.

⁴¹ *Hornung/Müller-Terpitz*, Rechtshandbuch 17-21.

⁴² *Geiring*, Risiken von Social Media und User Generated Content (2017) 31.

Gattungen“ vorgenommen.

Erst vor wenigen Jahren wurden die Plattformen wie zB **Twitter, Instagram und der Messenger-Dienst WhatsApp** gegründet. Neben den bereits vorhandenen Handlungsmöglichkeiten (Liken, Kommentieren, Verlinken) sind neue Kommunikationsmöglichkeiten wie zB das **Verfassen eines Status**, welche noch kaum juristisch erforscht sind, entstanden. Weiters gibt es auch noch nicht lange die Möglichkeit, **Sprachnachrichten oder Videos** (sogenannte „Stories“), welche nur 24 Stunden verfügbar sind, via Social-Media zu verschicken.⁴³ Eine weitere Neuerung besteht darin, dass Live-Videos produziert werden können.⁴⁴ Darüber hinaus besteht, die Möglichkeit WhatsApp-Chat-Gruppen zu bilden.⁴⁵ Hierzu gibt es, soweit festgestellt, noch keine juristische Lit und somit keine rechtliche Beurteilung. Diese neuen Handlungsmöglichkeiten werden in Kapitel „2.9 Kommunikationsmöglichkeiten“ näher beleuchtet.

Zusammengefasst kann daher gesagt werden, dass sich der Begriff der Social-Media-Dienste in vier Kategorien (Soziale Netzwerke, Multimediaplattformen, Instant-Messaging und Webblogs) weiter untergegliedert hat. Es haben sich auch neue soziale Netzwerke und verschiedene Handlungsmöglichkeiten in den letzten Jahren entwickelt. Es wird daher auf die Untergliederung näher eingegangen und arbeitsrechtliche Unterschiede werden herausgearbeitet. Darüber hinaus wird sich die Verfasserin mit neu entstandenen sozialen Netzwerken und Handlungsmöglichkeiten beschäftigen.

1.2.2 Vorvertragliches Arbeitsverhältnis

Die Situation, ob Arbeitgeber/innen **Passwörter von Social-Media-Diensten** bei einem Bewerbungsgespräch verlangen dürfen, wurde, soweit überblickt, in der österreichischen Rechtslage nicht juristisch erforscht. *Däubler*⁴⁶ kam in Bezug auf die deutsche Rechtslage zum Schluss, dass diese Vorgehensweise unzulässig ist, da die Daten für die Begründung des Arbeitsverhältnisses nicht erforderlich sind. In Kalifornien sind bereits zwei Gesetze AB 1844 und SB 1349 in Kraft getreten, die vorsehen, dass kalifornische Arbeitgeber/innen und

⁴³ <https://www.horizont.net/medien/nachrichten/Instagram-Snapchat-Twitter-und-Co.-Die-Stories-Funktionen-der-Social-Media-Giganten-im-ueberblick-164819> (zuletzt abgefragt am 04.02.2020).

⁴⁴ *Schmitt*, Freunde, Fans und Follower (2017), 146.

⁴⁵ *Schuh/Schuh*, WhatsApp – Die verständliche Anleitung² (2018) 77.

⁴⁶ *Däubler*, Internet und Arbeitsrecht Rz 211e.

Universitäten die Herausgabe von Passwörtern nicht verlangen dürfen.⁴⁷ Eine Untersuchung anhand der österreichischen Rechtslage wird in Kapitel „4.4 Exkurs: Verpflichtung zur Herausgabe von Social-Media-Passwörtern der Stellenbewerber/innen“ vorgenommen.

*Andréewitch*⁴⁸ durchleuchtete bereits allgemein die **Zulässigkeit von Background-Checks** nach arbeits- und datenschutzrechtlichen Bestimmungen, wie insbesondere nach den Regelungen zu Personalfragebögen und -datensystemen. In Bezug auf die Beurteilung anhand von **Personalfragebögen** ist die **Zustimmung des Betriebsrats** in Analogie zu § 96 Abs 1 Z 2 ArbVG von dem/der Arbeitgeber/in bei Durchsuchungen von virtuellen Profilen nach privaten Informationen einzuholen. Ob die Ausführungen zu den **Personaldatensystemen** angewendet werden können, ist nach *Andréewitch*⁴⁹ **im Einzelfall zu beurteilen**, da zu prüfen ist, ob **tatsächlich ein System** vorliegt. Hinsichtlich des DSG 2000 kam *Andréewitch*⁵⁰ zum Schluss, dass sensible Daten von Dienstgeber/innen nicht gezielt auf sozialen Medien ermittelt und verwendet werden dürfen. *Majoros*⁵¹ wendete 2010 die **Grenzen des Fragerechts** auf die Problematik der *Background-Checks* an und kam zum Schluss, dass nur Informationen aus dem Internet verwendet werden dürfen, die auch tatsächlich bei einem Bewerbungsgespräch erfragt werden dürfen.

*Dolamic*⁵² schnitt in ihrem Artikel zu „Background-Checks bei Bewerbern“ an, dass grundsätzlich eine Heranziehung der Daten nach dem neuen DSG und der DSGVO nur dann rechtmäßig ist, wenn sie für die **Entscheidung über die Begründung, Durchführung oder Beendigung** eines Arbeitsverhältnisses erforderlich und angemessen sind. Demnach ist es nicht erlaubt, **Informationen aus freizeitorientierten sozialen Netzwerken** im Bewerbungsverfahren zu verwenden. Für *Hitz*⁵³ sind **allgemeine Recherchen** nach dem neuen DSG und der DSGVO im Internet generell **zulässig**. Hat der/die Bewerber/in Daten **selbst** in privaten sozialen Diensten veröffentlicht, sind diese auch **allgemein verfügbar**. Dennoch muss die Verwendung der Informationen für das Dienstverhältnis notwendig sein.

⁴⁷ <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Kalifornien.schuetzt-private-Online-Kommunikation-vor-Arbeitgebern-und-Unis-1721503.html> (zuletzt abgefragt am 15.04.2018).

⁴⁸ *Andréewitch*, Social Networks 95-100.

⁴⁹ *Andréewitch*, Social Networks 95-100.

⁵⁰ *Andréewitch*, Social Networks 100.

⁵¹ *Majoros*, *ecolex* 2010, 829.

⁵² *Dolamic*, *DaKo* 2017, 65.

⁵³ *Hitz*, *Manz* 2018, 12.

In Deutschland befasst sich uA *Däubl*⁵⁴ mit der rechtlichen Beurteilung und stellte fest, dass der/die Arbeitgeber/in grundsätzlich ein berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse benötigt und sich die erlangten Informationen auf das Arbeitsverhältnis beziehen müssen.

Die nachfolgende Untersuchung in Kapitel „4.2 Prüfung nach Rechtmäßigkeit der Recherche (*Background-Checks*)“ wird sich mit den neu entstandenen **Gattungen** beschäftigen. Es werden **einzelne Fallgruppen** entwickelt und die bereits dargelegten Meinungsstände ausführlicher diskutiert. Es wird anhand **praxisnaher Beispiele** geprüft, ob diese für Entscheidungen herangezogen werden. Darüber hinaus wird eine rechtliche Beurteilung nach **Art 8 GRC und Art 8 EMRK** erfolgen.

Es ist schlusszufolgern, dass sich die Verfasserin im Hinblick auf die Probleme in der Bewerbungsphase näher mit den Fragen, ob Arbeitgeber/innen bei einem Bewerbungsgespräch Passwörter von Social-Media-Diensten von Bewerber/innen verlangen dürfen und *Background-Checks* durch Arbeitgeber/innen rechtmäßig sind, beschäftigen wird.

1.2.3 Vertragliches Arbeitsverhältnis

*Andréewitch*⁵⁵ ging bereits näher auf verschiedene Nutzungsmöglichkeiten ein und teilte diese in privat, dienstlich und gemischt ein, wobei insbesondere die letzterwähnte zu arbeitsrechtlichen Problemen führen kann. Von **dienstlicher** wird gesprochen, wenn **der/die Arbeitgeber/in** diese **veranlasst**. Die **private** liegt vor, wenn die Verwendung in der **Arbeitszeit nicht vorgesehen** ist. Die **gemischte** könnte dann vorliegen, wenn Mitarbeiter/innen sich Einladungen zu privaten Veranstaltungen zwecks besserer Vernetzung schicken. Da die Nutzungsarten bereits umfangreich definiert wurden, ist eine weiterführende Untersuchung nicht mehr notwendig.

Des Weiteren führte *Andréewitch*⁵⁶ aus, dass im Arbeitsvertrag Art und Umfang der Nutzung geregelt werden können. Es ist grundsätzlich möglich, diese zu erlauben, zu verbieten oder gar nicht zu regeln. Wenn die Verwendung erlaubt ist, sollen Art und Umfang spezifiziert

⁵⁴ *Däubler*, Internet und Arbeitsrecht, Rz 211e.

⁵⁵ *Andréewitch*, Social Networks 56-60.

⁵⁶ *Andréewitch*, Social Networks 58-65.

werden. Für *Andréewitch*⁵⁷ besteht die Möglichkeit, dass die **Verwendung von sozialen Netzwerken verboten** werden darf und hiervon keine Ausnahme gemacht werden muss. Nach *Kern/Schweiger*⁵⁸ kann die Nutzung verboten und bei Missachtung der/die Arbeitnehmer/in gegebenenfalls entlassen werden. Wenn **keine Regelungen** vorgesehen sind, ist nach *Andréewitch*⁵⁹ die vorhandene Lit und Rsp zu privaten Telefongesprächen heranzuziehen. Grundsätzlich können soziale Netzwerke genutzt werden, es sind allerdings die Verkehrssitte, Ortsüblichkeit, Angemessenheit sowie Treuepflicht des/der Dienstnehmers/in für das Ausmaß und die Grenzen zu beachten. *Gerhartl*⁶⁰ stellte fest, dass arbeitsrechtliche Grundsätze für die Beurteilung einzuhalten sind, eine Verwendung von sozialen Netzwerken allerdings grundsätzlich erlaubt ist.

Da es mittlerweile eine Vielzahl an sozialen Netzwerken, wie zB WhatsApp, gibt und diese für Kommunikationszwecke genutzt werden, könnten mE uU die oben beschriebenen Regelungen nicht mehr zeitgemäß und rechtmäßig sein. Ferner ist die neue E des EGMR *Bărbulescu*⁶¹ zu beachten. Es ist hier nochmals eine Untersuchung aufgrund der neu aufkommenden Dienste sowie der Entscheidung vorzunehmen. Diese wird in Kapitel „5.1 Aktiv auf Social-Media Diensten / im Internet in der Arbeitszeit“ diskutiert.

Darüber hinaus erörterte *Andréewitch*⁶² kollektivvertragsrechtliche und betriebsverfassungsrechtliche Aspekte. Es ist grundsätzlich denkbar, dass Regelungen in Bezug auf die **Internetnutzung Gegenstand eines Kollektivvertrages** werden können, da es sich mittlerweile um einen „typischen“ Inhalt handle. Nach *Andréewitch*⁶³ kann die Regelung von der Benützung des Internets bzw der Social-Media-Dienste hingegen **nicht** Gegenstand einer **erzwingbaren Betriebsvereinbarung nach § 97 Abs 1 Z 6 ArbVG** sein, da es am Merkmal der Zweckentsprechung mangelt. In Kapitel „5.1 Aktiv auf Social-Media Diensten / im Internet in der Arbeitszeit“ wird diese Ansicht nochmals durchleuchtet, da sich in den letzten Jahren der Meinungsstand hinsichtlich des Merkmals „Zweckentsprechung“ verändert hat und somit durchaus möglich ist, dass § 97 Abs 1 Z 6 ArbVG auf die Nutzung von Social-Media-Diensten Anwendung finden könnte.

Social-Media-Guidelines haben sich erst in den letzten Jahren entwickelt und sind

⁵⁷ *Andréewitch*, Social Networks 60.

⁵⁸ *Kern/Schweiger*, ZAS 2013, 51.

⁵⁹ *Andréewitch*, Social Networks 65.

⁶⁰ *Gerhartl*, ASoK 2016, 369.

⁶¹ EGMR 5.9.2017 (GK), 61496/08, *Bărbulescu/Rumänien*.

⁶² *Andréewitch*, Social Networks 65.

⁶³ *Andréewitch*, Social Networks 69.

mittlerweile **Bestandteil vieler Arbeitsverträge oder Betriebsvereinbarungen** geworden. Nach *Andréewitch*⁶⁴ handelt es sich bei Social-Media-Richtlinien um **Regelungswerke** für den Umgang mit **sozialen Diensten** im Unternehmen. Diese können sowohl im Arbeitsvertrag aufgenommen werden als auch mittels Weisung den/die Arbeitnehmer/in binden.

Da noch nicht auf einzelne inhaltliche Regelungen, soweit überblickt, hinsichtlich der österreichischen Rechtslage eingegangen wurde, findet daher noch eine genauere rechtliche Untersuchung von Social-Media-Guidelines bezogen auf ihren zulässigen und inhaltlichen Rahmen in Kapitel „5.1.1.2.2.5 Verletzung von Regelungen aus Social-Media-Richtlinien“ statt.

Bereits ausreichend wurde die Pflicht zum Beitritt und zur Nutzung von Social-Media Diensten von *Andréewitch*⁶⁵ erforscht. Es wurde zwischen **firmeninternen sowie -externen Netzwerken** unterschieden. Bei Letzteren handelt es sich um Netzwerke, die nicht speziell für einzelne Unternehmen angelegt wurden und deren Augenmerk auf PR- und Marketing, Kundenbindung und Personalsuche liegt. Firmeninterne werden hingegen für die Steigerung von Effizienz und Produktivität sowie den internen Austausch von Know-How verwendet. Auf die Unterschiede zwischen firmeninternen und -externen Netzwerken wird in dieser Untersuchung aufgrund der bereits ausreichenden Erklärung nicht mehr Bezug genommen.

Nach *Andréewitch*⁶⁶ ist grundsätzlich die Vereinbarung einer Beitritts- bzw Nutzungspflicht für unternehmerische Zwecke **mangels arbeitsrechtlicher Norm rechtlich unproblematisch**, es ist allerdings **§ 879 Abs 1 ABGB** zu beachten. Es muss zwischen privater und dienstlicher Nutzung für diese Beurteilung unterschieden werden. Wenn Arbeitnehmer/innen verpflichtet werden, **private Nutzer/innenkonten auf freizeitorientierten Plattformen** zu verwenden, um Werbung zu machen, kann es zur **Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts** führen und eine Verpflichtung ist **gesetzwidrig**. Die Pflicht zum **Beitritt zu berufsorientierten Plattformen**, wie insbesondere LinkedIn, ist hingegen **nicht sittenwidrig** und kann daher Gegenstand eines Arbeitsvertrages werden. Eine Untersuchung würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen und findet daher nicht statt.

⁶⁴ *Andréewitch*, Social Networks 60.

⁶⁵ *Andréewitch*, Social Networks

⁶⁶ *Andréewitch*, Social Networks 157-162.

Die Rechtmäßigkeit von **Kontrollen durch den/die Arbeitgeber/in** wurde durch *Andréewitch*⁶⁷ in Grundzügen erforscht. Es wurde auf **datenschutz-, betriebsverfassungs- und telekommunikationsrechtliche Bestimmungen** eingegangen. In Bezug auf das DSG 2000 wurde festgestellt, dass **grundsätzlich eine Kontrolle** durch Dienstgeber/innen **möglich** ist, allerdings ist im Einzelfall eine **Abwägung der entgegenstehenden Interessen** vorzunehmen. Des Weiteren wurde erwähnt, dass es auch auf die **Art der Beschaffung der Informationen** ankommt und daher die **Privatsphäreneinstellungen** ausschlaggebend sind. *Kern/Schweiger*⁶⁸ sehen durch die Kontrolle einen möglichen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte, da die Fürsorgepflicht verletzt sein könnte. ME muss eine verfassungs- und europarechtliche Beurteilung stattfinden. Es ist daher auch nach **Art 8 EMRK und Art 8 GRC** die Rechtmäßigkeit einer Kontrolle zu prüfen. Ferner ist auf die E des EGMR *Bărbulescu*⁶⁹ einzugehen, da in dieser festgelegt wurde, dass auch wenn eine Nutzung verboten ist, eine Kontrolle angekündigt werden muss. Es ist daher aufgrund der geänderten Rechtslage auf diese Problematik noch näher einzugehen. Dies wird in Kapitel „5.3 Prüfung nach Rechtmäßigkeit der Kontrolle“ stattfinden.

Es wurde noch nicht, soweit überblickt, erforscht, ob der/die Dienstgeber/in den **„zuletzt online“ Status** von WhatsApp oder Facebook-Messenger **kontrollieren** darf, um so zu sehen, ob während der Arbeitszeit tatsächlich gearbeitet wird. Darüber hinaus hängt mE eine Kontrolle auch davon ab, ob es sich um ein berufliches oder privates Profil handelt. Es kommt auch darauf an, ob privates oder berufliches Verhalten kontrolliert wird. Eine Untersuchung wird daher in Kapitel „5.3 Prüfung nach Rechtmäßigkeit der Kontrolle“ stattfinden.

Es fanden bereits vereinzelt rechtliche Beurteilungen in Bezug auf mögliche Entlassungsgründe aufgrund von Handlungen auf sozialen Netzwerken statt. Für die Beurteilung der vorzeitigen Beendigung aufgrund von der Veröffentlichung von **Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen auf sozialen Netzwerken**, zog *Andréewitch*⁷⁰ § 27 Z 1 F 3 AngG heran. Eine genauere Beurteilung fand noch nicht statt. Auch *Gerhartl*⁷¹ ging auf den Entlassungsgrund ein, eine rechtliche Beurteilung wurde noch nicht durchgeführt.

⁶⁷ *Andréewitch*, Social Networks 69-71.

⁶⁸ *Kern/Schweiger*, ZAS 2013, 51.

⁶⁹ *Karl*, Überwachung der Kommunikation am Arbeitsplatz, *Bărbulescu* gg. Rumänien, Urteil vom 5.9.2017, Große Kammer, Bsw. Nr. 61.496/08 NLMR 2017, 430.

⁷⁰ *Andréewitch*, Social Networks 204.

⁷¹ *Gerhartl*, ASoK 2016, 369.

*Kern/Schweiger*⁷² wendeten § 27 Z 1 F 1 und 3 AngG sowie § 82 lit e GewO 1859 an und kamen zum Schluss, dass kein Unterschied zur analogen Welt besteht und sich daher die Beurteilungen und Voraussetzungen nicht ändern. Im Rahmen dieser Untersuchung wird noch auf einzelne Praxisbeispiele in Kapitel „5.4.2.3 Entlassung“ eingegangen.

Die Beurteilung von vorzeitigen Beendigungen in Verbindung mit der Verwendung von sozialen Netzwerken im **Krankenstand** wurde von *Kern/Schweiger*⁷³ durchleuchtet. Demzufolge wurde § 27 Z 1 AngG sowie § 82 lit f GewO 1859 herangezogen. Eine abschließende Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Entlassung hängt von der Art der Beschäftigung ab und ist daher im Einzelfall zu klären. Es werden auch hier einzelne Praxisbeispiele in Kapitel „5.4.2.3 Entlassung“ diskutiert.

Ob negative Äußerungen über **Arbeitgeber/innen und Mitarbeiter/innen** auf sozialen Netzwerken zu einer Entlassung führen können, wurde von *Gerhartl*⁷⁴ kurz angeschnitten. Es wurde darauf hingewiesen, dass § 27 Z 6 AngG für eine rechtliche Behandlung herangezogen werden kann. Die Untersuchung wird sich daher noch genauer mit der rechtlichen Beurteilung in Kapitel „5.4.2.3 Entlassung“ beschäftigen.

Darüber hinaus ging *Gerhartl*⁷⁵ auf den Entlassungsgrund „**Verfassung von Hasspostings durch den/die Arbeitnehmer/in**“ ein. § 27 Z 1 AngG sowie § 82 lit d GewO 1859 können angewendet werden. Es ist wichtig für die Ausführung, ob nach objektiven Grundsätzen eine Fortführung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann. Es wird im Rahmen dieser Untersuchung in Kapitel „5.4.2.3 Entlassung“ noch näher auf diesen Entlassungstatbestand eingegangen. Ferner werden Praxisbeispiele diskutiert.

Ob ein außerdienstliches Verhalten auf sozialen Medien als Grund für eine vorzeitige Beendigung herangezogen werden darf, wurde auch von *Gerhartl*⁷⁶ kurz angeschnitten. Demnach ist eine Verwendung möglich, wenn ein **Zusammenhang zwischen dem außerdienstlichen Verhalten und der dienstlichen Position** besteht. Es kommt daher auf den Einzelfall an. Im Rahmen der Untersuchung werden daher einzelne Fallgruppen in Kapitel „5.4.2.3 Entlassung“ entwickelt und sodann rechtlich beurteilt.

⁷² *Kern/Schweiger*, ZAS 2013, 51.

⁷³ *Kern/Schweiger*, ZAS 2013, 51.

⁷⁴ *Gerhartl*, ASoK 2016, 369.

⁷⁵ *Gerhartl*, ASoK 2016, 369.

⁷⁶ *Gerhartl*, ASoK 2016, 369.

Die österreichische Lit und Rsp, soweit überblickt, befasste sich noch nicht mit Entlassungen, die sich auf die Betätigung des „Gefällt mir“-Buttons stützen. In Deutschland kam *Schockenhoff*⁷⁷ zum Schluss, dass das Betätigen des „Gefällt mir“-Buttons den Nutzer/innen zugerechnet werden kann. Es ist allerdings eine Interessensabwägung durchzuführen, da die Handlung nicht so schwerwiegend ist wie eine eigene Aussage auf sozialen Netzwerken. Es wird eine Beurteilung auf österreichischer Ebene in Kapitel „5.4.2.3 Entlassung“ stattfinden.

Es gibt bereits vereinzelt gerichtliche Entscheidungen, die sich mit sozialen Netzwerken und der Problematik in der Arbeitswelt beschäftigen. Die Lit bezieht sich, soweit überblickt, allerdings noch kaum auf diese. Die Entscheidungen werden daher bei der Untersuchung behandelt und gegebenenfalls kritisch hinterfragt. Da nur auf einzelne Entlassungsgründe aufgrund von verschiedenen Handlungen eingegangen wurde, wird nochmals eine Beurteilung im Rahmen dieser Untersuchung stattfinden. Im Zuge dessen werden relevante Entscheidungen oder Fälle aus der Praxis miteinbezogen.

Zusammengefasst kann daher gesagt werden, dass sich die Verfasserin im Rahmen dieser Arbeit uA mit einzelnen Möglichkeiten, Regelungen für die Nutzung von Social-Media-Diensten festzulegen, befassen wird. Es wird uA in diesem Zuge auf den zulässigen und inhaltlichen Rahmen von Social-Media-Guidelines eingegangen. Ferner wird die Zulässigkeit einer Kontrolle von Social-Media-Diensten durch den/die Arbeitgeber/in sowohl in datenschutz- als auch verfassungsrechtlicher Hinsicht untersucht. Es wird auch auf einzelne Entlassungsgründe eingegangen.

1.2.4 Beweisverwertungsverbot

In der österreichischen Rechtsordnung besteht grundsätzlich kein **Beweisverwertungsverbot**. Erlangt der/die Arbeitgeber/in rechtswidrig Daten, können diese deshalb trotzdem in einem gerichtlichen Verfahren herangezogen und verwertet werden.⁷⁸ Die Frage stellt sich allerdings, ob auch unrechtmäßig erlangte Informationen aus Social-Media-Diensten verwendet werden dürfen oder diese nicht doch einem Verbot zur Beweisverwertung unterliegen. *Andréewitch*⁷⁹ schloss sich diesbezüglich der Meinung von

⁷⁷ *Schockenhoff* in *Davy/Kamanabrou/Ricken/Rolfs* 21.

⁷⁸ *Grünanger/Goricnik*, Arbeitnehmer-Datenschutz und Mitarbeiterkontrolle² (2018) Rz 2.252.

⁷⁹ *Andréewitch*, Social Networks 123.

*Majoros*⁸⁰ an. Demnach ist bei **schwerwiegenden Persönlichkeitsverletzungen eine Interessensabwägung** vorzunehmen und die Beweise dürfen womöglich nicht verwendet werden. Für *Kern/Schweiger*⁸¹ besteht grundsätzlich kein Beweisverwertungsverbot, wobei diese allerdings auch Zweifel aussprechen. Da die Rechtslage nach wie vor sehr undurchsichtig ist, wird eine Untersuchung in Kapitel „5.4.1 Beweisverwertungsverbot“ vorgenommen. Durch die neu entstandenen Medien, welche immer mehr persönliche Daten über eine/n Einzelne/n speichern, könnte ein noch schwerwiegenderer Eingriff in das Persönlichkeitsrecht vorliegen und somit ein Verbot rechtfertigen.

1.3 Aufbau der Dissertation

Das **erste Kapitel** beschäftigt sich mit der Einleitung. Es wurde zunächst die Problemstellung erläutert. Danach wurde auf den aktuellen Stand und die Forschungslücke eingegangen. Das **zweite Kapitel** widmet sich zunächst der Definition von **Social-Media-Diensten** im Allgemeinen. Ferner wird das Phänomen in vier Kategorien (**Soziale Netzwerke, Multimediaplattformen, Instant-Messaging, Webblogs**) untergliedert. Diese werden sodann näher definiert und die dazugehörigen Beispiele von sozialen Netzwerken vorgestellt, wie insbesondere Facebook, LinkedIn, Xing, WhatsApp, Yahoo Messenger oder YouTube. In der Folge werden Gemeinsamkeiten und Unterschiede herausgearbeitet. Sodann wird ein Überblick über verschiedene Möglichkeiten, auf Social-Media-Plattformen aktiv zu werden, wie zB Beiträge zu liken, gegeben. Im nächsten Unterkapitel wird näher auf den Begriff der **Öffentlichkeit**, auf die Charakteristik von **privaten nicht öffentlich** und **privaten öffentlich zugänglichen** sozialen Netzwerk eingegangen.

Das **dritte Kapitel** beschäftigt sich in der gebotenen Kürze mit rechtlichen Bestimmungen, welche für die folgenden Kapitel relevant sind. Dieses wird sich somit mit einzelnen Persönlichkeitsrechten, insbesondere dem **Grundrecht auf Datenschutz** nach § 1 DSG und nach der DSGVO, dem **Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens** nach Art 8 EMRK und dem **Schutz personenbezogener Daten** nach Art 8 GRC, beschäftigen. Es werden hierbei die Grundrechte vor allem im Hinblick auf Social-Media-Dienste und deren Anwendung im Arbeitsrecht beleuchtet.

⁸⁰ *Majoros*, ecolex 2010, 829.

⁸¹ *Kern/Schweiger*, ZAS 2013, 51.

Die rechtliche Beurteilung gliedert sich in zwei große Teile. Um diese besser zu veranschaulichen und einen besseren Überblick über die Thematik zu erhalten, wurden **zwei verschiedene Flussdiagramme**, aufgebaut nach den **Stadien des Arbeitsverhältnisses** (Problematiken **vor und während eines Arbeitsverhältnisses**), entwickelt. In den Diagrammen geht die Verfasserin von **derselben Anfangssituation** aus. Der/Die Nutzer/in ist auf einem **freizeitorientierten** oder **beruflich orientierten Netzwerk**, einem **Webblog** oder **Suchmaschine** aktiv. In den ersten drei Varianten kann ein/e Benutzer/in liken, kommentieren, Status, Bilder, Videos veröffentlichen, teilen, mündlich oder schriftlich via Chat kommunizieren oder online sein. In Suchmaschinen ist es einem/r Nutzer/in hingegen nur möglich online zu sein. Die Flussdiagramme gliedern sich in drei Abschnitte. Zunächst wird geprüft, ob eine bestimmte Pflicht aus einer vertraglichen Bestimmung, zB Treue- oder Dienstpflichtverletzung, vorliegt. Danach wird eine mögliche Kontrolle durch den/die Arbeitgeber/in rechtlich beurteilt. Der dritte Teil befasst sich mit den Folgen für beide Vertragsparteien bei Verletzung einer verfassungsrechtlichen oder arbeitsvertraglichen Bestimmung.

Das **vierte Kapitel** wird sich mit den **Problematiken vor Begründung des Arbeitsverhältnisses** beschäftigen. Es wird zunächst auf verschiedene Möglichkeiten, auf Social-Media aktiv zu sein, eingegangen. In diesem Zuge wird geprüft, ob eine Treuepflichtverletzung, welche sich aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis ableiten lässt, möglich ist. Danach werden *Background-Checks* rechtlich beurteilt. Es wird im ersten Schritt die Rechtslage in Deutschland und der Schweiz erläutert. Danach wird die Rechtmäßigkeit der Kontrolle anhand der österreichischen Rechtslage, insbesondere im Hinblick auf das DSG, die DSGVO, Art 8 EMRK und Art 8 GRC sowie die Grundsätze des Fragerechts rechtlich untersucht. Das letzte Unterkapitel befasst sich mit den Folgen für Arbeitgeber/innen und Arbeitnehmer/innen. Der zweite Abschnitt widmet sich der rechtlichen Beurteilung der **Verpflichtung der Herausgabe von Passwörtern durch Arbeitnehmer/innen**. Zunächst wird die Rechtslage in den USA behandelt, welche bereits gesetzliche Regelungen vorsieht. Danach wird auf österreichische Bestimmungen, insbesondere auf das DSG und die Grundsätze des Fragerechts eingegangen. Diese rechtliche Beurteilung wurde im Flussdiagramm nicht dargestellt.

Das **fünfte Kapitel** behandelt die **Problematiken während eines Arbeitsverhältnisses**. Dieses gliedert sich in fünf Unterkapitel. Zunächst wird auf die **Aktivität auf Social-Media**

in der Arbeitszeit eingegangen. Der/Die Arbeitnehmer/in kann von einem **privaten und beruflichen Profil** aus aktiv sein. Hierbei werden die Unterschiede näher diskutiert. Danach wird auf die Prüfung einer möglichen Dienst- sowie Treuepflichtverletzung eingegangen. Das zweite Unterkapitel widmet sich der **Aktivität auf Social-Media außerhalb der Arbeitszeit**. In diesem Teil wird ebenfalls eine mögliche Treuepflichtverletzung geprüft. Das dritte Unterkapitel beschäftigt sich mit der Prüfung der Rechtmäßigkeit der Kontrolle durch Dienstgeber/innen. Es wird auf **Art 8 EMRK** (Achtung des Privat- und Familienlebens), **Art 8 GRC** (Schutz personenbezogener Daten), **§ 96 ArbVG**, **§ 10 AVRAG**, **§ 96a Abs 1 Z 1 ArbVG** und **§ 96a Abs 1 Z 2 ArbVG** und auf das Grundrecht auf Datenschutz nach **§ 1 DSG und der DSGVO** eingegangen. Das vierte Unterkapitel widmet sich den Folgen für Arbeitnehmer/innen (Verwarnung, Kündigung, Entlassung). Es werden nur die Entlassungsgründe im AngG und nicht auch noch in der GewO 1859 näher diskutiert, da dies zu weit führen würde. Es wird im Zuge dessen auch auf das **Beweisverwertungsverbot** eingegangen. Das letzte Unterkapitel beschäftigt sich mit den **Folgen für den/die Arbeitgeber/in**, wenn die Kontrolle nicht rechtmäßig war. Es wird uA auf die Rechtsfolgen, die durch die Verletzung des DSG oder § 16 ABGB möglich sind, eingegangen. Mögliche Austrittsgründe, die dem/der Arbeitnehmer/in zukommen, werden nicht näher ausgeführt, da dies zu umfangreich wäre.

1.4 Zusammenfassung und Forschungsfrage

Bei den oben erwähnten Forschungslücken setzt vorliegende Untersuchung an. Es wird beforscht, wie sich die neuen Social-Media-Dienste und **Funktionen auf das Arbeitsverhältnis auswirken** und wie **neu entstandene Problematiken** zu lösen sind. Weiters wird untersucht, ob bereits behandelte Probleme mit neu entstandenen verglichen und gleich oder ähnlich juristisch abgehandelt werden können.

Da bis heute **keine speziellen gesetzlichen Regelungen** in Bezug auf Social-Media-Dienste bestehen, dient diese Untersuchung vor allem dazu, ein System für die Beurteilung von **selbst geschaffenen Fallgruppen** zu entwickeln (siehe Kapitel „2.8 Gemeinsamkeiten und Unterschiede der beschriebenen Social-Medien-Dienste und Suchmaschinen“). Dies wird anhand eines **Flussdiagrammes** vorgenommen (siehe Kapitel „4. Arbeitsverhältnis im Anbahnungsstadium“ und Kapitel „5. Aufrechtes Arbeitsverhältnis“).

Ferner werden Entscheidungen von österreichischen, deutschen oder europäischen Gerichten analysiert, die in Zusammenhang mit sozialen Diensten und Arbeitsverhältnissen stehen. So soll die Arbeit einen Beitrag zu den rechtswissenschaftlichen Diskursen im Bereich soziale Netzwerke und die dadurch veränderte Arbeitswelt leisten.

Forschungsfrage:

Welche Auswirkungen hat das Aufkommen und die Entwicklung von Social-Media-Diensten auf das Arbeitsverhältnis?

2. Social-Media-Dienste - Begriffserklärung

2.1 Definition des Begriffs „Social-Media-Dienste“ allgemein

Da sich diese Untersuchung mit der Nutzung von Social-Media-Diensten in der Arbeitswelt beschäftigt, ist es wichtig vorerst diesen Begriff näher zu erläutern und zu definieren.

Der **Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss** hat 2012 im Zuge seiner Stellungnahme zum Thema „Verantwortlicher Umgang mit sozialen Netzwerken und Verhinderung der durch soziale Netzwerke verursachten Probleme“ soziale Netzwerke als ein komplexes Gefüge definiert, bei dem ein dynamischer Austausch auf freiwilliger sozialer Interaktion basiert.⁸²

In der Lit werden soziale Medien uA als **voranschreitende Eingliederung des Internets in die Gesellschaft** verstanden. So standen in der ersten Generation des Internets Angebote im Vordergrund, die der Kommunikationsstruktur der traditionellen Massenmedien ähnelten. Mittlerweile werden Dienste, die zur Entwicklung und Stabilisierung sozialer Beziehungen führen, angeboten.⁸³ Durch soziale Medien ist es **ohne großen Aufwand möglich, Informationen** aller Art, wie zB Texte, Bilder, Videos oder Audioaufnahmen einer **großen Menschenmenge zugänglich und öffentlich** zu machen. Auf der anderen Seite bieten sie die Möglichkeit, **soziale Beziehungen zu Menschen aufzubauen** und zu fördern.⁸⁴

Um den Begriff noch besser darstellen zu können, werden sich die nächsten Kapitel mit den einzelnen Social-Media-Gattungen und dem Aufbau dieser beschäftigen. Darüber hinaus wird näher auf die Möglichkeit der Kommunikation und auf den Begriff der Öffentlichkeit in Bezug auf einen privaten Social-Media-Account eingegangen.

2.2 Social-Media-Gattungen

Bei Social-Media-Diensten handelt es sich um einen **Sammelbegriff**. Dieser kann weiters in vier Kategorien aufgegliedert werden, nämlich in soziale Netzwerke, in

⁸² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A52012IE0465> (zuletzt abgefragt am 18.03.2020).

⁸³ *Hornung/Müller-Terpitz*, Rechtshandbuch 11-12.

⁸⁴ *Schmidt*, SM 11.

Multimediaplattformen, Instant Messaging und Webblogs.⁸⁵ Diese werden wie folgt definiert:

2.2.1 Soziale Netzwerke

Soziale Netzwerke, auch Social-Networks oder **Social-Networking-Plattformen** genannt, sind das meistgenutzte Angebot der Social-Media-Dienste.⁸⁶ Auf diesen besteht die Möglichkeit, sich als Benutzer/innengruppen nach Interessenkreisen, Vorlieben oder sozialen Strukturen durch **Erstellung eines Nutzer/innenkontos** vernetzen zu können. Das Angebot dieser Netzwerke umfasst neben der Möglichkeit, Kontakte und Beziehungen zu knüpfen, den schnellen Austausch von Informationen und Meinungen.⁸⁷ **Facebook, Xing und LinkedIn** fallen uA unter diese Kategorie.

2.2.2 Instant Messaging

Neben den oben beschriebenen sozialen Netzwerken hat die Gattung **Instant Messaging** in den letzten Jahren durch die Verbreitung von Smartphones immer mehr an Bedeutung gewonnen. Es wird eine **Verbindung in Echtzeit** über einen oder mehrere **Kommunikationskanäle** zwischen einzelnen Nutzer/innen hergestellt. So besteht die Möglichkeit, Personen hinzuzufügen oder diesen bei Bedarf die Autorisierung zu verweigern. Weiters sieht der/die einzelne Nutzer/in, wann eine Person zuletzt im Netzwerk eingeloggt war, sofern diese Funktion nicht deaktiviert wurde.⁸⁸ Beispiele hierfür sind die Dienste **WhatsApp, Facebook Messenger oder Yahoo Messenger**.

2.2.3 Multimediaplattformen

Die folgende Gattung bilden die **Multimediaplattformen**. Der Unterschied zu sozialen Netzwerken ist, dass nicht das individuelle Nutzer/innenprofil, sondern **einzelne Inhalte**, sogenannte **Special Interest Communities**⁸⁹, im Vordergrund stehen. Es werden Videos, Fotos oder Audiodateien über eine permanente Internetverbindung zur Verfügung gestellt. Hier muss für die Nutzung idR ein Konto erstellt werden.⁹⁰ Beispiele hierfür sind **YouTube**

⁸⁵ Geiring, Risiken von Social Media 31.

⁸⁶ Hornung/Müller-Terpitz, Rechtshandbuch 18.

⁸⁷ Geiring, Risiken von Social Media 31.

⁸⁸ Hornung/Müller-Terpitz, Rechtshandbuch 21.

⁸⁹ Geiring, Risiken von Social Media 33.

⁹⁰ Hornung/Müller-Terpitz, Rechtshandbuch 18.

und **Instagram**.

2.2.4 Webblogs

Die letzte Kategorie stellt die der **Webblogs** dar. Ein Blog wird als eine regelmäßig aktualisierte Website, auf der die Möglichkeit besteht, **chronologisch sortierte Einträge** eines/r „Bloggers/in“ zu sehen, definiert. Es kann auch als eine Art **Online-Tagebuch** bezeichnet werden. Hier ist es möglich, sich mit anderen „Blogger/innen“ zu vernetzen, indem die erstellten Beiträge kommentiert oder verlinkt werden können. UA fällt **Wordpress.com** unter diese Kategorie. Eine besondere Form des Bloggens stellt das **Mircoblogging** dar. Hierbei veröffentlicht der/die einzelne Nutzer/in kurze telegrammartige Textnachrichten auf einer Kommunikationsplattform. Das wohl bekannteste Beispiel dafür ist **Twitter**.⁹¹

Die dargestellten Kategorien unterscheiden sich nicht nur in ihrer Definition, sondern auch in ihrem Aufbau. Diese Unterschiede werden in den nächsten Unterkapiteln diskutiert.

2.3 Aufbau von Social-Media-Netzwerken am Beispiel von Facebook, LinkedIn und Xing

2.3.1 Facebook

Facebook ist eine Social-Media-Plattform, welche im Februar 2004⁹² gegründet wurde und die Möglichkeit bietet, mit Freund/innen Kontakt aufzunehmen, neue Kontakte zu knüpfen, sich über Neuigkeiten auszutauschen sowie Fotos, Links oder Videos online zu stellen.⁹³ Das Netzwerk kann sowohl von privaten Personen durch Erstellung eines Profils als auch von Unternehmer/innen durch Anlegen einer Facebook-Seite genutzt werden.⁹⁴

Registriert sich **ein/e private/r Nutzer/in** mittels eines Kontos, wird zwischen Facebook und ihm/r ein „**Social-Media-Vertrag**“ abgeschlossen. Eine Bedingung für den Vertragsabschluss stellt die Bestätigung der Nutzungsbedingungen dar.⁹⁵ Inhalt dieser ist die Nutzung der Plattform an sich sowie die von ihnen angebotenen Produkte.⁹⁶ Jeder Person

⁹¹ Geiring, Risiken von Social Media 34.

⁹² https://www.facebook.com/pg/facebook/about/?ref=page_internal (zuletzt abgefragt am 28.02.2020).

⁹³ Geiring, Risiken von Social Media 32.

⁹⁴ Schwenke, Social Media Marketing & Recht² (2014) 24.

⁹⁵ Hornung/Müller-Terpitz, Rechtshandbuch 38.

⁹⁶ <https://de-de.facebook.com/legal/terms> (zuletzt abgefragt am 28.02.2020).

wird beim Erstellen des Nutzer/innenkontos automatisch ein Social-Media-Profil angelegt.⁹⁷

Dieses besteht aus einer **Sammlung an individuellen Informationen** zu einer Person. Das Profil wird meistens mit einem Profilbild und mit persönlichen Angaben wie zB Informationen über eine derzeitige/vergangene Arbeitsstelle und Ausbildung, derzeitige oder vergangene Wohnorte oder Informationen über seine/ihre Familie oder über den aktuellen Beziehungsstatus, ausgestattet.⁹⁸ Es ist allerdings nicht zwingend notwendig, diese Daten zu veröffentlichen.⁹⁹

Um Kontakte und Beziehungen zu knüpfen, können **Freundschaftsanfragen** verschickt werden.¹⁰⁰ Durch direkte oder öffentliche Nachrichten in erstellten Gruppen kann mit anderen Nutzer/innen kommuniziert werden. Auf diese Weise kann ein **eigenes bzw persönliches Netzwerk** entstehen.¹⁰¹

Eine weitere Voraussetzung für den Abschluss des Social-Media-Vertrages ist die **Altersgrenze von dreizehn Jahren**.¹⁰² **Art 8 DSGVO** ist die Grundlage dieser Regelung. Demnach ist die Verarbeitung personenbezogener Daten eines bereits sechzehn Jahre alten Kindes gesetzeskonform. Ist das Kind unterhalb dieser Altersschwelle, muss ein Elternteil oder beide gemeinsam die Zustimmung erteilen. Es besteht allerdings die Möglichkeit, dass Mitgliedstaaten von dieser Vorschrift absehen und ein niedrigeres Mindestalter festlegen können. Diese haben allerdings weiterhin zu beachten, dass das dreizehnte Lebensjahr für die Registrierung nicht unterschritten wird.¹⁰³

Registriert sich ein/e **Unternehmer/in**, wird zwar auch ein Social-Media-Vertrag mit der Plattform durch Erstellung eines Kontos abgeschlossen, allerdings darf kein Profil angelegt werden. Der/Die Nutzer/in wird verpflichtet eine **Facebook-Seite** zu erstellen, da in Punkt 3 Nummer 1 der Nutzungsbedingungen von Facebook ausdrücklich geregelt ist, dass ein Profil nur für persönliche Zwecke und nicht für den eigenen kommerziellen Profit genutzt werden darf.

⁹⁷ Schwenke, Social Media Marketing 24.

⁹⁸ Schmidt, SM 124.

⁹⁹ Schmidt, SM 12.

¹⁰⁰ Hornung/Müller-Terpitz, Rechtshandbuch 18.

¹⁰¹ Schmidt, SM 12.

¹⁰² <https://de-de.facebook.com/legal/terms> (zuletzt abgefragt am 28.02.2020).

¹⁰³ Kastelitz in Knyrim, DatKomm Art 8 DSGVO Rz 24 (Stand 1.10.2018, rdb.at).

Indes kommt es immer häufiger vor, dass eine Verbindung zwischen Beruflichem und Privatem besteht, allerdings wird trotzdem ein privates Profil geführt. Facebook verbietet nämlich nicht gänzlich den Hinweis auf unternehmerische Produkte. Trotz dessen darf **nicht das private Profil** als **unternehmerische Werbefläche** genutzt werden. Als **Faustregel** gilt hier, dass die Zahl der unternehmerischen nicht die Zahl der privaten Beiträge überschreiten darf. Übersteigen allerdings die unternehmerischen Postings die privaten, ist es verpflichtend, eine Facebook-Seite zu erstellen.¹⁰⁴ Es kann hier mE zu rechtlichen Problemen kommen, wenn ein/e Mitarbeiter/in von seinem/ihrer Arbeitgeber/in verpflichtet wird, Beiträge auf dem eigenen Profil über die Produkte des Unternehmens zu veröffentlichen. Es stellt sich die Frage, ob jemand hierzu überhaupt verpflichtet werden kann und ob der/die Nutzer/in gegen die Nutzungsbedingungen des Netzwerks verstößt, da es sich gar nicht um seine/ihre Produkte handelt, welche präsentiert werden. Wird der/die Arbeitnehmer/in verpflichtet, **politische Werbung** zu machen, sind nach den Geschäftsbedingungen von Facebook in Punkt „Anzeigen zu sozialen Themen, Wahlen oder Politik“ alle für Wahlen und Werbung geltenden Gesetze und Vorschriften einzuhalten. Es hat eine Autorisierung zu erfolgen.¹⁰⁵

Handelt es sich um eine **Facebook-Seite**, ist es nicht möglich, einen direkten Kommunikationskanal zwischen den Personen, welche die Seite verfolgen, und zwischen dem/der Inhaber/in der Seite an sich zu schaffen. Es können zwar private Nachrichten empfangen, allerdings keine verschickt werden. Darüber hinaus können keine Freundschaftsanfragen versendet werden und es ist nicht möglich, Facebook-Gruppen beizutreten. Es ist nur möglich, eigene zu gründen.¹⁰⁶

2.3.2 LinkedIn

Bei der Social-Media-Plattform LinkedIn handelt es sich um das **größte internationale Business Netzwerk** der Welt¹⁰⁷ mit mehr als 610 Millionen Nutzer/innen¹⁰⁸, welches sowohl von Unternehmer/innen als auch von privaten Personen genutzt werden kann.

¹⁰⁴ Schwenke, Social Media Marketing 24.

¹⁰⁵ <https://de-de.facebook.com/business/help/214754279118974> (zuletzt abgefragt am 28.02.2020).

¹⁰⁶ Schmitt, FFF 2017, 122.

¹⁰⁷ Splittgerber, Praxishandbuch Rechtsfragen Social Media (2013) 12.

¹⁰⁸ <https://www.jobambition.de/linkedin-nutzerzahlen-2019/> (zuletzt abgefragt am 28.02.2020).

Um auf LinkedIn als **private Person** aktiv zu werden, muss zunächst ein **Nutzer/innenkonto** erstellt werden. Durch Erstellung des Nutzer/innenkontos wird gemäß Punkt 1.1 der Nutzungsvereinbarung von LinkedIn¹⁰⁹ ein Vertrag mit der Plattform abgeschlossen. Wie auch bei Facebook werden die Nutzungsbedingungen Inhalt des Vertrages und durch Registrierung erhält die registrierende Person ein Nutzer/innenprofil.¹¹⁰

Das Nutzer/innenprofil kann mit einem persönlichen Lebenslauf, einer Verlinkung auf die eigene Website oder mit der Erstellung eines eigenen Unternehmensprofils ausgestattet werden. Weiters bestehen die Möglichkeiten, neue Kontakte in Bezug auf die Arbeitswelt zu knüpfen sowie eigene Produkte online zu vermarkten.¹¹¹

Anders als bei Facebook sieht LinkedIn gemäß Punkt 2.1 der Nutzungsvereinbarungen für die Nutzung der Plattform eine **Altersbeschränkung von sechzehn Jahren** vor.¹¹² Es bestehen auch hier rechtliche Probleme in Bezug auf die Haftung von Social-Media-Profilen, die unter Punkt „5.4.1.2 Entlassung“ näher behandelt werden.

Um den Dienst **als Unternehmer/in** zu nutzen, muss zunächst ein privates Profil erstellt werden. Zu diesem kann sodann ein Unternehmensprofil bzw eine Unternehmensseite gegründet werden.¹¹³

2.3.3 Xing

Xing ist neben der Plattform LinkedIn das **führende soziale Netzwerk für berufliche Kontakte** im deutschsprachigen Raum, welches sowohl Unternehmer/innen als auch privaten Personen zur Verfügung steht. Das Netzwerk verzeichnet momentan mehr als vierzehn Millionen Mitglieder und schafft einen sozialen Raum, in welchem sich Berufstätige unabhängig von ihrer Ausbildung vernetzen können. So werden Arbeitsstellen angeboten, Unternehmer/innen können Mitarbeiter/innen, Aufträge, Kooperationspartner/innen, fachlichen Rat oder Geschäftsideen finden.¹¹⁴

¹⁰⁹ https://www.linkedin.com/legal/user-agreement?l=de_DE (zuletzt abgefragt am 28.02.2020).

¹¹⁰ https://www.linkedin.com/legal/user-agreement?l=de_DE (zuletzt abgefragt am 28.02.2020).

¹¹¹ <https://about.linkedin.com/de-de> (zuletzt abgefragt am 28.02.2020).

¹¹² https://www.linkedin.com/legal/user-agreement?l=de_DE (zuletzt abgefragt am 28.02.2020)

¹¹³ <https://www.linkedin.com/help/linkedin/answer/1091/erstellen-einer-linkedin-unternehmensseite?lang=de> (zuletzt abgefragt am 28.02.2020).

¹¹⁴ <https://www.xing.com/imprint> (zuletzt abgefragt am 28.02.2020).

Der Aufbau von Xing gleicht dem Aufbau von LinkedIn (siehe Kapitel „2.3.2 LinkedIn“). Auf der Plattform wird demnach unterschieden, ob ein Profil privat oder gewerblich genutzt wird.

Durch Registrierung mittels eines **Nutzer/innenkontos** gemäß 2.1 der allgemeinen Geschäftsbedingungen von Xing¹¹⁵ wird ein **Nutzer/innenvertrag** zwischen Xing und dem/der privaten Nutzer/in abgeschlossen. Voraussetzung für den Abschluss dieses Vertrages ist die Zustimmung zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Dem/Der Nutzer/in wird wie bei LinkedIn ein Profil erstellt, dieses kann mit Informationen über den beruflichen Werdegang oder vorhandene Fähigkeiten ausgestattet werden. Möchte man als Unternehmer/in auftreten, ist das Businessprofil wieder an das private Nutzer/innenprofil geknüpft und es wird die Erstellung eines privaten Profils vorausgesetzt. Anders als bei LinkedIn muss der/die Kontoinhaber/in für die Anmeldung volljährig sein.¹¹⁶

2.4 Aufbau von Instant Messaging am Beispiel von WhatsApp, Yahoo Messenger und Facebook Messenger

Die nächsten drei Unterkapitel beschäftigen sich mit den Social-Media-Diensten WhatsApp, Yahoo Messenger und Facebook Messenger.

2.4.1 WhatsApp

WhatsApp wird von über einer Milliarde Nutzer/innen in über 180 Ländern verwendet und bietet die Möglichkeit, jederzeit und überall mit Freund/innen und Familie in Kontakt zu stehen und zu treten. Es können sowohl **Nachrichten in Form von Texten, Fotos und Videos** ausgetauscht, als auch Telefonate jederzeit kostenfrei geführt werden. Mittlerweile ist WhatsApp ein Teil von Facebook, es wird aber weiterhin als separate App geführt.¹¹⁷ Allerdings wird WhatsApp nicht nur für den privaten Gebrauch, sondern auch für den Kontakt zwischen Arbeitgeber/innen und Arbeitskolleg/innen verwendet.

Im Vergleich zu den Social-Media-Netzwerken in Kapitel „2.3 Aufbau von Social-Media-Netzwerken am Beispiel von Facebook, LinkedIn und Xing“ wird für die **Anmeldung** zur Nutzung von WhatsApp eine **Telefonnummer** benötigt. Durch die Registrierung wird auch

¹¹⁵ <https://www.xing.com/terms#a-1> (zuletzt abgefragt am 28.02.2020).

¹¹⁶ <https://www.xing.com/terms#a-1> (zuletzt abgefragt am 28.02.2020).

¹¹⁷ <https://www.whatsapp.com/about/> (zuletzt abgefragt am 28.02.2020).

hier ein Art **Social-Media-Vertrag** abgeschlossen und inhaltliche Grundlagen bilden die Nutzungsbedingungen. Durch die Anmeldung erhält man sodann ein Nutzer/innenkonto, es wird allerdings kein Profil dem Konto an sich zugeordnet. Diesem können nur ein Profibild sowie eine Statusnachricht hinzugefügt werden und es besteht kein Raum für die Veröffentlichung von weiteren privaten Informationen, wie dies zB bei Facebook oder Xing der Fall ist. Es wird auch nicht zwischen Profilen für Privatpersonen und Unternehmer/innen unterschieden.¹¹⁸

Die Kontaktaufnahme kann auf unterschiedliche Weise stattfinden, einerseits in Form von **direkten Nachrichten**, wenn der/die Nutzer/in die Telefonnummer von dem/der Kommunikationspartner/in hat oder andererseits durch **Kommunikation in Gruppen(-chats)**, wo mehrere Personen die gesamte Anzahl an Nachrichten, welche sich in der Gruppe befinden, empfangen können.¹¹⁹ Neben Facebook und Xing sieht auch WhatsApp eine Altersbeschränkung vor, in diesem Fall muss der/die Nutzer/in **mindestens sechzehn Jahre** alt sein, wenn diese/r den Wohnsitz in Europa hat. Ist man jünger als sechzehn, hat ein/e Erziehungsberechtigte/r den Nutzungsbedingungen im Punkt über unsere Dienste der Plattform zuzustimmen.¹²⁰

Die Standardeinstellung von WhatsApp sieht vor, dass bei jedem/r Nutzer/in angezeigt wird, wann er/sie **zuletzt online** war und eine verfasste Nachricht gelesen wurde. Diese Standardeinstellung kann allerdings jederzeit geändert werden.¹²¹ ME können hier Probleme in Bezug auf die Überwachung des/der Dienstnehmers/in durch den/die Arbeitgeber/in entstehen. Diese Probleme werden unter Punkt „5.3 Prüfung der Rechtmäßigkeit der Kontrolle“ diskutiert.

2.4.2 Yahoo Messenger

Bis Juli 2018¹²² stellte auch das **Unternehmen Yahoo** einen kostenlosen Dienst unter dem Namen Yahoo Messenger zur Verfügung, auf welchem ein/e Nutzer/in gemäß 2.2. der Besonderen Yahoo Geschäftsbedingungen für Kommunikationsdienste **Nachrichten**

¹¹⁸ Schuh/Schuh, Whatsapp 9-14.

¹¹⁹ Schuh/Schuh, Whatsapp 77.

¹²⁰ <https://www.whatsapp.com/legal/?lang=de#terms-of-service> (zuletzt abgefragt am 28.02.2020).

¹²¹ Schuh/Schuh, Whatsapp 26-27.

¹²² <https://derstandard.at/2000081239216/Yahoo-Messenger-sperrt-zu-Ein-Urgestein-gibt-auf> (zuletzt abgefragt am 28.02.2020).

versenden, Sprachanrufe tätigen oder Bilder und Videos verschicken konnte.¹²³ Yahoo unterschied nicht zwischen privaten Personen und Unternehmer/innen.

Ein Grund für die nähere Beschreibung dieses Dienstes trotz seiner Einstellung ist die E *Bărbulescu* gegen Rumänien des EGMR¹²⁴, auf welche bereits in Kapitel „1.1 Problemstellung und Hintergrund der Dissertation“ kurz eingegangen wurde. In Kapitel 3.3 „Art 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Korrespondenz und Wohnung)“ wird diese noch genauer erläutert. Sie bezieht sich auf die Nutzung von Yahoo Messenger, der Ähnlichkeiten zu WhatsApp und Facebook Messenger aufweist.

Um den Dienst nutzen zu können, muss gemäß Punkt 4 der Besonderen Yahoo Geschäftsbedingungen für Kommunikationsdienste¹²⁵ eine Registrierung auf dem Netzwerk Yahoo selbst stattfinden. Durch die **Anmeldung** wird ein **Social-Media-Vertrag** abgeschlossen, wenn den Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Oath und den Besonderen Yahoo Geschäftsbedingungen für Kommunikationsdienste zugestimmt wird. Yahoo Messenger legt auch eine Altersbeschränkung fest, demnach müssen gem Punkt 13 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Oath Nutzer/innen ein **Mindestalter von sechzehn** Jahren aufweisen, außer ein Mitgliedstaat sieht ein geringeres Alter vor.¹²⁶

2.4.3 Facebook Messenger

Bei dem Dienst **Facebook Messenger** handelt es sich auch um eine **Austausch-Plattform**, auf welcher mittels Chat kommuniziert werden kann. Ferner ist es auch möglich, Bilder, Videos oder Standortdaten zu versenden. Darüber hinaus können Telefonate, wie auch bei WhatsApp, geführt werden.¹²⁷

Der Facebook Messenger unterscheidet nicht zwischen Unternehmen und privaten Personen. So wird der Chat vor allem auch für die **Kommunikation zwischen**

¹²³ <https://policies.yahoo.com/xw/de/yahoo/terms/product-atos/comms/index.htm> (zuletzt abgefragt am 28.02.2020).

¹²⁴ EGMR 05.09.2017 (GK), 61496/08, *Bărbulescu/Rumänien*.

¹²⁵ <https://policies.oath.com/ie/de/oath/terms/otos/index.html> (zuletzt abgefragt am 28.02.2020).

¹²⁶ <https://policies.oath.com/ie/de/oath/terms/otos/index.html> (zuletzt abgefragt am 28.02.2020).

¹²⁷ <https://www.messenger.com/features> (zuletzt abgefragt am 28.02.2020).

Unternehmen und privaten Personen, wenn diese zB Fragen zu Produkten oder Probleme mit diesen haben, genutzt.¹²⁸

Um den Facebook Messenger verwenden zu können, muss zunächst ein **Facebook Profil** erstellt werden. Sodann ist es möglich, sich mittels des erstellten Profils anzumelden und zu kommunizieren (Siehe Näheres dazu in Kapitel „2.3.1 Facebook“). Eine Telefonnummer, wie bei WhatsApp, wird nicht benötigt.¹²⁹

Der Facebook Messenger zeigt den **Aktivitätsstatus** der einzelnen Personen an, wenn diese auf der Plattform online sind bzw vor Kurzem aktiv waren.¹³⁰ ME können hier Probleme entstehen, wenn der/die Arbeitgeber/in diesen Status kontrolliert. Diese Probleme werden unter Punkt 5.3 „Prüfung der Rechtmäßigkeit der Kontrolle“ diskutiert.

2.5 Aufbau von Multimedia Plattformen am Beispiel von YouTube und Instagram

2.5.1 YouTube

Die Multimedia Plattform **YouTube** gilt als weltweit **größtes Internet-Videoportal**. Vorrangig wird der Dienst von Privatpersonen genutzt, um die eigens geschaffenen Videos online zu stellen. Es haben allerdings auch immer mehr Unternehmer/innen den Dienst entdeckt, um ihre Produkte besser zu vermarkten.¹³¹ Nach eigenen Angaben der Plattform YouTube gibt es jeden Monat mehr als 1,9 Milliarden angemeldete Nutzer/innen.¹³²

Gem Punkt 4.1 der Nutzungsbedingungen muss für die Nutzung des Dienstes ein **Nutzer/innenkonto** eingerichtet werden. Des Weiteren muss gem Punkt 2.1 den **Nutzungsbedingungen** zugestimmt werden, um die Einrichtung abschließen zu können.¹³³

¹²⁸

https://www.facebook.com/help/messengerapp/948677458561379/?helpref=hc_fnav&bc%5B0%5D=691363354276356 (zuletzt abgefragt am 28.02.2020).

¹²⁹

https://www.facebook.com/help/messengerapp/117818065545664?helpref=search&sr=101&query=messenger&search_session_id=1c39fccfeff0f2e50b97f52d688fe2f9 (zuletzt abgefragt am 27.2.2020).

¹³⁰

https://www.facebook.com/help/messengerapp/321774648351848?helpref=search&sr=212&query=messenger&search_session_id=5883a910eed85f6d2bd754b8165ec13a (zuletzt abgefragt am 27.2.2020).

¹³¹ *Splittergerber*, Praxishandbuch 15.

¹³² <https://www.YouTube.com/intl/de/yt/about/press/> (zuletzt abgefragt am 28.02.2020).

¹³³ <https://www.YouTube.com/static?gl=DE&template=terms&hl=de> (zuletzt abgefragt am 28.02.2020).

Durch die Registrierung wird ein Vertrag zwischen YouTube und dem/der Nutzer/in abgeschlossen.

Um die Multimedia Plattform YouTube für das Hochladen von Videos nutzen können, ist vorerst ein **eigener YouTube Kanal** anzulegen. Der eigene Kanal ermöglicht es, Videos zu ordnen, Playlists anzulegen sowie mit anderen Nutzer/innen zu kommunizieren.¹³⁴ Des Weiteren besteht die Möglichkeit, Videos von anderen Nutzer/innen anzuschauen, zu kommentieren und deren Kanälen zu folgen.¹³⁵

Es stellt sich rechtlich zB die Frage, ob YouTube-Videos, welche für einen privaten Zweck aufgenommen wurden, für Entscheidungen des/der Arbeitgebers/in herangezogen werden dürfen, dazu siehe Punkt „5.3 Prüfung der Rechtmäßigkeit der Kontrolle“.

2.5.2 Instagram

Die Multimediaplattform **Instagram** wurde 2010 gegründet, hat heute mehr als 800 Millionen aktive Nutzer/innen und bietet die Möglichkeit, Bilder und Videos hochzuladen und diese mit einer kurzen Beschreibung zu versehen.¹³⁶

Instagram wird sowohl von **privaten Personen** als auch von **Unternehmer/innen** zur Vermarktung ihrer Produkte verwendet. Um den Dienst als Unternehmer/in nutzen zu können, muss zunächst ein **privates Nutzer/innenkonto** erstellt werden. Dieses kann sodann in ein Unternehmensprofil umgewandelt werden.¹³⁷

Durch Erstellung eines Nutzer/innenkontos wird zwischen Instagram und dem/der Nutzer/in ein **Social-Media-Vertrag** abgeschlossen. Überdies werden die Nutzungsbedingungen Inhalt des Vertrages.¹³⁸ In diesen wird festgelegt, wie die Plattform genutzt werden kann und soll.¹³⁹ Darüber hinaus muss der/die Nutzer/in gem Punkt „Deine Verpflichtung der Nutzungsbedingungen“ mindestens dreizehn Jahre alt sein, um sich allein anmelden zu können.¹⁴⁰

¹³⁴ Schmitt, FFF 181.

¹³⁵ Gerloff, Erfolgreich auf YouTube: Social Media Marketing mit Online Videos (2014) 138.

¹³⁶ Basler, Instagram für Unternehmer (2018) 10.

¹³⁷ Basler, Instagram 18.

¹³⁸ Hornung/Müller-Terpitz, Rechtshandbuch 38.

¹³⁹ <https://help.instagram.com/581066165581870> (zuletzt abgefragt am 28.02.2020).

¹⁴⁰ <https://help.instagram.com/581066165581870> (zuletzt abgefragt am 28.02.2020).

Instagram bietet Nutzer/innen die Möglichkeit, das **eigene Profil** mit einem Profilbild sowie mit einem kurzen Steckbrief auszustatten. Das Knüpfen von Kontakten geschieht durch das sogenannte „Folgen“ einer Person.¹⁴¹ Danach besteht die Möglichkeit, sich durch direkte Nachrichten auszutauschen oder auf verfasste Beiträge in Form von Bildern oder „Stories“ zu reagieren. Es wird auch durch diese Art der Kommunikation ein eigenes Netzwerk geschaffen.¹⁴²

2.6 Aufbau von Blogs am Beispiel von Wordpress.com und Twitter

2.6.1 Wordpress.com

Bei **Wordpress.com** handelt es sich um einen **kostenlosen Social-Media-Dienst**, bei dem die Möglichkeit besteht, Websites oder Blogs sowohl als Privatperson als auch als Unternehmer/in zu erstellen.¹⁴³

Es wird auch hier zwischen dem Dienst und dem/der Nutzer/in durch **Anmeldung auf der Website** ein Social-Media-Vertrag abgeschlossen, unabhängig davon, ob man sich als Unternehmer/in oder als private Person anmeldet. Für die Anmeldung werden eine **E-Mail-Adresse** sowie ein Benutzer/innenname benötigt. Des Weiteren müssen die Geschäftsbedingungen¹⁴⁴ akzeptiert werden und der Dienst fordert ein Mindestalter von dreizehn Jahren. Mit der Erstellung eines Kontos wird ein Profil dem/der Nutzer/in zugeordnet, welches mit Informationen über die Person selbst sowie mit einem Profilbild ausgestattet werden kann.¹⁴⁵

Kontakte können durch das Folgen von Websites oder durch das Kommentieren von Beiträgen geknüpft werden. Auf dem „Reader“ erscheinen sodann die neuesten Beiträge der Websites/Blogs, welchen man folgt.¹⁴⁶

¹⁴¹ *Hornung/Müller-Terpitz*, Rechtshandbuch 18.

¹⁴² *Schmidt*, SM 12.

¹⁴³ <https://de.wordpress.com/about/> (zuletzt abgefragt am 28.02.2020).

¹⁴⁴ <https://de.wordpress.com/tos/> (zuletzt abgefragt am 28.02.2020).

¹⁴⁵ <https://de.wordpress.com/tos/> (zuletzt abgefragt am 28.02.2020).

¹⁴⁶ <https://de.wordpress.com/tos/> (zuletzt abgefragt am 28.02.2020)

Es können auch hier Probleme in Bezug auf die Verwertung der Daten, welche sich auf den einzelnen Blogs befinden, entstehen. So stellt sich zB rechtlich die Frage, ob private Inhalte aus Blogs für Entscheidungen des/der Arbeitgebers/in herangezogen werden dürfen. Diese Fragen werden eingehend unter Punkt „5.3 Prüfung der Rechtmäßigkeit der Kontrolle“ behandelt.

2.6.2 Twitter

Twitter ist eine sogenannte **Mircoblogging Plattform**, welche mittlerweile sowohl von Privatpersonen, Organisationen, Unternehmen als auch von Massenmedien verwendet wird.¹⁴⁷ Bei **Twitter** wird gem Punkt 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ein Social-Media-Vertrag durch **Anlegung eines Accounts** geschlossen, dies unabhängig davon, ob das Nutzer/innenkonto für berufliche oder für private Zwecke genutzt wird.¹⁴⁸ Die allgemeinen Geschäftsbedingungen werden Vertragsinhalt¹⁴⁹. Überdies sieht Punkt 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine **Altersbeschränkung von dreizehn Jahren** vor.¹⁵⁰ Für die Registrierung muss ein Twitter-Account gem Punkt 4 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit einem Namen sowie mit einer E-Mail-Adresse angelegt werden. Dem Nutzer/innenkonto wird, wie auch bei den anderen Diensten, ein Profil zugeordnet, welches mit einem Profilbild und -Informationen über sich oder über das eigene Unternehmen ausgestattet werden kann.¹⁵¹

Die einzelnen Nutzer/innen können mittels „**Tweets**“, welche auf eine Länge von 140 Zeichen beschränkt sind, miteinander kommunizieren und Informationen austauschen. Texte, Links auf Webseiten, Fotos oder Videos können Inhalte dieser „Tweets“ sein. Es kann zudem durch Wiederholung anderer Beiträge (auch „retweeten“ genannt) oder durch das Kommentieren von Inhalten kommuniziert werden.¹⁵²

¹⁴⁷ Geiring, Risiken von Social Media 35.

¹⁴⁸ Schmitt, FFF 164.

¹⁴⁹ <https://twitter.com/de/tos> (zuletzt abgefragt am 28.02.2020).

¹⁵⁰ <https://twitter.com/de/tos> (zuletzt abgefragt am 28.02.2020).

¹⁵¹ Schmitt, FFF 168.

¹⁵² Geiring, Risiken von Social Media 35.

2.7 Exkurs: Suchmaschinen am Beispiel von Google

Neben den beschriebenen Social-Media-Diensten gibt es auch noch Suchmaschinen. Beispielhaft wird hier kurz ein Überblick über die Suchmaschinen im Allgemeinen und Google, als eine der Bekanntesten, gegeben.

Suchmaschinen, auch Web-Suchmaschinen oder Universalsuchmaschinen genannt, sind **Computersysteme**, welche **Inhalte aus dem World Wide Web zusammenfassen** und über eine **Benutzer/innenschnittstelle durchsuchbar** machen. Die Ergebnisse werden sodann nach systemseitig angenommener Relevanz geordnet und dargestellt. Suchmaschinen weisen daher **keinen klar abgrenzbaren Datenbestand** auf, sondern sammeln einzelne Inhalte aus verschiedenen Datenbanken zusammen. Es gibt nur wenige Suchmaschinen weltweit. Eine dieser ist Google, welche einen Marktanteil von mehr als zwei Drittel hat.¹⁵³

Google wurde von *Larry Page* und *Sergey Brin* gegründet. Diese wollten die Welt verbessern, indem der gesamten Menschheit der Zugang zu Informationen ermöglicht wird. Es ist mittlerweile möglich, **binnen Sekunden** auch obskure **Informationen zu finden**. Google erleichtert somit die Arbeitsweise, Freizeitgestaltung und das Lernverhalten der Menschen. Die auf Google zur Verfügung gestellten Daten werden durch einen vierstufigen Prozess gesammelt. Es wird zunächst eine **umfassende Durchsuchung vieler Websites** mittels eines Spiders (Webcrawler) durchgeführt. Im nächsten Schritt werden die gewonnenen Dateien und Informationen indexiert und auf einzelne Server gespeichert. Danach werden die Seiten mit den besten Antworten auf die Suchanfrage herausgefiltert. Im vierten Schritt werden diese formatiert und die Ergebnisse zum/r Benutzer/in übertragen.¹⁵⁴

2.8 Gemeinsamkeiten und Unterschiede der beschriebenen Social-Media-Dienste und Suchmaschinen

Bei fast allen oben beschriebenen Diensten wird durch **Registrierung ein Nutzer/innenkonto**, welches mit einem **Profil verknüpft** ist, erstellt. Davon ausgenommen ist **WhatsApp**, da für die **Anmeldung** ausschließlich eine **Telefonnummer** benötigt und durch die Registrierung kein Profil angelegt wird. Suchmaschinen unterscheiden sich von

¹⁵³ Lewandowski, Suchmaschinen, in *Kuhlen/Semar/Strauch* (Hrsg), Grundlagen der praktischen Information und Dokumentation⁶ (2013) 495-497.

¹⁵⁴ Levy, Google inside, wie Google denkt, arbeitet und unser Leben verändert (2012) 28.

den beschriebenen sozialen Diensten dahingehend, dass zwar ein **Benutzer/innenkonto** erstellt werden kann, allerdings dieses nicht zwingend benötigt wird, um auf diesen zu recherchieren.

Es ist allen Social-Media-Dienste gemein, dass durch die Registrierung ein Social-Media-Vertrag abgeschlossen wird und die **allgemeinen Geschäftsbedingungen** Grundlage der Nutzung werden. Wenn diesen Bedingungen nicht zugestimmt wird, kann kein Abschluss und keine Erstellung erfolgen.

Die Plattformen Facebook, Xing, LinkedIn (alle in Kapitel 2.3 angeführten sozialen Netzwerke) und Instagram unterscheiden zwischen der **Nutzung durch Unternehmer/innen und Privaten**. Um eine Unternehmensseite anzulegen, muss zunächst ein privates Profil erstellt werden. Bei Instagram wird dieses private Profil auf Wunsch zu einem Unternehmerprofil umgewandelt. Bei Blogs, Instant Messaging Diensten und bei YouTube wird keine Unterscheidung wie diese vorgenommen.

Darüber hinaus sehen die angeführten Dienste **unterschiedliche Altersbeschränkungen** für die Nutzung vor. Bei Wordpress, Twitter, Facebook und Instagram darf bereits mit 13 Jahren ein Nutzer/innenkonto erstellt werden. LinkedIn, WhatsApp und Yahoo Messenger hingegen setzen eine Altersgrenze von 16 Jahren voraus. Xing darf erst mit Volljährigkeit genutzt werden.

Jeder dieser oben beschriebenen Dienste bietet andere **Handlungsmöglichkeiten**. Bei Facebook und Instagram ist es möglich, Status, Videos und Bilder zu verfassen. Ferner können Kommentare erstellt werden. Bei WhatsApp oder Facebook Messenger ist dies nicht möglich. Hier kann nur geschattet werden. Darüber hinaus kann bei Suchmaschinen gar keine Handlung gesetzt werden, es kann nur recherchiert werden und daher kann der/die Einzelne nur online sein. Diese einzelnen Handlungsmöglichkeiten werden in Kapitel „2.9 Kommunikationsmöglichkeiten“ noch näher dargestellt.

Die oben beschriebenen **Hauptgruppierungen** von sozialen Netzwerken, Multimedia Plattformen, Instant Messaging, Weblogs und Suchmaschinen, unterscheiden aber nur nach **strukturellen Kriterien** des Netzwerkes und sind daher für die rechtliche Beurteilung irrelevant. Aus diesem Grund wurden **vier verschiedene Fallgruppen** gebildet, die in dieser

Untersuchung Anwendung finden: **freizeit- und beruflich orientierte Plattformen, Suchmaschinen und Weblogs.**

Die Fallgruppen wurden anhand folgender Kriterien gebildet: Zunächst ist mE zu unterscheiden, ob es sich um einen **öffentlichen oder privaten Raum** handelt. Diese Differenzierung wird in Kapitel „2.10. Privater und Öffentlicher Zugang von Social-Media-Diensten und deren Nutzer/innenkonten“ vorgenommen. Eine weitere Unterscheidung ist in Bezug auf den **Hintergrund der Nutzung** vorzunehmen. Demnach ist zu differenzieren, ob **privat oder beruflich** gehandelt wird.

- **Freizeitorientierte Plattformen wie Facebook, Instagram, WhatsApp, YouTube, Yahoo-Messenger oder Facebook Messenger** werden vorrangig für **private Zwecke** genutzt, da die Möglichkeit besteht, mit Freund/innen und Familie ohne zeitliche und räumliche Hürden zu kommunizieren.
- **Weblogs** werden mE grundsätzlich auch für den privaten Gebrauch verwendet, da es sich um eine Art Online Tagebuch handelt.
- **LinkedIn und Xing** wurden für den **Austausch von beruflichen Informationen** geschaffen und fallen daher unter den Begriff der **beruflich orientierten Plattformen**. Es soll so die Kommunikation zwischen Arbeitgeber/innen und Arbeitnehmer/innen erleichtert werden.

Auf diese „neue“ Unterscheidung wird in allen Kapiteln zurückgegriffen.

2.9 Kommunikationsmöglichkeiten

Die drei beschriebenen Fallgruppen (freizeitorientierte, beruflich orientierte Netzwerke und Weblogs) bieten diverse Funktionen, **mit welchen kommuniziert** und somit ein **eigenes Netzwerk aufgebaut** werden kann. Es besteht die Möglichkeit den „Gefällt mir“-Button zu betätigen, Kommentare zu verfassen, Statusmeldungen, Bilder oder Videos online zu stellen, Inhalte zu teilen oder schriftlich in Chats zu kommunizieren. Auf **Suchmaschinen** kann der/die Nutzer/in keine Handlungen setzen und somit auch nicht aktiv tätig sein. Dort ist es nur **möglich, online** zu sein, indem Recherchetätigkeiten betrieben werden.

2.9.1 „Gefällt mir“-Button/ „Like“-Button

Mittels eines **„Gefällt mir“-Buttons** hat der/die Nutzer/in durch das Drücken einer Schaltfläche die Möglichkeit, einen Beitrag, ein Statusupdate, einen Pinnwandeintrag, eine Seite, ein Foto positiv zu bewerten. Der Hintergrund dieser Funktion ist die rasche Verbreitung spezifischer Inhalte durch die einzelnen Nutzer/innen.¹⁵⁵ Diese Funktion gibt es uA bereits auf Facebook, Instagram und Twitter.

Neben dem „Gefällt mir“-Button gibt es auf Facebook seit 2016 auch sogenannte Facebook-Reactions (= Facebook Reaktionen). Demnach kann ein Beitrag auch mit einem Herz, einem lachenden Smiley, einem Wow-Gesicht sowie mit einem weinenden und wütenden Emoji versehen werden. Diese werden allerdings sehr kritisch gesehen, da sie zB für Hasskampagnen genutzt werden.¹⁵⁶

2.9.2 Kommentieren

Darüber hinaus bieten einige Dienste, wie zB Facebook, die Möglichkeit, verfasste Beiträge, wie Statusmeldungen, Bilder oder hochgeladene Videos zu **kommentieren**.¹⁵⁷

2.9.3 „Share“ / „Teilen“-Funktion

Des Weiteren besteht auf Diensten, wie zB Facebook oder Twitter, die Möglichkeit, bestimmte Inhalte, wie Fotos, Videos oder Status durch die **„Teilen“ Funktion** anderen Nutzer/innen zugänglich zu machen.¹⁵⁸ Bei der Funktion kann mE noch unterschieden werden, ob das Posting ohne Veränderung geteilt wird oder zB noch ein eigener Kommentar hinzugefügt wird. In Kapitel „5.1.1.2.5 Prüfung möglicher Handlungen auf sozialen Netzwerken anhand des Flussdiagramms und Fallbeispiele aus der Praxis“ wird noch näher auf diese Unterscheidung eingegangen.

2.9.4 Status, Bilder, Videos

Der/Die Nutzer/in hat auch die Möglichkeit, **Statusmeldungen** zu verfassen, dies in Form eines Textes zB über seinen/ihren Tag. Es können auch **Bilder oder Videos hochgeladen**

¹⁵⁵ Geiring, Risiken von Social Media 36-37.

¹⁵⁶ <https://derstandard.at/2000056964418/Facebook-weitert-Emojis-aus-Nun-auch-fuer-Kommentare> (zuletzt abgefragt am 18.03.2020).

¹⁵⁷ Schmitt, FFF 130.

¹⁵⁸ Geiring, Risiken von Social Media 36-37.

werden Das eigene Netzwerk kann sodann kommentieren, teilen oder den „Gefällt mir“-Button klicken. Der Inhalt bleibt online, bis dieser tatsächlich von dem/der Nutzer/in gelöscht wird.

Eine weitere Möglichkeit, mit welcher ein/eine Nutzer/in mit dem eigenen Netzwerk kommunizieren kann, ist die **Erstellung von Livevideos**. Hier können Zuschauer/innen/Freund/innen direkt in Echtzeit Kommentare und „Likes“ zu einem laufenden Video abgeben. Passieren dem/der Ersteller/in Fehler, können diese nicht mehr herausgeschnitten werden, da das Video live übertragen wird.¹⁵⁹ Instagram oder Facebook bieten zB diese Möglichkeit an.

Nutzer/innen können in **Stories** Fotos oder Videos hochladen, welche dem Netzwerk **24 Stunden zur Verfügung** stehen. Es besteht auch die Möglichkeit, Kommentare unterhalb dieser Stories zu verfassen, wenn dies durch den/die Nutzer/in erlaubt ist.¹⁶⁰ Diese Funktion bieten uA Facebook und Instagram an.

2.9.5 Kommunikation schriftlich (Chats)

Neben Tätigkeiten, die öffentlich einsehbar sind, kann der/die Einzelne auch **private Nachrichten** an andere Nutzer/innen desselben Netzwerkes verschicken. Dies kann mit einer Art E-Mail verglichen werden. Wenn beide Kommunikationspartner/innen gleichzeitig online sind, kann auch in einem Chat und damit in Echtzeit eine Unterhaltung gestartet werden.¹⁶¹

2.9.6 Exkurs Online-Sein

Neben den oben beschriebenen Handlungen besteht mE auch die Möglichkeit, dass der/die Nutzer/in auf sozialen Netzwerken nur **online** ist. In diesem Fall wird dieser nicht aktiv, indem eine Handlung getätigt wird. Es wird nur durch Inhalte gescrollt oder der/die Nutzer/in kann auch einfach nur uA über einen längeren Zeitraum eingeloggt sein. Auf Suchmaschinen können zB nur Recherchetätigkeiten durchgeführt werden.

¹⁵⁹ *Schmitt*, FFF 146-148.

¹⁶⁰ *Schmitt*, FFF 221.

¹⁶¹ *Geiring*, Risiken von Social Media 36.

2.10 Privater und Öffentlicher Zugang von Social-Media-Diensten und deren Nutzer/innenkonten

Ob Informationen aus sozialen Medien für Entscheidungen von dem/der Arbeitgeber/in herangezogen werden dürfen, hängt mE uA davon ab, ob Daten **öffentlich oder nur privat zugänglich** sind, da möglicherweise bei nur privat zur Verfügung stehenden Daten kein Zugriffsrecht und damit auch kein Recht auf Verwertung bzw Verarbeitung besteht. So ist zB diese Beurteilung für die Frage relevant, ob *Background-Checks* (Näheres in Kapitel „4.2 Prüfung nach Rechtmäßigkeit der Recherche (*Background-Checks*)“) erlaubt sind, wenn Nutzer/innenkonten nur privat zugänglich sind. Ferner stellt sich auch die Frage, ob Daten aus nicht öffentlich zugänglichen Plattformen für eine Entlassung eines/r Arbeitnehmers/in aufgrund eines rechtswidrigen Verhaltens herangezogen werden dürfen (Näheres in Kapitel „5 Aufrechtes Arbeitsverhältnis“).

ME ist zwischen der öffentlichen Verfügbarkeit von den einzelnen gebildeten Fallgruppen (Suchmaschinen, beruflich orientierte und freizeitorientierte Netzwerke sowie Weblogs) und den Inhalten auf den Nutzer/innenprofilen selbst, bei welchen Privatsphäreneinstellungen vorgenommen werden können, zu unterscheiden.

Zunächst wird auf den **Begriff der Öffentlichkeit** eingegangen. Danach wird beurteilt, ob die einzelnen Fallgruppen von Social-Media-Aktivitäten von Arbeitnehmer/innen allgemein verfügbar sind. Abschließend werden die individuelle Öffentlichkeit und die Privatsphäreneinstellungen näher beleuchtet.

2.10.1 Definition Öffentlichkeit

Die Definition des Begriffs „Öffentlichkeit“ hat sich in den letzten Jahren durch das Internet stetig verändert, da bei der Weitergabe von privaten Informationen immer weniger Hemmschwellen überwunden werden (müssen). Früher wurden Mitteilungen über Sendemasten, Radio- oder Fernsehgeräte und Druckerpressen verbreitet. In den vergangenen Jahren haben sich Kommunikationsräume im Internet entwickelt, in denen es zur Schaffung einer **eigenen persönlichen Öffentlichkeit** kommt.¹⁶²

¹⁶² Schmidt, SM 29.

Darüber hinaus hat sich auch die **Möglichkeit des Zugangs** geändert. Demnach waren früher Inhalte in Zeitungen idR nur in den Staaten verfügbar, in welchen diese veröffentlicht bzw verkauft wurden. Auf veröffentlichte Inhalte im Internet kann nunmehr von der ganzen Welt aus zugegriffen werden. So könnte mE ein/e Mitarbeiter/in einen negativen Beitrag über den/die Arbeitgeber/in verfassen, dieser könnte in einem anderen Land ohne Zeitverzögerung gelesen werden und dadurch könnte die Zusammenarbeit mit dem Unternehmen nicht aufgenommen oder bei Bestehen sogar gestoppt werden. Ein Radio- oder Fernsehsender zB hätte diesen Beitrag wahrscheinlich nie veröffentlicht und eine solche Konfliktsituation wäre somit in der Vergangenheit nicht denkbar gewesen.

2.10.2 Beurteilung der Öffentlichkeit von Suchmaschinen, freizeitorientierten und beruflich orientierten Netzwerken, Webblogs

Bei **Suchmaschinen** handelt es sich mE um allgemein verfügbare Quellen, da diese auch nur auf Daten zugreifen können, die der **Allgemeinheit im Internet zur Verfügung** stehen. Suchmaschinen sind daher **öffentlich zugänglich**.

Um Inhalte von Social-Media-Profilen auf freizeitorientierten Plattformen einsehen zu können, benötigt der/die Arbeitgeber/in grundsätzlich ein **bestehendes Nutzer/innenkonto**. Daher sind diese Netzwerke **nicht öffentlich zugänglich** (siehe hierzu auch Kapitel „2.3 Aufbau von Social-Media-Netzwerken am Beispiel von Facebook, LinkedIn und Xing“, „2.4. Aufbau von Instant Messaging am Beispiel von WhatsApp, Yahoo Messenger und Facebook Messenger“ und „2.5 Aufbau von Multimedia Plattformen am Beispiel von YouTube und Instagram“).

Berufliche Plattformen sind auch **nicht allgemein zugänglich**, da Unternehmer/innen auf diese Plattformen und Inhalte nur **durch Anmeldung** mittels eines Nutzer/innenkontos zugreifen können (siehe hierzu Kapitel „2.3.2 LinkedIn“ und „2.3.3 Xing“).

Inhalte auf Blogs sind hingegen **öffentlich zugängliche Informationen**, da jede/r auf diese zugreifen kann, ohne dass ein bestimmtes Profil erstellt werden muss (siehe hierzu Kapitel „2.6.1 Wordpress.com“).

2.10.3 Individuelle Öffentlichkeit

Unabhängig von einem Dienst kann der/die Nutzer/in seine/ihre **individuelle Öffentlichkeit** durch Privatsphäreneinstellungen selbst regeln, einstellen und kontrollieren. Dadurch schafft der/die Einzelne ein **individuelles soziales Netzwerk**.

Dies ist allerdings nur möglich, wo auch tatsächlich ein Nutzer/innenkonto erstellt werden kann. Bei **Suchmaschinen** kann daher **keine eigene individuelle Öffentlichkeit** geschaffen werden.

Die **individuelle Öffentlichkeit** bestimmt der/die Nutzer/in nach seiner/ihrer **persönlichen Einschätzung**. Der/Die Einzelne entscheidet, ob Informationen auf einer Social-Media-Plattform veröffentlicht werden.¹⁶³ IdR bieten Social-Media-Dienste die Möglichkeit, die eigene Privatsphäre mittels der **Privatsphäreneinstellungen** näher zu definieren. Demnach kann zB bei **Facebook** eingestellt werden, dass der Inhalt eines Profils nur durch **Bestätigung einer Freundschaftsanfrage** eingesehen werden kann. Darüber hinaus kann auch ausgewählt werden, ob **innerhalb einer Suchmaschine** das eigene Profil angezeigt werden darf.¹⁶⁴ Bei **Instagram** kann der/die Nutzer/in festlegen, dass nur von einem **selbst bestätigte Personen** Inhalte einsehen können.¹⁶⁵

Ein **öffentliches Nutzer/innenkonto** liegt demnach vor, wenn **keine Privatsphäreneinstellungen** ausgewählt wurden und jede Person den Inhalt des Profils einsehen kann, ohne Bestätigung durch den/die Nutzer/in selbst.¹⁶⁶

Die Beurteilung, ob Inhalte öffentlich verfügbar sind, wenn es Privatsphäreneinstellungen gibt, gestaltet sich hingegen schwieriger, da dies mE von mehreren Faktoren abhängig ist. Die nachstehenden Faktoren sind für die in Kapitel „4. Arbeitsverhältnis im Anbahnungsstadium“ und „5. Aufrechtes Arbeitsverhältnis“ rechtlichen Beurteilungen (zB darf der/die Arbeitgeber/in auf Social-Media-Dienste zugreifen?), relevant.

¹⁶³ Schmidt, SM 29.

¹⁶⁴ <https://www.facebook.com/help/1297502253597210?ref=dp#> (zuletzt abgefragt am 19.11.2018).

¹⁶⁵ <https://help.instagram.com/448523408565555?ref=dp> (zuletzt abgefragt am 19.11.2018).

¹⁶⁶ <https://www.facebook.com/help/1297502253597210?ref=dp#> (zuletzt abgefragt am 19.11.2018).

Zunächst ist zu klären, wie **viele Personen** die geposteten Inhalte einsehen können. Es handelt sich noch nicht um öffentlich verfügbare Daten, wenn diese in einem **engen Familien- und Freundeskreis veröffentlicht** werden. Wenn **zehn bis zwanzig Personen** in die Daten einsehen können, kann mE von einem engen Familien- und Freundeskreis gesprochen werden, da diese Anzahl an Mitgliedern auch in der analogen Welt realistisch ist. Haben mehr als zwanzig Personen Zugriff, sind die Daten mE grundsätzlich innerhalb dieses Netzwerks **allgemein verfügbar**.

Haben zwar weniger als zehn bis zwanzig Personen Zugriff auf die Daten und ist allerdings eine **Weiterverbreitung möglich**, indem Inhalte ohne Einschränkungen geteilt werden können, hat der/die Nutzer/in nicht mehr die Möglichkeit zu kontrollieren, welche Personen Zugang zu den im eigenen Netzwerk veröffentlichten Inhalten haben, da diese durch das Teilen in einem anderen Netzwerk der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurden und dort die Einstellungen dieses/r Nutzers/in zur Anwendung kommen. Bleibt die Anzahl der Personen, welche die Inhalte auf dem teilenden Profil sehen können, gemeinsamen mit Freund/innen des ursprünglichen Profils unter zwanzig, sind die Daten weiterhin privat. Darüber hinaus sind die Informationen mE öffentlich zugänglich.

Darüber hinaus stellt sich auch die Frage, **welchen Personen der Zugriff** zum eigenen persönlichen Netzwerk gewährt wird. Haben mehr als zwanzig Personen Einblick in diese Informationen, dürfen trotzdem Arbeitgeber/innen auf Inhalte nicht zugreifen, wenn diese nicht dem ausgewählten Kreis zB der „Freundesliste“ bei Facebook zugeordnet sind. Davon ist eine Ausnahme zu machen, wenn der/die Nutzer/in jede/n zu seinem/ihrem Profil hinzufügt, unabhängig davon, ob kontrolliert wird, welche Person akzeptiert wird. Dies könnte zB zum Tragen kommen, wenn der/die Einzelne mehr als 500 Personen auf die Freundesliste gesetzt hat. Denn dann ist mE davon auszugehen, dass nicht zwischen einzelnen Personen unterschieden wird.

Ob die Inhalte tatsächlich verwendet werden dürfen, kann aufgrund der dargelegten Umstände nicht allgemein beurteilt werden, da dies mE von der selbst erstellten individuellen Öffentlichkeit durch Privatsphäreneinstellung abhängig ist. Es wird daher in den jeweiligen Unterkapitel eine Beurteilung vorgenommen.

2.11 Ergebnis

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, dass **soziale Medien** uA als **voranschreitende Eingliederung des Internets** in die Gesellschaft beschrieben werden können. Es wird die Möglichkeit geboten, ohne großen Aufwand **Informationen aller Art**, wie zB Texte oder Bilder, einer großen Menschenmenge **zugänglich und somit öffentlich zu machen**. Darüber hinaus können soziale Beziehungen zu Menschen aufgebaut und gefördert werden. Soziale Medien können in **vier Kategorien** (Soziale Netzwerke, Multimediaplattformen, Instant Messaging und Webblogs) aufgegliedert werden.

Auf **Sozialen Netzwerken**, wie zB **Facebook, Xing oder LinkedIn** ist es möglich, sich als Benutzer/innengruppen nach Interessenkreisen, Vorlieben oder sozialen Strukturen durch **Erstellung eines Nutzer/innenkontos zu vernetzen**. Bei **Instant Messaging Diensten** wird eine Verbindung in Echtzeit über **einen oder mehrere Kommunikationskanäle** zwischen **einzelnen Nutzer/innen** hergestellt. Diese haben die Möglichkeit, Personen hinzuzufügen oder diesen bei Bedarf die Autorisierung zu verweigern. Beispiele hierfür sind WhatsApp, Yahoo Messenger oder Facebook Messenger. Bei **Multimediaplattformen**, wie zB **Instagram oder YouTube**, hingegen spielt nicht das individuelle Nutzer/innenprofil, sondern **einzelne Inhalte** eine größere Rolle. Es werden Videos, Fotos oder Audiodateien über eine **permanente Internetverbindung** zur Verfügung gestellt. Bei der letzten Kategorie handelt es sich um **Webblogs**. Hierbei besteht die Möglichkeit, **chronologisch sortierte Einträge** eines/r „Bloggers/in“ zu sehen. Die Plattform Wordpress.com fällt unter diese Gattung. Eine Form des Bloggens stellt das **Microblogging (zB auf Twitter)** dar. Hierbei veröffentlicht der/die einzelne Nutzer/in kurze telegramartige Textnachrichten auf einer Kommunikationsplattform. Darüber hinaus spielen auch **Suchmaschinen**, wie zB Google, eine wichtige Rolle. Es handelt sich hierbei um **Computersysteme**, die **Inhalte aus dem World Wide Web zusammenfassen** und eine **Benutzer/innenschnittstelle durchsuchbar** machen.

Die beschriebenen Hauptgruppierungen von sozialen Netzwerken, Multimedia Plattformen, Instant Messaging und Webblogs unterscheiden sich aber nur nach **strukturalen Kriterien**. Für die nachstehende rechtliche Beurteilung ist diese Differenzierung irrelevant, da eine andere von Bedeutung ist, die auf die unterschiedliche Öffentlichkeit/Privatheit Bezug nimmt. Es wurden daher **vier verschiedene Fallgruppen** gebildet: **freizeit- und beruflich orientierte Plattformen**, **Suchmaschinen** und **Webblogs**. Es wurde zunächst

unterschieden, ob es sich um einen öffentlichen oder privaten Raum handelt. Daten auf Suchmaschinen und Webblogs sind allgemein verfügbar. Daten auf freizeit- und beruflich orientierten Plattformen sind dagegen grundsätzlich nicht allgemein verfügbar, da nur durch die Erstellung eines Profils Zugang gewährt wird. Neben dem privaten bzw öffentlichen Zugang zu diesen Diensten kann durch die Privatsphäreneinstellung eine individuelle Öffentlichkeit durch den/die Nutzer/in selbst geschaffen werden. Wenn keine Einstellung vorgenommen wurde, kann jede Person auf die veröffentlichten Inhalte zugreifen und die Daten sind daher öffentlich verfügbar. Hat der/die Nutzer/in Einstellungen getroffen, ist die weitere Beurteilung von folgenden Umständen abhängig: Anzahl der Zugriffsberechtigten, Möglichkeit der Weiterverarbeitung (zB Teilen), welchen Personen wurde der Zugriff gewährt.

Darüber hinaus wird nach dem **Hintergrund der Nutzung** (privat oder berufliche Handlung) differenziert. Freizeitorientierte Plattformen und Webblogs werden für den privaten Gebrauch verwendet. Beruflich orientierte Netzwerke werden vor allem für den Austausch von beruflichen Informationen genutzt. Bei Suchmaschinen kann diese Unterscheidung nicht vorgenommen werden.

Auf den beschriebenen Plattformen bestehen verschiedene Kommunikationsmöglichkeiten. Der/Die Einzelne kann insbesondere den „**Gefällt mir**“-Button betätigen, **Kommentare verfassen, Status, Bilder oder Videos** online stellen, Inhalte **teilen**, oder **schriftlich in Chats** kommunizieren. Ferner kann der/die Nutzer/in auch nur **online sein** und keine aktive Handlung tätigen.

3. Rechtliche Grundlagen

Wie bereits am Anfang der Arbeit erläutert, findet immer öfters eine Überwachung der Arbeitnehmer/innen durch das Durchforsten von Social-Media-Diensten durch Arbeitgeber/innen statt. Da es in Österreich **keinen spezifischen Arbeitnehmer/innen-Datenschutz** gibt, sind einzelne einschlägige Normen für die rechtliche Beurteilung heranzuziehen. In diesem Kapitel werden relevante Bestimmungen, welche für alle untersuchenden Problemstellungen in Bezug auf die **Kontrolle von Inhalten auf Social-Media-Diensten** von Bedeutung sind, vorgestellt und diskutiert. Es wird zuerst ein kurzer Überblick über das **Persönlichkeitsrecht nach § 16 ABGB** gegeben. Danach wird sich die Verfasserin mit einzelnen Grundrechten, wie insbesondere dem auf **Datenschutz nach § 1 DSG** und nach der **DSGVO**, dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach **Art 8 EMRK** und dem Schutz personenbezogener Daten nach **Art 8 GRC**, beschäftigen. Auf rechtliche Bestimmungen, welche nicht für alle Problemstellungen relevant sind, wird in den einzelnen Teilen näher eingegangen.

3.1. Allgemeines Persönlichkeitsrecht nach § 16 ABGB

3.1.1 Schutzbereich

Gemäß § 16 ABGB hat **jeder Mensch angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte**, sogenannte **Persönlichkeitsrechte**. § 16 ABGB wird von der Lehre und Rsp als **zentrale Norm** der österreichischen Rechtsordnung gesehen, welche eine Grundlage für die Anerkennung von subjektiven Rechten schafft.¹⁶⁷ Es handelt sich hierbei um ein **absolutes Recht**, das heißt, dieses wirkt gegen jede/n und keine/r darf in dieses grundsätzlich eingreifen. **§ 16 ABGB** erklärt allerdings nicht näher, um welche Rechte es sich hierbei handelt. Daher müssen diese aus übrigen Bestimmungen des ABGB und aus anderen Gesetzen abgeleitet werden.¹⁶⁸

Der Schutz dieser Persönlichkeitsrechte spielt auch im Arbeitsverhältnis eine große Rolle, da der/die Dienstnehmer/in persönlich abhängig ist. Wie bereits in Kapitel „1.1.Problemstellung und Hintergrund der Dissertation“ erwähnt, hat der/die Dienstgeber/in **Fürsorgepflichten** aufgrund der **persönlichen Abhängigkeit** einzuhalten. Die

¹⁶⁷ Posch in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ (2011) § 16 ABGB Rz 3.

¹⁶⁸ Posch in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 16 ABGB Rz 12.

Persönlichkeitsrechte sind insbesondere für die Kontrolle des/der Arbeitnehmers/in relevant.¹⁶⁹ Da es sich idR bei Informationen aus Social-Media-Diensten um persönliche Daten handelt, kann durch eine mögliche Kontrolle durch den/die Arbeitgeber/in ein Eingriff in die Persönlichkeitsrechte nach § 16 ABGB stattfinden. Eine besondere Rolle könnte zB das Recht auf Achtung der Privatsphäre nach Art 8 EMRK oder das Grundrecht auf Datenschutz nach § 1 DSG spielen.

3.1.2 Drittwirkung der Grundrechte

§ 16 ABGB hat auch für die **Drittwirkung der Grundrechte** eine besondere Bedeutung. Es wird grundsätzlich zwischen der unmittelbaren und mittelbaren Drittwirkung unterschieden. Die Lehre von der **unmittelbaren** Drittwirkung besagt, dass die Grundrechte **im Privatrecht unmittelbar zur Anwendung** kommen.¹⁷⁰ Die Lehre der **mittelbaren** hingegen vertritt die Ansicht, dass die Grundrechte im Privatrecht zur **Konkretisierung von Generalklauseln** herangezogen werden können.¹⁷¹ Letztere hat sich in Österreich durchgesetzt. Die Grundrechte wirken so als Schnittstelle zwischen dem Öffentlichen Recht und dem Privatrecht.¹⁷² In diesem Zuge sei vor allem das Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art 8 EMRK und das Grundrecht auf Datenschutz nach § 1 DSG zu erwähnen. Der/Die Arbeitgeber/in hat daher aufgrund der mittelbaren Drittwirkung die Grundrechte in einem Arbeitsverhältnis zu beachten.¹⁷³

3.2 Grundrecht auf Datenschutz

Das **Grundrecht auf Datenschutz** spielt in allen Bereichen dieser Untersuchung eine bedeutende Rolle, da immer wieder die Frage zu klären ist, ob **personenbezogene Daten von Arbeitnehmer/innen aus Social-Media-Diensten für Entscheidungen des/der Arbeitgebers/in herangezogen** und verarbeitet werden dürfen. Um die gesetzlichen Regelungen in Bezug auf die datenschutzrechtlichen Bestimmungen in den jeweiligen Unterkapiteln anwenden zu können, werden zunächst der Anwendungsbereich und danach die einzelnen Begriffe näher erläutert.

¹⁶⁹ Aicher in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 16 ABGB Rz 42.

¹⁷⁰ Griller, Drittwirkung und Fiskalgeltung von Grundrechten, ZfV 1983, 1.

¹⁷¹ UA Aicher in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 16 ABGB Rz 57; Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 16 Rz 4 (Stand 1.3.2017, rdb.at).

¹⁷² Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 16 ABGB Rz 15.

¹⁷³ Grünanger/Goricnik, Arbeitnehmer-Datenschutz Rz 2.7.

3.2.1 Anwendungsbereich

3.2.1.1 Zeitlicher Anwendungsbereich der DSGVO und des DSG

Das österreichische DSG wurde auf Grund der EU-DSGVO mittels des Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018 BGBl I Nr 120/2017 – Datenschutz-Deregulierungsgesetz geändert. Dieses neue Gesetz findet seit 25.5.2018 auf **alle Sachverhalte** in Bezug auf die **Verarbeitung von personenbezogenen Daten** Anwendung.¹⁷⁴ Der im Verfassungsrang stehende Teil des DSG 2000 bleibt allerdings weiterhin aufrecht. Das bedeutet, dass auch das Grundrecht auf Datenschutz in der bisher geltenden Fassung zur Anwendung kommt. Das einfachgesetzliche DSG, welches 2018 in Kraft trat, gestaltet daher nicht näher das Grundrecht auf Datenschutz nach dem DSG 2000. Es implementiert hingegen die DSGVO. Das Datenschutzrecht besteht daher aus zwei verschiedenen „Schichten“.¹⁷⁵

Neben dem DSG gilt die **DSGVO**, da diese **unmittelbar auf innerstaatliche Sachverhalte Anwendung** findet.¹⁷⁶ Die unmittelbare Geltung betrifft aber nicht alle geregelten Bereiche, denn in manchen ist eine Implementierung in innerstaatliches Recht nötig. Ferner sieht die DSGVO auch Regelungsspielräume („Öffnungsklauseln“), welche die Mitgliedsstaaten fakultativ nutzen können, vor.¹⁷⁷

Die DSGVO wird auch auf bereits vor dem 25.5.2018 erhobene Daten angewendet, wenn diese nach dem 25.5.2018 weiterhin gespeichert werden. Demnach müssen in diesen Fällen die Datenverarbeitungsprozesse an die neue Rechtslage angepasst werden.¹⁷⁸

3.2.1.2 Sachlicher Anwendungsbereich der DSGVO und des DSG

Gem § 1 DSG hat jedermann Anspruch auf **Geheimhaltung** der ihn betreffenden **personenbezogenen Daten**. Der/Die Betroffene wird vor Ermittlung sowie der Weitergabe von Daten geschützt. Zu beachten ist, dass dieser Anspruch allerdings nur dann besteht, wenn die einzelne Person ein **schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse** nachweisen kann.¹⁷⁹

¹⁷⁴ Knyrim/Tretzmüller, Die praktisch wichtigsten Regelungen des DSG (neu), Dako 2017, 50.

¹⁷⁵ Grünanger/Goricnik, Arbeitnehmer-Datenschutz Rz 2.17-2.21.

¹⁷⁶ Brodil, Arbeitnehmerdatenschutz und Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), ecolex 2018, 486.

¹⁷⁷ Grünanger/Goricnik, Arbeitnehmer-Datenschutz Rz 2.17-2.21.

¹⁷⁸ Rosenmayer-Klemenz, EU-Datenschutz-Grundverordnung (EU-DSGVO) und Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018 (2018) 4.

¹⁷⁹ Bresich/Dopplinger/Dörnhöfer/Kunnert/Riedl, DSG Datenschutzgesetz Kommentar (2018) 52.

Regelungsinhalt der **DSGVO** ist, **natürliche Personen** im Zuge der **Verarbeitung von personenbezogenen Daten** zu schützen. Nach Art 2 DSGVO findet demnach diese auf die ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten von identifizierten oder identifizierbaren natürlichen Personen Anwendung.¹⁸⁰ Die DSGVO beinhaltet nur Vorschriften zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und beim freien Verkehr solcher Daten. Einen Anspruch auf Geheimhaltung, wie in § 1 DSG; findet sich in der DSGVO allerdings nicht.¹⁸¹

Das Grundrecht auf Datenschutz nach § 1 DSG hat **unmittelbare Drittwirkung** und wirkt daher auch gegenüber anderen Rechtsunterworfenen, wie zB **gegenüber einem/r Arbeitgeber/in** (siehe auch Kapitel „3.1.2 Drittwirkung der Grundrechte“).¹⁸²

3.2.1.3 Räumlicher Anwendungsbereich der DSGVO und des DSG

Die DSGVO ist nach Art 3 DSGVO von Unternehmen zu beachten, wenn es sich um die Verarbeitung von personenbezogenen Daten für die Tätigkeiten einer **Niederlassung in der Europäischen Union** handelt.¹⁸³ Das bedeutet, dass Unternehmen, die in der Europäischen Union Dienstleistungen oder Waren anbieten, die DSGVO beachten und sich dieser auch unterwerfen müssen.¹⁸⁴

Das österreichische DSG sieht keine eigenständige Regelung des räumlichen Anwendungsbereichs mehr vor, da sich der räumliche Anwendungsbereich unmittelbar aus Art 3 DSGVO ergibt.¹⁸⁵

3.2.2 Begriffsbestimmungen

In den folgenden Unterkapiteln werden nun die einzelnen Begriffe, welche für die rechtliche Beurteilung benötigt werden, nach DSGVO und dem DSG näher erläutert.

¹⁸⁰ *Bresich/Dopplinger/Dörnhöfer/Kunnert/Riedl*, DSG 14.

¹⁸¹ *Grünanger/Goricnik*, Arbeitnehmer-Datenschutz Rz 2.26.

¹⁸² *König in Kuras*, Handbuch Arbeitsrecht Kap. 5a.1 (Stand 1.6.2017, rdb.at).

¹⁸³ *Rosenmayer-Klemenz*, EU-DSGVO 17.

¹⁸⁴ *Tretzmüller*, Der globale Anwendungsbereich der DSGVO - warum die DSGVO auch in Drittländern umgesetzt werden sollte (muss), *Dako* 2018, 8.

¹⁸⁵ *Pollirer/Weiss/Knyrim/Haidinger*, DSG⁴ § 3 (Stand 1.4.2019, rdb.at).

3.2.2.1 Personenbezogene Daten

Das Grundrecht auf Datenschutz steht einer natürlichen Person nur dann zu, wenn es sich um **personenbezogene Daten** handelt. Der Begriff umfasst gem Art 4 Z 1 DSGVO Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen. Die Person wird zB durch ihren Namen, ihre Standortdaten oder ihre Online-Kennung erkannt. Handelt es sich um anonyme Informationen, findet die DSGVO keine Anwendung. Dabei handelt es sich um Daten, bei denen kein Bezug zu identifizierten oder identifizierbaren natürlichen Person besteht.¹⁸⁶

Neben den personenbezogenen Daten beschreibt die DSGVO in Art 4 Z 5 DSGVO den Begriff der **pseudonymisierten Informationen**. Hierbei handelt es sich um die Verarbeitung personenbezogener Daten, welche allerdings ohne Hinzuziehung zusätzlicher Informationen nicht mehr einer spezifischen betroffenen Person zugeordnet werden können. Werden Daten pseudonymisiert, welche durch Heranziehung von weiteren Merkmalen mit einer natürlichen Person in Verbindung gebracht werden können, können diese als Daten, die einer identifizierbaren natürlichen Person zugeordnet werden, betrachtet werden. Es handelt sich somit hierbei um keine eigenständige Datenkategorie, sondern es ist als zusätzliche Datensicherheitsmaßnahme zu sehen. Das DSG sieht keine Regelung, wie diese, vor.¹⁸⁷

Greift der/die Arbeitgeber/in zB auf ein Social-Media-Profil auf Facebook oder Instagram zu, kann idR eine **natürliche Person mit einem Profilbild oder einem Profilnamen** identifiziert werden. Probleme ergeben sich allerdings dann, wenn es sich um einen Benutzer/innennamen handelt, der keinen eindeutigen Bezug zu einer natürlichen Person darstellt. IdR findet der/die Verarbeiter/in allerdings eine Reihe an weiteren Inhalten, wie zB Bilder oder andere Hinweise, durch die eine natürliche Person identifiziert werden kann. Der/Die Arbeitgeber/in verarbeitet daher auch in solchen Fällen personenbezogene Daten des/der Arbeitnehmers/in.

¹⁸⁶ Rosenmayer-Klemenz, EU-DSGVO 19.

¹⁸⁷ Fritz, Anwendungsbereich und Rechtfertigung – Alles neu macht die DS-GVO?, Jahrbuch Datenschutzrecht 2016, 9.

3.2.2.2 Besondere Kategorien personenbezogener Daten (sensible Daten)

Darüber hinaus legt die DSGVO Bestimmungen für **besondere Kategorien personenbezogener Daten** fest. Gem Art 9 Z 1 DSGVO handelt es sich hierbei um Informationen über die **rassische und ethnische Herkunft**, die **politische Meinung**, die **Gewerkschaftszugehörigkeit**, die **religiöse Überzeugung**, die **Gesundheit** und das **Sexualleben**.¹⁸⁸

Auf Social-Media-Diensten sind sensible Daten der Arbeitnehmer/innen oft sehr einfach zu erlangen, indem der/die Dienstgeber/in zB auf deren Profilen, Beiträge zu politischen Äußerungen oder Informationen über deren Gesundheit findet. In Kapitel „3.2.4 Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten nach Art 9 DSGVO“ wird näher auf die Verarbeitung dieser Daten durch den/die Dienstgeber/in eingegangen.

3.2.2.3 Verarbeitung

Des Weiteren muss eine Verarbeitung der personenbezogenen Daten stattfinden. Eine **Verarbeitung** liegt gem Art 4 Z 2 DSGVO vor, wenn diese **erhoben, erfasst, organisiert, geordnet, gespeichert, angepasst oder verändert, ausgelesen, abgefragt, verwendet oder in irgendeiner anderen Form verarbeitet** werden.¹⁸⁹ Verwendet der/die Arbeitgeber/in für die eigenen Entscheidungen die auf Social-Media-Diensten gefundenen personenbezogenen Daten, findet eine Verarbeitung nach Art 4 Z 2 DSGVO statt.

Im Hinblick auf das Heranziehen von Daten aus Social-Media-Diensten, welche der/die Arbeitgeber/in für seine/ihre Entscheidung in Bezug auf ein bevorstehendes oder auf ein bereits eingegangenes Arbeitsverhältnis sucht, stellt sich die Frage, ob bereits das **Anschauen und Durchscrollen** von Social-Media-Konten unter den Begriff der Verarbeitung fällt. ME verarbeitet der/die Dienstgeber/in bereits personenbezogene Daten, wenn Social-Media-Profile angeschaut werden, da durch diese Handlung bereits temporär Informationen auf dem verwendeten Gerät gespeichert werden und eine Abfrage erfolgt. Darüber hinaus werden die Daten mittels Auge und Verstand gelesen, wodurch es mE auch bereits zu einer Verarbeitung kommt. Der Begriff der Verarbeitung ist sehr weit gefasst,

¹⁸⁸ Pollirer/Weiss/Knyrim/Haidinger, DSGVO Art 9 (Stand 1.1.2017, rdb.at).

¹⁸⁹ Rosenmayer-Klemenz, EU-DSGVO 20.

wodurch mE jeglicher Umgang mit personenbezogenen Informationen unter Art 4 Z 2 DSGVO fällt und daher auch bereits das Anschauen und Durchscrollen.

Dieses Ergebnis ist unabhängig davon, ob es zu einer Durchsuchung der Konten direkt am Arbeitsplatz durch den/die Arbeitgeber/in oder in einer privaten Umgebung, wie zB zuhause am Computer, kommt. Denn mE werden auch in diesem Fall die Informationen für eine Entscheidung herangezogen, wenngleich die Verarbeitung nicht am Arbeitsplatz stattfindet, da auch hier als Arbeitgeber/in und nicht als private Person agiert wird.

Zu Problemen könnte mE auch eine weitere Konstellation führen: Ein/e Dienstnehmer/in ist auf einem sozialen Netzwerk mit einem/r anderen Arbeitnehmer/in befreundet und findet Informationen, welche die Arbeitsstelle betreffen, wie zB einen schädigenden Kommentar gegenüber dem/der Vorgesetzten. Der/Die Mitarbeiter/in teilt dem/der Arbeitgeber/in diese Handlung mit und der/die Einzelne wird daraufhin gekündigt. In der Folge könnte der/die Dienstgeber/in argumentieren, dass eine Verarbeitung der Daten nach dem DSG bzw der DSGVO nicht stattgefunden hat, da er/sie selbst eine Recherche nicht durchgeführt hat und daher auch nicht Verantwortliche/r iSd Art 4 Z 7 DSGVO ist. Die Daten wurden ihm/ihr nur weitergegeben und auf Basis dieser wurde eine Entscheidung getroffen. Dieser Prozess als solcher ist als Datenverarbeitung zu werten, weil eben auf Grundlage dieser eine Kündigung ausgesprochen wurde. Dies unabhängig davon, ob ein/e Mitarbeiter/in zunächst diese Informationen gefunden hat. Es findet daher unabhängig davon eine **Verarbeitung** statt, ob **direkt auf soziale Netzwerke Recherchen** getätigt werden oder **die Daten** von einer dritten Person an den/die Arbeitgeber/in weitergegeben werden (siehe näheres auch hierzu Kapitel „3.2.2.5 Verantwortliche/r“).

§ 1 Abs 3 DSG und Art 2 Abs 1 DSGVO legen fest, dass das DSG bzw die DSGVO nicht nur auf die **automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten** angewendet, sondern auch dann, wenn Informationen lediglich **manuell gespeichert**, aber nach einem **bestimmten System** geordnet werden.¹⁹⁰ Nach Art 4 Z 6 DSGVO handelt es sich bei **Dateisystemen** um jede strukturierte Sammlung personenbezogener Daten, die nach bestimmten Kriterien zugänglich sind.¹⁹¹ Es wird darunter eine Art manuell geführte Kartei verstanden. Durch diese Regelung soll die Umgehung der DSGVO verhindert werden.¹⁹²

¹⁹⁰ Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim, DSG⁴ § 1.

¹⁹¹ Rosenmayer-Klemenz, EU-DSGVO 24.

¹⁹² Grünanger/Goricnik, Arbeitnehmer-Datenschutz Rz 2.37

ME liegt eine manuelle Speicherung vor, **wenn einzelne Profile oder Informationen ausgedruckt und alphabetisch oder chronologisch geordnet** und in einem Personalakt abgelegt werden. Wenn Daten nach keinem „besonderen“ Strukturierungsmerkmal sortiert werden, fallen diese ME hingegen nicht unter die DSGVO.

In Bezug auf diese Problematik hat *Hitz*¹⁹³ betont, dass Informationen, die sich in einem **Notizbuch** oder auf einem „**Schmierzettel**“ befinden, auch unter den Anwendungsbereich der DSGVO fallen. Vorerst ist meiner Ansicht nach zu klären, ob es sich um personenbezogene Daten handelt. IdR kann allerdings eine Person auch mit Informationen auf Notizzetteln identifiziert werden, da der/die Arbeitgeber/in sonst keine Entscheidung treffen könnte und die Sammlung der Daten sinnlos wäre. Im nächsten Schritt ist zu klären, ob es sich hierbei auch tatsächlich um ein Dateisystem, wie in Art 4 Z 6 DSGVO beschrieben, handelt. Informationen in Notizbüchern dienen mE als Gedächtnisstütze, um dem **gedanklichen System** zu helfen und gehören daher zu diesem. ME fällt daher auch solch ein System (Notizbuch) unter die Definition von Art 4 Z 6 DSGVO, da es nicht von Bedeutung ist, dass sich ein System am Computer oder in einer Ablage befindet. Selbst wenn die „Schmierzettel“ weggeworfen werden, ist das gedankliche System noch immer vorhanden. Die Verfasserin schließt sich daher dem Meinungsstand von *Hitz* an, dass Schmierzettel auch unter den Anwendungsbereich fallen.

3.2.2.4 Allgemein verfügbar

Wie bereits in Bezug auf den sachlichen Anwendungsbereich erwähnt, muss eine einzelne Person ein **schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse** aufweisen können, um einen Anspruch auf **Geheimhaltung der ihn/sie betreffenden personenbezogenen Daten** geltend zu machen. Um sich auf dieses Interesse berufen zu können, müssen die Daten geheim gehalten werden. Das bedeutet, dass bei Daten, welche gem § 1 Abs 1 DSG allgemein verfügbar sind, dem/der Einzelnen kein Anspruch auf Geheimhaltung zukommt.¹⁹⁴

Unter dem Begriff der allgemeinen Verfügbarkeit verstehen *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*¹⁹⁵ Daten, die von der Rechtsordnung **öffentlich zugänglich gemacht** wurden, wie zB

¹⁹³ *Hitz*, Manz 2018, 12.

¹⁹⁴ *Bresich/Dopplinger/Dörnhöfer/Kunnert/Riedl*, DSG 52.

¹⁹⁵ *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG⁴ § 1.

Eintragungen in Grundbüchern oder in Firmenbüchern. Es fallen außerdem auch Informationen unter diesen, welche auf sonstige Weise wie insbesondere durch Medienberichte, öffentlich gemacht wurden. Es ist allerdings immer zu beachten, dass die Daten **in zulässigerweise veröffentlicht worden** sind, da der/die Betroffene seinen/ihren Geheimhaltungsanspruch nicht durch eine rechtswidrige Veröffentlichung verlieren darf. *Dolamic*¹⁹⁶ versteht uA unter allgemeiner Zugänglichkeit Informationen, die **nicht nur einer begrenzten Zahl an Personen** zur Verfügung stehen, sondern zu welchen der gesamten Öffentlichkeit der Zugriff gewährt wird. In den nächsten Unterkapiteln werden die gebildeten Fallgruppen anhand der allgemeinen Verfügbarkeit näher durchleuchtet.

3.2.2.4.1 Suchmaschinen

Im Internet können Daten über Arbeitnehmer/innen von verschiedenen Quellen bezogen werden. Eine Möglichkeit eines solchen Bezugs stellt die der **Suchmaschinen** dar. Wie bereits in Kapitel „2.10.2 Beurteilung der Öffentlichkeit von Suchmaschinen, freizeitorientierten und beruflich orientierten Netzwerken, Webblogs“ erwähnt, handelt es sich um allgemein verfügbare Quellen, da diese auch nur auf Daten zugreifen können, die der Allgemeinheit im Internet zur Verfügung stehen. Suchmaschinen sind daher **öffentlich verfügbar** und der/die Einzelne hat **kein Geheimhaltungsinteresse**.

3.2.2.4.2 Freizeitorientierte Netzwerke

Eine andere Möglichkeit besteht darin, auf Informationen, die sich auf **freizeitorientierten Netzwerken**, befinden, zuzugreifen. Diese sind **nicht allgemein zugänglich**, da der/die Arbeitgeber/in ein Nutzer/innenkonto benötigt, um auf die Profile zugreifen zu können. Der Ausschlussstatbestand der allgemeinen Verfügbarkeit ist daher nicht erfüllt und dem/der Einzelnen kommt daher ein **Geheimhaltungsinteresse** zu. (Näheres hierzu in Kapitel „2.10.2 Beurteilung der Öffentlichkeit von Suchmaschinen, freizeitorientierten und beruflich orientierten Netzwerken, Webblogs“).

¹⁹⁶ *Dolamic*, Dako 2017, 109.

3.2.2.4.3 Berufliche Plattformen

Neben den erwähnten freizeitorientierten Plattformen wird auch in **beruflichen Plattformen**, recherchiert. Wie auch freizeitorientierte Plattformen sind berufliche Dienste **nicht allgemein zugänglich**, da Unternehmer/innen auf diese Plattformen und Inhalte nur durch Anmeldung mittels eines Nutzer/innenkontos zugreifen können (Näheres siehe in Kapitel „2.10.2 Beurteilung der Öffentlichkeit von Suchmaschinen, freizeitorientierten und beruflich orientierten Netzwerken, Webblogs“). Der Ausschlussstatbestand der **allgemeinen Zugänglichkeit** ist daher **nicht erfüllt** und es besteht grundsätzlich ein **Geheimhaltungsanspruch**.

3.2.2.4.4 Blogs

Des Weiteren können auch Informationen aus **Blogs** für Entscheidungen des/der Arbeitgebers/in herangezogen werden. Inhalte auf Blogs sind **öffentlich zugängliche Informationen**, da jede/r auf diese zugreifen kann. (Näheres siehe in Kapitel „2.10.2 Beurteilung der Öffentlichkeit von Suchmaschinen, freizeitorientierten und beruflich orientierten Netzwerken, Webblogs“). Dem/Der Einzelnen kommt daher **kein Anspruch auf Geheimhaltung** zu.

Im Gegensatz zum DSG sieht die **DSGVO keinen Ausnahmetatbestand** der allgemeinen Verfügbarkeit vor.¹⁹⁷ Demnach unterliegen mE auch allgemein verfügbare Inhalte der DSGVO und der/die Einzelne wird vor Verarbeitung allgemein verfügbarer personenbezogener Daten geschützt. Werden die Grundsätze nach Art 5 DSGVO (Näheres in Kapitel „3.2.3 Grundsätze der Datenverarbeitung nach Art 5 DSGVO“) eingehalten, kann eine Verarbeitung jedoch trotzdem rechtmäßig sein.

3.2.2.5 Verantwortliche/r

Schließlich ist noch näher zu definieren, wer nach Art 4 Z 7 DSGVO **Verantwortliche/r** ist. Definiert wird dieser Begriff als jede natürliche sowie juristische Person, welche **über Zwecke sowie Mittel** der Verarbeitung personenbezogener Daten eine **Entscheidung**

¹⁹⁷ Bresich/Dopplinger/Dörnhöfer/Kunnert/Riedl, DSG 57.

trifft.¹⁹⁸ Verantwortlichen kommt die Aufgabe zu, den gesamten Datenverarbeitungsvorgang zu kontrollieren. Weiters müssen sie den Nachweis erbringen, dass die ihnen zukommenden Pflichten durch die DSGVO und durch das DSG erfüllt werden. Ihnen obliegt zB eine Informationspflicht gem § 43 DSG bzw Art 13 DSGVO gegenüber dem/der Betroffenen. Das bedeutet, dass sie Auskunft über die Verarbeitung der personenbezogenen Daten geben müssen. Darüber hinaus sind sie gem Art 24 DSGVO für Anträge sowie Abfragen in Bezug auf Betroffenenrechte (Näheres dazu in Kapitel „3.2.5 Betroffenenrechte“) verantwortlich.¹⁹⁹ **Der/Die Arbeitgeber/in** handelt nach Art 24 DSGVO als **Verantwortliche/r** in Bezug auf die Erhebung von personenbezogenen Daten von Arbeitnehmer/innen, da jene/r über den Zweck und die Mittel der Verarbeitung entscheidet.

3.2.3 Grundsätze der Datenverarbeitung nach Art 5 DSGVO

Wenn die Bestimmungen der DSGVO bzw des DSG zur Anwendung kommen, sind die **Grundsätze für eine rechtskonforme Datenverarbeitung** nach Art 5 DSGVO zu beachten. Demnach ist die Handlung des/der Dienstgebers/in nur dann gesetzeskonform, wenn die Grundsätze der Rechtmäßigkeit, von Treu und Glauben, der Transparenz, der Zweckbindung, der Datenminimierung, der Richtigkeit, der Integrität und der Vertraulichkeit eingehalten werden.²⁰⁰

3.2.3.1 Grundsatz der Rechtmäßigkeit

Art 6 DSGVO zählt mehrere Möglichkeiten auf, nach welchen eine Verarbeitung **rechtmäßig** ist.²⁰¹ In den nächsten Unterkapiteln wird auf einzelne Tatbestände, welche für die weitere Untersuchung relevant sind, eingegangen.

3.2.3.1.1 Einwilligung nach Art 6 Z 1 lit a DSGVO

Nach Art 6 Z 1 lit a DSGVO ist eine Verarbeitung rechtmäßig, wenn der/die Betroffene in die Verarbeitung seiner/ihrer Daten einwilligt.²⁰² Die **Einwilligung** spielt bei der

¹⁹⁸ Rosenmayer-Klemenz, EU-DSGVO 21.

¹⁹⁹ Rosenmayer-Klemenz, EU-DSGVO 70.

²⁰⁰ Hötendorfer/Tschohl/Kastelitz in Knyrim, DatKomm Art 5 DSGVO (Stand 1.10.2018, rdb.at).

²⁰¹ Kastelitz/Hötendorfer/Tschohl in Knyrim, DatKomm Art 6 DSGVO (Stand 1.10.2018, rdb.at).

²⁰² Kastelitz/Hötendorfer/Tschohl in Knyrim, DatKomm Art 6 DSGVO Rz 20.

Verwendung von auf Social-Media-Plattformen verfügbaren Arbeitnehmer/innen-Daten eine wichtige Rolle, da sich des Öfteren die Frage stellt, wann eine rechtmäßige Einwilligung vorliegt bzw ob bereits eine Zustimmung vorliegt, wenn Daten durch Nutzer/innen selbst veröffentlicht werden.

Gem Art 4 Z 11 DSGVO ist eine Einwilligung

*„Jede **freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist.**“²⁰³*

Freiwillig ist eine Erklärung immer dann, wenn sie der/die Betroffene **ohne Zwang und nach freier Entscheidungsmöglichkeit** abgegeben hat. Eine freiwillige Einwilligung ist nach **ErwGr 42 S 5** der DSGVO gegeben, wenn der/die Einwilligende in der Lage ist, die Einwilligung zu **verweigern** oder **zurückzuziehen**, ohne dass er/sie einen Nachteil erleidet. Eine Einwilligung ist dann nicht freiwillig, wenn zB ein klares Ungleichgewicht zwischen dem/der Arbeitnehmer/in und dem/der Arbeitgeber/in besteht. Als Beispiel führt ErwGr 34 der DSGVO an, dass es zu einem **Ungleichgewicht** bei einem **Arbeitsverhältnis** kommen kann. In Bezug darauf gibt die *Artikel-29-Datenschutzgruppe* an, dass idR **nie von einer freiwilligen Einwilligung** ausgegangen werden kann, da es sich um ein ungleiches Machtverhältnis handelt und daher der Tatbestand der Freiwilligkeit nur erfüllt ist, wenn mit der Nicht-Einwilligung keine negativen Folgen verbunden sind. *Kastelitz/Hötzendorfer/Tschohl*²⁰⁴ vertreten hier allerdings die Ansicht, dass nicht von vornherein ein kategorischer Ausschluss stattfinden sollte, sondern immer der Einzelfall zu prüfen sei, wobei hier nicht näher auf die einzelnen Voraussetzungen eingegangen wurde. In diesem Zuge wurde auch auf die deutsche Rechtslage verwiesen. § 26 Abs 2 BDSG sieht demnach vor, dass der Tatbestand der Freiwilligkeit dann erfüllt ist, wenn für den/die Arbeitnehmer/in ein rechtlicher oder wirtschaftlicher Vorteil erreicht werden kann oder Arbeitgeber/in und Arbeitnehmer/in gleichgelagerte Interessen verfolgen. Eine Einwilligung wird trotzdem die Ausnahme bilden, da es kaum vorstellbar ist, dass zwischen den Vertragsparteien kein Ungleichgewicht besteht und eine freiwillige Zustimmung erfolgt.

²⁰³ *Goricnik*, Die Einwilligung des Arbeitnehmers als Rechtsgrundlage einer Datenverarbeitung nach der DSGVO, *Dako* 2017, 33.

²⁰⁴ *Kastelitz/Hötzendorfer/Tschohl* in *Knyrim*, *DatKomm* Art 6 DSGVO Rz 24.

Das **Koppelungsverbot nach Art 7 Abs 4 DSGVO** stellt einen besonderen Aspekt der Freiwilligkeit dar. Demnach ist eine Zustimmung dann nicht freiwillig, wenn die Vertragserfüllung von der Einwilligung zu einer Verarbeitung personenbezogener Daten abhängig gemacht wird, die für die Vertragserfüllung selbst nicht erforderlich ist.²⁰⁵

Als weitere Voraussetzung sieht die DSGVO vor, dass die Möglichkeit besteht, eine Einwilligung jederzeit grundlos und ohne damit verbundene Kosten zu widerrufen. Durch den Widerruf wird die Verarbeitung der Daten, welche bis zu dem Zeitpunkt erfolgt, nicht berührt. Jede Verarbeitung nach dem Eintritt des Widerrufs ist zu unterlassen.²⁰⁶ Außerdem muss eine Einwilligungserklärung in einer klaren, einfachen Sprache formuliert sein.²⁰⁷

Grundsätzlich gibt es **keine Formvorschriften** für die Wirksamkeit der Einwilligung. Die Erklärung kann daher sowohl schriftlich als auch mündlich erfolgen.²⁰⁸ Überdies muss nicht **ausdrücklich** eingewilligt werden. Es kann daher auch eine **stillschweigende** Einwilligung eine Verarbeitung rechtfertigen.²⁰⁹ Wenn die betroffene Person schweigt oder untätig bleibt, kann nicht von einer Einwilligung ausgegangen werden, außer andere Umstände deuten auf eine Einwilligung, wie zB ein klares Kopfnicken zur Verarbeitung, hin.²¹⁰

3.2.3.1.2 Erfüllung eines Vertrages nach Art 6 Z 1 lit b DSGVO

Nach Art 6 Abs 1 lit b DSGVO ist eine Verarbeitung dann rechtmäßig, wenn diese für die **Erfüllung eines Vertrags**, in dieser Untersuchung der Arbeitsvertrag, notwendig ist oder zur Durchführung **von vorvertraglichen Maßnahmen** erfolgt. Der Tatbestand ist demnach dann erfüllt, wenn das Arbeitsverhalten kontrolliert wird und nicht nur die Leistung oder eine allfällige Leistungsbereitschaft.²¹¹

²⁰⁵ Kastelitz/Hötzendorfer/Tschohl in *Knyrim*, DatKomm Art 6 DSGVO Rz 24.

²⁰⁶ Grünanger/Goricnik, Arbeitnehmer-Datenschutz Rz 2.80.

²⁰⁷ Tlapak/Ciarnau, Schweigen gilt nicht als Einwilligung in Datenverarbeitung - DSGVO stellt klare Kriterien für Informationspflicht auf, Der Standard 2018/17/02.

²⁰⁸ Kastelitz/Hötzendorfer/Tschohl in *Knyrim*, DatKomm Art 6 DSGVO Rz 22.

²⁰⁹ Goricnik, *Dako* 2017, 33.

²¹⁰ Rosenmayer-Klemenz, EU-DSGVO 38.

²¹¹ Grünanger/Goricnik, Arbeitnehmer-Datenschutz Rz 2.67.

3.2.3.1.3 Rechtliche Verpflichtung nach Art 6 Z 1 lit c DSGVO

Ist nach Art 6 Z 1 lit c DSGVO der/die Arbeitgeber/in aufgrund von **rechtlichen Verpflichtungen** zur Verarbeitung verpflichtet, ist der Grundsatz der Rechtmäßigkeit erfüllt. Dies wird zB dann eintreten, wenn Daten nach dem AZG aufgezeichnet werden müssen.²¹²

3.2.3.1.4 Schutz lebenswichtiger Interessen nach Art 6 Z 1 lit d DSGVO

Nach Art 6 Z 1 lit d DSGVO ist eine Verarbeitung rechtmäßig, wenn **lebenswichtige Interessen des/der Betroffenen** oder einer anderen natürlichen Person geschützt werden. Nach ErwGr 46 S 2 kommt diese Regelung nur zur Anwendung, wenn sich die Verarbeitung nicht auf einen anderen Tatbestand aus Art 6 DSGVO stützen kann. Beispiele hierfür sind die Verwendung aufgrund **humanitärer Zwecke** einschließlich der **Überwachung von Epidemien**.²¹³

3.2.3.1.5 Wahrung berechtigter Interessen nach Art 6 Z 1 lit f DSGVO

Art 6 Z 1 lit f DSGVO stellt einen Auffangtatbestand dar und rechtfertigt die Verarbeitung, wenn die **Wahrung berechnigte Interessen** des/der Verantwortlichen oder eines/r Dritten erforderlich ist. Überwiegen die Grundrechte oder Grundfreiheiten des/der Arbeitnehmers/in, ist dieser Tatbestand nicht erfüllt. Der EuGH²¹⁴ hat hierfür ein **Prüfschema** entwickelt, wonach eine Verarbeitung rechtmäßig ist, wenn drei kumulative Voraussetzungen erfüllt sind: Vorliegen eines berechtigten Interesses, Erforderlichkeit der Verarbeitung und kein Überwiegen der Grundrecht und Grundfreiheiten der betroffenen Person.²¹⁵

²¹² Grünanger/Goricnik, Arbeitnehmer-Datenschutz Rz 2.69.

²¹³ Kastelitz/Hötzendorfer/Tschohl in Knyrim, DatKomm Art 6 DSGVO Rz 43-44.

²¹⁴ EuGH 24.11.2011, C-468/10, ASNEF u. FECMD/Administración del Estado.

²¹⁵ Kastelitz/Hötzendorfer/Tschohl in Knyrim, DatKomm Art 6 DSGVO Rz 49-51.

3.2.3.2 Grundsatz von Treu und Glauben

Der/Die Verantwortliche verstößt nicht gegen **Grundsatz von Treu und Glauben**, wenn eine Handlung nicht zur Behinderung der Ausübung der Rechte durch die/den Betroffene/n führt.²¹⁶

3.2.3.3 Grundsatz der Transparenz

Außerdem muss der/die Arbeitnehmer/in nachvollziehen können, warum es zu einer Verarbeitung kommt. Informationen über die **Identität des/der Verantwortlichen**, über die **Zwecke der Verarbeitung** sowie **Mitteilungen** über die zu verarbeiteten Daten, müssen leicht zugänglich und in klarer und einfacher Sprache abgefasst sein. Hierbei handelt es sich um den **Grundsatz der Transparenz**. Wichtig ist dieser Grundsatz vor allem für die Ausübung der Betroffenenrechte, da der/die Betroffene seine/ihre Rechte nicht nach Art 15 bis 21 DSGVO geltend machen kann, wenn er/sie von der Verarbeitung gar keine Kenntnis erlangt.²¹⁷

3.2.3.4 Zweckbindungsprinzip

Neben den bereits erwähnten Grundsätzen muss nach Art 5 Abs 1 lit b DSGVO für die Verarbeitung immer ein festgelegter, eindeutiger und legitimer Zweck vorliegen (sogenanntes **Zweckbindungsprinzip**). Dieser ist wichtig für die Beantwortung von Fragen über die Zulässigkeit, Angemessenheit, Erheblichkeit und Erforderlichkeit. Sobald mit der Verarbeitung der personenbezogenen Daten begonnen wird, muss der Zweck **ausdrücklich festgelegt** sein. Die Informationen können auch für mehrere Zwecke erhoben werden. Darüber hinaus muss der Zweck eindeutig, das heißt **hinreichend bestimmt**, sein. Demnach ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, wenn zB „Verbesserung der Benutzerfreundlichkeit“, „Marketingzwecke“ oder „künftige Forschung“ als Zweck angegeben werden, da dies zu allgemein und demnach nicht hinreichend bestimmt ist. Grundsätzlich soll demnach ein bestimmter Zweck idR mit mehr als drei Wörtern beschrieben werden.²¹⁸ Der Zweck ist **legitim**, wenn dieser von der Rechtsordnung gebilligt wird. Eine Vorratsdatenspeicherung

²¹⁶ Breyer, *Verarbeitungsgrundsätze und Rechenschaftspflicht* nach Art 5 DS-GVO, DuD 2018, 311-317.

²¹⁷ Hötendorfer/Tschohl/Kastelitz in *Knyrim*, *DatKomm* Art 5 DSGVO Rz 18.

²¹⁸ Hötendorfer/Tschohl/Kastelitz in *Knyrim*, *DatKomm* Art 5 DSGVO Rz 22-27.

wäre daher nicht rechtmäßig, da Daten nicht für einen möglichen künftigen Zweck gespeichert werden dürfen.²¹⁹

3.2.3.5 Grundsatz der Datenminimierung, Richtigkeit, Integrität und Vertraulichkeit

Der **Grundsatz der Datenminimierung** ist erfüllt, wenn die Erhebung auf das notwendige Maß beschränkt ist. Des Weiteren müssen die Daten sachlich, richtig und auf dem neuesten Stand sein. Sollten sich später Hinweise auf die Unrichtigkeit der erhobenen Informationen ergeben, ist dem nachzugehen. Wie viel Aufwand hierbei tatsächlich betrieben werden muss, kommt auf den allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit an. Es sind der Aufwand, der Verarbeitungszweck und das Risiko zu beachten. Außerdem muss der/die Verarbeiter/in sicherstellen, dass die Daten angemessen gesichert sind. Hierbei handelt es sich um den **Grundsatz der Richtigkeit** und den **Grundsatz der Integrität und der Vertraulichkeit**.²²⁰

3.2.4 Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten nach Art 9 DSGVO

Wie bereits in Kapitel „3.2.2.2 Besondere Kategorien personenbezogener Daten (sensible Daten)“ erwähnt, wird zwischen „normalen“ personenbezogenen Daten und besonderen Kategorien personenbezogener Daten, auch sensibel genannten, unterschieden.²²¹ Nach Art 9 Z 1 DSGVO handelt es sich hierbei um Daten über die **rassische und ethnische Herkunft**, die **politische Meinung**, die Gewerkschaftszugehörigkeit, die religiöse Überzeugung, die Gesundheit oder über das Sexualleben. Gem Art 9 DSGVO ist die Verarbeitung dieser Kategorien grundsätzlich verboten. Eine Anwendung der Grundsätze in Art 6 DSGVO ist nicht möglich.²²²

Art 9 Abs 2 DSGVO zählt verschiedene Erlaubnistatbestände auf, bei denen von dem Verbot eine Ausnahme gemacht werden kann. Demnach kann zB durch eine ausdrückliche Einwilligung oder eine offensichtliche Selbstveröffentlichung eine Verarbeitung rechtmäßig sein.²²³ In den nächsten beiden Unterkapiteln wird auf diese noch näher eingegangen.

²¹⁹ Grünanger/Goricnik, Arbeitnehmer-Datenschutz Rz 2.54.

²²⁰ Hötendorfer/Tschohl/Kastelitz in Knyrim, DatKomm Art 5 DSGVO Rz 43-56.

²²¹ Hötendorfer/Tschohl/Kastelitz in Knyrim, DatKomm Art 9 DSGVO Rz 2 (Stand 1.10.2018, rdb.at).

²²² Grünanger/Goricnik, Arbeitnehmer-Datenschutz Rz 2.91.

²²³ Kastelitz/Hötendorfer/Tschohl in Knyrim, DatKomm Art 9 DSGVO Rz 30.

3.2.4.1 Ausdrückliche Erklärung nach Art 9 Abs 2 lit a DSGVO

Nach Art 9 Abs 2 lit a DSGVO darf bei Vorliegen einer **ausdrücklichen Erklärung** eine Verarbeitung sensibler Daten erfolgen. Da die Bestimmung festlegt, dass diese ausdrücklich erfolgen muss, ist eine stillschweigende Erklärung nicht möglich. Ob es sich hierbei um eine ausdrückliche Zustimmung handelt, ist nach der Art und Weise der Abgabe zu beurteilen. Um zu gewährleisten, dass tatsächlich eine ausdrückliche Einwilligung erfolgte, kann diese gegebenenfalls schriftlich abgegeben werden, in dem zB durch Ankreuzen einer Checkbox zugestimmt wird. Ferner besteht zB auch die Möglichkeit, dass Dokumente mit der Unterschrift des/der Eingewilligten übermittelt werden.²²⁴ Die Zustimmung kann jederzeit nach Art 7 Abs 3 DSGVO widerrufen werden. Die Verarbeitung ist daraufhin einzustellen. Es bleibt allerdings die Rechtmäßigkeit der bis zum Widerruf durchgeführten Verarbeitungsvorgänge aufrecht.²²⁵

3.2.4.2 Offensichtliche Selbstveröffentlichung nach Art 9 Abs 2 lit e DSGVO

Neben der ausdrücklichen Einwilligung kann eine Verarbeitung durch eine **offensichtliche Selbstveröffentlichung** von personenbezogenen Daten durch die/den Betroffene/n nach **Art 9 Abs 2 lit e DSGVO** rechtmäßig sein. Unter dem Begriff der Öffentlichkeit wird die **Allgemeinheit** bzw ein **individueller nicht bestimmbarer Personenkreis** verstanden. Als Beispiel können hier **frei im Internet zur Verfügung gestellte Informationen** angeführt werden. Weiters müssen für die Erfüllung dieses Tatbestandes die Daten offensichtlich veröffentlicht worden sein. Diese Voraussetzung ist nach *Schiff*²²⁶ dann erfüllt, wenn die Daten durch einen **eigenen Willensakt öffentlich gemacht** wurden. Wenn Dritte daher diese Informationen der Öffentlichkeit zugänglich machen, ist Art 9 Abs 2 lit e DSGVO nicht erfüllt. Es kommt allerdings hier immer auf die Umstände des Einzelfalls an. Wenn die Daten selbst veröffentlicht wurden, sind die bereits erörterten Grundsätze aus Kapitel „3.2.3 Grundsätze der Datenverarbeitung nach Art 5 DSGVO“ weiterhin zu beachten. Es kann hier nach *Hötzendorfer/Tschohl/Kastelitz*²²⁷ vor allem zu Spannungen mit dem Grundsatz der Zweckbindung kommen.

²²⁴ *Kastelitz/Hötzendorfer/Tschohl* in *Knyrim*, DatKomm Art 9 DSGVO Rz 31.

²²⁵ *Kastelitz* in *Knyrim*, DatKomm Art 7 DSGVO Rz 32 (Stand 1.10.2018, rdb.at).

²²⁶ *Schiff* in *Ehmann/Selmayr*, DS-GVO Art 9 Rz 40.

²²⁷ *Kastelitz/Hötzendorfer/Tschohl* in *Knyrim*, DatKomm Art 9 DSGVO Rz 41-42.

In Bezug auf Art 9 Abs 2 lit e DSGVO stellt sich zum einen die Frage, ob durch das Veröffentlichen von Inhalten diese einem individuellen nicht bestimmbar Personenkreis zugänglich gemacht wurden und zum anderen, ob eine offensichtliche Selbstveröffentlichung vorliegt. Es werden die einzelnen entwickelten Fallgruppen in den folgenden Unterkapiteln näher untersucht.

3.2.4.2.1 Suchmaschinen

Inhalte auf Suchmaschinen sind **frei im Internet zur Verfügung gestellte Informationen** (siehe auch Kapitel „2.10.2 Beurteilung der Öffentlichkeit von Suchmaschinen, freizeitorientierten und beruflich orientierten Netzwerken, Webblogs“). Es kann nicht allgemein gesagt werden, ob die öffentlich zugänglichen Daten durch einen eigenen Willensakt öffentlich gemacht wurden, da Suchmaschinen auf viele verschiedene Websites zugreifen und nicht immer die betroffene Person selbst die Daten veröffentlicht hat. Eine abschließende Beurteilung ist hier nicht möglich und es kommt daher auf den **Einzelfall** an, ob Art 9 Abs 2 lit e DSGVO erfüllt ist.

3.2.4.2.2 Freizeitorientierte und beruflich orientierte Plattformen

Freizeitorientierte Netzwerke und beruflich orientierte Plattformen sind nicht allgemein zugänglich, da der/die Einzelne ein Profil benötigt, um Daten einsehen zu können. Art 9 Abs 2 lit e DSGVO ist daher nicht erfüllt.

3.2.4.2.3 Blogs

Blogs sind Inhalte, welche **im Internet frei verfügbar sind** (siehe auch Kapitel „2.10.2 Beurteilung der Öffentlichkeit von Suchmaschinen, freizeitorientierten und beruflich orientierten Netzwerken, Webblogs“). Die Daten wurden auch **offensichtlich selbst veröffentlicht**, da der/die Einzelne die Blogs selbst erstellt und den Leser/innen zur Verfügung stellt. Art 9 Abs 2 lit e DSGVO ist daher erfüllt.

3.2.5 Betroffenenrechte

Personen, deren personenbezogene Daten verarbeitet werden, stehen nach der DSGVO **Betroffenenrechte** zu. Es handelt sich dabei um das Recht auf Information, Auskunft, Berichtigung, Löschung und Einschränkung. Art 13 DSGVO bzw § 43 DSG legen fest, dass jede Person das Recht hat, **Informationen** über die Erhebung ihrer Daten von dem/der Verarbeiter/in zu erhalten. Des Weiteren steht der betroffenen Person nach Art 15 DSGVO bzw nach § 44 DSG ein **Recht auf Auskunft** zu. Demnach kann eine Bestätigung, ob personenbezogene Daten verarbeitet werden, verlangt werden.²²⁸

Art 16 und Art 17 DSGVO bzw § 45 DSG regeln ein Recht auf Berichtigung, Löschung und Einschränkung. Das **Recht auf Berichtigung** setzt voraus, dass die erhobenen Daten unrichtig oder unter Berücksichtigung des Zwecks unvollständig sind. Ein **Recht auf Löschung** nach § 45 Abs 2 Z 1 DSG hat die betroffene Person, wenn die personenbezogenen Daten für Zwecke, für die sie erhoben oder verarbeitet wurden, nicht mehr notwendig sind. Nach § 45 Abs 2 Z 2 DSG sind die Daten zu löschen, wenn diese unrechtmäßig verarbeitet wurden. Darüber hinaus hat nach § 45 Abs 2 Z 3 DSG eine Löschung zu erfolgen, wenn diese zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung erforderlich ist. Eine **Einschränkung der Daten** kann erfolgen, wenn die Verarbeitung unrechtmäßig ist, der/die Verarbeiter/in die Löschung der Daten abgelehnt hat und verlangt, dass die Nutzung der Informationen eingeschränkt wird.²²⁹

Darüber hinaus ist zu beachten, zu welchem Zeitpunkt die Daten zu löschen sind. Die Lösungsfristen stehen nicht direkt im DSG bzw in der DSGVO und sind daher in den jeweiligen anzuwendenden Gesetzen zu finden. So können zB Ansprüche auf Ersatz wegen diskriminierender Ablehnung einer Bewerbung nach §§ 26 iVm 29 GIBG grundsätzlich innerhalb einer Frist von sechs Monaten geltend gemacht werden. Nach Ablauf dieser Frist zur Durchsetzung der Ansprüche sind die Daten daher zu löschen.²³⁰

Sollte der/die Dienstgeber/in der Verpflichtung nicht nachkommen, kann gem Art 79 DSGVO und § 24 Abs 1 DSG eine **Beschwerde bei der Datenschutzbehörde** gegen den Datenschutzverstoß eingebracht werden oder es besteht die Möglichkeit auf

²²⁸ *Fellner*, Betroffenenrechte nach der DSGVO, VbR 2018, 84.

²²⁹ *Wagner*, Die Datenschutz-Grundverordnung: die Betroffenenrechte (Teil IV), Dako 2015, 59.

²³⁰ *Mayr*, Arbeitsrecht § 29 GIBG (Stand 1.4.2016, rdb.at).

zivilrechtlichem Weg, die zustehenden Rechte gegen die/den Verantwortliche/n durchzusetzen.²³¹

3.2.6 Zwischenergebnis

Nach **§ 1 DSG** hat jede/r **Anspruch auf Geheimhaltung** der ihn betreffenden personenbezogenen Daten, wenn diesem/r ein **schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse** zukommt. Die **DSGVO** schützt **natürliche Personen** vor der **Verarbeitung von personenbezogenen Daten**. Der/Die Arbeitgeber/in **verarbeitet personenbezogene Daten** des/der Arbeitnehmers/in, wenn zB auf ein Social-Media-Profil zugegriffen wird, da idR eine natürliche Person mit einem Profilbild oder einem -namen identifiziert werden kann. Ferner ist es auch möglich, dass **sensible Daten verarbeitet** werden, da zB Beiträge zu politischen Äußerungen oder Informationen über die Gesundheit zu finden sind. Verwendet der/die Arbeitgeber/in die auf Social-Media gefundenen personenbezogenen Daten für eigene Entscheidungen, findet eine **Verarbeitung nach Art 4 Z 2 DSGVO** statt. Es fällt selbst bereits das Anschauen und Durchscrollen unter den Begriff der Verarbeitung. **Der/Die Arbeitgeber/in** handelt nach Art 24 DSGVO als **Verantwortliche/r** in Bezug auf die Erhebung von personenbezogenen Daten von Arbeitnehmer/innen, da jene/r über den Zweck und die Mittel der Verarbeitung entscheidet.

Wenn die Daten **allgemein verfügbar** sind, kommt dem/der Einzelnen **kein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse** zu. Informationen, die sich auf **Suchmaschinen** befinden, sind **allgemein verfügbar**. Inhalte auf **freizeitorientierten** und **beruflichen Plattformen** sind **nicht öffentlich** zugänglich und der/die Einzelne hat Anspruch auf ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse. **Blogs** sind **allgemein verfügbar** und dem/der Einzelnen kommt kein Anspruch auf Geheimhaltung zu.

Die **Grundsätze für eine rechtskonforme Datenverarbeitung nach Art 5 DSGVO** sind bei Verwendung einzuhalten. Der Grundsatz der **Rechtmäßigkeit** ist nach Art 6 DSGVO zB erfüllt, wenn die betroffene Person in die Verarbeitung einwilligt. Die Zustimmung muss immer freiwillig erfolgen. Die Freiwilligkeit könnte durch ein Ungleichgewicht, das durch ein Arbeitsverhältnis entstehen könnte, oder durch die Verletzung des Koppelungsverbots erfüllt sein. Darüber hinaus darf nach **Treu und Glauben** eine Handlung nicht zur

²³¹ *Leupold/Schrems* in *Knyrim*, DatKomm Art 79 DSGVO (Stand 1.10.2018, rdb.at).

Behinderung der Ausübung der Rechte durch den/die Betroffenen/e führen. Ferner muss der **Grundsatz der Transparenz** beachtet werden, welcher festlegt, dass dem/der Arbeitnehmer/in nachvollziehbar sein muss, warum es zu einer Verarbeitung kommt. Darüber hinaus muss die Verarbeitung immer einen festgelegten, eindeutigen und legitimen Zweck nach dem **Zweckbindungsprinzip** vorweisen. Außerdem müssen die Grundsätze der **Datenminimierung, Richtigkeit, Integrität und Vertraulichkeit** erfüllt sein.

Personen, deren personenbezogene Daten verarbeitet werden, stehen nach der DSGVO **Betroffenenrechte** zu. Es handelt sich hierbei um das Recht auf Information, Auskunft, Berichtigung, Löschung und Einschränkung. Sollte der/die Dienstgeber/in der Verpflichtung nicht nachkommen, kann gem Art 79 DSGVO und § 24 Abs 1 DSG eine **Beschwerde bei der Datenschutzbehörde** gegen den Datenschutzverstoß eingebracht werden oder es besteht die Möglichkeit auf **zivilrechtlichem Weg**, die zustehenden Rechte gegen die/den Verantwortliche/n durchzusetzen.

3.3 Art 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Korrespondenz und der Wohnung)

Neben dem Grundrecht auf Datenschutz nach § 1 DSG nimmt auch immer häufiger die **Rsp des EGMR** Einfluss auf den Arbeitnehmer/innen-Datenschutz. Die Urteile des EGMR, welche sich auf die Bestimmungen in der EMRK stützen, sind zwar grundsätzlich nur für den Vertragsstaat und nicht für die/den Einzelne/n wirksam, da die EMRK allerdings mit Verfassungsrang ausgestattet wurde, kommt dieser **mittelbare Drittwirkung** zu. Daher findet die **EMRK auch auf Privatrechtsverhältnisse** Anwendung (siehe dazu Näheres in Kapitel „3.1.2 Drittwirkung der Grundrechte“).²³²

Die anerkannten Grundrechte in der EMRK können gem **Art 6 Abs 3 EUV** auch als allgemeine Grundsätze als Teil des Unionsrechts gesehen werden. UA fällt daher auch **Art 8 EMRK** unter diese. Nach Art 8 EMRK hat jede/r Anspruch auf **Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und der Korrespondenz**.²³³

²³² Grünanger/Goricnik, Arbeitnehmer-Datenschutz Rz 2.196.

²³³ Grünanger/Goricnik, Arbeitnehmer-Datenschutz Rz 2.200-2.202.

Nach der **stRsp des EGMR**²³⁴ besteht auch am **Arbeitsplatz** ein **Anspruch auf Privatsphäre iSd Art 8 EMRK**.

Es sei hier auf eine **E des EGMR** aus dem Jahre 2017 näher einzugehen. In dieser beschäftigte sich die Große Kammer des EGMR mit der rechtlichen Beurteilung von Art 8 EMRK in Bezug auf die Kontrolle der Privatnutzung des Internets und der Dienste. Ein rumänischer Dienstgeber verpflichtete den Beschwerdeführer **Bogdan Mihai Bărbulescu** einen **Yahoo-Messenger Account** zu erstellen, um Kundenanfragen bearbeiten zu können. Es war vereinbart, dass das Konto **nur für dienstliche Zwecke** genutzt wird. Da der Account auch für **private Kommunikation** verwendet wurde und der Arbeitgeber diese Nutzung **aufzeichnete und kontrollierte**, wurde der Dienstnehmer **entlassen**. Die rumänischen Gerichte bestätigten die rechtmäßige Entlassung. Dies hatte zur Folge, dass **Bărbulescu** Beschwerde beim EGMR mit der Begründung, dass eine Verletzung des Art 8 EMRK vorliegt, erhob. Die 4. Kammer des EGMR kam zu dem Schluss, dass keine Verletzung vorlag. Das Verfahren wurde nochmals von der **Großen Kammer** des EGMR verhandelt und dieser **gab der Beschwerde** statt.²³⁵

Private Kommunikation am Arbeitsplatz unterliegt dem **Schutzbereich des Art 8 Abs 1 EMRK** betreffend des Rechts auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz auch dann, wenn die **private Nutzung von Betriebsmitteln** für private Zwecke **verboten** ist. Es ist Aufgabe der staatlichen Gerichte, einen angemessenen Mittelweg zwischen dem Recht des/der Arbeitnehmers/in und den Interessen des/der Arbeitgebers/in zu schaffen.²³⁶ In diesem Zuge erstellte der EGMR einen **Katalog mit sieben Kriterien** für die gerichtliche und behördliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit, welcher in dieser Untersuchung in den einzelnen Kapiteln auch Anwendung findet, da mE dieser ein gutes Hilfsmittel darstellt, um Problematiken durch die Nutzung von sozialen Netzwerken in Verbindung mit der Arbeitswelt rechtlich zu beurteilen. Es wurden folgende Kriterien in diesen Katalog aufgenommen:

Zunächst muss der/die Arbeitnehmer/in im Voraus über die **Möglichkeit der Kontrolle der Kommunikation und Implementierung** entsprechender Maßnahmen **informiert** werden. Darüber hinaus spielt die **Art und Weise** sowie der **Umfang der Kontrolle** eine wichtige

²³⁴ UA EGMR 25.6.1997, 73/96, *Halford/UK*.

²³⁵ *Brodil*, ZAS 2018, 33.

²³⁶ EGMR 5.9.2017 (GK), 61496/08, *Bărbulescu/Rumänien*.

Rolle. Demnach ist zu prüfen, ob nur Verkehrs- oder auch Inhaltsdaten ermittelt werden und die **Kontrollmaßnahmen limitiert** sind. Ferner muss der/die Arbeitgeber/in **Rechtfertigungsgründe** für die Kontrolle und ihrer Modalitäten vorweisen können. Es muss ein **Zweck für die Kontrolle** vorliegen und es dürfen nur die **gelindesten Mittel** eingesetzt werden. Außerdem müssen **besondere Sicherheitsvorkehrungen** bei der Eignung der eingesetzten Mittel getroffen werden. Wenn eine rechtmäßige Kontrolle vorliegt, hat der/die Dienstnehmer/in zu beachten, dass die **Konsequenzen für Arbeitnehmer/innen** als Folge der durchgeführten Kontrollmaßnahmen **verhältnismäßig** sind.²³⁷ Die folgenden Unterkapitel werden sich mit dem Anwendungsbereich und den einzelnen Kriterien des erstellten Kataloges beschäftigen.

3.3.1 Schutzbereich

Nach Art 8 EMRK hat jede/r Anspruch auf **Achtung des Privat- und Familienlebens**, der **Wohnung** und der **Korrespondenz**.²³⁸ Im Rahmen dieser Untersuchung wird vor allem der Anspruch auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz eine wichtige Rolle spielen.

Vom Schutz des Grundrechts ist die **Persönlichkeit des Menschen** in seiner psychischen, seelischen und geistigen Einzigartigkeit geschützt. Das **Privatleben** umfasst demnach die Verfügung über den eigenen Körper, sein/ihr Sexualverhalten, seine/ihre körperlichen und geistigen Befindlichkeiten, sein/ihr **privates Tun und Treiben**, seine/ihre **Kontakte mit Bezugspersonen** und seine/ihre **persönliche Identität**.²³⁹ ME fällt demnach ein Profil, welches der/die Einzelne **selbst erstellt hat** und auf welchem sich **persönliche Beiträge** und **Inhalte über das Leben und den Alltag** befinden, unter den Schutzbereich des Privatlebens. Auf diesen Konten wird das private Tun und Treiben sowie die Kontaktaufnahme mit Freund/innen und Familie, welche mE als Bezugspersonen gesehen werden, gespeichert.

Unter den Tatbestand der **Korrespondenz** iSd Art 8 EMRK wird jede **nicht öffentliche Mitteilung** an eine andere Person verstanden. Auf sozialen Netzwerken findet idR eine

²³⁷ Grünanger/Goricnik, Arbeitnehmer-Datenschutz Rz 2.204.

²³⁸ *Paefgen*, Der von Art. 8 EMRK gewährleistete Schutz vor staatlichen Eingriffen in die Persönlichkeitsrechte im Internet, in *Bogdandy/Peters* (Hrsg), Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht (2016) 7.

²³⁹ *Berka*, Verfassungsrecht⁷ (2018) Rz 1401-1405.

Kommunikation zwischen Personen statt.²⁴⁰ ME fallen Inhalte aus Kommunikationsgesprächen, wie zB WhatsApp-Chats oder Unterhaltungen auf Facebook-Messenger, unter den Schutzbereich des Art 8 EMRK.

Bereits in der E *Copland*²⁴¹ wendete der EGMR für die **Nutzung von E-Mails** und dem **Internet** Art 8 EMRK an. In der E *Bărbulescu*²⁴² sprach der EGMR dann aus, dass der **Messenger Dienst Yahoo** eine Form der **Kommunikation** darstellt und das dortige Senden und Empfangen von Inhalten vom Begriff der Korrespondenz umfasst ist.

Inhalte auf Social-Media-Diensten sind daher vom Schutzbereich des Art 8 EMRK hinsichtlich der Korrespondenz und der Privatsphäre umfasst.

3.3.2 1. Kriterium: Information über Überwachung

In Bezug auf den Kriterienkatalog ist zunächst zu prüfen, ob der/die Arbeitnehmer/in über die **Überwachung von dem/der Arbeitgeber/in informiert** wurde. Der EGMR stellt fest, dass es grundsätzlich auf die **Umstände** ankommt, wie eine Benachrichtigung zu erfolgen hat. Es sollte allerdings klar sein, dass eine **Mitteilung ausdrücklich** erfolgen muss, um die Anforderungen an Art 8 EMRK zu erfüllen.²⁴³

Der EGMR nahm bereits in mehreren Entscheidungen auf die Pflicht zur Mitteilung Bezug. In der E *Halford*²⁴⁴ wurde über die Überwachung der Kommunikationseinrichtungen nicht informiert und der EGMR kam zum Schluss, dass mangels Ankündigung eine Verletzung von Art 8 EMRK vorlag. In der E *Copland*²⁴⁵ hielt der EGMR fest, dass der/die Arbeitgeber/in gegen Art 8 EMRK verstößt, wenn persönliche Daten aus Telefongesprächen oder von der E-Mail- und Internet Nutzung eines/r Arbeitnehmers/in gespeichert werden und der/die Einzelne von dieser Verarbeitung nicht informiert wird. In der E *Bărbulescu* sprach der EGMR aus, dass selbst ein Nutzungsverbot von Social-Media-Diensten einen Eingriff nicht rechtfertigt, wenn die Kontrolle nicht vorher angekündigt wurde.²⁴⁶

²⁴⁰ Paefgen in Bogdandy/Peters 14.

²⁴¹ EGMR 3.4.2017, 62617/00, *Copland/UK*.

²⁴² EGMR 5.9.2017 (GK), 61496/08, *Bărbulescu/Rumänien*.

²⁴³ EGMR 5.9.2017 (GK), 61496/08, *Bărbulescu/Rumänien* Rz 121.

²⁴⁴ EGMR 25.6.1997, 73/96, *Halford/UK*, ÖJZ 1998, 311.

²⁴⁵ EGMR 5.4.2007, 62617/00, *Copland/GB*, ARD Rechtsnews 2007, 2665.

²⁴⁶ Weber, Überwachung der privaten Internetnutzung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber und Entlassung, NLMR 2016, 42.

Wird der/die Arbeitnehmer/in nicht über die bevorstehende Überwachung informiert, ist die Kontrolle nach Art 8 EMRK rechtswidrig. Eine weitere Prüfung ist nicht vorzunehmen.

3.3.3 2. Kriterium: Art, Weise und Umfang der Kontrolle in einem zulässigen Rahmen

Wurde über die Überwachung informiert, ist als nächstes **Art, Weise und Umfang der Kontrolle** zu untersuchen. Der EGMR legt hier fest, dass zwischen der Überwachung des Kommunikationsflusses und ihres Inhalts unterschieden werden muss. Ferner sollte überprüft werden, ob **alle Mitteilungen** oder nur ein **Teil** dieser überwacht wurden. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, in **welchen Zeitabständen** eine Kontrolle durchgeführt bzw ob die Überwachung zeitlich begrenzt wurde. Abschließend ist zu klären, in **welchem Umfang** die Überwachung stattfand, wie hoch der **Grad des Eingriffs in die Privatsphäre** und wie viele Personen zu den Ergebnissen der Untersuchung Zugang hatten.²⁴⁷

3.3.4 3. – 7. Kriterium

Im nächsten Schritt ist zu prüfen, ob der/die Arbeitgeber/in **Gründe** für die **Überwachung der Kommunikation** und den Zugriff darlegen kann (3. Kriterium). Der EGMR stellt hier klar, dass aufgrund eines starken Eingriffs in die Privatsphäre eine detaillierte Begründung erforderlich ist. Ferner muss der Eingriff durch einen **bestimmten Zweck** gerechtfertigt sein (4. Kriterium). Es ist zu prüfen, ob die gefundenen Daten tatsächlich für den genannten Zweck verwendet wurden. Als nächstes ist festzustellen, ob die Möglichkeit bestand, ein **Überwachungssystem** zu schaffen, welches zu einem **geringeren Eingriff** in die Privatsphäre des/der Arbeitnehmers/in führte, als eine direkte Kontrolle (5. Kriterium). Der EGMR gibt hier an, dass diese Beurteilung von den Umständen des Einzelfalls abhängt. Es kommt demnach darauf an, ob der/die Arbeitgeber/in die gewünschten Informationen erhalten hätte, wenn keine direkte Kontrolle bzw Zugriff auf die Daten erfolgt wäre. Darüber hinaus muss der/die Arbeitgeber/in **angemessene Sicherheitsvorkehrungen** getroffen haben (6. Kriterium). Abschließend müssen die **Folgen** für den/die Arbeitnehmer/in **im Verhältnis zur Kontrollmaßnahme** stehen (7. Kriterium).²⁴⁸

Der Staat und damit auch die nationalen Gerichte haben Sorge zu tragen, dass ein gesetzlicher bzw judikativer Interessensausgleich zwischen den Interessen der

²⁴⁷ EGMR 5.9.2017 (GK), 61496/08, *Bărbulescu/Rumänien* Rz 121.

²⁴⁸ EGMR 5.9.2017 (GK), 61496/08, *Bărbulescu/Rumänien* Rz 121.

Vertragsparteien geschaffen wird. Der Staat ist Adressat der EMRK und hat daher zu kontrollieren, dass grundrechtliche Wertungen im Arbeitsverhältnis eingehalten werden.²⁴⁹

3.3.5 Rechte des/der Betroffenen

Nach Art 13 EMRK hat jede/r bei Verletzung der in der EMRK festgelegten Grundrechte und Grundfreiheiten das Recht auf eine **wirksame Beschwerde bei den nationalen Gerichten**. Wurde der/die Betroffene daher in seinem Schutzbereich aus Art 8 EMRK verletzt, ist zunächst beim nationalen Gericht Beschwerde zu erheben.²⁵⁰ Sollten alle innerstaatlichen Rechtsbehelfe ausgeschöpft sein, kann nach **Art 34 EMRK** jede natürliche Person **Beschwerde beim EGMR** erheben. Es ist dabei zu beachten, dass innerhalb von sechs Monaten nach der endgültigen innerstaatlichen Entscheidung eine Beschwerde zu erfolgen hat.²⁵¹

In Österreich könnte uA eine innerstaatliche Entscheidung erwirkt werden, wenn **§ 879 ABGB**, wonach Verträge, die gegen ein **gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen, nichtig sind**, missachtet wird.²⁵² Durch die mittelbare Drittwirkung (siehe Kapitel „3.1.2 Drittwirkung der Grundrechte“) sind auch verfassungsrechtlich gewährleistete Grundrechte für das Arbeitsverhältnis über die Generalklausel des § 879 ABGB von Bedeutung.²⁵³ Demnach sind unter Berufung auf die **Sittenwidrigkeit Eingriffe** in die **Persönlichkeitssphäre nichtig** und können **Schadenersatzansprüche auslösen**.²⁵⁴ Es sei hier auf eine E des OGH²⁵⁵ Bezug zu nehmen, in welcher ein Arbeitgeber ohne Zustimmung des Arbeitnehmers ein GPS-Ortungssystem eingebaut hatte. Er wurde sowohl während der Arbeitszeit als auch in der Freizeit überwacht. Der OGH kam zum Schluss, dass ein rechtswidriger und schuldhafter Eingriff in die Privatsphäre stattfand und dem Arbeitnehmer aufgrund der dauernden Kontrolle ein immaterieller Schadenersatzanspruch zusteht. Dieser Aspekt wird in dieser Arbeit jedoch aus Platzgründen nicht weiter vertieft.

²⁴⁹ Grünanger/Goricnik, Arbeitnehmer-Datenschutz Rz 2.209.

²⁵⁰ Klaushofer, Strukturmerkmale des Art 13 EMRK, NLMR 2014, 185.

²⁵¹ BGBl III 30/1998.

²⁵² Egermann, Abschluss und Mängel des Dienstvertrags, in Mazal/Risak (Hrsg), Arbeitsrecht: System- und Praxiskommentar³⁴ (2019) Kap V Rz 39.

²⁵³ Krejci in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 879 ABGB Rz 9 (Stand 1.11.2014, rdb.at).

²⁵⁴ Krejci in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 879 ABGB Rz 64-65.

²⁵⁵ OGH 22.01.2020, 9 ObA 120/19s.

3.3.6 Zwischenergebnis

Die Rsp des EGMR gewinnt immer mehr an Bedeutung in Bezug auf den Arbeitnehmer/innen-Datenschutz. Den Bestimmungen der EMRK kommt **mittelbare Drittwirkung** zu und finden daher auch auf Privatrechtsverhältnisse Anwendung. Es besteht nach stRsp des EGMR auch am **Arbeitsplatz ein Anspruch auf Privatsphäre iSd Art 8 EMRK**. Das Privatleben und die private Korrespondenz sind von diesem Schutzbereich umfasst. Profile, welche von Arbeitnehmer/innen erstellt wurden, fallen unter den **Begriff des Privatlebens**, da das private Handeln sowie die Kontaktaufnahme mit Freund/innen gespeichert werden. Darüber hinaus fallen Inhalte aus Kommunikationsgesprächen, wie zB WhatsApp-Chats, unter den **Begriff der Korrespondenz**.

In der E des EGMR aus dem Jahre 2017, Rs *Bărbulescu* gegen Rumänien, wurde ein Katalog mit sieben Kriterien für die gerichtliche und behördliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Kontrollen elektronischer Kommunikation entwickelt. Dieser findet auch in Bezug auf diese Untersuchung Anwendung. Es muss demnach der/die Arbeitnehmer/in im Voraus über die **Möglichkeit der Kontrolle der Kommunikation und der Implementierung** entsprechender Maßnahmen **informiert** werden. Darüber hinaus spielt die **Art und Weise** sowie der **Umfang der Kontrolle** eine wichtige Rolle. Demnach ist zu prüfen, ob nur Verkehrs- oder auch Inhaltsdaten ermittelt werden und die **Kontrollmaßnahmen limitiert** sind. Ferner muss der/die Arbeitgeber/in **Rechtfertigungsgründe** für die Kontrolle und ihrer Modalitäten vorweisen können. Es muss ein **Zweck für die Kontrolle** vorliegen und es dürfen nur die **gelindesten Mittel** eingesetzt werden. Außerdem müssen **besondere Sicherheitsvorkehrungen** bei der Eignung der eingesetzten Mittel getroffen werden. Wenn eine rechtmäßige Kontrolle vorliegt, hat der/die Dienstnehmer/in zu beachten, dass die **Konsequenzen für Arbeitnehmer/innen** als Folge der durchgeführten Kontrollmaßnahmen **verhältnismäßig** sind. Nach **Art 13 EMRK** kann ein **Beschwerde bei den nationalen Gerichten** bei Missachtung der genannten Kriterien erhoben werden. Der/Die Arbeitnehmer/in könnte eine innerstaatliche Entscheidung erwirken, wenn sich diese/r auf § 879 ABGB stützt. Unter Berufung auf die **Sittenwidrigkeit sind demnach Eingriffe** in die **Persönlichkeitssphäre nichtig** und können **Schadenersatzansprüche auslösen**.

3.4 Art 8 GRC (Schutz personenbezogener Daten)

3.4.1 Anwendungsbereich

Die **Charta der Grundrechte der Europäischen Union**, welche durch den Vertrag von Lissabon am 1.12.2009 in Kraft getreten ist, gewinnt neben Art 8 EMRK immer mehr an Bedeutung und wird daher in Bezug auf diese Untersuchung ebenfalls herangezogen. Der EUV sieht vor, dass die GRC Teil des Primärrechts der Europäischen Union und daher mit den Verträgen rechtlich gleichrangig ist. Fraglich ist, inwieweit die GRC Anwendung findet, da primär nach Art 51 GRC Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Union an die GRC gebunden sind. Die **Mitgliedstaaten** hingegen sind ausschließlich bei **Durchführung des Rechts** der Union an die GRC gebunden, wobei hier fraglich ist, wie diese Formulierung zu verstehen ist. Demnach ist bei **Vollziehungen bzw Implementierungen** von europarechtlichen Verordnungen und Umsetzungen von RL eine Bindung zu bejahen. Werden **EU-Grundfreiheiten beschränkt**, ist die GRC auch zu beachten.²⁵⁶

Es stellt sich die Frage, ob die GRC mittelbar oder auch unmittelbar wirken kann. Eine **mittelbare Drittwirkung** kommt der GRC zu, da bei **Auslegung von nationalen privatrechtlichen Regelungen**, wenn diese unter den Anwendungsbereich der GRC fallen, die GRC zu beachten ist. Darüber hinaus können den Mitgliedstaaten entsprechende **Schutzpflichten zugeordnet** werden, wenn Grundrechte von privater Seite verletzt werden.²⁵⁷ Aufgrund der mittelbaren Drittwirkung findet die GRC daher mE **auch im Arbeitsverhältnis Anwendung** und ist in Bezug auf diese Untersuchung relevant (Näheres hierzu in Kapitel „3.1.2 Drittwirkung der Grundrechte“).

In den E *Bauer*²⁵⁸ und *Shimizu*²⁵⁹ sprach sich der EuGH sogar für eine **unmittelbare Drittwirkung** aus. Demnach sind Arbeitgeber/innen unmittelbar an die Rechte aus der GRC gebunden. Es ging in beiden E um das Recht auf Urlaub, welches in Art 31 Abs 2 GRC verankert ist.²⁶⁰ Von einer unmittelbaren Drittwirkung geht die Lehre²⁶¹ hingegen nicht aus. Aus Platzgründen wird auf diese Thematik allerdings nicht näher eingegangen.

²⁵⁶ Grünanger/Goricnik, Arbeitnehmer-Datenschutz Rz 2.211-.

²⁵⁷ Holoubek/Oswald in Holoubek/Lienbacher, GRC-Kommentar² Art 51 Rz 57 (Stand 1.4.2019, rdb.at).

²⁵⁸ EuGH 6. 11. 2018, C-569/16, *Bauer/Stadt Wuppertal*.

²⁵⁹ EuGH 6.11.2018, C-684/16, *Shimizu/Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e. V.*.

²⁶⁰ Becker, Das Arbeitsrecht als Schrittmacher europäischer Grundrechtsdogmatik: Zur Drittwirkung sozialer Grundrechte, in FS Franz Marhold (2020) 406-407.

²⁶¹ uA Holoubek/Oswald in Holoubek/Lienbacher, GRC-Kommentar² Art 51 Rz 57.

Entscheidungen, die sich auf das Internet oder soziale Netzwerke beziehen, gab es, soweit überblickt, noch nicht. Es ist allerdings wohl nur eine Frage der Zeit, bis sich auch Urteile mit dieser Thematik beschäftigen werden.

3.4.2 Verarbeitung personenbezogener Daten

Nach Art 8 GRC hat jede Person das Recht auf **Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten**. Dieser schafft daher einen **individuellen Anspruch** auf dieses Recht in allen Politikbereichen der Union. Dem/Der Einzelnen kommt sowohl ein **Abwehrrecht** gegenüber Eingriffen von unionsrechtlichen Einrichtungen oder Stellen und den Mitgliedstaaten in das Grundrecht auf Datenschutz als auch eine **positive Schutzpflicht** gegenüber Datenverarbeitungen durch Private zu.²⁶²

Anknüpfungspunkt ist das Vorhandensein von **personenbezogenen Daten** nach den datenschutzrechtlichen Bestimmungen auf europäischer und nationaler Ebene. Es wird in diesem Fall auf **Art 4 Z 1 DSGVO** zurückgegriffen. Der Begriff personenbezogene Daten umfasst Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen. Die Person wird zB durch ihren Namen, ihre Standortdaten oder ihre Online-Kennung erkannt (siehe Näheres in Kapitel „3.2.2.1 Personenbezogene Daten“). Art 8 GRC unterscheidet nicht zwischen sensiblen und nicht-sensiblen Daten. Es werden beide Formen umfasst.²⁶³

Die Definition der Verarbeitung leitet sich aus **Art 4 Z 2 DSGVO** ab. Der/Die Arbeitgeber/in verarbeitet Daten demnach dann, wenn diese erhoben, erfasst, organisiert, geordnet, gespeichert, angepasst oder verändert, ausgelesen, abgefragt, verwendet oder in irgendeiner anderen Form verarbeitet werden (siehe Näheres in Kapitel „3.2.2.3 Verarbeitung“).²⁶⁴ Es kann eine automationsunterstützte oder manuelle Datenverarbeitung erfolgen, da Art 8 GRC nicht unterscheidet, wie verarbeitet wird.²⁶⁵ In Bezug auf die näheren Ausführungen auf diese Untersuchung wird auf die Kapitel „3.2.2.1 Personenbezogene Daten“ und „3.2.2.3 Verarbeitung“ verwiesen.

²⁶² Riesz in Holoubek/Lienbacher, GRC-Kommentar² Art 8 Rz 34.

²⁶³ Riesz in Holoubek/Lienbacher, GRC-Kommentar² Art 8 Rz 4.

²⁶⁴ Rosenmayer-Klemenz, EU-DSGVO 20.

²⁶⁵ Riesz in Holoubek/Lienbacher, GRC-Kommentar² Art 8 Rz 46.

3.4.3 Voraussetzung einer zulässigen Verarbeitung nach Art 8 Abs 2 GRC

Nach **Art 8 Abs 2 GRC** dürfen Daten nur nach Treu und Glauben für einen festgelegten Zweck und mit Einwilligung des/der Betroffenen oder aufgrund einer gesetzlich geregelten legitimen Grundlage verarbeitet werden. Die Verarbeitung nach **Treu und Glauben** ist als eine Art **Rücksichtnahme- bzw Interessenwahrungspflicht** zu qualifizieren. Die betroffene Person muss demnach von der Verarbeitung der personenbezogenen Daten Kenntnis erlangen. Es muss eine ordnungsgemäße und umfassende Information erfolgen. Darüber hinaus muss für die Verarbeitung ein **festgelegter Zweck** vorliegen. Es werden so die Zugriffsmöglichkeiten eingeschränkt und auch die Verwendungsdauer bestimmt. Demzufolge muss das Ziel der Erhebung und die Nutzung der Daten so klar wie möglich festgelegt sein.²⁶⁶

Eine Datenverarbeitung ist nur zulässig, wenn der/die Betroffene in diese eingewilligt hat oder diese auf einer sonstigen gesetzlichen legitimen Regelung beruht. Art 8 GRC sieht keine Regelungen vor, die die Form der Einwilligung betreffen. Sie kann daher **formlos** erfolgen und somit ist eine auf elektronischem Weg oder konkludent abgegebene Erklärung auch rechtmäßig. Es ist wichtig, dass die Einwilligung **unmissverständlich**, das heißt eindeutig, abgegeben wird. Darüber hinaus muss diese ohne Zwang, erfolgen. Dies bedeutet, dass die **Zustimmung freiwillig** abgegeben wird. Die Freiwilligkeit ist von den gesamten Umständen abhängig. Der/Die Betroffene muss tatsächlich in die Verarbeitung einwilligen. Es reicht demnach ein bloßes Wissen nicht aus.²⁶⁷

Sollte keine Einwilligung erfolgt sein, kann eine Verarbeitung trotzdem rechtmäßig sein, wenn die Daten auf einer **gesetzlich geregelten legitimen Grundlage** verwertet wurden. Aus der Regelung muss eine **rechtmäßige Datenverarbeitung** sowie der **Zweck** für diese eindeutig hervorgehen.²⁶⁸

3.4.4 Rechte des/der Betroffenen

Nach Art 47 GRC hat **jede Person** die Möglichkeit, bei **Verletzung der in der GRC garantierten Rechte oder Freiheiten** bei einem Gericht einen **wirksamen Rechtsbehelf**

²⁶⁶ Riesz in Holoubek/Lienbacher, GRC-Kommentar² Art 8 Rz 63-64.

²⁶⁷ Riesz in Holoubek/Lienbacher, GRC-Kommentar² Art 8 Rz 66-68.

²⁶⁸ Riesz in Holoubek/Lienbacher, GRC-Kommentar² Art 8 Rz 70.

einzulegen. Darüber hinaus ist zu gewährleisten, dass die Rechtssache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Es steht jeder Person frei, sich beraten, verteidigen und vertreten zu lassen.²⁶⁹ Wenn daher eine Verletzung von Art 8 GRC stattfindet, kann diese bei Gericht verhandelt werden.

ME könnte sich der/die Arbeitnehmer/in auf § 879 ABGB, wonach Verträge, die **gegen ein gesetzliches Verbot** oder die **guten Sitten verstoßen**, nichtig sind²⁷⁰, stützen. Durch die mittelbare Drittwirkung (siehe Kapitel „3.1.2 Drittwirkung der Grundrechte“) sind auch verfassungsrechtlich gewährleistete Grundrechte für das Arbeitsverhältnis über die Generalklausel des § 879 ABGB von Bedeutung.²⁷¹ Unter Berufung auf die Sittenwidrigkeit sind unverhältnismäßige **Eingriffe in die Persönlichkeitssphäre nichtig**. Dem/Der Arbeitnehmer/in steht diesfalls ein **Anspruch auf Schadenersatz** zu.²⁷² Der VfGH²⁷³ kommt zum Schluss, dass die Rechte der GRC auf Grundlage des Äquivalenzgrundsatzes auch von den verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten umfasst sind. Außerdem findet, wie bereits in Kapitel „3.4.1 Anwendungsbereich“ erwähnt, die GRC auch im Arbeitsverhältnis aufgrund der mittelbaren Drittwirkung Anwendung. Es sei hier auf die bereits in Kapitel „3.3.5 Rechte des/der Betroffenen“ erwähnte E des OGH zu verweisen.

3.4.5 Zwischenergebnis

Auf Grund der mittelbaren Drittwirkung der GRC findet auch Art 8 GRC in Bezug auf das Arbeitsverhältnis Anwendung. Nach Art 8 GRC hat jede Person das Recht auf Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten. **Personenbezogene Daten** sind nach Art 4 Z 1 DSGVO Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen. Nach Art 4 Z 2 DSGVO liegt eine **Verarbeitung** vor, wenn diese uA erhoben, erfasst, organisiert, geordnet oder gespeichert werden. Die Verarbeitung muss nach Art 8 Abs 2 GRC nach **Treu und Glauben** sowie für einen **bestimmten Zweck** erfolgen. Darüber hinaus muss der/die Betroffene einwilligen oder eine gesetzlich geregelte legitime Grundlage rechtfertigt die Verarbeitung. Wird Art 8 GRC verletzt, kann der/die Betroffene

²⁶⁹ Kröll in Holoubek/Lienbacher, GRC-Kommentar² Art 47 Rz 10 (Stand 1.4.2019, rdb.at).

²⁷⁰ Egermann, Abschluss und Mängel des Dienstvertrags, in Mazal/Risak (Hrsg), Arbeitsrecht: System- und Praxiskommentar³⁴ (2019) Kap V Rz 39.

²⁷¹ Krejci in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 879 ABGB Rz 9 (Stand 1.11.2014, rdb.at).

²⁷² Krejci in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 879 ABGB Rz 64-65.

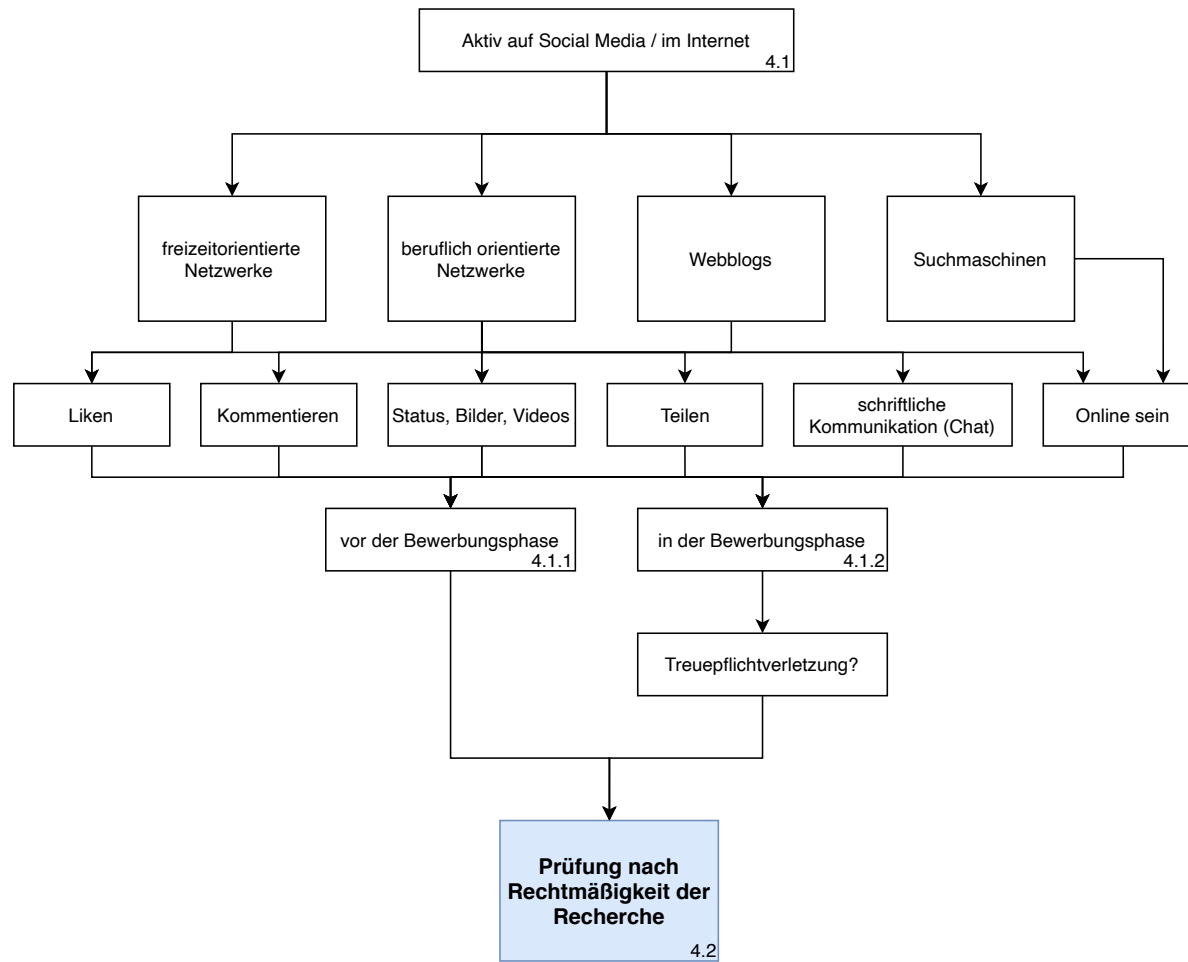
²⁷³ VfGH 14.3.2012, U 466/11.

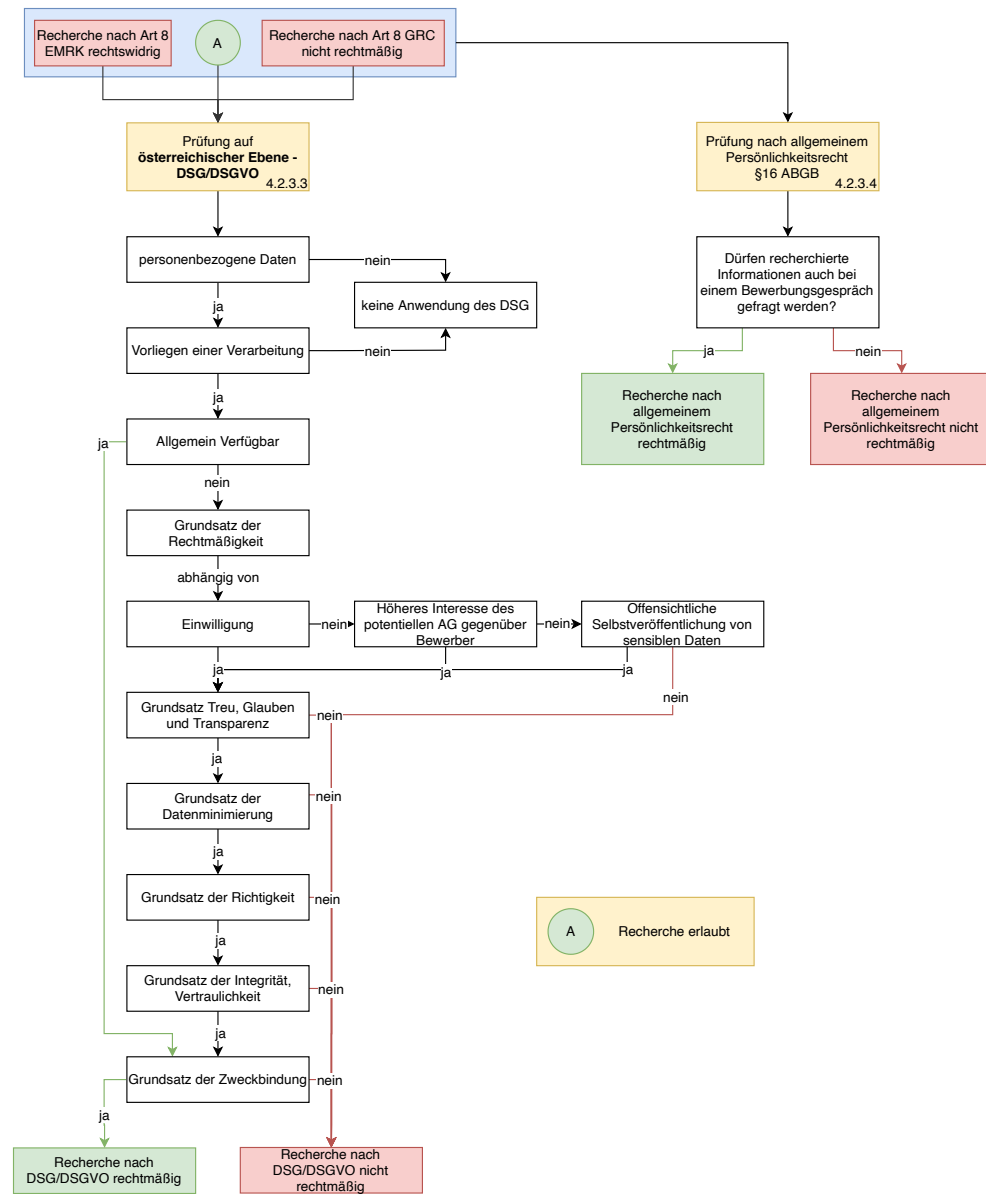
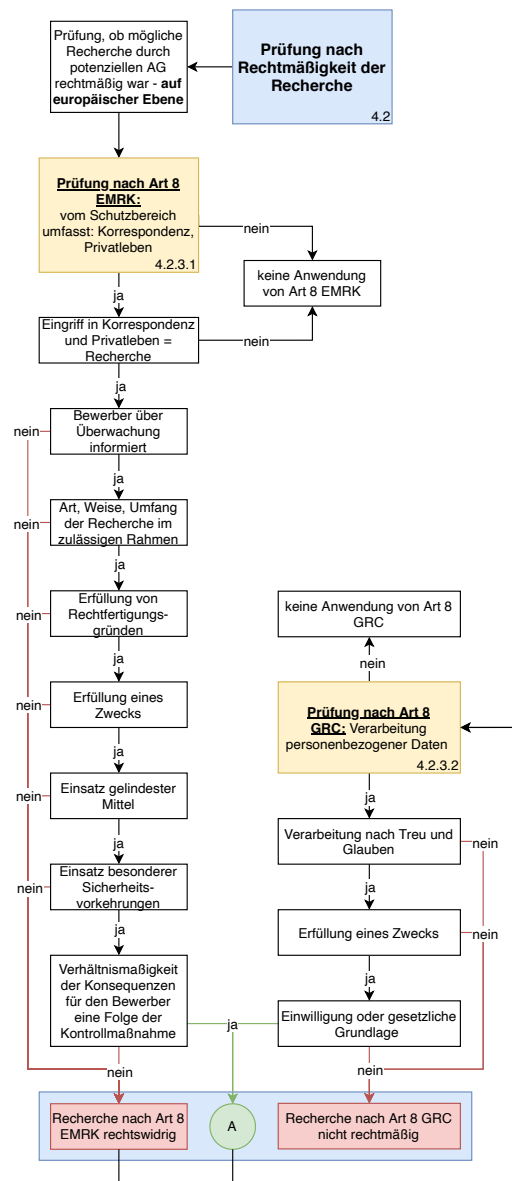
nach **Art 47 GRC** **Klage bei einem Gericht** erheben. Der/Die Arbeitnehmer/in könnte sich auf **§ 879 ABGB** stützen. Demnach sind unter Berufung auf die Sittenwidrigkeit Eingriff in die **Persönlichkeitssphäre** **nichtig** und dem/der Betroffenen steht ein **Schadenersatzanspruch** zu.

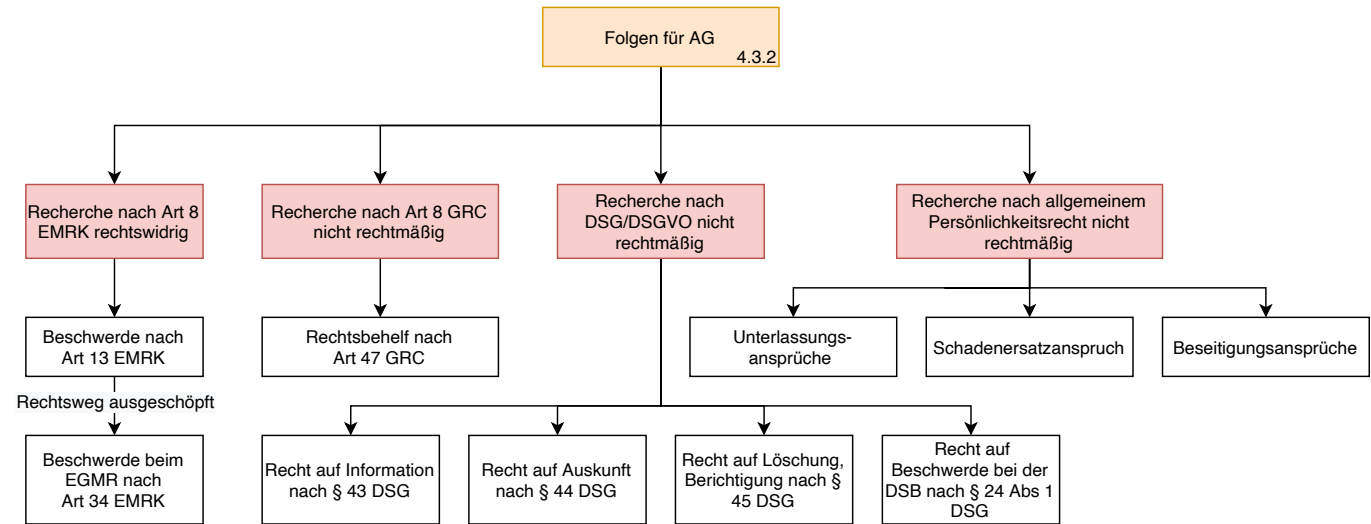
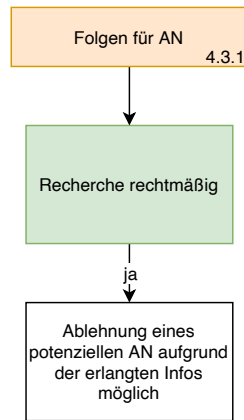
3.5. Ergebnis

In Österreich gibt es **keinen Arbeitnehmer/innen-Datenschutz**, der nähere Regelungen in Bezug auf eine Überwachung durch Arbeitgeber/innen festlegt. Es müssen daher einzelne allgemeine Normen für die rechtliche Beurteilung herangezogen werden. Gemäß **§ 16 ABGB** hat jeder Mensch angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, sogenannte Persönlichkeitsrechte. **§ 16 ABGB** stellt ein absolutes Recht dar, welches gegen jede/n wirkt und in welches grundsätzlich nicht eingriffen werden darf. Es wird allerdings nicht geregelt, um welche Rechte es sich hierbei handelt. Es müssen daher weitere Bestimmungen, wie insbesondere **§ 1 DSG**, **Art 8 EMRK** und **Art 8 GRC** für die weitere rechtliche Beurteilung herangezogen werden. Aufgrund der **unmittelbaren Drittwirkung** findet **§ 1 DSG** direkt auf das Arbeitsverhältnis und damit auf die Verarbeitung von personenbezogenen Daten von Arbeitnehmer/innen durch Arbeitgeber/innen Anwendung. **Art 8 EMRK** und **Art 8 GRC** sind aufgrund ihrer **mittelbaren Drittwirkung** auch für das Arbeitsverhältnis relevant und spielen daher in Bezug auf die Überwachung mittlerweile eine große Rolle. Der/Die Arbeitgeber/in kann daher nach **Art 8 EMRK** nicht ohne einen bestimmten Grund in den Schutzbereich (Privatsphäre und Korrespondenz) eingreifen. Nach **Art 8 GRC** kann der/die Dienstgeber/in nur personenbezogene Daten verarbeiten, wenn eingewilligt wurde oder eine gesetzliche Grundlage für diese vorliegt. Die nachstehenden untersuchenden Kapitel werden auf die in diesem Abschnitt eingegangenen Definitionen zurückgreifen.

4. Arbeitsverhältnis im Anbahnungsstadium







Im Anbahnungsstadium nutzen Dienstgeber/innen Social-Media-Dienste vor allem, um nähere Informationen über den/die Bewerbungskandidat/in **bereits vor einem Bewerbungsgespräch** zu erhalten. Dadurch kann die **Entscheidung**, ob ein/e potenzielle/r **Arbeitnehmer/in eingeladen** wird, schneller getroffen und es kann so durch diesen Vorgang Arbeit, Zeit und vor allem Geld gespart werden. Es ist so möglich, ohne ein Bewerbungsgespräch eine Entscheidung zu treffen.²⁷⁴ ME können Informationen wie zB Status-Meldungen, Kommentare oder veröffentlichte Bilder aus dem privaten Umfeld auf freizeitorientierten Plattformen eine Auswahl erleichtern. Ferner können private Daten über gelikte Seiten oder die politische Einstellung für den Auswahlprozess eine Rolle spielen. Darüber hinaus können auch Recherchen stattfinden, wenn **bereits erste Gespräche geführt** wurden. So könnte mE der/die potenzielle Arbeitgeber/in kontrollieren, ob Betriebsgeheimnisse, welche im Bewerbungsverfahren besprochen wurden, auf sozialen Diensten veröffentlicht wurden.

Durch die Recherche auf den privaten Profilen können Nutzer/innen mE in ihrem **Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre sowie Datenschutz verletzt** werden und der Vorgang der Recherche ist sodann nicht rechtmäßig. Der Aufbau dieses Kapitels stützt sich auf das oben dargestellte Flussdiagramm. Es wird im ersten Unterkapitel auf die Aktivität auf Social-Media / im Internet eingegangen. Danach wird rechtlich geprüft, ob eine Recherche nach dem DSG bzw der DSGVO, nach dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, Art 8 EMRK und Art 8 GRC rechtmäßig ist. Im letzten Unterkapitel wird noch auf Folgen für den/die Bewerber/in sowie den/die potenzielle/n Arbeitgeber/in eingegangen.

4.1 Aktiv auf Social-Media / im Internet

Es wird angenommen, dass **der/die potenzielle Arbeitnehmer/in auf freizeitorientierten oder beruflich orientierten Plattformen**, einem **Webblog** oder einer **Suchmaschine aktiv** ist. Auf den ersten drei Diensten kann gelikt, kommentiert, eine Statusmeldung verfasst, Bilder oder Videos gepostet, geteilt oder via Chat kommuniziert werden. Ferner kann der/die Bewerber/in auch nur online sein und keine Aktivität ausführen. Auf Suchmaschinen können nur Recherchehandlungen getätigt werden. Es ist daher nur möglich, online zu sein.

²⁷⁴ <https://derstandard.at/2000044824774/Recruiter-schnueffeln-auf-Facebook-und-Co> (zuletzt abgefragt am 08.04.2020).

4.1.1 Vor der Bewerbungsphase

Wenn der/die Nutzer/in bereits **vor einer Bewerbungsphase**, wenn noch gar kein Kontakt zum/r potenziellen Arbeitgeber/in besteht, aktiv ist, kann keine **Verletzung von vorvertraglichen Pflichten** durch den/die Bewerber/in vorliegen, da noch gar kein vorvertragliches Schuldverhältnis zwischen beiden Parteien zustande gekommen ist.

4.1.2 In der Bewerbungsphase

Befindet sich der/die potenzielle Arbeitnehmer/in **in der Bewerbungsphase**, werden sowohl Daten, die eine Entscheidung, ob ein/e Kandidat/in geeignet ist, erleichtern, als auch Informationen, welche die **Verletzung von möglichen Pflichten** aus dem vorvertraglichen Arbeitsverhältnis belegen, für den/die potenzielle/n Dienstgeber/in von Bedeutung sein.

Nach der hA kommen dem/der potenziellen Arbeitnehmer/in bereits im Anbahnungsverhältnis und nicht erst mit Eintritt des Arbeitsvertrags bereits **Treuepflichten** zu, die nicht unbedingt ein aufrechtes Arbeitsverhältnis voraussetzen.²⁷⁵ Die Treuepflicht ist eine Nebenpflicht und gehört nicht zur Dienstpflicht. Sie ist im Gesetz nicht geregelt und ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen über gegenseitige Rücksichts- und Interessenwahrungspflichten.²⁷⁶

Ob tatsächlich Treuepflichten einzuhalten sind, kommt nach *Kietaihl/Rebhahn*²⁷⁷ auf einzelne Umstände an. Die Einhaltung der Treuepflichten im Anbahnungsstadium kann sich aus allgemeinen Grundsätzen über das **vorvertragliche Schuldverhältnis** ableiten. ZB ist ein/e potenzielle/r Arbeitnehmer/in verpflichtet, über **Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse** zu schweigen, die **im Zuge des Bewerbungsverfahrens** besprochen wurden. Es ist fraglich, inwiefern durch Aktivitäten auf Social-Media-Diensten die beschriebenen vorvertraglichen Treuepflichten verletzt werden können. Wird der „**Like**“-**Button** betätigt oder ist der/die Kandidat/in **online**, wird mE **keine Verletzung** vorliegen, da keine realistische Konstellation vorstellbar ist, in welcher diese begangen werden könnte. Verfasst der/die Bewerber/in allerdings einen **Status, kommentiert einen Beitrag, teilt Bilder oder Videos**

²⁷⁵ Brodil, Die Treuepflicht des Arbeitnehmers, in *Mazal/Risak* (Hrsg), Arbeitsrecht: System- und Praxiskommentar³⁴ (2019) Kap X Rz 77.

²⁷⁶ Kietaihl/Rebhahn in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 1153 ABGB Rz 34.

²⁷⁷ Kietaihl/Rebhahn in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 1153 ABGB Rz 43.

auf Social-Media-Diensten, wodurch ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis veröffentlicht wird, ist eine **Treuepflichtverletzung** möglich, da der/die Bewerber/in zur Geheimhaltung verpflichtet ist. Darüber hinaus könnte auch **in Chats** über Betriebsgeheimnisse diskutiert werden und so eine Weitergabe erfolgen, die eine Treuepflichtverletzung nach sich zieht.

Ferner könnte der/die Bewerber/in verpflichtet sein, über **parallele Verhandlungen den/die potenzielle/n Arbeitgeber/in** aufzuklären. Diese Pflicht wird von *Kietaibl/Rebhahn*²⁷⁸ grundsätzlich verneint und ist nur in Ausnahmefällen einzuhalten. Eine Ausnahme könnte vorliegen, wenn die Position schwer zu besetzen ist und der/die Dienstgeber/in den Vertragsabschluss als sicher hingestellt hat. In diesem Fall hat der/die Bewerber/in den/die Vertragspartner/in über parallele Verhandlungen aufzuklären. Sollte dies nicht erfolgen, kann bei Verletzung der/die potenzielle Arbeitgeber/in Schadenersatz verlangen.²⁷⁹ Der/Die Nutzer/in könnte auch Informationen über mehrere Stellen, auf welche diese/r sich beworben hat, auf sozialen Medien mittels Statusmeldung, Bildern, Videos oder Kommentaren unter anderen Beiträgen bekanntgeben, ohne dies dem/der potenziellen Arbeitgeber/in mitgeteilt zu haben. In Bezug auf die Ansicht von *Kietaibl/Rebhahn* könnte demnach, wenn es sich um eine schwer zu besetzende Position handelt, eine vorvertragliche Treuepflichtverletzung vorliegen, da es sich in diesem Fall um einen besonderen Umstand handelt und damit gesondert betrachtet werden muss.

4.2 Prüfung nach Rechtmäßigkeit der Recherche (*Background-Checks*)

Am Anfang dieses Kapitels wurde bereits erwähnt, dass vor einem Bewerbungsgespräch soziale Dienste kontrolliert werden, um leichter und schneller über die Einladung eines/r Kandidaten/in entscheiden zu können. Diese Handlung wird auch **Background-Check**²⁸⁰ oder **Pre-Employment-Screening** genannt. Es wird als **Überprüfung des Hintergrunds eines/r potenziellen Arbeitnehmers/in** definiert und kann daher für diese Vorgehensweise herangezogen werden.²⁸¹ Darüber hinaus kann mE auch eine Kontrolle stattfinden, wenn bereits erste Bewerbungsgespräche stattfanden, um eine mögliche vorvertragliche Treuepflichtverletzung zu überprüfen.

²⁷⁸ *Kietaibl/Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, *ZellKomm*³ § 1153 ABGB Rz 43.

²⁷⁹ *Kietaibl/Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, *ZellKomm*³ § 1153 ABGB Rz 43.

²⁸⁰ <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bewerbung-facebook-check-arbeitgeber-background/> (zuletzt abgefragt am 23.03.2020).

²⁸¹ *Kania/Sansone*, Möglichkeiten und Grenzen des Pre-Employment-Screenings, *NZA* 2012, 360.

Um die Rechtslage in Österreich näher und besser beurteilen zu können, wird zunächst die Rechtslage **in Deutschland und in der Schweiz** erläutert. Ein Grund für die nachstehende Behandlung dieser Rechtsordnungen ist, dass diese drei Rechtssysteme einen ähnlichen Aufbau und Struktur aufweisen. Da auch in diesen Ländern vermehrt derartige Probleme auftreten, ist fraglich, wie diese Rechtsordnungen diese Problematik regeln. Es stellt sich demnach die Frage, ob es eigene Bestimmungen zum Arbeitnehmer/innen-Datenschutz gibt oder ob allgemeine Regelungen, wie in Österreich, Anwendung finden. Darüber hinaus ist interessant, inwiefern eine rechtliche Beurteilung bereits stattfand. Es könnten dadurch Handlungsalternativen aufgezeigt und Unterschiede sowie Gemeinsamkeiten herausgearbeitet werden.

4.2.1 Rechtslage in Deutschland

4.2.1.1 Entwicklungen zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes

In Deutschland ist die Verarbeitung personenbezogener Daten im deutschen Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) geregelt, das auch den Arbeitnehmer/innen-Datenschutz umfasst. **Stellenbewerber/innen** gelten in diesem Zusammenhang nach § 3 Abs 11 Z 1 BDSG als **Beschäftigte**. Generell gilt für Arbeitnehmer/innen-Daten, wozu auch solche auf Social-Media-Diensten zählen, dass gemäß **§ 26 Abs 1 BDSG** personenbezogene Daten **für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses** erhoben, verarbeitet oder genutzt werden dürfen. Die Informationen müssen daher für die Entscheidung über den Abschluss eines Dienstverhältnisses **erforderlich** sein.²⁸²

Zunächst ein kleiner Überblick über die Entwicklungen des Beschäftigtendatenschutzes:

In den 1980er Jahren haben bereits Mitglieder der Regierung eine **eigenständige Regelung zum Arbeitnehmer/innen-Datenschutz** gefordert. Allerdings wurde erst im Mai 2010 von der Regierung ein Entwurf zur Regelung eines Beschäftigtendatenschutzes²⁸³ vorgelegt. Dieser wurde jedoch gesetzlich bis heute nicht verankert und es kommen weiterhin die allgemeinen Regelungen des BDSG zur Anwendung. Der Inhalt des Entwurfs ist eine chronologische Ordnung von der vorvertraglichen, der vertraglichen und der Phase nach

²⁸² Lepperhoff, Pre Employment Screening im Lichte der DS-GVO, ZD Aktuell 2017, 5748.

²⁸³ <https://www.cr-online.de/ArbDS-RegE.pdf> (zuletzt abgefragt am 06.03.2020).

Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses, sowie die Unterscheidung zwischen Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung.²⁸⁴

Diese Vorschriften wären in § 32 bis § 32l BDSG des Entwurfs geregelt. **§ 32 Abs 6 BDSG** wäre speziell auf Probleme in Bezug auf Social-Media-Dienste anwendbar. Wird von dem/der Stellenwerber/in direkt auf Beschäftigtendaten hingewiesen, ist es dem/der Arbeitgeber/in erlaubt, **allgemein zugängliche Daten** zu erfassen. Eine Ausnahme hiervon ist, wenn das schutzwürdige Interesse des/der Bewerbers/in über das berechtigte Interesse des/der Arbeitgebers/in hinausgeht. Stammen diese Daten aus sozialen Netzwerken, die der elektronischen Kommunikation dienen, ist das Interesse des/der Bewerbungskandidaten/in höher als das des/der Dienstgebers/in. Hiervon sind soziale Netzwerke nicht umfasst, die für berufliche Zwecke genutzt werden. Wird in die Verarbeitung eingewilligt, darf auch auf Daten, die ein Dritter innehat, zugegriffen werden.²⁸⁵

Im Jahr 2013 wurde allerdings die Abstimmung durch den Bundestag für diesen Gesetzesentwurf abgesagt und das **Gesetz trat daher nie in Kraft**.²⁸⁶ Daher wurde weiterhin § 32 BDSG Alt für diese Problematik angewendet.

2017 legte die Bundesregierung einen neuen Gesetzesentwurf vor (**Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die VO (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der RL (EU 2016/680)**), welcher am 25.5.2018 in Kraft trat. In **§ 26 BDSG-neu** findet sich nun der Arbeitnehmer/innen-Datenschutz. Dieser greift allerdings auf wesentliche Strukturen und Regelungen des bisherigen § 32 BDSG zurück. Trotz der umfangreicheren Neuregelung gab es kaum Änderungen in Bezug auf den Beschäftigtendatenschutz.²⁸⁷

In den nächsten beiden Unterkapiteln wird näher auf die derzeit in Deutschland geltenden Bestimmungen in Bezug auf den Arbeitnehmer/innen-Datenschutz und die zulässigen Möglichkeiten der Verarbeitung von personenbezogenen Daten eingegangen. Dem/Der Arbeitgeber/in ist demnach diese Handlung erlaubt, wenn erhobene Daten für die

²⁸⁴ *Riesenhuber in Wolff/Brink*, BeckOK Datenschutzrecht²³ (2013) Rz 3-6.

²⁸⁵ <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/042/1704230.pdf> (zuletzt abgefragt am 08.04.2020).

²⁸⁶ <http://www.arbeitnehmerdatenschutz.de/Gesetz/32-BDSG-Datenerhebung-vor-Beschaeftigungsverhaeltnis.html> (zuletzt abgefragt am 08.04.2020).

²⁸⁷ *Wybitul*, der neue Beschäftigtendatenschutz nach §26 BDSG-neu – was Arbeitgeber und Beschäftigte über den geplanten Datenschutz am Arbeitsplatz wissen sollten, ZD Aktuell 2017, 05483.

Entscheidung über den Abschluss eines Dienstverhältnisses erforderlich sind oder der/die Betroffene in die Verarbeitung einwilligt.

4.2.1.2 1.Möglichkeit: Erforderlichkeit nach § 26 Abs 1 BDSG

Wie bereits erwähnt, dürfen nach **§ 26 Abs 1 BDSG** personenbezogene Daten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn diese für die Entscheidung über den Abschluss eines Dienstverhältnisses erforderlich sind. Um den **Begriff der Erforderlichkeit** zu klären, wird auf die Prinzipien zum Fragerecht des/der Arbeitgebers/in Bezug genommen. Hat der/die Dienstgeber/in ein berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse, müssen die in Verbindung mit der Arbeitsstelle stehenden Fragen wahrheitsgemäß beantwortet werden.²⁸⁸ Die weitere Beurteilung hängt davon ab, ob Daten allgemein zugänglich sind.

Stammen Informationen aus **Suchmaschinen**, wie zB Google und Yahoo, nimmt die hL²⁸⁹ eine **allgemeine Zugänglichkeit** an. Aufgrund der allgemeinen Verfügbarkeit fällt die Interessensabwägung bei Daten aus Suchmaschinen zugunsten des/der Arbeitgebers/in aus, da idR eine geringe Vertraulichkeitserwartung besteht.²⁹⁰

Soziale Netzwerke werden in Deutschland nach ihrer **Datenzugänglichkeit und ihrem Aufbau** unterschieden. Wie bereits in Kapitel „2.3.1 Facebook“ erwähnt, regelt zB Facebook in seinen Allgemeinen Nutzungsbedingungen in Punkt 3 Nummer 1²⁹¹, dass die Erstellung eines Profils ausschließlich für private Zwecke genutzt werden darf. Um sich Daten ansehen zu können, müsste der/die Arbeitgeber/in ein Konto mit einem Profil erstellen. Da dieses Profil allerdings nur als private Person und nicht als Unternehmer/in erstellt werden darf, kann **nicht mehr** von einer **allgemeinen Zugänglichkeit** die Rede sein.²⁹² In diesem Fall überwiegt das Interesse des/der Bewerbers/in und demnach ist eine Recherche nach § 26 Abs 1 BDSG nicht erlaubt.²⁹³

²⁸⁸ Kania/Sansone, NZA 2012, 360.

²⁸⁹ UA: Taeger in Taeger/Gabel, DSGVO BDSG³ § 28 BDSG Rz 81.

²⁹⁰ Kania, Soziale Netzwerke, in Küttner (Hrsg), Personaltaschenbuch 2020²⁷ (2020) Rz 2.

²⁹¹ <https://www.facebook.com/legal/terms/> (zuletzt abgefragt am 08.4.2020).

²⁹² Kania/Sansone, NZA 2012, 360.

²⁹³ Kania in Küttner Rz 2.

Recherchetätigkeiten auf **beruflichen Plattformen**, wie zB auf Xing oder LinkedIn, müssen anders beurteilt werden. Meldet sich der/die Arbeitgeber/in auf diesen Plattformen an, ist das **schutzwürdige Interesse** des/der Einzelnen nicht verletzt, da diese Netzwerke ausschließlich für geschäftliche Zwecke zur Verfügung gestellt werden und der/die Bewerber/in die Daten bewusst auf dieser Plattform zugänglich gemacht hat.²⁹⁴

Sind die Daten allgemein zugänglich, darf trotzdem nicht jede Information für die Beurteilung herangezogen werden. Es muss immer eine **Interessensabwägung im Einzelfall** durchgeführt werden.²⁹⁵

4.2.1.3 2. Möglichkeit: Einwilligung des/der Stellenwerbers/in gemäß §§ 4 I Var 3, 4a BDSG

Dort wo personenbezogene Daten nicht verarbeitet werden dürfen, stellt sich die Frage, ob diese Beschränkung durch die Einwilligung des/der Stellenbewerbers/in doch rechtmäßig werden kann. **§§ 4 I Var 3, 4a BDSG** sehen vor, dass eine Verarbeitung personenbezogener Daten immer dann zulässig ist, wenn eine **Einwilligung** stattfindet.

Gemäß § 4a Abs 1 BDSG ist eine Einwilligung rechtmäßig, wenn diese auf einer **freien Entscheidung** des/der Betroffenen beruht. Die Einwilligung muss **frei von Zwang** und in **schriftlicher Form** sein. Nach § 4a I 2 BDSG ist auch auf den vorgesehenen Zweck der Erhebung, der Verarbeitung oder der Nutzung hinzuweisen. Auf Verlangen sind auch die Folgen einer Verweigerung der Zustimmung zu erläutern. § 4a I 3 BDSG fordert das Schriftformgebot, soweit nicht aufgrund besonderer Umstände eine andere Form als angemessen erscheint.²⁹⁶

Werden Daten auf **berufsorientierten Netzwerken** veröffentlicht oder finden sich **Informationen auf Suchmaschinen**, könnte nach *Forst*²⁹⁷ eine rechtmäßige Einwilligung vorliegen, da die Person, die die Daten veröffentlicht, die **Absicht** hat, dass seine/ihre Daten von zukünftigen Arbeitgeber/innen **öffentlich gefunden** werden können. **Weist** der/die Stellenwerber/in in den Bewerbungsunterlagen auf das **Social-Media-Profil** hin, kann auch auf eine rechtmäßige Einwilligung geschlossen werden.²⁹⁸

²⁹⁴ *Kania/Sansone*, NZA 2012, 360.

²⁹⁵ *Kania/Sansone*, NZA 2012, 360.

²⁹⁶ *Franzen*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht¹⁸ (2018) § 4a BDSG Rz 1-5.

²⁹⁷ *Forst*, NZA 2010, 427.

²⁹⁸ *Forst*, NZA 2010, 427.

4.2.1.4 Rechtsfolgen in Bezug auf Verstöße in Deutschland

Sind die Handlungen des/der potenziellen Arbeitgebers/in rechtswidrig, hat der/die einzelne **Netzwerkbetreiber/in** gemäß **§ 1004 BGB analog in Verbindung mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen** der Netzwerkbetreiber/innen einen **Anspruch auf Unterlassung** gegen das Unternehmen, welches die Social-Media-Plattform für geschäftliche Zwecke genutzt hat, obwohl dies laut Allgemeinen Geschäftsbedingungen verboten ist. Darüber hinaus kann der/die Netzwerkbetreiber/in gem §§ 280 I, 241 II BGB in Verbindung mit dem Nutzungsvertrag Schadenersatz verlangen, wenn diesem/r durch das Bekanntwerden der rechtswidrigen Nutzung durch das Unternehmen zB durch Austritte von Nutzer/innen und daraus folgenden Werbeeinbußen ein Schaden entsteht.²⁹⁹

Neben den Netzwerkbetreiber/innen haben auch **Stellenbewerber/innen** mögliche Ansprüche gegen das Unternehmen. Nach **§§ 280 I, 311 II BGB** haben diese einen **Schadenersatzanspruch**, wenn er/sie beweisen kann, dass er/sie eingestellt worden wäre, wenn der/die Arbeitgeber/in die Daten nicht rechtswidrig verarbeitet hätte. Da allerdings die Beweislast bei dem/der Betroffenen selbst liegt, wird der Anspruch nur sehr schwer durchsetzbar sein. Eine Ausnahme hiervon bietet der Sondertatbestand § 15 AGG. Dieser sieht eine Beweislastumkehr vor. Das bedeutet, dass der/die Einzelne die Diskriminierung glaubhaft machen, aber nicht beweisen muss. Der/Die Unternehmer/in muss aufzeigen, dass keine rechtswidrige Datenverarbeitung vorlag. Das AGG findet allerdings nur dann Anwendung, wenn eine Benachteiligung auf Grund der Rasse, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität vorliegt.³⁰⁰

4.2.1.5 Ergebnis

Zusammengefasst kann gesagt werden, dass nach § 26 Abs 1 BDSG personenbezogene Daten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erhoben, verarbeitet oder genutzt werden dürfen, wenn diese für die **Entscheidung über den Abschluss eines Dienstverhältnisses erforderlich** sind. Daten auf Suchmaschinen dürfen grundsätzlich verarbeitet werden, da diese allgemein zugänglich sind. Information auf freizeitorientierten Plattformen dürfen

²⁹⁹ Forst, NZA 2010, 427-428.

³⁰⁰ Forst, NZA 2010, 427-428.

nicht verwendet werden, da die Interessensabwägung zugunsten des/der Bewerbers/in ausfällt. Auf berufliche Plattformen darf ein Zugriff erfolgen, da die Dienste uA ausschließlich für geschäftliche Zwecke erstellt wurden. Darüber hinaus kann § 4a BDSG als mögliche Grundlage herangezogen werden. Demnach kann eine **Einwilligung** des/der Bewerbers/in eine Verarbeitung rechtfertigen, wenn diese auf einer freien Entscheidung beruht. Dies wird bei berufsorientierten Netzwerken oder bei Daten aus Suchmaschinen möglich sein und wenn auf ein Social-Media-Profil hingewiesen wird.

4.2.2 Rechtslage in der Schweiz

Die Rechtslage in der **Schweiz** ist jener in Deutschland grundsätzlich sehr ähnlich. Sowohl im Arbeitsvertragsrecht als auch im Datenschutz finden sich Regelungen, welche für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von *Background-Checks* herangezogen werden. Zur Anwendung können Art 328 OR und Art 12 Abs 1 DSG kommen.

Gemäß **Art 328b schweizerisches OR** darf ein/e Unternehmer/in nur personenbezogene Daten **über den/die Arbeitnehmer/in bearbeiten**, sofern diese für das Arbeitsverhältnis **erforderlich** sind oder zur **Durchführung des Arbeitsvertrages benötigt** werden. Das Bundesgericht³⁰¹ und ein Teil der Lehre³⁰² wenden diese Regelung auch auf das Bewerbungsverfahren und damit auf die rechtliche Einordnung von *Background-Checks* an. Private, nicht professionelle Nutzer/innenprofile fallen üblicherweise aus dem Anwendungsbereich des Art 328b OR heraus.³⁰³ Informationen, die auf **Business-Plattformen** veröffentlicht wurden, dürfen für eine **Beurteilung herangezogen** werden. Es fallen zB Daten über Ausbildungen und ehemalige Tätigkeiten des/der Bewerbers/in darunter. „Googeln“ ist nur insofern erlaubt, als die Daten einen **Arbeitsplatzbezug** aufweisen. Darüber hinaus bearbeitete Daten sind nach Art 328b OR nicht zulässig.³⁰⁴

Gemäß **Art 12 Abs 3 DSG** ist die Bearbeitung zulässig, wenn die Daten durch den/die Bewerber/in **selbst allgemein zugänglich gemacht** wurden. Informationen auf **Suchmaschinen** werden als **öffentlich zugänglich** gesehen und die Bearbeitung ist

³⁰¹ BGer 30.07.2008, 2C_103/2008.

³⁰² UA: Portmann, BSK-OR I⁵ (2011) Art 328b Rz 34ff.

³⁰³ https://www.bakom.admin.ch/dam/bakom/de/dokumente/2013/10/rechtliche_basisfuersocialmediaberichtdesbundesrates.pdf.download.pdf/rechtliche_basisfuersocialmediaberichtdesbundesrates.pdf+%&cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=at&client=safari (zuletzt abgefragt am 06.03.2020).

³⁰⁴ Wildhaber/Hänsenberger, Internet am Arbeitsplatz, ZBJV 152/2016, 307.

gerechtfertigt. Daten aus **freizeitorientierten oder beruflich orientierten Plattformen** dürfen nach Art 12 Abs 3 DSG hingegen **nicht verwendet** werden.³⁰⁵

Es stellt sich nun die Frage, ob Art 328b OR oder Art 12 Abs 3 DSG Vorrang hat, da Daten aus Google nach Art 328b nur bei einem Arbeitsplatzbezug und nach Art 12 Abs 3 DSG bereits bei Selbstveröffentlichung verwendet werden dürfen. Art 12 Abs 3 DSG regelt, dass Daten, die allgemein zugänglich gemacht und deren Bearbeitung nicht ausdrücklich untersagt wurde, verwendet werden dürfen. Da Art 12 Abs 3 DSG allerdings die Zulässigkeit nur im Allgemeinen vorsieht, können auch Ausnahmen von dieser Regelung gemacht werden. Art 328b OR kann als solche gesehen werden. Es müssen daher auch **allgemein zugängliche Daten** für eine Bearbeitung einen **Bezug zum Arbeitsplatz** aufweisen.³⁰⁶

Wenn der/die Arbeitgeber/in sich unerlaubt Zugang zu einem privaten Nutzer/innenprofil verschafft, verletzt dieser sowohl **strafrechtliche Bestimmungen** als auch den **Grundsatz der Rechtmäßigkeit** der Datenbearbeitung nach **Art 4 Abs 1 DSG**.³⁰⁷

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass Art 328b OR als Regelung für die Bearbeitung personenbezogener Daten von Stellenbewerber/innen herangezogen werden kann. Art 12 Abs 3 DSG hat Nachrang gegenüber **Art 328b OR** und findet daher Anwendung. Nach Art 328b OR müssen die Daten für die **Arbeitsstelle oder für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich** sein. Inhalte auf privaten Nutzer/innenprofilen dürfen grundsätzlich nicht verarbeitet werden. Daten aus beruflich orientierten Plattformen weisen idR einen Bezug zur Arbeitsstelle auf und dürfen verwendet werden. „Googeln“ ist erlaubt, sofern ein Bezug zur Arbeitsstelle besteht.

4.2.3 Rechtslage in Österreich

In Österreich, wie auch in der Schweiz, gibt es im Vergleich zu Deutschland **keine eigenen Bestimmungen zum Arbeitnehmer/innen-Datenschutz** und daher keine spezifischen Regelungen, welche festlegen, in welchem Umfang Kontrollen durch Arbeitgeber/innen in der Bewerbungsphase zulässig und erlaubt sind. Für die weitere rechtliche Beurteilung wird

³⁰⁵ Geiser, Darf die Arbeitgeberin den Bewerber Googeln?, in Gschwend/Hettich/Müller-Chen/Schindler/Wildhaber (Hrsg), Recht im digitalen Zeitalter (2015) 374.

³⁰⁶ Geiser in Gschwend/Hettich/Müller-Chen/Schindler/Wildhaber 375.

³⁰⁷ https://www.bakom.admin.ch/dam/bakom/de/dokumente/2013/10/rechtliche_basisfuersocialmediaberichtdesbundesrates.pdf.download.pdf/rechtliche_basisfuersocialmediaberichtdesbundesrates.pdf+%&cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=at&client=safari (zuletzt abgefragt am 06.03.2020).

zunächst auf die europarechtlichen Bestimmungen der EMRK sowie GRC eingegangen. Danach wird die österreichische Bestimmung des DSG in Verbindung mit der DSGVO diskutiert. Darüber hinaus wird auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach § 16 ABGB in Verbindung mit dem Fragerecht des/der Arbeitgebers/in bzw auf die Informationspflicht bei Bewerbungsverfahren Bezug genommen.

4.2.3.1 Art 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz)

Auf europäischer Ebene kann zunächst mittels Art 8 EMRK geprüft werden, ob *Background-Checks* rechtmäßig sind. Nach Art 8 EMRK hat jede/r **Anspruch auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz** (Näheres in Kapitel „3.3 Art 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Korrespondenz und der Wohnung)“). Eine Beurteilung findet nach den im Flussdiagramm dargestellten Fallgruppen (freizeitorientierte und beruflich orientierte Netzwerke, Weblogs und Suchmaschinen) und nach den abgebildeten Kriterien statt.

4.2.3.1.1 Suchmaschinen

Die wohl einfachste Möglichkeit, Stellenbewerber/innen zu recherchieren, ist deren Daten in einer Suchmaschine einzugeben. ZB wird mittels des Namens des/der Bewerbers/in auf Google gesucht und die gefundenen Informationen werden sodann für die Beurteilung herangezogen. Es ist zunächst zu prüfen, ob diese Inhalte vom **Schutzbereich des Art 8 EMRK** erfasst sind (Näheres zur Definition in Kapitel „3.3.1 Schutzbereich“). Da es sich idR um Daten handelt, die das Leben und den Alltag betreffen, fallen diese mE unter den Schutzbereich des **Privatlebens**. Werden Chatprotokolle erhoben, wird der Schutzbereich der **Kommunikation** erfasst. Es findet mE ein **Eingriff** in den beschriebenen Schutzbereich statt, da private Informationen recherchiert und sodann für weitere Entscheidungen gespeichert werden. Der **Anwendungsbereich des Art 8 EMRK** ist daher **erfüllt** und dem/der Betroffenen kommt ein Recht auf Achtung des Privatlebens und der Kommunikation zu.

Der/Die Arbeitgeber/in muss den/die Stellenbewerber/in über einen möglichen Zugriff auf sozialen Netzwerken **informieren** (Näheres zur Definition in Kapitel „3.3.2 1.Kriterium: Information über Überwachung“). Diese/r hat mE daher bereits bei Ausschreibung auf die Recherchetätigkeiten hinzuweisen. Wird in einem Bewerbungsschreiben auf ein Profil

verwiesen, kann der/die Dienstgeber/in in einem möglichen Antwortschreiben die weitere Untersuchung ankündigen. Die Informationspflicht ist daher erfüllt, wenn **tatsächlich informiert** wurde. Sollte keine Information erfolgen, ist der Eingriff nach Art 8 EMRK rechtswidrig und die Daten dürfen für eine weitere Entscheidung nicht herangezogen werden.

Art, Weise und Umfang der Untersuchung müssen sich auf einen **zulässigen Rahmen** stützen (Näheres zur Definition in Kapitel „3.3.3 2.Kriterium: Art, Weise und Umfang der Kontrolle in einem zulässigen Rahmen“). Wie bereits in Kapitel „2.10.2 Beurteilung der Öffentlichkeit von Suchmaschinen, freizeitorientierten und beruflich orientierten Netzwerken, Weblogs“ erwähnt, sind Suchmaschinen und deren Inhalte **öffentlich verfügbar**. In der E *Rotaru*³⁰⁸ stellt der EGMR fest, dass öffentlich zugängliche Daten Schutz vor Verwendungen nicht im vorhersehbaren Ausmaß genießen. Informationen, die bereits öffentlich zugänglich sind, sind daher von einem Eingriff grundsätzlich nicht geschützt.³⁰⁹ Da Suchmaschinen allgemein zugänglich sind, sind **Art, Weise und der Umfang** der Recherche in einem **zulässigen Rahmen**.

Selbst wenn aufgrund der allgemeinen Verfügbarkeit die Daten vor einem Eingriff nicht mehr geschützt sind, ist mE trotzdem zu prüfen, ob ein **bestimmter Zweck** für die Recherche auf Suchmaschinen vorliegt. Auf Informationen, die mit der Arbeitsstelle nicht in Verbindung stehen, darf nicht zugegriffen und damit für eine Entscheidung verwendet werden. In Kapitel „4.2.3.6 Praxisnahe Fälle und deren rechtliche Beurteilung“ wird auf einzelne Fallgruppen noch näher eingegangen.

Hieraus ergibt sich, dass sich **Recherchen auf Suchmaschinen** idR in einem **zulässigen Rahmen** befinden und somit nach **Art 8 EMRK rechtmäßig** sind, sofern die erhaltenen Informationen mit der Arbeitsstelle in einem Zusammenhang stehen und die Recherche angekündigt wurde.

³⁰⁸ EGMR 4.5.2000 (GK), 28341/95, *Rotaru*/Rumänien.

³⁰⁹ *Paefgen in Bogdandy/Peters* 110.

4.2.3.1.2 Freizeitorientierte Netzwerke

Eine andere Möglichkeit der Recherche besteht darin, auf Informationen, die sich auf **freizeitorientierten Plattformen** befinden, zuzugreifen. Da es sich idR um Daten handelt, die das Leben und den Alltag betreffen, fallen diese mE unter den **Schutzbereich des Privatlebens**. Wenn Chatprotokolle erhoben werden, werden diese vom **Schutzbereich der Kommunikation** erfasst (Näheres in Kapitel „3.3.1 Schutzbereich“). Ein **Eingriff** liegt, wie bereits oben erwähnt, vor, da **Recherchen durchgeführt** werden. Es ist auch hier der **Anwendungsbereich des Art 8 EMRK erfüllt** und dem/der Einzelnen kommt ein Recht auf Achtung des Privatlebens und der Kommunikation zu.

Die Recherche muss dem/der Bewerber/in vorher angekündigt werden. Hier kann auf die Ausführungen in Kapitel „4.2.3.1.1 Suchmaschinen“ verwiesen werden.

Als nächstes ist zu prüfen, ob **Art, Umfang und Weise** der Recherche in einem zulässigen Rahmen stattgefunden haben (Näheres zur Definition in Kapitel „3.3.3 2.Kriterium: Art, Weise und Umfang der Kontrolle in einem zulässigen Rahmen“). Es kommt hier auf das **Ausmaß der Recherchetätigkeit** sowie auf die **Intensität des Eingriffs** in die Privatsphäre an. Da freizeitorientierte Plattformen für den persönlichen Gebrauch verwendet werden und sich vor allem private Daten über den Alltag und das Leben des/der Nutzers/in auf diesen befinden, ist die **Intensität** in die **Privatsphäre sehr hoch**. Daten aus Profilen wurden für den privaten Gebrauch veröffentlicht und daher nicht für Entscheidungen, ob ein/e Bewerber/in für die Arbeitsstelle geeignet ist. Fraglich ist, inwiefern sich Art, Umfang und Weise in einem zulässigen Rahmen befinden, wenn der/die potenzielle Arbeitgeber/in kontrollieren möchte, ob vorvertragliche Treuepflichten, ob zB anvertraute Geschäftsgeheimnisse gewahrt wurden, verletzt wurden. ME hängt die Beurteilung davon ab, ob alle Mitteilungen oder nur Teile kontrolliert werden. Um mögliche Verletzungen der Treuepflicht auf freizeitorientierten Netzwerken zu finden, muss das gesamte Profil des/der Einzelnen durchforstet werden. Es besteht mE nicht die Möglichkeit, Daten zu filtern, um so zu vermeiden, dass ein Eingriff in private Informationen, die mit der Arbeitsstelle nicht in Verbindung stehen, stattfindet. Es liegt daher auch in dieser Fallkonstellation die Recherche in keinem zulässigen Rahmen, da es nicht vermeidbar ist, dass nur Daten durchsucht werden können, die ausschließlich betriebsbezogen sind. Art, Umfang und Weise der Recherche befinden sich daher in **keinem zulässigen Rahmen** und ein Eingriff in das Privatleben und die Kommunikation ist daher nach Art 8 EMRK rechtswidrig.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass Recherchen von Bewerber/innen auf **freizeitorientierten Plattformen** durch Arbeitgeber/innen nach Art 8 EMRK **nicht rechtmäßig** sind, da sich Art, Umfang und Weise in **keinem zulässigen Rahmen** bewegen.

4.2.3.1.3 Beruflich orientierte Netzwerke

Neben den freizeitorientierten werden Recherchetätigkeiten auch auf **berufsorientierten Netzwerken** durchgeführt. Wie bereits in „Kapitel 2.3.2 LinkedIn“ und „2.3.3 Xing“ erwähnt, wird den Arbeitgeber/innen auf diesen die Möglichkeit geboten, sich schon vorab über eine/n potenzielle/n Arbeitnehmer/in zu informieren. Dienstnehmer/innen erstellen Nutzer/innenkonten auf diesen Diensten, um ihre Qualifikationen und Fähigkeiten der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Die Plattformen schaffen so eine Verbindung zwischen den potenziellen Vertragspartner/innen. ME handelt es sich hierbei um Daten, wie zB Qualifikationen, Fähigkeiten oder frühere Arbeitsstellen, welche unter den **Schutzbereich des Privatlebens** fallen, da diese die Person selbst betreffen. Durch die Recherche findet auch hier wieder ein **Eingriff** statt. **Art 8 EMRK** kommt zur **Anwendung**.

Der/Die Arbeitgeber/in muss die Recherchetätigkeiten dem/der Einzelnen mitteilen. Hier kann auf die Ausführungen in Kapitel „4.2.3.1.1 Suchmaschinen“ verwiesen werden.

Art, Umfang und Weise der Recherche muss sich in einem zulässigen Rahmen abspielen (Näheres zur Definition in Kapitel „3.3.3 2.Kriterium: Art, Weise und Umfang der Kontrolle in einem zulässigen Rahmen“). ME stellt die Recherche auf beruflich orientierten Plattformen einen **sehr geringen Eingriff** in die Privatsphäre dar. Die Daten wurden zur Verfügung gestellt, um Arbeitgeber/innen zB Qualifikationen und Fähigkeiten besser darlegen und so eine Beziehung bzw einen Kontakt zu einem Unternehmen aufbauen zu können. Der/Die Einzelne legt mE auch das eigene Profil an, um gefunden zu werden und um dadurch eine Chance auf eine Arbeitsstelle zu erhalten.

Darüber hinaus muss der/die potenzielle Arbeitgeber/in Gründe für die Recherche darlegen können (Näheres zur Definition in Kapitel „3.3.4 3.-7. Kriterium“). Der Eingriff ist mE **gerechtfertigt**, da berufliche Plattformen geschaffen wurden und Personen darauf Informationen zur Verfügung stellen, um Unternehmen einen **guten Überblick über Informationen**, die den beruflichen Werdegang betreffen, zu geben. Die Daten sind für

berufliche Entscheidungen veröffentlicht worden. Dies ist zB aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen aus Punkt 1.1 von Xing ersichtlich. Demnach ist XING ein Dienst, der den Zweck verfolgt, durch eine Vielfalt unterschiedlicher Anwendungen zur **Verbesserung und Vereinfachung des Berufslebens** des/der Nutzers/in beizutragen.³¹⁰

Der Eingriff erfüllt mE auch einen **bestimmten Zweck** (Näheres zur Definition in Kapitel „3.3.4 3.-7. Kriterium“). Es werden Recherchen durchgeführt, um eine **Entscheidung über die Eignung eines/r potenziellen Arbeitnehmers/in** treffen zu können. Da es sich idR um berufliche Informationen handelt und diese der Öffentlichkeit und vor allem potenziellen Arbeitgeber/innen zugänglich gemacht werden, ist der **Zweck erfüllt**. Sollten private Informationen, wie Urlaubsfotos, zu finden sein, dürfen diese nicht für eine weitere Entscheidung herangezogen werden, da der Zweck nicht mehr erfüllt ist.

Um eine Vorentscheidung treffen zu können und sich somit Geld und Zeit zu sparen, werden Recherchen auf beruflich orientierten Plattformen durchgeführt. ME stellen diese Handlungen das **gelindeste Mittel** dar, das von der Rechtsordnung gebilligte Interesse, eine offene Arbeitsstelle mit einem/r passenden Bewerber/in zu besetzen, zu verfolgen (Näheres zur Definition in Kapitel „3.3.4 3.-7. Kriterium“).

In Bezug auf das Kriterium „Einsatz besonderer Sicherheitsvorkehrungen“ wird auf Kapitel „3.3.4 3.-7. Kriterium verwiesen.

Zuletzt müssen die **Konsequenzen** für den/die Bewerber/in **im Verhältnis zu den stattgefundenen Recherchetätigkeiten** stehen (Näheres zur Definition in Kapitel „3.3.4 3.-7. Kriterium“). Wird die Bewerbung abgelehnt, da der/die Bewerber/in aufgrund recherchierter Qualifikationen oder Fähigkeiten für die Arbeitsstelle nicht geeignet ist, steht die Ablehnung im Verhältnis zur Recherchetätigkeit. Sollte die Recherche unzulässig sein, stehen dem/der Bewerber/in einzelne Rechtsbehelfe zu. Auf diese wird in Kapitel „4.3 Folgen für potenzielle Arbeitnehmer/innen und Arbeitgeber/innen“ eingegangen.

Die Verfasserin kommt daher zu dem Ergebnis, dass nach Art 8 EMRK **Recherchen auf beruflich orientierten Plattformen rechtmäßig** sind, sofern die gefundenen Daten einen Bezug zur Arbeitsstelle aufweisen und die Recherchetätigkeiten angekündigt wurden (Zu

³¹⁰ <https://www.xing.com/terms#a-1> (zuletzt abgefragt am 15.03.2020).

den Konsequenzen einer unzulässigen Recherche siehe Kapitel „4.3.2 Folgen für potenzielle Arbeitgeber/innen“).

4.2.3.1.4 Webblogs

Zuletzt besteht noch die Möglichkeit, Informationen auf Webblogs, wie zB auf Wordpress, zu suchen und zu erheben. Es handelt sich hierbei um Daten, die das Leben und den Alltag betreffen. Daher fallen diese mE unter den Schutzbereich des **Privatlebens** (Näheres in Kapitel „3.3.1 Schutzbereich“). Wie bereits oben beschrieben, findet durch die Recherche ein **Eingriff** statt. Der **Anwendungsbereich des Art 8 EMRK** ist daher **erfüllt** und dem/der Betroffenen kommt ein Recht auf Achtung des Privatlebens zu.

Die Recherche muss dem/der Bewerber/in vorher angekündigt werden. Hier kann auf die Ausführungen in Kapitel „4.2.3.1.1 Suchmaschinen“ verwiesen werden.

Art, Weise und Umfang der Untersuchung müssen sich auf einen zulässigen Rahmen stützen (Näheres zur Definition in Kapitel „3.3.3 2.Kriterium: Art, Weise und Umfang der Kontrolle in einem zulässigen Rahmen“). Wie bereits in Kapitel „2.10.2 Beurteilung der Öffentlichkeit von Suchmaschinen, freizeitorientierten und beruflich orientierten Netzwerken, Webblogs“ erwähnt, sind Inhalte auf Webblogs **öffentlich verfügbar**. Es wurde bereits in Kapitel „4.2.3.1.1 Suchmaschinen“ erläutert, dass aus der E *Rotaru*³¹¹ hervorgeht, dass öffentlich zugängliche personenbezogene Daten Schutz vor Verwendungen nicht im vorhersehbarem Ausmaß genießen. Daten, die bereits öffentlich zugänglich sind, sind daher von einem **Eingriff nicht geschützt**. Die Recherchen auf Webblogs befinden sich daher **in einem zulässigen Rahmen**.

ME dürfen allerdings nicht alle Daten, welche auf Webblogs gefunden werden, für weitere Entscheidungen des/der Arbeitgebers/in herangezogen werden. Es muss immer ein **bestimmter Zweck** für den Eingriff vorliegen. In Informationen, die nicht mit der Arbeitsstelle in Verbindung stehen, darf nicht eingegriffen werden.

³¹¹ EGMR 4.5.2000 (GK), 28341/95, *Rotaru*/Rumänien.

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, dass Art, Weise und Umfang der **Recherchen auf Weblogs** einen **zulässigen Rahmen** darstellen, sofern ein Zusammenhang zwischen den Daten und der Arbeitsstelle vorliegt.

4.2.3.1.5 Zwischenergebnis

Recherchen auf Suchmaschinen und Weblogs sind nach Art 8 EMRK grundsätzlich zulässig, wenn die gefundenen Daten eine Verbindung zur Arbeitsstelle aufweisen und damit ein bestimmter Zweck vorliegt. Auf Daten auf freizeitorientierten Plattformen darf nach Art 8 EMRK nicht zugegriffen werden, da Art, Weise und Umfang der Untersuchung in keinem zulässigen Rahmen stattfinden. Der Eingriff auf beruflich orientierten Netzwerken befindet sich in einem zulässigen Rahmen und ist daher nach Art 8 EMRK rechtmäßig.

4.2.3.2 Art 8 GRC (Schutz personenbezogener Daten)

Neben Art 8 EMRK kann auf europäischer Ebene Art 8 GRC für eine rechtliche Beurteilung herangezogen werden. Nach diesem hat jede Person **Recht auf Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten** (siehe Näheres zur Erklärung in Kapitel „3.4 Art 8 GRC (Schutz personenbezogener Daten)“). Die Untersuchung findet auch hier nach den im Flussdiagramm dargestellten Fallgruppen (freizeitorientierte und beruflich orientierte Netzwerke, Weblogs und Suchmaschinen) statt.

4.2.3.2.1 Suchmaschinen

Wie bereits in Kapitel „4.2.3.1.1 Suchmaschinen“ erwähnt, können bei Recherchen von Bewerber/innendaten auf Suchmaschinen diese Informationen einer bestimmten Person zugeordnet werden. Es handelt sich daher um **personenbezogene Daten**. Durch die Recherche erfolgt eine **Datenverarbeitung**. (Näheres zur Definition in Kapitel „3.4.2 Verarbeitung personenbezogener Daten“). Der/Die Betroffene hat daher ein **Recht auf Schutz** der ihn/sie betreffenden personenbezogenen Daten.

Die Verarbeitung darf nur **nach Treu und Glauben** sowie zur **Erfüllung eines bestimmten Zwecks** erfolgen (Näheres zur Definition in Kapitel „3.4.3 Voraussetzung einer zulässigen Verarbeitung nach Art 8 Abs 2 GRC“). Der Grundsatz von Treu und Glauben ist erfüllt, wenn der/die potenzielle Arbeitnehmer/in über die Recherche informiert wird. Es wird in

diesem Zusammenhang auf die Ausführungen in Kapitel „4.2.3.1.1 Suchmaschinen“ verwiesen. Es reicht demnach, wenn der/die Arbeitgeber/in in der eigenen Ausschreibung angibt, dass Recherchen durchgeführt werden. Der **Zweck** ist nach Art 8 Abs 2 GRC dann erfüllt, wenn dieser festgelegt ist. ME ist eine Verarbeitung zweckmäßig, wenn eine **Verbindung zwischen den recherchierten Daten** und der **Arbeitsstelle** hergestellt werden kann. Es müssen daher die gefundenen Inhalte aus Suchmaschinen mit der Arbeitsstelle in Verbindung stehen. Es wird in Kapitel „4.2.3.6 Praxisnahe Fälle und deren rechtliche Beurteilung“ noch näher auf einzelne Fallgruppen eingegangen.

Im nächsten Schritt ist zu prüfen, ob eine Einwilligung oder eine gesetzliche Grundlage für die Datenverarbeitung vorliegt. Daten auf Suchmaschinen sind **allgemein verfügbar** (siehe auch Kapitel „2.10.2 Beurteilung der Öffentlichkeit von Suchmaschinen, freizeitorientierten und beruflich orientierten Netzwerken, Weblogs“). Damit Daten allgemein verfügbar wurden, musste mE der/die Einzelne dieser Veröffentlichung zustimmen. ME wurden die Daten demnach veröffentlicht, damit andere Personen diese verwenden können. Daher liegt eine rechtmäßige Einwilligung nach Art 8 GRC vor. Eine **gesetzliche legitime Grundlage** für eine Recherche auf Suchmaschinen ist in diesem Fall nicht erforderlich, da eine Zustimmung durch die Veröffentlichung erfolgt.

Im Ergebnis kann gesagt werden, dass Recherchen von Daten auf **Suchmaschinen erlaubt** sind, sofern diese **angekündigt** wurden und eine **Verbindung zur Arbeitsstelle** besteht. Die allgemeine Verfügbarkeit stellt die Einwilligung in die Verarbeitung dar.

4.2.3.2.2 Freizeitorientierte Plattformen

Bei Daten auf freizeitorientierten Plattformen handelt es sich um **personenbezogene** (siehe Kapitel „3.2.2.1 Personenbezogene Daten“), da diese mE idR sofort einer bestimmten Person anhand des Namens oder des Profilbilds zugeordnet werden können. Der/Die Arbeitgeber/in **verarbeitet** die erhobenen personenbezogenen Daten, da diese/r auf Social-Media-Diensten recherchiert und die erhaltenen bzw gesuchten Informationen als Grundlage für seine/ihre Entscheidung heranzieht. Dem/Der Einzelnen kommt daher ein **Recht auf Schutz** der ihn/sie betreffenden personenbezogenen Daten zu. In Bezug auf die Anforderungen des **Grundsatzes von Treu und Glauben** wird auf die Ausführung in Kapitel „4.2.3.1.1 Suchmaschinen“ verwiesen.

Neben dem Grundsatz von Treu und Glauben muss die Verarbeitung einem **bestimmten Zweck** entsprechen (Näheres zur Definition in Kapitel „3.4.3 Voraussetzung einer zulässigen Verarbeitung nach Art 8 Abs 2 GRC“). Bei freizeitorientierten Plattformen handelt es sich um Netzwerke, welche für den persönlichen Gebrauch verwendet werden. Dort stößt der/die Arbeitgeber/in vor allem auf private Daten über den Alltag und das Leben des/der Nutzers/in. Daten aus Profilen wurden für den Zweck des privaten Gebrauchs veröffentlicht. IdR haben diese **keine Verbindung zur Arbeitsstelle** und sind daher für eine Entscheidung, ob der/die Bewerber/in geeignet ist, nicht relevant und damit nicht von Bedeutung. Ein bestimmter Zweck für die Verarbeitung liegt mE nicht vor und **Recherchen auf freizeitorientierten Plattformen** sind nach Art 8 GRC **nicht rechtmäßig**.

Die Untersuchung hat gezeigt, dass **Recherchen auf freizeitorientierten Plattformen** nach Art 8 GRC **rechtswidrig** sind, da der Grundsatz der Zweckbindung nicht erfüllt ist.

4.2.3.2.3 Beruflich orientierte Plattformen

Es handelt sich auch bei diesen Daten um **personenbezogene**, da auch hier idR sofort eine bestimmte Person durch den Namen oder ein Profilbild identifiziert werden kann (siehe Kapitel „3.2.2.1 Personenbezogene Daten“). Darüber hinaus **verarbeitet** der/die Dienstgeber/in personenbezogene Daten, wenn auf beruflich orientierten Plattformen recherchiert wird. Dem/Der Einzelnen kommt daher ein **Recht auf Schutz** der ihn/sie betreffenden personenbezogenen Daten zu.

In Bezug auf die Anforderungen des **Grundsatzes von Treu und Glauben** wird auf die Ausführung in Kapitel „4.2.3.1.1 Suchmaschinen“ verwiesen.

Eine Verarbeitung ist nur dann rechtmäßig, wenn diese zweckmäßig ist. Hier sei auf die Erläuterungen aus Kapitel „4.2.3.1.3 Beruflich orientierte Netzwerke“ zu verweisen. Demnach ist der **Zweck für Recherchen** von Daten aus beruflich orientierten Plattformen **erfüllt**, da diese durchgeführt werden, um Entscheidungen über die Eignung eines/r potenziellen Arbeitnehmers/in treffen zu können. Es handelt sich hierbei idR um berufliche Informationen.

Für eine rechtmäßige Verarbeitung nach Art 8 GRC muss darüber hinaus eine Einwilligung oder eine gesetzliche Grundlage vorliegen (Näheres zur Definition in Kapitel „3.4.3

Voraussetzung einer zulässigen Verarbeitung nach Art 8 Abs 2 GRC“). Der Tatbestand der **gesetzlichen Grundlage** ist weit auszulegen. Demnach können auch sekundärrechtliche verankerte Gründe für die Möglichkeit einer zulässigen Verarbeitung unter diese Bestimmungen fallen. Die in der **DSGVO dargelegten Gründe** können eine **gesetzliche Grundlage** darstellen. Es wird auf diese in Kapitel „4.2.3.3.3 Beruflich orientierte Plattformen“ nähere eingegangen.

Darüber hinaus könnte eine Einwilligung die Verarbeitung rechtfertigen. Diese kann ausdrücklich oder stillschweigend abgegeben werden. Wird der/die Stellenbewerber/in **direkt im Bewerbungsgespräch** gefragt, ob der Recherche zugestimmt wird, kann von einer **ausdrücklichen Zustimmung** gesprochen werden. Die **Erstellung des Profils selbst** könnte mE auch eine Einwilligung darstellen, da dieses für den Zweck erstellt wurde, um Unternehmen einen guten Überblick über den beruflichen Werdegang zu vermitteln. Es soll so eine Verbindung zwischen den potenziellen Vertragsparteien geschaffen werden.

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, dass Recherchen auf **beruflich orientierten Plattformen zulässig** sind, sofern über die Verarbeitung informiert wurde, die Daten mit der Arbeitsstelle in Verbindung stehen und der/die Einzelne in diese eingewilligt hat. Dies kann durch ausdrückliche Zustimmung oder konkludent durch Erstellung eines Profils erfolgen. Die in der DSGVO dargelegten Gründe können eine gesetzliche Grundlage darstellen (siehe Näheres in Kapitel „4.2.3.3.3 Beruflich orientierte Plattformen“).

4.2.3.2.4 Webblogs

Bei Daten auf **Webblogs** handelt es sich um **personenbezogene**, da auf diesen Informationen aus dem Alltag und dem Leben veröffentlicht werden. Der/Die Arbeitgeber/in **verarbeitet** durch die Recherche und Heranziehung der Informationen für weitere Entscheidungen personenbezogene Daten (Näheres zur Definition in Kapitel „3.4.2 Verarbeitung personenbezogener Daten“). Art 8 GRC findet daher Anwendung und dem/der Einzelnen kommt ein **Schutz der ihn/sie betreffenden personenbezogenen Daten** zu.

In Bezug auf die Anforderungen des **Grundsatzes von Treu und Glauben** wird auf die Ausführung in Kapitel „4.2.3.1.1 Suchmaschinen“ verwiesen. Wie bereits erwähnt, muss die Verarbeitung einen **bestimmten Zweck** aufweisen. Stehen die Daten mit der Arbeitsstelle

in Verbindung, ist mE das Zweckbindungsprinzip erfüllt. In Kapitel „4.2.3.6 Praxisnahe Fälle und deren rechtliche Beurteilung“ wird auf dieses noch näher eingegangen.

Darüber hinaus ist zu prüfen, ob eine Einwilligung oder eine gesetzliche Grundlage für die Verarbeitung vorliegt. Wie bereits in Kapitel „2.10.2 Beurteilung der Öffentlichkeit von Suchmaschinen, freizeitorientierten und beruflich orientierten Netzwerken, Webblogs“ erwähnt, sind Daten auf Webblogs frei zugänglich und damit **allgemein verfügbar**. Der/Die Einzelne veröffentlicht selbst Inhalte über den Alltag und das Leben und stimmt mE daher indirekt zu, dass diese verwendet werden. Es liegt demnach eine rechtmäßige Einwilligung nach Art 8 GRC vor. Das Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage ist nicht erforderlich, da bereits eine Zustimmung vorliegt.

Es ist somit schlusszufolgern, dass Recherchen von Daten auf **Webblogs** grundsätzlich **erlaubt** sind, sofern diese angekündigt wurden und eine Verbindung zur Arbeitsstelle aufweisen. Die allgemeine Verfügbarkeit stellt eine indirekte Einwilligung zur Verarbeitung dar.

4.2.3.2.5 Zwischenergebnis

Es ist auch nach Art 8 GRC zulässig, Recherchen auf Suchmaschinen und Webblogs durchzuführen, sofern die gefundenen Daten eine Verbindung zur Arbeitsstelle aufweisen. Auf freizeitorientierten Plattformen darf keine Recherche erfolgen, da der Zweck nicht erfüllt ist. Eine Verarbeitung von Daten auf beruflich orientierten Netzwerken ist nach Art 8 GRC erlaubt.

4.2.3.3 Grundrecht auf Datenschutz nach dem DSG und der DSGVO

Auf innerstaatlicher österreichischer Ebene kann mittels des DSG sowie der DSGVO, sohin aus datenschutzrechtlicher Perspektive, geprüft werden, ob *Background-Checks* und damit die Kontrolle von Social-Media-Profilen durch den/die potenzielle/n Arbeitgeber/in rechtskonform sind.

Die rechtliche Prüfung findet auch hier nach den im Flussdiagramm aufgegliederten Fallgruppen statt. Es wurde bereits in den Kapiteln 3.2.1.1 und 3.2.1.3 auf den räumlichen und zeitlichen Anwendungsbereich eingegangen. Dieser wird daher nicht nochmals

dargelegt. Der sachliche Anwendungsbereich und die darauffolgende einzelne Beurteilung werden in den folgenden Unterkapiteln näher erläutert.

4.2.3.3.1 Suchmaschinen

In Bezug auf die Ausführungen, ob es sich um **personenbezogene Daten** handelt sowie eine Verarbeitung vorliegt, wird auf die Erläuterungen aus Kapitel „4.2.3.2.1 Suchmaschinen“ verwiesen. Es handelt sich idR um personenbezogene Daten, welche durch den/die potenzielle/n Arbeitgeber/in verarbeitet werden. Damit kommt das DSG bzw die DSGVO zur Anwendung. Da **Suchmaschinen allgemein zugänglich** sind (Näheres in Kapitel „2.10.2 Beurteilung der Öffentlichkeit von Suchmaschinen, freizeitorientierten und beruflich orientierten Netzwerken, Webblogs“) und Arbeitgeber/innen auch nur auf der Allgemeinheit im Internet zur Verfügung stehende Daten greifen können, hat der/die Betroffene meiner Ansicht nach nicht die Möglichkeit, ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse geltend zu machen, welches der Recherchetätigkeit entgegensteht.

Wenn auch Daten allgemein verfügbar sind, muss die Datenverarbeitung nach *Hitz*³¹² und *Dolamic*³¹³ einen bestimmten Zweck nach dem **Zweckbindungsprinzip** (Näheres dazu in Kapitel „3.2.3.4 Zweckbindungsprinzip“) aufweisen. Es ist nur erlaubt, Informationen zu verwenden, die **im Rahmen eines Bewerbungsverfahrens** herangezogen werden dürfen. Die Verfasserin schließt sich dieser Meinung an. Selbst wenn Daten allgemein verfügbar sind, darf der/die Arbeitgeber/in nicht alle auffindbaren Inhalte verwenden. § 1 Abs 1 DSG spricht von einem Ausschluss des schutzwürdigen Interesses. Es wird allerdings nicht explizit erwähnt, dass die Grundsätze in Art 5 Abs 1 DSGVO nicht eingehalten werden müssen. Daher hat immer ein festgelegter, eindeutiger und legitimer Zweck vorzuliegen.³¹⁴ ME muss immer eine **Verbindung zwischen Arbeitsstelle und herangezogener Information** bestehen, um die Grundsätze der DSGVO zu erfüllen. In dem Unterkapitel „4.2.3.6 Praxisnahe Fälle und deren rechtliche Beurteilung“ wird noch näher auf einzelne Fallbeispiele eingegangen.

Recherchen auf Suchmaschinen sind nach § 1 DSG **erlaubt**, sofern die Daten eine **Verbindung zur in Aussicht genommenen Arbeitsstelle** aufweisen.

³¹² *Hitz*, Manz 2018, 12.

³¹³ *Dolamic*, Dako 2017, 109.

³¹⁴ *Rosenmayer-Klemenz*, EU-DSGVO 26.

4.2.3.3.2 Freizeitorientierte Plattformen

4.2.3.3.2.1 Verarbeitung personenbezogener Daten und Prüfung der allgemeinen Verfügbarkeit

In Bezug auf die Ausführungen, ob es sich um personenbezogene Daten handelt sowie ob eine Verarbeitung vorliegt, wird auf die Erläuterungen in Kapitel „4.2.3.2.2 freizeitorientierte Plattformen“ verwiesen. Das DSG bzw die DSGVO kommen demnach aufgrund der **Verarbeitung personenbezogener Daten** zur Anwendung und der/die Bewerber/in hat grundsätzlich einen **Anspruch auf Geheimhaltung**.

Wie bereits in Kapitel „2.10.2 Beurteilung der Öffentlichkeit von Suchmaschinen, freizeitorientierten und beruflich orientierten Netzwerken, Weblogs“ erwähnt, sind freizeitorientierte Netzwerke **nicht allgemein zugänglich**, da ein Profil benötigt wird, um Daten einsehen zu können. Der Anspruch auf Geheimhaltung ist daher nicht ausgeschlossen.

4.2.3.3.2.2 Prüfung der Grundsätze der Datenverarbeitung nach Art 5 DSGVO

Im nächsten Schritt ist zu prüfen, ob die **Grundsätze für eine rechtmäßige Datenverarbeitung** nach Art 5 DSGVO erfüllt sind. Eine Verarbeitung ist demnach nur dann gesetzeskonform, wenn die Grundsätze der Rechtmäßigkeit, von Treu und Glauben, der Transparenz, der Zweckbindung, der Beschränkung, der Richtigkeit, der Speicherbegrenzung, der Integrität und der Vertraulichkeit eingehalten werden (Näheres in Kapitel „3.2.3 Grundsätze der Datenverarbeitung nach Art 5 DSGVO“).

In der Lit haben sich bereits einige Autor/innen mit der rechtlichen Beurteilung der Grundsätze für eine rechtmäßige Datenverarbeitung in Bezug auf die Recherche auf freizeitorientierten Netzwerken beschäftigt. Für *Dolamic*³¹⁵ müssen die Daten als Grundlage für die **Entscheidung über die Begründung eines Arbeitsverhältnisses erforderlich** sein, um eine Erfüllung der Grundsätze nach Art 5 DSGVO zu bejahen. Der Tatbestand der Erforderlichkeit ist erfüllt, wenn die ermittelten Informationen nicht anders als durch die Recherche im Internet erlangt werden können. *Hitz*³¹⁶ erwähnt in Bezug auf die Meinung

³¹⁵ *Dolamic*, Dako 2017, 109.

³¹⁶ *Hitz*, Manz 2018, 12.

von *Dolamic*, dass grundsätzlich nur die moralische Verpflichtung besteht, im Stadium der Bewerbung richtige Informationen anzugeben, außer es handelt sich um für die Arbeit notwendige Daten. Es kann daher nicht von vornherein davon ausgegangen werden, dass die Daten in einem Bewerbungsgespräch erlangt werden können und daher der Tatbestand der Erforderlichkeit nicht erfüllt ist.

ME ist bei der Ansicht von *Hitz* und *Dolamic* das entscheidende Kriterium für die Beurteilung der Erforderlichkeit der **zeitliche Faktor**. *Background-Checks* werden idR schon vor einem Bewerbungsgespräch durchgeführt, da erst durch die Recherche die Entscheidung gefällt wird, ob ein/e Stellenwerber/in überhaupt zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen wird, da dies eine Zeitersparnis für den/die prospektive/n Dienstgeber/in darstellt. Diese/r weiß daher noch gar nicht, ob die erhobenen Informationen bei einem Gespräch erlangt werden können oder seine/ihre Fragen durch Recherche im Internet beantwortet werden können. Zu diesem Zeitpunkt kann daher nicht festgestellt werden, ob Daten tatsächlich erforderlich sind. ME muss jeder der vorzuliegenden Grundsätze der Datenverarbeitung einzeln geprüft werden. Dies wird in den nächsten Kapiteln durchgeführt.

4.2.3.3.2.3 Prüfung des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit nach Art 6 Z 1 lit a DSGVO

Der **Grundsatz der Rechtmäßigkeit** könnte durch eine Einwilligung in die Recherchetätigkeiten durch den/die Stellenbewerber/in erfüllt sein. Die Einwilligung nach Art 6 Z 1 lit a DSGVO wurde bereits in Kapitel „3.2.3.1.1 Einwilligung nach Art 6 Z 1 lit a DSGVO“ vorgestellt.

Demnach kann eine Erklärung ausdrücklich oder stillschweigend abgegeben werden. Eine **ausdrückliche Erklärung** liegt meiner Meinung nach dann vor, wenn zB Bewerber/innen bei Bewerbungsgesprächen einen **Fragebogen ausfüllen** und in diesem angeben müssen, ob sie mit einer Recherche in freizeitorientierten Netzwerken einverstanden sind. Wenn der/die Arbeitgeber/in **direkt im Bewerbungsgespräch fragt**, ob auf Social-Media-Diensten recherchiert werden darf, liegt auch eine ausdrückliche Erklärung vor. Verweist der/die Stellenwerber/in in den eigenen Bewerbungsunterlagen auf sein/ihr Profil, könnte mE eine **stillschweigende Erklärung** vorliegen.

Darüber hinaus muss die Einwilligung auch **freiwillig** sein. In Kapitel „3.2.3.1.1 Einwilligung nach Art 6 Z 1 lit a DSGVO“ wurde bereits erwähnt, dass ErwGr 42 S 5 DSGVO von einer freiwilligen Erklärung spricht, wenn der/die Einwilligende in der **Lage** ist, die **Zustimmung zu verweigern** oder **zurückzuziehen**, ohne dass diese/r einen Nachteil erleidet. Eine Einwilligung ist demnach nicht freiwillig, wenn zB ein **klares Ungleichgewicht** zwischen dem/der Stellenwerber/in und dem/der Arbeitgeber/in besteht, welches nach ErwGr 34 DSGVO bei einem Arbeitsverhältnis vorliegen könnte. In diesem Zuge führt die *Artikel-29-Datenschutzgruppe* an, dass idR **nie von einer freiwilligen Einwilligung** ausgegangen werden kann, da es sich um ein ungleiches Machtverhältnis handelt und daher der Tatbestand der Einwilligung nur erfüllt ist, wenn mit der **Nicht-Einwilligung keine negativen Folgen** verbunden sind. *Kastelitz/Hötzendorfer/Tschohl*³¹⁷ vertreten hier allerdings die Ansicht, dass nicht von vornherein ein kategorischer Ausschluss stattfinden sollte, sondern immer im **Einzelfall eine Prüfung** durchgeführt werden soll, wobei hier nicht näher auf die Voraussetzungen für diese eingegangen wurde. ME können diese Ausführungen auch auf die Einwilligung in Bezug auf die Verarbeitung personenbezogener Daten bei Vertragsanbahnung herangezogen werden, da auch im Stadium der Anbahnung ein ungleiches Machtverhältnis besteht. Es ist davon auszugehen, dass der/die Einzelne die Arbeitsstelle benötigt, um das Leben mit dem verdienten Gehalt zu finanzieren, wodurch diese/r von dem Arbeitsplatz wirtschaftlich abhängig ist.

ME ist eine Einwilligung demnach nicht freiwillig, wenn die Einbeziehung in die engere Auswahl bzw die **Berücksichtigung in weitere Bewerbungsrunden** von der Zustimmung in die Verarbeitung der Daten abhängig gemacht wird oder der/die Arbeitgeber/in zum Ausdruck bringt, dass **bessere Chancen auf die Arbeitsstelle** nur dann bestehen, wenn in die Verarbeitung eingewilligt wird. Meiner Ansicht nach ist daher nur dann der Tatbestand der Freiwilligkeit erfüllt, wenn es keine negativen Folgen gibt, sollte in die Verarbeitung nicht eingewilligt werden und dies auch klar zum Ausdruck kommt. Dieser Umstand wird allerdings nur sehr schwer vorstellbar sein und ist daher mE kaum realistisch.

Gibt der/die Arbeitgeber/in bereits Hinweise auf die mögliche Recherche auf Social-Media-Diensten in seiner Stellenausschreibung und **verweist** der/die Bewerber/in aufgrund dessen auf sein/ihr **Nutzer/innenkonto**, kann meiner Ansicht nach auch in dieser Konstellation **keine Freiwilligkeit** vorliegen. In diesem Fall wird der/die potenzielle Arbeitnehmer/in sein

³¹⁷ *Kastelitz/Hötzendorfer/Tschohl* in *Knyrim*, *DatKomm* Art 6 DSGVO Rz 24.

Social-Media-Profil zur Verfügung stellen, da er/sie sonst nicht in die engere Auswahl kommen wird. Ein/e Arbeitgeber/in wird wahrscheinlich die Person, welche offener ist, zu einem Bewerbungsgespräch einladen. Es besteht ein Abhängigkeitsverhältnis bzw ein Ungleichgewicht zwischen Stellenwerber/in und Unternehmer/in. Für die Verfasserin liegt hier aufgrund der dargelegten Argumente keine Freiwilligkeit vor und die Einwilligung ist nicht gültig.

Erwähnt der/die Arbeitgeber/in **in der eigenen Ausschreibung** seine/ihre geplanten Recherchetätigkeiten **nicht** und der/die Stellenwerber/in **stellt** in diesem Fall sein/ihr **Social-Media-Profil zur Verfügung**, kann auch hier mE nicht von einer freiwilligen Einwilligung ausgegangen werden, da indirekt doch ein Zwang vorliegt, da der/die Bewerber/in annehmen kann, dass eine Zustimmung für die Phase des Bewerbungsverfahrens gefordert wird, um in die nächste Runde der Bewerbungsphase zu gelangen bzw um zu einem Bewerbungsgespräch eingeladen zu werden. Darüber hinaus ist in dieser Fallkonstellation auch der Grundsatz der Transparenz (Näheres in Kapitel „3.2.3 Grundsätze der Datenverarbeitung nach Art 5 DSGVO“) zu beachten, da der/die Betroffene nicht von einer Verarbeitung Kenntnis erlangt und somit nicht die Möglichkeit besteht, die ihm/ihr zustehenden Betroffenenrechte geltend zu machen.

Darüber hinaus ist eine Einwilligung nach **Art 7 Abs 4 DSGVO** auch dann nicht freiwillig, wenn das Zustandekommen des Arbeitsvertrages von der Zustimmung zur Verarbeitung aus Social-Media-Diensten abhängig gemacht wird, obwohl diese Daten gar nicht für die Vertragserfüllung benötigt werden (**Koppelungsverbot**).³¹⁸ Daten aus freizeitorientierten Plattformen werden mE kaum für die Vertragserfüllung benötigt, da es sich idR um private Daten handelt und daher in keinem Zusammenhang zur Arbeitsstelle stehen.

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, dass eine **Einwilligung** in die Verarbeitung personenbezogener Daten aus freizeitorientierten Netzwerken in den überwiegenden Fällen aufgrund der dargelegten Umstände nicht freiwillig sein kann. Der Grundsatz der Rechtmäßigkeit ist daher nach Art 6 Z 1 lit a DSGVO nicht erfüllt.

³¹⁸ Fritz, Jahrbuch Datenschutzrecht 2016, 9.

4.2.3.3.2.4 Prüfung des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit nach Art 6 Z 1 lit f DSGVO

Der Grundsatz der Rechtmäßigkeit könnte allerdings nach Art 6 Z 1 lit f DSGVO erfüllt sein, wenn der/die **Arbeitgeber/in ein höheres Interesse** als der/die Bewerber/in aufweisen kann. Meiner Ansicht nach kann jedoch der/die Dienstgeber/in **kein berechtigtes Interesse** geltend machen, da **freizeitorientierte Netzwerke für den privaten Gebrauch** verwendet werden und die Daten auch aus diesem Grund gepostet wurden. Selbst Daten auf Profilen, welche öffentlich zugänglich sind, wurden für den Zweck des privaten Gebrauchs veröffentlicht und nicht für eine Entscheidung über eine Arbeitsstelle. ME kann hier auch auf die analoge Welt Bezug genommen werden. So ist es zB dort auch nicht erlaubt zu verlangen, dass private Fotoalben bzw Urlaubsfilme bei einem Bewerbungsgespräch vorgelegt werden müssen. Wenn eine Verarbeitung in der analogen Welt nicht rechtmäßig ist, kann sie dies auch nicht in der digitalen Welt sein. Fraglich ist, inwiefern das Interesse des/der Arbeitgebers/in gegenüber dem des/der Bewerbers/in überwiegt, wenn Dienstgeber/innen recherchieren, ob Betriebsgeheimnisse gewahrt wurden. Wie bereits in Kapitel „4.2.3.1.2 Freizeitorientierte Netzwerke“ erläutert, muss das gesamte Profil des/der Einzelnen durchforstet werden, um Informationen wie diese zu erlangen. Es besteht mE nicht die Möglichkeit, Daten zu filtern, um so zu vermeiden, dass ein Eingriff in private Informationen, die mit der Arbeitsstelle nicht in Verbindung stehen, stattfindet.

Ist der/die Dienstgeber/in in einem Bewerbungsverfahren nicht gänzlich von dem/der Kandidaten/in überzeugt und möchte für die weitere Beurteilung auf Social-Media-Dienste zugreifen, steht ihm/ihr die Möglichkeit, welche gesetzlich in § 1158 Abs 2 ABGB und § 19 Abs 2 AngG verankert ist, der **Probezeit von maximal einem Monat** für Arbeiter/innen und Angestellte zu. In dieser Zeit kann die Arbeit des/der Stellenwerbers/in überprüft werden und diese/r kann so noch näher und besser kennengelernt werden. In dieser Phase kann das Vertragsverhältnis, ohne gesetzliche Fristen oder Termine zu beachten, jederzeit beendet werden.³¹⁹ Die Probezeit stellt daher mE eine verhältnismäßige und zumutbare Alternative zur Recherche auf Social-Media-Diensten für den/die Arbeitgeber/in dar.

Aufgrund der ausgeführten Argumente kommt einem/r Unternehmer/in mE **kein erhöhtes Interesse nach Art 6 Z 1 lit f DSGVO** gegenüber dem/der Stellenwerber/in zu und die Verarbeitung ist nicht rechtmäßig.

³¹⁹ Mayr, Arbeitsrecht § 19 AngG (Stand 1.10.2019, rdb.at).

4.2.3.3.2.5 Prüfung des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit nach Art 9 Abs 2 lit e DSGVO

Werden sensible Daten verarbeitet, könnte nach **Art 9 Abs 2 lit e DSGVO** eine **offensichtliche Selbstveröffentlichung** die Verarbeitung personenbezogener Daten von Stellenbewerber/innen auf freizeitorientierten Plattformen rechtfertigen. Es wurde bereits in Kapitel „3.2.4.2 Selbstveröffentlichung nach Art 9 Abs 2 lit e DSGVO“ diskutiert, dass Daten auf freizeitorientierten Plattformen nicht öffentlich zugänglich sind, da hierfür ein Profil benötigt wird. ME kommt es nicht auf den Umstand, ob innerhalb dieses Netzwerkes Daten allgemein zugänglich sind, an. Art 9 Abs 2 lit e DSGVO findet daher **keine Anwendung**.

4.2.3.3.2.6 Zwischenergebnis

Der Grundsatz der Rechtmäßigkeit bei einer Recherche auf freizeitorientierten sozialen Netzwerken wird daher nur erfüllt sein, wenn eine Einwilligung vorliegt und diese auch tatsächlich freiwillig ist. Dieser Umstand ist allerdings kaum vorstellbar. Der/Die potenzielle Arbeitgeber/in kann auch kein höheres Interesse als der/die Bewerber/in aufweisen, da die Daten auf derartigen Plattformen für den privaten Gebrauch veröffentlicht wurden. Ferner liegt auch keine offensichtliche Selbstveröffentlichung vor, da freizeitorientierte Plattformen nicht öffentlich zugänglich sind. Die Verfasserin kommt daher zum Schluss, dass **Recherchen auf freizeitorientierten Plattformen gegen § 1 DSG verstoßen** und schließt sich daher der Ansicht von *Dolamic*³²⁰ an.

4.2.3.3.3 Beruflich orientierte Plattformen

Es wird hier auf Kapitel „4.2.3.2.3 Beruflich orientierte Plattformen“ verwiesen. Demnach handelt es sich um **personenbezogene Daten**, die durch **Recherchetätigkeiten verarbeitet** werden. Das DSG bzw die DSGVO finden aufgrund der dargelegten Erläuterungen Anwendung und dem/der Einzelnen kommt grundsätzlich ein **Recht auf Geheimhaltung** zu.

Beruflich orientierte Plattformen sind **nicht allgemein verfügbar**, da Inhalte nur durch Anmeldung eingesehen werden können (siehe Kapitel „2.10.2 Beurteilung der

³²⁰ *Dolamic*, Dako 2017, 109.

Öffentlichkeit von Suchmaschinen, freizeitorientierten und beruflich orientierten Netzwerken“).

Da die Daten nicht allgemein verfügbar sind, ist im nächsten Schritt zu prüfen, ob die **Grundsätze für eine rechtmäßige Datenverarbeitung** nach Art 5 DSGVO eingehalten wurden.

Der **Grundsatz der Rechtmäßigkeit** ist zB dann erfüllt, wenn nach Art 6 Z 1 lit a DSGVO eine Einwilligung in die Datenverarbeitung vorliegt (Näheres in Kapitel „3.2.3.1.1 Einwilligung nach Art 6 Z 1 lit a DSGVO“). Es könnte, wie auch bei freizeitorientierten Netzwerken, eine ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung vorliegen. Eine **ausdrückliche Zustimmung** kann mE zB dann abgegeben werden, wenn der/die Stellenbewerber/in **direkt in einem Gespräch** gefragt wird, ob in das Profil eingesehen werden darf. Eine **stillschweigende** Einwilligung könnte durch **Hinweise auf ein Social-Media-Profil** vorliegen. Darüber hinaus könnte auch die **Erstellung eines Profils selbst** eine Einwilligung darstellen, da Profile auf beruflichen Plattformen mE idR zu dem Zweck erstellt wurden, um Unternehmen einen guten Überblick über den beruflichen Werdegang und Informationen über die Person selbst zu geben.

Eine **Zustimmung** in die Verarbeitung personenbezogener Daten muss **freiwillig** erfolgen. Eine Einwilligung ist zB dann nicht freiwillig, wenn das Koppelungsverbot verletzt wird oder ein Ungleichgewicht zwischen beiden Vertragspartner/innen besteht (Näheres in Kapitel „3.2.3.1.1 Einwilligung nach Art 6 Z 1 lit a DSGVO“). ME ist das **Koppelungsverbot nicht verletzt**, da Inhalte aus beruflichen Plattformen idR für eine Entscheidung im Bewerbungsverfahren benötigt werden und sich dort vor allem Informationen wie zB Qualifikationen oder Fähigkeiten des/der Bewerbungskandidaten/in befinden.

Es liegt mE auch **kein Ungleichgewicht** zwischen den potenziellen Vertragspartner/innen vor. Die Daten werden für den Zweck zur Verfügung gestellt, dass Qualifikationen, Fähigkeiten, bereits absolvierte Arbeitsstellen der Öffentlichkeit und vor allem potenziellen Arbeitgeber/innen zugänglich gemacht werden. Ein mögliches Ungleichgewicht wird auch dann nicht vorliegen, wenn der/die Stellenbewerber/in weiß, dass Unternehmen für ein Weiterkommen in der Bewerbungsphase ein Profil auf einem beruflich orientierten

Netzwerk voraussetzen. Diese Situation kann mit dem Vorlegen eines Lebenslaufs durch den/die Bewerber/in in der analogen Welt verglichen werden, denn auch hier erfolgt dies freiwillig, um dem Unternehmen einen Überblick zu gewähren, und es liegt kein Ungleichgewicht vor.

Der **Grundsatz der Rechtmäßigkeit** ist **erfüllt**, da eine ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung erfolgt und diese grundsätzlich freiwillig ist.

Für die weitere rechtskonforme Verarbeitung muss der Grundsatz **von Treu und Glauben** und der **Transparenz** erfüllt sein. Demnach muss der/die Arbeitgeber/in immer auf die bevorstehende oder bereits durchgeführte Verarbeitung, in diesem Fall auf die **Recherchetätigkeit, hinweisen**, um dem/der Betroffenen die Ausübung der Betroffenenrechte zu ermöglichen. Es reicht bereits aus, wenn der/die Arbeitgeber/in in der eigenen Ausschreibung angibt, dass Recherchen durchgeführt werden. Auf die nähere Ausgestaltung der Ankündigung wird auf Kapitel „4.2.3.1.1 Suchmaschinen“ verwiesen.

Neben den bereits erwähnten Grundsätzen muss auch der Grundsatz des **Zweckbindungsprinzips** eingehalten werden. Hier wird auf die Erläuterungen in Kapitel „4.2.3.1.3 Beruflich orientierte Netzwerke“ verwiesen. Der Zweck für eine Verarbeitung ist demnach erfüllt, wenn die **Daten in einer Verbindung zur Arbeitsstelle** stehen.

Der **Grundsatz der Datenminimierung** ist erfüllt, wenn die Erhebung auf **das notwendige Maß beschränkt** ist. Finden sich zB private Informationen auf einem beruflichen Profil, dürfen diese nicht für die Beurteilung herangezogen werden, da in diesem Fall, wie oben erwähnt, das Zweckbindungsprinzip nicht erfüllt ist. Der Grundsatz ist daher nicht verletzt, wenn nur berufliche Informationen verarbeitet werden.

Darüber hinaus muss der/die Arbeitgeber/in sicherstellen, dass die Daten **sachlich, richtig und auf dem neuesten Stand** sind. Diese/r hat bei der Erhebung sicherzustellen, dass die Daten richtig sind. Erlangt der/die Arbeitgeber/in später Hinweise auf die Unrichtigkeit der erhobenen Informationen, ist dem nachzugehen. Ferner muss der/die Arbeitgeber/in dafür Sorge tragen, dass die Daten angemessen gesichert sind. Werden die Maßnahmen befolgt, sind die Grundsätze **der Richtigkeit, Integrität und Vertraulichkeit** erfüllt (Näheres in Kapitel „3.2.3 Grundsätze der Datenverarbeitung nach Art 5 DSGVO“).

Die Verfasserin kommt zum Schluss, dass bei Recherchen von Daten aus beruflich orientierten Netzwerken die **Grundsätze einer rechtmäßigen Datenverarbeitung erfüllt** sind und der/die Arbeitgeber/in Daten, welche für **berufliche Zwecke** verwendet werden, für die **Beurteilung**, ob **ein/e Stellenwerber/in für eine Arbeitsstelle** geeignet ist, heranziehen darf.

4.2.3.3.4 Webblogs

Bereits in Kapitel „4.2.3.2.4 Webblogs“ wurde erläutert, dass es sich bei Inhalten auf Webblogs um **personenbezogene Daten** handelt und durch die Recherche und Heranziehung der Informationen für weitere Entscheidungen **verarbeitet** werden. ME kommt das DSG bzw. die DSGVO daher zur Anwendung.

Wie Suchmaschinen sind auch Webblogs öffentlich zugänglich, da jede/r auf die Inhalte zugreifen kann, ohne ein Profil zu benötigen (Näheres in Kapitel „2.10.2 Beurteilung der Öffentlichkeit von Suchmaschinen, freizeitorientierten und beruflich orientierten Netzwerken, Webblogs“). Daher kann der/die Bewerber/in **kein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse** geltend machen und der Ausschlussstatbestand der **allgemeinen Verfügbarkeit** nach § 1 Abs 1 DSG ist erfüllt.

Es muss allerdings mE auch bei der Recherche auf Webblogs das Zweckbindungsprinzip (Näheres in „Kapitel „3.2.3 Grundsätze der Datenverarbeitung nach Art 5 DSGVO“) erfüllt sein. Daher dürfen auch hier nur Informationen, welche **direkt für ein Bewerbungsverfahren benötigt** werden, verarbeitet werden. Es muss daher immer eine Verbindung zwischen der Arbeitsstelle und den herangezogenen Informationen bestehen, um die Grundsätze einer rechtmäßigen Datenverarbeitung zu erfüllen. In dem Unterkapitel „4.2.3.6 Praxisnahe Fälle und deren rechtliche Beurteilung“ wird noch näher auf einzelne Fallbeispiele eingegangen.

4.2.3.3.5 Zwischenergebnis

Die Verfasserin kommt zu dem Ergebnis, dass Daten aus **Suchmaschinen und Webblogs herangezogen werden dürfen**, sofern eine Verbindung zur Arbeitsstelle hergestellt werden kann. Recherchen auf **beruflich orientierten Netzwerken** sind **zulässig**, wenn es sich tatsächlich um berufliche Informationen, wie zB Qualifikationen oder frühere

Ausbildungsstellen handelt, da die Grundsätze aus Art 5 DSGVO erfüllt sind. **Recherchen auf freizeitorientierten Plattformen** sind hingegen **nicht zulässig**, da die Verarbeitung bereits nicht rechtmäßig ist.

4.2.3.4 Allgemeines Persönlichkeitsrecht des/der potenziellen Arbeitnehmers/in (Fragerecht des/der Arbeitgebers/in)

Neben den bereits diskutierten Bestimmungen nach dem Datenschutzgesetz, der EMRK und der GRC könnte auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht für die Beurteilung, ob sich der/die Arbeitgeber/in bei Recherchen auf Social-Media-Diensten, auf Blogs oder auf Suchmaschinen rechtskonform verhält, herangezogen werden.

Sowohl Arbeitgeber/innen als auch Stellenwerber/innen haben ein berechtigtes Interesse über den/die **künftige/n Vertragspartner/in nähere Informationen** zu erhalten. Um diese zu bekommen, werden idR Fragen gestellt.³²¹ Dem Fragerecht des/der Arbeitgebers/in sind auf Grundlage des § 16 ABGB (Allgemeines Persönlichkeitsrecht) Grenzen gesetzt, wodurch nicht alle Informationen in einem Bewerbungsverfahren gefragt werden dürfen.³²² Im Stadium der Vertragsanbahnung haben potenzielle Vertragspartner/innen (Stellenbewerber/in und Unternehmer/in) bestimmte **vorvertragliche Pflichten nach den Sorgfaltsmäßigkeitssmaßstäben** einzuhalten. So stellt sich die Frage, ob ein/e Stellenwerber/in eine **Informations- bzw Antwortpflicht** gegenüber einem/r potenziellen Arbeitgeber/in hat. Die Rechtmäßigkeit hängt davon ab, ob und in welchem Umfang die Privatsphäre des/der Dienstnehmers/in berührt wird. Liegt ein berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse des/der Arbeitgebers/in vor und ist dieses stärker als das des/der Arbeitnehmers/in, besteht ein **Fragerecht** und somit eine **Informationspflicht**.³²³ Es ist daher immer eine **Interessensabwägung** vorzunehmen, um festzustellen, welche Fragen wahrheitsgetreu beantwortet werden müssen.³²⁴ ZB müssen Fragen, bei denen eine unmittelbare Gefahr für Leib oder Leben anderer droht oder bei welchen es zu einer schwerwiegenden Berührung von Vermögensinteressen Dritter kommt, wahrheitsgemäß beantwortet werden. Um Arbeitnehmer/innen vor Eingriffen in die Privatsphäre zu schützen,

³²¹ Egermann Die Anbahnung des Arbeitsvertrages, in Mazal/Risak (Hrsg), Arbeitsrecht: System- und Praxiskommentar³⁴ (2019) Kap V Rz 3.

³²² Posch in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 16 ABGB Rz 46.

³²³ Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht in Grundzügen⁹ (2016) Rz 201.

³²⁴ Gerhartl, Fragerecht im Bewerbungsgespräch, PV-Info 2008, 38.

muss immer eine Abwägung anhand objektiver Kriterien durchgeführt werden. **Allgemeine Fragen** über die eigene Person, wie insbesondere über den Namen, die Adresse, Familienstand, Kinder und Angaben über die fachliche Kenntnis in Bezug auf die Arbeitsstelle, dürfen hingegen gefragt werden.³²⁵

Der/die Bewerber/in befindet sich trotz der Interessensabwägung oft in einer Art „Zwickmühle“. So besteht die Möglichkeit, dass es zu keiner Aufnahme in das Unternehmen kommt, wenn nicht alle Fragen beantwortet werden oder eine Beantwortung verweigert wird. Daher steht ihm/ihr nach der Lehre sowie nach der Rsp ein **„Recht auf situationsadäquate Falschbeantwortung“** zu.³²⁶

*Majoros*³²⁷ vertritt die Ansicht, dass die erwähnten Grenzen des Fragerechts auch für die Beurteilung, ob Recherchetätigkeiten auf Social-Media-Diensten rechtmäßig sind, herangezogen werden können. Ein/e Unternehmer/in darf demnach nur **Informationen recherchieren**, die er/sie **auch bei einem Gespräch fragen darf**. Ist die Frage **grundsätzlich zulässig**, unterscheidet *Majoros*³²⁸ weiter, ob es sich um Daten handelt, die für **alle Benutzer/innen oder nur für einen Teil sichtbar** sind. Der/Die Arbeitgeber/in verhält sich demnach gesetzeskonform, wenn nur die zulässig erfragten Informationen verwendet werden, die **öffentlich zugänglich** sind.

Bereits in Kapitel „2.10 Privater und Öffentlicher Zugang von Social-Media-Diensten und deren Nutzer/innenkonten“ wurde dargelegt, welche Inhalte öffentlich zugänglich sind. Recherchiert der/die Arbeitgeber/in auf **Suchmaschinen**, sind diese Informationen öffentlich und können daher **für die Beurteilung herangezogen** werden, wenn es sich um Daten handelt, die auch bei einem Gespräch erfragt werden dürfen. Auch bei Inhalten aus Blogs handelt es sich um öffentlich zugängliche Daten, welche daher **verarbeitet** werden können, wenn dem/der Arbeitgeber/in ein Fragerecht zukommen würde. **Berufsorientierte Plattformen** sind hingegen nicht allgemein zugänglich. Werden Beiträge aus diesen herangezogen, ist die Recherchetätigkeit allerdings **gesetzskonform**, da es sich grundsätzlich um berufliche Informationen wie Qualifikationen, Fähigkeiten oder bereits absolvierte Arbeitsstellen, die für Entscheidungen im Bewerbungsverfahren benötigt

³²⁵ Egermann in Mazal/Risak, Kap V Rz 4.

³²⁶ Windisch-Graetz in Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht II¹⁰ (2017) 25.

³²⁷ Majoros, ecolex 2010, 829.

³²⁸ Majoros, ecolex 2010, 829.

werden, handelt. Der Aufsatz von *Majoros*³²⁹ kann in diesem Fall nicht herangezogen werden, da die Zulässigkeit der Recherche nicht davon abhängt, ob Daten öffentlich zugänglich sind. **Freizeitorientierte Plattformen** sind auch nicht allgemein zugänglich, allerdings werden Informationen auf diesen zum Zwecke des privaten Gebrauchs veröffentlicht. Daher ist eine Verarbeitung dieser Daten jedenfalls **nicht erlaubt** (Näheres hierzu in Kapitel „4.2.3.3.2 Freizeitorientierte Plattformen“).

Zusammengefasst kann daher gesagt werden, dass **Recherchen auf Suchmaschinen und Blogs**, beurteilt nach dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gem § 16 ABGB und dem darauf stützenden Fragerecht, rechtlich **möglich** sind, wenn es sich um vom Fragerecht umfasste Daten handelt, da Suchmaschinen und Blogs öffentlich zugänglich sind. **Berufsorientierte Plattformen** sind nicht allgemein zugänglich. Werden Beiträge aus diesen herangezogen, ist die Recherchetätigkeit allerdings **gesetzeskonform**, da es sich grundsätzlich um berufliche Informationen handelt. Recherchetätigkeiten auf **freizeitorientierten Plattformen** sind dagegen **nicht rechtmäßig**.

4.2.3.5 Ergebnis

Sowohl nach den europäischen als auch österreichischen Bestimmungen dürfen Daten aus Suchmaschinen und Weblogs verwendet werden, sofern eine Verbindung zur Arbeitsstelle besteht, da die Informationen allgemein verfügbar sind. Recherchiert der/die Arbeitgeber/in auf beruflich orientierten Plattformen, ist dies ebenso zulässig, da diese geschaffen wurden, um eine Verbindung zwischen Arbeitgeber/innen und Arbeitnehmer/innen herzustellen. Recherchen auf freizeitorientierten Plattformen sind hingegen gesetzwidrig, da durch diese ein massiver Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des/der Bewerbers/in stattfindet, welcher nach keiner der angewendeten gesetzlichen Grundlagen gerechtfertigt ist. Die vorliegende Untersuchung kommt zu demselben Ergebnis wie auch die in Deutschland und der Schweiz (hierzu Näheres in den Kapiteln „4.2.1 Rechtslage in Deutschland“ und „4.2.2 Rechtslage in der Schweiz“). Die Lit kam auch hier zum Schluss, dass Recherchen auf beruflich orientierten Netzwerken rechtmäßig sind. Nach der deutschen Rechtslage dürfen auch Daten aus Suchmaschinen herangezogen werden. Informationen aus privaten Nutzer/innenprofilen dürfen dagegen nicht verwendet werden.

³²⁹ *Majoros*, ecolex 2010, 829.

4.2.3.6 Praxisnahe Fälle und deren rechtliche Beurteilung

Ist nun eine Recherche auf den Diensten nach Art 8 EMRK, Art 8 GRC, § 1 DSG und der DSGVO sowie dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht erlaubt, darf ein/e Arbeitgeber/in trotzdem nicht alle gefundenen Inhalte für die Einstellungsentscheidung heranziehen. Wie bereits erwähnt, muss immer ein **Zweck** für die Speicherung vorliegen. Daher dürfen nur Informationen als Grundlage genommen werden, welche eine **Verbindung zur Arbeitsstelle** aufweisen. In den nächsten Unterkapiteln wird diskutiert, ob die beispielhaft angeführten Daten für die Beurteilung herangezogen werden dürfen. Stützen die Arbeitgeber/innen trotzdem ihre Entscheidung auf die erlangten Informationen, verstoßen diese gegen das Grundrecht auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz nach Art 8 EMRK, das Grundrecht auf Datenschutz nach § 1 DSG und DSGVO, Art 8 GRC und das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Die Folgen aufgrund einer rechtswidrigen Verwertung für Arbeitgeber/innen werden in Kapitel „4.3 Folgen für potenzielle Arbeitnehmer/innen und Arbeitgeber/innen“ dargelegt.

4.2.3.6.1 Gerichtlich strafrechtliche und verwaltungsstrafrechtliche Verurteilungen (getilgt/ungetilgt)

In Bezug auf Informationen über eine **gerichtlich strafrechtliche und verwaltungsstrafrechtliche Verurteilung** können mE für die Beurteilung, ob das Zweckbindungsprinzip erfüllt ist, die Grundsätze über das Fragerecht des/der Arbeitgebers/in bzw die Grundsätze über die Informationspflicht des/der Bewerbers/in herangezogen werden (Näheres in Kapitel „4.2.3.4 Allgemeines Persönlichkeitsrecht des/der potenziellen Arbeitnehmers/in (Fragerecht des/der Arbeitgebers/in)“).

Grundsätzlich ist der/die potenzielle Arbeitnehmer/in nicht verpflichtet, auf Fragen über allfällige Vorstrafen zu antworten. Es wird allerdings zwischen getilgten und ungetilgten Vorstrafen unterschieden. **Getilgte** sind **nicht bekanntzugeben**. Dies wird damit begründet, dass mit Tilgung alle nachteiligen Folgen erloschen sind.³³⁰ Handelt es sich um **ungetilgte**, die die angestrebte berufliche Tätigkeit **objektiv ungeeignet erscheinen** lässt, müssen die Fragen dazu **wahrheitsgemäß** beantwortet werden.³³¹ Es dürfen daher Fragen gestellt

³³⁰ Egermann in Mazal/Risak, Kap V Rz 6.

³³¹ OGH 8 ObA 123/01y DRdA 2002, 490.

werden, welche einen **inneren, sachlichen Zusammenhang** zwischen der Arbeitsstelle und der Straftat aufweisen.³³²

Demnach können zB für Arbeitsstellen von Bankangestellten bekannte Vermögensdelikte für die Beurteilung verwendet werden.³³³ In einem anderen Fall urteilte der OGH³³⁴, dass ein Außendienstmitarbeiter, der bei einer Versicherung angestellt war und wegen eines Suchtgiftdelikts verurteilt wurde, im Einstellungsprozess die Frage, ob er ungetilgte Vorstrafen aufweist, wahrheitsgemäß beantworten muss. Dies wurde damit begründet, dass das Bekanntwerden des Suchtgiftdelikts in der Öffentlichkeit möglicherweise zu einem ungünstigen Image für das Unternehmen führen könnte.

Der Grundsatz der Zweckbindung ist daher mE dann erfüllt, wenn die erhobenen Daten, welche **gerichtlich strafrechtliche oder verwaltungsstrafrechtliche Verurteilungen** betreffen, aus Social- Media-Diensten in einem **Zusammenhang zur Arbeitsstelle** stehen.

4.2.3.6.2 Unprofessionelle Profilnamen

Darüber hinaus sollen **unprofessionelle Profilnamen** einen Ablehnungsgrund darstellen.³³⁵ Für die Definition der Unprofessionalität eines Profilnamens können mE die Allgemeinen Geschäfts- und Nutzungsbedingungen von Social-Media-Diensten herangezogen werden. Nach diesen ist ein Profilname **unprofessionell**, wenn dieser **nicht den Allgemeinen Geschäfts- und Nutzungsbedingungen** von Social-Media-Diensten entspricht. Demnach sehen zB die Bedingungen in Punkt 4 von Facebook vor, dass die Pflicht besteht, den wahren Namen zu verwenden.³³⁶ Es sollte sich um einen Namen handeln, unter dem der/die Nutzer/in im Familien- und Freundes/innenkreis bekannt ist. Zudem sollte sich dieser auf einem Ausweis oder Dokument befinden.³³⁷ Werden diese Regelungen nicht eingehalten, handelt es sich nach Züger³³⁸ um einen **Vertragsbruch**. In Österreich gibt es allerdings hierzu keinen Straftatbestand.

³³² Windisch-Graetz in Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht II¹⁰ 26.

³³³ OGH 8 ObA 123/01y.

³³⁴ OGH 8 ObA 123/01y DRdA 2002, 490.

³³⁵ <https://www.cio.de/a/karrierekiller-web-2-0,896431> (zuletzt abgefragt am 24.03.2020).

³³⁶ Schwenke, Social Media Marketing 43.

³³⁷ https://www.facebook.com/help/112146705538576?helpref=faq_content (zuletzt abgefragt 24.03.2020).

³³⁸ Züger, Digitaler ziviler Ungehorsam Spurensuche der Dissidenz im digitalen Zeitalter, juridikum 2014, 472.

Meiner Ansicht nach dürfen Informationen über das Benutzen von unprofessionellen Profilnamen **nicht verwendet** werden, da der Gebrauch uA in das Grundrecht auf Achtung des Privatlebens nach Art 8 EMRK eingreift. Unter den Schutzbereich fallen auch Profile und die dazugehörigen Profilnamen (Siehe Näheres in Kapitel „3.3.1 Schutzbereich“). Ein Eingriff ist nur unter den in Kapitel „3.3 Art 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Korrespondenz und der Wohnung“) beschriebenen Kriterien rechtmäßig. Diese Daten sind für die Entscheidung, ob ein/e Arbeitnehmer/in für die Arbeitsstelle geeignet ist, **nicht erforderlich** und **nicht aussagekräftig**. Unprofessionelle Profilnamen stehen in **keinem Zusammenhang** zur Qualifikation und Ausbildung der Stellenwerber/innen und sind somit für die Beurteilung der Berufseignung unwesentlich. Die Rechtswidrigkeit in Bezug auf die Allgemeinen Geschäfts- und Nutzungsbedingungen rechtfertigt die Zweckbestimmung auch nicht, da es sich hierbei um eine private Handlung handelt, die mit der Arbeitsstelle in keiner Verbindung steht. Das rechtswidrige Verhalten ist hier für das Verhältnis zwischen der Nutzungsplattform und dem/der Nutzer/in von Bedeutung.

4.2.3.6.3 Häufiges Posten von Inhalten auf Social-Media-Plattformen

Ein weiterer Ablehnungsgrund könnte das **häufige Posten von Inhalten auf Social-Media-Diensten** darstellen.³³⁹ Meiner Meinung nach ist bereits ein stündliches Veröffentlichen von Inhalten eine häufige Nutzung. Da angezeigt wird, zu welcher Zeit und an welchem Tag die Posts veröffentlicht wurden, kann diese Frequenz leicht festgestellt werden.

Indes muss meiner Ansicht nach geklärt werden, zu welchem Zeitpunkt die Inhalte veröffentlicht wurden. War der/die Stellenwerber/in **während der Arbeitszeit in einer früheren Arbeitsstelle aktiv**, darf dieses Wissen **für die Beurteilung** herangezogen werden, da anzunehmen ist, dass der/die Bewerbungskandidat/in dieses Verhalten auch in der in Aussicht genommenen Stelle beibehalten wird und somit seine/ihre Dienstpflicht verletzt. Darüber hinaus hat der/die Arbeitnehmer/in nach den Umständen nach **angemessene Dienste zu leisten**, sofern nichts anderes über Art und Umfang im Arbeitsvertrag geregelt wurde.³⁴⁰ Durch das ständige Online-Sein verschlechtert sich meiner Meinung nach die Qualität der Arbeit. Es kommt hier allerdings auf die Art der Arbeit an.

³³⁹ <https://www.cio.de/a/karrierekiller-web-2-0,896431> (zuletzt abgefragt am 08.04.2020).

³⁴⁰ Kietzbl/Rebhahn in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 1153 ABGB Rz 1.

Ist der/die Arbeitnehmer/in verpflichtet Werbung zu machen, kann das ständige Online-Sein nicht als Verletzung der Dienstpflicht gesehen werden, da hier die betrieblichen Interessen verfolgt werden.

Werden allerdings nur **in der Freizeit bzw in Pausen während der Arbeitszeit Social-Media-Dienste aktiv** verwendet, darf dieses Verhalten **nicht als Grundlage für eine Beurteilung** genommen werden, da hier uA das **Grundrecht auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz** nach Art 8 EMRK entgegenstehen könnte. Demnach fallen Handlungen auf Social-Media-Diensten, wie zB Postings, unter den Begriff des Privatlebens. Darüber hinaus werden Kommunikationsgespräche via Chat vom Begriff der Korrespondenz umfasst (siehe Näheres in Kapitel „3.3.1 Schutzbereich“). Ein Eingriff ist nur unter den in Kapitel „3.3 Art 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Korrespondenz und der Wohnung)“ beschriebenen Kriterien rechtmäßig. Freizeit und Pausen stehen dem/der Arbeitnehmer/in grundsätzlich frei zur Verfügung und diese/r kann selbst entscheiden, wie diese Zeit verbracht wird. Art, Umfang und Weise befinden sich daher mE in keinem zulässigen Rahmen und ein Eingriff in dieses Grundrecht ist rechtswidrig. Der/Die Arbeitnehmer/in sollte demnach die Stelle unabhängig von diesen Informationen erhalten.

4.2.3.6.4 Falsche Angaben über Qualifikationen des/der Stellenbewerbers/in

Zeitungsberichten zufolge erhalten Unternehmer/innen **unvollständige oder falsche Bewerbungsunterlagen**, wie insbesondere unrichtige Angaben über Berufserfahrungen, das Beherrschen von Computerprogrammen oder Sprachen.³⁴¹ Durch Recherchetätigkeiten im Internet, wie zB auf sozialen Diensten, haben mE Arbeitgeber/innen die Möglichkeit, unrichtige Unterlagen herauszufiltern und dadurch den/die Bewerber/in abzulehnen. Früher war dies nur durch ein direktes Bewerbungsgespräch oder durch die Kontaktaufnahme mit ehemaligen Arbeitgeber/innen möglich. Mittlerweile können Xing oder LinkedIn Profile mit den erhaltenen Unterlagen verglichen werden.

Meiner Meinung nach **dürfen die erhobenen Daten** in Bezug auf Qualifikationen des/der Stellenbewerbers/in herangezogen werden, da zwischen den Informationen und der zu

³⁴¹ <https://www.derstandard.at/story/1256745110415/ist-schummeln-im-lebenslauf-erlaubt> (zuletzt abgefragt am 14.03.2020).

besetzenden Arbeitsstelle ein **direkter Zusammenhang** besteht. IdR wird der/die Arbeitgeber/in aufgrund der bereitgestellten Unterlagen die Entscheidung, ob es zur Aufnahme in sein/ihr Unternehmen kommt, treffen. In diesen Materialien finden sich vor allem Daten über Qualifikationen. Sind diese falsch angegeben, kann es dazu führen, dass der/die Arbeitgeber/in eine/n Mitarbeiter/in aufnimmt, welche/r gar nicht für die Arbeitsstelle geeignet ist. Dadurch muss der/die Dienstgeber/in Zeit und Geld investieren, um dem/der Mitarbeiter/in die benötigten Kenntnisse zu vermitteln, da er/sie entgegen dem vermittelten Eindruck ungeeignet ist.

4.2.3.6.5 Hasspostings oder sonstige diskriminierende Kommentare

Ferner kommt es immer häufiger³⁴² dazu, dass **Hasspostings oder sonstige diskriminierende Kommentare** auf Social-Media-Diensten verbreitet werden. Es sind bereits Probleme in Bezug auf ein bestehendes Arbeitsverhältnis aufgetreten. Demnach werden des Öfteren Dienstnehmer/innen aufgrund von solchen Äußerungen vorzeitig entlassen.³⁴³

Meiner Ansicht nach könnten diese Äußerungen auch bei Anbahnung eines Arbeitsverhältnisses zu Problemen führen, da der/die Arbeitgeber/in aufgrund des Schutzes des eigenen Rufs bzw des Erfolgs der laufenden Geschäfte eine/n Stellenbewerber/in ablehnen könnte. Es stellt sich daher die Frage, ob eine Ablehnung aufgrund **von gefundenen Hasspostings oder sonstigen diskriminierenden Kommentaren** rechtmäßig ist.

Bei **Hasspostings** handelt es sich um alle in Worte, Bilder und Zeichen gekleideten, über eine Website abrufbaren Nachrichten einer Person, deren **Inhalt Gehässigkeit, ausgeprägte Geringschätzung, Verächtlichkeit oder Hass** gegenüber zumindest einer anderen Person zum Ausdruck bringt.³⁴⁴ Es gibt verschiedene Straftatbestände, unter welchem der/die Verfasser/in aufgrund eines Hasspostings strafbar ist: die gefährliche Drohung nach § 107 StGB, das Cyber-Mobbing nach § 107c StGB, die üble Nachrede nach § 111 StGB, die Beleidigung nach §§ 115f StGB oder die Verhetzung nach § 283 StGB.

³⁴² Windhager/Forgo, Hasspostings – Bedarf es einer gesetzlichen Verschärfung, AnwBl 2017, 98.

³⁴³ <https://derstandard.at/2000061041543/Entlassung-wegen-Facebook-Postings-Das-sollten-Arbeitnehmer-beachten> (zuletzt abgefragt am 21.04.2018).

³⁴⁴ Schallmoser, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Host Providers für "Hasspostings", ÖJZ 2018/26.

Der Ablehnung könnte die **Meinungsfreiheit** nach Art 13 StGG und 10 EMRK entgegenstehen. Jedermann hat das Recht, durch Wort, Schrift, Druck oder bildliche Darstellung die eigene Meinung innerhalb der gesetzlichen Schranken frei zu äußern. Eine Einschränkung ist dann möglich, wenn es zur Verletzung von Tatsachenbehauptungen oder Werturteilen von Rechten Dritter kommt. Nach der Rsp des EGMR³⁴⁵ wirkt Art 10 EMRK auch **im Verhältnis zwischen Arbeitgeber/innen und Arbeitnehmer/innen**. So müssen Dienstnehmer/innen hinreichend geschützt werden, um bei einer möglichen Meinungsäußerung nicht ihren Arbeitsplatz verlieren zu können. Es muss allerdings trotzdem der **Schutz des guten Rufes des/der Arbeitgebers/in und der Rechte anderer gewährleistet** werden.³⁴⁶

Meiner Ansicht nach kann diese Ausführung auch schon auf ein im Anbahnungsstadium befindliches Arbeitsverhältnis angewendet werden. Durch **Äußerungen**, die Hasspostings oder diskriminierende Kommentare enthalten, kann der/die Unternehmer/in in seinem/ihrem **Erfolg, ein gutes Geschäft** zu führen bzw in **Aufrechterhaltung des eigenen Rufes** geschädigt werden. Würde das Unternehmen den/die potenzielle/n Arbeitnehmer/in aufnehmen, könnte ein schlechtes Licht auf dieses fallen, da die Gesellschaft oder Vertragspartner/innen annehmen könnten, dass solche persönlichen Äußerungen oder Einstellungen akzeptiert bzw sogar unterstützt werden. Die Daten **dürfen** daher **me verwendet werden**. Die **Meinungsfreiheit** kann hierbei nach Art 13 StGG und 10 EMRK **eingeschränkt** werden.

4.2.3.6.6 Informationen über Alkoholkonsum

Ein weiterer Ablehnungsgrund könnten **Informationen über Alkoholkonsum**, wie zB Fotos aus Social-Media-Diensten, auf denen Stellenbewerber/innen vermehrt Alkohol konsumiert haben, darstellen.³⁴⁷

Es stellt sich zunächst grundsätzlich die Frage, ob Arbeitgeber/innen berechtigt sind, Fragen über den Alkoholkonsum, die Trinkgewohnheit oder das Vorliegen einer Alkoholkrankheit in einem Bewerbungsverfahren zu stellen. Da es keine Sondernormen gibt, werden die **Grenzen des Fragerechts für die rechtliche Beurteilung** herangezogen (Näheres in

³⁴⁵ EGMR 21.7.2011, 28274/98, *Heinisch*/Deutschland.

³⁴⁶ *Schrammel*, Die Freiheit der Meinungsäußerung im Arbeitsverhältnis, MR 2013, 119.

³⁴⁷ <https://www.jobweiser.at/feed/facebook-postings-bewerbung/> (zuletzt abgefragt am 22.04.2018).

Kapitel „4.2.3.4 Allgemeines Persönlichkeitsrecht des/der potenziellen Arbeitnehmers/in (Fragerecht des/der Arbeitgebers/in)“). Handelt es sich um Fragen nach Trinkgewohnheiten, stellt das einen Eingriff in die Privatsphäre dar. Fragen zu **Einstellungen zum Alkohol** oder **Probleme mit Alkoholkonsum** sind mangels betrieblicher Interessen nicht erlaubt. In diesem Zusammenhang hat der/die Einzelne ein Recht auf Geheimhaltung. Es ist allerdings rechtmäßig zu fragen, ob der/die Bewerber/in bereit ist, Alkoholverbote einzuhalten. Ob das Bestehen einer **Alkoholkrankheit** gefragt werden kann, ist hingegen davon abhängig, ob eine besondere **Gefährdung für Leben, Gesundheit und Eigentum des/der Arbeitgebers/in oder Dritter besteht**, da gesetzliche oder auf Verordnung beruhende strenge öffentlich-rechtliche Alkoholverbote einzuhalten sind. Das Fragen über das Bestehen eines Alkoholkonsums ist hier rechtmäßig. Darunter fallen Gruppen wie zB Berufskraftfahrer, Piloten, Pädagogen, Sprengmeister oder Chirurgen.³⁴⁸

Ferner ist zu diskutieren, ob der Konsum von Alkohol eine **Krankheit** darstellen könnte, ob eine Sucht vorliegt und diese als **Behinderung zu qualifizieren** ist. Liegt möglicherweise eine Behinderung vor, ist das **BEinstG zu beachten**, welches uA festlegt, dass eine Ablehnung des/der Stellenbewerbers/in aufgrund des Vorliegens einer Behinderung eine **Diskriminierung** darstellen könnte.

Der Begriff Krankheit hat keine medizinisch allgemeingültige Definition. Aus schulmedizinischer Sicht wird **Krankheit** als eine **Abweichung von vorgegebenen Normwerten**, zB von bestimmten Blutwerten, definiert, wobei ein Arzt den Gesundheitszustand des Menschen verändern kann.³⁴⁹ Die **Sucht** von Alkohol fällt unter den Begriff Krankheit, da es sich um eine körperliche, seelische und soziale Beeinträchtigung handelt.³⁵⁰

Gemäß § 1 Einschätzungsverordnung³⁵¹ handelt es sich bei einer **Behinderung** um eine **Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden körperlichen, geistigen oder psychischen Funktionsbeeinträchtigung** oder Beeinträchtigung der Sinnesfunktion, wobei das Leben in der Gesellschaft, vor allem in Bezug auf das **allgemeine Erwerbsleben, erschwert** wird. Nach § 4 Einschätzungsverordnung bildet die Grundlage für die Einschätzung des Grades

³⁴⁸ *Firlei*, Alkohol am Arbeitsplatz Fragerecht, Verbote, Kontrolle, ZAS 2009, 35.

³⁴⁹ *Kuchler*, Krankheitwert – was ist das?, DAG 2016, 39.

³⁵⁰ *Schopper*, Aktuelle Bemerkungen zu Anwendungsfragen bei Suchtmitteldelinquenz Life for Sale – Suchtmittel(straf)recht und Therapie im Richtungsstreit, JSt 2013, 223.

³⁵¹ Diese Verordnung enthält nähere Bestimmungen über die Feststellung des Grades einer Behinderung.

der Behinderung die Beurteilung über die Funktionsbeeinträchtigung im körperlichen, geistigen, psychischen Bereich oder in der Sinneswahrnehmung in Form eines ärztlichen Sachverständigengutachtens. Ob eine Sucht eine Behinderung darstellt, ist in den Rahmenbedingungen der Einschätzungsverordnung zu finden. So liegt eine Behinderung in Höhe von 10-20 % vor, wenn die Abhängigkeit von Alkohol bejaht, eine Therapie und Medikation fallweise durchgeführt wird und der/die Süchtige trotzdem noch sozial integriert ist. Eine Behinderung von 40 % setzt einen stationären Entzug innerhalb der letzten zwei Jahre und Probleme im sozialen Umfeld voraus.³⁵² Eine Behinderung liegt daher nur dann vor, wenn eine Sucht vorliegt. Ein gelegentliches Trinken von Alkohol stellt daher noch keine Behinderung dar.

Wird eine Behinderung aufgrund der Rahmenbedingungen bejaht, sind die **Bestimmungen des BEinstG** einzuhalten. Nach **§ 7b BEinstG** darf **keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung** bei der Begründung eines Dienstverhältnisses stattfinden, die sich auf die Behinderung stützt.³⁵³

Aufgrund der oben dargelegten rechtlichen Bestimmungen ist mE für die Beurteilung, ob Daten verwendet werden dürfen, zunächst die Frage zu klären, **welche Arbeit** der/die Bewerber/in ausführt und in **welcher Position** er/sie sich befinden wird. Handelt es sich um eine Arbeitsstelle, bei der das **Leben, die Gesundheit oder das Eigentum des/der Arbeitgebers/in oder Dritter gefährdet** werden könnte, dürfen Informationen, die eine **Alkoholkrankheit** betreffen, herangezogen werden. Sind Bilder, auf welchen der/die Bewerber/in auf einer Party Alkohol trinkt, zu finden, können diese mE nicht verwendet werden, da diese keine Aussage treffen, ob tatsächlich eine Alkoholkrankheit vorliegt. Das heißt, **Informationen über Trinkgewohnheiten oder Einstellungen zum Alkohol** dürfen **nicht** für Entscheidungen über die Ablehnung eines/r Stellenbewerbers/in herangezogen werden. Darüber hinaus ist mE zu beachten, in welcher Frequenz **Alkohol konsumiert wird**. Eine Ablehnung darf, wie bereits diskutiert, demnach nicht stattfinden, wenn Grundlage dieser die Sucht bzw Behinderung darstellt, da hier eine Diskriminierung vorliegen würde.

³⁵² BGBl II 261/2010.

³⁵³ *Körber-Risak*, Das Gleichbehandlungsgesetz (GlBG) und die Antidiskriminierungsbestimmungen des Behinderteneinstellungsgesetzes (BEinstG), in *Mazal/Risak* (Hrsg), Arbeitsrecht: System- und Praxiskommentar³⁴ (2019) Kap VIII Rz 62.

4.2.3.6.7 Schlechte Kommunikationsfähigkeiten

Neben den bereits erwähnten Informationen können mE auch Daten für einen Großteil von Arbeitgeber/innen wichtig sein, welche zeigen, ob Mitarbeiter/innen eine **gute Kommunikationsfähigkeit in Bezug auf Schreib- und Grammatikkenntnisse** aufweisen. Um den/die geeignetste/n Arbeitnehmer/in zu finden, werden Zeitungsberichten zufolge häufig Blogs von potenziellen Arbeitnehmer/innen herangezogen, um deren Schreibstil und Grammatikkenntnisse vorab zu überprüfen.³⁵⁴

Die Anforderung an eine gute Kommunikationsfähigkeit misst sich mE an der zu **belegenden Arbeitsstelle**. Umfasst die potenzielle Stelle zB das Verfassen von Texten, wie das Schreiben von Briefen an wichtige Geschäftspartner, wird der/die Dienstgeber/in höhere Ansprüche an die Kommunikationsfähigkeit stellen. Wenn es sich um eine Stelle als LKW-Fahrer/in handelt, sind hingegen andere Faktoren, wie zB gute Fahr- und Straßenkenntnisse, wichtig.

Meiner Ansicht nach hängt daher das **Zweckbindungsprinzip** von der **Art der zu besetzenden Arbeitsstelle** ab. Demnach ist dieses erfüllt, wenn die erhobenen Daten mit der Stelle im **Zusammenhang** stehen. Würde eine Person den Arbeitsplatz erhalten, welche nicht die Qualifikationen und Voraussetzungen erfüllen kann, besteht die Gefahr, dass die laufenden Geschäfte des/der Unternehmens/in gefährdet werden und dies daher zur Schmälerung des Gewinns führen könnte.

4.2.3.6.8 Öffentliche Äußerungen über Politik

Im Hinblick auf ein Bewerbungsverfahren könnte auch die **persönliche politische Ansicht** mE eine Rolle spielen. Den Recherchen der Verfasserin zufolge finden sich des Öfteren Äußerungen über politische Parteien auf einem Social-Media-Profil oder auch Kommentare von Nutzer/innen auf einer Seite, die durch eine Partei betrieben wird. Es ist demnach fraglich, ob, Bewerber/innen aufgrund dieser Postings abgelehnt werden könnten.

Meiner Ansicht nach können für die rechtliche Beurteilung unterschiedliche Grundlagen herangezogen werden. Eine Ablehnung aufgrund öffentlicher Äußerungen könnte zB eine

³⁵⁴ <https://bewerbung.com/blog-als-bewerbungsinstrument/> (zuletzt abgefragt am 27.4.2018).

Diskriminierung nach § 17 GIBG darstellen, wenn die politische Meinung als „**Weltanschauung**“ zu qualifizieren ist.³⁵⁵ Der Begriff der Weltanschauung dient als Sammelbegriff und bezeichnet alle **religiösen, ideologischen, politischen** uÄ **Leitauffassungen** vom Leben und von der Welt als einem Sinngehalt sowie zur Deutung des persönlichen und gesellschaftlichen Standortes für das individuelle Lebensverständnis.³⁵⁶ Für den österreichischen Gesetzgeber ist die Weltanschauung eng mit der Religion verbunden und es werden auch politische und ideologische Lebensentwürfe umfasst. Dieser Ansicht schloss sich auch der VwGH³⁵⁷ in seiner Rsp an. Demnach umfasst der Begriff Weltanschauung uÄ auch politische Leitauffassungen vom Leben und von der Welt als einem Sinngehalt. Findet allerdings eine Beschränkung auf Einzelfragen statt, werden diese vom Begriff nicht umfasst.³⁵⁸ *Risak*³⁵⁹ kommt hier zum Schluss, dass politische Äußerungen unter den Begriff der Weltanschauung fallen, wenn diese eine bestimmte Dichte und Tiefe aufweisen. Es geht hierbei nicht um die Meinungsäußerungsfreiheit, sondern um den Schutz von grundsätzlichen Überzeugungen. Werden Bewerber/innen daher aufgrund von deren politischen Überzeugungen abgelehnt, liegt eine Diskriminierung nach § 17 GIBG vor, da diese unter den Begriff der Weltanschauung fallen. Auch politische Äußerungen, wenn diese eine bestimmte Dichte und Tiefe aufweisen, werden von dem genannten Begriff umfasst und bei Ablehnung aufgrund dieser liegt eine Diskriminierung vor.

Eine Ausnahme hiervon ist zu machen, wenn es sich um einen **Tendenzbetrieb** handelt. Das sind Betriebe, die unmittelbar und überwiegend politischen, konfessionellen oder wissenschaftlichen Bestimmungen dienen.³⁶⁰ In diesem Fall ist es gemäß § 20 Abs 2 GIBG möglich, den/die **Bewerber/in abzulehnen**, wenn die Weltanschauung eine **wesentliche und entscheidende Rolle** in der Tätigkeit stellt.³⁶¹

Fällt die Äußerung nicht unter den Begriff der Weltanschauung könnte allerdings das **Grundrecht auf freie Meinungsäußerung** nach **Art 13 StGG und 10 EMRK** für die rechtliche Beurteilung herangezogen werden. Demnach hat jedermann das Recht, durch Wort, Schrift, Druck oder bildliche Darstellung die eigene Meinung innerhalb der

³⁵⁵ *Windisch-Graetz in Neumayr/Reissner, ZellKomm*³ § 17 GIBG Rz 13-14 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

³⁵⁶ *Mazal, Religion und Weltanschauung Zur Auslegung eines Tatbestands im GIBG, ZAS* 2017/25.

³⁵⁷ VwGH 2012/12/0013 ZfVB 2013/1441.

³⁵⁸ *Windisch-Graetz in Neumayr/Reissner, ZellKomm*³ § 17 GIBG Rz 14-14/1.

³⁵⁹ *Risak, Das Verbot der Diskriminierung wegen der Weltanschauung, in FS Arbeiten in Würde* (2019) 331.

³⁶⁰ *Egermann in Mazal/Risak, Kap V Rz* 6.

³⁶¹ *Windisch-Graetz in Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht I*¹⁰ 26.

gesetzlichen Schranken frei zu äußern.³⁶² Das Grundrecht darf eingeschränkt werden, wenn es zur Verletzung von Tatsachenbehauptungen oder Werturteilen von Rechten Dritter kommt. Wie bereits in Kapitel „4.2.3.6.5 Hasspostings oder sonstige diskriminierenden Kommentare“ dargelegt, wirkt nach der Rsp des EGMR Art 10 EMRK im Verhältnis zwischen Arbeitgeber/innen und Arbeitnehmer/innen. Dienstnehmer/innen sind daher hinreichend in Bezug auf die **eigene Meinung zu schützen**, sodass sie durch diese **nicht ihren Arbeitsplatz verlieren** können. Es muss allerdings trotzdem der Schutz des guten Rufes und der Rechte anderer gewährleistet werden.³⁶³ ME können diese Ausführungen auch auf ein Bewerbungsverfahren angewendet werden, da durch die eigene Meinung nicht der Erhalt eines Arbeitsplatzes gefährdet werden darf. Es ist hiervon allerdings eine Ausnahme zu machen, wenn es sich um einen Tendenzbetrieb handelt, wie bereits oben ausgeführt.

4.2.3.6.9 Informationen über den Familienstand des/der Bewerbers/in

Gemäß § 3 Z 1 GIBG darf **kein/e potenzielle/r Arbeitnehmer/in** bei Begründung eines Arbeitsverhältnisses **auf Grund des Geschlechtes** oder **des Familienstandes** unmittelbar oder mittelbar diskriminiert und dadurch im Bewerbungsprozess abgelehnt werden. Der/Die potenzielle Arbeitgeber/in darf demnach nicht, aufgrund einer bestehenden oder nichtbestehenden Ehe sowie ob ein/e Kandidat/in Kinder hat, eine/n Bewerber/in ablehnen.³⁶⁴ Arbeitgeber/innen dürfen Stellenwerber/innen daher **nicht ablehnen**, wenn sich auf einem Social-Media-Profil zB Familienfotos befinden, da bei Verwendung und folglich bei Ablehnung aufgrund dieser eine Diskriminierung vorliegen würde.

4.2.3.6.10 Informationen über ethnische Zugehörigkeit, Religion und sexuelle Orientierung

Nach § 17 Abs 1 Z 1 GIBG darf aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion, des Alters oder der sexuellen Orientierung keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung bei Begründung eines Arbeitsverhältnisses stattfinden. Der Begriff der **ethnischen Zugehörigkeit** knüpft an die Unterschiede auf Grund von Abstammungs- oder Zugehörigkeitsmythen an. Es werden Bewerber/innen **aufgrund der Hautfarbe oder anderer äußerer Merkmale** und **fremd angesehener Muttersprachen** diskriminiert. Eine

³⁶² Schrammel, MR 2013, 119.

³⁶³ Schrammel, MR 2013, 119.

³⁶⁴ Windisch-Graetz in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 3 GIBG Rz 9 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

unmittelbare Diskriminierung wird demnach vorliegen, wenn die Person abgelehnt wird, da sie einer bestimmten ethnischen definierten Gruppe angehört. § 20 GIBG sieht hiervon eine Ausnahme. Demnach darf ein/e Bewerber/in ungleich behandelt werden, wenn das geforderte Merkmal **wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzungen** darstellt.³⁶⁵ Informationen über die ethnische Zugehörigkeit dürfen daher grundsätzlich **nicht verwendet** werden.

Darüber hinaus darf der/die Arbeitgeber/in aufgrund der **Religion** den/die Stellenbewerber/in nicht benachteiligen. Der Begriff umfasst jedes religiöse, konfessionelle Bekenntnis, die Zugehörigkeit zu einer Kirche oder Glaubensgemeinschaft. Eine unmittelbare Diskriminierung liegt dann vor, wenn zB aufgrund des Tragens des islamischen Kopftuchs eine Person abgelehnt wird.³⁶⁶ Finden sich daher **Informationen über die Religion** auf sozialen Medien, dürfen diese **nicht verwendet** werden.

Ferner darf der/die Bewerber/in aufgrund der **sexuellen Orientierung** nicht abgelehnt werden. Der Begriff der sexuellen Orientierung wird sehr weit gefasst und allgemein als heterosexuell, homosexuell und bisexuell definiert.³⁶⁷ Informationen über sexuelle Orientierung dürfen daher **nicht verwendet** werden.

4.2.3.6.11 Informationen über eine mögliche vorvertragliche Treupflichtverletzung

Findet der/die potenzielle Arbeitgeber/in **Informationen über eine mögliche vorvertragliche Treupflichtverletzung**, dürfen diese mE für die **Beurteilung über die Entscheidung**, ob ein/e Bewerber/in für die Position geeignet ist, **herangezogen** werden, da diese Daten in einem Zusammenhang zur Arbeitsstelle stehen. Es wurde bereits in Kapitel „4.1 Aktiv auf Social Media/ im Internet“ auf die Frage eingegangen, wann eine vorvertragliche Treupflichtverletzung vorliegen könnte. Demnach wird eine Verletzung vorliegen, wenn zB Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, die während einer Bewerbungsphase besprochen wurden, auf sozialen Netzwerken verbreitet werden.

³⁶⁵ Windisch-Graetz in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 17 GIBG Rz 3-8.

³⁶⁶ Windisch-Graetz in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 17 GIBG Rz 12-15.

³⁶⁷ Windisch-Graetz in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 17 GIBG Rz 22.

4.2.3.6.12 Ergebnis

Somit ist schlusszufolgern, dass Informationen über **gerichtlich strafrechtliche und verwaltungsstrafrechtliche Verurteilungen** unter Heranziehung der Grundsätze über das Fragerecht des/der Arbeitgebers/in verwendet werden dürfen, wenn die erhobenen Daten aus Social-Media-Diensten in einem Zusammenhang zur Arbeitsstelle stehen. **Unprofessionelle Profilnamen** dürfen nicht verwendet werden, da diese Daten für die Entscheidung, ob ein/e Arbeitnehmer/in für die Arbeitsstelle geeignet ist, nicht erforderlich und nicht aussagekräftig sind. Ob Informationen über **häufiges Posten von Inhalten** für Entscheidungen verwendet werden dürfen, hängt mE davon ab, wann der/die Einzelne aktiv war. Wenn der/die Bewerber/in in früheren Arbeitsstellen während der Arbeitszeit online war, kann dieser Hinweis für weitere Entscheidungen verwendet werden. War der/die Einzelne nur in der Freizeit oder in Pausen online, darf keine Heranziehung erfolgen. Daten über **Qualifikationen des/der Stellenbewerbers/in** dürfen herangezogen werden, da zwischen den Informationen und der zu besetzenden Arbeitsstelle ein direkter Zusammenhang besteht. Äußerungen, die **Hasspostings oder diskriminierende Kommentare** enthalten, dürfen für weitere Entscheidung herangezogen werden, da der/die Unternehmer/in in seinem/ihrer Erfolg, ein gutes Geschäft zu führen bzw in Aufrechterhaltung des eigenen Rufs geschädigt werden kann.

Daten über einen **allfälligen Alkoholkonsum** dürfen nur verwendet werden, wenn die Arbeitsstelle ein Risiko für Leben, Gesundheit oder das Eigentum des/der Arbeitgebers/in oder Dritten darstellt und eine Informationen über eine Alkoholkrankheit vorliegt. Bilder über privates Trinken, Trinkgewohnheiten oder Daten über Einstellungen zum Alkohol dürfen nicht verwertet werden. Hinweise zu einer **schlechten Kommunikationsfähigkeit** dürfen herangezogen werden, wenn diese mit der Arbeitsstelle in einem Zusammenhang stehen. **Öffentliche Äußerungen** fallen unter den **Begriff der Weltanschauung**, wenn diese eine **bestimmte Dichte und Tiefe** aufweisen. Eine Ablehnung würde demnach zu einer **Diskriminierung nach § 17 GIBG** führen und ist daher verboten. Eine Ausnahme besteht hiervon, wenn es sich nach **§ 20 Abs 2 GIBG um einen Tendenzbetrieb** handelt. Fällt die politische Ansicht nicht unter den Begriff der Weltanschauung kann **Art 10 EMRK (Grundrecht auf freie Meinungsäußerung)** für eine weitere Beurteilung herangezogen werden. Ein/e potenzielle/r Arbeitnehmer/in darf grundsätzlich nicht wegen der eigenen Meinung abgelehnt werden. Eine Ausnahme hiervon besteht für Tendenzbetriebe.

Informationen über den **Familienstand, die ethnische Zugehörigkeit, Religion, das Alter und die sexuelle Orientierung** dürfen nicht als Grundlage für eine Entscheidung herangezogen werden, da dies eine Diskriminierung iSd §§ 17 Abs1 Z 1 und 3 Z 1 GlBG darstellt. Daten, die eine **vorvertragliche Treuepflichtverletzung** aufweisen, dürfen verwendet werden, da diese einen Zusammenhang zur Arbeitsstelle haben.

4.3 Folgen für potenzielle Arbeitnehmer/innen und Arbeitgeber/innen

In den nächsten Unterkapiteln werden nun die Folgen für potenzielle Arbeitnehmer/innen, wenn die Daten verwendet werden dürfen, dargestellt. Darüber hinaus werden die Folgen für Arbeitgeber/innen, wenn diese nicht recherchieren dürfen und dies trotzdem tun, diskutiert.

4.3.1 Folgen für potenzielle Arbeitnehmer/innen

Wenn der/die Arbeitgeber/in die recherchierten Informationen für Entscheidungen über die Eignung eines/r Kandidaten/in verwenden darf, ist es mE rechtmäßig, diese/n auf Grundlage dieser Daten abzulehnen. Hat der/die potenzielle Arbeitnehmer/in zB eine vorvertragliche Treuepflichtverletzung (Näheres hierzu in Kapitel „4.1 Aktiv auf Social Media/ im Internet“) begangen, kann der/die Arbeitgeber/in diese/n ablehnen und gegebenenfalls Schadenersatz verlangen.³⁶⁸

4.3.2 Folgen für potenzielle Arbeitgeber/innen

Wenn eine Verwendung der Daten nicht erlaubt ist, stehen dem/der Bewerber/in nach den einzelnen Bestimmungen verschiedene Anspruchsmöglichkeiten zu.

4.3.2.1 Rechte des/der Stellenbewerbers/in nach Art 13 EMRK

Sollte eine Recherche auf freizeitorientierten Plattformen erfolgen oder zu Daten, die auf Suchmaschinen, Weblogs oder beruflich orientierten Netzwerken gefunden wurden, kein Zusammenhang zur Arbeitsstelle bestehen, liegt eine Verletzung von Art 8 EMRK vor. Der/Die Bewerber/in hat nach Art 13 EMRK das Recht auf eine **wirksame Beschwerde bei**

³⁶⁸ Kietzbl/Rebhahn in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 1153 ABGB Rz 43.

den nationalen Gerichten. Sollten alle innerstaatlichen Rechtsbehelfe ausgeschöpft sein, kann nach **Art 34 EMRK** jede natürliche Person **Beschwerde beim EGMR** erheben. Es ist dabei zu beachten, dass innerhalb von sechs Monaten nach der endgültigen innerstaatlichen Entscheidung die Beschwerde zu erfolgen hat. Der/Die Bewerber/in könnte eine innerstaatliche Entscheidung erwirken, wenn sich diese/r auf § 879 ABGB stützt. Kommt es zu einem Eingriff in die **Persönlichkeitssphäre**, steht diesem/r uU **ein Anspruch auf Schadenersatz zu** (Näheres dazu in Kapitel „3.3.5 Rechte des/der Betroffenen“).

4.3.2.2 Rechte des/der Bewerbers/in nach Art 47 GRC

Nach Art 47 GRC hat **jede Person** die Möglichkeit, bei **Verletzung der in der GRC garantierten Rechte oder Freiheiten** bei einem Gericht einen **wirksamen Rechtsbehelf** einzulegen. Darüber hinaus ist zu gewährleisten, dass die Rechtssache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Es steht jeder Person zu, sich zu beraten, verteidigen und vertreten zu lassen. Wenn daher eine Verletzung von Art 8 GRC stattfindet, kann diese bei Gericht verhandelt werden. Der/Die Bewerber/in könnte sich auch hier auf § 879 ABGB stützen. Unter Berufung auf die **Sittenwidrigkeit sind demnach Eingriffe in die Persönlichkeitssphäre verboten** und können **Schadenersatzansprüche auslösen** (siehe Näheres in Kapitel „3.4.4 Recht des/der Betroffenen“).

4.3.2.3 Auskunftsrecht des/der Bewerbers/in gemäß § 44 DSG und Informationsrecht nach § 43 DSG

Wie bereits in Kapitel „3.2.5 Betroffenenrechte“ erwähnt, hat jede/r Stellenwerber/in ein **Recht auf Auskunft** nach § 44 DSG in Bezug auf Daten, die im Zuge von Recherchetätigkeiten verarbeitet wurden. Der/Die Einzelne hat daher die Möglichkeit, jederzeit Auskunft darüber zu erhalten, ob Daten von Social-Media-Diensten für die Beurteilung im Bewerbungsverfahren verarbeitet wurden. Darüber hinaus kann der/die Einzelne nach § 43 DSG verlangen, dass Informationen über die Erhebung von Daten gegeben werden.

4.3.2.4 Anspruch auf Löschung der Bewerbungsunterlagen gemäß § 45 DSG

Gem § 45 Abs 1 DSG hat der/die Bewerber/in ein **Recht auf Löschung** der Bewerbungsunterlagen abhängig von bestimmten Lösungsfristen, die sich in den jeweiligen anzuwendenden Gesetzen finden (Näheres in Kapitel „3.2.5 Betroffenenrechte“). Davon ist mE auch die Löschung der Daten von Social-Media-Diensten, welche der/die Arbeitgeber/in gespeichert hat, umfasst. Werden die **Daten nicht mehr benötigt**, sind diese unverzüglich nach § 45 Abs 2 Z 1 DSG zu löschen. Dies hat mE auch dann zu erfolgen, wenn eine rechtmäßige Einwilligung besteht. Darüber hinaus sind Informationen, die durch eine **rechtswidrige Verarbeitung** gespeichert wurden, nach § 45 Abs 2 Z 2 DSG zu löschen.

Erfolgt zB eine diskriminierende Ablehnung, steht dem/der Einzelnen nach §§15 Abs 1 und 29 Abs 1 GIBG sowie § 7k Abs 1 iVm Abs 2 Z 1 BEinstG zu, seine/ihre Ansprüche mittels Klagewege innerhalb von sechs Monaten geltend zu machen. Die Daten müssen daher erst nach sechs Monaten von dem/der Arbeitgeber/in gelöscht werden (Näheres in Kapitel „3.2.5 Betroffenenrechte“).

Sollte der/die Dienstgeber/in der Verpflichtung nicht nachkommen, kann gem Art 79 DSGVO und § 24 Abs 1 DSG eine **Beschwerde bei der Datenschutzbehörde** eingebracht werden. Darüber hinaus besteht auch die Möglichkeit, die Rechte auf zivilrechtlichem Wege durchzusetzen (Näheres dazu in Kapitel „3.2.5 Betroffenenrechte“).

4.3.2.5 Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadenersatzanspruch

Liegt ein Verstoß gegen § 16 ABGB (Allgemeines Persönlichkeitsrecht) vor, kommt dem/der Bewerber/in ein Anspruch auf Unterlassung sowie auf Beseitigung der derart erhobenen Daten zu.³⁶⁹ Darüber hinaus hat der/die Bewerber/in einen Anspruch auf Schadenersatz, wenn es bereits zu einer Rechtsverletzung gekommen ist.³⁷⁰

³⁶⁹ Grünanger/Goricnik, Arbeitnehmer-Datenschutz Rz 2.279.

³⁷⁰ Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 16 Rz 29.

4.4 Exkurs: Verpflichtung zur Herausgabe von Social-Media-Passwörtern der Stellenbewerber/innen

4.4.1 Problematik

Eine weitere Problematik, die in Verbindung mit einem Bewerbungsverfahren auftritt, ist neben den bereits erwähnten *Background-Checks/Pre-Employment-Screenings* der medial immer wieder behandelte Fall, dass Stellenbewerber/innen ihrem/r potenziellen Arbeitgeber/in Passwörter von Social-Media-Diensten zur Verfügung stellen sollen und in manchen Fällen sogar müssen.³⁷¹ Wird das Passwort nicht offengelegt, besteht ein erhöhtes Risiko, dass kein Interesse mehr an dem/der Bewerbungskandidaten/in besteht bzw wird oft auch erwähnt, dass keine Chance mehr besteht, die Arbeitsstelle zu bekommen. So gelangt der/die Stellenwerber/in in ein Abhängigkeitsverhältnis: Ist diese/r auf die Arbeitsstelle angewiesen, werden nur formal freiwillig die Passwörter und Nutzer/innenkonten dem Unternehmen zur Verfügung gestellt.

4.4.2 Rechtslage in den Vereinigten Staaten

In den USA soll diese Vorgehensweise weit verbreitet sein und Stellenwerber/innen werden Medienberichten zufolge immer häufiger aufgefordert, ihre Passwörter zur Verfügung zu stellen.³⁷² Um dieser Problematik entgegenzuwirken, wird daran gearbeitet, Regelungen zu schaffen, die diese Arbeitgeber/innen-Vorgehensweise verbieten.³⁷³ In Kalifornien zB sind bereits zwei Gesetze zu dieser Thematik in Kraft getreten (AB 1844³⁷⁴, SB 1349³⁷⁵). Das Gesetz besagt, dass kalifornische Arbeitgeber/innen und Universitäten nicht die Herausgabe von Passwörtern oder den sonstigen Zugriff auf private Online-Konten wie zB E-Mails verlangen dürfen. Umfasst von diesem Verbot ist auch die Betrachtung eines Online-Kontos.

³⁷¹ <https://www.welt.de/wirtschaft/webwelt/article13949183/Wenn-der-Arbeitgeber-das-Facebook-Passwort-will.html> (zuletzt abgefragt am 05.04.2018), <https://www.giga.de/unternehmen/facebook/news/facebook-droht-arbeitgebern-die-nach-passwortern-fragen/> (zuletzt abgefragt am 05.04.2018).

³⁷² McEwan/Flood, Passwords for jobs: Compression of identity in reaction to perceived organizational control via social media surveillance, new media & society 2015, 1715-1734.

³⁷³ Zou, CLLPJ 2018, 434.

³⁷⁴ https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201120120AB1844 (zuletzt abgefragt am 15.04.2018).

³⁷⁵ http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201120120SB1349&search_keywords= (zuletzt abgefragt am 15.04.2018).

Es wurden allerdings Strafbestimmungen bei Verstoß gegen dieses Gesetz nicht festgelegt.³⁷⁶

4.4.3 Rechtslage in Österreich

In Österreich gibt es keine Regelungen wie jene in Kalifornien, die explizit festlegen, dass die Aufforderung zur Passwort-Herausgabe verboten ist. Daher muss auf allgemeine Bestimmungen, wie zB auf das DSG, die DSGVO und das allgemeine Persönlichkeitsrecht sowie die Nutzungsbedingungen von einzelnen Social-Media-Diensten zurückgegriffen werden.

4.4.3.1 Grundrecht auf Datenschutz gemäß § 1 DSG

4.4.3.1.1 Anwendungsbereich

In Bezug auf den zeitlicher sowie räumlicher Anwendungsbereich wird auf Kapitel „3.2.1.1 Zeitlicher Anwendungsbereich der DSGVO und des DSG“ und „3.2.1.3 Räumlicher Anwendungsbereich der DSGVO und des DSG“ verwiesen. Auf den sachlichen Anwendungsbereich wird hier näher eingegangen. Wie bereits erwähnt, schützt § 1 Abs 1 DSG die **Geheimhaltung personenbezogener Daten**, soweit der/die Einzelne ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse aufweisen kann. Sind die Daten allgemein verfügbar, kann sich der/die Betroffene nicht auf dieses Interesse stützen.

Bei Passwörtern handelt es sich mE um **personenbezogene Daten**, da sich diese nach Art 4 Z 1 DSGVO auf eine identifizierte natürliche Person beziehen. Indes werden diese gemäß Art 4 Z 2 DSGVO **verarbeitet**, da diese durch die Abfrage bei dem/der Stellenwerber/in erfasst werden und sich der/die Arbeitgeber/in auf Social-Media-Diensten durch die Eingabe von Passwörtern anmelden kann. Eine automatisierte Verarbeitung durch Speicherung auf einem Computer oder auf einem anderen Datenträger kann stattfinden. Möglich ist auch eine manuelle Verarbeitung durch handschriftliche Notierung auf einem Papier (Näheres zur Definition der Begriffe in Kapitel „3.2.2 Begriffsbestimmungen“). ME findet aufgrund der erläuterten Tatbestände das DSG bzw die DSGVO auf die Problematik der Herausgabe von

³⁷⁶ <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Kalifornien.schuetzt-private-Online-Kommunikation-vor-Arbeitgebern-und-Unis-1721503.html> (zuletzt abgefragt am 15.04.2018).

Passwörtern von Social-Media-Diensten Anwendung. Passwörter sind **nicht allgemein verfügbar**, da nur die Personen, die diese selbst erstellen, Kenntnis von diesen haben. Dies ist gerade auch Zweck von Passwörtern. Darüber hinaus ist es nach den Nutzungsbedingungen auch gar nicht erlaubt, diese weiterzugeben.³⁷⁷

4.4.3.1.2 Einhaltung der Grundsätze der Datenverarbeitung nach Art 5 DSGVO

Wie bereits in Kapitel „3.2.3 Grundsätze der Datenverarbeitung nach Art 5 DSGVO“ erwähnt, müssen für eine rechtskonforme Verarbeitung die Grundsätze aus Art 5 DSGVO erfüllt und eingehalten werden.

Eine **rechtmäßige Verarbeitung** kann vorliegen, wenn der/die Betroffene nach Art 6 Abs 1 lit a DSGVO in die Verarbeitung personenbezogener Daten, in diesem Fall von Passwörtern, freiwillig einwilligt (Näheres in Kapitel „3.2.3.1.1 Einwilligung nach Art 6 Z 1 lit a DSGVO“). Eine Zustimmung ist uA nicht freiwillig, wenn nach Art 7 Abs 4 DSGVO (Koppelungsverbot) die Vertragserfüllung von der Einwilligung zu einer Verarbeitung personenbezogener Daten abhängig gemacht wird, die für die Vertragserfüllung selbst nicht erforderlich ist. Das bedeutet in diesem Fall, dass das Zustandekommen des Arbeitsvertrages von der Herausgabe der Passwörter durch die Stellenwerber/innen abhängig gemacht wird. ME kann eine Einwilligung **aufgrund des Koppelungsverbots nicht freiwillig** sein, da die Passwörter für den Vertragsabschluss nicht benötigt werden und das Zustandekommen des Arbeitsverhältnisses von der Herausgabe der Passwörter nicht abhängt. Befinden sich Informationen, welche für das Bewerbungsverfahren und für weitere Entscheidungen nötig sind, auf sozialen Netzwerken, können diese idR auch beim Bewerbungsverfahren durch Befragung des/der Stellenbewerbers/in erfasst werden.

Darüber hinaus ist die Einwilligung nicht freiwillig, wenn ein **klares Ungleichgewicht** zwischen den Vertragspartner/innen besteht. Die *Artikel-29-Datenschutzgruppe*³⁷⁸ hat angeführt, dass das Arbeitsverhältnis als ein Ungleichgewicht zwischen dem/der Arbeitgeber/in und dem/der Arbeitnehmer/in gesehen werden kann. Eine freiwillige Einwilligung wird demnach grundsätzlich nicht vorliegen können, da ein ungleiches Machtverhältnis besteht und die Einwilligung nur dann rechtmäßig ist, wenn tatsächlich

³⁷⁷ UA <https://twitter.com/de/tos> (zuletzt abgefragt am 08.04.2020), <https://de-de.facebook.com/legal/terms/> (zuletzt abgefragt am 08.04.2020).

³⁷⁸ *Kastelitz/Hötendorfer/Tschohl* in *Knyrim*, *DatKomm* Art 6 DSGVO Rz 24.

keine negativen Folgen mit der Verweigerung verbunden sind. *Kastelitz/Hötzendorfer/Tschohl*³⁷⁹ kommen allerdings zum Schluss, dass im Einzelfall eine Prüfung vorzunehmen ist (Näheres in Kapitel „3.2.3.1.1 Einwilligung nach Art 6 Z 1 lit a DSGVO“). ME können die Ausführungen der *Artikel-29-Datenschutzgruppe*³⁸⁰ auch auf das Bewerbungsverfahren angewendet werden. Wird das Passwort nicht offengelegt, wird der/die Bewerber/in idR nicht in die engere Auswahl kommen bzw scheidet schon vorher aus. Diejenigen, die offen und kooperativ sind, werden den Arbeitsplatz erhalten bzw in die nächste Runde des Bewerbungsprozesses vorrücken. Durch diese Situation werden die Bewerbungskandidat/innen indirekt gezwungen, Passwörter herauszugeben und ihrer Verwendung zuzustimmen. Es liegt daher ein **klares Ungleichgewicht** vor und die **Einwilligung** ist daher **nicht freiwillig**.

Zudem kann die **Drucktheorie** auch auf die vorliegende Problematik angewendet werden. Diese ist auf eine Leitentscheidung des OGH³⁸¹ zurückzuführen und besagt, dass der Verzicht eines/r Arbeitnehmers/in auf unabdingbare Ansprüche während der Dauer und im Zuge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses rechtswidrig ist, da der Verzicht nicht auf einer freiwilligen Basis, sondern unter einem wirtschaftlichen Druck erfolgt.³⁸² ME besteht auch im Zuge des Bewerbungsverfahren eine ähnliche **Drucksituation**, da davon auszugehen ist, dass der/die Einzelne von dieser Arbeitsstelle abhängig ist. IdR wird diese benötigt, um den Lebensunterhalt mit dem Gehalt finanzieren zu können. So kann die Existenz gesichert werden. Der/Die Bewerber/in gelangt in den meisten Fällen in die engere Auswahl bzw wird die Arbeitsstelle erhalten, wenn die Passwörter der Social-Media-Dienste offengelegt werden. Es wird so nicht freiwillig auf das Grundrecht auf Datenschutz verzichtet.

Eine rechtmäßige Verarbeitung liegt auch dann vor, wenn der/die potenzielle Arbeitgeber/in ein **höheres Interesse als der/die Bewerber/in** aufweist (Näheres in Kapitel „3.2.3.1.5 Wahrung berechtigter Interessen nach Art 6 Z 1 lit f DSGVO“). Wenn Grundrechte oder -freiheiten überwiegen, kann dieser Tatbestand jedoch nicht erfüllt werden. Meiner Ansicht nach kommt dem/der Arbeitgeber/in **kein höheres Interesse** als den Stellenbewerber/innen zu, da das Grundrecht auf Datenschutz gegenüber dem Interesse, Informationen für

³⁷⁹ *Kastelitz/Hötzendorfer/Tschohl* in *Knyrim*, DatKomm Art 6 DSGVO Rz 24.

³⁸⁰ *Kastelitz/Hötzendorfer/Tschohl* in *Knyrim*, DatKomm Art 6 DSGVO Rz 24.

³⁸¹ OGH Präs 600/26, Arb 3725 = SZ 9/80

³⁸² *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 3 ArbVG Rz 44 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

Entscheidungen zu finden, die vielleicht gar nicht mit der Arbeitsstelle in Verbindung stehen, höherrangig ist. Diese Handlung würde einen **massiven Eingriff in die Privatsphäre** darstellen und kann daher zu keiner rechtmäßigen Verarbeitung führen.

Zusammengefasst kann daher gesagt werden, dass die **Grundsätze für eine rechtskonforme Verarbeitung nach Art 5 DSGVO nicht erfüllt** sind, weil eine Einwilligung aufgrund des Koppelungsverbots und des Vorliegens eines klaren Ungleichgewichts nicht freiwillig ist. Darüber hinaus weist der/die Arbeitgeber/in auch kein höheres Interesse als der/die Bewerber/in für die Verarbeitung auf. Der/Die Arbeitgeber/in verstößt bei Verwendung von Passwörtern des/der Arbeitnehmers/in gegen das DSG bzw die DSGVO.

4.4.3.2 Allgemeines Persönlichkeitsrecht des/der potenziellen Arbeitnehmers/in

Bereits in Kapitel „4.2.3.4 Allgemeines Persönlichkeitsrecht des/der potenziellen Arbeitnehmers/in (Fragerecht des/der Arbeitgebers/in)“ wurden die rechtlichen Grundlagen in Bezug auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht, welches die Grundlage für das Fragerecht im Bewerbungsverfahren bildet, erläutert. ME können auch bei dieser Problematik die zum Fragerecht entwickelten Ansätze für die rechtliche Beurteilung als Grundlage genommen werden. Es wurde in diesem Zusammenhang erläutert, in welchem Umfang einem/r Bewerber/in eine Informations- bzw Antwortpflicht über gestellte Fragen gegenüber dem/der Unternehmer/in zukommt. Die **Pflicht zur Beantwortung der Fragen** hängt von der **Intensität des Eingriffs in die Privatsphäre** ab. Ist es dem/der Dienstgeber/in möglich, ein **berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse** geltend zu machen, besteht eine Auskunftspflicht.

Nach *Majoros*³⁸³ darf ein/e Unternehmer/in nur Informationen recherchieren, die er/sie auch **bei einem Gespräch erfragen** darf. Diese Argumentation kann mE für die Verarbeitung von Passwörtern auf sozialen Netzwerken herangezogen werden, weil der/die potenzielle Arbeitgeber/in durch den Zugriff auf Social-Media-Konten des/der Bewerbers/in Daten erhält, die in das allgemeine Persönlichkeitsrecht eingreifen. Selbst wenn eine Interessensabwägung durchgeführt wird, kann diese nicht zugunsten des/der Arbeitgebers/in ausgehen. Es scheint nämlich nicht gerechtfertigt, die Herausgabe von Passwörtern zu

³⁸³ *Majoros*, ecolex 2010, 829.

Zwecken des besseren Kennenlernens zu verlangen und so auf diesem Wege eine Möglichkeit zu schaffen, den/die beste/n Stellenwerber/in zu finden. Es könnten vielleicht nicht alle Informationen, die für eine Entscheidung notwendig sind, im Bewerbungsgespräch erfragt werden, allerdings hat der/die Arbeitgeber/in die Möglichkeit, die Arbeit des/der Stellenwerbers/in in der Zeit des Probemonats nach § 1158 Abs 2 ABGB und § 19 Abs 2 AngG zu überprüfen und diese/n dadurch näher und besser kennenzulernen. In dieser Phase besteht die Möglichkeit, das Vertragsverhältnis ungeachtet von gesetzlichen Fristen oder Terminen zu beenden.³⁸⁴

Zusammengefasst kann daher gesagt werden, dass das **Abfragen und die Verwendung von Passwörtern** der potenziellen Arbeitnehmer/innen durch Arbeitgeber/innen mit den **allgemeinen Persönlichkeitsrechten nicht vereinbar** und daher rechtswidrig ist.

4.4.3.3 Nutzungsbedingungen der Social-Media-Plattformen

Neben den bereits erwähnten Bestimmungen sind auch die **Nutzungsbestimmungen der einzelnen Social-Media-Dienste** zu beachten. Durch die Erstellung eines Nutzer/innenkontos auf einem Social-Media-Dienst wird ein Social-Media-Vertrag zwischen dem/der Nutzer/in und der Plattform abgeschlossen. Inhalt dieses Vertrages sind auch die Nutzungsbedingungen des jeweiligen Netzwerks (siehe Näheres in Kapitel „2 Social-Media-Dienste – Begriffserklärung“). In den meisten wird auch die Handhabung von Passwörtern geregelt. So ist zB in den Nutzungsbedingungen in Punkt 3 Nummer 1 von Facebook ausdrücklich festgelegt, dass die **Weitergabe von Passwörtern verboten** ist. Zudem darf **keiner anderen Person der Zugriff** auf das eigene Nutzer/innenkonto gewährt werden.³⁸⁵ In den allgemeinen Geschäftsbedingungen von Twitter findet sich eine ähnliche Regelung. Demnach ist der/die einzelne Nutzer/in für den Schutz des Nutzer/innenkontos und für die Sicherheit des eigenen Passworts verantwortlich.³⁸⁶

Würde der/die Stellenwerber/in für die Begründung eines Arbeitsverhältnisses die Passwörter dem Unternehmen zur Verfügung stellen, würde er/sie **gegen die Nutzungsbedingungen verstoßen**. Eine Folge dieses vertragsrechtswidrigen Verhaltens kann die Ausschließung aus dem Netzwerk sein. So steht zB dem Netzwerk Facebook gemäß

³⁸⁴ Mayr, Arbeitsrecht § 19 AngG.

³⁸⁵ <https://de-de.facebook.com/legal/terms/> (zuletzt abgefragt am 08.04.2020).

³⁸⁶ <https://twitter.com/de/tos> (zuletzt abgefragt am 08.04.2020).

Punkt 4 Nummer 2 der Nutzungsbedingungen die Möglichkeit zu, das Nutzer/innenkonto auszusetzen oder dem/der einzelnen Nutzer/in den Zugriff auf die Plattform dauerhaft zu verweigern, wenn festgestellt wird, dass offensichtlich, schwerwiegend oder wiederholt gegen die zugestimmten Nutzungsbedingungen oder Richtlinien verstoßen wurde.³⁸⁷ Fraglich ist allerdings, in welchem Verhältnis allgemeine Geschäfts- und Nutzungsbedingungen zu bevorstehenden Arbeitsverhältnissen stehen. Da es sich hier um eine **private Handlung** handelt und diese daher **mit der Arbeitsstelle in keiner Verbindung** steht, hat der Verstoß gegen die allgemeinen Nutzungsbedingungen keine weitere Bedeutung für das Arbeitsverhältnis.

4.5 Ergebnis

In diesem Kapitel wurde dargestellt, dass die Entwicklungen in Bezug auf soziale Medien großen Einfluss auf Arbeitsverhältnisse im Anbahnungsstadium haben und damit zu vielen Problemen führen können. Dienstgeber/innen nutzen Social-Media-Dienste immer häufiger, um Informationen über den/die Bewerbungskandidat/in **bereits vor einem Bewerbungsgespräch** zu erhalten und so eine schnelle und kosteneffiziente **Entscheidung**, ob **ein/e Kandidat/in eingeladen** wird, treffen zu können. Es können Informationen wie zB Status-Meldungen, Kommentare oder veröffentlichte Bilder aus dem privaten Umfeld auf freizeitorientierten Plattformen eine Auswahl erleichtern und so Zeit sowie Geld sparen. Darüber hinaus können auch Recherchen stattfinden, wenn **bereits erste Gespräche geführt** werden. So könnte zB der/die potenzielle Arbeitgeber/in kontrollieren, ob Betriebsgeheimnisse, welche im Bewerbungsverfahren besprochen wurden, auf sozialen Diensten veröffentlicht worden sind.

Wenn zwischen dem/der potenziellen Arbeitgeber/in und Bewerber/in noch gar **kein Kontakt** zur Arbeitsstelle bestand, kann **keine Treuepflichtverletzung** vorliegen, da noch gar kein vorvertragliches Schuldverhältnis zustande gekommen ist. In diesem Fall fand noch keine Bewerbung statt. Eine **Treuepflichtverletzung** im Anbahnungsstadium kann nur dann vorliegen, wenn **bereits erste Gespräche** geführt wurden. Es handelt sich in diesem Fall bereits um eine vorvertragliche Beziehung. Werden zB auf Social-Media-Diensten Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse veröffentlicht und durch diese Handlung dem Unternehmen ein Schaden zugefügt, kann eine Treuepflichtverletzung vorliegen.

³⁸⁷ <https://de-de.facebook.com/legal/terms/> (zuletzt abgefragt am 08.04.2020).

Es wurden die Rechtslagen in Österreich, Deutschland und der Schweiz miteinander verglichen. In Österreich und der Schweiz gibt es keine Regelungen hinsichtlich eines Arbeitnehmer/innen-Datenschutzes, welche festlegen, in welchem Umfang Kontrollen durch Arbeitgeber/innen in der Bewerbungsphase zulässig und erlaubt sind. In Deutschland gibt es zwar einen Arbeitnehmer/innen-Datenschutz, allerdings keine Regelungen, die die diskutierte Problematik festlegen. Es finden daher allgemeine Bestimmungen, wie insbesondere § 26 BDSG, Anwendung. Die vorliegende Untersuchung kommt zum Schluss, dass in allen drei Staaten die rechtliche Beurteilung von Recherchen auf Social-Media-Diensten und dem Internet in der Bewerbungsphase grundsätzlich zum selben Ergebnis gelangt, wobei in der Schweiz und Deutschland bislang keine Beurteilung in Bezug auf Weblogs stattfand, in dieser Untersuchung allerdings schon.

Nach der österreichischen (DSG sowie allgemeines Persönlichkeitsrecht) und europäischen Rechtslage (EMRK und GRC) dürfen demnach Daten aus Suchmaschinen und Weblogs verwendet werden, sofern eine Verbindung zur Arbeitsstelle besteht, da die Informationen allgemein verfügbar sind. Recherchiert der/die Arbeitgeber/in auf beruflich orientierten Plattformen, ist dies ebenso zulässig, da diese geschaffen wurden, um eine Verbindung zwischen Arbeitgeber/innen und Arbeitnehmer/innen zu schaffen. Recherchen auf freizeitorientierten Plattformen sind hingegen mE gesetzwidrig.

Darüber hinaus wurden einzelne Fallgruppen gebildet und rechtlich beurteilt, ob derart gewonnene Informationen für weitere Entscheidungen verwendet werden dürfen, wenn sie einen Zusammenhang zur Arbeitsstelle aufweisen. Es dürfen zB **unprofessionelle Profilnamen** nicht verwendet werden, da diese Daten für die Entscheidung, ob ein/e Arbeitnehmer/in für die Arbeitsstelle geeignet ist, nicht erforderlich und nicht aussagekräftig sind. Ob Informationen über **häufiges Posten von Inhalten für Entscheidungen** verwendet werden dürfen, hängt davon ab, wann der/die Einzelne aktiv war. Wenn der/die Bewerber/in in früheren Arbeitsstellen während der Arbeitszeit online war, kann dieser Hinweis für weitere Entscheidungen verwendet werden. War der/die Einzelne nur in der Freizeit oder in Pausen online, darf dies nicht verwendet werden. Äußerungen, die **Hasspostings oder diskriminierende Kommentare** enthalten, dürfen für weitere Entscheidung herangezogen werden, da der/die Unternehmer/in in seinem/ihrem Erfolg, ein gutes Geschäft zu führen bzw in Aufrechterhaltung des eigenen Rufs geschädigt werden kann. Gefundene Daten über einen **allfälligen Alkoholkonsum** dürfen nur verwendet werden, wenn die Arbeitsstelle ein

Risiko für Leben, Gesundheit oder das Eigentum des/der Arbeitgebers/in oder Dritter darstellt und die Information über eine Alkoholkrankheit vorliegt. Bilder über privates Trinken, Trinkgewohnheiten oder Daten über Einstellungen zum Alkohol dürfen dagegen jedenfalls nicht verwertet werden. Hinweise zu einer **schlechten Kommunikationsfähigkeit** dürfen herangezogen werden, wenn diese mit der Arbeitsstelle in einem Zusammenhang stehen. **Öffentliche Äußerungen** fallen unter den **Begriff der Weltanschauung**, wenn diese eine **bestimmte Dichte und Tiefe** aufweisen. Eine Ablehnung würde demnach zu einer **Diskriminierung nach § 17 GIBG** führen und ist daher verboten. Eine Ausnahme besteht hiervon, wenn es sich nach **§ 20 Abs 2 GIBG um einen Tendenzbetrieb** handelt. Fällt die politische Ansicht nicht unter den Begriff der Weltanschauung kann **Art 10 EMRK (Grundrecht auf freie Meinungsäußerung)** für eine weitere Beurteilung herangezogen werden. Ein/e potenzielle/r Arbeitnehmer/in darf grundsätzlich nicht wegen der eigenen Meinung abgelehnt werden. Eine Ausnahme hiervon besteht für Tendenzbetriebe. Informationen über den **Familienstand, die ethnische Zugehörigkeit, Religion, das Alter und die sexuelle Orientierung** dürfen nicht als Grundlage für eine Entscheidung herangezogen werden, da dies eine Diskriminierung iSd § 17 Abs1 Z 1 und § 3 Z 1 GIBG darstellt. Daten, die eine **vorvertragliche Treuepflichtverletzung** zeigen, dürfen verwendet werden, da diese einen Zusammenhang zur Arbeitsstelle darstellen.

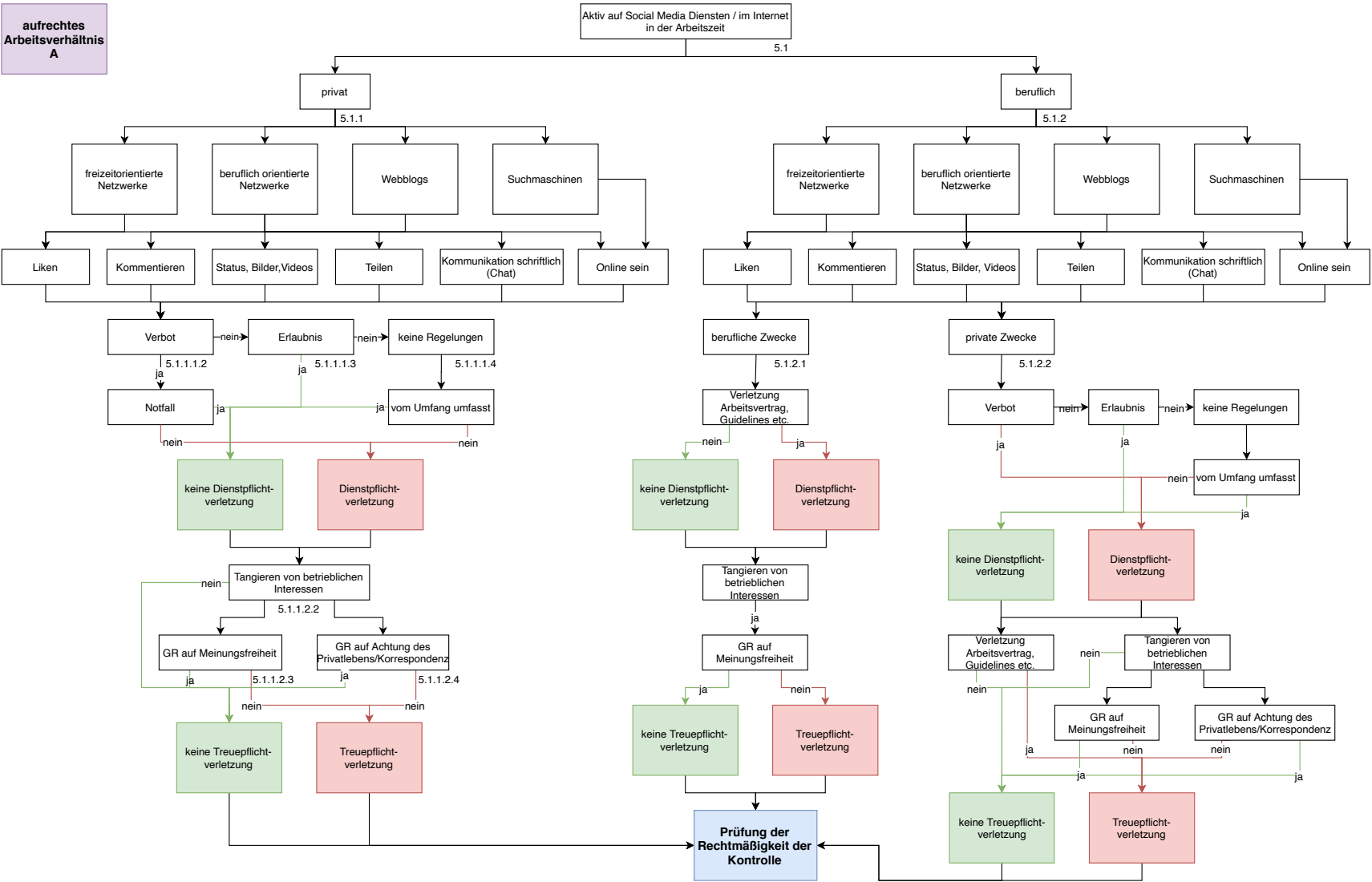
Der/Die Arbeitgeber/in kann **den/die Bewerber/in ablehnen**, wenn die Recherche rechtlich in Ordnung ist und die Daten mit der Arbeitsstelle in Verbindung stehen. Sollte eine vorvertragliche Treuepflichtverletzung vorliegen, kann uU Schadenersatz verlangt werden. Dem/Der potenziellen Arbeitnehmer/in stehen bei rechtswidriger Recherche durch den/die Arbeitgeber/in **verschiedene Rechtsbehelfe** aufgrund dem DSG, der EMRK und GRC zu. Nach Art 13 EMRK und Art 47 GRC kann eine Beschwerde beim nationalen Gericht eingelegt werden. Der/Die Bewerber/in könnte sich in Österreich auf § 879 ABGB stützen, wodurch diesem/r bei Eingriff in die Persönlichkeitssphäre ein Anspruch auf Schadenersatz zukommt.

Darüber hinaus steht nach § 44 DSG dem/der Einzelnen ein Recht auf Auskunft sowie nach § 43 DSG ein Informationsrecht zu. Ferner kann die Löschung der zu Unrecht verarbeiteten Daten nach § 45 DSG begehrt werden. Des Weiteren kommt bei Verletzung des allgemeinen

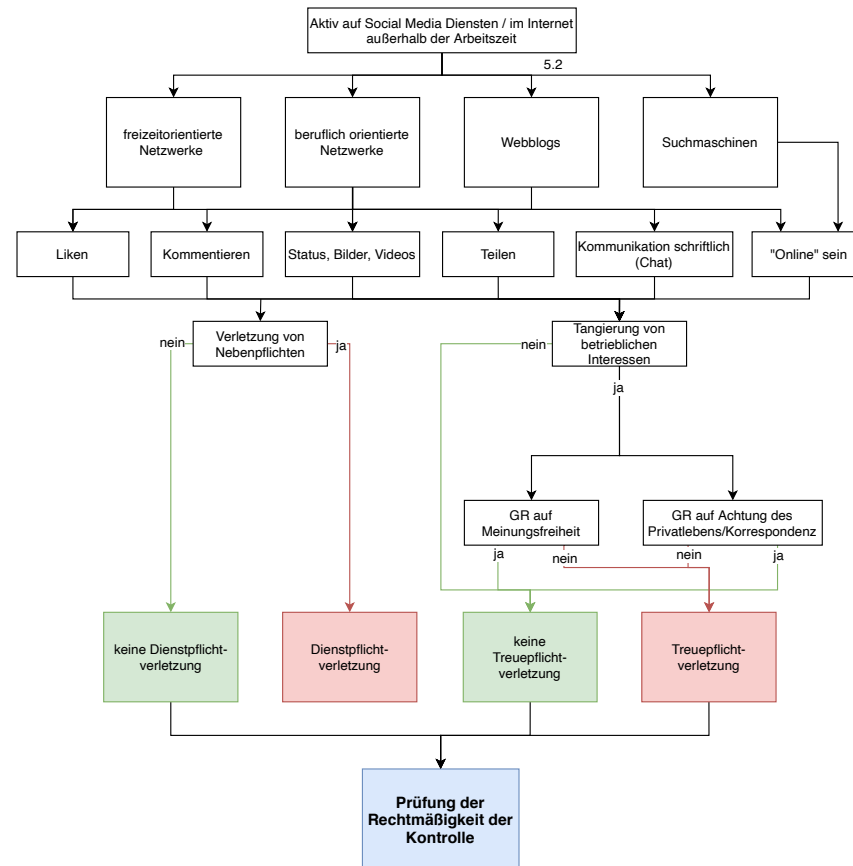
Persönlichkeitsrechts gem § 16 ABGB dem/der Bewerber/in ein Anspruch auf Unterlassung und Beseitigung der erhobenen Daten zu. Außerdem kann Schadenersatz verlangt werden.

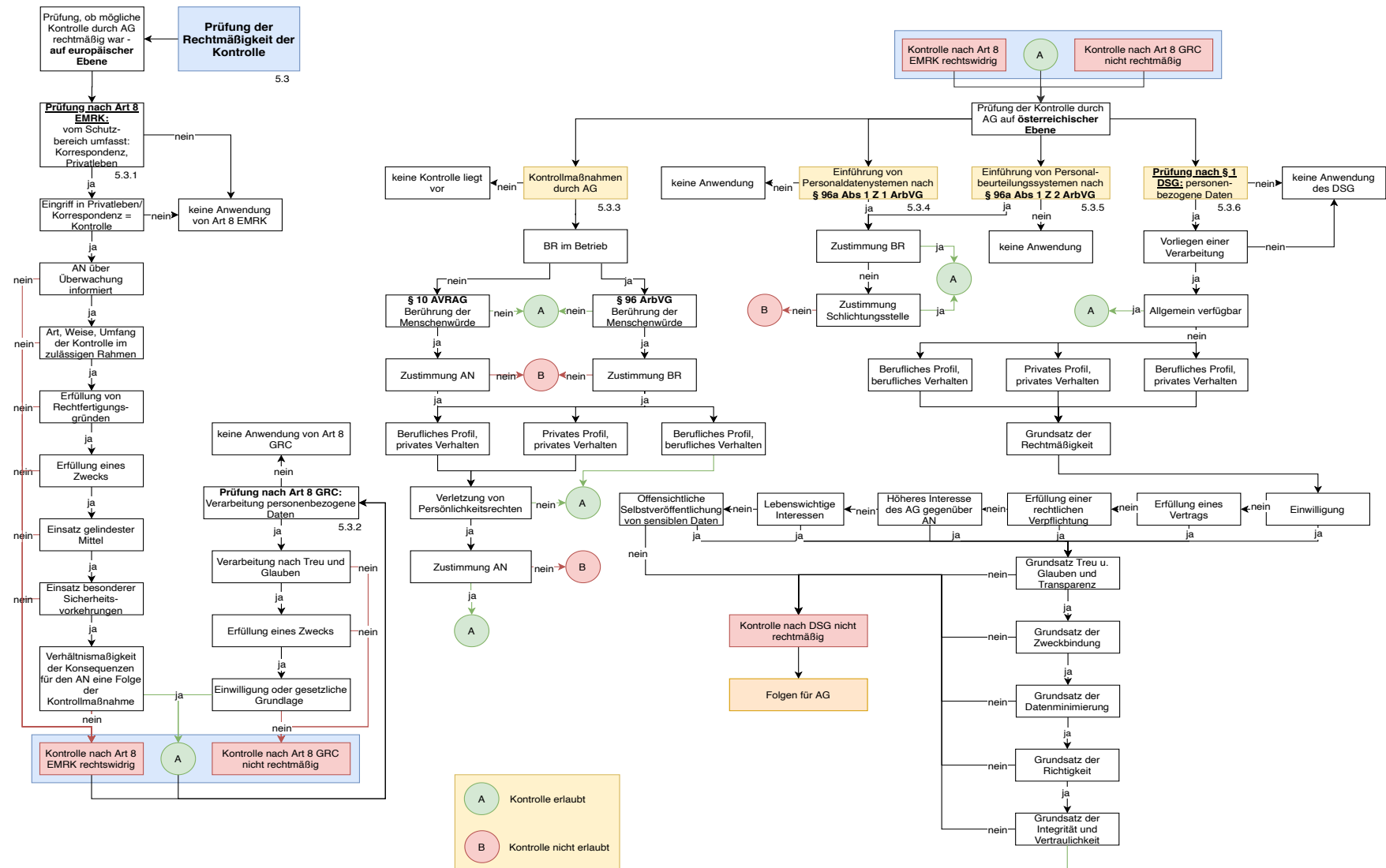
Darüber hinaus kam die Verfasserin zum Schluss, dass die **Verpflichtung zur Herausgabe von Passwörtern von Social-Media-Diensten** gegen das DSG bzw die DSGVO verstößt, da die Grundsätze für eine rechtskonforme Verarbeitung nach Art 5 DSGVO nicht erfüllt sind. Eine Einwilligung ist aufgrund des Koppelungsverbots und des Vorliegens eines klaren Ungleichgewichts nicht freiwillig. Darüber hinaus weist der/die Arbeitgeber/in auch kein höheres Interesse als der/die Bewerber/in für die Verarbeitung auf. Ferner ist auch eine Verarbeitung nach dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nicht rechtmäßig, da die Abfrage und die Verwendung von Passwörtern der potenziellen Arbeitnehmer/innen durch Arbeitgeber/innen mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nicht vereinbar ist.

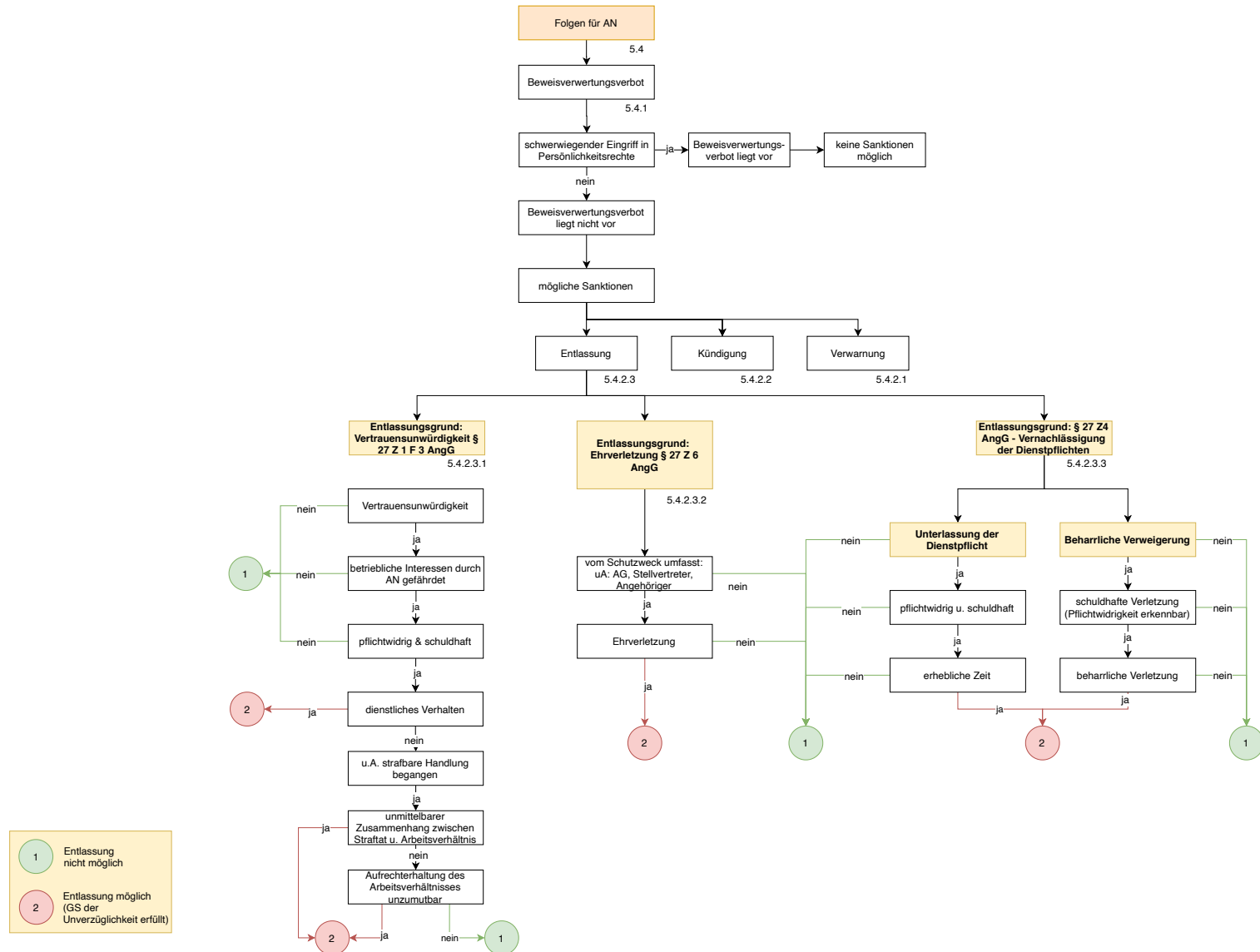
5. Aufrechtes Arbeitsverhältnis

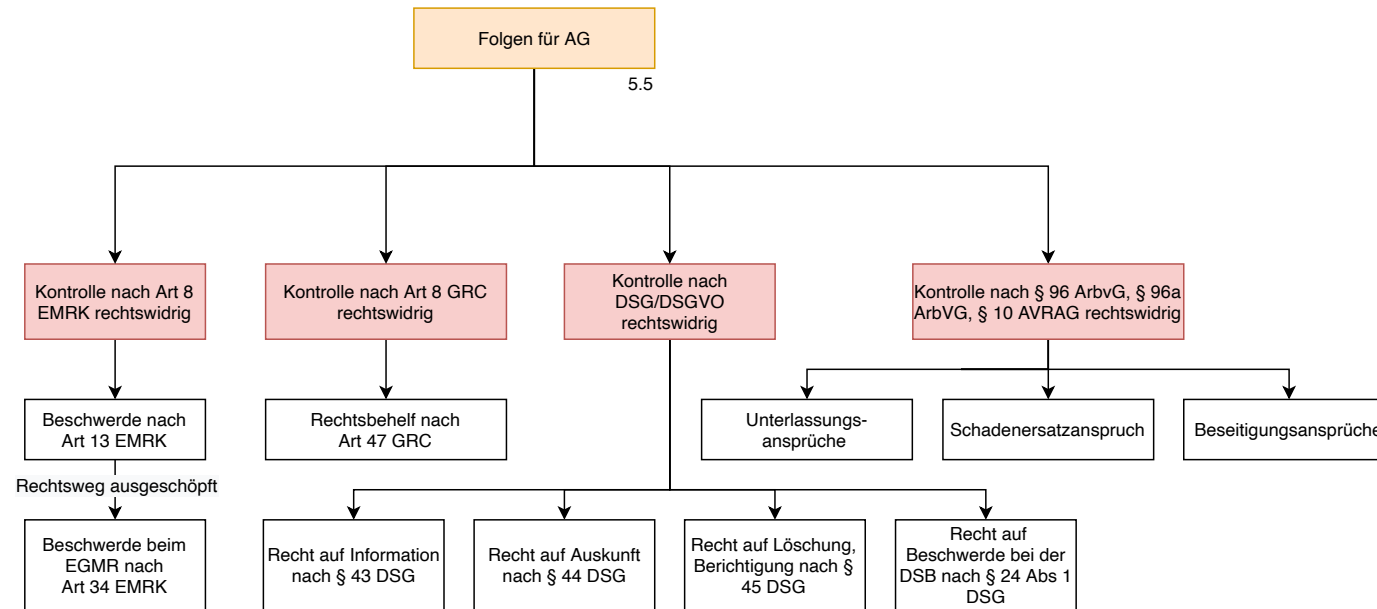


**aufrechtes
Arbeitsverhältnis
B**









Das fünfte Kapitel wird sich mit den Problemen im **aufrechten Arbeitsverhältnis** beschäftigen. Social-Media-Dienste werden immer häufiger verwendet und Arbeitnehmer/innen bleiben so auch während ihrer Arbeit mit ihren Freund/innen und Familien in Kontakt. Die **Nutzung in der Arbeitszeit** kann zu Problemen führen, wenn zB Arbeitnehmer/innen die Verwendung verboten wurde. Ferner können auch Konflikte auftreten, wenn zB beruflich zur Verfügung gestellte Profile privat genutzt werden. Um eine klare Regelung zu schaffen, werden häufiger **Social-Media-Guidelines** abgeschlossen. Es stellt sich die Frage, ob Arbeitgeber/innen private Regelungen verfassen dürfen, da diese möglicherweise in die Persönlichkeitsrechte des/der Einzelnen eingreifen können.

Die Nutzung von Social-Media-Diensten durch Arbeitnehmer/innen kann allerdings auch **inhaltlich betrachtet** zu Problemen führen, da diese die **betrieblichen Interessen** des/der Arbeitgebers/in **tangieren** können. Dienstgeber/innen greifen in die Privatsphäre ein und kontrollieren die Mitarbeiter/innen auf deren angemeldeten Plattformen, um mögliche Berührungspunkte zu finden. So werden zB private Profile inhaltlich geprüft, um sicherzustellen, ob sich Arbeitnehmer/innen nach den Vorstellungen des/der Arbeitgebers/in im Internet verhalten. Außerdem wird untersucht, ob diese in der Arbeitszeit aktiv waren. So stellt sich hier die Frage, ob Inhalte kontrolliert werden dürfen und durch diese Untersuchungen insbesondere das Recht auf Privatsphäre und Datenschutz verletzt wird, indem der/die Dienstgeber/in bestimmt, welche Inhalte gepostet werden.³⁸⁸ Darüber hinaus kommt es uA zu Konflikten, wenn sich Mitarbeiter/innen **negativ über das Unternehmen**, über die/den **Vorgesetzte/n oder über Kolleg/innen** auf den privaten Nutzer/innenkonten äußern. Werden betriebliche Interessen tangiert und liegt eine Treuepflichtverletzung vor, wird bisweilen eine **Entlassung aufgrund von Aktivitäten oder Handlungen** im Internet ausgesprochen.

Die aufgezählten Probleme umfassen nur einen geringen Teil an potenziellen Konflikten (Näheres in Kapitel „1.1 Problemstellung und Hintergrund der Dissertation“). In den nächsten Unterkapiteln werden die einzelnen Probleme strukturiert und rechtlich diskutiert. Im ersten Teil werden Handlungen beurteilt, die in der Arbeitszeit erfolgt sind. Es wird dabei unterschieden, ob der/die Einzelne auf einem **privaten oder beruflichen Profil** aktiv war. Hier wird eine mögliche Dienst- sowie Treuepflichtverletzung geprüft. Das zweite Kapitel

³⁸⁸ Kern/Schweiger, ZAS 2013, 51.

widmet sich der **Aktivität auf Social-Media-Diensten außerhalb der Arbeitszeit**. Es wird auch hier wieder eine mögliche Treuepflichtverletzung geprüft.

Danach wird sich die rechtliche Beurteilung mit der Prüfung der Rechtmäßigkeit der Kontrolle durch Dienstgeber/innen aus Social-Media-Diensten beschäftigen. Es wird in diesem Zuge eine Untersuchung anhand **Art 8 EMRK** (Achtung des Privatlebens und Korrespondenz), **Art 8 GRC** (Schutz personenbezogener Daten), **§ 96 ArbVG**, **§ 10 AVRAG**, **§ 96a Abs 1 Z 1 ArbVG** und **§ 96a Abs 1 Z 2 ArbVG** und **§ 1 DSG und der DSGVO** erfolgen. Des Weiteren werden mögliche Folgen für Arbeitnehmer/innen (Verwarnung, Kündigung, Entlassung) aufgrund einer nicht ordnungsgemäßen Nutzung besprochen. Im Zuge dessen wird sich die Untersuchung auch mit dem **Beweisverwertungsverbot** beschäftigen. Das letzte Unterkapitel widmet sich den **Folgen für den/die Arbeitgeber/in**, wenn die Kontrolle nicht rechtmäßig war.

5.1 Aktiv auf Social-Media-Diensten / im Internet in der Arbeitszeit

Ist der/die Arbeitnehmer/in **in der Arbeitszeit aktiv**, ist zunächst für die weitere rechtliche Beurteilung zu prüfen, ob es sich um ein **privates, welches dem/der Arbeitnehmer/in gehört**, oder ein **berufliches Profil, über welches der/die Arbeitgeber/in verfügt**, handelt. Begründet wird diese Unterscheidung damit, dass bei beruflichen Profilen, die der/die Arbeitgeber/in selbst dem/der Arbeitnehmer/in zur Verfügung gestellt hat und Verfügungsberechtigte/r dieser ist, mE idR **eigene Regelungen für die Nutzung** festgelegt werden, um diese Profile auch tatsächlich nach den Vorstellungen des/der Dienstgebers/in zu verwenden. Fraglich ist, inwiefern auch für private Profile, über welche der/die Arbeitnehmer/in verfügt, Bestimmungen zur Nutzung getroffen werden können, da uU durch einzelne Regelungen ein Eingriff in die Privatsphäre stattfindet und eine Einschränkung des Grundrechts auf Achtung des Privatlebens und Korrespondenz erfolgt.

5.1.1 Verwendung eines Social-Media-Profiles für private Zwecke in der Arbeitszeit (von dem/der Arbeitnehmer/in erstellt)

Wie auch im Anbahnungsstadium (siehe Näheres in Kapitel „4.1 Aktiv auf Social-Media / im Internet“) wird im Flussdiagramm angenommen, dass der/die Dienstnehmer/in auf einer **freizeitorientierten** oder **beruflich orientierten Plattform**, auf **Webblogs** oder einer

Suchmaschine aktiv ist. Bei den ersten drei Möglichkeiten kann der/die Nutzer/in liken, kommentieren, Statusmeldungen verfassen, Bilder oder Videos hochladen, teilen oder via Chat kommunizieren. Darüber hinaus kann der/die Einzelne auch nur online sein und dementsprechend nicht weiter aktiv werden. Auf Suchmaschinen können nur Recherchetätigkeiten durchgeführt werden, es können keine aktiven Handlungen, wie das Verfassen von Kommentaren, gesetzt werden und somit kann eine Person nur online sein.

Verwendet der/die Arbeitnehmer/in ein **privates Social-Media-Profil während der Arbeitszeit**, ist zu prüfen, ob bei Benützung eine **Dienst- und/oder Treuepflichtverletzung** vorliegt. Es wird zunächst auf eine mögliche Dienstpflichtverletzung eingegangen. Danach wird sich die Untersuchung mit einer allfälligen Treuepflichtverletzung beschäftigen.

5.1.1.1 Prüfung einer Dienstpflichtverletzung

§ 1153 ABGB regelt die Dienstpflicht näher. Demnach ist der/die Dienstnehmer/in verpflichtet, die im Rahmen des Arbeitsverhältnisses übertragenen Dienste **in eigener Person zu leisten**. Dieser Anspruch kann **nicht auf Dritte übertragen** werden. Darüber hinaus sind den Umständen nach **angemessene Dienste zu leisten**.³⁸⁹ Grundsätzlich hängen Art und Weise und in welchem Umfang der/die Dienstnehmer/in die eigene Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen hat, von der **vertraglichen Vereinbarung** ab. Sollte keine nähere Ausgestaltung erfolgt sein, ist der Vertrag trotzdem die wesentliche Quelle der konkreten Verpflichtung. Gem § 914 ABGB kommt es sodann auf die **Absicht der Vertragsparteien** sowie auf die **Übung des redlichen Verkehrs** an. Ferner ist es auch möglich, dass sich die dem/der Dienstnehmer/in zukommenden Aufgaben schlüssig in Form einer langjährigen Übung ergeben. Bei Fehlen einer ausreichend vertraglichen Determinierung hat der/die Einzelne den Umständen nach entsprechende oder dem Ortsgebrauch angemessene Dienste zu leisten. Darüber hinaus wird die Arbeitsleistung auch durch die Berufs- und Geschäftssitte näher ausgestaltet. Für eine nähere Beschreibung ist immer eine **wechselseitige Interessensabwägung** zwischen beiden Parteien gleichermaßen durchzuführen.³⁹⁰

³⁸⁹ Kietzbl/Rebhahn in Neumayr/Reissner, ZeltKomm³ § 1153 ABGB Rz 1.

³⁹⁰ Brodil, Der Inhalt der Arbeitspflicht, in Mazal/Risak (Hrsg), Arbeitsrecht: System- und Praxiskommentar³⁴ (2019) Kap X Rz 41.

Der/Die Arbeitnehmer/in schuldet demnach während der Arbeitszeit das **uneingeschränkte Bemühen, einen bestimmten Arbeitserfolg** herbeizuführen. Privat bedingte Verrichtungen, wie zB das Lesen einer mitgebrachten Zeitung, exzessive Plaudereien sowie die **private Internetnutzung**, sind hiervon nicht umfasst und daher grundsätzlich **untersagt**.³⁹¹ Die Dienstpflicht ist die **Hauptleistungspflicht des/der Arbeitnehmers/in**. Darüber hinaus gehende Arbeiten sind grundsätzlich nicht zu leisten. Die Treuepflicht stellt hiervon eine Ausnahme dar (Näheres in Kapitel „5.1.1.2 Prüfung einer Treuepflichtverletzung“).³⁹²

Es stellt sich grundsätzlich die Frage, ob die **Nutzung von Social-Media-Diensten** während der Arbeitszeit eine Dienstpflichtverletzung darstellt, da diese sodann eine Entlassung nach § 27 Z 4 AngG rechtfertigen könnte (Näheres hierzu in Kapitel „5.4.2.3.3 Entlassungsgrund § 27 Z 4 AngG - Verletzung der Dienstpflicht“).

5.1.1.1.1 Regelungsmöglichkeiten

Es gibt **keine ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen** zur privaten Internetnutzung bzw zur Verwendung von sozialen Netzwerken in der Arbeitszeit. Eine Ausnahme hiervon bilden §§ 79c ff BDG³⁹³ und § 29n VBG, welche allerdings nur im öffentlichen Dienstrecht für Beamte und Vertragsbedienstete zur Anwendung kommen und daher für die vorliegende Untersuchung keine Rolle spielen, da sich diese nur mit privaten Arbeitsverhältnissen beschäftigt. Im **Arbeitsvertrag**, durch **Weisungen zB in Form von Social-Media-Richtlinien** sowie in **Betriebsvereinbarungen** gem §§ 97 Abs 1 Z 1 ArbVG und 97 Abs 1 Z 6 ArbVG besteht die Möglichkeit, gesonderte Regelungen zu treffen.³⁹⁴ Ob tatsächlich eine Dienstpflichtverletzung vorliegt, hängt daher von möglichen getroffenen **Regelungen durch den/die Arbeitgeber/in** ab.

³⁹¹ Brodil, Private Verrichtung des Arbeitnehmers während der Arbeitszeit, in Mazal/Risak (Hrsg), Arbeitsrecht: System- und Praxiskommentar³⁴ (2019) Kap X Rz 51.

³⁹² Kietzbl/Rebhahn in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 1153 ABGB Rz 13.

³⁹³ In diesen Bestimmungen werden einzelne Grundsätze (eine Kontrolle ist zB möglich bei einem begründeten Verdacht einer gröblichen Dienstpflichtverletzung) für eine zulässige Datenverarbeitung sowie Kontrolle von personenbezogenen Daten festgesetzt.

³⁹⁴ Grünanger/Goricnik, Arbeitnehmer-Datenschutz Rz 6.3.

5.1.1.1.1.1 Arbeitsvertrag und Social-Media-Richtlinien

Der/Die Arbeitgeber/in könnte in **Arbeitsverträgen** die Nutzung während der Arbeitszeit zB **verbieten**. Darüber hinaus kann auch festgelegt werden, dass die Verwendung **eingeschränkt** oder zur **Gänze erlaubt** ist. Ferner bestehen auch Konstellationen, in welchen der/die Dienstgeber/in gar keine Regelungen vorsieht. Dies könnte mE dazu führen, dass die Verwendung in einem gewissen Ausmaß stillschweigend **geduldet** wird.

Der/Die Arbeitgeber/in hat die Befugnis, innerhalb der Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag den Umfang sowie **Art und Weise durch eine einseitige Direktion (Weisung)** näher zu gestalten. Durch diese wird somit die arbeitsvertraglich vereinbarte Gattungsschuld konkretisiert.³⁹⁵ Weisungen können auch in Form einer **betrieblichen Richtlinie („Social-Media-Richtlinie/Guidelines“)** erfolgen.³⁹⁶ Bei diesen handelt es sich um Regelungen, welche die Zuständigkeit, Verantwortlichkeit, Kennzeichnung von privaten Meinungen und die Netiquette bei der Kommunikation in sozialen Netzwerken festlegen.³⁹⁷ Nach *Oberhofer/Ghahramani-Hofer*³⁹⁸ kann diese Richtlinie bereits **im Arbeitsvertrag vereinbart** werden. Es ist auch möglich, dass dem/der Arbeitnehmer/in diese mit **schriftlicher Weisung** zur Kenntnis gebracht wird. In gewissen Grenzen kann diese einseitig von dem/der Arbeitgeber/in bei entsprechendem Vorbehalt geändert werden. Demnach könnte der/die Arbeitgeber/in auch in Social-Media-Richtlinien festlegen, dass die private Nutzung in der Arbeitszeit verboten oder erlaubt wird.

5.1.1.1.1.2 Betriebsvereinbarungen nach §§ 97 Abs 1 Z 1 ArbVG und 97 Abs 1 Z 6 ArbVG

Der/Die Arbeitgeber/in hat die Möglichkeit, über Art und Umfang der Verwendung der von ihm/ihr **zur Verfügung gestellten Betriebsmittel** frei Entscheidungen zu treffen. Davon wird nicht nur die Hardware, wie Telefonanlagen oder Personal Computer, sondern auch verschiedene Software, wie das Internet und soziale Medien, umfasst.³⁹⁹ Möchte der/die Arbeitgeber/in die Nutzung von eigenen Betriebsmitteln regeln, ist dies gem **§ 97 Abs 1 Z**

³⁹⁵ *Brodil*, Weisungen und Vertragsanpassung, in *Mazal/Risak* (Hrsg), Arbeitsrecht: System- und Praxiskommentar³⁴ (2019) Kap X Rz 47.

³⁹⁶ *Przeszlowska*, Internet und E-Mail am Arbeitsplatz, ARD 6392/6/2014.

³⁹⁷ *Pollirer*, Checkliste für eine Social-Media-Richtlinie (Social-Media-Guideline), *Dako* 2017, 8.

³⁹⁸ *Oberhofer/Ghahramani-Hofer* in *Reissner/Neumayr*, *ZellHB AV-Klauseln*² Besonderer Teil, 29. Klausel Rz 29.22 (Stand 1.6.2019, rdb.at).

³⁹⁹ *Oberhofer/Ghahramani-Hofer* in *Reissner/Neumayr*, *ZellHB AV-Klauseln*² Besonderer Teil, 29. Klausel Rz 29.01.

6 ArbVG durch eine Betriebsvereinbarung (=Maßnahmen zur zweckentsprechenden Benützung von Betriebseinrichtungen und -mitteln) möglich, wenn ein **Betriebsrat errichtet** wurde.⁴⁰⁰ Es handelt sich hierbei um eine **erzwingbare Betriebsvereinbarung**. Das bedeutet, dass im Fall der Verweigerung des Abschlusses der Betriebsrat die Schlichtungsstelle gem § 97 Abs 2 ArbVG anrufen und zB einen Antrag auf eingeschränkte Privatnutzung stellen kann.⁴⁰¹

Unter dem Begriff **Betriebsmittel** werden jene Anlage- und Umlaufgüter, deren sich ein Unternehmen bedient, um Sachgüter herzustellen oder Dienstleistungen zu erbringen, verstanden. Es werden allerdings nur körperliche und nicht unkörperliche Betriebsmittel, wie zB Rechte, umfasst. Es handelt sich hierbei zB um Räumlichkeiten, Maschinen, sonstige Anlagen, Rohstoffe oder Werkstoffe. Der Begriff **Betriebseinrichtungen** beschreibt die für die betriebliche Leistungserbringung notwendigen Institutionen. Ferner fallen auch Einrichtungen, die nur mittelbar diesem Zweck dienen, wie insbesondere Sozial- oder betriebliche Wohlfahrtseinrichtungen, hierunter. Darüber hinaus müssen Betriebsmittel und -einrichtungen **zweckentsprechend benützt** werden.⁴⁰² Das Wort zweckentsprechend kann als dem festgelegten Zweck entsprechend definiert werden.⁴⁰³ Einschulungsanordnungen, Bedienungsanleitungen, Wartungsvorschriften oder Richtlinien zur sparsamen Verwendung bestimmter Ressourcen fallen unter § 97 Abs 1 Z 6 ArbVG. Darüber hinaus können auch Benützungsordnungen für Internetdienste wie E-Mails Regelungsgegenstand sein.⁴⁰⁴ Demnach fällt mE auch die Regelung von Social-Media-Diensten unter § 97 Abs Z 6 ArbVG, da diese ein Teil des Internets sind und somit einen Internetdienst darstellen (siehe Näheres in Kapitel „2.1 Definition des Begriffs „Social-Media-Dienste“ allgemein“).

Die **betriebliche Nutzung** kann **Regelungsgegenstand** des § 97 Abs 1 Z 6 ArbVG sein.⁴⁰⁵ Es ist fraglich, ob auch die private Nutzung geregelt werden kann, da es an der Zweckentsprechung mangeln könnte. Bei der privaten Nutzung gibt es differenzierte Meinungsstände, wobei nach hA⁴⁰⁶ eine Regelung für die **private Verwendung von**

⁴⁰⁰ Reissner in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 97 ArbVG Rz 43 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

⁴⁰¹ Grünanger/Goricnik, Arbeitnehmer-Datenschutz Rz 6.3.

⁴⁰² Reissner in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 97 ArbVG Rz 43-47.

⁴⁰³ Pačić/Völkl-Posch, Die einzelnen Betriebsvereinbarungstatbestände, in Mazal/Risak (Hrsg), Arbeitsrecht: System und Praxiskommentar³⁴ (2019) Kap IV Rz 95.

⁴⁰⁴ Reissner in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 97 ArbVG Rz 43-47.

⁴⁰⁵ Reissner in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 97 ArbVG Rz 43-47.

⁴⁰⁶ uA Burger-Ehrnhöfer/Drs/Eichinger/Födermayr/Jabornegg/Mayr/Reiner in Jabornegg/Resch, ArbVG § 97 Rz 216 (Stand 1.3.2016, rdb.at).

Firmenautos oder Mobiltelefonen möglich ist.⁴⁰⁷ Dies wird damit begründet, dass auch die Privatnutzung eine Art der Benützung ist. Es wird allerdings immer vorausgesetzt, dass die Nutzung tatsächlich zweckentsprechend ist.⁴⁰⁸ Nach *Dellisch*⁴⁰⁹ sind Regelungen über die private Nutzung hingegen nicht möglich, da es an der Zweckentsprechung mangelt. Die Verfasserin schließt sich der hA an, da es sich bei **Regelungen über die private Nutzung von sozialen Netzwerken** auch um unter der Verfügungsmacht des/der Arbeitgebers/in stehende Mittel handelt und daher auch eine **Art der Benützung** darstellt. Die Argumentation von *Dellisch* wird daher nicht vertreten.

Neben § 97 Abs 1 Z 6 ArbVG könnten auch Regelungen in Form einer Betriebsvereinbarung nach **§ 97 Abs 1 Z 1 ArbVG** für diese Problematik getroffen werden. Demnach können Bestimmungen zu **allgemeinen Ordnungsvorschriften** in einer Betriebsvereinbarung zwischen dem Betriebsrat und dem/der Arbeitgeber/in festgelegt werden. Es handelt sich auch hier um eine erzwingbare Betriebsvereinbarung. Es können demnach allgemeine Anforderungen an die Arbeitnehmer/innen in Bezug auf ihre Arbeitspflicht, wie zB einfache Kontrollregelungen, getroffen werden.⁴¹⁰ Es kann auch bestimmt werden, dass **private Mobiltelefone, Smartphones oder andere private Mobile Devices** während der **Arbeitszeit nicht benutzt** werden dürfen.⁴¹¹ Sollte es sich um Regelungen handeln, die nicht die gesamte Belegschaft betreffen, kommt § 97 Abs 1 Z 1 ArbVG nicht zur Anwendung. Es müssten demnach einzelne Bestimmungen in Form einer Weisung erfolgen.⁴¹²

In den nächsten Unterkapiteln werden nun einzelne Fallszenarien (Verbot, Erlaubnis, keine Regelungen), welche im Flussdiagramm dargestellt wurden, diskutiert.

5.1.1.1.2 Verbotene Nutzung

Um jegliche private Nutzung von Social-Media-Diensten zu vermeiden, werden Regelungen, nach welchen die **Verwendung von Betriebsmitteln des/der Arbeitgebers/in**

⁴⁰⁷ *Oberhofer/Ghahramani-Hofer* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB AV-Klauseln² Besonderer Teil, 29. Klausel Rz 29.06.

⁴⁰⁸ *Pačić/Völkl-Posch* in *Mazal/Risak*, Kap IV Rz 95.

⁴⁰⁹ *Dellisch*, Private E-Mail- und Internet-Nutzung am Arbeitsplatz - Gestaltung der Nutzung und Kontrolle durch den Dienstgeber, ASoK 2001, 316.

⁴¹⁰ *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 97 ArbVG Rz 16-18.

⁴¹¹ *Oberhofer/Ghahramani-Hofer* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB AV-Klauseln² Besonderer Teil, 29. Klausel Rz 29.07.

⁴¹² *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 97 ArbVG Rz 16-18.

verboten wird, getroffen. Diese Bestimmungen können zu Problemen führen, wenn sich Arbeitnehmer/innen an diese nicht halten oder in ihren Persönlichkeitsrechten durch das Verbot eingeschränkt fühlen. Darüber hinaus können mE auch Regelungen getroffen werden, nach welchen **private Smartphones** oder andere **Smart Devices** in der Arbeitszeit **nicht benutzt** werden dürfen. Dies wird damit begründet, dass diese mittlerweile vorrangig verwendet werden, um auf sozialen Netzwerken oder dem Internet aktiv zu sein. Es können auch diese Bestimmungen zu Problemen führen, da ein privates Smartphone im Eigentum des/der Arbeitnehmers/in steht und somit auch eine Einschränkung der Eigentumsrechte vorliegen könnte. Zunächst wird sich die Untersuchung mit dem Verbot der Nutzung von sozialen Medien auf Betriebsmitteln befassen. Danach beschäftigt sich die Verfasserin mit Regelungen zu Verboten, die sich auf private Mittel beziehen.

In der Lit haben sich bereits vereinzelt Autoren mit der rechtlichen Beurteilung in Bezug auf **Verbote über die private Internetnutzung von Betriebsmitteln** befasst. Nach *Goricnik*⁴¹³ kann grundsätzlich ein Verbot festgelegt werden. Dieses muss allerdings innerhalb der **Grenzen des Schikaneverbots** liegen. Demnach wird dieses verletzt sein, wenn das Internet nur für eine bestimmte Abteilung gesperrt wird, sofern nicht eine Teilsperre sachlich gerechtfertigt ist. Dies wird damit begründet, dass es sich um die Frage der Privatnutzung von Betriebsmitteln handelt und diese dem/der Arbeitgeber/in zur Verfügung stehen. Nach *Oberhofer/Ghahramani-Hofer*⁴¹⁴ kann vorgesehen werden, dass Betriebsmittel ausschließlich für **betriebliche Zwecke** verwendet werden und damit die **private Nutzung dieser verboten** wird. In **Notfallsituationen** ist die private Nutzung allerdings in **geringfügigem Ausmaß** aufgrund von § 8 Abs 3 AngG und § 1154b Abs 5 ABGB gerechtfertigt. Eine Notfallsituation ist dann anzunehmen, wenn es zB um die Sicherstellung der Kinderbetreuung, die Erledigung dringender behördlicher Angelegenheiten oder die Vereinbarung bzw Verschiebung von Arztterminen geht und die Kontaktaufnahme nicht anders möglich ist. Nach *Brodil*⁴¹⁵ darf der/die Arbeitgeber/in die private Nutzung von Betriebsmitteln verbieten, eine **Notsituation** für den **Zugriff auf das Internet** ist hingegen **kaum vorstellbar**.

⁴¹³ *Grünanger/Goricnik*, Arbeitnehmer-Datenschutz Rz 6.6.

⁴¹⁴ *Oberhofer/Ghahramani-Hofer* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB AV-Klauseln² Besonderer Teil, 29. Klausel Rz 29.11.

⁴¹⁵ *Brodil* in *Mazal/Risak*, Kap X Rz 53.

*Andréewitch*⁴¹⁶ kam zum Schluss, dass der/die Arbeitgeber/in ein **umfassendes Verbot aussprechen** kann und einen Anspruch auf dessen Beachtung hat. Es ist nur sehr schwer vorstellbar, dass Situationen auftreten, in welchen unbedingt auf die Kommunikation in sozialen Netzwerken zugegriffen werden muss. Der/Die Arbeitnehmer/in könnte **bei Dringlichkeitsfällen** das **betriebliche Telefon**, das **eigene Handy** oder **E-Mails für die Kommunikation** verwenden. Nach *Kern/Schweiger*⁴¹⁷ kann die **Nutzung von sozialen Netzwerken verboten** und bei Missachtung der/die Arbeitnehmer/in gegebenenfalls entlassen werden.

ME können die Ausführungen zur privaten Internetnutzung auch für die Beurteilung der privaten Verwendung von sozialen Netzwerken in der Arbeitszeit herangezogen werden, da Social-Media-Dienste vom Begriff des Internets umfasst werden und demnach einen Teil dessen darstellen (Näheres in Kapitel „2.1 Definition des Begriffs „Social-Media-Dienste“ allgemein“).

Wie bereits die Lit⁴¹⁸ darlegte, kann mE **grundsätzlich auch ein Verbot** über die Verwendung von sozialen Medien durch **Betriebsmittel des/der Arbeitgebers/in** festgelegt werden, da der/die Arbeitnehmer/in das uneingeschränkte Bemühen, einen bestimmten Arbeitserfolg herbeizuführen, schuldet. Es sind allerdings, wie *Goricnik*⁴¹⁹ erläuterte, die **Grenzen des Schikaneverbots** einzuhalten. Wird ein Verbot für eine einzelne Abteilung festgelegt und hat der/die Dienstgeber/in für dieses keinen sachlichen Grund, ist das Verbot demnach rechtswidrig.

Die Argumentation von *Brodil*⁴²⁰, dass die private Internetnutzung zur Gänze verboten werden darf, kann in Bezug auf die Nutzung von sozialen Netzwerken nicht angewendet werden, da mE **Notfälle eintreten** können, bei denen **ohne die Verwendung** von Social-Media-Diensten nicht die **schnellstmögliche Hilfe zur Verfügung gestellt** werden kann. IdR wird es sich um Instant-Messaging-Dienste, wie zB WhatsApp oder Facebook-Messenger, handeln, die vorrangig für die **direkte Kommunikation** verwendet werden

⁴¹⁶ *Andréewitch*, Social Networks, 62.

⁴¹⁷ *Kern/Schweiger*, ZAS 2013, 51.

⁴¹⁸ *Grünanger/Goricnik*, Arbeitnehmer-Datenschutz Rz 6.6; *Brodil* in *Mazal/Risak*, Kap X Rz 53; *Oberhofer/Ghahramani-Hofer* in *Reissner/Neumayr*, ZellsHB AV-Klauseln² Besonderer Teil, 29. Klausel Rz 29.11.

⁴¹⁹ *Grünanger/Goricnik*, Arbeitnehmer-Datenschutz Rz 6.6.

⁴²⁰ *Brodil* in *Mazal/Risak*, Kap X Rz 53.

(Näheres zu diesem Begriff in Kapitel „2.2.2 Instant-Messaging“). Es ist allerdings immer eine **Interessensabwägung** durchzuführen. Wie bereits *Oberhofer/Ghahramani-Hofer*⁴²¹ erwähnt, kann in diesem Fall auf § 8 Abs 3 AngG verwiesen werden und demnach ist die Nutzung erlaubt, wenn es sich um die **Sicherstellung der Kinderbetreuung**, die **Erledigung dringender behördlicher Angelegenheiten** oder die **Vereinbarung bzw Verschiebung von Arztterminen** handelt. In diesem Fall würde die Interessensabwägung zugunsten des/der Arbeitnehmers/in ausfallen und die Benützung wäre auch bei Vorliegen eines Verbots rechtmäßig.

Durch die Verwendung von Facebook, Instagram oder Weblogs ist es mE hingegen nicht vorstellbar, dass eine Notfallsituation kommuniziert wird. Damit ist in Bezug auf diese Plattformen ein umfassendes Verbot möglich und die Verfasserin schließt sich *Andréewitch*⁴²² und *Kern/Schweiger*⁴²³ an. Es ist allerdings nicht auszuschließen, dass sich die Verwendung in der Zukunft auch ändert, da auch Behörden ihre eigenen Kommunikationswege ausbauen und es daher auch vorstellbar ist, dass zB Facebook in Zukunft für Tätigkeiten, wie zB Behördenwege oder zur Kommunikation mit Ärzten, genutzt wird.

Fraglich ist, inwiefern die oben dargelegte rechtliche Beurteilung zB für Smartphones, die unter der Verfügungsmacht **des/der Arbeitnehmers/in** stehen, zur Anwendung kommen. Nach *Goricnik*⁴²⁴ ist ein **absolutes Verbot nicht** immer **möglich**. Dies wird vor allem dann anzunehmen sein, wenn die privaten Interessen höher als die betrieblichen sind.

Es stellt sich die Frage, in welcher Situation **private Interessen höher** als die betrieblichen sind. Da der/die Arbeitnehmer/in während der Arbeitszeit das uneingeschränkte Bemühen, einen bestimmten Arbeitserfolg, herbeizuführen schuldet und private Verrichtungen nicht erlaubt sind, kommt es mE nicht darauf an, ob es sich um die Verwendung von Betriebs- oder Privatmitteln handelt. So ist das Lesen von mitgebrachten Zeitungen auch nicht erlaubt, da der/die Arbeitnehmer/in das uneingeschränkte Bemühen, einen bestimmten Arbeitserfolg herbeizuführen, schuldet.⁴²⁵ Demnach ist die Verwendung von eigenen Smart Devices

⁴²¹ *Oberhofer/Ghahramani-Hofer* in *Reissner/Neumayr*, ZelliHB AV-Klauseln² Besonderer Teil, 29. Klausel Rz 29.11.

⁴²² *Andréewitch*, Social Networks, 62.

⁴²³ *Kern/Schweiger*, ZAS 2013, 51.

⁴²⁴ *Grünanger/Goricnik*, Arbeitnehmer-Datenschutz Rz 6.6.

⁴²⁵ *Brodil* in *Mazal/Risak*, Kap X Rz 51.

grundsätzlich auch verboten. Es könnten allerdings private Interessen dem Verbot entgegenstehen, wenn die oben **beschriebenen Notfälle** eintreten. Demnach ist bei diesen eine Verwendung möglich, da die **privaten Interessen höher** als die betrieblichen sind. Die Verfasserin schließt sich daher der Ansicht von *Goricnik*⁴²⁶ an und **im Eigentum des/der Arbeitnehmers/in stehende Smart Devices** dürfen bei Vorliegen eines **Notfalls verwendet** werden, auch wenn ein Verbot ausdrücklich vereinbart wurde.

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, dass Regelungen über im Privateigentum stehende Geräte, wie zB Smartphones, sowie über Betriebsmittel des/der Arbeitgebers/in rechtlich gleich beurteilt werden können. Dem/Der Dienstgeber/in ist es grundsätzlich **erlaubt**, die **Nutzung von sozialen Netzwerken zu verbieten**. In Ausnahmefällen, wenn tatsächlich ein **Notfall**, zB bei Erledigung dringender behördlicher Angelegenheiten, vorliegt, darf dieses Verbot missachtet werden. Da Instant-Messaging-Dienste, wie zB WhatsApp, für die Kommunikation verwendet werden, ist es vorstellbar, dass diese gebraucht werden, um Notfälle schnellstmöglich abzuwickeln. Sollte es zu einer **Missachtung** kommen und **kein Notfall** vorliegen, liegt eine **Dienstpfllichtverletzung** vor. Diese könnte zu einer Entlassung nach § 27 Z 4 AngG führen. In Kapitel „5.4.2.3.3 Entlassungsgrund: § 27 Z 4 AngG - Verletzung der Dienstpfllicht“ wird noch näher auf diesen Tatbestand eingegangen.

5.1.1.1.3 Erlaubte Nutzung

Neben der Möglichkeit die Nutzung zu verbieten, kann der/die Arbeitgeber/in regeln, dass die Nutzung zur **Gänze bzw in einem bestimmten Umfang erlaubt** wird. Diese Art der Regelung wird mE in den meisten Fällen zu keinen Problemen führen. Eine Ausnahme könnte hiervon bestehen, wenn nicht klar und deutlich der Umfang der Nutzung festgelegt wurde und es demnach zu Missverständnissen kommt, indem in einem zu hohen Ausmaß Social-Media-Dienste verwendet werden. Durch die gänzliche Erlaubnis kommt dem/der Arbeitnehmer/in **weitreichende Nutzungsbefugnis** zu.⁴²⁷

⁴²⁶ *Grünanger/Goricnik*, Arbeitnehmer-Datenschutz Rz 6.6.

⁴²⁷ *Przeszlowska*, ARD 6392/6/2014.

*Oberhofer/Ghahramani-Hofer*⁴²⁸ führen in diesem Zusammenhang an, dass der/die Arbeitgeber/in **in einem bestimmten Umfang** die Nutzung von Betriebsmitteln durch Nutzungsregelungen **ausdrücklich beschränken** und **möglichst konkret festlegen** soll, wenn die Nutzung erlaubt wird. Es sollen die Betriebsmittel, Art der Nutzung, erlaubte Nutzungsdauer und Tageszeit Regelungsinhalt werden. *Goricnik*⁴²⁹ kommt zum Schluss, dass die erlaubte Privatnutzung von Betriebsmitteln mit **Einschränkungen versehen** werden kann. Demnach ist es möglich, dass zB negative Auswirkungen auf das Ansehen des Unternehmens unterbleiben müssen. Es wurde hier auf eine E des OLG Wien⁴³⁰ vom 28.3.2003 Bezug genommen. In dieser wurde der Arbeitnehmer mehrfach von seinem Arbeitgeber aufgefordert, die vom Firmen-PC aus vorgenommene verbotene Subskription bei einem Internetforum aufzulösen. Der Arbeitgeber hatte die Befürchtung, dass sein Ansehen geschädigt wird, da der Arbeitnehmer an rein privaten Diskussionen im Forum über Drogen und bewusstseinsverändernde Stoffe teilnahm. Da der Dienstnehmer die Subskription nicht auflöste, sprach der Dienstgeber die Entlassung aus. Das OLG Wien erachtete diese für rechtmäßig.

In Bezug auf die Unterscheidung, ob es sich um Regelungen über Betriebs- oder Privatmittel handelt, können die Ausführungen aus Kapitel „5.1.1.1.2 Verbotene Nutzung“ herangezogen werden. Demnach können sowohl für **Betriebs- als auch Privatmittel Bestimmungen** getroffen werden.

Die Verfasserin schließt sich der Meinung von *Goricnik*⁴³¹ und *Oberhofer/Ghahramani-Hofer*⁴³² an. Der/Die Arbeitgeber/in kann **die Nutzung erlauben**. Es ist allerdings wichtig, wie auch bereits *Oberhofer/Ghahramani-Hofer*⁴³³ dargelegt haben, dass es ratsam ist, die Verwendung nicht zur Gänze zu gestatten. Es ist jedenfalls empfehlenswert, klare und strukturierte Regelungen, in welchem Umfang tatsächlich eine Verwendung erlaubt ist, festzulegen. Hat der/die Arbeitgeber/in die Nutzung von sozialen Diensten zur Gänze erlaubt, kann **keine Dienstpflichtverletzung** vorliegen und damit keine Entlassung nach §

⁴²⁸ *Oberhofer/Ghahramani-Hofer* in *Reissner/Neumayr*, ZelliHB AV-Klauseln² Besonderer Teil, 29. Klausel Rz 29.12.

⁴²⁹ *Grünanger/Goricnik*, Arbeitnehmer-Datenschutz Rz 6.8.

⁴³⁰ OLG Wien 7 Ra 16/03d ARD 5461/10/2003.

⁴³¹ *Grünanger/Goricnik*, Arbeitnehmer-Datenschutz Rz 6.8.

⁴³² *Oberhofer/Ghahramani-Hofer* in *Reissner/Neumayr*, ZelliHB AV-Klauseln² Besonderer Teil, 29. Klausel Rz 29.12.

⁴³³ *Oberhofer/Ghahramani-Hofer* in *Reissner/Neumayr*, ZelliHB AV-Klauseln² Besonderer Teil, 29. Klausel Rz 29.12.

27 Z 4 AngG erfolgen. Wurde die Nutzung nur in einem bestimmten Umfang erlaubt und wird dieser nicht eingehalten, ist eine Dienstpflichtverletzung vorstellbar. Ob eine Entlassung möglich ist, wird in Kapitel „5.4.2.3.3 Entlassungsgrund: § 27 Z 4 AngG - Verletzung der Dienstpflicht“ diskutiert.

5.1.1.1.4 Keine Regelungen über die private Nutzung

Denkbar ist natürlich auch, dass **keine Regelungen festgelegt** werden. Dies kann zu Problemen führen, da nicht klar ist, ob und in welchem Umfang der/die Arbeitnehmer/in tatsächlich Social-Media-Dienste nutzen darf.

Vereinzelt beschäftigte sich die Rsp und Lit mit dieser Problematik. Das OLG Wien⁴³⁴ stellte klar, dass das private „Internetsurfen“ **in Grundzügen zu dulden** ist, außer es wird ein **bestimmtes zeitliches Limit überschritten**. Der OGH⁴³⁵ kam in seiner E zum Schluss, dass noch kein Entlassungsgrund vorliegt, wenn der/die Arbeitnehmer/in **mindestens eineinhalb Stunden täglich mit privatem Internetsurfen** und dem Download umfangreicher Film- und Musikdateien beschäftigt ist, da dem/der Arbeitgeber/in kein Schaden entstanden ist.

*Brodil*⁴³⁶ stellt hierzu fest, dass es dem/der Arbeitnehmer/in erlaubt ist, grundsätzlich **ohne Beeinträchtigung der ihm übertragenen Aufgaben private Verrichtungen** von betrieblichen Kommunikationsmitteln im Arbeitsverhältnis zu tätigen. Handelt es sich um Verrichtungen, die zu einer **objektiv nachvollziehbaren Entlastung des/der Arbeitgebers/in** führen, wird davon ausgegangen, dass ein großzügiger Maßstab angelegt werden kann. Demnach ist die Benützung eines betrieblichen E-Mail-Accounts rechtlich in Ordnung, wenn virtuelle Behördenwege durchgeführt werden. Darüber hinaus wird eine Internetrecherche im Gegensatz zu telefonischer Auskunftseinholung eine Entlastung darstellen.

*Thiele*⁴³⁷ gab an, dass die **Arbeit nicht beeinträchtigt werden** darf, die technischen Ressourcen **nicht in störender Weise belastet**, keine Sicherheitsrisiken geschaffen und

⁴³⁴ OLG Wien 8 Ra 45/03a ARD 5461/9/2003.

⁴³⁵ OGH 29.9.2011, 8 ObA 52/11x.

⁴³⁶ *Brodil* in *Mazal/Risak*, Kap X Rz 54-56.

⁴³⁷ *Thiele*, Internet am Arbeitsplatz, ecolex 2001, 75.

keine widerrechtlichen Handlungen unterstützt werden dürfen. Nach *Resch*⁴³⁸ kommt es auf die **Art der geschuldeten Leistung** an. Wenn sich der/die Arbeitnehmer/in in Arbeitsbereitschaft befindet, ist eine weitergehende Privatnutzung legitim. Es kommt in diesem Fall nicht darauf an, welche Seiten dieser im Internet während der Arbeitszeit aufruft, da das Arbeitsrecht keine moralische Instanz ist.

*Ruß*⁴³⁹ gibt als **zeitlichen Richtwert** für eine übliche und zulässige Privatnutzung als **Zweifelsregel 15-20 Minuten täglich** verteilt auf einen Acht-Stunden-Arbeitstag an. Es kommt allerdings immer auf eine Einzelfallbeurteilung an. Nach *Andréewitch*⁴⁴⁰ darf der/die Arbeitnehmer/in **innerhalb bestimmter Grenzen** soziale Netzwerke nutzen. Auf die Grenzen selbst wurde nicht eingegangen.

ME können die beschriebenen Ausführungen zur **privaten Internetnutzung** auch für die Beurteilung von der **Verwendung von sozialen Netzwerken herangezogen** werden. Es macht meiner Meinung nach keinen Unterschied, ob soziale Netzwerke oder das Internet benutzt werden, da auch soziale Netzwerke ein Teil des Internets darstellen (Näheres in Kapitel „2.1 Definition des Begriffs „Social-Media-Dienste“ allgemein“).

Wie bereits die Rsp des OGH⁴⁴¹ und die Lit⁴⁴² ausführten, darf in einem **bestimmten Umfang** das Internet genutzt werden, ohne dass der/die Einzelne dadurch eine Dienstpflichtverletzung begeht. Fraglich ist, wie der zu bestimmende Umfang definiert wird. ME hängt die Definition von mehreren Faktoren ab. Wie bereits *Thiele*⁴⁴³ erläuterte, dürfen **betriebliche Interesse nicht beeinträchtigt** werden. Ob eine Beeinträchtigung erfolgt, hängt mE davon ab, **welche Leistungen geschuldet** werden. Hier sei auf *Resch*⁴⁴⁴ zu verweisen. Wenn sich der/die Arbeitnehmer/in in Arbeitsbereitschaft befindet, ist die Benützung von sozialen Netzwerken rechtmäßig, solange kein Schaden durch diese entsteht. Sind allerdings wichtige Aufgaben zu erledigen und befindet sich der/die Dienstnehmer/in in Verzug, ist die Nutzung in keinem zulässigen Rahmen. Darüber hinaus ist die

⁴³⁸ *Resch*, Arbeitsrechtliche Fragen der Internetnutzung, in *Mayrhofer/Plöckinger* (Hrsg), Aktuelles zum Internet-Recht (2006) 17.

⁴³⁹ *Ruß*, Glosse zu OGH 29.9.2011, 8 ObA 52/11x, jusIT 2012/5, 13.

⁴⁴⁰ *Andréewitch*, Social Networks 65.

⁴⁴¹ OLG Wien 8 Ra 45/03a ARD 5461/9/2003; OGH 29.9.2011, 8 ObA 52/11x.

⁴⁴² *Thiele*, ecolex 2001, 75; *Ruß*, jusIT 2012/5, 13, *Brodil* in *Mazal/Risak*, Kap X Rz 54-56; *Resch* in *Mayrhofer/Plöckinger* 17.

⁴⁴³ *Thiele*, ecolex 2001, 75.

⁴⁴⁴ *Resch* in *Mayrhofer/Plöckinger* 17.

Verwendung auch in einem bestimmten Umfang, wenn dies eine **objektiv nachvollziehbare Entlastung** für den/die Arbeitgeber/in darstellt, möglich. Es ist hier auf die Ausführungen von *Brodil*⁴⁴⁵ zu verweisen. In Bezug auf die Nutzung von Social-Media-Diensten ist eine objektiv nachvollziehbare Entlastung allerdings kaum vorstellbar, da mE zB ein Posting auf Facebook den/die Arbeitgeber/in nicht entlasten wird. Dies könnte sich allerdings auch in der Zukunft ändern, da zB Behörden ihre Kommunikationswege ausbauen, wodurch es möglich wird, auch via soziale Medien zu kommunizieren. Die Nutzung von WhatsApp könnte eine Erleichterung darstellen, da dieser Dienst uA auch für wichtige Tätigkeiten oder Notfälle verwendet wird (siehe auch Kapitel „5.1.1.1.2 Verbotene Nutzung“).

Eine **Verletzung von betrieblichen Interessen** wird idR noch nicht vorliegen, wenn Social-Media-Dienste **nicht mehr als 15-20 Minuten** täglich auf einen Acht-Stunden-Tag verteilt genutzt werden, wie auch *Ruß*⁴⁴⁶ erklärte. Die Verfasserin schließt sich daher dieser Ansicht an. Werden die 15-20 Minuten auf einen Acht-Stunden-Tag verteilt, können **pro Stunde ca 2,5 Minuten** für soziale Netzwerke verwendet werden. Scrollt der/die Arbeitnehmer/in daher zB auf Facebook durch, wird ein kurzer Kommentar geschrieben oder wird WhatsApp für die Beantwortung einer Nachricht verwendet, wird dies zulässig sein, da hier noch keine betrieblichen Interessen verletzt werden. Die E des OGH⁴⁴⁷, wonach noch keine Dienstpflichtverletzung vorliegt, wenn sich der/die Arbeitnehmer/in mindestens eineinhalb Stunden täglich mit privatem Internetsurfen und dem Download umfangreicher Film- und Musikdateien beschäftigt, kann hingegen nicht für die Nutzung von sozialen Netzwerken herangezogen werden. ME muss zwischen der Verwendung und dem Downloaden unterschieden werden, da bei Letzterem die Möglichkeit besteht, Arbeitsleistungen weiterhin zu verrichten. Ein Download läuft idR im Hintergrund. Bei der Verwendung von sozialen Netzwerken kann die Arbeitsleistung hingegen nicht verrichtet werden. Die Nutzung **im Rahmen von eineinhalb Stunden** wird daher in **keinem üblichen Maß** sein, da es zu einer Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen kommen wird, außer der/die Arbeitnehmer/in befindet sich in Arbeitsbereitschaft.

Die angeführten Regelungen zur Nutzung von Betriebsmitteln können auch für die **Verwendung von privaten Mitteln** (zB eigenes Smartphone des/der Arbeitnehmers/in) herangezogen werden, da die Beurteilung nicht davon abhängt, auf welchen Smart Devices

⁴⁴⁵ *Brodil* in *Mazal/Risak*, Kap X Rz 54-56.

⁴⁴⁶ *Ruß*, *jusIT* 2012/5, 13.

⁴⁴⁷ OGH 29.9.2011, 8 ObA 52/11x.

soziale Netzwerke verwendet werden. Es kommt nämlich nur darauf an, ob eine **Beeinträchtigung von betrieblichen Diensten** vorliegt.

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, dass die Nutzung von sozialen Netzwerken grundsätzlich sowohl auf **Betriebs- als auch Privatmitteln erlaubt** ist, wenn **keine Regelungen vorgesehen** werden. Ob tatsächlich eine Dienstpflichtverletzung vorliegt, kommt auf eine mögliche Beeinträchtigung von betrieblichen Interessen sowie die Art der geschuldeten Tätigkeit an. Eine Verletzung von betrieblichen Interessen wird noch nicht vorliegen, wenn eine Nutzung von **15-20 Minuten täglich** verteilt auf einen Acht-Stunden Tag (das heißt ca **2,5 Minuten pro Stunde**) stattfindet.

5.1.1.1.5 Prüfung der Handlungen anhand des Flussdiagramms und eines Beispiels aus der Praxis

ME ist für die Prüfung, ob eine Dienstpflichtverletzung in Bezug auf die Nutzung von Social-Media-Diensten vorliegt, **nicht die Art der Handlung** (zB „Liken“ oder Kommentieren) von Bedeutung, sondern die Tatsache, dass eine **Handlung tatsächlich vollzogen** wurde. Ob eine Verletzung der Dienstpflicht vorliegt, ist davon abhängig, ob die Nutzung erlaubt, verboten ist oder gar keine Regelungen getroffen wurden.

Dies soll anhand eines Beispiels, eines in den Zeitungsberichten dargestellten Falls, näher behandelt werden: Ein Arbeitnehmer beschwerte sich 2017 in einem **Facebook-Video** bei den beiden damaligen Politikern *Christian Kern* und *Michael Häupl* über den Umgang mit einem verdächtigen Flüchtling, welcher sich auf freiem Fuß befand, nachdem diesem versuchte Vergewaltigung einer jungen Frau vorgeworfen wurde. Er stellte ein Video online, in dem er sich aufregte, warum der Verdächtige nicht in Haft sei (Originalzitat: „Wie kann das sein, dass ein afghanischer Flüchtling am Donauinsselfest ein Mädel vergewaltigt und dann freigelassen wird?“). Da der Arbeitnehmer **Arbeitskleidung getragen hatte** und daher das **Firmenlogo der Gesellschaft auf dem Video** erkennbar war, argumentierte der Arbeitgeber GWS-Krankenhilfe GmbH, dass diesem durch das Video ein **Schaden zugefügt** wurde.⁴⁴⁸ Es könnte durch die Benützung des Videos eine Dienstpflichtverletzung vorliegen, da dieses auf Facebook während einer Autofahrt in einem Bus aufgenommen

⁴⁴⁸<https://derstandard.at/2000060686450/Wiener-nach-politischem-Facebook-Video-in-Arbeitskleidung-gekuendigt> (zuletzt abgefragt am 15.04.2019).

wurde und der Arbeitnehmer ein T-Shirt trug, welches das Logo des Unternehmens aufgedruckt hatte. Die Verfasserin nimmt auf Grund dieser Umstände an, dass das **Video während der Arbeitszeit** aufgenommen und hochgeladen wurde. Darüber hinaus könnte auch eine Treuepflichtverletzung vorliegen, da eine Verletzung der Interessen des Arbeitgebers durch den Inhalt des Videos vorliegen könnte. Auf diese Prüfung wird in Kapitel „5.1.1.2.5.3 Verfassen von Statusmeldungen, Bilder oder Videos“ eingegangen.

Da in den Zeitungsberichten nichts Näheres bekannt ist, geht die Verfasserin davon aus, dass **keine Regelungen vorgenommen** wurden. Wie bereits in Kapitel „5.1.1.1.4 Keine Regelungen über die private Nutzung“ erwähnt, hängt die Erlaubtheit der Benützung davon ab, ob betriebliche Interessen verletzt wurden. Der Arbeitnehmer hatte die Pflicht Kranke zu befördern. Die Nutzung von Social-Media-Diensten befindet sich in einem zulässigen Rahmen, wenn der/die Arbeitnehmer/in grundsätzlich verteilt auf einen Acht-Stunden-Tag 15-20 Minuten aktiv ist. Demnach ist die Nutzung von ca 2,5 Minuten pro Stunde zulässig. Das Video mit dem Dreh, Schnitt und Hochladen benötigt mE **mehr als 10 Minuten**. Aus den vorliegenden Zeitungsberichten geht allerdings nicht hervor, ob sich der Arbeitnehmer zu diesem Zeitpunkt in Arbeitsbereitschaft bzw in Verzug mit seiner Arbeit befindet. Es kann daher nicht abschließend geklärt werden, ob tatsächlich betriebliche Interessen verletzt werden. Hätte der Arbeitnehmer wichtige Aufgaben zu erledigen gehabt, befindet sich mE die Aktivität nicht mehr in einem zulässigen Rahmen. In diesem Fall liegt daher wegen zeitlicher Inanspruchnahme für private Zwecke während der Dienstzeit unabhängig von dem Inhalt des Videos eine **Dienstplichtverletzung** vor. In Kapitel „5.4.2.3.3 Entlassungsgrund: § 27 Z 4 AngG - Verletzung der Dienstplicht“ wird noch auf die Prüfung einer möglichen Entlassung eingegangen.

5.1.1.1.6 Zwischenergebnis

Die **Dienstplicht ist die Hauptleistungspflicht** des/der Arbeitnehmers/in. Es sind den Umständen nach angemessene Dienste zu leisten, sofern nicht Regelungen über die Pflicht selbst festgelegt wurden. Die Nutzung von sozialen Medien kann im **Arbeitsvertrag**, in **Betriebsvereinbarungen** nach §§ 97 Abs 1 Z 1, 97 Abs 1 6 ArbVG oder durch **Weisungen** in Form von **Social-Media-Guidelines** geregelt werden. Es kann abhängig von diesen Regelungsarten eine Dienstplichtverletzung vorliegen. Der/Die Arbeitgeber/in kann die **Nutzung verbieten**. Bei dessen Missachtung liegt eine **Dienstplichtverletzung** vor. In **Notfällen**, zB zur Sicherstellung der Kinderbetreuung, muss dieses Verbot allerdings nicht

eingehalten werden. Darüber hinaus kann der/die Arbeitgeber/in die Nutzung von sozialen Diensten **zur Gänze oder in einem bestimmten Umfang erlauben**. In diesem Fall liegt **keine Dienstpflichtverletzung** vor. Es empfiehlt sich allerdings genaue Bestimmungen für die Nutzung festzulegen, sodass keine Konflikte auftreten. Wenn die Nutzung **nicht geregelt** ist, ist diese grundsätzlich erlaubt, sofern **keine betrieblichen Interessen verletzt** werden. Eine Verletzung wird noch nicht vorliegen, wenn sich die Nutzung in einem zulässigen Rahmen von **15-20 Minuten täglich**, verteilt auf einen **Acht-Stunden-Tag**, befindet. Wird dies auf eine Stunde aufgeteilt, kann der/die Einzelne daher ca **2,5 Minuten pro Stunde** soziale Netzwerke verwenden. Wird dieser Rahmen überschritten, liegt idR eine Dienstpflichtverletzung vor.

5.1.1.2 Prüfung einer Treuepflichtverletzung

Die Nutzung von sozialen Netzwerken kann allerdings nicht nur zur Verletzung der Dienstpflicht führen. Selbst wenn keine Dienstpflichtverletzung vorliegt, da die Nutzung erlaubt ist oder sich mangels Regelungen in einem bestimmten Umfang befindet, können Nebenpflichten, wie insbesondere die **Treuepflicht**, verletzt werden, wenn es zur Tangierung von **betrieblichen Interessen** durch die **private Nutzung** kommt. Eine Berührung könnte demnach dann vorliegen, wenn zB **Geschäftsgeheimnisse**, privat vertrauliche Gespräche oder Inhalte, die den Ruf des/der Arbeitgebers/in schädigen, veröffentlicht werden. Es könnten allerdings auch Rechte, wie zB das Recht auf **Meinungsfreiheit nach Art 10 EMRK** oder auf **Achtung des Privatlebens oder der Korrespondenz nach Art 8 EMRK** des/der Arbeitnehmers/in betrieblichen Interessen entgegenstehen. Sollten diese Grundrechte eine Tangierung nicht rechtfertigen, könnte eine Treuepflichtverletzung möglicherweise eine Entlassung nach §§ 27 Z 1 F 3 AngG, 27 Z 6 AngG oder 27 Z 4 AngG nach sich ziehen. Auf diese wird in Kapitel „5.4.2.3 Entlassung“ eingegangen.

Zunächst wird ein Überblick über die Treuepflicht im Allgemeinen gegeben. Danach wird die Berührung von betrieblichen Interessen durch die Nutzung diskutiert. Sodann wird auf mögliche private Interessen, die den betrieblichen Interessen entgegenstehen, eingegangen. Im Anschluss wird sich die Verfasserin mit der rechtlichen Beurteilung, ob eine Treuepflichtverletzung vorliegt, wenn die im Flussdiagramm dargestellten Handlungen getätigt werden, beschäftigen.

5.1.1.2.1 Allgemeine Erklärungen zur Treuepflicht

Durch den Arbeitsvertrag kommt dem/der Dienstnehmer/in neben der Dienstpflicht eine ganze Reihe an vertraglichen Nebenpflichten, uA die **Treuepflicht**, zu. Es wird allerdings nicht von einer „Treue in persönlicher und ethischer Hinsicht“ gesprochen, sondern der/die Dienstnehmer/in ist verpflichtet, **betriebliche Interessen** des/der Arbeitgebers/in zu **schützen**.⁴⁴⁹

Das ABGB spricht nicht ausdrücklich von einer im Arbeitsvertrag bestehenden Treuepflicht. Es handelt sich hierbei um allgemeine **anerkannte Rücksichts-, Interessenwahrungs- und Sorgfaltspflichten**, welche sich vom Verhältnis zwischen den beiden Vertragsparteien ableiten lassen. Da der/die Dienstnehmer/in durch die Aufnahme in den **Betrieb einen großen Einblick** in diesen und die **Vermögenssphäre des/der Arbeitgebers/in** erhält und ihm/ihr die Wahrung der unternehmerischen Interessen anvertraut werden, sind diese Pflichten besonders ausgeprägt.⁴⁵⁰

Grundsätzlich handelt es sich bei der Treuepflicht um diverse **Unterlassungspflichten**. Das bedeutet, dass der/die Arbeitnehmer/in Handlungen, welche betriebliche Interessen nachteilig beeinflussen könnten, zu unterlassen hat. Es sei hier zB auf den Entlassungsgrund nach § 27 Z 1 AngG hinzuweisen, nach welchem sich der/die Dienstnehmer/in von Dritten in Ausübung der Arbeitsleistung nicht **unberechtigte Vorteile zuwenden** darf. Ferner dürfen nach § 82 lit e GewO 1859 **keine Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse verraten** werden. Darüber hinaus ist das Verbot von konkurrierenden Nebentätigkeiten oder -beschäftigungen einzuhalten. Durch die Treuepflicht ist der/die Arbeitnehmer/in daher verpflichtet, **betriebliche Interessen zu wahren** und somit **fremde Interessen zu schützen**.⁴⁵¹

Je höher die **Position und Vertrauensstellung** des/der Dienstnehmers/in ist, umso intensiver ist gegenüber dem/der Einzelnen die Treuepflicht ausgeprägt. Der genaue Inhalt wird allerdings erst durch eine **Interessensabwägung** festgestellt werden können. Bei dieser

⁴⁴⁹ Brodil in Mazal/Risak, Kap X Rz 76

⁴⁵⁰ Krejci in Rummel, ABGB³ § 1153 ABGB Rz 28 (Stand 1.1.2000, rdb.at).

⁴⁵¹ Brodil in Mazal/Risak, Kap X Rz 76.

sind auch immer allerdings grundrechtlich geschützte Interessen des/der Arbeitnehmers/in zu berücksichtigen.⁴⁵²

5.1.1.2.2 Tangierung von betrieblichen Interessen (Treuepflichtverletzung)

In Bezug auf diese Untersuchung könnte eine Treuepflichtverletzung durch Handlungen, welche in sozialen Netzwerken während der Arbeitszeit getätigt werden, vorliegen. Die Einhaltung der Treuepflicht wird missachtet, wenn **betriebliche Interessen tangiert bzw verletzt** werden. Eine Ausnahme ist hiervon zu machen, wenn **private Interessen des/der Arbeitnehmers/in**, wie zB die Meinungsfreiheit nach Art 10 EMRK oder die Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz nach Art 8 EMRK, höher sind als die betrieblichen Interessen des/der Arbeitgebers/in. Es wird in den nächsten Unterkapiteln auf Handlungen, die eine Treuepflichtverletzung nach sich ziehen könnten, eingegangen.

5.1.1.2.2.1 Verletzung des Konkurrenzverbots

Ein Ausfluss der Treuepflicht stellt das **Konkurrenzverbot** dar. Gemäß § 7 AngG dürfen Angestellte **ohne Bewilligung** des/der Dienstgebers/in weder ein **selbständiges kaufmännisches Unternehmen** betreiben noch in dem **Geschäftszweige** des/der Dienstgebers/in für eigene oder fremde Rechnung Handelsgeschäfte machen.⁴⁵³ Der Begriff Handelsgeschäfte umfasst den Verkauf oder die sonstige Anschaffung von Waren oder beweglichen Sachen zum Zwecke der Weiterveräußerung. Der Geschäftszweig des/der Arbeitgebers/in umfasst alle Betätigungen, die nach der Zweckwidmung des Gewerbes als einschlägig angesehen werden können.⁴⁵⁴ So darf ein/e Arbeitnehmer/in zB als Werkstättenleiter/in für Arbeitgeber/innen-Kunden nicht erhebliche Reparaturen für sich selbst durchführen.⁴⁵⁵ Social-Media-Dienste können mE als Information dienen, um ein mögliches Konkurrenzverbots aufzudecken. Es wird zB auf sozialen Netzwerken für das eigene konkurrierende Unternehmen Werbung gemacht.

⁴⁵² Kietzbl/Rebhahn in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 1153 ABGB Rz 34.

⁴⁵³ Pfeil in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 7 AngG (Stand 1.1.2018, rdb.at).

⁴⁵⁴ Brodil in Mazal/Risak, Kap X Rz 81-83.

⁴⁵⁵ OGH 4 Ob 100/69 Arb 8725.

5.1.1.2.2.2 Verschwiegenheitspflicht

Die **Verschwiegenheitspflicht** ist ein **zentraler Kern der Treuepflicht**. Diese ist in einzelnen arbeitsrechtlichen Vorschriften, uA in §§ 76, 82 lit e GewO 1859, festgelegt. Unter die Verschwiegenheitspflicht fallen **dienstlich zugegangene Informationen**.⁴⁵⁶ Außenstehende haben nur sehr schwer oder gar nicht die Möglichkeit, Zugang zu diesen zu erlangen. Der/Die Arbeitnehmer/in muss Kenntnis davon erlangen, dass es sich um ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis handelt und dieser/m demnach eine **Fremdinteressenwahrungspflicht** zukommt. Der/Die Arbeitnehmer/in ist zB zur Geheimhaltung von Musterkollektionen, technischen Spezifikationen oder Abonnementlisten einer Zeitung verpflichtet. Darüber hinaus dürfen Arbeitnehmer/innen auch nicht Gerüchte, unrichtige oder kredit- oder rufschädigende Informationen verbreiten.⁴⁵⁷

5.1.1.2.2.3 Beleidigung von Arbeitgeber/innen oder Arbeitskolleg/innen

Ferner könnte auch die **Abgabe von Werturteilen**, wie zB kritische oder negative Äußerungen, eine Treuepflichtverletzung erfüllen.⁴⁵⁸ Demnach könnte es zB zu **Beleidigungen**, die den/die Arbeitgeber/in oder Arbeitskolleg/innen betreffen, kommen. Diese Äußerungen können eine **erhebliche Ehrverletzung** darstellen und somit eine Entlassung nach § 27 Z 6 AngG erfüllen.⁴⁵⁹ Auf den Entlassungstatbestand wird noch in Kapitel „5.4.2.3.2 Entlassungsgrund: Tätigkeiten, Verletzungen der Sittlichkeit, Ehrverletzung § 27 Z 6 AngG“ eingegangen.

5.1.1.2.2.4 Außerdienstliches Verhalten (uA Hasspostings)

Zur **Einhaltung der Treue** ist der/die Arbeitnehmer/in grundsätzlich nur verpflichtet, wenn **dienstlich agiert** wird. Demnach hat außerdienstliches Verhalten idR keine arbeitsrechtliche Relevanz. Die Grenze der Treuepflicht stellt die durch § 16 ABGB geschützte Persönlichkeit des/der Einzelnen dar (siehe Näheres in Kapitel „3.1 Allgemeines Persönlichkeitsrecht nach § 16 ABGB“). Ob tatsächlich eine Treuepflicht besteht, hängt von der **konkreten**

⁴⁵⁶ Windisch-Graetz in Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht II¹⁰ 124.

⁴⁵⁷ Brodil in Mazal/Risak, Kap X Rz 86.

⁴⁵⁸ Gerhartl, Verwendung sozialer Medien, RdW 2018, 366.

⁴⁵⁹ Bothe/Springer, Facebook als Gefahr für die Arbeitswelt?! (Teil 1), ARD 6568/5/2017.

Vertrauensposition des/der Arbeitnehmers/in ab. Es kommt nach *Brodil*⁴⁶⁰ demnach auf die **Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses** an. Ist eine Person als Hilfsarbeiter/in tätig, werden nur die Minimalerfordernisse der Treuepflicht verlangt. Bei Arbeitnehmer/innen, die sich hingegen in einer höheren Position befinden, kann es zu einem intensiveren Eingriff in das Privatleben kommen und damit zu einer höheren Pflicht zur Fremdinteressenwahrung. Arbeitet der/die Arbeitnehmer/in in einem Unternehmen ideeller, konfessioneller oder politischer Natur oder wird das Unternehmen durch den/die Dienstnehmer/in nach außen repräsentiert, ist anzunehmen, dass die Treuepflicht umfangreicher ist.

Eine Pflicht zur Einhaltung der Treue bei außerdienstlichem Verhalten könnte zu bejahen sein, wenn **das private Verhalten unternehmerische Interessen schädigt**.⁴⁶¹ ME ist demnach zuerst zu klären, ob eine **Verbindung zwischen der Handlung auf Social-Media-Diensten und dem Unternehmen** hergestellt werden kann. Sollte kein Naheverhältnis festgestellt werden, wäre daher grundsätzlich keine Schädigung der unternehmerischen Interessen durch das private Verhalten möglich, da keine Rückschlüsse gezogen werden könnten. Eine Verbindung kann zB hergestellt werden, wenn der/die Arbeitnehmer/in auf dem **eigenen Profil die Arbeitsstelle anführt** oder **Inhalte in Arbeitskleidung mit erkennbarem Firmenlogo** veröffentlicht werden.⁴⁶² Darüber hinaus kann mE eine Verbindung bestehen, wenn der/die Arbeitnehmer/in in der **Öffentlichkeit steht** und bekannt ist, bei welchem Unternehmen der/die Dienstnehmer/in angestellt ist.

Hasspostings, welche im Internet und auf Social-Media-Diensten verfasst werden, stellen ein außerdienstliches Verhalten dar. Mittlerweile häufen sich Entlassungen, die sich auf verfasste Hasspostings stützen.⁴⁶³ Als **Hassposting** werden alle in Worte, Bilder und Zeichen gekleideten, über eine Website abrufbaren Nachrichten einer Person, deren **Inhalt Gehässigkeit, ausgeprägte Geringschätzung, Verächtlichkeit oder Hass** gegenüber zumindest einer anderen Person zum Ausdruck bringt, bezeichnet.⁴⁶⁴ Der/Die Nutzer/in macht sich aufgrund dieses Postings in den meisten Fällen strafbar. Sinn dieser Postings ist, dass ein **Massenpublikum gegen bestimmte Personengruppen** zur Hetze aufgerufen wird. Darüber hinaus schafft der/die Nutzer/in einen Austausch über die politische Einstellung

⁴⁶⁰ *Brodil* in *Mazal/Risak*, Kap X Rz 80.

⁴⁶¹ *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht³ (2016) 131.

⁴⁶² *Bothe/Springer*, Facebook als Gefahr für die Arbeitswelt?! (Teil 2), ARD 6569.

⁴⁶³ <https://derstandard.at/2000061041543/Entlassung-wegen-Facebook-Postings-Das-sollten-Arbeitnehmer-beachten> (zuletzt abgefragt am 21.04.2018).

⁴⁶⁴ *Schallmoser*, ÖJZ 2018/26.

oder sexuelle Orientierung.⁴⁶⁵ Da sich diese Postings idR gegen eine Gruppe Dritter richten, ist eine mögliche Treuepflichtverletzung davon abhängig, ob ein **Zusammenhang zur dienstlichen Tätigkeit** hergestellt werden kann oder ob ein **Verstoß gegen Unternehmensinteressen** vorliegt. Die Veröffentlichung von Hasspostings könnte einen Entlassungsgrund nach § 27 Z 1 F 3 AngG nach sich ziehen (Näheres hierzu in Kapitel „5.4.2.3.2 Entlassungsgrund: Vertrauensunwürdigkeit § 27 Z 1 F 3 AngG“).⁴⁶⁶

5.1.1.2.2.5 Verletzung von Regelungen aus Social-Media-Richtlinien

In Kapitel „5.1.1.1.1 Arbeitsvertrag und Social-Media-Richtlinien“ wurden eben diese bereits näher definiert. Da die Nutzung von Social Media Diensten auch **einige Nachteile für den/die Arbeitgeber/in** nach sich zieht, wird mittlerweile die Verwendung auch in Richtlinien geregelt. So werden Bestimmungen festgelegt, dass zB der Ruf des/der Arbeitgebers/in nicht geschädigt oder Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nicht verraten werden dürfen. Bei der Festlegung dieser Richtlinien ist zu beachten, ob sowohl die **Privatnutzung während der Arbeitszeit** als auch **konkrete Handlungsanweisungen** im Rahmen einer **Social-Media-Policy**, in welcher die berufliche Nutzung festgelegt wird, Regelungsgegenstand sein könnten.⁴⁶⁷ Auf die berufliche Nutzung wird in Kapitel „5.1.2.1.1 Prüfung einer Dienstpflichtverletzung“ näher eingegangen.

Grundsätzlich kommt dem/der Dienstgeber/in das Recht zu, das **inner- und außerbetriebliche Verhalten** durch die Festlegung von Richtlinien zu regeln. Voraussetzung ist allerdings, dass das Verhalten **Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis** hat.⁴⁶⁸ Die Ausgestaltung der Social-Media-Richtlinien kommt auf das **jeweilige Unternehmen**, den **Unternehmenswert**, die **Unternehmensziele** und die **eigene Unternehmenskultur** an. Nach Löschnigg⁴⁶⁹ ist es auch möglich, das außerdienstliche Verhalten von Arbeitnehmer/innen zu regeln, wenn deren **Privatleben eine Gefährdung oder Schädigung der Interessen** und Belange des/der Arbeitgebers/in darstellt. Tritt der/die Arbeitnehmer/in nach außen auf und wird dadurch der/die Arbeitgeber/in vertreten, kann diese/r eher verlangen, dass die eigenen Interessen gewahrt werden müssen.

⁴⁶⁵ Kainz, Entlassung wegen Hasspostings, ARD 6468/5/2015.

⁴⁶⁶ Bothe/Springer, ARD 6568/5/2017.

⁴⁶⁷ Pollirer, Dako 2017, 8.

⁴⁶⁸ Oberhofer/Ghahramani-Hofer in Reissner/Neumayr ZellHB AV-Klauseln² Besonderer Teil, 29. Klausel Rz 29.29.

⁴⁶⁹ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ (2017) Rz 6/072f.

Es ist daher auch möglich, außerdienstliches Verhalten zu regeln, sofern eine Verbindung zur Arbeitsstelle hergestellt werden kann. Dies ist mE dann anzunehmen, wenn der/die Einzelne auf sozialen Netzwerken die **Arbeitsstelle im Profil angibt**, der/die Nutzer/in durch die **Arbeit selbst in der Öffentlichkeit steht** oder **aus dem Posting** der/die Arbeitgeber/in hervorgeht. Handlungen, die keine Verbindung zur Arbeitsstelle aufweisen, können nicht Regelungsinhalt werden, da in diesem Fall Art 8 EMRK (Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz) den einzelnen Bestimmungen entgegenstehen würde. Der/Die Arbeitgeber/in hat mE mangels Verbindung keinen Grund, in das Grundrecht einzugreifen.

In diesem Zusammenhang sei hier auf die **ORF-Social-Media-Guidelines** Bezug zu nehmen, welche im März 2019 für Aufsehen sorgten.⁴⁷⁰ In diesen wird ORF-Mitarbeiter/innen vorgeschrieben, dass auf **Objektivität, Ausgewogenheit und Glaubwürdigkeit** auf dem sozialen Netzwerk Twitter geachtet werden muss. Dies wird damit begründet, dass zwischen dem beruflichen und privaten Leben in sozialen Medien kaum eine Trennung erfolgen könne. Selbst wenn ORF-Mitarbeiter/innen diese Dienste **privat nutzen, fungieren sie als ORF-Repräsentant/innen**. Die Werte Objektivität, Ausgewogenheit, Meinungsvielfalt, Unparteilichkeit und Unabhängigkeit stellen die Grundlage für öffentlich-rechtliches journalistisches Arbeiten dar. Wie bereits erwähnt, ist eine Regelung nur dann möglich, wenn **tatsächlich eine Verbindung zur Arbeitsstelle** hergestellt werden kann. Dies wird wahrscheinlich nicht für alle ORF-Mitarbeiter/innen gelten, da nicht alle Dienstnehmer/innen in der Öffentlichkeit stehen und das Unternehmen somit repräsentieren. Darüber hinaus werden manche Mitarbeiter/innen private Profile führen, den ORF allerdings nicht als Arbeitsstelle angeben und sie fungieren somit nicht als ORF-Repräsentant/innen. Die Richtlinie steht daher Art 8 EMRK entgegen, wenn sich diese auf ORF-Mitarbeiter/innen bezieht, die nur private Profile führen und keine Verbindung zur Arbeitsstelle aufweisen.

5.1.1.2.3 Meinungsfreiheit nach Art 13 StGG und Art 10 EMRK

Die Meinungsfreiheit nach **Art 13 StGG und Art 10 EMRK** könnte die Tangierung von betrieblichen Interessen rechtfertigen. Demnach hat jeder Mensch das Recht, sich durch den

⁴⁷⁰ <https://www.derstandard.at/story/2000099190216/orf-verbietet-mitarbeitern-sympathie-fuer-politische-institutionen-auf-social-media> (zuletzt abgefragt am 18.03.2020).

Austausch von Meinungen und Informationen geistig und sozial zu verwirklichen. Der Schutzbereich der beiden Bestimmungen ist der Empfang und die **Mitteilung von Nachrichten oder Ideen**. Es werden Äußerungen von subjektiven Werturteilen, wie Meinungen, sowie die Übermittlung von Tatsachenaussagen geschützt. Art 13 StGG zählt einzelne Kommunikationsformen, wie Wort, Schrift, Druck oder bildliche Darstellung, die vom Schutzbereich umfasst sind, auf. Art 10 EMRK regelt hingegen nicht näher einzelne Formen. Es fällt daher **jede Verbreitungsform**, durch die sich ein/e Einzelne/r verständigen kann, unter den Tatbestand. Demnach werden auch alle modernen Kommunikationsformen, wie Online-Medien, umfasst.⁴⁷¹

Das Recht auf Meinungsfreiheit ist nicht absolut und kann demnach eingeschränkt werden. Art 10 Abs 2 EMRK regelt, dass dieses **Recht durch Formvorschriften, Bedingungen, Einschränkungen oder Strafdrohungen**, wie dies in einer demokratischen Gesellschaft im Interesse der nationalen Sicherheit, der territorialen Unversehrtheit oder der öffentlichen Sicherheit, der Aufrechterhaltung der Ordnung und der Verbrechensverhütung, des Schutzes der Gesundheit und der Moral, des Schutzes des guten Rufes und der Rechte anderer, zur Verhinderung der Verbreitung von vertraulichen Nachrichten oder zur Gewährleistung des Ansehens und der Unparteilichkeit der Rsp gefordert wird, **eingeschränkt** werden kann.⁴⁷²

Eine Einschränkung ist demnach rechtmäßig, wenn durch **Tatsachenbehauptungen oder Werturteile** Rechte Dritter, wie zB die Ehre, verletzt werden. Unsachliche und erkennbare beleidigende Äußerungen sind nach dem VfGH⁴⁷³ vom Schutzbereich nicht erfasst.⁴⁷⁴ In der Rs *Heinisch* bejahte der EGMR⁴⁷⁵, dass das **Recht auf freie Meinungsäußerung** auch **am Arbeitsplatz gilt**. In der Rs *Sanchez*⁴⁷⁶ stellte der EGMR allerdings klar, dass **kein uneingeschränktes Recht** auf Meinungsfreiheit besteht. Ein Eingriff ist demnach nur gerechtfertigt, wenn dieser gesetzlich vorgesehen ist, ein berechtigtes Ziel verfolgt und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist.⁴⁷⁷

⁴⁷¹ *Berka*, Verfassungsrecht⁷ Rz 1454-1456.

⁴⁷² *Schrammel*, MR 2013, 119.

⁴⁷³ VfGH B 2447/97 VfSlg 15.586.

⁴⁷⁴ *Schrammel*, MR 2013, 119.

⁴⁷⁵ EGMR 21.7.2011, 28274/98, *Heinisch*/Deutschland.

⁴⁷⁶ EGMR 12.9.2011, 28955/06, *Sanchez*/Spanien.

⁴⁷⁷ *Reiner*, Neue Judikatur zum Arbeitsrecht in Österreich und in Europa, ZAS 2012/22.

Es können sich somit aus den Regelungen zur Ehrverletzung nach § 27 Z 6 AngG, der Treuepflicht und aus der Fürsorgepflicht des/der Arbeitgebers/in Beschränkungen ergeben.⁴⁷⁸ Nach **§ 27 Z 6 AngG** kann der/die Arbeitnehmer/in entlassen werden, wenn die **Ehre des/der Arbeitgebers/in** verletzt wird. Dieser Entlassungsgrund wird näher in Kapitel „5.4.2.3.2 Entlassungsgrund: Tätigkeiten, Verletzungen der Sittlichkeit, Ehrverletzung § 27 Z 6 AngG“ behandelt.

Aufgrund der **Fürsorgepflicht** hat der/die Dienstgeber/in die Persönlichkeit des/der Dienstnehmers/in zu wahren. Wie bereits erwähnt, hat der/die Arbeitnehmer/in durch die Treuepflicht die Interessen des/der Arbeitgebers/in zu schützen. Durch das Vertragsverhältnis sind beide Parteien zur **gegenseitigen Interessenwahrung** verpflichtet. Verfolgt das Unternehmen ein **bestimmtes Leitbild**, hat der/die Arbeitnehmer/in dafür Sorge zu tragen, dass dieses aufrechterhalten bleibt. Es sind Äußerungen zu unterlassen, wenn diese dem Ansehen des/der Arbeitgebers/in schaden. Die Beurteilung, ob tatsächlich eine Einschränkung rechtmäßig ist, hängt von der unterschiedlichen Intensität ab.⁴⁷⁹

Nach *Bothe/Springer*⁴⁸⁰ sind demnach **unwahre Tatsachen oder diffamierende Werturteile**, die **den/die Arbeitgeber/in und nicht Dritte betreffen** und schädigen, nicht von der Meinungsfreiheit umfasst. Kann kein Bezug zum/r Dienstgeber/in hergestellt werden, kommt dem/der Dienstnehmer/in eine allgemeine Meinungsfreiheit zu. Beleidigungen, die eine gewisse Mindestbeleidigungsintensität aufweisen, schädigen daher betriebliche Interessen. Darüber hinaus fallen auch **Hasspostings** nicht unter den Schutz der Meinungsfreiheit. Wenn es sich um Betriebe mit einer **politischen oder konfessionellen Zweckbestimmung** handelt, sogenannte Tendenzbetriebe, wird auch eine weitere Einschränkung der Meinungsfreiheit möglich sein.⁴⁸¹

5.1.1.2.4 Grundrecht auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz nach Art 8 EMRK

Neben dem Grundrecht auf Meinungsfreiheit könnte auch Art 8 EMRK (Grundrecht auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz) eine Tangierung von betrieblichen

⁴⁷⁸ *Schrammel*, MR 2013, 119.

⁴⁷⁹ *Schrammel*, MR 2013, 119.

⁴⁸⁰ *Bothe/Springer*, ARD 6568/5/201.

⁴⁸¹ *Mosler in Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 18 AngG Rz 88 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

Interessen rechtfertigen. Jede/r hat nach Art 8 EMRK **Anspruch auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz**. Nach der **stRsp des EGMR**⁴⁸² kommt dem/der Arbeitnehmer/in auch am **Arbeitsplatz** ein **Anspruch auf Privatsphäre iSd Art 8 EMRK** zu (Näheres in Kapitel „3.3 Art 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Korrespondenz und der Wohnung)“).

Das Grundrecht auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz wird mE vor allem dann Anwendung finden, wenn Handlungen in einem **rein privaten Umfeld** getätigt werden und dem/der Arbeitgeber/in hierdurch **kein Schaden** zugefügt wird, da **keine betrieblichen Interessen verletzt** werden. In Bezug auf die Definition „privates Umfeld“ wird auf Kapitel „2.10.3 Individuelle Öffentlichkeit“ verwiesen. Demnach sind Informationen nicht öffentlich, wenn nur **zehn bis zwanzig Personen** diese einsehen können. Zu beachten ist allerdings, dass es den einsehbaren Nutzer/innen dabei nicht möglich ist, die Daten weiterzuverbreiten bzw zu teilen.

Ist die Verletzung davon abhängig, ob die **Öffentlichkeit Zugang** zu den Inhalten, die eine mögliche Treuepflichtverletzung darstellen, hat, werden **betriebliche Interessen** nur dann verletzt, wenn die **Öffentlichkeit tatsächlich** von diesen Kenntnis erlangt. Wird zB ein Hassposting in einer WhatsApp-Unterhaltung zwischen zwei Personen veröffentlicht, sind die Interessen des/der Arbeitgebers/in nicht verletzt, da die Öffentlichkeit von diesem Kenntnis erlangen muss. Verrät der/die Arbeitgeber/in hingegen Betriebsgeheimnisse einem/r Freund/in in einer WhatsApp-Unterhaltung, liegt eine Treuepflichtverletzung vor, da dem/der Arbeitgeber/in durch diese Handlung bereits ein Schaden entsteht.

Es sei hier in diesem Zuge auf eine Entscheidung aus Deutschland näher einzugehen. 2017 wurde ein Dienstnehmer nach der Veröffentlichung **rassistischer Bilder in einer nicht öffentlich zugänglichen WhatsApp-Gruppe** fristlos entlassen. Der gekündigte Mitarbeiter war im gemeindlichen Kontroll- und Vollzugsdienst tätig und vertrat die Stadtverwaltung nach außen. Er war vor allem an Abschiebungen beteiligt und begleitete in diesem Zusammenhang Asylwerber/innen.⁴⁸³ Der Dienstnehmer gehörte organisatorisch zu einer sechsköpfigen Gruppe, die seit Jänner 2017 per **WhatsApp in einem Gruppenchat unter dem Namen „die Souveränen“** über ihr eigenes Mobiltelefon sowohl über private als auch

⁴⁸² UA EGMR 25.6.1997, 73/96, *Halford/UK*.

⁴⁸³ <https://ag-arbeitsrecht.de/de/leistungen/presseservice/rassistische-aeusserungen-in-kleiner-whatsapp-gruppe-kein-kuendigungsgrund> (zuletzt abgefragt am 04.05.2019).

berufliche Angelegenheiten kommunizierten. Ein Mitglied der Gruppe legte dem Arbeitgeber ein Chat-Protokoll vor. Aus diesem ging hervor, dass der entlassene Arbeitnehmer von seinem Smartphone **Bilder mit rechtsextremistischen Bezügen** verschickte.⁴⁸⁴ Nach Auffassung des Arbeitsgerichts Mainz steht die **Vertraulichkeit der Chats** im Konflikt mit der Kündigung. Die Kommunikation fand zwischen sechs Arbeitskolleg/innen statt. Der Kläger durfte annehmen, dass der Inhalt nur von den jeweils anderen Teilnehmer/innen gelesen, dieser **nicht nach außen gelangen** und vor allem das **Verhältnis zum Arbeitgeber nicht verletzt** wird. Überdies fallen die Äußerungen unter den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach **Art 3 Abs 1 iVm Art 1 Abs 1 S 1 GG**. Demnach sind alle Menschen vor dem Gesetz gleich und die Würde des Menschen ist unantastbar.⁴⁸⁵ Darüber hinaus erklärte das Arbeitsgericht Mainz, dass auch zu beachten und zu prüfen sei, ob die Chats **öffentlich** geführt wurden. Die Kommunikation fand nur über die eigenen Mobiltelefone in einem persönlichen Chat statt. Die Tatsache, dass vereinzelt über dienstliche Inhalte geschrieben wurde, schließt die Privatheit nicht aus.⁴⁸⁶ Aufgrund der oben dargelegten Gründe kam das Arbeitsgericht Mainz zum Schluss, dass **keine fristlose Kündigung ausgesprochen** und die **vorliegenden Chats nicht als Grundlage für eine vorzeitige Beendigung** des Dienstverhältnisses verwendet werden durften.⁴⁸⁷

ME würde in Österreich auch keine Treupflichtverletzung aufgrund der oben dargelegten Voraussetzungen vorliegen, da die Handlung in einem rein privaten Umfeld getätigt wurde. Es befanden sich nur sechs Personen in dieser Gruppe, wodurch die Inhalte nicht öffentlich zugänglich waren. Da der Chat vertraulich war und die Öffentlichkeit von diesen Inhalten tatsächlich nie Kenntnis erlangte, ist dem/der Arbeitgeber/in auch kein Schaden entstanden und dadurch sind keine betrieblichen Interessen verletzt worden.

⁴⁸⁴ <https://ag-arbeitsrecht.de/de/leistungen/presseservice/rassistische-aeusserungen-in-kleiner-whatsapp-gruppe-kein-kuendigungsgrund> (zuletzt abgefragt am 04.05.2019).

⁴⁸⁵ AG Mainz 15.11.2017, 4 Ca 1240/17.

⁴⁸⁶ <https://anwaltauskunft.de/magazin/beruf/angestellt/ist-eine-kuendigung-wegen-des-privatlebens-legitim> (zuletzt abgefragt am 04.05.2019).

⁴⁸⁷ AG Mainz 15.11.2017, 4 Ca 1240/17.

5.1.1.2.5 Prüfung möglicher Handlungen auf sozialen Netzwerken anhand des Flussdiagramms und Fallbeispiele aus der Praxis

Ob tatsächlich eine Treuepflichtverletzung vorliegt, hängt von den **einzelnen Handlungen**, welche auf **sozialen Netzwerken getätigt** werden, ab. Die nächsten Unterkapitel werden sich mit deren rechtlicher Beurteilung befassen. Es wird auch auf einzelne Praxisfälle eingegangen.

5.1.1.2.5.1 „Liken“

Der/Die Arbeitnehmer/in könnte zB durch das „**Liken**“ von **Beiträgen, Statusupdates oder Pinnwandeinträgen** auf sozialen Netzwerken (Näheres zur Erklärung des Begriffs in Kapitel „2.9.1 „Gefällt mir“-Button/ „Like“-Button“) eine Treuepflichtverletzung begehen.

Fraglich ist, inwiefern durch das „Liken“ betriebliche Interessen tangiert werden können. ME kann durch „Liken“ **kein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis verraten** werden. Ferner ist es auch kaum vorstellbar, dass das **Konkurrenzverbot durch ein „Like“ missachtet** wird. Denkbar ist hingegen, dass **kritische oder negative Äußerungen**, die den/die Arbeitgeber/in betreffen, gelikt werden. Ein/e Mitarbeiter/in verfasst zB einen beleidigenden Kommentar und dieser wird sodann von einem/r anderen Kollegen/in gelikt.⁴⁸⁸ Darüber hinaus könnten mE auch Beiträge, durch die dem/der **Arbeitgeber/in ein Schaden zugefügt** wird, gelikt werden. Es sei hier an eine Situation zu denken, bei welcher ein/e Arbeitnehmer/in politische Postings oder Seiten von politischen Parteien likt, obwohl der/die Dienstgeber/in politische Neutralität vermittelt. Ferner ist auch vorstellbar, dass zB Hasspostings gelikt werden.

Nach *Gerhartl*⁴⁸⁹ ist ein **höherer Maßstab** für die Bewertung, ob ein „Like“ eine Treuepflichtverletzung erfüllen kann, anzusetzen, da das Fehlverhalten nicht selbst von dem/der Arbeitnehmer/in gesetzt wurde. Demnach muss zB eine Zustimmung zu besonders gehässigen oder verachtenswerten Kommentaren erfolgen, damit eine Verletzung vorliegt. Nach *Kern/Schweiger*⁴⁹⁰ kann das „Liken“ **mit dem Applaudieren zu einer derartigen**

⁴⁸⁸ *Schockenhoff* in *Davy/Kamanabrou/Ricken/Rolfs* 21.

⁴⁸⁹ *Gerhartl*, Bedeutung der Meinungsfreiheit im Arbeitsrecht, ARD 6663/4/2019.

⁴⁹⁰ *Kern/Schweiger*, ZAS 2013, 51.

Bemerkung in der analogen Welt verglichen werden. Wird ein Beitrag gelikt, kommt diesem weniger Gewicht zu als einer eigenen abfälligen Äußerung.

ME kann nicht allgemein gesagt werden, ob ein „Like“ jedenfalls eine Treuepflichtverletzung nach sich zieht. Festzuhalten ist, wie auch *Kern/Schweiger*⁴⁹¹ vertreten, dass grundsätzlich das „Liken“ eine **Zustimmung zu einer gesetzten Handlung** darstellt und der/die Nutzer/in mit dem „Like“ die **im Posting ausgesprochene Ansicht vertritt**. Meiner Meinung nach ist die Beurteilung davon abhängig, ob das **Posting selbst eine Treuepflichtverletzung** darstellen würde. Ein höherer Maßstab, wie *Gerhartl* vertritt, ist daher mE nicht anzusetzen. Sollte tatsächlich unabsichtlich der „Like“-Button betätigt worden sein, kann der/die Nutzer/in die Abgabe des „Likes“ sofort wieder rückgängig machen.

Es sei hier näher auf einen Fall in Tirol einzugehen. Eine Mitarbeiterin schimpfte über ihren eigenen Vorgesetzten in einem Posting. Zwei Arbeitskolleginnen und Freundinnen stimmten mittels „Gefällt mir“-Button der Äußerung zu. Da sich der Arbeitgeber diffamiert fühlte, wurden die Mitarbeiterinnen entlassen.⁴⁹² Die Beleidigung in Form eines Postings stellt selbst schon eine Treuepflichtverletzung dar, da betriebliche Interessen durch die Statusmeldung verletzt wurden. Der Arbeitgeber wurde beschimpft. Da die Arbeitnehmerinnen durch das „Liken“ der gesetzten Handlung zugestimmt haben und sie daher damit zum Ausdruck brachten, dass sie auch diese Meinung vertreten, liegt hier mE eine Treuepflichtverletzung vor. Ob tatsächlich eine Entlassung aufgrund des Betätigens des „Gefällt mir“-Buttons möglich ist, wird in Kapitel „5.4.2.3 Entlassung“ diskutiert.

5.1.1.2.5.2 Kommentieren

Darüber hinaus könnte auch das **Verfassen von Kommentaren** eine Treuepflichtverletzung nach sich ziehen. Grundsätzlich besteht die Möglichkeit, Statusmeldungen, Bilder oder hochgeladene Videos auf sozialen Medien zu kommentieren. (Näheres hierzu in Kapitel „2.9.2 Kommentieren“).

⁴⁹¹ *Kern/Schweiger*, ZAS 2013, 51.

⁴⁹² <https://www.derstandard.at/story/1334132508554/postings-facebook-eintrag-und-gefaellt-mir-kosten-drei-frauen-in-tirol-den-job> (zuletzt abgefragt am 13.04.2020).

ME können Kommentare mit **Äußerungen**, die **in der analogen Welt gemacht** wurden, verglichen werden. Es ist daher vorstellbar, dass durch Kommentare **Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse verraten** werden oder durch diese zum Vorschein kommt, dass das **Konkurrenzverbot nicht eingehalten** wird. Ferner besteht auch die Möglichkeit, durch die Verwendung der Funktion eine Verletzung zu setzen, indem zB Statusmeldungen, in welchen **der/die Arbeitgeber/in beschimpft** wird, kommentiert werden. Ferner könnte der/die Arbeitgeber/in auch durch Kommentare verletzt werden, die sich gegen das **Leitbild des Unternehmens** richten. Das Verfassen von Hasspostings stellt zB eine allfällige Verletzung des Leitbilds dar.

5.1.1.2.5.3 Verfassen von Statusmeldungen, Bilder oder Videos

Darüber hinaus kann auch das **Verfassen von Statusmeldungen, Bilder oder Videos** zu einer Treuepflichtverletzung führen (siehe Näheres zur Begriffserklärung in Kapitel „2.9.4 Status, Bilder, Videos“). ME können diese Handlungen mit der Funktion der Kommentare gleichgesetzt werden, da auch hier eine **Äußerung getätigt** wird, die mit einer Aussage in der **analogen Welt verglichen** werden kann.

Demnach können durch Statusmeldungen, Bilder und Videos **Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse verraten** werden. Es ist mE auch vorstellbar, dass das **Nichteinhalten des Konkurrenzverbots** zum Vorschein kommt. Ferner können durch diese Funktionen Arbeitgeber/innen geschädigt werden, indem diese **zB beschimpft** oder Äußerungen getätigt werden, die nicht direkt den/die Dienstgeber/in betreffen, ihnen allerdings einen Schaden zufügen.

Es sei hier auf einen Fall aus der Praxis Bezug zu nehmen. Bereits in Kapitel „5.1.1.1.5 Prüfung der Handlungen anhand des Flussdiagramms und eines Beispiels aus der Praxis“ wurde eine Dienstpflichtverletzung geprüft. Eine abschließende Beurteilung ist aufgrund fehlender Informationen nicht möglich gewesen. Die Handlung könnte allerdings eine Treuepflichtverletzung nach sich ziehen. Ein Krankentransportfahrer der GWS Krankentransports GmbH veröffentlichte **während einer Dienstfahrt ein Video**, in welchem er sich über den Umgang mit einem verdächtigen Flüchtling äußerte, welcher sich auf freiem Fuß befand, nachdem diesem versuchte Vergewaltigung einer jungen Frau vorgeworfen worden war. Das Unternehmen gab auf Facebook an, dass es sich hierbei um ein „**Propagandavideo**“ handle. Das Recht auf freie Meinungsäußerung wird zwar

unterstützt, allerdings zog der Dienstnehmer durch das Video die Gesellschaft in einen Konflikt. Der betreffende Fahrer verhielt sich auch gegenüber Kolleg/innen anderer Herkunft unkollegial.⁴⁹³

Es stellt sich hier die Frage, inwiefern diese Äußerung vom Umfang des Schutzbereichs der Meinungsfreiheit umfasst ist und somit keine Treuepflichtverletzung nach sich zieht. Grundsätzlich sind beide Parteien durch das Vertragsverhältnis zur gegenseitigen Interessenwahrung verpflichtet. Wenn das Unternehmen ein **bestimmtes Leitbild** verfolgt, hat der/die Arbeitnehmer/in dafür Sorge zu tragen, dass dieses aufrechterhalten bleibt. Demnach sind Äußerungen zu **unterlassen**, die dem **Ansehen des/der Arbeitgebers/in schaden** (siehe Kapitel „5.1.1.2.3 Meinungsfreiheit nach Art 13 StGG und Art 10 EMRK“). In diesem Zuge sei auf das Unternehmen näher einzugehen. Bei GWS Krankenförderung GmbH handelt es sich um eine **Arbeitgeberin im Sozialbereich**. Diese befördert seit fast 30 Jahren kranke und hilfsbedürftige Menschen und Patient/innen aus sämtlichen Altersschichten, unterschiedlichster Nationalitäten, Religionen und Herkunft. Des Weiteren kümmert sich das Unternehmen um deren Wohlbefinden und Sicherheit. Da sich der Arbeitnehmer schon vermehrt Kolleg/innen anderer Herkunft gegenüber unkollegial verhalten hat und seine Meinung, die mit dem verfolgten Leitbild der Arbeitgeberin nicht vereinbar ist, aber durch das Tragen der Arbeitskleidung mit der GWS Krankenförderung GmbH in Verbindung gebracht wird, öffentlich verbreitet, liegt mE eine Treuepflichtverletzung vor.

5.1.1.2.5.4 Teilen

Ferner könnte auch das **Teilen von Inhalten** auf der eigenen Pinnwand, wie Bilder, Videos oder Statusmeldungen, eine Treuepflichtverletzung nach sich ziehen (Näheres hierzu in Kapitel „2.9.3 „Share“/ „Teilen“-Funktion“).

Fraglich ist, wie die Funktion des Teilens eingeordnet werden kann. ME können hier die bereits erörterten Ausführungen zum „Like“-Button (siehe Kapitel „5.1.1.2.5.1 „Liken““) herangezogen werden, da auch das Teilen eine **Zustimmung zu einer gesetzten Handlung** darstellt. Der/Die Nutzer/in bringt zum Ausdruck, dass mit dem Teilen die im Posting

⁴⁹³ <https://derstandard.at/2000060686450/Wiener-nach-politischem-Facebook-Video-in-Arbeitskleidung-gekuendigt> (zuletzt abgefragt am 15.04.2019).

ausgesprochene Ansicht vertreten wird. Es kommt auch hier wieder auf die Beurteilung, ob das **Posting selbst eine Treuepflichtverletzung nach sich ziehen** würde, an. Es ist denkbar, dass **Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse verraten** werden. Darüber hinaus kann auch durch das Teilen von Bildern die **Missachtung des Konkurrenzverbots** zum Ausdruck kommen. Ferner können auch **Hasspostings oder beleidigende Äußerungen**, die den/die Arbeitgeber/in betreffen, auf der eigenen Pinnwand weiterverbreitet werden.

Ferner besteht auch die Möglichkeit, dass zu dem geteilten Post **noch eigene Kommentare bzw Smileys hinzugefügt** werden. In diesem Fall stimmt der/die Nutzer/in der gesetzten Handlung nicht mehr zur Gänze zu und es handelt sich zum Teil um eine eigene verfasste Statusmeldung. Es finden die bereits dargelegten Erklärungen zu Statusmeldungen in Kapitel „5.1.1.2.5.3 Verfassen von Statusmeldungen, Bilder oder Videos“ Anwendung.

5.1.1.2.5.5 Kommunikation schriftlich (Chats)

Darüber hinaus können auch Treuepflichtverletzungen durch das Versenden von **privaten Nachrichten** an andere Nutzer/innen desselben Netzwerkes begangen werden (siehe Näheres in Kapitel „2.9.5 Kommunikation schriftlich (Chats)“).

Diese Funktion kann mE mit einem **Gespräch in der analogen Welt** zwischen zwei oder mehreren Personen verglichen werden. Es ist daher auch hier möglich, dass **Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse** verraten werden. Darüber hinaus kann auch in Chats die **Missachtung des Konkurrenzverbots** zum Ausdruck kommen. Des Weiteren besteht auch die Möglichkeit, dass **Hasspostings** oder beleidigende Äußerungen, die den/die Arbeitgeber/in betreffen, diskutiert werden. Ob tatsächlich betriebliche Interessen verletzt werden, kommt allerdings **auf den Einzelfall** an.

5.1.1.2.5.6 Online sein

Ist der/die Arbeitnehmer/in **online und wird keine aktive Handlung** getätigt, kann mE **keine Treuepflichtverletzung** vorliegen, da **keine betrieblichen Interessen tangiert** bzw verletzt werden können.

5.1.1.2.6 Zwischenergebnis

Die **Treuepflicht** stellt eine **Nebenpflicht des/der Arbeitnehmers/in** dar und verpflichtet diese/n, betriebliche Interessen zu schützen. Eine Verletzung dieser Pflicht liegt vor allem dann vor, wenn **betriebliche Interessen tangiert bzw verletzt** werden. Demnach wird die Missachtung des Konkurrenzverbots, der Verschwiegenheitspflicht oder die Beleidigung von Vorgesetzten sowie Arbeitskolleg/innen eine Treuepflichtverletzung darstellen. Darüber hinaus hat der/die Arbeitnehmer/in auch bei außerdienstlichem Verhalten die Treuepflicht zu wahren, wenn eine **Verbindung zur Arbeitsstelle** hergestellt werden kann. Dies wird dann möglich sein, wenn der/die Dienstnehmer/in auf **sozialen Netzwerken den/die Arbeitgeber/in angibt**. Werden daher zB Hasspostings verfasst, könnte auch eine Verletzung der Treuepflicht vorliegen. In Social-Media-Richtlinien können eigene Regelungen für das außerdienstliche Verhalten von Arbeitnehmer/innen festgelegt werden, wenn eine Verbindung zur Arbeitsstelle hergestellt werden kann.

Eine mögliche Berührung bzw Verletzung kann durch die dem/der Arbeitnehmer/in zukommenden Grundrechte, wie zB Art 10 EMRK und Art 8 EMRK, begründet werden. Nach **Art 10 EMRK** hat jede/r das **Recht auf freie Meinungsäußerung**. Dieses besteht grundsätzlich auch am Arbeitsplatz, allerdings ist der/die Arbeitnehmer/in zur gegenseitigen Interessenwahrung verpflichtet. Diese/r hat daher Sorge zu tragen, dass zB ein vom **Unternehmen verfolgtes Leitbild** auch **tatsächlich eingehalten** wird. Unwahre Tatsachen oder diffamierende Werturteile, die sich gegen den/die Arbeitgeber/in richten, sind daher nicht vom Umfang des Art 10 EMRK erfasst. Darüber hinaus fällt auch nicht das Verfassen von Hasspostings unter den Schutzbereich. Nach **Art 8 EMRK** hat jede/r Anspruch auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz. Das Grundrecht gilt auch am Arbeitsplatz. Art 8 EMRK spielt vor allem dann eine Rolle, wenn **Handlungen in einem rein privaten Umfeld** getätigt werden und dem/der Arbeitgeber/in kein Schaden entsteht. Die Verletzung hängt davon ab, ob die Öffentlichkeit Zugang zu Inhalten, die eine mögliche Treuepflichtverletzung darstellen würden, hat.

Die im Flussdiagramm dargestellten Handlungen wurden in diesem Unterkapitel näher behandelt. Das „**Liken**“ wird **mit dem Applaudieren zu einer derartigen Bemerkung** in der analogen Welt verglichen. Ob tatsächlich durch ein „Like“ die Treuepflicht verletzt wird, hängt davon ab, ob das **Posting selbst eine Verletzung** darstellen würde. Die Funktionen

Kommentieren, Verfassen von Statusmeldungen und Hochladen von Videos oder Bildern können mit Äußerungen, die in der **analogen Welt gemacht** werden, verglichen werden. Es ist hier denkbar, dass das Konkurrenzverbot missachtet, die Verschwiegenheitspflicht verletzt wird oder dem/der Arbeitgeber/in ein Schaden durch das Verfassen von Hasspostings entsteht. Darüber hinaus könnte der/die Arbeitgeber/in auch beleidigt werden. Das **Teilen** kann mit der **Zustimmung zu einer gesetzten Handlung** verglichen werden. Fügt der/die Nutzer/in noch einen Kommentar oder ein Smiley hinzu, ist das veränderte Posting getrennt von dem Beitrag, der geteilt wurde, zu bewerten. Ob eine Treuepflichtverletzung vorliegt, ist davon abhängig, ob das **Posting selbst eine solche nach sich ziehen** würde. Denkbar sind auch hier alle bereits aufgezählten Handlungen, durch die eine Verletzung entsteht. Die **Kommunikation in Chats** kann mit einem **Gespräch in der analogen Welt** verglichen werden. Es kann auch hier zB ein Betriebsgeheimnis veröffentlicht werden. Das **reine Online-Sein** wird **keine Treuepflichtverletzung** darstellen, da hier keine aktive Handlung getätigt wird.

5.1.1.3 Ergebnis

Es ist schlusszufolgern, dass die rechtliche Beurteilung einer **Dienstpflichtverletzung** durch die **private Nutzung** von privaten Social-Media-Diensten in der Arbeitszeit von **möglichen Regelungen**, die getroffen wurden, abhängt. Demnach liegt zB bei einem Verbot eine Dienstpflichtverletzung vor, soweit nicht ein Notfall eingetreten ist. Für die Dienstpflichtverletzung kommt es allerdings nicht darauf an, welche Handlung (wie zB „Liken“ oder Kommentieren) tatsächlich getätigt wurde, da bereits ausreicht, dass überhaupt **eine Nutzung stattgefunden** hat.

Darüber hinaus ist es auch möglich, dass durch die private Nutzung eine **Treuepflichtverletzung** vorliegt, wenn **betriebliche Interessen tangiert** werden und private Interessen des/der Arbeitnehmers/in, zB nach Art 10 EMRK oder Art 8 EMRK, nicht entgegenstehen. Ob tatsächlich eine Verletzung vorliegt, kommt auf die Art der Handlung, die auf Social-Media-Diensten oder im Internet gesetzt wurde, an. Das **reine Online-Sein** stellt noch **keine Missachtung** dar. Durch **„Liken“, Kommentieren, Statusupdates, Hochladen von Bildern oder Videos, das Teilen sowie Kommunikationen in Chats** kann eine Treuepflichtverletzung erfüllt sein, wenn zB Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse

verraten werden oder Äußerungen, die sich gegen den/die Arbeitgeber/in richten oder diesem/r einen Schaden zufügen, vorliegen.

5.1.2 Verwendung eines Social-Media-Profiles für berufliche Zwecke in der Arbeitszeit (von dem/der Arbeitgeber/in erstellt)

Mittlerweile werden Social-Media-Dienste immer öfter als Kommunikationskanal verwendet, um den Kundenkontakt zu pflegen sowie Neukunden zu gewinnen. **Arbeitgeber/innen stellen daher ihren Arbeitnehmer/innen Profile zur Verfügung**, um die Präsenz im Internet und vor allem in sozialen Netzwerken zu wahren. Diese können von dem/der Dienstnehmer/in sowohl beruflich als auch privat genutzt werden. Die Nutzung ist beruflich, wenn **der/die Arbeitgeber/in** diese **veranlasst**. Der/Die Arbeitnehmer/in erfüllt dann eine bestimmte Arbeitsaufgabe.⁴⁹⁴ Wird daher der Kontakt zu Kunden gepflegt, liegt mE eine dienstliche Verwendung vor. Von einer **privaten Verwendung** wird hingegen gesprochen, wenn die Benützung in der **Arbeitszeit nicht vorgesehen** ist.⁴⁹⁵ Benutzt der/die Arbeitnehmer/in daher das berufliche Profil für private Zwecke, wie zB fürs private Chatten, ist mE eine private Nutzung anzunehmen. Es sind auch auf beruflichen Profilen die bereits zu privaten Profilen beschriebenen Aktivitäten möglich und es wird daher auf Kapitel „5.1.1 Verwendung eines Social-Media-Profiles für private Zwecke in der Arbeitszeit (von dem/der Arbeitnehmer/in erstellt)“ verwiesen.

Verhält sich der/die Arbeitnehmer/in **nicht entsprechend den Vorgaben** des/der Dienstgebers/in, führt die Verwendung von beruflichen sozialen Netzwerken zu Problemen. Darüber hinaus ist auch fraglich, inwiefern die zur **Verfügung gestellten Konten** für **private Zwecke verwendet** werden dürfen. Es könnte demnach durch derartige Handlungen des/der Arbeitnehmers/in eine Dienst- bzw Treuepflichtverletzung vorliegen. Die nächsten Unterkapitel werden sich mit der rechtlichen Beurteilung dieser befassen. Im ersten Unterkapitel wird auf die berufliche Nutzung und im zweiten auf die private Verwendung eingegangen.

⁴⁹⁴ *Andréewitch*, Social Networks 56-60.

⁴⁹⁵ *Andréewitch*, Social Networks 56-60.

5.1.2.1 Beruflich zur Verfügung gestelltes Konto für berufliche Zwecke genutzt

Wird dem/der Arbeitnehmer/in ein berufliches Profil für die berufliche Nutzung zur Verfügung gestellt, können auch, wie bereits in Bezug auf die rechtliche Beurteilung zu privaten Konten ausgeführt, nähere **Regelungen im Arbeitsvertrag** oder in **Social-Media-Richtlinien festgelegt** werden.

5.1.2.1.1 Prüfung einer Dienstpflichtverletzung

Für die Prüfung einer Dienstpflichtverletzung ist auf § **1153 ABGB** Bezug zu nehmen. Bereits in Kapitel „5.1.1.1 Prüfung einer Dienstpflichtverletzung“ wurde erläutert, dass der/die Arbeitnehmer/in den Umständen nach **angemessene Dienste zu leisten** hat, sofern nichts anderes über Art und Umfang im Arbeitsvertrag geregelt wurde. Es könnten demnach **im Arbeitsvertrag** Regelungen, wie die Nutzung des beruflich zur Verfügung gestellten Profils zu erfolgen hat, festgelegt werden. Darüber hinaus ist es auch möglich, **durch Weisungen in Form von Social-Media-Richtlinien** sowie in Betriebsvereinbarungen nach §§ 97 Abs 1 Z 1 und Z 6 ArbVG die Art und den Umfang der Nutzung näher zu gestalten. Es wird nun noch näher auf den Umfang der Regelungsmöglichkeiten eingegangen. Dies wird anhand von Social-Media-Richtlinien erfolgen.

Wie bereits in Kapitel „5.1.1.1.1 Arbeitsvertrag und Social-Media-Richtlinien“ erwähnt, handelt es sich bei Social-Media-Richtlinien um im Wege einer Weisung angeordnete oder uU auch explizit vereinbarte Regelungen, welche die Zuständigkeit, Verantwortlichkeit, Kennzeichnung von privaten Meinungen und die Netiquette bei der Kommunikation in sozialen Netzwerken festlegen. Die Ausgestaltung ist vom Unternehmen selbst und dem **vermittelten Unternehmenswert** abhängig. Darüber hinaus kommt es auch auf die **verfolgten Unternehmensziele** und die **eigene Unternehmenskultur** an.⁴⁹⁶

Der/Die Arbeitgeber/in kann demnach das **Ziel und die Strategie der Nutzung**, wie zB die **Imagepflege, Kundenbindung** oder **Kundenkontakt**, regeln. Darüber hinaus kann darauf hingewiesen werden, dass der/die Einzelne selbst für die eigenen verfassten Äußerungen verantwortlich und die Netiquette einzuhalten ist. Das bedeutet, dass Äußerungen in einem **toleranten und respektvollen Umgangston** zu erfolgen haben. Demnach sollen Postings

⁴⁹⁶ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/072f.

erst dann veröffentlicht werden, wenn der/die Verfasser/in diese Inhalte auch Dritten öffentlich mitteilen würde. Ferner ist die Abgrenzung zwischen privater und beruflicher Nutzung genau festzulegen. Wichtig ist auch, dass geregelt wird, welche Arbeitnehmer/innen Postings mit dem beruflichen Profil veröffentlichen dürfen. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, den/die Arbeitnehmer/in zur **Einhaltung gesetzlicher Vorgaben**, wie insbesondere des DSG oder ECG, zu verpflichten. Es kann auch die **Veröffentlichung von unternehmensschädlichen Hinweisen** verboten werden. Demnach kann festgelegt werden, dass negative Äußerungen über das Unternehmen unzulässig sind.⁴⁹⁷

Hat der/die Arbeitgeber/in die dargelegten Punkte angeordnet und **missachtet** der/die Dienstnehmer/in diese, liegt eine **Verletzung der Dienstpflicht** vor. Diese kann sodann eine Entlassung nach sich ziehen. Auf diese wird in Kapitel „5.4.2.3.3 Entlassungsgrund: § 27 Z 4 AngG – Verletzung der Dienstpflicht“ näher eingegangen.

Im **Unterschied zur privaten Nutzung** von privaten Profilen hängt die Dienstpflichtverletzung bei beruflichen Profilen daher davon ab, **welche Bestimmungen** von dem/der Arbeitgeber/in festgelegt wurden und ob **diese missachtet** werden. Bei der privaten Nutzung von privaten Profilen hingegen kommt es darauf an, ob diese überhaupt verwendet werden und Regelungen, wie zB ein Verbot der privaten Nutzung, über die Verwendung getroffen wurden.

5.1.2.1.2 Tangieren von betrieblichen Interessen (Treuepflichtverletzung)

Werden beruflich zur Verfügung gestellte Profile für berufliche Zwecke verwendet, kann es auch hier zur **Berührung von betrieblichen Interessen** kommen. Dies wird vor allem dann eintreten, wenn sich Arbeitnehmer/innen **nicht entsprechend den Vorstellungen** des/der Dienstgebers/in verhalten. Durch die Tangierung von betrieblichen Interessen kann eine Treuepflichtverletzung vorliegen. Die Treuepflicht ist die Verpflichtung, betriebliche Interessen des/der Arbeitgebers/in zu wahren. (siehe Näheres hierzu in Kapitel „5.1.1.2.1 Allgemeine Erklärungen zur Treuepflicht“). Im Gegensatz zu privaten Profilen, bei welchen nicht immer eine Verbindung zur Arbeitsstelle ersichtlich ist, wird bei **beruflichen Profilen**

⁴⁹⁷ Oberhofer/Ghahramani-Hofer in Reissner/Neumayr, ZelliHB AV-Klauseln² Besonderer Teil, 29. Klausel Rz 29.31.

immer eine Verbindung hergestellt, da es sich um ein von dem/der Arbeitgeber/in zur Verfügung gestelltes Profil handelt.

Demnach wird auch bei Verwendung eines beruflichen Profils für berufliche Zwecke eine Treuepflichtverletzung vorliegen, wenn **Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse verraten** werden. Darüber hinaus wird auch bei **Missachtung des Konkurrenzverbots** oder bei Verfassung von Hasspostings die Einhaltung der Treuepflicht verletzt. Ferner ist auch vorstellbar, dass durch die Nutzung **der/die Arbeitgeber/in beleidigt bzw ihm/ihr ein Schaden zugefügt** wird. Es ist hier auf Kapitel „5.1.1.2.2 Tangierung von betrieblichen Interessen (Treuepflichtverletzung)“ Bezug zu nehmen. Dies ist durch verschiedene Handlungen, wie zB „Liken“, Kommentieren oder das Verfassen von Statusmeldungen auf sozialen Medien, möglich (siehe Näheres in Kapitel „5.1.1.2.5 Prüfung möglicher Handlungen auf sozialen Netzwerken anhand des Flussdiagramms und Fallbeispiele aus der Praxis“). Wenn eine Verletzung der Treuepflicht vorliegt, ist uU eine Entlassung nach §§ 27 Z 1 F 3 AngG, 27 Z 6 AngG und 27 Z 4 AngG möglich. Es wird auf diese in Kapitel „5.4.2.3 Entlassung“ noch näher eingegangen.

5.1.2.2 Beruflich zur Verfügung gestelltes Konto für private Zwecke genutzt

Ferner treten auch Probleme auf, wenn **beruflich zur Verfügung gestellte Profile für private Zwecke benutzt** werden, obwohl die private **Nutzung verboten** ist oder **gar keine Regelungen festgelegt** wurden. Die Untersuchung wird sich auch hier wieder mit der Prüfung einer Dienst- sowie Treuepflichtverletzung beschäftigen.

5.1.2.2.1 Prüfung einer Dienstpflichtverletzung

Wie bereits in Kapitel „5.1.1.1 Prüfung einer Dienstpflichtverletzung“ erwähnt, ist der/die Dienstnehmer/in nach § 1153 ABGB verpflichtet, den Umständen nach **angemessene Dienste zu leisten**, sofern nichts anderes über Art und Umfang im Arbeitsvertrag geregelt wurde. Der/Die Arbeitnehmer/in hat sich während der Arbeitszeit uneingeschränkt zu bemühen, einen **bestimmten Arbeitserfolg** herbeizuführen. Die private Internetnutzung ist daher grundsätzlich untersagt. Das Vorliegen einer Dienstpflichtverletzung hängt von **möglichen getroffenen Regelungen** durch den/die Arbeitgeber/in ab.

In Kapitel „5.1.1.1.1 Regelungsmöglichkeiten“ wurden bereits einzelne Regelungsmöglichkeiten diskutiert. Demnach kann die Nutzung von sozialen Medien im **Arbeitsvertrag**, durch **Weisungen in Form von Social-Media-Guidelines** oder **Betriebsvereinbarungen** geregelt werden. Es kann festgelegt werden, dass die private Nutzung verboten oder erlaubt wird. Es besteht natürlich auch die Möglichkeit, dass gar keine Regelungen getroffen werden, wobei dies mE bei Zurverfügungstellung eines beruflichen Profils kaum vorstellbar ist.

In Bezug auf die Prüfung der Rechtmäßigkeit von festgelegten Verboten kann auf Kapitel „5.1.1.1.2 Verbotene Nutzung“ verwiesen werden. Demnach kann die **private Nutzung verboten** werden. Der **Eintritt eines Notfalls**, wie bei der Nutzung von privaten Social-Media-Profilen, der zur Missachtung des Verbots berechtigt, **ist nicht vorstellbar**, da in Notfällen das eigene Profil verwendet werden kann. Ist die Nutzung daher verboten, liegt bei Verwendung eine **Dienstplichtverletzung** vor.

Der/Die Arbeitgeber/in kann die Nutzung auch zum Teil bzw zur Gänze erlauben. Bereits in Kapitel „5.1.1.1.3 Erlaubte Nutzung“ wurde auf die Beurteilung rechtlich eingegangen. Der/Die Arbeitgeber/in kann **mittels Regelungen die Nutzung erlauben**. Es ist allerdings ratsam, dass die Verwendung nicht zur Gänze erlaubt wird. Es sollen klare und strukturierte Regelungen, in welchem Umfang tatsächlich eine Verwendung erlaubt ist, festgelegt werden. In diesem Fall kann es grundsätzlich zu **keiner Verletzung der Dienstplicht** kommen.

Sollte der/die Arbeitgeber/in **keine Regelungen** für die private Nutzung von beruflich zur Verfügung gestellten Profilen vorgesehen haben, können mE die Ausführungen aus Kapitel „5.1.1.1.4 Keine Regelungen über die private Nutzung“ herangezogen werden. Demnach ist die Verwendung grundsätzlich erlaubt, sofern es zu **keiner Beeinträchtigung betrieblicher Interessen** kommt. Diese wird noch nicht vorliegen, wenn sich die Nutzung in einem Rahmen von 15-20 Minuten täglich verteilt auf einen Acht-Stunden-Tag befindet. Eine Dienstplichtverletzung wird daher nur dann vorliegen, wenn sich die Verwendung außerhalb dieses Rahmens abspielt.

5.1.2.2.2 Tangieren betrieblicher Interessen (Prüfung Treuepflichtverletzung)

Neben der bereits diskutierten möglichen Dienstpflichtverletzung kann der/die Arbeitnehmer/in auch eine **Treuepflichtverletzung** begehen, wenn ein von dem/der Arbeitgeber/in zur **Verfügung gestelltes Profil für private Zwecke** verwendet wird. Zur Definition sei hier auf die Ausführungen zu Kapitel „5.1.1.2.1 Allgemeine Erklärungen zur Treuepflicht“ zu verweisen. Diesem nach handelt es sich bei der Treuepflicht nicht um „Treue in persönlicher und ethischer Hinsicht“, sondern um die **Pflicht, betriebliche Interessen zu wahren**. Eine Treuepflichtverletzung könnte vorliegen, wenn in **Social-Media-Richtlinien** oder dem **Arbeitsvertrag** festgelegt wird, dass **berufliche Profile nicht privat** verwendet werden dürfen. Es ist hier auf eine E des EGMR⁴⁹⁸ Bezug zu nehmen. Bereits in Kapitel „3.3 Art 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Korrespondenz und der Wohnung)“ wurde diese angeschnitten. Dem rumänischen Dienstnehmer *Bogdan Mihai Bărbulescu* wurde ein **Yahoo-Messenger Account** zur Verfügung gestellt, um Kundenanfragen zu bearbeiten. Das Konto durfte für private Zwecke nicht verwendet werden. Der Arbeitnehmer wurde entlassen, da er das Verbot missachtet hat.⁴⁹⁹ Aufgrund der Missachtung des Verbots hat der Dienstnehmer seine Treuepflicht verletzt.

Darüber hinaus kann sich eine Verletzung der Treuepflicht aus den bereits in Kapitel „5.1.1.2.2 Tangierung von betrieblichen Interessen (Treuepflichtverletzung)“ dargelegten Möglichkeiten ergeben. Demnach wird auch bei Verwendung eines beruflichen Profils für berufliche Zwecke eine Treuepflichtverletzung vorliegen, wenn **Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse verraten** werden. Ferner wird auch bei **Missachtung des Konkurrenzverbots** die Einhaltung der Treuepflicht verletzt. Außerdem ist auch vorstellbar, dass durch die Nutzung **der/die Arbeitgeber/in beleidigt** wird. In Bezug auf die einzelnen Möglichkeiten, aktiv zu sein und ob diese eine Treuepflichtverletzung im Detail nach sich ziehen können, wird auf Kapitel „5.1.1.2.5 Prüfung möglicher Handlungen auf sozialen Netzwerken anhand des Flussdiagramms und Fallbeispiele aus der Praxis“ verwiesen.

⁴⁹⁸ EGMR 5.9.2017 (GK), 61496/08, *Bărbulescu/Rumänien*.

⁴⁹⁹ *Brodil*, ZAS 2018, 33.

5.1.2.3 Ergebnis

Die Verwendung eines von **dem/der Arbeitgeber/in zur Verfügung gestellten Profils**, welches für **berufliche Zwecke** benutzt wird, kann sowohl eine **Dienst-** als auch **Treuepflichtverletzung** nach sich ziehen. Die Dienstpflichtverletzung wird vor allem davon abhängen, ob nähere Regelungen, zB **Social-Media-Richtlinien**, festgelegt werden. Bei Missachtung dieser tritt eine Verletzung ein. Eine Treuepflichtverletzung wird dann vorliegen, wenn zB Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse nicht vertraulich behandelt oder Hasspostings verfasst werden. Im Unterschied zur privaten Nutzung von privaten Profilen kann **immer eine Verbindung zur Arbeitsstelle** hergestellt werden, da der/die Arbeitgeber/in über das Nutzer/innenkonto verfügt.

Es kann auch bei Verwendung eines **von dem/der Arbeitgeber/in zur Verfügung gestellten Profils**, welches für private Zwecke genutzt wird, eine Dienst- sowie Treuepflichtverletzung vorliegen. Im Gegensatz zur beruflichen Verwendung kann eine **Dienstpflichtverletzung** nur vorliegen, wenn **Verbote oder Einschränkungen der privaten Nutzung** nicht eingehalten werden. Berufliche Pflichten ieS selbst können in diesem Fall nicht verletzt werden. Die rechtliche Beurteilung kann daher mit der privaten Nutzung für private Zwecke gleichgesetzt werden. Die rechtliche Beurteilung einer Treuepflichtverletzung kann mit der bei der **beruflichen Verwendung** sowie der **privaten Nutzung für private Zwecke verglichen** werden. Es kann eine Verletzung vorliegen, wenn vorgegebene Regelungen nicht eingehalten werden. Darüber hinaus können die bereits in Kapitel „5.1.1.2.2 Tangierung von betrieblichen Interessen (Treuepflichtverletzung)“ dargelegten Möglichkeiten eine Treuepflichtverletzung durch die private Verwendung eines beruflichen Profils darstellen.

5.2 Aktiv auf Social Media außerhalb der Arbeitszeit

Recherchen der Verfasserin zufolge kommt es nicht nur zu Konflikten, die in der Arbeitszeit durch die Nutzung von Social-Media-Diensten entstehen. Für den/der Arbeitgeber/in ist es auch von Bedeutung, dass sich **der/die Arbeitnehmer/in außerhalb der Arbeitszeit** entsprechend den **Vorstellungen des/der Dienstgebers/in** verhält. Probleme werden vor allem dann auftreten, wenn die Nutzung nicht den Vorstellungen entspricht.

5.2.1 Prüfung einer Dienstpflichtverletzung

Befindet sich der/die Arbeitnehmer/in **außerhalb der Dienstzeit** und ist diese/r auf Social-Media aktiv, können **keine Hauptleistungspflichten**, das heißt, die Arbeitspflicht, verletzt werden. Es kann aber zur **Verletzung von Nebenleistungspflichten** kommen.

Ist der/die Arbeitnehmer/in krank, muss er/sie durch sein/ihr weiteres Verhalten gewährleisten, dass die Arbeitsfähigkeit sobald wie möglich wiederhergestellt werden kann.⁵⁰⁰ Werden daher **ärztliche Anordnungen missachtet** und beeinflusst das Verhalten **in einem erheblichem Maße den Krankheitsverlauf negativ**, kann eine Verletzung vorliegen.⁵⁰¹ Für die Beurteilung ist wichtig, dass das objektiv sorgfaltswidrige Verhalten dem/der Arbeitnehmer/in auch **subjektiv vorwerfbar** ist. Es wird demnach zu einer Verletzung kommen, wenn ärztliche Anordnungen schwerwiegend bzw betont und im erheblichen Maß missachtet werden.⁵⁰² Es kommt demnach darauf an, **welche Anordnungen der Arzt** getroffen hat. Dies zeigt auch eine E des OGH⁵⁰³, in welcher ein an Burnout-Syndrom leidender Arbeitnehmer während des Krankenstands ein Rockkonzert besuchte und eine Berufsausbildung als Psychotherapeut begann. Der betreuende Arzt befürwortete die Tätigkeiten, wodurch die gebotenen Verhaltensweisen nicht ganz offenkundig oder betont verletzt wurden. In einer anderen E des OGH⁵⁰⁴ fuhr eine Arbeitnehmerin am letzten Tag ihres Krankenstands mit dem Auto über mehrere Stunden auf Reisen. Es lag eine Verletzung vor, da sich die Dienstnehmerin außerhalb der ihr erlaubten Ausgehzeiten fortbewegt und sich nicht körperlich geschont hatte. Es kam zu einer groben Missachtung der üblichen Verhaltensweise im Zweifelsfall.

Fraglich ist, inwiefern Social-Media-Dienste während des Krankenstands genutzt werden dürfen. Es kommt hier mE, wie die bereits oben dargelegten Entscheidungen zeigen, auf die ärztlichen Anordnungen an. Demnach ist eine Beurteilung immer im Einzelfall durchzuführen.

Darüber hinaus ist es auch möglich, dass durch hochgeladene Videos, Bilder und Statusmeldungen der/die Arbeitgeber/in von einem **vorgetäuschten Krankenstand** erfährt.

⁵⁰⁰ OGH 27. 2. 2018, 9 ObA 150/17z.

⁵⁰¹ OGH 10.3.1987, 14 Ob A 25/87.

⁵⁰² *Sabara*, Entlassung wegen genesungswidrigen Verhaltens im Krankenstand, ARD 6603/7/2018.

⁵⁰³ OGH 26. 8. 2014, 9 Ob A 64/14y.

⁵⁰⁴ OGH 25. 8. 2014, 8 Ob A 47/14s.

In diesem Fall liegt mE eine Dienstpflichtverletzung vor, da es der/die Dienstnehmer/in unterlässt, seinen/ihren vertraglichen Pflichten nachzukommen. Es sei hier auf einen Fall aus der Praxis einzugehen. Ein Mitarbeiter, tätig in einem Handwerksbetrieb, wurde entlassen, da er in seinem Krankenstand mit seiner Familie eine Reise unternahm und diese auf Facebook ankündigte. Es erfolgte sowohl vom behandelnden Arzt vor Ort als auch vom Chefarzt der Krankenkasse eine Krankschreibung. Die Wirtschaftskammer stellt klar, dass zwar nicht immer in einem Krankheitsfall Bettruhe die beste Lösung sei, allerdings gehört ein Familienurlaub nicht unbedingt zum gängigen medizinischen Behandlungsrepertoire.⁵⁰⁵ Da der Mitarbeiter in den Urlaub fuhr und dies auch auf Facebook angekündigt hatte, liegt durch den vorgetäuschten Krankenstand eine **Dienstpflichtverletzung** vor.

5.2.2 Tangierung von betrieblichen Interessen (Treuepflichtverletzung)

Wie bereits in Kapitel „5.1.1.2.1 Allgemeine Erklärungen zur Treuepflicht“ erläutert, handelt es sich bei der Treuepflicht um eine Nebenpflicht, wonach der/die Dienstnehmer/in zur Wahrung betrieblicher Interessen verpflichtet wird. In Kapitel „5.1.1.2.2 Tangierung von betrieblichen Interessen (Treuepflichtverletzung)“ wurden einzelne Handlungen, die eine Verletzung nach sich ziehen, diskutiert. ME können diese auch bei **Nutzung eines privaten Profils außerhalb der Arbeitszeit** durchgeführt werden und demnach kann es auch durch diese zur **Missachtung der Treuepflicht** kommen.

Es sei auf einen bereits vorgestellten Fall aus der Praxis in Kapitel „1.1 Problemstellung und Hintergrund der Dissertation“ Bezug zu nehmen. Im **Juli 2015** teilten zahlreiche Nutzer/innen auf der **Social-Media-Plattform Facebook** ein Bild, auf dem ein sechsjähriges Flüchtlingskind eine kühle Wasserdusche in der Sommerhitze nahm. Dies war eine kleine Aktion der Freiwilligen Feuerwehr Feldkirch. Ein 17-jähriger **Lehrling** aus Wels, damals in **Ausbildung zu einem Kfz-Techniker bei Porsche**, kommentierte dieses Bild mit den Worten, dass ein **Flammenwerfer besser gewesen** wäre. Da der Lehrling seine Anstellung auf Facebook angab, machten zahlreiche Nutzer/innen die damalige Arbeitgeberin sowohl auf ihrer Facebook-Seite als auch per E-Mail auf den verfassten Kommentar aufmerksam und veranlassten sie so zum Handeln. Da das Unternehmen

⁵⁰⁵ <https://www.diepresse.com/1451842/verhangnisvolle-urlaubsgrosse-aus-dem-krankenstand> (zuletzt abgefragt am 15.04.2020).

Porsche einen „Shitstorm“ bzw eine Hetze gegen das eigene Unternehmen vermeiden wollte, wurde der **Lehrvertrag beendet**.⁵⁰⁶

Der Lehrling gab seine Anstellung bei Porsche auf der Social-Media-Plattform Facebook an. Außerdem wurde Porsche sowohl auf deren Facebook-Seite als auch per E-Mail auf den verfassten Kommentar aufmerksam gemacht.⁵⁰⁷ Es konnte demnach eine Verbindung zwischen dem Posting und dem Unternehmen hergestellt werden. Bei Porsche handelt es sich nach eigenen Angaben um ein weltoffenes Unternehmen, welches für Mitarbeiter/innen aus über 60 Nationalitäten Arbeitsplätze zur Verfügung stellt. Die Arbeitgeberin steht nach ihrem Selbstverständnis für **Vielfalt, Internationalität und Gleichberechtigung**. Aus diesen Punkten ergab sich für Porsche die Verantwortung, die Mitarbeiter/innen vor jeglicher Form der Diskriminierung zu schützen.⁵⁰⁸ Da Porsche jegliche Diskriminierung bei den eigenen Arbeitnehmer/innen ablehnt, kann mE daraus geschlossen werden, dass das Unternehmen auch nicht für diskriminierende Handlungen, die ein/e Angestellte/r selbst tätigt, steht. Hätte die Gesellschaft nicht reagiert, wäre diese in der Öffentlichkeit unglaublich geworden und es wäre möglicherweise zu Geschäftseinbußen gekommen. Eine **Treuepflichtverletzung liegt mE demnach vor**.

5.2.3 Ergebnis

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, dass der/die Arbeitnehmer/in außerhalb der Dienstzeit keine Hauptleistungspflichten, das heißt die Arbeitspflicht, verletzen kann. Es kann allerdings zur Verletzung von Nebenleistungspflichten, indem zB in einem Krankenstand ärztliche Anordnungen missachtet werden oder Krankenstände vorgetäuscht werden, kommen und somit eine Dienstpflichtverletzung vorliegt. Darüber hinaus ist vorstellbar, dass Handlungen zur **Verletzung der Treuepflicht** führen können. Es kann sich um Postings handeln, die auch während der Arbeitszeit eine Verletzung nach sich ziehen, wie zB das Verraten von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen oder das Posten von Hasspostings.

⁵⁰⁶ <http://derstandard.at/2000019660633/Porsche-entlaesst-Lehrling-nach-Hassposting-auf-Facebook> (zuletzt abgefragt am 04.12.2017).

⁵⁰⁷ <http://derstandard.at/2000019660633/Porsche-entlaesst-Lehrling-nach-Hassposting-auf-Facebook> (zuletzt abgefragt am 18.03.2019).

⁵⁰⁸ <https://www.porsche.com/germany/aboutporsche/jobs/employer/equalopportunities/> (zuletzt abgefragt am 13.03.2019).

Das nächste Kapitel wird sich nun mit der rechtlichen Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Kontrolle befassen. IdR wird der/die Arbeitgeber/in Arbeitnehmer/innen kontrollieren, um herauszufinden, ob Treue- und/oder Dienstpflichtverletzungen begangen wurden.

5.3 Prüfung der Rechtmäßigkeit der Kontrolle

Die **Kontrollunterworfenheit** stellt ein Wesensmerkmal der persönlichen Abhängigkeit des/der Arbeitnehmers/in dar. Durch diese ist es dem/der Arbeitgeber/in möglich, das hierarchisch gegliederte Unternehmen zu organisieren. Der/Die Dienstnehmer/in unterliegt den **Weisungen des/der Dienstgebers/in**. Durch die Möglichkeit der Kontrolle kann die Befolgung dieser untersucht werden.⁵⁰⁹ Es ist festzuhalten, dass Kontrollmaßnahmen **nicht uneingeschränkt möglich** sind, da diese in die **Privatsphäre des/der Arbeitnehmers/in eingreifen**. Es kommt daher zu einer Art Spannungsverhältnis zwischen den wechselseitigen Interessen der Vertragsparteien: Auf der einen Seite stehen die **Interessen auf Information** im Sinne einer Kontrolle durch den/die Arbeitgeber/in, auf der anderen Seite kommen dem/der Arbeitnehmer/in verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte zum Schutz seines/ihrer Privatlebens zu, die ohne unmittelbare Drittwirkung über die „**Einfallspforte**“ des **§ 16 ABGB** anzuwenden sind (Näheres in Kapitel „3.1 Allgemeines Persönlichkeitsrecht nach § 16 ABGB“). Durch die Anwendung von § 16 ABGB ist eine **Interessensabwägung zwischen den beiden Vertragsparteien** vorzunehmen. In Grundzügen hat die **Abwägung durch objektives Recht** zu erfolgen. Es kommt allerdings immer auf den **Einzelfall** an. Die Prüfung des Kontrollinteresses hat nach einem **dualen System** zu erfolgen: Demnach muss ein **sachlich und legitimes Kontrollziel** vorliegen. Dieses muss angemessen sein. Darüber hinaus muss das Kontrollmittel dem **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** entsprechen und das gelindeste Mittel für die Untersuchung muss ausgewählt werden. Eine grundlose Überwachung des Privatverhaltens wird daher ohne jegliche Anhaltspunkte unzulässig sein.⁵¹⁰ Darüber hinaus sind Kontrollhandlungen jedenfalls **unzulässig**, wenn diese in **keinem sachlichen Zusammenhang** mit der geschuldeten Arbeitsleistung stehen.⁵¹¹ Neben § 16 ABGB spielt auch § 1 DSG eine wichtige Rolle, da dieser aufgrund der unmittelbaren Drittwirkung Schutz gewährt (siehe Kapitel „3.2 Grundrecht auf Datenschutz“).⁵¹²

⁵⁰⁹ Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht in Grundzügen⁹ Rz 43.

⁵¹⁰ Brodil, Individualarbeitsrechtliche Fragen der Kontrolle, in Resch (Hrsg), Die Kontrolle des Arbeitnehmers vor dem Hintergrund moderner Medien (2005) 71-74.

⁵¹¹ Brodil, Kontrolle und Datenschutz im Arbeitsrecht, ZAS 2009/21.

⁵¹² Mosler in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 18 AngG Rz 83.

Da die Nutzung von Social-Media-Diensten betriebliche Interessen tangieren könnte, kontrollieren Dienstgeber/innen das Verhalten von Arbeitnehmer/innen auf deren privaten Profilen, um mögliche Berührungspunkte zu finden. Darüber hinaus werden auch **von dem/der Arbeitgeber/in zur Verfügung gestellte Profile** kontrolliert, um festzustellen, ob Regelungen, die für die Verwendung getroffen wurden, auch tatsächlich eingehalten werden. Die Untersuchung wird sich nun näher mit der Frage, ob ein Eingriff sowohl in private als auch berufliche Konten rechtlich in Ordnung ist, beschäftigen.

Es sei hier kurz auf die im TKG vorgenommene **Unterscheidung zwischen Verkehrs- und Inhaltsdaten** einzugehen, da diese in Bezug auf die nachstehende rechtliche Beurteilung von Bedeutung sein wird. Nach § 92 Z 4 TKG handelt es sich bei **Verkehrsdaten** um Daten, die zum Zwecke der Weiterleitung einer Nachricht an ein Kommunikationsnetz oder zum Zwecke der Fakturierung dieses Vorgangs verarbeitet werden. **Inhaltsdaten** umfassen nach § 92 Z 5 TKG Inhalte übertragener Nachrichten.⁵¹³

*Andréewitch*⁵¹⁴ kommt in Bezug auf **Social-Media-Dienste** zum Schluss, dass eine Nachricht auf sozialen Netzwerken vom **Begriff der Inhaltsdaten** umfasst ist. Eine weitere Unterscheidung zwischen möglichen Inhalts- und Verkehrsdaten fand nicht statt. Auf diese wird nun näher eingegangen. In Bezug auf Social-Media-Dienste kann es sich mE sowohl um Inhalts- als auch Verkehrsdaten handeln. Der „**zuletzt online**“ **Status**, soweit die Einsicht **in Inhalte selbst nicht möglich** ist, wird vom Begriff der **Verkehrsdaten** umfasst. Bei sozialen Netzwerken, wie zB Facebook oder Instagram, kann solch ein Status eingesehen werden, allerdings besteht auch automatisch die Möglichkeit, Inhalte von Profilen zu kontrollieren. Daher handelt es sich hierbei um Inhalts- und keine bloßen Verkehrsdaten. Bei **Webblogs** gibt es nicht die Funktion des „zuletzt online“ Status. In diesem Fall können nur einzelne Postings untersucht werden und diese sind daher vom Begriff der Inhaltsdaten umfasst. Bei **WhatsApp** kann der „zuletzt online“ Status eingesehen werden. Auf Kommunikationsinhalte privater Chats kann grundsätzlich nicht zugegriffen werden und daher ist es möglich, nur auf **Verkehrsdaten** des/der Arbeitnehmers/in zurückzugreifen (siehe auch Kapitel „2.4 Aufbau von Instant-Messaging am Beispiel von WhatsApp, Yahoo Messenger und Facebook Messenger“).

⁵¹³ § 92 TKG

⁵¹⁴ *Andréewitch*, Social Networks 72.

In den nächsten Kapiteln wird die Kontrolle anhand einzelner einschlägiger Normen, wie insbesondere **Art 8 EMRK** (Näheres hierzu in Kapitel „3.3 Art 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Korrespondenz und der Wohnung)“), **Art 8 GRC** (Näheres in Kapitel „3.4 Art 8 GRC (Schutz personenbezogener Daten)“), welcher immer mehr an Bedeutung gewinnt und daher auch für diese Untersuchung relevant ist, sowie **§ 1 DSG** (siehe Kapitel „3.2 Grundrecht auf Datenschutz“) untersucht. Darüber hinaus hat auch der Betriebsrat bei **Einführung von die Menschenwürde berührenden Kontrollmaßnahmen** notwendige Mitbestimmungsrechte, wodurch **§§ 96 Abs 1 Z 3 und 96a ArbVG** Beachtung finden und sich diese Untersuchung daher auch mit diesen Bestimmungen beschäftigen wird. Es wird das Prüfschema, welches im Flussdiagramm dargestellt wurde, angewendet. Eine Beurteilung findet anhand der **Unterscheidung**, ob es sich um ein **privates oder von dem/der Arbeitgeber/in zur Verfügung** gestelltes Profil handelt, statt. Hierbei kann noch differenziert werden, ob dieses privat oder beruflich verwendet werden kann. Private und berufliche Profile können auf freizeitorientierten oder beruflich orientierten Netzwerken sowie auf Webblogs angelegt werden. Auf die Beurteilung der Kontrolle von privaten Profilen, welche beruflich genutzt werden, wird nicht eingegangen, da dies den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde.

5.3.1 Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz nach Art 8 EMRK

Auf europäischer Ebene kann zunächst mittels Art 8 EMRK geprüft werden, ob durchgeführte Kontrollen des/der Arbeitgebers/in rechtmäßig sind. Nach Art 8 EMRK hat jede/r **Anspruch auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz** (siehe auch Kapitel „3.3 Art 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Korrespondenz und der Wohnung)“).

5.3.1.1 Privates Profil (von dem/der Arbeitnehmer/in erstellt)

Im ersten Schritt ist zu prüfen, ob Inhalte, welche sich auf privaten Profilen befinden, vom Schutzbereich des Art 8 EMRK umfasst sind (Näheres zur Definition in Kapitel „3.3.1 Schutzbereich“). IdR handelt es sich um Daten, die den Alltag und die Person selbst betreffen. Der **Schutzbereich des Privatlebens** ist daher gegeben. Darüber hinaus wird auch der **Schutzbereich der Korrespondenz** vorliegen, da private Profile auch für die Kommunikation zwischen Nutzer/innen, zB in Form eines Chats, verwendet werden. Werden private Profile von dem/der Arbeitgeber/in durchforstet, liegt mE ein **Eingriff** vor.

Der Anwendungsbereich des Art 8 EMRK ist somit erfüllt und dem/der Arbeitnehmer/in kommt ein **Recht auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz** zu.

Damit eine Kontrolle nach Art 8 EMRK rechtmäßig ist, muss der/die Arbeitnehmer/in im ersten Schritt von dem/der Arbeitgeber/in über die Kontrolle **informiert** werden (Näheres hierzu in Kapitel „3.3.2. 1.Kriterium: Information über Überwachung“). Der/Die Arbeitgeber/in hat daher vor der Untersuchung **mündlich oder schriftlich** auf eine **bevorstehende Überwachung** hinzuweisen. Eine **geheime Kontrolle** ist demnach **nicht möglich**. *Majoros*⁵¹⁵ kommt in Bezug auf diese Voraussetzung zum Schluss, dass Situationen denkbar sind, in welchen bei Gefahr im Verzug zur raschen Verhinderung oder Aufklärung von schwerwiegenden Angriffen gegen Rechtsgüter des/der Arbeitgebers/in oder dritter Personen eine Information ausbleiben kann. Es sei hier an Notwehr, Nothilfe oder rechtfertigenden Notstand zu denken. In Bezug auf Social-Media-Dienste ist dieser Aufsatz jedoch mE nicht heranzuziehen, da kaum **Konstellationen vorstellbar** sind, in welchen es zu einer **Gefahr in Verzug kommt** und daher soziale Netzwerke ohne vorangegangene Ankündigung durchforstet werden.

Darüber hinaus muss sich **Art, Weise und Umfang** auf einen **zulässigen Rahmen** stützen. Es hat eine Unterscheidung zwischen der Überwachung des Kommunikationsflusses und ihres Inhalts zu erfolgen. Darüber hinaus ist zu beachten, ob **alle Mitteilungen** oder nur ein **Teil** kontrolliert wurden. Des Weiteren kommt es auf den **Umfang der Überwachung** sowie die **Intensität des Eingriffs** in die Privatsphäre an (siehe Kapitel „3.3.3 2.Kriterium: Art, Weise und Umfang der Kontrolle in einem zulässigen Rahmen“). ME ist die weitere Beurteilung auch von der Unterscheidung, ob eine **mögliche Dienst- oder Treuepflichtverletzung** untersucht wird, abhängig.

In der Lit haben sich bereits Autor/innen zur Kontrolle des/der Arbeitgebers/in in Bezug auf die Privatnutzung des Internets oder von E-Mails in der Arbeitszeit geäußert. Nach *Brodil*⁵¹⁶ leitet sich der Umfang der Kontrollbefugnis aus dem **objektiven Recht** ab. Es kommt nicht auf das Verbot oder die Zulassung der Privatnutzung durch den/die Arbeitgeber/in an. ZB darf die Prüfung der **Einhaltung des Verbots** mit **angemessenen Mitteln** erfolgen. Es darf allerdings **nicht** der **Inhalt eingesehen** werden. Die **geringste Eingriffsintensität** wird

⁵¹⁵ *Majoros*, Überwachung der E-Mail-Nutzung am Arbeitsplatz, DRdA 2018/18.

⁵¹⁶ *Brodil*, ZAS 2018/33.

demnach dann vorliegen, wenn sich die Kontrolle nur **auf äußere Verkehrsdaten** beschränkt. Es kann grundsätzlich ohne Zugriff auf Kommunikationsinhalte eine Unterscheidung zwischen dienstlichen und privaten Daten erfolgen. Sollte trotzdem bei Überprüfung, ob ein Verbot eingehalten wird, ein Einblick in den Kommunikationsinhalt von Chats erfolgen, ist ein Zugriff auf Inhaltsdaten zu unterlassen. *Sacherer*⁵¹⁷ unterscheidet hingegen, **welche Regelungen** der/die Arbeitgeber/in für die private Nutzung getroffen hat. Dem/Der Arbeitgeber/in kommt durch die Regelung eines **Verbots** ein **beachtliches Kontrollinteresse** zu. Durch das Nutzungsverbot kann der/die Arbeitgeber/in darauf vertrauen, dass Betriebsmittel nur dienstlich genutzt werden und somit auf keine privaten Daten gestoßen wird. Eine Kontrolle kann daher aufgrund dieses Verbots zur Gänze erfolgen. Auch für *Goricnik*⁵¹⁸ hängt eine zulässige Kontrolle davon ab, welche Regelungen festgelegt wurden.⁵¹⁹ Nach *Andréewitch*⁵²⁰ können **Verkehrsdaten kontrolliert** werden, da die Interessen des/der Arbeitgebers/in gegenüber den Interessen des/der Arbeitnehmers/in überwiegen. Es ist allerdings unzulässig, sämtliche Verkehrsdaten aufzuzeichnen, wenn sich das Kontrollinteresse vorrangig auf die Überwachung der Arbeitszeitverwendung bezieht. Eine Speicherung der **vollen Verkehrsdaten** ist nur zulässig, wenn ein **Verdacht exzessiver Nutzung** besteht. Sollte es ein ausdrückliches Verbot geben, kann der/die Arbeitgeber/in alle Verkehrsdaten speichern, um die Einhaltung des Verbots zu überwachen.

ME ist für die rechtliche Beurteilung die bereits in der Einleitung diskutierte Unterscheidung zwischen **Verkehrs-** und **Inhaltsdaten** heranzuziehen. Um eine Dienstpflichtverletzung zu prüfen, wird der/die Arbeitgeber/in auf den „**zuletzt online**“ **Status** zurückgreifen, welcher unter den **Begriff der Verkehrsdaten** fällt. Sollte auch die Einsicht von Inhalten auf sozialen Medien durch diesen Status möglich sein, handelt es sich um Inhaltsdaten. Ob sich Art, Weise und Umfang der Kontrolle in einem zulässigen Rahmen befinden, hängt mE allerdings **nicht von einzelnen Regelungen**, die der/die Arbeitgeber/in getroffen hat, ab, da die dem/der Arbeitnehmer/in zukommenden **Persönlichkeitsrechte nicht durch solche Bestimmungen zurücktreten** und die Verfasserin kommt daher zur selben Ansicht wie

⁵¹⁷ *Sacherer*, Datenschutzrechtliche Aspekte der Internetnutzung von Arbeitnehmern, RdW 2005/221.

⁵¹⁸ *Grünanger/Goricnik*, Arbeitnehmer-Datenschutz Rz 6.27.

⁵¹⁹ Thiele, *ecolex* 2001, 614.

⁵²⁰ *Andréewitch*, Social Networks 74-75.

*Brodil*⁵²¹. Den Ansichten von *Andréewitch*⁵²², *Goricnik*⁵²³ und *Sacherer*⁵²⁴ wird nicht gefolgt.

Wird daher eine **mögliche Dienstpflichtverletzung** geprüft, befinden sich Art, Weise und Umfang der Kontrolle von **äußeren Verkehrsdaten in einem zulässigen Rahmen**. Die aus Art 8 EMRK dem/der Arbeitnehmer/in zukommenden Rechte werden durch das Einsehen von äußeren Verkehrsdaten kaum berührt. Es muss nach Art 8 EMRK eine Unterscheidung zwischen der Überwachung des Kommunikationsflusses und ihres Inhalts erfolgen. Wird auf **WhatsApp der „zuletzt online“ Status** kontrolliert, werden nur **äußere Verkehrsdaten** untersucht. Bei **sozialen Netzwerken** hingegen kann eine Kontrolle dieses Status nur in Verbindung mit dem Einsehen einzelner Inhalte erfolgen. Daher ist mE in diesem Fall eine **Kontrolle nicht rechtmäßig**. Bei **Webblogs** können nur Inhaltsdaten eingesehen werden, womit keine Untersuchung erfolgen darf, da in diesem Fall **keine Beschränkung auf äußere Verkehrsdaten** möglich ist. Bei Webblogs und sozialen Netzwerken befinden sich daher Art, Weise und Umfang der Kontrolle in keinem zulässigen Rahmen.

Selbst wenn nur Verkehrsdaten überwacht werden, ist nach Art 8 EMRK eine **permanente Kontrolle unzulässig**.⁵²⁵ Wird daher zB jeden Tag der Status laufend abgefragt, ist diese Abfrage nach Art 8 EMRK unzulässig.

In Bezug auf die **Prüfung der Kontrolle einer Treuepflichtverletzung** auf Social-Media-Diensten können die bereits in der Lit diskutierten Ansätze zu § 16 ABGB herangezogen werden. Für *Brodil*⁵²⁶ ist es grundsätzlich unzulässig, die private Kommunikation zu kontrollieren. In **besonderen Verdachtsmomenten** darf allerdings eine Untersuchung erfolgen, wenn es sich zB um den Schutz von Geschäftsgeheimnissen handelt. Es wäre auch hier eine **inhaltliche Kontrolle rechtmäßig**, wenn dies zur Störungsbehebung oder zur Missbrauchskontrolle nötig ist. Dies wird bei Vorliegen eines **Verdachts von Straftaten** oder **schwerer Vertragsverletzung** (wie zB Verraten von Geschäftsgeheimnissen oder

⁵²¹ *Brodil*, ZAS 2018/33.

⁵²² *Andréewitch*, Social Networks 74-75.

⁵²³ *Grünanger/Goricnik*, Arbeitnehmer-Datenschutz Rz 6.27.

⁵²⁴ *Sacherer*, RdW 2005/221.

⁵²⁵ EGMR 5.9.2017 (GK), 61496/08, *Bărbulescu/Rumänien*.

⁵²⁶ *Brodil*, Die Kontrolle der Nutzung neuer Medien im Arbeitsverhältnis – Kontrollbefugnisse des Arbeitgebers zwischen Datenschutz und Persönlichkeitsrechten, ZAS 2004/28.

Konkurrenztätigkeiten) denkbar sein. Darüber hinaus ist auch für *Gerhartl*⁵²⁷ eine inhaltliche Kontrolle von privaten E-Mails erlaubt, wenn eine besondere Verdachtslage, wie zB der begründete Verdacht auf Straftaten oder schwere Vertragsverletzungen, besteht.

ME können diese Ausführungen auch auf **Kontrollen auf Social-Media-Diensten** angewendet werden, da es sich hierbei auch um eine **Form der privaten Kommunikation** handelt. Eine Unterscheidung zwischen Verkehrs- und Inhaltsdaten hat mE nicht zu erfolgen, da Verkehrsdaten keine Relevanz für eine allfällige Treuepflichtverletzung haben.

Der **Kommentar des Lehrlings**, der zu einer Treuepflichtverletzung führte (siehe Kapitel „5.2.2 Tangierung von betrieblichen Interessen (Treuepflichtverletzung)“), darf demnach kontrolliert werden, da der Arbeitgeber durch die eigene Seite sowie per Mail von einer **möglichen Straftat (§ 283 StGB – Verhetzung)** erfuhr und somit ein **Verdachtsmoment** vorlag.

Das **Vortäuschen des Krankenstands**, um in den Urlaub zu fahren (siehe Kapitel „5.2.1 Prüfung einer Dienstpflichtverletzung“), stellte eine Dienstpflichtverletzung und mE auch eine **schwere Vertragsverletzung** dar, da der/die Arbeitnehmer/in durch das Vortäuschen des Krankenstands oder durch das Vorspielen falscher Symptome die ihm/ihr zukommende Nebenleistungspflicht aus dem Arbeitsvertrag verletzt. Der/Die Arbeitgeber/in darf die Aktivität, welche die Vertragsverletzung bestätigt, bei Vorliegen eines bestimmten Verdachts demnach kontrollieren.

Die **Nicht-Einhaltung von Social-Media-Richtlinien** stellt mE eine **Vertragsverletzung** dar. Die Einhaltung der in Kapitel „5.1.1.2.2.5 Verletzung von Regelungen aus Social-Media-Richtlinien“ diskutierten ORF-Richtlinie für die ordnungsgemäße Nutzung von Social-Media-Diensten darf mE **kontrolliert** werden, wenn ein **Verdacht auf Missachtung** besteht.

Ein Verdacht würde mE bei dem in Kapitel „5.1.1.2.5.3 Verfassen von Statusmeldungen, Bilder, Videos“ diskutierten Fall auch vorliegen, da das **Leitbild durch das Posting des Videos verletzt** wird. Die Missachtung des Leitbilds könnte eine schwere Vertragsverletzung darstellen. Weitere Postings dürfen allerdings nicht untersucht werden.

⁵²⁷ *Gerhartl*, Der Schutz von Persönlichkeitsrechten (2009) 153.

Auch der in Kapitel „5.1.1.2.5.1 „Liken““ diskutierte Fall berechnigte mE den/die Arbeitgeber/in zur Kontrolle, da durch die **Beschimpfung ein begründeter Verdacht** auf eine Straftat, § 115 StGB (**Beleidigung**), bestand.

Art, Weise und Umfang der Kontrolle bei all diesen angeführten Beispielfällen befinden sich in einem zulässigen Rahmen.

Der in Kapitel „5.1.1.2.4 Grundrecht auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz nach Art 8 EMRK“ diskutierte Fall (eine E aus Deutschland, in welcher ein Dienstnehmer nach der Veröffentlichung **rassistischer Bilder in einer nicht öffentlich zugänglichen WhatsApp-Gruppe** fristlos entlassen wurde) berechnigte den Arbeitgeber hingegen nicht zur Kontrolle, da diesem **kein Schaden** durch die **rassistischen Äußerungen im Chat** entstanden ist. Der Verdacht einer Verletzung lag nicht vor. In diesem Beispiel befinden sich Art, Weise und Umfang der Kontrolle in keinem zulässigen Rahmen.

Wenn daher ein **besonderer Verdachtsmoment** vorliegt, befinden sich Art, Weise und Umfang des Eingriffs in einem **zulässigen Rahmen**. Es ist allerdings zu beachten, dass nur das Posting, welches den Verdacht begründet, auch kontrolliert werden darf. Sollte darüber hinaus eine Kontrolle erfolgen, ist ein Eingriff aufgrund Art 8 EMRK unzulässig.

Im nächsten Schritt ist zu prüfen, ob der/die Arbeitgeber/in **Gründe für die durchgeführte Kontrolle** darlegen kann (Näheres zur Definition in Kapitel „3.3.4 3.-7. Kriterium“). Bei der Prüfung einer Dienstpflichtverletzung wird das **Vorliegen eines Verbots** sowie eine **Einschränkung der privaten Nutzung** eine Untersuchung rechtfertigen. Wurden gar keine Regelungen über die Verwendung getroffen oder ist die Nutzung zur Gänze erlaubt, stellen diese beiden Konstellationen keine zulässigen Gründe für eine Kontrolle dar. Aus **reiner Neugierde** darf **nicht kontrolliert** werden. Wird die Einhaltung der Treuepflicht untersucht, wird ein **begründeter Verdacht** eine Rechtfertigung darstellen. Für eine darüberhinausgehende Untersuchung liegt kein Rechtfertigungsgrund vor.

Ferner muss die Kontrolle einen **bestimmten Zweck** erfüllen (Näheres in Kapitel „3.3.4 3.-7. Kriterium“). Wird das **Einhalten eines allfälligen Verbots oder einer Beschränkung** sowie der **Verdacht** einer möglichen Treuepflichtverletzung geprüft, ist mE ein bestimmter

Zweck für die Prüfung erfüllt, da der Eingriff erfolgt, um die Einhaltung der Regelungen festzustellen bzw um einen möglichen Verdacht zu bestätigen.

Darüber hinaus muss die Kontrolle das **gelindeste Mittel** darstellen, um in den Schutzbereich einzugreifen (siehe in Kapitel „3.3.4 3.-7. Kriterium“). Die Befragung des/der Arbeitnehmers/in könnte gelinder als die Kontrolle auf Social-Media-Diensten sein. ME muss der/die Arbeitgeber/in zunächst ihn/sie befragen, da dies einen geringeren Eingriff in die Privatsphäre darstellt. Sollte sich nach diesem Gespräch der Verdacht erhärten, ist eine Kontrolle auf sozialen Netzwerken erlaubt. Daher stellt mE der **Eingriff in private soziale Netzwerke nach dem Gespräch** das **gelindeste Mittel** dar.

In Bezug auf das Kriterium „**Einsatz besonderer Sicherheitsvorkehrungen**“ wird auf Kapitel „3.3.4 3.-7. Kriterium“ verwiesen. Als siebtes Kriterium wird gefordert, dass die **Konsequenzen** für den/die Arbeitnehmer/in **im Verhältnis zu den stattgefundenen Kontrollmaßnahmen** stehen. Wird eine Dienst- bzw Treuepflichtverletzung begangen und erfüllt das Verhalten des/der Arbeitnehmers/in einen bestimmten Entlassungstatbestand, steht mE die **Konsequenz im Verhältnis zur stattgefundenen Kontrollmaßnahme**. Auf einzelne Entlassungstatbestände wird in Kapitel „5.4.2.3 Entlassung“ eingegangen.

Zusammengefasst kann daher gesagt werden, dass der/die Arbeitgeber/in **äußere Verkehrsdaten**, wie zB WhatsApp-Status, **kontrollieren** darf, um eine mögliche Dienstpflichtverletzung, zB aufgrund eines Verbots, unabhängig von einem bestimmten Verdacht aufzudecken. In **Inhaltsdaten** darf für die Überprüfung einer Dienstpflichtverletzung **nicht eingegriffen** werden. Bei **besonderen Verdachtsmomenten** darf die Kontrolle einer möglichen Treuepflichtverletzung erfolgen. Es muss sich allerdings um den **Verdacht einer Straftat** oder einer **schweren Vertragsverletzung** handeln. Das Durchforsten von weiteren Postings, die nicht mit dem Verdacht in Verbindung stehen, ist unzulässig.

5.3.1.2 Berufliches Profil – berufliche Nutzung (von dem/der Arbeitgeber/in erstellt)

Bereits in Kapitel „3.3 Art 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Korrespondenz und der Wohnung)“ wurde dargelegt, dass die **Privatsphäre auch am**

Arbeitsplatz von Art 8 EMRK geschützt wird. Nach der Rsp des EGMR⁵²⁸ fallen auch berufliche Tätigkeiten und insbesondere auch der E-Mail-Verkehr unter den Anwendungsbereich des Art 8 EMRK. Demnach fällt auch die **Nutzung von beruflichen Profilen** durch Arbeitnehmer/innen unter den **Anwendungsbereich** und dem/der Einzelnen kommt daher das Recht auf Achtung der Privatsphäre und der Korrespondenz zu. Der **Schutzbereich** ist daher **betroffen** und der/die Arbeitnehmer/in hat Anspruch **auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz** bei Nutzung eines beruflich zur Verfügung gestellten Profils für berufliche Zwecke.

In Bezug auf die Erläuterungen zum Kriterium, dass der/die Arbeitgeber/in über die **Kontrolle informieren** muss, wird auf Kapitel „5.3.1.1 Privates Profil (von dem/der Arbeitnehmer/in erstellt)“ verwiesen. Sollte **keine Information** erfolgen, ist die Kontrolle durch den/die Dienstgeber/in **rechtswidrig**.

Im nächsten Schritt ist zu prüfen, ob sich **Art, Weise und Umfang** der Untersuchung in einem **zulässigen Rahmen** befinden (siehe Kapitel „3.3.3 2.Kriterium: Art, Weise und Umfang der Kontrolle in einem zulässigen Rahmen“). ME werden für den/die Arbeitgeber/in vor allem **Inhalts- und nicht Verkehrsdaten**, wie zB ob der/die Dienstnehmer/in online ist, **relevant** sein, da für diese/n die inhaltliche Nutzung des von ihm/r zur Verfügung gestellten Profils zB wie die Kundenpflege bzw -betreuung des Social-Media-Profiles erfolgt, wichtig ist. Es werden demnach mE überwiegend Inhaltsdaten kontrolliert.

Für *Brodil*⁵²⁹ ist eine Kontrolle der **dienstlichen E-Mails** möglich, da der/die Arbeitnehmer/in als **Erfüllungsgehilfe für den/die Arbeitgeber/in** tätig ist. Der/Die Dienstgeber/in hat demnach grundsätzlich das Recht in in seinem/ihrem Namen **verfasste Geschäftsbriefe Einsicht** zu nehmen. Nach *Gerhartl*⁵³⁰ ist der/die Arbeitgeber/in berechtigt, Einsicht in die von dem/der Arbeitnehmer/in im Namen des/der Arbeitgebers/in **verfassten Geschäftskorrespondenzen** zu nehmen. Telefonate hingegen dürfen nicht abgehört werden. Die Überwachung ist rechtmäßig, da nach *Gerhartl*⁵³¹ dienstliche E-Mails eine größere Analogie bzw Ähnlichkeit zu Geschäftsbriefen aufweisen. *Sacherer*⁵³² vertritt die Ansicht, dass die dienstliche Kommunikation überwacht werden kann, da der/die

⁵²⁸ EGMR 3.4.2017, 62617/00 *Copland/UK*, RdW 2007, 420 = ARD 5791/10/2017.

⁵²⁹ *Brodil* in Resch 81.

⁵³⁰ *Gerhartl*, Der Schutz von Persönlichkeitsrechten 152.

⁵³¹ *Gerhartl*, Der Schutz von Persönlichkeitsrechten 152.

⁵³² *Sacherer*, RdW 2005/221.

Arbeitgeber/in **ein höheres Interesse** als der/die Arbeitnehmer/in aufweisen kann. *Andréewitch*⁵³³ kommt hier zum Schluss, dass dienstliche Inhalte eingesehen werden können. Es dürfen demnach nur Social-Media-Beiträge kontrolliert werden, die in einem **unmittelbaren Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis** stehen.

ME können die Ausführungen von *Brodil*⁵³⁴, *Gerhartl*⁵³⁵ und *Sacherer*⁵³⁶ auch auf die Beurteilung von Kontrollen beruflicher Profile herangezogen werden, da die Nutzung von Social-Media-Diensten auch eine Art Kommunikation darstellt. Social-Media-Dienste werden von Arbeitnehmer/innen als Kommunikationskanal verwendet, um den **Kundenkontakt zu pflegen** sowie Neukunden zu gewinnen. Sie handeln auch in diesem Fall **als Erfüllungsgehilfen** für den/die Arbeitgeber/in, indem sie die Social-Media-Seite verwalten. Der **Umfang und der Grad des Eingriffs** in die Privatsphäre des/der Arbeitnehmers/in sind mE **gering**. Eine **permanente Kontrolle** ist allerdings auch, wie bereits bei privaten Profilen erwähnt, **nicht zulässig**. Eine Unterscheidung zwischen einer Dienst- und Treupflichtverletzung hat im Gegensatz zu privaten Profilen nicht zu erfolgen. Die Meinung von *Andréewitch*⁵³⁷ überzeugt nicht, da mE immer ein unmittelbarer Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis besteht, da der/die Arbeitgeber/in über das Konto verfügt und dieses beruflich genutzt wird.

Im nächsten Schritt ist zu prüfen, ob der/die Arbeitgeber/in Gründe für eine Kontrolle darlegen kann. Der/Die Arbeitnehmer/in handelt im **Namen des/der Arbeitgebers/in** und diese/r hat daher ein Interesse, dass **Regelungen**, die über die Nutzung getroffen wurden, auch **tatsächlich eingehalten** werden. Für den/die Dienstgeber/in wird vor allem wichtig sein, dass die Kommunikation mit Vertragspartner/innen ordnungsgemäß und nach seinen/ihren Vorstellungen erfolgt. Vor allem im Internet bzw auf Social-Media-Diensten veröffentlichte Inhalte verbreiten sich sehr rasant und die Nutzer/innen bilden sich rasch eine positive oder negative Meinung über das Unternehmen. Daher liegt mE auch ein **Grund für die Überwachung von beruflichen Profilen** vor (Näheres in Kapitel „3.3.4 3.-7. Kriterium“).

⁵³³ *Andréewitch*, Social Networks 114.

⁵³⁴ *Brodil* in *Resch* 81.

⁵³⁵ *Gerhartl*, Der Schutz von Persönlichkeitsrechten 152.

⁵³⁶ *Sacherer*, RdW 2005/221.

⁵³⁷ *Andréewitch*, Social Networks 114.

Da eine Kontrolle von dienstlichen Handlungen erfolgt und damit in einem Zusammenhang zur Arbeitsstelle steht, liegt auch ein **bestimmter Zweck** vor (Näheres in Kapitel „3.3.4 3.-7. Kriterium“). ME stellte die Überwachung das **gelindeste Mittel**, um in den Schutzbereich einzugreifen, dar, da der/die Arbeitgeber/in **nicht anders zu den Informationen**, ob zB Regelungen aus Social-Media-Richtlinien eingehalten werden, gelangen kann. In Bezug auf das Kriterium „Einsatz besonderer Sicherheitsvorkehrungen“ wird auf Kapitel „3.3.4 3.-7. Kriterium“ verwiesen. ME steht die **veranlasste Kontrolle** auch **im angemessenen Verhältnis zu nachfolgenden Konsequenzen**, wie zB einer Entlassung.

Es ist schlusszufolgern, dass die **berufliche Nutzung auf beruflichen Profilen** nach Art 8 EMRK grundsätzlich **kontrolliert** werden darf, soweit keine permanente Kontrolle erfolgt, da alle Kriterien für eine rechtmäßige Untersuchung erfüllt sind.

5.3.1.3 Berufliches Profil – private Nutzung (von dem/der Arbeitgeber/in erstellt)

Wird ein beruflich zur Verfügung gestelltes Profil für private Zwecke genutzt, kann der/die Arbeitgeber/in auf Daten stoßen, die den Alltag und die Person selbst betreffen. Der **Schutzbereich des Privatlebens** ist daher betroffen. Darüber hinaus kann auch mit anderen kommuniziert werden. Diese Inhalte sind vom **Schutzbereich der Korrespondenz** umfasst. Erfolgt eine Kontrolle, liegt ein **Eingriff** vor (Näheres zur Definition in Kapitel „3.3.1 Schutzbereich“). Da der Schutzbereich der Korrespondenz und des Privatlebens tangiert wird, ist der **Anwendungsbereich des Art 8 EMRK** gegeben.

Der/Die Arbeitgeber/in muss den/die Arbeitnehmer/in über die bevorstehende Kontrolle **informieren**. In der E des EGMR⁵³⁸ *Bărbulescu* kam klar zum Ausdruck, dass auch bei Vorliegen eines Verbots zur privaten Nutzung kein uneingeschränktes Recht zur Kontrolle besteht. Eine **geplante Kontrolle** ist **immer anzukündigen**. Sollte keine Ankündigung erfolgen, ist die Kontrolle rechtswidrig.

Für die weiteren Kriterien wird auf Kapitel „5.3.1.1 Privates Profil (von dem/der Arbeitnehmer/in erstellt)“ verwiesen, da mE dem/der Arbeitgeber/in auch nicht durch den Umstand, dass der/die Dienstgeber/in über das Profil verfügt, das **uneingeschränkte Recht, private Daten zu kontrollieren**, zukommt. Bei der Prüfung einer Dienstpflichtverletzung

⁵³⁸ EGMR 5.9.2017 (GK), 61496/08, *Bărbulescu/Rumänien* Rz 121.

dürfen **nur äußere Verkehrsdaten**, wie zB WhatsApp-Status-Meldungen, durch welche es nicht möglich ist, Inhaltsdaten einzusehen, verwendet werden, soweit keine permanente Kontrolle erfolgt. Bei der Überprüfung der **Einhaltung der Treuepflicht** kommt es auf einen **Verdachtsmoment** bezüglich der Begehung einer Straftat oder einer schweren Vertragsverletzung an. Kontrollen, die aus reiner Neugier vorgenommen werden, sind nicht erlaubt.

5.3.1.4 Zwischenergebnis

Es ist schlusszufolgern, dass die **Kontrolle der privaten Nutzung** sowohl auf privaten als auch auf beruflichen Profilen grundsätzlich **unzulässig** ist. In Ausnahmefällen ist diese allerdings möglich. Es ist zwischen der Prüfung der Einhaltung einer Dienst- und Treuepflicht zu unterscheiden. Wird eine **mögliche Dienstpflichtverletzung** überprüft, kommt es **nicht auf Regelungen**, die der/die Arbeitgeber/in festgelegt hat, an. Die Beurteilung ist davon abhängig, ob es sich um **Verkehrs- oder Inhaltsdaten** handelt. Erstere dürfen, wenn der/die Arbeitnehmer/in informiert wird, kontrolliert werden, da die **Kriterien aus Art 8 EMRK erfüllt** sind. Eine permanente Kontrolle dieser Daten ist allerdings nicht erlaubt. Um die **Verletzung einer möglichen Treuepflicht** zu kontrollieren, muss ein **Verdachtsmoment**, wie zB eine strafbare Handlung oder eine schwere Vertragsverletzung, vorliegen. Die **berufliche Nutzung auf beruflichen Profilen** kann grundsätzlich überprüft werden, da **alle Kriterien** für eine rechtmäßige Kontrolle vorliegen. Die Kontrolle darf allerdings auch hier nicht von Dauer sein.

5.3.2 Art 8 GRC

Darüber hinaus kann auf europäischer Ebene **Art 8 GRC** für eine rechtliche Beurteilung herangezogen werden. Nach diesem hat jede Person **Recht auf Schutz der ihn/sie betreffenden personenbezogenen Daten** (siehe zur Erklärung Kapitel „3.4 Art 8 GRC (Schutz personenbezogener Daten)“).

5.3.2.1 Privates Profil (von dem/der Arbeitnehmer/in erstellt)

Im ersten Schritt ist daher zu prüfen, ob es sich auf privaten Profilen um **personenbezogene Daten** handelt. IdR können diese Profile sofort einer bestimmten Person anhand des Namens

oder des Profilbilds zugeordnet werden. Darüber hinaus findet durch die Kontrolle eine **Verarbeitung** statt, da die **Daten für weitere Entscheidungen** herangezogen werden (siehe zur Definition Kapitel „3.2.2.1 Personenbezogene Daten“). Der **Anwendungsbereich des Art 8 GRC ist erfüllt** und dem/der Arbeitnehmer/in kommt ein Recht auf **Schutz der ihn/sie betreffenden personenbezogenen Daten** zu.

Eine Kontrolle ist nach Art 8 Abs 2 GRC nur dann rechtmäßig, wenn der **Grundsatz von Treu und Glauben** erfüllt ist und die Überwachung einem bestimmten Zweck entspricht (siehe zur Definition Kapitel „3.4.3 Voraussetzung einer zulässigen Verarbeitung nach Art 8 Abs 2 GRC“). In Bezug auf diesen kann auf Kapitel „5.3.1.1 Privates Profil (von dem/der Arbeitnehmer/in erstellt)“ verwiesen werden. Demnach hat der/die Arbeitgeber/in vor der Kontrolle den/die Arbeitnehmer/in **mündlich oder schriftlich** auf eine **bevorstehende Überwachung hinzuweisen**. Erfolgt keine Information, ist die Kontrolle nach Art 8 GRC rechtswidrig.

Darüber hinaus wird vorausgesetzt, dass die **Kontrolle einem bestimmten Zweck** entspricht. In diesem Fall muss der/die Arbeitgeber/in das Ziel der Erhebung und die Nutzung der Daten so klar wie möglich festlegen (siehe auch Kapitel „3.4.3 Voraussetzung einer zulässigen Verarbeitung nach Art 8 Abs 2 GRC“). Es ist auch hier, wie bereits in den Ausführungen zu Art 8 EMRK dargelegt, mE zwischen der Prüfung einer **Dienst- und Treuepflichtverletzung** zu unterscheiden. Es kann in diesem Bezug auf Kapitel „5.3.1.1 Privates Profil (von dem/der Arbeitnehmer/in erstellt)“ verwiesen werden. Wird das Einhalten eines **allfälligen Verbots** oder der **Verdacht einer möglichen Treuepflichtverletzung** geprüft, ist mE ein **bestimmter Zweck** für die Prüfung erfüllt, da der Eingriff erfolgt, um die Einhaltung eines Verbots zu prüfen bzw um einen möglichen Verdacht zu bestätigen. Eine **darüberhinausgehende Kontrolle** ist nach Art 8 GRC **nicht zulässig**.

Sollte ein bestimmter Zweck vorliegen, ist im nächsten Schritt zu prüfen, ob der/die Betroffene in die **Verarbeitung eingewilligt** hat oder diese auf einer **gesetzlichen Regelung** beruht.

Im ersten Schritt wird eine **mögliche Einwilligung** geprüft. Eine Einwilligung kann **ausdrücklich oder stillschweigend** erfolgen (Näheres zur Definition in Kapitel „3.2.3.1.1

Einwilligung nach Art 6 Z 1 lit a DSGVO“). Erstere liegt dann vor, wenn der/die Arbeitgeber/in den/die Arbeitnehmer/in fragt, ob private Profile kontrolliert werden dürfen. Verweist der/die Arbeitgeber/in auf eine mögliche Kontrolle von Profilen im Arbeitsvertrag, kann mE eine stillschweigende Erklärung bei Abschluss dieses Vertrags vorliegen. Verschickt der/die Dienstgeber/in **Freundschaftsanfragen**, um im Profil befindliche Inhalte einsehen zu können und werden diese angenommen, könnte auch eine **stillschweigende Zustimmung** vorliegen, da der/die Arbeitnehmer/in durch das Annehmen in die Einsicht indirekt einwilligt.

Die Einwilligung muss immer **freiwillig**, das bedeutet ohne Zwang und nach freier Entscheidungsmöglichkeit, erfolgen. Es kann hier auf die Ausführung zum DSG Bezug genommen werden. Der Tatbestand wird nicht erfüllt sein, wenn ein **Ungleichgewicht** vorliegt. Ein Arbeitsverhältnis kann ein solches Ungleichgewicht darstellen. Die *Artikel-29-Datenschutzgruppe*⁵³⁹ stellt klar, dass idR **nie von einer freiwilligen Einwilligung** ausgegangen werden kann, da es sich immer um ein **ungleiches Machtverhältnis** handelt und demnach eine Zustimmung nur freiwillig ist, wenn **keine negativen Folgen mit dieser verbunden** sind. *Kastelitz/Hötzendorfer/Tschohl*⁵⁴⁰ vertreten die Ansicht, dass die rechtliche Beurteilung **vom Einzelfall abhängt** (siehe auch Kapitel „3.2.3.1.1 Einwilligung nach Art 6 Z 1 lit a DSGVO“).

Für *Silberhagl*⁵⁴¹ ist das Vorliegen einer rechtmäßigen Einwilligung im Arbeitsverhältnis problematisch. Dies wird damit begründet, dass ein **Machtgefälle bei der Vertragsgestaltung** besteht und der Tatbestand der Freiwilligkeit kaum vorliegen wird. Für *Brodil*⁵⁴² stellt die Einwilligung ein **untaugliches Mittel** zur Schaffung eines vernünftigen „Datenschutz-Regimes“ dar, da fraglich ist, ob der Tatbestand der Freiwilligkeit tatsächlich erfüllt ist und eine Zustimmung jederzeit widerrufen werden kann. Nach *Stella/Winter*⁵⁴³ ist im **Einzelfall** zu prüfen, ob eine Einwilligung tatsächlich freiwillig ist. Teile der Lit⁵⁴⁴ vertreten mittlerweile die Ansicht, dass die Freiwilligkeit vom Umstand, ob dem/der Arbeitnehmer/in ein **erkennbarer Vorteil** durch die Einwilligung zukommt, abhängt.

⁵³⁹ *Kastelitz/Hötzendorfer/Tschohl* in *Knyrim*, DatKomm Art 6 DSGVO Rz 24.

⁵⁴⁰ *Kastelitz/Hötzendorfer/Tschohl* in *Knyrim*, DatKomm Art 6 DSGVO Rz 24.

⁵⁴¹ *Silbernagl*, Daten im Arbeitsverhältnis, Lexis Briefings Personalrecht Lexis 360 2019.

⁵⁴² *Brodil*, Datenschutz und Arbeitsrecht – Es bleibt alles anders, in *Körber-Risak/Brodil* (Hrsg), Datenschutz und Arbeitsrecht – Es bleibt alles anders (2018) 4.

⁵⁴³ *Stella/Winter* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB AV-Klauseln² Besonderer Teil, 63a. Klausel (Stand 1.6.2019, rdb.at).

⁵⁴⁴ UA *Goricnik*, Dako 2017, 33.

Handelt es sich demnach um konzernweite Vorteilsclubs, Mitarbeiter/innenaustausche oder Beförderungsprogramme, wird von einem erkennbaren Vorteil ausgegangen und eine Freiwilligkeit ist anzunehmen. Liegt allerdings eine **faktische Notwendigkeit** für bestimmte Datenverarbeitungen, zB bei der Ermittlung von Standortdaten bei Außendienstmitarbeiter/innen, vor, um das Arbeitsverhältnis zweckmäßig durchzuführen, ist der Tatbestand der **Freiwilligkeit nicht mehr erfüllt**, da ein Ungleichgewicht zwischen den Vertragsparteien vorliegt. *Goricnik*⁵⁴⁵ kommt zum Schluss, dass die Einwilligung von Arbeitnehmer/innen zu personenbezogenen Kontrollmaßnahmen der **Internet-Nutzung nicht freiwillig** ist, soweit **nicht ein Vorteil** für diese verbunden ist. Ein möglicher Vorteil könnte im Gegenzug die **Zulässigkeit einer Privatnutzung in angemessenem Umfang** darstellen.

Für die Verfasserin ist es auch kaum vorstellbar, dass eine Einwilligung im Arbeitsverhältnis freiwillig ist, da ein **Ungleichgewicht zwischen den Vertragsparteien** besteht und dieses die Freiwilligkeit ausschließt. Teilt der/die Arbeitgeber/in dem/der Dienstnehmer/in mit, dass bei Nicht-Einwilligung **Konsequenzen** folgen, liegt ein **klares Ungleichgewicht** vor und die Zustimmung ist **nicht freiwillig**. Auch wenn der/die Dienstgeber/in nicht direkt zum Ausdruck bringt, dass Konsequenzen folgen werden, liegt doch **indirekt ein Zwang** zur Einwilligung vor, da der/die Dienstnehmer/in annehmen kann, dass bei Nicht-Einwilligung negative Folgen, wie zB das Streichen von Sozialleistungen oder Prämien, möglich sind. Der/Die Arbeitnehmer/in ist idR auf die **Arbeitsstelle angewiesen** und möchte diese um jeden Preis behalten. Die Verfasserin schließt sich daher den Meinungen der *Artikel-29-Datenschutzgruppe*⁵⁴⁶ und *Silberhagl*⁵⁴⁷ an. Darüber hinaus ist auch der Ansicht von *Brodil*⁵⁴⁸, dass eine Einwilligung ein untaugliches Mittel darstellt, da diese jederzeit widerrufen werden kann, zu folgen, da mit dem **Widerruf** der Verarbeitung die **Grundlage zur Gänze entzogen** wird.

Die Möglichkeit, dass im Einzelfall eine Zustimmung **tatsächlich freiwillig** ist, ist für die Verfasserin **nicht vorstellbar**, da **immer eine Art Ungleichgewicht** besteht und kaum denkbar ist, dass in die Verarbeitung des gesamten Profils, auf welchem sich Daten aus dem

⁵⁴⁵ *Goricnik*, Dako 2017, 33.

⁵⁴⁶ *Kastelitz/Hötzendorfer/Tschohl* in *Knyrim*, DatKomm Art 6 DSGVO Rz 24.

⁵⁴⁷ *Silbernagl*, Lexis Briefings Personalrecht Lexis 360 2019.

⁵⁴⁸ *Brodil* in *Körper-Risak/Brodil* 4.

Privatleben befinden, freiwillig eingewilligt wird. Den Ansichten von *Kastelitz/Hötzendorfer/Tschohl*⁵⁴⁹ und *Stella/Winter*⁵⁵⁰ wird daher nicht gefolgt.

Fraglich ist, inwiefern die in Teilen der Lit vertretene Ansicht, dass der/die Arbeitnehmer/in eine **freiwillige Zustimmung** abgibt, wenn dieser/m ein **Vorteil durch die Verarbeitung** zukommt, auch für Kontrollen auf Social-Media-Diensten angewendet werden kann. Bei einem Mitarbeiter/innenaustausch, Beförderungsprogrammen oder konzernweiten Vorteilsclubs wird nur ein geringer Teil an Daten, wie zB Name, Adresse oder Geburtsdatum, dem/der Arbeitgeber/in zur Verfügung gestellt und somit ist hier in Bezug auf die geringe verarbeitende Datenmenge eine Freiwilligkeit vorstellbar. Stimmt der/die Dienstnehmer/in allerdings **Kontrollen in Profilen** zu, werden dem/der Arbeitgeber/in **alle Daten uneingeschränkt zur Verfügung** gestellt. Selbst wenn dem/der Arbeitnehmer/in die Möglichkeit geboten wird, Profile während der Arbeitszeit zu nutzen, wie *Goricnik*⁵⁵¹ vertritt, kann aufgrund der **uneingeschränkten Verfügbarkeit** trotzdem **keine Freiwilligkeit** vorliegen.

Neben dem Vorliegen eines Ungleichgewichts stellt auch das **Koppelungsverbot** nach **Art 7 Abs 4 DSGVO** einen möglichen Ausschluss der Freiwilligkeit dar. Ist die Vertragserfüllung von der Einwilligung zu einer Verarbeitung personenbezogener Daten abhängig, die für die Vertragserfüllung selbst nicht erforderlich ist, wird eine Einwilligung nicht freiwillig sein. Hängt demnach die **Erfüllung der Dienstpflicht** durch den/die Arbeitnehmer/in davon ab, dass er/sie einer Kontrolle auf Social-Media-Diensten durch den/die Arbeitgeber/in zustimmt, ist aufgrund des Koppelungsverbots diese **Einwilligung nicht freiwillig**. Eine Zustimmung ist nur dann freiwillig, wenn auch **ohne dieser eine Erfüllung des Arbeitsvertrags** möglich wäre.

Schickt der/die Arbeitgeber/in dem/die Arbeitnehmer/in eine **Freundschaftsanfrage** und nimmt diese/r diese an, könnte auch eine Einwilligung zur Datenverarbeitung vorliegen. ME wird es allerdings an der **Freiwilligkeit scheitern**, da dies mit der Situation, wenn der/die Arbeitgeber/in direkt fragt, ob in die Daten eingesehen werden kann, vergleichbar ist. Es liegt **indirekt ein Zwang** vor, dass die Freundschaftsanfrage bestätigt werden muss. Außerdem hat der/die Arbeitgeber/in die **uneingeschränkte Möglichkeit, in private Daten**

⁵⁴⁹ *Kastelitz/Hötzendorfer/Tschohl* in *Knyrim*, DatKomm Art 6 DSGVO Rz 24.

⁵⁵⁰ *Stella/Winter* in *Reissner/Neumayr*, ZelliHB AV-Klauseln² Besonderer Teil, 63a. Klausel.

⁵⁵¹ *Goricnik*, *Dako* 2017, 33.

einsehen zu können, sofern der/die Dienstnehmer/in nicht Einschränkungen hinsichtlich der Einsicht getroffen hat. ME ist dies anders zu sehen, wenn der/die Arbeitnehmer/in dem/der Arbeitgeber/in eine **Freundschaftsanfrage von sich aus schickt**, da in diesem Fall eine freiwillige stillschweigende Zustimmung zur Datenverarbeitung vorliegen könnte. Für eine Verarbeitung müssen trotzdem die bereits oben beschriebenen Voraussetzung vorliegen und dem/der Arbeitgeber/in wird daher **nicht uneingeschränkt die Möglichkeit** geboten, alle Daten zu verwenden.

Aufgrund der dargelegten Argumente wird eine freiwillige Einwilligung nur dann vorliegen, wenn eine Freundschaftsanfrage von dem/der Dienstnehmer/in direkt verschickt wird, da er/sie in diesem Fall selbst und ohne jeglichen Zwang entscheidet.

Neben der Einwilligung könnte aufgrund einer **gesetzlichen Grundlage** eine Verarbeitung rechtmäßig sein. Dieser Tatbestand ist weit auszulegen und es fallen auch sekundärrechtliche verankerte Gründe für die Möglichkeit einer zulässigen Verarbeitung unter diesen. Demnach können zB auch die in der **DSGVO dargelegten Gründe** eine gesetzliche Grundlage darstellen. Auf diese Gründe wird in Kapitel „5.3.6.1 Privates Profil (von dem/der Arbeitnehmer/in erstellt)“ näher eingegangen.

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, dass der/die Arbeitgeber/in bei Kontrollen von privaten Daten aus privaten Social-Media-Profilen **personenbezogene Daten verarbeitet**. Findet eine Untersuchung statt, muss diese **immer vorher angekündigt** werden. Ein **Verdacht** einer möglichen Treuepflichtverletzung oder die Einhaltung der **Überprüfung eines Verbots** der privaten Nutzung **erfüllt das Zweckbindungsprinzip**. Eine rechtmäßige **Einwilligung wird kaum vorstellbar** sein, da diese nicht freiwillig ist, außer wenn der/die Arbeitnehmer/in selbst dem/der Arbeitgeber/in eine Freundschaftsanfrage schickt. Eine gesetzliche Grundlage könnte aber die **in der DSGVO zur rechtmäßigen Verarbeitung festgelegten Gründe** darstellen (siehe Kapitel „5.3.6.1 Privates Profil (von dem/der Arbeitnehmer/in erstellt)“).

5.3.2.2 Berufliches Profil – berufliche Nutzung (von dem/der Arbeitgeber/in erstellt)

Wird ein **berufliches Profil für berufliche Zwecke** genutzt, ist fraglich, ob der Anwendungsbereich von Art 8 GRC erfüllt ist. Wird ein berufliches Profil für berufliche

Zwecke genutzt, können sich **auch personenbezogene Daten** auf diesem befinden, da zB auch mit dem eigenen Namen Postings und somit eine Identifizierung erfolgt. Eine **Verarbeitung** personenbezogener Daten liegt vor, da eine Kontrolle über die Nutzung von beruflichen Profilen erfolgt.

In Bezug auf die Erfüllung des **Grundsatzes von Treu und Glauben** gem Art 8 Abs 2 GRC kann auf Kapitel „5.3.2.1 Privates Profil (von dem/der Arbeitnehmer/in erstellt)“ verwiesen werden. Der/Die Arbeitgeber/in hat den/die Arbeitnehmer/in über eine bevorstehende Untersuchung zu informieren.

Im nächsten Schritt ist zu prüfen, ob die **Kontrolle einem bestimmten Zweck** entspricht. ME können die bereits erläuterten Ausführungen zu Art 8 EMRK herangezogen werden. Werden dienstliche Handlungen kontrolliert, stehen diese **in einem Zusammenhang zur Arbeitsstelle** und somit ist das **Zweckbindungsprinzip erfüllt**.

Darüber hinaus muss der/die Arbeitnehmer/in in die Verarbeitung einwilligen oder eine gesetzliche Grundlage muss für diese bestehen. In Kapitel „5.3.2.1 Privates Profil (von dem/der Arbeitnehmer/in erstellt)“ wurde bereits auf die Voraussetzungen einer rechtmäßigen Einwilligung eingegangen. Die Zustimmung kann **ausdrücklich** oder **stillschweigend** erfolgen. Fraglich ist, ob der/die Arbeitnehmer/in freiwillig der Überwachung von dem/der Arbeitgeber/in zur Verfügung gestellten Social-Media-Diensten zustimmt. Da das Arbeitsverhältnis ein **Ungleichgewicht** darstellt, könnte dieses die **Freiwilligkeit ausschließen**. Drohen dem/der Arbeitnehmer/in **negative Folgen**, wenn der Kontrolle nicht zugestimmt wird, ist die **Einwilligung nicht freiwillig**. Ob der/die Dienstnehmer/in auch **indirekt einen Zwang** verspürt, wie dies bei der Überwachung von privaten Profilen möglich ist, kann **nicht verallgemeinert** werden. Da bei der beruflichen Nutzung ausschließlich berufliche Daten und somit die Arbeitsleistung sichtbar ist, ist es mE möglich, dass der/die Arbeitnehmer/in **tatsächlich eine freiwillige Erklärung** abgibt. Es kommt hier allerdings **immer auf den Einzelfall** an. Zu beachten ist allerdings, dass eine Einwilligung **jederzeit widerrufen** werden kann und somit **grundsätzlich ein untaugliches Mittel** zur Datenverarbeitung darstellt.

Die in der Lit⁵⁵² vertretene Ansicht, dass eine Einwilligung bei einem dem/der Arbeitnehmer/in zukommenden Vorteil freiwillig ist, kann mE nicht angewendet werden, da durch die **Überwachung von Arbeitsleistungen** auf beruflichen Profilen **kein Vorteil für den/die Dienstnehmer/in** entsteht.

Neben einer rechtmäßigen Einwilligung könnte eine **gesetzliche Grundlage** die Datenverarbeitung rechtfertigen. Die **Gründe für eine Datenverarbeitung aus der DSGVO** stellen eine solche gesetzliche Grundlage dar. In Kapitel „5.3.6.2 Berufliches Profil – berufliche Nutzung (von dem/der Arbeitgeber/in erstellt)“ wird auf diese Bezug genommen.

Es ist schlusszufolgern, dass auch bei der Kontrolle von beruflichen Profilen, die beruflich genutzt werden, **personenbezogene Daten verarbeitet** werden. Der/Die Arbeitgeber/in hat auch in diesem Fall **den/die Arbeitnehmer/in zu informieren**. Das Zweckbindungsprinzip ist erfüllt, da die Untersuchung **dienstlicher Handlungen im Zusammenhang zur Arbeitsstelle** stehen. Eine freiwillige Einwilligung ist denkbar, diese muss allerdings immer im Einzelfall geprüft werden. Die Gründe für eine rechtmäßige Datenverarbeitung nach der DSGVO könnten eine gesetzliche Grundlage für eine rechtmäßige Verarbeitung darstellen (siehe Kapitel „5.3.6.2 Berufliches Profil – berufliche Nutzung (von dem/der Arbeitgeber/in erstellt)“).

5.3.2.3 Berufliches Profil – private Nutzung (von dem/der Arbeitgeber/in erstellt)

Wie bereits erwähnt, ist im ersten Schritt zu prüfen, ob es sich auf beruflichen Profilen, welche für private Zwecke genutzt werden, um personenbezogene Daten handelt. Wird das Profil privat verwendet, können sich mE **personenbezogene Daten**, die den Alltag und die Person selbst umfassen, auf diesem befinden. Darüber hinaus findet auch eine **Verarbeitung** statt, wenn berufliche Profile kontrolliert werden (siehe Näheres zur Begriffsbestimmung in Kapitel „3.2.2.1 Personenbezogene Daten“).

ME kann für die weitere Beurteilung auf Kapitel „5.3.2.1 Privates Profil (von dem/der Arbeitnehmer/in erstellt)“ verwiesen werden, da **kein Unterschied zwischen beruflichen und privaten Profilen**, welche **privat genutzt** werden, für die rechtliche Beurteilung einer

⁵⁵² UA *Goricnik*, Dako 2017, 33.

Kontrolle besteht. Es handelt sich in beiden Konstellationen um private Daten, die den/die Arbeitnehmer/in betreffen. Der Grundsatz von **Treu und Glauben** ist nach Art 8 Abs 2 GRC erfüllt, wenn der/die Arbeitgeber/in über die bevorstehende Überwachung **informiert**. Ein bestimmter Zweck wird bei einer **Dienstpfllichtverletzung** vorliegen, wenn die Einhaltung eines **allfälligen Verbots** überprüft wird. Einer möglichen **Treuepflichtverletzung** kann nachgegangen werden, wenn tatsächlich ein **Verdacht für diese** besteht. Eine **darüberhinausgehende Kontrolle** ist nach Art 8 GRC **nicht zulässig**.

Neben den bereits erwähnten Kriterien muss der/die Arbeitnehmer/in in die Verarbeitung einwilligen oder die Kontrolle muss sich auf eine gesetzliche Grundlage stützen. Eine **rechtmäßige Einwilligung** ist kaum vorstellbar, da es an der Freiwilligkeit mangeln wird. Die Gründe für eine Datenverarbeitung nach der DSGVO könnten eine gesetzliche Grundlage darstellen. Auf diese wird in Kapitel „5.3.6.1 Privates Profil (von dem/der Arbeitnehmer/in erstellt)“ eingegangen.

5.3.2.4 Zwischenergebnis

Es ist schlusszufolgern, dass der/die Arbeitgeber/in bei der Kontrolle sowohl von **beruflichen als auch privaten Profilen personenbezogene Daten** verarbeitet. Unabhängig von der Profilart muss eine Untersuchung **immer angekündigt** werden. Eine Kontrolle von privaten und beruflichen Profilen, die für **private Zweck** verwendet werden, erfüllt nur dann das Zweckbindungsprinzip, wenn ein **Verdacht einer möglichen Treuepflichtverletzung** vorliegt oder die **Einhaltung eines Verbots** der privaten Social-Media-Nutzung in der Arbeitszeit überprüft wird. Darüber hinaus muss der/die Arbeitnehmer/in in die Verarbeitung einwilligen oder eine gesetzliche Grundlage berechtigt zur Verarbeitung. Eine **Einwilligung** wird **kaum vorstellbar** sein, außer der/die Dienstnehmer/in hat **selbst eine Freundschaftsanfrage** dem/der Arbeitgeber/in geschickt. Die in der DSGVO festgelegten Gründe zur Verarbeitung können eine gesetzliche Grundlage darstellen. Werden **berufliche Profile und dienstliche Handlungen, die auf diesen vorgenommen werden**, untersucht, ist das **Zweckbindungsprinzip** erfüllt, da die Kontrolle in einem Zusammenhang zur Arbeitsstelle steht. Ob eine freiwillige Einwilligung tatsächlich vorliegt, kann nicht abschließend beurteilt werden. Es kommt **immer auf den Einzelfall** an. Es können die in der DSGVO dargelegten Gründe eine gesetzliche Grundlage darstellen.

5.3.3 Prüfung einer rechtmäßigen Kontrolle nach §§ 96 Abs 1 Z 3 ArbVG und 10 AVRAG

Auf österreichischer Ebene kann zunächst die Prüfung einer rechtmäßigen Kontrolle nach § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG und § 10 AVRAG erfolgen. Die Einführung von Kontrollmaßnahmen und technischen Systemen zur Kontrolle von Arbeitnehmer/innen bedarf gem **§ 96 Abs 1 Z 3 ArbVG der Zustimmung des Betriebsrats**, sofern die **Menschenwürde durch diese berührt** wird. Sollte **kein Betriebsrat** im Unternehmen eingerichtet sein, können nach § 10 Abs 1 AVRAG Kontrolleinrichtungen nur mit **Zustimmung des/der Arbeitnehmers/in** selbst eingeführt werden. Nach § 10 Abs 2 AVRAG kann die Zustimmung jederzeit fristlos gekündigt werden, wenn diese nicht befristet eingegangen worden ist.⁵⁵³

Es muss sich um **planmäßige Kontrollmaßnahmen** handeln. Es werden demnach nicht Kontrollmaßnahmen im Einzelfall, wie ad hoc Kontrollen, von § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG umfasst, da diese nicht auf Dauer angelegt sind.⁵⁵⁴ Unter dem Begriff **Kontrolle** wird die **Erhebung gewisser Fakten und deren Vergleich mit einem Sollzustand** verstanden. Es muss ein Zusammenhang zur Arbeitsleistung bestehen. Wenn nach Erledigung der Arbeitsleistung in einer überblicksmäßigen Würdigung die Leistung des/der Arbeitnehmers/in und die Persönlichkeit bewertet werden, kann nicht von einer Kontrolle gesprochen werden. Der Begriff **Kontrollmaßnahme bzw -system** umfasst von dem/der Betriebsinhaber/in **veranlasste, auf Dauer angelegte Vorkehrungen**. Diese ermöglichen es, Arbeitnehmer/innen zu überwachen. Es kommt nicht auf das Kontrollziel an. Ferner ist auch nicht von Bedeutung, zu welcher Zeit, unter welchen Umständen und auf welche Weise die Maßnahmen tatsächlich gesetzt werden.⁵⁵⁵ Die technischen Kontrollsysteme dürfen sich **nicht nur auf einzelne Arbeitnehmer/innen** stützen, sondern die **Mehrheit** muss miteinbezogen werden. Der Begriff der **Einführung** umfasst auch die **weitere Anwendung** bzw Aufrechterhaltung der zustimmungspflichtigen Maßnahmen.⁵⁵⁶

Der Begriff der **Menschenwürde** leitet sich aus Generalklauseln des Zivil- (§ 879 ABGB) und Arbeitsrechts (Fürsorgepflicht nach § 18 AngG und § 1157 ABGB) ab. Darüber hinaus ist auch § 16 ABGB zu beachten, wonach jeder Mensch angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte hat (siehe Näheres in Kapitel „3.1 Allgemeines

⁵⁵³ Pačić/Völkl-Posch in Mazal/Risak, Kap IV Rz 59.

⁵⁵⁴ Reissner in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 96 ArbVG Rz 19-20 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

⁵⁵⁵ Reissner in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 96 ArbVG Rz 21.

⁵⁵⁶ Jabornegg in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 96 Rz 122 (Stand 1.12.2012, rdb.at).

Persönlichkeitsrecht nach § 16 ABGB“).⁵⁵⁷ Die Menschenwürde des/der Arbeitnehmers/in wird dann **berührt**, wenn die von den Arbeitnehmer/innen in den Betrieb gleichsam **eingebraachte Privatsphäre kontrolliert** und die **Kontrolle der Arbeitsleistung** oder des arbeitsbezogenen Verhaltens in übersteigerter Intensität organisiert wird. Eine Berührung erfolgt zB bei Kameraüberwachungssystemen in Toiletten oder Waschräumen. Da eine gewisse Kontrolle für den Arbeitsvertrag immanent ist, wird nicht jede Handlung die Menschenwürde berühren. So stellt eine visuelle Kontrolle durch einen Portier beim Betreten des Betriebsgeländes noch keine Berührung dar.⁵⁵⁸ Nach der Rsp⁵⁵⁹ hat immer eine **Interessensabwägung** zwischen den betrieblichen Interessen des/der Arbeitgebers/in an der betreffenden Kontrolle und den Interessen des/der Arbeitnehmers/in zu erfolgen.

In der Lit haben sich bereits einige Autoren zur Frage, ob § 96 Abs 3 ArbVG tatsächlich für die Kontrolle des Internets und der E-Mails Anwendung findet, geäußert. Nach *Reissner*⁵⁶⁰ sind die **Grundsätze zur Überwachung von Telefonanlagen** heranzuziehen. Bei Telefonregistrieranlagen werden geführte Telefongespräche mit fremden Teilnehmer/innen erfasst. Es werden die Nummer der anrufenden oder angerufenen Nebenstellen, die Höhe der aufgelaufenen Gesprächsgebühr, das Datum und die jeweilige Uhrzeit des Telefonats gespeichert. Der OGH⁵⁶¹ kam in Bezug auf Telefonregistrieranlagen zum Schluss, dass die **Menschenwürde durch diese berührt** wird und somit eine **Mitbestimmung des Betriebsrats** zu erfolgen hat. Es kommt allerdings auf die **tatsächliche Leistungsfähigkeit** der installierten Anlage an. Ausschlaggebend ist die weitgehende Datenerfassung.

Nach *Reissner*⁵⁶² ist für die Anwendung des § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG nicht von Bedeutung, ob eine private Nutzung der Internetdienste und E-Mails erlaubt ist. Abhängig von **den technischen Möglichkeiten** können Kontrollsysteme sowohl formale als auch inhaltliche Daten erfassen, außer diese werden softwaremäßig sofort eliminiert. § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG findet nach *Reissner*⁵⁶³ daher abhängig von den technischen Möglichkeiten auch für Kontrollen von Internetdiensten und E-Mails **Anwendung**.

⁵⁵⁷ *Reissner in Neumayr/Reissner, ZellKomm*³ § 96 ArbVG Rz 23.

⁵⁵⁸ *Pačić/Völkl-Posch in Mazal/Risak, Kap IV Rz 62-63.*

⁵⁵⁹ OGH 9 ObA 109/06d DRdA 2008/26.

⁵⁶⁰ *Reissner in Neumayr/Reissner, ZellKomm*³ § 96 ArbVG Rz 25.

⁵⁶¹ 8 ObA 288/01p DRdA 2003/37, 365.

⁵⁶² *Reissner in Neumayr/Reissner, ZellKomm*³ § 96 ArbVG Rz 25.

⁵⁶³ *Reissner in Neumayr/Reissner, ZellKomm*³ § 96 ArbVG Rz 25.

Auch nach *Jarbonegg*⁵⁶⁴ können die Regeln für Telefonanlagen herangezogen werden und demnach kann § 96 Abs 3 ArbVG auch für Internetdienste und E-Mails Anwendung finden. Es kommt nicht auf den Umstand, ob die Privatnutzung erlaubt ist, an. Können durch Kontrolleinrichtungen **private E-Mails gelesen** werden, ist die **Menschenwürde bereits verletzt** und der Betriebsrat kann **gar nicht zustimmen**. Werden dienstliche E-Mails kontrolliert, wird die Menschenwürde berührt, der Betriebsrat kann allerdings diesen Untersuchungen zustimmen.

*Andréewitch*⁵⁶⁵ hat sich bereits mit der Frage, ob § 96 Abs 3 ArbVG für die Durchforstung von Social-Media-Diensten Anwendung findet, beschäftigt. Die Einsicht bzw Auswertung von Inhalten auf Social-Media-Diensten stellt nach *Andréewitch*⁵⁶⁶ eine Kontrolle dar. Wichtig ist hierbei, dass diese nicht einzelfallbezogen erfolgt. Werden **Social-Media-Dienste durchforstet**, kann von einer **systematischen Überwachung von Handlungen** gesprochen werden. Eine Kontrollhandlung liegt demnach vor. Darüber hinaus **berühren die Kontrollhandlungen** auch die Menschenwürde und § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG findet daher Anwendung.

ME erfolgt eine Kontrolle, wenn ein **Eingriff bzw eine Untersuchung von Social-Media-Diensten** stattfindet. Es können auch **Kontrollsysteme** durch den/die Arbeitgeber/in eingerichtet werden, da es durchaus denkbar ist, dass Social-Media-Dienste durch **technische Systeme automatisch überwacht** werden. Die Verfasserin kommt daher zum selben Ergebnis wie *Andréewitch*⁵⁶⁷. Vorausgesetzt wird, dass die Kontrolle planmäßig und nicht etwa einzelfallbezogen erfolgt. Ferner dürfen diese Kontrollsysteme nicht nur für einzelne Mitarbeiter/innen eingerichtet sein, da § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG nur generelle Kontrollmaßnahmen umfasst.

Ob die Menschenwürde tatsächlich berührt oder sogar verletzt wird, hängt von der **Nutzungsart des Profils** ab. Es ist dabei zwischen privaten und beruflichen Konten zu unterscheiden. ME können hier die Grundsätze, die sich zur E-Mail und Internet-Überwachung aus den Regelungen für Telefonanlagen entwickelt haben, herangezogen werden, weil Social-Media-Dienste einen Teil des Internets darstellen.

⁵⁶⁴ *Jarbonegg* in *Strasser/Jarbonegg/Resch*, ArbVG § 96 Rz 173.

⁵⁶⁵ *Andréewitch*, Social Networks 112.

⁵⁶⁶ *Andréewitch*, Social Networks 112.

⁵⁶⁷ *Andréewitch*, Social Networks 112.

Demnach können Inhalte auf **privaten Profilen mit privaten E-Mails verglichen** werden. Es kann hier die Ansicht von *Jarbonegg*⁵⁶⁸herangezogen werden, wonach das Lesen von privaten E-Mails die Privatsphäre des/der Arbeitnehmers/in verletzt. Die Überwachung von privaten Profilen stellt demnach eine **Verletzung dar** und der **Betriebsrat** kann diesen Kontrollmaßnahmen **nicht zustimmen**. Werden Persönlichkeitsrechte verletzt, kann zwar nicht der Betriebsrat zustimmen, allerdings besteht die Möglichkeit, dass der/die Arbeitnehmer/in in die Kontrollmaßnahmen einwilligt. Fraglich ist, inwiefern eine Zustimmung tatsächlich rechtmäßig ist, da für diese immer der Tatbestand der Freiwilligkeit vorliegen muss. Für die nähere Ausführung, ob der/die Dienstnehmer/in eine freiwillige Einwilligung abgeben kann, sei auf Kapitel „5.3.2.1 Privates Profil (von dem/der Arbeitnehmer/in erstellt)“ zu verweisen.

Bei **beruflichen Profilen** muss für die rechtliche Beurteilung der **Verwendungszweck** unterschieden werden. Wenn eine **private Nutzung** stattfindet, kann mE die Beurteilung mit der von privaten Profilen verglichen werden, da es sich hierbei auch um **private Daten** handelt. Demnach kommt es bei Überwachungen auch hier zu einer **Verletzung der Persönlichkeitsrechte**. Wird die **berufliche Verwendung** von beruflichen Profilen mittels Kontrollsystemen überwacht, kommt es auf die **technische Möglichkeit des Kontrollsystems** an. Es ist demnach die Zustimmung davon abhängig, ob formale und inhaltliche Daten erfasst werden können. Ferner kommt es darauf an, ob diese softwaremäßig sofort eliminiert werden. Erfolgt eine Eliminierung, hat der Betriebsrat nicht zuzustimmen, da es nicht zur Berührung der Menschenwürde kommt. Es ist im Einzelfall immer eine Prüfung durchzuführen. Kommt es zu einer Berührung, muss der Betriebsrat zustimmen. Wenn kein Betriebsrat eingerichtet ist, hat der/die Arbeitnehmer/in selbst nach § 10 AVRAG zuzustimmen.

5.3.4 Qualifizierte Personaldatensysteme nach § 96a Abs 1 Z 1 ArbVG

Gemäß § 96a Abs 1 Z 1 S 1 ArbVG bedürfen Maßnahmen, die die **Einführung von Systemen** zur automationsunterstützten Ermittlung, Verarbeitung und Übermittlung von personenbezogenen Daten des/der Arbeitnehmers/in, die **über die Ermittlung von allgemeinen Angaben** zur Person und **fachlichen Voraussetzungen** hinausgehen, der **Zustimmung des Betriebsrats in Form einer Betriebsvereinbarung**. Eine Zustimmung

⁵⁶⁸ *Jarbonegg* in *Strasser/Jarbonegg/Resch*, ArbVG § 96 Rz 173.

hat nach § 96a Abs 1 Z 1 S 2 ArbVG nicht zu erfolgen, wenn die tatsächliche oder vorgesehene Verwendung der Daten über die **Erfüllung von Verpflichtungen nicht hinausgeht**, die sich aus dem Gesetz, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder aus dem Arbeitsvertrag ergeben.⁵⁶⁹

Sollte der Betriebsrat nicht zustimmen, kann die **fehlende Zustimmung** durch eine **E der Schlichtungsstelle** nach § 96a Abs 2 ArbVG ersetzt werden. Sowohl Unternehmen als auch der Betriebsrat dürfen einen Antrag stellen.⁵⁷⁰ Es ist hier auf die Unterscheidung zu § 96 Abs 3 ArbVG einzugehen. Bei Anwendung letzterer Bestimmung ist es nicht möglich, die Schlichtungsstelle anzurufen. Daher hat die Schlichtungsstelle im ersten Schritt die Zuordnung zu § 96a Abs 2 ArbVG bzw § 96 Abs 3 ArbVG zu klären. Sollten die Maßnahmen unter § 96 ArbVG fallen, hat die Schlichtungsstelle den vorliegenden Antrag wegen Unzuständigkeit zurückzuweisen.⁵⁷¹

§ 96a Abs 1 Z 1 ArbVG setzt eine **Einführung von Systemen** voraus. Der Begriff ist weit auszulegen und es wird auch die Weiterentwicklung und Rücknahme bestehender Systeme umfasst. Systeme werden als eine **Einheit maschineller Einrichtung mit bestimmten Programmen bzw Daten** verstanden. Die planmäßige Bearbeitung von Daten ist möglich. Es wird vorausgesetzt, dass dieses System **automationsunterstützt**, das bedeutet maschinell und programmgesteuert, sein muss. Ferner müssen Daten **ermittelt, verarbeitet oder übermittelt** werden können.⁵⁷² Für die Definition dieser Begriffe hat das OLG Wien⁵⁷³ ausgesprochen, dass die Legaldefinitionen des DSG herangezogen werden sollen.

Das System muss aber nur **objektiv geeignet** sein, Ermittlungen durchzuführen.⁵⁷⁴ Der OGH⁵⁷⁵ gab hierzu an, dass es auf den Leistungsumfang des Programms ankommt. Demnach hat sich eine Beurteilung am gesamten installierten System zu orientieren.

§ 96a Abs 1 Z 1 ArbVG findet nur dann Anwendung, wenn es sich um **personenbezogene Daten** handelt, die über die Ermittlung **von allgemeinen Angaben** zur Person hinausgehen.

⁵⁶⁹ Pačić/Völkl-Posch in Mazal/Risak, Kap IV Rz 69.

⁵⁷⁰ Reissner in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 96a ArbVG Rz 5 (Stand: 1.1.2018, rdb.at).

⁵⁷¹ Grünanger/Goricnik, Arbeitnehmer-Datenschutz Rz 2.150.

⁵⁷² Reissner in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 96a ArbVG Rz 13-15.

⁵⁷³ OLG Wien 9 Ra 123/95 ARD 4714/17/96.

⁵⁷⁴ Reissner in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 96a ArbVG Rz 13-15.

⁵⁷⁵ OGH 8 ObA 97/03b ASoK 2005, 74.

Der Name, das Geburtsdatum oder Adressen sind allgemeine Angaben zur Person.⁵⁷⁶ Personenbezogene Arbeitnehmer/innen-Daten liegen vor, wenn ein/e Einzelne/r durch die **verwendeten Merkmale mit großer Wahrscheinlichkeit identifiziert** werden kann. Es sind demnach anonymisierte Daten vom Anwendungsbereich ausgeschlossen. Die Auslegung erfolgt unter Heranziehung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen (siehe Näheres in Kapitel „3.2.2.1 Personenbezogene Daten“).⁵⁷⁷

Der Begriff **fachliche Voraussetzungen** umfasst Angaben über die **berufliche Qualifikation** des/der Arbeitnehmers/in, allerdings **nicht die Leistungsfähigkeit**.⁵⁷⁸

Sollte sich die Datenverarbeitung allerdings auf **ein Gesetz, einen Kollektivvertrag, eine Betriebsvereinbarung oder einen Arbeitsvertrag** stützen und diese zur Erfüllung dieser Verpflichtungen benötigt werden, ist eine darüberhinausgehende Datenverwendung auch möglich. Im Arbeitszeit- oder Urlaubsrecht finden sich gesetzliche Verpflichtungen.⁵⁷⁹

Aufgrund des steigenden Leistungsumfangs betrieblich installierter Software unterliegt **jede Verwendung personenbezogener Daten** der Mitbestimmungspflicht des Betriebsrats. Kann der/die Arbeitgeber/in allerdings sicherstellen, dass die Systeme Daten erfassen, um einen bestimmten rechtlich verpflichteten Zweck zu erfüllen, hat der Betriebsrat nicht zuzustimmen.⁵⁸⁰

*Andréewitch*⁵⁸¹ kam in Bezug auf die Kontrolle von Social-Media-Diensten zum Schluss, dass eine Anwendung des § 96a Abs 1 Z 1 ArbVG im Hinblick auf die Recherche von sozialen Netzwerken nur dann stattfindet, wenn diese nach den **Vorgaben einer unternehmerischen Richtlinie** erfolgen und nach einem **konkreten Konzept vorgegangen** wird. Es kann keine einheitliche Aussage über die Anwendung getroffen werden. Es ist **im Einzelfall** zu beurteilen, ob tatsächlich der Anwendungsbereich erfüllt ist.

ME ist es denkbar, dass automationsunterstützte **Kontrollsysteme** eingeführt werden, **die Daten auf Social-Media-Diensten erfassen**. Es muss für die weitere rechtliche Beurteilung

⁵⁷⁶ Pačić/Vökl-Posch in Mazal/Risak, Kap IV Rz 71.

⁵⁷⁷ Grünanger/Goricnik, Arbeitnehmer-Datenschutz Rz 2.157-2158.

⁵⁷⁸ Strasser/Jabornegg, ArbVG³ (1999) § 96a Anm 14.

⁵⁷⁹ Grünanger/Goricnik, Arbeitnehmer-Datenschutz Rz 2.157-2158.

⁵⁸⁰ Grünanger/Goricnik, Arbeitnehmer-Datenschutz Rz 2.160.

⁵⁸¹ Andréewitch, Social Networks 110.

unterschieden werden, ob auf berufliche oder private Profile zugegriffen wird. Wie bereits in den Kapiteln „2.3.2 LinkedIn“ und „2.3.3 Xing“ dargelegt, befinden sich auf **beruflichen Netzwerken** idR Informationen über **fachliche Voraussetzungen** der Arbeitnehmer/innen sowie **allgemeine Angaben** zur Person. Kann das System **nachweislich nur diese Angaben** erfassen, muss nach § 96a Abs 1 Z 1 ArbVG **keine Zustimmung durch den Betriebsrat** erfolgen. Ist das System aber objektiv geeignet, auf darüberhinausgehende personenbezogene Daten zuzugreifen, muss zwingend der Betriebsrat zustimmen. Auf **privaten Profilen** befinden sich **fast ausschließlich personenbezogene Daten**, die über die allgemeinen Angaben zur Person hinausgehen. Sollte es hier zu einem Zugriff kommen, hat der **Betriebsrat in jedem Fall zuzustimmen**. Die Anwendung ist daher davon abhängig, ob das Kontrollsystem objektiv geeignet ist, auf die Daten, die über allgemeine Angaben und fachliche Voraussetzungen hinausgehen, zuzugreifen. Der Ansicht von *Andréewitch*⁵⁸² wird daher nicht gefolgt.

5.3.5 Qualifizierte Mitarbeiter/innenbeurteilung nach § 96a Abs 1 Z 2 ArbVG

Darüber hinaus bedarf es nach § 96a Abs 1 Z 2 ArbVG bei der Einführung von Systemen zur **Beurteilung von Arbeitnehmer/innen des Betriebes**, sofern mit diesen Daten erhoben werden, die nicht durch die betriebliche Verwendung gerechtfertigt sind, der **Zustimmung des Betriebsrats**.⁵⁸³

Unter dem Begriff der **Einführung** wird die Erweiterung oder Abänderung eines Systems verstanden. Das System selbst muss **nicht zwingend automationsunterstützt**, sondern kann auch manuell oder technisch angelegt sein. § 96a Abs 1 Z 2 ArbVG wird vor allem Anwendung finden, wenn § 96 Abs 1 Z 1 ArbVG nicht anzuwenden ist, weil es an der Automationsunterstützung mangelt. § 96a Abs 1 Z 2 ArbVG setzt voraus, dass das System zur Beurteilung von Arbeitnehmer/innen des Betriebs dienen muss. Das bedeutet, dass eine **Mitarbeiter/innenbeurteilung** stattfinden muss. Es kann sich zB um Persönlichkeits- oder Leistungsbeurteilungen handeln.⁵⁸⁴

Darüber hinaus wird vorausgesetzt, dass die **Beurteilung planmäßig** und nicht spontan erfolgt. Die Bestimmung kann allerdings bereits zur Anwendung kommen, wenn **nur ein/e**

⁵⁸² *Andréewitch*, Social Networks 110.

⁵⁸³ *Pačić/Völkl-Posch* in *Mazal/Risak*, Kap IV Rz 73.

⁵⁸⁴ *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 96a ArbVG Rz 24-25.

einzigste/r Arbeitnehmer/in betroffen ist. Ferner ist es auch nicht von Bedeutung, ob die Daten zur Arbeitsleistung oder zur Person des/der Dienstnehmers/in erhoben werden. Es kommt auch nicht auf den Zweck der Personalbeurteilung an.⁵⁸⁵

§ 96a Abs 1 Z 2 ArbVG kommt **nicht zur Anwendung**, wenn es sich um Bewertungen handelt, die die **Menschenwürde berühren**, da **§ 96 Abs 1 Z 3 ArbVG Vorrang** hat.⁵⁸⁶ Werden daher **private Profile** kontrolliert, findet mE diese Bestimmung keine Anwendung, da die Menschenwürde nicht nur berührt, sondern **auch verletzt** wird. Auch bei **beruflichen Profilen**, die **für private Zwecke verwendet** werden, wird die **Menschenwürde** bei einem Eingriff **bereits verletzt**. Bei beruflichen Profilen, die nur für **berufliche Zwecke** verwendet werden, ist es mE durch aus denkbar, dass Systeme eingerichtet werden, die anhand der Daten, die sich auf den beruflichen Profilen befinden, Mitarbeiter/innenbeurteilungen durchführen. Es kommt hier allerdings darauf an, ob mit der Verwendung der Daten tatsächlich die Menschenwürde berührt wird. Es ist immer im **Einzelfall eine Interessensabwägung** durchzuführen (siehe Näheres zur Definition der Menschenwürde in Kapitel „5.3.3 Prüfung einer rechtmäßigen Kontrolle nach § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG und § 10 AVRAG“). Ob § 96a Abs 1 Z 2 ArbVG tatsächlich auf berufliche Profile, die beruflich genutzt werden, Anwendung findet, hängt demnach davon ab, ob durch die Mitarbeiter/innenbeurteilung die Menschenwürde berührt wird. Wenn es tatsächlich zur Berührung kommt, findet § 96a Abs 1 Z 2 ArbVG keine Anwendung, da § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG Vorrang hat.

5.3.6 Grundrecht auf Datenschutz nach § 1 DSG

Ferner kann auf österreichischer Ebene auch **§ 1 DSG (Grundrecht auf Datenschutz)** für die rechtliche Beurteilung einer Kontrolle durch den/die Arbeitgeber/in auf Social-Media-Diensten herangezogen werden. Es wurde bereits in den Kapiteln 3.2.1.1 und 3.2.1.3 auf den räumlichen und zeitlichen Anwendungsbereich eingegangen. Es wird auf diese verwiesen. Der sachliche Anwendungsbereich und die darauffolgende einzelne Beurteilung werden in den folgenden Unterkapiteln näher erläutert.

⁵⁸⁵ Grünanger/Goricnik, Arbeitnehmer-Datenschutz Rz 2.162-2.164.

⁵⁸⁶ Grünanger/Goricnik, Arbeitnehmer-Datenschutz Rz 2.162-2.164.

5.3.6.1 Privates Profil (von dem/der Arbeitnehmer/in erstellt)

In Bezug auf die Diskussion, ob es sich um personenbezogene Daten und eine Verarbeitung handelt, wird auf Kapitel „5.3.2.1 Privates Profil (von dem/der Arbeitnehmer/in erstellt)“ verwiesen. Demnach handelt es sich bei Inhalten auf privaten Profilen um **personenbezogene Daten**, und die **Kontrolle stellt einen Eingriff** in diese und somit eine **Verarbeitung** dar. Der Anwendungsbereich des § 1 DSG ist daher gegeben und dem/der Arbeitnehmer/in kommt ein **Recht auf Geheimhaltung** zu. Inhalte, die sich auf privaten Profilen befinden, sind **nicht allgemein verfügbar**, da idR ein Profil benötigt wird, um auf Daten anderer Nutzer/innen zugreifen zu können (siehe Näheres in Kapitel „2.10.2 Beurteilung der Öffentlichkeit von Suchmaschinen, freizeitorientierten und beruflich orientierten Netzwerken, Weblogs“). In den nächsten Unterkapiteln wird geprüft, ob die Grundsätze für eine rechtmäßige Datenverarbeitung nach Art 5 DSGVO erfüllt sind (siehe Näheres zur Definition in Kapitel „3.2.3 Grundsätze der Datenverarbeitung nach Art 5 DSGVO“).

5.3.6.1.1 Prüfung des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit

Im ersten Schritt ist zu prüfen, ob der **Grundsatz der Rechtmäßigkeit** nach Art 6 DSGVO erfüllt ist. Art 6 DSGVO zählt mehrere Möglichkeiten auf, diese werden in der Folge näher untersucht.

5.3.6.1.1.1 Prüfung des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit nach Art 6 Z 1 lit a DSGVO

Der **Grundsatz der Rechtmäßigkeit** könnte durch eine **Einwilligung** des/der Arbeitnehmers/in nach Art 6 Z 1 lit a DSGVO erfüllt sein. In diesem Zuge kann für die näheren Ausführungen auf Kapitel „5.3.2.1 Privates Profil (von dem/der Arbeitnehmer/in erstellt)“ verwiesen werden. Es kann sowohl eine ausdrückliche als auch stillschweigende Einwilligung erfolgen. Diese muss **immer freiwillig** sein. Es ist **kaum vorstellbar**, dass der/die Arbeitnehmer/in eine freiwillige Zustimmung gibt, da es aufgrund des Arbeitsverhältnisses zu einem Ungleichgewicht zwischen den Vertragsparteien kommt. In Ausnahmefällen, wenn zB der/die Dienstnehmer/in **selbst eine Freundschaftsanfrage** an den/die Arbeitgeber/in schickt, könnte uU eine freiwillige Einwilligung zur Datenverarbeitung vorliegen. Da diese Fallkonstellation allerdings in der Praxis kaum

eintreten wird, ist eine freiwillige Einwilligung kaum denkbar. Daher wird **Art 6 Z 1 lit a DSGVO nicht Anwendung** finden.

5.3.6.1.1.2 Prüfung des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit nach Art 6 Z 1 lit b DSGVO

Art 6 Z 1 lit b DSGVO findet Anwendung, wenn die Verarbeitung für die **Erfüllung eines Vertrags** notwendig ist. Eine Kontrolle ist demnach **nicht erlaubt**, wenn diese **nicht die Überprüfung des Arbeitsverhaltens** umfasst. Es reicht die bloße Nützlichkeit der Daten nicht aus. **Eine Untersuchung von Arbeitsleistungen** ist somit möglich. Somit können auch auf Social-Media-Diensten verfügbare Daten verarbeitet werden (siehe Näheres in Kapitel „3.2.3.1.2 Erfüllung eines Vertrags nach Art 6 Z 1 lit b DSGVO“). Kontrolliert der/die Arbeitgeber/in daher das **private Verhalten** auf Social-Media-Diensten, ist **Art 6 Z 1 lit b DSGVO nicht erfüllt**, da keine Überprüfung des Arbeitsverhaltens erfolgt.

5.3.6.1.1.3 Prüfung des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit nach Art 6 Z 1 lit c DSGVO

Nach **Art 6 Z 1 lit c DSGVO** ist der Grundsatz der Rechtmäßigkeit erfüllt, wenn die Verarbeitung zur **Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung** erforderlich ist (siehe Näheres in Kapitel „3.2.3.1.3 Rechtliche Verpflichtung nach Art 6 Z 1 lit c DSGVO“). Eine rechtliche Verpflichtung zur Kontrolle von privaten Social-Media-Diensten besteht nicht, daher ist **Art 6 Z 1 lit c DSGVO nicht anwendbar**.

5.3.6.1.1.4 Prüfung des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit nach Art 6 Z 1 lit f DSGVO

Ferner könnte der Grundsatz der Rechtmäßigkeit nach **Art 6 Z 1 lit f DSGVO** auch dann erfüllt sein, wenn **der/die Arbeitgeber/in ein höheres Interesse als der/die Arbeitnehmer/in** aufweisen kann. In Bezug auf diesen Grundsatz wendet der EuGH⁵⁸⁷ folgendes Prüfschema an. Der/Die Arbeitgeber/in muss ein berechtigtes Interesse vorweisen, die Verarbeitung muss erforderlich sein und die Grundrechte und -freiheiten des/der Arbeitnehmers/in dürfen nicht überwiegen (siehe Kapitel „3.2.3.1.5 Wahrung berechtigter Interessen nach Art 6 Z 1 lit f DSGVO“). Für die weitere rechtliche Beurteilung ist mE zwischen der **Prüfung einer Dienst- und Treuepflichtverletzung** zu unterscheiden.

⁵⁸⁷ EuGH 24.11.2011, C-468/10, *ASNEF u. FECEMD/Administración del Estado*.

Bei Prüfung der **Einhaltung der Dienstpflicht** wird ein berechtigtes Interesse des/der Arbeitgebers/in bestehen, wenn die **private Nutzung von Social-Media-Diensten verboten** bzw nur in einem gewissen Maß erlaubt ist und die Einhaltung getroffener Regelungen kontrolliert wird. Das Merkmal der Erforderlichkeit hängt davon ab, ob der/die Arbeitnehmer/in im Vorhinein befragt wurde. Kam der/die Arbeitgeber/in bei dieser Befragung zu keinem Ergebnis, ist mE die Kontrolle auf Social-Media-Diensten erforderlich. Es überwiegen auch nicht die Grundrechte und -freiheiten des/der Arbeitnehmers/in, wenn nur in Zugriffs- und nicht in Inhaltsdaten eingesehen wird, da nur ein sehr niederschwelliger Eingriff in die Privatsphäre erfolgt (siehe Kapitel „5.3.1.1 Privates Profil (von dem/der Arbeitnehmer/in erstellt)“). Wurden **keine Regelungen** getroffen oder ist die **Nutzung zur Gänze** erlaubt, besteht mE kein gewichtetes Interesse zur Kontrolle, da gar keine Regelungen überschritten werden können.

Im Hinblick auf die Treuepflichtverletzung kann auf die Ausführungen in Kapitel „5.3.1.1 Privates Profil (von dem/der Arbeitnehmer/in erstellt)“ verwiesen werden. Der/Die Arbeitgeber/in hat demnach ein berechtigtes Interesse zur Kontrolle, wenn **besondere Verdachtsmomente**, wie zB der Verdacht der Begehung einer Straftat oder einer schweren Vertragsverletzung, bestehen. Die Erforderlichkeit der Verarbeitung hängt von einer vorangegangene Befragung durch den/die Arbeitgeber/in ab. Sollte sich nach diesem Gespräch der Verdacht erhärten, ist die Verarbeitung auf sozialen Netzwerken erforderlich. Die **Grundrechte und -freiheiten überwiegen nicht**, da durch die Nachforschungen aufgrund des Verdachts die Interessen des/der Arbeitnehmers/in zurücktreten und die des/der Arbeitgebers/in höher sind. Erfolgt eine Untersuchung ausschließlich aus **reiner Neugierde**, fällt die **Interessensabwägung zugunsten des/der Dienstnehmers/in** aus und eine Kontrolle hat zu unterbleiben, da die Voraussetzungen nicht erfüllt sind.

Art 6 Z 1 lit f DSGVO findet daher grundsätzlich Anwendung und der Grundsatz der Rechtmäßigkeit ist demnach unter den dargelegten Voraussetzungen erfüllt.

5.3.6.1.1.5 Prüfung des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit nach Art 6 Z 1 lit d DSGVO

Art 6 Z 1 lit d DSGVO kommt zur Anwendung, wenn durch die Verarbeitung **lebenswichtige Interessen des/der Betroffenen** oder einer anderen natürlichen Person geschützt werden. Nach ErwGr 46 S 2 kommt diese Regelung nur zur Anwendung, wenn

sich die Verarbeitung nicht auf einen anderen Tatbestand aus Art 6 DSGVO stützen kann. Die Bestimmung wird zB dann zur Anwendung kommen, wenn die Verarbeitung aufgrund **humanitärer Zwecke** einschließlich der **Überwachung von Epidemien** erfolgt. ME wird dieser Tatbestand keine Anwendung finden, da **keine Konstellationen vorstellbar** sind, nach welchen der/die Arbeitgeber/in aufgrund des Schutzes von lebenswichtigen Interessen soziale Medien durchforsten muss.

5.3.6.1.1.4 Verarbeitung sensibler Daten nach Art 9 DSGVO

Handelt es sich um die **Verarbeitung von sensiblen Daten**, kommt der **Sondertatbestand nach Art 9 DSGVO** zur Anwendung. Nach Art 9 Abs 2 lit a DSGVO kann zB eine **ausdrückliche Einwilligung** eine Verarbeitung rechtfertigen. In Bezug auf die Einwilligung kann auf Kapitel „5.3.2.1 Privates Profil (von dem/der Arbeitnehmer/in erstellt)“ verwiesen werden. Eine Einwilligung in die Datenverarbeitung wird kaum vorstellbar sein, da es im Arbeitsverhältnis am Kriterium der Freiwilligkeit scheitert.

Eine **offensichtliche Selbstveröffentlichung** von personenbezogenen Daten könnte allerdings auch eine Verarbeitung nach **Art 9 Abs 2 lit e DSGVO** rechtfertigen. Die Daten müssen zum einen öffentlich und zum anderen offensichtlich selbst veröffentlicht worden sein (siehe Kapitel „3.2.4 Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten nach Art 9 DSGVO“). *Andréewitch*⁵⁸⁸ unterscheidet nach der Zugänglichkeit der Daten. Sind diese uneingeschränkt verfügbar, kann zwar nicht von einer allgemeinen Verfügbarkeit gesprochen werden, allerdings sind diese offensichtlich selbst veröffentlicht worden und Art 9 Abs 2 lit e DSGVO findet daher Anwendung. Können zwar andere Nutzer/innen die Daten öffentlich einsehen, besteht allerdings keine uneingeschränkte Öffentlichkeit, kann nicht mehr von einer offensichtlichen Selbstveröffentlichung ausgegangen werden.

ME ist die Anwendung des **Art 9 Abs 2 lit e DSGVO** von der **Art des Social-Media-Dienstes** abhängig. Es muss zwischen freizeitorientierten und beruflich orientierten Netzwerken sowie Blogs unterschieden werden. Erstere sind **nicht allgemein zugänglich**, da der/die Einzelne ein Profil benötigt, um Daten einsehen zu können. Art 9 Abs 2 lit e DSGVO ist daher nicht erfüllt. Bei Letzterem handelt es sich hingegen um Inhalte, welche **im Internet frei verfügbar sind**. Die Daten wurden auch **offensichtlich selbst**

⁵⁸⁸ *Andréewitch*, Social Networks 117.

veröffentlicht, da der/die Einzelne die **Blogs selbst erstellt** und den Leser/innen zur Verfügung stellt. **Art 9 Abs 2 lit e DSGVO** ist daher in Bezug auf **Webblogs erfüllt**. Es müssen allerdings trotzdem die nachfolgenden weiteren Grundsätze für eine Datenverarbeitung vorliegen. Der Ansicht von *Andréewitch*⁵⁸⁹ wird demnach nicht gefolgt.

5.3.6.1.2 Prüfung des Grundsatzes von Treu und Glauben und Transparenz

Für die nähere Ausführung dieses Grundsatzes kann auf Kapitel „5.3.1.1 Privates Profil (von dem/der Arbeitnehmer/in erstellt)“ verwiesen werden. Der/Die Arbeitnehmer/in muss von dem/der Arbeitgeber/in über die bevorstehende Kontrolle **mündlich oder schriftlich informiert** werden. Sollte **keine Ankündigung** erfolgen, ist die **Kontrolle rechtswidrig**.

5.3.6.1.3 Prüfung des Zweckbindungsprinzips

Im nächsten Schritt ist zu prüfen, ob das **Zweckbindungsprinzip** erfüllt ist. Die Kontrolle muss einen **bestimmten Zweck** erfüllen (siehe Kapitel „3.2.3.4 Zweckbindungsprinzip“). Dieser wird mE dann vorliegen, wenn eine Verbindung zur Arbeitsstelle hergestellt werden kann. Kontrolliert der/die Arbeitgeber/in die Einhaltung eines **allfälligen Verbots der Privatnutzung** oder aufgrund eines **Verdachts einer möglichen Treuepflichtverletzung soziale Netzwerke**, ist der Grundsatz erfüllt.

5.3.6.1.4 Grundsatz der Datenminimierung, Richtigkeit, Integrität und Vertraulichkeit

Zuletzt müssen noch die Grundsätze der Datenminimierung, Richtigkeit, Integrität und Vertraulichkeit erfüllt sein. Der **Grundsatz der Datenminimierung** ist erfüllt, wenn die Erhebung auf **das notwendige Maß beschränkt** ist (Näheres in Kapitel „3.2.3.5 Grundsatz der Datenminimierung, Richtigkeit, Integrität und Vertraulichkeit“). Es dürfen daher nur Daten verwendet werden, die tatsächlich **für die Überprüfung eines Verbots** oder für die **Bestätigung des Verdachts einer Treuepflichtverletzung verwendet** werden.

Ferner hat der/die Arbeitgeber/in sicherzustellen, dass die Daten **sachlich, richtig und auf dem neuesten Stand** sind. Werden die Maßnahmen befolgt, sind die Grundsätze **der**

⁵⁸⁹ *Andréewitch*, Social Networks 117.

Richtigkeit, Integrität und Vertraulichkeit erfüllt (Näheres in Kapitel „3.2.3.5 Grundsatz der Datenminimierung, Richtigkeit, Integrität und Vertraulichkeit“).

5.3.6.1.5 Zwischenergebnis

Es ist schlusszufolgern, dass eine Verarbeitung von personenbezogenen Daten auf privaten Profilen nach dem DSG nur **in Ausnahmefällen möglich** ist. Es ist hier zwischen der Prüfung einer Dienst- und Treuepflichtverletzung zu unterscheiden. Die Prüfung der **Einhaltung der Dienstpflicht** darf erfolgen, wenn die **private Nutzung verboten** bzw nur in einem gewissen Maß erlaubt ist und die Einhaltung dieser Regelungen kontrolliert wird. Eine mögliche Treuepflichtverletzung darf überprüft werden, wenn ein **besonderer Verdachtsmoment**, wie zB eine schwere Vertragsverletzung, besteht. Kontrollen, die darüber hinausgehen, sind nach § 1 DSG nicht rechtmäßig.

5.3.6.2 Berufliches Profil – berufliche Nutzung (von dem/der Arbeitgeber/in erstellt)

Wird ein **berufliches Profil für berufliche Zwecke** kontrolliert, werden auch hier **personenbezogene Daten verarbeitet**. Es können hierfür die Ausführungen zu Art 8 GRC herangezogen werden (siehe in Kapitel „5.3.2.2 Berufliches Profil – berufliche Nutzung (von dem/der Arbeitgeber/in erstellt)“). Der Anwendungsbereich des § 1 DSG ist daher erfüllt und dem/der Arbeitnehmer/in kommt ein **Recht auf Geheimhaltung** zu. In den nächsten Unterkapiteln wird geprüft, ob die Verarbeitung von Daten auf beruflichen Profilen die Grundsätze einer ordnungsgemäßen Verarbeitung nach Art 5 DSGVO erfüllt.

5.3.6.2.1 Prüfung des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit

Im ersten Schritt ist zu prüfen, ob der **Grundsatz der Rechtmäßigkeit** vorliegt. Art 6 DSGVO führt mehrere Möglichkeiten an. Auf diese wird nun näher eingegangen.

5.3.6.2.1.1 Prüfung des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit nach Art 6 Z 1 lit a DSGVO

Nach Art 6 Z 1 lit a DSGVO ist eine Datenverarbeitung rechtmäßig, wenn der/die Arbeitnehmer/in in diese **einwilligt**. In Bezug auf die Prüfung, ob eine Einwilligung vorliegt, kann auf Kapitel „5.3.2.2 Berufliches Profil – berufliche Nutzung (von dem/der

Arbeitgeber/in erstellt)“ verwiesen werden. Es ist sowohl eine **ausdrückliche als auch stillschweigende** Einwilligung vorstellbar. Fraglich ist, ob eine Zustimmung auch tatsächlich freiwillig ist. Der Tatbestand ist dann nicht erfüllt, wenn dem/der Arbeitnehmer/in negative Folgen bei Nicht-Einwilligung drohen. Selbst wenn nicht direkt eine Drohung erfolgt, kann der/die Arbeitnehmer/in auch indirekt einen Zwang zur Zustimmung verspüren. Es ist daher immer im **Einzelfall eine Prüfung** vorzunehmen. Eine **abschließende Beurteilung** ist daher **nicht möglich**.

5.3.6.2.1.2 Prüfung des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit nach Art 6 Z 1 lit b DSGVO

Art 6 Z 1 lit b DSGVO findet Anwendung, wenn die Verarbeitung für die **Erfüllung eines Vertrags notwendig** ist. Eine Überprüfung des Arbeitsverhaltens ist von dieser Bestimmung umfasst (siehe Näheres in Kapitel „3.2.3.1.2 Erfüllung eines Vertrags nach Art 6 Z 1 lit b DSGVO“). Kontrolliert der/die Arbeitgeber/in daher, ob der/die Arbeitnehmer/in das **berufliche Profil nach den Vorstellungen des/der Dienstgebers/in** führt, ist mE Art 6 Z 1 lit b DSGVO erfüllt, da eine **Überprüfung des Arbeitsverhaltens** erfolgt.

5.3.6.2.1.3 Prüfung des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit nach Art 6 Z 1 lit c DSGVO

Ferner könnte der Grundsatz der Rechtmäßigkeit auch nach Art 6 Z 1 lit c DSGVO erfüllt sein. Nach dieser Bestimmung muss der/die Arbeitgeber/in zur Verarbeitung aufgrund von **rechtlichen Verpflichtungen verpflichtet** werden (siehe Kapitel „3.2.3.1.3 Rechtliche Verpflichtung nach Art 6 Z 1 lit c DSGVO“). Da eine rechtliche Verpflichtung zur Kontrolle von beruflichen Social-Media-Diensten **nicht besteht**, ist mE **Art 6 Z 1 lit c DSGVO nicht anwendbar**.

5.3.6.2.1.4 Prüfung des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit nach Art 6 Z 1 lit f DSGVO

Art 6 Z 1 lit f DSGVO findet Anwendung, wenn **der/die Arbeitgeber/in ein höheres Interesse als der/die Arbeitnehmer/in** aufweisen kann. Der/Die Arbeitgeber/in muss ein berechtigtes Interesse aufweisen, die Verarbeitung muss erforderlich sein und die Grundrechte und -freiheiten des/der Dienstnehmers/in dürfen nicht überwiegen (siehe Kapitel „3.2.3.1.5 Wahrung berechtigter Interessen nach Art 6 Z 1 lit f DSGVO“).

ME kann ein **berechtigtes Interesse** des/der Arbeitgebers/in bestehen, wenn die berufliche Nutzung von beruflichen Profilen überprüft wird, da der/die Dienstgeber/in kontrolliert, ob die **getroffenen Regelungen**, zB in Social-Media-Richtlinien, auch **tatsächlich eingehalten** werden bzw der/die Arbeitnehmer/in das Profil **nach den Vorstellungen** des/der Arbeitgebers/in führt. Die Verarbeitung ist daher **auch erforderlich**. Die Grundrechte und -freiheiten des/der Arbeitnehmers/in **überwiegen auch nicht**, da der/die Arbeitnehmer/in aufgrund des Vertrags **Pflichten übernommen hat**, die auch einzuhalten und von dem/der Arbeitgeber/in zu überprüfen sind. Art 6 Z 1 lit f DSGVO findet daher Anwendung.

5.3.6.2.1.5 Prüfung des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit nach Art 6 Z 1 lit d DSGVO

Darüber hinaus ist eine Verarbeitung nach Art 6 Z 1 lit d DSGVO rechtmäßig, wenn **lebenswichtige Interessen des/der Betroffenen** oder einer anderen natürlichen Person durch diese geschützt werden. Da der Grundsatz der Rechtmäßigkeit bereits durch andere Bestimmungen erfüllt ist und diese Regelung nur Anwendung findet, wenn sich die Verarbeitung auf **keinen anderen Tatbestand stützen** kann, wird auf diesen **nicht näher eingegangen** (siehe Kapitel „3.2.3.1.4 Schutz lebenswichtiger Interessen nach Art 6 Z 1 lit d DSGVO“).

5.3.6.2.2 Prüfung des Grundsatzes von Treu und Glauben und Transparenz

Der Grundsatz von **Treu und Glauben und Transparenz** ist erfüllt, wenn der/die Arbeitnehmer/in über eine bevorstehende Überwachung mündlich oder schriftlich informiert wurde. Wenn **keine Ankündigung** durch den/die Arbeitgeber/in erfolgt, ist die **Kontrolle rechtswidrig** (siehe Kapitel „3.2.3.2 Grundsatz von Treu und Glauben“ und „3.2.3.3 Grundsatz der Transparenz“).

5.3.6.2.3 Prüfung des Zweckbindungsprinzips

Wurde auf die bevorstehende Kontrolle hingewiesen, ist im nächsten Schritt zu prüfen, ob das **Zweckbindungsprinzip** erfüllt ist. Da der/die Arbeitgeber/in auf beruflichen Profilen **dienstliche Handlungen kontrolliert** und daher für das Arbeitsverhältnis Daten verarbeitet werden, liegt ein **bestimmter Zweck vor**.

5.3.6.2.4 Grundsatz der Datenminimierung, Richtigkeit, Integrität und Vertraulichkeit

Als letztes ist zu prüfen, ob der Grundsatz der Datenminimierung, Richtigkeit, Integrität und Vertraulichkeit erfüllt ist. Die Erhebung muss sich auf das **notwendige Maß beschränken**. Außerdem hat der/die Arbeitgeber/in zu gewährleisten, dass die Daten **sachlich, richtig und auf dem neuesten Stand** sind (Näheres in Kapitel „3.2.3 Grundsätze der Datenverarbeitung nach Art 5 DSGVO“).

5.3.6.2.5 Zwischenergebnis

Die Verfasserin kommt zum Schluss, dass die **Grundsätze einer rechtmäßigen Verarbeitung** nach dem DSG vorliegen und eine Verarbeitung von personenbezogenen Daten auf beruflichen Social-Media-Diensten **grundsätzlich erlaubt** ist.

5.3.6.3 Berufliches Profil – private Nutzung (von dem/der Arbeitgeber/in erstellt)

Wie bereits erwähnt, ist im ersten Schritt zu prüfen, ob es sich auf beruflichen Profilen, welche für private Zwecke genutzt werden, um personenbezogene Daten handelt. Es sei hier auf Kapitel „5.3.2.3 Berufliches Profil – private Nutzung (von dem/der Arbeitgeber/in erstellt)“ Bezug zu nehmen. Diese Kontrolle stellt demnach eine **Verarbeitung personenbezogener Daten** dar und das **DSG findet daher Anwendung**.

Es sei hier für die weiteren Ausführungen auf „5.3.6.1 Privates Profil (vom dem/der Arbeitnehmer/in erstellt)“ zu verweisen, da mE kein **Unterschied zwischen beruflichen und privaten Profilen**, welche **privat genutzt** werden, für die rechtliche Beurteilung einer Kontrolle besteht. Auf beiden Profilen befinden sich private Daten, die den/die Arbeitnehmer/in betreffen. Eine Verarbeitung ist demnach **nur in Ausnahmefällen** möglich. Dies hängt von der Prüfung einer **Dienst- sowie Treuepflichtverletzung** ab.

5.3.6.4 Zwischenergebnis

Es ist schlusszufolgern, dass der/die Arbeitgeber/in bei der Durchforstung von privaten und beruflichen Profilen **personenbezogene Daten verarbeitet** und demnach das **DSG Anwendung findet**. Private und berufliche Profile, die für private Zwecke genutzt werden, dürfen nur in Ausnahmefällen kontrolliert werden. Es ist davon abhängig, ob eine **mögliche**

Dienst- bzw Treuepflichtverletzung überprüft wird. Bei Überprüfungen von Dienstpflichtverletzungen hängt es davon ab, ob der/die Arbeitgeber/in **Regelungen** für die private Nutzung von Social-Media-Diensten in der Arbeitszeit getroffen hat. Bestehen diese, darf eine Kontrolle erfolgen. Eine mögliche Treuepflichtverletzung darf überprüft werden, wenn der/die Arbeitgeber/in einen **besonderen Verdachtsmoment** hat. In diesen Fallkonstellationen sind die Grundsätze einer rechtmäßigen Verarbeitung nach dem DSG erfüllt und eine Kontrolle ist rechtmäßig. Die **berufliche Nutzung** von beruflichen Profilen kann **grundsätzlich überprüft** werden, da die Grundsätze einer rechtmäßigen Verarbeitung nach dem DSG erfüllt sind.

5.3.7 Ergebnis

Sowohl auf europäischer Ebene nach Art 8 EMRK und Art 8 GRC als auch auf österreichischer Ebene nach § 1 DSG ist eine **Kontrolle auf privaten und beruflichen Profilen**, welche für **private Zwecke** verwendet werden, **grundsätzlich unzulässig** und nur in Ausnahmefällen möglich. Es ist zwischen der Prüfung der **Einhaltung einer Dienst- sowie Treuepflicht** zu unterscheiden. Berufliche Profile, die für **berufliche Zwecke** verwendet werden, dürfen hingegen **grundsätzlich kontrolliert** werden, sofern die einzelnen Grundsätze beachtet werden.

Im Hinblick auf die Einführung von Kontrollsystemen ist es denkbar, dass § 96 Abs 3 ArbVG auf Untersuchungen von Social-Media-Diensten Anwendung findet, da es sich hierbei um eine Kontrolle handelt und technische Systeme für diese eingerichtet werden. Es wird vorausgesetzt, dass es sich immer um eine **planmäßige Kontrolle**, die **nicht nur einzelne Mitarbeiter/innen** betrifft, handelt. Da bei Kontrollen von privaten und beruflichen Profilen, die für **private Zwecke** verwendet werden, bereits die **Menschenwürde verletzt** wird, kann der Betriebsrat solchen Kontrollhandlungen **nicht zustimmen**. Eine Zustimmung muss durch den/die Arbeitnehmer/in selbst erfolgen. Da es idR an der Freiwilligkeit mangelt, ist diese allerdings kaum vorstellbar. Die Überwachung der **beruflichen Nutzung** von beruflichen Profilen kann die Menschenwürde berühren. Es kommt hierbei auf die technischen Möglichkeiten des Kontrollsystems an. Ob eine Zustimmung des Betriebsrats zu erfolgen hat, hängt von der Art der zu erfassenden Daten ab. Außerdem ist zu beachten, ob eine sofortige Eliminierung der Daten erfolgt. Sollte es zu einer Löschung kommen, hat keine Zustimmung zu erfolgen. Es hat demnach immer eine

Prüfung im Einzelfall stattzufinden, ob tatsächlich der Betriebsrat bzw bei Anwendung des § 10 AVRAG der/die Arbeitnehmer/in zustimmen muss.

Es ist durchaus möglich, dass automationsunterstützte **Kontrollsysteme** eingeführt werden, die auf Daten auf Social-Media-Diensten zugreifen. Demnach kann **§ 96a Abs 1 Z 1 ArbVG** Anwendung finden. Auf **beruflichen Netzwerken** finden sich idR Informationen über **fachliche Voraussetzungen sowie allgemeine Angaben** zur Person. Erfolgt ausschließlich ein Zugriff auf Letztere, hat keine Zustimmung durch den Betriebsrat zu erfolgen. Ist das System aber objektiv geeignet, auf darüberhinausgehende personenbezogene Daten zuzugreifen, hat zwingend der Betriebsrat zuzustimmen. Auf **privaten Profilen** sind hingegen **ausschließlich personenbezogene Daten**, die **über die allgemeinen Angaben** zur Person hinausgehen, gespeichert. Werden hier Kontrollsysteme eingerichtet, hat der **Betriebsrat zuzustimmen**.

Bei der Kontrolle von privaten und beruflichen Profilen, die für **private Zwecke** verwendet werden, findet **§ 96a Abs 1 Z 2 ArbVG keine Anwendung**, da die **Menschenwürde verletzt** wird und § 96 Abs 3 ArbVG bei Berührung sowie Verletzung Vorrang hat. Ob § 96a Abs 1 Z 2 ArbVG bei Kontrollen von beruflichen Profilen, welche für **berufliche Zwecke** genutzt werden, zur Anwendung kommt, hängt davon ab, ob die Menschenwürde tatsächlich berührt wird. Es ist hierbei immer im Einzelfall eine Interessensabwägung durchzuführen. Erfolgt eine Berührung, ist die Kontrolle nach § 96 Abs 3 ArbVG zu beurteilen und § 96a Abs 1 Z 2 ArbVG findet keine Anwendung.

5.4 Folgen für den/die Arbeitnehmer/in

Dieses Kapitel wird sich nun mit den **Folgen**, die **aufgrund einer Dienst- und/oder Treuepflichtverletzung** durch den/die Arbeitnehmer/in entstehen, beschäftigen. Ob tatsächlich Konsequenzen folgen können, hängt uU von dem **umstrittenen Beweisverwertungsverbot** ab. Nach diesem dürfte der/die Arbeitgeber/in keine Beweise vor Gericht darlegen, wenn diese rechtswidrig, das heißt durch eine nicht erlaubte Kontrolle, erlangt wurden. Fraglich ist, inwiefern dieses für die hier zu unterscheidende Problematik Anwendung finden könnte. Es wird daher zunächst auf dieses eingegangen. Danach wird sich die Untersuchung mit einzelnen möglichen Folgen beschäftigen.

5.4.1 Beweisverwertungsverbot

Ein Beweisverwertungsverbot bedeutet, dass ein **von dem/der Arbeitgeber/in rechtswidrig erlangter Beweis in einem Prozess nicht Eingang finden** darf bzw in einem aufgenommenen Prozess dem Urteil zugrunde gelegt werden darf.⁵⁹⁰ Demnach dürften zB Beweise, die bei einer rechtswidrigen Kontrolle auf Social-Media-Diensten durch den/die Arbeitgeber/in erlangt wurden, nicht verwendet werden.

Die **zivilprozessuale Lehre**⁵⁹¹ lehnt ein Beweisverwertungsverbot **grundsätzlich ab**. Es ist demnach erlaubt, rechtswidrig erlangte Beweise in einem Gerichtsverfahren zuzulassen. Dies wird damit begründet, dass eine materiell rechtswidrige Erlangung eines Beweismittels keinen Einfluss auf die Zulässigkeit der Verwertung im Prozess selbst haben darf. Von diesem Grundsatz ist eine **Ausnahme** zu machen, wenn die Beweise nur auf aus **rechtsstaatlicher Sicht unerträgliche Weise**, wie zB bei Verstoß gegen die Folterkonvention, erlangt werden konnten.⁵⁹² Der **OGH**⁵⁹³ lehnt ebenso ein **generelles Beweisverwertungsverbot ab**. In Ausnahmefällen, wenn eine Notwehrsituation besteht, könnte uU ein Verbot der Verwendung möglich sein. Arbeitsrechtliche E hinsichtlich Beweisverwertungsverbote gibt es in Österreich allerdings nicht.⁵⁹⁴

Einige arbeitsrechtliche Autoren⁵⁹⁵ vertreten hingegen die Ansicht, dass ein Beweisverwertungsverbot in **arbeitsgerichtlichen Verfahren Anwendung finden** könnte. *Obereder*⁵⁹⁶ weist nur auf die Problematik der rechtswidrig erlangten Beweise hin, Argumente, die für ein entsprechendes Beweisverwertungsverbot sprechen, werden allerdings nicht aufgezählt. *Jabornegg*⁵⁹⁷ kommt zum Schluss, dass ein Beweisverwertungsverbot durchaus denkbar ist, allerdings ist immer eine besondere Güter- und Interessensabwägung durchzuführen. In Bezug auf ein Beweisverwertungsverbot hinsichtlich der rechtswidrigen Recherche von Social-Media-Diensten kam *Andréewitch*⁵⁹⁸

⁵⁹⁰ *Grünanger/Goricnik*, Arbeitnehmer-Datenschutz Rz 2.251.

⁵⁹¹ uA *Kodek*, Die Verwertung rechtswidriger Tonbandaufnahmen und Abhörergebnisse im Zivilverfahren, ÖJZ 2001, 281; *Graf/Schöberl*, Beweisverwertungsverbote im Arbeitsrecht?, ZAS 2004/30.

⁵⁹² *Grünanger/Goricnik*, Arbeitnehmer-Datenschutz Rz 2.252.

⁵⁹³ OGH 20.6.2020, 3 Ob 131/00m.

⁵⁹⁴ *Grünanger/Goricnik*, Arbeitnehmer-Datenschutz Rz 2.259.

⁵⁹⁵ UA *Majoros*, ecolx 2010, 829; *Obereder*, E-Mail und Internetnutzung aus arbeitsrechtlicher Sicht, DRdA 2001, 75; *Jabornegg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 96 Rz 42.

⁵⁹⁶ *Obereder*, DRdA 2001, 75.

⁵⁹⁷ *Jabornegg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 96 Rz 42.

⁵⁹⁸ *Andréewitch*, Social Networks 123.

zum Schluss, dass sie sich der Meinung von *Majoros*⁵⁹⁹ von 2010 anschließt. Bei **schwerwiegenden Persönlichkeitsverletzungen ist immer eine Interessensabwägung** vorzunehmen und die Beweise dürfen womöglich nicht verwendet werden.⁶⁰⁰ *Majoros*⁶⁰¹ befasste sich im Hinblick auf die bereits diskutierte E des EGMR⁶⁰² nochmals 2018 mit einem möglichen Beweisverwertungsverbot. Es müsste ein Ansatz **nicht im Zivilprozessrecht**, sondern bei der **materiell rechtlichen Frage** der Entlassung erfolgen. Selbst wenn eine Handlung des/der Arbeitnehmers/in einen Entlassungsgrund darstellen würde, steht dieser der rechtswidrigen Kontrolle des/der Arbeitnehmers/in gegenüber. Hätte diese **nicht stattgefunden**, wäre ein Entlassungsgrund gar **nicht zum Vorschein gekommen**. Fraglich ist, inwiefern der/die Arbeitgeber/in sich auf rechtswidrig erlangte Beweise berufen und sich dementsprechend auf einen Entlassungsgrund stützen kann, wenn er/sie selbst eine rechtswidrige Handlung getätigt hat. Im Allgemeinen wird dieses **Verhalten als Rechtsmissbrauch** dargestellt. Unter Rechtsmissbrauch wird ein Zustand verstanden, bei welchem das unlautere Motiv der Rechtsausübung die lauterer Motive überwiegt. Demnach führt ein bereits krasses Missverhältnis zwischen den verfolgten und beeinträchtigten Interessen zur Sittenwidrigkeit. Unter Bezugnahme auf Art 8 EMRK ist eine Berufung auf einen durch die rechtswidrige Handlung verantworteten Entlassungsgrund **sittenwidrig**. Es kommt allerdings immer auf die **Schwere des Eingriffs** an.

Die Verfasserin schließt sich der Ansicht von *Majoros*⁶⁰³ an, da es mE mit der Rechtsordnung nicht vereinbar ist, wenn sich **der/die Arbeitgeber/in rechtswidrig verhalten** darf, indem eine gesetzwidrige Kontrolle erfolgt, der/die Arbeitnehmer/in allerdings durch jegliches **nicht vertragskonforme Verhalten** mit einer **Entlassung bestraft** wird. Es kommt hier zum massiven Ungleichgewicht, welches nach Art 8 EMRK nicht tragbar ist. Dies wird aber mE nur dann Anwendung finden, wenn es sich um die rechtswidrige Kontrolle von **privaten Profilen** handelt, da in diesem Fall ein **schwerer Eingriff in die Persönlichkeitsrechte** erfolgt. Auf dem privaten Profilen befinden sich ausschließlich private Daten, die den Alltag und das Leben des/der Arbeitnehmers/in betreffen. Bei **beruflichen Profilen** wird hingegen ein Eingriff **nicht allzu schwer** sein. In diesem Fall wird ein **Beweisverwertungsverbot nicht greifen**.

⁵⁹⁹ *Majoros*, *ecolex* 2010, 829.

⁶⁰⁰ *Andréewitch*, *Social Networks* 123.

⁶⁰¹ *Majoros*, *DRdA* 2018/18.

⁶⁰² EGMR 5.9.2017 (GK), 61496/08, *Bărbulescu/Rumänien*.

⁶⁰³ *Majoros*, *DRdA* 2018/18.

5.4.2 Einzelne Sanktionsmöglichkeiten

Hat der/die Arbeitnehmer/in eine Treuepflicht- und/oder Dienstpflichtverletzung begangen, durfte der/die Arbeitgeber/in den/die Dienstnehmer/in kontrollieren und die Beweise auch tatsächlich verwerten, ist im nächsten Schritt zu prüfen, welche Konsequenzen gesetzt werden können. Es wird auf die Verwarnung, Kündigung und Entlassung eingegangen. Eine mögliche Disziplinarmaßnahme, die bei Vorliegen einer Disziplinarordnung mit Zustimmung des Betriebsrats gemäß § 96 ArbVG und § 102 ArbVG möglich ist, wird in diesem Zuge nicht behandelt, da dies über den Rahmen der Arbeit hinausgehen würde.

5.4.2.1 Verwarnung

Die Verwarnung ist ein **vertragliches Rügerecht des/der Arbeitgebers/in**, um dem/der Arbeitnehmer/in anzuzeigen, dass er/sie sich **zukünftig vertragsgemäß zu verhalten** hat und ihn/sie zu warnen, dass bei einem nochmaligen Verstoß Konsequenzen folgen werden. Durch die Verwarnung wird dem/die Arbeitnehmer/in die Möglichkeit geboten, das Verhalten zu ändern. Eine Wiederholung dieses Verhaltens soll verhindert werden. Der/Die Arbeitgeber/in muss die Verwarnung nicht mit Worten bezeichnen. Es wird auch nicht gefordert, dass eine mögliche Entlassung angedroht wird. Der/Die Dienstgeber/in ist nur verpflichtet, den/die Dienstnehmer/in auf die **Vernachlässigung der Pflichten hinzuweisen**. Darüber hinaus muss er/sie in einer dem Ernst der Lage angepassten Weise zur Änderung des Verhaltens aufgefordert werden. Eine Verwarnung kann sowohl **schriftlich als auch mündlich** erfolgen.⁶⁰⁴ Begeht der/die Arbeitnehmer/in eine Dienst- bzw Treuepflichtverletzung durch die Nutzung von Social-Media-Diensten, kann mE demnach eine Verwarnung ausgesprochen werden.

5.4.2.2 Kündigung

Das Arbeitsverhältnis kann durch den/die Arbeitgeber/in **mittels Kündigung aufgelöst** werden. Es handelt sich hierbei um eine einseitige, ordentliche Beendigung eines Dauerschuldverhältnisses unter Einhaltung von Fristen und Terminen. Im Gegensatz zur Entlassung muss **kein besonderer Grund für die Beendigung** vorliegen.⁶⁰⁵ Die Kündigung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung und diese ist grundsätzlich

⁶⁰⁴ Noga, Verwarnungen im Arbeitsrecht, ARD 6670/4/2019.

⁶⁰⁵ Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht in Grundzügen⁹ Rz 405.

formfrei. In Einzelfällen muss sie schriftlich erfolgen. Der Begriff der **Kündigungsfrist** kann als Zeitraum zwischen dem Zugang der Kündigung und der tatsächlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses definiert werden. Im Gesetz finden sich nicht einheitliche Regelungen zu diesem Zeitraum, da arbeitsrechtliche Gesetze sowie Kollektivverträge unterschiedliche Fristen vorsehen.⁶⁰⁶ Ferner ist auch der **Kündigungsschutz** in Bezug auf eine Kündigung zu beachten. Die Untersuchung wird sich nicht näher mit den einzelnen Kündigungsfristen und dem -schutz beschäftigen, da dies zu umfangreich wäre.

5.4.2.3 Entlassung

Ferner kann das Arbeitsverhältnis durch eine **Beendigung aus wichtigem Grund** durch den/die Arbeitgeber/in **mit sofortiger Wirkung** beendet werden.⁶⁰⁷ Ein wichtiger Grund liegt dann vor, wenn die **Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses** auch nur uA bis zum Ablauf der Kündigungsfrist **nicht mehr objektiv zugemutet** werden kann. Stehen mildere Mittel als die der Entlassung zu, darf diese nicht ausgesprochen werden.⁶⁰⁸ Darüber hinaus muss mittels Willenserklärung diese zum Ausdruck gebracht werden. Hierbei handelt es sich um eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Grundsätzlich bedarf diese **keiner Formvorschriften**.⁶⁰⁹ So besteht die Möglichkeit, diese schriftlich, mündlich oder konkludent abzugeben.⁶¹⁰ Nach stRsp⁶¹¹ ist die vorzeitige Beendigung **unverzüglich**, das heißt **ohne schuldhaftes Zögern**, nach Kenntnis auszusprechen. Sowohl im AngG als in der GewO 1859 finden sich einzelne Regelungen zu den Entlassungsgründen. Diese Untersuchung wird sich nur mit den Entlassungsgründen des AngG befassen. Auf diese wird in den nächsten Unterkapiteln näher eingegangen.

5.4.2.3.1 Entlassungsgrund: Vertrauensunwürdigkeit § 27 Z 1 F 3 AngG

Nach § 27 Z 1 F 3 AngG kann ein Arbeitsverhältnis vorzeitig aufgelöst werden, wenn sich der/die Angestellte einer **Handlung schuldig** macht, die ihn/sie des **Vertrauens des/der Dienstgebers/in unwürdig** erscheinen lässt.⁶¹² Der Tatbestand ist nach stRsp⁶¹³ erfüllt,

⁶⁰⁶ Marhold/Friedrich, Österreichisches Arbeitsrecht³ 294.

⁶⁰⁷ Marhold/Friedrich, Österreichisches Arbeitsrecht³ 332-334.

⁶⁰⁸ UA OGH 8 Ob A 32/10d ASoK 2010, 268

⁶⁰⁹ OGH 4 Ob 46/84 DRdA 1986/22, 420 (Kerschner).

⁶¹⁰ OGH 9 Ob A 54/97z DRdA 1998/3 (Mazal).

⁶¹¹ RIS-Justiz RS0029249.

⁶¹² Marhold/Friedrich, Österreichisches Arbeitsrecht³ 336.

⁶¹³ UA OGH 4 Ob 72/59 Arb 7078.

wenn die objektiv gerechtfertigte Befürchtung besteht, dass die **Interessen des/der Arbeitgebers/in** durch **den/die Mitarbeiter/in gefährdet** wurden.

Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses wird vor allem dann rechtmäßig sein, wenn das Verhalten des/der Arbeitnehmers/in **pflichtwidrig** und **schuldhaft** gesetzt wurde.⁶¹⁴ Nach stRsp⁶¹⁵ genügt Fahrlässigkeit. Bei einer geringfügigen Verfehlung wird noch keine Entlassung möglich sein.⁶¹⁶ Der/Die Arbeitnehmer/in muss allerdings **keine Schädigungsabsicht aufweisen** und es wird nach stRsp⁶¹⁷ auch **kein konkreter Schaden** beim Unternehmen für die Rechtmäßigkeit der Entlassung **vorausgesetzt**.

Ob das gesetzte Verhalten mit der Vertrauensposition unvereinbar ist, hängt von der **Position des/der Dienstnehmers/in im Betrieb** sowie vom **Gesamtverhalten** ab.⁶¹⁸ Der OGH⁶¹⁹ legt einen **strengerer Maßstab** für das Verhalten von Angestellten in einer **leitenden Position** an, da sich diese in einer höheren Vertrauensposition befinden. Ferner wird auch bei Angestellten, welche sich **in einer Vertrauensposition** befinden, zB Außendienstmitarbeiter/innen, ein strengerer Maßstab angelegt. In diesem Fall besteht kaum eine Kontrollmöglichkeit für den/die Arbeitgeber/in. Darüber hinaus spielt für die Beurteilung der Vertrauensunwürdigkeit auch die **Art des Unternehmens** eine Rolle. Der Entlassungsgrund kann bereits bei Vorliegen einer einzelnen Handlung erfüllt sein, allerdings kann auch durch wiederholte Verfehlung eine Entlassung ausgesprochen werden. Es kommt demnach auf das **Gesamtverhalten des/der Arbeitnehmers/in** an. Für die Beurteilung ist immer ein **objektiver Maßstab** anzulegen. Es ist demnach zu berücksichtigen, ob das Verhalten der Dienstnehmer/innen bisher vom Unternehmen geduldet wurde.⁶²⁰

Grundsätzlich muss sich die Entlassung auf ein **dienstliches Verhalten** stützen. Von diesem kann abgewichen werden, wenn dem/der Arbeitgeber/in durch die Handlung die **Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet** werden kann.⁶²¹ Es haben sich einige Fallgruppen in Bezug auf die Beurteilung des Vorliegens einer

⁶¹⁴ Pfeil in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 27 AngG Rz 22.

⁶¹⁵ UA OGH 4 Ob 149/53 Arb 5813.

⁶¹⁶ Pfeil in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 27 AngG Rz 23.

⁶¹⁷ UA OGH 4 Ob 149/53 Arb 5813.

⁶¹⁸ Pfeil in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 27 AngG Rz 25.

⁶¹⁹ OGH 4 Ob 137/77 ZAS 1981/1.

⁶²⁰ Pfeil in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 27 AngG Rz 26-27.

⁶²¹ Marhold/Friedrich, Österreichisches Arbeitsrecht³ 365.

Vertrauensunwürdigkeit gebildet. Demnach könnte eine **strafbare Handlung** eine Entlassung rechtfertigen. Es muss grundsätzlich ein **Zusammenhang zwischen dem Arbeitsverhältnis und der Straftat** bestehen. Darüber hinaus spielen für die Unzumutbarkeit die Art der strafbaren Handlung, die Schuldintensität, das durch das Arbeitnehmer/innen-Verhalten gefährdete Rechtsgut sowie das Schadensausmaß eine Rolle. Betrug oder versuchter schwerer Betrug werden regelmäßig eine Vertrauensunwürdigkeit nach sich ziehen.⁶²² Wenn **kein Zusammenhang** zwischen Arbeitsverhältnis und Straftat besteht, ist nur in Ausnahmefällen eine Entlassung möglich. Es muss sich um eine **sehr schwere Straftat**, die für besonderes viel Aufsehen sorgte, handeln oder wenn das Verhalten des/der Arbeitnehmers/in **mit der Vertrauensposition unvereinbar** ist.⁶²³

Es sei hier auf einen Fall, welcher bereits in Kapitel „5.2.2 Tangierung von betrieblichen Interessen (Treuepflichtverletzung)“ besprochen wurde, näher einzugehen. Der **Lehrling** (Da sich die vorliegende Arbeit nur auf die Entlassungsgründe im AngG bezieht, wird daher nicht auf die Entlassungsgründe im BAG eingegangen. Daher findet eine Beurteilung anhand des AngG statt.) hat durch seinen **Kommentar** auf Facebook eine Treuepflichtverletzung begangen. Ferner kam die Verfasserin zum Ergebnis, dass eine Kontrolle des verfassten Kommentars rechtmäßig war, da der Verdacht der Begehung einer strafbaren Handlung bestand und daher zur Untersuchung berechtigte.

Der Arbeitnehmer könnte eine **Straftat nach § 283 StGB (Verhetzung)** begangen haben. Da die weitere Abhandlung den Rahmen dieser Untersuchung sprengen würde, wird nicht näher auf diese eingegangen. Hat sich der Arbeitnehmer tatsächlich strafbar gemacht, ist im nächsten Schritt zu prüfen, ob das gesetzte Verhalten mit der Vertrauensposition unvereinbar und daher eine Aufrechterhaltung des Dienstverhältnisses unzumutbar ist. Die strafbare Handlung sorgte für Aufsehen, da in mehreren österreichischen Zeitungen diskutiert wurde, ob das Posting zur Entlassung berechtigt. Ferner machten zahlreiche Porsche-Kund/innen das Unternehmen auf den Kommentar aufmerksam.

Ob das gesetzte Verhalten mit der Vertrauensposition unvereinbar ist, hängt von der **Position des/der Dienstnehmers/in im Betrieb** sowie vom **Gesamtverhalten** ab. Es sei hier auf das Leitbild von Porsche zu verweisen. Bei der Gesellschaft handelt es sich nach

⁶²² Pfeil in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 27 AngG Rz 36-38.

⁶²³ Pfeil in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 27 AngG Rz 39.

eigenen Angaben um ein weltoffenes Unternehmen, welches für Mitarbeiter/innen aus über 60 Nationalitäten einen Arbeitsplatz zur Verfügung stellt. Die Arbeitgeberin steht nach ihrem Selbstverständnis für **Vielfalt, Internationalität und Gleichberechtigung**. Aus diesen Punkten ergibt sich für Porsche die Verantwortung, die Mitarbeiter/innen vor jeglicher Form der Diskriminierung zu schützen.⁶²⁴ Da Porsche jegliche Diskriminierung bei den Mitarbeiter/innen ablehnt, kann mE daraus geschlossen werden, dass das Unternehmen auch nicht für diskriminierende Handlungen, die ein/e Angestellte/r selbst tätigt, steht. Hätte die Gesellschaft nicht reagiert, wäre diese in der Öffentlichkeit unglaubwürdig geworden und es wäre möglicherweise zu Geschäftseinbußen gekommen.

Neben der Vertrauensunwürdigkeit muss die Voraussetzung der **Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung** vorliegen. Diese kann mE bejaht werden, da sich der Lehrling erst nach Aussprache der Entlassung auf Facebook öffentlich entschuldigt hatte und wahrscheinlich bei einem Nichthandeln durch Porsche der 17-Jährige keine Einsicht und Reue gezeigt hätte. Der **Grundsatz der Unverzüglichkeit** ist auch erfüllt, da Porsche unmittelbar nach den Mitteilungen auf Facebook die außerordentliche Kündigung ausgesprochen hatte. Da unter Annahme, dass eine strafbare Handlung vorliegt, die **Voraussetzungen für eine rechtmäßige Entlassung erfüllt** sind, hat mE das Unternehmen Porsche rechtmäßig gehandelt.

Eine weitere Fallgruppe stellt das **Fehlverhalten von Arbeitnehmer/innen in Krankenständen** dar. Der/Die Arbeitgeber/in verfolgt das Interesse, dass die Arbeitsfähigkeit des/der Arbeitnehmers/in so schnell wie möglich wiederhergestellt wird. Es darf demnach **kein Verhalten** gesetzt werden, das **schwerwiegend die Anordnungen des Arztes missachtet**. Da allerdings für diese Pflicht der Arbeitnehmer/innen keine Grundlage besteht, kommt es zu Problemen. Es ist demnach immer eine **Interessensabwägung** vorzunehmen und eine Entlassung ist nur möglich, wenn **grobes Verschulden** vorliegt.⁶²⁵ *Bothe/Springer*⁶²⁶ kommen zum Schluss, dass es durchaus möglich ist, dass ein/e Arbeitnehmer/in auf Facebook postet, dass er/sie die ärztlichen Weisungen missachtet. Durch dieses Posting wird unmittelbar der Beweis für den Krankenstandsmissbrauch gefordert.

⁶²⁴ <https://www.porsche.com/germany/aboutporsche/jobs/employer/equalopportunities/> (zuletzt abgefragt am 13.03.2019).

⁶²⁵ Pfeil in *Neumayr/Reissner*, *ZellKomm*³ § 27 AngG Rz 43.

⁶²⁶ *Bothe/Springer*, ARD 6569.

*Bothe/Springer*⁶²⁷ kommen in Bezug auf diesen Tatbestand auch zum Schluss, dass das **Vortäuschen des Krankseins** eine Entlassung nach § 27 Z 1 F 3 AngG nach sich ziehen könnte. Es ist möglich, dass auf Facebook ein/e Arbeitnehmer/in veröffentlicht, dass er/sie den eigenen Krankenstand durch eine vorsätzliche Vortäuschung bezweckt hat. In diesem Zuge sei auf den bereits in Kapitel „5.2.1 Prüfung einer Dienstpflichtverletzung“ beschriebenen Fall, der in den Zeitungen für Aufsehen gesorgt hat, näher einzugehen. Um in den Urlaub zu fahren, täuschte der Arbeitnehmer seinen Krankenstand vor. Es wurde bereits dargelegt, dass dieses Verhalten eine Dienstpflichtverletzung darstellt und eine Kontrolle durch den Arbeitgeber rechtmäßig wäre. ME hat der Arbeitnehmer die Voraussetzungen der Entlassung nach § 27 Z 1 F 3 AngG erfüllt, da das **bewusste Posten eines pflichtwidrigen Verstoß** darstellt. Ferner hat er durch das Verhalten unterlassen, seine dienstlichen Pflichten zu erbringen, da er den Krankenstand missbraucht. Dadurch ist dieses Verhalten mit der Vertrauensposition nicht mehr vereinbar. ME ist es dem Arbeitgeber auch nicht mehr zumutbar, das Arbeitsverhältnis aufrecht zu erhalten, da das Verhalten des Arbeitnehmers einen Vertrauensbruch dargestellt hat.

Darüber hinaus stellt das **Verraten von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen** eine Vertrauensunwürdigkeit dar. In einzelnen Sondergesetzen, wie insbesondere § 82 lit e GewO 1859 oder § 122 Abs 1 Z 4 ArbVG, wird ausdrücklich von diesem Entlassungsgrund gesprochen. Es handelt sich um kaufmännische, organisatorische und technische Tatsachen sowie Erkenntnisse, die nur einem eng umgrenzten Personenkreis bekannt sind, und andere Personen zu diesen gar nicht oder nur schwer Zugang erhalten können. Für die weitere Untersuchung ist vor allem die **Bedeutung des Geheimnisses**, die **Motive für die Informationsweitergabe**, das **Gesamtverhalten des/der Arbeitnehmers/in** sowie die **tatsächliche Beeinträchtigung** der wirtschaftlichen Interessen des/der Arbeitgebers/in wichtig. Es muss keine Schädigungsabsicht sowie ein Eintritt des Schadens vorliegen. Für die Entlassung reicht der Versuch bzw die objektive Möglichkeit einer Gefährdung.⁶²⁸ Es ist mE durchaus vorstellbar, dass durch die Nutzung von Social-Media-Diensten Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse verraten werden, indem sich die Nutzer/innen zB in Chats oder öffentlich unter Postings austauschen.

⁶²⁷ *Bothe/Springer*, ARD 6569.

⁶²⁸ *Pfeil in Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 27 AngG Rz 54-55.

Die dargelegten Beispiele zeigen, dass der/die Arbeitnehmer/in auf Social-Media-Diensten eine **Handlung setzen** kann, die eine **Entlassung nach § 27 Z 1 F 3 AngG nach sich** zieht.

5.4.2.3.2 Entlassungsgrund: Tötlichkeiten, Verletzungen der Sittlichkeit, Ehrverletzung § 27 Z 6 AngG

Lässt sich der/die Dienstnehmer/in **Tötlichkeiten, Verletzungen der Sittlichkeit oder erhebliche Ehrverletzungen** gegen den/die Dienstgeber/in, dessen/deren Stellvertreter/in, Angehörige oder gegen Mitbedienstete zuschulden kommen, hat der/die Arbeitgeber/in nach § 27 Z 6 AngG die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis aufzulösen. Die Handlung muss nicht zwingend gegen den/die Arbeitgeber/in selbst gerichtet sein. Es kann auch ein Fehlverhalten gegen Dritte, zu welchen er/sie eine engere Beziehung aufweist, eine Entlassung rechtfertigen. Die **Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses** darf für den/die Dienstgeber/in **nicht mehr zumutbar** sein. Es handelt sich um Stellvertreter/innen des/der Arbeitgebers/in, wobei auch Personen umfasst sind, die nicht nach außen Vertretungsbefugnisse haben. Es reicht, dass im Betrieb selbst Arbeitgeber/innen-Funktionen ausgeübt werden. Der Begriff der Angehörigen darf nicht formal verstanden werden. Lebensgefährten/innen sind daher auch umfasst.⁶²⁹

In Hinblick auf die Verwendung von Social-Media-Diensten wird nur auf den Begriff der erheblichen Ehrverletzung eingegangen. Bei diesem handelt es sich um Handlungen bzw Äußerungen, die geeignet sind, das **Ansehen und die soziale Wertschätzung** des/der Betroffenen durch Geringschätzung, Vorwurf niedriger Gesinnung oder Überheblichkeit herabzusetzen und dadurch das Ehrgefühl zu verletzen. Es wird vorausgesetzt, dass diese erheblich ist. Demnach muss der/die Arbeitnehmer/in eine **Verletzungsabsicht** in Bezug auf die geschützten Personen aufweisen. Darüber hinaus muss die Verletzung **objektiv geeignet** sein, in erheblichen Maße ehrverletzend zu sein. Ob die Weiterbeschäftigung tatsächlich zumutbar ist, kommt auf die **Umstände des Einzelfalls** an. Es hängt uA von der Stellung des/der Arbeitnehmers/in im Betrieb, dem Bildungsgrad und der Art des Betriebs ab.⁶³⁰

*Andréewitch*⁶³¹ kam zum Schluss, dass es durchaus denkbar ist, dass der/die Arbeitnehmer/in durch die Nutzung von Social-Media-Diensten § 27 Z 6 AngG erfüllt. Die Beleidigung von

⁶²⁹ Pfeil in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 27 AngG Rz 153-155.

⁶³⁰ Pfeil in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 27 AngG Rz 163-166.

⁶³¹ Andréewitch, Social Networks 204.

Chef/innen oder Arbeitskolleg/innen auf Facebook könnte nach *Bothe/Springer*⁶³² eine erhebliche Ehrverletzung abhängig von dem Vorliegen einer Mindestbeleidigungsintensität darstellen.

Es sei hier auf den bereits in Kapitel „5.1.1.2.5.1 „Liken““ diskutierten Fall in den Zeitungen näher einzugehen. **Zwei Arbeitskolleg/innen likten ein Posting**, in welchem der **Arbeitgeber beschimpft** wurde. Es wurde bereits erläutert, dass das „Liken“ eine Treuepflichtverletzung darstellt. Die Handlung konnte auch von dem Arbeitgeber kontrolliert werden (siehe Kapitel „5.3.1.1 Privates Profil (von dem/der Arbeitnehmer/in erstellt)“). *Bothe/Springer*⁶³³ kamen hier zum Schluss, dass eine Entlassung gerechtfertigt war, da das „Liken“ als eine **ausformulierte „Deine Mitteilung gefällt mir“-Veröffentlichung** gesehen werden kann. Die Verfasserin schließt sich dieser Ansicht an, da es keinen Unterschied macht, ob das Posting selbst verfasst oder mit einem „Like“ positiv bewertet wird, da durch das „Liken“ der gesetzten Handlung zugestimmt wird und sie dadurch zum Ausdruck bringt, dass sie auch diese Meinung vertritt. Handlungen auf Social-Media-Diensten können daher auch eine **Entlassung nach § 27 Z 6 AngG** nach sich ziehen.

5.4.2.3.3 Entlassungsgrund: § 27 Z 4 AngG – Verletzung der Dienstpflicht

Nach § 27 Z 4 AngG kann der/die Arbeitgeber/in eine Entlassung aussprechen, wenn der/die Dienstnehmer/in ohne rechtmäßigen Hinderungsgrund **während einer den Umständen nach erheblichen Zeit die Dienstleistung unterlässt** oder sich **beharrlich weigert**, diese zu leisten. Dieser Entlassungsgrund umfasst demnach die Verletzung der dem/der Arbeitnehmer/in zukommenden Dienstpflicht. Es werden zwei Szenarien umfasst. Zum einen wird die Unterlassung der Dienstleistung, zum anderen die beharrliche Verweigerung geregelt.⁶³⁴

5.4.2.3.3.1 Unterlassung der Dienstleistung nach § 27 Z 4 F 1 AngG

Es wird vorausgesetzt, dass das Dienstversäumnis **pflichtwidrig, schuldhaft und erheblich** erfolgt ist. Die Beurteilung der **Pflichtwidrigkeit** leitet sich aus der Hauptpflicht des/der

⁶³² *Bothe/Springer*, ARD 6569.

⁶³³ *Bothe/Springer*, ARD 6569.

⁶³⁴ *Pfeil in Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 27 AngG Rz 98.

Arbeitnehmers/in aus dem Arbeitsverhältnis ab. Demnach wird der Tatbestand der Pflichtwidrigkeit erfüllt sein, wenn zB ausdrücklich oder stillschweigend **bedungene arbeitsvertragliche Pflichten verletzt** wurden. Sollte der/die Arbeitnehmer/in die Unterlassung der Dienstpflicht unmittelbar auf eine gesetzliche Grundlage stützen oder wurde das Fernbleiben vereinbart, ist eine Entlassung nicht rechtmäßig. Es ist zunächst zu prüfen, ob der/die Arbeitnehmer/in durch das **eigene Verhalten gegen die Einhaltung der vertraglichen oder gesetzlichen Arbeitszeit verstoßen** hat. Liegt ein rechtmäßiger Hinderungsgrund, wie zB die Krankheit eines/r Arbeitnehmers/in, vor, ist der Tatbestand nicht erfüllt.

Darüber hinaus muss die Unterlassung den Umständen nach eine **erhebliche Zeit** andauern. Es kommt auf die erforderliche **Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses** an. Es ist immer der jeweilige Einzelfall zu prüfen. Darüber hinaus muss die Dienstpflichtverletzung **schuldhaft** erfolgen.⁶³⁵

Bereits in Kapitel „5.1.1.1 Prüfung einer Dienstpflichtverletzung“ wurde dargelegt, dass der/die Arbeitgeber/in die Nutzung von Social-Media-Diensten verbieten bzw einschränken oder erlauben kann. Es ist auch möglich, dass gar keine Regelungen getroffen werden.

Die Missachtung eines allfälligen Verbots sowie einer Einschränkung der Privatnutzung von Social-Media-Diensten stellt eine Dienstpflichtverletzung dar (siehe Kapitel „5.1.1.1.2 Verbotene Nutzung“). Ob **tatsächlich eine Entlassung** möglich ist, kommt auf das **Vorliegen des Tatbestands der Erheblichkeit** an. Wird demnach der/die Arbeitnehmer/in ein **Verbot oder eine Einschränkung** über einen **längeren Zeitraum** missachten, wird der Tatbestand der Erheblichkeit erfüllt sein, da dem/der Arbeitgeber/in die **Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar** und somit eine Entlassung nach § 27 Z 4 F 1 AngG gerechtfertigt ist. Es ist allerdings auch möglich, dass bereits ein geringerer Zeitraum, in welchem Regelungen nicht befolgt werden, zu einer Entlassung führen kann, wenn der Tatbestand der Erheblichkeit erfüllt ist. Es ist daher immer im Einzelfall eine Prüfung durchzuführen.

Ist die **Privatnutzung erlaubt**, liegt grundsätzlich keine Dienstpflichtverletzung vor (siehe Kapitel „5.1.1.1 Prüfung einer Dienstpflichtverletzung“). Allerdings kann eine Nutzung in

⁶³⁵ Pfeil in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 27 AngG Rz 98-118.

einem längeren Ausmaß problematisch sein. Eine **Entlassung** ist allerdings grundsätzlich **nicht möglich**.

Die Nutzung von sozialen Netzwerken ist grundsätzlich erlaubt, wenn **keine Regelungen** getroffen wurden. Eine Verletzung der Dienstpflicht wird allerdings dann bejaht, wenn eine Beeinträchtigung von betrieblichen Interessen erfolgt. Dies ist dann anzunehmen, wenn eine Nutzung von mehr als 15-20 Minuten täglich verteilt auf einen Acht-Stunden Tag (das heißt ca. 2,5 Minuten pro Stunde) stattfindet (siehe Näheres in Kapitel „5.1.1.1.4 Keine Regelungen über die private Nutzung“). Wird der/die Arbeitnehmer/in daher für einen längeren Zeitraum über diese Zeitangabe während der Dienstzeit aktiv sein, ist der Tatbestand der Erheblichkeit erfüllt und eine Entlassung nach § 27 Z 4 F 1 AngG ist möglich.

5.4.2.3.3.2 Beharrliche Verweigerung der Dienstpflicht § 27 Z 4 F 2 AngG

Nach § 27 Z 4 F 2 AngG ist eine vorzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt, wenn der/die Arbeitnehmer/in **beharrlich seine/ihre Pflichten vernachlässigt** hat. Es wird nach stRsp⁶³⁶ die Arbeitspflicht und die Nicht-Einhaltung von Weisungen umfasst. Werden **Social-Media-Richtlinien** (siehe „5.1.1.2.2.5 Verletzung von Regelungen aus Social-Media-Richtlinien“), welche eine Weisung darstellen, nicht beachtet bzw verletzt, könnte unter Berücksichtigung der weiteren Voraussetzungen § 27 Z 4 F 2 AngG erfüllt sein.

Der/Die Arbeitnehmer/in muss **schuldhaft** gehandelt haben. Grundsätzlich wird **Vorsatz gefordert**. Die Pflichtwidrigkeit muss dem/der Dienstnehmer/in bewusst sein. Diese wird vorrangig an Bestimmungen aus dem Arbeitsvertrag gemessen. Sollte **keine Vereinbarung** getroffen worden sein, sind **Art und Umfang der Dienste angemessen** zu leisten.⁶³⁷

Darüber hinaus kam der OGH⁶³⁸ zum Schluss, dass der/die Arbeitnehmer/in auch verpflichtet ist, **Anordnungen des/der Arbeitgebers/in**, wenn sich diese auf die Art der Durchführung der Arbeit beziehen, zu befolgen. **Betriebliche Ordnungsvorschriften**, die **nicht eingehalten** werden, können auch eine Entlassung nach § 27 Z 4 F 2 AngG nach sich

⁶³⁶ UA OGH 9 ObA 31/15x ARD 6458/12/2015.

⁶³⁷ Pfeil in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 27 AngG Rz 124-130.

⁶³⁸ UA OGH 9 ObA 164/95 RdW 1996, 541.

ziehen.⁶³⁹ Werden die in Kapitel „5.1.1.1.2 Betriebsvereinbarungen nach §§ 97 Abs 1 Z 1 ArbVG und 97 Abs 1 Z 6 ArbVG“ dargelegten allgemeinen Ordnungsvorschriften, nach welchen zB private Smartphones während der Arbeitszeit nicht benutzt werden dürfen, nicht eingehalten, ist eine Entlassung unter Berücksichtigung der weiteren Voraussetzungen nach § 27 Z 4 F 2 AngG möglich.

Neben den bereits dargelegten Voraussetzungen muss die Verletzung beharrlich sein. Unter dem Begriff Beharrlichkeit versteht die stRsp⁶⁴⁰ die **Nachhaltigkeit, Unnachgiebigkeit oder Hartnäckigkeit** des in der Arbeitsverweigerung zum Ausdruck gelangten Willens. Das Verhalten muss sich wiederholen oder so schwerwiegend sein, dass ein Grund besteht, dass auf die Nachhaltigkeit der Willenshaltung geschlossen wird. Voraussetzung für den Ausspruch der Entlassung nach § 27 Z 4 F 2 AngG ist weiters, dass bereits eine **wiederholte Aufforderung ausgesprochen** wurde. Der/Die Arbeitgeber/in muss nach stRsp⁶⁴¹ bereits auf die **Vernachlässigung seiner/ihrer Pflichten hingewiesen** und zur Einhaltung der Pflichten aufgefordert haben. Unter besonderen Umständen kann die Ermahnung **unterbleiben**. Dies zB dann, wenn die Weigerung eindeutig ist und eine Ermahnung sinnlos wäre oder wenn der/die Arbeitnehmer/in die Bedeutung und das Gewicht des Verhaltens genau kennt.⁶⁴²

In Bezug auf diesen Entlassungsgrund sei auf einen bereits in Kapitel „5.1.1.1.5 Prüfung der Handlungen anhand des Flussdiagramms und eines Beispiel aus der Praxis“ beschriebenen Fall aus den Medien einzugehen. Es wurde bereits die Verletzung einer Dienstpflicht geprüft. Diese konnte allerdings nicht abgeschlossen werden, da aus den vorliegenden Zeitungsberichten nicht hervorgeht, ob sich der Arbeitnehmer in Arbeitsbereitschaft bzw in Verzug mit seiner Arbeit befindet und demnach betriebliche Interessen auch tatsächlich verletzt wurden.

Wird eine Vernachlässigung der Dienstpflicht bejaht, ist im nächsten Schritt für die Erfüllung des Entlassungstatbestands zu prüfen, ob diese Verletzung beharrlich erfolgte. Wie bereits erwähnt, muss sich das Verhalten wiederholen bzw so schwerwiegend sein, dass das Verhalten auf die Nachhaltigkeit der Willenshaltung schließt. Bereits in Kapitel

⁶³⁹ OGH 8 ObA 23/07a infas 2007 A 68.

⁶⁴⁰ UA OGH 9 ObA 31/15x ARD 6458/12/2015.

⁶⁴¹ UA OGH 9 ObA 242/02g Arb 11.137.

⁶⁴² UA OGH 9 ObA 116/02b Arb 12.227.

„5.1.1.1.5 Prüfung der Handlungen anhand des Flussdiagramms und eines Beispiels aus der Praxis“ wurde dargelegt, dass das Video mit dem Dreh, Schnitt und Hochladen mehr als 10 Minuten benötigt hat. Es ist allerdings aus den vorliegenden Zeitungsberichten nicht bekannt, ob eine wiederholte Nutzung der Social-Media-Dienste und eine weitere Vernachlässigung der Dienstpflicht durch diese stattfand. Eine abschließende Beurteilung ist daher nicht möglich.

Bereits in Kapitel „5.1.1.1.5 Prüfung der Handlungen anhand des Flussdiagramms und eines Beispiels aus der Praxis“ wurde erörtert, dass GWS-Krankenförderung GmbH den Dienstnehmer aufforderte, das Video umgehend zu löschen. Er weigerte sich, diese Anweisung zu befolgen. Wie bereits oben dargelegt, kann auch die beharrliche Missachtung einer Anordnung, wenn sich diese auf die Art der Durchführung der Arbeitspflicht bezieht, § 27 Z 4 F 2 AngG erfüllen. Fraglich ist hier, ob die Nicht-Befolgung der Löschung von der Arbeitspflicht umfasst ist. Ist eine solche Unterlassungspflicht geregelt, dann ist mE von dieser Verpflichtung auch die Weisung zur Löschung dieses Videos von der Durchsetzung der Unterlassungspflicht umfasst. Demnach ist die Anordnung auch vom Arbeitsvertrag gedeckt. Grund hierfür ist, dass auch die beharrliche Unterlassung eine Dienstpflichtverletzung darstellt und somit eine Entlassung nach § 27 Z 4 F 2 AngG rechtfertigt.

5.4.2.4 Zwischenergebnis

Zusammengefasst kann daher gesagt werden, dass der/die Arbeitgeber/in **Beweise**, die auf **privaten Social-Media-Diensten rechtswidrig gesammelt** wurden, nicht verwerten darf, da in diesem Fall das **Beweisverwertungsverbot** greift. Dies hat zur Folge, dass diese Beweise in einem Prozess nicht Eingang finden bzw dem Urteil zugrunde gelegt werden dürfen. Sollte hingegen eine rechtmäßige Kontrolle erfolgen und hat der/die Arbeitnehmer/in eine Treue- und oder Dienstpflichtverletzung begangen, kann der/die Arbeitgeber/in **zunächst eine Verwarnung aussprechen**. Ferner kann auch uU das **Arbeitsverhältnis gekündigt** werden, wenn die Kündigungsfristen und der Kündigungsschutz beachtet werden. Darüber hinaus können Handlungen, die auf Social-Media-Diensten getätigt werden, auch zu einer **Entlassung** führen, wenn die **Voraussetzungen** der einzelnen im Gesetz dargelegten Entlassungsgründe **vorliegen**.

5.5 Folgen für den/die Arbeitgeber/in

Durfte der/die Arbeitgeber/in auf sozialen Netzwerken **nicht kontrollieren**, stehen dem/der Arbeitnehmer/in die in den nächsten Unterkapiteln **beschriebenen Rechtsbehelfe** zur Verfügung.

5.5.1 Rechte des/der Arbeitnehmers/in nach Art 13 EMRK

Wenn eine Kontrolle nach Art 8 EMRK (siehe Näheres in Kapitel „5.3.1 Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz nach Art 8 EMRK“) nicht rechtmäßig ist, hat der/die Arbeitnehmer/in nach **Art 13 EMRK** das Recht auf eine **wirksame Beschwerde bei den nationalen Gerichten**. Jede natürliche Person kann nach **Art 34 EMRK Beschwerde beim EGMR** erheben, sobald alle innerstaatlichen Rechtsbehelfe ausgeschöpft sind. Der/Die Beschwerdeführer/in hat **innerhalb von sechs Monaten** nach der endgültigen innerstaatlichen Entscheidung die Beschwerde zu erheben. Der/Die Arbeitnehmer/in könnte eine innerstaatliche Entscheidung erwirken, wenn sich diese/r auf § 879 ABGB stützt. Unter Berufung auf die **Sittenwidrigkeit sind demnach Eingriffe in die Persönlichkeitssphäre rechtswidrig** und können **Schadenersatzansprüche auslösen**. (Näheres dazu in Kapitel „3.3.5 Rechte des/der Betroffenen“).

5.5.2 Rechte des/der Arbeitnehmers/in nach Art 47 GRC

Ist die Kontrolle nach Art 8 GRC nicht rechtmäßig (siehe dazu Kapitel „5.3.2 Art 8 GRC“), hat jede Person das Recht nach Art 47 GRC, bei **Verletzung der in der GRC garantierten Rechte oder Freiheiten** bei einem Gericht einen **wirksamen Rechtsbehelf** einzulegen. Der/Die Arbeitnehmer/in könnte sich auch hier auf § 879 ABGB stützen. Unter Berufung auf die **Sittenwidrigkeit sind demnach Eingriffe in die Persönlichkeitssphäre rechtswidrig** und können **Schadenersatzansprüche auslösen** (siehe Näheres in Kapitel „3.4.4 Recht des/der Betroffenen“).

5.5.3 Rechte des/der Arbeitnehmers/in nach § 10 AVRAG, § 96 ArbVG und § 96a ArbVG

Werden **Persönlichkeitsrechte iSd § 16 ABGB** verletzt, hat der/die Arbeitnehmer/in die Möglichkeit, **Anspruch auf Unterlassung** und allenfalls auf **Beseitigung der unzulässigen Kontrollmaßnahmen**. Außerdem hat der/die Arbeitnehmer/in einen Anspruch auf

Schadenersatz, wenn es bereits zu einer Rechtsverletzung gekommen ist.⁶⁴³ Ferner könnte der/die Dienstnehmer/in ohne Zustimmung des Betriebsrat bei mitbestimmungspflichtigen Einführungen nach §§ 96 ArbVG und 96a ArbVG Weisungen nicht befolgen, welche keine Entlassung nach sich ziehen dürften.⁶⁴⁴

Darüber hinaus kann der Betriebsrat, wenn mindestens drei Arbeitnehmer/innen von den Kontrollmaßnahmen betroffen sind, nach **§ 54 Abs 1 ASGG** auf **Feststellung der Unzulässigkeit einer Kontrollmaßnahme** klagen. Außerdem kommt dem Betriebsrat ein Unterlassungs- sowie Beseitigungsanspruch nach §§96 und 96a ArbVG zu, wenn eine Kontrollmaßnahme ohne dessen Zustimmung erfolgt ist.⁶⁴⁵

5.5.4 Auskunftsrecht des/der Arbeitnehmers/in gemäß § 44 DSG und Informationsrecht nach § 43 DSG

Nach **§ 44 DSG** hat jede/r Arbeitnehmer/in ein **Recht auf Auskunft** in Bezug auf Daten, die im Zuge einer Kontrolle verarbeitet wurden. Ferner müssen nach **§ 43 DSG** dem/r Einzelnen **Informationen über die Erhebung der Daten** gegeben werden (siehe dazu Näheres in Kapitel „3.2.5 Betroffenenrechte“).

5.5.5 Anspruch auf Löschung der erhobenen Daten gemäß § 45 DSG

Neben den bereits erwähnten Ansprüchen hat der/die Arbeitnehmer/in nach § 45 Abs 1 DSG ein **Recht auf Löschung** der erhobenen Daten aus Social-Media-Diensten. Werden die **Daten nicht mehr benötigt**, sind diese **unverzüglich** nach § 45 Abs 2 Z 1 DSG zu löschen.

5.5.6 Beschwerde bei der Datenschutzbehörde gem § 24 Abs 1 DSG

Kommt der/die Dienstgeber/in der Verpflichtung nicht nach, kann gemäß Art 79 DSGVO und § 24 Abs 1 DSG eine **Beschwerde bei der Datenschutzbehörde gegen den Datenschutzverstoß** eingebracht werden.⁶⁴⁶

⁶⁴³ Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 16 Rz 29.

⁶⁴⁴ Goricnik/Grünanger, Arbeitnehmer-Datenschutz Rz 2.279-2.280.

⁶⁴⁵ Goricnik/Grünanger, Arbeitnehmer-Datenschutz Rz 2.279-2.285.

⁶⁴⁶ Leupold/Schrems in Knyrim, DatKomm Art 79 DSGVO (Stand 1.10.2018, rdb.at).

5.6 Ergebnis

Das fünfte Kapitel beschäftigte sich mit den Problemen, die im **aufrechten Arbeitsverhältnis** aufgrund der Nutzung durch Arbeitnehmer/innen auftreten. Das Kapitel zeigte, dass die Verwendung immer mehr an Bedeutung zwischen den Vertragsparteien gewinnt und vermehrt Probleme, wie einzelne diskutierte Sachverhalte aus der Praxis zeigen, auftreten. Es entstehen Konflikte, wenn zB die **Nutzung von privaten Profilen** in der Arbeitszeit **verboten** ist. Ferner kommt es zu Problemen, wenn zB **beruflich zur Verfügung gestellte Profile privat** genutzt werden. Außerdem kann auch inhaltlich betrachtet die Verwendung zu Problemen führen, wenn **betriebliche Interesse des/der Arbeitgebers/in tangiert** werden.

Die rechtliche Beurteilung hängt von der Profilart und vom Zweck ab. Es ist demnach zwischen **privaten** (von dem/der Arbeitnehmer/in erstellt) und **beruflichen Profilen** (von dem/der Arbeitgeber/in erstellt) zu unterscheiden. Diese können **beruflich oder privat genutzt** werden. Die berufliche Nutzung von privaten Profilen wurde nicht rechtlich beurteilt, da dies über den Rahmen der Arbeit hinausgehen würde.

Die **Nutzung von privaten Profilen in der Arbeitszeit** kann abhängig von getroffenen Regelungen eine **Dienstpflichtverletzung** darstellen. Diese wird zB vorliegen, wenn die Verwendung **verboten und kein Notfall** eingetreten ist. Eine allfällige Verletzung hängt nicht davon ab, welche Handlung, wie zB „Liken“ oder Kommentieren, getätigt wurde, da bereits ausreicht, dass **überhaupt eine Nutzung stattgefunden** hat. Ferner kann durch die Nutzung auch eine **Treuepflichtverletzung** erfüllt sein. Es müssen **betriebliche Interessen tangiert** werden und private Interessen des/der Arbeitnehmers/in, wie zB Art 10 EMRK oder Art 8 EMRK, dürfen diesen nicht entgegenstehen. ZB stellt das Verraten von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen eine Verletzung dar. Das **reine Online-Sein** stellt noch **keine Missachtung** dar. Durch „Liken“, Kommentieren, Statusupdates, Hochladen von Bildern oder Videos, das Teilen sowie Kommunikationen in Chats kann eine Verletzung erfüllt sein.

Darüber hinaus kann der/die Arbeitnehmer/in auch durch die **berufliche Nutzung von beruflichen Profilen** eine **Dienstpflichtverletzung** begehen. Diese hängt wiederum von getroffenen Regelungen, wie zB **Social-Media-Richtlinien**, ab. Eine

Treuepflichtverletzung kann, wie auch bei der Nutzung privater Profile, vorliegen, wenn zB **Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse** nicht eingehalten oder **Hasspostings verfasst** werden.

Ferner stellt auch die **private Verwendung von beruflichen Profilen** abhängig von getroffenen Regelungen eine **Dienstplichtverletzung** dar, wenn zB ein Verbot der privaten Nutzung nicht eingehalten wird. Im Gegensatz zur Nutzung von privaten Profilen, ist es **nicht vorstellbar**, dass ein **Notfall eintritt, der diese Nutzung bei Verbot zulässig macht**. Die Verletzung von beruflichen Pflichten ieS ist nicht möglich, da diese bei der privaten Nutzung nicht ausgeführt werden. Die rechtliche Beurteilung einer **Treuepflichtverletzung** kann mit der bei der beruflichen Verwendung sowie der privaten Nutzung für private Zwecke verglichen werden. Es kann zB eine Verletzung vorliegen, wenn **vorgegebene Regelungen nicht eingehalten** werden. Die Handlungen könnten eine Dienst- sowie Treuepflichtverletzung darstellen.

Die Untersuchung beschäftigte sich nicht nur mit Handlungen, die in der Arbeitszeit getätigt wurden, sondern auch mit der **Nutzung außerhalb der Arbeitszeit**. Es ist nicht möglich, dass es außerhalb der Dienstzeit zur Verletzung der Hauptleistungspflichten (= Arbeitspflicht) kommt. Es besteht allerdings die Möglichkeit, dass Nebenleistungspflichten, wie zB Anordnungen in einem Krankenstand nicht beachtet werden, missachtet werden. Außerdem kann ein Verhalten des/der Arbeitnehmers/in die Treuepflicht verletzen. Es kann sich zB um Postings handeln, die auch während der Arbeitszeit eine Verletzung nach sich ziehen.

Um mögliche Dienst- sowie Treuepflichtverletzungen zu finden, kontrollieren Dienstgeber/innen sowohl private als auch berufliche Profile. Diese **Kontrolle** führt zu Problemen, da idR ein **Eingriff in das Recht auf Privatsphäre und Datenschutz** erfolgt. Die Untersuchung beschäftigte sich daher auch mit der Prüfung, ob eine Kontrolle durch den/die Arbeitgeber/in rechtmäßig ist. Sowohl auf europäischer nach Art 8 EMRK und Art 8 GRC als auch auf österreichischer Ebene nach § 1 DSG ist eine Kontrolle auf **privaten und beruflichen Profilen, welche für private Zwecke verwendet werden, grundsätzlich unzulässig** und demnach nur **in Ausnahmefällen** möglich. Die Rechtmäßigkeit hängt davon ab, ob eine Kontrolle der Dienst- oder Treuepflicht erfolgt. Die **Einhaltung der Dienstplicht** darf nur untersucht werden, wenn ein **Verbot für die private Nutzung** in der

Arbeitszeit besteht. Es dürfen nur **Verkehrsdaten**, wie zB der „zuletzt online“ Status und keine Inhaltsdaten kontrolliert werden. Die **Einhaltung der Treuepflicht** darf nur überprüft werden, wenn ein **bestimmter Verdacht** der Nicht-Einhaltung besteht. Berufliche Profile, die für **berufliche Zwecke verwendet** werden, dürfen **grundsätzlich kontrolliert** werden, sofern die einzelnen Grundsätze, die sich aus den einzelnen anzuwendenden Gesetzen ergeben, Beachtung finden.

Neben den allgemeinen Bestimmungen, welche für die Untersuchung herangezogen wurden, spielen auch **Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats** eine wichtige Rolle in Bezug auf die Kontrolle von Social-Media-Diensten. **§ 96 Abs 3 ArbVG** findet dementsprechend Anwendung, da es möglich ist, **technische Systeme einzurichten**, die soziale Netzwerke kontrollieren. Sowohl bei **privaten als auch beruflichen Profilen**, die für **private Zwecke** verwendet werden, wird durch die Einführung von Kontrollsystemen die **Menschenwürde verletzt**. Daher kann der Betriebsrat solchen Kontrollhandlungen **nicht zustimmen** und diese muss durch den/die Arbeitnehmer/in erfolgen. Die Überwachung der **beruflichen Nutzung von beruflichen Profilen** kann die **Menschenwürde berühren**. Es kommt hier auf die technischen Möglichkeiten des Kontrollsystems an. Wenn es zu einer Berührung kommt, hat der Betriebsrat zuzustimmen. Ist kein Betriebsrat eingerichtet, muss der/die Dienstnehmer/in selbst nach **§ 10 AVRAG** zustimmen.

§ 96a Abs 1 Z 1 ArbVG kann bei der Einführung von automationsunterstützten Kontrollsystemen zur Anwendung kommen. Es finden sich auf **beruflichen Netzwerken** sowohl Informationen über **fachliche Voraussetzungen sowie allgemeine Angaben** zur Person. Bei einem ausschließlichen Zugriff auf Letztere muss der Betriebsrat nicht zustimmen. Ist das System allerdings objektiv geeignet, auf darüberhinausgehende personenbezogene Daten zuzugreifen, hat eine Zustimmung zwingend zu erfolgen. Auf **privaten Profilen** befinden sich nur Daten, die **über die allgemeinen Angaben** zur Person hinausgehen. Eine Einrichtung von Kontrollsystemen setzt eine Zustimmung voraus. **§ 96a Abs 1 Z 2 ArbVG** findet bei privaten und beruflichen Profilen, die für **private Zwecke** verwendet werden, **keine Anwendung**, da die **Menschenwürde** durch die Einführung **verletzt** werden würde und demnach **§ 96 Abs 3 ArbVG** Vorrang hat. Bei **beruflichen Profilen**, welche **beruflich genutzt** werden, hängt die Beurteilung davon ab, ob die **Menschenwürde tatsächlich berührt** wird. Es ist in diesem Fall immer eine

Interessensabwägung durchzuführen. Wenn keine Berührung erfolgt, findet § 96a Abs 1 Z 2 ArbVG Anwendung, ansonsten ist § 96 Abs 3 ArbVG heranzuziehen

Hinsichtlich der Anwendung des **Beweisverwertungsverbots** kam die Verfasserin zum Schluss, dass der/die Arbeitgeber/in **Beweise**, die auf **privaten Social-Media-Diensten rechtswidrig gesammelt** wurden, **nicht in einem Prozess Eingang finden bzw dem Urteil zugrunde gelegt werden dürfen**, da ein **schwerer Eingriff** in die Persönlichkeitsrechte stattfindet. Bei beruflichen Profilen erfolgt hingegen grundsätzlich kein schwerer Eingriff. Dem/Der Arbeitgeber/in kommen eine Reihe an Möglichkeiten zu, wenn der/die Arbeitnehmer/in eine Treue- und/oder Dienstpflichtverletzung begangen und keine rechtswidrig erlangte Kontrolle stattgefunden hat. Es besteht die Möglichkeit, eine **Verwarnung** auszusprechen. Darüber hinaus kann auch das **Arbeitsverhältnis gekündigt** werden, wenn die Kündigungsfrist und der Kündigungsschutz beachtet werden. Außerdem kann eine **Entlassung gerechtfertigt** sein, wenn die im Gesetz festgelegten Entlassungsgründe erfüllt sind.

Erfolgt eine rechtswidrige Kontrolle durch den/die Arbeitgeber/in, stehen dem/der Arbeitnehmer/in eine Reihe an Rechtsbehelfen zur Verfügung. Diese/r hat nach Art 13 EMRK und Art 47 GRC ein Recht auf eine wirksame Beschwerde bei den nationalen Gerichten. Der/Die Arbeitnehmer/in könnte eine innerstaatliche Entscheidung erwirken, wenn sich diese/r auf § 879 ABGB stützt. Es kommt diesem/r ein Anspruch auf Schadenersatz zu. Darüber hinaus haben Arbeitnehmer/innen einen Anspruch auf Unterlassung und Beseitigung der unzulässigen Kontrollmaßnahmen. Des Weiteren kann auch Schadenersatz gem § 16 ABGB begehrt werden. Nach § 44 DSG hat der/die Dienstnehmer/in ein **Recht auf Auskunft** und nach § 43 DSG ein **Recht auf Information**. Ferner kann gemäß § 45 DSG die **Löschung der erhobenen Daten** beantragt werden. Kommt der/die Arbeitgeber/in dieser Verpflichtung nicht nach, kann eine Beschwerde bei der Datenschutzbehörde erhoben werden.

6. Zusammenfassung

6.1 Problemstellung

Im Rahmen dieser Untersuchung wurde geforscht, wie sich die neuen Social-Media-Dienste und deren **Funktionen auf das Arbeitsverhältnis auswirken** und wie **neu entstandene Problematiken** zu lösen sind. Darüber hinaus wurde untersucht, ob bereits behandelte Probleme mit neu entstandenen verglichen und gleich oder ähnlich juristisch abgehandelt werden können.

Da es bis heute **keine gesetzlichen Regelungen** in Bezug auf Social-Media-Dienste gibt, hat diese Untersuchung dazu gedient, ein System für die Beurteilung von **selbst geschaffenen Fallgruppen** zu entwickeln. Dies wurde anhand eines **Flussdiagrammes** vorgenommen.

Die Untersuchung hat sich mit folgender Forschungsfrage beschäftigt:

Welche Auswirkungen hat das Aufkommen und die Entwicklung von Social-Media-Diensten auf das Arbeitsverhältnis?

6.2 Social-Media-Dienste – Begriffserklärung

Social-Media-Dienste sind ein Teil der voranschreitenden Eingliederung des Internets in die Gesellschaft. Es wird durch sie die Möglichkeit geboten, ohne großen Aufwand **Informationen aller Art**, wie zB Texte oder Bilder, einer großen Menschenmenge **zugänglich bzw öffentlich zu machen**. Darüber hinaus können soziale Beziehungen zu Menschen aufgebaut und gefördert werden. Der Begriff kann in **vier Kategorien** (Soziale Netzwerke, Multimediaplattformen, Instant Messaging und Weblogs) aufgegliedert werden.

Auf **Sozialen Netzwerken**, wie zB **Facebook, Xing oder LinkedIn** ist es möglich, sich als Benutzer/innengruppen nach Interessenkreisen, Vorlieben oder sozialen Strukturen durch **Erstellung eines Nutzer/innenkontos vernetzen** zu können. Bei **Instant Messaging Diensten** wird eine Verbindung in Echtzeit über **einen oder mehrere Kommunikationskanäle** zwischen **einzelnen Nutzer/innen** hergestellt. Diese haben die Möglichkeit, Personen hinzuzufügen oder diesen bei Bedarf die Autorisierung zu

verweigern. Beispiele hierfür sind WhatsApp, Yahoo Messenger oder Facebook Messenger. Bei **Multimediaplattformen**, wie zB **Instagram oder YouTube**, hingegen spielt nicht das individuelle Nutzer/innenprofil, sondern **einzelne Inhalte**, eine größere Rolle. Es werden Videos, Fotos oder Audiodateien über eine **permanente Internetverbindung** zur Verfügung gestellt. Bei der letzten Kategorie handelt es sich um **Webblogs**. Hierbei besteht die Möglichkeit, **chronologisch sortierte Einträge** eines/r „Bloggers/in“ zu sehen. Die Plattform Wordpress.com fällt unter diese Gattung. Eine Form des Bloggens stellt das **Microblogging (zB Twitter)** dar. Hierbei veröffentlicht der/die einzelne Nutzer/in kurze telegrammartige Textnachrichten auf einer Kommunikationsplattform.

Darüber hinaus spielen auch **Suchmaschinen**, wie zB Google, eine wichtige Rolle. Es handelt sich hierbei um **Computersysteme**, die **Inhalte aus dem World Wide Web zusammenfassen** und so eine **Benutzer/innenschnittstelle durchsuchbar machen**.

Die beschriebenen Hauptgruppierungen von sozialen Netzwerken, Multimedia Plattformen, Instant Messaging und Webblogs unterscheiden sich aber nur nach **strukturellen Kriterien**. Für die rechtliche Beurteilung wurden **vier verschiedene Fallgruppen** gebildet: **freizeit- und beruflich orientierte Plattformen**, **Suchmaschinen** und **Webblogs**. Es wurde zunächst unterschieden, ob es sich um einen öffentlichen oder privaten Raum handelt. Daten auf Suchmaschinen und Webblogs sind allgemein verfügbar. Inhalte auf freizeit- und beruflich orientierten Plattformen sind grundsätzlich nicht allgemein verfügbar, da nur durch die Erstellung eines Profils Zugang gewährt wird. Neben dem privaten bzw öffentlichen Zugang zu diesen Diensten kann durch die Privatsphäreneinstellung eine individuelle Öffentlichkeit durch den/die Nutzer/in selbst geschaffen werden. Wenn keine Einstellung vorgenommen wurde, kann jede Person auf die veröffentlichten Inhalte zugreifen und die Daten sind daher öffentlich verfügbar. Hat der/die Nutzer/in Einstellungen getroffen, ist die weitere Beurteilung von folgenden Umständen abhängig: Anzahl der Zugriffsberechtigten, Möglichkeit der Weiterverarbeitung (zB Teilen), welchen Personen wurde Zugriff gewährt.

Darüber hinaus wird nach dem **Hintergrund der Nutzung** (private oder berufliche Handlung) differenziert. Freizeitorientierte Plattformen und Webblogs werden für den privaten Gebrauch verwendet. Beruflich orientierte Netzwerke werden vor allem für den Austausch von beruflichen Informationen genutzt. Bei Suchmaschinen kann diese Unterscheidung nicht vorgenommen werden.

Auf den beschriebenen Plattformen bestehen verschiedene Kommunikationsmöglichkeiten. Der/Die Einzelne kann den **„Gefällt mir“-Button** betätigen, **Kommentare verfassen**, **Status, Bilder oder Videos** online stellen, Inhalte **teilen** oder **schriftlich in Chats** kommunizieren. Ferner kann der/die Nutzer/in auch nur **online sein** und keine aktive Handlung tätigen.

6.3 Rechtliche Grundlagen

In Österreich gibt es **keinen Arbeitnehmer/innen-Datenschutz**, der nähere Regelungen in Bezug auf eine Überwachung durch Arbeitgeber/innen festlegt. Es müssen daher einzelne Normen für die rechtliche Beurteilung herangezogen werden. Gemäß **§ 16 ABGB** hat jeder Mensch **angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte**, sogenannte **Persönlichkeitsrechte**. § 16 ABGB stellt ein absolutes Recht dar, welches gegen jede/n wirkt und in welches grundsätzlich nicht eingegriffen werden darf. Es wird allerdings nicht geregelt, um welche Rechte es sich hierbei handelt. Es müssen daher weitere Bestimmungen, wie insbesondere § 1 DSG, Art 8 EMRK und Art 8 GRC für die weitere rechtliche Beurteilung herangezogen werden. Aufgrund der **unmittelbaren Drittwirkung** findet **§ 1 DSG** direkt auf das Arbeitsverhältnis und damit auf die Verarbeitung von personenbezogenen Daten von Arbeitnehmer/innen durch Arbeitgeber/innen Anwendung. **Art 8 EMRK** und **Art 8 GRC** sind aufgrund ihrer **mittelbaren Drittwirkung** auch für das Arbeitsverhältnis relevant und spielen daher in Bezug auf die Überwachung mittlerweile eine große Rolle. Der/Die Arbeitgeber/in kann daher nach Art 8 EMRK nicht ohne einen bestimmten Grund in den Schutzbereich (Privatsphäre und Korrespondenz) eingreifen. Nach Art 8 GRC kann der/die Dienstgeber/in nur personenbezogene Daten verarbeiten, wenn eingewilligt wurde oder eine gesetzliche Grundlage für diese vorliegt. Die nachstehenden untersuchenden Kapitel werden auf die in diesem Abschnitt eingegangenen Definitionen zurückgreifen.

6.4 Arbeitsverhältnis im Anbahnungsstadium

Anhand dieses Kapitels wurde dargestellt, dass die Entwicklungen in Bezug auf soziale Medien großen Einfluss auf **Arbeitsverhältnisse im Anbahnungsstadium** haben und damit zu vielen Problemen führen können. Dienstgeber/innen nutzen Social-Media-Dienste immer häufiger, um Informationen über den/die Bewerbungskandidat/in **bereits vor einem**

Bewerbungsgespräch zu erhalten und so eine schnelle **Entscheidung**, ob **ein/e Kandidat/in eingeladen** wird, treffen zu können. Es können Informationen wie zB Status-Meldungen, Kommentare oder veröffentlichte Bilder aus dem privaten Umfeld auf freizeitorientierten Plattformen eine Auswahl erleichtern und so Zeit sowie Geld sparen. Darüber hinaus können auch Recherchen stattfinden, wenn **bereits erste Gespräche geführt** werden. So könnte zB der/die potenzielle Arbeitgeber/in kontrollieren, ob Betriebsgeheimnisse, welche im Bewerbungsverfahren besprochen wurden, auf sozialen Diensten veröffentlicht worden sind.

Wenn zwischen dem/der potenziellen Arbeitgeber/in und Bewerber/in noch gar **kein Kontakt** zur Arbeitsstelle bestand, kann **keine Treuepflichtverletzung durch den/die potenzielle/n Arbeitnehmer/in** vorliegen, da noch gar kein vorvertragliches Schuldverhältnis zustande gekommen ist. Eine **Treuepflichtverletzung** im Anbahnungsstadium kann nur dann vorliegen, wenn **bereits erste Gespräche** geführt wurden. Werden zB auf Social-Media-Diensten Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse veröffentlicht und durch diese Handlung dem Unternehmen ein Schaden zufügt, kann eine Treuepflichtverletzung vorliegen.

Es wurden die Rechtslagen in Österreich, Deutschland und der Schweiz miteinander verglichen. In Österreich, wie auch in der Schweiz, gibt es im Vergleich zu Deutschland **keine eigenen Bestimmungen zum Arbeitnehmer/innen-Datenschutz** und daher keine spezifischen Regelungen, welche festlegen, in welchem Umfang Kontrollen durch Arbeitgeber/innen in der Bewerbungsphase zulässig und erlaubt sind. In Deutschland gibt es keine Regelungen, die die diskutierte Problematik im Speziellen festlegen. Es finden daher allgemeine Bestimmungen, wie insbesondere § 26 BDSG, Anwendung. In der Schweiz müssen nach Art 328b OR die Daten für die **Arbeitsstelle oder für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich** sein. Recherchen auf Suchmaschinen und beruflich orientierten Plattformen sind demzufolge sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland möglich. Auf private Netzwerke darf nicht zugegriffen werden.

Nach der **österreichischen** (DSG sowie allgemeines Persönlichkeitsrecht) und **europäischen** Rechtslage (EMRK und GRC) dürfen demnach **Daten aus Suchmaschinen und Webblogs** verwendet werden, sofern eine **Verbindung zur ausgeschriebenen**

Arbeitsstelle besteht, da die Informationen allgemein verfügbar sind. Recherchiert der/die Arbeitgeber/in auf **beruflich orientierten** Plattformen, ist dies **zulässig**, da diese geschaffen wurden, um eine Verbindung zwischen Arbeitgeber/innen und Arbeitnehmer/innen zu schaffen. Recherchen auf **freizeitorientierten Plattformen** sind **gesetzwidrig**.

Die vorliegende Untersuchung kommt zum Schluss, dass **in allen drei Staaten** die rechtliche Beurteilung von Recherchen auf Social-Media-Diensten und dem Internet in der Bewerbungsphase grundsätzlich **zum selben Ergebnis** gelangt, wobei in der Schweiz und Deutschland keine Beurteilung in Bezug auf Weblogs stattfand, in dieser Untersuchung allerdings schon.

Darüber hinaus wurden **einzelne Fallgruppen gebildet** und rechtlich beurteilt, ob diese für weitere Entscheidungen verwendet werden dürfen, wenn sie einen Zusammenhang zur Arbeitsstelle aufweisen. Es darf keine Berufung auf **unprofessionelle Profilnamen** erfolgen, da diese Daten für die Entscheidung, ob ein/e Arbeitnehmer/in für die Arbeitsstelle geeignet ist, nicht erforderlich und nicht aussagekräftig sind. Ob Informationen über **häufiges Posten von Inhalten für Entscheidungen** verwendet werden dürfen, hängt davon ab, wann der/die Einzelne aktiv war. Wenn der/die Bewerber/in in früheren Arbeitsstellen während der Arbeitszeit online war, kann dieser Hinweis für weitere Entscheidungen verwendet werden. War der/die Einzelne nur in der Freizeit oder in Pausen online, darf dies nicht verwendet werden. Äußerungen, die **Hasspostings oder diskriminierende Kommentare** enthalten, dürfen für weitere Entscheidungen herangezogen werden, da der/die Unternehmer/in in seinem/ihrem Erfolg, ein gutes Geschäft zu führen bzw in Aufrechterhaltung des eigenen Rufs geschädigt werden kann. Gefundene Daten über einen **allfälligen Alkoholkonsum** dürfen nur verwendet werden, wenn die Arbeitsstelle ein Risiko für Leben, Gesundheit oder das Eigentum des/der Arbeitgebers/in oder Dritter darstellt und die Information über eine Alkoholkrankheit vorliegt. Bilder über privates Trinken, Trinkgewohnheiten oder Daten über Einstellungen zum Alkohol dürfen nicht verwertet werden. Hinweise zu einer **schlechten Kommunikationsfähigkeit** dürfen herangezogen werden, wenn diese mit der Arbeitsstelle in einem Zusammenhang stehen. **Öffentliche Äußerungen** fallen unter den **Begriff der Weltanschauung**, wenn diese eine bestimmte Dichte und Tiefe aufweisen. Diese Daten dürfen in diesem Fall grundsätzlich nicht verwendet werden, da dies zu einer **Diskriminierung nach § 17 GIBG** führen würde. Eine Ausnahme besteht hiervon, wenn es sich nach **§ 20 Abs 2 GIBG** um einen Tendenzbetrieb

handelt. Fällt die politische Ansicht nicht unter den Begriff der Weltanschauung, kann **Art 10 EMRK** (Grundrecht auf freie Meinungsäußerung) für eine weitere Beurteilung herangezogen werden. Ein/e potenzielle/r Arbeitnehmer/in darf grundsätzlich nicht wegen der eigenen Meinung abgelehnt werden. Eine Ausnahme hiervon besteht für Tendenzbetriebe. Informationen über den **Familienstand, die ethnische Zugehörigkeit, Religion, das Alter und die sexuelle Orientierung** dürfen nicht als Grundlage für eine Entscheidung herangezogen werden, da dies eine Diskriminierung iSd §§ 17 Abs 1 Z 1 und 3 Z 1 GIBG darstellt. Daten, die eine **vorvertragliche Treuepflichtverletzung** zeigen, dürfen verwendet werden, da diese einen Zusammenhang zur Arbeitsstelle darstellen.

Der/Die Arbeitgeber/in kann **den/die Bewerber/in ablehnen**, wenn die **Recherche rechtlich in Ordnung** ist und die Daten mit der Arbeitsstelle in Verbindung stehen. Sollte eine vorvertragliche Treuepflichtverletzung vorliegen, kann uU Schadenersatz verlangt werden. Dem/Der potenziellen Arbeitnehmer/in stehen bei rechtswidriger Recherche durch den/die Arbeitgeber/in **verschiedene Rechtsbehelfe** aufgrund dem DSG, der EMRK und GRC zu. Nach Art 13 EMRK und Art 47 GRC kann eine Beschwerde beim nationalen Gericht eingelegt werden. Der/Die Bewerber/in könnte eine innerstaatliche Entscheidung erwirken, wenn sich diese/r auf § 879 ABGB stützt. Es kommt diesem/r ein Anspruch auf Schadenersatz zu. Darüber hinaus steht nach § 44 DSG dem/der Einzelnen ein Recht auf Auskunft sowie nach § 43 DSG ein Informationsrecht zu. Ferner kann die Löschung der zu Unrecht verarbeiteten Daten nach § 45 DSG begehrt werden.

Darüber hinaus kam die Verfasserin zum Schluss, dass die **Verpflichtung zur Herausgabe von Passwörtern von Social-Media-Diensten** gegen das DSG bzw die DSGVO **verstößt**, da die **Grundsätze** für eine rechtskonforme Verarbeitung nach Art 5 DSGVO **nicht erfüllt** sind. Eine Einwilligung ist aufgrund des Koppelungsverbots und des Vorliegens eines klaren Ungleichgewichts nicht freiwillig. Darüber hinaus weist der/die Arbeitgeber/in auch kein gewichtigeres Interesse als der/die Bewerber/in für die Verarbeitung auf. Ferner ist auch eine Verarbeitung nach dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nicht rechtmäßig, da die Abfragen und die Verwendung von Passwörtern der potenziellen Arbeitnehmer/innen durch Arbeitgeber/innen mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nicht vereinbar ist.

6.5 Aufrechtes Arbeitsverhältnis

Das fünfte Kapitel beschäftigte sich mit den Problemen, die im **aufrechten Arbeitsverhältnis** aufgrund der Nutzung durch Arbeitnehmer/innen auftreten. Das Kapitel zeigt, dass die Verwendung immer mehr an Bedeutung zwischen den Vertragsparteien gewinnt und vermehrt Probleme, wie einzelne diskutierte Sachverhalte aus der Praxis zeigen, auftreten. Es entstehen Konflikte, wenn zB die **Nutzung von privaten Profilen** in der Arbeitszeit **verboten** ist. Ferner kommt es zu Problemen, wenn zB **beruflich zur Verfügung gestellte Profile privat** genutzt werden. Außerdem kann auch inhaltlich betrachtet die Verwendung zu Problemen führen, wenn **betriebliche Interessen des/der Arbeitgebers/in tangiert** werden.

Die rechtliche Beurteilung hängt von der Profilart und dem Profilzweck ab. Es ist demnach zwischen **privaten** (von dem/der Arbeitnehmer/in erstellt) und **beruflichen Profilen** (von dem/der Arbeitgeber/in erstellt) zu unterscheiden. Diese können **beruflich oder privat genutzt** werden. Die berufliche Nutzung von privaten Profilen wurde nicht rechtlich beurteilt, da dies über den Rahmen der Arbeit hinausgehen würde.

Die **Nutzung von privaten Profilen in der Arbeitszeit**, kann abhängig von getroffenen Regelungen eine **Dienstpflichtverletzung** darstellen. Diese wird zB vorliegen, wenn die Verwendung **verboten und kein Notfall** eingetreten ist. Eine allfällige Verletzung hängt nicht davon ab, welche Handlung, wie zB „Liken“ oder Kommentieren, getätigt wurde, da bereits ausreicht, dass **überhaupt eine Nutzung stattgefunden** hat. Ferner kann durch die Nutzung auch eine **Treuepflichtverletzung** erfüllt sein. Es müssen **betriebliche Interessen tangiert** werden und private Interessen des/der Arbeitnehmers/in, wie zB Art 10 EMRK oder Art 8 EMRK, dürfen diesen nicht entgegenstehen. ZB stellt das Verraten von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen eine Verletzung dar. Das reine Online-Sein stellt noch **keine Missachtung** dar. Durch „Liken“, Kommentieren, Statusupdates, Hochladen von Bildern oder Videos, das Teilen sowie Kommunikationen in Chats kann eine Verletzung erfüllt sein.

Darüber hinaus kann auch die **berufliche Nutzung von beruflichen Profilen** eine **Dienstpflichtverletzung** darstellen. Diese hängt wiederum von getroffenen Regelungen, wie zB **Social-Media-Richtlinien**, ab. Eine Treuepflichtverletzung kann, wie auch bei der

Nutzung privater Profile, vorliegen, wenn zB **Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse** nicht eingehalten oder **Hasspostings verfasst** werden.

Ferner stellt auch die **private Verwendung von beruflichen Profilen** abhängig von getroffenen Regelungen eine **Dienstpfllichtverletzung** dar, wenn zB ein Verbot der privaten Nutzung nicht eingehalten wird. Im Gegensatz zur Nutzung von privaten Profilen ist es **nicht vorstellbar**, dass **ein Notfall eintritt**. Die rechtliche Beurteilung einer **Treuepflichtverletzung** kann mit der bei der beruflichen Verwendung sowie der privaten Nutzung für private Zwecke verglichen werden. Es kann zB eine Verletzung vorliegen, wenn **vorgegebene Regelungen nicht eingehalten** werden. Die Handlungen könnten eine Dienst- sowie Treuepflichtverletzung darstellen.

Die Untersuchung beschäftigte sich nicht nur mit Handlungen, die in der Arbeitszeit getätigt wurden, sondern auch mit der **Nutzung außerhalb der Arbeitszeit**. Es ist nicht möglich, dass es außerhalb der Dienstzeit zur Verletzung der Hauptleistungspflichten (= Arbeitspflicht) kommt. Es besteht allerdings die Möglichkeit, dass Nebenleistungspflichten, wie zB Anordnungen in einem Krankenstand nicht beachtet werden, missachtet werden. Außerdem kann ein Verhalten des/der Arbeitnehmers/in die Treuepflicht verletzen. Es kann sich zB um Postings handeln, die auch während der Arbeitszeit eine Verletzung nach sich ziehen.

Um mögliche Dienst- sowie Treuepflichtverletzung zu finden, kontrollieren Dienstgeber/innen sowohl private als auch berufliche Profile. Diese **Kontrolle** führt zu Problemen, da idR ein **Eingriff in das Recht auf Privatsphäre und Datenschutz** erfolgt. Die Untersuchung beschäftigte sich daher auch mit der Prüfung, ob eine Kontrolle durch den/die Arbeitgeber/in rechtmäßig ist. Sowohl auf europäischer nach Art 8 EMRK und Art 8 GRC als auch auf österreichischer Ebene nach § 1 DSG ist eine Kontrolle auf **privaten und beruflichen** Profilen, welche **für private Zwecke verwendet** werden, **grundsätzlich unzulässig** und demnach nur **in Ausnahmefällen** möglich. Die Rechtmäßigkeit hängt davon ab, ob eine Kontrolle der Dienst- sowie Treuepflicht erfolgt. Die **Einhaltung der Dienstpfllicht** darf nur untersucht werden, wenn ein **Verbot für die private Nutzung** in der Arbeitszeit besteht. Es dürfen nur **Verkehrsdaten**, wie zB der „zuletzt online“ Status, und keine Inhaltsdaten kontrolliert werden. Die **Einhaltung der Treuepflicht** darf nur überprüft werden, wenn ein **bestimmter Verdacht** der Nicht-Einhaltung besteht. Berufliche Profile,

die für **berufliche Zwecke verwendet** werden, dürfen **grundsätzlich kontrolliert** werden, sofern die einzelnen Grundsätze, die sich aus den einzelnen anzuwendenden Gesetzen ergeben, Beachtung finden.

Neben den allgemeinen Bestimmungen, welche für die Untersuchung herangezogen wurden, spielen auch **Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats** eine wichtige Rolle in Bezug auf die Kontrolle von Social-Media-Diensten. **§ 96 Abs 3 ArbVG** findet dementsprechend Anwendung, da es möglich ist, **technische Systeme einzurichten**, die soziale Netzwerke kontrollieren. Sowohl bei **privaten als auch beruflichen Profilen**, die für **private Zwecke** verwendet werden, wird durch die Einführung von Kontrollsystemen die **Menschenwürde verletzt**. Daher kann der Betriebsrat solchen Kontrollhandlungen **nicht zustimmen** und diese muss durch den/die Arbeitnehmer/in erfolgen. Die Überwachung der **beruflichen Nutzung von beruflichen Profilen** kann die **Menschenwürde berühren**. Es kommt hier auf die technischen Möglichkeiten des Kontrollsystems an. Wenn es zu einer Berührung kommt, hat der Betriebsrat zuzustimmen. Ist kein Betriebsrat eingerichtet, muss der/die Dienstnehmer/in selbst nach **§ 10 AVRAG** zustimmen.

§ 96a Abs 1 Z 1 ArbVG kann bei der Einführung von automationsunterstützten Kontrollsystemen zur Anwendung kommen. Es finden sich auf **beruflichen Netzwerken** sowohl Informationen über **fachliche Voraussetzungen sowie allgemeine Angaben** zur Person. Bei einem ausschließlichen Zugriff auf Letztere muss der Betriebsrat nicht zustimmen. Ist das System allerdings objektiv geeignet, auf darüberhinausgehende personenbezogene Daten zuzugreifen, hat eine Zustimmung zwingend zu erfolgen. Auf **privaten Profilen** befinden sich nur Daten, die **über die allgemeinen Angaben** zur Person hinausgehen. Eine Einrichtung von Kontrollsystemen setzt eine Zustimmung voraus. **§ 96a Abs 1 Z 2 ArbVG** findet bei privaten und beruflichen Profilen, die für **private Zwecke** verwendet werden, **keine Anwendung**, da die **Menschenwürde** durch die Einführung **verletzt** werden würde und demnach **§ 96 Abs 3 ArbVG** Vorrang hat. Bei **beruflichen Profilen**, welche **beruflich genutzt** werden, hängt die Beurteilung davon ab, ob die **Menschenwürde tatsächlich berührt** wird. Es ist in diesem Fall immer eine Interessensabwägung durchzuführen. Wenn keine Berührung erfolgt, findet **§ 96a Abs 1 Z 2 ArbVG** Anwendung, ansonsten ist **§ 96 Abs 3 ArbVG** heranzuziehen.

Hinsichtlich der Anwendung des **Beweisverwertungsverbots** kam die Verfasserin zum Schluss, dass der/die Arbeitgeber/in **Beweise**, die auf **privaten Social-Media-Diensten rechtswidrig gesammelt** wurden, **nicht verwertet** werden dürfen, da ein **schwerer Eingriff** in die Persönlichkeitsrechte stattfindet. Bei beruflichen Profilen erfolgt hingegen grundsätzlich kein schwerer Eingriff. Dem/Der Arbeitgeber/in kommen eine Reihe an Möglichkeiten zu, wenn der/die Arbeitnehmer/in eine Treue- und/oder Dienstpflichtverletzung begangen und keine rechtswidrig erlangte Kontrolle stattgefunden hat. Es besteht die Möglichkeit, eine **Verwarnung** auszusprechen. Darüber hinaus kann auch das **Arbeitsverhältnis gekündigt** werden, wenn die Kündigungsfrist und der Kündigungsschutz beachtet werden. Außerdem kann eine **Entlassung gerechtfertigt** sein, wenn die im Gesetz festgelegten Entlassungsgründe erfüllt sind.

Erfolgt eine **rechtswidrige Kontrolle** durch den/die Arbeitgeber/in, stehen dem/der Arbeitnehmer/in eine **Reihe an Rechtsbehelfen** zur Verfügung. Diese/r hat nach **Art 13 EMRK** und **Art 47 GRC** ein Recht auf eine **wirksame Beschwerde** bei den nationalen Gerichten. Der/Die Arbeitnehmer/in könnte eine innerstaatliche Entscheidung erwirken, wenn sich diese/r auf § 879 ABGB stützt. Es kommt diesem/r ein Anspruch auf Schadenersatz zu. Darüber hinaus haben Arbeitnehmer/innen einen **Anspruch auf Unterlassung** und **Beseitigung** der unzulässigen Kontrollmaßnahmen. Des Weiteren kann auch Schadenersatz gem § 16 ABGB begehrt werden. Nach § 44 DSG hat der/die Dienstnehmer/in ein **Recht auf Auskunft** und nach § 43 DSG ein **Recht auf Information**. Ferner kann gemäß § 45 DSG die **Löschung der erhobenen Daten** beantragt werden. Kommt der/die Arbeitgeber/in dieser Verpflichtung nicht nach, kann eine Beschwerde bei der Datenschutzbehörde erhoben werden.

7. Literaturverzeichnis

- *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ (2015).
- *Alonso*, Social Media in the Employment Relationship Context: A Typology of Emerging Conflicts, and notes for the Debate, CLLPJ 2018, 289.
- *Andréewitch*, Social Networks im Arbeitsverhältnis (2014).
- *Basler*, Instagram für Unternehmer (2018).
- *Becker*, Das Arbeitsrecht als Schrittmacher europäischer Grundrechtsdogmatik: Zur Drittwirkung sozialer Grundrechte, in FS Franz Marhold (2020).
- *Berka*, Verfassungsrecht⁷ (2018).
- *Bothe/Springer*, Facebook als Gefahr für die Arbeitswelt?! (Teil 1), ARD 6568/5/2017.
- *Bothe/Springer*, Facebook als Gefahr für die Arbeitswelt?! (Teil 2), ARD 6569.
- *Brameshuber*, Rechtfertigung des Verbots von religiösen und weltanschaulichen Zeichen und Kleidungsstücken durch generelle Unternehmenspolitik der Neutralität, ZAS 2017, 224.
- *Bresich/Dopplinger/Dörnhöfer/Kunnert/Riedl*, DSG Datenschutzgesetz Kommentar (2018).
- *Breyer*, Verarbeitungsgrundsätze und Rechenschaftspflicht nach Art 5 DS-GVO, DuD 2018, 311-317.
- *Brodil*, Der Inhalt der Arbeitspflicht, in *Mazal/Risak* (Hrsg), Arbeitsrecht: System- und Praxiskommentar³⁴ (2019).
- *Brodil*, Die Treuepflicht des Arbeitnehmers, in *Mazal/Risak* (Hrsg), Arbeitsrecht: System- und Praxiskommentar³⁴ (2019).
- *Brodil*, Kontrolle und Datenschutz im Arbeitsrecht, ZAS 2009/21.
- *Brodil*, Private Verrichtung des Arbeitnehmers während der Arbeitszeit, in *Mazal/Risak* (Hrsg), Arbeitsrecht: System- und Praxiskommentar³⁴ (2019).
- *Brodil*, Eine nicht dem AN offengelegte Kommunikationsüberwachung am Arbeitsplatz verletzt das in Art 8 EMRK geschützte Recht auf Privatleben, ZAS 2018, 33.
- *Brodil*, Weisungen und Vertragsanpassung, in *Mazal/Risak* (Hrsg), Arbeitsrecht: System- und Praxiskommentar³⁴ (2019).
- *Brodil*, Arbeitnehmerdatenschutz und Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), ecolex 2018, 486.

- *Brodil*, Datenschutz im Arbeitsverhältnis (2010).
- *Brodil*, Individualarbeitsrechtliche Fragen der Kontrolle, in *Resch* (Hrsg), Die Kontrolle des Arbeitnehmers vor dem Hintergrund moderner Medien (2005).
- *Brodil*, Die Kontrolle der Nutzung neuer Medien im Arbeitsverhältnis – Kontrollbefugnisse des Arbeitgebers zwischen Datenschutz und Persönlichkeitsrechten, ZAS 2004/28.
- *Brodil*, Datenschutz und Arbeitsrecht – Es bleibt alles anders, in *Körper-Risak/Brodil* (Hrsg), Datenschutz und Arbeitsrecht – Es bleibt alles anders (2018).
- *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen⁹ (2016).
- *Burger-Ehrnhofer/Drs/Eichinger/Födermayr/Jabornegg/Mayr/Reiner* in *Jabornegg/Resch*, ArbVG (2016).
- *David*, Alkohol am Arbeitsplatz, PVP 2013, 273-275.
- *Däubler*, Internet und Arbeitsrecht, Web 2.0 Social Media und Crowdwork⁵ (2015).
- *Dellisch*, Private E-Mail- und Internet-Nutzung am Arbeitsplatz - Gestaltung der Nutzung und Kontrolle durch den Dienstgeber, ASoK 2001, 316.
- *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG⁴ (2019).
- *Dolamic*, Background-Checks bei Bewerbern, DaKo 2017/65.
- *Egermann*, Abschluss und Mängel des Dienstvertrags, in *Mazal/Risak* (Hrsg), Arbeitsrecht: System- und Praxiskommentar³⁴ (2019).
- *Egermann* Die Anbahnung des Arbeitsvertrages, in *Mazal/Risak* (Hrsg), Arbeitsrecht: System- und Praxiskommentar³⁴ (2019).
- *Ernst*, Social Networks und Arbeitnehmer – Datenschutz, NJOZ 2011, 955.
- *Fellner*, Betroffenenrechte nach der DSGVO, VbR 2018, 84.
- *Filho*, Brazilian Labor Law and Social Media, CLLPJ 2018, 345.
- *Firlei*, Alkohol am Arbeitsplatz Fragerecht, Verbote, Kontrolle, ZAS 2009, 35.
- *Forst*, Bewerberauswahl über soziale Netzwerke im Internet?, NZA 2010, 427.
- *Franzen*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht¹⁸ (2018).
- *Fritz*, Anwendungsbereich und Rechtfertigung – Alles neu macht die DS-GVO?, Jahrbuch Datenschutzrecht 2016, 9.
- *Geiser*, Darf die Arbeitgeberin den Bewerber Googeln?, in *Gschwend/Hettich/Müller-Chen/Schindler/Wildhaber* (Hrsg), Recht im digitalen Zeitalter (2015).
- *Gerhartl*, Bedeutung der Meinungsfreiheit im Arbeitsrecht, ARD 6663/4/2019.

- *Gerhartl*, Der Schutz von Persönlichkeitsrechten (2009).
- *Gerhartl*, Fragerecht im Bewerbungsgespräch, PV-Info 2008, 38.
- *Gerhartl*, Nutzung von Social Media im Arbeitsrecht - Setzen von Entlassungstatbeständen, ASoK 2016, 369.
- *Gerhartl*, Verwendung sozialer Medien, RdW 2018, 366.
- *Gerloff*, Erfolgreich auf YouTube: Social Media Marketing mit Online Videos (2014).
- *Geiring*, Risiken von Social Media und User Generated Content (2017).
- *Goricnik*, Die Einwilligung des Arbeitnehmers als Rechtsgrundlage einer Datenverarbeitung nach der DSGVO, Dako 2017, 33.
- *Graf/Schöberl*, Beweisverwertungsverbote im Arbeitsrecht?, ZAS 2004/30.
- *Griller*, Drittwirkung und Fiskalgeltung von Grundrechten, ZfV 1983, 1.
- *Grünanger/Goricnik*, Arbeitnehmer-Datenschutz und Mitarbeiterkontrolle² (2018).
- *Hitz*, Internet-Recherchen über Bewerberinnen – warum und in welcher Form Background Checks doch möglich sind, Manz 2018, 12.
- *Holoubek/Oswald in Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar² (2019).
- *Hornung/Müller-Terpitz*, Rechtshandbuch Social Media (2015).
- *Hötzendorfer/Tschohl/Kastelitz in Knyrim*, DatKomm (2018).
- *Jabornegg in Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG (2012).
- *Kainz*, Entlassung wegen Hasspostings, ARD 6468/5/2015.
- *Kania/Sansone*, Möglichkeiten und Grenzen des Pre-Employment-Screenings, NZA 2012, 360.
- *Kania*, Soziale Netzwerke, in *Küttner* (Hrsg), Personalbuch 2020²⁷ (2020).
- *Karl*, Überwachung der Kommunikation am Arbeitsplatz, Bărbulescu gg . Rumänien, Urteil vom 5.9.2017, Große Kammer, Bsw. Nr. 61.496/08 NLMR 2017, 430.
- *Kastelitz/Hötzendorfer/Tschoh* in *Knyrim*, Dat Komm (2018).
- *Kastelitz in Knyrim*, Dat Komm (2018).
- *Kern/Schweiger*, die Bedeutung der Nutzung von Social Media im Entlassungsrecht, ZAS 2013, 51.
- *Kietaihl/Rebhahn in Neumayr/Reissner*, Zell Komm³ (2018).
- *Klaushofer*, Strukturmerkmale des Art 13 EMRK, NLMR 2014, 185.

- *Knyrim/Tretzmüller*, Die praktisch wichtigsten Regelungen des DSG (neu), *Dako* 2017, 50.
- *Kodek*, Die Verwertung rechtswidriger Tonbandaufnahmen und Abhörergebnisse im Zivilverfahren, *ÖJZ* 2001, 281.
- *König* in *Kuras*, Handbuch Arbeitsrecht (2017).
- *Körber-Risak*, Das Gleichbehandlungsgesetz (GlBG) und die Antidiskriminierungsbestimmungen des Behinderteneinstellungsgesetzes (BEinstG), in *Mazal/Risak* (Hrsg), Arbeitsrecht: System- und Praxiskommentar³⁴ (2019).
- *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB³ (2000).
- *Kröll* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar² (2019).
- *Kuchler*, Krankheitwert – was ist das?, *DAG* 2016, 39.
- *Lepperhoff*, Pre Employment Screening im Lichte der DS-GVO, *ZD Aktuell* 2017, 5748.
- *Leupold/Schrems* in *Knyrim*, *Dat Komm* (2018).
- *Levy*, *Google Inside*, wie Google denkt, arbeitet und unser Leben verändert (2012).
- *Lewandowski*, Suchmaschinen, in *Kuhlen/Semar/Strauch* (Hrsg), Grundlagen der praktischen Information und Dokumentation⁶ (2013).
- *Lindmayr*, Einstellung der Firmenpension wegen hetzerischen Facebook-Postings, *ARD* 6568/8/2017.
- *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ (2017).
- *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht³ (2016).
- *Majoros*, Social Networks und Arbeitsrecht, *ecolex* 2010, 829.
- *Majoros*, Überwachung der E-Mail-Nutzung am Arbeitsplatz, *DRdA* 2018/18.
- *Mayr*, Arbeitsrecht (2016).
- *Mayr*, Arbeitsrecht (2019).
- *Mazal*, Religion und Weltanschauung Zur Auslegung eines Tatbestands im GlBG, *ZAS* 2017/25.
- *McEwan/Flood*, Passwords for jobs: Compression of identity in reaction to perceived organizational control via social media surveillance, *new media & society* 2015, 1715-1734.
- *Mosler* in *Neumayr/Reissner*, *Zell Komm*³ (2018).
- *Noga*, Verwarnungen im Arbeitsrecht, *ARD* 6670/4/2019.

- *Obereder*, E-Mail und Internetnutzung aus arbeitsrechtlicher Sicht, DRdA 2001, 75.
- *Oberhofer/Ghahramani-Hofer* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB AV-Klauseln² Besonderer Teil, 29. Klausel (2019).
- *Pačić/Völkl-Posch*, Die einzelnen Betriebsvereinbarungstatbestände, in *Mazal/Risak* (Hrsg), Arbeitsrecht: System und Praxiskommentar³⁴ (2019).
- *Paefgen*, Der von Art. 8 EMRK gewährleistete Schutz vor staatlichen Eingriffen in die Persönlichkeitsrechte im Internet, in *Bogdandy/Peters* (Hrsg), Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht (2016).
- *Pfeil* in *Neumayr/Reissner*, Zell Komm³ (2018).
- *Pollirer/Weiss/Knyrim/Haidinger*, DSGVO (2017).
- *Pollirer/Weiss/Knyrim/Haidinger*, DSG⁴ (2019).
- *Pollirer*, Checkliste für eine Social-Media-Richtlinie (Social-Media-Guideline), Dako 2017, 8.
- *Posch* in *Schwimann/Kodek ABGB*⁴ (2011).
- *Portmann*, BSK-OR I⁵ (2011).
- *Przeszłowska*, Internet und E-Mail am Arbeitsplatz, ARD 6392/6/2014.
- *Rebhahn*, Mitarbeiterkontrolle am Arbeitsplatz (2009).
- *Reiner*, Neue Judikatur zum Arbeitsrecht in Österreich und in Europa, ZAS 2012/22.
- *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, Zell Komm³ (2018).
- *Resch*, Arbeitsrechtliche Fragen der Internetnutzung, in *Mayrhofer/Plöckinger* (Hrsg), Aktuelles zum Internet-Recht (2006).
- *Riesenhuber* in *Wolff/Brink*, BeckOK Datenschutzrecht²³ (2013).
- *Riesz* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar² (2019).
- *Risak*, Das Verbot der Diskriminierung wegen der Weltanschauung, in FS Arbeiten in Würde (2019).
- *Risak*, Employer acquisition and Use of the Contents of Employee Social Media: An Overview, CLLPJ 2018, 441.
- *Rosenmayer-Klemenz*, EU-Datenschutz-Grundverordnung (EU-DSGVO) und Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018 (2018).
- *Ruß*, Glosse zu OGH 29.9.2011, 8 ObA 52/11x, jusIT 2012/5, 13.
- *Sabara*, Entlassung wegen genesungswidrigen Verhaltens im Krankenstand, ARD 6603/7/2018.

- *Sacherer*, Datenschutzrechtliche Aspekte der Internetnutzung von Arbeitnehmern, RdW 2005/221.
- *Schallmoser*, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Host Providers für "Hasspostings", ÖJZ 2018/26.
- *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2017).
- *Schiff* in *Ehmann/Selmayr*, DS-GVO (2018).
- *Schmidt*, Social Media (2018).
- *Schmitt*, Freunde, Fans und Follower (2017).
- *Schockenhoff*, Soziale Netzwerke im Arbeitsrecht, in *Davy/Kamanabrou/Ricken/Rolfs* (Hrsg), Arbeit und sozialer Schutz XXXII (2015).
- *Schopper*, Aktuelle Bemerkungen zu Anwendungsfragen bei Suchtmitteldelinquenz Life for Sale – Suchtmittel(straf)recht und Therapie im Richtungsstreit, JSt 2013, 223.
- *Schrammel*, Die Freiheit der Meinungsäußerung im Arbeitsverhältnis, MR 2013, 119.
- *Schuh/Schuh*, Whatsapp – Die verständliche Anleitung² (2018).
- *Schwenke*, Social Media Marketing & Recht² (2014).
- *Silbernagl*, Daten im Arbeitsverhältnis, Lexis Briefings Personalrecht Lexis 360 2019.
- *Splitzgerber*, Praxishandbuch Rechtsfragen Social Media (2013).
- *Stella/Winter* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB AV-Klauseln² Besonderer Teil (2019).
- *Strasser/Jabornegg*, ArbVG³ (1999).
- *Taeger* in *Taeger/Gabel* DSGVO BDSG³ (2019).
- *Thiele*, Internet am Arbeitsplatz, ecolex 2001, 75.
- *Tlapak/Ciarnau*, Schweigen gilt nicht als Einwilligung in Datenverarbeitung - DSGVO stellt klare Kriterien für Informationspflicht auf, Der Standard 2018/17/02.
- *Tretzmüller*, Der globale Anwendungsbereich der DSGVO, warum auch die DSGVO auch in Drittländern umgesetzt werden sollte, Dako 2018, 8.
- *Wagner*, Die Datenschutz-Grundverordnung: die Betroffenenrechte (Teil IV), Dako 2015, 59.
- *Weber*, Überwachung der privaten Internetnutzung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber und Entlassung, NLMR 2016, 42.
- *Wildhaber/Hänsenberger*, Internet am Arbeitsplatz, ZBJV 152/2016, 307.

- *Windhager/Forgo*, Hasspostings – Bedarf es einer gesetzlichen Verschärfung, AnwBl 2017, 98.
- *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ (2018).
- *Windisch-Graetz* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II¹⁰ (2017).
- *Winstel*, Arbeitsrechtliche Aspekte von Social Media (2016).
- *Wybitul*, der neue Beschäftigtendatenschutz nach §26 BDSG-neu – was Arbeitgeber und Beschäftigte über den geplanten Datenschutz am Arbeitsplatz wissen sollten, ZD Aktuell 2017, 05483.
- *Zou*, Social Media and Privacy in the Chinese Workplace: Why One Should Not “Friend” Their Employer on WeChat, CLLPJ 2018, 422.
- *Züger*, Digitaler ziviler Ungehorsam Spurensuche der Dissidenz im digitalen Zeitalter, juridikum 2014, 472.

Abstract

Durch die rasante Verbreitung des Internets und die technologischen Errungenschaften auf diesem Gebiet hat sich in den letzten 20 Jahren das **private und öffentliche Leben** vieler Menschen grundlegend **verändert**. Die Kommunikation verlagert sich zusehends in diese digitale Dimension und damit auf **Social-Media-Dienste**, wie zB Facebook, Instagram oder WhatsApp, welche **neue soziale Räume** für die einfache Verbreitung von Informationen für die Allgemeinheit darstellen.

Im Rahmen dieser Untersuchung wurde erforscht, wie sich die neuen Social-Media-Dienste und deren **Funktionen auf das Arbeitsverhältnis auswirken** und wie **neu entstandene Problematiken** zu lösen sind. Da es bis heute **keine gesetzlichen Regelungen** in Bezug auf Social-Media-Dienste gibt, hat diese Untersuchung dazu gedient, ein System für die Beurteilung von **selbst geschaffenen Fallgruppen**, die auf mehreren Kriterien, wie z.B. der Art der Nutzung, basieren, auszuarbeiten. Mit Hilfe eines eigens entwickelten **Flussdiagrammes** wurde dieses Beurteilungssystem veranschaulicht und zugänglich gemacht. Der Fokus der Arbeit liegt hierbei auf dem **Arbeitsverhältnis im Anbahnungsstadium** und dem **aufrechten Arbeitsverhältnis**.

Die vorliegende Arbeit führte zu dem Ergebnis, dass die Entwicklung in Bezug auf soziale Medien **großen Einfluss** sowohl auf das Arbeitsverhältnis im Anbahnungsstadium als auch im aufrechten Arbeitsverhältnis hat und damit **zu vielen Konflikten** zwischen den (potenziellen) Vertragsparteien führen kann. Diese Problematik wurde mithilfe der **aktuell geltenden Rechtslage in Österreich und Europa** behandelt und ausführlich diskutiert. In diesem Zuge wurden Entscheidungen von österreichischen, deutschen und europäischen Gerichten analysiert und auf die vorgenannte Problematik angewandt. Darüber hinaus wurde untersucht, ob bereits behandelte Fälle mit neu entstandenen verglichen und gleich oder ähnlich juristisch abgehandelt werden können.