

# Angriffe auf den Arbeitnehmer im Internet

von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

## I. Die Problematik

Arbeitnehmerdaten geraten immer häufiger ins Internet. Der Arbeitgeber stellt etwa Name, Titel, Qualifikation, Arbeitsgebiet und Erreichbarkeit von Mitarbeitern ins Netz, um so einen gewissen Werbeeffect zu erzielen und zugleich die Kontakte nach außen zu erleichtern. Nicht selten finden sich auch Fotos auf den Websites der Unternehmen. Dies läuft auf eine weltweite Veröffentlichung hinaus, auch wenn dies der EuGH nicht immer so sehen mag.<sup>1</sup> Bisweilen soll Kunden und anderen Interessierten die Möglichkeit eröffnet werden, dort über ihre Erfahrungen mit der Firma und ihren Beschäftigten zu berichten. So betrieb etwa ein Unternehmen eine Facebook-Seite, die ausdrücklich auch „Besucher-Beiträge“ ermöglichte, was nach deutschem Recht die Frage aufwirft, ob es sich nicht um eine mitbestimmungspflichtige Kontrolleinrichtung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG handelt.<sup>2</sup> Bisweilen beteiligen sich Arbeitnehmer auch an sog. Fanpages des Arbeitgeberunternehmens und lassen dort ihren positiven Gefühlen freien Lauf,<sup>3</sup> die echt, aber auch ein wenig den Umständen geschuldet sein mögen. Dabei existieren nicht selten „Empfehlungen“ oder „Guidelines“, die ein angemessenes Verhalten vorschreiben.<sup>4</sup> Schließlich gibt es immer mehr „Bewertungsportale“, die das Verhalten der Angehörigen bestimmter Berufsgruppen beurteilen. Als erste waren Lehrer betroffen, die von Schülern anonym beurteilt wurden, was zu einer Grundsatzentscheidung des BGH führte.<sup>5</sup> Zu zahlreichen gerichtlichen Auseinandersetzungen führten Ärztebewertungsportale,<sup>6</sup> doch sind auch Professoren,<sup>7</sup> Handwerker<sup>8</sup> und Gastronomen<sup>9</sup> einbezogen. Selbst Arbeitgeber<sup>10</sup>

---

<sup>1</sup> Im Fall Bodil Lindqvist (EuGH v. 6.11.2003 – C-101/01 – JZ 2004, 242) hat dies der Gerichtshof für den Geltungsbereich der EG-Datenschutzrichtlinie verneint.

<sup>2</sup> Dazu BAG v. 13.12.2016 – 1 ABR 7/15 - juris

<sup>3</sup> S. Venzke, Social Media Marketing, DuD 2011, 387 ff.

<sup>4</sup> Zu ihrem Inhalt und den Folgen ihrer Nichtbeachtung s. Däubler, Internet und Arbeitsrecht, 5. Aufl., Frankfurt/Main 2015, Rn. 211 ff.

<sup>5</sup> BGH v. 23.6.2009 – VI ZR 196/08 – NJW 2009, 2888 – „Spickmich“

<sup>6</sup> BGH v. 1.7.2014 – VI ZR 345/13 – NJW 2014, 2651 – „Ärztbewertungsportal I“; BGH v. 23.9.2014 – VI ZR 358/13 – NJW 2015, 489 ff. – „Ärztbewertungsportal II“; BGH 1.3.2016 – VI ZR 34/15 – NJW 2016, 2106 – „Ärztbewertungsportal III“

<sup>7</sup> [www.meinprof.de](http://www.meinprof.de)

<sup>8</sup> [www.bewertet.de/bewertung/handwerker-bewertung](http://www.bewertet.de/bewertung/handwerker-bewertung)

<sup>9</sup> Dazu Günther, Rechtlicher Spielraum bei Gastronomiebewertungen – zwischen Meinungsfreiheit und Schmähkritik, NJW 2013, 3275

<sup>10</sup> [www.kununu.com](http://www.kununu.com) und [www.mein-chef.de](http://www.mein-chef.de)

müssen sich eine Beurteilung im Internet durch anonym bleibende Menschen gefallen lassen.

In fast allen diesen Fällen werden auch Arbeitnehmer beurteilt – als angestellte Lehrer, Ärzte, Professoren, als Mitarbeiter im Handwerksbetrieb oder im Hotel sowie ggf. als persönliche Referenten des Arbeitgebers. Wie können sie sich zur Wehr setzen, wenn sie durch kritische Äußerungen unsachlich angegangen, herabgewürdigt oder beleidigt werden? Ist es für sie zumutbar, die Dienste eines Rechtsanwalts in Anspruch zu nehmen oder gar einen Prozess durch zwei oder drei Instanzen zu führen und dabei das Kostenrisiko zu tragen? Die Fragen sind in der Vergangenheit nur sehr selten aufgetaucht, weil das dienstliche „Handeln nach außen“ im traditionellen Unternehmen die Ausnahme war, während heute sehr viele Beschäftigte im Netz arbeiten und so gegenüber Dritten in Erscheinung treten. Dazu kommt, dass es ein Kritiker im Zeitalter der Informationstechnik sehr viel leichter hat – dass sich eine Zeitung unfreundlich mit der Tätigkeit eines Außendienstmitarbeiters auseinandersetzte, war vor 50 Jahren eine wenig naheliegende Möglichkeit, die allenfalls in Extremfällen praktisch wurde. Heute werden Kunden gefragt, ob und in welchem Maße sie mit dem Service zufrieden waren, und sie können mit Hilfe von ein paar wenigen Klicks antworten. Manche werden auch von sich aus aktiv und geben ihre Meinung zum besten. Es ist daher alles andere als ein Zufall, dass sich die deutsche Rechtsprechung in der jüngsten Vergangenheit so viel mit Bewertungsportalen zu befassen hatte. Die Unübersichtlichkeit der Welt des Internets soll durch sie transparenter werden, weil man zu wissen glaubt, wem man Vertrauen schenken und wem man dieses verweigern kann und sollte.<sup>11</sup>

Die damit verbundenen Fragen aus arbeitsrechtlicher Sicht in einer Festschrift für Thomas Geiser zu erörtern, bietet sich an, weil der Jubilar wie nur wenige andere Sensibilität für neue technische Entwicklungen und ihre arbeitsrechtlichen Auswirkungen besitzt.<sup>12</sup> Wenn dabei durchgehend die deutsche Perspektive zugrunde gelegt wird, so hängt dies mit dem beschränkten Informationsstand des Verfassers, aber auch damit zusammen, dass eine gewisse Vermutung besteht, ähnliche Fragen könnten die Arbeitsrechtler in der Schweiz beschäftigen.

---

<sup>11</sup> S. auch Boehme-Neßler, Rating von Menschen, K&R 2016, 637 ff.

<sup>12</sup> S. nur Geiser, Überwachung am Arbeitsplatz - Der schmale Grat zwischen rechtlicher Notwendigkeit und den rechtlichen Schranken, Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit (digma), 2/2015 S. 50 f.

Im Folgenden soll es zunächst um die Konstellation gehen, dass der Arbeitgeber auf seiner Website oder auf seiner Seite in einem sozialen Netzwerk wie Facebook bewusst Dritten die Möglichkeit eröffnet, das Verhalten seiner Beschäftigten zu beurteilen. Ist dies zulässig, bedarf es nach deutschem Recht der Zustimmung des Betriebsrats? Nicht weniger wichtig sind schon heute die erwähnten Bewertungsportale: Wie viel Kritik muss sich der einzelne Arbeitnehmer gefallen lassen, wie sind Meinungsfreiheit und allgemeines Persönlichkeitsrecht zu gewichten? Bestehen Zweifel, ob die Grenzen zulässiger Kritik überschritten sind, hilft oft nur eine gerichtliche Klärung. Ist es allein Sache des Arbeitnehmers, sie herbeizuführen, oder kann er dafür die Unterstützung des Arbeitgebers in Anspruch nehmen, der z. B. für einen Rechtsanwalt sorgen und die Kosten dafür tragen muss?

## **II. Die vom Arbeitgeber ermöglichte Beurteilung**

### **A.) Der Lebenssachverhalt**

Das Arbeitgeberunternehmen nimmt in fünf „Transfusionszentren“ Blutspenden entgegen, wo sie verarbeitet und anschließend weiter veräußert werden. Im April 2013 eröffnete es eine Facebook-Seite, die es allen Nutzern ermöglichte, Kommentare zu posten, die dann an einer virtuellen Pinnwand befestigt wurden. Sie sollten – so die ausdrückliche Aufforderung – den weiteren Meinungs austausch anregen. Mit einem „Gefällt-mir“-Button konnte Zustimmung zum Ausdruck gebracht werden.

Noch an dem Tag, an dem die Seite zugänglich gemacht wurde, stellte ein anonymes Blutspender einen Kommentar mit folgendem Wortlaut ein: „Ich war am 14.4.2013 in N. mein Kostbares abzapfen zu lassen. Gehe schon spenden seit ich 18 bin. Muss aber sagen die gestern die Nadel gesetzt hat, solle es noch lernen. Stechen kann die nicht.“

Am folgenden Tag nahm die Arbeitgeberin auf dieser Seite zu dem Kommentar Stellung; was sie inhaltlich schrieb, wird in den vorliegenden gerichtlichen Entscheidungen nicht mitgeteilt. Zwei Monate später ging ein Kommentar über einen Arzt ein. Er habe eine ältere Blutspenderin nicht korrekt untersucht, so dass sie beinahe kollabiert sei und per Infusion habe stabilisiert werden müssen.

## B.) Die rechtliche Würdigung

Niemand zweifelt daran, dass der Arbeitgeber im Grundsatz berechtigt war, Kunden zu einer (positiven oder negativen) Bewertung der vom Unternehmen erbrachten Leistung aufzufordern. Der Betriebsrat vertrat jedoch den Standpunkt, der Betrieb einer solchen Facebook-Seite sei mitbestimmungspflichtig, weil sie geeignet sei, Daten über Verhalten und Leistung der Arbeitnehmer zu erfassen. Da die Arbeitgeberseite diese Auffassung nicht teilte, leitete er ein arbeitsgerichtliches Beschlussverfahren ein: Dem Arbeitgeber sollte der weitere Betrieb der Seite verboten werden, solange der Betriebsrat nicht zugestimmt habe oder seine Zustimmung durch die Einigungsstelle ersetzt worden sei.

Nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 des deutschen BetrVG kann der Betriebsrat mitbestimmen über die „Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen.“ Die Rechtsprechung des BAG hat diese Vorschrift schon in den 1970-er Jahren eher weit ausgelegt: Im Interesse des Persönlichkeitsschutzes der Beschäftigten könne es nicht darauf ankommen, ob der Arbeitgeber eine (schwer beweisbare) Überwachungsabsicht habe. Vielmehr genüge es, wenn die technische Einrichtung objektiv geeignet sei, Daten über Arbeitnehmer zu erheben oder zu speichern, die eine Verhaltens- und Leistungskontrolle möglich machen würden.<sup>13</sup> Aus dem „zur Überwachung bestimmt“ wurde so ein „zur Überwachung geeignet“, was in der Literatur weitestgehende Zustimmung gefunden hat.<sup>14</sup> Weiter genügt es, dass die technische Einrichtung personenbezogene Angaben enthält, die manuell erhoben und eingegeben werden.<sup>15</sup> Auch ist nicht erforderlich, dass die gespeicherten Daten für sich alleine bereits eine sachgerechte Beurteilung von Verhalten und Leistung ermöglichen; es reicht aus, wenn dies mit Hilfe von sog. Zusatzwissen möglich ist, das sich z. B. aus einem Gespräch oder einer manuell geführten Liste ergeben kann.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> BAG v. 9.9.1975 – 1 ABR 20/74 – AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; BAG v. 10.7.1079 – 1 ABR 97/77 – AP Nr. 4 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung

<sup>14</sup> Aus der neuesten Literatur s. Fitting, Kommentar zum BetrVG, 28. Aufl., München 2016, § 87 Rn. 226; Klebe, in: Däubler-Kittner-Klebe-Wedde (Hrsg.), Kommentar zum BetrVG, 15. Aufl., Frankfurt/Main 2016, § 87 Rn. 186; Wiese, in: Wiese-Kreutz-Oetker i.a., Gemeinschaftskommentar zum BetrVG, 10. Aufl., Köln 2014, § 87 Rn. 507, jeweils m. w. N.; etwas einschränkend nur Richardi, in: Richardi (Hrsg.), Kommentar zum BetrVG, 15. Aufl., München 2016, § 87 Rn. 501 ff.

<sup>15</sup> BAG v. 14.9.1984 – 1 ABR 23/82 – AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung

<sup>16</sup> BAG v. 6.12.1983 – 1 ABR 43/81 – AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; BAG v. 23.4.1985 – 1 ABR 38/81 – AP Nr. 11 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; BAG v. 11.3.1986 – 1 ABR 12/84 – AP Nr. 14 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung

Trotz dieses rechtlichen Ausgangspunkts machte die Beurteilung des Facebook-Falles Schwierigkeiten. Während das ArbG Düsseldorf ein Mitbestimmungsrecht bejahte und dem Antrag des Betriebsrats stattgab,<sup>17</sup> entschied das LAG Düsseldorf in gegenteiligem Sinne.<sup>18</sup> Das Mitbestimmungsrecht, das in der Tat schon bei einer „Eignung“ zur Überwachung bestehe, setze voraus, dass die technische Einrichtung selbst und automatisch die Daten über bestimmte Vorgänge verarbeite, wobei es ausreiche, wenn lediglich ein Teil des Überwachungsvorgangs mittels einer technischen Einrichtung erfolge. Dies sei hier nicht der Fall. Facebook überwache nicht, sondern zeichne nur Aussagen auf, die auch per E-Mail oder Brief übermittelt werden könnten. Die Suchfunktion, die ein Auffinden von Postings noch nach längerer Zeit ermögliche, ändere daran nichts.

Das BAG blieb demgegenüber seiner bisherigen Auffassung treu und bejahte ein Mitbestimmungsrecht.<sup>19</sup> Die Facebook-Seite sei eine technische Einrichtung, die durch Begründung eines „Kontos“ eingeführt und angewandt werde. Dass die Software nicht dem Arbeitgeber, sondern Facebook gehöre, sei ohne Bedeutung. Die vom Arbeitgeber eingerichtete Funktion „Besucher-Beiträge“ ermögliche eine Überwachung von Verhalten und Leistung einzelner Arbeitnehmer. Durch die Einträge von Besuchern und deren Veröffentlichung auf der Facebook-Seite würden die Arbeitnehmer einem ständigen Überwachungsdruck ausgesetzt. Sie müssten jederzeit damit rechnen, dass Beiträge zu ihrer Leistung oder ihrem Verhalten gepostet werden und damit nicht nur dem Arbeitgeber, sondern einer unbestimmten Anzahl von Personen offenbart würden, die diese Seite aufrufen. Ob die eingegangenen Bewertungen effektiv ausgewertet werden und ggf. zu personalpolitischen Maßnahmen führen, sei ohne Bedeutung. Es sei auch nicht erforderlich, dass der gespeicherte Besucher-Beitrag schon als solcher eine vernünftige und abschließende Beurteilung des Verhaltens oder der Leistung erlaube. Es genüge, dass ein Posting zusammen mit weiteren gewonnenen Erkenntnissen eine Beurteilung ermögliche. Auch die Tatsache, dass die Einsendungen manuell eingegeben werden, sei für das Mitbestimmungsrecht ohne Bedeutung. Außerdem seien die Daten dauerhaft öffentlich zugänglich, was sie – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – von einem Beschwerdebrief unterscheide.

---

<sup>17</sup> ArbG Düsseldorf v. 27.6.2014 – 14 BV 104/13 – AuR 2015, 199

<sup>18</sup> LAG Düsseldorf v. 12.1.2015 – 9 TaBV 51/14 – ZD 2015, 282 = NZA-RR 2015, 355

<sup>19</sup> BAG v. 13.12.2016 – 1 ABR 7/15 - juris

Der Arbeitgeber wurde verurteilt, die Funktion „Besucher-Einträge“ zu deaktivieren. Da sie von seinem übrigen Facebook-Auftritt zu trennen war, konnte dieser entgegen dem primär gestellten Antrag des Betriebsrats bestehen bleiben.

Für die Praxis brachte die BAG-Entscheidung eine wichtige Klärung.<sup>20</sup> Die bisweilen von interessierter Seite zu einem Grundsatzurteil hochstilisierte Entscheidung des LAG Düsseldorf<sup>21</sup> gehört der Vergangenheit an. Im konkreten Fall wird vermutlich der Betriebsrat wenig Neigung zeigen, der Beurteilung mittels Postings von Kunden zuzustimmen. Auch Vorsitzende von Einigungsstellen sind erfahrungsgemäß nur in solchen Fällen „überwachungsfreundlich“, in denen dem Unternehmen z. B. durch Diebstahl oder Unterschlagung ein Schaden droht; darum war es hier aber nicht gegangen. Der vom Arbeitgeber initiierten oder jedenfalls ermöglichten Beurteilung im Internet ist damit eine wichtige Schranke gezogen, die allerdings nur in den Betrieben wirksam wird, die über einen Betriebsrat verfügen.

Dem Arbeitgeber ist es unbenommen, auch in Betrieben mit Betriebsrat die Qualität der von seinem Unternehmen erbrachten Dienstleistungen überprüfen zu lassen. Er kann in großem Umfang Testkäufer und Testkunden einsetzen, die über ihre Erfahrungen berichten – allerdings mit der wichtigen Einschränkung, dass sie keine Angaben machen dürfen, die Rückschlüsse auf konkrete Beschäftigte zulassen.<sup>22</sup>

### **III. Bewertungsportale**

#### **A.) Lebenssachverhalte**

Im Sachverhalt der sog. Spickmich-Entscheidung des BGH<sup>23</sup> ging es um eine Lehrerin. Bei „spickmich“ handelte es sich um ein sog. Community-Portal, dessen Inhalt in dem Rahmen, der vom Betreiber vorgegeben wurde, von den Nutzern gestaltet werden konnte. Wer den Namen einer bestimmten Schule kannte konnte sich unter einem Benutzernamen

---

<sup>20</sup> Nebeling-Klumpp DB 2017, 74

<sup>21</sup> Conrad-Huppertz, in: Auer-Reinsdorff-Conrad (Hrsg.), Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 2. Aufl. München 2016, § 37 Rn. 328 ff. (das Buch ist insofern von Bedeutung, als es häufig bei der Ausbildung zum Fachanwalt für IT-Recht zugrunde gelegt wird)

<sup>22</sup> BAG v. 18.4.2000 – 1 ABR 22/99 – NZA 2000, 1176

<sup>23</sup> BGH v. 23.6.2009 – VI ZR 196/08 – NJW 2009, 2888 - Spickmich

anmelden und u. a. Beurteilungen über Lehrer abgeben, die sich nach der üblichen Notenskala von 1 bis 6 richteten. Dabei waren bestimmte Fragen wie „Gut vorbereitet?“, „cool und witzig?“ und „motiviert?“ vorgegeben. Sobald vier Beurteilungen über einen Lehrer vorlagen, wurde ein Durchschnitt errechnet und auf der Website bekannt gemacht. Eine Deutsch-Lehrerin hatte auf der Grundlage von vier Bewertungen die Gesamtnote 4,3 erhalten und klagte gegen den Betreiber auf Entfernung der auf sie bezogenen Aussagen aus dem Portal. Diese konnten von jedem Nutzer abgerufen werden.

Auf einem Ärztebewertungsportal fand ein Arzt im November 2011 eine Bewertung, die ihn einigermaßen entsetzte: Dort hieß es, bei ihm würden Patientenakten in den Behandlungsräumen in Wäschekörben gelagert, die Wartezeiten seien unverhältnismäßig lang und zeitnahe Folgetermine seien nicht möglich. Auch sei eine Überfunktion der Schilddrüse von ihm nicht erkannt und kontraindiziert behandelt worden. Im Juni 2012 tauchten weitere, teilweise wortgleiche Beiträge dieser Art auf, die genau wie der erste Beitrag vom Portalbetreiber auf Intervention des Arztes hin gelöscht wurden. Im Juli 2012 wiederholte sich das Ganze, wobei dieses Mal der Betreiber keine Löschung vornahm. Der Arzt wollte deshalb wissen, um wen es sich bei dem Einsender handelte.<sup>24</sup> In einem weiteren Fall verlangte ein Arzt, aus dem Bewertungsportal insgesamt herausgenommen zu werden.<sup>25</sup> Schließlich hat ein Fall Aufsehen erregt, in dem ein anonymer Nutzer schrieb: „Ich kann Dr. H. nicht empfehlen“ und hinzufügte: „Leider ist es einfach, eine positive Bewertung zu schreiben, eine negative dagegen ist – auch rechtlich – schwierig, weshalb ich für die Bewertung auf die Schulnotenvergabe verweise, welche ich mir sorgfältigst überlegt habe.“ Als Note vergab er im Durchschnitt 4,8, wobei für die Kategorien „Behandlung“, „Aufklärung“ und „Vertrauensverhältnis“ jeweils die Note 6 gegeben wurde. Der betroffene Arzt sah dies als Verunglimpfung an und äußerte die Vermutung, der Nutzer habe seine Dienste überhaupt nicht in Anspruch genommen. Es stellte sich die Frage, inwieweit der Portalbetreiber verpflichtet war, die „Echtheit“ und die Tatsachengrundlage der Bewertung zu überprüfen, damit nicht aus der Luft gegriffene Negativbewertungen das berufliche Ansehen eines Beurteilten schädigen können.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Sachverhalt nach BGH v. 1.7.2014 – VI ZR 345/13 – NJW 2014, 2651 – Ärztebewertungsportal I

<sup>25</sup> BGH v. 23.9.2014 – VI ZR 358/13 – NJW 2015, 489 – Ärztebewertungsportal II

<sup>26</sup> BGH v. 1.3.2016 – VI ZR 34/15 – NJW 2016, 2106 – Ärztebewertungsportal III

## **B. Rechtsprobleme**

### **1. Ansprüche gegen den „Beurteiler“**

Handlungen der beschriebenen Art im Internet unterliegen in Deutschland dem Telemediengesetz (TMG).<sup>27</sup> Dieses verpflichtet in § 13 Abs. 6 den Diensteanbieter, die Nutzung der Telemedien und ihre Bezahlung anonym oder unter Pseudonym zu ermöglichen, soweit dies technisch möglich und zumutbar ist. Daraus folgt für den Beurteilten, dass er z. B. bei Schmähkritik und Beleidigungen nur dann gegen deren Urheber vorgehen kann, wenn der Portalbetreiber ihm dessen Kontaktdaten zur Verfügung stellt. Einen entsprechenden Anspruch hat der BGH in der ersten Entscheidung zu den Ärztebewertungsportalen verneint.<sup>28</sup> Zwar bestehe nach allgemeinen Grundsätzen ein Auskunftsanspruch aus Treu und Glauben gemäß § 242 BGB im Rahmen eines Rechtsverhältnisses, wenn der Berechtigte in entschuldbarer Weise über Bestehen oder Umfang seines Rechts im Ungewissen sei und der Verpflichtete unschwer die zur Beseitigung dieser Unsicherheit erforderlichen Auskünfte geben könne. Auch sei es zulässig, dabei den Namen dritter Personen zu nennen. Auf der anderen Seite stünden jedoch im vorliegenden Fall datenschutzrechtliche Normen einer Auskunftserteilung entgegen. § 12 Abs. 2 TMG sehe eine sehr strenge Zweckbindung im Hinblick auf das Nutzungsverhältnis vor. Eine Übermittlung für andere Zwecke komme nur in Betracht, wenn dafür eine besondere Erlaubnis bestehe, die sich ausdrücklich auf Telemedien beziehen müsse. § 242 BGB stelle keine solche Ermächtigungsgrundlage dar, weil genau dieser spezifische Bezug fehle.

Man kann sich die Frage stellen, ob eine solche Abschirmung des Beurteilers zu rechtfertigen ist, der in den Genuss dessen kommt, was man umgangssprachlich als Narrenfreiheit bezeichnet. Ein Risiko geht er nur dann ein, wenn er eine Straftat begeht und der Diensteanbieter von der zuständigen Behörde, insbesondere der Staatsanwaltschaft aufgefordert wird, die Bestandsdaten (§ 14 Abs. 2 TMG) und die Nutzungsdaten (§ 15 Abs. 5 Satz 4 TMG) an diese herauszugeben. Eine Beleidigung ist aber beispielsweise ein bloßes Privatklagedelikt, das von der Staatsanwaltschaft nach § 376 StPO nur verfolgt wird, wenn ein öffentliches Interesse vorliegt. Dies ist in der Praxis nur ausnahmsweise

---

<sup>27</sup> v. 26.2.2007 (BGBl I S. 179), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 21.7.2016 (BGBl I S. 1766), abrufbar unter <https://www.gesetze-im-internet.de/tmg/BJNR017910007.html> (22.5.2017)

<sup>28</sup> S. oben Fn. 24, auch zum Folgenden

der Fall. Der Beurteiler ist praktisch aller Sorgen ledig;<sup>29</sup> nur wenn er – aus welchen fernliegenden Gründen auch immer – in die Weitergabe seiner Daten eingewilligt hat, droht ihm eine Inanspruchnahme. Dies hat in der Literatur berechtigte Kritik erfahren,<sup>30</sup> die sich insbesondere darauf stützt, dass das TMG für urheberrechtliche Ansprüche eine Ausnahme macht, was wertungsmäßig schwer zusammen passt. Derzeit ist allerdings offen, ob die §§ 12 ff. TMG nach Wirksamwerden der EU-Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) am 25. Mai 2018 in Kraft bleiben, da diese keine Subsidiaritätsklausel und auch inhaltlich keine Bestimmung enthält, die das anonyme Handeln im Internet betrifft.

## **2. Ansprüche gegen den Portalbetreiber**

Wer z. B. als Portalbetreiber Dienste im Internet anbietet, ist nach § 7 Abs. 2 TMG nicht verpflichtet, die bei ihm eingestellten Informationen zu überwachen oder nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen. Denkbar ist allerdings, dass er sie sich z. B. durch redaktionelle Überarbeitung zueigen macht: In diesem Fall würde er in vollem Umfang von diesem Zeitpunkt an die zivilrechtliche Verantwortung tragen. Dafür reicht es allerdings nicht aus, wenn die abgegebenen Bewertungen teilweise automatisch auf „Unregelmäßigkeiten“ überprüft werden und eine Durchschnittsnote errechnet wird.<sup>31</sup> Die Schwelle des Zu-Eigen-Machens wird daher eher hoch angesetzt – auch dies Ausdruck des allgemeinen Bestrebens, die Entwicklung der Internet-Wirtschaft nicht durch Haftungsnormen zu behindern. Dies findet Parallelen in der Externalisierung von Schäden, wie sie etwa im deutschen BGB des Jahres 1896 im Interesse einer reibungslosen weiteren Industrialisierung erfolgte.<sup>32</sup>

Die Freistellung des Portalbetreibers endet allerdings dann, wenn er von dem Betroffenen mit einer Rüge konfrontiert wird, die so konkret gefasst ist, dass der Rechtsverstoß unschwer bejaht werden kann - die Richtigkeit des Vorbringens des Betroffenen unterstellt. In diesem Moment entsteht für den Betreiber eine Nachforschungspflicht; ergibt sich definitiv die Rechtswidrigkeit der Meinungsäußerung, ist diese unverzüglich

---

<sup>29</sup> Paal, Persönlichkeitsrechtsschutz in Online-Bewertungsportalen, NJW 2016, 2081

<sup>30</sup> Hullen-Roggenkamp, in: Plath (Hrsg.), Kommentar zum BDSG und zur DSGVO sowie den Datenschutzbestimmungen des TMG und TKG, 2. Aufl., Köln 2016, § 14 TMG Rn. 21 ff.; Zscherpe, in: Taeger-Gabel (Hrsg.), BDSG und Datenschutzvorschriften des TKG und des TMG, 2. Aufl., Frankfurt/M. 2013, § 14 TMG Rn. 51 mit Fn. 77

<sup>31</sup> BGH 1.3.2016 – VI ZR 34/15 – NJW 2016, 2106 Tz. 18 – Ärztebewertungsportal III

<sup>32</sup> Näher dazu Däubler, BGB kompakt, 3. Aufl., München 2008, Kap. 25 Rn. 26

aus dem Netz zu entfernen (vgl. § 10 Satz 1 Nr. 2 TMG). Unterbleibt das, wäre ein Schadensersatzanspruch gegeben.

Die Privilegierung des Diensteanbieters besteht nicht, soweit es um Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche geht. § 7 Abs. 2 Satz 2 TMG kleidet dies in die Worte, Verpflichtungen zur Entfernung oder Sperrung der Nutzung von Informationen „nach den allgemeinen Gesetzen“ würden „unberührt“ bleiben. Dies betrifft insbesondere Ansprüche entsprechend § 1004 BGB; der Betroffene kann also verlangen, dass unwahre Behauptungen über ihn, die sein Persönlichkeitsrecht verletzen, aus dem Netz entfernt werden. Droht eine Wiederholung, kann er auch auf Unterlassung klagen.

Wann sind Bewertungen rechtswidrig und deshalb zu entfernen? Die deutsche Rechtsprechung nimmt insoweit eine Grundrechtsabwägung vor: Auf der einen Seite steht das Interesse des Betroffenen am Schutz seiner sozialen Anerkennung und seiner (Berufs-)Ehre, die durch Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG sowie Art. 8 Abs. 1 EMRK geschützt sind. Auf der anderen Seite steht die Kommunikationsfreiheit des Portalbetreibers nach Art. 5 Abs. 1 GG und nach Art. 10 EMRK sowie die Meinungsäußerungsfreiheit des Bewertenden nach Art. 5 Abs. 1 GG.<sup>33</sup> Hat im Fall der Bewertung eines Arztes gar kein Behandlungskontakt stattgefunden, so überwiegen die Grundrechte des Betroffenen; die Bewertung ist rechtswidrig.<sup>34</sup> Dasselbe gilt für eine Schmähkritik (die lediglich eine bestimmte Person „fertig machen“ will), für eine Formalbeleidigung (z. B. Vergleich mit einem sozial wenig angesehenen Tier wie einem Schwein oder einer Ratte) sowie für Verletzungen der Menschenwürde; in diesen drei Fällen kann sogar von vorne herein eine Abwägung unterbleiben.<sup>35</sup> Auf der anderen Seite sind wahre Tatsachenbehauptungen so gut wie immer hinzunehmen,<sup>36</sup> wobei lediglich das „Recht auf Vergessenwerden“<sup>37</sup> noch längerer Zeit ein gewisses Maß an Abhilfe schafft.<sup>38</sup> Kommt es zu einer Abwägung, gewinnt nach der Rechtsprechung meist die Meinungsfreiheit die Oberhand. So wurde es etwa gebilligt, dass anonyme (negative) Schülerbewertungen über die fachliche Kompetenz und die gute Vorbereitung einer Lehrerin weiter im Netz blieben, was zusätzlich mit dem Argument begründet wurde,

---

<sup>33</sup> BGH v. 1.3.2016 – VI ZR 34/15 – NJW 2016, 2106 Tz. 31 – Ärztebewertungsportal III

<sup>34</sup> BGH (Fn. 33) Tz. 36

<sup>35</sup> BGH v. 23.6.2009 – VI ZR 196/08 – NJW 2009, 2888 Tz. 34 m. w. N.

<sup>36</sup> BVerfG v. 29.6.2016 – 1 BvR 3487/14 – K&R 2016, 593

<sup>37</sup> EuGH 13.5.2014 – C-131/12, CuA 6/2014 S. 30.

<sup>38</sup> Zu den sehr deutlichen Grenzen dieses Rechts s. Däubler, Gläserne Belegschaften, 7. Aufl., Frankfurt/Main 2017, Rn. 561b ff.

jedermann wisse, dass Bewertungen durch Schüler eine geringe Aussagekraft hätten. Ob damit die Wirkung solcher Bewertungen ausreichend erfasst ist, wird man bezweifeln können; die weitere Tätigkeit der Lehrerin kann erheblich beeinträchtigt sein, wenn die Schüler die schlechte Bewertung kolportieren und sie deshalb weniger ernst genommen wird als andere Lehrpersonen.

Die jüngste Rechtsprechung insoweit ein neues Element eingebracht, als sie den Portalbetreibern höhere Sorgfaltspflichten auferlegt, wenn eine Aussage in schlüssiger Weise beanstandet wird. Wie weit in diesem Fall der Überprüfungsaufwand geht, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Maßgebliche Bedeutung kommt dabei dem Gewicht der behaupteten Rechtsverletzung sowie den Erkenntnismöglichkeiten des Betreibers zu. Auch ist die Aufgabenstellung des Dienstes und die Eigenverantwortung des Beurteilenden zu berücksichtigen.<sup>39</sup> Bei einem Ärztebewertungsportal sei die Gefahr eines Missbrauchs durch persönlichkeitsverletzende Äußerungen erheblich, was durch die Möglichkeit zur Anonymität verstärkt werde. Der Portalbetreiber muss deshalb ernsthaft versuchen, die der Wertung zugrunde liegenden Tatsachen zu ermitteln. Ist streitig, ob überhaupt ein Behandlungskontakt stattgefunden hat, so genügt es nicht, wenn der Bewertende lediglich aufgefordert wird, die Behandlung in mindestens zwei Sätzen zu schildern und den Behandlungszeitraum zu benennen. Vielmehr ist die Behandlung möglichst genau zu beschreiben und durch Unterlagen wie z. B. Rechnungen und Rezepte zu belegen; bei diesen kann ggf. der Name geschwärzt werden.<sup>40</sup> Wird dem nicht Rechnung getragen, gilt die Behauptung des Arztes, ein Behandlungskontakt habe gar nicht stattgefunden, als zugestanden.<sup>41</sup>

## **C. Arbeitnehmerschutz**

### **1. Rechtsanwaltskosten**

Die Darstellung der Rechtslage dürfte deutlich gemacht haben, dass die Instrumente zum Schutz der Persönlichkeit des Betroffenen nicht einfach zu handhaben sind. Der Umgang mit dem TMG liegt außerhalb gewohnter arbeitsrechtlicher Problemstellungen und wird auch manchen Rechtsvertreter in Schwierigkeiten bringen. Für einen juristisch nicht

---

<sup>39</sup> BGH (Fn. 33) Tz. 38

<sup>40</sup> BGH (Fn. 33) Tz. 43

<sup>41</sup> BGH (Fn. 33) Tz. 49

vorgebildeten Arbeitnehmer ist die Auseinandersetzung mit einem Bewertungsportal ein Kampf zwischen David und Goliath. Für Informierte und Erfahrene verbleiben erhebliche inhaltliche Unsicherheiten – welches Ergebnis wird die Grundrechtsabwägung im konkreten Fall haben? Ist die erlaubte Kritik an Lehrern beispielsweise in gleicher Weise auch gegenüber Ärzten, Rechtsanwälten und Geschäftsleitern erlaubt? Eine sichere Prognose wird schwer zu treffen sein.

Zurück zum Arbeitsrecht. Für den Arbeitnehmer sind diese Belastungen keine Folgen irgendwelcher, vielleicht ein wenig atypischer Freizeitaktivitäten. Vielmehr handelt es sich um eine unmittelbare Konsequenz der kraft Arbeitsvertrags geschuldeten Arbeit, es geht allein um dienstliches Tun. Durch die Einschaltung eines Rechtsanwalts entstehen Aufwendungen; verliert der Arbeitnehmer den Prozess, trägt er auch die Kosten des gegnerischen Anwalts und die Gerichtskosten. Bliebe es dabei, wäre die Risikostruktur des Arbeitsverhältnisses verändert. Anders als bei sonstigen Aufwendungen wie etwa den Kosten einer Dienstreise oder der Beschaffung von Material für die Fortsetzung der Tätigkeit müsste der Arbeitnehmer die wirtschaftlichen Folgen für Vorgänge tragen, die unmittelbar mit der Arbeit verbunden sind. Dies zu verhindern ist Sache des entsprechend anwendbaren § 670 BGB, wonach der Arbeitgeber die arbeitsbedingten Aufwendungen des Arbeitnehmers zu erstatten hat.<sup>42</sup> Diese Vorschrift ist auch im vorliegenden Zusammenhang anzuwenden. Es kann keinen Unterschied machen, ob der Arbeitnehmer an seinem für dienstliche Zwecke eingesetzten Privatfahrzeug einen Schaden erleidet<sup>43</sup> oder ob Dritte ihn auf einem Bewertungsportal verleumden und so in seinem sozialen Ansehen beeinträchtigen und er sich dagegen mit fachkundiger Hilfe zur Wehr setzen muss.

Eine solche „Unterstützungspflicht“ des Arbeitgebers kann sich auch auf (eher wenig genannte) Vorbilder und Präjudizien stützen. Eine entsprechende Vorschrift findet sich für ein Spezialproblem in § 12 Abs. 4 AGG. Danach hat der Arbeitgeber „die im Einzelfall geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zum Schutze der Beschäftigten“ zu ergreifen, wenn diese bei der Ausübung ihrer Tätigkeit durch Dritte in

---

<sup>42</sup> Preis, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl., München 2017, § 611 BGB Rn. 553; Koch, in: Schaub (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, 16. Aufl., München 2015, § 82 Rn. 1 ff.; Däubler, Das Arbeitsrecht 2, 12. Aufl., Reinbek 2012, Rn. 902 ff.

<sup>43</sup> Für grundsätzliche Ersatzpflicht des Arbeitgebers BAG v. 16.11.1978 – 3 AZR 258/77 - AP Nr. 5 zu § 611 BGB Gefährdungshaftung des Arbeitgebers; BAG v. 17.7.1997 – 8 AZR 480/95 – AP Nr. 14 zu § 611 BGB Gefährdungshaftung des Arbeitgebers

diskriminierender Weise benachteiligt werden. Weiter ist an die BAG-Entscheidung über die verfallene Kautionsleistung zu erinnern: Wegen eines angeblichen Verkehrsdelikts wird ein angestellter Fahrer im Ausland in Haft genommen und nur gegen Kautionsleistung wieder freigelassen. Er will sich nicht der dortigen rechtsstaatswidrigen Strafverfolgung aussetzen und flieht nach Hause, weshalb die Kautionsleistung verfällt. Nun verlangt er vom Arbeitgeber Ersatz des Kautionsbetrages, der ihm vom BAG auch gewährt wird.<sup>44</sup> Ist er im Inland in einen Verkehrsunfall verwickelt, so kann er vom Arbeitgeber Ersatz der Verteidigerkosten verlangen.<sup>45</sup>

## 2. Aufopferung von Persönlichkeitsrechten

Die gesetzliche Regelung bringt es mit sich, dass selbst schwere Verletzungen des Persönlichkeitsrechts nicht sanktioniert werden: Wird eine schwere Beleidigung erst nach acht Wochen entdeckt und dem Portalbetreiber oder einem anderen Diensteanbieter zur Kenntnis gebracht, so greifen Ansprüche erst von diesem Zeitpunkt an ein: Was vorher war, kann dem „Täter“ gegenüber nicht zu Ansprüchen führen, weil er sich hinter seiner Anonymität verstecken kann, und der Betreiber ist durch die §§ 7 ff. TMG geschützt. Es ergibt sich also die singuläre Situation, dass zwar ein schuldhafter Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht vorliegt, jedoch - vom Strafrecht abgesehen - weder Schadensersatz noch andere Sanktionen in Betracht kommen. Im unmittelbaren Zusammenhang mit der Arbeit opfert der Arbeitnehmer ein Stück Persönlichkeitsschutz auf. Kann auch hierfür „Aufwendungsersatz“ verlangt werden?

Aufwendungen sind an sich freiwillig erbrachte Vermögensopfer, die etwa dann vorliegen, wenn der Arbeitnehmer mit den Kosten einer Dienstreise in Vorlage tritt. Für sie kann der Arbeitnehmer nach § 670 BGB Ersatz verlangen. Die Rechtsprechung hat diese Vorschrift auf unfreiwillige Vermögensopfer erstreckt; als Beispiel kann ein Schaden am Kraftfahrzeug des Arbeitnehmers dienen, das im Einvernehmen mit dem Arbeitgeber für dienstliche Zwecke eingesetzt wird.<sup>46</sup> Im Recht des Auftrags und der Geschäftsbesorgung, also im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 670 BGB, ist schon die Rechtsprechung des Reichsgerichts noch einen Schritt weiter gegangen und hat auch

---

<sup>44</sup> BAG v. 11.8.1988 – 8 AZR 721/85 - AP Nr. 7 zu § 611 BGB Gefährdungshaftung des Arbeitgebers = NZA 1988, 649

<sup>45</sup> BAG v. 16.3.1995 – 8 AZR 260/94 - AP Nr. 12 zu § 611 BGB Gefährdungshaftung des Arbeitgebers = NZA 1995, 836

<sup>46</sup> BAG AP Nr. 5 und 14 zu § 611 BGB Gefährdungshaftung des Arbeitgebers (oben Fn. 40)

unfreiwillig erlittene Personenschäden einbezogen.<sup>47</sup> Dem sind der BGH<sup>48</sup> sowie die haftungsrechtliche Literatur<sup>49</sup> gefolgt. Auch im Arbeitsrecht finden sich Stimmen, die § 670 BGB auf solche Gesundheitsschäden anwenden, die nicht von der Unfallversicherung abgedeckt sind.<sup>50</sup> Der Schluss liegt nahe, dies auch für die Aufopferung anderer immaterieller Rechtsgüter zu tun – wer im Zusammenhang mit seiner Arbeit schwer in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt wird, kann dafür einen angemessenen Ersatz verlangen.

---

<sup>47</sup> RGZ 167, 85, 89

<sup>48</sup> BGH v. 5. 12. 1983 – II ZR 252/82 - BGHZ 89, 153, 157

<sup>49</sup> Nachweise bei Däubler, BGB kompakt (oben Fn. 32) Kap. 22 Rn. 97 ff.

<sup>50</sup> Vgl. etwa Waas-Palonka, in: Däubler-Hjort-Schubert-Wolmerath (Hrsg.), Handkommentar Arbeitsrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2017, § 618 BGB Rn. 19; Gamillscheg-Hanau, Die Haftung des Arbeitnehmers, 2. Aufl., Karlsruhe 1974, S. 153; Gick, Verschuldensunabhängige Haftung des Arbeitgebers für Sachschäden des Arbeitnehmers, JuS 1979, 641 ff.; Däubler, Haftung im Arbeitsverhältnis – der geschädigte Arbeitnehmer, JuS 1986, 428 ff.