

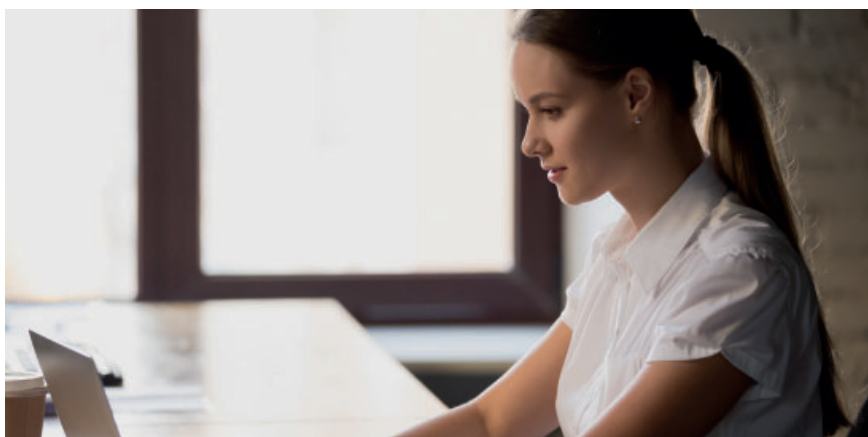
Digitale Aktivitäten von Mitarbeitenden

Überwachung am Arbeitsplatz

Internet- sowie E-Mail-Zugang am Arbeitsplatz sind heute Standard. Neben der geschäftlichen Nutzung werden die digitalen Kommunikationsmittel aber auch häufig für private Zwecke verwendet, obwohl viele Arbeitgeber dies verbieten. Dürfen Unternehmen zu Kontrollzwecken die gesamte Kommunikation überwachen?

Von Dr. Nicole Vögeli Galli & Flavio Todisco

Die Verwendung sozialer Netzwerke am Arbeitsplatz zu geschäftlichen Zwecken erfreut sich im Bereich der unternehmensinternen und -externen Kommunikation immer grösserer Beliebtheit. Missbräuche kommen vor. Mitarbeitende nutzen zu privaten Zwecken neben Internet sowie E-Mail auch Messaging-Dienste oder soziale Netzwerke, wodurch sie ihre Arbeits- sowie Treuepflicht (OR 319, 321a) verletzen können. Zur Vorbeugung und Sanktionierung erlassen Arbeitgeber Reglemente über die Nutzung und lassen die entsprechenden digitalen Aktivitäten überwachen. Die Frage ist, ob und in welchem Ausmass Überwachungen sowie die Verwertung der Ergebnisse zulässig sind.



Dürfen Unternehmen die Kommunikation ihrer Mitarbeitenden überwachen?

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)

Im Urteil vom 5. September 2017, *Bărbulescu v. Romania*,¹ setzte sich der EGMR ausführlich mit der Frage nach der Zulässigkeit der Überwachung sowie der Verwertbarkeit der Resultate auseinander. Der Mitarbeitende war von der Arbeitgeberin angewiesen worden, einen geschäftlichen Yahoo Messenger Account zu erstellen, der zur Kommunikation mit Kunden vorgesehen war. Der Mitarbeitende hatte eine firmeninterne Regelung unterzeichnet, welche die private Nutzung der vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Computer, Telefone etc. ausdrücklich verbot. Mit einem Informationsschreiben wies die Arbeitgeberin sodann sämtliche Mitarbeitende darauf hin, dass die Einhaltung der firmeninternen Regeln überwacht würde.

Trotz des ausdrücklichen Verbots nutzte der Mitarbeitende den Yahoo Messenger während der Arbeitszeit vermehrt für pri-

vate Gespräche. Die Arbeitgeberin überwachte diese Kommunikation, fertigte ein vollständiges Gesprächsprotokoll an und informierte den Mitarbeitenden über die Überwachung. Aufgrund des Verstosses gegen die unternehmensinternen Richtlinien kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis schliesslich unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist. Daraufhin focht der Mitarbeitende die Kündigung an und rügte, dass die Überwachung seiner Kommunikation durch die Arbeitgeberin einen Verstoss gegen sein Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäss EMRK 8 darstelle. Vor den nationalen Instanzen blieb er erfolglos. Erst die grosse Kammer des EGMR hiess die Beschwerde gut und legte dabei Grundsätze für die Überwachung der Kommunikation von Mitarbeitenden fest.

Vorgängige Information, Transparenz und Sicherheit

Gemäss EGMR müssen Mitarbeitende zunächst um die grundsätzliche Möglichkeit wissen, dass der Arbeitgeber Massnahmen zur Überwachung der Kor-

respondenz und anderer Kommunikation ergreifen kann. Die Information sollte hinsichtlich der Art und des Umfangs der Überwachung eindeutig sein und in jedem Fall vor der Vollziehung der konkreten Überwachungsaktivitäten erfolgen. Zudem muss sichergestellt sein, dass die Ergebnisse einzig für das erklärte Ziel verwendet werden und Mitarbeitende Rechtsbehelfe ergreifen können.

Rechtfertigung

Da es sich bei der Überwachung und Datenerfassung um eine invasive Methode handle, soll der Arbeitgeber im konkreten Fall einen gewichtigen Grund für diesen Eingriff haben. Der EGMR deutet an, dass es sich dabei nicht um einen bloss abstrakten Grund – wie zum Beispiel die grundsätzliche Gefahr von Beschädigungen des IT-Systems des Unternehmens – handeln darf. Vielmehr muss der konkrete Verdacht bestehen, dass ein Missbrauch vonseiten eines Mitarbeitenden vorliegt. Mit anderen Worten muss die Überwachung sachlich und konkret gerechtfertigt sein.

Verhältnismässigkeit

Liegt ein gewichtiger Grund für die Überwachung vor, so muss der Arbeitgeber die mildeste aller zur Verfügung stehenden Massnahmen oder Methoden auswählen. In diesem Zusammenhang ist insbesondere dort besondere Vorsicht geboten, wo Überwachungssysteme oder -methoden auf den konkreten Inhalt der Kommunikation der Mitarbeitenden zugreifen.

Interessenabwägung im Einzelfall

Massgebend ist gemäss EGMR letztlich eine Abwägung im Einzelfall zwischen dem Recht des Mitarbeitenden auf Achtung seines Privatlebens einerseits und den Interessen des Arbeitgebers an der Sicherstellung eines reibungslosen Betriebs und der Erfüllung der Arbeitspflicht vonseiten seiner Mitarbeitenden andererseits.

Würdigung Urteil EGMR

Die Kognition des EGMR beschränkte sich im vorliegenden Fall auf die Prüfung, ob die nationalen Gerichte bei ihrer Beurteilung die oben genannten Grundsätze hinreichend ermittelt und berücksichtigt hatten, insbesondere, ob die Interessenabwägung durchgeführt worden war. Dies wurde vom EGMR verneint, und nur deshalb stellte der EGMR eine Verletzung von EMRK 8 fest. Der Entscheid darf daher nicht dahingehend interpretiert werden, dass der EGMR den vorliegenden Fall materiell entschieden bzw. die

Überwachung am Arbeitsplatz in casu und per se für konventionswidrig sowie unzulässig erklärt hätte. Vielmehr ergibt sich daraus, dass eine Überwachung am Arbeitsplatz vor EMRK 8 standhält, sofern die vom EGMR zitierten Mindestanforderungen der Transparenz, Sicherheit, Rechtfertigung und Verhältnismässigkeit eingehalten werden.

Rechtslage in der Schweiz

Überwachungen stellen Datenbearbeitungen dar, weshalb sie ganz grundsätzlich nur zur Eignungsprüfung und Durchführung des Arbeitsverhältnisses zulässig sind (OR 328b). Die Sicherung der IT-Infrastruktur sowie die Vermeidung von Missbrauch zählen zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses. Allerdings sind dabei der Persönlichkeitsschutz (OR 328), ArGV3 26 und die Vorschriften des Datenschutzgesetzes zu beachten.

Arbeitsgesetz

ArGV3 26 I statuiert den Grundsatz,² dass Überwachungs- und Kontrollsysteme zur personenbezogenen Verhaltensüberwachung der Mitarbeitenden verboten sind. Dieses Verbot gilt jedoch nicht absolut, und die Überwachung kann aus anderen, wichtigen Gründen wie Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen, Systemsicherheit und Vermeidung von Missbrauch erfolgen (Rechtfertigung, ArGV3 26 II und auch DSG 13 I). Die Überwachung im Sinne von ArGV3 26 muss weiter verhältnismässig (DSG 4 II), zweckgebunden (DSG 4 III) und transparent sein.³ Techni-

sche Massnahmen, die nicht personenbezogene Auswertungen ermöglichen, sind immer zulässig.⁴ Wird überwacht, hat der Arbeitgeber weiter darauf zu achten, dass der Persönlichkeits- und der Gesundheitsschutz der Mitarbeitenden so weit wie möglich gewahrt bleiben. Zudem besteht Informationspflicht und im Rahmen des Gesundheitsschutzes auch Anhörungspflicht (ArGV3 5, 6).

Aus der Wegleitung des SECO zu ArGV3 26 könnte geschlossen werden, dass keinerlei Überwachung der Internetaktivitäten der Mitarbeitenden zulässig sei. Dies trifft jedoch nicht zu. Grundsätzlich unzulässig ist demgegenüber Spyware.⁵

Zulässigkeit der Überwachung nach Arbeitsgesetz

Zur Vermeidung von Missbrauch oder aus Sicherheitsgründen kann durchaus eine Überwachung der digitalen Aktivitäten stattfinden, doch hat dies zuerst anonymisiert zu erfolgen. Erst bei Verdacht kann eine personenbezogene Auswertung vorgenommen werden. Erfolgt eine Überwachung, sind die Mitarbeitenden vorgängig ausführlich zu informieren und allenfalls zu konsultieren.

Bundesgericht

Das Bundesgericht legte kurz vor dem EGMR mit Urteil vom 30. Juni 2017, A. gegen die Schweizerischen Bundesbahnen SBB,⁶ mithin für ein öffentlich-rechtliches Anstellungsverhältnis ohne Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes,

swisspayroll ag

Ihr Schweizer Spezialist für effiziente und kostenoptimierte Personal- und Salär-Administration.

Befreien Sie sich vom Termin-, Stellvertretungs- und Knowhow-Druck. Unser Human Resources-Servicecenter bietet Ihnen Unterstützung und Entlastung:

- ✓ Externe Lohnbuchhaltung und Saläradministration nach CH-Gesetzgebung
- ✓ Lineare Kosten, HR-Fachsupport inklusive; ohne zusätzliche Software-Investitionen
- ✓ Beratung und Stellvertretung in allen Bereichen von Personal und Lohn
- ✓ Swissdec-zertifizierte Lohnbuchhaltung mit diversen HR-Modulen via Browser für Selfservices

Besuchen
Sie uns am
HR-Festival 2020
Halle 3 / Stand B.20
31.3. – 1.4.2020
Messe Zürich



Infos & Kontakt unter:

Telefon +41 71 969 30 50
marketing@sps-ag.ch
www.swisspayroll-ag.ch



Auch wenn es sich nicht empfiehlt, via Geschäftshandy über den Chef zu lästern, reicht dies nicht als Kündigungsgrund.

Richtlinien zur Verwertbarkeit von Internetdaten bei Missbrauch fest. Da die SBB diese alle bereits umgesetzt hatten, durften sie die eigentlich zu Unrecht erlangten Beweismittel für die fristlose Kündigung verwenden.

Die vier Voraussetzungen des Bundesgerichts für die zulässige Auswertung von Internetdaten bei Missbrauch⁷

1. Information des Arbeitnehmers im Rahmen eines Nutzungsreglements
2. Anonymisierte Aufzeichnung
3. Automatisierte Warnung bei unerlaubten Zugriffen
4. Vorliegen eines qualitativ und quantitativ bedeutenden Missbrauchs

Die Umsetzung aller vier Voraussetzungen verlangt genügend Ressourcen und eine IT-Abteilung, was gerade bei mittleren oder kleineren Unternehmen nicht vorhanden sein dürfte. Zudem ist schwer nachvollziehbar, weshalb Mitarbeitenden bei entsprechenden Verboten laufend via Pop-up-Nachrichten der Missbrauch erneut angezeigt werden muss. Schliesslich wird die Umsetzung kaum möglich sein, wenn Mitarbeitende nicht einfach auf das Internet zugreifen oder ihre eigenen Geräte verwenden (BYOD).⁸

Arbeitsgericht Zürich

Eine Assistentin im Bereich Geschäftsleitung und Personal hatte in privaten WhatsApp-Nachrichten mit ihrer Cousine den Geschäftsführer herabgesetzt, weshalb sie fristlos entlassen wurde. Das Gericht erachtete mit Urteil vom 30. August

2018⁹ die Kontrolle von privaten WhatsApp-Nachrichten auf dem Geschäftshandy als unter OR 328b unzulässig, da dies weder die Eignung der Mitarbeitenden noch die Durchführung des Arbeitsverhältnisses betroffen habe. Weiter wurde ein überwiegendes Interesse an der Wahrheitsfindung (ZPO 152 II) abgelehnt und der Einblick in die privaten Nachrichten als unverhältnismässig eingestuft. Deshalb durften die Chat-Verläufe nicht als Beweismittel verwendet werden, und die fristlose Entlassung wurde als un gerechtfertigt qualifiziert.

Schwer zu verstehen ist die Argumentation des Arbeitsgerichts, dass herabsetzende Äusserungen über Vorgesetzte die Durchführung des Arbeitsverhältnisses im Sinne von OR 328b nicht betreffen. Das Vertrauen und die tägliche Zusammenarbeit werden durch derartiges Verhalten stark beeinflusst. Die Prüfung von privaten Chats wäre jedoch selbst dann unter dem Blickwinkel der Verhältnismässigkeit unzulässig gewesen. Letztlich darf es wohl keinen Unterschied machen, ob sich ein Mitarbeitender persönlich oder elektronisch über Vorgesetzte privat beklagt. Anders wäre dies vielleicht zu beurteilen, wenn geradezu bei anderen Mitarbeitenden «gehetzt» wird.

Fazit

Es ist sicher richtig, dass die Überwachung der digitalen Aktivitäten der Mitarbeitenden klaren Voraussetzungen unterliegt. Jedoch sollten diese in der Praxis von allen Arbeitgebern relativ einfach und für

alle digitalen Aktivitäten gleichermaßen umgesetzt werden können. Insofern erscheint die automatisierte Warnung bei unerlaubten Zugriffen im Internet als unnötige Hürde. Ebenso wenig kann wohl immer ein eigentliches IT-Nutzungsreglement verlangt werden. Entsprechende Informationen im Personalreglement bzw. Arbeitsvertrag müssten genügen. Es darf nicht vergessen werden, dass Arbeitgeber heute in den unterschiedlichsten Bereichen gesetzlich verpflichtet sind, Missbräuche präventiv zu verhindern und bei Bedarf zu sanktionieren. Neben dem Schutz der übrigen Mitarbeitenden (OR 328, GIG 5 III) ist dabei beispielsweise an die Korruptionsbekämpfung, den unlauteren Wettbewerb und die Geheimhaltungspflichten zu denken. Das Bundesgericht hatte im Fall der SBB, einem Grossunternehmen der öffentlichen Hand, zu entscheiden. Es ist davon auszugehen oder mindestens zu hoffen, dass das Bundesgericht die Voraussetzungen in einem anderen Fall mit einem kleineren, privatrechtlichen Unternehmen anpassen wird. Eine Berücksichtigung der betrieblichen Verhältnisse sieht denn das Arbeitsgesetz beim Gesundheitsschutz selbst vor (ArG 6 I).

Fussnoten

- 1 Urteil EGMR vom 5. September 2017, Application no. 61496/08.
- 2 Gesamthaft zu ArGV3 26 siehe: SECO, Art. 26 ArGV3, Wegleitung zur Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz, März 2013.
- 3 vgl. WILDHABER/HÄNSEBERGER, in: AJP 10/2017 N 1254.
- 4 WILDHABER/HÄNSEBERGER, Kündigungsfalle Social Media, in: sui-generis 2015, S. 87, URL: <https://sui-generis.ch/14>, DOI: <https://doi.org/10.21257/sg.14>.
- 5 WILDHABER/HÄNSEBERGER, Kündigungsfalle Social Media, in: sui-generis 2015, S. 87, URL: <https://sui-generis.ch/14>, DOI: <https://doi.org/10.21257/sg.14>.
- 6 Bundesgericht Urteil vom 30. Juni 2017, 8C_79/2016, BGE 143 II 443, deutsche Übersetzung in: Pra 107 (2018) Nr. 114.
- 7 WILDHABER/HÄNSEBERGER, in: AJP 10/2017 N 1255 f. mit ausführlicher Darstellung.
- 8 WILDHABER/HÄNSEBERGER, in: AJP 10/2017 N 1255.
- 9 Arbeitsgericht Zürich Urteil vom 30. August 2018, bestätigt Obergericht des Kantons Zürich Urteil vom 20. März 2019, in: Entscheide Arbeitsgericht Zürich 2018 Nr. 13.



Dr. Nicole Vögeli Galli ist Fachanwältin SAV Arbeitsrecht und Partnerin bei Küng & Vögeli Rechtsanwälte in Kloten.



Flavio Todisco, BLaw UZH, studiert im Masterstudien-gang an der Universität Zürich und arbeitet als Assistent bei Küng & Vögeli Rechtsanwälte in Kloten.