

Behördliche und interne Untersuchungen Wann angebracht, wie durchführen?

Inhalt

I.	Problemstellung 2	
1.	Überwachung als Recht oder Pflicht?	2
2.	Überwachung und Untersuchung	3
3.	Behördliche oder interne Überwachungen und Untersuchungen	4
II.	Rechtliche Rahmenbedingungen der Überwachung	6
1.	Im internationalen Arbeitsverhältnis anwendbares Recht	6
2.	Persönlichkeitsschutz als Grundlage	7
3.	Arbeitsvertragliche Grundlage	8
4.	Grundlage im Arbeitsgesetz	8
5.	Haftpflichtrechtliche Grundlagen	9
6.	Prozessrechtliche Grundlagen	10
III.	Fragen des konkreten Vorgehens	11
1.	Eröffnung und Abschluss des Verfahren	11
a.	Eröffnung	11
b.	Abschluss	12
c.	Aufbewahrung der Akten	12
2.	Verhaltenskontrollen	13
a.	Im Betrieb	13
b.	Ausserhalb des Betriebes	14
3.	Überwachung des E-Mail- und des Telefonverkehrs	15
4.	Besonderheiten bei behördlichen Untersuchungen	17
a.	Eröffnung	17
b.	Führung der Untersuchung	18
c.	Abschluss der Untersuchung	18
IV.	Folgerungen	19

Literatur:

- GABRIEL AUBERT**, Kommentar der Artikel 319-362 OR. In: Commentaire romand, Code des Obligations I, Thévenoz, Luc/Werro, Franz (Hrsg.), Genf 2003;
- ROLAND BREHM**, Berner Kommentar, 2006;
- JÜRIG BRÜHWILER**, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Bern 1996;
- THOMAS GEISER**, Neue Arbeitsformen, Flexible Arbeitszeiten, Job Sharing, Computer-Arbeitsplätze, AJP 1995, S. 557 ff.;
- THOMAS GEISER**, Die Beaufsichtigung des Internetbenutzers im Arbeitsrecht, in Media Lex, 2001, S. 201 ff.;
- THOMAS GEISER**, Überwachung am Arbeitsplatz, Arbeits- und datenschutzrechtliche Rahmenbedingungen bei der Überwachung der Arbeitnehmer durch die Arbeitgeberin, digma 2004, S. 98 ff.;
- THOMAS GEISER**, Der internationale Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes, ArbR 2004, S. 25 ff.;
- THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER**, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2012;
- PETER GUYAN**, in Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar zu ZPO, 2010;
- RALPH GRAMIGNAU/URS MAURER-LAMBROU**, in: Maurer-Lambrou/Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz, 2006;

DENIS HUMBERT/ALFONS VOLKEN, Fristlose Entlassung (Art. 337 OR) unter besonderer Berücksichtigung der Verdachtskündigung und der Erklärung der fristlosen Entlassung. In: AJP 5/2004, 564 ff.;

URS MAURER-LAMBROU/ANDREA STEINER, in: Maurer-Lambrou/Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz, 2006;

WOLFGANG PORTMANN, Genugtuungsbegründende Persönlichkeitsverletzungen im Arbeitsverhältnis, recht 2010, 1 ff.;

MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht. 15. Aufl., Bern 2002;

MANFRED REHBINDER, **Berner Kommentar, 1985**;

HANS MICHAEL RIEMER, Berner Kommentar, 1993;

YVES RÜEDI, Materiell rechtswidrig beschaffte Beweismittel im Zivilprozess, Diss. Zürich 2009;

ADRIAN STAEHELIN, **Zürcher Kommentar, 2006**;

Adrian Staehelin/Daniel Staehelin/Pascal Grollimund, **Zivilprozessrecht, Zürich 2008**;

ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLF, **Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, Zürich 2012**;

FRANK VISCHER, **Der Arbeitsvertrag, SPR Bd. VII/1,III, Basel 2005**;

MARTIN WINTERBERGER-YANG, in: Maurer-Lambrou/Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz, 2006;

RÉMY WYLER, *Droit du travail*, Bern 2008.

I. Problemstellung

1. Überwachung als Recht oder Pflicht?

1.1. Mit dem Arbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen¹. Es obliegt grundsätzlich dem **Arbeitgeber**, die **Arbeit zu organisieren**. Gegenüber dem Arbeitnehmer erfolgt diese Organisation insbesondere durch Weisungen. Diese hat der Arbeitnehmer grundsätzlich zu befolgen².

1.2. Neben der Lohnzahlungspflicht trifft den Arbeitgeber die **Fürsorgepflicht**³. Nach dieser hat der Arbeitgeber die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen⁴. Auf Grund dieser Pflicht müssen die betrieblichen Abläufe so organisiert sein, dass dem Arbeitnehmer aus seiner Tätigkeit im Betrieb kein Schaden entsteht. Aus der Fürsorgepflicht ergeben sich einerseits Schutzpflichten⁵. Andererseits gebietet sie dem Arbeitgeber seine Rechte gegenüber dem Arbeitnehmer schonend auszuüben. Das von der Fürsorgepflicht geschützte Rechtsgut umfasst die physische und psychische Unversehrtheit sowie das leibliche und geistig Wohlbefinden des Arbeitnehmers⁶. Darunter fällt auch der Schutz der Privatsphäre. Der Fürsorgepflicht kommt der Arbeitgeber durch die adäquate Organisation des Unternehmens und der betrieblichen Abläufe nach. Er arbeitet auch in diesem Rahmen mit Weisungen.

1.3. Überdies trifft die Arbeitgeberin eine **Vielzahl von Pflichten gegenüber Dritten**. Sie muss ihre Verträge mit den Geschäftspartnern und Partnerinnen einhalten. Namentlich wenn es sich um einen Produktionsbetrieb handelt, gehen vom Unternehmen aber auch Gefahren für Dritte und die Öffentlichkeit aus. Eine Vielzahl von Rechtsnormen gebieten zum Schutze der Arbeitnehmenden und Dritter eine den Umständen angemessene und zweckmässige Organisation des Betriebes. Auch hier wird mit Weisungen an die einzelnen Arbeitnehmenden gearbeitet.

¹ Art. 319 Abs. 1 OR; VISCHER, S. 1.

² Art. 321d OR.

³ Art. 328 ff. OR.

⁴ Art. 328 Abs. 1 OR.

⁵ Art. 328 Abs. 2 OR.

⁶ STAEHELIN, N. 1 zu Art. 328 OR.

1.4. Wir leben zwar in einer sogenannten **freien Marktwirtschaft**. Frei sind aber die Märkte schon lange nicht mehr. Viele Märkte sind staatlich reguliert. Das gilt in besonderem Masse für den Finanzmarkt und die Tätigkeiten der Banken. Sie brauchen Bewilligungen⁷ und diese sind an eine Vielzahl von Bedingungen geknüpft. Diese betreffen sehr wohl auch das Verhalten der einzelnen Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen. Die Bewilligung wird nur erteilt, „wenn die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten“.⁸ Das setzt nicht nur bestimmte berufliche Qualifikationen sondern auch bestimmte Verhaltensweisen sowohl im beruflichen wie auch im privaten Bereich voraus. Die Bank hat als Arbeitgeberin somit sicher zu stellen, dass die Voraussetzungen für die Bewilligung gegeben sind, d.h. sich die einzelnen Arbeitnehmer Bewilligungskonform verhalten. Bewilligungen sind aber auch in vielen anderen Bereichen notwendig. Zu denken ist insbesondere an die pharmazeutische Produktion, den Gesundheitssektor generell und die Lebensmittelbranche.

1.5. Weisungen alleine genügen dafür nicht. Die Arbeitgeberin kommt ihren Verpflichtungen nicht nach, wenn sie nicht die Einhaltung dieser Weisungen im Rahmen des Gebotenen überprüft. Sie hat deshalb die Arbeitnehmenden im entsprechenden Rahmen zu **beaufsichtigen und zu überwachen**. Die Kontrolle ist deshalb nicht nur ein Recht sondern auch eine Pflicht der Arbeitgeberin.

1.6. Auf der anderen Seite hat die Arbeitgeberin aber auch die **Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen**⁹. Die Überwachung greift aber in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers ein. Es fragt sich damit, wie weit diese Überwachung gehen darf.

2. Überwachung und Untersuchung

1.7. Wie dargestellt muss die Arbeitgeberin sicherstellen, dass in ihrem Unternehmen ein gewisser Qualitätsstandard gehalten wird, d.h. sich die Angestellten in einer gewissen Weise verhalten. Das erfordert eine gewisse **Überwachung**. Diese wird in erster Linie **Produktbezogen** erfolgen. Das ist insbesondere in der Industrie ohne weiteres möglich, in dem die einzelnen Produkte generell oder stichprobeweise auf bestimmte Merkmale oder Fehler hin geprüft werden. Das ist unter Umständen auch bei Dienstleistungen möglich. Wie diese Kontrollen durchgeführt werden, hängt im Wesentlichen von der Art des Produkts bzw. der Dienstleistung ab und ist in erster Linie eine technische Frage.

1.8. Diese **Überwachung** kann aber auch **vorgang-** und damit **personenbezogen** erfolgen. Das Unternehmen kann prüfen, ob sich ein Arbeitnehmer gemäss den Vorgaben im Produktionsprozess oder bei der Erbringung der Dienstleistung verhält. Erfolgt das flächendeckend oder stichprobeweise **laufend**, handelt es sich um eine Überwachung.

1.9. Von diesen Überwachungen sind **Untersuchungen** zu unterscheiden. Sie erfolgen typischer Weise nicht laufend und prophylaktisch, sondern nachfolgend an einen bestimmten Vorfall oder Verdacht. Es geht darum im Nachhinein festzustellen, ob ein **Fehlverhalten vorliegt** und wer gegebenenfalls für dieses verantwortlich ist. In der Regel muss dafür die Vergangenheit analysiert werden. Besteht die Vermutung, dass das entsprechende Verhalten andauert, kann es sich als angezeigt erweisen, eine bestimmte laufende Überwachung vorzu-

⁷ Art. 3 BankG.

⁸ Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG; vgl. auch Art. 3f BankG.

⁹ Art. 328 OR.

nehmen, und dadurch ein Verhalten festzustellen, das Rückschlüsse auf ein solches in der Vergangenheit erlaubt. Dann überschneiden sich die Untersuchung und die Überwachung.

3. **Behördliche oder interne Überwachungen und Untersuchungen**

1.10. Die Überwachung oder Untersuchung wird in der Regel in erster Linie durch das Unternehmen selber vorgenommen. Es kann aber Gründe geben, warum die Überwachung auch eine **aussenstehende Organisation** übernehmen soll. Das kann wegen einer grösseren Objektivität oder auch bloss aus organisatorischen Gründen oder wegen höherer Sachkompetenz geboten sein. Unter Umständen **schreibt gar das Gesetz externe Überprüfungen** vor, wie beispielsweise im Rechnungswesen. Schliesslich kann die Schwere des Vorfalls eine **behördlich Untersuchung** notwendig erscheinen lassen. Dabei kann es sich um eine Administrativbehörde oder um die Strafverfolgungsbehörden handeln.

1.11. Soweit die Frage nicht durch gesetzliche Regelungen vorgegeben ist, muss die **Arbeitgeberin entscheiden**, ob sie einen Vorfall **intern untersuchen oder eine staatliche Behörde einschalten** will. Die Entscheidung ist für die Arbeitgeberin regelmässig heikel und es lassen sich kaum allgemeine Grundsätze aufstellen. Ist der Verdacht auf ein strafbares Verhalten gegeben, hat die Arbeitgeberin zu prüfen, ob sie nicht zur Anzeige verpflichtet ist, um sich nicht dem Vorwurf der Begünstigung oder gar der Mittäterschaft auszusetzen. Andererseits lassen sich Strafverfahren kaum je auf Dauer geheim halten und das Bekanntwerden eines Delikts in einem Unternehmen kann der Reputation des Unternehmens grossen Schaden zufügen. Überdies können durch die staatliche Untersuchung Geschäftsgeheimnisse an Behörden und die Öffentlichkeit gelangen, welche die Arbeitgeberin oder deren Kunden in jedem Fall geheim halten möchten. Schliesslich ist auch zu beachten, dass das Einschalten staatlicher Behörden in der Regel dem Arbeitsklima nicht unbedingt förderlich ist und auch dem verdächtigten Arbeitnehmer und dessen Angehörigen einen erheblichen Schaden zufügen kann, selbst wenn er sich am Schluss als unschuldig erweist. Von daher kann es sich sehr wohl rechtfertigen, auch beim Verdacht auf ein strafrechtliches Verhalten zuerst bloss interne Abklärungen vorzunehmen und die staatlichen Behörden erst einzuschalten, wenn sich der Verdacht erhärtet hat.

1.12. Dabei ist die **Abgrenzung zwischen einer internen und einer externen Untersuchung nicht immer einfach**. Es gibt nicht nur Kontrollen durch Vorgesetzte einerseits und durch die staatlichen Straf- oder Administrativbehörden andererseits. Das Unternehmen kann auch selber aussenstehende private Organisationen mit Überwachung und Untersuchung beauftragen. Zudem gibt es auch Einheiten oder Organisationen, welche zwar Teil des Unternehmens sind, aber nicht zum betroffenen Betrieb bzw. nicht zu diesem Betriebsteil gehören. Sind die nun intern oder extern? Wie verhält es sich mit der Revisionsstelle¹⁰ einschliesslich der besonderen bankenrechtlichen Prüfstelle¹¹? Wie ist das interne Revisorat¹² zuzuordnen?

1.13. Für die Unterscheidung sind namentlich **drei Kriterien** möglich, die allerdings alle nicht immer eine vollständig eindeutige Abgrenzung ermöglichen:

- Es kann danach unterschieden werden, ob die untersuchende Stelle gegenüber den von der Untersuchung betroffenen ein **Weisungsrecht** hat und selber Weisungen einer vorgesetzten Stelle des Unternehmens untersteht. Dann ist sie in die Organisation der

¹⁰ Art. 727 ff. OR.

¹¹ Art. 18 BankG.

¹² Art. 9 Abs. 4 BankV.

Arbeitgeberin eingliedert. Sie ist intern. Zu beachten ist allerdings, dass das Weisungsrecht delegiert werden kann. Die Arbeitgeberin kann damit auch einer aussenstehenden Stelle das Recht übertragen, den von der Untersuchung betroffenen Mitarbeitern Weisungen zu erteilen. Zudem sind Weisungen auch beim Auftrag möglich. Eine von der Auftraggeberin beauftragte aussenstehende Organisation ist gegenüber der Auftraggeberin somit auch in einem gewissen Umfang weisungsgebunden. Allerdings geht das Weisungsrecht gegenüber einer aussenstehenden nur beauftragten Organisation immer weniger weit als gegenüber den Angestellten.

- Nicht unbedeutend ist die Frage der **Geheimhaltungspflichten**. Geschäftsgeheimnisse sind in erster Linie vor Aussenstehenden zu schützen. Bestehen die Geschäftsgeheimnisse gegenüber der mit den Abklärungen betroffenen Personen? Dann ist es sicher eine externe Untersuchung. Soweit die Arbeitgeberin die Untersuchung anordnet, kann sie die betroffenen Mitarbeitenden natürlich von der Wahrung des Geschäftsgeheimnisses gegenüber einer externen mit der Untersuchung betrauten Organisation entbinden. Es bedarf aber dieser Entbindung von der Geheimhaltungspflicht, was bei einer internen Untersuchung grundsätzlich nicht notwendig ist, weil hier gar keine Geheimhaltungspflicht besteht. Zu beachten ist allerdings, dass auch dieses Unterscheidungskriterium nicht immer eindeutig ist, weil namentlich Kundengeheimnisse auch zwischen einzelnen Unternehmenseinheiten bestehen können. Das gilt insbesondere für das Patientengeheimnis und für das Bankkundengeheimnis.¹³ Auch in einem Spital besteht zwischen den einzelnen Unternehmenseinheiten eine Verschwiegenheitspflicht. Besonders problematisch und schwierig zu handhaben, können diese internen Geheimnisspflichten bei Versicherungen sein, wenn die Beziehung zum gleichen Kunden einmal der Sozialversicherung mit ihren besonderen Schutz- und Informationsnormen untersteht und einmal der Privatversicherung ohne die entsprechenden Strafbestimmungen. Wenig bekannt ist, dass sich auch das Postgeheimnis nicht nur auf die eigentliche Post sondern ebenso auf die postalische Tätigkeit von Privatunternehmen bezieht. In all diesen Bereichen bestehen erhebliche abgrenzungs- und Umsetzungsschwierigkeiten. Überdies können auch aussenstehende Beauftragte in den Geheimniskreis eingebunden werden.¹⁴
- Entscheidend kann auch die Frage sein, auf Grund **welcher rechtlicher Grundlagen, die Untersuchung** bzw. Überwachung **vorgenommen** wird. Handelt es sich diesbezüglich um vertragsrechtliche Normen oder kommt öffentliches Verfahrensrecht bzw. Prozessrecht zur Anwendung. Trifft letzteres zu, wird es sich immer um eine externe Untersuchung handeln. Es wird regelmässig um die Untersuchung durch eine Behörde oder ein Gericht gehen. Damit ist in aller Regel die Arbeitgeberin nicht mehr Herr der Untersuchung und kann diese nicht einfach von sich aus stoppen oder leiten. Insoweit ist dieses Unterscheidungskriterium eindeutig. Der Umkehrschluss ist indessen nicht möglich. Nicht jede sich auf Privatrecht stützende Untersuchung ist auch eine interne.

1.14. Bei allen Überwachungen und Untersuchungen hat die Arbeitgeberin aber die **Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen**¹⁵. Die Überwachung - externe und interne - greift aber in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers ein. Es fragt sich deshalb immer, wie weit eine Überwachung oder Untersuchung überhaupt gehen darf. Soweit diese durch staatliche Strafverfolgungs- oder Aufsichtsbehörden durchgeführt wird, finden sich die

¹³ Art. 47 BankG.

¹⁴ Vgl. BGE 121 IV 45 ff.

¹⁵ Art. 328 OR.

Grundsätze zur Durchführung und über die Untersuchungsmittel regelmässig im Gesetz oder den entsprechenden Verordnungen. Geht es demgegenüber um interne Untersuchungen ist es sehr viel schwieriger, diese Grenzen zu ermitteln. Die entsprechenden Regeln finden sich in den unterschiedlichsten Normen. Hauptsächliche Rechtsquellen sind dabei das Arbeitsrecht, der allgemeine Persönlichkeitsschutz und der Datenschutz. Alle diese Rechtsquellen sind aber sehr allgemein gehalten.

II. Rechtliche Rahmenbedingungen der Überwachung

1. *Im internationalen Arbeitsverhältnis anwendbares Recht*

2.1. Sachverhalte, welche nach internen Untersuchungen verlangen, betreffen häufig international tätige Unternehmen. Dann muss geklärt werden, welches Recht den Rahmen für eine solche Untersuchung setzt. Dabei ist einerseits zu prüfen, welches Recht auf das Arbeitsverhältnis zur Anwendung gelangt. Andererseits muss aber immer auch beachtet werden, dass unabhängig, wo die Arbeit ausgeführt wird, gewisse Erhebungen unter Umständen in einem anderen Staat getätigt werden müssen. Dann können diese an weiteren Regeln des entsprechenden Rechts scheitern. Das gilt insbesondere aber nicht nur bezüglich Überwachungen des Internetverkehrs. Es sind folglich internationalprivatrechtliche Fragen zu prüfen. Betroffen sein kann aber auch das öffentliche Recht und das Strafrecht.

2.2. Soweit die zu klärenden Vorkommnisse eine **Haftung der Arbeitgeberin** gegenüber Dritten bewirken, können die unterschiedlichsten Rechte zur Anwendung gelangen bzw. beachtet werden müssen. Zum einen kann ein dem ausländischen Recht unterstehendes Rechtsverhältnis vorbestehen¹⁶. Zum andern kann ausländisches Recht anwendbar sein, weil der Schaden im Ausland eingetreten ist und damit zu rechnen war¹⁷. Zudem bestehen im Bereich des Persönlichkeitsschutzes noch weitere Anknüpfungsmöglichkeiten¹⁸. Schliesslich ergeben sich aus der weiten Zuständigkeit, welche das Lugano Übereinkommen für Streitigkeiten aus unerlaubter Handlung vorsieht¹⁹, weitere Möglichkeiten zur Anwendung ausländischen Rechts, weil Entscheidungen ausländischer Gerichte, welche nach ausländischem Recht entschieden haben, unter den im genannten Abkommen aufgestellten Voraussetzungen in der Schweiz vollstreckt werden müssen.

2.3. Bezüglich der Zulässigkeit der Überwachung kommt es demgegenüber grundsätzlich darauf an, **welchem Recht das Arbeitsverhältnis untersteht**. Zentrale Anknüpfung für den Arbeitsvertrag ist das Recht jenes Staates, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet²⁰. Bezüglich der öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmerschutzvorschriften ist demgegenüber in der Regel massgebend, in welchem Land die konkrete Arbeit im Einzelnen ausgeführt wird.²¹ Das auf den Arbeitsvertrag anwendbare Recht braucht nicht mit jenem Übereinzustimmen, welches den öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmerschutz beherrscht. Mit Blick auf Art. 342 Abs. 2 OR, nach welchem sich aus öffentlich-rechtlichen Bestimmungen auch vertragliche Ansprüche ergeben, können dadurch Friktionen entstehen. Soweit ausländisches

¹⁶ Art. 133 Abs. 3 IPRG.

¹⁷ Art. 133 Abs. 2 IPRG..

¹⁸ Art. 139 IPRG.

¹⁹ Art. 5 Ziff. 3 LugÜ.

²⁰ Art. 121 Abs. 1 IPRG.

²¹ BGE 139 III 411 ff. Der Entscheid ist allerdings zu Recht in der Literatur kritisiert worden.

Arbeitsvertragsrecht zur Anwendung gelangt, ist stets im Einzelnen zu prüfen, ob eine bestimmte Norm des öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmerschutzes nicht dennoch als *loi d'application immédiate* anwendbar ist²². Dabei ist zu beachten, dass die neuen Kommunikationsmittel es ermöglicht haben, Arbeitsplätze sehr viel ortsunabhängiger Auszugestalten als bis anhin. Soweit es sich um Telearbeit handelt kann diese von einem beliebigen Ort auf der Welt aus verrichtet werden, wenn dieser Ort an die weltweite Kommunikation angeschlossen ist. Überdies kann sich der Server, *mit* dem gearbeitet wird, in einem anderen Land befinden, als der Terminal, *an* dem gearbeitet wird. Für die Anknüpfung im Arbeitsrecht ist aber der Ort massgebend, an dem die Arbeit verrichtet wird. Es kommt deshalb nicht auf den Standort des Servers an, sondern den Ort, an dem sich der Terminal und damit der Arbeitnehmer befinden²³.

2. **Persönlichkeitsschutz als Grundlage**

2.4. Das schweizerische Recht hat bereits am Ende des neunzehnten Jahrhundert den Vorbildern der romanischen Rechtsordnungen folgend einen **allgemeinen Persönlichkeitsschutz** im Privatrecht eingeführt²⁴.

2.5. Die Grundnorm des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes findet sich in Art 28 ZGB, nach welchem jeder, der in seiner **Persönlichkeit widerrechtlich verletzt** wird, zu seinem Schutze das Gericht anrufen kann²⁵. Eine Verletzung ist widerrechtlich, wenn sie nicht durch die Einwilligung des Verletzten, durch überwiegende private oder öffentliche Interessen oder durch Gesetz gerechtfertigt wird²⁶.

2.6. Zur geschützten Persönlichkeit gehört auch der Privatbereich. Geschützt wird damit auch das **informative Selbstbestimmungsrecht**, das Recht darüber selber zu bestimmen, wer welche Informationen über die betroffene Person sammelt, bekommt und verwenden darf. Dadurch gehört es auch zum Persönlichkeitsrecht jedes Einzelnen, grundsätzlich nicht überwacht zu werden. Jede Überwachung bedarf der Rechtfertigung.

2.7. Regelmässig - und so auch im vorliegenden Zusammenhang - stellt die **Einwilligung** den wichtigsten Rechtfertigungsgrund dar. Hat jemand in bestimmte Kontrollen eingewilligt, so ist diese zulässig. Einwilligungen können aber nicht blanko erteilt werden. Sie müssen vielmehr immer konkret sein. In einem gewissen Umfang stellt aber der Arbeitsvertrag an sich bereits eine Einwilligung in Kontrollen dar.

2.8. Überdies hat die Arbeitgeberin - wie bereits erwähnt - als Vertragspartnerin ein legitimes Interesse in einem gewissen Umfang zu prüfen, ob der Arbeitnehmer sich an die vertraglichen Abmachungen hält. In diesem Umfang kann sie ein eigenes **privates Interesse** an der Überwachung und damit auch am entsprechenden eingriff in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers geltend machen. Insoweit ist eine Interessenabwägung notwendig.

²² Art. 18 IPRG; vgl. GEISER, ArbR 2004, S. 25 ff.

²³ GEISER, AJP 1995, S. 557 ff. Rz. 4.17. f.

²⁴ Ursprünglich im Obligationenrecht, seit 1912 nun im ZGB.

²⁵ Art. 28 Abs. 1 ZGB.

²⁶ Art. 28 Abs. 2 ZGB.

3. Arbeitsvertragliche Grundlage

2.9. Ausgangspunkt bildet **Art. 328 OR**, der die Arbeitgeberin verpflichtet, die Persönlichkeit der Arbeitnehmer zu achten und zu schützen²⁷. Im Zusammenhang mit dem Erlass des Datenschutzgesetzes ist diese allgemeine Bestimmung durch **Art. 328b OR** ergänzt worden, welcher die Datenbearbeitung durch die Arbeitgeberin auf jene persönlichen Daten des Arbeitnehmers einschränkt²⁸, welche die Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Im Übrigen wird das Datenschutzgesetz als anwendbar erklärt, was sich allerdings von selber versteht.

2.10. Unter dem von der Schutznorm erfassten *Bearbeiten*, ist jeder Umgang mit Personendaten zu verstehen, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren, insbesondere fällt darunter das Beschaffen, Aufbewahren, Verwenden, Umarbeiten, Bekantgeben, Archivieren oder Vernichten der Daten²⁹. **Zum Sammeln** von Daten **gehört** regelmässig auch **das Überwachen**, wenn damit bestimmte Vorgänge aufgezeichnet werden, welche als Verhalten eindeutig einer Person zuzuordnen sind. Nicht entscheidend ist, ob die gespeicherten Daten überhaupt von jemandem wahrgenommen, namentlich abgefragt werden. Das Sammeln und Speichern an sich stellt bereits eine relevante Datenbearbeitung dar.

2.11. Damit die Aufzeichnung von Handlungen eines Arbeitnehmers zulässig ist, muss sie zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich sein oder die Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen. Das Gesetz schränkt somit die **zulässigen Zwecke** ein. Reine Neugierde oder ein wie auch immer geartetes politisches oder moralisches Kontrollbedürfnis der Arbeitgeberin genügt nicht. Was für die Eignung am Arbeitsplatz oder die Durchführung des Arbeitsverhältnisses als erforderlich angesehen werden kann, lässt sich grundsätzlich nur durch eine Interessenabwägung im Einzelfall bestimmen³⁰. Die Bearbeitung muss **verhältnismässig** sein³¹. Überdies dürfen die Daten nur für jene Zwecke weiterverwendet werden, für die sie erhoben worden sind³². Aus irgendwelchen technischen Gründen erhobene Daten dürfen somit nicht im Nachhinein zur Überwachung des Verhaltens beziehungsweise zur Klärung eines in der Vergangenheit liegenden Verhaltens ausgewertet werden.

2.12. Überdies hat die Datenbearbeitung nach **Treu und Glauben** zu erfolgen³³. Entsprechend ist eine *verdeckte Überwachung und Untersuchung* grundsätzlich unzulässig. Ausnahmen sind nur möglich, wenn der Zweck nicht anders erreicht werden kann. Zu denken ist namentlich an eine Untersuchung, um ein Delikt in einem Betrieb aufzuklären, wenn ein offenes Vorgehen den Fahndungserfolg von vornherein in Frage stellen würde.

4. Grundlage im Arbeitsgesetz

2.13. Eine weitere Einschränkung erfährt das Recht auf Überwachung durch **Art. 26 ArGV3**. Nach dieser Ordnungsbestimmung sind Verhaltensüberwachungen grundsätzlich unzulässig³⁴. Das allgemeine Verhalten als solches kann mit Blick auf diesen Entscheid des Verordnungsgebers auch nicht als relevante Eigenschaft für die Beurteilung der Eignung oder für die Durchführung des Arbeitsvertrages anerkannt werden. Kontrolliert werden dürfen im-

²⁷ Fürsorgepflicht.

²⁸ Vgl. **BRÜHWILER**, N. II zu Art. 328b OR.

²⁹ Art. 3 Bst. e DSG.

³⁰ **BRÜHWILER**, N. 1 zu Art. 328b OR.

³¹ Art. 4 Abs. 1 DSG.

³² Art. 4 Abs. 2 DSG.

³³ So ausdrücklich Art. 4 Abs. 1 DSG.

³⁴ Art. 26 Abs. 1 ArGV 3.

mer nur *bestimmte* Vorgänge und Eigenschaften. Die totale Überwachung ist ausgeschlossen³⁵. Dem Arbeitnehmer muss in jedem Fall eine vor Überwachung geschützte Privatsphäre am Arbeitsplatz verbleiben. Ansonsten beeinträchtigt das Kontrollsystem die psychische Gesundheit und Bewegungsfreiheit des Arbeitnehmers³⁶.

5. **Haftpflichtrechtliche Grundlagen**

2.14. In gewissen Bereichen ist eine **Kontrolle** - und damit auch interne Untersuchungen - sogar zum Schutze der anderen Mitarbeitenden und Dritter **zwingend notwendig**. Welche Kontrollen damit begründet werden können, hängt vom Tätigkeitsbereich der Arbeitgeberin und vom konkreten Arbeitsplatz ab. Fast in allen Betrieben bestehen jedenfalls im Bereich der elektronischen Datenverarbeitung solche Bedürfnisse. Innerhalb eines Betriebes werden regelmässig **heikle Personendaten** bearbeitet. Diese befinden sich häufig auf dem betriebseigenen Server. Aus der Fürsorgepflicht³⁷ ergibt sich, dass die Arbeitgeberin Unbefugten den Zugriff auf diese Daten verwehren muss. Zu den Unbefugten gehören aber auch Mitarbeitende. Eine Überwachung, wer auf diese heiklen Daten zugreift, ist deshalb unumgänglich.

2.15. Gegenüber Dritten kann die Arbeitgeberin für Fehlverhalten ihrer eigenen Arbeitnehmer haften. Führende Angestellte können gleichzeitig **Organ der Arbeitgeberin** sein. Diesfalls ergibt sich eine Haftung der Arbeitgeberin für das Verhalten der Arbeitnehmer aus Art. 55 ZGB. Soweit es sich nicht um rechtsgeschäftliches Handeln sondern um das übrige Verhalten handelt, tritt eine Haftung der juristischen Person unabhängig von der Regelung des Vertretungsverhältnisses im Handelsregister ein³⁸. Kommt dem Arbeitnehmer keine Organstellung zu, kann eine Haftung gegenüber Dritten bei einer vertraglichen Beziehung aus **Art. 101 OR**³⁹ oder beim Fehlen einer Vertragsbeziehung aus **Art. 55 OR** folgen⁴⁰. Nach der letzt genannten Bestimmung befreit sich der Arbeitgeber von der Haftung unter anderem mit dem Nachweis, dass er den fehlbaren Arbeitnehmer ausreichend beaufsichtigt hat. Welches Mass an Beaufsichtigung haftpflichtrechtlich erforderlich ist, hängt von der Art der Tätigkeit und den Eigenschaften der Hilfsperson ab⁴¹. Das Mass der Sorgfalt bei der Beaufsichtigung bemisst sich grundsätzlich nach dem objektiv Nötigen⁴². Bei grösseren Betrieben genügt es nicht, dass die Arbeitgeberin selber bzw. deren Organe die ihnen zumutbaren Handlungen vorgenommen haben. Vielmehr tritt die Haftung auch ein, wenn die mit der unmittelbaren Beaufsichtigung betrauten Angestellten ihren Aufgaben nicht nachgekommen sind⁴³. Daraus ergibt sich eine Haftung für unsorgfältige Organisation⁴⁴. Schon aus haftpflichtrechtlichen Gründen obliegt es somit der Arbeitgeberin eine gewisse Beaufsichtigung ihrer Angestellten vorzunehmen.

2.16. Aus haftpflichtrechtlicher Sicht müsste die Kontrolle eine möglichst weitgehende sein. Der Persönlichkeitsschutz des überwachten einzelnen Arbeitnehmers beschränkt aber die Zulässigkeit der Überwachung. Die Beaufsichtigung im Arbeitsrecht liegt im **Spannungsfeld** dieser beiden Rechtsgebiete. Es liegt auf der Hand, dass vom **Haftpflichtrecht** her nicht ver-

³⁵ REHBINDER, N. 15 zu Art. 328 OR.

³⁶ Vgl. Art. 26 Abs. 2 ArGV3.

³⁷ Art. 328 OR.

³⁸ RIEMER, N. 53 zu Art. 54/55 ZGB.

³⁹ Haftung für Hilfspersonen.

⁴⁰ Geschäftsherrenhaftung.

⁴¹ BREHM, N. 70 zu Art. 55 OR.

⁴² BREHM, N. 46 zu Art. 55 OR.

⁴³ BREHM, N. 52 ff. zu Art. 55 OR.

⁴⁴ Vgl. BREHM, N. 77 ff. zu Art. 55 OR.

langt werden kann, was das **Arbeitsvertragsrecht** verbietet. Es ist somit sowohl bei der haftpflichtrechtlichen wie auch bei der arbeitsrechtlichen Fragestellung jeweils auf das andere Rechtsgebiet zu schießen. Dabei darf allerdings das Argument, eine bestimmte Überwachung sei arbeitsrechtlich nicht zulässig, nicht leichthin als Entlastung im Haftpflichtstreit angenommen werden. Es ist vielmehr immer zu prüfen, ob nicht eine zulässige Kontrolle bei einer anderen technischen Organisation der Abläufe möglich gewesen wäre und den Schaden verhindert hätte.

6. Prozessrechtliche Grundlagen

2.17. Untersuchungen haben häufig zum Zweck, einen rechtlich relevanten Sachverhalt zu klären. Auf Grund der Klärung des Sachverhaltes ist es anschliessend möglich, in einem Zivil- oder Strafprozess zu obsiegen. Sowohl in Zivil- wie auch in Strafprozessen sind aber nicht alle Beweismittel zugelassen. Das Beweismittel muss einerseits *Beweistauglich* und andererseits *zulässig* sein.

2.18. Die Zivilprozessordnung enthält in Art. 168 ZPO einen grundsätzlich **abschliessenden Katalog von zulässigen Beweismitteln**.⁴⁵ Zulässig sind aber auch diese Beweismittel nur, soweit sie überhaupt für den Nachweis der behaupteten Tatsache **tauglich** sind. Dabei genügt eine objektive Tauglichkeit.⁴⁶ Es ist nicht notwendig, dass sie den Beweis tatsächlich erbringen.

2.19. Die ZPO regelt ausdrücklich die Zulässigkeit bzw. **Unzulässigkeit rechtswidrig erworbener** Beweismittel. Art. 152 Abs. 2 ZPO hält fest, dass diese nur berücksichtigt werden dürfen, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt.⁴⁷ Das Interesse an der materiellen Wahrheit ist dem Interesse entgegenzusetzen, das mit der Erhebung des Beweises verletzt worden ist. Dabei geht es immer um rechtlich geschützte Interessen⁴⁸. Es ist unerheblich auf welcher Rechtsstufe die verletzte Verbotsnorm angesiedelt ist.⁴⁹ Dem Prozessrecht ist insofern eine gewisse Gewichtung der Interessen zu entnehmen, als der materiellen Wahrheit nach dem Willen des Gesetzgebers immer dann eine hohe Bedeutung zukommt, wenn der Prozess vom Untersuchungsgrundsatz oder gar der *Offizialmaxime* beherrscht wird⁵⁰. Demgegenüber kann es m.E. für die Bedeutung der materiellen Wahrheit nicht auf den Streitwert ankommen.⁵¹ Jedoch ist für die Interessenabwägung entscheidend, welche Bedeutung der Prozess für die Parteien hat. Mit berücksichtigt werden müssen unter Umständen auch die wirtschaftlichen Interessen der Allgemeinheit,⁵² die allerdings auf beiden Seiten bestehen können. Handelt es sich um eine Straftat, kann der Deliktbetrag bezüglich der Schwere der Straftat und damit auch des öffentlichen Interesses an der Verfolgung Bedeutung haben.⁵³

2.20. Bezweckt die Überwachung die Beweissicherung, kann sie dieses Ziel nicht erreichen, wenn die damit erhobenen Unterlagen und Belege als Beweis gar nicht zugelassen sind. Damit **fehlt es an der Verhältnismässigkeit der Überwachung**. Fraglich erscheint, ob es auch

⁴⁵ GUYAN, N. 5 zu Art. 152 ZPO und N. 1 zu Art. 168 ZPO.

⁴⁶ GUYAN, N. 7 zu Art. 152 ZPO.

⁴⁷ Zur Rechtslage mit Blick auf das frühere kantonale Prozessrecht vgl. BGer 4A_23/2010 vom 12.4.2010, E.2.1.

⁴⁸ Vgl. GUYAN, N. 11 zu Art. 152 ZPO; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND; § 18, Rz. 24.

⁴⁹ RÜEDI, Rz. 208; GUYAN, N. 11 zu Art. 152 ZPO.

⁵⁰ Vgl. Art. 55 ZPO und GUYAN, N.13 zu Art. 152 ZPO.

⁵¹ So aber offenbar GUYAN, N.13 zu Art. 152 ZPO.

⁵² BGE 136 III 410 ff.

⁵³ Vgl. BGer 6B_536/2009 v. 12.11.2009; BGE 139 II 7 ff.

ein zulässiger Zweck der Überwachung sein kann, zwar keine tauglichen Beweise zu erheben, aber dennoch einen Überblick über den Sachverhalt zu erhalten, um die Prozesschancen abschätzen zu können und anschliessend im Prozess die zulässigen und notwendigen Beweisanträge stellen zu können. Ein solches Vorgehen ist nicht im Vorherein ausgeschlossen. Allerdings ist der Umstand der nicht Verwertbarkeit in die Interessenabwägung einzubeziehen und hat zur Folge, dass die Interessen an der Überwachung schwächer sind und damit eher die Persönlichkeitsschutzinteressen des Betroffenen überwiegen. Demgegenüber kann m.E. aus dem Umstand, dass die ersten Abklärungen aus irgendeinem Grund nichtverwertbare Beweismittel hervorbringen, nicht in jedem Fall geschlossen werden, dass auch die auf Grund der aus den ersten Abklärungen gewonnen Erkenntnissen erhobenen weiteren Beweismittel unzulässig sind.⁵⁴

2.21. Die gleichen Fragen stellen sich, wenn es um die Klärung eines Straftatbestandes geht. Auch das **Strafprozessrecht** kennt Verwertbarkeitsverbote von rechtswidrig erlangten Beweismitteln. Gemäss der diesbezüglichen bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist auch hier eine Interessenabwägung vorzunehmen.⁵⁵

III. Fragen des konkreten Vorgehens

1. *Eröffnung und Abschluss des Verfahren*

a. Eröffnung

3.1. Aus den allgemeinen Grundsätzen des Datenschutzes⁵⁶ ergibt sich, dass verdeckte Ermittlungen der Arbeitgeberin grundsätzlich als unzulässig angesehen werden müssen.⁵⁷ In aller Regel ist eine offene Ermittlung ohne weiteres möglich, ohne den Zweck der Überwachung oder Ermittlung zu gefährden. Die Bekanntgabe der Überwachungsmassnahme braucht nicht personenbezogen zu erfolgen. Es ist zulässig nur mitzuteilen, dass bestimmte Dinge kontrolliert werden.

3.2. Schwierigkeiten ergeben sich, wenn ein **konkreter Verdacht gegen eine bestimmte Person** besteht. Hier nun die Überwachung mehrerer Personen vorzunehmen, um den Betroffenen keinen Verdacht schöpfen zu lassen, lässt sich gegenüber den andern nicht rechtfertigen. Von daher muss grundsätzlich die betroffene Person vor der Überwachung informiert werden. Das wird aber unter Umständen den Ermittlungszweck vereiteln. Besteht der Verdacht auf eine strafbare Handlung, kann die Arbeitgeberin die staatlichen Untersuchungsbehörden einschalten. Von daher lässt sich eine interne verdeckte Ermittlung kaum rechtfertigen. Ganz ausschliessen lässt sie sich aber auch beim Verdacht auf Straftatbestände nicht.⁵⁸ Namentlich bei Antragsdelikten besteht kein Grund, warum die Arbeitgeberin nicht zu dem auch für die betroffene Person schonenderen Mittel der bloss internen Untersuchung greifen können soll. Es ist im Einzelfall eine Interessenabwägung vorzunehmen und zu prüfen, ob der Persönlichkeitsschutz des Betroffenen ausnahmsweise hinter den Interessen an der Ermittlung eines Fehlverhaltens zurücktreten muss. Dabei ist auch zu berücksichtigen, ob eine Wiederho-

⁵⁴ Anders offenbar GUYAN, N. 15 zu Art. 152 ZPO.

⁵⁵ Vgl. BGE 131 I 273 ff.; 133 IV 331; 137 I 218 ff.

⁵⁶ Verhältnismässigkeit, Treu und Glauben.

⁵⁷ So auch das Merkblatt des EDÖB, Überwachung am Arbeitsplatz.

⁵⁸ Anders offenbar das Merkblatt des EDÖB, Überwachung am Arbeitsplatz.

lungs- bzw. Fortsetzungsgefahr besteht oder nicht. In jedem Fall sind die Eröffnung einer Ermittlung und die einzelnen Schritte zu dokumentieren.

b. Abschluss

3.3. Auch das **Ende der Untersuchung ist zu dokumentieren**. Hat die Untersuchung ein Fehlverhalten eines Arbeitnehmers aufgedeckt, so wird dies regelmässig für diesen Arbeitnehmer Konsequenzen haben, so dass er von der Ermittlung auch unterrichtet werden muss. Zudem hat er auf Grund des Datenschutzgesetzes **Anspruch auf Einsicht** in die ihn betreffenden Personendaten.⁵⁹ Die Einsicht in eine private Datensammlung kann nur verweigert werden, wenn ein Gesetz dies besonders vorsieht oder der Einsicht überwiegende Interessen Dritter entgegenstehen⁶⁰. Demgegenüber kann die Verweigerung der Einsicht nicht mit überwiegenden eigenen Interessen der Arbeitgeberin begründet werden. Das Gesetz handelt ausdrücklich nur von Interessen Dritter. Zu diesen kann aber auch ein Informant zählen.⁶¹ Auf die Gefährdung des Zwecks eines Untersuchungsverfahrens⁶² können sich nur Bundesorgane für die Verweigerung der Auskunft berufen⁶³.

3.4. Der Anspruch auf Auskunft über die gesammelten Daten besteht nicht nur nach Abschluss des Untersuchungsverfahrens sondern auch **schon während dessen Dauer**.

3.5. Dem Datenschutzgesetz ist kein **Anspruch auf aktive Information** der betroffenen Person zu entnehmen. Ein solcher ergibt sich aber m.E. aus der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin.⁶⁴ Sie verpflichtet die Arbeitgeberin zu einem proaktiven Schutz des Arbeitnehmers. Die Arbeitgeberin hat deshalb auch die notwendigen Vorkehren zu treffen, damit der Arbeitnehmer seine Persönlichkeitsrechte wahrnehmen kann. Sie muss ihn deshalb darüber informieren, dass es in der Datensammlung Personendaten über ihn gibt, welche ihn interessieren könnten.

c. Aufbewahrung der Akten

3.6. Zum Bearbeiten von Personendaten gehört auch das Aufbewahren, das blosses Archivieren und das Vernichten der Daten.⁶⁵ Jedes Verhalten gegenüber den in der Untersuchung gesammelten Daten muss somit den Anforderungen des DSG genügen. Die Arbeitgeberin kann sich diesen Anforderungen nicht durch Passivität entziehen.

3.7. Es steht ausser Zweifel, dass die Arbeitgeberin die Daten solange **aufbewahren** darf, wie sie sie für den Zweck, für den sie sie gesammelt hat, benötigt. Belegen die Daten ein Fehlverhalten der betroffenen Person, darf die Arbeitgeberin sie aufbewahren, bis der entsprechende Rechtsstreit abgeschlossen ist, bzw. sie für diesen nicht mehr gebraucht werden. Welcher Zeitpunkt dies ist, lässt sich nicht immer einfach bestimmen, weil unter Umständen Weiterungen eines Rechtsstreites möglich sind, die nicht immer vorausgesehen werden können.

3.8. Das DSG regelt nicht ausdrücklich, ob ein **Anspruch auf Vernichtung** nicht mehr benötigter Daten im Arbeitsverhältnis besteht. Art. 21 DSG richtet sich grundsätzlich nur an Bundesorgane. Der Anspruch auf Vernichtung nicht mehr benötigter Daten ergibt sich aber

⁵⁹ Art. 8 DSG.

⁶⁰ Art. 9 DSG.

⁶¹ **GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU**, N. 22 zu Art. 9 DSG.

⁶² Art. 9 Abs. 2 Bst. b DSG.

⁶³ Kantonale Organe unterstehen nicht dem DSG.

⁶⁴ Art. 328 OR.

⁶⁵ Art. 3 Bst. e DSG.

aus dem in Art. 4 DSGVO auch für die privatrechtliche Datenverarbeitung verankerten Verhältnismässigkeitsprinzip⁶⁶. Die Aufbewahrung und Archivierung von Daten einer Untersuchung ist jedenfalls dann, wenn sich daraus ein Fehlverhalten ergeben hat, ein schwerer Eingriff in die Persönlichkeit, als deren Vernichtung. Die betroffene Person kann deshalb die Vernichtung verlangen, wenn die Daten nicht mehr für ihren ursprünglichen Zweck verwendet werden.

3.9. Die **Vernichtung** hat eine **vollständige und endgültige** zu sein. Soweit der Datenträger Papier ist, ergeben sich daraus keine besonderen Schwierigkeiten. Demgegenüber bereitet die Vernichtung elektronischer Daten insofern Probleme, als bei Geschäftsdaten in der Regel Sicherungssysteme bestehen, welche die Daten ausserhalb der Arbeitsspeicher und des Server im Betrieb archivieren. Das gilt ebenso für Daten, welche als E-Mail verschickt worden sind. Diese so genannten Backups sind eine Archivierung und damit Datenbearbeitung, welche dem DSGVO unterstehen. Sie müssen folglich auch den Anforderungen des Datenschutzes genügen und damit vernichtet werden, wenn sie nicht mehr benötigt werden. Das gilt aber für das einzelne Datum und nicht nur für das Backup als Ganzes. Die Unterlagen von heiklen internen Untersuchungen sollten deshalb nicht in elektronischer Form auf Servern gespeichert werden, für die regelmässig Backups erstellt werden. Gegebenenfalls sind sie ausschliesslich auf nicht an Netze angeschlossene Lapp-Tops zu bearbeiten und auf USB-Sticks zu sichern, die nach Abschluss der Untersuchung vernichtet werden können.

2. Verhaltenskontrollen

a. Im Betrieb

3.10. **Überwachungssysteme** zur Kontrolle des Verhaltens eines Arbeitnehmers am Arbeitsplatz sind unzulässig. Überwachungssysteme sind nur zulässig, wenn damit ein anderer Zweck verfolgt wird⁶⁷ und die Überwachung nicht permanent ist.⁶⁸ Zu beachten ist auch das Ausmass der Überwachung. So lässt sich eine blossige Überwachung des Ortes, an dem sich der Arbeitnehmer aufhält⁶⁹, nicht mit einer permanenten Videoüberwachung vergleichen, welche auch das Verhalten erfasst. Eine Videoüberwachung eines Tresorraums aus Sicherheitsgründen, in den die Arbeitnehmer nur hin und wieder und kurzfristig gehen, ist auch zulässig, wenn die Arbeitnehmer davon nichts wissen.⁷⁰ Entsprechend ist wohl eine dauernde Videoüberwachung einer Kasse in einem Grossverteiler oder des Schalters einer Bank zulässig, sofern die Arbeitnehmer die Möglichkeit haben, sich aus dem Blickfeld der Kamera zurückzuziehen. Dafür müssen sie aber von der Überwachung Kenntnis haben. Zu beachten sind selbstverständlich immer auch die strafrechtlichen Rahmenbedingungen einer Videoüberwachung.

3.11. Möglich sind auch **persönliche Kontrollen** der Arbeitnehmer, namentlich deren Taschen und weiterer Behältnisse, die sie mitführen, um Diebstähle und anderes aufzudecken. Hier geht es regelmässig nicht um eine Verhaltenskontrolle, so dass schon aus diesem Grund Art. 26 ArGV 3 nicht anwendbar ist. Solche Kontrollen greifen aber tief in die Persönlichkeit der Arbeitnehmer ein, weil sie regelmässig einen äusserst privaten Bereich betreffen. Entsprechende systematische Kontrollen können sich nur ganz ausnahmsweise rechtfertigen. Zu den-

⁶⁶ WINTERBERGER-YANG, N. 5 zu Art. 21 DSGVO.

⁶⁷ Art. 26 ArGV 3.

⁶⁸ CAPH GE, SAE 1997, 34; kritisch: PORTMANN, recht 2010, 7 f.

⁶⁹ Vgl. BGE 130 II 435 ff. (GPS-Überwachung).

⁷⁰ BGer 6B_536/2009, vom 22.5.2009, E. 3.6. ff., JAR 2010, S. 378 ff.

ken ist beispielsweise an Arbeitsorte mit hohem Sicherheitsrisiko, an denen bei allen Personen eine Sicherheitskontrolle am Eingang vorgenommen wird, wie bei Flughäfen oder Parlamentsgebäuden. Bezüglich des Umfangs der Kontrollen ist immer streng auf deren Zweck zu achten. So lässt es sich beispielsweise nicht rechtfertigen, irgendwelche Unterlagen oder andere Papiere durchzusehen, wenn es bloss um die Sicherheit des Ortes geht. Dies ergibt sich aus dem Gebot der Verhältnismässigkeit. Die Kontrollen dürfen überdies nicht diskriminierend sein.

b. Ausserhalb des Betriebes

3.12. Verhaltensüberwachungen ausserhalb des Betriebes lassen sich grundsätzlich gar nicht rechtfertigen. Gezielte Videoaufnahmen ausserhalb des Betriebes werden regelmässig das Recht am eigenen Bild verletzen.⁷¹ Dabei ist immer vorausgesetzt, dass die abgebildete Person für Dritte erkennbar ist⁷², was aber in den hier zu diskutierenden Fällen regelmässig beabsichtigt ist. Je nachdem, wo und wie sie aufgenommen werden, betreffen sie zudem auch die so genannte Privat- oder Geheimsphäre.⁷³

3.13. Persönlichkeitsverletzungen sind indessen rechtlich nur relevant, wenn sie rechtswidrig sind. Ein Rechtfertigungsgrund kann in **überwiegenden privaten oder öffentlichen Interessen** liegen.⁷⁴ Nach der neusten bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann ein solches überwiegendes Interesse gegeben sein, wenn es darum geht, mit einer Observation zu verhindern, dass eine Versicherung oder die dahinter stehende Versichertengemeinschaft zu Unrecht Leistungen erbringen müssen.⁷⁵ Das Bundesgericht verweist ausdrücklich neben der Versichertengemeinschaft auch auf die Versicherung selber. Mit ersterer ist in einem gewissen Umfang ein öffentliches Interesse angesprochen, weil es um eine nicht im Voraus bestimmbare Vielzahl von Personen geht. Die Versicherung selber stellt aber eine Privatperson dar, so dass es insoweit nur um private Interessen gehen kann. Mit Bezug auf beide Bereiche geht es immer nur um wirtschaftliche Interessen, welche dem Persönlichkeitsrecht gegenüber gestellt werden. Das Bundesgericht anerkennt in dieser Entscheidung somit, dass private wirtschaftliche Interessen eine Observation der Freizeit einer Person rechtfertigen können. Das ist zumindest erstaunlich.

3.14. In seiner **Interessenabwägung** weist das Bundesgericht zu Recht darauf hin, dass einerseits zu beachten ist, wie schwer die Observation im konkreten Fall in das Persönlichkeitsrecht eingreift und andererseits welche weniger eingreifenden Möglichkeiten zur Klärung des Sachverhalts zur Verfügung stehen. Schliesslich rechtfertigt sich die Observation nur, weil und soweit der observierte gegenüber dem Auftraggeber der Observation Ansprüche erhebt und ihn auch eine Mitwirkungspflicht bei der Klärung des Sachverhaltes trifft.⁷⁶ Diese Voraussetzungen werden aber bei Abklärungen im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses regelmässig gegeben sein. Häufig geht es bei solchen Observationen darum festzustellen, ob der Arbeitnehmer tatsächlich arbeitsunfähig ist, und zu Recht eine Lohnfortzahlung oder eine Verlängerung der Kündigungsfrist geltend macht. Aber auch wenn es um die Abklärung von Fehlverhalten im Rahmen des Arbeitsverhältnisses geht, dreht sich die Sachverhaltsklärung um Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und die Treuepflicht des Arbeitnehmers gebietet

⁷¹ BGE 127 III 492; 129 III 723.

⁷² BGE 136 III 413; mit Hinweis auf: BGer 5C.26/2003 v. 27.5.2003, E. 2 und 5A_827/2009 vom 27.5.2010 E. 3.1.

⁷³ BGE 136 III 413.

⁷⁴ Art. 28 Abs. 2 ZGB.

⁷⁵ BGE 136 III 413, E. 2.2.3.

⁷⁶ BGE 136 III 413 f.

regelmässig eine Mitwirkung bei der Aufklärung. Es lässt sich kaum rechtfertigen, die Rechtslage anders zu beurteilen, je nachdem, ob es um die Abwehr ungerechtfertigter⁷⁷ oder um die Durchsetzung gerechtfertigter Ansprüche geht⁷⁸.

3. Überwachung des E-Mail- und des Telefonverkehrs

3.15. E-Mails und Telefonie gehören heute zum privaten und zum beruflichen Alltag. Es ist unvermeidbar, dass ein Arbeitnehmer ausnahmsweise auch während der **Arbeitszeit private Telefone** erledigen muss.⁷⁹ Ein vollständiges Verbot ist deshalb unverhältnismässig. Während früher dafür in jedem Fall auch die Telefonanlage der Arbeitgeberin verwendet werden musste, sofern diese nicht gesonderte Apparate zur Verfügung stellte, kann heute davon ausgegangen werden, dass die Arbeitnehmer über eigene Mobiltelefone verfügen, so dass private Telefone auch privat geführt werden können, sofern der Arbeitsplatz wenigstens im Sendebereich der Mobiltelefonie liegt. Insofern muss die Arbeitgeberin die betriebliche Telefonanlage für ausgehende private Anrufe nicht mehr zur Verfügung stellen. Demgegenüber lässt sich jedoch nach wie vor nicht verhindern, dass der Arbeitnehmer private Telefone über die Linie der Arbeitgeberin erhält. Gleiches gilt auch für den E-Mail-Verkehr. Die moderne Technik erlaubt es ohne weiteres jederzeit private E-Mails von privaten Geräten aus zu versenden. Der Gebrauch der von der Arbeitgeberin zur Verfügung gestellten Geräte ist nicht notwendig. Insofern ist heutzutage ein generelles Verbot möglich und zulässig.

3.16. Ein generelles Verbot, die Geräte und Linien der Arbeitgeberin für private Telefone und E-Mails zu benutzen, ist aber nicht zwingend. Arbeitgeberinnen werden häufig den privaten Gebrauch in einem gewissen Rahmen zulassen. Das entspricht auch weitgehend den geschäftlichen Gepflogenheiten. Zudem lässt sich nie ausschliessen, dass der Arbeitnehmer private Telefone und E-Mails über die Geschäftslinien erhält. Darauf hat der Arbeitnehmer nur beschränkten Einfluss. Diesem Umstand hat die Arbeitgeberin bei der Organisation dieser Einrichtungen Rechnung zu tragen und hat direkten Einfluss auf die Frage der **Zulässigkeit einer Überwachung**. Es ist namentlich zwischen der Kontrolle, mit welchem Anschluss telefoniert wird und der Kontrolle des Gesprächsinhalts zu unterscheiden. Während erstere jedenfalls wenn sie dem Arbeitnehmer im Voraus bekannt ist, sich als wenig problematisch erweist, sind bezüglich der Aufzeichnung oder Abhörung die einschlägigen Strafbestimmungen zu beachten.⁸⁰ Die straffreie Aufzeichnung bzw. das straffreie Abhören setzt voraus, dass *alle am Gespräch Beteiligten* eingewilligt haben. Es genügt von daher nicht, dass der Arbeitnehmer im Voraus seine Einwilligung gegeben hat. Vielmehr müsste diese auch vom Gesprächspartner vorliegen. Die andern im Gesetz vorgesehenen Ausnahmen von der Strafbarkeit greifen hier nicht⁸¹, da es sich gerade nicht um geschäftliche Telefonate handelt. Andere überwiegende private Interessen sind als Rechtfertigungsgrund nicht vorbehalten. Eine allgemeine Überwachung der Gesprächsinhalte müsste somit selbst bei Vorliegen eines begründeten Verdachtes auf eine strafbare Handlung über die Strafuntersuchungsbehörden gehen.

3.17. Bezüglich des E-Mail-Verkehres ist schliesslich zu beachten, dass dieser aus technischen Gründen immer Spuren hinterlässt, die auch den Inhalt erfassen. Bezüglich des Schutzes des E-Mailverkehrs hinkt das Recht der Wirklichkeit nach. Es enthält vorerst noch sehr viel weniger spezifische Schutznormen als beim Telefon. Dennoch muss m.E. für das Zivilrecht eine Analogie gezogen werden, so dass die Arbeitgeberin auch den E-Mailverkehr nicht

⁷⁷ Z.B. von Rentenleistungen oder Lohnfortzahlung.

⁷⁸ Z.B. Schadenersatzforderungen.

⁷⁹ **REHBINDER**, N. 43 zu Art. 321d OR

⁸⁰ Art. 179^{bis} ff. StGB.

⁸¹ Art. 179^{quinquies} StGB.

inhaltlich ohne Zustimmung aller daran beteiligten Überwachen darf. Zu beachten ist aber immerhin, dass im Gegensatz zum Telefon es sich bei E-Mails um das geschriebene Wort handelt, dass in jedem Fall aufgezeichnet ist. Das blosses Aufbewahren hat von daher nicht den gleichen Stellenwert wie das Aufzeichnen eines Telefongesprächs.

3.18. Wie sich zeigen wird, sind gewisse Kontrollen notwendig und auch nicht zu vermeiden. Diese sind in jedem Fall **den Mitarbeitenden zu kommunizieren**⁸². Namentlich müssen diese wissen, wer Zugriff zu welchen Informationen hat und ob und gegebenenfalls wie lange diese Aufbewahrt werden.

3.19. Weil der einzelne Arbeitnehmer nicht vermeiden kann, private E-Mails zu erhalten, ist eine **systematische Kontrolle aller eingehenden E-Mails nicht zulässig**. Von betrieblichen Besonderheiten abgesehen, erscheint eine **allgemeine personenbezogene Kontrolle** der eingehenden E-Mails als **nicht verhältnismässig**⁸³. Allerdings lässt sich aus technischen Gründen nicht vermeiden, dass der Eingang einschliesslich des Absenders registriert wird. Organisatorisch ist aber sicher zu stellen, dass nur der Adressat Zugriff auf seine E-Mails hat. Besteht aus betrieblichen Gründen ein Bedürfnis, den E-Mail-Verkehr mehreren Personen zugänglich zu machen, so muss durch Weisungen sichergestellt werden, dass als „persönlich“ gekennzeichnete Mails nicht von anderen Personen gelesen werden. Wohl kann heute auch verlangt werden, dass die Einhaltung der entsprechenden Weisungen durch technische Mittel abgesichert wird. Soll im Nachhinein auf die als "privat" bezeichneten Mails Zugriff genommen werden, um einen bestimmten Verdacht für ein Fehlverhalten zu klären, ist die Zustimmung des Arbeitnehmers einzuholen. Dieser kann grundsätzlich auch darüber entscheiden, ob der Absender des Mails auch gefragt werden muss oder nicht. Das hängt vom Inhalt des Mails ab. Das bedeutet aber auch, dass der Arbeitnehmer filtern kann.

3.20. Ähnliches wie bei den eingehenden E-Mails gilt auch für die **ausgehenden E-Mails**. Eine **Inhaltskontrolle** rechtfertigt sich höchstens bei den geschäftlichen E-Mails. Wie es in einem Unternehmen sinnvoll sein kann, dass Kopien der gesamten ausgehenden geschäftlichen Post bei Vorgesetzten oder der Direktion zirkulieren, kann es auch Sinn machen, dass diese auf die entsprechenden E-Mails Zugriff haben. Nicht erfasst werden dürfen dabei aber private E-Mails. Eine technische Trennung ist von daher zwingend notwendig. Allerdings erscheint mir mit Blick auf die Möglichkeit, von privaten Mobiltelefonen aus E-Mails zu versenden, ein generelles Verbot, private Mails vom Geschäftscomputer aus zu versenden, nicht mehr unverhältnismässig. Lässt die Arbeitgeberin aber den privaten E-Mail-Verkehr zu, muss sie auch dessen Vertraulichkeit wahren.

3.21. Aus dem datenschutzrechtlichen Grundsatz, dass die Bearbeitung nur nach Treu und Glauben erfolgen darf⁸⁴, folgt auch für die **Überwachung des Besuchs von Internetseiten** die Verpflichtung der Arbeitgeberin, **jede Überwachung im Voraus bekannt zu geben**⁸⁵. Eine Datenbearbeitung muss für die betroffenen Personen transparent sein⁸⁶. Ein **schutzwürdiges Bedürfnis zur Kontrolle, welche Webseiten** am Arbeitsplatz aus privaten Gründen konsultiert werden, **hat der Arbeitgeber nicht**. Das Arbeitsverhältnis rechtfertigt keine Gesinnungsschnüffelei. Die Kosten, welche durch die Nutzung unentgeltlicher Webseiten entstehen sind unbedeutend. Der Arbeitgeber kann höchstens ein Interesse daran haben, festzu-

⁸² Art. 4 Abs. 2 DSG; MAURER-LAMBROU/STEINER, N. 8 zu Art. 4 DSG.

⁸³ Art. 4 Abs. 2 DSG.

⁸⁴ Art. 4 Abs. 2 DSG.

⁸⁵ Ausnahmen sind in begründeten Einzelfällen möglich, wenn es um die Aufdeckung oder Verhinderung von Straftaten geht.

⁸⁶ MAURER-LAMBROU/STEINER, N. 8 zu Art. 4 DSG.

stellen, in welchem zeitlichen Umfang am Arbeitsplatz privat Webseiten konsultiert werden. Dafür genügt es aber, die dafür eingesetzte Zeit festzuhalten.

4. Besonderheiten bei behördlichen Untersuchungen

a. Eröffnung

3.22. Ob die Arbeitgeberin eine Untersuchung selber durchführen oder eine Straf- oder allenfalls auch Administrativbehörde für eine Untersuchung einschalten will, hängt entscheidend davon ab, was vorgefallen ist. Bei Straftatbeständen ist zu beachten, dass sich die Arbeitgeberin dem Vorwurf aussetzen kann, ein **Fehlverhalten vertuschen zu wollen**, wenn sie auf ein Einschalten der Behörden verzichtet. Unter Umständen hat sie aber selber ein erhebliches Interesse daran, dass die Behörden nichts erfahren. Hier ist eine – nicht vom Recht her bestimmte – Interessenabwägung vorzunehmen. Es ist selbstverständlich auch zu prüfen, ob ausnahmsweise eine Anzeigepflicht besteht, so dass die Arbeitgeberin gar keine andere Möglichkeit hat, als die Behörden einzuschalten.

3.23. Allerdings hat die Arbeitgeberin auch hier ihre Fürsorgepflicht gegenüber den Arbeitnehmern wahrzunehmen. Sie muss sie vor ungerechtfertigten Anschuldigungen schützen. Entsprechend ist Voraussetzung für ein Einschalten der Behörden immer, dass ein **begründeter Verdacht** besteht. Auch bezüglich der weiteren Informationen, welche die Arbeitgeberin den Behörden gibt, hat sie die Persönlichkeitsrechte ihrer Arbeitnehmer zu wahren. Es können sehr wohl weitere Personen betroffen werden. Auch die Datenweitergabe an die Behörde untersteht grundsätzlich Art. 328b OR.

3.24. Sobald der Verdacht eines strafbaren Verhaltens eines Mitarbeiters besteht, muss sich die Arbeitgeberin auch fragen, ob sie sich von diesem Arbeitnehmer trennen will. Ob das Vorliegen eines solchen Verdachts genügt, um eine **fristlose Kündigung** auszusprechen, ist in der Lehre umstritten.⁸⁷ Mehrheitlich wird die Ansicht vertreten, der blosser Verdacht genüge nicht zur Rechtfertigung einer fristlosen Kündigung.⁸⁸ Es wird insbesondere auf die Unschuldsvermutung nach Art. 6 Abs. 2 EMRK und auf das Unternehmerrisiko⁸⁹ verwiesen. Dagegen bezweifeln die Befürworter der Zulässigkeit die Anwendbarkeit der Unschuldsvermutung im Privatrecht. Die fristlose Verdachtskündigung kann als zulässig erachtet werden, sofern eine begangene Straftat die weitere Zusammenarbeit unzumutbar macht, wenn die Straftat im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Arbeitnehmers steht oder den Ruf der Arbeitgeberin schädigt.⁹⁰ Der Verdacht muss folglich ausreichend begründet sein und die Straftat muss genügend schwer wiegen. Die Arbeitgeberin spricht die Verdachtskündigung allerdings auf eigenes Risiko aus.⁹¹ Falls sich der Verdacht erhärtet, erweist sich die Kündigung im Sinne von Art. 337 OR als gerechtfertigt. Andernfalls, treten die Folgen einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung nach Art. 337c OR ein. Insoweit trägt die Arbeitgeberin das Risiko. Es gibt aber Ausnahmen: Sofern der Arbeitnehmer durch sein Verhalten (Lügen, Widerstand gegen die Tatbestandsfeststellung) den Verdacht erhärtet⁹² bzw. die Klärung des

⁸⁷ Vgl. zum Ganzen: **GEISER/MÜLLER**, Rz. 661 ff.

⁸⁸ **HUMBERT/VOLKEN**, S. 566; **WYLER**, S. 494 f..

⁸⁹ **REHBINDER**, , Rz. 357, welcher die Möglichkeit, dass ein Mitarbeiter in den Verdacht strafbarer Handlungen gerät, dem Unternehmerrisiko zurechnet.

⁹⁰ **VISCHER**, S. 257 f.

⁹¹ Gl. M. **STREIFF/VON KAENEL/RUDOLF**, Art. 337 OR, N 10.

⁹² **VISCHER**, S. 258; **AUBERT**, Art. 337 OR, N 10; BGE 127 III 310.

Sachverhalts erschwert oder trotz zumutbarer Abklärungen ein erheblicher Verdacht eines schweren Deliktes bestehen bleibt,⁹³ ist die fristlose Entlassung trotzdem gerechtfertigt.

3.25. Etwas abweichend von dieser Praxis sollte m.E. allerdings **folgendes gelten**: Bei sehr schweren Straftaten kann unter Umständen der Verdacht der Verübung einer solchen Straftat ausreichen, um einen beschuldigten Mitarbeiter fristlos zu entlassen. Dies ist einerseits dann der Fall, wenn die fristlose Entlassung dem Schutz der übrigen Mitarbeiter dient. Andererseits kann eine Arbeitgeberin z.B. auch bei Verletzung elementarer bankenrechtlicher Vorschriften durch einen Mitarbeiter, welche zu einem Entzug der Bankbewilligung führen kann, gezwungen sein, einen Mitarbeiter fristlos zu entlassen. Erweist sich der Verdacht im Nachhinein als unzutreffend, war die fristlose Kündigung auf den Zeitpunkt der Aussprechung m. E. trotzdem gerechtfertigt. Sie ist aber nicht auf eine Vertragsverletzung des Arbeitnehmers zurückzuführen. Das bedeutet, dass die Arbeitgeberin den Lohn bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zu bezahlen hat. Nicht geschuldet ist demgegenüber eine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR.⁹⁴

b. Führung der Untersuchung

3.26. Sobald eine Behörde die Untersuchung führt, ist sie der Disposition der Arbeitgeberin entglitten. Was sie der Behörde mitteilen darf und muss und welche Untersuchungshandlungen die Behörde vornehmen kann, richtet sich nicht mehr nach dem Privatrecht sondern nach den entsprechenden öffentlich-rechtlichen Normen einschliesslich dem Verfahrensrecht. Insofern ist die **Arbeitgeberin ihrer Verantwortung** enthoben.

2.27. Allerdings ist damit kein allgemeiner Freipass verbunden. Die Arbeitgeberin bleibt aus der Fürsorgepflicht verpflichtet, ihre Arbeitnehmer zu schützen. Erweisen sich Untersuchungshandlungen der Behörden zu Lasten eines Arbeitnehmers als nicht gerechtfertigt, muss die Arbeitgeberin unter Umständen **Rechtsmittel einlegen**. Soweit die Arbeitgeberin nicht selber geschädigte ist, sondern es um Straftaten gegen Dritte oder ein rechtswidriges Geschäftsgebaren der Arbeitgeberin geht, kann diese auch verpflichtet sein, dem Arbeitnehmer **Rechtsbeistand zu gewähren**.

c. Abschluss der Untersuchung

2.28. Je nach Ausgang des Verfahrens treffen die Arbeitgeberin wiederum Schutzpflichten. Erweist sich der Verdacht im Nachhinein als Unbegründet, wird die Arbeitgeberin in aller Regel den Arbeitnehmer für die **Verfahrensunannehmlichkeiten entschädigen** müssen, da es sich bei diesen Kosten um Auslagen im Sinne von Art. 327a OR handelt.

2.29. Keine solche Verpflichtung besteht demgegenüber, wenn sich der Arbeitnehmer ein Fehlverhalten zuschulden kommen lassen und Weisungen der Arbeitgeberin verletzt hat. Dabei ist zu vermuten, dass eine Weisung zu gesetzekonformem Verhalten besteht.

2.30. Zu **differenzieren** ist, wenn das rechtswidrige Verhalten des Arbeitnehmers im Einklang mit den Weisungen der Arbeitgeberin stand. War die Rechtswidrigkeit für den Arbeitnehmer nicht zu erkennen, hat ihn die Arbeitgeberin freizuhalten. Erkannte er demgegenüber die Rechtswidrigkeit oder hätte er diese jedenfalls erkennen müssen, hat er sich die Folgen selber zuzuschreiben, wenn er die Weisungen befolgte. Zudem kann er aus seinem bewusst

⁹³ JAR 2001, 304 = Pra 2000 Nr. 11.

⁹⁴ GEISER/MÜLLER, Rz. 664 f.

rechtswidrigen Verhalten keine Rechte ableiten. Demgegenüber besteht eine Entschädigungspflicht durch die Arbeitgeberin, wenn die Weisungen auf Grund des auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Rechts rechtmässig waren, aber die Strafverfolgung durch einen andern Staat erfolgt, indem dieses Verhalten rechtswidrig ist.

IV. Folgerungen

4.1. Sowohl das Datenschutzgesetz, einschliesslich der in Art. 328b OR enthaltenen weitergehenden Einschränkungen, wie auch die allgemeine Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin und die in Art. 26 ArGV 3 konkretisierte Gesundheitsfürsorge schränken die Zulässigkeit von Überwachungen des Arbeitnehmers erheblich ein.

4.2. Aus diesen Normen und weiteren Bestimmungen des Strafgesetzbuches ergibt sich ein grundsätzliches Verbot verdeckter Ermittlungen. Insofern sind internen Untersuchungen enge Grenzen gesetzt und die Arbeitgeberin hat sich namentlich bei einem Verdacht auf ein strafbares Verhalten sehr genau zu überlegen, ob sie sich auf eine interne Untersuchung einlassen will oder ob es nicht besser ist, die Strafverfolgungsbehörden einzuschalten.

4.3. Erstaunlicher Weise sind aber nach der neusten Rechtsprechung des Bundesgerichts wohl sogar verdeckte Observierungen des Verhaltens in der Freizeit zulässig, wenn es darum geht, mutmasslich ungerechtfertigte Ansprüche des Arbeitnehmers gegenüber der Arbeitgeberin abzuwehren oder mutmasslich gerechtfertigte Ansprüche der Arbeitgeberin gegenüber dem Arbeitnehmer durchzusetzen. Weil die Observierung regelmässig den Zweck hat die Anspruchsgrundlagen festzustellen, kann es nicht darauf ankommen, ob die Ansprüche tatsächlich gegeben sind. Entscheidend ist nur, dass eine hinreichende Vermutung besteht. Im Einzelfall sind die Interessen der Arbeitgeberin an der Durchsetzung der tatsächlichen Rechtslage gegen das Persönlichkeitsinteresse des Arbeitnehmers und gegebenenfalls seiner Angehörigen abzuwägen.

*

St. Gallen, 3. Juni 2014