

Der Arbeitsrechtler

GHR Arbeitsrechtsteam

Kontrollmöglichkeiten des Arbeitgebers

Arbeitgeber, welche ihre Unterstellten überwachen, sind kein Phänomen der Neuzeit. Bereits in den Hochkulturen des Altertums kontrollierten Aufseher das Treiben ihrer Arbeitskräfte und hielten diese mit teils brachialen Hilfsmitteln zur Arbeit an. Die Kontrolle der Unterstellten fällt heute längst nicht mehr so einfach und willkürlich aus wie einst. Die Arbeitnehmer werden denn auch glücklicherweise nicht mehr in Ketten gelegt. Im Gegenteil: Die rasante technische Entwicklung, die zunehmende Vermischung von Arbeits- und Freizeit sowie die digitale Vernetzung ermöglichen es, ortslos und zeitungebunden die Arbeit zu verrichten. Vor diesem Hintergrund haben sich in den vergangenen Jahren sodann auch Überwachungs- und Kontrollsysteme entwickelt, die es dem Arbeitgeber erlauben, den heutigen Gegebenheiten angepasst das Arbeitsverhalten seiner Unterstellten zu erfassen, auszuwerten und notwendige Konsequenzen einzuleiten.

Wir geben Ihnen im vorliegenden Arbeitsrechtler einen Einblick in die Überwachungs- und Kontrollmöglichkeiten eines Arbeitgebers und zeigen deren Grenzen auf, welche sich regelmässig in den Rechten der Arbeitnehmer finden.

"Vertrauen wird dadurch erschöpft, dass es in Anspruch genommen wird."

– Bertolt Brecht

1. Ausgangslage

Vertrauen ist das unersetzliche Bindemittel zwischenmenschlicher Beziehungen und Schmieröl einer funktionierenden Zusammenarbeit in der Gesellschaft. Zu Recht wird das Arbeitsverhältnis denn auch regelmässig als gegenseitiges Vertrauensverhältnis umschrieben. Und dennoch – trotz der grossen Bedeutung, die dem vertrauenswürdigen Umgang allseits beigemessen wird – feiert die Überwachung und Kontrolle von Mitmenschen Hochkonjunktur; denken Sie nur kurz nach, wann Sie zuletzt jemanden "gegoogelt" haben. Der Wunsch, alles bis ins letzte Detail steuern und kontrollieren zu können, macht auch vor der Arbeitswelt nicht halt.

Mit dem Einreichen der Bewerbungsunterlagen für eine zu besetzende Arbeitsstelle rückt der potenzielle Arbeitnehmer ins Epizentrum des Informationsinteresses des künftigen Arbeitgebers. Social Media-Accounts zu durchforsten gehört ebenso zum Repertoire des Selektionsverfahrens wie ärztliche und fachliche Eignungsabklärungen. Einmal am Arbeitsplatz angekommen, heisst es minutiös Buch zu füh-

ren über die erbrachten Leistungen, die bezogenen Ferien und die gemachten Kaffeepausen. Man denke weiter an die jüngsten Medienberichte über ein Ostschweizer Unternehmen, welches seine Arbeitnehmer mit versteckten Videokameras überwacht haben soll. Oder an Berichte über abgehörte Telefongespräche oder über überprüften privaten Gebrauch elektronischer Kommunikationsmittel.

Doch wie weit darf ein Arbeitgeber bei der Kontrolle und Überwachung seiner Unterstellten gehen? Wo findet das gesetzlich verankerte Weisungsrecht des Arbeitgebers seine Grenzen und wo beginnt der Persönlichkeitsschutz des einzelnen Arbeitnehmers? Diesen Fragen geht der vorliegende Arbeitsrechtler nach. Er soll einen Überblick darüber geben, welche Möglichkeiten ein Arbeitgeber unter Beachtung der gesetzlichen Schranken zur Kontrolle und Überwachung seiner Arbeitnehmer hat.

2. Gesetzliche Grundlagen

Die rechtlichen Grundlagen zur Überwachung und Kontrolle des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz finden sich im Schweizerischen Obligationenrecht, dem Datenschutzgesetz sowie im

Arbeitsgesetz und besonders in der dazugehörigen Verordnung 3.

Grundsätzlich darf der Arbeitgeber Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten, soweit ein Arbeitsplatzbezug besteht; namentlich wenn die Daten dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages notwendig sind. Solche Datenerhebungen müssen insbesondere für die Betroffenen erkennbar sein, verhältnismässig erfolgen und die erhobenen Daten müssen wahr sein. Des Weiteren sind Überwachungs- und Kontrollsysteme, die das Verhalten der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz überwachen sollen, grundsätzlich verboten.

Dem Arbeitgeber steht im Rahmen seines gesetzlichen Weisungsrechts zu, über die Ausführung der Arbeit und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb allgemeine Anordnungen zu erlassen und ihnen besondere Weisungen zu erteilen. Aus dem Weisungsrecht fliesst sodann auch das Recht des Arbeitgebers, jene zu kontrollieren und durchzusetzen.

Den vorgenannten Bestimmungen, die den Arbeitgeber zur Überwachung und Kontrolle seiner Unterstellten grundsätzlich legitimieren, stehen gesetzliche Normen gegenüber, welche diese Legitimation eingrenzen und den Arbeit-

geber verpflichten, die Persönlichkeit und Gesundheit des Arbeitnehmers zu schützen.

3. Kontrollmöglichkeiten im Bewerbungsverfahren

3.1. Online Screening von Stellenbewerbern

Dem Arbeitgeber steht es nicht zu, mittels Online-Recherchen Informationen über Bewerber zu beschaffen. Ausnahmsweise ist eine solche Recherche zulässig, nämlich dann, wenn in den Bewerbungsunterlagen ausdrücklich auf ein berufliches Netzwerkprofil hingewiesen wird und damit in die Informationsbeschaffung eingewilligt wird.

3.2. Bewerbungsgespräche

Bei Bewerbungsgesprächen darf der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer nur diejenigen Angaben verlangen, die er zur Abklärung der Eignung für das konkrete Arbeitsverhältnis unter Berücksichtigung der Art des Betriebes benötigt. Dementsprechend dürfen nur solche Bewerbungsunterlagen gefordert oder Fragen gestellt werden, die sich auf das konkrete Arbeitsverhältnis beziehen.

3.3. Auskünfte von Dritten

Arbeitgeber dürfen Auskünfte bei Dritten einholen, sofern hierzu die Zustimmung der betroffenen Person vorliegt. Gespräche mit Drit-

ten dürfen sich sodann bloss auf diejenigen Angaben beziehen, die für die betreffende Arbeitstätigkeit relevant sind.

3.4. Assessment Center / Einstellungstest

Einstellungstests, beispielsweise Beurteilungen durch Assessment Center, Persönlichkeitstests, graphologische Gutachten oder psychologische Leistungstests, sind nur erlaubt, sofern diese mit der Zustimmung der Bewerbenden erfolgen, objektiv zur Eignungsabklärung beitragen und von Fachpersonen durchgeführt werden.

3.5. Ärztliche Eignungsabklärungen

Die Eignung eines Bewerbers, den Anforderungen des Arbeitsverhältnisses in gesundheitlicher Hinsicht zu entsprechen, darf der Arbeitgeber nicht selbständig abklären. Jedoch kann er hiermit einen Arzt betrauen. Dabei sind aus ärztlicher Sicht nur Aussagen zulässig, welche die Tauglichkeit der Bewerber für die zu besetzende Stelle betreffen. Genetische Untersuchungen sind im Grundsatz nicht zulässig, es sei denn, diese dienen der Verhütung von Berufskrankheiten.

3.6. Spezialfall: Verdacht auf Drogenkonsum

Besteht der Verdacht auf Drogenkonsum, so dürfen Drogentests nur durchgeführt werden, wenn die betrieblichen Sicherheitsinteressen im Vergleich zum Persönlichkeitsschutz überwiegen und die betroffene Person in die ent-

sprechende Untersuchung eingewilligt hat. Die ärztlichen Aussagen haben sich auch hier auf die Tauglichkeit des Untersuchten für die zu besetzende Stelle zu beschränken.

4. Kontrollmöglichkeiten während des Arbeitsverhältnisses

4.1. Überwachungs- und Kontrollsysteme: Allgemeines

Gemäss Arbeitsgesetz sind **Überwachungs- und Kontrollsysteme, die das Verhalten der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz überwachen sollen, verboten**. Dieses Verbot ist jedoch nicht absolut. Rechtfertigen Gründe den Einsatz solcher Systeme, so sind diese zumindest aus arbeitsrechtlicher Sicht zulässig, sofern dadurch weder die Bewegungsfreiheit, noch die Gesundheit der Arbeitnehmer beeinträchtigt wird und die Massnahme als verhältnismässig erscheint. In jedem Fall sind die Arbeitnehmer vor dem Einsatz entsprechender Überwachungs- und Kontrollsystemen *umfassend zu informieren*. Insbesondere hat der Arbeitgeber das eingesetzte Überwachungssystem sowie das Überwachungsprozedere offenzulegen.

4.2. Videoüberwachung

Wie gesehen, ist es mit den Persönlichkeitsrechten des Arbeitnehmers nicht zu vereinba-

ren, wenn die Videoüberwachung sein Verhalten überwachen soll. Aus organisatorischen Gründen, aus Gründen der Sicherheit oder zur Produktionssteuerung ist eine Videoüberwachung hingegen zulässig. Auch sind Videoaufzeichnungen zu schulischen Zwecken denkbar. In allen Fällen darf die Videoüberwachung aber nicht weiter gehen, als zur Erreichung des Zwecks notwendig.

4.3. Telefonüberwachung

Bei der Überwachung des Telefonverkehrs ist zwischen der Aufzeichnung und Überwachung von Randdaten (u.a. Dauer, Zeitpunkt, Gebühren, beteiligte Anschlüsse) sowie dem konkreten Gesprächsinhalt zu unterscheiden.

Randdaten: Die Erfassung und Auswertung von Randdaten ist zulässig, sofern die Erfüllung des Arbeitsverhältnisses dies erfordert und die datenschutzrechtlichen Bestimmungen respektiert werden. Die Kontrollmassnahmen müssen verhältnismässig sein. Das wäre unter anderem bei der Erstellung von nicht anonymisierten, den einzelnen Arbeitnehmern klar zuordenbaren Kommunikationsprofilen nicht mehr der Fall.

Gesprächsinhalt: Im Gegensatz zu den Randdaten darf der konkrete Gesprächsinhalt nur aufgezeichnet oder abgehört werden, wenn vorgängig sämtliche Gesprächsteilnehmer hierzu

eingewilligt haben oder eine gesetzlich vorgegebene Ausnahme vorliegt (wie z.B. für Hilfs-, Rettungs- und Sicherheitsdienste). Diese Befugnis umfasst ausschliesslich die Überwachung geschäftlicher Telefonate. Private Telefongespräche dürfen hingegen weder abgehört noch aufgenommen werden, da eine solche Überwachung zur Durchführung des Arbeitsvertrages nicht erforderlich ist und einen unzulässigen Eingriff in den Persönlichkeitsbereich des Arbeitnehmers darstellt. Telefonate unbefugt abzuhören oder aufzunehmen kann strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.

4.4. Computerüberwachung: Internet und E-Mail

Der Arbeitgeber kann das Verhalten der Arbeitnehmer im Internet auswerten, solange er dies nicht personenbezogen tut. Liegt ein konkreter Missbrauchsverdacht vor oder dient die Auswertung der Durchsetzung eines Nutzungsreglements, so steht es dem Arbeitgeber sogar zu, eine personenbezogene Analyse durchzuführen. Unzulässig ist jedoch die ständige, namentliche und somit den einzelnen Arbeitnehmern zuordenbare Überwachung des Internetverhaltens oder der Einsatz von Spionagesoftware.

Key-Logger und andere Überwachungsprogramme, die sämtliche Eingaben des Computerbenutzers an der Tastatur seines Computers

protokollieren, überwachen oder rekonstruieren, sind verboten und den Strafverfolgungsbehörden vorbehalten. Gleiches gilt für sogenannte Content-Filter, die aufgrund vordefinierter Stichwörter gesendete und erhaltene E-Mails untersuchen und bei Vorkommen eines solchen Schlagwortes festgelegte Folgen veranlassen (bspw. E-Mail automatisch löschen oder Administrator benachrichtigen). Eine solche Vorgehensweise kommt einer systematischen Verhaltensüberwachung gleich und ist somit unzulässig.

Im Gegensatz zur inhaltlichen Protokollierung und Sicherung geschäftlicher E-Mails ist es dem Arbeitgeber **grundsätzlich verboten, private oder als privat erkennbare E-Mails** zu überwachen oder zu lesen. Allenfalls differenzierter zu betrachten wäre der Fall, wenn der Arbeitgeber in guten Treuen davon ausgehen durfte, bei der Überwachung des E-Mail-Accounts bloss auf kundenbezogene Kommunikation zu stossen, weil im entsprechenden Nutzungsreglement die private Nutzung der Geschäftsmailadresse ausdrücklich verboten wurde.

4.5. GPS-Überwachung

Der Einsatz von satellitengestützten Lokalisierungssystemen (GPS) zur Überwachung von Geschäftsfahrzeugen ist zulässig, sofern die Systeme aus Sicherheits-, Arbeitsplanungs- oder

Arbeitsorganisationsgründen eingesetzt werden und es sich bei der Aufzeichnung nicht um eine Echtzeitüberwachung handelt. Nicht erlaubt ist hingegen die GPS-basierte Überwachung eines Fahrzeuges, wenn dieses vom Arbeitnehmer auch noch privat genutzt werden kann.

4.6. Zugangskontrollen / Leibesvisitationen

Erfordert es die betriebliche Sicherheitssituation, so können Zugangskontrollen und Leibesvisitationen an den Arbeitnehmern durchgeführt werden. Fehlt es hingegen an einer sicherheitstechnischen Notlage, bedarf es für die Durchführung von Zugangskontrollen und Leibesvisitationen einer Grundlage im Arbeitsvertrag, in einem Gesamtarbeitsvertrag oder einer Betriebsordnung. Bei der Durchführung ist darauf zu achten, dass sämtliche Arbeitnehmer von den Kontrollen gleichermaßen betroffen sind und in jedem Fall die Verhältnismässigkeit gewahrt wird sowie dass Arbeitnehmerinnen von Frauen und Arbeitnehmer von Männern durchsucht werden.

4.7. Vertrauensärztliche Untersuchung

Wenn der Arbeitgeber aufgrund von objektiven Anhaltspunkten ein Arztzeugnis in Zweifel zieht, oder wenn es vertraglich vereinbart ist, kann er vom Arbeitnehmer verlangen, sich von einem Arzt nach Wahl und auf Kosten des Arbeitgebers untersuchen zu lassen. Das folgt aus

der Treuepflicht des Arbeitnehmers und stellt ohne besondere Umstände auch dann keine Persönlichkeitsverletzung dar, wenn ein Psychiater mit der Begutachtung beauftragt wird. Der Vertrauensarzt erstellt im Anschluss an die Untersuchung einen Arztbericht. Der Arztbericht darf nur diejenigen Daten enthalten, welche zur Durchführung des Arbeitsvertrages oder zur Abklärung der Eignung des Arbeitnehmers erforderlich sind. Dazu gehören Tatsache, Dauer und Grad der Arbeitsunfähigkeit, die Frage, ob es sich um eine Krankheit oder einen Unfall handelt und bei verbleibender Teilarbeitsfähigkeit die Frage nach einer Ansteckungsgefahr sowie nach der näheren Bedeutung der Arbeitsunfähigkeit für die Arbeitszeit und der Art der Arbeiten, welche aus gesundheitlichen Gründen nicht ausgeführt werden sollten oder welche noch ausgeführt werden können.

4.8 Verwertbarkeit vor Gericht

Deckt eine Kontrollmassnahme eines Arbeitgebers einen Missbrauch auf oder bringt eine solche eine Vertragsverletzung des Arbeitnehmers zu Tage, so stellt sich die Frage, ob die Überwachungsergebnisse in einem Verfahren als Beweismittel verwendet werden können.

Im Zivilprozess können rechtswidrig erlangte Beweismittel – also solche, welche gemäss den obigen Ausführungen eigentlich nicht hätten

gesammelt werden dürfen – dennoch zulässig sein. Das Gericht hat dazu jeweils im Einzelfall abzuwägen, ob das Interesse an der Wahrheitsfindung das Schutzinteresse des verletzten Rechtsguts überwiegt. Überwiegt das Interesse an der materiellen Wahrheit, ist das widerrechtlich erlangte Beweismittel im Prozess zulässig. Stets zulässig sind legal beschaffte Beweismittel.

Im Strafprozess ist das sogenannte Beweisverwertungsverbot umfassender geregelt, es kann aber an dieser Stelle den Strafverfolgungsbehörden überlassen werden.

5. Fazit

Dem Arbeitgeber stehen diverse Überwachungs- und Kontrollmöglichkeiten zur Verfügung. Weil mit jeder überwachenden und kontrollierenden Tätigkeit Personendaten künftiger oder aktueller Arbeitnehmer beschafft und bearbeitet werden, sind nebst den einschlägigen arbeitsrechtlichen Gesundheits- und Persönlichkeitsschutzbestimmungen stets auch die datenschutzrechtlichen Normen zu beachten.

Ob eine Überwachungs- oder Kontrolltätigkeit durch den Arbeitgeber in einem konkreten Fall zulässig ist, muss stets einzelfallbezogen eruiert

werden. Namentlich ist ein sorgfältiges Abwägen zwischen den sich gegenüberstehenden Parteiinteressen vorzunehmen. Zudem muss eine Kontrolltätigkeit immer einen Arbeitsplatzbezug aufweisen und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit respektieren. Den Arbeitgeber trifft die Pflicht, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu wahren und dessen Gesundheit gebührend zu schützen. Kommt er dieser gesetzlichen Verpflichtung nicht nach, indem er die vorgenannten Rechtsgüter durch unzulässige Kontrolltätigkeiten verletzt, drohen ihm nebst Klagen aus Persönlichkeitsverletzung auch strafrechtliche Konsequenzen und er riskiert, allfällig so erlangte Beweismittel in einem Prozess gegen den Arbeitnehmer nicht einsetzen zu können.

Das GHR Arbeitsrechts-Team steht Ihnen gerne mit Rat und Tat zur Verfügung, um geeignete, sachgerechte und massgeschneiderte Kontrollmassnahmen unter Wahrung der berechtigten Interessen der Arbeitnehmer auszuarbeiten und umzusetzen. Gerne unterstützen wir Sie auch in der Erarbeitung respektive in der Überprüfung oder Anpassung von Weisungen oder Betriebsordnungen.

Ihr GHR Arbeitsrechts-Team

Rolf Hartmann, rolfhartmann@ghr.ch

Markus Brühlhart, markusbruelhart@ghr.ch

Sven Märki, svenmaerki@ghr.ch



RECHTSANWÄLTE

GHR Rechtsanwälte AG

Bern Muri: Tavelweg 2
Postfach CH-3074 Bern Muri
T +41 (0)58 356 50 50
F +41 (0)58 356 50 59

Zürich: Bahnhofstrasse 64
Postfach CH-8021 Zürich
T +41 (0)58 356 50 00
F +41 (0)58 356 50 09

www.ghr.ch ghr@ghr.ch

Member of LAW
Lawyers Associated Worldwide
Eingetragen im Anwaltsregister