Wie viel «Mitarbeiter-Tracking» ist erlaubt?

Homeoffice führt bei den Arbeitgeberinnen zu einem Kontrollverlust, weil die Arbeitstätigkeit der Arbeitnehmer weniger greifbar ist, als wenn diese im Büro präsent sind. Die Anbieter technischer Überwachungs-Tools versprechen Abhilfe. Aber sind solche Tools überhaupt erlaubt? Im Interview erklärt Dr. Irène Suter-Sieber, Partnerin bei Walder Wyss, welches die rechtlichen Stolpersteine sind, die Arbeitgeberinnen vor dem Einsatz solcher Tracking-Tools beachten sollten.

Irène Suter-Sieber
Dr. iur.,
Rechtsanwältin und Partnerin

Frau Suter-Sieber, trifft es zu, dass Arbeitgeberinnen wegen steigender Tendenz zu Homeoffice im Zuge der Coronakrise ihre Mitarbeiter vermehrt überwachen?
Das ist zumindest zu vermuten. So berichteten verschiedene Hersteller, dass nach Ausbruch der Coronakrise solche Überwachungs-Tools vermehrt nachgefragt wurden. Homeoffice schafft Distanz. Arbeitgeberinnen fürchten zuweilen, dass das Training für den nächsten Marathon und die neuste Netflix-Serie auf Arbeitszeit gehen.

Mit welchen Mitteln erfolgt solches Mitarbeiter-Tracking?
Heute gibt es technisch fast keine Grenzen mehr zur Überwachung von Rechnern und es gibt unterdessen ein ganzes Genre an Soft- und Hardware, das diesen Zwecken dient. In früheren Jahren haben die Arbeitgeberinnen lediglich Websites (wie Social Media und private E-Mail-Kanäle) gesperrt, was noch harmlos war.

Heute reichen die invasivsten Möglichkeiten der Überwachung von Keyloggern, welche die Tastatur-Eingaben abgreifen und bei Schlüsselwörtern Alarm schlagen, über Screenshots, die in regelmässigen Intervallen den Bildschirm des Arbeitnehmers fotografieren, bis hin zur Echtzeit-Überwachung durch Duplizierung des Bildschirms. Umgekehrt sind auf dem Markt aber auch Tools verfügbar, die Arbeitnehmer erwerben können, um berufliche Aktivität vorzutäuschen, so zum Beispiel Mouse-Jigglers. Diese verhindern, dass der Computer in den Schlaf-Modus fällt.

Sind solche Tools denn überhaupt erlaubt? Und wenn nicht, wieso werden sie trotzdem gekauft und eingesetzt?
Nein, in der Schweiz ist weder das eine noch das andere erlaubt. Der Markt der Abnehmer für die erwähnten Überwachungs-Tools beschränkt sich allerdings nicht nur auf Arbeitgeberinnen und die Schweiz. In Europa einschliesslich der Schweiz herrschen viel rigidere Regeln zum Daten- und Persönlichkeitsschutz als in anderen Staaten, wie zum Beispiel den USA oder China. Tracking-Software ist dort weiter verbreitet. Weil die Tools aber auch auf dem hiesigen Markt erhältlich sind, herrscht oft die Meinung, dass sie erlaubt sein müssten.

Wichtig ist aber auch Folgendes: Oft ist die Überwachung der Arbeitnehmer gar nicht beabsichtigt, sondern eine Nebenwirkung des technischen Fortschritts. So können heute Terminkalender vom ganzen Team oder vom ganzen Betrieb eingesehen werden. Dem Druckersystem lässt sich entnehmen, welche Dokumente eine bestimmte Mitarbeiterin zu welcher Zeit wo ausgedruckt hat. Und das Telefonsystem gibt Auskunft darüber, ob ein Arbeitnehmer erreichbar oder gerade nicht am Arbeitsplatz ist, weil sich der Mauszeiger länger als fünf Minuten nicht bewegt hat. Solche Tools zielen in erster Linie nicht etwa auf die Kontrolle der Arbeitnehmer ab, sondern werden von den Arbeitgeberinnen eingesetzt, um Arbeitsprozesse zu optimieren, die Arbeit zu erleichtern sowie um Effizienz und Produktivität zu steigern. Mittelbar dienen solche Applikationen aber eben auch dazu, dass die Arbeitstätigkeit des Einzelnen (oder eben deren Ausbleiben) immer transparenter wird. Es muss jeweils im Einzelfall abgeklärt werden, ob eine Applikation oder eine ihrer Einstellungen zulässig ist oder nicht.

Was ist denn nun erlaubt und was nicht?
Es gibt nicht nur eine einzige und schon gar keine klare Regel, die sagt, was die Arbeitgeberin darf und was nicht.

Ausgangspunkt ist Art. 328b OR. Dieser bestimmt, dass die Arbeitgeberin Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten darf, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Diese Bestimmung gilt auch schon für den Bewerbungsprozess. Sie bedeutet, dass nicht nur die Frage nach einer Schwangerschaft unerlaubt ist, sondern auch die Frage nach Hobbies, die eigentlich unverfänglich klingt. Genau so wenig erlaubt ist das Googeln des Kandidaten auf der Suche nach Jungendsünden oder Urlaubsfotos. Dass dies in der Praxis trotzdem passiert, ist eine andere Geschichte und hat mit der Beweisnot des Kandidaten zu tun.

Hinzu kommen die allgemeinen Grundsätze des Datenschutzrechts. So muss die Datenbearbeitung verhältnismässig sein (Art. 4 Abs. 2 DSG; Art. 6 Abs. 2 rev-DSG); der Zugriff auf die Daten muss zum Beispiel auf jene Personen im Unternehmen beschränkt sein, die Bescheid wissen müssen («need-to-know»). Weiter verlangt das Transparenzgebot, dass die Datenbeschaffung und der Zweck der Datenbearbeitung erkennbar sind (Art. 4 Abs. 3 und 4 DSG; Art. 6 Abs. 3 rev-DSG). Der künftige Art. 19 rev-DSG wird die Arbeitgeberinnen in der Regel sogar explizit dazu verpflichten, die Arbeitnehmer aktiv über Mindestaspekte der Datenbearbeitung zu informieren. Geheime Überwachungsmassnahmen sind regelmässig problematisch. Gewisse (besonders invasive) Methoden der Überwachung können auch strafrechtlich relevant sein.

Als viertes Element kommen die Regeln zum Gesundheitsschutz hinzu. Diese verbieten den Einsatz von Überwachungs- und Kontrollsystemen, die das Verhalten der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz überwachen sollen (Art. 26 Abs. 1 ArGV3). Allerdings hat das Bundesgericht diesen klaren Verordnungswortlaut in einem Entscheid aus dem Jahr 2009 relativiert. Es hält nicht alle Verhaltenskontrollsysteme für unzulässig, sondern nur jene, die geeignet sind, die Gesundheit oder das Wohlbefinden der Arbeitnehmer zu beeinträchtigen. Selbst wenn also der Hauptzweck eines Überwachungssystems darin besteht, das Verhalten der Arbeitnehmer zu überwachen, ist der Einsatz erlaubt, wenn Arbeitnehmer zum Beispiel nur sporadisch und kurz bei bestimmten Anlässen überwacht werden. In diesem konkreten Fall entschied das Bundesgericht, dass die Videoüberwachung des Kassenraums eines Uhren- und Juwelengeschäfts zulässig war, weil sich die Arbeitnehmer nur sporadisch und kurzzeitig darin aufhielten. Erlaubt ist regelmässig auch eine zweckmässige und verhältnismässige Überwachung der Sicherheit oder eine Kontrolle von Arbeitsproduktivität oder Leistungsqualität. Ebenfalls grundsätzlich zulässig ist die anonymisierte Auswertung gesammelter Daten, beispielsweise um festzustellen, ob gewisse Arbeiten automatisiert werden können oder wie viel Zeit die Arbeitnehmer total auf Social Media verbringen.

Die Abgrenzung zwischen erlaubt und unerlaubt scheint nicht immer einfach. Können Sie ein Beispiel nennen, in welchem ein Gericht eine Kontrollmassnahme für unzulässig erklärt hat?
Das Obergericht Zürich hatte sich 2019 mit der Frage zu befassen, ob eine Gesellschaft eine ihrer Mitarbeiterinnen zu Recht fristlos entlassen hatte. Die Gesellschaft zog das Geschäftshandy einer Mitarbeiterin im Rahmen einer regulären Revision zur Behebung allfälliger Defekte ein. Ohne Vorliegen eines konkreten Anfangsverdachts durchsuchte die Gesellschaft die privaten WhatsApp Chats der Mitarbeiterin. Dabei stiess die Arbeitgeberin auf Nachrichten, in welcher sich die Mitarbeiterin massiv ehrverletzend über den Geschäftsführer der Arbeitgeberin geäussert hatte. Ausserdem kam zu Tage, dass die Mitarbeiterin eine frühere Krankheit vorgetäuscht hatte, um nicht arbeiten zu müssen. Die Vorwürfe wogen schwer und trotzdem hat das Obergericht entschieden, dass die fristlose Kündigung dieser Mitarbeiterin ungerechtfertigt war. Es müsse für die Arbeitgeberin klar gewesen sein, dass die Mitarbeiterin die Applikation WhatsApp für private Zwecke auf dem Geschäftshandy installiert hatte. Der Inhalt der Chatverläufe hatte deshalb keinen genügenden Arbeitsplatzbezug (Art. 328b OR) und deren Sichtung durch die Arbeitgeberin war von vornherein unzulässig. Die Arbeitgeberin durfte deshalb die Screenshots der Chat-Verläufe im Prozess nicht gegen die Mitarbeiterin verwenden und scheiterte, weil sie den Beweis der Rechtmässigkeit der fristlosen Kündigung nicht erbringen konnte.

Was raten Sie Arbeitgeberinnen, die künftig vermehrt auf Homeoffice setzen, aber fürchten, die Kontrolle aus der Hand zu geben?
Das Arbeitsverhältnis ist auch ein Vertrauensverhältnis – und zwar beidseitig. Dieses gilt es möglichst nicht zu ramponieren. Hat die Arbeitgeberin einen hinreichenden Anfangsverdacht, dass ein Arbeitnehmer ihr Vertrauen missbraucht und Weisungen verletzt, darf sie (angemessen) reagieren und kontrollieren. Bei vorsorglichen Überwachungsmassnahmen ist im Einzelfall abzuklären, inwiefern diese erlaubt sind und ob allfällige Funde in einem Prozess verwertbar wären. Standardprodukte sind nicht immer die ideale Lösung; oft sind kreative Ideen gefragt. Zentral ist der Einbezug der Belegschaft. Dies ist nicht nur aus rechtlichen Gründen erforderlich, sondern auch aus arbeitspsychologischen Gründen wichtig, um die Akzeptanz in der Belegschaft für eine bestimmte Massnahme zu erhöhen oder sicherzustellen.

Zur Person

Rechtsanwältin Dr. Irène Suter-Sieber ist Partnerin für Arbeitsrecht in der Wirtschaftskanzlei Walder Wyss AG in Zürich. Sie berät Schweizer und internationale Unternehmen in allen Bereichen des Arbeitsrechts und in angrenzenden Rechtsgebieten. Sie vertritt Arbeitgeberinnen regelmässig vor Gericht.

Über Walder Wyss

Wachstum und Nähe sind die zentralen Erfolgsfaktoren von Walder Wyss. Die Kanzlei wurde im Jahr 1972 in Zürich gegründet und wächst seither kontinuierlich. Heute unterhält Walder Wyss zusätzliche Standorte in Genf, Basel, Bern, Lausanne und Lugano und beschäftigt rund 240 Anwältinnen und Anwälte. Die Expertinnen und Experten des Unternehmens arbeiten standortübergreifend, sprechen verschiedene Sprachen und betreuen nationale und internationale Kunden in allen Sprachregionen der Schweiz.

Weitere Informationen unter
www.walderwyss.ch

walderwyss