

Sonderdruck aus:

Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von:

Rainer J. Schweizer / Herbert Burkert / Urs Gasser

REINHARD OERTLI

Internet am Arbeitsplatz – ein informationsrechtlicher Streifzug

Internet am Arbeitsplatz – ein informationsrechtlicher Streifzug

Inhaltsübersicht	Seite
I. Informationsrecht – eine kleine Auslegeordnung	885
II. Nutzung des e-mail- und Internet-Zugangs am Arbeitsplatz	889
1. Arbeitsplatzmodelle – vorab eine Klärung	889
2. Bestandesaufnahme der Interessen	861
III. Unsere Fragestellungen	892
1. Zulässigkeit einer privaten Nutzung	892
2. Generelles Verbot	894
3. Kontrolle über die e-mail- und Internet-Nutzung am Arbeitsplatz	898
4. Im Speziellen: Erfassung des privaten e-mail-Verkehrs durch die Überwachung	905
IV. Zusammenfassung	906

I. Informationsrecht – eine kleine Auslegeordnung

Auf dem vom Jubilar im eigentlichen Sinn neu erschlossenen Rechtsgebiet des Informationsrechts¹ erkannte der Jubilar Information als zweigesichtige Erscheinung, wobei sich beide Erscheinungsformen in einer aktiven und einer passiven Variante zeigen: Information kann als Informationsvermittlung (im Sinne von «jemanden informieren», aktive Information) und als Informationsverschaffung (im Sinne von Informiert werden, «sich informieren», passive Information) in Erscheinung treten. Demgegenüber kann die Abwesenheit von Information wieder polar in zwei Gesichtspunkte aufgeteilt werden: Bekannt und rechtlich viel diskutiert ist die Geheimhaltung (aktive Beherrschung von Informationseinheiten durch deren Zurückhalten und – praktisch bedeutsamer – durch selektive Information); dem steht die Nicht-Information gegenüber (Fernhalten von Informationseinheiten von sich selbst oder Dritten, dazu mehr unten).

¹ JEAN NICOLAS DRUEY, Information als Gegenstand des Rechts, Zürich/Baden-Baden 1995 («Information»).

Das Interesse² in Bezug auf die Information kann als Interesse, jemanden zu informieren, und als Interesse, informiert zu werden, in Erscheinung treten, daneben als Interesse an der Geheimhaltung, aber auch als Interesse an der Nicht-Information. Daraus ergeben sich vier verschiedene Interessengegensätze: Das Interesse an der Geheimhaltung steht im doppelten Gegensatz zum Interesse, sich zu informieren, auf der einen, und zum Interesse, jemanden zu informieren, auf der anderen Seite. Das Interesse an der Nicht-Information wiederum steht im Widerspruch zum Interesse, sich zu informieren und zum Interesse, jemanden zu informieren.

Während die Interessen am Sich-Informieren, Jemanden-Informieren und Geheimhalten auf den ersten Blick einsichtig sind und keiner weiteren Darlegung bedürfen, enthüllt sich das Interesse an der Nicht-Information erst auf den zweiten Blick. Es zeigt sich z.B. im Interesse, dass man selbst oder ein Dritter keine schlechten oder falschen Informationen erhält³, oder dass (durch Dritte) keine schlechte oder falsche Information verbreitet wird^{3a}, aber auch generell im Interesse, vor Überinformation verschont zu werden⁴. Den Begriff der Überinformation hat der Jubilar – wie viele andere Begriffe – erstmals ins Blickfeld der Rechtswissenschaft gerückt⁵. Auch an sich richtige Information kann dabei kontra-indiziert⁶ sein. Dieses Interesse bildet auch die treibende Kraft hinter dem Datenschutzgesetz in der

² DRUEY, Information, S. 205 mit dortigen Nachweisen. Zur Interessenjurisprudenz allg. DRUEY, Interessenabwägung – eine Methode? Beiträge zur Methode des Rechts, Bern 1981, S. 131; DRUEY, Information, S. 210 ff.; KARL LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. A., Berlin u.a. 1991, S. 49 ff.; ARTHUR MEIER-HAYOZ, BK, Art. 1 ZGB, N 14, 194, 209, 319 ff., 512 ff.

³ Im Recht zeigt sich dieses Interesse etwa in der Haftung für falsche Auskünfte, im Strafrechts tatbestand der Beschimpfung (Art. 177 StGB), der sexuellen (auch verbalen) Belästigung am Arbeitsplatz (Art. 328 Abs. 1 2. Satz OR), der verbalen sexuellen Belästigung (Art. 198 Abs. 2 StGB), oder des Jugendschutzes am Arbeitsplatz (Art. 29 Abs. 2 ArG). Vgl. DRUEY, Information, S. 135 FN 13; ERNST A. KRAMER, BK, Allg. Einleitung vor Art. 1 OR, N 66 ff.; ROLAND BREHM, BK, Art. 41 OR, N 44.

^{3a} DRUEY, Information, S. 69, z.B. die üble Nachrede (Art. 173 StGB) und die Verleumdung (Art. 174 StGB).

⁴ DRUEY, Information, S. 68, 136; DERS., «Daten-Schmutz», FS Pedrazzini, Bern 1990, S. 379.

⁵ Darin vergleichbar mit KARL OFTINGER, Lärmbekämpfung in rechtlicher Sicht, ZbJV 100, S. 101, wiederabgedruckt in OFTINGER, Ausgewählte Schriften, Zürich 1978, S. 335; DERS., Lärmbekämpfung, Schweizerisches Umweltschutzrecht, Hans-Ulrich Müller-Stahel u.a. (Hsg.), Zürich 1973, S. 271, wiederabgedruckt in OFTINGER, Ausgewählte Schriften, Zürich 1978, S. 351, dem das Interesse an Lärmfreiheit zu seiner Zeit noch als Fortschrittsfeindlichkeit entgegengehalten wurde. Siehe neuerdings HERIBERT RAUSCH, Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Art. 15 N 8 ff. und passim; HANS RUDOLF TRÜEB, Rechtsschutz gegen Luftverunreinigung und Lärm, Zürich, 1990.

⁶ DRUEY, «Daten-Schmutz», S. 384 ff., nennt als Beispiele die vollständige Information im «Idealzustand» des vollständigen Wettbewerbs, welcher Wettbewerb tatsächlich gerade verhindert, oder das Verschweigen gewisser ärztlicher Befunde gegenüber dem Schwerkranken oder psychisch Belasteten.

Form des Interesses einer Person, dass keine oder jedenfalls keine falschen Informationen über sie gespeichert und verbreitet werden⁷.

Information kann, wie der Jubilar betonte, natürlich nicht als Vorgang⁸ zwischen Adressat und Empfänger im leeren Raum verstanden werden, sondern bedarf begriffswesentlich des Mediums, des Vermittlers der Information⁹. Medium und Information bedingen sich gegenseitig. Dies gilt einmal qualitativ: Die verschwiegene Ecke lädt ebenso zum Liebesgeflüster wie zur bösen Verleumdung (wesensgemäss aber nicht zum öffentlichen Auftritt, wofür sich dagegen der Dorfplatz oder der «speaker's corner» eignet), das Zeitungspapier verbreitet wertvolle Hinweise und Hintergrundinformationen ebenso wie es Falschinformationen und verleumderische Verdächtigungen kolportiert (wesensgemäss aber keine umfassenden Darstellungen und Abhandlungen wie das Buch oder die wissenschaftliche CD), der Bildschirm lädt ebenso zur Horizonterweiterung wie zum geisttötenden Dauerfernsehen (blockiert aber jede Form des Informationsaustausches im Gegensatz zum Telefon oder Internet). Noch viel mehr gilt dies für «aktive» Medien (Zeitungen, Fernsehanstalten, Verlage, Lehranstalten und Lehrkräfte, Parteitage etc.)¹⁰.

Die Abhängigkeit zwischen Medien und Information hat aber auch einen quantitativen Charakter. Dies gilt sogar im Fall von auf den ersten Blick rein passiven Medien (Papier und Tinte, Telefon etc.). Die Interdependenz besteht hier darin, dass Informationen (hier verstanden als Wissensseinheiten) eben nur durch die Medien zu Information (als Vorgang) werden. Die verbreitete Informationseinheit, zusammen mit der Aussicht auf weitere Verbreitung, weckt (im Sinne der Entgegnung oder des Weiterspinnens) neue Informationseinheiten, und setzt so den Informationsaustausch erst eigentlich in Gang, der schliesslich in der Informationsflut endet. Zu denken ist an die Bedeutung des Buch- und Flugblattendrucks für die religiösen und politischen Umwälzungen des 16ten, die Bedeutung des Zeitungswesens für die politische Emanzipation des 19ten Jahrhunderts, das Megaphon für die politische Agitation der 60er und 70er Jahre, die Privatradios für die Freizeitkultur der 80er, das portable Telefon für die Sozialkultur der späten 90er Jahre des letzten Jahrhunderts, das Internet für die das Geschäfts- und Privatleben von heute dominierende Informationsflut (dazu mehr unten). Diese Phänomen kulminiert darin, dass gewisse Medien Wissensseinheiten nicht nur weiterverbreiten, sondern auch schaffen. Offensichtlich ist dies im Recherchier- oder im Meinungs-Journalismus oder beim Photoreporter, dessen Anwesenheit die Ausschreitungen erst eigentlich provoziert.

⁷ Das sog. Recht auf informationelle Selbstbestimmung, s. DSG-MARC BUNTSCHU, Art. 1, N 2 und 14.

⁸ DRUEY, Information, S. 5.

⁹ DRUEY, Information, S. 18.

¹⁰ In diesem «grossen Loch, das in dieser Arbeit gähnt» (DRUEY, Information, S. 17) ortet DRUEY die informationellen Transformatoren.

Auch bei der elektronischen Kommunikation stellt die Erstellung und Übermittlung von Informationseinheiten ein kombiniertes Phänomen dar. Einerseits trägt (nur) ein elektronisch gespeichertes Dokument die Möglichkeit in sich, ohne Mühe, Kosten und Zeitverzug an eine beliebige Anzahl von Adressaten versandt zu werden, andererseits hinterlässt das Versenden von e-mails und das Herunterladen von Daten aus dem Internet elektronische Spuren, welche wiederum als Informationen verwendet werden können.

Das gegenseitige Sich-Bedingen von Information und Medium lenkt darum automatisch den Blick auf die Frage der Beherrschung der Medien. Beherrschen soll hier durchaus im Doppelsinne des «Herrschens»¹¹ und des «fachlich-technischen Beherrschens» (dazu mehr unten) verstanden werden. Wer das Medium beherrscht, beherrscht auch die Informationen (im Sinne der Auswahl, Gewichtung etc.), aber auch das Umgekehrte gilt: Wer über die Information verfügt, beherrscht die Medien. Das gilt sowohl im totalitären Staat mit seinem Informationsmonopol als auch in der Strategie, sich gewisse Medien durch privilegierte Informationszuteilung gefügig zu machen.

Aus dem vom Jubilaren zur Verfügung gestellten Instrumentarium haben wir uns demnach die folgenden Werkzeuge zurechtgelegt, um die Information als Gegenstand des Rechts anzugehen:

- Die Interessenlage im Zusammenhang mit Information ist eine vierfache:
 - Interesse am Sich-Informieren,
 - Interesse am Jemanden-Informieren
 - Interesse am Geheimhalten
 - Interesse an der Nicht-Information
- Medium und Information bedingen sich gegenseitig:
 - Medien schaffen Information, und
 - Information schafft Medien.

¹¹ Das besondere Augenmerk, das die Öffentlichkeit auf die Frage der Beherrschung von Medien richtet, zeigt sich in der besonderen Behandlung, welche Medienunternehmen bei der Meldung von Zusammenschlussvorhaben erfahren: KG Art. 9 Abs. 2, VKU Art. 7. Dazu JÜRGEN BORER, KG Art. 9, N 19 ff.; DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 9, N 54 ff.; und in der Aufmerksamkeit, welche die Schweizerische Wettbewerbskommission auch kleineren Zusammenschlussvorhaben im Medienbereich angedeihen lässt: RPW 2001 S. 115 (BertelsmannSpringer, Business to Business/Schück, vorläufige Prüfung); RPW 1999, S. 177 (Axel Springer/Handelszeitung, vorläufige Prüfung); RPW 1999 S. 259 (Tribune de Genève/SDP, vorläufige Prüfung); RPW 1997 (Anzeiger von Uster/Druckerei Wetzikon, vorläufige Prüfung); RPW 1998, S. 93 (Druckerei Wetzikon/Anzeiger von Uster, Sanktionsentscheid). Dasselbe gilt bei Zusammenschlüssen von ausländischen Medienunternehmen: RPW 2000, S. 653 (Bertelsmann/EMAP); RPW 1999, S. 601 (Georg von Holtzbrinck/Dow Jones, vorläufige Prüfung).

- Zwischen Medium und Information besteht ein gegenseitiges Beherrschungsverhältnis:
 - Wer das Medium beherrscht, beherrscht die Information, und
 - Wer die Information beherrscht, beherrscht das Medium.

II. Nutzung des e-mail- und Internet-Zugangs am Arbeitsplatz

Im Folgenden wollen wir mit diesem Werkzeug einen Blick auf die private Nutzung des e-mail- und Internet-Zugangs am Arbeitsplatz durch Arbeitnehmer¹² anheben, zu welcher bereits viel gesagt und geschrieben worden ist¹³, in der Hoffnung, durch dessen Verwendung neue Erkenntnisse gewinnen zu können.

1. Arbeitsplatzmodelle – vorab eine Klärung

Vorab aber noch einige Worte zur Klärung des Hintergrundes, vor dem diese Fragen angegangen werden sollen:

Im Gegensatz zur in der arbeitsrechtlichen Literatur und auch in vielen Entscheidungen noch anzutreffenden Auffassung, die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers werde wesentlich in Zeit gemessen (Stempeluhr!), gehen wir für unsere Betrachtung von einem Arbeitsumfeld aus, in dem die Leistung des Arbeitnehmers nach Massgabe der Bewältigung vorgegebener Aufgaben und der Erreichung von zuvor (in einer Zielvereinbarung) gemeinsam festgelegten Zielen gemessen wird. D.h. Qualität und Effizienz der Aufgabenbewältigung und Grad der Zielerreichung sind entscheidender als die aufgewendete Zeit, für deren Bemessung und Einteilung der Arbeitnehmer selbst

¹² Wir setzen in diesem Zusammenhang voraus, dass der Arbeitgeber ein vernetztes innerbetriebliches System mit einem zentralen Zugang zum Internet zur Verfügung stellt, über das elektronische Botschaften innerbetrieblich (man spricht vom Intranet) und darüber hinaus über das offene Internet ausgetauscht sowie Internet-Sites besucht und von dort Daten heruntergeladen werden können. Die entsprechenden Fragen stellen sich auch, aber nicht mit gleicher Schärfe, wenn Arbeitnehmer mit nicht-vernetzten Einzelstationen über das offene Internet mit einander verkehren.

¹³ ADRIAN VON KAENEL, Internet und Datenschutz am Arbeitsplatz, in: Rolf H. Weber/Reto M. Hilty/Rolf Auf der Mauer (Hsg.), Geschäftsplattform Internet II. Rechtliche und praktische Aspekte, Zürich 2001; Leitfaden des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten über Internet- und E-Mail-Überwachung am Arbeitsplatz, Nr. 7, abgedruckt in (und zitiert nach) JAR 2001, S. 79 ff.; zum deutschen Recht WOLFGANG DÄUBLER, Internet und Arbeitsrecht, 2. A, Frankfurt 2002.

verantwortlich ist¹⁴. Dieser Selbständigkeit und Selbstverantwortung entspricht es, dass die Arbeitszeit keinen scharf von der übrigen Zeit des Arbeitnehmers¹⁵ getrennten Zeitblock bildet. Elemente der Freizeit werden in die Arbeitswelt hineingetragen (Lockerung der Kleidervorschriften (dress-down day) und Umgangsformen (Duzen statt Siezen), und Arbeit wird in die Freizeit hineingetragen, woran gerade auch die elektronischen Hilfsmittel einen wesentlichen Anteil haben¹⁶.

Die neuen Informationsformen haben direkt zum Internet-Arbeitsplatz geführt, bei welchem der Arbeitnehmer seine Leistung nicht mehr im Bereich einer räumlichen, vom Arbeitgeber unmittelbar kontrollierbaren Einheit im physisch Kontakt mit Mitarbeitern erbringt, sondern der Kontakt mit Mitarbeitern und Vorgesetzten technisch und praktisch mehrheitlich oder ausschliesslich über elektronische Kommunikationsmittel erfolgt¹⁷. Sei es, dass ein physischer Betrieb zwar noch besteht (Zentrale), sich der Mitarbeiter dort aber nur noch sporadisch aufhält und ansonsten seine Arbeitsleistung an wechselnden Einsatzorten¹⁸ oder an einem zweiten Fixstandort erbringt¹⁹, sei es, dass ein physischer Betrieb gar nicht mehr existiert. In diesem Fall spricht man vom virtuellen Unternehmen²⁰.

Wir gehen weiter nicht davon aus, die beruflichen Qualifikationen seien eine ein für allemal gegebene Tatsache. Die (teilweise allgemeinen²¹, teilweise arbeitsplatzspezifischen) Qualifikationen des Arbeitnehmers befinden sich vielmehr in einer laufenden Entwicklung («éducation permanente»), wobei sich Arbeitnehmer und Arbeit-

¹⁴ Vgl. DÄUBLER, Rz 170/171. Man spricht von Vertrauenszeit. Voraussetzung ist die Einführung der gleitenden Arbeitszeit, mit der sie allerdings nicht identisch ist.

¹⁵ Ferien, Art. 392a ff. OR und Freizeit, Art. 329 OR, die allerdings auch Zeiten der Krankheit, der Erfüllung gesetzlicher Pflichten umfasst, siehe Art. 329 Abs. 2 OR. Vgl. JÜRGEN BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. A., Bern 1996, Art. 321c OR, Rz 3.d.; HANS UELI SCHÜRER, Arbeitsrecht in der Gerichtspraxis, Bd. I, Der Arbeitsvertrag, Zürich 1995, Rz 6.10; BGE 123 III 469.

¹⁶ Lesen und Verfassen von e-mails, telefonische Erreichbarkeit für Fragen etc. Gemäss einer Studie von Andersen Consulting bleiben Arbeitnehmer auch während ihrer freien Zeit sowie längerer Ferientaufenthalte durch die neuen Medien für ihr Team und ihren Arbeitgeber verfügbar. So bearbeiteten 83 Prozent der Befragten ihre Business-E-Mails in den Ferien. 16 Prozent nehmen ihren Laptop in die Ferien mit, und 56 Prozent bleiben über das portable Telefon verfügbar.

¹⁷ DÄUBLER, Rz 373 ff., 388 ff.

¹⁸ Sog. mobile Telearbeit (Wirtschaftsprüfer, Aussendienstmitarbeiter).

¹⁹ Sog. alternierende Telearbeit (meist zu Hause, z.B. Richter, Professoren).

²⁰ DÄUBLER, Rz 378, 435 ff.

²¹ Allgemeine Qualifikationen sind auch dann «nützlich», wenn sie nicht geeignet sind, sich (direkt) in einer besseren Arbeitsleistung niederzuschlagen, da sie dem Arbeitgeber die Bereitschaft und Fähigkeit des betreffenden Stellensuchenden signalisieren, sich generell Qualifikationen anzueignen sowie Aufgaben zu lösen und Ziele zu erreichen. Dies erklärt die (rein ökonomisch anders nicht zu rechtfertigende) Tendenz zur Weiterbildung von Arbeitnehmern bis zur Überqualifikation, insbesondere in Zeiten grösserer Stellenlosigkeit.

geber in die Verantwortung (und Kosten) für diese Entwicklung teilen²². Dazu gehört der Erwerb von Qualifikationen sowohl im Zug der Arbeitstätigkeit («on-the-job training») als auch parallel dazu (Kurse, Fachlektüre etc.).

2. Bestandesaufnahme der Interessen

Bei der Verwendung des Internetzugangs am Arbeitsplatz durch den Arbeitnehmer zu privaten Zwecken ist dabei einmal an das Versenden von e-mails mit privatem Inhalt über den durch den Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Internetzugang zu denken, und zwar einmal über das firmeninterne e-mail-System («Intranet»), dann über den firmeneigenen Internetzugang ins offene Internet. Diese e-mails können Anhänge enthalten, die privat erstellt resp. beschafft worden sind oder aus dem Datenbestand des Arbeitgebers stammen. Abgehende und eintreffende e-mails werden im System des Arbeitgebers an verschiedenen Stellen temporär oder dauernd abgespeichert, u.a. (aber bei weitem nicht nur!) auf der Station am Arbeitsplatz des betreffenden Arbeitnehmers.

Zu denken ist weiter an das Aufsuchen von Websites auf dem worldwide web («www») und das temporäre oder dauernde Herunterladen von Daten von solchen sites.

Es ist offensichtlich, dass sich dabei das Interesse des Arbeitnehmers an der Information und das Interesse des Arbeitgebers an der Nicht-Information gegenüberstehen.

III. Unsere Fragestellungen

- 1) Ist eine derartige private Nutzung (ohne entsprechende Weisung durch den Arbeitgeber) erlaubt? Kann der Arbeitgeber diese private Nutzung generell verbieten? Mit welchem Ergebnis?
- 2) Kann der Arbeitgeber die private Nutzung kontrollieren? Wenn ja, in welchem Umfang?

²² Idealerweise erfolgt diese Aufteilung im Verhältnis des allgemeinen zum arbeitsplatzspezifischen Anteil, da der Aufwand für den Erwerb der arbeitsplatzspezifischen Qualifikationen für den Arbeitnehmer, derjenige für den Erwerb der allgemeinen Qualifikationen für den Arbeitgeber im Hinblick auf eine mögliche Kündigung nicht wiedererbringbare Kosten («sunk costs») im Sinne der ökonomischen Analyse des Rechts darstellt.

1. Zulässigkeit einer privaten Nutzung

a) Übliche Benützung

Die übliche Benützung des Internetzugangs²³ wie auch anderer betrieblicher Einrichtungen zu privaten Zwecken ist zweifellos nicht prinzipiell unzulässig²⁴. Eine solche Nutzung gilt jedenfalls innerhalb der im folgenden zu diskutierenden Schranken als üblich und erlaubt²⁵:

b) Belastung der Infrastruktur

Zu unterscheiden ist zwischen reiner e-mail-Korrespondenz (Schreibtext, mit bestimmten Adressaten, ohne Anhänge) und dem blossen Aufsuchen von Internet-Sites (beides nur mit temporärer Speicherung auf dem System des Arbeitgebers). Eine massgebliche Belastung des Systems ist dadurch regelmässig nicht verbunden.

Anders verhält es sich bei e-mail Korrespondenz als Massenversand («an alle»), beim Versenden von e-mails mit umfangreichen Anhängen (Bildern, Musik, Filmen etc.), und beim Herunterladen umfangreicher Daten aus dem Internet. Diese sind durchaus geeignet, das System zu belasten. Ein Massenversand und das Versenden von schweren Anhängen zu privaten Zwecken ist deshalb (vorbehaltlich einer ausdrücklichen Erlaubnis, vermutungsweise) unzulässig.

Eine spezielle Belastung des Systems stellt es dar, wenn durch den e-mail-Verkehr und das Herunterladen von Daten Viren ins System des Arbeitgebers eingeschleppt werden. Die entsprechenden Gefahren sind allerdings nicht wesensgemäss mit der Privatnutzung des e-mail- und Internet-Zugangs verbunden, sondern können genauso gut beim beruflichen Verwenden der elektronischen Kommunikationsmittel auftreten. Der Arbeitgeber ist deshalb gut beraten, entsprechende elektronische Schutzvorkehrungen einzubauen (Firewalls)²⁶.

²³ Diese Frage stellt sich wie gesagt so nur, wenn keine Weisung des Arbeitgebers besteht, welche die private Nutzung (innerhalb bestimmter Schranken) erlaubt oder verbietet, dazu unten.

²⁴ ADRIAN STAEHELIN, ZK, Art. 321a N 25, nennt die Benützung der Schreibmaschine für private Korrespondenz nach Arbeitsschluss und (e-contrario) die Benützung des Geschäftstelefons für Privatgespräche, sofern diese nicht übermässig ist und der Arbeitnehmer die Kosten trägt.

²⁵ Wir werden im folgenden einen Ansatz verwenden, der im Zivilrecht als das Prinzip der schonenden Rechtsausübung, im öffentlichen Recht als das Prinzip des schonendsten Eingriffs bekannt ist. Vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. A., Zürich 1998, Rz 486 ff.; RENÉ RHINOW/BEAT KRÄHENMANN, Schweizerisches Verwaltungsrechtssprechung, Bd. I, Allg. Teil, Basel 1976, Nr. 58; DIESELBEN, Ergänzungsband, Nr. 58.

²⁶ Eine Haftungsklage des Arbeitgebers aufgrund von Art. 321e OR, wenn durch die (erlaubte oder unerlaubte) Nutzung des Internetzugangs Viren eingeschleppt werden, dürfte scheitern, wenn er es unterlassen hat, geeignete Anti-Viren-Programme einzubauen.

c) Keine (relevanten) nutzungsabhängigen Kosten

An sich verursachen e-mail-Korrespondenz und Internet-Nutzung keine (relevanten) nutzungsabhängigen Kosten²⁷. Sofern dennoch nutzungsabhängige Kosten anfallen²⁸, hat diese der Arbeitnehmer (ähnlich wie die Kosten für private Telefongespräche) je nach Weisung und Firmenübung selbst zu tragen. Dies gilt umso mehr für die Nutzung kostenpflichtiger Internet-Dienste, für welche der Arbeitgeber ein Abonnement (mit Berechnung der Gebühr nach Massgabe der Nutzung) bezahlt hat (und welche der Arbeitnehmer zu übernehmen hat), oder für welche eine Rechnungstellung an den Arbeitgeber erfolgen würde, wenn der Arbeitnehmer nicht ausdrücklich Rechnungstellung an sich privat veranlasst²⁹.

d) Erfüllung der arbeitsrechtlichen Pflichten

Wer von einer zeitbezogenen Messung der Erfüllung arbeitsrechtlicher Pflichten ausgeht, kann die private Nutzung des Internets nur als eine Verschwendung von Arbeitszeit sehen, die höchstens dann toleriert wird, wenn die entsprechende Zeit nach- oder vorgeholt wird. Dies ist im Rahmen der gleitenden Arbeitszeit möglich. Weiter ist die (Arbeits-)Zeitverschwendung kein Argument, wo die private Nutzung des e-mail- und Internet-Zugangs während Phasen erfolgt, an denen der Arbeitnehmer keine Arbeit zu erledigen hat (Ruhezeit, Warten auf neue Aufträge etc.), und darum auch Zeitung oder Bücher lesen dürfte.

Bei einer aufgaben- und zielorientierten Messung der Arbeitnehmerleistung im Rahmen eines Vertrauenszeit-Konzepts stehen dagegen die bei der privaten Nutzung elektronischer Hilfsmittel erworbenen Fähigkeiten ebenso im Blickfeld wie der rekreative Aspekt eines kurzen e-mails an Freunde und Verwandte oder eines Spielchens auf dem Internet. Zum dienstlich Erlaubten gehört seit jeher auch der persönliche Kontakt mit den Mitarbeitern, der zunehmend, insbesondere aber beim Internet-Arbeitsplatz, nicht nur am Kaffee-Automaten und Photokopierer, sondern (auch) in elektronischer Form erfolgt³⁰.

²⁷ Auch Telefonspesen für den Zugang zum Provider dürften bei den meisten Betrieben nicht nutzungsabhängig berechnet werden.

²⁸ Zu denken ist allenfalls an das Papier für den Ausdruck oder an Subskriptionsgebühren für entgeltliche Internet-Services.

²⁹ Im ersten Fall könnte strafrechtlich andernfalls eine Veruntreuung in der Form der Nutzung von anvertrauten Vermögenswerten zu privatem Nutzen (Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB), im zweiten Fall ein Betrug (Art. 146 StGB) vorliegen.

³⁰ Natürlich immer im Rahmen der obigen Schranken. Siehe hierzu auch BGE 4C.106/2001 vom 14.2.02 (zit. in NZZ vom 26.3.2002) betreffend fristlose Entlassung einen Direktor.

e) Zulässigkeit der Benützung innerhalb gewisser Schranken

Eine private Nutzung des e-mail- und Internet-Zugangs am Arbeitsplatz ist also erlaubt, wenn:

- die private Nutzung in einem Umfang erfolgt, der die Infrastruktur des Betriebs nicht belastet (ausgewählte Adressaten, keine schweren Anhänge, Benützung von Anti-Viren-Programmen);
- der Arbeitnehmer die anfallenden nutzungsabhängigen Kosten selbst trägt oder ersetzt resp. dem Arbeitgeber den Kostenersatz anbietet, und
- der Arbeitnehmer die private e-mail- und Internet-Nutzung in jedem Fall der Erfüllung der arbeitsrechtlichen Pflichten unterordnet.

2. Generelles Verbot

a) Generelles Verbot im Allgemeinen

Die Auffassung ist weit verbreitet, der Arbeitnehmer könne sich von jeglichen weiteren Gedanken im Zusammenhang mit den hier gestellten Fragen befreien, wenn er die private Internetnutzung am Arbeitsplatz generell verbiete^{31, 32}. Dem ist zu widersprechen, denn:

- 1) ein Verbot ist in dieser Breite nicht rechtsgültig,
- 2) ein solches Verbot ist nicht zweckmässig, und
- 3) ein solches Verbot löst die wesentlichen Probleme des Arbeitgebers nicht.

aa) Irreführender Rechtsschein

Ein solches generelles Verbot wäre nicht rechtsgültig, da es dem Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers widersprechen würde³³. D.h. trotz des rigiden Wortlauts des Ver-

³¹ Vgl. Leitfaden, S. 87, unter Hinweis auf Art. 321d OR; VON KAENEL, S. 41; DÄUBLER, Rz 180 ff. Dies entspricht der Praxis verschiedener grösserer Firmen in der Schweiz, und scheint auch in den USA (noch) die herrschende Auffassung, ja sogar die empfohlene Praxis zu sein. In einer Umfrage, die Websense zusammen mit dem Saratoga Institute durchgeführt hat, wurden 224 Leiter von Personalstellen in Firmen, die zwischen 6 und 150000 Angestellte haben, befragt, wie sie auf den Internet«missbrauch» reagiert haben. Zwei von drei Firmen sollen bereits Angestellte abgemahnt haben, und fast ein Drittel der befragten Unternehmen hätte sogar schon Angestellten gekündigt. Die Umfrage wurde durchgeführt, nachdem es bei Xerox und der New York Times zu Massenenlassungen und – Verwarnungen wegen unerwünschter Internetnutzung gekommen ist.

³² Es handelt sich um einen Fall des Interesses an der Nicht-Information durch denjenigen, welcher das Medium (rechtlich) beherrscht.

bots bestehen nach der hier vertretenen Meinung zahlreiche Ausnahmen, so dass ein solches Verbot einen irreführender Rechtsschein erweckt.

bb) Fehlende Zweckmässigkeit

Ein solches Verbot ist nicht zweckmässig³⁴, da das Üben der Fähigkeiten in der Nutzung des Internets³⁵ und die Möglichkeit der Entfaltung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers (auch) am Arbeitsplatz (auch) im wohlverstandenen Interesse des Arbeitgebers liegt, wenn dies innerhalb der oben angeführten Schranken erfolgt. Wenn es darum geht, zur Bestimmung der Schranken der Verbotsmacht des Arbeitgebers gegenüber seiner Pflicht zum Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers die Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer gegeneinander abzuwägen, ist es durchaus relevant, dass ein generelles Verbot zur Wahrung der Interessen des Arbeitgebers weder notwendig noch ausreichend ist. Im Rahmen des Gebots der schonenden Rechtsausübung kann die Verbotsmacht des Arbeitgebers nicht zu einer weitergehenden Einschränkung der Persönlichkeitssphäre des Arbeitnehmers führen, als dies durch die Interessenlage des Arbeitgebers gerechtfertigt ist.

cc) Fehlende Durchsetzbarkeit

Ein generelles Verbot kann in der Praxis nicht durchgesetzt werden und wird, soweit dem Verfasser bekannt, tatsächlich auch nirgends konsequent durchgesetzt. Dadurch ergibt sich ein Widerspruch zwischen (geschriebener) Weisung und (gelebter) Betriebspraxis³⁶, wobei das faktische Tolerieren der privaten e-mail- und Internetnutzung einen Widerruf des papierenen Verbots darstellt oder dieses jedenfalls undurchsetzbar macht. Die Durchsetzung nur gegenüber bestimmten Arbeitnehmern würde zudem den Grundsatz der Gleichbehandlung und damit Treu und Glauben³⁷ verletzen.

³³ Weisungen habe die Privatsphäre des Arbeitnehmers auch während der Arbeitszeit zu wahren, STAEHELIN, ZK, Art. 321e, N 18.

³⁵ An sich hat der Arbeitnehmer auch unzweckmässige Weisungen zu befolgen, STAEHELIN, ZK, Art. 321e, N 21.

³⁶ Hier zeigt sich die «Beherrschung» des Mediums in seiner faktischen Seite.

³⁷ Die Privatnutzung wird betriebsüblich, wenn der Arbeitgeber gegen die ihm bekannte Privatnutzung nicht einschreitet. DÄUBLER, Rz 185.

³⁷ STAEHELIN, ZK, Art. 321e, N 20.

b) Erlaubte Privatnutzung auch bei generellem Verbot privater Nutzung

Unbestritten ist, dass ein Arbeitnehmer unaufschiebbare Nachrichten auch über Kommunikationsmittel des Arbeitgebers versenden darf. Ein typisches Beispiel ist der Telefonanruf an die Ehefrau wegen verspätetem Arbeitschluss. Man spricht in diesem Fall von *Privatnutzung aus dienstlichem Anlass*³⁸. Der Begriff der Privatnutzung aus dienstlichem Anlass ist nach der hier vertretenen Meinung weiter auszulegen. Es ist offensichtlich, dass Arbeitnehmer in Kaderstellung, bei Auslandeinsätzen, in der Forschung oder in Positionen mit ähnlich grosser zeitlicher Belastung gar nicht in der Lage wären, ein sinnvolles Privatleben zu führen, wenn sie dieses nicht in einem gewissen Umfang vom Arbeitsplatz aus organisieren könnten. Dazu gehört das Sich-Informieren über Freizeitangebote, das Planen von ausserberuflichen Aktivitäten, die Koordination mit Freunden und Familienangehörigen etc. Der Arbeitgeber, der von seinen Arbeitnehmern einen unangemessenen Einsatz verlangt, handelt wider Treu und Glauben und verletzt deren Persönlichkeitsrechte, wenn er sie an solchen Aktivitäten hindern würde. Noch verstärkt gilt dies bezüglich gesetzlicher Pflichten³⁹, zu deren Wahrnehmung der Arbeitnehmer auch während der Arbeitszeit berechtigt ist.

Dieses Sich-Informieren, Planen und Koordinieren erfolgt aber immer mehr unter Verwendung von e-mail und Internet. D.h. in diesem Umfang ist der Arbeitnehmer zur Nutzung des e-mail- und Internet-Zugangs am Arbeitsplatz berechtigt.

Diese Erlaubnis stellt nur das Gegenstück dazu dar, dass immer mehr Arbeitnehmer auch ihre private Infrastruktur für die Erledigung beruflicher Arbeiten einsetzen, von zu Hause aus berufliche e-mails lesen und versenden und telefonisch auch in der Freizeit, im Militärdienst und in den Ferien erreichbar sind⁴⁰.

Das oben Gesagte kann natürlich nur für im obigen Sinne dringende und nicht auf die Freizeit verschiebbare Aktivitäten gelten⁴¹. Darüber hinaus gelten die genannten Einschränkungen bezüglich Belastung der Infrastruktur und Kostentragung⁴².

Nach der hier vertretenen Auffassung steht es dem Arbeitgeber deshalb nicht zu, jegliche «private» Nutzung des e-mail und Internet-Zugangs am Arbeitsplatz zu ver-

³⁸ DÄUBLER, Rz 178.

³⁹ Dazu gehören politische und militärische Aktivitäten ebenso wie die Fürsorge für Familienangehörige (innerhalb hier nicht zu diskutierenden Einschränkungen).

⁴⁰ Siehe oben Ziff. II. 1, S. 6.

⁴¹ Zunehmen ist davon auszugehen, dass Arbeitnehmer die Möglichkeit zum Internet-Zugang auch in der Freizeit haben, sei dies zu Hause, sei dies in einem Internet-Café. Die Arbeitnehmer haben deshalb auch nach der hier vertretenen Auffassung zeitaufwendige private Recherchen, das Erledigen der gesamten, absorbierenden privaten e-mail-Korrespondenz oder den Besuch von Internet-Sites mit Inhalten, welche stark absorbieren, auf die Freizeit zu verlegen.

⁴² Siehe oben.

bieten, d.h. ein solches Verbot gilt in jedem Fall nur unter dem Vorbehalt der Privatnutzung aus dienstlichem Anlass im hier verstandenen, weiteren Sinn.

c) Verbot mit konkretem Erlaubnisvorbehalt

Sinnvoller als ein generelles Verbot ist es also, die private Internet-Nutzung am Arbeitsplatz in qualitativer⁴³ Hinsicht einzuschränken: «..., soweit die private Nutzung der Erfüllung der arbeitsrechtlichen Pflichten, die in jedem Fall vorgehen, nicht im Wege steht».

Weiter ist zu empfehlen, den Massenversand («an alle») von privaten e-mails oder die Teilnahme an «chatting groups» oder in «chat rooms» sowie den Besuch von internet sites mit rassistischem, pronographischem oder sonst illegalen Inhalten zu verbieten. Ob ein Verbot des Versands von e-mails über einer gewissen Anzahl Kbites sinnvoll ist, ist umstritten⁴⁴.

Diese Verbote können mit entsprechenden technischen Schutzmassnahmen flankiert werden.

Um die Speicherkapazität auf den einzelnen Arbeitsstationen für berufliche Zwecke zu bewahren, empfiehlt sich weiter ein Gebot, private e-mails und privat aus dem Internet heruntergeladene Daten nicht auf der Festplatte, sondern auf einem ZIP-Laufwerk oder einem anderen mobilen Datenträger zu speichern. Dadurch erübrigen sich auch die Fragen im Zusammenhang mit einer allfälligen Einsichtnahme des Arbeitgebers in solche private Daten⁴⁵. Weiter ist jede private und berufliche Nutzung des e-mail- und Internet-Zugangs am Arbeitsplatz zu verbieten, welche strafrechtliche Bestimmungen verletzt oder wenn sie Rechte des Arbeitgebers verletzt und dadurch die Interessen des Arbeitgebers berührt werden⁴⁶.

⁴³ Eine quantitative Umschreibung im Sinne der zeitlichen Beschränkung («fünfzehn Minuten pro Tag») oder der Anzahl der versandten e-mails oder besuchten sites dürfte nicht praktikabel sein. Vgl. Leitfaden S. 87.

⁴⁴ Dies kann einen gewissen Schutz des Systems vor Überlastung bieten, da die Aufteilung von grossen Dateien in allen Fällen unpraktisch (Power Point, EXCEL Sheets) und oft gar nicht möglich ist (Musik, Bilder, Filme etc.). Ein solches Verbot hat zudem den Nebeneffekt, dass es das vielfache Abspeichern dieser schweren Anhänge auf den einzelnen Stationen der Adressaten verhindert. Zudem können Dateien eines gewissen Typs mit technischen Mitteln generell zurückgewiesen werden oder nur mit Zustimmung eines Linienvorgesetzten versandt und empfangen werden. Nach Wissen des Verfassers sind die meisten firewall-Systeme allerdings nicht in der Lage, als zip-Datei eingekleidete Anhänge in ihrem Umfang und Charakter zu erkennen und zurückzuweisen.

⁴⁵ S.u. Ziff. III. 4, S. 21 f.

⁴⁶ S.u. Ziff. III. 3.c)cc), S. 18 f.

3. Kontrolle über die e-mail- und Internet-Nutzung am Arbeitsplatz

Es stellt sich die Frage, inwiefern der Arbeitgeber die e-mail- und Internet-Aktivitäten seiner Arbeitnehmer am Arbeitsplatz überwachen darf.

a) Überwachung nur mit Einschränkungen und mit Überwachungsregelung

Ein schrankenloses Kontrollrecht des Arbeitgebers über den e-mail-Verkehr und die Internet-Nutzung seiner Arbeitnehmer wird im Lichte von Art. 328b OR i.V.m. Art. 4 DSG⁴⁷ von der h.L. verneint.

Während eine Nutzungsordnung für die private e-mail- und Internet-Nutzung am Arbeitsplatz nicht notwendig (aber sehr empfehlenswert) ist, ist eine Überwachungsregelung (im Arbeitsreglement o.ä.) für jegliche irgendwie geartete Überwachungstätigkeit aufgrund von Treu und Glauben unverzichtbar⁴⁸. Jeglicher Betrieb eines innerbetrieblichen Netzwerkes setzt aber ein gewisses Mass an Überwachung voraus.

Ob die Dritten (Adressaten oder Sender), die am e-mail-Verkehr notwendigerweise beteiligt sind, auf die Überwachung aufmerksam gemacht werden müssen, wäre Gegenstand einer gesonderten Untersuchung. Interessant ist der Vergleich mit der Diskussion über die Revision von Art. 179^{quinquies} StGB⁴⁹. Eine solche Benachrichtigung dürfte im e-mail-Verkehr wohl nur notwendig sein, wenn die Aufzeichnung zu einer Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten dieser Dritten führt⁵⁰ und wenn die Dritten nicht von vornherein davon ausgehen müssen, dass die e-mails aufgezeichnet werden. Das dürfte jedenfalls bei e-mails, welche Teil der formellen Geschäftskorrespondenz bilden, der Fall sein.

⁴⁷ Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (DSG), SR 235.1.

⁴⁸ Leitfaden, S. 90. Gemäss der Vernehmlassungsvorlage des Bundesrates zur Revision des Datenschutzgesetzes müssen (gemäss dem vorgeschlagenen Art. 4 Abs. 4 DSG) das Beschaffen von Personendaten und der Zweck der Bearbeitung für die Betroffenen erkennbar sein.

⁴⁹ Parlamentarische Initiative von Bruno Frick zur Revision von Art. 179^{quinquies} StGB zum Schutz des Geschäftsverkehrs, eingereicht am 19.12.1997, die verlangt, dass diese Bestimmung so zu ändern sei, «dass die Aufzeichnung eigener Gespräche für den nichtöffentlichen Gebrauch im heutigen Umfang für Banken, Journalisten, im Reservations- und Bestellwesen zulässig bleibt – selbstverständlich unter Wahrung des Datenschutzes». Im NR wird dagegen die ausdrückliche Benachrichtigung der Gegenseite von der Aufzeichnung verlangt.

⁵⁰ Zur Problematik der Überwachung des e-mail-Verkehrs von Rechtsanwälten, Seelsorgern und Psychologen s.u.

b) Zeitraum und Tiefe der Überwachung, Organisation der Überwachung

Es muss zwischen Aufzeichnung und Überwachung unterschieden werden. Es ist bekannt, dass eine lückenlose Aufzeichnung (Protokollierung) der Aktivitäten im Internet und über das e-mail durch das System selbst erfolgt. Der Arbeitgeber muss sicherstellen, dass die Überwachung des Systems zu technischen Zwecken (Wartung, Aufspüren von Systemfehlern, Viren etc.) nicht personenbezogen erfolgt und von der personenbezogenen Überwachung getrennt erfolgt. Die mit dieser technischen Überwachung befassten Personen sind auf ihre entsprechenden Pflichten aufmerksam zu machen, und die so aufgezeichneten Daten sind so aufzubewahren, dass nur die Personen mit technischen Aufgaben Zugang haben und sind nach einer gewissen Zeitspanne zu vernichten.

Überwachung bedeutet dagegen personenbezogene Auswertung der aufgezeichneten Daten⁵¹.

Die Überwachung hat prinzipiell zwei Dimensionen, die Zeit- und die Tiefendimension. Wir unterscheiden

- zwischen stichprobenweiser Überwachung für eine kurze Zeitspanne und Dauerüberwachung einerseits,
- zwischen Überwachung nur der Randdaten (Ziel- und Senderadressen, ausgetauschte resp. gespeicherte Formate und Dateigrößen, Zeitdauer der Nutzung etc.) und Überwachung durch direkte Einsichtnahme in die ausgetauschten resp. heruntergeladenen Informationen anderseits.

Eine Dauerüberwachung ist schon aufgrund von Art. 26 ArGV 3 ausgeschlossen. Auch eine stichprobenweise Überprüfung setzt voraus, dass diese Möglichkeit den Arbeitnehmern durch die Überwachungsordnung bekannt gemacht worden ist⁵².

Es kann davon ausgegangen werden, dass (jedenfalls für andere als private e-mails) die Kontrolle nur der Randdaten und die stichprobenweise Kontrolle datenschutz- und persönlichkeitsrechtlich zulässig ist⁵³. Ein maschinelles Durchforsten aller e-mails auf sensitive Adressaten, Stichworte etc. ist nach h.L. nicht zulässig⁵⁴.

Kontrollen können entweder prophylaktisch, zum Zwecke der Kontrolle der Einhaltung der entsprechenden Vorschriften, oder aufgrund konkreter Hinweise oder Verdachtsmomente vorgenommen werden.

⁵¹ S. dazu auch MAJA JÖSLER, Datenschutz und Internet, Jus-Info 3/2001, Ernst & Young AG.

⁵² Leitfaden, S. 91.

⁵³ Leitfaden, S. 92; DÄUBLER, Rz 257.

⁵⁴ VON KAENEL, S. 44; Leitfaden S. 102, wo die Verwendung von sog. Spionprogrammen generell verboten wird.

Kontrollen (ausgen. stichprobenweise Kontrollen nach dem Zufallsprinzip) setzen immer einen konkreten Anlass voraus⁵⁵. Sie können dadurch induziert sein, dass entweder technische Störungen aufgetreten sind (Viren, Datenstau etc.), oder dass Hinweise (aufgrund von stichprobenweisen Überwachungen⁵⁶ oder von ausserhalb des e-mail- und Internet-Bereichs) auf Vorkommnisse bestehen, welche die arbeitsrechtlichen Pflichten des Arbeitnehmers verletzen.

Die personenbezogene Auswertung ist prinzipiell durch den Systemverantwortlichen oder eine andere, speziell bezeichnete Person, nicht durch den Linienvorgesetzten vorzunehmen. So kann sichergestellt werden, dass keine nicht-arbeitsvertraglich relevante Informationen (aus privaten e-mails und privaten Internet-Aktivitäten) den Weg ins Personaldossier finden oder auf andere Weise die berufliche Stellung des betreffenden Arbeitnehmers beeinflussen.

c) Gründe, welche eine Überwachung rechtfertigen

Als Begründung für eine Auswertung des aufgezeichneten e-mail-Verkehrs und Internet-Nutzung steht im Vordergrund das Interesse des Arbeitgebers an

- der Wahrung der technischen Integrität des von ihm zur Verfügung gestellten e-mail- und Internet-Systems,
- der Dokumentierung der betrieblichen Abläufe im Hinblick auf Ansprüche von Kunden, Aufsichtsbehörden oder anderen Dritter,
- der Verhinderung von vertrags- und strafrechtswidrigem Verhalten, und
- die Qualitätssicherung der im Betrieb erbrachten Leistungen.

aa) Wahrung der technischen System-Integrität

Eine technische Störung kann eine personenbezogene Überwachung begründet. Bei Datenstau oder Virenbefall ist es häufig aber ausreichend und für die Zukunft erfolgversprechender, wenn geeignete Weisungen erlassen oder bestehende erneut in Erinnerung gerufen werden, oder wenn geeignete technische Vorkehren ergriffen werden, als wenn mit grossem Aufwand der oder die Schuldige ermittelt wird.

Es ist weiter zu unterscheiden zwischen Fällen, in denen das Problem gerade im aufzuspürenden Missbrauch des e-mail- und Internet-Zugangs liegt (durch das e-mail- und Internet-System begangene Verletzungen arbeitsvertraglicher Pflichten oder Straf-

⁵⁵ VON KAENEL, S. 44 f.

⁵⁶ Die stichprobenweise Überwachung dient gerade dem Aufspüren von solchen Hinweise. Es handelt sich dabei nicht um Zufallsfunde, deren Verwertung analog der strafprozessualen Regelung verboten wäre.

taten), und den Fällen, in denen dieser Missbrauch nicht das Problem selbst, sondern nur ein Aufhänger für das zugrundeliegende Problem (Minderleistung, gestörte Kommunikation mit den Mitarbeitern und Kunden etc.) liegt. In einem aufgaben- und ergebnisbezogenen Arbeitsmodell steht nicht (mehr) die Zeit- und Ressourcenverschwendung im Vordergrund, sondern die Zielerreichung und Aufgabenbewältigung. In einem solchen Arbeitsmodell erübrigt sich das Aufspüren von Moorphühnjägern, wenn die geeigneten Mittel und Verfahren bereitstehen, um Leistungen als solche zu bewerten und zu bemessen.

bb) Pflicht zur Dokumentierung der beruflichen Vorgänge

α) *E-mail-Verkehr und Internet-Recherchen als Arbeitsergebnis und Geschäftskorrespondenz*

Vorab ist zu beachten, dass die Arbeitsergebnisse dem Arbeitgeber gehören (Art. 321b OR). Die geschäftsbezogene e-mail-Korrespondenz mit Kunden, anderen Abteilungen, vorgesetzten Stellen, Behörden und Konkurrenten, aber auch die Ergebnisse von Internet-Recherchen und Internet-Feldstudien stellen primär *Geschäftskorrespondenz* resp. *Arbeitsergebnisse* dar, die abgeliefert, d.h. dokumentiert und greifbar aufbewahrt werden müssen (Art. 962 OR). Ob dies in elektronischer Form, z.B. durch systematisches Abspeichern der e-mails auf einem zentralen Server⁵⁷, oder in Papierform zu geschehen hat, hängt von den Gepflogenheiten und internen Weisungen des betreffenden Betriebs ab.

Die Frage der Überwachung des e-mail-Verkehrs und der Internetnutzung stellt sich also erst dort, wo e-mails und Internetnutzung nicht mehr zur Geschäftskorrespondenz und zum arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitsergebnis gehören, sei es weil sie ihrer Natur nach eher dem gesprochenen Wort als der formellen Korrespondenz zuzuordnen sind⁵⁸, sei es weil sie privater Natur sind (wenn auch gegebenenfalls aus beruflichem Anlass, siehe oben Ziff. III. 1.b)), S. 12.

β) *Besondere Aufsichts- und Kontrollpflichten in sensitiven Betrieben*

Auf spezielle Weise stellt sich die Frage der e-mail- und Internet-Verkehr-Überwachung in Betrieben, in denen besonders sensitive Daten bearbeitet werden, die in besonderem Masse vom Vertrauen ihrer Kunden abhängen, und die einer besonderen Überwachung unterstehen. Zu denken ist an Anwaltskanzleien, Treuhandgesellschaften, Versicherungen, Banken etc. Während alle diese Betriebe ein besonderes

⁵⁷ Vgl. OR Art. 962 Abs. 2, 2. Teil des ersten Satzes.

⁵⁸ Dies gilt nach der hier vertretenen Meinung nicht für den e-mail-Verkehr schlechthin. So aber DÄUBLER, Rz 249.

Interesse haben, die Vertraulichkeit der ihnen anvertrauten und in ihren Betrieben erarbeiteten Daten zu wahren, haben Banken und Versicherungen zudem noch einer besonderen betrieblichen Kontrolle zu genügen resp. Gewähr für eine sachgemässe Überwachung der Geschäftstätigkeit und für eine einwandfreie Geschäftsführung zu bieten⁵⁹.

Nach der hier vertretenen Auffassung rechtfertigen diese speziellen Vertraulichkeitsbedürfnisse und Kontrollpflichten eine permanente, nicht nur eine stichprobenweise, Überwachung des e-mail-Verkehrs der Arbeitnehmer⁶⁰. Voraussetzung ist, dass die Arbeitnehmer intern entsprechend darauf aufmerksam gemacht werden.

In diesem Zusammenhang ist auf besondere berufsrechtliche Aspekte hinzuweisen: Die Kontrolle des e-mail-Verkehrs von angestellten Rechtsanwälten, die anwaltlich tätig sind, darf nur wiederum durch Rechtsanwälte vorgenommen werden, die Kontrolle des e-mail-Verkehrs von angestellten Seelsorgern und Psychologen muss die entsprechenden Geheimhaltungspflichten wahren, die Kontrolle des e-mail-Verkehrs von Richtern durch administrative Aufsichtsbehörden muss sich auf administrative Belange, insbesondere die Wahrung der technischen Systemintegrität, beschränken etc.⁶¹.

cc) Verhinderung von Missbräuchen

α) *Verletzung von Rechten des Arbeitgebers durch Verwendung des e-mail- und Internet-Zugangs*

Der Verrat von Geschäftsgeheimnissen oder von Immaterialgüterrechten des Arbeitgebers durch Weitergabe von Dateien durch Arbeitnehmer an Dritte, ungeachtet dessen, ob dies wegen Gedankenlosigkeit, aus Eigennutz oder mit Schädigungsabsicht erfolgt, stellt eine Verletzung der absoluten Rechte des Arbeitgebers und der arbeitsvertraglichen Pflichten des Arbeitnehmers dar. Der Verdacht auf derartige Vorkommnisse mit einer gewissen Schwere rechtfertigt in jedem Fall eine entsprechende Überwachung.

β) *Straftaten über den e-mail- und Internet-Zugang*

Im Zusammenhang mit der privaten Nutzung des e-mail- und Internet-Zugangs am Arbeitsplatz können verschiedene strafrechtlich relevante Taten begangen werden. Im Vordergrund stehen dabei:

⁵⁹ Art. 3 Abs. 2 lit. a und c BankG. Zu denken ist weiter an die Pflichten gemäss VSB, StGB und GWG.

⁶⁰ Voraussetzung bleibt, dass die Schranke von Art. 26 AVG 3 gewahrt bleibt und daraus keine Persönlichkeitsprofile der Mitarbeiter abgeleitet werden. Vgl. DÄUBLER, Rz 253. Für die Internet-Nutzung lässt sich daraus kein entsprechendes Überwachungs-Interesse ableiten.

⁶¹ Vgl. DÄUBLER, Rz 263.

- die Rufschädigung (Art. 173 ff. StGB) durch Verbreitung von unvorteilhaften Informationen über den Arbeitgeber, über Vorgesetzte und Mitarbeiter etc.,
- das unbefugte Verwerten von anvertrauten Arbeitsergebnissen (Art. 5 lit. a i.V.m. Art. 23 UWG),
- die Verletzung von Urheberrechten und anderen gewerblichen Schutzrechten
 - des Arbeitgebers (durch Weiterleitung entsprechender Dateien an Dritte) oder
 - Dritter (durch das Empfangen oder Herunterladen entsprechender Dateien) zu privaten oder beruflichen Zwecken, Nutzung,
- die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz (Art. 198 StGB) oder
- das Herunterladen oder Versenden von Dateien mit rechtswidrigem (pornographischem, rassistischem etc.) Inhalt, beides entweder
 - durch Versenden von e-mails gezielt an Dritte oder
 - dadurch, dass Dateien mit entsprechenden Inhalten ohne direkte Absicht des entsprechenden Arbeitnehmers anderen Mitarbeitern bekannt werden, die sich dadurch belästigt fühlen können.

Alle diese Straftaten können auch auf anderem Wege als durch e-mails und Internet begangen werden und wurden bereits vor Einführung von e-mails und Internet begangen. Aber es ist offensichtlich, dass das Internet mit seiner Aufwandlosigkeit, seiner Geschwindigkeit und seinem Multiplikatoreffekt gewisse Straftaten begünstigt (Verletzung gewerblicher Rechtsgüter) und für andere einen speziellen Anreiz schafft (z.B. durch die Möglichkeit zum Herunterladen pornographischer Bilder).

Auch wenn nur in den ersten drei Beispielen Interessen des Arbeitgebers direkt tangiert sind, und ihn prinzipiell keine strafrechtliche Anzeigepflicht trifft, können und dürfen ihn strafrechtswidrige Nutzungen des von ihm zur Verfügung gestellten e-mail- und Internet-Zugangs nicht unberührt lassen. Er läuft nämlich Gefahr, sich selbst der Gehilfenschaft, wenn nicht der Mittäterschaft (z.B. bei der Verletzung von fremdem gewerblichen Eigentum) schuldig zu machen, wenn er die Begehung von Straftaten unter Verwendung des e-mail- oder Internet-Zugangs am Arbeitsplatz kennt oder kennen müsste und duldet⁶².

Diskutiert wird, ob es wirklich Sache des Arbeitgebers sei, dem Arbeitnehmer zu verwehren, strafrechtswidrige Handlungen am Arbeitsplatz vorzunehmen, wenn er dies ohne Schädigung des Arbeitgebers oder Dritter macht. Dem muss (jedenfalls im Zusammenhang mit der e-mail- und Internet-Nutzung) widersprochen werden. Da jede Verwendung des e-mail und Internet-Zugangs am Arbeitsplatz elektronische Spu-

⁶² Enger Leitfaden S. 96; deutlich enger DÄUBLER, Rz 261. Insbesondere muss der Arbeitgeber das Recht haben, eindeutig festzustellen, ob eine Straftat begangen wurde, und Beweise zu sichern, bevor er den Staatsanwalt ins Haus holt.

ren hinterlässt (man denke nur an die vielfältig zugängliche temporäre Speicherung auf dem server oder an die ubiquitären Zugangsmöglichkeiten des IT-Personals), kann in keinem Fall ausgeschlossen werden, dass andere Arbeitnehmer mit am Arbeitsplatz heruntergeladenen oder versandten Daten und e-mails konfrontiert werden und diese ihrerseits wieder weiterversenden.

Nach der hier vertretenen Auffassung stellen strafrechtswidrige Handlungen (von Bagatellen abgesehen) am Arbeitsplatz immer eine Verletzung der arbeitsrechtlichen Pflichten dar⁶³. Der Arbeitgeber hat also ein berechtigtes Interesse daran, strafrechtswidriges Verhalten (einer gewissen Schwere) seiner Arbeitnehmer am Arbeitsplatz in jedem Fall zu unterbinden, aufzuspüren und zu sanktionieren.

Der Arbeitgeber darf demnach strafrechtswidriges Handeln am Arbeitsplatz unter Verwendung des e-mail- und Internetzugangs (wie auch generell) durch entsprechende Kontrollen verhindern resp. aufdecken und strafrechtswidriges Verhalten je nach Schwere der Tat ahnden (Verweis, Vertragsstrafe, Zurückstufung, Entlassung, gegebenenfalls fristlose Entlassung, statt oder neben einer Strafanzeige).

Natürlich gilt auch hier das Opportunitätsprinzip: Die Hinweise müssen Rückschlüsse auf Straftaten einer gewissen Schwere geben. Banalitäten, deren strafrechtliche Relevanz zweifelhaft oder nur von akademischer Bedeutung ist, braucht der Arbeitgeber nicht entgegenzutreten.

d) Leistungsüberwachung

Eine Auswertung des e-mail-Verkehrs und der Internet-Nutzung zur Kontrolle der Leistungen der Arbeitnehmer – über die Auswertung der Geschäftskorrespondenz und Arbeitsergebnisse gemäss Ziff. III. 3.b)(a) hinaus – ist nur stichprobenweise zulässig. Die Arbeitnehmer müssen über die möglichen Überwachungsperiode, nicht aber über die aktuellen Überwachungszeiten, zu Voraus informiert werden⁶⁴.

4. Im Speziellen: Erfassung des privaten e-mail-Verkehrs durch die Überwachung

Dass Arbeitnehmer auch am Arbeitsplatz ein Anrecht auf einen privaten Bereich haben, der den Einblicken des Arbeitgebers entzogen bleibt, ist unbestritten⁶⁵, eben-

⁶³ Es ist zu empfehlen, dies im Arbeitsreglement und insbesondere in der Nutzungsordnung für den e-mail- und Internetzugang am Arbeitsplatz nochmals deutlich zu machen.

⁶⁴ Leitfaden, S. 98.

⁶⁵ Statt vieler, STAEHELIN, Art. 328 OR, N 8 ff.

so, dass der Arbeitgeber keinen Einblick in private am Arbeitsplatz eingehende Post der Arbeitnehmer nehmen darf. Dies erstreckt sich auch auf eingehende und abgehende e-mails mit privatem Inhalt, unabhängig davon, ob die private e-mail-Benutzung erlaubt ist oder nicht.

Fraglich ist nun, wie der Arbeitnehmer die private Natur solcher e-mails feststellen kann, und ob sich der Schutz auch auf einen (allenfalls als ausdrücklich als privat bezeichneten) Speicherplatz auf der Station des Arbeitnehmers oder seinem file auf dem Server bezieht⁶⁶.

Im Zweifelsfall gelten alle e-mails, die über das System am Arbeitsplatz ein- und ausgehen, als geschäftlich. Als privat und damit dem Einblick des Arbeitgebers entzogen sind e-mails dann, wenn sie zulässigerweise in einem als «Privat» o.ä. markierten Speicherplatz abgespeichert worden sind. Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Arbeitgeber allerdings nicht verpflichtet, den Arbeitnehmern einen solchen «privaten» Speicherplatz zuzuweisen. D.h. wenn der Arbeitgeber ausdrücklich erklärt, dass der Speicher des Arbeitnehmers nicht «privat» sei, haben die Arbeitnehmer immer noch das Recht, private e-mails und privat aus dem Internet heruntergeladene Dateien auf einem gesonderten Datenträger (ZIP-Laufwerk etc.) abzuspeichern oder auszudrucken und anschliessend zu löschen. Wenn sie dies nicht tun, nehmen sie in Kauf, dass der Arbeitgeber darin Einblick nimmt und deren Inhalt, soweit arbeitsvertraglich relevant, auswertet⁶⁷.

Fraglich ist auch, ob als privat markierte oder vom Inhalt her offensichtlich private e-mails und Daten an ihrem temporären Speicherort im System durch den Arbeitgeber überwacht und ausgewertet werden dürfen. Nach der hier vertretenen Meinung ist die Erfassung privater e-mails nach der Zeit, nicht aber nach den Zieladressen⁶⁸, zulässig, wobei der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben im Voraus auf diese Möglichkeit aufmerksam zu machen ist⁶⁹. Bei einer persönlichen Nachkontrolle, wenn der private Charakter des e-mails oder der Daten offensichtlich wird, ist nach der Schwere des entdeckten Missbrauchs zu unterscheiden: Banalitäten müssen vom Kontrollierenden unbeachtet gelassen werden. Sie dürfen nicht Eingang in eine Datensammlung (Personaldossier) finden und nicht dem Linienvorgesetzten weitergemel-

⁶⁶ Dazu sehr weitgehend Leitfaden, S. 94 und 98.

⁶⁷ Eine Auswertung zu rein privaten Zwecken der Systemverantwortlichen oder Vorgesetzten wäre natürlich nicht erlaubt. Vgl. allg. VON KAENEL, S. 26 f.

⁶⁸ Die Zieladressen dürfen nur dazu verwendet werden, den privaten Charakter der e-mails zu bestimmen, so Leitfaden, S. 94; weitergehend DÄUBLER, Rz 247.

⁶⁹ Der Arbeitsvertrag könnte in einem gewissen Umfang ein weitergehendes Einsichtsrecht des Arbeitgebers vorsehen, aber der Arbeitgeber kann nicht verbindlich auf seine Persönlichkeitsrechte verzichten. Vgl. DÄUBLER, Rz 286.

det werden. Für schwere Verletzungen dagegen besteht kein Anspruch des Arbeitnehmers auf Persönlichkeitsschutz⁷⁰.

IV. Zusammenfassung

Die private Nutzung des e-mail- und Internet-Zugangs am Arbeitsplatz weckt zahlreiche informationsrechtliche Fragen.

Die Frage, ob der Arbeitgeber die private Nutzung generell verbieten kann, zeigt in klassischer Form den Gegensatz zwischen dem Interesse (des Arbeitnehmers) auf Information und dem Interesse (des Arbeitgebers) auf Nicht-Information. Während die h.L. dem Interesse auf Nicht-Information (qua Beherrschung des Mediums) den Vorrang gibt, wird hier aufgrund eines neueren Arbeitszeitmodells (Stichworte sind Zielvereinbarung und Vertrauensarbeitszeit) im beidseitigen Interesse eine flexiblere Haltung (im Sinne eines erweiterten Begriffs der Privatnutzung aus dienstlichem Anlass) befürwortet.

Die Frage, ob und inwiefern der Arbeitgeber die private Nutzung überwachen darf, ist ebenfalls differenziert zu betrachten, wobei die Schranken nicht zu eng gezogen werden dürfen. Ausmass und Modalitäten der Kontrolle sind in einem Reglement festzulegen. Dies erlaubt es, die Erwartungen des Arbeitgebers auf Nutzung des e-mail- und Internet-Zugangssystems und auf Schutz seiner Privatsphäre mit dem Interesse des Arbeitgebers, das von ihm zur Verfügung gestellte Medium zu kontrollieren, insbesondere technische Störungen sowie vertragsverletzende und strafrechtlich relevante Handlungen davon fernzuhalten, in Einklang zu bringen.

⁷⁰ Damit wird dem Prinzip der Verhältnismässigkeit gemäss Art. 4 Abs. 2 DSG Rechnung getragen. A.M. DÄUBLER, Rz 261/262.