



Liebe Leserin, lieber Leser

Kommt im Unternehmen der Verdacht auf, dass gesetzliche oder vertragliche Regeln verletzt wurden, drängt sich eine **interne Untersuchung** auf. Neben klassischen Instrumenten wie der Befragung sieht sich die Arbeitgeberin im digitalen Zeitalter oftmals mit einer Fülle von potenziell relevanten Daten konfrontiert. Dies eröffnet neue Möglichkeiten, aber auch zahlreiche Spielregeln sind zu beachten, wie im ersten Top-Thema erklärt wird.

Aus dem vom Fachkräftemangel geplagten Arbeitsmarkt der Schweiz sind **Arbeitnehmer aus den EU-/EFTA-Staaten** nicht mehr wegzudenken. Mit dem zweiten Top-Thema erhalten Sie einen Überblick über die verschiedenen Voraussetzungen und Verfahren für die Beschäftigung von EU-/EFTA-Bürgern in der Schweiz.

Marc Ph. Prinz, Herausgeber, Head of Employment VISCHER

Interne Untersuchung – Was ist erlaubt?

Ist im Unternehmen anzunehmen, dass eine Weisung oder ein Gesetz verletzt wurde, ist dies zu untersuchen. Diese internen Untersuchungen sind dabei nicht nur den Grossunternehmen vorbehalten. Auch KMU sehen sich mit diesem Thema konfrontiert. Der vorliegende Artikel verschafft eine Übersicht über Art und Zulässigkeit der internen Untersuchung.

■ Von Stephan Fischer

Die Auslöser und die Ziele

Hinweise auf Verstösse gegen interne Weisungen oder gesetzliche bzw. regulatorische Vorschriften lösen in einem Unternehmen Nachforschungen aus. Zu denken ist an einen Verdacht auf Veruntreuung, Urkundenfälschung, aber auch Diskriminierung, Mobbing oder sexuelle Belästigung. Das Ziel einer

internen Untersuchung ist es sodann, den entsprechenden Verstoß aufzudecken und dagegen Massnahmen zu ergreifen.

Sammeln und Durchsuchen

Hinweise erhält die Arbeitgeberin heute längst nicht nur durch Aussagen ihrer Belegschaft oder durch Dritte. Im digitalen Zeitalter sieht

IN DIESER AUSGABE:

- Top-Thema:
Interne Untersuchung Seite 1
- Gerichtsentscheid:
Haftung des Arbeitnehmers Seite 4
- Top-Thema:
Arbeitsbewilligungen
für Europäer Seite 6
- Praxisfälle:
Arbeitsbewilligungen Seite 8
- Gerichtsentscheid:
Gefahren einer
E-Mail-Kündigung Seite 9
- Arbeitshilfe:
Checkliste Inländervorrang Seite 12

sie sich mit einer Fülle von Daten konfrontiert, welche sie sammeln und gegebenenfalls durchsuchen kann. Die Arbeitgeberin ist dabei berechtigt, sämtliche geschäftlichen Inhalte in einem Büro zu sammeln und zu bearbeiten. Von Vorteil ist dabei die Vermutung, dass alles, was nicht als privat gekennzeichnet ist, geschäftlichen Inhalt darstellen dürfte. Bei der entsprechenden Durchsuchung muss die Arbeitgeberin aber die Grundsätze der Datenbearbeitung beachten.

Die Datenbearbeitung

Die interne Untersuchung stellt eine Datenbearbeitung dar. Nach Art. 328b OR darf die Arbeitgeberin Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind.

Im Weiteren ist das Datenschutzgesetz (DSG) anwendbar. Die wichtigsten Grundsätze bei der Datenbearbeitung lauten:

- Personendaten müssen rechtmässig bearbeitet werden (kein Verstoß gegen eine Rechtsordnung, falls doch, ist zu prüfen, ob ein Rechtfertigungsgrund vorliegt).
- Die Bearbeitung hat nach Treu und Glauben zu erfolgen (keine falsche Information zur Datenbearbeitung).
- Jede Bearbeitung hat verhältnismässig zu erfolgen (geeignet, erforderlich und zumutbar).
- Die Bearbeitung hat nur einem Zweck zu dienen (Zweckbindung).
- Die Datenbeschaffung soll erkennbar sein (zum Beispiel sichtbare Videokamera).

Private Angelegenheiten des Arbeitnehmers gehören regelmässig nicht zu den Daten, welche für das Arbeitsverhältnis von Relevanz wären. Der Zweck der Datenbearbeitung muss dem Arbeitsverhältnis dienen. Eine eigentlich nicht erlaubte Sammlung und Bearbeitung von privaten Daten kann durch einen Rechtfertigungsgrund gerechtfertigt werden. Ein solcher Rechtfertigungsgrund kann vorliegen bei einer expliziten Einwilligung des Betroffenen oder wenn ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse an der Bearbeitung besteht. Was ist nun konkret erlaubt?

ACHTUNG

Auch bei einer Einwilligung des Betroffenen in die Überwachung hat diese immer noch verhältnismässig zu erfolgen. Eine komplette oder ständige Überwachung bleibt damit auch mit Einwilligung unzulässig.

Videoüberwachung

Die komplette Videoüberwachung in Arbeitsräumen ist grundsätzlich unzulässig. Einzig aus Sicherheitsgründen ist die Videoüberwachung ausnahmsweise zulässig, sofern sie örtlich und zeitlich beschränkt ist. Zu denken ist dabei an die Überwachung eines Tresors, einer Kasse oder besonders sensibler Zugänge. Aber auch hier hat die Überwachung verhältnismässig zu erfolgen. Die betroffenen Personen sollten zudem über die Datenbeschaffung (Standort der Kameras), die Datensammlung (Art und Zeitraum der Speicherung) und deren Verwendung (zum Beispiel

Überprüfung bei Diebstahl) transparent informiert werden.

E-Mail-Überwachung

Das Lesen von geschäftlichen E-Mails ist erlaubt. Anstelle des anonymen Mitlesens ist jedoch zu empfehlen, den Arbeitnehmer aufzufordern, die E-Mails vorzulegen. Private E-Mails oder als privat gekennzeichnete E-Mails dürfen nicht gelesen werden, es sei denn, es liegt ein Rechtfertigungsgrund (zum Beispiel ein begründeter Verdacht bezüglich einer begangenen Straftat) vor. An einen Rechtfertigungsgrund zum Lesen von privaten E-Mails sind hohe Anforderungen zu stellen. Immerhin sind diese Anforderungen etwas geringer, wenn durch entsprechende Weisung ein privater E-Mail-Verkehr verboten wurde.

PRAXISTIPP

Es ist sehr empfehlenswert, die Nutzung von Internet und E-Mail-Verkehr im Betrieb durch ein entsprechendes Reglement zu regeln. Dabei sind folgende Punkte zu beachten:

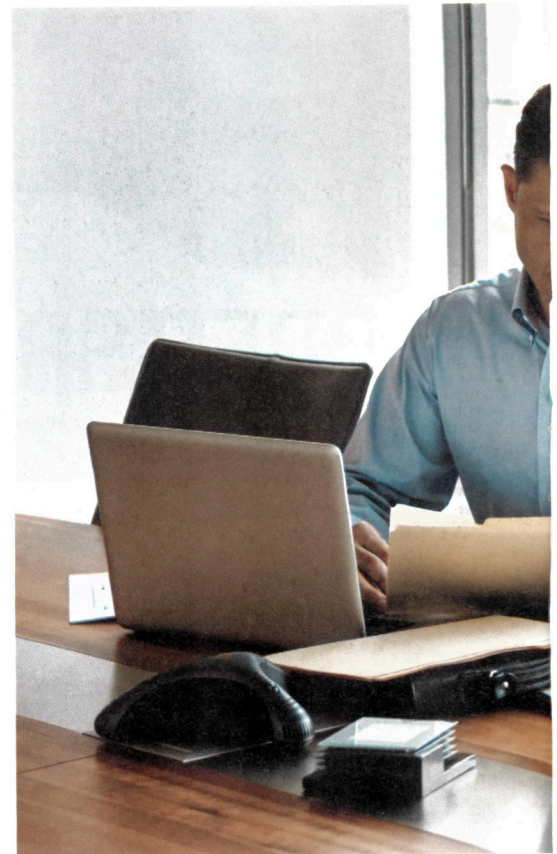
- Die Regeln der Nutzung von Internet und E-Mail sind festzuhalten, so zum Beispiel das Verbot der Nutzung für private Zwecke.
- Die Arbeitnehmer können angewiesen werden, Privates und Geschäftliches strikt zu trennen und entsprechend zu kennzeichnen.
- Das Reglement soll auch eine mögliche Überwachung beschreiben und deren Möglichkeit offenlegen.
- Entsprechende Sanktionen bei Zuwiderhandlungen sind zu nennen.

Telefonüberwachung

Das Abhören oder Aufnehmen von privaten Telefongesprächen ist verboten. Bei einem begründeten Verdacht bezüglich einer Straftat empfiehlt es sich, die Strafverfolgungsbehörden zu informieren. Auch das Abhören oder Aufnehmen von geschäftlichen Telefongesprächen ist nur erlaubt, wenn alle Gesprächsteilnehmer dazu einwilligen. Ein solches Vorgehen muss zudem beispielsweise durch Schulungszwecke, telefonische Produktbestellungen oder für den Effektenhandel gerechtfertigt sein.

Observation

Für die Observation im Auftrag der Arbeitgeberin ausserhalb des Arbeitsplatzes und im öffentlichen Raum fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage. Die Observation bedeutet einen tief greifenden Eingriff in die Persön-



lichkeitsrechte des Arbeitnehmers. Es sind folgende Punkte zu beachten:

- Die Observation und die entsprechenden Daten hierzu (Fotos oder Videos) sind arbeitsvertraglich notwendig und dementsprechend auf ein Minimum zu beschränken.
- Es bedarf wiederum eines Rechtfertigungsgrundes.
- Eine Observation im Privatbereich des Arbeitnehmers ist in jedem Fall verboten.

Bestehen beispielsweise ernsthafte Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit eines Arbeitnehmers, kann eine Observation geeignet und geboten sein, soweit kein milderes Mittel zur Verfügung steht, um die Arbeitsunfähigkeit zu überprüfen (Verhältnismässigkeit). Ein überwiegendes Interesse der Arbeitgeberin, welches den Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers rechtfertigt, kann dort gesehen werden, wo die Arbeitgeberin eine Lohnfortzahlungspflicht (analog den Unfallversicherungen) hat.

Die Untersuchung durch Befragungen

Die Durchführung der internen Untersuchung durch Befragung dürfte eine der häufigsten



Untersuchungsarten darstellen. Solche Untersuchungen sollten seitens der Arbeitgeberin jeweils zu zweit geführt werden. Während die erste Person die Befragung durchführt, obliegt es der zweiten Person, diese zu protokollieren.

ACHTUNG

Eine Protokollierung durch Tonaufnahme ist nur erlaubt, wenn alle teilnehmenden Personen damit einverstanden sind.



Falls die befragenden Personen im Unternehmen unbekannt sind (beispielsweise externe Rechtsanwält*innen), sollten sich diese vor der Befragung kurz vorstellen und darlegen, weshalb vorliegend eine Befragung durchgeführt wird. Auch darf darauf hingewiesen werden, dass der befragte Arbeitnehmende grundsätzlich betreffend geschäftsbezogene Angelegenheiten zur Aussage verpflichtet ist (als Ausfluss der Treuepflicht). Die Befragung ist so zu gestalten, dass sie weder unnötig einschüchternd noch trügerisch unverbindlich oder verharmlosend erscheint.

Zu Beginn der Untersuchung am wenigsten Informationen zur Verfügung stehen, sollten

die verdächtigsten Personen nicht gleich zu Anfang befragt werden. Auch während der Befragung ist die Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin zu beachten. Die befragten Arbeitnehmer sollen nicht durch Täuschung oder übermässigen psychischen Druck zu irgendeiner Aussage gedrängt werden.

PRAXISBEISPIEL

Die Befragung eines Arbeitnehmers erfolgt unter dem Hinweis, es gehe um allgemeine Vorwürfe betreffend sexuelle Belästigung und Mobbing. Sinn und Zweck der Befragung sei es, dass sich Mitarbeitende neutral über das Arbeitsverhältnis äussern könnten.

Eine solche Befragung und das Ergebnis der gesamten Untersuchung dürften in der Folge nicht in einem anderen Zusammenhang gegen den entsprechenden Arbeitnehmer verwendet werden. Jedenfalls wäre ihm zumindest zuvor noch das rechtliche Gehör zu gewähren gewesen. Aufgrund des Hinweises, er könne sich neutral über das Arbeitsverhältnis äussern, musste der vorliegende Arbeitnehmer nicht damit rechnen, dass die von ihm gelieferten Informationen plötzlich gegen ihn selbst verwendet werden würden. Auch ohne eine Absicht waren die Hinweise, was die weitere Verwendung der Informationen anbelangte, faktisch täuschend.

Ein Anrecht des Arbeitnehmers auf *Begleitung durch einen Rechtsbeistand* besteht in der

Regel nicht. Ein *Aussageverweigerungsrecht* in Bezug auf geschäftliche Angelegenheiten kann nur dort bestehen, wo das Interesse des Arbeitnehmers höher zu werten ist als das Aufklärungsinteresse der Arbeitgeberin. Auch wenn sich der Arbeitnehmer durch seine Aussagen allenfalls selbst belastet, besteht ein Aussageverweigerungsrecht wohl nur dort, wo eine strafrechtliche Verfolgung droht. Eine blosser arbeitsvertragliche Konsequenz (Verweis oder gar Kündigung) genügt dazu i.d.R. nicht.

Einsichtsrecht des Arbeitnehmers

Gemäss Art. 8 DSG kann jede Person vom Inhaber einer Datensammlung Auskunft darüber verlangen, ob Daten über sie bearbeitet werden. Damit sind die Daten einer internen Untersuchung im Grundsatz auch dem Betroffenen offenzulegen. Das Datenschutzgesetz sieht jedoch die Möglichkeit vor, das Auskunftsrecht zu verweigern, einzuschränken oder aufzuschieben, soweit dies durch Drittinteressen oder Eigeninteressen notwendig ist. Zu denken ist dabei an den Schutz eines Informanten, welcher gegenüber dem überwachten Mitarbeiter nicht genannt werden darf.

Verstoss festgestellt – und dann?

Bei einem Verstoss stehen in erster Linie Disziplinarmassnahmen im Vordergrund. Dabei kann bei einem erstmaligen Verstoss ein Verweis oder eine Verwarnung ausgesprochen werden. Bei wiederholter Verfehlung ist die Kündigung oder gar die fristlose Kündigung zu erwägen. Ist der Verstoss derart erheblich, dass die Fortführung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar erscheint, ist auch eine direkte fristlose Auflösung denkbar.

Geldbussen sind nur dort möglich, wo eine genügende Rechtsgrundlage besteht. Eine solche kann beispielsweise auch im Arbeitsvertrag definiert werden.



AUTOR

RA Stephan Fischer ist Fachanwalt SAV Arbeitsrecht und Partner der Kanzlei Fischer Rechtsanwälte.