

Entscheidbesprechungen Discussions d'arrêts actuels

2. Privatrecht/Droit privé

2.7. Schuldrecht – allgemein/ Droit des obligations – en général

2.7.2. Obligationenrecht – Besonderer Teil – allgemein/Droit des obligations – Partie spéciale – en général

2.7.2.6. Arbeitsvertrag/Contrat de travail

(1) BGer 8C_79/2016: Überwachung und Sanktionierung bei zweckwidriger Internetnutzung am Arbeitsplatz

Bundesgericht, I. sozialrechtliche Abteilung, Urteil 8C_79/2016 vom 30. Juni 2017, A. gegen *Ferrovie Federali Svizzere FFS*, öffentliches Dienstrecht (fristlose Entlassung eines SBB-Mitarbeiters wegen Pornokonsums während der Arbeitszeit)

ISABELLE WILDHABER* / SILVIO HÄNSENBERGER**

I. Einleitung

Über die Hälfte der Schweizer Arbeitnehmer nutzte im Jahr 2016 das Internet am Arbeitsplatz.¹ Nicht immer verhalten sich Arbeitnehmer dabei im Interesse der Arbeitgeberin. Soll eine missbräuchliche Verwendung sanktioniert werden, liegt es nahe, die Internetnutzung der Arbeitnehmer zu überwachen. Dabei existieren für Arbeitgeber verschiedene Hürden im Spannungsfeld zwischen Kontroll- und Aufsichtsrechten einerseits und Arbeitnehmerschutz andererseits. Der Entscheid BGer 8C_79/2016 vom 30. Juni 2017 setzt eine Reihe von Urteilen zur missbräuchlichen Internetnutzung am Arbeitsplatz fort.² Diese definieren zum einen die Grenzen der Internetüberwachung, zum anderen akzentuieren

ren sie das für eine Kündigung notwendige Fehlverhalten des Arbeitnehmers.

II. Sachverhalt und Erwägungen von BGer 8C_79/2016 vom 30. Juni 2017

A. Sachverhalt

Im aktuellen Fall hatte das Bundesgericht zu beurteilen, ob die fristlose Entlassung eines SBB-Angestellten rechtmässig war, der während der Arbeitszeit mindestens an 17 Arbeitstagen über 80 Stunden im Internet Pornos konsumiert hatte (E. 7.1). Dabei handelte es sich in mindestens zwei Fällen um strafrechtlich relevantes pornografisches Material (E. 7.1). Aufmerksam wurde die Arbeitgeberin auf die häufigen Zugriffe auf pornografische Webseiten aufgrund der regelmässigen anonymisierten statistischen Auswertung der Internetnutzung ihrer Arbeitnehmer (E. 5.1). Eine Rückverfolgung ergab dann, dass die fraglichen Zugriffe im einleitend beschriebenen Umfang vom anschliessend fristlos entlassenen Arbeitnehmer ausgingen (E. 5.3).

B. Erstinstanzliches Verfahren

Der entlassene Arbeitnehmer (Beschwerdeführer) stand in einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis (E. 1.2). Er hatte den Entscheid seiner Arbeitgeberin bereits erfolglos vor dem Bundesverwaltungsgericht angefochten.³ Der Beschwerdeführer forderte die Aufhebung der fristlosen Entlassung und die Wiedereingliederung in seine Funktion als Angestellter («...l'annullamento del giudizio e della decisione amministrativa impugnati e la reintegrazione nella propria funzione...»). Eventualiter klagte er auf die Feststellung, dass keine Gründe für eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses vorgelegen haben und dass eine Entschädigung von 12 Monatslöhnen an ihn auszurichten sei («In via subordinata chiede l'accertamento dell'assenza di motivi per lo scioglimento immediato e la concessione di un'indennità di 12 mesi», Sachverhalt lit. C Abs. 1).

Der Beschwerdeführer berief sich namentlich darauf, dass die Auswertung seiner Internetnutzung nicht als Beweis verwertet werden dürfe, da die Erhebung unter Verletzung von Informationspflichten vorgenommen worden sei.

Die Arbeitgeberin beantragte die Ablehnung der Beschwerde. Das Bundesverwaltungsgericht verzichtete auf eine Stellungnahme und forderte die Bestätigung seines Urteils (BVGer A-5641/2014 vom 8. Dezember 2015).

* ISABELLE WILDHABER, Prof. Dr., LL.M., Professorin für Privat- und Wirtschaftsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Arbeitsrechts an der Universität St. Gallen.

** SILVIO HÄNSENBERGER, M.A. HSG, wissenschaftlicher Assistent

¹ Internet: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kultur-medien-informationsgesellschaft-sport/informationsgesellschaft/gesamtindikatoren/haushalte-bevoelkerung/internetnutzung.html> (Abruf 25.9.2017).

² Z.B. BGE 139 II 7, in: Pra 2013, Nr. 82 (zur rechtswidrigen Überwachung des Arbeitnehmercomputers); BGE 130 II 425, in: Pra 2005, Nr. 71 (grundlegend zur Überwachung des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz); BGer, 4C.349/2002, 25.6.2003 (zu strafrechtlich relevantem Pornokonsum über das Internet am Arbeitsplatz); ArbGer ZH, AH140052-L, 11.12.2014, und OGer ZH, LA150002-O/U, 27.3.2015 (zur Internetdatenauswertung nach treuepflichtverletzenden Äusserungen auf Social Media); ECHR Grand Chamber judgment vom 5. September 2017, *Bărbulescu v. Romania*, application no. 61496/08 (zur zulässigen elektronischen Überwachung der Internetnutzung am Arbeitsplatz); für das deutsche Recht zuletzt Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 27. Juli 2017, 2 AZR 681/16 (zur Unzulässigkeit der Überwachung des Computers mittels Keylogger).

³ BVGer, A-5641/2014, 8.12.2015. Parallel dazu lehnt das Bundesverwaltungsgericht in einer gleichgelagerten Sache eines zweiten SBB-Angestellten eine Beschwerde gegen seine fristlose Kündigung ebenfalls ab (BVGer, A-6453/2014, 9.12.2015).

C. Erwägungen

Zunächst hatte das Bundesgericht in seinem Entscheid die Frage der Zuständigkeit zu klären. Soweit Klagen aus öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen nicht vermögensrechtliche Angelegenheiten betreffen, liegt ihre Beurteilung nicht in der bundesgerichtlichen Kompetenz (*«...nei rapporti di lavoro di diritto pubblico, nella misura in cui, come nel caso concreto, non è in discussione la questione della parità dei sessi, il ricorso in materia di diritto pubblico è inammissibile contro le decisioni che concernono una controversia di natura non patrimoniale.»*). Als Arbeitnehmer der SBB untersteht das Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers den öffentlich-rechtlichen Bestimmungen. Das Hauptbegehren des SBB-Arbeitnehmers lautete auf Wiedereingliederung in seine bisherige Funktion. Das Bundesgericht sieht hinter der Anfechtung einer Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses ökonomische Interessen im Vordergrund und tritt deshalb auf solche Klagen ein (*«In tale misura, si può ritenere che la contestazione sia di natura pecuniaria e che non si applichi il motivo di esclusione dell'art. 83 lett. g LTF.»*, E. 1.2).⁴

Der GAV SBB 2011, dem das Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers unterstand, enthält keine besonderen Bestimmungen über die Verwendung der elektronischen Infrastruktur. Somit sind die Vorschriften des Arbeitsgesetzes anwendbar (Art. 3a lit. a ArG). Der Arbeitgeber hat demzufolge die Gesundheit des Arbeitnehmers zu schützen (Art. 6 ArG) und darf diese nicht durch den Einsatz von Überwachungs- und Kontrollsystemen gefährden (Art. 26 Abs. 1 und 2 ArGV 3, E. 4.2).

Die SBB zählt zu den Organen des Bundes. Um Personendaten zu bearbeiten, muss sie sich nach Art. 17 Abs. 1 DSGVO auf eine gesetzliche Grundlage stützen können. Für den vorliegenden Fall findet sich eine solche z.B. in Art. 57i ff. RVOG (E. 4.3).

Dabei sieht Art. 57o Abs. 2 lit. b RVOG vor, dass die Arbeitgeberin den betroffenen Arbeitnehmer vor einer personenbezogenen Auswertung der Internetdaten schriftlich informieren muss (E. 4.2.2). Eine solche Information erfolgte *in casu* nicht (E. 5.4).

Weder das VwVG noch das Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess regeln die Verwendung von rechtswidrig beschafften Beweisen. Die herrschende Lehre spricht sich für eine Interessenabwägung aus. Dieser Auffassung folgt das Bundesgericht (*«Un utilizzo di tale materiale probatorio si giustifica solo se, dopo ponderazione, l'interesse all'accertamento della verità materiale prevale rispetto*

a quello della tutela della personalità dell'interessato.», E. 6.3). Es hat dabei ebenfalls die Bestimmung von Art. 152 Abs. 2 ZPO vor Augen, wonach rechtswidrig beschaffte Beweise im Zivilprozess nur berücksichtigt werden dürfen, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt (*«Nell'ambito di controversie civili dinanzi alle giurisdizioni cantonali, il giudice prende in considerazione mezzi di prova ottenuti illecitamente soltanto se l'interesse all'accertamento della verità prevale»*, E. 6.1). Angesichts dieser Rechtslage stützt das Bundesgericht die vorgenommene Interessenabwägung des Bundesverwaltungsgerichts, wonach die Arbeitnehmerdaten als Beweismittel zuzulassen sind (*«In definitiva, le conclusioni del Tribunale amministrativo federale sull'uso delle prove non è pertanto lesivo né del diritto federale né tantomeno delle garanzie costituzionali minime.»*, E. 6.4).

Entscheidend dafür war insbesondere, dass die Datenauswertung selbst nicht rechtswidrig war: Entsprechend der gesetzlichen Vorgaben wurden die Daten über die Internetnutzung dem Arbeitnehmer erst zugeordnet, nachdem die anonymisierte Auswertung bedeutende Auffälligkeiten aufgewiesen hatte (*«L'anonimato deve essere mantenuto per lo meno finché l'abuso dell'infrastruttura sia accertato, momento in cui è possibile passare all'analisi nominale secondo l'art. 57o LOGA. Nel caso concreto, non sono ravvisabili violazioni dell'art. 57n LOGA»*, E. 5.3 und E. 6.4).

Ebenfalls strittig war, ob die fristlose Entlassung durch die Arbeitgeberin gerechtfertigt war. Das Bundesgericht schützte auch dieses Vorgehen. Im Browser des Arbeitnehmers erschien vor jedem Zugriff auf eine problematische Internetseite (mehrere hundert Male) eine automatische Warnmeldung, verbunden mit einem Hyperlink zu den Nutzungsrichtlinien, die der Arbeitnehmer jeweils weggeklickt hatte (E. 7.1). Da in den dort verlinkten Nutzungsrichtlinien auch die Konsequenzen eines Missbrauchs aufgeführt waren, unter anderem die fristlose Entlassung (E. 4.5.4 und 8.3), hielt das Bundesgericht eine zusätzliche formale Verwarnung vorliegend als nutzlos (*«In concreto, il ricorrente aveva avuto la possibilità sia tramite la direttiva sia tramite le cosiddette finestre di blocco (apparso centinaia di volte) di rendersi conto dell'irregolarità del suo comportamento ... In simili condizioni, un avvertimento formale non aveva più alcun senso, poiché il ricorrente ha sempre persistito nell'accesso a immagini non ammesse.»*, E. 7.5). Gleichzeitig erachtete das Bundesgericht die beträchtliche private und missbräuchliche Nutzungsdauer der betrieblichen Infrastruktur von mindestens 80 Stunden an 17 Arbeitstagen als schwerwiegendes Fehlverhalten, das eine fristlose Beendigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigte (*«Nel caso in esame, il ricorrente non solo ha consultato pagine che dal profilo qualitativo non erano ammesse [...]*

⁴ Ebenso schon: BGE 139 II 7; BGer, 8C_906/2010, 8.7.2010, E. 1.1; BGer, 8C_170/2009, 25.8.2009, E. 1.1; BGer, 1C_547/2008, 23.2.2009, E. 2.1; BGer, 1C_116/2007, 24.9.2007.

bensi ha cumulato, [...] anche sotto il profilo quantitativo un numero consistente di visioni (più di 80 ore in 17 giorni lavorativi)», E. 7.4). Weder 22 Jahre im Betrieb als wohlverdienter Arbeitnehmer (E. 8.1 und 8.2) noch die Tatsache, dass die private Internetnutzung während Zeiten mit (angeblich) fehlender Auslastung stattfand, («*La circostanza che le consultazioni avvenissero nei tempi morti non è di rilievo, non potendo assurgere ad attenuante.*», E. 7.4) konnten der Rechtmässigkeit der fristlosen Kündigung etwas entgegensetzen.

III. Bemerkungen

A. Die Voraussetzungen einer Überwachung in der Schweiz

Will eine Arbeitgeberin die missbräuchliche Internetnutzung eines Arbeitnehmers sanktionieren, steht sie vor besonderen Herausforderungen. Zunächst setzen in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen insbesondere Art. 328b OR, das Datenschutzgesetzes (DSG) sowie Art. 26 ArGV 3 Grenzen bei der Internetüberwachung: Die Datenbearbeitung durch die Arbeitgeberin bedarf eines Rechtfertigungsgrundes (Art. 13 Abs. 1 DSG), muss verhältnismässig sein⁵ und die Datenerhebung sowie -auswertung hat nach dem Grundsatz der Zweckbindung (Art. 4 Abs. 3 DSG) transparent zu erfolgen. Entsprechende Regelungen sind in einem Internetnutzungsreglement als Bestandteil des Arbeitsvertrages festzulegen.⁶ Unzulässig ist grundsätzlich die ständige personenbezogene Auswertung der Internetdaten, da eine solche Überwachung die persönliche Freiheit des Arbeitnehmers übermässig beeinträchtigt (Art. 26 Abs. 2 ArGV 3).⁷

⁵ Leitfaden des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) über Internet- und E-Mail-Überwachung am Arbeitsplatz – Für die Privatwirtschaft, Juni 2014, Internet: www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00763/00983/00988/index.html (Abruf 26.9.17; zit. Leitfaden EDÖB Private), 5; Leitfaden des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) über Internet- und E-Mail-Überwachung am Arbeitsplatz – Für die Bundesverwaltung, September 2013, Internet: www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00763/00983/00988/index.html (Abruf 26.9.17; zit. Leitfaden EDÖB Bundesverwaltung), 4; ISABELLE WILDHABER/SILVIO HÄNSENBERGER, Internet am Arbeitsplatz, ARV 2016, 307 ff., 333; ROBERTA PAPA/THOMAS PIETRUSZAK, N 17 Datenschutz im Personalwesen, in: Nicolas Passadelis/David Rosenthal/Hanspeter Thür (Hrsg.), Datenschutzrecht, Basel 2015, 577 ff., N 17.49; SIMON WOLFER, Die elektronische Überwachung des Arbeitnehmers im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Zürich 2008, N 67 f.

⁶ Leitfaden EDÖB Private (FN 5), 6; WILDHABER/HÄNSENBERGER (FN 5), 333; WOLFER (FN 5), N 493 f.; PAPA/PIETRUSZAK (FN 5), N 17.68.

⁷ WILDHABER/HÄNSENBERGER (FN 5), 334; GIORDANO COSTA, Internet- und E-Mail-Überwachung am Arbeitsplatz, Jusletter vom 9.1.2012; SYLVAIN MÉTILLE, La surveillance électronique des em-

B. EGMR-Urteil zu den Voraussetzungen der Überwachung

Die für eine Überwachung am Arbeitsplatz notwendigen Voraussetzungen sind ebenfalls Gegenstand eines kürzlich ergangenen Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR, Urteil vom 5. September 2017, *Bărbulescu v. Romania*).⁸ Im zu beurteilenden Fall hatte der als «sales engineer»⁹ angestellte Arbeitnehmer auf Weisung der Arbeitgeberin einen Yahoo Messenger Account¹⁰ für die Beantwortung von Kundenanfragen kreiert. Das Betriebsreglement untersagte jede private Nutzung der Betriebsinfrastruktur, worunter auch der Yahoo Messenger Account fiel. Trotzdem tauschte der Arbeitnehmer mit seinem Bruder und seiner Verlobten darüber private Nachrichten aus, welche z.B. Informationen zur Gesundheit und dem Sexleben des Arbeitnehmers beinhalteten. Die Arbeitgeberin überwachte diese Kommunikation und fertigte über neun Tage hinweg ein vollständiges Gesprächsprotokoll an. Erst am neunten Tag informierte sie den Arbeitnehmer über diese Überwachung. Gleichzeitig kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist. Nachdem die Anfechtung der Kündigung durch den Arbeitnehmer vor den rumänischen Gerichtsinstanzen erfolglos geblieben war, klagte er vor dem EGMR auf Verletzung seiner Rechte nach Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und der Korrespondenz).

Die Vorinstanz (Kammer des EGMR) erkannte noch keine Verletzung von Art. 8 EMRK.¹¹ Demgegenüber entschied die Grosse Kammer des EGMR, dass die Rechte des Arbeitnehmers gemäss Art. 8 EMRK unzulässig beeinträchtigt worden seien. Laut diesem Urteil gelten grundsätzlich die folgenden Voraussetzungen für eine Überwachung der Kommunikation des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz:

- Der Arbeitnehmer ist zunächst über die Möglichkeit, die Art und Weise und den Umfang einer Überwachung der Kommunikation zu informieren.

ployés, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (Hrsg.), Internet au travail, Genf 2014, 99 ff.; CAROLE AUBERT/RÉGINE DELLEY, Utilisation des réseaux sociaux par les travailleurs et les employeurs, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (Hrsg.), Internet au travail, Genf 2014, 148 ff., m.w.H.; CHRISTOPH HOLENSTEIN, Die Benutzung von elektronischen Kommunikationsmitteln (Internet und Intranet) im Arbeitsverhältnis, Diss. Bern, Bern 2002, 94 ff.; PAPA/PIETRUSZAK (FN 5), N 17.72.

⁸ ECHR Grand Chamber judgment vom 5. September 2017, *Bărbulescu v. Romania*, application no. 61496/08.

⁹ Vertriebsingenieur, zuständig für die Vermarktung von Spitzentechnologie.

¹⁰ Software zur Echtzeit-Kommunikation über das Internet.

¹¹ ECHR Chamber judgment vom 12. Januar 2016, *Bărbulescu v. Romania*, application no. 61496/08. S. dazu auch WILDHABER/HÄNSENBERGER (FN 5), 336 f.

- Zudem muss vorab bekannt sein, unter welchen Umständen bzw. aus welchen Gründen eine Überwachung angeordnet wird.
- Gleichzeitig darf der Arbeitgeber nur zum Instrument der Überwachung greifen, falls kein weniger schwerwiegendes Mittel zur Verfügung steht.
- Schliesslich ist der Arbeitnehmer über die Überwachung zu informieren.

Aufgrund des konkreten Einzelfalls ist abzuwägen, inwieweit einzelne Voraussetzungen vernachlässigt werden können und eine Überwachung zulässig ist. Im Fall *Bărbulescu v. Romania* haben die rumänischen Gerichte eine solche Abwägung unterlassen, wie die Grosse Kammer des EGMR urteilte. Deshalb schützten die Richter die Klage des Arbeitnehmers (Bărbulescu).

Die Voraussetzungen, welche aus den in der Schweiz anwendbaren Bestimmungen (z.B. Art. 328b OR, Art. 26 ArGV 3 und Art. 4 Abs. 3 DSG) fliessen, entsprechen den Anforderungen des EGMR weitgehend. In diesem Sinne ist das Schweizer Recht mit der Rechtsprechung des EGMR kompatibel.

C. Anwendbare Bestimmungen in öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen

Anders als im EGMR-Urteil handelte es sich in BGer 8C_79/2016 vom 30. Juni 2017 um ein öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis.¹² Diese richten sich in erster Linie nach Verwaltungsrecht. Auf Bundesebene sind z.B. Art. 57i-57q RVOG auf die Bearbeitung von elektronischen Personendaten anwendbar. Auch wenn die Bestimmungen des öffentlichen Rechts teilweise höhere Anforderungen an die Datenbearbeitung stellen (vgl. z.B. Art. 57o Abs. 2 lit. a und b RVOG), entsprechen diese Vorschriften im Kern den Vorgaben des Privatrechts.

D. Grundsätzliches Verbot von Spyware

Gemäss Art. 328b OR, Art. 26 ArGV 3 und Art. 4 Abs. 3 DSG ist es der Arbeitgeberin nach aktueller Rechtsprechung¹³ und herrschender Lehre¹⁴ grundsätzlich untersagt,

die Internetnutzung mit einer Überwachungssoftware («Spyware») auf dem Gerät des Arbeitgebers (heimlich) zu protokollieren. Ausnahmen existieren nur in einzelnen Branchen, wie z.B. im Bankenbereich, wo gesetzliche Überwachungspflichten Verhaltensweisen wie z.B. Insiderhandel verhindern sollen.¹⁵ Deshalb ist es der Arbeitgeberin in der Regel nicht möglich, (gerichtlich verwertbare¹⁶) Informationen zur Sanktionierung (z.B. Verwarnung oder Kündigung) ihres Arbeitnehmers zu sammeln. Diese Situation kann für die Arbeitgeberin unbefriedigend sein, da damit ihre Aufsichts- und Kontrollmöglichkeiten deutlich eingeschränkt sind.

E. Voraussetzungen für die zulässige Auswertung von Internetdaten bei Missbrauch

Mit BGer 8C_79/2016 vom 30. Juni 2017 schafft das Bundesgericht nun einen Ausweg aus diesem Dilemma und konkretisiert die Vorgaben im Leitfaden des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten (EDÖB)¹⁷. Unter den folgenden vier Voraussetzungen ist eine personenbezogene Auswertung der Internetnutzung möglich:

Voraussetzungen für die zulässige Auswertung von Internetdaten bei Missbrauch

1. *Information des Arbeitnehmers* über die anonymisierte Speicherung und das Vorgehen im Missbrauchsfall¹⁸ im Rahmen eines Internetnutzungsreglements
2. *Anonymisierte Aufzeichnung* des Datenverkehrs im Computernetzwerk und (über den Proxy-Server) in das Internet¹⁹
3. *Automatisierte Warnung* im Internetbrowser mit Verweis auf die Nutzungsrichtlinien, bevor ein Arbeitnehmer auf Internetseiten zugreift, die möglicherweise nicht mit den Nutzungsrichtlinien vereinbar sind²⁰
4. Vorliegen eines *Missbrauchs* nach qualitativen und/oder quantitativen Kriterien²¹

Voraussetzungen für die zulässige Auswertung von Internetdaten bei Missbrauch

¹² BGer, 8C_79/2016, 30.6.2017, E. 1.2.

¹³ BGE 139 II 7. Für das deutsche Recht: Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 27. Juli 2017, 2 AZR 681/16 (zur Unzulässigkeit der Überwachung des Computers mittels Keylogger).

¹⁴ BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 DSG N 30, in: Urs Maurer-Lambrou/Gabor-Paul Blechta (Hrsg.), Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 3. A., Basel 2014; BSK OR I-WINTERBERGER-YANG, Art. 328b/362 N 29, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015 (zit. BSK OR I-Bearbeiter); DAVID ROSENTHAL, Art. 328b OR, in: David Rosenthal/Yvonne Jöhri (Hrsg.), Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich 2008, N 102.

¹⁵ Leitfaden EDÖB Private (FN 5), 5.

¹⁶ Siehe dazu BGE 139 II 7, wo die Installation eines verdeckten Überwachungsprogrammes («Spyware») auf dem Computer des Arbeitnehmers dazu geführt hat, dass die so gesammelten Beweise nicht gerichtlich verwertet werden konnten.

¹⁷ Leitfaden EDÖB Private (FN 5), 13 f.; Leitfaden EDÖB Bundesverwaltung (FN 5), 12.

¹⁸ BGer, 8C_79/2016, 30.6.2017, E. 4.3.

¹⁹ BGer, 8C_79/2016, 30.6.2017, E. 5.1.

²⁰ An die Stelle einer automatisierten Warnung kann auch eine formelle Verwarnung durch den Arbeitgeber treten, sofern dafür notwendige Belege für das Fehlverhalten vorliegen.

²¹ BGer, 8C_79/2016, 30.6.2017, E. 6.4.

In einem anderen Fall entschied das Obergericht Zürich ähnlich und erlaubte ebenfalls die nachträgliche Auswertung von anonymisierten Internetdatenaufzeichnungen.²² Anlass zur Auswertung gab ein anonym verfasster, beleidigender Kommentar auf der Webseite «Inside Paradeplatz», der eine Treuepflichtverletzung gegenüber der Arbeitgeberin dargestellt hat. Das Urteil des Obergerichts Zürich drehte sich zudem um die Frage der Verhältnismässigkeit der nachträglichen Auswertung.²³ BGer 8C_79/2016 vom 30. Juni 2017 stellt auf qualitative und quantitative Kriterien ab um festzustellen, ob es verhältnismässig ist, anonymisierte Daten auszuwerten.²⁴ Diese Kriterien lassen sich wie folgt umschreiben:

- Beim *qualitativen Merkmal* wird die Art der missbräuchlichen Nutzung berücksichtigt. Dazu zählen z.B.:
 - «Postings» im Internet (schädliche Äusserungen, Veröffentlichen von Fotos oder Videos aus dem Arbeitsumfeld), welche den Ruf des Arbeitgebers gefährden;²⁵
 - die Verletzung der Geheimhaltungspflicht durch Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Internet;
 - das Herunterladen von Daten, welche Schadsoftware enthalten oder enthalten könnten;²⁶
 - Cybermobbing von Arbeitskollegen;
 - die Gefährdung der IT-Systemsicherheit des Arbeitgebers;
 - einen unautorisierten Auftritt des Arbeitgebers zu betreiben;²⁷ oder

- den Arbeitgeber der Gefahr einer straf- oder zivilrechtlichen Haftung oder eines anderweitigen rechtlichen Risikos auszusetzen.

Eine Datenauswertung, ohne dass der Arbeitnehmer vorgängig zur Ordnung gerufen wurde (z.B. mit einer Verwarnung), gilt in der Regel als unverhältnismässig. Weil die Internetdaten zunächst nur anonym vorliegen, ist eine solche Mitteilung an den betreffend Arbeitnehmer aber nicht möglich. Deshalb muss eine automatisierte Warnung vor dem Zugriff auf problematische Internetseiten genügen (Ziff. 3. in Tabelle 1).²⁸

- Das *quantitative Merkmal* bezieht sich auf den zeitlichen Umfang der missbräuchlichen (z.B. privaten) Nutzung. Ihr Anteil an der Soll-Arbeitszeit kann als Massstab für den quantitativen Missbrauch dienen. Welcher Umfang einer privaten Internetnutzung als missbräuchlich gilt, ist im Einzelfall zu entscheiden. Im vorliegenden Urteil betrug die private Nutzung rund 57% der gesamten Arbeitszeit.²⁹

Nicht erfüllt war das quantitative Kriterium in einem Fall, in welchem der Arbeitnehmer an 24 Arbeitstagen während 49,75 Stunden pornographische Darstellungen konsumierte (schätzungsweise rund 25% der gesamten Arbeitszeit).³⁰ Gemäss Bundesgericht reicht dieser Nutzungsumfang nicht für eine fristlose Kündigung ohne vorgängige Verwarnung aus.³¹ Die Frage der zulässigen Auswertung personenbezogener Daten war nicht Gegenstand der bundesgerichtlichen Beurteilung.

Qualitative und quantitative Elemente sind auch für die Frage der Zulässigkeit einer fristlosen Kündigung massgebend, da sich aus diesen Tatbestandmerkmalen die Schwere der Treuepflichtverletzung ergibt. Im vorliegenden Fall waren sowohl die quantitativen (private Internetnutzung von rund 57% der Arbeitszeit) als auch die qualitativen Voraussetzungen (Zugriff auf Internetseiten mit strafrechtlich relevantem Inhalt) erfüllt.³² Allerdings sind für die Beurteilung einer fristlosen Kündigung weitere Kriterien massgebend.³³ Dazu zählen z.B. die Stellung und Verantwortung des betroffenen Arbeitnehmers im Betrieb, die Art des Betriebs (z.B. Tendenzbetrieb, Kleinbetrieb, Tätigkeitsbereich eines Unternehmens usw.) sowie die Intensität des Vertrauensverhältnisses.³⁴

²² ArbGer ZH, AH140052-L, 11.12.2014; OGer ZH, LA150002-O/U, 27.3.2015.

²³ Siehe dazu: WILDHABER/HÄNSENBERGER (FN 5), 335.

²⁴ BGer, 8C_79/2016, 30.6.2017, E. 6.4.

²⁵ Siehe dazu z.B. den Fall «Inside Paradeplatz», ArbGer ZH, AH140052-L, 11.12.2014, OGer ZH, LA150002-O/U, 27.3.2015. Weiterführend: ISABELLE WILDHABER/SILVIO HÄNSENBERGER, Kündigung wegen Nutzung von Social Media – wenn Arbeit und Privatleben kollidieren, in: Recht im digitalen Zeitalter, FS Schweizerischer Juristentag 2015, St. Gallen 2015, 399 ff.; Kurzfassung: ISABELLE WILDHABER/SILVIO HÄNSENBERGER, Kündigungsfälle Social Media, sui-generis 2015, 77 ff., Internet: <http://sui-generis.ch/14> (Abruf 25.9.2017).

²⁶ ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich 2012, Art. 328b N 17; ADRIAN VON KAENEL, Internet und Datenschutz am Arbeitsplatz, in: Rolf H. Weber/Reto M. Hilty/Rolf Auf der Maur (Hrsg.), Geschäftsplattform Internet II, Zürich 2001, 21 ff., 42 f.; JEAN-PHILIPPE DUNAND, Internet au travail: droits et obligations de l'employeur et du travailleur, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (Hrsg.), Internet au travail, Genf 2014, 33 ff., 43.

²⁷ Vgl. dazu OLIVER STAFFELBACH, Social-Media-Auftritte einrichten, in: Oliver Staffelbach/Claudia Keller (Hrsg.), Social Media und Recht für Unternehmen, Zürich 2015, 1 ff.

²⁸ BGer, 8C_79/2016, 30.6.2017, E. 7.5.

²⁹ BGer, 8C_79/2016, 30.6.2017, E. 7.1.

³⁰ BGer, 4C.349/2002, 25.6.2003, Sachverhalt A.

³¹ BGer, 4C.349/2002, 25.6.2003, E. 5.

³² BGer, 8C_79/2016, 30.6.2017, E. 7.1.

³³ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 337 N 4.

³⁴ BGE 127 III 310 E. 3.