

Roland Müller / Alexander Schuchter

Untersuchungen mit und ohne behördliche oder gerichtliche Anordnung

Grenzen zwischen Informationsbeschaffung und Privatsphäre

Bei Untersuchung eines Verdachts auf gesetz- oder regelwidriges Verhalten muss die Arbeitgeberin im Raum stehende Anschuldigungen auflösen und ihrer Fürsorgepflicht nachkommen. Facettenreiche Regelungen und Entwicklungen im Datenschutz erhöhen die Komplexität in der Praxis. Sofern kein genügend starker Rechtfertigungsgrund vorliegt, ist ein Eingriff in die Privatsphäre des Arbeitnehmers strafbar. Jede Untersuchung hat verhältnismässig zu erfolgen. Die Autoren zeigen auf, wo sich die gesetzlichen Grenzen zwischen Informationsbeschaffung und Privatsphäre des Arbeitnehmers befinden und unter welchen Bedingungen diese durchbrochen werden dürfen.

Beitragsart: Wissenschaftliche Beiträge

Rechtsgebiete: Strafrecht, Obligationenrecht, Datenschutz, Strafprozessrecht, Arbeitsrecht, Zivilprozessrecht

Zitiervorschlag: Roland Müller / Alexander Schuchter, Untersuchungen mit und ohne behördliche oder gerichtliche Anordnung, in: Jusletter 12. April 2021

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
 - A. Problemstellung
 - B. Relevanz für die Praxis
- II. Begriffsdefinitionen
 - A. Datenrelevante Begriffe
 - B. Abgrenzung Anfrage und Verfügung bzw. Beschluss
- III. Formen der Untersuchung
 - A. Allgemein
 - 1. Interne «private» Untersuchung
 - 2. Externe Untersuchung
 - B. Auslöser und Hintergründe
 - 1. Interne «private» Untersuchung
 - 2. Externe Untersuchung
- IV. Grenzen beim Anwaltsgeheimnis
- V. Grenzen der Privatsphäre
 - A. Allgemein
 - B. EMRK und Bundesverfassung
 - C. EU-DSGVO
 - 1. Anwendungsbereich
 - 2. Bearbeitungsprinzipien
 - D. Obligationenrecht
 - E. DSGVO
 - 1. Anwendungsbereich
 - 2. Bearbeitungsprinzipien des DSGVO
 - F. Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz
 - G. StGB
- VI. Rechtfertigungsgründe
 - A. Allgemein
 - B. EMRK
 - C. Bundesverfassung
 - D. EU-DSGVO
 - E. DSGVO
 - F. StPO
 - G. ZPO
 - H. Unterschiede zwischen behördlicher und gerichtlicher Anordnung
- VII. Form der Mitteilung
 - A. Allgemein
 - B. StPO
 - C. ZPO
 - D. Formunterschiede zwischen behördlicher und gerichtlicher Anordnung
- VIII. Vollzug der internen Abklärung
 - A. Allgemein
 - B. Adressat der Mitteilung
 - C. Interne Kommunikation
 - D. Form der Ergebnismeldung
- IX. Zusammenfassung und Empfehlungen
 - A. Zusammenfassung
 - B. Handlungsempfehlungen
 - 1. An Behörden und Gerichte
 - 2. An Arbeitgeberinnen bzw. Mitteilungsempfänger

I. Einleitung

A. Problemstellung

[1] Der Arbeitnehmer¹ ist in der Schweiz gegen einen Eingriff in seine Privatsphäre durch arbeitsrechtliche Bestimmungen im Obligationenrecht und durch das Datenschutzgesetz geschützt. Das heisst, die Arbeitgeberin unterliegt einer Fürsorgepflicht und darf nur innerhalb der gesetzlichen Schranken des Datenschutzgesetzes die Daten der Arbeitnehmer bearbeiten.

[2] Untersucht die Arbeitgeberin einen Verdacht auf gesetz- oder regelwidriges Verhalten in eigenem Interesse oder tritt ein Gericht oder eine Behörde an die Arbeitgeberin heran und verlangt Einsicht bzw. Herausgabe bestimmter Daten, stellt sich die Frage, unter welchen Bedingungen die Grenzen der Informationsbeschaffung und des Persönlichkeitsschutzes durchbrochen werden dürfen.

B. Relevanz für die Praxis

[3] Das Thema ist in der Praxis auf verschiedenen Ebenen relevant. Wird eine Behörde aufgrund von anderweitigen Untersuchungen oder Verdacht durch Whistleblowing oder Hinweisen darauf aufmerksam, dass bei einem Unternehmen oder beim beaufsichtigten Finanzinstitut gesetzwidriges Verhalten zu vermuten ist, so kann sie – anstatt eine eigene Vorortuntersuchung durchzuführen – das betreffende Unternehmen anweisen, vorab selbst eine Untersuchung durchzuführen und sich dabei weitere Schritte aufgrund der Ergebnisse vorbehalten.

[4] Wenn nun diese Anweisung an die Arbeitgeberin nicht formell erfolgt, besteht die Gefahr, dass entweder die Arbeitgeberin den Behörden die eingeforderten Daten zur Verfügung stellt, aufgrund des Fehlens eines (formell korrekten) Rechtfertigungsgrundes sich selber aber strafbar macht. Oder die Arbeitgeberin verhält sich nur teilweise korrekt und enthält den Behörden gewisse Daten vor, womit sie Gefahr läuft, sanktioniert zu werden.

[5] Dieselbe Problematik zeigt sich auch, wenn z. B. ein Gericht oder eine parlamentarische Untersuchungskommission oder Geschäftsprüfungskommission entweder auf eigene Initiative hin oder aufgrund eines politischen Auftrages Vorkommnisse bei einem Unternehmen abklären will, und deshalb vorgängig vom Unternehmen eine interne Untersuchung verlangt.

[6] Ob die betroffene Arbeitgeberin nun angeordnet wird, eine interne Untersuchung durchzuführen oder ob sie diese im eigenen Interesse durchführt, z. B. um der Ursache von nicht mehr auffindbaren Vermögenswerten auf den Grund zu gehen und diese wieder zu erlangen,² stellt sich in der Praxis die Frage, wie sich die Arbeitgeberin verhalten muss, wo sich die Grenzen zwischen der Informationsbeschaffung und der Privatsphäre des Arbeitnehmers befinden, was sie in welcher Form herausgeben darf und was nicht.

¹ Im Interesse einer einfacheren Lesbarkeit wird jeweils nur das eine Geschlecht verwendet. Das andere Geschlecht ist selbstredend immer mitgemeint.

² Abriss der Auslöser einer Untersuchung siehe unter III B.

II. Begriffsdefinitionen

A. Datenrelevante Begriffe

[7] In Anlehnung an das Datenschutzgesetz³ wird von folgender Begrifflichkeit ausgegangen:

- *(Personen)Daten*: alle Angaben, die sich auf bestimmte oder bestimmbare Personen beziehen (im Gegensatz dazu bezieht sich das revidierte DSG nur mehr auf bestimmte oder bestimmbare natürliche Personen, d. h. vom Anwendungs- und Schutzbereich des DSG werden juristische Personen nicht mehr erfasst⁴);
- *betreffene Person*: natürliche oder juristische Person, über die Daten bearbeitet werden (auch hier beschränkt sich das revidierte DSG lediglich auf natürliche Personen);
- *besonders schützenswerte Personendaten*:
 - Daten über die religiösen, weltanschaulichen, politischen oder gewerkschaftlichen Ansichten oder Tätigkeiten,
 - die Gesundheit, die Intimsphäre oder die Rassenzugehörigkeit,
 - Massnahmen der sozialen Hilfe,
 - Administrative oder strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen,
 - (das revidierte DSG wird um zwei zusätzliche Bereiche erweitert: genetische Daten und biometrische Daten, die eine natürliche Person eindeutig identifizieren);
- *Persönlichkeitsprofil*: eine Zusammenstellung von Daten, die eine Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit einer natürlichen Person erlaubt (das revidierte DSG weicht davon ab und unterscheidet neu zwischen «Profiling», einer automatisierten Bearbeitung von Personendaten sowie «Profiling mit hohem Risiko», was ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person mit sich bringt);
- *Bearbeiten*: jeder Umgang mit Personendaten, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren, insbesondere das Beschaffen, Aufbewahren, Verwenden, Umarbeiten, Bekanntgeben, Archivieren oder Vernichten von Daten (an dieser Stelle gibt es auch beim revidierten DSG keine nennenswerten Änderungen);
- *Bekanntgabe*: das Zugänglichmachen von Personendaten wie das Einsichtgewähren, Weitergeben oder Veröffentlichern (an dieser Stelle gibt es auch beim revidierten DSG keine nennenswerten Änderungen).

³ Art. 3 DSG. Im Rahmen der Totalrevision des Datenschutzgesetzes in der Schweiz wurden einige Begriffsdefinitionen angepasst und ergänzt. Neu hinzugekommen sind z. B. «Verantwortliche» und «Auftragsbearbeiter», die der Schweizer Gesetzgeber unmittelbar aus der EU-DSGVO übernimmt, sowie noch weitere Begriffe, auf welche im Rahmen dieses Beitrags nicht weiter eingegangen wird.

⁴ Juristische Personen bleiben über Art. 28 ZGB weiterhin geschützt und die Bearbeitungsgrundsätze sowie die Rechtfertigungsgründe des DSG werden analog angewendet, zumindest ist davon auszugehen. DAVID ROSENTHAL, Das neue Datenschutzgesetz, in: Jusletter 16. November 2020, und DAMIAN GEORGE, Juristische Personen als Subjekte der Datenschutzgesetzgebung, in: Jusletter 5. September 2016.

B. Abgrenzung Anfrage und Verfügung bzw. Beschluss

[8] Vorliegend wird immer dann von einer (informellen) Anfrage die Rede sein, wenn die anfragende Stelle nicht die offiziellen Kanäle benutzt bzw. die Anfrage an formellen und/oder formalen Mängeln leidet.

[9] Bei einer Verfügung bzw. einem Beschluss wird immer davon ausgegangen, dass der entsprechende Entscheid formell korrekt ergangen, auf den offiziellen Kanälen überbracht und formal korrekt ist.

III. Formen der Untersuchung

A. Allgemein

[10] Beide Untersuchungsformen, sowohl die interne als auch die externe, können in der Praxis entweder getrennt voneinander oder auch in kooperativer Form durchgeführt werden, sind in der Schweiz und in Liechtenstein jedoch nicht zwingend aneinandergebunden.

1. Interne «private» Untersuchung

[11] Die häufig als «private Sonderermittlung» bezeichnete interne Untersuchung liegt dann vor, wenn sie von der Arbeitgeberin im eigenen Interesse und ohne hoheitlichen Zwang angeordnet wurde. Ziel dieser Untersuchungsform ist es, einen Verdacht auf nicht zwingend gesetzwidriges Verhalten aufzuklären, z. B. ein Verstoss gegen unternehmensinterne Regeln.⁵ Hinweisen oder Warnsignalen, die auf ein potentielles Fehlverhalten hindeuten, wird unter Berücksichtigung der Datenbearbeitungsgrundsätze anlassabhängig und systematisch nachgegangen, um Widersprüchlichkeiten aufzulösen und final adressatengerecht relevante Informationen bereitzustellen, damit Verantwortliche in Bezug auf den untersuchten Sachverhalt informierte Entscheidungen treffen können.⁶ Die Untersuchung kann hierbei durch eigene unternehmensinterne Mitarbeiter oder durch extern beauftragte unabhängige Spezialisten als «verlängerter Arm» der Arbeitgeberin erfolgen, was u. a. aus Sicht der Behörden für die Glaubwürdigkeit der Untersuchungsergebnisse entscheidend sein kann. Eine Untersuchung wird vorliegend auch dann als «intern» bezeichnet, wenn diese von Externen durchgeführt wird.

[12] Von internen Untersuchungen zu unterscheiden sind Compliance Reviews und interne Kontrollsysteme (IKS)⁷, welche anlass- und untersuchungsunabhängig existieren.

⁵ ALEXANDER SCHUCHTER, Perspektiven verurteilter Wirtschaftsstraftäter: Gründe ihrer Handlungen und Prävention in Unternehmen, Springer 2012, 57 ff.

⁶ ALEXANDER SCHUCHTER/MICHAEL LEVI, Compliance & Integrity: Strategien für konformes Verhalten in Unternehmen, in: André Kuhn/Christian Schwarzenegger/Pierre Margot/Andreas Donatsch/Marcelo F. Aebi/Daniel Jositsch (Hrsg.), Kriminologie, Kriminalpolitik und Strafrecht aus internationaler Perspektive, Bern 2013 (<https://schuchter-management.ch/wp-content/uploads/2021/02/Kriminologie-Schuchter-Levi.pdf> [Stand: 29. Februar 2021]), ferner ALEXANDER SCHUCHTER/MICHAEL LEVI, Beyond the fraud triangle: Swiss and Austrian elite fraudsters, in: Accounting Forum, 38/2015, 176 ff.

⁷ Gemäss Art. 728a OR prüft die Revisionsstelle, ob ein internes Kontrollsystem existiert. Von einer zwingenden Funktionsfähigkeit wurde bewusst abgesehen.

2. Externe Untersuchung

[13] Von der internen abzugrenzen ist die Form der externen Untersuchung, die dann vorliegt, wenn eine Straf- oder Administrativbehörde mit hoheitlichem Zwang die Untersuchung formell anordnet. Ein Eingriff in die Privatsphäre und Grundrechte des Arbeitnehmers kann bei Verdacht auf gesetzwidriges Verhalten durchaus gerechtfertigt sein, z. B. von der Staatsanwaltschaft angeordnete und vom Zwangsmassnahmengericht bewilligte Zwangsmassnahmen,⁸ wie das Abhören oder Aufnehmen privater Telefonate oder Hausdurchsuchungen von Arbeitnehmern.⁹

B. Auslöser und Hintergründe

1. Interne «private» Untersuchung

[14] Häufige Auslöser für interne Untersuchungen sind auf ein gesetzwidriges und regelverstossendes Verhalten hindeutende Warnsignale,¹⁰ die z. B. durch unternehmensinterne Prüfmechanismen der zweiten oder dritten Verteidigungslinie¹¹ erkannt werden, und rein zufällig entdeckte Hinweise, z. B. durch einen plötzlichen Arbeitsausfall des mutmasslichen Täters (die einspringende Person bemerkt Unregelmässigkeiten). Grundsätzlich bedeutsam ist auch das bereits genannte Whistleblowing,¹² sofern dieses unternehmensintern effizient ausgestaltet ist (z. B. vielfältige Meldekanalmöglichkeiten). Eine Aufdeckung durch den Wirtschaftsprüfer ist selten (Erwartungslücke)¹³ und wird überschätzt.

[15] Die Beweggründe der Arbeitgeberin, eine freiwillige interne statt externe Untersuchung durchzuführen, sind vielseitig, wie z. B. den Beibehalt der Kontrolle über die Untersuchung, die speditive Aufklärung des Verdachts (möglichst schnelle Erkenntnisse, Schadensberechnung, finanzielle Rückführung, Schadenersatz bzw. andere Form der Wiedergutmachung), die Vermeidung einer Wiederholung ähnlich gelagerter Fälle (durch präventive sowie früherkennende Massnahmenempfehlungen zum internen Kontrollsystem)¹⁴, die Sicherstellung eines möglichst störungsfreien Geschäftsablaufs, komplexe und kreative Verstösse über viele Jahre mit unzureichend vorhandenen Beweismitteln oder internationale Fälle über mehrere Landesgrenzen hinweg.

⁸ Art. 196, 272, 280 und 281 StPO.

⁹ Urteil des Bundesgerichts 6B_1356/2016 vom 5. Januar 2018; und in Zusammenhang mit der Kooperation mit den Strafbehörden insbesondere GUNHILD GODENZI, *Strafuntersuchungen gegen Mitarbeitende: was darf und was muss der öffentliche Arbeitgeber tun?*, in: Jusletter 16. Februar 2015.

¹⁰ ALEXANDER SCHUCHTER/MICHAEL LEVI, *The Fraud Triangle revisited*, in: Security Journal, 29/2016, 107 ff.

¹¹ The Institute of Internal Auditors, *The IIA's Three Lines Model: an update of the Three Lines of Defense* vom 20. Juli 2020, 2 ff.

¹² Bundesrat, *Zusatzbotschaft zur Teilrevision des Obligationenrechts (Schutz bei Meldung von Unregelmässigkeiten am Arbeitsplatz)* vom 21. September 2018, BBl 2018 6127, ferner Bundesrat, *Botschaft über die Teilrevision des Obligationenrechts (Schutz bei Meldung von Unregelmässigkeiten am Arbeitsplatz)* vom 20. November 2013, BBl 2013 9513.

¹³ ALEXANDER SCHUCHTER, *Betrugsrisiken im Rahmen der Abschlussprüfung*, in: Expert Focus, 9/2019, 628 (<https://schuchter-management.ch/wp-content/uploads/2019/10/Betrugsrisiken-Schuchter-DE.pdf> [Stand: 29. Februar 2021]). Fälle aus der Vergangenheit sowie auch aus der Gegenwart zeigen, dass diese Erwartungslücke weiterhin existiert. Für Wirecard sowie für alle involvierten Personen gilt die Unschuldvermutung.

¹⁴ Die Arbeitgeberin bzw. das betroffene Unternehmen kann im Rahmen der Unternehmensstrafbarkeit gemäss Art. 102 Abs. 1 (subsidiär, Vorwurf der mangelnden Organisation des Unternehmens) und Abs. 2 StGB (primär/kumulativ, Vorwurf der unterlassenen Deliktverhinderung) zur Verantwortung gezogen werden.

[16] Die Arbeitgeberin ist bei im Raum stehenden Anschuldigungen dazu angehalten, eine interne Untersuchung im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips durchzuführen, um abzuklären, ob sich die Anschuldigungen bestätigen oder aber als falsch erweisen und die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer im Sinne ihrer Fürsorgepflicht¹⁵ davor zu schützen hat. Ein solches Vorgehen trägt letztlich zur Sicherstellung des «tone from and at the top» bei und wird vom Arbeitnehmer begrüsst.¹⁶

[17] Für die Untersuchungsdurchführung herangezogen werden Arbeitnehmer aus diversen Abteilungen, wie z. B. Interner Revision, Legal und Compliance, Risikomanagement, Personal oder spezialisierte Sicherheits-Task-Forces. Um die Untersuchungskomplexität zu bewältigen und um die Glaubwürdigkeit der Untersuchungserkenntnisse zu erhöhen,¹⁷ werden von der Arbeitgeberin externe forensische Prüfer mit einem interdisziplinären, betriebswirtschaftlichen, rechtlichen und/oder IT-Hintergrund beauftragt. Ihr fachlicher Schwerpunkt liegt u. a. in der forensischen Mustererkennung (z. B. Erkennung von Warnsignalen, Datenanalytik), der taktisch-methodischen Forensik (z. B. forensische Interviews) sowie der Denk- und Vorgehensweise von Tätern.¹⁸ Von forensischen Prüfern darf ein fachliches Urteilsvermögen erwartet werden, das erforderlich ist, um bei Verdachtsmomenten oder im Verlauf einer Untersuchung angemessene Entscheidungen über weitere Vorgehensweisen treffen zu können (sog. «forensic professional judgement»¹⁹).

2. Externe Untersuchung

[18] Durch eine Offenlegung des Verdachts auf gesetzwidriges Verhalten kann einerseits eine externe Untersuchung angestossen werden, wenn z. B. eine regulatorische oder gesetzliche Meldepflicht besteht.²⁰ Davon unabhängig kann sich die Arbeitgeberin andererseits auch bewusst für diese Untersuchungsform entscheiden, indem sie eine (Selbst)-Anzeige einreicht, wenn z. B. repressive Massnahmen vielversprechend scheinen (eine Beeinträchtigung eigener Geschäftsabläufe wird dabei in Kauf genommen) und eine Genugtuung bzw. final eine Verurteilung erwartet wird, der Verdacht bereits medienpräsent von öffentlichem Interesse ist oder wenn das Risiko besteht, dass dadurch Kunden oder Geschäftspartner (mit)geschädigt werden. In der Schweiz und in Liechtenstein wird zudem beobachtet, dass auch Fälle, die mit einer Gefährdung des Lebens einhergehen, vergleichsweise häufiger zur Anzeige gebracht werden. Einfluss nimmt auch der finanzielle Gesichtspunkt der Untersuchungsdurchführung,²¹ obgleich oft ungeplant anfallende (in)direkte Kosten für z. B. Anwälte, Kollateralschäden, enttäuschte Erwartungen (z. B. in Bezug auf die Untersuchungsdurchführungs-Geschwindigkeit) oder Reputationsorgen diesen Aspekt relativieren.

¹⁵ Art. 328 OR.

¹⁶ ALEXANDER SCHUCHTER, Wirtschaftskriminalität und Prävention, Springer 2018, passim.

¹⁷ Je unabhängiger die Untersuchenden sind, desto mehr Glaubwürdigkeit gewinnen die Erkenntnisse der durchgeführten Untersuchung.

¹⁸ SCHUCHTER [Fn 16], 9 ff.

¹⁹ ALEXANDER SCHUCHTER, Fraud erkennen: Täter verraten ihre Tarntechniken, IIA Switzerland (vsl. 2021), passim.

²⁰ Diesbezüglich zu nennen sind in der Schweiz z. B. Art. 9 GwG, Art. 29 Abs. 2 FINMAG oder für Bundespersonal Art. 22a BPG, und ANDRÉ TANNER, Der bankinterne Compliance Officer: Arbeitsrechtliche Haftung und Sorgfaltspflicht bei der Bekämpfung von Geldwäscherei, in: Jusletter 30. September 2019.

²¹ Im Gegensatz zur internen wird die externe Untersuchung nicht von der Arbeitgeberin finanziert.

[19] Im Vergleich mit der internen Untersuchung setzt sich die Belegschaft der ermittelnden Behörden aus Juristen zusammen, die auf bestimmte Bereiche des schweizerischen Strafrechts, auf Geldwäschereidelikte und/oder auf Rechtshilfesuche im In- und Ausland spezialisiert sind.

[20] Der Grundsatz der Justizöffentlichkeit²² steht dem Schutz der Privatsphäre gegenüber und besitzt bei externen Untersuchungen einen relevanten Stellenwert, insbesondere mit Fokus auf die Reputation. Der Ausschluss der Öffentlichkeit obliegt einer Interessenabwägung und lässt sich in Bezug auf die rechtsstaatliche und demokratische Bedeutung des Grundsatzes nur sehr zurückhaltend rechtfertigen (ein Ausschluss ist auch dann nicht garantiert, wenn die Angelegenheit nicht von öffentlichem Interesse ist).²³

IV. Grenzen beim Anwaltsgeheimnis

[21] Tritt ein Gericht oder eine Behörde an die Arbeitgeberin oder an einen Anwalt heran und verlangt Einsicht oder Herausgabe von Daten einer Untersuchung, die durch eine Anwaltskanzlei durchgeführt wurde, so ist das Anwaltsgeheimnis nicht allgemein gegeben, sondern an die verrichtete Tätigkeit des Rechtsanwalts gebunden. Grundsätzlich wird zwischen berufstypischen anwaltlichen (z. B. Rechtsberatung zu möglichen strafrechtlichen Belangen, Gerichtsvertretung) und akzessorischen Aufgaben unterschieden.²⁴ Bei Untersuchungen können dabei auch Überschneidungen beider Tätigkeitsbereiche vorkommen, die dann als «Misch- oder Globalmandate» bezeichnet werden.

[22] Zum Schutz vor ungerechtfertigten Zwangsmassnahmen können Rechtsanwälte die Siegelung von Aufzeichnungen und Gegenständen verlangen, die durchsucht oder beschlagnahmt werden sollen (Art. 248 i.V.m. Art. 264 Abs. 1 lit. a und lit. d, Art. 171 und 197 StPO). Im nachfolgenden Entsiegelungsverfahren ist dann von entscheidender Bedeutung, ob es sich um berufstypische und somit geschützte Daten handelt oder nur um nicht geschützte akzessorische Daten.

[23] Laut den aktuellen Auslegungen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung²⁵ ist jene Tätigkeit nicht vom Anwaltsgeheimnis geschützt, die «ausserhalb eines Verteidigungsmandates über die juristische Rechtsberatung» hinausgeht, «etwa wenn eigentliche Bankencompliance-Aufgaben bzw. die interne Aufsicht darüber (Controlling/Auditing) an eine Anwaltskanzlei delegiert werden».²⁶ Demnach «ist nicht ersichtlich, weshalb für komplexe interne Untersuchungen und Audits dieser Art (mit Befragungen von diversen Mitarbeitern und Auswertungen von zahlreichen

²² Art. 69 Abs. 1 StPO und Art. 30 Abs. 3 BV integriert Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 UNO-Pakt II als Gebot der Justizöffentlichkeit, welches für die Transparenz gerichtlicher Verfahren sorgt und Einblick in die Rechtspflege gewährt.

²³ Urteil des Bundesgerichts 1B_510/2017 vom 11. Juli 2018, sowie Urteil des Bundesgerichts 1B_68/2012 vom 3. Juli 2012, ferner VIKTOR LIEBER, Justizöffentlichkeit und Medienfreiheit im Fokus, in: *forumpoenale*, 6/2017, 431 ff.

²⁴ ROMAN HUBER, Interne Untersuchungen und Anwaltsgeheimnis: Entwicklungen und Eckpunkte einer «Best Practice» für Unternehmen, in: *Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht*, 1/2019, 67 ff.

²⁵ Urteil des Bundesgerichts 1B_85/2016 vom 20. September 2016, Urteil des Bundesgerichts 1B_433/2017 vom 21. März 2018, und Urteil des Bundesgerichts 1B_453/2018 vom 6. Februar 2019; vgl. die ausführliche Kommentierung bei FABIAN TEICHMANN/MADELEINE CAMPRUBI, Neuste Praxis des Bundesgerichts zum Siegelprivileg von Anwälten im Kontext des GwG, in: *forumpoenale* 1/2021, 38 ff.

²⁶ WOLFGANG WOHLERS/VERONICA LYNN, Das Anwaltsgeheimnis bei internen Untersuchungen, in: *recht*, 1/2018, 9 ff.; ferner DANIEL CSOPORT/SILVAN GEHRIG, Zum Anwaltsgeheimnis bei internen Untersuchungen im Finanzmarktbereich, in: *Jusletter* 10. April 2017.

Dokumenten, E-Mails und Telefonaten) notwendigerweise Anwaltskanzleien herangezogen werden müssten und weder bankinterne Rechts- und Controlling-Abteilungen noch spezialisierte externe Wirtschaftsprüfungs-, Revisions- und Auditingunternehmen den massgeblichen Sachverhalt ausreichend hätten abklären können.»²⁷

[24] Es darf also nicht davon ausgegangen werden, dass die vollständige interne Untersuchung sowie die gesamte daraus resultierende Berichterstattung automatisch dem Anwaltsgeheimnis unterliegen (auch unabhängig davon, ob diese als Finanzintermediäre dem GwG unterstehen), sondern es erweist sich erst bei einer Einzelfallbetrachtung, welche Teile tatsächlich davon geschützt sind.²⁸

[25] Es wird empfohlen, dass jene Dienstleistungen, die vom Anwaltsgeheimnis geschützt sind, bereits von Beginn der Untersuchung an als solche deklariert werden (dabei ist darauf zu achten, dass lediglich jene Teile gekennzeichnet werden, die tatsächlich geschützt sind).²⁹ Doch stellt auch eine solche Vorgehensweise keine Gewährleistung auf Beschlagnahme bzw. Edition der Behörden sowie Eingang in die Strafakten dar, deshalb wird zumindest theoretisch darüber diskutiert, inwieweit die Berichterstattung einer internen Untersuchung vollständig in schriftlicher Form erfolgen muss und ob Teile davon auch mündlich an die verantwortlichen Organe des Unternehmens kommuniziert werden sollen, um damit der Einsichtnahme bzw. der Herausgabe bestimmter Daten an die Behörden zu entgehen. Ein bewusster Verzicht auf eine schriftliche Festhaltung wesentlicher Untersuchungsergebnisse und Risiken wird bei der Interessenabwägung der Arbeitgeberin, bei der effizienten Untersuchungsdurchführung oder spätestens hinsichtlich Art. 12 Abs. 3 BankV und der damit verbundenen Dokumentationspflicht von Risiken für Banken zur praktisch unüberwindbaren Hürde.³⁰

V. Grenzen der Privatsphäre

A. Allgemein

[26] Handelt es sich bei den Untersuchungen der Arbeitgeberin um interne, so sind diese an klare gesetzliche Grenzen gebunden. Die Arbeitgeberin darf nur solche Daten bearbeiten, welche die Privatsphäre des Arbeitnehmers nicht verletzen. Diese Grenzen können nur dann durchbrochen werden, wenn die Arbeitgeberin einen Rechtfertigungsgrund für die Verletzung der Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers hat, wie z. B. wenn sie aufgrund einer gerichtlichen oder behördlichen Anordnung handelt. Nachfolgend werden die wichtigsten gesetzlichen Schranken aufgeführt und kurz erläutert.

²⁷ Urteil des Bundesgerichts 1B_433/2017 vom 21. März 2018.

²⁸ MICHAEL MRÁZ, Kuckuckseier im Strafprozess «Interne Untersuchungen», in: *forum* poenale, 1/2020, 174 f.; sowie in ausführlicher Behandlung des Anwaltsgeheimnisses in Zusammenhang mit internen Untersuchungen insbesondere DAVID RAEDLER, *Les enquêtes internes dans un contexte suisse et américain – Instruction de l'entreprise ou Cheval de Troie de l'autorité?*, Cedidac UNIL Centre du droit, 309 ff.

²⁹ CLAUDIA M. FRITSCHÉ/NADINE STUDER, *Arbeitsprodukte interner Untersuchungen: Herausgabepflichten gemäss den wichtigsten Prozessordnungen*, in: *AJP/PJA*, 2/2018, 168 ff.

³⁰ HUBER [Fn 24], 81, sowie OTHMAR STRASSER, *Das Legal Privilege des In-House-Counsel zum Schutz unternehmensinterner Risikoinformationen von Banken im Strafverfahren*, in: *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 5/2018, 532; und BENOÎT CHAPPUIS, *Enquêtes internes et secret professionnel de l'avocat*, in: *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht*, 2/2019, 121 ff.

B. EMRK und Bundesverfassung

[27] Sowohl die Konvention zum Schutze der Menschenrechte³¹ als auch die schweizerische Bundesverfassung³² halten in beinahe identischem Wortlaut fest, dass jede Person ein Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz hat. Die Bundesverfassung³³ führt dabei noch explizit den grundrechtlichen Datenschutz auf, womit Art. 13 BV – auch bezüglich des Schutzbereiches – Art. 8 Abs. 1 EMRK entspricht.³⁴

[28] Unter den Schutzbereich dieser Artikel fällt dabei jegliche Art der Korrespondenz, unabhängig davon, ob es sich um persönliche oder geschäftliche Mitteilungen handelt.³⁵

C. EU-DSGVO

1. Anwendungsbereich

[29] Obgleich das Parlament Ende September 2020 das neue Datenschutzgesetz mit einigen aus der EU-DSGVO übernommenen Bestimmungen verabschiedete, ist die europäische Datenschutzgrundverordnung auch weiterhin nicht anwendbar, wenn es sich um einen rein schweizerischen Sachverhalt handelt. Wird jedoch eine der zwei nachfolgend aufgeführten Voraussetzungen erfüllt, greift die EU-DSGVO. Da hier aufgrund der Verhältnisse in der Schweiz eine relativ hohe Wahrscheinlichkeit besteht, werden die relevanten Bestimmungen abgehandelt.

[30] Die Datenschutzgrundverordnung ist anwendbar, wenn:

- Der Verantwortliche oder Auftragsbearbeiter seine Niederlassung in der Europäischen Union hat. In diesem Fall findet die Verordnung automatisch Anwendung, unabhängig davon, ob die Bearbeitung in der Union stattfindet oder nicht.³⁶
- Die Niederlassung des Verantwortlichen sich ausserhalb der Europäischen Union befindet, die Bearbeitung aber Waren oder Dienstleistungen betrifft, die für Personen in der Union bestimmt sind, oder die Bearbeitung betrifft die Beobachtung des Verhaltens einer betroffenen Person, soweit deren Verhalten in der Union erfolgt.

[31] Bei Letzterem bezieht sich der europäische Gesetzgeber vor allem auf die Beobachtung des Verhaltens von Internetnutzerinnen und -nutzern. In der Praxis findet die EU-DSGVO wohl dann Anwendung, wenn eine sich in einem Mitgliedstaat der EU aufhaltende Person, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit oder ihres Wohnsitzes, direkt von einer Datenbearbeitung betroffen ist.³⁷

³¹ Art. 8 Abs. 1 EMRK.

³² Art. 13 Abs. 1 BV.

³³ Art. 13 Abs. 2 BV.

³⁴ STEPHAN BREITENMOSER, N 2 zu Art. 13 BV, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schinder/Rainer J Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

³⁵ BREITENMOSER [Fn 34], N 67 zu Art. 13 BV, mit weiteren Hinweisen.

³⁶ Art. 3 Abs. 1 EU-DSGVO.

³⁷ EDÖB, Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Die EU-Datenschutzgrundverordnung und ihre Auswirkungen auf die Schweiz, November 2018, 4.

2. Bearbeitungsprinzipien

[32] Personenbezogene Daten müssen, damit sie den Richtlinien der EU-DSGVO³⁸ gerecht werden:

- auf rechtmässige Weise, nach Treu und Glauben und in einer für die betroffene Person nachvollziehbaren Weise verarbeitet werden;
- für festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke erhoben werden und dürfen nicht in einer mit diesen Zwecken nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden; eine Weiterverarbeitung für im öffentlichen Interesse liegende Archivzwecke, für wissenschaftliche oder historische Forschungszwecke oder für statistische Zwecke gilt dabei gemäss EU-DSGVO³⁹ nicht als unvereinbar mit den ursprünglichen Zwecken;
- dem Zweck angemessen und erheblich sowie auf das für die Zwecke der Verarbeitung notwendige Mass beschränkt sein;
- sachlich richtig und erforderlichenfalls auf dem neuesten Stand sein; es sind alle angemessenen Massnahmen zu treffen, damit personenbezogene Daten, die im Hinblick auf die Zwecke ihrer Verarbeitung unrichtig sind, unverzüglich gelöscht oder berichtigt werden;
- in einer Form gespeichert werden, die die Identifizierung der betroffenen Personen nur so lange ermöglicht, wie es für die Zwecke, für die sie verarbeitet werden, erforderlich ist; personenbezogene Daten dürfen länger gespeichert werden, soweit die personenbezogenen Daten vorbehaltlich der Durchführung geeigneter technischer und organisatorischer Massnahmen, die von dieser Verordnung zum Schutz der Rechte und Freiheiten der betroffenen Person gefordert werden, ausschliesslich für im öffentlichen Interesse liegende Archivzwecke oder für wissenschaftliche und historische Forschungszwecke oder für statistische Zwecke verarbeitet werden;
- in einer Weise verarbeitet werden, die eine angemessene Sicherheit der personenbezogenen Daten gewährleistet, einschliesslich Schutz vor unbefugter oder unrechtmässiger Verarbeitung und vor unbeabsichtigtem Verlust, unbeabsichtigter Zerstörung oder unbeabsichtigter Schädigung durch geeignete technische und organisatorische Massnahmen.

[33] Hierbei muss der Verantwortliche Bearbeiter der Daten die Einhaltung dieser Richtlinien nachweisen können bzw. Rechenschaft hierzu ablegen.⁴⁰ Zweck ist es, dem Missbrauch von personenbezogenen Daten bei der Bearbeitung vorzubeugen und so die schutzwürdigen Interessen der betroffenen Personen zu wahren.⁴¹

³⁸ Art. 5 Abs. 1 EU-DSGVO.

³⁹ Art. 89 Abs. 1 EU-DSGVO macht hier explizit eine Ausnahme, da Daten für diese Zwecke geeignete Garantien für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen unterliegen.

⁴⁰ Art. 5 Abs. 2 EU-DSGVO.

⁴¹ LAG Köln, Beschluss 9 TaBV 125/18, in: Compliance Berater vom 19. Juli 2019. Demnach ist bei einer Bearbeitung von schriftlicher E-Mail-Korrespondenz des Arbeitnehmers im Rahmen einer internen Untersuchung durch die Arbeitgeberin die Zustimmung des Betriebsrats erforderlich.

D. Obligationenrecht

[34] Art. 328 OR regelt die Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin und verpflichtet sie zur Achtung und Schutz der Persönlichkeit, wozu auch der Schutz der Privatsphäre gehört. Die Arbeitgeberin ist verpflichtet, sämtliche Vorkehrungen zu treffen, um persönlichkeitsverletzende Eingriffe zu vermeiden.⁴² In Bezug auf Personendaten konkretisiert Art. 328b OR den Persönlichkeitsschutz insofern, als dass die Arbeitgeberin Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten darf, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind.

[35] Auch im Rahmen von internen Untersuchungen haben Arbeitgeberinnen darauf zu achten, dass sie nicht in persönlichkeitsverletzender Weise in die Rechtsstellung ihrer Angestellten eingreifen. Vorverurteilungen und Rufschädigungen sind zu vermeiden, weshalb Diskretion und Sachlichkeit im Vordergrund zu stehen haben. Verdachtsmomente können sich durch die Untersuchungshandlungen grundsätzlich weiter erhärten, bestätigen oder entkräften:

- Szenario 1: Wenn sich der Verdacht erhärten oder bestätigen sollte, kann dies die Beweiserhebung deutlich erschweren, z. B. durch die Vereitelung von Untersuchungshandlungen, durch die mutwillige Zerstörung von Beweismitteln.
- Szenario 2: Sollten sich die Hinweise des regelverstossenden oder gesetzwidrigen Verhaltens gegen eine oder mehrere Personen als haltlos erweisen, kann im Falle einer breiten oder offenen Vorab-Kommunikation der Anschuldigungen eine Rufschädigung resultieren.

[36] Sowohl im ersten als auch im zweiten Szenario wäre eine vorschnelle Kommunikation unbestätigter Anschuldigungen diesbezüglich als problematisch zu erachten. Die Recherche ist dementsprechend so auszugestalten, dass nicht ersichtlich ist, gegen wen ermittelt wird.⁴³

[37] Gleichzeitig muss es dem unter Verdacht stehenden Arbeitnehmer möglich sein, entlastende Beweise vorlegen zu können.⁴⁴ Diese fallspezifisch zu beurteilende Gratwanderung macht es je nach Untersuchungsverlauf und den entsprechenden Umständen gegebenenfalls erforderlich, dass den Beschuldigten zum gegebenen Zeitpunkt die Annahmen angedeutet werden (zumindest ansatzweise), u. a. ist eine solche an Fingerspitzengefühl abverlangende Vorgehensweise auch im Sinne einer effizienten und restlosen Aufklärung der im Raum stehenden Anschuldigungen kaum abzusprechen.

[38] Die Frage, ob unter Verdacht stehende Personen während einer Befragung durch die Arbeitgeberin ein Recht auf einen Beistand haben, z. B. eine Begleitung durch einen Anwalt, ist nicht eindeutig geregelt und hat in der Praxis auch einen Zusammenhang mit der Schwere der

⁴² Art. 28 und Art. 328 Abs. 2 ZGB. Der Fürsorgepflicht steht gemäss 321a Abs. 1 OR die Treuepflicht des Arbeitnehmers gegenüber, worauf in diesem Zusammenhang nicht näher eingegangen wird.

⁴³ SIMONA WANTZ/SARA LICCI, Arbeitsvertragliche Rechte und Pflichten bei internen Untersuchungen, in: Jusletter 18. Februar 2019, CLAUDIA M. FRITSCH, Interne Untersuchungen in der Schweiz: ein Handbuch für regulierte Finanzinstitute und andere Unternehmen, Dike 2013, 67, sowie JUERG BLOCH/NICOLE GÜTLING, Corporate Internal Investigations under Swiss Law: Information Gathering and Employee Interviews, in: SZW, 3/2019, 279 f.

⁴⁴ MRÁZ [Fn 28], 171 f. und WOLFGANG PORTMANN/VANIA DOBREVA, Besprechung der Urteile des Bundesgerichts, I. zivilrechtliche Abteilung, 4A_419/2015 vom 19. April 2016 und 4A_694/2015 vom 4. Mai 2016, Abklärungs- und Anhörungspflichten des Arbeitgebers vor ordentlichen und ausserordentlichen Verdachtskündigungen, in: ARV-DTA, 2/2016, 95 ff.

Anschuldigungen.⁴⁵ Alle unverhältnismässigen Druckausübungen (z. B. der Aufbau einer Drohkulisse), Ausübungen von Zwang und Nötigung im Sinne von Art. 181 StGB, wie das Behändigen und Durchsuchen von persönlichen Gegenständen der Arbeitnehmer (z. B. die Handtasche oder private Unterlagen etc.), stellen die Mittel-Zweck-Relation sowie schliesslich die Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin wesentlich in Frage, sofern kein genügend starker Rechtfertigungsgrund vorliegt.⁴⁶

E. DSG

1. Anwendungsbereich

[39] Mit dem absehbaren Ziel einer stellenweisen Angleichung an die EU-DSGVO sowie einer Regelerneuerung des beinahe drei Jahrzehnte alten DSG für die Datenbearbeitung wird das revidierte DSG voraussichtlich im Sommer 2022 ohne Übergangsfrist in Kraft treten. Obgleich einige Bestimmungen übernommen werden, ist das neue DSG nicht mit der EU-DSGVO identisch.

[40] Das aktuell gültige DSG⁴⁷ gilt grundsätzlich für das Bearbeiten von Daten natürlicher und juristischer⁴⁸ Personen durch private Personen⁴⁹ und Bundesorgane⁵⁰ und ist aufgrund des Verweises in Art. 328 OR auf sämtliche privatrechtliche Arbeitsverhältnisse anwendbar, selbst wenn diese vom Geltungsbereich des DSG an sich nicht erfasst wären.⁵¹ Ausgenommen sind hiervon Personendaten, die eine natürliche Person ausschliesslich zum persönlichen Gebrauch bearbeitet und nicht an Aussenstehende bekannt gibt.⁵² Mit dem Begriff «ausschliesslich zum persönlichen Gebrauch bearbeitet» ist die Verwendung von Personendaten im engeren Privat- und Familienbereich gemeint, damit niemand in private Adressbücher oder Briefsammlungen Einsicht verlangen kann.⁵³ Ferner ist das Datenschutzgesetz nicht anwendbar auf hängige Zivilprozesse, Strafverfahren, Verfahren der internationalen Rechtshilfe sowie staats- und verwaltungsrechtliche Verfahren mit Ausnahme von erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren. Dies vorwiegend deshalb, weil Zweck der verschiedenen Prozessbestimmungen genau ist, die Persönlichkeit der in ein Verfahren Einbezogenen zu schützen. Prozessrecht ist deshalb in einem gewissen Sinne immer auch Datenschutzrecht. Fände nun das Datenschutzgesetz auch auf Rechtsprechungsverfahren Anwendung,

⁴⁵ PORTMANN/DOBREVA [Fn 44], 99 f. sowie ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012.

⁴⁶ OG ZH, Urteil vom 8. Februar 2017, Geschäfts-Nr.: UE160149-O/U/HEI, ferner ANDREAS D. LÄNZLINGER, Rechtliche Rahmenbedingungen und praktische Erfahrungen im Zusammenhang mit Mitarbeiterbefragungen, in: Flavio Romero/Claudio Bazzani/Stephan Groth (Hrsg.), Interne und regulatorische Untersuchungen, Zürich 2015.

⁴⁷ Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 19. Juni 1992, SR 235.1. Das Schweizer Parlament hat am 25. September 2020 ein neues DSG verabschiedet. Die Grundprinzipien des bisher vorhandenen Datenschutzes bleiben dabei weiterhin erhalten. Siehe hierzu insbesondere DAVID ROSENTHAL [Fn 4].

⁴⁸ Wie bereits erörtert gilt das revidierte DSG lediglich für die Bearbeitung von Personendaten natürlicher Personen durch private Personen und durch Bundesorgane, siehe [Fn 5].

⁴⁹ Art. 2 Abs. 1 lit. a DSG.

⁵⁰ Art. 2 Abs. 1 lit. b DSG.

⁵¹ SELINA KÄMPFER, Überwachung des E-Mailverkehrs von Mitarbeitern, in: Roland Müller/Thomas Geiser (Hrsg.), Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen, 20.

⁵² Art. 2 Abs. 2 lit. a DSG. Dies wird auch durch das revidierte DSG soweit unberührt bleiben.

⁵³ URS MAURER-LAMBROU/SIMON KUNZ, N 21 zu Art. 2 DSG, in: Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Basel 2006.

so würden sich zwei Gesetze mit zum Teil gleicher Zielrichtung überlagern, was zu Rechtsunsicherheiten, Koordinationsproblemen und Verfahrensverzögerungen führen würde.⁵⁴

2. Bearbeitungsprinzipien des DSG

[41] Damit eine Datenbearbeitung rechtmässig ist und somit überhaupt stattfinden darf⁵⁵, hat sie sich an verschiedenen Grundsätze zu halten (an dieser Stelle ist zu erwähnen, dass die Inhalte der Grundsätze des revidierten DSG⁵⁶ diesbezüglich ohne wesentliche Änderungen beibehalten werden):

- Die Datenbearbeitung hat nach Treu und Glauben zu erfolgen und muss verhältnismässig sein.⁵⁷ Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit hat dabei Verfassungsrang und gilt in Bezug auf das DSG dann als eingehalten, wenn ein Datenbearbeiter nur diejenigen Daten beschafft und bearbeitet, die er für einen bestimmten Zweck objektiv tatsächlich benötigt und die mit Blick auf den Bearbeitungszweck und die Persönlichkeitsbeeinträchtigung in einem vernünftigen Verhältnis stehen.⁵⁸ Die Beschaffung von Personendaten und insbesondere der Zweck ihrer Bearbeitung müssen für die betroffene Person erkennbar sein.⁵⁹ Eine allfällig nötige Einwilligung der betroffenen Person ist erst dann gültig, wenn sie nach angemessener Information freiwillig erfolgt. Handelt es sich um besonders schützenswerte Personendaten, muss diese Einwilligung zudem ausdrücklich erfolgen.⁶⁰ Dies heisst z. B. auch, dass Daten, welche von der Arbeitgeberin aus irgendwelchen technischen Gründen erhoben wurden, nicht im Nachhinein zur Überwachung des Verhaltens der Arbeitnehmer ausgewertet werden dürfen.⁶¹
- Wer Personendaten bearbeitet, hat sich über deren Richtigkeit zu vergewissern und alle angemessenen Massnahmen zu treffen, damit die Daten berichtigt oder vernichtet werden, die im Hinblick auf den Zweck ihrer Beschaffung oder Bearbeitung unrichtig oder unvollständig sind.⁶² Dabei ist zu beachten, dass die bearbeiteten Daten den Gesamtzusammenhang richtig wiederzugeben haben. So kann z. B. eine kleine Anzahl von im Einzelnen richtigen Daten ein falsches Datengesamtbild vermitteln. In diesem Fall sind die Daten nicht richtig und müssen entsprechend berichtigt werden.⁶³
- Personendaten müssen durch angemessene technische und organisatorische Massnahmen gegen unbefugtes Bearbeiten geschützt werden. Dabei verzichtet jedoch sowohl das DSG als

54 BBl 1988 II 413 442 f.

55 Art. 4 Abs. 1 DSG.

56 Bundesrat, Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 17. September 2017, BBl 2017 6941.

57 Art. 4 Abs. 2 DSG.

58 URS MAURER-LAMBROU/ANDREA STEINER, N 9 ff. zu Art. 4 DSG, in: Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Basel 2006.

59 Art. 4 Abs. 4 DSG.

60 Art. 4 Abs. 5 DSG.

61 THOMAS GEISER, Überwachungen am Arbeitsplatz, digma 2015, 51.

62 Art. 5 Abs. 1 DSG.

63 MAURER-LAMBOUR/STEINER [Fn 58], N 6 zu Art. 5 DSG.

auch die zugehörige Verordnung⁶⁴ darauf, die Sicherheitsmassnahmen im Detail zu regeln bzw. konkrete Vorgaben für den Einsatz technischer Vorkehrungen zu machen.⁶⁵ Es wird vielmehr allgemein festgehalten, dass die Vertraulichkeit, die Verfügbarkeit und die Integrität der Daten sichergestellt sein müssen. Insbesondere sind die Systeme gegen unbefugte oder zufällige Vernichtung, zufälligen Verlust, technische Fehler, Fälschung, Diebstahl oder widerrechtliche Verwendung, unbefugtes Ändern, Kopieren, Zugreifen oder andere unbefugte Bearbeitungen zu schützen.⁶⁶ Die technischen und organisatorischen Massnahmen haben angemessen zu sein und müssen dem Zweck der Datenbearbeitung, der Art und dem Umfang der Datenbearbeitung, der Einschätzung der Risiken für die betroffene Person und dem gegenwärtigen Stand der Technik Rechnung tragen.⁶⁷ Die getroffenen Massnahmen sind dabei periodisch zu überprüfen.⁶⁸

[42] Hat die betroffene Person die Daten allgemein zugänglich gemacht und eine Bearbeitung nicht ausdrücklich untersagt, liegt in der Regel keine Persönlichkeitsverletzung vor.⁶⁹

F. Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz

[43] Art. 26 ArGV 3⁷⁰ untersagt es der Arbeitgeberin grundsätzlich, interne Überwachungs- und Kontrollsysteme, die das Verhalten der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz überwachen sollen, einzusetzen. Mit diesem Artikel wird der bereits in Art. 328 OR verankerte Persönlichkeitsschutz der Arbeitnehmer im öffentlichen Arbeitsrecht verankert. Somit soll verhindert werden, dass durch eine privatrechtliche Abmachung von diesen Bestimmungen abgewichen wird.

[44] Die Einrichtung eines internen Überwachungs- oder Kontrollsystems ist nur zulässig, wenn es aus andern Gründen, z. B. für die Sicherheits- oder für Leistungsüberwachung notwendig ist. Gleichzeitig ist dabei zu beachten, dass der Persönlichkeits- und Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer so weit wie möglich gewahrt bleibt.⁷¹ Sollen hierfür Kontrollsysteme eingesetzt werden, so müssen – nebst der Einhaltung der datenschutz- und strafrechtlichen Bestimmungen – folgende Punkte gegeben sein:⁷²

- es muss ein klar überwiegendes Interesse vorliegen (z. B. Sicherheit des Personals, des Betriebes oder Produkteoptimierung);
- die Verhältnismässigkeit zwischen dem Interesse der Arbeitgeberin an einer Überwachung und demjenigen der Arbeitnehmer, nicht überwacht zu werden, muss gewahrt werden;

⁶⁴ Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz (VD SG) vom 14. Juni 1993, SR 235.11.

⁶⁵ KURT PAULI, N 2 zu Art. 7 DSG, in: Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Basel 2006.

⁶⁶ Art. 8 Abs. 1 VD SG.

⁶⁷ Art. 8 Abs. 2 VD SG.

⁶⁸ Art. 8 Abs. 3 VD SG.

⁶⁹ Art. 12 Abs. 3 DSG.

⁷⁰ Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (ArGV 3) vom 18. August 1993, SR 822.113.

⁷¹ Seco, Wegleitung zu den Verordnungen 3 und 4 des Arbeitsgesetzes, 326-1.

⁷² Seco [Fn 71], 326-2.

- die Arbeitnehmer müssen bezüglich der Planung, Einrichtung und Einsatzzeiten der Überwachungs- und Kontrollsysteme sowie bzgl. der Speicherdauer der erfassten Daten ein Mitspracherecht haben.

G. StGB

[45] Auch im Strafgesetzbuch⁷³ sind Handlungen gegen den Geheim- oder Privatbereich sanktioniert.⁷⁴ So ist es untersagt, eine verschlossene Schrift oder Sendung zu öffnen, um von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen, ohne dazu berechtigt zu sein.⁷⁵ Wer Tatsachen, deren Kenntnis er durch Öffnen einer nicht für ihn bestimmten verschlossenen Schrift oder Sendung erlangt hat, verbreitet oder ausnützt, macht sich ebenfalls strafbar.⁷⁶ Allerdings sind diese Bestimmungen grundsätzlich nicht auf E-Mails anwendbar, da es sich hierbei nicht um Schriften oder Sendungen im Sinne des Gesetzes handelt.⁷⁷ Obwohl die Anwendung von Art. 179 StGB auf den E-Mailverkehr abgelehnt wird, gelten für die Arbeitgeberin im Zusammenfang mit E-Mails dennoch mehr oder weniger die gleichen Grundsätze wie für die klassische Papierpost.⁷⁸ Hierbei muss jedoch sowohl zwischen privaten und geschäftlichen als auch zwischen eingehenden und ausgehenden E-Mails unterschieden werden. Zudem muss der Tatsache Rechnung getragen werden, ob ein aufgrund des Weisungsrechts ausgesprochenes Verbot besteht, das Internet bzw. die E-Mailadresse zu privaten Zwecken zu nutzen.⁷⁹

[46] Hat die Arbeitgeberin kein Verbot ausgesprochen, ist eine systematische Kontrolle sowohl der eingehenden als auch der ausgehenden E-Mails nicht zulässig, da somit automatisch auch die privaten E-Mails kontrolliert würden.⁸⁰

[47] Besteht ein Verbot, die E-Mail privat zu nutzen, hat der Arbeitnehmer jedoch nur bis zu einem gewissen Grad Kontrolle darüber, wie sein Mailaccount verwendet wird. So ist es ihm nicht möglich, eingehende E-Mails vor dem Empfang als solche zu erkennen und den Erhalt solcher absolut auszuschliessen, womit eine systematische Kontrolle der eingehenden E-Mails ebenfalls nicht zulässig ist. Anders sieht es bei den ausgehenden E-Mails aus. In diesem Fall hat der Arbeitnehmer volle Kontrolle darüber, ob es sich um private oder geschäftliche E-Mails handelt und der Arbeitgeber darf seine Arbeitnehmer zumindest insoweit überwachen, als es darum geht, Leistungsdaten zu erfassen, welche als Hilfsmittel der Produktionssteuerung oder der Einhaltung von Sicherheits- und anderen Verhaltensstandards dienen.⁸¹ Sollen solche Daten

⁷³ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0.

⁷⁴ Art. 179 ff. StGB.

⁷⁵ Art. 179 Abs. 1 StGB.

⁷⁶ Art. 179 Abs. 2 StGB.

⁷⁷ ANDREAS DONATSCH, N 2 zu Art. 179 StGB, in: Andreas Donatsch/Stefan Flachsmann/Markus Hug/Hans Maurer/Marcel Riesen-Kupper/Ulrich Weder (Hrsg.), Kommentar StGB, 20. Aufl., Zürich 2018; RAFFAEL RAMEL/ANDRÉ VOGELSANG, N 28 f zu Art. 179, in: Basler Kommentar zum Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2019.

⁷⁸ RAMEL/VOGELSANG [Fn 77], N 46 zu Art. 179.

⁷⁹ Ob ein solches Verbot überhaupt zulässig ist, ist strittig. GEISER [Fn 61] hält ein generelles Verbot, E-Mail privat zu nutzen, für unzulässig, da damit die Persönlichkeitsrechte verletzt werden. RAMEL/VOGELSANG [Fn 77], N 51 zu Art. 179, gehen zumindest implizit wohl davon aus, dass einem solchen Verbot nichts im Wege steht.

⁸⁰ RAMEL/VOGELSANG [Fn 77], N 52 zu Art. 179.

⁸¹ RAMEL/VOGELSANG [Fn 77], N 50 zu Art. 179.

erhoben werden, obwohl kein Verbot zur privaten Nutzung besteht, müssen die ausgehenden E-Mails als persönlich gekennzeichnet werden und dürfen dem Prozess nicht unterliegen.⁸²

VI. Rechtfertigungsgründe

A. Allgemein

[48] Die vorgängig aufgezeigten Grenzen der Informationsbeschaffung sowie des Daten- und Persönlichkeitsschutzes können unter gewissen Bedingungen durchbrochen werden. Hierfür sind jedoch unterschiedliche Voraussetzungen nötig, damit der Vorgang der Datenbearbeitung und damit der Untersuchung rechtmässig ist. Dabei sind naturgemäss bei den unterschiedlichen Erlassen auch unterschiedliche Voraussetzungen formuliert, wovon nachstehend auf einige näher eingegangen wird.

B. EMRK

[49] Die europäische Menschenrechtskonvention lässt einen behördlichen Eingriff in die Privatsphäre nur dann zu, wenn dieser gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist. Die Kriterien für die Notwendigkeit sind hierbei die nationale oder öffentliche Sicherheit, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Aufrechthaltung der Ordnung, die Verhütung von Straftaten, der Schutz von Gesundheit oder Moral und die Rechte und Freiheiten anderer.⁸³ Handelt es sich um eine Kontrolle, welche die Arbeitgeberin vornimmt, so ist der Arbeitnehmer vorgängig über die grundsätzliche Möglichkeit einer Kontrolle sowie über die Art und das Ausmass zu informieren. Es muss ein legitimer Grund für die Kontrollen vorliegen und es darf keine mildere Überwachungsmethode möglich sein.⁸⁴

C. Bundesverfassung

[50] Die schweizerische Bundesverfassung verlangt⁸⁵ für einen Eingriff in die Grundrechte eine gesetzliche Grundlage, wobei je nach Schwere des Eingriffes die Einschränkung selber im Gesetz vorgesehen sein muss. Ausgenommen hiervon sind Fälle ernsthafter, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr. Die Einschränkungen müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein und müssen dem Verhältnismässigkeitsprinzip genügen.

⁸² THOMAS GEISER, Die Beaufsichtigung des Internetbenutzers im Arbeitsrecht, Medialex 2001, 206.

⁸³ Art. 8 Abs. 2 EMRK.

⁸⁴ Urteil des EuGH vom 5. September 2017, 61496/08.

⁸⁵ Art. 36 BV.

D. EU-DSGVO

[51] Rechtmässig ist eine Datenbearbeitung im Sinne der europäischen Datenschutzgrundverordnung nur dann, wenn einer der in der Verordnung⁸⁶ aufgeführten Gründe alternativ gegeben ist.

[52] Die betroffene Person gibt ihre *Einwilligung* zu der Bearbeitung der personenbezogenen Daten für einen oder mehrere Zwecke.

[53] Die Bearbeitung ist zwingend zur *Erfüllung eines Vertrages* notwendig, bei welchem die betroffene Person Vertragspartei ist bzw. zur Durchführung von vorvertraglichen Massnahmen, welche auf Anfrage der betroffenen Personen erfolgen, erforderlich sind.

[54] Ferner, wenn die Bearbeitung zur *Erfüllung rechtlicher Verpflichtungen* erfolgt, welcher die betroffene Person unterliegt oder die notwendig sind, um *lebenswichtige Interessen* der betroffenen Person oder Dritter zu schützen.

[55] Die Verarbeitung ist für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde oder die Verarbeitung ist zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen.

E. DSG

[56] Das Datenschutzgesetz selber stellt keine gesetzliche Grundlage für einen Eingriff in die Privatsphäre dar, sondern klärt nur die Rahmenbedingungen für die Datenbearbeitung. Hingegen sind verschiedene Rechtfertigungsgründe im Gesetz aufgeführt.⁸⁷

[57] Die *Einwilligung* der betroffenen Person, ist der praktisch bedeutsamste Rechtfertigungsgrund und kann grundsätzlich jede Persönlichkeitsverletzung rechtfertigen, auch Verstösse gegen die allgemeinen Datenbearbeitungsgrundsätze. Hierbei muss die Einwilligung auf informierter Basis und freiwillig erfolgen und die betroffene Person urteilsfähig sein.⁸⁸ Da im Arbeitsrecht ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis besteht, ist das Kriterium der Freiwilligkeit heikel. Wie bereits ausgeführt, darf die Arbeitgeberin Daten über den Arbeitnehmer nur insofern bearbeiten, als dass sie die Frage der Eignung des Arbeitnehmers für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages notwendig sind. Darunter fallen z. B. Daten aus der IT (E-Mail-Korrespondenz, Webbrowser-Verläufe etc.) und aus Telefonaten. Diese Bestimmung ist einseitig zwingend⁸⁹, was zur Konsequenz hat, dass hiervon aufgrund einer Einwilligung nur abgewichen werden kann, wenn dies für den Arbeitnehmer von Vorteil ist.

[58] Es handelt sich ebenfalls um keine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung, wenn eine *gesetzliche Grundlage* besteht. Dabei kann das Gesetz die Bearbeitung der Personendaten ausdrücklich vorschreiben, erlauben oder implizit voraussetzen.⁹⁰

⁸⁶ Art. 6 Abs. 1 EU-DSGVO.

⁸⁷ Art. 13 DSG.

⁸⁸ CORRADO RAMPINI, N 3 zu Art. 13 DSG, in: Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Basel 2006.

⁸⁹ Art. 328b OR i.V.m. Art. 362 OR.

⁹⁰ RAMPINI [Fn 88], N 15 zu Art. 13 DSG.

[59] Ferner können *überwiegende private oder öffentliche Interessen* eine Persönlichkeitsverletzung rechtfertigen. Ein mögliches überwiegendes privates Interesse ist hierbei gegeben⁹¹, wenn die bearbeitende Person in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrages Personendaten über ihren Vertragspartner bearbeitet, mit einer anderen Person in wirtschaftlichem Wettbewerb steht oder treten will und zu diesem Zweck Personendaten bearbeitet, ohne diese Dritten bekannt zu geben, zur Prüfung der Kreditwürdigkeit einer anderen Person weder besonders schützenswerte Personendaten noch Persönlichkeitsprofile bearbeitet und Dritten nur Daten bekannt gibt, die sie für den Abschluss oder die Abwicklung eines Vertrages mit der betroffenen Person benötigen, beruflich Personendaten ausschliesslich für die Veröffentlichung im redaktionellen Teil eines periodisch erscheinenden Mediums bearbeitet, Personendaten zu nicht personenbezogenen Zwecken, insbesondere in der Forschung, Planung und Statistik bearbeitet und die Ergebnisse so veröffentlicht, dass die betroffenen Personen nicht bestimmbar sind oder Daten über eine Person des öffentlichen Lebens sammelt, sofern sich die Daten auf das Wirken dieser Person in der Öffentlichkeit beziehen.

[60] Dem Rechtfertigungsgrund des *öffentlichen Interesses* kommt bei der Datenbearbeitung durch Private weniger grosse Bedeutung zu, da sich bei der Bearbeitung von Personendaten durch Private in erster Linie Privatpersonen gegenüberstehen, welche private Interessen verfolgen und sich öffentliche Interessen oftmals in einer gesetzlichen Regelung niederschlagen.⁹²

[61] Dabei ist hervorzuheben, dass die erhobenen Beweismittel mit einer DSGVO-Verletzung nicht sofort prozessual unverwertbar werden, sondern sich der Fokus in einem solchen Fall auf die Abwägung der Verhältnismässigkeit richtet, d. h. Schweregrad der DSGVO-Verletzung gegenüber dem Schweregrad des untersuchten gesetzwidrigen Verhaltens.⁹³

[62] Die angeführten Rechtfertigungsgründe bleiben auch durch das revidierte DSGVO grossteils unverändert. Es ist bereits erkennbar, dass der Rechtfertigungsgrund des *überwiegenden privaten Interesses* in der Umsetzungspraxis die meisten Fragen aufwerfen wird, weshalb z. B. Art. 31 Abs. 2 revDSG durch einige angeführte Beispiele (eine nicht abschliessende Auflistung) bereits vorab versucht, für alle Adressaten mehr Klarheit zu schaffen.⁹⁴

F. StPO

[63] Werden Personendaten in einem Strafverfahren benötigt, so sind diese direkt bei der betroffenen Person oder für diese erkennbar zu beschaffen, sofern dadurch das Strafverfahren nicht gefährdet oder unverhältnismässig aufwendig wird.⁹⁵ Wurden Personendaten beschafft, ohne dass die betroffene Person darüber informiert wurde, ist sie umgehend darüber zu informieren. Von dieser Informationspflicht kann abgesehen werden bzw. kann sie aufgeschoben werden, wenn es darum geht, überwiegende öffentliche oder private Interessen zu schützen.⁹⁶

⁹¹ Art. 13 Abs. 2 DSGVO.

⁹² RAMPINI [Fn 88], N 47 zu Art. 13 DSGVO.

⁹³ MRÁZ [Fn 28], 174.

⁹⁴ Kleinere Veränderungen der Rechtfertigungsgründe wird es vor allem in vier Bereichen geben: Neuerungen beziehen sich auf die (1) nicht personenbezogene Datenbearbeitung, (2) Prüfung der Kreditwürdigkeit, (3) Personendaten von Konkurrenten sowie (4) auf den Rechtfertigungsgrund der Medien. DAVID ROSENTHAL [Fn 4], S. 18 ff.

⁹⁵ Art. 95 Abs. 1 StPO.

⁹⁶ Art. 95 Abs. 2 StPO.

[64] Sollten Personendaten als Beweise genutzt werden, so sind diese in der Regel nicht verwertbar, wenn sie rechtswidrig erlangt wurden. Ausser, es wurden hierbei bloss Ordnungsvorschriften verletzt.⁹⁷

G. ZPO

[65] In einem Zivilprozess sind Parteien und Dritte zur Mitwirkung bei der Beweiserhebung verpflichtet, wobei sie insbesondere Urkunden⁹⁸ herauszugeben haben.⁹⁹ Ausgenommen sind hiervon Unterlagen aus dem Verkehr einer Partei oder einer Drittperson mit einem Anwalt. Diese Mitwirkung kann eine Personen umfassend verweigern, wenn sie mit einer Partei in einem spezifischen Verwandtschaftsverhältnis steht.¹⁰⁰ Ein beschränktes Verweigerungsrecht steht ihr zu, wenn sie sich oder eine ihr verwandtschaftlich nahestehende Person der strafrechtlichen Verfolgung oder der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit aussetzen würde oder eine gesetzliche Geheimhaltungspflicht besteht.¹⁰¹

[66] Verweigert die Person die Mitwirkung unberechtigter Weise, so kann das Gericht eine Busse anordnen, eine Strafandrohung aussprechen oder die zwangsweise Durchsetzung anordnen.¹⁰²

H. Unterschiede zwischen behördlicher und gerichtlicher Anordnung

[67] Grundsätzlich ist jedes Gericht auch eine Behörde, wenn auch eine rechtsprechende. Abhängig davon, um was für ein Gericht es sich handelt (Straf-, Zivil- oder Verwaltungsgericht), sind unterschiedliche rechtliche Grundlagen gegeben, um einen Eingriff in die Privatsphäre vorzunehmen bzw. zu rechtfertigen. Handelt es sich um eine Administrativbehörde, sind die Rechtsgrundlagen in gleichem Masse individuell gesetzt.

[68] Für den Empfänger der jeweiligen Anordnung, macht es aus datenschutzrechtlicher Perspektive demnach keinen Unterschied, wer der Absender ist. Er ist in jedem Fall angehalten, die materiellen Gründe zu überprüfen und muss unabhängig davon mit Sanktionen rechnen, wenn er der Aufforderung keine Folge leistet. Nur im Hinblick auf mögliche Rechtsmittel ist die Frage nach der anordnenden Behörde von entscheidender Bedeutung.

⁹⁷ Art. 141 StPO.

⁹⁸ Art. 177 ZPO definiert «Urkunde» als Dokumente wie Schriftstücke, Zeichnungen, Pläne, Fotos, Filme, Tonaufzeichnungen, elektronische Dateien und dergleichen, die geeignet sind, rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen, was somit auch E-Mails einschliesst.

⁹⁹ Art. 160 ZPO.

¹⁰⁰ Siehe für eine detaillierte Auflistung Art. 165 ZPO.

¹⁰¹ Siehe für eine detaillierte Auflistung Art. 166 ZPO.

¹⁰² Art. 167 ZPO.

VII. Form der Mitteilung

A. Allgemein

[69] Die Form der Mitteilung an die betroffene Person kann variieren. Von einem informellen Brief bis zu einer Verfügung mit Strafandrohung ist in der Praxis grundsätzlich alles möglich. Damit sich die Arbeitgeberin aber nicht strafbar macht, darf sie auf einen informellen Brief aufgrund ihrer Fürsorgepflicht der anfragenden Stelle keine Auskunft geben, sondern muss vielmehr auf eine formelle Benachrichtigung bestehen. Abhängig von der anfragenden Instanz sind die Voraussetzungen, damit eine formell korrekte Anfrage/Verfügung gegeben ist, unterschiedlich. Wird z. B. die Herausgabe von E-Mails verlangt, gestaltet sich das in der Praxis wie nachfolgend aufgezeigt.

B. StPO

[70] Während eines Strafverfahrens müssen Durchsuchungen und Untersuchungen mittels schriftlichem Befehl angeordnet werden. Sofern Dringlichkeit gegeben ist, kann die Durchsuchung oder Untersuchung auch mündlich angeordnet werden. In diesem Fall muss das Ganze aber nachträglich schriftlich bestätigt werden.¹⁰³ Der Befehl bezeichnet dabei die zu durchsuchenden oder untersuchenden Personen, Räumlichkeiten, Gegenstände oder Aufzeichnungen, den Zweck der Massnahme und die mit der Durchführung beauftragten Behörden oder Personen.¹⁰⁴ Damit die Arbeitgeberin hier ihrer Fürsorgepflicht nachkommen kann, muss der Zweck der Massnahme dabei so präzise wie möglich formuliert sein, da anderenfalls die Gefahr einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung des Arbeitnehmers durch die Arbeitgeberin besteht.

[71] Aufzeichnungen¹⁰⁵ dürfen dann durchsucht werden, wenn zu vermuten ist, dass sich darin Informationen befinden, die der Beschlagnahme unterliegen.¹⁰⁶ Dies betrifft jedoch nur gespeicherte Aufzeichnungen. Aktives Abfangen von E-Mails würde zwingend vorgängig eine richterliche Bewilligung erfordern.¹⁰⁷ Um die Rechtssicherheit zu wahren, besteht die Möglichkeit, die Versiegelung zu verlangen, falls die Dateninhaberin Gründe geltend macht, aufgrund derer die Aufzeichnungen nicht beschlagnahmt oder durchsucht werden dürfen.¹⁰⁸

C. ZPO

[72] Im Zivilprozess sind Beweismittelverfügungen entweder mittels eingeschriebener Postsendungen oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung zuzustellen.¹⁰⁹ Mit Einverständnis der betroffenen Person können Verfügungen und Entscheide auch elektronisch zugestellt wer-

¹⁰³ Art. 241 Abs. 1 StPO.

¹⁰⁴ Art. 241 Abs. 2 StPO.

¹⁰⁵ Dies beinhaltet laut Gesetz (Art. 246 StPO): Schriftstücke, Ton-, Bild- und andere Aufzeichnungen, Datenträger sowie Anlagen zur Verarbeitung und Speicherung von Informationen.

¹⁰⁶ Art. 246 StPO.

¹⁰⁷ FABIAN TEICHMANN, *Anwaltsrevue* 2017, 427.

¹⁰⁸ Art. 248 StPO; vgl. dazu ausführlich TEICHMANN/CAMPRUBI [Fn 25], S. 37.

¹⁰⁹ Art. 138 Abs. 1 ZPO.

den. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass sie mit einer elektronischen Signatur gemäss Bundesgesetz vom 18. März 2016 über die elektronische Signatur¹¹⁰ versehen sind.¹¹¹ Das Gericht muss dabei die Parteien und Dritte über die Mitwirkungspflicht, über das Verweigerungsrecht und über allfällige Säumnisfolgen aufklären.¹¹² Unterlässt es die Aufklärung über das Verweigerungsrecht, dürfen die erhobenen Beweise nicht verwendet werden, ausser die betroffene Person stimmt zu oder die Verweigerung wäre unberechtigt gewesen.¹¹³

[73] Eine prozessleitende Verfügung kann mittels Beschwerde angefochten werden, sofern dies im Gesetz vorgesehen ist bzw. wenn ein nicht wieder gut zu machender Nachteil droht.¹¹⁴ Im Falle der Mitwirkungspflicht, ist die Anfechtung explizit vorgesehen.¹¹⁵

D. Formunterschiede zwischen behördlicher und gerichtlicher Anordnung

[74] Aus Sicht des Mitteilungsempfängers verhält es sich bezüglich der Pflicht, die formelle und materielle Korrektheit der Mitteilung zu überprüfen, gleich wie bei den Rechtfertigungsgründen: abhängig von der verfügenden Behörde, kann die Form stark variieren. Dementsprechend ist die Überprüfung, ob die formellen Vorgaben eingehalten wurden, tendenziell etwas aufwändiger, was die Arbeitgeberin aber nicht von der Pflicht befreit, diese Kontrolle vorzunehmen.

[75] Dieselbe Problematik stellt sich auch bei den Rechtsmitteln. Es ist nicht in jedem Fall vorgeschrieben, dass mit der Verfügung zeitgleich eine Rechtsmittelbelehrung stattfindet, was den Aufwand – gerade bei kleineren Unternehmen – grösser machen kann.

VIII. Vollzug der internen Abklärung

A. Allgemein

[76] Am Beispiel einer Aktiengesellschaft soll vorliegend aufgezeigt werden, wie die interne Abklärung zu erfolgen hat. Die rechtlichen Überlegungen bleiben auch bei anderen Gesellschaftsformen gleich, auch wenn allenfalls die Organbezeichnungen bzw. die Organisation der Gesellschaft anders aussieht.

B. Adressat der Mitteilung

[77] Der Adressat der Mitteilung ist grundsätzlich die strategische Führungsebene, also i. d. R. der Verwaltungsrat, da dieser die Oberleitung der Gesellschaft hat und für die Erteilung der nötigen Weisungen zuständig ist.¹¹⁶ Zudem hat er auch die Oberaufsicht über die mit der Geschäfts-

¹¹⁰ Bundesgesetz über die elektronische Signatur vom 18. März 2016 (ZertES, SR 943.03).

¹¹¹ Art. 139 Abs. 1 ZPO.

¹¹² Art. 161 Abs. 1 ZPO.

¹¹³ Art. 161 Abs. 2 ZPO.

¹¹⁴ Art. 319 lit. b ZPO.

¹¹⁵ Art. 167 Abs. 3 ZPO.

¹¹⁶ Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR.

leitung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen.¹¹⁷

C. Interne Kommunikation

[78] Hat der Verwaltungsrat die Mitteilung der anfragenden Instanz erhalten, muss er nun die nötigen Schritte in die Wege leiten, um einerseits der Anordnung gerecht zu werden und um andererseits die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu schützen. Dabei geht es nicht nur um den Inhalt der zu erfassenden Daten, sondern vielmehr auch darum, die Tatsache, dass überhaupt Daten eingefordert wurden, so geheim wie möglich zu halten, da alleine die Information, dass gegen einen bestimmten Arbeitnehmer ermittelt wird, unter den Persönlichkeitsschutz fällt.

[79] Das heisst:

- es dürfen nur jeweils diejenigen Personen informiert werden, welche zwingend benötigt werden, um an die geforderten Informationen zu kommen. Dies dürften in der Regel der verantwortliche Compliance-Manager, der Chief Audit Executive bzw. Interne Auditoren als Truppe des Verwaltungsrats¹¹⁸, IT-Leiter oder in grösseren Konzernen separate Task Forces für Sicherheit sein (gegebenenfalls nur ein einzelner Arbeitnehmer). Unterliegen die involvierten Arbeitnehmer nicht schon aufgrund ihres Arbeitsverhältnisses einer Schweigepflicht, muss eine solche ausgefertigt und unterschrieben werden, da Arbeitnehmer in einem Unternehmen keine Fürsorgepflicht gegenüber ihren Kollegen haben;
- in der internen Weisung muss genau beschrieben werden, welche Daten zu bearbeiten und zu sichern sind;
- es muss der Grad der Anonymisierung¹¹⁹ bestimmt und mitgeteilt werden.

D. Form der Ergebnismeldung

[80] Sind die Daten korrekt erfasst, stellt sich immer noch die Frage, wie und an wen die Rückmeldung erfolgen soll. Ein Rechtfertigungsgrund erlaubt zwar einen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers, jedoch nur in genau dem Umfang, der nötig ist, um die Angelegenheit zu klären. Wenn ein Gericht oder eine Behörde ein Unternehmen um Daten ersucht, müssen auch die Ergebnisse dieser Anfrage an die entsprechende Stelle – und nur an diese – geliefert werden. Daraus resultiert, dass unternehmensintern nur genau jene Personen einen Einblick in die Daten erhalten dürfen, welche unumgänglich sind, um die Daten überhaupt zu bearbeiten, sofern es sich um einen Sachverhalt handelt, der das Unternehmen nicht direkt betrifft. Dazu gehören in der Regel nicht die Organe einer Organisation. Das heisst, dass korrekter Weise diejenige Person,

¹¹⁷ Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR.

¹¹⁸ T. FLEMMING RUUD/KATHARINA SCHRAMM, Erwartungen und Mehrwert des Internen Audits: die Rolle wirksamer Kommunikation, in: Expert Focus, 10/2019, 715 ff.

¹¹⁹ Möglich sind: anonyme Auswertung, wenn es nur um einen bestimmten Sachverhalt geht, der personenunabhängig geklärt werden kann, pseudonyme Auswertung falls es – zumindest in einem ersten Schritt – nicht um eine bestimmte Person geht und personenbezogene Auswertung.

welche die Daten bearbeitet, diese für Dritte unzugänglich macht. Bei physischen Unterlagen müssten diese versiegelt und bei elektronischen Unterlagen verschlüsselt werden. Nur so kann sichergestellt werden, dass die Persönlichkeit des Arbeitnehmers nicht über das geforderte Mass und somit widerrechtlich verletzt wird.

[81] Ist die Untersuchung letztlich abgeschlossen, muss zudem dafür gesorgt werden, dass sämtliche Unterlagen vernichtet werden, da mit dem Abschluss der Untersuchung auch der Rechtfertigungsgrund wegfällt und eine weitere Datenbearbeitung unzulässig wäre.

IX. Zusammenfassung und Empfehlungen

A. Zusammenfassung

[82] Beide Untersuchungsformen, interne als auch externe bzw. mit und ohne behördliche oder gerichtliche Anordnung, sind in der Schweiz und in Liechtenstein nicht zwingend aneinandergebunden und werden durch unterschiedliche Beweggründe entweder freiwillig oder aufgrund einer regulatorischen oder gesetzlichen Meldepflicht ausgelöst. Interne und externe Untersuchungen haben gemeinsam, dass sie anlassabhängig und im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips unter Berücksichtigung der Datenbearbeitungsgrundsätze durchgeführt werden.

[83] Die Arbeitgeberin muss sich dessen bewusst sein, dass auch eine vom Rechtsanwalt durchgeführte Untersuchung nicht zwingend und vollständig dem Anwaltsgeheimnis unterliegt, sondern dies grundsätzlich nur für berufstypische anwaltliche Tätigkeiten zutrifft und sich erst bei einer Einzelfallbetrachtung erweist, welche Untersuchungsteile tatsächlich geschützt sind. Im Zweifelsfall muss entsprechend mit einer Einsichtnahme bzw. Herausgabe bestimmter Daten gerechnet werden.

[84] Die Thematik der Untersuchungen ist komplex, da in Straf-, Zivil- und Administrativverfahren jeweils andere Regelungen gelten und dementsprechend andere Wege einzuschlagen sind. Werden die formellen und materiellen Vorschriften nicht eingehalten, ist die Wahrscheinlichkeit einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung hoch, da somit auch keine Rechtfertigungsgründe gegeben sind.

[85] Zudem ist gerade im Arbeitsrecht festzuhalten, dass die Möglichkeit der Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung – sprich, in eine Bearbeitung der Daten, die über das gesetzliche Mass hinausgehen – nicht gegeben ist, da die Norm zum Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers einseitig zwingend ist. Hiervon darf nur abgewichen werden, wenn es zum Vorteil des Arbeitnehmers ist.

[86] Will eine Behörde von einem Unternehmen Daten bezüglich eines Angestellten, muss die Behörde sich vorgängig genau überlegen, welche Punkte sachverhaltsrelevant sind, was die materiellen Voraussetzungen hierfür sind und wie eine allfällige Mitteilung an das Unternehmen zu erfolgen hat.

[87] Der Adressat der Mitteilung muss immer zuerst abklären, von wem die Verfügung kommt. Darauf basierend kann er prüfen, ob diese formell und materiell korrekt ist. Stellt er Mängel fest, darf er der Anordnung keine Folge leisten und muss aufgrund seiner Fürsorgepflicht vielmehr eine Mithilfe untersagen bzw. allenfalls den Rechtsweg beschreiten.

[88] Selbst wenn die Mitteilung korrekt erfolgt und die materiellen Voraussetzungen gegeben sind, ist immer noch genau darauf zu achten, wie der Vollzug zu erfolgen hat. Die Datenbearbei-

tung hat verhältnismässig und damit so wenig invasiv wie möglich zu erfolgen. Zudem dürfen lediglich zwingend erforderliche Personen einen Einblick in die Daten erhalten.

B. Handlungsempfehlungen

1. An Behörden und Gerichte

[89] In einem ersten Schritt ist zu überlegen, ob eine Untersuchung überhaupt notwendig bzw. zweckführend ist. Meistens besteht die Möglichkeit einer Vorortuntersuchung der Behörde, womit sich zumindest für die Arbeitgeberin die Komplexität und der Aufwand des zu bearbeitenden Sachverhalts reduzieren lässt.

[90] Kommt es letztlich zu einer Aufforderung an die Arbeitgeberin, müssen die Angaben so konkret wie möglich sein. Das heisst, es ist der Gegenstand der Untersuchung, der Untersuchungszeitraum, die einzuhaltende Frist, allenfalls der Geschäftsbereich und je nach Verfahren eine Strafan drohung sowie allenfalls eine Rechtsmittelbelehrung anzugeben. Nur so ist sichergestellt, dass keine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung passiert, weil plötzlich mehr Daten bearbeitet werden, als nötig sind und gefordert werden.

2. An Arbeitgeberinnen bzw. Mitteilungsempfänger

[91] Sobald Anschuldigungen im Raum stehen ist die Arbeitgeberin im Sinne ihrer Fürsorgepflicht dazu angehalten eine interne Untersuchung durchzuführen (sofern dies nicht ohnehin freiwillig und im eigenen Interesse geschieht), um abzuklären, ob sich die Anschuldigungen bestätigen oder aber als falsch erweisen und die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer davor zu schützen hat. Dabei gilt zu beachten, dass die Rechtfertigungsgründe zwar einen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers erlauben, dieser jedoch auf ein Minimum der erforderlichen Sachverhaltsaufklärung begrenzt ist und auch im Rahmen der Datenbearbeitung zwingend verhältnismässig zu erfolgen hat.

[92] Zudem ist stets die formelle und materielle Rechtmässigkeit der Anfrage von Seiten der Behörden zu überprüfen. Ist diese gegeben, muss die Untersuchung klar auf den Untersuchungsgegenstand beschränkt werden und es dürfen darüber hinaus keine weitergehenden Abklärungen vorgenommen werden. Unternehmensintern muss die Kommunikation der angeordneten Untersuchung und auch der Untersuchungsergebnisse auf ein Minimum beschränkt werden. Die Ergebnisse müssen final geschützt, das heisst versiegelt oder verschlüsselt, weitergegeben werden. Ist die Untersuchung abgeschlossen, sind sämtliche Daten zu vernichten.

ROLAND MÜLLER, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt und Notar, Titularprofessor für Privat- und Wirtschaftsrecht sowie Luftrecht an den Universitäten St. Gallen (HSG) und Bern.

ALEXANDER SCHUCHTER, Dr. oec. HSG, CFE, Forensischer Prüfer und Geschäftsführer der Schuchter Management GmbH, Dozent an der Universität St. Gallen (HSG), St. Gallen.