

# Private Tätigkeiten im Arbeitsverhältnis

Sophie Matjaz  
Juristin, Zürich

Kurt Meier  
Rechtsanwalt, Zürich

Angestellte erledigen während der Arbeitszeit teilweise persönliche Angelegenheiten. Der Betrieb sollte dazu Reglemente erlassen – etwa für den privaten E-Mail-Verkehr, private Interneteinkäufe oder die Regelung der Kinderbetreuung während der Arbeitszeit.

## 1. Arbeit und Freizeit

Work-Life-Balance war gestern. In Manager-Zeitschriften und Ratgebern taucht immer häufiger der Begriff «Work-Life-Blending» auf. Gemeint ist das Verschmelzen von Arbeits- und Privatleben und die Aufhebung klar definierter Grenzen der beiden Bereiche.

Eingesetzt hat diese Entwicklung vor mehreren Jahren. Die Digitalisierung, Social Media und Messengerdienste dürften eine entscheidende Rolle gespielt haben. Sie führen dazu, dass das Privatleben jederzeit nur einen Mausklick entfernt ist – auch am Arbeitsplatz. Zudem gebietet es das höchste Ziel des modernen Menschen in der westlichen Welt – die Selbstverwirklichung –, die eigene Persönlichkeit samt den dazugehörigen Gewohnheiten und Eigenarten nicht an der Bürotür abzugeben.

Es war dann die vor etwas mehr als zwei Jahren einsetzende Coronapandemie, die auf diese Entwicklung wie ein Brandbeschleuniger wirkte. Am 18. Januar 2021 trat Artikel 10 Absatz 3 der Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie in Kraft, der Arbeitgeber verpflichtete, Home-Office überall dort anzuordnen, wo dies aufgrund der Art der Aktivität möglich und mit verhältnismässigem Aufwand umsetzbar war.<sup>1</sup> Abgesehen vom Umstand, den Arbeitgeber täglich bei sich zu Hause, mindestens virtuell, beherbergen zu müssen, bringt das Home-Office den Angestellten auch Vorteile. So ist es möglich, während des Arbeitstags private Tätigkeiten wahrzunehmen,

etwa Putzen, Waschen, Bügeln oder Kinderbetreuung. Eine Kontrolle der privaten Tätigkeit im Home-Office durch den Arbeitgeber ist praktisch unmöglich.<sup>2</sup>

Die Home-Office-Pflicht in der Schweiz ist seit dem 3. Februar 2022 Geschichte.<sup>3</sup> Der Trend zum Work-Life-Blending bleibt und mit ihm bleiben zahlreiche rechtliche Fragen. Der immer grösser werdenden praktischen Bedeutung dieser Thematik steht eine bisher spärliche bzw. nur auf einzelne Punkte bezogene wissenschaftliche Auseinandersetzung gegenüber.<sup>4</sup> Ziel dieses Beitrags ist, eine Übersicht über die Thematik und die Rechtsfragen zu schaffen.

## 2. Rechtsgrundlagen

### 2.1 Nationales Recht

Auf nationaler Ebene sind zunächst die Bestimmungen des Obligationenrechts (OR) zu nennen. Artikel 328 OR verpflichtet den Arbeitgeber, die Persönlichkeit der Angestellten zu achten und zu schützen, auf ihre Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen. Damit wird einerseits der Persönlichkeitsschutz von Artikel 27 f. ZGB für das Arbeitsrecht dahingehend konkretisiert, dass Arbeitgeber alle Eingriffe in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu unterlassen haben, die nicht durch den Arbeitsvertrag gerechtfertigt sind.<sup>5</sup> Andererseits bildet diese Bestimmung nach Meinung mancher Autoren ein «legitimes Einfallstor für die indirekte Drittwirkung der Grundrechte» (Artikel 35 Absatz 5 BV).<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Weitere Massnahmenverschärfungen), Änderung vom 13.1.2021 (Covid-19-Verordnung besondere Lage).

<sup>2</sup> Zur Qualifikation von Videoinstallationen zur Überwachung von Angestellten in deren Heim als unverhältnismässig und persönlichkeitsverletzend vgl. Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxis-Kommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Auflage, Zürich/Basel/Genf, 2012, Art. 328b N 8 sowie Art. 26 Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz.

<sup>3</sup> Covid-19-Verordnung besondere Lage (Aufhebung der Kontaktquarantäne und der Home-Officepflicht), Änderung vom 2.2.2022.

<sup>4</sup> Vgl. etwa Isabelle Wildhaber/Silvio Hänsenberger, «Internet am Arbeitsplatz», in: ZBJV 152/2016, S. 307 ff.; Gabriela Riemer-Kafka/Sherifoska Raima, «Religion am Arbeitsplatz», in: ARV 2012, S. 305 ff.; Thomas Geiser, «Überwachungen am Arbeitsplatz», in: Digma 2015, S. 50 ff.; Roland Müller, «Was ist Arbeitszeit?», in: ZBJV 153/2017, S. 453 ff.; Rebecca Vionnet, «Der Umgang mit Arbeitnehmern während der Corona-Krise», in: Ex ante 1/2021, S. 12 ff.; Roger Rudolph, «Amor at Work – Arbeitsrechtliche Fragestellungen rund um Beziehungen am Arbeitsplatz», Jusletter vom 5.3.2018; Kurt Pärli, «Die EGMR-Rechtsprechung zum Schutz der Privatsphäre und vor Überwachung am Arbeitsplatz», in: EuZA 2020, S. 224 ff.; ders., «Schutz der Privatsphäre am Arbeitsplatz in digitalen Zeiten – eine menschenrechtliche Herausforderung», in: EuZA 2015, S. 48 ff.

<sup>5</sup> Jean-Fritz Stöckli/Manfred Rehlinger, Der Arbeitsvertrag: Der Einzelarbeitsvertrag, Art. 319–330b OR, Art. 328 N 4.

<sup>6</sup> Vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 328 N 2; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 328 N 4.

Artikel 328b OR legt fest, dass eine Bearbeitung von Daten über den Arbeitnehmer nur so weit zulässig ist, wie es die Durchführung des Arbeitsvertrags erfordert. Der Artikel verweist überdies auf die umfangreichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG).<sup>7</sup> Auf die Bestimmungen des OR zum Schutz von Angestellten, insbesondere bei privaten Bedürfnissen und Krankheit, wird vorliegend nicht weiter eingegangen.<sup>8</sup>

Neben dem Obligationenrecht enthält auch das Arbeitsgesetz Bestimmungen zum Schutz der Persönlichkeit und damit des Privatlebens der Angestellten.<sup>9</sup> Gemäss Artikel 6 ArG ist der Arbeitgeber verpflichtet, zum Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmer die notwendigen Massnahmen zu treffen.<sup>10</sup> Auch die Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz enthält detaillierte Bestimmungen zur Gesundheitsvorsorge, wozu auch das private Wohlergehen der Angestellten am Arbeitsplatz gehört. Artikel 26 ArGV 3 regelt schliesslich die wichtige Frage der Überwachung am Arbeitsplatz.<sup>11</sup>

Gegenstück zur allgemeinen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ist die in Artikel 321a Absatz 1 OR normierte allgemeine Treuepflicht des Arbeitnehmers. Dieser ist verpflichtet, die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren und insbesondere alles zu unterlassen, was den Arbeitgeber wirtschaftlich schädigen könnte. Daraus können sich Einschränkungen von privaten Tätigkeiten ergeben. Die Treuepflicht des Arbeitnehmers ist jedoch nicht schrankenlos. Ihre Grenzen sind die berechtigten eigenen Interessen an der freien Entfaltung der Persönlichkeit.<sup>12</sup>

Auf Verfassungsebene normiert Artikel 13 BV neben dem Schutz der Privatsphäre auch einen Anspruch auf Schutz vor dem Missbrauch von persönlichen Daten.

Auch wenn Artikel 13 BV keinen direkten Bezug zum Arbeitsplatz enthält, wird analog zu Artikel 8 EMRK die Meinung vertreten, dass die Ausübung beruflicher Tätigkeit unter diese Bestimmung fallen kann.<sup>13</sup> Im Hinblick auf die indirekte Drittwirkung von Grundrechten<sup>14</sup> ist zudem auf Artikel 10 Absatz 2 BV (Recht auf persönliche Freiheit) hinzuweisen.

Aus Sicht des Arbeitgebers können Artikel 26 BV (Eigentums-garantie) sowie Artikel 27 BV (Wirtschaftsfreiheit) Grundlagen für die Einschränkung privater Tätigkeiten in Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis bilden.

## 2.2 Internationales Recht

Auf internationaler Ebene ist Artikel 8 EMRK von Bedeutung, der das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens festschreibt. Die Anwendbarkeit im Berufsleben wurde vom EGMR bejaht.<sup>15</sup> Es ist davon auszugehen, dass jede Beeinträchtigung der Privatsphäre am Arbeitsplatz in den Schutzbereich von Artikel 8 Absatz 1 EMRK fällt und einer Rechtfertigung bedarf.<sup>16</sup>

Neben Artikel 8 EMRK können weitere Schutzrechte der EMRK für private Tätigkeiten im Kontext des Arbeitsverhältnisses von Bedeutung sein. Dazu gehören aus Sicht der Angestellten Artikel 9 (Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit), Artikel 10 (Freiheit der Meinungsäusserung), Artikel 11 (Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit) und Artikel 14 (Diskriminierungsverbot).

## 2.3 Arbeitsvertrag, Reglemente und Weisungen

Eine weitere wichtige Rechtsquelle ist der einzelne Arbeitsvertrag. In vielen Branchen ist es üblich, dass Arbeitsverträge, Zusatzreglemente oder sogenannte Verhaltenskodizes Regelungen für private Tätigkeiten bei der Arbeit aufstellen. Ein immer wieder vor-

kommendes Beispiel ist das Verbot von persönlichen Liebesbeziehungen am Arbeitsplatz.<sup>17</sup> Solche Regelungen finden ihre Grenzen aber selbstverständlich im zwingenden Gesetzesrecht.<sup>18</sup>

Dank seinem Weisungsrecht gemäss Artikel 321d OR kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis einseitig konkretisieren und Angestellten in Bezug auf private Tätigkeiten in Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis Vorschriften machen.<sup>19</sup> Zu beachten ist aber, dass das Weisungsrecht zugleich ein spiegelbildlicher Anwendungsbereich der Treuepflicht ist: Weisungen sind nur so weit berechtigt, als die Treuepflicht des Arbeitnehmers reicht.<sup>20</sup>

## 2.4 Folgen einer Verletzung der Bestimmungen

Eine Verletzung der Treuepflicht nach Artikel 321a Absatz 1 OR durch das Ausüben privater Tätigkeiten kann für Angestellte Rechtsfolgen und Sanktionen nach sich ziehen. Zu denken ist in erster Linie an eine ordentliche oder fristlose Kündigung. Zudem kann eine Schadenersatzforderung des Arbeitgebers entstehen (Artikel 321e OR), welche in den Schranken von Artikel 323b Absatz 1 OR mit dem Lohn verrechenbar ist.

Verletzt der Arbeitgeber private Rechte eines Angestellten und damit seine Fürsorgepflicht nach Artikel 328 OR schwer, kann der Angestellte fristlos kündigen oder die Arbeitsleistung verweigern. Voraussetzung ist, dass ihm die weitere Erbringung der Arbeitsleistung unzumutbar ist, was bei einer blossen Einschränkung privater Tätigkeiten selten der Fall sein wird.

In den allermeisten Fällen beschränken sich die Folgen von Unstimmigkeiten in Bezug auf die Ausgestaltung privater Tätigkeiten im Arbeitsverhältnis wohl auf die Frage, ob eine fristlose Kün-

digung gerechtfertigt oder eine ordentliche Kündigung missbräuchlich ist, weil der Arbeitgeber diese mit einer privaten Tätigkeit eines Arbeitnehmers begründet. Im öffentlichen Bereich, wo unter Umständen eine Wiederanstellungspflicht besteht, kann dies anders sein.

### 3. Private Tätigkeit in der Arbeitszeit

#### 3.1 Arbeitszeit

Der Tendenz des Work-Life-Blending ist immanent, dass die Grenzziehung zwischen Arbeits- und Freizeit immer schwieriger wird.<sup>21</sup> Eine Abgrenzung ist dennoch wichtig, denn der Arbeitgeber hat einen grossen Spielraum bei der Einschränkung privater Tätigkeiten während der Arbeitszeit. Ausserhalb der Arbeitszeit sind Einschränkungen aber nur ausnahmsweise zulässig. Mit einem Arbeitsverhältnis nimmt der Angestellte zwangsläufig eine gewisse Unterordnung in den Betrieb in Kauf und muss während der eigentlichen Arbeitszeit eine gewisse Beeinträchtigung des Rechts auf Achtung der Privatsphäre in Kauf nehmen.<sup>22</sup>

Arbeitszeit ist der Zeitraum, in dem der Angestellte dem Arbeitgeber innerhalb und ausserhalb des Betriebs seine Arbeitskraft zur Verfügung stellen muss.<sup>23</sup>

#### 3.1.1 Private Tätigkeiten grundsätzlich zulässig

Der Mensch ist keine Maschine und bringt daher seine privaten Bedürfnisse mit an den Arbeitsplatz. Es muss Angestellten schon deshalb erlaubt sein, auch während der Arbeitszeit in einem angemessenen Ausmass privaten Bedürfnissen nachzugehen. Ein totales Verbot privater Tätigkeit am Arbeitsplatz wäre unzulässig, weil es gegen die in Artikel 328 OR normierte Fürsorgepflicht des

Arbeitgebers verstiesse, wonach Eingriffe in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu unterlassen sind, die nicht durch den Arbeitsvertrag gerechtfertigt sind.<sup>24</sup> Es entspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, ein Verbot jeglicher privater Tätigkeit für unzulässig zu erklären.<sup>25</sup> Ebenso stellte das Bundesgericht fest, dass Angestellte auch am Arbeitsplatz einen privaten Bereich bewahren können sollten, ansonsten ihre psychische Gesundheit und Bewegungsfreiheit eingeschränkt würden.<sup>26</sup>

Auf der anderen Seite dürfen Angestellte aufgrund ihrer Treupflicht nach Artikel 321a OR ihren privaten Tätigkeiten während der Arbeitszeit nur in angemessenem und vernünftigem Rahmen nachgehen. Eine allgemein gültige Regel dazu gibt es nicht. Es gilt, im konkreten Fall die Interessen der Angestellten gegenüber den Interessen des Arbeitgebers abzuwägen. Das Bundesgericht hält fest, dass Angestellte grundsätzlich während der Arbeitszeit für den Arbeitgeber tätig zu sein haben und es nicht angeht, dass sie während dieser Zeit am Arbeitsplatz in erheblichem Umfang private Tätigkeiten ausführen.<sup>27</sup> Keinesfalls aber – so das Bundesgericht – berechtigt die Ausübung privater Tätigkeiten in geringem Umfang den Arbeitgeber zu einer fristlosen Entlassung ohne vorgängige Verwarnung.<sup>28</sup>

#### 3.2 Arten privater Tätigkeit

##### 3.2.1 Physische Bedürfnisse

Gewissen körperlichen Bedürfnissen, wie etwa dem Toilettengang oder dem Trinken von Wasser, dürfen Angestellte ohne Zweifel während der Arbeitszeit nachgehen. Alles andere wäre eine unverhältnismässige Einschränkung ihrer Persönlichkeitsrechte.

Weniger eindeutig ist die Situation in Bezug auf körperliche Bedürfnisse, die sich grundsätzlich

bis zur nächsten Pause aufschieben lassen. Dazu gehört etwa Rauchen, Essen oder das Bedürfnis nach Ruhe und Entspannung. Aufgrund der in Artikel 328 Absatz 1 OR vorgesehenen Verpflichtung des Arbeitgebers, auf die Gesundheit der Angestellten Rücksicht zu nehmen, sind gemäss Artikel 15 Absatz 1 ArG je nach Länge der täglichen Arbeitszeit gewisse Mindestpausen zwingend vorgesehen. Der Arbeitgeber kann daher verlangen, dass die Angestellten ihren aufschiebbaren körperlichen Bedürfnissen während dieser Pausenzeiten nachgehen. Jedenfalls hat im Einzelfall eine angemessene Abwägung der gegenseitigen Interessen stattzufinden.

##### 3.2.2 Sozialer Austausch

In diesem Kontext verstehen wir unter sozialem Austausch Gespräche unter Kollegen, aber auch Telefongespräche mit Familie oder Freunden sowie privaten Mailverkehr. Ein Verbot jeglicher nicht berufsbezogener Kontakte während der Arbeitszeit stellt einen unverhältnismässigen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Angestellten dar und ist daher unzulässig.<sup>29</sup> Gleichzeitig muss der Arbeitgeber in zeitlicher Hinsicht erhebliche private Kommunikation, die sich auf die Arbeitsleistung auswirkt und das Unternehmen daher auch wirtschaftlich schädigt, nicht dulden und kann sie verbieten.<sup>30</sup> Selbiges muss gelten, wenn die Kommunikation die Arbeitssicherheit oder den Gesundheitsschutz der Angestellten gefährdet.

Besondere Erwähnung verdient in diesem Zusammenhang die Nutzung des Telefons, Computers oder anderer betrieblicher Einrichtungen für private Zwecke. Diese ist – unter Vorbehalt anderslautender Vereinbarung oder Weisung – in einem geringfügigen üblichen Mass zulässig. Das Geringfügigkeitskriterium gilt

7 Illustrativ zum Verhältnis von Art. 328b OR zum DSG: BGE 4A\_518/2020 vom 25.8.2021.

8 Vgl. etwa Art. 324a, 336, 336c OR

9 Auf Spezialbestimmungen wie Art. 3 ArG, wird nicht weiter eingegangen

10 Illustrativ BGE 132 III 257.

11 Zur Tragweite BGE 139 II 7.

12 BGE 117 II 72, 74, E. 4a.

13 Vgl. Stephan Breitenmoser in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer Schweizer/Klaus Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung: St. Galler Kommentar, 3. Auflage, Zürich 2014, Art. 13 N 28.

14 Vgl. Art. 35 Abs. 5 BV und BSK OR I Portmann/Rudolph, Art. 328 N 4 sowie allgemein zur Drittwirkung von Grundrechten Schweizer in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), SGK BV, Art. 35 N 35 ff.

15 EGMR, Niemietz c. Deutschland, 13710/88 (1992); Taliadorou und Stylianou c. Zypern, 39627/05 und 39631/05 (2008); private Telefonate am Arbeitsplatz EGMR Halford c. Grossbritannien, 20605/92 (1997); privater Mailverkehr und Internetgebrauch EGMR Copland c. Grossbritannien, 62617/00 (2007), und Barbulescu c. Rumänien, 61496/08 (2017); zur Thematik Pärli, EuZA 2020, S. 224 ff., ders., «Die unterschätzte Bedeutung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR für das Arbeitsrecht», AJP 2018, S. 1671 ff.

16 Pärli, a.a.O., EuZA 2015, S. 61.

17 Zur Zulässigkeit Rudolph, Jusletter vom 5.3.2018, N 22 ff.

18 Vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 320 OR N 4.

19 Vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 321d OR N 2 und BGE 4C.176/2002 vom 19.9.2002, E. 2.1.

20 Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 321d OR N 2.

21 Vgl. Müller, ZBJV 153/2017, S. 465 ff.

22 Vgl. Pärli, a.a.O., EuZA 2015, S. 63.

23 Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 321 OR N 9. Vgl. Art. 13 ArgV 1, Müller, ZBJV 153/2017, S. 453 ff.

24 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 328 N 4.

25 BGE 4A\_430/2008 vom 24.11.2008, E. 4.1.

26 BGE 139 II 7, E. 5.5.2.

27 BGE 4C.349/2002 vom 25.6.2003, E. 5.

28 BGE 4C.349/2002 vom 25.6.2003, E. 5.

29 BGE 4A\_430/2008 vom 24.11.2008, E. 4.1.

30 BGE 4C.349/2002 vom 25.6.2003, E. 5.

insbesondere dann, wenn Kosten für den Arbeitgeber entstehen oder Arbeitszeit eingesetzt wird. Geht es um die private Nutzung eines geschäftlichen Mailkontos oder des Internets, ist auch darauf zu achten, dass das Ansehen des Unternehmens nicht beeinträchtigt wird und der Arbeitgeber nicht der Gefahr ausgesetzt wird, durch Computerviren oder Urheberrechtsverletzungen geschädigt zu werden.<sup>31</sup>

### 3.2.3 Liebesbeziehungen

Einer deutschen Studie zufolge sind 42 Prozent aller Angestellten bereits mindestens einmal mit einer Arbeitskollegin oder einem -kollegen ausgegangen.<sup>32</sup> Die Aufnahme und die Pflege einer Beziehung am Arbeitsplatz kommt häufig vor und hat zwangsläufig eine private Tätigkeit am Arbeitsplatz zur Folge. Das Recht, Beziehungen aufzubauen und zu pflegen, gehört zum Schutzbereich von Artikel 8 EMRK.<sup>33</sup> Unternehmensinterne Vorschriften, die umfangreiche Verbote persönlicher Beziehungen zwischen Angestellten enthalten, sind kritisch zu betrachten.<sup>34</sup>

Auf der anderen Seite können Beziehungen am Arbeitsplatz erheblichen Einfluss auf das Arbeitsverhältnis haben. In der Schweiz mussten sich Gerichte wiederholt mit diesen Fragen beschäftigen. Dabei ging es meistens darum, zu beurteilen, ob eine unternehmensinterne Liebesbeziehung ein missbräuchliches Motiv für eine ordentliche Kündigung oder einen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung darstellte. Die Rechtsprechung ist dabei nicht einheitlich. So schützte das Bundesgericht eine ordentliche Kündigung wegen einer potenziell erhöhten Gefährdung der Geheimhaltungspflicht, als eine Arbeitnehmerin mit einem zur Konkurrenz gewechselten Partner zusammenlebte.<sup>35</sup> Im Gegensatz dazu ver-

langte das Obergericht des Kantons Zürich in einer vergleichbaren Konstellation eine konkrete und naheliegende Gefahr für einen Geheimnisverrat, andernfalls eine solche Kündigung im Sinne von Artikel 336 Absatz 1 litera b OR missbräuchlich sei.<sup>36</sup> Das Bundesgericht taxierte eine fristlose Entlassung als ungerechtfertigt und stellte fest, die Aufnahme einer Liebesbeziehung durch eine Arbeitnehmerin mit dem Lebenspartner der Arbeitgeberin verstosse nicht gegen die arbeitsvertragliche Treuepflicht.<sup>37</sup>

Die letzte Konstellation wirft in emotionaler Hinsicht erhebliche Schwierigkeiten auf. Trotzdem ist dem Bundesgericht aus juristischer Sicht zuzustimmen. Das Recht, persönliche Beziehungen einzugehen, betrifft die höchstpersönliche Lebensgestaltung, in welcher der Einzelne mit Blick auf Artikel 8 EMRK und Artikel 27 Absatz 2 ZGB grösstmögliche Freiheit geniessen muss. Grundsätzlich kann daher festgehalten werden, dass arbeitsrechtliche Beziehungsverbote vor dem zwingenden Recht nicht standhalten. Konsequenterweise sind auch Verbote abzulehnen, die sich nur auf konkrete Konstellationen beziehen, wie etwa das Vorliegen eines Abhängigkeitsverhältnisses oder eine Tätigkeit im selben Team.<sup>38</sup>

Allerdings stellt sich die Frage nach dem Ausgleich mit den Interessen des Arbeitgebers, wenn infolge einer Beziehung aufgrund der besonderen Stellung eines oder beider Partner die weitere berufliche Tätigkeit oder Zusammenarbeit fundamental infrage steht. Dies kann etwa bei einem Abhängigkeitsverhältnis der Fall sein oder wenn einem Partner Aufsichts- und Kontrollpflichten über den anderen Partner obliegen. In einer solchen Situation kann sich eine Pflicht der Betroffenen ergeben, den Arbeitgeber zu informieren beziehungsweise auf eine Nach-

frage seinerseits wahrheitsgemäss zu antworten.<sup>39</sup>

Ebenso kann sich ein Recht des Arbeitgebers ergeben, Weisungen zu erteilen, einen Partner zu versetzen oder im Extremfall sogar eine Kündigung auszusprechen, sofern sich die Beziehung auf die Arbeitsleistung oder das Verhalten am Arbeitsplatz auswirkt.<sup>40</sup> Grund dafür darf aber nach hier vertretener Ansicht nie die Beziehung selbst sein, sondern vielmehr deren tatsächliche Auswirkung auf die Arbeitstätigkeit.

### 3.2.4 Internet

Die Internethändler Galaxus und Digitec haben das Online-Einkaufsverhalten ihrer Kunden unter die Lupe genommen. Die Analyse über den Zeitraum von Mitte Juli 2016 bis Mitte Juli 2017 zeigte, dass die Schweizer Bevölkerung vor allem während der Arbeitszeit online einkauft: In den Stunden von 9 bis 12 und von 13 bis 18 Uhr werden im Verhältnis deutlich mehr Bestellungen getätigt als ausserhalb der üblichen Arbeitszeiten.<sup>41</sup>

Nicht nur Shopping im Internet stellt Arbeitgeber vor Probleme. Das Bundesgericht musste sich mit einem Fall auseinandersetzen, in dem ein Mann fristlos entlassen wurde mit der Begründung, er habe innerhalb von 24 Arbeitstagen 49,75 Stunden pornografische Darstellungen aus dem Internet abgerufen.<sup>42</sup> Die Gerichte zogen in Erwägung, dass eine private Internetnutzung während der Arbeitszeit in genanntem Ausmass eine fristlose Entlassung rechtfertigen würde. Allerdings gelangten sie zum Ergebnis, die Arbeitgeberin habe nicht rechtsgenügend nachweisen können, dass der Betroffene während der ganzen angegebenen Zeitperioden das Internet in der behaupteten Art und Weise benutzt habe.<sup>43</sup>

Im Einklang mit den allgemeinen Grundsätzen zu privaten Tä-

tigkeiten während der Arbeitszeit hielt das Bundesgericht ausserdem fest, eine solche Tätigkeit in erheblichem Umfang sei nicht zulässig. Eine private Internetnutzung am Arbeitsplatz während der Arbeitszeit rechtfertige aber eine fristlose Entlassung ohne vorgängige Verwarnung nicht, selbst wenn der Arbeitnehmer wie im zu beurteilenden Fall Sex-Seiten angeschaut haben sollte. Dies auf jeden Fall, wenn die private Internetnutzung sich auf wenige Male beschränke.<sup>44</sup>

Bei einem einmaligen Missbrauch der Verwendung von Informatikmitteln am Arbeitsplatz sprach das Bundesgericht von einem «an und für sich normalen Fall, der einer Verfehlung minderer Bedeutung gleichkommt».<sup>45</sup>

Festzuhalten ist: Ausnahmsweise und in beschränktem Umfang einen persönlichen Internetkauf vorzunehmen, ist mit der Treuepflicht von Angestellten vereinbar. Selbiges gilt für das Lesen von Onlinepublikationen oder die Nutzung von Social Media. Es kommt auf das Ausmass an. Eine exzessive Internetnutzung für private Zwecke oder der Kauf illegaler Waren über den Firmencomputer ist unzulässig und kann – allenfalls nach einer Verwarnung – einen Kündigungsgrund darstellen. Zudem ist selbstverständlich immer darauf zu achten, dass zum Beispiel durch Computerviren keine Risiken für das Netzwerk und die Geräte des Arbeitgebers entstehen.

### 3.2.5 Betreuungsaufgaben

Die Kinderbetreuung kann mit der Arbeitspflicht kollidieren. Selbstverständlich ist, dass der Arbeitgeber darauf Rücksicht zu nehmen hat. Dazu gibt es besondere gesetzliche Regelungen.<sup>46</sup>

Unabhängig von diesen gesetzlichen Bestimmungen muss es grundsätzlich erlaubt sein, dass in Ausnahmefällen Kinder für eine beschränkte Zeit am Arbeitsplatz

betreut werden. Zu denken ist dabei an den kurzfristigen Ausfall von Betreuungspersonen oder -institutionen. Wenn es die Arbeitssituation zulässt, dürfen Kinder in solchen Fällen mit zur Arbeit genommen werden.

Obwohl der Vergleich etwas hinkt, gilt dieser letzte Grundsatz auch für Haustiere. Sicher ist eine Weisung des Arbeitgebers, dass grundsätzlich keine Haustiere mit an den Arbeitsplatz genommen werden können, verhältnismässig. Im Gegensatz zu einem allgemeinen Beziehungsverbot zwischen Menschen am Arbeitsplatz ist ein Verbot von Haustieren wohl als zulässig zu betrachten. Aber auch bei Haustieren kann es zu Notfällen kommen, welche eine Betreuung am Arbeitsplatz notwendig und dem Arbeitgeber zumutbar erscheinen lassen. Dies gilt insbesondere bei Betrieben, die auf ihrer Website Haustiere als Mitarbeiter aufführen.<sup>47</sup> Der Arbeitgeber kann aber selbstverständlich die Mitnahme von Haustieren allgemein verbieten, wenn sachliche Gründe dafür vorliegen, etwa weil Hygienevorschriften eine wichtige Rolle spielen, jemand an einer Allergie leidet, das Haustier den Arbeitsbetrieb stören könnte oder Arbeitssicherheits- und Gesundheitsschutzvorschriften zu beachten sind.

## 4. Privates ausserhalb der Arbeitszeit

Nicht nur die private Tätigkeit während der Arbeitszeit kann zum Problem für den Arbeitgeber werden, sondern auch die private Tätigkeit ausserhalb der Arbeitszeit. Im Jahr 2019 berichteten die Medien über einen Primarlehrer, der auf Instagram unter anderem Fotos postete, auf denen er fast nackt war und sein Geschlechtsteil mit einem Bund Bananen verdeckte.<sup>48</sup> Typische Beispiele für private Tä-

tigkeiten, die mit einem Arbeitsverhältnis kollidieren können, sind weiter aussereheliche Beziehungen von kirchlichen Angestellten.<sup>49</sup>

Nicht nur private Tätigkeiten, auch gewisse Weltanschauungen und Überzeugungen können zu Problemen führen. Erst kürzlich berichtete die Presse über einen Psychiater der Privatklinik Littenheid, der in einer SRF-Reportage die Theorie des rituell organisierten satanistischen Missbrauchs verbreitete und daraufhin entlassen wurde.<sup>50</sup> Sehr aktuell ist in diesem Zusammenhang auch die Frage der Impfpflicht. Erst kürzlich hat das Bundesverwaltungsgericht die Kündigung von vier Berufssoldaten bestätigt, die sich nicht gegen Covid impfen lassen wollten.<sup>51</sup>

Es geht den Arbeitgeber nichts an, was seine Angestellten in der Freizeit tun. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers nach Artikel 321d OR besteht nur insoweit, als es einen funktionalen Bezug zum Arbeitsplatz bzw. zur Arbeitstätigkeit aufweist.<sup>52</sup> Daraus folgt, dass vorbehältlich seltener Ausnahmen kein Weisungsrecht in Bezug auf die private Lebensgestaltung der Angestellten besteht.

Solche Ausnahmen können allenfalls für leitende Angestellte oder solche Arbeitnehmer in Tendenzbetrieben gelten. Auch dann ist aber stets erforderlich, dass ein arbeitsbezogener Sachzusammenhang besteht.<sup>53</sup> Das kann für Angestellte gelten, die aufgrund ihrer Stellung mit der Ausrichtung ihres (Tendenz-)Betriebs, etwa in religiöser, politischer oder weltanschaulicher Hinsicht, in besonderem Masse identifiziert werden.<sup>54</sup> Zu denken wäre etwa an den verheirateten Arbeitnehmer einer streng katholischen Vereinigung, der mit einer Assistentin eine aussereheliche Beziehung pflegt. Auch in diesen Fällen ist aber zu beachten, dass die Einschränkung der

- 31 Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 328b N 17; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 321a N 8.
- 32 Viking Raja Group, Lust und Liebe im Büro – Eine Studie zu Beziehungen am Arbeitsplatz, [blog.viking.de/studie-beziehungen-am-arbeitsplatz](http://blog.viking.de/studie-beziehungen-am-arbeitsplatz) (abgerufen am 25.5.2022).
- 33 EGMR, Niemietz c. Deutschland, 13710/88 (1992).
- 34 Pärli, EuZA 2015, S. 62 f.; umfassend Rudolph, Jusletter vom 5.3.2018.
- 35 BGer 4C.72/2002 vom 22.4.2002.
- 36 ZR 2001 Nr. 51 = JAR 2002, S. 243.
- 37 BGE 129 III 380, 383, E. 3.1.
- 38 So auch Rudolph, Jusletter vom 23.3.2018, S. 11.
- 39 Ebd., S. 12 ff.
- 40 Eingehend ebd., S. 15 ff.
- 41 «Schweizer Online-Shopping während der Arbeitszeit» vom 24.7.2017, [www.computerworld.ch/business/hardware/schweizer-online-shopping-arbeitszeit-1443084.html](http://www.computerworld.ch/business/hardware/schweizer-online-shopping-arbeitszeit-1443084.html) (abgerufen am 25.5.2022).
- 42 BGer 4A\_430/2008 vom 24.11.2008.
- 43 BGer 4A\_430/2008 vom 24.11.2008, E. 4.1.
- 44 BGer 4C.349/2002 vom 25.6.2003.
- 45 BGE 139 II 7 = Pra 102 (2013), Nr. 82, E. 7.2.
- 46 Art. 35 ArG (Schutz von schwangeren Frauen und stillenden Müttern), Art. 36 ArG (Betreuung von kranken Kindern oder Angehörigen) und seit 1.1.2021 Art. 329h und 329i OR (Urlaub für die Betreuung von Angehörigen oder gesundheitlich schwer beeinträchtigten Kindern).
- 47 [www.fingerhuth.law](http://www.fingerhuth.law) (abgerufen am 25.5.2022) oder [www.ixar.ch/team](http://www.ixar.ch/team) (abgerufen am 25.5.2022).
- 48 «Mutter ist entsetzt», 20min.ch vom 22.1.2019, [www.20min.ch/story/diese-fotos-eines-lehrers-sind-fuer-die-schule-okay-407840712152](http://www.20min.ch/story/diese-fotos-eines-lehrers-sind-fuer-die-schule-okay-407840712152) (abgerufen am 25.5.2022).
- 49 EGMR Obst c. Deutschland, 425/03 (2010); Schüth c. Deutschland, 1620/03 (2010).
- 50 Corsin Zander, Privatklinik entlässt Oberarzt nach Auftritt in SRF-Reportage, «Tages-Anzeiger» vom 31.3.2022.
- 51 BVerwG A-4619/2021, A-4705/2021, A-4723/2021, A-5017/2021 vom 26.4.2022.
- 52 Rémy Wyler/Boris Heinzer, *Droit du travail*, 3. Auflage, 2014, S. 324.
- 53 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 328 OR N 4 f.
- 54 Vgl. dazu Adrian Stähelin, Zürcher Kommentar, Art. 319–330a OR, 4. Aufl. 2016, Art. 321a OR N 29.

persönlichen Freiheit vor dem Hintergrund von Artikel 27 Absatz 2 ZGB und der Freiheitsrechte nach der EMRK nur begrenzt zulässig ist. Vorzunehmen ist daher eine einzelfallbezogene Abwägung zwischen den Rechten der Angestellten und des Arbeitgebers.

Wie eine solche Abwägung aussehen kann, zeigt sich exemplarisch an zwei EGMR-Entscheiden zur Frage ausserehelicher Beziehungen von kirchlichen Angestellten. Im Fall Schüth kam der EGMR zum Schluss, der Arbeitnehmer habe zwar durch das Eingehen des Arbeitsvertrages mit der katholischen Kirche sein Recht auf Achtung des Privatlebens eingeschränkt. Die Beschränkung gehe aber nicht so weit, im Fall einer Trennung oder Scheidung ein entspanntes Leben zu führen.<sup>55</sup> In diesem Fall kam der EGMR daher zum Schluss, die Kündigung aufgrund des ausserehelichen Verhältnisses verstosse gegen Artikel 8 EMRK.<sup>56</sup> Zur gegenteiligen Auffassung gelangte der Gerichtshof im Fall Obst, bei dem es ebenfalls um die Kündigung eines Kirchenangestellten wegen einer ausserehelichen Beziehung ging. Hier entschied der EGMR, die Konventionsrechte seien nicht verletzt, unter anderem weil der Betroffene als Pressesprecher die Mormonenkirche nach aussen vertrat.<sup>57</sup>

Die beiden EGMR-Entscheidungen zeigen exemplarisch: Bei der Frage, inwiefern der Arbeitgeber auf die privaten Tätigkeiten der Angestellten ausserhalb der Arbeitszeit einwirken kann, sind keine starren Regelungen möglich. Notwendig ist eine umfassende Abwägung der sich im Einzelfall gegenüberstehenden Interessen. Als Grundsatz lässt sich aber wohl festlegen, dass Einwirkungen auf das Privatleben der Angestellten ausserhalb der Arbeitszeit nur mit äusserster Zurückhaltung zuzulassen sind. Das gilt auch für Grundrechte wie etwa die Meinungsfreiheit<sup>58</sup>

oder Religionsfreiheit.<sup>59</sup> Beiden muss eine besonders hohe Bedeutung eingeräumt werden.

In bestimmten Fällen kann die Ausübung dieser Freiheitsrechte jedoch zu Konflikten mit dem Arbeitsverhältnis und in Ausnahmefällen zu einer Kündigung führen. Einschränkungen können sich insbesondere rechtfertigen, wenn jemand in einer leitenden Position in einem Tendenzunternehmen im Privaten strafrechtliche Grenzen überschreitet oder wenn bei privaten Tätigkeiten von Angestellten selbst ein Kontext zum Arbeitsverhältnis hergestellt wird. Würde der eingangs erwähnte Primarlehrer statt Bananen etwa ein Buch mit dem Logo seines Arbeitgebers vor sein bestes Stück halten, wäre eine Verletzung der Treuepflicht wohl zu bejahen.

## 5. Förderung von privaten Tätigkeiten

Ergänzend ist anzuführen, dass nicht nur die Beschränkung privater Tätigkeit in und ausserhalb des Arbeitsverhältnisses zu diskutieren ist, sondern auch das Gegenteil, nämlich die Förderung der privaten Tätigkeit der Angestellten durch den Arbeitgeber, und zwar in und ausserhalb der Arbeitszeit.

Gerade in einem Land wie der Schweiz, wo das Milizsystem eine tragende Säule des Staatswesens darstellt, ist dies von besonderer Bedeutung. In früheren Zeiten gehörte es zum Normalfall, dass zum Beispiel die Militärorganisation durch Milizoffiziere in deren Arbeitszeit erfolgte, ja vom Arbeitgeber aus Prestige Gründen sogar gefördert wurde. Aber auch Behördentätigkeiten und Tätigkeiten in sozialen Institutionen verdienten es, durch die Arbeitgeber gefördert statt behindert zu werden. Es erstaunt, dass darüber in

der Schweiz praktisch keine politische Diskussion stattfindet und die gesetzlichen Bestimmungen äusserst dürftig sind. Immerhin ist in Artikel 324a OR auch die Ausübung eines öffentlichen Amtes bei den Verhinderungsgründen aufgeführt. Im öffentlich-rechtlichen Bereich kennen einzelne Personalgesetze Privilegien für behördliche Tätigkeiten.<sup>60</sup> Es erscheint durchaus angebracht, dass sich der Gesetzgeber diesem Problem im öffentlichen und privaten Anstellungsrecht annimmt.

## 6. Die Überwachung der privaten Tätigkeit

Eng verbunden mit der Thematik privater Tätigkeiten am Arbeitsplatz ist die Frage nach der Kontrolle und Überwachung der Angestellten. Sehr bekannt ist in diesem Zusammenhang der sogenannte Lidl-Skandal aus dem Jahr 2008, als bekannt wurde, dass das Detailhandelsunternehmen Lidl Deutschland seine Angestellten bei der Arbeit, in den Pausenräumen und bis zu den Toilettenanlagen über mehr als zwei Jahre heimlich überwachte. Diese Überwachung wurde von den Gerichten als klar rechtswidrig beurteilt. Lidl musste eine Busse von fast 1,5 Millionen Euro zahlen.<sup>61</sup>

Auch für die Schweiz stellte das Bundesgericht bereits 2013 fest, dass der Einsatz einer Spionagesoftware unzulässig sei, selbst wenn auf diesem Wege festgestellt werden konnte, dass der fragliche Angestellte 70 Prozent seiner Zeit am Computer für ausserdienstliche Zwecke benutzte. Die fristlose Entlassung des Mannes war unzulässig und die illegal erhobenen Beweise blieben unverwertbar.<sup>62</sup> Mit Blick auf Artikel 8 EMRK kann dieser Grundsatz generell auf verdeckte Überwachungen ausgedehnt werden – also solche Überwachungen, von denen

die Angestellten nichts wissen.<sup>63</sup> Für weitergehende Informationen dazu kann auf die bestehende Literatur und Rechtsprechung verwiesen werden.<sup>64</sup>

## 7. Fazit

Private Tätigkeiten während oder ausserhalb der Arbeitszeiten sind sicher nicht ein Hauptproblem im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Angestellten. Durch die zunehmende Vermengung von Arbeit und Freizeit, vor allem infolge der Digitalisierung, muss dem Phänomen aber vermehrt Beachtung geschenkt werden.

Bisher fehlen detaillierte gesetzliche Regelungen zu dieser Thematik, sodass auf die allgemeinen Grundsätze des Arbeitsrechts, namentlich die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und die Treuepflicht des Arbeitnehmers, sowie auf den generellen Persönlichkeitsschutz nach ZGB und die Grundrechte abzustellen ist. Die meisten Probleme in diesem Kontext lassen sich auch mit gesundem Menschenverstand und Verhältnismässigkeit lösen. Als Leitlinien lässt sich festhalten, dass private Tätigkeiten in erheblichem Ausmass, die den Arbeitgeber wirtschaftlich schädigen, sicher nicht zulässig sind, während private Tätigkeiten in einem vernünftigen Ausmass zulässig sein müssen und ein totales Verbot sämtlicher privater Tätigkeiten am Arbeitsort mit Sicherheit unzulässig ist. Hingegen ergeben sich aus den Aspekten der Arbeitssicherheit und dem Gesundheitsschutz wohl ganz entscheidende Schranken für private Entfaltung und Tätigkeiten sowie die Betreuung von Haustieren am Arbeitsplatz. Abgesehen davon sind Einschränkungen durch den Arbeitgeber während der Arbeitszeit eher zu tolerieren, während solche in Bezug auf die eigentliche Freizeit nur äusserst

zurückhaltend zugelassen werden dürfen. Ausserdem sollte bei Verstössen nicht direkt gekündigt, sondern zuerst das Gespräch gesucht und allenfalls eine Verwarnung ausgesprochen werden. In allen Fällen muss uns bewusst sein, dass die rechtlichen Schutzmechanismen für Angestellte aufgrund des fehlenden Kündigungsschutzes in der Schweiz sehr beschränkt sind.

Wo Arbeitgeber dies als sinnvoll erachten, können in Reglementen, Weisungen oder Vereinbarungen im Arbeitsvertrag entsprechende Regelungen getroffen werden, wobei die in diesem Beitrag skizzierten Grundsätze zu beachten sind. Übermässig einschränkende oder unverhältnismässige Regelungen müssen von Angestellten nicht befolgt werden. Von einem zu starren Regelungskorsett, insbesondere für ganze Unternehmen oder Branchen ohne Rücksichtnahme auf den Einzelfall, ist abzuraten. Zum einen geht es in diesem Zusammenhang aus rechtlicher Sicht gerade um eine einzelfallgerichtete Interessenabwägung und Verhältnismässigkeitsprüfung, zum anderen sind auch die menschlichen Bedürfnisse der beteiligten Personen jeweils in deren Individualität zu erfassen, was bei einem zu hohen Regelungsvolumen erschwert wird.

Abschliessend sei auch daran erinnert, dass sich eine Duldung und eventuell sogar Förderung privater Tätigkeiten von Angestellten positiv auf die Zusammenarbeit, Motivation und somit auch auf die Produktivität auswirken kann, was im Ergebnis dem Arbeitgeber zugutekommt. In Zeiten, in denen sich offenbar gut die Hälfte aller Büroangestellten einsam fühlt,<sup>65</sup> kann der Einbezug des Privaten ins Arbeitsleben auch eine Chance für mehr Authentizität und Menschlichkeit im Berufsleben sein.

<sup>55</sup> EGMR Schüth c. Deutschland, 1620/03 (2010), Rz 71.

<sup>56</sup> Systematisch ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass der EGMR erkannte, dass die kirchlichen Arbeitgeber ungeachtet ihres öffentlich-rechtlichen Status nicht selbst Verpflichtete der EMRK-Garantien sind. Vielmehr sei jedoch der Staat verpflichtet, das Privatleben auch in Rechtsstreitigkeiten unter Privaten zu schützen (EGMR Schüth c. Deutschland, 1620/03 [2010], Rz 55).

<sup>57</sup> EGMR Obst c. Deutschland, 425/03 (2010), Rz 51.

<sup>58</sup> Vgl. dazu Kurt Pärli, Gutachten zur Bedeutung der EMRK und der Beschwerde an den EGMR für das schweizerische Arbeitsrecht im Auftrag des Schweizerischen Gewerkschaftsbunds (SGB), Bern 2015, N 61 ff. mit diversen Beispielfällen.

<sup>59</sup> Vgl. dazu Pärli, Gutachten, N 44 ff. mit diversen Beispielfällen.

<sup>60</sup> Als Beispiel sei auf Art. 23 Bundespersonalgesetz (BPG) sowie Art. 91 der entsprechenden Verordnung verwiesen (vgl. dazu auch Eidgenössisches Personalamt, Richtlinien zu Nebenbeschäftigung und öffentlichen Ämtern vom 20.12.2019).

<sup>61</sup> Vgl. Pärli, EuZA 2015, S. 51.

<sup>62</sup> BGE 139 II 7.

<sup>63</sup> Pärli, EuZA 2020, S. 229.

<sup>64</sup> Vgl. insbesondere Pärli, EuZA 2020, S. 224 ff.; ders., EuZA 2015, S. 48 ff.; Geiser, Digma 2015, S. 50 ff.

<sup>65</sup> Vgl. dazu Interview mit Noreena Hertz, «Wir werden einsam im Grossraumbüro», [www.zeit.de/arbeit/2022-05/noreena-hertz-einsamkeit-oeconominautorin-interview](http://www.zeit.de/arbeit/2022-05/noreena-hertz-einsamkeit-oeconominautorin-interview) (abgerufen am 10.6.2022).