



Überwachung von Mitarbeitergeschäften im Effektenhandel

Grundlagen und Schranken aus arbeitsvertraglicher und datenschutzrechtlicher Sicht

REMO WAGNER*

Der Beitrag beleuchtet die Überwachung von Mitarbeitergeschäften im Effektenhandel aus der arbeitsvertraglichen und datenschutzrechtlichen Perspektive. Zunächst richtet sich der Fokus auf die tangierten Normen und auf grundsätzliche Überlegungen zu Grundlage und Geltung entsprechender Massnahmen. In einem zweiten Schritt folgt die nähere Untersuchung ausgewählter Überwachungsformen. Dabei interessieren auch die Sanktionen, die der Arbeitgeber im Zuwiderhandlungsfall ergreifen kann.

La contribution aborde la question de la surveillance des opérations de collaborateurs dans le commerce de titres sous l'angle du contrat de travail et celui de la protection des données. Elle met tout d'abord l'accent sur les normes concernées et sur les réflexions générales relatives aux fondements et à la validité des mesures correspondantes. Dans un deuxième temps, elle analyse plus en détail certaines formes de surveillance. L'article s'intéresse aussi aux sanctions dont l'employeur dispose en cas d'infractions.

Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage
 - A. Verhinderung von Informationsmissbrauch
 - B. Zunehmende Regulierung
 - C. Arbeitsvertragliche und datenschutzrechtliche Perspektive
- II. Rechtsgrundlagen im Arbeitsvertrags- und Datenschutzrecht
 - A. Ausserdienstliches Weisungsrecht (Art. 321d OR)
 - B. Datenbearbeitung (Art. 328b OR)
 - C. Truckverbot (Art. 323b Abs. 3 OR)
 - D. Datenschutzrechtliche Bearbeitungsgrundsätze (Art. 4 ff. DSGVO)
 1. Verhältnismässigkeit/Treu und Glauben
 2. Erkennbarkeit der Datenbeschaffung
 3. Datensicherheit
- III. Grundsätzliche Überlegungen
 - A. Anscheinsvermeidung als Zweck
 - B. Vertragliche Grundlage
 - C. Persönlicher Geltungsbereich
 - D. Einwilligung als Rechtfertigungsgrund
- IV. Typische Erscheinungsformen in der Praxis
 - A. Handels- und Halteverbote
 - B. Ausschliessliche Abwicklung privater Finanzanlagen über den Arbeitgeber
 - C. Haltefristen
 - D. Genehmigungsvorbehalte
- V. Sanktionen im Zuwiderhandlungsfall
- VI. Fazit

I. Ausgangslage

A. Verhinderung von Informationsmissbrauch

Die Verhinderung des Missbrauchs von vertraulichen Informationen, deren Bekanntwerden geeignet ist, den Kurs

von Effekten erheblich zu beeinflussen (sog. Insiderinformationen), stellt ein anerkanntes Ziel in der Bankenwelt dar. Der Effektenhändler und seine Mitarbeiter dürfen vertrauliche Informationen über Kundentransaktionen nicht für Eigengeschäfte verwenden. Untersagt sind etwa das Vorlaufen (*Front Running*), Mitlaufen (*Parallel Running*) oder Anhängen (*After Running*).¹

B. Zunehmende Regulierung

Die in Art. 142 und 154 FinfraG² enthaltenen regulatorischen und nebenstrafrechtlichen Normen zum Insiderhandel untersagen das Ausnutzen von Insiderinformationen beim Effekten- und Derivatehandel durch Finanzmarktteilnehmer und wurden unverändert aus dem BEHG³ übernommen.⁴ Neben den gesetzlichen Regeln wird die Insiderproblematik namentlich im Finma-RS 2013/8 «Marktverhaltensregeln»⁵ und in den Verhaltensregeln für Effektenhändler der Schweizerischen Bankierverei-

¹ URS EMCH ET AL., Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. A., Zürich 2011, N 119 ff.; JEAN-MARC SCHALLER, Finanzanalysten-Recht, Die Berufstätigkeit der Finanzanalysten im Rahmen des Privat-, Straf- und Aufsichtsrechts, Zürich 2004, 268; WOLFGANG PORTMANN, Die Arbeitsbedingungen der Bankangestellten: Eine Darstellung und Würdigung ausgewählter Aspekte, ARV 2005, 81 f.

² Bundesgesetz vom 19. Juni 2015 über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (Finanzmarktinfrastrukturgesetz; SR 958.1).

³ Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz; SR 954.1).

⁴ Botschaft vom 3. September 2014 zum Finanzmarktinfrastrukturgesetz (FinfraG), BBl 2014 7483 ff., 7498.

⁵ Finma-Rundschreiben 2013/8 Marktverhaltensregeln, Aufsichtsregeln zum Marktverhalten im Effektenhandel, N 8 und 53 ff. (zit. Finma-RS 2013/8).

* REMO WAGNER, M.A. HSG in Law, Rechtsanwalt, Zürich.

nigung⁶ adressiert. Einigkeit besteht dahingehend, dass Eigengeschäfte von Mitarbeitern auf geeignete Weise zu überwachen sind. Die entsprechend festzulegenden internen Regeln sowie deren Durchsetzung bilden Bestandteil des Compliance-Konzepts.⁷

Betrachtet man den Umfang und Inhalt der Vorschriften zur Überwachung von Mitarbeitergeschäften näher, lässt sich eine zunehmende Regulierungsdichte feststellen.⁸ Während das Finma-RS 2008/38 noch in genereller Weise den Erlass von Massnahmen gefordert hat, die geeignet sind, Insiderhandel zu verhindern bzw. aufzudecken,⁹ äussert sich das aktuelle Finma-RS 2013/8 detaillierter zur Überwachung von Mitarbeitergeschäften.¹⁰ Ähnliches lässt sich bei den Verhaltensregeln für Effekthändler der Schweizerischen Bankiervereinigung beobachten, welche seit 2008 einen eigenen Artikel zur Überwachung von Mitarbeitergeschäften enthalten.¹¹ Im Rahmen der zurzeit laufenden Gesetzgebungsverfahren im Bereich des Aufsichtsrechts wird ferner beabsichtigt, die Überwachung von Mitarbeitergeschäften im neuen Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) zu verankern.¹² Schliesslich können der Presse Meldungen entnommen werden, wonach Banken Mitarbeitergeschäfte verstärkt überwachen.¹³

C. Arbeitsvertragliche und datenschutzrechtliche Perspektive

Die Diskussion betreffend die Überwachung von Mitarbeitergeschäften wird in der Literatur primär aus der aufsichts- und strafrechtlichen Perspektive geführt¹⁴ und man begnügt sich in der Regel mit dem Hinweis, dass geeignete Massnahmen zur Überwachung in internen Weisungen vorzusehen seien.¹⁵ Eine vertiefte Auseinandersetzung aus arbeitsvertraglicher und datenschutzrechtlicher Sicht findet – soweit ersichtlich – nicht statt. Einigkeit besteht in der Literatur dahingehend, dass die aus Art. 328 OR fliessende Fürsorgepflicht eine Überwachung der Arbeitnehmerschaft grundsätzlich mitumfasst und gleichzeitig beschränkt.¹⁶ Das Erfordernis zur Überwachung der Arbeitnehmerschaft findet sich sodann im Haftpflichtrecht (*cura in custodiendo*), wobei das haftpflichtrechtliche Bedürfnis nach möglichst weitgehender Kontrolle in einem Spannungsfeld zu arbeitsvertraglichen und datenschutzrechtlichen Prinzipien stehen kann.¹⁷

Der vorliegende Beitrag beleuchtet die Überwachung von Mitarbeitergeschäften aus der arbeitsvertraglichen¹⁸ und datenschutzrechtlichen¹⁹ Perspektive. Hierzu werden zunächst die einschlägigen Rechtsgrundlagen genannt (II.). Anschliessend folgen grundsätzliche Überlegungen zur Überwachung von Mitarbeitergeschäften (III.). In einem dritten Schritt werden typische Formen der Überwachung von Mitarbeitergeschäften untersucht (IV.).

⁶ Art. 8 und 14 Verhaltensregeln für Effekthändler bei der Durchführung des Effektenhandelsgeschäfts, 2008, Schweizerische Bankiervereinigung (zit. Verhaltensregeln für Effekthändler).

⁷ BRIGITTE HOFSTETTER, Das Compliance-Konzept zur Verhinderung von Interessenkonflikten innerhalb von Universalbanken, AJP 2002, 31 ff.

⁸ Vgl. auch THOMAS GEISER, Überwachungen am Arbeitsplatz, digma 2015, 50.

⁹ Finma-Rundschreiben 2008/38, Marktverhaltensregeln, Aufsichtsregeln zum Marktverhalten im Effektenhandel, N 56 (zit. Finma RS 2008/38).

¹⁰ Finma-RS 2013/8 (FN 5), N 53 ff.

¹¹ Art. 14 Verhaltensregeln für Effekthändler (FN 6).

¹² Art. 29 E-FIDLEG; vgl. dazu PATRICK SCHLEIFFER/PATRICK SCHÄRLI, Ein Überblick über das künftige Finanzdienstleistungsgesetz und Finanzinstitutsgesetz, GesKR 2014, 339; PASCAL PORTMANN/PHILIPPE BOCHUD, Banken und Effekthändler – Regulierung ohne Ende, EF 1-2/16, 68.

¹³ Finews, UBS weitet Mitarbeiterüberwachung aus, 30. Januar 2015, Internet: <http://www.finews.ch/news/banken/17309-ubs-compliance-boerse-insider-offenlegung-mitarbeiter-angehoerige> (Abruf 28.6.2016).

¹⁴ Vgl. KARIN LORENZ/GÜNTHER DOBRAUZ-SALDAPENNA, Die revidierte Insiderhandels- und Marktmissbrauchsregulierung, SZW 2014, 47 f.; MARTIN KARL WEBER, Informationsmissbrauch im Finanzmarkt – Eine Untersuchung des börsenrechtlichen Systems zur Ahndung von Informationsmissbrauch im schweizerischen Finanzmarkt, Zürich 2013, 197 f.; LUCA BIANCHI, Die neuen regulatorischen Rahmenbedingungen von strukturierten Produkten, GesKR 2016, 71; LUKAS FAHRLÄNDER, Der revidierte schweizerische Insiderstrafatbestand, Zürich 2015.

¹⁵ Statt vieler ALEX GEISSBÜHLER, in: Philipp Abegg et al. (Hrsg.), Schweizerisches Bankenrecht – Handbuch für Finanzfachleute, 3. A., Zürich 2012, 396.

¹⁶ Statt vieler ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich 2012, Art. 328 OR N 4; GEISER (FN 8), 50; DANIEL DONAUER/BARBARA A. MÖRI, Die privatrechtliche Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und rechtliche Konsequenzen, AJP 2015, 105.

¹⁷ THOMAS GEISER, Rechte und Pflichten von Banken und Bankmitgliedern in Verfahren vor Behörden und Gerichten (Datenherausgabe, Unterstützungspflichten, Schadenersatz), ZBJV 2016, 246.

¹⁸ Nicht eingegangen wird auf Art. 26 Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (ArGV 3; SR 822.113).

¹⁹ Nicht eingegangen wird auf die kantonalen Datenschutzgesetze.

II. Rechtsgrundlagen im Arbeitsvertrags- und Datenschutzrecht

A. Ausserdienstliches Weisungsrecht (Art. 321d OR)

Mitarbeitergeschäfte tangieren die private Sphäre des Arbeitnehmers. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers beschränkt sich jedoch grundsätzlich auf die betrieblichen Bedürfnisse (funktionale Bindung).²⁰ Ausserdienstliche, d.h. das Verhalten ausserhalb des Betriebs betreffende Weisungen darf der Arbeitgeber nur ausnahmsweise erlassen, nämlich wenn es sich um eine Konkretisierung der Treuepflicht handelt.²¹ Anders formuliert sind Weisungen nur so weit berechtigt, als die Treuepflicht des Arbeitnehmers reicht. Die Treuepflicht besteht in der Verpflichtung des Arbeitnehmers, die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren,²² wobei der Richter im Einzelfall anhand des Grundsatzes von Treu und Glauben eine Abwägung zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen vorzunehmen hat.²³ Im Zweifelsfall ist von der Freiheit des Arbeitnehmers auszugehen.²⁴ Die Zulässigkeit von Weisungen im Lichte von Art. 321d OR ist folglich mittels Interessenabwägung zu beantworten.

B. Datenbearbeitung (Art. 328b OR)

Die Bearbeitung von Daten über den Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber wird in Art. 328b OR geregelt. Eine Datenbearbeitung ist nur zulässig, wenn sie die Eignung für das Arbeitsverhältnis betrifft oder zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist. Es muss m.a.W. ein Arbeitsplatzbezug vorliegen, wobei die Interessen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber zu berücksichtigen sind. Ob im konkreten Fall eine Überwachung von Mitarbeitergeschäften unter Art. 328b OR zulässig ist, muss folglich analog zum ausserdienstlichen Weisungsrecht mittels einer Interessenabwägung beantwortet werden. Nach der

vorliegend vertretenen Auffassung kann eine Verletzung von Art. 328b OR mittels Rechtfertigungsgrund²⁵ gerechtfertigt werden.²⁶

C. Truckverbot (Art. 323b Abs. 3 OR)

Das Truckverbot untersagt Abreden über die Verwendung des Lohnes im Interesse des Arbeitgebers und stellt auf diese Weise die freie Verfügbarkeit des Lohnes für den Arbeitnehmer sicher. Der Arbeitnehmer soll den Lohn nicht in Form von Waren oder Dienstleistungen beziehen müssen, welche der Arbeitgeber produziert oder vertreibt.²⁷ Es gilt der Grundsatz «keine Ware statt Lohn».²⁸ Wird der Arbeitnehmer dazu angehalten, seine Anlage- und Handelsgeschäfte über den Arbeitgeber abzuwickeln, ist diese Verpflichtung auf ihre Vereinbarkeit mit dem Truckverbot zu prüfen.²⁹

D. Datenschutzrechtliche Bearbeitungsgrundsätze (Art. 4 ff. DSGVO)

Für private Arbeitgeber im Anwendungsbereich des DSGVO gelten die Bearbeitungsgrundsätze gemäss Art. 4 ff. DSGVO, namentlich der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, die Datenbearbeitung nach Treu und Glauben, die Erkennbarkeit der Datenbeschaffung sowie Aspekte der Datensicherheit.

²⁰ MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar, Der Arbeitsvertrag: Der Einzelarbeitsvertrag, Art. 319–330b OR, Bern 2010, Art. 321d OR N 33.

²¹ THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. A., Bern 2015.

²² Art. 321a Abs. 1 OR.

²³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 16), Art. 321a OR N 3 und 5; die (positive) Pflicht zur aktiven Förderung der Unternehmensziele stellt zwar einen Teilgehalt der Treuepflicht dar, gilt aber im ausserdienstlichen Bereich nicht: REHBINDER/STÖCKLI (FN 20), Art. 321a OR N 7.

²⁴ ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–330a OR, Band V/2c, Zürich 2006, Art. 321d OR N 11 (zit. ZK-STAEHELIN).

²⁵ Namentlich Einwilligung oder überwiegendes privates Interesse.

²⁶ In der Lehre ist strittig, ob Art. 328b OR eine Verbotsnorm darstellt und folglich die Datenbearbeitung auf Fälle mit Arbeitsplatzbezug beschränkt wird und keine Rechtfertigung mittels Rechtfertigungsgrund zulässig ist, oder ob lediglich ein Bearbeitungsgrundsatz vorliegt (Verbotsnorm: GABRIEL AUBERT, La protection des données dans les rapports de travail, in: Journée 1995 de droit du travail, Zürich 1995, 149; OLIVIER GUILLOD, Secret médical et rapports de travail, in: Journée 1997 de droit du travail et de la sécurité sociale, Volume 17, Zürich 1999, 66; ROGER RUDOLPH, Stellenbewerbung und Datenschutz, Bern 1997, 22; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH [FN 16], Art. 328b OR N 3; Bearbeitungsgrundsatz: DAVID ROSENTHAL/YVONNE JÖHRI, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich 2008, Art. 328b OR N 5 ff., mit Einschränkungen betreffend Einwilligung in N 14; THOMAS GEISER, Interne Untersuchungen des Arbeitgebers: Konsequenzen und Schranken, AJP 2011, 1050). Die Qualifikation von Art. 328b OR als Verbotsnorm führt zu unerwünschten Konsequenzen. So ist etwa nicht einsehbar, weshalb z.B. die Aufbewahrung eines Lebenslaufs eines Mitarbeiters ohne konkreten Arbeitsplatzbezug per se unzulässig sein soll.

²⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 16), Art. 323b OR N 7.

²⁸ BGer, 4C.237/2004, 1.10.2004, E. 3.1.

²⁹ Dazu unten IV.B.

1. Verhältnismässigkeit/Treu und Glauben

Die Datenbearbeitung muss stets verhältnismässig sein, das heisst, sie darf nur so weit gehen, als sie für einen bestimmten Zweck objektiv geeignet und tatsächlich erforderlich ist,³⁰ und mit Blick auf den Bearbeitungszweck und die Persönlichkeitsbeeinträchtigung in einem vernünftigen Verhältnis steht.³¹ Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz bestimmt nicht nur die Art der Daten, die bearbeitet werden dürfen, sondern auch wann, wo, wie lange, auf welche Weise und durch welche Personen eine Bearbeitung zulässigerweise stattfinden darf.³² Der Grundsatz von Treu und Glauben ist eng mit dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz verwandt, wobei die Abgrenzung fließend ist. Ein Verstoß gegen Treu und Glauben liegt etwa bei einer heimlichen Datenbearbeitung vor.³³

2. Erkennbarkeit der Datenbeschaffung

Die Datenbeschaffung muss transparent sein, was der Fall ist, wenn die betroffene Person informiert ist³⁴ oder aus den Umständen heraus mit einer Datenbeschaffung und dem Datenbearbeitungszweck rechnen muss.³⁵ Je komplexer und länger die Datenbearbeitung stattfindet, desto höher sind die Anforderungen an die Erkennbarkeit.³⁶ Die konkreten Anforderungen müssen einzelfallweise festgelegt werden und richten sich nach den allgemeinen Grundsätzen der Verhältnismässigkeit sowie Treu und Glauben.³⁷

3. Datensicherheit

Die Sicherheit der Daten muss gewährleistet werden, indem sie durch angemessene technische und organisatorische Massnahmen gegen unbefugtes Bearbeiten geschützt werden.³⁸ Die Angemessenheit beurteilt sich nach dem

Grundsatz der Verhältnismässigkeit, das heisst, es wird keine (ohnehin unrealistische) absolute Sicherheit verlangt.³⁹ Während technische Massnahmen unmittelbar mit einem technischen Informationssystem zusammenhängen, betreffen organisatorische Massnahmen das Umfeld des Systems, namentlich die bearbeitenden Personen.⁴⁰ Bei der Festlegung des Schutzniveaus sind schliesslich Art. 8 ff. VDSG⁴¹ zu beachten, welche die technischen und organisatorischen Massnahmen konkretisieren.

III. Grundsätzliche Überlegungen

A. Anscheinsvermeidung als Zweck

Arbeitnehmer besitzen ein Interesse an der uneingeschränkten Verfügungsfreiheit über ihre eigenen finanziellen Mittel, an der Gleichstellung mit übrigen Anlegern sowie allgemein an der Wahrung ihrer Persönlichkeitsrechte. Arbeitgeber wie etwa Banken und Versicherungen besitzen demgegenüber ein existenzielles Interesse an der Wahrung ihrer Glaubwürdigkeit. Für den Arbeitgeber kann dabei bereits der Anschein eines Informationsmissbrauchs – etwa wenn nicht abschliessend geklärt werden kann, ob der Arbeitnehmer von der Insiderinformation Kenntnis besitzt oder ob zwischen der Insiderinformation und der betroffenen Handlung ein Zusammenhang besteht – mit einer erheblichen Beeinträchtigung der Glaubwürdigkeit verbunden sein.⁴² Unter diesen Umständen spricht viel dafür, dass die genannten Interessen des Arbeitgebers grundsätzlich überwiegen und die Überwachung von Mitarbeitergeschäften bereits mit der Anscheinsvermeidung von Interessenkonflikten begründet werden kann.⁴³ Den Interessen der Arbeitnehmer ist bei der Ausgestaltung der einzelnen Überwachungsformen hinreichend Rechnung zu tragen.

³⁰ BBl 1988 II 450.

³¹ Art. 4 Abs. 2 DSG; BSK DSG/BGÖ-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 DSG N 11, in: Urs Maurer-Lambrou/Gabor P. Blechta (Hrsg.), Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2014 (zit. BSK DSG/BGÖ-Verfasser).

³² ROSENTHAL/JÖHRI (FN 26), Art. 4 DSG N 26.

³³ BSK DSG/BGÖ-MAURER-LAMBROU/STEINER (FN 31), Art. 4 DSG N 8.

³⁴ Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 16), Art. 328b OR N 8.

³⁵ Art. 4 Abs. 4 DSG; BSK DSG/BGÖ-MAURER-LAMBROU/STEINER (FN 31), Art. 4 DSG N 16a.

³⁶ BRUNO BAERISWYL, in: Bruno Baeriswyl/Kurt Pärli, Datenschutzgesetz (DSG), Stämpflis Handkommentar, Zürich 2015, Art. 4 N 51 (zit. SHK-Verfasser).

³⁷ BSK DSG/BGÖ-MAURER-LAMBROU/STEINER (FN 31), Art. 4 DSG N 16a m.w.H.

³⁸ Art. 7 DSG.

³⁹ BSK DSG/BGÖ-MAURER-LAMBROU/STEINER (FN 31), Art. 7 DSG N 9.

⁴⁰ Vgl. SHK-BAERISWYL (FN 36), Art. 7 DSG N 18 ff.

⁴¹ SR 235.11.

⁴² Vgl. JENNI THIER, Die Hildebrand-Affäre: Ein Rücktritt und seine Nachwirkungen, Neue Zürcher Zeitung vom 20. April 2015, Internet: <http://www.nzz.ch/wirtschaft/snb/ein-ruecktritt-und-seine-nachwirkungen-1.18521547> (Abruf 28.6.2016).

⁴³ Eine Bank darf ihren Angestellten bereits aufgrund möglicher Interessenkonflikte untersagen, Verwaltungsratsmandate ohne ihre Zustimmung zu übernehmen, vgl. BGer, Urteil vom 19.7.1996, E. 3a, in: JAR 1998, 225.

B. Vertragliche Grundlage

Die Regelung der Überwachungsmassnahmen erfolgt mittels Erlass von Weisungen,⁴⁴ d.h. einseitigen, empfangsbedürftigen Willenserklärungen, die auf einem vertraglichen Nebenrecht des Arbeitgebers beruhen.⁴⁵ Bei generell-abstrakten Regeln zur Überwachung von Mitarbeitergeschäften in Form eines Reglements handelt es sich um allgemeine Anordnungen, während eine individuell-konkrete Anweisung (z.B. die Aufforderung zur Einreichung von Unterlagen) als besondere Weisung i.S.v. Art. 321d OR zu qualifizieren ist. Eine (zweiseitige) Vertragsklausel, welche den Arbeitnehmer ausdrücklich zur Überwachung ermächtigt, erscheint nicht erforderlich.

C. Persönlicher Geltungsbereich

Die Weisungen betreffend die Überwachung von Mitarbeitergeschäften sind zunächst auf Arbeitnehmer anwendbar, die über Zugang zu Insiderinformationen verfügen und folglich einen Informationsmissbrauch begehen können. Das ist regelmässig bei Arbeitnehmern der Fall, die am operativen Tagesgeschäft oder an entsprechenden strategischen Entscheiden beteiligt sind. Im Lichte des oben zur Anscheinsvermeidung Gesagten müssen die Weisungen überdies generell für Arbeitnehmer gelten, die bei Dritten den Anschein eines Informationsmissbrauchs zu erwecken vermögen, d.h. auch für solche, die grundsätzlich keinen Zugang zu privilegierten Informationen besitzen. Nicht in den persönlichen Geltungsbereich fallen demgegenüber Arbeitnehmer, die weder Zugang zu Insiderinformationen besitzen, noch imstande sind, bei aussenstehenden Dritten den Anschein eines Informationsmissbrauchs zu erwecken.

Unterstellt der Arbeitgeber angesichts der schwierigen Abgrenzung sämtliche Arbeitnehmer der Weisung, zeitigt dies aus praktischer Sicht regelmässig keine negativen Rechtsfolgen. Denn Arbeitnehmer, die weder Zugang zu privilegierten Informationen besitzen, noch den Anschein eines Informationsmissbrauchs zu erwecken vermögen, dürfen die Befolgung der für sie rechtswidrigen Weisung ohne negative Rechtsfolgen für das Arbeitsverhältnis ablehnen.⁴⁶

⁴⁴ GEISER (FN 26), 1047; WEBER (FN 14), 197; Finma-RS 2013/8 (FN 5), N 55; vgl. BGer, Urteil vom 19.7.1996, E. 3a, in: JAR 1998, 225; vgl. auch Art. 29 Abs. 2 E-FIDLEG.

⁴⁵ ZK-STAEHELIN (FN 24), Art. 321d OR N 5a.

⁴⁶ Zur Unsinnigkeit einer Weisung vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 16), Art. 321d OR N 2 f. m.w.H.

D. Einwilligung als Rechtfertigungsgrund

Verstösst eine Überwachungsmassnahme gegen Art. 328b OR oder die datenschutzrechtlichen Bearbeitungsgrundsätze,⁴⁷ stellt sich die Frage, ob die Persönlichkeitsverletzung durch einen Rechtfertigungsgrund, namentlich die Einwilligung, gerechtfertigt ist und auf diese Weise die Widerrechtlichkeit beseitigt werden kann.⁴⁸ Damit eine Einwilligung gültig erfolgen kann, muss sie freiwillig und nach ausreichender Information erfolgen (*consentement libre et éclairé*). Ausserdem kann sie nicht blanko erteilt werden.⁴⁹ Im Zusammenhang mit Arbeitsverhältnissen ist aufgrund des Abhängigkeitsverhältnisses zwischen Arbeitnehmer und -geber fraglich, ob und inwiefern eine freiwillige Einwilligung überhaupt möglich ist. Hierfür hat stets eine einzelfallweise Beurteilung zu erfolgen.⁵⁰ Die im Voraus einzuholende, einseitig vom Arbeitnehmer erklärte⁵¹ Einwilligung in eine Überwachungsmassnahme ist jedenfalls nur dann tatsächlich freiwillig, wenn sie ohne Konsequenzen für das Arbeitsverhältnis abgelehnt werden kann.

IV. Typische Erscheinungsformen in der Praxis

A. Handels- und Halteverbote

Handels- und Halteverbote untersagen dem Arbeitnehmer, während der Dauer des Arbeitsverhältnisses Wertpapiere zu handeln oder zu halten. Das Verbot wird in der Regel auf diejenigen Wertpapiere beschränkt, die aus Sicht des Informationsmissbrauchs problematisch erscheinen. Die Fragen, ob ein Handels- und Halteverbot für bestimmte Wertpapiere als ausserdienstliche Weisung ergehen darf, und ob eine «zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderliche» Datenbearbeitung gemäss Art. 328b OR vorliegt, sind anhand einer Abwägung von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen zu beantworten.⁵²

Wie bereits erwähnt,⁵³ besitzt der Arbeitgeber ein Interesse an der Wahrung seiner Glaubwürdigkeit, welches den Interessen des Arbeitnehmers an der uneingeschränk-

⁴⁷ Vgl. Art. 4 ff. DSG.

⁴⁸ Vgl. Art. 12 f. DSG.

⁴⁹ GEISER (FN 26), 1050.

⁵⁰ VPB 2004 Nr. 68, 873.

⁵¹ Bei einer Einwilligung in Form einer zweiseitigen Vereinbarung kommt Art. 362 OR zur Anwendung, der ein Abweichen von Art. 328b OR zuungunsten des Arbeitnehmers verbietet: ROSENTHAL/JÖHRI (FN 26), Art. 4 N 101 und 103.

⁵² Vgl. oben II.A. und II.B.

⁵³ Vgl. oben III.A.

ten Verfügungsfreiheit über seine eigenen finanziellen Mittel, an der Gleichstellung mit übrigen Anlegern sowie allgemein an der Wahrung seiner Persönlichkeitsrechte in dem Sinne vorgeht, als der Arbeitgeber zum Zwecke der (Anscheins-)Vermeidung von Interessenkonflikten Mitarbeitergeschäfte grundsätzlich überwachen darf. Der mit einem Handels- und Halteverbot verbundene Eingriff in die Arbeitnehmerinteressen erscheint nicht übermässig, soweit die vom Verbot erfassten Produkte hinreichend bestimmt sind und die private Finanzanlage für den Arbeitnehmer in einem angemessenen Umfang bestehen bleibt. Das Bedürfnis nach privater Finanzanlage steigt dabei in der Regel mit zunehmendem Vermögen des Arbeitnehmers.

Den Arbeitnehmerinteressen ist bei der Überprüfung des Handels- und Halteverbots Rechnung zu tragen. Der Umfang der offenzulegenden Informationen und die Bearbeitung dieser Daten sind auf das erforderliche Mass einzuschränken, was im Übrigen auch der Grundsatz der verhältnismässigen Datenbearbeitung verlangt. Tätigt ein Arbeitnehmer private Finanzanlagen, hat er diese im Sinne der obenstehenden Interessenabwägung zwecks Überprüfung des Halte- und Handelsverbots gegenüber dem Arbeitgeber grundsätzlich offenzulegen. Soweit bestimmte Informationen nicht erforderlich sind (z.B. Wert der getätigten Finanzanlagen), darf er diese zurückbehalten. Ferner hat die Zugangs- und Aufbewahrungsregelung verhältnismässig zu sein. Der Zugang zu den sensitiven Informationen aus dem Privatbereich der Arbeitnehmer darf etwa nicht uneingeschränkt sämtlichen Compliance-Mitarbeitern offenstehen und die Aufbewahrungsdauer solcher Dokumente darf sich nicht an starren Fristen, sondern muss sich vielmehr an der Notwendigkeit der Aufbewahrung orientieren. Auch die Frage, ob eine pseudonymisierte⁵⁴ Überprüfung zu erfolgen hat, bildet Gegenstand der Verhältnismässigkeitsprüfung.

Verzichtet ein Arbeitnehmer vollständig auf private Finanzanlagen, fällt er nicht in den Geltungsbereich des Handels- und Halteverbots und es reicht nach der vorliegend vertretenen Auffassung aus, wenn er den Nichthandel schriftlich bestätigt. Eine weitergehende Mitwirkung des Arbeitnehmers an der Feststellung des Nichthandels erscheint nicht zumutbar, weshalb die Offenlegung von Kontodetails zu diesem Zweck abzulehnen ist. Liegen demgegenüber hinreichende Verdachtsmomente vor, dass ein Arbeitnehmer entgegen einer schriftlichen Bestäti-

gung des Nichthandels private Finanzanlagen handelt oder hält, muss eine Überwachung bzw. Untersuchung⁵⁵ möglich sein.

B. Ausschliessliche Abwicklung privater Finanzanlagen über den Arbeitgeber

Mit der Pflicht zur ausschliesslichen Führung von Anlage- und Handelsgeschäften über den Arbeitgeber soll verhindert werden, dass die Arbeitnehmer private Finanzanlagegeschäfte über Drittbanken tätigen. Nicht erfasst werden in der Regel die Privat- und Sparkonti des Arbeitnehmers. Die arbeitnehmer- und arbeitgeberseitig tangierten Interessen und deren Abwägung unterscheiden sich dabei nicht wesentlich von der obgenannten Konstellation. Anders als bei einem Handelsverbot wird vorliegend in die Freiheit des Arbeitnehmers eingegriffen, die Bank für private Finanzanlagen frei wählen zu können. Im Einzelfall kann dieser Eingriff im Vergleich zu übrigen Einschränkungen wie etwa einem Handelsverbot schwerer⁵⁶ oder weniger schwer⁵⁷ wiegen. Eine Pflicht zur ausschliesslichen Führung von privaten Finanzanlagen über den Arbeitgeber erscheint unter Art. 321d und Art. 328b OR jedenfalls nicht grundsätzlich als unzulässig.

Von der Pflicht zur ausschliesslichen Führung von Anlage- und Handelsgeschäften über den Arbeitgeber und den damit verbundenen (theoretischen) Zugriffsmöglichkeiten des Arbeitgebers auf die entsprechenden Daten darf indes nicht geschlossen werden, dass ein solcher Zugriff unbeschränkt zulässig ist. Der Arbeitgeber hat sich vielmehr an die datenschutzrechtlichen Bearbeitungsgrundsätze, namentlich den Grundsatz der verhältnismässigen Datenbearbeitung, zu halten.

Soweit der Arbeitnehmer seine privaten Finanzanlagen ausschliesslich über den Arbeitgeber zu führen hat, wird er zum Dienstleistungsbezug beim Arbeitgeber verpflichtet und es stellt sich die Frage der Vereinbarkeit mit dem Truckverbot. Die freie Verwendbarkeit des Lohnes wird zwar in einem weiteren Sinne eingeschränkt, jedoch nicht dergestalt, dass der Arbeitnehmer nicht mehr über

⁵⁴ Das bedeutet eine Entfernung personenbezogener Merkmale und Ersatz derselben durch einen Code, der nach bestimmten Regeln den ursprünglichen personenbezogenen Merkmalen zugeordnet werden kann: ROSENTHAL/JÖHRI (FN 26), Art. 3 DSGVO N 36.

⁵⁵ Zur Unterscheidung zwischen Überwachung und Untersuchung vgl. THOMAS GEISER, Rechte und Pflichten von Banken und Bankmitgliedern in Verfahren vor Behörden und Gerichten (Datenherausgabe, Unterstützungspflichten, Schadenersatz), ZBJV 2016, 233 ff.

⁵⁶ Z.B. ist dies vorstellbar, wenn ein Arbeitnehmer dadurch eine langjährige, durch Familientradition geprägte Beziehung zu seiner Hausbank aufgeben muss.

⁵⁷ Z.B. ist dies bei einem Arbeitnehmer vorstellbar, der keine enge Beziehung zu einer Hausbank pflegt, jedoch bestimmte (aufgrund der Weisung zur Überwachung von Mitarbeitergeschäften untersagte) Anlagen tätigen möchte.

seinen vollen Geldlohn verfügen könnte. Es besteht keine zwingende Verpflichtung zum Dienstleistungsbezug beim Arbeitgeber («falls», nicht «dass»), weshalb insoweit nicht von einem Verstoß gegen das Truckverbot gesprochen werden kann. Diese Aussage relativiert sich freilich, soweit private Finanzgeschäfte für einen Arbeitnehmer aufgrund der Grösse seines Vermögens faktisch unumgänglich sind. Eine Weisung zur ausschliesslichen Abwicklung von privaten Finanzanlagen über den Arbeitgeber zur Verhinderung eines Informationsmissbrauchs erscheint unter dem Truckverbot jedenfalls insoweit zulässig, als die dem Arbeitnehmer für die Abwicklung der privaten Handelsgeschäfte verrechneten Kosten einem Drittvergleich standhalten.

Zuweilen verlangen Arbeitgeber von ihren Arbeitnehmern, dass sie Depotbeziehungen melden, für die sie Vollmachten besitzen oder über die sie anderweitige Verfügungsmacht haben. Im Gegensatz zur Pflicht zur ausschliesslichen Abwicklung privater Finanzanlagen über den Arbeitgeber wird mit dieser Weisung lediglich eine Informationspflicht statuiert. Eine grundsätzliche Pflicht, diese Geschäftsbeziehungen zu kündigen oder zum Arbeitgeber zu transferieren, besteht regelmässig nicht. Aufgrund der geringeren Eingriffsintensität in die Arbeitnehmerinteressen fällt die Interessenabwägung nach der vorliegend vertretenen Meinung auch für diese Weisung im Allgemeinen zugunsten des Arbeitgebers aus. Im Einzelfall können sich jedoch durchaus heikle Konstellationen ergeben bezüglich der Frage, wer von wem eine Vollmacht besitzt. Selbst wenn die reine Information über eine Vollmacht an sich unproblematisch ist, kann sie zusammen mit weiteren Informationen das entscheidende Puzzlestück darstellen. Diesen Umständen ist bei der Ausarbeitung der Bearbeitungsregelung Rechnung zu tragen, etwa indem die Daten ausschliesslich durch Dritte bearbeitet und dem Arbeitgeber nicht zur Kenntnis gebracht werden.

C. Haltefristen

Eine Haltefrist beschränkt den Anlagehandel in zeitlicher Hinsicht und wird in der Lehre als grundsätzlich geeignetes Mittel angesehen, einen Informationsmissbrauch zu verhindern.⁵⁸ Sie gestattet dem Arbeitgeber, ein die Haltefrist unterschreitendes Halten von Finanzanlagen zu verbieten, um auf diese Weise möglichst den Anschein zu vermeiden, dass die betroffenen Anlagegeschäfte unter Ausnutzung bestimmter Informationen getätigt wurden. Die Dauer der Haltefrist ist einzelfallweise festzulegen.

Hinsichtlich der bei der Überprüfung der Haltefristen zu berücksichtigenden Datenbearbeitungsgrundsätze gilt das vorstehend Gesagte entsprechend.

D. Genehmigungsvorbehalte

Werden bestimmte Geschäfte einem Genehmigungsvorbehalt unterstellt, müssen diese Geschäfte vom Arbeitgeber, in der Regel von der Compliance-Abteilung, genehmigt werden. Die Zulässigkeit der Genehmigungspflicht im Lichte von Art. 321d und Art. 328b OR beurteilt sich wiederum anhand einer Interessenabwägung von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen. Der Ausgang dieser Interessenabwägung hängt massgeblich von der konkreten Ausgestaltung des Genehmigungsvorbehalts ab. Während ein Genehmigungsvorbehalt als grundsätzlich geeignet erscheint, einen Informationsmissbrauch zu verhindern, ist zu beachten, dass der Arbeitnehmer ein berechtigtes Interesse an einer klaren und zweckmässigen Ausgestaltung des Genehmigungsvorbehalts besitzt. Eine unklare oder unzweckmässige Ausgestaltung führt nicht ohne Weiteres zur Ungültigkeit der entsprechenden Weisung. Kann aber ein Genehmigungsvorbehalt ohne grösseren Aufwand umgangen werden⁵⁹ und ist er deshalb der Verhinderung eines Informationsmissbrauchs nur bedingt dienlich, wirkt sich dieser Umstand im Rahmen der Interessenabwägung nachteilig für den Arbeitgeber aus. Die Ausgestaltung des Genehmigungsvorbehalts erfolgt durch den Arbeitgeber, weshalb er für eine unklare oder unzweckmässige Ausgestaltung einzustehen hat. Ausserdem ist im Zweifelsfall grundsätzlich zugunsten der Freiheit des Arbeitnehmers zu entscheiden.⁶⁰

V. Sanktionen im Zuwiderhandlungsfall

Verstösst der Arbeitnehmer gegen eine gültige Weisung betreffend Mitarbeitergeschäfte, verletzt er die Pflicht zur Befolgung von Weisungen (Art. 321d OR) sowie die Treuepflicht gegenüber dem Arbeitgeber (Art. 321a OR).

In schweren Fällen kann die Verletzung einen wichtigen Grund gemäss Art. 337 OR darstellen und zu einer fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses führen.⁶¹

⁵⁹ Etwa indem eine betragsmässige Freigrenze pro Devisentransaktion festgelegt wird (z.B. CHF 25'000 pro Transaktion), welche bei einer grösseren Transaktion durch Aufspalten in mehrere kleine Transaktionen ohne Weiteres umgangen werden kann.

⁶⁰ ZK-STAEHELIN (FN 24), Art. 321d OR N 11.

⁶¹ Umgekehrt kann eine unverhältnismässige Überwachung für Arbeitnehmer ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung sein: BGer, Urteil vom 13.3.1986, in: JAR 1988, 283.

⁵⁸ SCHALLER (FN 1), 268; PORTMANN (FN 1), 81.

Um das Risiko einer missbräuchlichen Kündigung zu vermeiden, kann dabei – zumindest bei weniger schweren Fällen – ein vorgängiger Verweis erforderlich sein.⁶² Stets möglich ist die Auflösung des Arbeitsverhältnisses mittels ordentlicher Kündigung.⁶³

Der Arbeitgeber kann den Arbeitnehmer zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands (z.B. Glattstellung der betroffenen Positionen) auffordern. Kommt der Arbeitnehmer dieser Aufforderung nicht nach, steht dem Arbeitgeber die Durchsetzung des Weisungsrechts mittels Leistungsklage offen, wobei davon in der Praxis in den wenigsten Fällen Gebrauch gemacht werden dürfte.⁶⁴

Wurde der Arbeitgeber durch die Verletzung geschädigt, kann er vom Arbeitnehmer Schadenersatz verlangen.⁶⁵ Um damit verbundene Schwierigkeiten (insbesondere den Schadensnachweis) zu verhindern, erscheint es aus Arbeitgebersicht vielfach zweckmässiger, im Arbeitsvertrag oder in einem Reglement eine Konventionalstrafe zu vereinbaren, wonach etwa der durch die Verletzung der Weisung erzielte Gewinn an den Arbeitgeber zu bezahlen ist.⁶⁶ Auch denkbar ist die Kürzung oder Verweigerung der Gratifikation (nicht aber des Lohnes) des betroffenen Arbeitnehmers. Die Zulässigkeit solcher Disziplinar-massnahmen steht freilich unter dem Vorbehalt, dass sie im Arbeitsvertrag klar umschrieben, verhältnismässig und vorbestimmt sind.⁶⁷ Dies schliesst eine Auferlegung von Disziplinar-massnahmen nach Belieben des Arbeitgebers aus.

Eine Kombination der genannten Massnahmen ist grundsätzlich möglich, indem der Arbeitgeber für denselben Vorfall etwa eine Konventionalstrafe geltend macht und einen Verweis ausspricht.

VI. Fazit

Die arbeitsrechtliche Zulässigkeit von Weisungen betreffend die Überwachung von Mitarbeitergeschäften beurteilt sich im Wesentlichen aufgrund einer Abwägung von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen. Während der Arbeitnehmer ein Interesse an der uneingeschränkten Verfügungsfreiheit über seine eigenen finanziellen Mittel, an der Gleichstellung mit übrigen Anlegern sowie allgemein

an der Wahrung seiner Persönlichkeitsrechte besitzt, hat der Arbeitgeber ein existenzielles Interesse an der Wahrung seiner Glaubwürdigkeit. Die Glaubwürdigkeit des Arbeitgebers kann bereits dann beeinträchtigt sein, wenn der Anschein eines Informationsmissbrauchs besteht. Die Interessenabwägung führt nach der vorliegend vertretenen Auffassung zu einer grundsätzlichen Zulässigkeit von Weisungen betreffend die Überwachung von Mitarbeitergeschäften aus arbeitsvertraglicher und datenschutzrechtlicher Sicht. Die Weisungen können freilich unterschiedliche Erscheinungsformen aufweisen und sind jeweils einzelfallweise zu beurteilen. Handels- und Halteverbote sind etwa als grundsätzlich zulässig zu betrachten, soweit die vom Verbot erfassten Produkte hinreichend bestimmt sind und die private Finanzanlage für den Arbeitnehmer in einem angemessenen Umfang bestehen bleibt. Auch die Pflicht zur ausschliesslichen Abwicklung privater Finanzanlagen über den Arbeitgeber, Haltefristen oder Genehmigungsvorbehalte erscheinen nicht grundsätzlich als unzulässig. Im Zuwiderhandlungsfall sind Sanktionen möglich, z.B. in Form einer arbeitsvertraglich vereinbarten Konventionalstrafe.

Die Datenbearbeitung des Arbeitgebers im Zusammenhang mit der Überwachung von Mitarbeitergeschäften hat den datenschutzrechtlichen Bearbeitungsgrundsätzen zu entsprechen, was insbesondere bedeutet, dass die Datenbearbeitung auf die geeigneten und erforderlichen Daten einzuschränken ist, nur bestimmte Compliance-Mitarbeiter auf die Daten zugreifen dürfen und die Daten gelöscht werden müssen, sobald deren Aufbewahrung nicht mehr notwendig ist.

⁶² Vgl. BGer, 4C.119/2006, 29.8.2006, E. 3.

⁶³ Art. 335 ff. OR.

⁶⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 16), Art. 321a OR N 3 und Art. 321d OR N 7.

⁶⁵ Art. 321e OR.

⁶⁶ Vgl. ArbGer Zürich, Urteil vom 28.1.2008, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2008, Nr. 3.

⁶⁷ Vgl. BGE 119 II 162 E. 2, in: Pra 1994, Nr. 11.