

Jusletter

Videoüberwachung der Polizei war rechtswidrig

Besprechung des Urteils des Bundesgerichts 6B_181/2018 vom 20. Dezember 2018

Autoren/Autorinnen: Thomas Geiser / Ursula Uttinger

Beitragsart: Urteilsbesprechungen

Rechtsgebiete: Datenschutz, Arbeitsrecht, Strafprozessrecht

Zitiervorschlag: Thomas Geiser / Ursula Uttinger, Videoüberwachung der Polizei war rechtswidrig, in: Jusletter 25. Februar 2019

Finden in einem Betrieb Diebstähle statt, die den Umständen entsprechend dem Personal zugeordnet werden müssen, ist das für den gesamten Betrieb äussert unangenehm. Solange der Sachverhalt nicht geklärt und die schuldige Person nicht gefunden ist, liegt der Verdacht auf allen und es entsteht ein Klima des Misstrauens. Das Betriebsklima ist schwer beeinträchtigt. Alle – mit Ausnahme des Täters – haben ein Interesse an der Klärung des Sachverhalts. Die Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin gebietet eine Klärung, damit der Verdacht der Täterschaft auf den Unschuldigen nicht länger lastet.

[Rz 1] Wiederholen sich die Diebstähle, ist eine Überwachung der neuralgischen Stellen im Betrieb der einfachste Weg für die Klärung der Vorgänge. Es muss jedoch vorgängig hinterfragt werden, ob es nicht ein anderes Mittel, das weniger stark in die Persönlichkeitsrechte eingreift, gibt. Eine Überwachung kann nämlich mit dem Persönlichkeitsschutz und deshalb mit der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin¹ kollidieren. Zum Persönlichkeitsschutz gehört auch der Schutz der Privatsphäre². So kann die individuelle unbegründete Taschenkontrolle eine Verletzung der Privatsphäre und damit von Art. 328 OR darstellen. Insbesondere bei Verkaufs- und Kassenpersonal sind Taschenkontrollen nur zulässig, wenn sie die allgemeinen Voraussetzungen der Verhältnismässigkeit erfüllen, also insbesondere Eignung, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit.³ Zum Persönlichkeitsschutz gehört aber auch der Datenschutz, der ein Ausfluss der informationellen Selbstbestimmung darstellt. In das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und damit in die Privatsphäre⁴ greift die Arbeitgeberin ein, wenn sie ihre Arbeitnehmer durch Videokameras überwacht. Die informationelle Selbstbestimmung wird nicht nur durch das DSG, Art. 28 ZGB und Art. 328 OR geschützt, sondern stellt auch ein Grundrecht dar. Art. 13 Abs. 2 BV schützt nicht nur vor Missbrauch persönlicher Daten, sondern erfasst grundsätzlich datenbezogene Tätigkeiten in ihrer ganzen Breite, wie das Erheben, Sammeln, Aufbewahren, Speichern, Bearbeiten sowie Weiter- und Bekanntgeben von persönlichen Daten an Dritte.⁵ Als Grundrechtseingriff bedürfen alle diese Tätigkeiten eines Rechtfertigungsgrundes. Dafür kommen die Einwilligung der Betroffenen, überwiegende Interessen oder eine gesetzliche Grundlage in Frage. Weitere spezialgesetzliche Einschränkungen sind zu beachten, wie das Verbot von Überwachungs- und Kontrollsystemen, die das Verhalten der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz überwachen sollen.⁶

[Rz 2] Die Schranken solcher Überwachungsmaßnahmen zeigten sich auch in dem kürzlich vom Bundesgericht beurteilten Fall [6B_181/2018](#) vom 20. Dezember 2018. Der Geschäftsführer eines Detailhandelsgeschäfts meldete der Polizei, dass seit einiger Zeit immer wieder Bargeld aus der Kasse verschwunden war, und reichte Strafanzeige gegen unbekannt ein. Die Polizei – nicht der Geschäftsführer – installierte sodann mit dessen Einverständnis aber ohne Wissen des Personals eine Videoüberwachung im Tresorraum, in dem die Diebstähle erfolgt waren. Dadurch konnte eine Angestellte des Diebstahls überführt werden und wurde deshalb gebüsst. Auf deren Beschwerde hin hob das Bundesgericht die Busse auf, weil die Videoüberwachung nicht rechtmässig war und damit auch nicht als Beweismittel hätte berücksichtigt werden dürfen.⁷ Die polizeiliche Videoüberwachung hätte von der Staatsanwaltschaft angeordnet und von einem Zwangsmassnahmengericht bewilligt werden müssen, was im konkreten Fall nicht geschehen war. Für eine Verurteilung durfte folglich auf dieses Beweismittel nicht abgestellt werden. Das Bundesgericht wies die Sache an die Vorinstanz zurück, damit diese prüfen konnte, ob andere Beweise für eine Verurteilung ausreichten.

[Rz 3] Der Entscheid betraf das Strafverfahren. Lässt er sich auch auf andere Rechtsgebiete übertragen? Das Bundesgericht erwähnt frühere Entscheide aus dem Bereich des Strafrechts und des Sozialversicherungsrechts,⁸ die teilweise in eine andere Richtung weisen, und hält fest, dass dort die Verletzung eines Grundrechts nicht zur Diskussion gestanden habe.⁹ Soweit es um den Entscheid im Strafrecht geht, ist der Widerspruch eklatant: Nachdem in dem im Urteil [6B_536/2009](#) vom 12. November 2009 zu behandelnden Fall die Arbeitgeberin gegen die Einstellungsverfügung an das Bundesgericht gelangte und die Verwertung der Videoaufnahmen verlangte, ist nicht zu sehen, warum das Bundesgericht die Grundrechte der Beschuldigten, die im Verfahren vor Bundesgericht keine Parteistellung hatte, in seine Überlegungen nicht miteinbezog. Das Argument, eine Grundrechtsverletzung sei nicht geltend gemacht worden und das Bundesgericht überprüfe diese nur auf Rüge hin, ist bei dieser Verfahrenskonstellation nicht möglich, da die durch die Grundrechte geschützte Person am Verfahren vor Bundesgericht gar nicht beteiligt war. Ähnliche Überlegungen greifen auch im zweiten Fall, in dem die Beschwerde einer Pensionskasse gutgeheissen wurde, welche mit verdeckten Videoaufnahmen nachweisen wollte, dass keine Invalidenrente geschuldet war.¹⁰ In die gleiche Richtung wie der neue Entscheid geht demgegenüber ein Urteil des Bundesgerichts, welches die Rechtmässigkeit der Kündigung betraf. Das Bundesgericht bezeichnet den verdeckten Einsatz eines Überwachungsprogrammes zwecks Bestätigung des Verdachts, ein Arbeitnehmer missbrauche die ihm im Informatikbereich zur Verfügung gestellten Mittel für dienstfremde Zwecke, als unzulässig oder zumindest unverhältnismässig im Sinne von Art. 26 Abs. 1 und Abs. 2 [ArGV 3](#) und damit auf Grund einer Abwägung zwischen öffentlichem Interesse an der Wahrheitsfindung und privatem Interesse des Arbeitnehmers am Schutz seiner Persönlichkeit als im Prozess über die Entlassung nicht verwertbares Beweismittel.¹¹

[Rz 4] Alle diese Entscheide enthalten umfangreiche Ausführungen zur Auslegung von Art. 26 [ArGV 3](#) und halten fest, dass die Verhaltensüberwachung nur dann unzulässig sei, wenn sie die Gesundheit der Arbeitnehmer gefährde. Dass diese Voraussetzung bei einer verdeckten Videoüberwachung nie gegeben sein kann, weil der Arbeitnehmer ja von ihr gar keine Kenntnis hat, und sie damit auch seine Psyche und sein Verhalten gar nicht beeinflussen kann, ist evident. Die Gesundheitsgefährdung kann von einer Verhaltensüberwachung durch eine Videokamera nur ausgehen, wenn der Arbeitnehmer von ihr Kenntnis hat. Entsprechend kann Art. 26 [ArGV 3](#) nur einer Einwilligung entgegenstehen, nicht aber einer dem

Arbeitnehmer gar nicht bekannten Überwachung. Die Rechtswidrigkeit der verdeckten Videoüberwachung kann sich folglich immer nur aus dem Persönlichkeitsschutz bzw. dem Datenschutz ergeben und dem entsprechenden Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung.

[Rz 5] Grundrechte richten sich in erster Linie gegen den Staat. Insofern ist es zutreffend, sie bei einem Strafverfahren in jedem Fall zu berücksichtigen. Sie müssen aber in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen und die Behörden haben dafür zu sorgen, dass sie, soweit sie dafür geeignet erscheinen, auch unter Privaten wirksam werden.¹² Mit den Art. 328 ff. OR und Art. 6 ArG hat der Gesetzgeber die Grundlage geschaffen, dass das in Art. 13 BV verankerte Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Arbeitnehmers auch von der privaten Arbeitgeberin (und der Pensionskasse) zu respektieren ist. Insofern sollten die Kriterien für die Verwertbarkeit von verdeckten Videoüberwachungen sich im Strafprozess und dem Zivilprozess nicht grundsätzlich unterscheiden.

[Rz 6] Im Ergebnis ist der neue Entscheid des Bundesgerichts überzeugend. Verdeckten Überwachungen hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte gestützt auf Art. 8 EMRK Schranken gesetzt.¹³ Zwar sprach sich der Gerichtshof nicht grundsätzlich gegen eine verdeckte Überwachung des Arbeitnehmers durch die Arbeitgeberin aus, aber er setzte klare Vorgaben für eine zulässige Überwachung. Eine solche setzt voraus, dass der Arbeitnehmer im Voraus über die Möglichkeit einer Überwachung sowie deren Art und Weise und den möglichen Umfang unterrichtet worden ist. Zudem muss bekannt sein, unter welchen Voraussetzungen und Umständen und aus welchen Gründen eine Überwachung im Einzelfall angeordnet werden kann. Die Arbeitgeberin darf zum Mittel der Überwachung nur greifen, wenn keine weniger schwerwiegenden Mittel zur Verfügung stehen, d.h. wenn die Massnahme verhältnismässig ist. Schliesslich muss der Arbeitnehmer informiert werden, dass die Überwachung stattgefunden hat. In der Schweizerischen Rechtspraxis blieb bis anhin das vom EGMR aufgestellte Erfordernis weitgehend unbeachtet, dass in jedem Fall die Arbeitnehmenden im Voraus auf die Möglichkeit einer Überwachung im Bedarfsfall aufmerksam gemacht werden müssen. Die Unterlassung dieser Information bietet den Anwälten und Anwältinnen von Arbeitnehmenden wohl eine griffige Waffe.

THOMAS GEISER. Prof. Dr. iur., Redaktor Arbeitsrecht von Jusletter.

URSULA UTTINGER, lic. iur. / exec. MBA HSG, Präsidentin Datenschutz-Forum Schweiz, Zürich;
www.ursula-uttinger.ch.

1 Art. 328 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR; SR 220).

2 Vgl. Art. 13 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101); Art. 8 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974 (EMRK; SR 0.101); Art. 17 Abs. 1 UNO-Pakt-II; THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER/KURT PÄRLI, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2019, Rz. 456a.

3 GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 2), Rz. 456a mit Hinweis.

4 Vgl. BGE 138 I 331 E. 5.1.; BGE 137 I 167 E. 3.2.

5 Urteil des Bundesgerichts 6B 181/2018 vom 20. Dezember 2018, E. 4.2.; BGE 138 I 331 E. 5.1.

- 6 Art. 26 Abs. 1 der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz vom 18. August 21993 (ArGV 3; [SR 822.113](#)).
- 7 Urteil des Bundesgerichts [6B_181/2018](#) vom 20. Dezember 2018.
- 8 Urteil des Bundesgerichts [6B_536/2009](#) vom 12. November 2009 und Urteil des Bundesgerichts [9C_785/2010](#) vom 10. Juni 2011.
- 9 Urteil des Bundesgerichts [6B_181/2018](#) vom 20. Dezember 2018 E. 4.3.
- 10 Urteil des Bundesgerichts [9C_785/2010](#) vom 10. Juni 2011.
- 11 BGE 139 II 7.
- 12 Art. 35 Abs. 1 und 3 [BV](#).
- 13 Urteil des EGMR [Bărbulescu v. Romania](#) vom 5. September 2017, application no. 61496/08.