# Big Brother

geschrieben von Lea Sturm | August 23, 2019

**Vor Kurzem wurden an einer Hochschule von Mitarbeitenden Sensoren in Unterrichts- und Sitzungsräumen und auch in Büros entdeckt. Gemäss Aussage der Hochschule dienen die Sensoren der genauen Ermittlung der Raumbelegung. Aufgrund der daraus gewonnenen Erkenntnisse soll die Planung der Raumeinteilung optimiert werden. Die Mitarbeitenden der Hochschule fühlen sich durch die Sensoren gestört und befürchten eine Überwachung der Präsenzzeiten (Artikel 20min vom 3. Mai 2019).**

Immer wieder tauchen im Zusammenhang mit dem Thema Überwachung am Arbeitsplatz Fragen hinsichtlich deren Zulässigkeit auf. Seien es die eingangs erwähnten Sensoren, das Mithören von Telefonaten durch den Vorgesetzten oder dessen Zugriff auf die E-Mail-Accounts von Mitarbeitenden: Sowohl seitens des Arbeitgebers als auch seitens der Arbeitnehmenden bestehen oft grosse Unsicherheiten darüber, ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen solche Überwachungsmassnahmen rechtlich zulässig sind.

## Grundsatz

Der Arbeitgeber hat auf die Gesundheit der Arbeitnehmenden gebührend Rücksicht zu nehmen, er muss die Persönlichkeit der Arbeitnehmenden achten und schützen. Somit sind im Grundsatz Überwachungs- und Kontrollsysteme, die der Verhaltensüberwachung der Mitarbeitenden dienen, illegal (Art. 26 Abs. 1 Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz [ArGV3]).

Zulässig sind auf rein technische oder sachliche Kriterien begrenzte Kontrollen, die keinen Bezug zur Person des Arbeitnehmers nehmen. Anerkannt ist der Einsatz von Überwachungssystemen zur Überwachung von Produktionsabläufen, aus Sicherheitsgründen und in bestimmten Fällen auch für die Leistungsüberwachung. Sind Überwachungs- oder Kontrollsysteme

aus solchen Gründen erforderlich, sind sie dennoch so zu gestalten und anzuordnen, dass die Gesundheit und die Bewegungsfreiheit der Arbeitnehmer dadurch nicht beeinträchtigt werden (Art. 26 Abs. 2 ArGV3).

## Interessenabwägung

Einem allfälligen berechtigten Interesse eines Arbeitgebers an einer bestimmten Überwachungsmassnahme stehen immer die Rechte der Arbeitnehmenden auf den Schutz ihrer persönlichen Integrität entgegen. Auch wenn also ein berechtigtes Interesse an einer Massnahme durch den Arbeitgeber besteht, muss dieses das Interesse der Mitarbeitenden am Schutz ihrer Privatsphäre überwiegen.

Ein überwiegendes Interesse an einer Überwachungsmassnahme ist insbesondere dann anzunehmen, wenn es um Sicherheitsaspekte geht. Zu denken ist dabei an eine Videoüberwachung von Kassenbereichen oder von unübersichtlichen Parkplätzen. Auch kann die Einhaltung von Reglementsbestimmungen oder Weisungen zur Dokumentenverwaltung oder der Schutz anderer Arbeitnehmenden vor Mobbing ein berechtigtes Interesse an einer Überwachungsmassnahme darstellen, ebenso wie eine Messung von Kundenfrequenzen oder eine Analyse des durchschnittlichen Verhaltens von bestimmten Kundenkategorien. Unzulässig wäre es jedoch, Mitarbeitende unter einem solchen Vorwand mit GPS-Trackern auszustatten und ihnen aufgrund deren Auswertung beispielsweise vorzuhalten, sich zu lange mit einem Arbeitskollegen aufgehalten zu haben. Dies würde einer unzulässigen Verhaltensüberwachung gleichkommen.

Im Fall der Hochschule Luzern war diversen Artikeln zu entnehmen, dass die rund 500 Infrarotsensoren in Unterrichts- und Sitzungsräumen sowie in den Büros Aufschlüsse über die Raumbelegung geben sollen, um die Ausnutzung der entsprechenden Räume zu optimieren und damit dem bestehenden Platzmangel entgegenzuwirken. Dazu würden die Sensoren aufzeichnen, ob, wann und in welchen Zonen sich Personen

aufhalten sowie die Raumtemperatur und die Luftfeuchtigkeit messen. Sofern dazu keine personenbezogene Datenauswertung erfolgt, wie von der Hochschule bestätigt, stellt dieser Zweck ein berechtigtes, das Interesse der Mitarbeitenden am Schutz ihrer Persönlichkeit überwiegendes Interesse dar.

## Verhältnismässigkeit der Überwachungsmassnahme

Liegen sachliche Gründe für eine bestimmte Überwachungsmassnahme vor und überwiegen die Interessen an dieser Massnahme das Interesse der Arbeitnehmenden am Schutz ihrer Privatsphäre, muss die fragliche Massnahme in Bezug auf den mit ihr verfolgten Zweck zusätzlich auch vor dem Prinzip der Verhältnismässigkeit standhalten. Das heisst, die Massnahme muss geeignet und insbesondere für das angestrebte Ziel erforderlich sein, mit anderen Worten darf der Zweck der Überwachungsmassnahme nicht durch ein milderes Mittel erreicht werden können, welches weniger stark in die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmenden eingreift. Letztlich muss die Massnahme auch in einem vernünftigen Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen.

Im Falle der Hochschule Luzern stellt sich daher die Frage, ob die Datensammlung mittels der angebrachten Sensoren tatsächlich erforderlich ist, zumal die Raumbelegung – zumindest die Unterrichts- und Sitzungsräume – allenfalls auch mittels Abgleich der Stundenpläne und der Klassenspiegel ermittelt werden könnten.

Sodann ist im Rahmen der Verhältnismässigkeit auch die zeitliche Komponente bzw. die Einsatzdauer der entsprechenden Massnahme zu beachten. Bestimmte Zwecke verlangen keine permanente Überwachung, und spätestens bei der Erreichung des angestrebten Ziels ist der weitere Einsatz nicht nur nicht mehr erforderlich und damit unverhältnismässig, sondern wird auch nicht mehr durch ein berechtigtes Interesse

gerechtfertigt. So mag es zum Zweck der Optimierung der Raumbelegung zulässig sein, dass eine Hochschule in Unterrichts- und Sitzungsräumen sowie in bestimmten Büros Sensoren anbringt, sobald die für die Analyse notwendige Datensammlung jedoch abgeschlossen ist, entfällt das überwiegende Interesse an den Sensoren, sie müssen entfernt werden.

## Abhören von Telefongesprächen

Ohne ein entsprechendes Reglement ist unklar, ob Arbeitnehmende zur privaten Telefonnutzung berechtigt sind. Bestehen keine ausdrücklichen Einschränkungen, wird grundsätzlich davon ausgegangen, dass private Telefonate in einem gewissen Rahmen vom Arbeitgeber geduldet sind und keine Überwachung besteht.

Von Arbeitnehmenden am Arbeitsplatz geführte Telefongespräche dürfen nur aus Gründen der Leistungskontrolle oder aus Sicherheitsgründen mitgehört oder gar aufgezeichnet werden. Darüber hinaus müssen die entsprechenden Mitarbeiter darüber eindeutig und rechtzeitig in Kenntnis gesetzt werden und damit einverstanden sein.

Ein sachlicher Grund für das Abhören von Telefonaten besteht beispielsweise dann, wenn ein Verbot Auslandsgespräche über das Geschäftstelefon zu führen, in einem Nutzungsreglement festgehalten ist. Das Abhören stellt grundsätzlich auch ein taugliches Mittel dar, um einen diesbezüglichen Missbrauchsverdacht zu klären. Trotzdem erweist sich diese Überwachungsmassnahme allenfalls als unverhältnismässig, da das damit verfolgte Ziel auch durch eine technische Vorrichtung, welche Auslandsanrufe verhindert oder eine vorgängige Autorisierung verlangt, erreicht werden kann. Ist eine solche mildere Massnahme zur Erreichung eines definierten Ziels denkbar, erweist sich die Telefonüberwachung als unverhältnismässig und damit unzulässig. Sodann ist auch die zeitliche Komponente zu überprüfen, zumal bestimmte Zwecke

keine andauernde Überwachung verlangen. So kann es beispielsweise zum Zweck der ökonomischen Optimierung zulässig sein, die zurückgelegten Fahrwege von Firmenfahrzeugen zu erfassen und auszuwerten; dürfen die Fahrzeuge aber auch privat genutzt werden, muss die technische Überwachungsmassnahme während der Freizeit ausgeschaltet sein.

## Überwachung des E-Mail-Verkehrs

Das personenbezogene Auswerten der Logdaten bezüglich des «Surfen» und «Mailen» am Arbeitsplatz ist grundsätzlich nicht zulässig (Art. 26 Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz). Der Einsatz von Key-Loggern und anderen Überwachungsprogrammen, welche jede Tätigkeit der Mitarbeitenden am Computer erfassen, ist daher ohne richterliche Anweisung verboten, ebenso wie der flächendeckende sogenannte Content Scanner, welcher jedes gesendete oder erhaltene E-Mail auf vordefinierte Stichwörter untersuchen und entsprechend reagieren kann (Sperrung/Löschung der E-Mail, Benachrichtigung des Systemadministrators oder auch der vorgesetzten Person). Ohnehin ist die Tauglichkeit solcher Programme fragwürdig, da sie durch das Ausschreiben von Spezialzeichen oder durch eine verklausulierte Sprache leicht umgangen werden können.

## Videoüberwachung

Auch visuelle Kontrollsysteme dürfen grundsätzlich nicht zur Überwachung der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz eingesetzt werden. Für die Installation einer Videoüberwachungsanlage in einem Unternehmen ist auch Art. 13 des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) zu beachten. Er hält in Übereinstimmung mit Art. 26 ArGV3 fest, dass eine Verletzung der Persönlichkeit widerrechtlich ist, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch das Gesetz gerechtfertigt ist.

Werden beispielsweise an Kassen aus Sicherheitsgründen Videoüberwachungsanlagen eingesetzt, sind sie so anzubringen

und anzuordnen, dass die Gesundheit und Bewegungsfreiheit der Arbeitnehmenden dadurch nicht beeinträchtigt werden. Das heisst insbesondere, dass bei einer Videoüberwachung aus Sicherheitsgründen die Arbeitnehmenden nicht oder nur ausnahmsweise von der Kamera erfasst werden dürfen. Auch dies ist dem Verhältnismässigkeitsprinzip geschuldet, zumal die angestrebte Sicherheit keine Überwachung der Mitarbeitenden erfordert.

## Folgen einer unzulässigen Überwachung

Der Einsatz von unzulässigen Überwachungsmassnahmen stellt eine Verletzung von Art. 26 ArGV3 dar, was durch das Arbeitsinspektorat geahndet wird, und für die betroffenen Arbeitnehmenden stellen sie eine Persönlichkeitsverletzung bzw. eine Verletzung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers dar. Die betroffenen Arbeitnehmenden haben die Möglichkeit, gegen den Arbeitgeber eine Zivilklage zu erheben, um die Datenbearbeitung zu sperren und zu löschen und um zu verhindern, dass Daten an Dritte bekannt gegeben werden. Unter Umständen bestehen auch Genugtuungs- und Entschädigungsansprüche gegenüber dem Arbeitgeber, und letztlich stellt die Persönlichkeitsverletzung auch ein Kündigungsgrund für die Arbeitnehmenden dar, wobei allfällige nachträgliche Konkurrenzverbote wegfallen.

Darüber hinaus kann eine nicht gesetzeskonforme Überwachung von Mitarbeitenden auch strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Werden Gespräche von Mitarbeitenden ohne ihre Einwilligung aufgenommen, kann ein Verstoss gegen Art. 179bis des Strafgesetzbuches (StGB) vorliegen, was mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft werden kann. Sodann kann auch das Anfertigen von Videoaufnahmen ohne Einwilligung der Mitarbeitenden gemäss Art. 179quater StGB mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder einer Geldstrafe geahndet werden.