



Newsletter 1/2017

Berichtszeitraum 1. Januar - 31. März 2017

Inhalt

I. Editorial.....	3
II. Anmerkung zum EuGH.....	4
III. Anmerkung zum EGMR	9
IV. Verfahren vor dem EuGH	16
1) Allgemeine Fragen.....	16
2) Arbeitszeit und Arbeitsschutz	17
3) Befristungen.....	18
4) Betriebsübergang	19
5) Entsendung von Arbeitnehmern.....	21
6) Gleichbehandlung.....	22
7) Insolvenzrecht.....	25
8) Soziale Sicherheit.....	25
9) Teilzeitarbeit	28
10) Urlaubsrecht	28
11) Vergaberecht	29
V. Verfahren vor dem EGMR	30
1) Arbeitnehmerdatenschutz	30
2) Betriebliche Altersversorgung.....	30
3) Gleichbehandlung.....	31
4) Meinungsfreiheit	31
5) Soziale Sicherheit.....	32
6) Verfahrensrecht.....	33
7) Zwangsarbeit	34

VI. Sonstige Informationen	36
1) Europäische Union	36
2) Europarat	39
3) Internationale Arbeitsorganisation (ILO)	40
4) Vereinte Nationen	42
5) EFTA-Gerichtshof	43

III. Anmerkung zum EGMR

Fehlende gesetzliche Grundlage zur Überwachung einer verunfallten Arbeitnehmerin durch die gesetzliche Unfallversicherung – EGMR vom 18. Oktober 2016 – Nr. 61838/10 – [Vukato-Bojic / Schweiz](#)

Anmerkung von Prof. Dr. Kurt Pärli, Universität Basel

Zitervorschlag: Pärli, HSI Newsletter 1/2017, Anm. unter III.

1. Sachverhalt und innerstaatliche Prozessgeschichte

Sachverhalt und Prozessgeschichte sind sehr komplex, da der Fall zum einen sehr lange zurück liegt und sich zum anderen Verfahren der gesetzlichen Unfallversicherung mit denjenigen der gesetzlichen Invalidenversicherung überlagerten (die nachfolgende Sachverhaltsdarstellung orientiert sich am in Straßburg angefochtenen Urteil des schweizerischen Bundesgerichts, [8C 629/2009](#); siehe bereits die kurze Darstellung des Falles im Newsletter 04/2016). Bevor auf den eigentlichen Sachverhalt eingegangen wird, sind ein paar wenige Ausführungen zur Absicherung bei Unfällen nach schweizerischer Rechtslage notwendig. In der Schweiz sind alle Arbeitnehmer obligatorisch gegen Unfallrisiken versichert. Wer mindestens acht Stunden pro Woche arbeitet, ist zudem nicht nur bei Berufsunfällen, sondern auch bei Nichtberufsunfällen (Freizeitunfällen) im Rahmen der obligatorischen Unfallversicherung versichert. Die Unfallversicherung (UV) kommt dabei für die Kosten der Heilbehandlung auf und gewährt Geldleistungen (Taggelder und Renten). Führt ein Unfall zu einer drohenden Invalidität oder ist diese eingetreten, so kommen überdies Leistungen der Eidgenössischen Invalidenversicherung (IV) zum Tragen. Wie der folgende Sachverhalt und die Prozessgeschichte zeigen, hängen die beiden Leistungssysteme zusammen.

Die Klägerin war als Coiffeuse (in Deutschland: Frisörin) angestellt und bei der „Altstadt Versicherungen“ (ab hier: „Altstadt“) obligatorisch gegen die Folgen eines Unfalls (Berufs- und Nichtberufsunfall) versichert. Als die Beschwerdeführerin (BF) im August 1995 auf einem Fußgängerstreifen von einem Motorrad angefahren wurde und mit dem Kopf auf die Straße stürzte, leistete die „Altstadt“ die gesetzlich vorgesehene Heilbehandlung und richtete ein Taggeld aus. Die dem Taggeldanspruch zugrunde zu legende Arbeitsunfähigkeit wurde bis Oktober 1996 auf 100%, danach bis Januar 1997 auf 50% und anschließend bis März 1997 auf 25% festgesetzt. Für die Zeit ab April 1997 wurde der Leistungsanspruch verneint. Gegen diese Entscheidung legte die BF Einsprache (versicherungsinternes Beschwerdeverfahren, im Folgenden: „Einspruch“) ein. Adressat des Einspruchs war die „Zürich-Versicherungsgesellschaft“ (ab hier: „Zürich“) als Rechtsnachfolgerin der „Altstadt“, die den Entscheid bestätigte. Das kantonale Sozialversicherungsgericht gab der Beschwerde statt und verpflichtete die „Zürich“, erneut über die Leistungsberechtigung zu entscheiden.

In der Folge ordnete die „Zürich“ eine Prüfung des funktionellen Leistungsvermögens (EFL) an. Die BF war mit dieser Abklärungsmaßnahme nicht einverstanden. Danach veranlasste die Zürich eine *Überwachung der Versicherten durch Privatdetektive*. Die Überwachung fand an insgesamt vier Tagen innerhalb von dreiundzwanzig Tagen statt. Die Privatdetektive erstatteten der „Zürich“ Bericht und legten getätigte Videoaufnahmen bei. Dem Material ließ sich u.a. entnehmen, dass sich die BF außer Haus zu Fuß fortbewegte, einen Hund ausführte, verschiedentlich ein Auto über teils erhebliche Distanzen steuerte, ohne Unterstützung anderer Personen Einkäufe tätigen konnte und mit einer Überkopfbewegung den Kofferraumdeckel des Autos schließen konnte. Es waren zudem laut

Überwachungsbericht keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass sich die BF bei diesen Aktivitäten, namentlich auch beim Einkauf, in irgendeiner Weise psychisch oder sozial auffällig verhielt.

Die „Zürich“ verlangte von der BF, gestützt auf den Überwachungsbericht und mit Hinweis auf die Verweigerung, eine EFL vornehmen zu lassen, einer neurologischen Abklärung ihres Gesundheitszustandes zuzustimmen, was diese ablehnte. Einen Antrag der BF, die Überwachungsunterlagen aus den Akten zu entfernen, lehnte die „Zürich“ ab und verneinte erneut einen weiteren Leistungsanspruch. Die Versicherte erhob dagegen Einspruch. Die „Zürich“ holte hierauf ein neurologisches Gutachten nach Aktenlage ein. Darauf wurde dem Einspruch teilweise stattgegeben und der Versicherten bis zum 22. September 2005 Taggeld auf der Basis einer Arbeitsunfähigkeit von 10% und anschließend eine Invalidenrente entsprechend einem Invaliditätsgrad von 10% sowie eine Integritätsentschädigung auf der Grundlage eines Integritätsschadens von 10% zugesprochen. Im Übrigen weigerte sich die „Zürich“ weiterhin, die Überwachungsunterlagen aus den Akten zu entfernen und hielt an der Ablehnung eines weitergehenden Leistungsanspruchs fest.

Die Entscheidung der „Zürich“ wirkte sich auch auf den Anspruch auf eine Leistung der Eidgenössischen Invalidenversicherung (IV) aus. Die IV-Stelle des Kantons Zürich hatte der BF rückwirkend ab August 1996 eine volle Invalidenrente bei einem Invaliditätsgrad von 100% zugesprochen. Nachdem die IV Kenntnis von der Verfügung der „Zürich“ hatte, verfügte sie die sofortige *Sistierung (Aussetzung) der IV-Rente*. Die Entscheidung wurde später aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung aufgehoben.

In dem Verfahren gegen die „Zürich“ gab das Bundesgericht (Urt. v. 29.3.2010 – [8C 629/2009](#), aufgenommen in die amtl. Sammlung der Bundesgerichtsentscheide, s. [BGE 135 I 169](#)) der „Zürich“ teilweise Recht und stützte seine Entscheidung auf die Überwachungsergebnisse. Diese würden sich kaum mit der von der BF behaupteten vollen Arbeitsunfähigkeit in Einklang bringen. Eine Neubeurteilung der Arbeits- und Erwerbsfähigkeit sei demnach notwendig. Die vorhandenen medizinischen Akten würden an sich nicht ausreichen, da aber die BF Abklärungen ihres Gesundheitszustands verweigerte, sei es zulässig, aufgrund der Akten zu entscheiden und dabei auch die Erkenntnisse aus der Observation zu berücksichtigen.

Zur Rechtmässigkeit der Observation im Anwendungsbereich der gesetzlichen Sozialversicherung verwies das Bundesgericht auf die in BGE 135 I 169 festgehaltenen Voraussetzungen für die Überwachung. In dieser „Überwachungsleitentscheidung“ legte es vorerst den zulässigen Rahmen einer Überwachung von Versicherten durch Privatdetektive im Auftrag der Sozialversicherer dar. Zulässig sei, bei einer versicherten Person „Tatsachen, welche sich im öffentlichen Raum verwirklichen und von jedermann wahrgenommen werden können (beispielsweise Gehen, Treppensteigen, Autofahren, Tragen von Lasten oder Ausüben sportlicher Aktivitäten)“ ([BGE 135 I 169, E. 4.3](#)) zu dokumentieren und systematisieren. Unzulässig seien Observationen in der Intimsphäre der versicherten Person. Auch die Überwachung im öffentlichen Raum erfordere indes eine grundrechtliche Würdigung. Betroffen sei das in [Art. 13 Abs. 1 Bundesverfassung](#) der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) verankerte Recht auf Schutz der Privatsphäre. Dieser Schutz sei indes nicht absolut, vielmehr könnten Grundrechte gemäß [Art. 36 BV](#) eingeschränkt werden, sofern eine gesetzliche Grundlage vorliege, ein öffentliches Interesse bestehe und die Einschränkung verhältnismässig ist und der Kerngehalt des Grundrechts nicht angegriffen werde.

Zum Erfordernis der gesetzlichen Grundlage hielt das Bundesgericht in BGE 135 I 169 vorab fest, dass es sich bei der Observation im öffentlichen Raum um einen lediglich *geringfügigen Grundrechtseingriff* handle und somit die Anforderungen an den Bestimmtheitsgrad der gesetzlichen Grundlage weniger hoch wären (BGE 135 I 169, E.5.4.1 und 5.4.2). Die Geringfügigkeit des Eingriffs wurde u.a. (wenig überzeugend, näher s. bei Heusser, in: [Jusletter 9. Januar 2017](#), Rz. 22) mit dem Argument begründet, solche Überwachungen kämen nur selten vor. Als gesetzliche Grundlage für eine Observation durch den Unfallversicherer erachtet das Bundesgericht die

Abklärungskompetenznorm in [Art. 43 des Bundesgesetzes über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts \(ATSG\)](#) i.V.m. der *Datenbearbeitungserlaubnisnorm* in [Art. 96 des Unfallversicherungsgesetzes \(UVG\)](#) und [Art. 28 Abs. 2 ATSG](#) (Auskunftspflicht der versicherten Person) als ausreichend.

Gegen die Entscheidung des Bundesgerichts legte die BF Beschwerde beim Gerichtshof in Straßburg ein. Sie machte geltend, die von der Versicherung angeordneten Überwachungsmaßnahmen sowie die dazu in der Schweiz geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen würde das Recht auf Achtung ihres Privatlebens verletzen ([Art. 8 EMRK](#)). Außerdem rügte sie eine Verletzung von [Art. 6 EMRK](#) (Recht auf ein faires Verfahren), da sich das Bundesgericht in unzulässiger Weise auf das von der Versicherung in Auftrag gegebene Aktengutachten gestützt hatte. Dieses basiere auf dem unrechtmäßig erlangten Überwachungsbericht. Die BF bemängelt weiter, dass sie im innerstaatlichen Verfahren keine Möglichkeit gehabt hatte, das fragliche Aktengutachten und den Überwachungsbericht wirksam infrage zu stellen.

2. Entscheidung

Im Verfahren vor dem EGMR machte die Schweiz (wie zuvor das Bundesgericht in Bezug auf Art. 13 BV) geltend, die Überwachung stelle lediglich einen *geringen Eingriff* in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK dar (Rn. 51).

Der Gerichtshof ruft vorab mit Hinweis auf seine Rechtsprechung in den Fällen [Peck / Großbritannien](#) (v. 28.1.2003 – Nr. 44647/98) und [Köpke / Deutschland](#) (v. 5.10.2010 – Nr. 420/07) in Erinnerung, dass dem Begriff „Privatleben“ eine weite Bedeutung zukomme. Zum in Art. 8 EMRK verankerten Schutz des Privatlebens gehöre das Recht, mit anderen Menschen Beziehungen zu pflegen. Dies gelte auch im öffentlichen Kontext. Erfasst vom Schutzbereich sind also auch Aktivitäten beruflicher Natur und solche außerhalb des Hauses oder der Wohnung einer Person. Weiter erwähnt der Gerichtshof, dass der „normale Gebrauch“ von Videokameras im öffentlichen Raum zur Verfolgung legitimer und vorsehbarer Zwecke nicht von Art. 8 EMRK erfasst sei. Anders verhalte es sich jedoch, wenn eine solche Überwachung systematisch und permanent erfolge. Eine geheime Videoüberwachung am Arbeitsplatz stelle eine ernsthafte Beeinträchtigung des Rechts auf Schutz des Privatlebens dar (Rn. 52-57). Im vorliegenden Fall sei die Beschwerdeführerin an mehreren Tagen über einen längeren Zeitraum hin überwacht und das Überwachungsmaterial sei für eine medizinische Expertise benutzt worden. Intensität und Dauer der Überwachung durch einen Privatdetektiv und Nutzung dieser Personendaten in einem Streit mit einer Versicherung stellten im Lichte der bisherigen Rechtsprechung eine Beeinträchtigung des Privatlebens im Sinne von Art. 8 Abs. 1 EMRK dar (Rn. 57). Der Eingriff wurde dabei anders als vom schweizerischen Bundesgericht als erheblich qualifiziert. Auch wenn die Überwachung durch einen Privatdetektiv nicht gleichermaßen stark in den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK eingreife, seien dennoch die allgemeinen Anforderungen an die gesetzliche Grundlage nach Art. 8 Abs. 2 EMRK zu erfüllen (Rn. 76 unter Hinweis auf Rn. 68 und auf Rn. 66 und 72 des Urteils des EGMR v. 28.6.2007 – Nr. 62540/00 – [Uzun / Deutschland](#)).

Aus Art. 8 Abs. 2 EMRK lasse sich ableiten, dass jede möglicherweise vom Grundrechtseingriff betroffene Person der gesetzlichen Grundlage entnehmen können muss, unter welchen Voraussetzungen, von welcher Behörde und nach welchem Verfahren sie überwacht werden kann, und wie sie sich dagegen wehren kann. Die gesetzliche Grundlage muss mit anderen Worten so klar und so detailliert ausgestaltet sein, dass es für die betroffenen Personen vorhersehbar ist, wann sie mit einer verdeckten Überwachung rechnen müssen („*foreseeability*“, Rn. 66). An die Voraussehbarkeit stellt der EGMR besonders hohe Anforderungen, denn die verdeckte Überwachung birgt in besonderem Maße die Gefahr von willkürlichen Handlungen und Entscheidungen der Behörden. Die gesetzliche Grundlage müsse deshalb ausreichend klar sein und dem Bürger genügende Anhaltspunkte dafür liefern, unter welchen Umständen und Voraussetzungen die

Behörden berechtigt sind, eine solche verdeckte Überwachung vorzunehmen. Die gesetzliche Grundlage müsse auch deshalb besonders präzise sein, weil die Überwachungstechnologie immer ausgeklügelter und ausgereifter wird (Rn. 67). Der EGMR verlangt deshalb, dass eine gesetzliche Grundlage die *Art, den Umfang, die Dauer sowie die Voraussetzungen* der Überwachung regeln müsse. Auch ist erforderlich, dass die *Kontrolle der Überwachung* sichergestellt ist und der überwachten Person müssen *Rechtsmittel* zur Verfügung stehen (Rn. 68).

Anschließend hält der EGMR fest, was diese Anforderungen an die gesetzliche Grundlage im konkreten Fall bedeuten. Die in der Schweiz geltenden gesetzlichen Grundlagen für die Überwachung von Versicherten der gesetzlichen Unfallversicherung genügen den Anforderungen an die Voraussehbarkeit und ausreichenden Klarheit nicht. Art. 28 und 43 ATSG und Art. 96 UVG würden die verdeckte Überwachung nicht ausdrücklich erlauben; der Begriff Überwachung sei nicht einmal erwähnt (Rn. 71). Auch würde es an adäquaten und effektiven Garantien gegen unzulässige Überwachungsmaßnahmen mangeln (Rn. 77). Es könne insgesamt nicht angenommen werden, dass das nationale Recht einen strikten Standard bezüglich Modalitäten und Grenzen der Überwachung aufweisen würde. Die Beeinträchtigung des in Art. 8 Abs. 1 EMRK geschützten Privatlebens der versicherten Person erfolgte deshalb nicht „in accordance with the law“ und stellt folglich eine Verletzung der EMRK dar. Da es bereits an der erforderlichen gesetzlichen Grundlage mangelte, musste der EGMR nicht mehr im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung beurteilen, ob die Überwachung in einer demokratischen Gesellschaft notwendig war.

Die Beschwerdeführerin rügte weiter eine Verletzung von [Art. 6 EMRK](#) (Recht auf ein faires Verfahren), da die Versicherung die Ablehnung von Leistungen auf der Grundlage einer ärztlichen Einschätzung vornahm, die auf der unzulässigen Überwachung beruhte. Zudem sei der fragliche Arzt finanziell von der Versicherung abhängig, eine unabhängige Einschätzung sei deshalb nicht möglich. Dem widersprach der EGMR: Die alleinige Tatsache, dass ein Arzt von der Versicherung angestellt sei, heiße nicht, dass eine objektive Beurteilung unmöglich sei. Für den Gerichtshof liegt eine Verletzung von Art. 6 EMRK dann vor, wenn konventionswidrig erhobene Beweismittel das innerstaatliche Verfahren insgesamt als unfair erscheinen ließen. Dies treffe vorliegend nicht zu. Die Beschwerdeführerin hatte die Möglichkeit, das streitige Gutachten infrage zu stellen. Zudem hätten sich die innerstaatlichen Gerichte in der Beweiserhebung auch auf andere Beweise gestützt (Rn. 80-100).

Der Gerichtshof kommt zum Ergebnis, dass die Beschwerde sowohl bezüglich Art. 6 als auch Art. 8 EMRK zulässig ist. Er entscheidet mit dem Stimmenverhältnis von 6 zu 1, dass Art. 8 EMRK verletzt und Art. 6 EMRK nicht verletzt ist. Der Beschwerdeführerin werden auf der Basis von Art. 41 EMRK eine Genugtuungs-Entschädigung von 8.000 Euro sowie eine Entschädigung in Höhe von 15.000 Euro für Kosten und Auslagen zugesprochen.

3. Kommentar

Das Urteil ist über die Schweiz hinaus für alle EMRK-Ratifikationsstaaten von Bedeutung. Die Überwachung von in der gesetzlichen Sozialversicherung versicherten Personen wird in vielen Staaten praktiziert, was im Lichte der vorliegenden Entscheidung nur bei einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage zulässig ist.

In der schweizerischen Öffentlichkeit hat das EGMR-Urteil große Beachtung gefunden. Auch in der Rechtswissenschaft wurde und wird über die Auswirkungen diskutiert (vgl. die Urteilsbesprechungen von Pierre Heusser, „Privatdetektive aufgepasst! Das Urteil des EGMR vom 18. Oktober 2016 und dessen Auswirkungen weit über den Bereich der Unfallversicherung hinaus“, in: [Jusletter 9. Januar 2017](#) und Caderas, Claudia/Hürzler, Marc, Rüge für die Schweiz mangels hinreichender Gesetzesgrundlage für Observationen durch Versicherer, Haftpflicht und Versicherung (HAVE) 2016

S. 425-427. Siehe weiter Stolkin, Philip, Observation, Kompetenzen und Gesetz – oder: Der kleine Unterschied zwischen Versicherung und Polizei, in: [Jusletter 27. März 2017](#)). Betroffen ist nicht nur die im Fall involvierte gesetzliche Unfallversicherung. Auch Überwachungsmaßnahmen der anderen Sozialversicherer und der (in der Schweiz kantonalen) Sozialhilfe bedürfen einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage. Es ist deshalb in nächster Zeit mit zahlreichen gesetzgeberischen Aktivitäten zu rechnen. Die schweizerische Unfallversicherungsanstalt SUVA hat, gestützt auf die Straßburger-Entscheidung, ihre bisherige Überwachungspraxis eingestellt. Die [SUVA hat Vorschläge an den Gesetzgeber](#) ausgearbeitet. Das zuständige Bundesamt für Sozialversicherung (BSV) hat umgehend reagiert. Nur vier Monate nach dem „Signal aus Straßburg“ hat das BSV am 22. Februar 2017 einen Vorschlag für eine [Revision des ATSG](#) in die Vernehmlassung (Stellungnahmeverfahren zu einem Vorentwurf eines neuen Gesetzes) geschickt.

Was lässt sich aus dem Urteil an Anforderungen hinsichtlich der gesetzlichen Grundlage für die Überwachung einer in der gesetzlichen Unfallversicherung versicherten Person entnehmen? Es braucht vorab einen ausreichenden Anfangsverdacht. Ist damit der Verdacht auf einen Betrug ([Art. 146 Strafgesetzbuch der Schweiz – StGB](#)) oder Sozialversicherungsbetrug ([Art. 148a StGB](#)) gemeint oder genügt bereits der Verdacht, ungerechtfertigterweise eine Sozialversicherungsleistungen bezogen zu haben ohne dass die Voraussetzungen eines Betruges bzw. Sozialversicherungsbetruges vorliegen? Das Gesetz muss diese Fragen beantworten und erläutern, was unter einem *Anfangsverdacht* zu verstehen ist und auch, welche *Behörde* bzw. Stelle innerhalb einer Behörde über das *Vorliegen eines Anfangsverdachts* befinden und die Überwachung anordnen kann. Weiter muss die Art und Weise der zulässigen Überwachungsmaßnahme bezeichnet werden. In der Lehre (siehe Heusser, in: [Jusletter 9. Januar 2017](#), Rz. 31) wird darauf hingewiesen, der Gesetzgeber müsse darlegen, ob von der überwachten Person Fotos gemacht werden dürfen oder auch Filmaufnahmen und Tonaufzeichnungen. Auch sei zu klären, ob Aufnahmen mit Drohnenkameras zulässig wären. Weiter verlangt der EGMR, dass der Umfang und die Dauer der Überwachung im Gesetz ausreichend präzise definiert werden. Notwendig sind überdies gesetzliche Regelungen zur Aufbewahrung und Vernichtung der durch die Observation gewonnenen Informationen. Erforderlich ist ferner eine Bezeichnung von Rechtsmitteln und der zuständigen Rechtsmittelinstanz, damit eine versicherte Person gegen eine Überwachung vorgehen kann.

Bei der vom schweizerischen Gesetzgeber geplanten „Überwachungsnorm“ ([Art. 43a ATSG](#)) bedürfen einige Punkte der *Konkretisierung*. So sind zwar die Voraussetzungen der Überwachung einigermaßen klar bezeichnet (konkreter Verdacht des unrechtmäßigen Leistungsbezugs bzw. des Versuchs dazu und Fehlen geeigneter anderer Möglichkeiten zur Feststellung des Leistungsbezuges). Die Regelung ist aber ergänzungsbedürftig und zwar in dem Sinne, dass die *Überwachung nur dann in Frage kommt*, wenn andere, die *Persönlichkeit der betroffenen Person weniger beeinträchtigende* Mittel, sich als unzulässig erweisen. Zuständig für die Überwachung sind „die Versicherungsträger“ (Art. 43a Abs. 1 rev.ATSG) und diese dürfen für die Überwachung mit „Spezialisten und Spezialistinnen“ zusammenarbeiten (Art. 43a Abs. 4 rev.ATSG). Welche beruflichen Anforderungen solche Personen vorweisen müssen, hält das Gesetz nicht fest. Weiter fehlen Angaben zu den Mitteln, die Überwacher einsetzen dürfen. Um den Anforderungen des EGMR an die Vorhersehbarkeit und Klarheit der rechtlichen Grundlage für eine rechtmäßige Überwachung gerecht zu werden, ist erforderlich, dass der Gesetzgeber die im Rahmen der Überwachung einsetzbaren Mittel klar benennt oder zumindest klar festhält, dass Feststellungen, die – auch wenn sie von öffentlichem Grund aus – über Geschehnisse im Privatbereich gemacht werden, von den Behörden nicht verwertet werden dürfen, ungeachtet der Mittel, mit denen diese Feststellung gemacht werden.

Unbefriedigend, ist auch die Bestimmung in Art. 43a Abs. 6 rev.ATSG, wonach der Versicherungsträger, wenn sich herausstellt, dass die Observation nicht angezeigt war, das Observationsmaterial zu vernichten hat. Die im Gesetz vorgesehene obligatorische Vernichtung führt möglicherweise zu einer für die versicherte Person ungünstigen Aktenlage. Auch kann die zwingend

vorgesehene Vernichtung dazu führen, dass eine versicherte Person nicht mehr gegen die unrechtmäßige Überwachung gerichtlich vorgehen kann. In diesem Zusammenhang ist an die Entscheidung des EGMR [I / Finnland](#) zu erinnern (EGMR v. 17.7.2008 – Nr. 20511/03). Eine finnische Spitalangestellte, die gleichzeitig auch Patientin desselben Spitals war, konnte eine Datenschutzverletzung bzgl. Daten zu ihrem Gesundheitszustand nicht beweisen, da die Zugriffsdaten auf das Patienteninformationssystem vorschriftsgemäß gelöscht wurden. Damit hatte Finnland die aus Art. 1 i.V.m. Art. 8 EMRK fließende staatliche Schutzpflicht verletzt (in diesem Fall zeigt sich auch ein Paradox des Datenschutzes: Um eine Datenschutzverletzung beweisen zu können, müssen Daten lange aufbewahrt werden).

In der vorliegenden EGMR-Entscheidung ging es um eine Auseinandersetzung mit einer in der gesetzlichen Unfallversicherung versicherten Arbeitnehmerin und einer privaten Versicherungsgesellschaft (der „Zürich-Versicherung“). Da die „Zürich“ jedoch gemäß dem innerstaatlichen Recht ([Art. 68 des Unfallversicherungsgesetzes](#)) die gesetzliche Unfallversicherung durchführt und damit eine staatliche Aufgabe wahrnimmt, ist sie gleichermaßen wie der Staat an die Grundrechte gebunden ([Art. 35 Abs. 2 Bundesverfassung BV](#)). Der EGMR hält zu dieser Frage fest, dass sich der Staat nicht von den Verpflichtungen aus der EMRK befreien kann, indem er Aufgaben an private Akteure delegiert (Rn. 47).

Dass eine private Versicherung, die mit der Durchführung einer obligatorischen Sozialversicherung betraut ist, an die EMRK-Verpflichtungen gebunden ist und somit einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage für eine Überwachung von Versicherten bedarf, liegt auf der Hand. Wie verhält es sich aber mit privaten Versicherungsträgern, die *nicht obligatorische Versicherungen* durchführen? Und welche Konsequenzen hat das EGMR-Urteil Vukota-Boijc / Schweiz für die Überwachung in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen durch die Arbeitgeber? Angesprochen ist hier die ebenfalls aus der EMRK fließende *Schutzpflicht des Staates*, Private wirksam vor EMRK-Verletzungen durch andere Private zu schützen. Im Urteil [Bărbulescu / Rumänien](#) hält der Gerichtshof fest, dass die positiven Verpflichtungen zum Schutz vor Verletzungen des Rechts auf Privatleben konkrete Maßnahmen erforderten (EGMR v. 12.1.2016 – Nr. 61496/08, Rn. 52, mit weiteren Hinweisen auf die EGMR-Entscheidungen Nr. [40660/08](#) und [60641/08](#) – *von Hannover / Deutschland*, Rn. 57 sowie Nr. [38079/06](#) – *Benediksdóttir / Island*). Die Grenzen zwischen den negativen und positiven staatlichen Verpflichtungen wären zudem fließend; in beiden Fällen müsste zwischen den divergierenden staatlichen und privaten bzw. gegensätzlichen privaten Interessen eine faire Abwägung vorgenommen werden (EGMR v. 12.1.2016 – Nr. 61496/08 – [Bărbulescu / Rumänien](#), Rn. 52, mit Hinweisen auf Nr. 6339/05 – [Evans / Großbritannien](#), Rn. 75, 77).

Was bedeutet dies nun hinsichtlich des Erfordernisses einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage für eine Überwachung durch private Versicherer oder Arbeitgeber? Im deutschen Recht könnte § 32 Abs. 1 Satz 2 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) bzw. § 26 Abs. 1 S. 2 BDSG nach dem Entwurf für ein Datenschutz-Anpassungs- und –Umsetzungsgesetz EU die Rechtsgrundlage für eine Überwachung durch Privatdetektive im Arbeitsverhältnis darstellen. Ob die Datenerhebung im Wege der Überwachung durch einen Detektiv hiernach überhaupt zulässig ist, ist jedoch umstritten (hierzu Hinweis in HSI-Newsletter 4/2016 unter V.1).

Der EGMR hielt wiederholt fest, dass eine Rechtfertigung einer Verletzung von Menschenrechten der EMRK durch Private der Sache nach den gleichen Anforderungen genügen müsse, wie wenn die Verletzung durch eine staatliche Behörde erfolge (EGMR v. 12.11.2008 – Nr. 34503/97 – [Demir and Baykara / Türkei](#), Rn. 111). Auch bezeichnet der EGMR eine (geheime) Überwachung am Arbeitsplatz als einen schweren Eingriff in das Recht auf Privatsphäre (EGMR v. 12.1.2016 – Nr. 61496/08 – [Bărbulescu / Rumänien](#), Rn. 57, mit Verweis auf das [Köpke](#)-Urteil). Man könnte deshalb zur Annahme gelangen, dass sich aus der Entscheidung Vukota-Boijc / Schweiz ableiten ließe, der nationale Gesetzgeber müsse die Überwachung von Arbeitnehmern *vergleichbar klar und voraussehbar* regeln wie die Überwachung im Bereich staatlicher Sozialversicherungen. Die EGMR-Entscheidung [Bărbulescu / Rumänien](#) führt indes zu einem anderen Ergebnis. Der Beschwerdeführer hatte die

fehlende Vorhersehbarkeit der Überwachung im rumänischen Arbeitsrecht kritisiert (EGMR v. 12.1.2016 – Nr. 61496/08 – [Bărbulescu / Rumänien](#), Rn. 47). Der EGMR folgte diesem Einwand nicht und beschränkte sich vielmehr darauf zu prüfen, ob die rumänischen Gerichte eine angemessene Interessenabwägung vorgenommen hatten (EGMR v. 12.1.2016 – Nr. 61496/08 – [Bărbulescu / Rumänien](#), Rn. 52 f). Der portugiesische Richter Pinto de Albuquerque gab eine sehr differenzierte dissenting opinion ab. Er brachte u.a. zum Ausdruck, dass eine rechtmäßige Überwachung des Internet- und E-Mail-Verkehrs von Arbeitnehmern verhältnismäßig sein muss und eine ausreichend klare Regelung auf Unternehmensebene erfordert. Der Fall Bărbulescu wurde an die große Kammer verwiesen und es ist nicht auszuschließen, dass diese den Fall im Sinne der Erwägungen der dissenting opinion entscheiden wird.

Auch die Observation von Versicherten durch private Haftpflichtversicherer ist im Lichte der aus der EMRK fließenden staatlichen Schutzpflichten näher zu analysieren. Das schweizerische Bundesgericht hielt hierzu in [BGE 136 III 410](#) fest, die Zulässigkeit der Observation von Versicherten durch private Haftpflichtversicherer sei auf der Grundlage des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes zu prüfen. Eine Observation durch Privatdetektive könne die Geheim- oder Privatsphäre der Zielperson betreffen und bedürfe deshalb einer Rechtfertigung. Eine solche bestehe darin, dass weder die Versicherung noch die dahinter stehende Versichertengemeinschaft zu Unrecht Leistungen erbringen müsse. Das Interesse an einer wirksamen Missbrauchsbekämpfung sei gegen das Interesse des von der Observation Betroffenen auf Unversehrtheit seiner Person abzuwägen (BGE 136 III 410, E. 2.2.3). Zum Verhältnis des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes zu Art. 8 EMRK verweist das Bundesgericht auf die EGMR-Praxis (Das Bundesgericht verweist hier auf die Urteile Verlière gegen die Schweiz und Minell), wonach ein Staat seinen positiven Verpflichtungen nachgekommen ist, wenn der beschwerdeführenden Partei gegen die Beeinträchtigung ihres Privatlebens Rechtsbehelfe in zivil- und strafrechtlicher Natur zur Verfügung stehen und wenn der Staat die auf dem Spiele stehenden Interessen umfassend gegeneinander abwägen (BGE 136 III 410, E.6.2). Im Fall [Verlière / Schweiz](#) hatte der EGMR die Observation eines Versicherten durch eine private Versicherungsgesellschaft als zulässig erachtet. Dieses Urteil stammt allerdings aus dem Jahre 2001 und seither hat der EGMR seine Sensibilität gegenüber Verletzungen von EMRK-Rechten durch Private und die dadurch entstehende Schutzpflicht des Staates erhöht. Die Zulässigkeit einer Observation durch Privatversicherer erfordert aus Sicht der *Vukota*-Entscheidung eine Neubeurteilung.