

Krankheit im Arbeitsverhältnis: Neue Phänomene – Aktuelle Rechtsfragen

2. Winterthurer Tagung zum Arbeitsrecht 4.7.2013

Kontrolle und Überwachung von erkrankten Arbeitnehmenden

Judith Wissmann Lukesch, Rechtsanwältin und
Ausbilderin, Schöfflisdorf und Zürich

judith Wissmann Lukesch, Rechtsanwältin,
Kontrolle und Überwachung am
Arbeitsplatz, 2013

Fall 1: Amoklauf von Menznau



Hat die Arbeitgeberin bei
Prävention versagt?
Betriebliche Sozialberatung
soll helfen, Amokläufe zu
verhindern!

Quelle: TagesAnzeiger 15.4.2013
Careteam kümmert sich nach dem
Amoklauf in Menznau vom 27.2.2013
um die Angestellten

judith Wissmann Lukesch, Rechtsanwältin,
Kontrolle und Überwachung am
Arbeitsplatz, 2013

Fall 2: Heldentat kostet kranken Arbeitnehmer den Job

- Sydney. Ein Brite bezahlt für seinen Mut: sein Arbeitgeber kündigt ihm, weil er Kindern das Leben rettete. Einen Hai hat er in den Ferien in Australien niedergedrückt. Da er krank geschrieben war, verliert er seine Stelle. Der Arbeitgeber hat die Bilder, die um die Welt gingen, in den Medien gesehen.
- Quelle: Zürcher Unterländer, 14.3.2013

judith Wissmann Lukesch, Rechtsanwältin,
Kontrolle und Überwachung am
Arbeitsplatz, 2013

Fall 3: Detektiv observiert arbeitsunfähige Person



Observation, wenn kranker Arbeitnehmer anderswo Geld verdient

Bild: Archiv ZU 12.1.2013 Sozialdetektive gegen Sozialmissbrauch

judith Wissmann Lukesch, Rechtsanwältin,
Kontrolle und Überwachung am
Arbeitsplatz, 2013

Motive zur Überwachung oder Kontrolle von erkrankten AN

- Gefährdung von Menschen
- Widerstand von TeamkollegInnen
- Verdacht Erschleichung von Lohnfortzahlung oder Ferientagen
- Vertrauensverlust bzgl. Arbeits(un)fähigkeit
- Missbrauch von Kündigungsschutz
- Verdacht auf Versicherungsbetrug

judith Wissmann Lukesch, Rechtsanwältin,
Kontrolle und Überwachung am
Arbeitsplatz, 2013

Spannungsfelder

- Prävention und Gesundheitsschutz
- Fürsorgepflicht und Vertragsfreiheit
- Persönlichkeits- und Datenschutz

Ziel:

tragfähige Lösungen unter Beachtung der rechtlichen, moralischen und medizinischen Rahmenbedingungen zu finden

judith Wissmann Lukesch, Rechtsanwältin,
Kontrolle und Überwachung am
Arbeitsplatz, 2013

Prävention und Gesundheitsschutz

- Art. 6 ArG als zentrale Rechtsgrundlage für Schutz vor psychischen und physischen Gesundheitsrisiken
- z.B. Amok, Mobbing, sexuelle Belästigung, Burnout
- Grundsätze der Präventionspflicht im öffentlichen Gesundheitsschutzrecht
- Ziel: Vermeidung von Gefährdungen der Gesundheit und der persönlichen Integrität sowie Überbeanspruchungen
- Sabine Steiger-Sackmann, Schutz vor psychischen Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz, 2013, S. 24 ff

judith Wissmann Lukesch, Rechtsanwältin,
Kontrolle und Überwachung am
Arbeitsplatz, 2013

Gefahr droht von eigenem Arbeitnehmer

- Präventionspflicht zwingt AG zum Handeln gegen gefährlichen, kranken Arbeitnehmer
- Massnahmen auf 3 Ebenen:
 - a) Schutz von anderen Mitarbeitenden
 - b) Sanktion des gefährlichen Arbeitnehmers
 - c) Schutz des Arbeitsplatzes (Firma, Image, Kundschaft, Gäste, Drittbetroffene etc.)

judith Wissmann Lukesch, Rechtsanwältin,
Kontrolle und Überwachung am
Arbeitsplatz, 2013

Massnahmenspektrum Fall 1

- Schutz Mitarbeitende und Dritte/ Alarmierung
- Sicherheitsdienst/ Notfallszenario/ Türen schliessen
- Polizei/ Beratung/ Strafanzeige/ Bewachung
- Krisenintervention/ Arzt/ Careteam/ Kriseninfo
- Beweissicherung (Video-, GPS-Aufzeichnungen, Computer-, Handy-, Arbeitswerkzeug-Sicherstellung)
- Torkontrollen/ Leibesvisitationen/ Arealverbot
- Interne Untersuchung/ Kommunikation
- Verwarnung, Entlassung, fristlose Kündigung

judith Wissmann Lukesch, Rechtsanwältin,
Kontrolle und Überwachung am
Arbeitsplatz, 2013

Fürsorgepflicht und Vertragsfreiheit

- Art. 328 OR privatrechtliche Rechtsgrundlage
Fürsorgepflicht des Arbeitgebers
- Vertrauensverhältnis verpflichtet AG zu
verantwortungsbewussten Massnahmen
- z.B. Careteam, betriebliche Sozialberatung, Case
Management
- Polizei/Strafanzeige als Sache der Opfer
- Arzt/ Psychiater vs. Vertrauen und Schweigepflicht

judith Wissmann Lukesch, Rechtsanwältin,
Kontrolle und Überwachung am
Arbeitsplatz, 2013

Massnahmenspektrum Fall 2

- Vertragliche Lohnfortzahlung oder KTG-Versicherung (Art. 324a OR)
- Beratung/ Casemanagement/ Vertrauensarzt
- Meldung Früherfassung PK bzw. IV
- Mitwirkung AG bei Versicherungsmeldung
- Kündigungsfreiheit nach Ablauf der Sperrfrist (Art. 336c OR)

judith Wissmann Lukesch, Rechtsanwältin,
Kontrolle und Überwachung am
Arbeitsplatz, 2013

Persönlichkeits- und Datenschutz

- Art. 328 Grundsatz Persönlichkeitsschutz
- 328b und DSG arbeitsrechtlicher Datenschutz
- Art. 4 und 5 GIG zusätzliche spezifische Rechtsgrundlage bei geschlechtlichem Bezug
- Art. 6 ArG Gesundheitsschutz
- Ziel: AG soll für alle Betroffenen angemessene Lösungen in diesem heikelsten Spannungsfeld finden

judith Wissmann Lukesch, Rechtsanwältin,
Kontrolle und Überwachung am
Arbeitsplatz, 2013

Kontrollsysteme

- Einschränkung bei technischen Kontrollsystemen wie Videokameras, unzulässige Verhaltensüberwachung (ArGV3 Art. 26)
- Diskussion um Gesetzmässigkeit (Streiff S. 588 ff)
- Notwendig: Deliktsverdacht, Erkennbarkeit bei Video-, GPS-, Telefonüberwachung, Torkontrollen, Leibesvisitationen
- Kontrollen aus Arbeitssicherheitsgründen zulässig
- Verhältnis- und Zweckmässigkeit
- BGE 6B_536/2009, Streiff S.588ff, Geiser Kommentar ArG 1-4

judith Wissmann Lukesch, Rechtsanwältin,
Kontrolle und Überwachung am
Arbeitsplatz, 2013

Interne Untersuchung

- bei nicht eindeutig strafbaren Handlungen zur Erfüllung der Präventions- und Fürsorgepflicht
- v.a. bei sexueller Belästigung, Mobbing, Stalking
- Sanktionen arbeits-, personalrechtlich gegen beschuldigte Person
- Massnahmen und Schutz der betroffenen Personen
- betriebliche Präventionsmassnahmen für Zukunft
- VGE PB.2010.00007 vom 16.06.2010, PB.2010.00012 vom 21.07.2010 missbräuchliche Kündigung Beschuldigter

judith Wissmann Lukesch, Rechtsanwältin,
Kontrolle und Überwachung am
Arbeitsplatz, 2013

Datenschutz als Täterschutz?

- Art. 328 und umfassender Persönlichkeitsschutz für „Täter“ und „Opfer“
- 328b OR Datenbearbeitung betr. Eignung zur Arbeit
- DSG Datenbearbeitung gedeckt durch Arbeitszweck und Verhältnismässigkeit
- Art. 3 und 26 ArGV3 nötige Massnahmen, um Gesundheitsschutz zu wahren und zu „verbessern“, Überwachung durch technische Systeme eingeschränkt möglich, bei vorgängiger Info präventiv
- BGE 130 II 425, Streiff etc. OR 328b N8ff

judith Wissmann Lukesch, Rechtsanwältin,
Kontrolle und Überwachung am
Arbeitsplatz, 2013

Observation durch Detektiv

- BGer hat 2009 Observation durch Privatdetektiv bei Unfallversicherung zugelassen
- Eine Observation beschlägt den Schutzbereich des Grundrechts der Privatshäre i.c. im öffentlichen Raum nicht
- Kerngehalt von Art. 13 BV wird durch die Anordnung der Observation nicht angetastet
- BGE 135 I 169 bzw. 8C_807/2008 vom 15. Juni 2009, Ueli Kieser, Überwachung - Eine Auslegung von Art. 44a ATSG

judith Wissmann Lukesch, Rechtsanwältin,
Kontrolle und Überwachung am
Arbeitsplatz, 2013

Ausnahmecharakter

- In der Regel werden zudem die Angaben der versicherten Personen, der Arbeitgeber und der medizinischen Fachpersonen für eine zuverlässige Beurteilung der Leistungsansprüche genügen; Nachforschungen durch einen Privatdetektiv werden nur in einem verschwindend kleinen Promillesatz der bei den Unfallversicherungen gemeldeten Fällen angezeigt sein.
- Ausnahmecharakter, nur wenn andere Abklärungsmassnahmen nicht zu einem schlüssigen Ergebnis führen.
- BGE 135 I 136, DETTWILER/HARDEGGER, HAVE 2003 S. 248

judith Wissmann Lukesch, Rechtsanwältin,
Kontrolle und Überwachung am
Arbeitsplatz, 2013

Rechtliche Grundlage

- ATSG 28 (Mitwirkungspflichten) und 43 (Abklärungsrechte) werden insgesamt als hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlagen für die Einschränkung der grundrechtlichen Positionen der versicherten Personen im Sozialversicherungsrecht erachtet
- vgl. Recueil CourEDH 2001-VII S. 403, auch in: VBP 65/2001 Nr. 134 S. 1381; vgl. YVES RÜEDI, Materiell rechtswidrig beschaffte Beweismittel im Zivilprozess, 2009, S. 39 f.).

judith Wissmann Lukesch, Rechtsanwältin,
Kontrolle und Überwachung am
Arbeitsplatz, 2013

Öffentliches Interesse der Missbrauchsbekämpfung

- Das öffentliche Interesse an der Einschränkung des Schutzes der Privatsphäre liegt darin, keine nicht geschuldeten Leistungen zu erbringen, um die Gemeinschaft der Versicherten nicht zu schädigen
- Interesse an einer wirksamen Missbrauchsbekämpfung und der Aufdeckung /Verhinderung von Versicherungsbetrug, welches im Privatversicherungsbereich als Rechtfertigungsgrund der mit einer Observation verbundenen Persönlichkeitsverletzung anerkannt ist
- Art. 28 ZGB, BGE 129 V 323 E. 3.3.3 S. 325, SJ 1998 S. 301, 5C.187/1997 E. 2, Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte *Verlière gegen Schweiz vom 28.6. 2001*

judith Wissmann Lukesch, Rechtsanwältin,
Kontrolle und Überwachung am
Arbeitsplatz, 2013

Verhältnismässigkeit

- zur Erreichung des angestrebten Zieles (wirksame Bekämpfung von Missbräuchen) geeignet und erforderlich
- Alternative medizinische Abklärungen mit gleichem Erkenntnisgewinn
- Anordnung einer Observation auch im engeren Sinne verhältnismässig
- BGE 129 V 323 E. 3.3.3 S. 326).

judith Wissmann Lukesch, Rechtsanwältin,
Kontrolle und Überwachung am
Arbeitsplatz, 2013

Analoge Anwendung auf Arbeitsverhältnis?

- Gesetzliche Grundlage (OR 328 und ArG 6)
Persönliches Vertrauensverhältnis mit Kündigungsmöglichkeit
vs. Versicherungsbeziehung mit Leistungsversprechen
- Öffentliches Interesse
Geschädigt ist nicht die Versichertengemeinschaft
sondern Betrieb und/oder ArbeitskollegInnen
ev. Ausnahme Amokdrohung
- Verhältnismässigkeit
wirksamere Methoden bei Missbrauchsverdacht oder
Vertrauensstörung am Arbeitsplatz

judith Wissmann Lukesch, Rechtsanwältin,
Kontrolle und Überwachung am
Arbeitsplatz, 2013

Massnahmen bei Misstrauen in bestehende Krankheit Fall 3

- Überwachung/ Kontrolle berührt Persönlichkeit zu
stark, v.a. Überwachung technisch Art. 26 ArGV3
- Vertrauensärztliche Untersuchung auf Kosten AG
möglich bei Vertrauensstörung
- Innerbetriebliche Untersuchung möglich bei
Bestechungs- oder Missbrauchsverdacht, Gefährdung
oder Persönlichkeitsverletzung (Stalking, sexuelle
Belästigung, Mobbing, Drohung, Gewalttätigkeit)
- Weitergehende Massnahmen im öffentlichen Raum
denkbar, im Betrieb unzulässig

judith Wissmann Lukesch, Rechtsanwältin,
Kontrolle und Überwachung am
Arbeitsplatz, 2013

Umfrage bei HR-Verantwortlichen

- Vertrauensarzt
- Führungs- bzw. Rückkehrgespräch (Vorgesetzter/ HR/ Unter-schriftlich)
- Besuch (mit/ ohne Ankündigung)
- Psychologische Hilfe, Sozialberatung, Pensum
- Anwesenheitsmanagement
- Arztzeugnis ab 1. Krankheitstag
- Gesundheitsbonus bei min. Krankheitstagen

judith Wissmann Lukesch, Rechtsanwältin,
Kontrolle und Überwachung am
Arbeitsplatz, 2013

Fazit

- Fall 1 Amok: Kranker und gewalttätiger AN
alle Handlungsfelder zum Schutze Dritter inkl.
Notfall-, Überwachungs-, Sicherheitskontrollscenario
- Fall 2 Held in Ferien: Kündigung nach Ablauf
Krankheits-Sperrfrist unproblematisch
- Fall 3 Observation kranker AN: privatrechtlich
unzulässig, im öff. Raum bei Missbrauchs- oder
Betrugsverdacht zulässig

Schranke: persönliches Vertrauensverhältnis! Danke!

judith Wissmann Lukesch, Rechtsanwältin,
Kontrolle und Überwachung am
Arbeitsplatz, 2013