

17. Arbeitnehmerdatenverarbeitung

Übersicht

| | Seite |
|---|-------|
| A. Einleitung | 409 |
| B. Betriebsvereinbarungen im Allgemeinen | 409 |
| 1. Form | 410 |
| 2. Geltungsbereich | 411 |
| 3. Rechtswirkungen | 411 |
| 4. Beendigung | 412 |
| C. Zustimmungspflichtige Maßnahmen | 413 |
| 1. Personalfragebögen § 96 Abs 1 Z 2 ArbVG | 413 |
| 2. Kontrollmaßnahmen und technische Systeme § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG | 416 |
| a) Allgemeiner Überblick | 416 |
| b) Typische Kontrollmaßnahmen, die mittels EDV durchgeführt werden | 417 |
| aa) Whistleblowing | 417 |
| bb) Elektronische Zeiterfassung und Fingerscanning | 419 |
| cc) Telefon | 422 |
| dd) Internet und E-Mail | 424 |
| ee) Videoüberwachung | 427 |
| 3. Personaldatensysteme und Personalbeurteilungssysteme | 429 |
| a) Personaldatensysteme (§ 96 a Abs 1 Z 1 ArbVG) ... | 429 |
| b) Personalbeurteilungssysteme (§ 96 a Abs 1 Z 2 ArbVG) | 431 |

A. Einleitung

In den letzten Jahren ist die Verarbeitung von Arbeitnehmerdaten in Betrieben zu einem wichtigen Thema nicht nur für die betriebliche Datenverarbeitung, sondern auch für die Arbeitnehmervertreter geworden. Da das Thema sowohl aus Fragen des Datenschutzrechts als auch aus Fragen des Arbeitsverfassungsrechts besteht, im Kommentar zum DSG (siehe insb bei §§ 8f und 12f) aber nur die datenschutzrechtlichen Aspekte erörtert werden, soll im Anh V/17 ein spezieller Überblick über die arbeitsverfassungsrechtlichen Aspekte der Mitarbeiterdatenverarbeitung gegeben werden.

B. Betriebsvereinbarungen im Allgemeinen

Eine Betriebsvereinbarung ist ein Vertrag zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat. Als wichtiges Instrument der Mitbestimmung der Arbeitnehmer dient sie aber nicht nur dazu, Rechte und Pflichten dieser Betriebsparteien zu begründen, sondern sie formuliert – ebenso wie ein Gesetz oder ein Tarifvertrag – verbindliche

Anh V/17 Arbeitnehmerdatenverarbeitung

Normen für alle Arbeitnehmer eines Betriebes. Gesetzliche Regelung erfährt die Betriebsvereinbarung vor allem in den §§ 29 bis 32 und 96, 96a, 97 Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG), im Urlaubsgesetz (UrlG), im Arbeitszeitgesetz (AZG) oder im Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG).¹⁾ Für die Arbeitnehmerdatenverarbeitung relevant sind die §§ 96 und 96a ArbVG, die im zweiten Teil dieses Abschnittes erörtert werden.

Inhalt einer Betriebsvereinbarung können alle Fragen sein, bei denen dem Betriebsrat ein gesetzliches Mitbestimmungsrecht zusteht.²⁾

Der Gesetzgeber unterscheidet zwischen **erzwingbaren** und **fakultativen** Betriebsvereinbarungen. Eine fakultative Betriebsvereinbarung ist nur dann möglich, wenn sich Betriebsinhaber und Betriebsrat einig sind. Ist keine Einigung möglich, erfolgt eine Zwangsschlichtung über eine Schlichtungsstelle. Jede der beiden Seiten kann die Schlichtungsstelle anrufen. Die Entscheidung der Schlichtungsstelle (Spruch) hat dann die Wirkung einer Betriebsvereinbarung.³⁾

Außerdem gilt zu klären, ob die mit der Betriebsvereinbarung zu regelnde Maßnahme **notwendigerweise** oder als **disponible** Maßnahme über die Betriebsvereinbarung geregelt wird.

Handelt es sich um eine gesetzlich vorgeschriebene notwendige Maßnahme, kann diese nur durch Betriebsvereinbarung geregelt werden.⁴⁾ Der Betriebsrat muss zustimmen, anderenfalls ist die Maßnahme unzulässig. Überdies sind in einem solchen Fall einzelvertragliche Regelungen nicht möglich.

Handelt es sich hingegen um keine der gesetzlich vorgeschriebenen notwendigen zustimmungspflichtigen Maßnahmen, so hat der Betriebsinhaber das Wahlrecht, ob er die Maßnahme durch Betriebsvereinbarung oder durch Einzelvertrag bzw durch Weisung regeln will.

1. Form

Betriebsvereinbarungen müssen stets schriftlich niedergelegt und sowohl vom Arbeitgeber als auch vom Betriebsratsvorsitzenden unterzeichnet werden, da der Norminhalt in seiner authentischen Fassung den normunterworfenen Dritten zugänglich sein muss.⁵⁾ Darüber hinaus muss die Betriebsvereinbarung kundgemacht werden. Dies

¹⁾ Vgl *Posch* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar (2005)⁵, 2 ff; *Reissner* in *Neumeyr-Reissner*, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht (2006) § 96, 2301 ff.

²⁾ *Posch* in *Mazal/Risak*, Arbeitsrecht 3.

³⁾ *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 1 (2008)⁶, 176; *Posch* in *Mazal/Risak*, Arbeitsrecht 3.

⁴⁾ *Reissner* in *Neumeyr-Reissner*, Zeller Kommentar 2302.

⁵⁾ *Posch* in *Mazal/Risak*, Arbeitsrecht 7 Rn 26.

erfolgt entweder durch Auslegen im Betrieb oder durch Anschlag an sichtbarer Stelle (normative Wirkung). Mangelt es an der Kundmachung, so entfaltet die Betriebsvereinbarung nur schuldrechtliche Wirkung zwischen dem Betriebsinhaber und dem Betriebsrat, nicht aber gegenüber den Arbeitnehmern.

Der Wirksamkeitsbeginn der Betriebsvereinbarung wird zu meist in dieser selbst geregelt. In Ermangelung dieser Regelung erfolgt die Wirksamkeit mit dem auf die Unterzeichnung folgenden Tag.

2. Geltungsbereich

Der **räumliche** Geltungsbereich einer Betriebsvereinbarung bezeichnet jeweils den Betrieb, für den sie abgeschlossen wurde.

In **persönlicher** Hinsicht entfaltet die Betriebsvereinbarung für alle vom abschließenden Betriebsrat vertretenen Arbeitnehmer Wirkung. Grundsätzlich sind ehemalige Belegschaftsmitglieder der Regelungsgewalt entzogen.⁶⁾

Welchen **zeitlichen** Geltungsbereich die Betriebsvereinbarung entfaltet, ist der jeweiligen Betriebsvereinbarung selbst zu entnehmen. Sie kann auf bestimmte oder unbestimmte Zeit abgeschlossen werden. Mangels Vereinbarung tritt sie am Tag nach ihrer Unterzeichnung in Kraft (§ 30 Abs 2 ArbVG). Normwirkung erlangt sie allerdings erst nach erfolgter Kundmachung.⁷⁾

3. Rechtswirkungen

Der Inhalt einer Betriebsvereinbarung gilt für alle Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG (auch ohne deren Zustimmung). Er gilt auch für neu hinzukommende Arbeitnehmer, allerdings nicht mehr für ausgeschiedene. Die Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung sind unabdingbar und können weder durch Einzelvereinbarung aufgehoben noch beschränkt werden. Daher sind Einzelvereinbarungen ausnahmsweise nur dann zulässig, wenn diese günstiger sind oder für einen Bereich gelten, den die Betriebsvereinbarung nicht explizit regelt.

Untergliedert man die Betriebsvereinbarung in einen obligatorischen und einen normativen Teil, so entfalten diese jeweils unterschiedliche Rechtswirkung.⁸⁾

Der **obligatorische** Teil entfaltet schuldrechtliche Wirkung zwischen den Parteien, also zwischen Betriebsinhaber und Betriebsrat. Dieser enthält Regeln über den Abschluss der Betriebsvereinbarung, die Beendigung und Kündigungsfristen.

⁶⁾ Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht 1, 197.

⁷⁾ Posch in Mazal/Risak, Arbeitsrecht 9.

⁸⁾ Vgl näher dazu Posch in Mazal/Risak, Arbeitsrecht 31 ff.

Anh V/17 Arbeitnehmerdatenverarbeitung

Der **normative** Teil drückt aus, dass der Inhalt einer Betriebsvereinbarung für Dienstverhältnisse im Geltungsbereich unmittelbar wirksam und rechtsverbindlich ist. Somit erschafft er ein objektives Recht und ist infolgedessen Gesetz im materiellen Sinn. Einzelne Arbeitnehmeransprüche können direkt aus der Betriebsvereinbarung geltend gemacht werden.

Aus dem Vorangegangenen ergibt sich, dass eine zustimmungspflichtige Maßnahme (zB eine notwendige Betriebsvereinbarung) ohne Zustimmung des Betriebsrates rechtswidrig ist. Jeder einzelne Arbeitnehmer kann bei Gericht auf Unterlassung oder Beseitigung der Maßnahme klagen. Auch der Betriebsrat kann auf Unterlassung, Beseitigung oder Feststellung der Unzulässigkeit klagen.

4. Beendigung

Es gibt unterschiedliche Möglichkeiten, wie Betriebsvereinbarungen in der Praxis beendet werden.⁹⁾

Am häufigsten ist in der Betriebsvereinbarung selbst eine Frist vereinbart, mit deren Ablauf die Betriebsvereinbarung endet. Es ist aber auch durchaus möglich, dass eine einvernehmliche Auflösung gewollt ist. Des Weiteren kommt eine fristlose Beendigung aus wichtigem Grund in Betracht.

Denkbar ist ebenso der Eintritt einer auflösenden Bedingung, der zur Beendigung führt. In seltenen Fällen kommt es auch vor, dass eine Betriebsvereinbarung automatisch erlischt. Dies ist zum Beispiel bei Stilllegung oder Untergang des Betriebes der Fall. Nicht jedoch bei Betriebsübergang, hier bleibt die Betriebsvereinbarung in der Regel erhalten und geht auf den Erwerber über.

Unter Einhaltung einer Frist von drei Monaten zum Letzten eines Kalendermonats kann die **Kündigung einer unbefristeten freiwilligen** (fakultativen) Betriebsvereinbarung schriftlich erfolgen. Für zum Zeitpunkt der Kündigung schon bestehende Arbeitsverhältnisse gilt die Betriebsvereinbarung mangels abweichender Einzelvereinbarung weiter (Nachwirkung). Für nach der Kündigung neu eintretende Arbeitnehmer gilt die Betriebsvereinbarung hingegen nicht mehr.

Handelt es sich um eine **unbefristete notwendige**, nicht erzwingbare Betriebsvereinbarung, kann von jedem Vertragspartner jederzeit ohne Einhaltung einer Frist und ohne Nachwirkung eine Kündigung ausgesprochen werden. Die Rechtswirkungen enden demgemäß mit Kündigungszugang.

Eine **unbefristete, erzwingbare und notwendige**, erzwingbare Betriebsvereinbarung kann nicht gekündigt werden. Es ist allerdings denkbar, dass bei mangelnder Einigung mit dem Betriebsrat eine Ab-

⁹⁾ Vgl näher dazu *Posch in Mazal/Risak, Arbeitsrecht* 124ff.

änderung oder Aufhebung der Betriebsvereinbarung bei der Schlichtungsstelle beantragt wird. Mit der Abänderung oder Aufhebung enden dann die Rechtswirkungen dieser Betriebsvereinbarungen. Eine Nachwirkung besteht nicht.

C. Zustimmungspflichtige Maßnahmen

Das ArbVG regelt in § 96 Abs 1 Maßnahmen, die zu ihrer Rechtswirksamkeit der zwingenden Zustimmung des Betriebsrates bedürfen. Hierzu zählen die Einführung

- einer betrieblichen Disziplinarordnung (Z 1),
- von Personalfragebögen (Z 2),
- von Kontrollmaßnahmen und technischen Systemen zur Kontrolle der Arbeitnehmer (Z 3)
- sowie die Einführung und Regelung von Akkord-, Stück- oder Gedinglöhnen oder sonstigen leistungsbezogenen Prämien und Entgelten (Z 4).

Im Hinblick auf elektronische Datenverarbeitung wird nachstehend nicht näher auf die Z 1 und Z 4 eingegangen, sondern werden nur die Z 2 und 3 behandelt.

1. Personalfragebögen nach § 96 Abs 1 Z 2 ArbVG

„§ 96. (1) Folgende Maßnahmen des Betriebsinhabers bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der Zustimmung des Betriebsrates:

.....

2. die Einführung von Personalfragebögen, sofern in diesen nicht bloß die allgemeinen Angaben zur Person und Angaben über die fachlichen Voraussetzungen für die beabsichtigte Verwendung des Arbeitnehmers enthalten sind;

.....“

Weder aus dem Gesetzestext noch aus den Gesetzesmaterialien ist konkret erkennbar, welche Fälle der Gesetzgeber mit dem Begriff des „Personalfragebogens“ erfassen wollte und warum er nicht generell die „Verwendung“, sondern nur die „Einführung“ solcher Fragebögen in den Anwendungsbereich des § 96 Abs 1 ArbVG aufgenommen hat. Sowohl die Wahl des Begriffes „Einführung“ wie auch die systematische Interpretation lassen aber zumindest den Schluss zu, dass nicht an einmalige Aktionen, sondern an Maßnahmen von gewisser Dauer gedacht ist. Auch die Literatur interpretiert die Formulierung so, dass die Zustimmungspflicht nur für ein „generelles Verhalten des Betriebsinhabers“, nicht aber auch für „individuell konkrete Handlungen“ gelte.¹⁰⁾

¹⁰⁾ Preis in Cerny ua, Arbeitsverfassungsrecht III² (2002) 112.

Anh V/17 Arbeitnehmerdatenverarbeitung

Das Schrifttum äußert sich zum Begriff der Personalfragebögen sowie zum Zweck der Regelung zwar nur spärlich, stimmt aber im Wesentlichen darin überein, dass nur solche Maßnahmen des Betriebsinhabers unter § 96 Abs 1 Z 2 ArbVG fallen können, die geeignet sind, dem Arbeitgeber Informationen über persönliche Umstände oder Meinungen eines einzelnen Arbeitnehmers zu verschaffen, an dessen Geheimhaltung dieser ein Interesse haben könnte.

So wird der Personalfragebogen etwa als Schriftstück definiert, das Fragen zur Person enthält, welcher das Schriftstück übergeben wird, und die über allgemeine Angaben zur Person und Angaben über die fachlichen Voraussetzungen für die beabsichtigte Verwendung des Arbeitnehmers hinausgehen.¹¹⁾

Preis versteht unter Personalfragebögen Schriftstücke, die Fragen enthalten, die sich auf die Person des Arbeitnehmers beziehen und von diesem zu beantworten sind, wobei als häufigster Anwendungsfall der Einstellungsfragebogen erwähnt wird.¹²⁾

Aus diesem Grund setzen Teile der Literatur für die Anwendung des § 96 Abs 1 Z 2 ArbVG voraus, dass der Arbeitgeber die Antworten dem jeweiligen Befragten **zuordnen kann**.¹³⁾

Ist die völlige Anonymität gewährleistet, scheint daher eine Zustimmung des Betriebsrates entbehrlich.¹⁴⁾ Dieses Resultat folge aus der Überlegung, dass die Zulässigkeit einer Maßnahme an der möglichen Sanktion für den Arbeitnehmer zu messen sei. Seien die Befragten dem Arbeitgeber nicht bekannt, sei eine Sanktion aber auszuschließen. Daher seien anonyme Betriebsklimaanalysen prinzipiell zustimmungsfrei, was allerdings die allgemeinen Mitwirkungs-möglichkeiten des Betriebsrates unberührt lasse.¹⁵⁾

Denkbar sind auch **Online-Personalfragebögen**, die im Internet oder in Form einer Intranetseite gestaltet werden und die Fragen enthalten, die sich auf die Person des (künftigen) Arbeitnehmers beziehen und von diesem zu beantworten sind. Für diese gilt das oben Ausgeführte gleichermaßen.

Die schon erwähnten **Einstellungsfragebögen** sind der häufigste Fall von Fragebögen, egal ob in Papier oder als elektronischer Fragebogen. Diese enthalten Fragen an die Stellenbewerber, also die künftigen Arbeitnehmer.

¹¹⁾ Floretta/Strasser, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (1975) 527.

¹²⁾ *Preis* in Cerny ua, Arbeitsverfassungsrecht 116ff.

¹³⁾ Gerlach, Nicht nur heiße Luft – Betriebsklimaanalysen als Anwendungsfall von Betriebsumfragen, ecolex 1991, 554ff.

¹⁴⁾ Ähnlich Schrank, Zur Anwendung des § 96a ArbVG – Personaldatenverarbeitung ohne Zustimmung des Betriebsrates, ecolex 1990, 163ff.

¹⁵⁾ Schrank, ecolex 1990, 164.

Da § 96 Abs 1 Z 2 von „fachlichen Voraussetzungen für die beabsichtigte Verwendung“ spricht, gilt auch für die Einstellungsfragebögen, dass eine Zustimmung des Betriebsrates erforderlich ist. Allerdings hat die Betriebsvereinbarung für Stellenbewerber keine zweiseitige normative Wirkung. Wie üblich gilt diese nur schuldrechtlich zwischen Betriebsinhaber und Betriebsrat.

Demgemäß muss sich der Arbeitgeber an die Betriebsvereinbarung halten. Der Stellenbewerber kann sich allerdings nicht wirksam wehren. Er hat keinen Unterlassungsanspruch, bloß die Verweigerung der Antwort. Dies dürfte sich allerdings in der Praxis zumeist negativ auf die angestrebte Einstellung auswirken.

Grundsätzlich lassen sich Personalfragebögen in schlichte und qualifizierte Fragebögen kategorisieren.

Schlichte Fragebögen enthalten bloße Angaben zur Person oder über fachliche Voraussetzungen, wie zB Vor- und Zuname, Geburtsdatum, Adresse, Familienstand, Schulbildung, berufliche oder berufsspezifische Ausbildung, bisherige Tätigkeit. Diese schlichten Fragebögen sind mitbestimmungsfrei. Es ist also keine Zustimmung des Betriebsrates notwendig.

Bei den **qualifizierten** Fragebögen hingegen gehen die Fragen über die Angaben zur Person oder über die fachlichen Voraussetzungen hinaus. Dazu zählen zB die Fragen nach Vorstrafen, gesundheitlicher Eignung oder Erkrankung, Religionszugehörigkeit oder dem Beendigungsgrund vorheriger Dienstverhältnisse. Die Fragen hier nach sind mitbestimmungspflichtig. Die Rechtmäßigkeit ist somit abhängig von einer Zustimmung des Betriebsrates in Form einer Betriebsvereinbarung. In der Praxis könnte der mögliche Regelungsinhalt einer solchen Betriebsvereinbarung zB den genauen Personalfragebogen definieren, die Kategorien von zulässigen Fragen bestimmen oder Sanktionen bei Missachtung festlegen.

Unzulässige Fragen in Personalfragebögen: das sind jene Fragen, mit denen in die Intimsphäre eingegriffen wird und durch die Persönlichkeitsrechte berührt oder verletzt werden. Solche Fragen sind in jedem Fall unzulässig, auch mit Zustimmung des Betriebsrates. Die Antwort auf solche Fragen darf verweigert werden bzw es darf eine wissentlich falsche Antwort gegeben werden. Die Verweigerung oder das Erteilen einer bewusst falschen Antwort darf nicht zu einer Entlassung führen.

Zu unzulässigen Fragen zählen zB die Frage nach sexuellen Gewohnheiten, Bestehen einer Schwangerschaft, nach Vermögensverhältnissen, privaten Daten über Familie oder Bekanntenkreis, familiäre Pläne (Kinderwunsch), nach der Zugehörigkeit zu einer Gewerkschaft, einer politischen Partei oder einer Religionsgemeinschaft.

In seiner Entscheidung vom 15. 12. 2004 hat der OGH festgehalten, dass eine Fragebogenaktion durch Dritte mit Wissen und Förderung des Arbeitgebers nur dann unter § 96 Abs 1 Z 2 ArbVG zu

Anh V/17 Arbeitnehmerdatenverarbeitung

subsumieren ist (dh Betriebsratzustimmung), wenn die Gefahr besteht, dass der Arbeitgeber in den Besitz von Daten oder Informationen daraus gelangt.¹⁶⁾

Wenn die Erhebungsart gewährleistet, dass der Arbeitgeber keinen direkten Einblick in die Fragebögen hat und der Arbeitgeber nur allgemeine, einzelne, dem Arbeitnehmer nicht zuordenbare Informationen erhält, ist keine Einbindung des Betriebsrates notwendig. Bedeutend ist diese Frage etwa bei anonymen „Mitarbeiter-Zufriedenheitsumfragen“ oder „Betriebsklimaanalysen“, die online per Intranet oder Internet vom Betriebsinhaber oder einem externen, von diesem beauftragten Dienstleister durchgeführt werden: Bei diesen ist genau zu prüfen, ob sie tatsächlich anonym sind oder doch eine technische Rückverfolgbarkeit gegeben ist, etwa durch das Einloggen des Mitarbeiters im Intranet oder die IP-Adresse oder ein individuelles Passwort im Internet.

2. Kontrollmaßnahmen und technische Systeme nach § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG

„§ 96. (1) Folgende Maßnahmen des Betriebsinhabers bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der Zustimmung des Betriebsrates:

3. die Einführung von Kontrollmaßnahmen und technischen Systemen zur Kontrolle der Arbeitnehmer, sofern diese Maßnahmen (Systeme) die Menschenwürde berühren;

a) Allgemeiner Überblick

Die Einführung von Kontrollmaßnahmen und technischen Systemen zur Kontrolle der Arbeitnehmer zählt zu jenen Anliegen des Betriebsinhabers, die nach § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG zu ihrer Rechtswirksamkeit der Zustimmung des Betriebsrates bedürfen, sofern diese Maßnahmen (Systeme) die Menschenwürde berühren. Es handelt sich um einen Fall der notwendigen Mitbestimmung. Die Zustimmung kann nur in Form einer Betriebsvereinbarung erfolgen.

Sollte ein Betrieb über keinen Betriebsrat verfügen, ist § 10 AVRAG anzuwenden. Nach § 10 Abs 3 AVRAG ist dann die Zustimmung jedes einzelnen Arbeitnehmers erforderlich.

Sofern es sich also bei der Maßnahme nicht um eine Einzelmaßnahme (zB Überwachung des Einzelnen wegen des Verdachts auf Diebstahl) handelt, kann sie nicht ohne Zustimmung des Betriebsrates in Form einer Betriebsvereinbarung gesetzt werden. Wenn der

¹⁶⁾ OGH 15. 12. 2004, 9 ObA 114/04m.

Betriebsrat seine Zustimmung verweigert ist keine Regelung durch Einzelvereinbarung oder Weisung möglich. Ebenso scheidet das Anrufen der Schlichtungsstelle aus.

Mit **Kontrolle** ist die Erhebung gewisser Fakten und deren Sollzustand gemeint. Unter einer Kontrollmaßnahme iSd § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG ist die systematische Überwachung von Eigenschaften, Handlungen oder des Allgemeinverhaltens von Arbeitnehmern durch den Betriebsinhaber zu verstehen. Hierzu zählen alle zur Überwachung von Arbeitnehmern geeigneten menschlichen Verhaltensweisen und technischen Vorrichtungen, die abstrakt geeignet sind, Arbeitnehmer zu kontrollieren. Dabei ist bereits die **objektive Möglichkeit** zur Kontrolle ausschlaggebend. Eine subjektive Absicht des Arbeitgebers zu kontrollieren ist nicht erforderlich.

Die Verwendung des Wortes „Einführung“ (von Kontrollrichtungen) im Gesetz bedeutet nicht, dass bereits bestehende Maßnahmen nicht der Zustimmung des Betriebsrates unterliegen, sondern schließt auch diese Einrichtungen ein.¹⁷⁾

Die häufigsten Anwendungsbereiche solcher Kontrollmaßnahmen finden sich heute bei Telefon, E-Mail, Internet, Videokameras, dem sog Whistleblowing oder in der Erhebung biometrischer Daten (Fingerabdruck, DNA).

Wie bereits erwähnt bedürfen diese Maßnahmen dann einer Zustimmung des Betriebsrates, wenn sie die Menschenwürde berühren. Die **Menschenwürde** wird anhand von Grund- und Freiheitsrechten definiert, wie zB dem Privat- und Familienleben, dem Briefgeheimnis, dem Fernmeldegeheimnis, der Meinungsfreiheit, dem Recht am eigenen Bild oder dem Datenschutz. Beispiele für das Berühren der Menschenwürde sind etwa Überwachungskameras, die zwar primär zur Abwehr oder Früherkennung von Gefahren dienen, bei denen aber als Nebenaspekt eine Kontrolle der Arbeitnehmer möglich ist.

Im Folgenden wird näher auf einzelne beispielhafte Kontrollmaßnahmen und die damit verbundenen neuesten Entscheidungen der Judikatur eingegangen.

b) Typische Kontrollmaßnahmen, die mittels EDV durchgeführt werden

aa) Whistleblowing

Beim „Whistleblowing“ handelt es sich um sog „Verpfeif-Hotlines“ nach US-Modell. Die Mitarbeiter werden verpflichtet, das Fehlverhalten von Kollegen den Vorgesetzten zu melden. Üblicher-

¹⁷⁾ OGH 20. 12. 2006, 9 ObA 109/06d, JBl 2007, 738 (OLG Innsbruck 19. 7. 2006, 13 Ra 37/06y; LG Innsbruck 2. 5. 2006, 42 Cga 56/06s).

Anh V/17 Arbeitnehmerdatenverarbeitung

weise werden dafür zwei technische Optionen angeboten, nämlich eine Telefonhotline und „Meldefomulare“ im Internet.

In Folge einiger Bilanzskandale wurde 2002 der Sarbanes-Oxley Act (SOX), ein US-Gesetz zur Verbesserung der Unternehmensberichterstattung, verabschiedet.¹⁸⁾ Ziel dieses Gesetzes ist es, das Vertrauen der Anleger und der Berichterstattungspflichtigen wiederherzustellen. Dazu gehören auch diese sog Verpfeif-Hotlines. Das Gesetz gilt für alle US-amerikanischen und ausländischen Unternehmen, die an US-Börsen notiert sind, sowie für deren Tochterunternehmen. Europäische Tochtergesellschaften US-amerikanischer Konzernunternehmen werden daher verpflichtet, auch in ihren Betrieben bestimmte Überwachungsmaßnahmen, ua Verpfeif-Hotlines, einzurichten.¹⁹⁾

Dieses Verpfeifen ließe sich allenfalls aus der Treuepflicht oder aus der besonderen Position des Arbeitnehmers gegenüber dem Vorgesetzten herleiten. Kritiker sehen in den Hotlines ein „System des Misstrauens“, wenn jeder jeden gegen jede Art des Fehlverhaltens „verpfeifen“ kann und soll. Es entstünde eine permanente Überwachung und somit eine über das für die Erreichung des Kontrollzwecks erforderliche Ausmaß hinausgehende Kontrolldichte.²⁰⁾

Eine Rechtfertigung kann jedoch möglicherweise in Art 7f DS-RL gefunden werden. Diesbezüglich muss eine Interessenabwägung zwischen den Interessen des Betroffenen und den Interessen des für die Verarbeitung Verantwortlichen durchgeführt werden.

In einer Stellungnahme der Art-29-Datenschutzgruppe²¹⁾ wird verdeutlicht, dass vor allem jene Person, die durch ein Verfahren zur Meldung von Missständen belastet wird, besonders schützenswert ist. Neben dem Hinweisgeber hat vor allem jene Person, die eines Verstoßes beschuldigt wird, Anspruch auf all jene Rechte, welche ihr gem der DS-RL und den nationalen Vorschriften zustehen.

Das bedeutet, dass der Betroffene rechtzeitig über die Existenz, den Zweck und die Funktionsweise des Systems, den Empfänger sowie die Auskunfts- und Berichtigungsrechte der erhobenen Daten zu informieren ist. Zu den Rechten des Beschuldigten gehören Informationsrechte im Hinblick auf die verarbeiteten Daten.

Außerdem hat er das Recht, gegen die Verarbeitung von Daten Widerspruch einzulegen.²²⁾

¹⁸⁾ Vgl näher dazu *Knyrim/Kurz/Haidinger*, Whistleblowing-Hotlines: Mitarbeiter „verpfeifen“ zulässig? ARD 5681-12. 5. 2006, 3 ff.

¹⁹⁾ *Knyrim/Kurz/Haidinger*, ARD 5681-12. 5. 2006, 3.

²⁰⁾ *Spring*, Whistleblowing – Verpfeif-Maßnahmen, *ecolex* 2007, 139.

²¹⁾ Die Arbeitsgruppe wurde durch Art 29 DS-RL eingesetzt. Sie ist ein unabhängiges EU-Beratungsgremium in Datenschutzfragen. Ihre Aufgaben sind in Art 30 DS-RL und Art 15 RL 2002/58/EG festgelegt. Siehe auch Anh VI/7.

²²⁾ *Spring*, Whistleblowing, *ecolex* 2007, 139.

Der **Betroffene** muss vor allem über Folgendes **unterrichtet** werden:

- die für das System zur Meldung von Missständen zuständige Einheit,
- Beschuldigungen, die gegen ihn erhoben werden,
- die Abteilungen oder Dienststellen, die die Meldung erhalten können,
- wie er seine Zugangs- und Berechtigungsrechte wahrnehmen kann.

Außerdem verweist die Artikel-29-Datenschutzgruppe darauf, dass personalisierte Meldungen den anonymen Meldungen vorgezogen werden sollten. Als Gründe hierfür werden angeführt, dass bei anonymen Meldungen die Beschwerde nur schwer überprüfbar sei und außerdem eine Gefahr bestehe, dass es vermehrt zu anonymen, böswilligen Meldungen käme. Daher sollten anonyme Meldungen die Ausnahme bleiben.

Dem Hinweisgeber sollte zwar bei Kontaktaufnahme vermittelt werden, dass seine Meldung vertraulich behandelt sowie auch seine Identität geschützt wird, allerdings muss ihm auch klargemacht werden, dass seine Identität im Rahmen des Verfahrens gegenüber den ermittelnden Personen enthüllt werden kann.

Darüber hinaus müssen geeignete technische und organisatorische Maßnahmen eingerichtet werden, die Schutz vor einer unberechtigten Weitergabe an Dritte gewährleisten.²³⁾

Abschließend ist daher festzuhalten, dass Whistleblowing-Maßnahmen, insb sog Verpfeif-Hotlines, nicht nur datenschutzrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen²⁴⁾, sondern gleichzeitig ein typisches Beispiel einer Kontrollmaßnahme und daher durch Betriebsvereinbarung zu regeln sind. Als inhaltliche Anregungen für eine solche Betriebsvereinbarung können die Gedanken des zitierten Arbeitspapiers der Art-29-Datenschutzgruppe herangezogen werden.

bb) Elektronische Zeiterfassung und Fingerscanning

Die Einführung von Kontrollmaßnahmen und technischen Systemen zur Kontrolle der Arbeitnehmer, sofern diese Maßnahmen (Systeme) die Menschenwürde berühren, zählt zu jenen Anliegen des Betriebsinhabers, die nach § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG zu ihrer Rechtswirksamkeit der Zustimmung des Betriebsrates bedürfen. So kann auch die Kontrolle rein dienstlichen Verhaltens zustimmungspflichtig sein. Vor allem durch zu große, über das für die Erreichung des Kontrollzwecks erforderliche Ausmaß hinausgehende Kontrolldichte bei der Arbeit kann die Menschenwürde iSd § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG tan-

²³⁾ Knyrim/Kurz/Haidinger, ARD 5681-12. 5. 2006, 3.

²⁴⁾ Vgl DSK 5. 12. 2008, K178.274/0010-DSK/2008.

Anh V/17 Arbeitnehmerdatenverarbeitung

giert werden. Durch eine Stechuhr (Zeitstempelinrichtung) zur Arbeitszeitkontrolle wird die Menschenwürde noch nicht berührt. Auch die weit verbreitete Verwendung von **Magnetkarten** führt in der Regel noch nicht dazu, solange sie nicht ein arbeitnehmerbezogenes Bewegungsverhalten während des ganzen Arbeitstages erlauben.

Am Markt werden heute Zeiterfassungssysteme mit „**Finger-scanning**“ angeboten. Diese bedingen einen biometrischen Datenerhebungsvorgang. Fraglich ist also, ob ein solches System die Menschenwürde der Arbeitnehmer berührt. In der hierzu ergangenen Entscheidung des OGH vom 20. 12. 2006, 9 ObA 109/06 d, sah der beklagte Arbeitgeber bloß eine „qualitativ verbesserte Stechuhr“.

Als Biometrie versteht man die Wissenschaft von der maschinellen Erkennung biologischer Merkmale zwecks Authentifizierung. Ausgangspunkt jeglicher biometrischer Technologie ist die „biometrische Vermessung“, die in digitale Information umgewandelt wird und als „biometrische Vorlage“ der vermessenen Person gespeichert wird.²⁵⁾ Bei biometrischen Daten handelt es sich demnach um Angaben über Personen, deren Identität mittels messbarer körperlicher Merkmale bestimmbar ist (zB Fingerabdrücke). Für diese gilt die Forderung nach einem Schutz der Individualität in besonderer Weise, da es zu einer Überschneidung der Abbildung körperlicher Merkmale und personenbezogener Information kommt. Es ist sowohl das Recht am eigenen Bild als auch das Recht auf Schutz der eigenen Daten gleichermaßen betroffen.²⁶⁾ Bei biometrischen Daten handelt es sich nach einhelliger Auffassung um personenbezogene Daten sowohl iSd Art 2 lit a DS-RL 95/46/EG als auch iSd § 4 Z 1 DSGVO. Hierbei ist der Begriff „personenbezogene Daten“ weit zu verstehen. Es handelt sich um sämtliche Informationen über eine natürliche Person, unabhängig davon, welchen Aspekt der Person sie betreffen.²⁷⁾ Die üblichen biometrischen Verfahren speichern in der Regel nicht die biometrischen Rohdaten für spätere Identifikationsprozesse, sondern verwenden sog „Templates“ (Datensätze). Diese enthalten in komprimierter Form die wesentlichsten Informationen des biometrischen Merkmals und reichen in der Regel aus, um über Ähnlichkeitsvergleiche die Person identifizieren zu können. Normalerweise lässt sich aus einem Template das biometrische Merkmal nicht rekonstruieren. Da allerdings die Identität des Betroffenen bestimmt oder bestimmbar ist, handelt es sich trotz der Eingangs-Funktion des Templates um personenbezogene Daten.

²⁵⁾ *Riener-Hofer*, Vermessen? Die neuen Pass- und Visabestimmungen für die USA nach 9/11, *Juridicum* 2003, 118; *Partiale/Riener-Hofer*, Biometrie: Begriff und Diskussionsstand, *Juridicum* 2004, 79; siehe weiters zum Ablauf *Hornung/Steitel*, Biometrie am Arbeitsplatz – sichere Kontrollverfahren versus ausuferndes Kontrollpotential, *AuR* 2005, 201 [203ff] ua.

²⁶⁾ *Löschnigg*, *ASoK* 2005, 37, 39.

²⁷⁾ OGH 20. 12. 2006, 9 ObA 109/06 d, *ADR* 2007, 2.

Allein der Einsatz biometrischer Daten genügt laut OGH allerdings noch nicht, um aus einem üblichen Kontrollsystem, das auf solchen Daten aufbaut, ein wegen Berührens der Menschenwürde zustimmungspflichtiges System zu machen. Insb dann nicht, wenn die Verfügungsgewalt über den Einsatz der biometrischen Daten ausschließlich beim betroffenen Arbeitnehmer liegt, der Arbeitgeber keinen unmittelbaren Personenbezug herstellen kann, keine Relation mit anderen Daten hergestellt wird und keine Aufzeichnungen der Zutritte vorgenommen werden.²⁸⁾

Vielmehr hat eine umfassende **Abwägung der wechselseitigen Interessen** stattzufinden. Es sind also die Interessen des Arbeitgebers, der im Arbeitsverhältnis ein grundsätzliches Recht zur Kontrolle der Arbeitnehmer hat, und die Interessen des Arbeitnehmers an der Wahrung seiner Persönlichkeitsrechte gegeneinander abzuwägen.²⁹⁾ Es ist das schonendste, noch zum Ziel führende Kontrollmittel zu wählen. Die bloße Erfassung der Arbeitszeit, an der dem Arbeitgeber ein durch den Arbeitsvertrag vorgegebenes Interesse zuzubilligen ist, stellt noch keine Beeinträchtigung der in den Betrieb eingebrachten Persönlichkeit des Arbeitnehmers dar.³⁰⁾ Ebenso ist allein die Anwesenheitskontrolle nicht nach § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG zustimmungspflichtig.

Dass der Arbeitgeber die Arbeitszeiten seiner Arbeitnehmer kontrolliert und erfasst, ist selbstverständlich zulässig. Die Interessenwahrungspflicht der Arbeitnehmer gebietet sogar, den Arbeitgeber dabei zu unterstützen (zB durch Aufzeichnung, Bedienung einer Stechuhr, Verwendung von Magnetkarten). Allerdings verlangt die Fürsorgepflicht vom Arbeitgeber, das für die Arbeitnehmer schonendste und ebenfalls zum Ziel führende Kontrollmittel zu wählen.

Das erwähnte Gerichtsverfahren³¹⁾ ergab allerdings weder, dass dies auf das gegenständliche System zutrifft, noch dass die bereits mehrfach genannten herkömmlichen Systeme nicht ebenfalls zum Ziel führen können. Vielmehr bescheinigte der OGH dem Betriebsrat, dass die biometrische Vermessung der Arbeitnehmer mitsamt dem täglich notwendigen Vergleich mit den vorher gewonnenen biometrischen Vorlagen durch die Bedienung von Fingerscannern in Relation zum angestrebten vergleichsweise trivialen Ziel (Feststellen des Kommens und Gehens der Arbeitnehmer) eine Intensität erreicht

²⁸⁾ Vgl OGH 20. 12. 2006, 9 ObA 109/06 d (OLG Innsbruck 19. 7. 2006, 13 Ra 37/06 y; LG Innsbruck 2. 5. 2006, 42 Cga 56/06 s).

²⁹⁾ *Binder* in *Tomandl*, Arbeitsverfassungsgesetz § 96 Rz 59; *ders*, AVRAG § 10 Rz 12; *Brodil*, ZAS 2004/28, 156, 158; VwGH ZAS 1994/7 (Beck Mannergetter); OGH 8 ObA 288/01 p und andere.

³⁰⁾ Vgl OLG Wien ARD 4714/17/96 ua.

³¹⁾ OGH 20. 12. 2006, 9 ObA 109/06 d, ADR 2007.

Anh V/17 Arbeitnehmerdatenverarbeitung

hat, die infolge der Berührung der Menschenwürde nach § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG zustimmungspflichtig ist.

cc) Telefon

Neben den bereits erwähnten Kontrollmaßnahmen ist ein solches System auch in Form einer Telefonanlage denkbar. In seiner Grundsatzentscheidung hatte der OGH³²⁾ über die rechtliche Zulässigkeit einer neu installierten Telefonanlage zu entscheiden. Diese Anlage zeichnete bei abgehenden Telefonaten die Nebenstellenummer, die gewählte Rufnummer (Zielnummer), die belegte Postleitung, das Datum und die Uhrzeit sowie die Dauer des Gesprächs, die Gesamtzahl der Einheiten und den Gebührenbetrag auf. Durch das Drücken einer speziellen Taste war es dem Arbeitnehmer möglich, sein Gespräch als Privatgespräch zu deklarieren. In diesem Fall wurde das Gespräch besonders gekennzeichnet und nur ein Teil der angewählten Nummer aufgezeichnet. Bereits in einer früheren Entscheidung³³⁾ wurde klargestellt, dass es sich um die Einführung eines technischen Systems zur Kontrolle der Arbeitnehmer iSd § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG handle. Daher ist entscheidend, ob dieses System die Menschenwürde berührt.

Bloß subjektive Befürchtungen der betroffenen Arbeitnehmer sind allein nicht ausreichend, um einem solchen System die Eignung zuzusprechen, es berühre die Menschenwürde. Vielmehr ist es erforderlich, dass das technische System auch objektiv geeignet ist, die Menschenwürde zu beeinträchtigen³⁴⁾.

Im dargestellten Fall standen sich das in Art 5 StGG normierte Grundrecht der Unverletzlichkeit des Eigentums des Arbeitgebers und das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers auf Achtung seines Privatbereichs und seiner Geheimsphäre gegenüber. Im Fall widerstreitender Persönlichkeitsrechte geht die Rechtsprechung von einer grundsätzlich verankerten Pflicht zur umfassenden Interessenabwägung aus.³⁵⁾ In dieser vorzunehmenden Interessenabwägung ist der bestehende Arbeitsvertrag mit einzubeziehen, der einerseits Fürsorgepflichten des Arbeitgebers sowie andererseits auch Treuepflichten des Arbeitnehmers nach sich zieht. Die Telefonkontrolle an sich verstößt gegen kein Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers. Vielmehr gehört es zum Wesen des Arbeitsvertrages, dass sich der Arbeitnehmer dieser Kontrolle unterwirft. Denn das Führen von Privatgesprächen wird in der Regel kein Gegenstand der im Arbeitsvertrag

³²⁾ OGH 13. 6. 2002, 8 ObA 288/01 p.

³³⁾ VwGH 11. 11. 1987, 87/01/0034, ZAS 1988/12 = EDVuR 1988 H 1, 26 = RdW 1988, 168.

³⁴⁾ Thiele, Die Einführung eines elektronischen Telefonkontrollsystems, wbl 2002, 518.

³⁵⁾ Berka Grundrechte (2000) Rz 231.

geregelten Tätigkeiten sein. Allerdings verpflichtet die dargestellte Grundrechtsbindung sowie die Fürsorgepflicht den Arbeitgeber, die Eingriffe in Persönlichkeitsrechte auf die schonendste zum Ziel führende Weise vorzunehmen.³⁶⁾

Der Schutz des Art 8 MRK umfasst auch Vermittlungsdaten. Auch diese Tatsache ist für das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht unbeachtlich. So ist es durchaus denkbar, dass das systematische, lückenlose Erfassen aller Gesprächsdaten und vor allem die jederzeitige, auch völlig willkürliche Aufforderung an den Arbeitnehmer, sich zu rechtfertigen, für diesen die Arbeit schlechthin unerträglich machen. Durch das Kontrollsystem werden dem Arbeitgeber Möglichkeiten gegeben, die das System einer stichprobenweisen Überprüfung ohne technische Hilfsmittel in erheblichem Ausmaß übersteigen. Es ist also nicht auszuschließen, dass die Menschenwürde durch das Kontrollsystem trotz der dem Arbeitnehmer eingeräumten Option, durch Drücken einer Taste ein Privatgespräch zu kennzeichnen, berührt wird. Vielmehr wirken die Persönlichkeitsrechte, wenngleich durch den Arbeitsvertrag abgeschwächt und modifiziert, auch im dienstlichen Bereich fort und schützen dort den Arbeitnehmer insb vor Erniedrigung, Ungleichbehandlung und Willkür.³⁷⁾ Durch zu große, über das für die Erreichung des Kontrollzwecks erforderliche Ausmaß hinausgehende Kontrolldichte bei der Arbeit kann jedenfalls die Menschenwürde iSd § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG berührt werden.

Es ist grundsätzlich auf die tatsächliche Verwendung des Kontrollsystems abzustellen, allerdings darf darüber hinaus nicht übersehen werden, dass die installierten Programmpakete im Allgemeinen wesentlich umfangreichere Anwendungen gestatten und darüber hinaus eine Unzahl von Erweiterungsmöglichkeiten besteht.³⁸⁾ Somit kommt es zu einem Spannungsverhältnis zwischen der tatsächlichen und der „vorgesehenen“ Verwendung.³⁹⁾

Damit ist abschließend festzuhalten, dass die Einführung eines elektronischen Telefonkontrollsystems, das die Nummern der anrufenden Teilnehmer systematisch und vollständig den jeweiligen Nebenstellen zuordnet, selbst dann die Menschenwürde iSd § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG berührt, wenn durch Betätigen einer Taste am Telefon hinsichtlich der dann besonders gekennzeichneten Gespräche die Endziffern der Rufnummer im System unterdrückt werden. Für jede automationsgestützt arbeitende Telefonregisteranlage ist daher der Abschluss einer Betriebsvereinbarung zu verlangen, in der der Umfang der Nutzung der Anlage festgelegt wird, wie auch eine Informationspflicht des Arbeitgebers über allfällige Änderungen und Schutz-

³⁶⁾ Thiele, wbl 2002, 518.

³⁷⁾ Vgl Tomandl, ZAS 1982, 163.

³⁸⁾ Thiele, wbl 2002, 518.

³⁹⁾ Schrank, ZAS 1990, 37.

Anh V/17 Arbeitnehmerdatenverarbeitung

maßnahmen zugunsten des Arbeitnehmers vor willkürlicher, übermäßiger Kontrolle.

dd) Internet und E-Mail

Nach diesen Ausführungen stellt sich die Frage, wie sich diese Entscheidung auf andere moderne Kommunikationsmittel wie zB E-Mail und Internet umlegen lässt. Denn gerade bei solchen Systemen ist die Registrierung von Verkehrs- bzw Zugangsdaten (zB Weblogs, Logfiles im www oder bei E-Mail) kaum zu vermeiden. Die Kontrolle von E-Mails und Internetzugängen ist wegen ihrer technischen Eigenheiten in der Regel eine Inhaltskontrolle und mehr als nur eine bloße Kontrolle von Verbindungsdaten. Es wird auch der Inhalt der Websites kontrolliert, und somit sind personenbezogene Daten betroffen. Bisher existiert noch keine Judikatur dazu. Auch die Lehre ist dahingehend uneinig, ob und in welcher Form eine Kontrolle möglich ist.

Es ist unumstritten, dass die Kontrolle eines Arbeitnehmers im Hinblick auf die Erbringung seiner geschuldeten Arbeitsleistung grundsätzlich zulässig ist. Es entspricht doch dem Wesen eines Arbeitsverhältnisses, dass persönlich abhängige Arbeitnehmer der Kontrolle ihres Arbeitgebers unterliegen.⁴⁰⁾ Kontrollmaßnahmen werden erst dann zustimmungspflichtig bzw unzulässig, wenn sie ein gewisses Maß an Intensität der Rechtsbeeinträchtigung des Arbeitnehmers überschreiten. Die Grenze zwischen zulässiger und unzulässiger Kontrolle liegt hier einerseits in der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (§ 1157 ABGB, § 18 AngG) sowie in den einfachgesetzlichen Persönlichkeitsrechten des Arbeitnehmers (§ 16 ABGB) und andererseits im unmittelbar anwendbaren Grundrecht auf Datenschutz (§ 1 DSG). Weitere grundrechtliche Wertvorstellungen wie beispielsweise der Schutz des Briefgeheimnisses (Art 10 StGG, Art 8 EMRK), das Fernmeldegeheimnis (Art 10a StGG), die Meinungsfreiheit (Art 10 EMRK) und das Privat- und Familienleben (Art 8 EMRK) können als Auslegungsmaximen für das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers dienen.⁴¹⁾ So ist die Frage der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit solcher Kontrollen grundsätzlich auch unabhängig von einer allfälligen Mitbestimmungspflicht der Belegschaftsvertretung iSd § 96 Abs 1 Z 3 oder § 96a Abs 1 ArbVG bei der Implementierung „neuer Medien“ zu sehen.⁴²⁾ Die Mitwirkungsrechte der

⁴⁰⁾ Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 122; vgl auch § 97 Abs 1 Z 6 ArbVG, wonach über die zweckentsprechende Verwendung von Betriebsmitteln eine Betriebsvereinbarung abgeschlossen werden kann.

⁴¹⁾ Schnorr, Erfüllung arbeitsvertraglicher Pflichten und Persönlichkeitschutz des Arbeitnehmers, in FS Strasser (1983) 108f.

⁴²⁾ Sacherer, Datenschutzrechtliche Aspekte der Internetnutzung von Arbeitnehmern, RdW 2005, 173.

Belegschaftsorgane können jedenfalls immer erst dort einsetzen, wo die Zulässigkeit der Verwendung von Daten insb nach dem DSGVO gegeben ist.⁴³⁾

Im Zusammenhang mit der Nutzung eines betrieblichen Internetzugangs bzw einer E-Mail-Adresse gilt grundsätzlich, dass der Arbeitgeber berechtigt ist, über den Einsatz seiner Betriebsmittel bis hin zu einem Verbot zu disponieren.⁴⁴⁾

Der in der Praxis häufig vorkommende private Nutzungsumfang dürfte auf Grund fehlender Regelungen oftmals schwierig festzustellen sein.⁴⁵⁾ Abseits vertraglicher Grundlagen ist zu prüfen, welche sonstigen, nach herrschender Ansicht subsidiären Kriterien zur Prüfung der Zulässigkeit privater Nutzung herangezogen werden können. Nach § 1153 Satz 2 ABGB ist dabei wiederum auf die Ortsüblichkeit und Angemessenheit („den Umständen nach angemessene Dienste“) abzustellen, die durchaus auch durch gesetzliche Vorschriften determiniert sein können.⁴⁶⁾

Die Einführung von Kontrollmaßnahmen und technischen Systemen, die die Menschenwürde berühren, bedürfen gem § 10 AVRAG bei Nichtvorliegen einer Betriebsvereinbarung der individuellen Zustimmung des betroffenen Arbeitnehmers. Nach dieser Bestimmung ist die Verwendung von Software iS einer Vorrichtung zur qualitativen oder quantitativen Kontrolle ohne Wissen des Arbeitnehmers unzulässig.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die datenschutzrechtliche Zulässigkeit von Kontrollmaßnahmen hinsichtlich der Internet- und E-Mailnutzung von Arbeitnehmern im Wesentlichen von zwei Faktoren abhängt.

- Zum einen ist zu erfragen, welche Daten überhaupt erfasst werden und
- zum anderen gilt zu klären, welche Zwecke mit der Kontrolle der erfassten Daten verfolgt werden.

Werden also die Daten vom Arbeitgeber lediglich zu Zwecken der Aufrechterhaltung der Funktionalität des IT-Systems in dafür technisch unbedingt erforderlichem Umfang verwendet, so ist dies unbedenklich. Auch eine Überwachung des betrieblichen IT-Systems,

⁴³⁾ Schnorr in FS Strasser 116; Grillberger, Rechtliche Grenzen der Ermittlung von Arbeitnehmerdaten im Arbeitsrecht und Datenschutzgesetz, in FS Floretta (1983) 388.

⁴⁴⁾ Vgl auch § 97 Abs 1 Z 6 ArbVG, wonach über die zweckentsprechende Verwendung von Betriebsmitteln eine Betriebsvereinbarung abgeschlossen werden kann.

⁴⁵⁾ Brodil, Nutzung und Kontrolle von neuen Medien im Arbeitsrecht, ecolex 2001, 853.

⁴⁶⁾ OGH 10. 1. 1984, 4 Ob 164/83, DRdA 1985, 389; Löschnig, Arbeitsrecht 6.1.3.

Anh V/17 Arbeitnehmerdatenverarbeitung

die zur Überprüfung eines privaten Nutzungsverbots dienen soll, ist ohne Zustimmung der Arbeitnehmer zulässig, sofern die Kontrollen nicht unverhältnismäßig sind. Folglich werden dem Grundsatz des geringsten Mittels in beiden Fällen nur maschinelle Routinekontrollen ohne personenbezogene Auswertung gerecht.⁴⁷⁾ Allein im konkreten Fall eines Missbrauchsverdachts darf auch personenbezogen ausgewertet werden, dh wenn in einem Einzelfall (nicht aber bei einer systematisiert eingerichteten Kontrolle) der Verdacht auf eine Straftat (zB Korruption, Kinderpornographie) besteht, ist eine personenbezogene Auswertung auch ohne Betriebsvereinbarung zulässig. Ist die private Nutzung „neuer Medien“ hingegen im Betrieb (eingeschränkt) zulässig, so darf der Arbeitgeber über den Zweck der Systemfunktionalität hinaus nur kontrollieren, wenn der Arbeitnehmer diesen Kontrollen ausdrücklich und frei von Zwang zugestimmt hat.⁴⁸⁾

Es empfiehlt sich für die Praxis in Anlehnung an die Judikatur zu Telefonregisteranlagen, dass eine (inhaltliche) Kontrolle von E-Mails oder der Internetnutzung ausschließlich **mit der Zustimmung des Betriebsrates** erfolgen sollte. In der Betriebsvereinbarung sollten Regelungen über Art und Umfang der Kontrolle enthalten sein. **Insb sollte geregelt werden,**

- was protokolliert/installiert wird,
- wer Einsichtsrechte hat (beschränkter Personenkreis) und
- wie Auswertungen erfolgen.

Eine solche Betriebsvereinbarung sollte allerdings nicht mit einer „IT-Policy“ vermischt werden, dh allgemeine Nutzungsregeln für den Internet- und E-Mailverkehr (zB das Verbot, im Internet pornographische Seiten anzusehen), die der Betrieb (etwa in Form einer Dienstanweisung) einführt, sollten nicht in die Betriebsvereinbarung „hineinverpackt“ werden, sondern in einer separaten „IT-Policy“ (oder einer sog „Enduservereinbarung“) aufgenommen werden. In der Betriebsvereinbarung sollte nur das enthalten sein, was tatsächlich der Betriebsratspflicht unterliegt, also die – zur IT-Policy aber inhaltlich durchaus komplementären – Kontrollmaßnahmen (zB die Kontrolle der Einhaltung des in der IT-Policy ausgesprochenen Verbots, pornographische Seiten anzusehen). Es empfiehlt sich daher für die betriebliche Praxis, die IT-Policy und die dazu komplementäre

⁴⁷⁾ Schnorr (in FS Strasser 117) stellte bereits 1983 fest, dass bestimmte technische Überwachungseinrichtungen sehr komplexe psychische Einwirkungen auf den einzelnen Arbeitnehmer haben können, weil das Bewusstsein, ständig beobachtet zu werden, starken individuellen Stress ausübt. Er gibt zu bedenken, dass es eben etwas anderes sei, wenn man von einem Menschen direkt überwacht wird, dem man nichts anvertrauen und die Gründe etwaiger Schwächen nicht erklären kann.

⁴⁸⁾ Sacherer, RdW 2005, 173.

„Kontroll-Betriebsvereinbarung“ inhaltlich aufeinander abgestimmt zu gestalten.

ee) Videoüberwachung

Da in den letzten Jahren die Überwachung per Videokamera drastisch zugenommen hat, soll im Folgenden näher auf die Zulässigkeit dieser Maßnahme eingegangen werden.

Der primäre Zweck der installierten Videokameras ist wohl die Früherkennung oder Abwehr von Gefahren. Als Vorteile einer solchen Kameraüberwachung werden verschiedene genannt: Eine Kamera unterliege bei der Wahrnehmungs- und Erinnerungsfunktion keinerlei Beeinträchtigung. Anders als die subjektive Betrachtung des menschlichen Auges könne sie ein komplettes Gesamtbild der aufgenommenen Person, deren Handlungen und Verhalten sowie die jeweilige Situation darstellen. Darüber hinaus sei die Videoüberwachung oftmals weitaus kostengünstiger als ein menschlicher Beobachter. Ein weiterer großer Vorteil sei, dass die Beobachtungen gespeichert und aufbewahrt werden können.⁴⁹⁾

Der Einsatz von Videokameras ist allerdings problematisch, da hierdurch etwa in einem Geschäft oder Büro nicht nur die Kunden überwacht werden, sondern auch die Möglichkeiten besteht, das angestellte Personal bei der Verrichtung der Arbeit zu beobachten. Es ist also denkbar, dass die Bilder auch zur Kontrolle der Arbeitsschnelligkeit und -qualität verwendet werden.

Auf Grund der mittelbaren Drittwirkung⁵⁰⁾ ist der Schutzbereich des § 16 ABGB in seiner besonderen Ausprägung durch das DSG 2000 auch für den Privatrechtsverkehr eröffnet. Daraus ergibt sich, dass eine Videoüberwachung unzulässig sein kann, wenn sie unverhältnismäßig in Persönlichkeitsrechte eingreift.

Während sich die Kunden in aller Regel frei entscheiden können, ob sie ein Geschäft betreten und sich somit der Videoüberwachung aussetzen, kann sich für einen Arbeitnehmer aus dem arbeitsvertraglichen Dauerschuldverhältnis eine Weisung ergeben, wonach er sich an seinem Arbeitsplatz dem Erfassungsbereich einer Videokamera ausgesetzt sieht. Eine solche betriebsbezogene Kollektivkontrolle ist nicht grundsätzlich unzulässig,⁵¹⁾ denn die Datenschutzkommission (DSK) erkennt grundsätzlich ein Interesse des Dienstgebers an der Kontrolle seiner Arbeitnehmer an.⁵²⁾

⁴⁹⁾ *Riesenkampff*, Die arbeitsrechtliche Zulässigkeit der Installation von Videokameras in Ladenlokalen, *ecolex* 2007, 700; vgl auch OGH 19. 12. 2005, 8 Ob 108/05 y mwN.

⁵⁰⁾ *Posch* in *Schwimann*, Praxiskommentar zu ABGB (1997)² § 16 Rz 4.

⁵¹⁾ *Binder* in *FS Tomandl* 19; *ders.*, AVRAG-Kommentar § 10 Rz 5.

⁵²⁾ DSK 16. 11. 2004, K 120.951/0009 – DSK/2004 (Arbeitszeiterfassung); *Brodil*, Zeiterfassung ohne Zeiterfassung, *ecolex* 2005, 16 und *ecolex* 2005, 459.

Anh V/17 Arbeitnehmerdatenverarbeitung

Gegenüber den Arbeitnehmern ist eine Videoüberwachung nicht erst dann unzulässig, wenn sie unverhältnismäßig in Persönlichkeitsrechte eingreift, sondern bereits dann, wenn arbeitsrechtliche Vorschriften zum Arbeitnehmerschutz nicht ausreichend beachtet wurden. Mithin ist die Installation einer Überwachungskamera in Betrieben mit einem Betriebsrat nach § 9 Z 11 DSGVO in den § 96 Abs 1 Z 3 und § 97 Abs 1 Z 6 ArbVG eine zustimmungspflichtige Maßnahme, die mittels einer Betriebsvereinbarung geregelt werden muss. In betriebsratslosen Betrieben ist nach § 10 AVRAG die Zustimmung jedes einzelnen Mitarbeiters einzuholen.

Eine umfassende Überwachung der Mitarbeiter ohne Ausnahme ist unzulässig, da diese das Persönlichkeitsrecht nicht nur tangiert, sondern verletzt.⁵³⁾ In diesem Fall kann auch die Rechtswidrigkeit durch eine Zustimmung des Betriebsrates nicht mehr geheilt werden.⁵⁴⁾

Eine generelle Videoüberwachung eines Arbeitsplatzes ist nur unter äußerst engen Voraussetzungen zulässig. Denkbar ist dies zB bei besonders gefährdeten Einrichtungen wie etwa einer Bankfiliale, Noten- oder Aktiendruckereien. Hier ist bei einer Abwägung zwischen den schutzwürdigen Interessen der Betroffenen und den berechtigten Interessen der verantwortlichen Stelle dem jeweiligen Gefährdungspotential einer solchen Einrichtung eine höhere Gewichtung beizumessen.⁵⁵⁾ Darüber hinaus gelten allerdings auch bei diesen Arbeitsplätzen grundsätzlich keine besonderen Regelungen.

Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass der Schutzbereich der Privatsphäre bei einer Videoüberwachung in Geschäftsräumen immer berührt ist. Ob bei diesem Eingriff die Interessen des Betriebsinhabers an der Überwachungsmaßnahme überwiegen, ist sowohl in Bezug auf die Kunden als auch auf die Dienstnehmer im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu prüfen.⁵⁶⁾ Für die Arbeitnehmer gilt es zusätzlich, die arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen zu beachten. Sofern die Möglichkeit besteht, Mitarbeiter bei der Verrichtung ihrer täglichen Arbeit zu beobachten, muss unabhängig vom beabsichtigten Zweck der Videoüberwachung immer die Zustimmung der Mitarbeiter eingeholt bzw eine Betriebsvereinbarung geschlossen werden.

⁵³⁾ Sacherer, Internet am Arbeitsplatz als zustimmungspflichtige Kontrollmaßnahme? RdW 2005, 714.

⁵⁴⁾ Schnorr in FS Strasser 116; vgl auch Aicher in Rummel, ABGB³ § 16 Rz 26.

⁵⁵⁾ Beispiele für erhöhtes Schutzbedürfnis in OGH 15. 5. 1997, 7 Ob 89/97g, immolex 1997, 174.

⁵⁶⁾ Riesenkampff, ecoloex 2007, 743 (746).

3. Personaldatenysteme und Personalbeurteilungssysteme

a) Personaldatenysteme (§ 96a Abs 1 Z 1 ArbVG)

„§ 96 a. (1) Folgende Maßnahmen des Betriebsinhabers bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der Zustimmung des Betriebsrates:

1. Die Einführung von Systemen zur automationsunterstützten Ermittlung, Verarbeitung und Übermittlung von personenbezogenen Daten des Arbeitnehmers, die über die Ermittlung von allgemeinen Angaben zur Person und fachlichen Voraussetzungen hinausgehen. Eine Zustimmung ist nicht erforderlich, soweit die tatsächliche oder vorgesehene Verwendung dieser Daten über die Erfüllung von Verpflichtungen nicht hinausgeht, die sich aus Gesetz, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder Arbeitsvertrag ergeben;

.....“

Heute ermöglichen Aktenverwaltungs- und Archivierungsprogramme eine weitgehend papierlose Personaladministration in Unternehmen. Bei diesem Vorgehen werden nicht nur sämtliche relevante Arbeitnehmerdaten in einem Personalinformationssystem erfasst und dort weiterverarbeitet, sondern auch die vorhandenen schriftlichen Dokumente wie Dienstverträge, Überstundenaufzeichnungen, Atteste über den Gesundheitszustand oder Reisekostenaufstellungen eingescannt und im digitalen Personalakt abgelegt. Vor diesem Hintergrund ist es fraglich, ob es rechtliche Grenzen bei der papierlosen Personaladministration gibt und ob die beim Arbeitgeber befindlichen Schriftstücke vernichtet werden dürfen oder müssen.

Um die Frage der Zulässigkeit der gänzlichen Digitalisierung der Personalverwaltung klären zu können, muss zwischen arbeits-, sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Bestimmungen differenziert werden. Nachfolgend soll jedoch ausschließlich näher auf die betriebsverfassungsrechtlichen Bedingungen eingegangen werden.

Nicht die Digitalisierung der Arbeitnehmerdaten als solche, sondern die dahinterstehenden elektronischen Verarbeitungssysteme können, falls im Betrieb ein Betriebsrat besteht, betriebsverfassungsrechtliche Mitwirkungsrechte der Belegschaftsvertretung auslösen.⁵⁷⁾ Der Betriebsinhaber hat dem Betriebsrat von sich aus mitzuteilen, welche Arten von personenbezogenen Arbeitnehmerdaten er automationsunterstützt aufzeichnet und welche Verarbeitung und Übermittlung er vorsieht. Außerdem hat der Betriebsrat dabei das Recht, auf Verlangen die Grundlagen für die Verarbeitung und Ermittlung (zB Programmdokumentationen) zu überprüfen. In der Regel nur mit Zustimmung der betroffenen Arbeitnehmer darf er in die verwendeten Daten Einsicht nehmen (§ 91 Abs 2 ArbVG).

⁵⁷⁾ Sacherer, *Der digitale Personalakt – Ist das papierlose Personalbüro zulässig?* RdW 2008, 96.

Anh V/17 Arbeitnehmerdatenverarbeitung

Da moderne Personalinformationssysteme heute eine Vielzahl von Arbeitnehmerdaten automationsunterstützt verarbeiten bzw. verarbeiten können, wird der rechtmäßige Einsatz derartiger Systeme bzw. Programme in der Regel den Abschluss einer sog. erzwingbaren Betriebsvereinbarung gem. § 96a Abs 1 Z 1 ArbVG erfordern. Sollte in einem solchen Fall zwischen Betriebsinhaber und Betriebsrat keine Einigung gefunden werden, kann eine entsprechende Regelung von beiden Seiten bei der gerichtlichen Schlichtungsstelle zwangsweise durchgesetzt werden. Nur für den Fall, dass das System tatsächlich nur solche Arbeitnehmerdaten verarbeitet, die für die Erfüllung gesetzlicher, kollektivvertraglicher oder arbeitsvertraglicher Verpflichtungen notwendig sind (zB An- und Abmeldung bei der Sozialversicherung, Lohnverrechnung, Führen von Arbeits-, Urlaubs- und Krankenstandsaufzeichnung), ist kein Abschluss einer derartigen Betriebsvereinbarung erforderlich. Dabei kommt es jedoch nicht darauf an, welche konkreten Daten verarbeitet werden, sondern ausschließlich darauf, welche Daten verarbeitet werden *können*. Das heißt, sobald das System zu einer weitergehenden Arbeitnehmerdatenverarbeitung geeignet ist, wird die Mitwirkungsbefugnis der Belegschaftsvertretung ausgelöst.⁵⁸⁾

Werden hingegen Arbeitnehmerdaten verknüpft oder Personalstatistiken erstellt, die eine Persönlichkeitsbeurteilung der Arbeitnehmer zulassen oder sonst zu Formen intensiverer Überwachung der Arbeitnehmer geeignet sind, wird in der Regel eine zustimmungspflichtige Kontrollmaßnahme nach § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG vorliegen. Die Nutzung eines derartigen Systems darf nur nach Abschluss einer sog. notwendigen Betriebsvereinbarung erfolgen. Wird das System ohne Zustimmung des Betriebsrates betrieben, kann er über einen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch den Abbau der Anlage gerichtlich durchsetzen.⁵⁹⁾ Verfügt der Betrieb über keinen Betriebsrat, so hat der Arbeitgeber die Zustimmung jedes einzelnen Arbeitnehmers zum Betrieb eines solchen Systems gem. § 10 AVRAG einzuholen.

Sollte die Kontrollintensität durch das System allerdings derart hoch sein, dass die Menschenwürde der Arbeitnehmer verletzt wird, so darf es überhaupt nicht betrieben werden (zB bei Protokollierung und Auswertung des gesamten Internetnutzungsverhaltens).⁶⁰⁾

Darüber hinaus sind, unabhängig vom Bestehen eines Betriebsrates, die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer zu beachten, die

⁵⁸⁾ Preis in Cerny ua, ArbVG § 96a Erl 4ff; vgl auch Binder in Tomandl, ArbVG § 96a Rz 16ff.

⁵⁹⁾ Binder in Tomandl, ArbVG § 96 Rz 86; Preis in Cerny ua, ArbVG § 96 Erl 7.

⁶⁰⁾ Vgl Sacherer, Internet am Arbeitsplatz als zustimmungspflichtige Kontrollmaßnahme, RdW 2005, 627.

vor allem im individuellen Grundrecht auf Datenschutz eine nähere Ausgestaltung finden (§ 1 DSGVO).

Zusammenfassend ist daher zu sagen, dass die Einführung eines elektronischen Personalaktes jedenfalls dem Betriebsrat mitzuteilen ist (§ 91 Abs 2 ArbVG). Ein solches System kann dann je nach Umfang der verwendeten personenbezogenen Arbeitnehmerdaten und nach Intensität der Abfrage bzw Verknüpfungsmöglichkeiten eine Mitbestimmung des Betriebsrates in Form einer notwendigen oder erzwingbaren Betriebsvereinbarung auslösen (§ 96 Abs 1 Z 3 bzw § 96 a Abs 1 Z 1 ArbVG).⁶¹⁾ Darüber hinaus gilt es, die datenschutzrechtlichen Bestimmungen des DSGVO, insb allfällige Meldepflichten an die Datenschutzbehörden zu beachten.

b) Personalbeurteilungssysteme (§ 96 a Abs 1 Z 2 ArbVG)

„§ 96 a. (1) Folgende Maßnahmen des Betriebsinhabers bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der Zustimmung des Betriebsrates:

1. ...

2. die Einführung von Systemen zur Beurteilung von Arbeitnehmern des Betriebes, sofern mit diesen Daten erhoben werden, die nicht durch die betriebliche Verwendung gerechtfertigt sind.

.....

(2) Die Zustimmung des Betriebsrates gemäß Abs. 1 kann durch Entscheidung der Schlichtungsstelle ersetzt werden. Im Übrigen gelten §§ 32 und 97 Abs. 2 sinngemäß.

(3) Durch die Abs. 1 und 2 werden die sich aus § 96 ergebenden Zustimmungrechte des Betriebsrates nicht berührt.“

Gem § 96 a Abs 1 Z 2 ArbVG bedarf die Einführung von Systemen zur Beurteilung von Arbeitnehmern des Betriebes zu ihrer Rechtswirksamkeit der Zustimmung des Betriebsrates, sofern mit diesen Daten erhoben werden, die nicht durch die betriebliche Verwendung gerechtfertigt sind. Weder das Gesetz noch die Materialien geben weitere Hinweise dazu, welche Daten der Personalbeurteilung dienen und durch die betriebliche Verwendung gerechtfertigt sind.⁶²⁾

Die Formulierung „durch die betriebliche Verwendung gerechtfertigt“ muss eng interpretiert werden.⁶³⁾ Teleologisch betrachtet geht es bei dem Einschränkungstatbestand des § 96 a Abs 1 Z 2 ArbVG um die Wahrung von Interessen der Arbeitnehmer einerseits und des Arbeitgebers andererseits. Der Gesetzgeber möchte dabei eine Interessenabwägung. In diesem Zusammenhang besteht das Arbeitnehmer-

⁶¹⁾ Sacherer, RdW 2008, 99.

⁶²⁾ Tomandl, Bemerkungen zu den §§ 96 a und 62 a ArbVG, ZAS 1986, 181, 186.

⁶³⁾ Reissner, „Performance-Management“ – Konzepte und betriebliche Mitbestimmung, RdA 2003, 503ff; ders in Zeller Kommentar § 96 a Rz 25ff.

interesse darin, Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer geschützt zu wissen und willkürliche gegen Einzelpersonen gerichtete Vorgangsweisen auszuschließen. Demgegenüber ist das Interesse der Arbeitgeberseite darin zu sehen, ein wirtschaftlich schlagkräftiges Argument zu haben, was nur dann möglich ist, wenn das Personal geeignet, richtig eingesetzt, motiviert ist. Aus diesem Grund ist Mitarbeiterbeurteilung in gewissen Grenzen ohne Einbeziehung der Belegschaftsvertretung möglich; wenn sie allerdings zu sehr in Richtung einer Beeinträchtigung der Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers geht bzw die Gefahr von Manipulationsmöglichkeiten und damit Willkür besteht, ist die Mitbestimmungspflicht gegeben. Je stärker sich die Mitarbeiterbeurteilung auf künftige, mit der derzeitigen Verwendung wenig Zusammenhang aufweisende Personalentwicklungsmaßnahmen bezieht, desto eher ist Mitbestimmungspflicht gegeben.⁶⁴⁾ Je weniger die erhobenen Aspekte mit der konkreten betrieblichen Verwendung zu tun haben, desto eher ist § 96a Abs 1 Z 2 ArbVG angesprochen. Wenn möglicherweise Aspekte der Privatsphäre des Arbeitnehmers einfließen, so ist dies schon aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes bedenklich und daher auch dem Schutzzanliegen des § 96a Abs 1 Z 2 ArbVG sehr nahe. Je schwerer die für die Beurteilung verwendeten Kriterien messbar sind, desto eher sind Mitbestimmungspflichten gegeben.⁶⁵⁾ Die Beurteilung in Bezug auf das Vorliegen bestimmter Ausbildungen, von Führerschein und ähnlichen Befähigungen, Zeugnissen, Befunden der Schfähigkeit und dergleichen ist demgemäß auch dann, wenn die Aspekte mit der derzeitigen Verwendung wenig zu tun haben, mitbestimmungsfrei. Je stärker allerdings Wertungen des Beurteilenden ins Spiel kommen, desto stärker bedarf die Arbeitnehmerseite des Schutzes und damit der Mitbestimmung. Je stärker auf die Erhebung negativer Eigenschaften geachtet wird, die in der Folge auch für getroffene Arbeitnehmer negative Konsequenzen haben könnten, desto eher ist § 96a Abs 1 Z 2 ArbVG angesprochen.

Den Erwägungen, wonach ein Interessenvergleich zwischen Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers einerseits und konkreten betrieblichen Interessen andererseits vorzunehmen ist, schloss sich auch der erkennende Senat in der OGH-E zu einem Personalbeurteilungssystem bei einem Stellenbewerbungsverfahren der ÖBB an.⁶⁶⁾ Eine solche Abwägung kann aber grundsätzlich nur nach Betrachtung der konkreten Umstände des Einzelfalls erfolgen und ist mit formalen Ansätzen allein nicht zu lösen.⁶⁷⁾ Im konkreten Fall des Personalbeurteilungssystems bei einem Stellenbewerbungsverfahren der ÖBB

⁶⁴⁾ *Reissner* in Zeller Kommentar § 96a Rz 29.

⁶⁵⁾ OGH 20. 8. 2008, 9 ObA 95/08y.

⁶⁶⁾ Vgl auch hierzu OGH 20. 8. 2008, 9 ObA 95/08y.

⁶⁷⁾ *Reissner*, RdA 2003, 503 ff; *ders* in Zeller Kommentar § 96a Rz 25 ff.

kam der OGH zum Ergebnis, dass es in der Natur der Sache liege, dass erfolgreiche Bewerber in den Genuss der ausgeschriebenen Stellen kommen und nicht alle der 167 Bewerber. Dies allein verschiebe laut OGH aber die Interessenlage nicht in Richtung eines notwendigen Schutzes der nicht zum Zuge kommenden Arbeitnehmer. Insb sei im konkreten Fall nicht bescheinigt gewesen, dass die Beurteilungsbögen im Stellenbewerbungsverfahren auch anderen Zwecken als der Bewerbung für die konkret ausgeschriebenen Stellen dienen sollen. Die Beurteilung stehe, so der OGH in diesem Fall, im überwiegenden Interesse des Arbeitgebers, weil eine konkrete und unmittelbare betriebliche Verwendung bevorstehe, die diese Beurteilung ohne Zustimmung des Betriebsrats rechtfertige.⁶⁸⁾

Abschließend kann – was auch aus der Entscheidung des OGH vom 20. 8. 2008 als Grundgedanke hervorging – festgehalten werden: Der Einschränkungstatbestand des § 96 a Abs 1 Z 2 ArbVG ist so auszulegen, dass jeweils im konkret zu betrachtenden Einzelfall eine Interessenabwägung zwischen den Persönlichkeitsrechten der Arbeitnehmer einerseits und den konkreten betrieblichen Interessen des Arbeitgebers andererseits vorzunehmen ist.

© Manz

⁶⁸⁾ OGH 20. 8. 2008, 9 ObA 95/08y.

© Manz