

# Stufenweise Kontrollverdichtung

Bei einer Veranstaltung des Rechtsforums „Infolaw“ wurden die Grenzen elektronischer Überwachungsmaßnahmen am Arbeitsplatz aufgezeigt.

**E**in Weisungs- und Kontrollrecht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer ist zweifellos vorhanden. Die Arbeitsleistung wird typischerweise an einem vom Arbeitgeber bestimmten Platz erbracht; der Arbeitgeber stellt auch die Arbeitsmittel zur Verfügung“, erläuterte Ministerialrätin Dr. Waltraud Kotschy, geschäftsführendes Mitglied der Datenschutzkommission, beim Rechtsforum „Infolaw“ am 29. Mai 2008 in Wien. Veranstalter des Rechtsforums war die Abteilung für Informationsrecht und Immaterialgüterrecht der Wirtschaftsuniversität Wien.

Aus datenschutzrechtlicher Sicht ergibt sich aus dem Recht auf Geheimhaltung personenbezogener Daten der Schutz vor der Ermittlung dieser Daten. Ihre Verwendung ist nur zulässig, wenn dies im lebenswichtigen Interesse des Betroffenen oder mit seiner Zustimmung erfolgt oder zur Wahrung überwiegender berechtigter Interessen eines anderen, im bestehenden Zusammenhang des Arbeitgebers (§ 1 Abs. 2 DSGVO 2000).

Das Vorliegen eines lebenswichtigen Interesses des Arbeitnehmers ist in Ausnahmefällen denkbar, etwa bei Arbeiten in besonderen Gefahrensituationen oder bei gefährlichen Produktionsprozessen, die eine Videoaufzeichnung erfordern.

Die Anforderungen, die an die Gültigkeit einer Zustimmung gestellt werden, sind relativ streng; die „Willensfreiheit“ des Arbeitnehmers ist zumindest anzwei-



**Wolfgang Brodil: „Blutdruckwerte eines Mitarbeiters gehen den Arbeitgeber in der Regel nichts an.“**

felbar. Ferner kann die Zustimmung auch jederzeit ohne Begründung widerrufen werden. Die Erfahrung zeigt, dass ein solcher Widerruf durch den Betroffenen meistens dann erfolgt, wenn es „eng“ wird.

**Die Zustimmung des Betriebsrats** zu einer Überwachungsmaßnahme kann das höchstpersönliche Recht des Arbeitnehmers auf Schutz seiner personenbezogenen Daten nicht ersetzen und kann keine Rechtsgrundlage für die Ermittlung und Verwendung dieser Daten sein. Sie ist lediglich arbeitsrechtlich von Bedeutung.

Bei der Interessensabwägung sind die Interessen des Arbeitgebers denen des Arbeitnehmers gegenüberzustellen. Die Rechtsgrundlagen für Überwachungs- und Kontrollmaßnahmen leiten sich aus dem Arbeits- und dem Zivilrecht ab, wie etwa aus der Zurverfügungstellung der Betriebsräume und der Arbeitsmittel sowie aus dem Hausrecht. Dazu kommen das Steuer- und das Sozialversicherungsrecht.



**Waltraud Kotschy: „Eine Überwachung der Mitarbeiter ist aus bestimmten Gründen möglich.“**

**Kontrollzweck.** Bei der Prüfung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers ist auf den Zweck der Kontrolle abzustellen. Geht es darum zu überprüfen, ob die Arbeitszeit zur Erfüllung dienstlicher Aufgaben verwendet wird, kann das auch mit anderen Mitteln (Erfolgskontrolle) erreicht werden.

Die Sicherheit und Funktionsfähigkeit des betrieblichen IT-Systems zu prüfen und zu gewährleisten, ist zu bejahen, allerdings unter Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit der eingesetzten Mittel. Das Briefgeheimnis nach Art. 10 und das Fernmeldegeheimnis nach Art. 10a StGG sind zu beachten, Art. 8 EMRK hinsichtlich des Schutzes des Privat- und Familienlebens sowie § 93 TKG 2003, nach dem nicht nur Inhaltsdaten eines Gesprächs oder einer Mail, sondern auch Verkehrs- und Standortdaten geschützt sind. Wenn keine Ermittlung vorliegt, ist das Mithören, Abhören und Speichern sowie andere Arten des Abfangens oder

Überwachsens von Nachrichten und der damit verbundenen Verkehrsdaten durch andere Personen als die Nutzer verboten, wenn keine Einwilligung der betroffenen Nutzer vorliegt.

Ein solcher Dritter ist der Arbeitgeber aber nicht, weil der Arbeitnehmer als für ihn handelndes Organ anzusehen ist. Zudem bezieht sich die E-Privacy-RL lediglich auf öffentliche Netze.

Das Grundrecht auf Datenschutz hat allerdings Drittwirkung und kann selbst durch ein Verbot privater Nutzung der IKT-Systeme des Arbeitgebers nicht aus der Welt geschafft werden, auch nicht durch den Arbeitsvertrag.

In der Praxis wird nach einer „stufenweisen Kontrollverdichtung“ vorgegangen werden können:

- Zunächst gibt es nur ein automationsunterstütztes Monitoring der Funktionsfähigkeit des Systems;
- signifikante Abweichungen vom normalen Gebrauch führen zur Rücksprache;
- bei festgestelltem Missbrauch (der zuvor definiert und bekannt gegeben sein muss) wird der Vorgesetzte eingeschaltet;
- und nur bei konkretem Verdacht auf strafrechtswidriges Verhalten wird unter Beiziehung von Vertrauenspersonen der E-Mail-Account des Arbeitnehmers geöffnet.

Zuvor muss mit dem Betriebsrat festgelegt werden, welche Verstöße zu welchen dienstrechtlichen Maßnahmen führen und dass bei konkretem Anlass intensivere Kontrollen durchgeführt werden. Auch bei der



**Ein Mitarbeiter, der privat im Internet surft, ist vergleichbar mit dem, der dienstlich zugewiesenes Schreibmaterial für private Briefe verwendet.**

Videouberwachung wird überlegt werden müssen, was der Zweck der Maßnahme sein soll und ob es nicht auch andere, weniger eingriffsintensive Möglichkeiten gibt. Letztlich stellt sich die Frage der Verhältnismäßigkeit, vor allem bei ständiger Kontrolle. Die Kontrolle aller Bewegungen im Bürobereich wird unverhältnismäßig sein, nicht hingegen die des Zutritts zu speziellen Sicherheitsbereichen. Die Überwachung von Transaktionen am Bankschalter wird vielfach von Bankangestellten aus Sicherheitsgründen selbst gewünscht.

Eine Art der Kontrolle von Arbeitnehmern ist auch die Einrichtung von Whistleblower-Hotlines, über die Hinweise auf Korruption, Bilanzfälschung, Bestechung oder Geldwäsche anonym einer unternehmensinternen Kontrolleinstellung mitgeteilt werden können. In Hinblick auf die

zu schützenden Werte wird eine solche Einrichtung nicht als unverhältnismäßiger Eingriff angesehen werden können.

**Arbeitsrecht.** Ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Wolfgang Brodil vom Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Wien sagte, der Mitarbeiter, der privat im Internet surft, sei vergleichbar dem, der dienstlich zugewiesenes Schreibmaterial für private Briefe verwendet.

Die „Einfallspforte für Grundrechte“ ist § 16 ABGB, wonach jeder Mensch angebor(e)ne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte hat. Darauf bauen das Recht auf Privat- und Familienleben oder das Fernmeldegeheimnis auf.

Den Interessen des Arbeitgebers sind die schutzwürdigen Interessen des Arbeitnehmers gegenüberzustellen und abzuwägen. Blutdruckwerte eines Mitarbeiters gehen den Arbeitge-

ber in der Regel nichts an; bei einem Berufsspieler ist das anders. Dem liegt auch der datenschutzrechtliche Ansatz des § 8 Abs. 1 Z 4 DSGVO zu Grunde; zur Deckung des Informationsbedürfnisses ist das Mittel mit der geringsten Eingriffsintensität zu wählen. Bei sensiblen (Gesundheits-)Daten werden nach § 9 Z 11 DSGVO schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen nicht verletzt, wenn die Verwendung erforderlich ist, um den Rechten und Pflichten des Auftraggebers auf dem Gebiet des Arbeits- oder Dienstrechts Rechnung zu tragen und sie nach besonderen Rechtsvorschriften zulässig ist.

Die Rechtsordnung räumt dem Arbeitgeber das Recht auf Informationsbeschaffung über seine Arbeitnehmer ein. „Der Arbeitsvertrag ist der einzige Vertrag, der intensive Eingriffsbefugnisse gewährt.“ Nur im Arbeitsvertrag, nicht

aber im Werkvertrag ist der Arbeitnehmer an persönliche Weisungen über Art und Weise der Leistungserbringung gebunden, er hat sich beispielsweise auch Bekleidungs Vorschriften zu unterwerfen. Zweck der Weisungsunterworfenheit ist zu gewährleisten, dass eine sinnvolle, möglichst effiziente Arbeitsleistung erbracht wird. Dazu muss der Arbeitgeber wissen, wer was wann wo macht, und der Arbeitnehmer ist verpflichtet, während der Arbeitszeit seine Arbeitsleistung zu erbringen.

Demgegenüber besteht eine Informationspflicht des Arbeitgebers an die Betroffenen, ob und welche Daten ermittelt werden. Nach § 91 Abs. 2 ArbVG hat der Betriebsinhaber dem Betriebsrat Mitteilung zu machen, welche Arten von personenbezogenen Arbeitnehmerdaten er automationsunterstützt aufzeichnet und was er damit vor hat.

Bei der Frage, ob der Arbeitgeber berechtigt ist, E-Mails der Mitarbeiter anzusehen, ist zu bedenken, dass § 132 BAO sogar dazu verpflichtet, dienstlich versendete und empfangene E-Mails sieben Jahre lang aufzubewahren, der Arbeitgeber muss sie daher einsehen und sich beschaffen können. Brodil greift auf bekannte Beispiele aus der Arbeitswelt zurück: Ein Mitarbeiter ist erkrankt, man weiß, in seiner Tasche am Arbeitsplatz befindet sich ein wichtiges Messinstrument. Oder: In dem vom Mitarbeiter benutzten Kraftfahrzeug wird auf der Suche nach diesem Gerät ein privates Notizbuch gefunden. Wenn bisher der private Charakter von Gegenständen erkannt wurde, wurde nicht weiter nachgeforscht. Diese Vorgangsweise kann auf E-Mails umgelegt werden.

*Kurt Hickisch*