

GRENZEN DER ÜBERWACHUNG VON MITARBEITERN MITTELS GEOTRACKING

Hermann Schwarz

Rechtsanwalt
Garnisonsgasse 11/8, 1090 Wien, AT;
rechtsanwalt@schwarz-auf-weiss.at; www.schwarz-auf-weiss.at

Schlagworte: *Arbeitnehmer, Dienstvertrag, Arbeitsvertrag, Arbeitsverhältnis, Überwachung, Kontrollmaßnahmen, technische Systeme, personenbezogene Daten, Geotracking, Ortungssysteme, GPS, Persönlichkeitsrechte, Menschenwürde*

Abstract: *Das Internet und die in sämtliche Lebensbereiche vordringende Digitalisierung halten naheliegenderweise Einzug auch in die Arbeitswelt. Der Einsatz von leistungsstarken Firmenservern als Rückgrat der Unternehmenssteuerung ist mittlerweile ebenso üblich wie die Ausstattung von Mitarbeitern mit Smartphones als Firmenhandys. Durch Handyortung oder GPS-Ortung von Firmenfahrzeugen ließe sich durchgängig erheben, wo sich Mitarbeiter gerade aufhalten. Die Frage, inwieweit eine (technisch) solcherart mögliche Totalüberwachung zulässig wäre oder die aktuelle Rechtslage allenfalls doch Grenzen setzt, untersucht dieser Beitrag.*

1. Einleitung

1.1. Wesensmerkmale des Arbeitsverhältnisses

Die Überwachung von Mitarbeitern ist ein Teilaspekt von Arbeitsverhältnissen. Von grundlegender Bedeutung erscheinen demnach die Wesensmerkmale des Arbeitsverhältnisses. Dieses wird durch Dienst- bzw. Arbeitsvertrag begründet, indem sich jemand auf eine gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet¹. Das Arbeitsverhältnis ist somit ein Vertragsverhältnis, «das die Leistung abhängiger, fremdbestimmter Arbeit zum Inhalt hat». Der Arbeitgeber verfügt über die Arbeitskraft des Arbeitnehmers. Dieser erbringt die Arbeitsleistung in einem vom Arbeitgeber bestimmten Organisationsgefüge. Die Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers und dessen Einordnung «in den betrieblichen Ordnungsbereich» bedeuten persönliche Abhängigkeit. Sie ist zentrales Wesensmerkmal von Arbeitsverhältnissen, die solcherart «im Gegensatz zu anderen Schuldverhältnissen stärkeren personalen Einschlag»² haben: Den Arbeitgeber trifft die so genannte Fürsorgepflicht, der Arbeitnehmer ist zur Treue gegenüber seinem Arbeitgeber verpflichtet.

Im Rahmen dieser Grundsituation steht dem Arbeitgeber «dem Grunde nach» unstrittig zu, den Arbeitnehmer zu kontrollieren, inwieweit er die vertraglich von ihm geschuldete Dienstleistung erbringt. Wie aber sieht es mit Geotracking aus, wenn der Arbeitgeber zur Überwachung den Arbeitnehmer «auf Schritt und Tritt» orten, d. h. erheben und auswerten kann, wo sich der Arbeitnehmer während der Arbeitszeit aufhält?

1.2. Geotracking, Standortdaten

Durch Geotracking im Arbeitsverhältnis, wenn also der Arbeitgeber den Aufenthalt seiner Arbeitnehmer, etwa durch (Firmen-)Handyortung automationsunterstützt erhebt sowie verarbeitet, fallen Daten zur Lokalisierung von Personen, nämlich der Arbeitnehmer an. Derartige Daten genießen Schutz als personenbezogene Daten sowohl nach dem Datenschutzgesetz (DSG) als auch nach der unmittelbar anwendbaren (EU-)Daten-

¹ § 1151 ABGB.

² Vgl. LÖSCHNIGG, Arbeitsrecht 11, ÖGB-Verlag, Wien 2011, S. 158 ff mwN.

schutz-Grundverordnung (DSGVO); dies übereinstimmend bezeichnet als so genannte «Standortdaten»³. Die Frage nach der Zulässigkeit von «arbeitnehmerbezogenem» Geotracking mutet aufs Erste als Thema datenschutzrechtlicher Natur an. Damit befasst sich der nun folgende Abschnitt, welcher die einschlägigen Bestimmungen der DSGVO näher beleuchtet. Danach wird allerdings zu zeigen sein, dass die Bedeutung der Frage weit über das Datenschutzrecht hinausgeht.

2. «Erlaubnistatbestände» der DSGVO

2.1. Vorbemerkungen

Begründet wird das Arbeitsverhältnis durch Vertrag. Auch wenn das Arbeitsrecht dadurch gekennzeichnet ist, dass (relativ) zwingende Rechtsvorschriften, nicht nur Gesetze, sondern auch Kollektivverträge, zum Schutz der Arbeitnehmer Mindeststandards vorschreiben, unterliegen Begründung sowie Ausgestaltung von Arbeitsverträgen der Privatautonomie. Es herrscht Vertragsfreiheit. Denkbar ist demnach, dass Arbeitgeber im Zuge der vorvertraglichen Verhandlungen versuchen, die Überwachung (künftiger) Mitarbeiter mittels Geotracking im Arbeitsvertrag ausdrücklich zu verankern. Das ist derzeit, soweit erkennbar, unüblich. Verbreitet ist vielmehr, dass keine speziellen Vertragsbestimmungen vereinbart werden. Dieser Fall wird einleitend behandelt, weiter unten dann untersucht, inwieweit Geotracking wirksam vereinbart werden kann.

2.2. Unterbliebene Vereinbarung

2.2.1. Arbeitsvertrag

In der Natur der Sache liegt, dass sich jeder Vertrag nur abwickeln lässt, indem mit personenbezogenen Daten «umgegangen» wird. Jeder Vertragsteil muss um die Person des anderen Teils Bescheid wissen; dies nicht nur zum Zweck des Vertragsabschlusses, sondern für die gesamte Dauer des Vertragszyklus, d. h. von Vertragsabschluss über Erfüllung bis hin zu nachvertraglichen Rechten und Pflichten, etwa für die Dauer der Gewährleistung. Diesem Umstand trägt die DSGVO Rechnung, indem Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO die Verarbeitung personenbezogener Daten für rechtmäßig erklärt, wenn sie für die Erfüllung eines Vertrags erfolgt.

Nun könnte dahin argumentiert werden, dass die Überwachung betroffener Arbeitnehmer mittels Geotracking ja der Erfüllung des Arbeitsvertrages diene und datenschutzrechtlich deswegen unkritisch wäre. Dem ist aber nicht so, denn die DSGVO schränkt dahin ein, dass Daten nur in jenem Umfang verarbeitet werden dürfen, welcher für die Vertragsabwicklung (unbedingt) erforderlich ist⁴. Indem Geotracking technisch überhaupt erst seit kurzer Zeit möglich ist, kann ernstlich (wohl) niemand behaupten, es wäre für die Erfüllung von Arbeitsverträgen erforderlich, zumal die Abwicklung von Arbeitsverhältnissen «durch Jahrhunderte hindurch» ja auch ohne Geotracking auskommen musste. Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO ist somit keine taugliche Rechtsgrundlage.

2.2.2. Nachträgliche Einwilligung

Beruhet ein aufrechtes Arbeitsverhältnis auf einem Vertrag, der keine «Geotracking-Klausel» vorsieht, könnte der Arbeitgeber danach trachten, für ein «arbeitnehmerbezogenes» Geotracking nachträglich eine Einwilligung des Arbeitnehmers zu erwirken; dies im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO, welcher eine Verarbeitung für rechtmäßig erklärt, wenn die betroffene Person ihre Einwilligung dazu gibt. Auch diese Überlegung hält näherer Prüfung nicht stand; dies deswegen, da Einwilligungen im Sinne der DSGVO nur dann wirksam sind, wenn sie freiwillig erfolgen. Freiwilligkeit ist jedoch nur anzunehmen, wenn der Betroffene die Ein-

³ Vgl. § 36 Abs. 2 Z. 1 DSG; Art. 4 Z. 1 DSGVO.

⁴ Grundsatz der Datensparsamkeit, auf welchen die Einschränkung («erforderlich») in Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO Bedacht nimmt.

willigung verweigern oder widerrufen kann, ohne Nachteile befürchten zu müssen⁵. Realistischerweise wird ein Arbeitnehmer, welcher eine von Arbeitgeberseite gewünschte Einwilligung «widerspenstig» verweigert, mit Nachteilen geradezu rechnen müssen, etwa in Gestalt des Aussetzens von Gehaltserhöhungen, von Beförderungen oder durch Erschwerungen bei der Geltendmachung jener vertraglichen Ansprüche, deren Inanspruchnahme der einvernehmlichen Festlegung bedarf, wie beispielsweise Zeitausgleich, Urlaub und dgl. Von Freiwilligkeit kann angesichts der persönlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers keine Rede sein⁶.

2.2.3. Berechtigte Interessen?⁷

Nebst anderen, im gegebenen Zusammenhang jedoch nicht in Betracht kommenden Fällen kennt die DSGVO einen weiteren bedeutsamen Erlaubnistatbestand, namentlich jenen nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO, wonach die Verarbeitung auch rechtmäßig ist, wenn sie zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist. Eine Berufung auf diesen Tatbestand scheidet allerdings nicht nur an dem oben zur Erforderlichkeit Gesagten (Punkt 2.2.1), sondern überdies (wohl) an den weiteren Einschränkungen des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO, wonach geprüft werden muss, ob die (den Interessen des Verantwortlichen) entgegengesetzten «Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person» (Arbeitnehmer), «die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen».

Das als rechtlich relevant eben geortete Aufeinanderprallen gegenläufiger Interessen leitet hin zur Rechtsfrage, inwieweit ein Arbeitsvertrag Geotracking wirksam vorsehen kann; dazu im Folgenden.

3. Rechtsrahmen

3.1. Vorbemerkungen

Jedes zweiseitige Vertragsverhältnis, welches den Austausch von Leistungen zum Gegenstand hat, ist durch einen Interessengegensatz geprägt. In der Arbeitswelt liegt dieser Gegensatz darin, dass wohl jeder Arbeitgeber auf eine ordentlich sowie effizient erbrachte Arbeitsleistung «aus» ist, während sich die «konträren» Interessen der Arbeitnehmer bei Weitem nicht alleine im Entgelt⁸ und im Schutz von Leben und Gesundheit⁹ erschöpfen. Auch wenn das Verhalten des Arbeitnehmers, der in das Unternehmen des Arbeitgebers «eingegliedert» wird, vom Arbeitgeber «bestimmt» werden mag¹⁰, bleibt der Arbeitnehmer auch innerhalb des Arbeitsverhältnisses selbstverständlich achtenswerter Mensch. Als solcher hat jeder Arbeitnehmer gemäß § 16 ABGB «angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten».

3.2. Persönlichkeitsrechte

§ 16 ABGB ist anerkanntermaßen nicht bloß Programmsatz, sondern Zentralnorm der österreichischen Rechtsordnung mit normativem, subjektive Rechte gewährendem Inhalt. In seinem Kernbereich schützt § 16 ABGB die Menschenwürde¹¹. § 16 ABGB anerkennt die Persönlichkeit als Grundwert. Aus § 16 wird – eben-

⁵ Erwägungsgrund 42 letzter Satz DSGVO, besprochen in FEILER/HORN, Umsetzung der DSGVO in der Praxis, Verlag Österreich, Wien 2018, S. 131.

⁶ Auf mangelnde Freiwilligkeit hat die Datenschutzbehörde etwa auch im Fall der Verwendung eines «GPS-Trackers» in Firmenfahrzeugen erkannt; siehe DSB-Bescheid vom 8. August 2018, DSB-D213.658/0002-DSB/2018.

⁷ Hierzu gibt es eine DSB-Entscheidung betreffend Firmenfahrzeug-Tracking, die hier erwähnt werden sollte: DSB-D213.658/0002-DSB/2018. Siehe hier auf S. 3: https://www.dsb.gv.at/documents/22758/115212/Newsletter_DSB_4-18.pdf/8d475c88-615c-4a1f-a014-464e0018a9c0.

⁸ Vgl. §§ 1154 ff ABGB.

⁹ Vgl. § 1157 ABGB.

¹⁰ Vgl. WELSER/ZÖCHLING-JUD, Bürgerliches Recht II 14, Manz, Wien 2015, S. 285.

¹¹ OGH 27. Februar 1990, 10 Obs 40/90, u. v. a. m. = RIS-Justiz RS0008993.

so wie aus anderen durch die Rechtsordnung geschützten Grundwerten (§ 8 MRK, § 1 DSGVO) das jedermann angeborene Persönlichkeitsrecht auf Achtung seines Privatbereichs und seiner Geheimsphäre abgeleitet. Dieses wirkt, wenngleich durch den Arbeitsvertrag abgeschwächt und modifiziert, im dienstlichen Bereich fort und schützt dort den Arbeitnehmer insbesondere vor Erniedrigung, Ungleichbehandlung und Willkür¹². Entscheidend für den jeweiligen Schutz ist eine Güter- und Interessenabwägung¹³, von Bedeutung ferner, dass die Menschenwürde als bedeutsamster Grundwert der Parteiendisposition entzogen ist¹⁴. Der absolute Schutz findet Niederschlag im Übrigen auch im Strafrecht: Das eigene Leben (Person, Persönlichkeit) ist insoweit «indisponibel», als sowohl eine Tötung auf Verlangen als auch eine Mitwirkung am Selbstmord gerichtlich strafbar sind¹⁵.

3.3. Menschenwürde

3.3.1. Schutz auf Verfassungsebene

«Die Würde des Menschen ist unantastbar». Das garantiert das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG) in Art. 1 Abs. 1. Zwar ist der Begriff «Menschenwürde» auch in der österreichischen Rechtsordnung mehrfach in einfachen Gesetzen zu finden¹⁶, eine ausdrückliche Menschenwürdeklausel auf Verfassungsebene analog Art. 1 Abs. 1 GG fehlt jedoch¹⁷. Dennoch schützt auch die österreichische Verfassung die Menschenwürde; dies, dort ausgedrückt in anderen Worten, nicht nur in Gestalt des Art. 3 MRK¹⁸, sondern ganz generell durch die Grundrechte, welche aus der Menschenwürde folgen und ihren Schutz gewährleisten¹⁹.

3.3.2. Versuch einer Definition?!

Klärungsbedürftig erscheint, was unter der «Würde des Menschen» zu verstehen ist. Der Begriff entzieht sich einer eindeutigen Definition. Um dennoch eine möglichst lebendige Vorstellung davon zu entwickeln, was es mit der Würde des Menschen auf sich hat, soll im Hinblick auf die Menschenwürdeklausel des GG ein Blick über die Staatsgrenze hinweg in die BRD geworfen werden. Die Menschenwürdegarantie des GG ist Grundrechtsbestimmung, «die Aufstellung von Grundrechtssätzen erklärt sich genetisch aus sozialen Auseinandersetzungen und Gewalttätigkeiten. Die Grundrechte sind Antworten auf Gewalt, Unterdrückung und Willkür». Der Verfassungsgeber (GG) hatte demnach geschehene Menschenwürdeverletzungen vor Augen, welche er für die Zukunft verhindern wollte. Die Menschenwürdeklausel ist «Antwort» auf «die Willkür und den Terror des «Dritten Reiches»». Seine Zeit war eine Zeit menschenverachtender, menschenwürdeverletzender Gräueltaten, welche «einen «atavistischen» Rückfall hinter die in Jahrhunderten errungenen zivilisatorischen Regeln der Menschlichkeit darstellten»²⁰.

¹² OGH 13. Juni 2002, 8 ObA 288/01 p.

¹³ SZ 67/173 mwH; RIS-Justiz RS0008993.

¹⁴ Vgl. § 879 ABGB (Nichtigkeit sittenwidriger Verträge). Arbeitsverfassungsrecht: Eine Verletzung der Menschenwürde durch eine Betriebsvereinbarung würde diese nichtig machen (VwGH 11. November 1987, 87/01/0034 = DRdA 1988, 458 = ZfVB 1988/347).

¹⁵ §§ 77, 78 StGB.

¹⁶ Vgl. §§ 96 Abs. 1 Z. 3, 97 Abs. 1 Z. 24 ArbVG; § 10 Abs. 1 AVRAG; §§ 30 Abs. 1, überdies 31 Abs. 3 Z. 1 Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz; § 79e Abs. 1 Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979; §§ 3, 4, 5a AnhO u. a. m.

¹⁷ Eine Menschenwürdeklausel sieht in deren Art. 1 allerdings die Grundrechte-Charta der Europäischen Union vor. Diese ist nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofs (U 466/11, U 1386/11) wie die Verfassung zu sehen.

¹⁸ «Niemand darf der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden».

¹⁹ Vgl. KAISER/SCHÖCH, Strafvollzug: Eine Einführung in die Grundlagen 5, UTB, Stuttgart 2003.

²⁰ Vgl. BADURA, Generalprävention und Würde des Menschen, JZ 1964, S. 337 ff.

3.3.3. «Antastung» der Menschenwürde

Wodurch wurde nun aber die Menschenwürde konkret verletzt? «Nur der Mensch kann in seinem Verhältnis zu anderen Menschen die Würde dieser anderen verletzen»; dies kann nicht nur durch die Gesellschaft oder den Staat gegenüber ihren Gliedern und Bürgern geschehen, sondern insbesondere auch durch einen Einzelnen gegenüber einem anderen Einzelnen. Die Väter der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland (GG) hatten bei ihrer Proklamation der Menschenwürde «die Situation der Tortur» vor Augen²¹. Der Folternde verletzt aber die Menschenwürde des Gefolterten nicht durch seine Schläge, mögen diese den Gefolterten auch am Körper verletzen oder ihn in seiner Ehre beleidigen. Es ist vielmehr das extreme psychische Erleben des Gefolterten, welches als «tief markierendes Erlebnis»²² die Verletzung der menschlichen Würde ausmacht.

«Das Vertrauen in ein grundsätzliches Gehören meiner selbst und das grundsätzliche Helfen der anderen» wird radikal erschüttert. Der Gefolterte erlebt eine Situation «des Ausgeliefertseins an die Willkür und das Belieben des anderen», er empfindet «hoffnungslose Ohnmacht gegenüber der Übermacht des anderen»²³.

3.3.4. Exkurs: Immanuel Kant, Bundesverfassungsgericht

Der Begriff der Menschenwürde scheint eng verknüpft mit einem fundamentalen Wesenszug des Menschen: Der Mensch besitzt Willensfreiheit und die Fähigkeit zur Selbstbestimmung. Schon Immanuel Kant, der deutsche Philosoph, knüpfte einst in seiner Auffassung von der Würde des Menschen an diesen Wesenszug an²⁴ und lehrte, «Würde und Wert des Menschen» lägen «in dessen Fähigkeit zu moralischer Selbstbestimmung»; jeder habe somit «die Autonomie jedes anderen zu achten»²⁵. Dem Einzelnen stehen daher «Freiräume» zu; dies unverlierbar von Geburt an, verbunden mit einem «sozialen Wert- und Achtungsanspruch des Menschen», «der es verbietet, den Menschen zum bloßen Objekt (.....) zu machen oder ihn einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektqualität prinzipiell infrage stellt»²⁶.

3.3.5. Überwachung von Arbeitnehmern und Menschenwürde

Im Grunde verstößt Kontrolle an sich gegen kein Persönlichkeitsgut des Arbeitnehmers. Der bloße Umstand, dass Mitarbeiter überwacht werden, verletzt die Menschenwürde der Arbeitnehmer nicht. Es gehört vielmehr zum Wesen des Arbeitsverhältnisses, dass sich der Arbeitnehmer der Kontrolle durch den Arbeitgeber unterwirft²⁷. Ist die Kontrollunterworfenheit ausgeschlossen, dann fehlt ein wichtiges Merkmal für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages²⁸. Vom Kontrollziel her berührt vor allem die Kontrolle der Anwesenheit der Arbeitnehmer im Betrieb die Menschenwürde ebenso wenig wie die Überwachung der Arbeits- und Ruhezeiten²⁹. Vielmehr besteht einerseits ein legitimes Interesse des Arbeitgebers über die Anwesenheit der Arbeitnehmer im oder die Abwesenheit vom Betrieb Bescheid zu wissen, andererseits gemäß § 26 AZG geradezu die Pflicht, über die geleisteten Arbeitsstunden Aufzeichnungen zu führen oder jedenfalls für entsprechende Arbeitszeitaufzeichnungen zu sorgen³⁰. Doch ist Kontrolle ohne Einschränkung zulässig? Steht dem Arbeitgeber jedes Mittel zur Verfügung bzw. frei, insbesondere etwa Geotracking?

²¹ Vgl. MAIHOFER, Rechtsstaat und menschliche Würde, Verlag Klostermann, Frankfurt am Main 1968, S. 12.

²² Vgl. MAIHOFER, Rechtsstaat und menschliche Würde, Verlag Klostermann, Frankfurt am Main 1968, S. 13.

²³ Vgl. MAIHOFER, Rechtsstaat und menschliche Würde, Verlag Klostermann, Frankfurt am Main 1968, S. 16.

²⁴ Diesem Denkansatz folgte der Autor im Jahr 1991 in seiner Diplomarbeit zur Erlangung des akademischen Grades eines Magister der Rechtswissenschaften, verfasst zum Thema «Die Gewährleistung der Menschenwürde im Strafvollzug», wohl wissend, dass seit jeher kontroversiell diskutiert wird, was die Würde des Menschen ausmacht.

²⁵ Vgl. ZIPPELIUS, Einführung in das Recht 7, UTB, Tübingen 2017, S. 44 f.

²⁶ Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes (BVerfG), etwa BVerfG 4. Oktober 2010, 1 BvR 369/04.

²⁷ OGH 12. Dezember 2006, 9 ObA 109/06 d, Arb 12.649 = ASoK 2007, 402 = DRdA 2008, 26.

²⁸ OGH 13. Juni 2002, 8 ObA 288/01 p.

²⁹ Vgl. BINDER in TOMANDL, ArbVG, § 96 Rz 68; PREISS in CERNY u. a., ArbVerfR, Band III 4, § 96, S. 148.

³⁰ Vgl. JABORNEGG in STRASSER/JABORNEGG/RESCH, ArbVG, rdb.at Stand 1. Dezember 2012, § 96 Rz 146 bis Rz 148.

3.4. Sonderbestimmungen

3.4.1. §§ 96, 96a ArbVG

Eine «ausufernde» Überwachung von Arbeitnehmern ist nach geltendem (Arbeits-)Recht keineswegs erlaubt. In Bezug auf Art und Weise sowie Intensität von Kontrolle bestehen vielmehr wesentliche Einschränkungen; dies auf der einen Seite gemäß § 96a Abs. 1 Z. 1 ArbVG, wonach in Betrieben mit Betriebsrat die Einführung von Systemen zur automationsunterstützten (rechtlich sonst nicht vorgeschriebenen) Ermittlung, Verarbeitung von personenbezogenen Daten des Arbeitnehmers, die über die Ermittlung von allgemeinen Angaben zur Person und fachlichen Voraussetzungen hinausgehen, der («ersetzbaren») Zustimmung des Betriebsrates bedarf. Zwar erscheint auf den ersten Blick diese Bestimmung datenschutzrechtlichen Charakters auf «arbeiterbezogenes» Geotracking anwendbar. Letzten Endes wird allerdings, wie zu zeigen sein wird, die grundsätzlich in Betracht kommende Anwendbarkeit des § 96a Abs. 1 Z. 1 ArbVG wegen des Kontrollzwecks (Geotracking) durch die speziellere Norm des § 96 Abs. 1 Z. 3 ArbVG verdrängt. Danach bedarf nämlich jede Einführung von Kontrollmaßnahmen und technischen Systemen zur Kontrolle der Arbeitnehmer, sofern diese Maßnahmen (Systeme) die Menschenwürde berühren, der Zustimmung des Betriebsrates. Stimmt dieser nicht zu, müssen die Maßnahmen bzw. Systeme unterbleiben. An die Stelle der Zustimmung der Belegschaftsvertretung tritt in all jenen Betrieben, in denen kein Betriebsrat eingerichtet ist, ein Zustimmungserfordernis seitens des Arbeitnehmers selbst (§ 10 Abs. 1 AVRAG). Sofern (im letzteren Fall) über die Dauer der Zustimmung keine schriftliche Vereinbarung mit dem Arbeitgeber vorliegt, ist eine (demnach «unbefristete») Zustimmung des Arbeitnehmers jederzeit kündbar (§ 10 Abs. 2 AVRAG).

4. Zulässigkeit bzw. Rechtmäßigkeit von Geotracking?

4.1. «Berührung» der Menschenwürde?

Nahezu paradigmatisch ist Geotracking, eingesetzt zur Überwachung von Mitarbeitern, ein technisches System zur Kontrolle der Arbeitnehmer im Sinne des § 96 Abs. 1 Z. 3 ArbVG.

Doch berührt im Sinne dieser Bestimmung Geotracking die Menschenwürde?

Eine Kontrollmaßnahme berührt die Menschenwürde immer dann, wenn sie derart intensiv und umfassend ist, dass der betroffene Arbeitnehmer das Gefühl einer potentiellen Überwachung haben kann³¹. Ohne jede Relevanz sind jedoch die subjektiven Befindlichkeiten und Absichten, und zwar sowohl jene auf Seite des Arbeitnehmers (subjektive Befürchtung allenfalls möglicher Überwachung) als auch jene auf Seite des Arbeitgebers (subjektive Absicht, ein installiertes System zur Kontrolle der Arbeitnehmer zu verwenden); es kommt vielmehr ausschließlich (nur) darauf an, dass das installierte System zur Überwachung objektiv geeignet ist³² oder zum Zweck der Überwachung leicht nachgerüstet werden kann.

Weiter präzisierend, kann sich eine Berührung (oder gar eine Verletzung) der Menschenwürde durch Kontrollmaßnahmen entweder aus einer unverhältnismäßigen «Kontrolldichte», aus einem die Menschenwürde schon für sich genommen berührenden «Kontrollmittel» oder aus einer die Wahrung der Arbeitnehmerpersönlichkeit berührenden Kombination von Kontrolldichte und Kontrollmittel ergeben. Gerade (digitale) «Ortungssysteme, die eine Datenerfassung auch bei Einsätzen außerhalb des Betriebes ermöglichen, werden wohl schon aufgrund der Persönlichkeitsgefährdungen, welche von derartigen Kontrollmitteln und -systemen aufgrund ihrer selbsttätigen Wirkungsweise und der darauf beruhenden besonderen Kontrolldichte ausgehen, die Menschenwürde sehr wohl berühren»³³. Diese Kriterien erscheinen durch «arbeiterbezogenes» Geotracking «übererfüllt». Eine generelle Zustimmungspflichtigkeit ist nach Ansicht des Autors jedenfalls zu bejahen.

³¹ Arb. 10.571 = EA Feldkirch 12. Dezember 1986, Re 41/86 («Telefongesprächsdatenerfassung»).

³² Vgl. Arb. 10.576 = EA Amstetten 8. Juli 1986, Re 16/85 («Telefongesprächsregistrieranlage»); ferner Arb. 10.481 = EA Linz 19. Dezember 1986, Re 6/85 («Gebührencomputer»).

³³ Vgl. JABORNEGG in STRASSER/JABORNEGG/RESCH, ArbVG, rdb.at Stand 1. Dezember 2012, § 96 Rz 146 bis Rz 148.

4.2. Interessenabwägung: Ziel, Mittel, Dichte der Kontrolle

Summa summarum stellt sich die «Kernfrage», ob «arbeitnehmerbezogenes» Geotracking die Menschenwürde nur «schlicht» berührt³⁴ und solcherart seitens Belegschaftsvertretung/Arbeitnehmer genehmigt werden kann, oder noch weiter, ob Geotracking die Menschenwürde gar verletzt. Im letzteren Fall würde der absolute Schutz der Menschenwürde jede widersprechende Zustimmung mit Nichtigkeit sanktionieren; denn menschenwürdeverletzende Betriebsvereinbarungen sind absolut nichtig³⁵, Vereinbarungen/Rechtsgeschäfte gegen die Würde des Menschen ebenfalls sittenwidrig. Die Menschenwürde ist der Parteiendisposition entzogen (Punkt 3.2.).

Indem das jedermann angeborene Persönlichkeitsrecht auf Achtung seines Privatbereichs und seiner Geheimsphäre, wengleich durch den Arbeitsvertrag abgeschwächt und modifiziert, im dienstlichen Bereich fortwirkt (Punkt 3.2.), ist der Arbeitgeber dazu verpflichtet, Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte auf die schonendste noch zielführende Art vorzunehmen. Die Rechtsprechung geht diesbezüglich von einer grundrechtlich verankerten Pflicht zur umfassenden Interessenabwägung aus³⁶. Den Interessen des Arbeitgebers, ein in qualitativer sowie quantitativer Hinsicht optimales Arbeitsergebnis zu «lukrieren», stehen jene des Arbeitnehmers gegenüber, gerichtet keineswegs nur auf Entgelt, Leben, Gesundheit, Einhaltung des (vereinbarten) Beschäftigungsausmaßes und alle diesbezüglichen Ansprüche, sondern weit darüber hinaus vor allem auf Achtung als Person. Was die für die Interessenabwägung maßgeblichen Kriterien betrifft, ist vor allem auf Kontrollziel, Kontrollmittel und Kontrolldichte abzustellen; dies stets im Wege einer «Erhebung» und Bewertung der im Einzelfall konkret vorliegenden Verhältnisse. Dabei wird nach der zivilrechtlichen «Methode» des beweglichen Systems darauf zu achten sein, dass zwischen Ziel, Mittel, vor allem Dichte der Kontrolle ein ausgewogenes Verhältnis gewährleistet bleibt.

Zu beachten sind zudem datenschutzrechtliche Grundsätze (Anforderungen), insbesondere jener der Datensparsamkeit, darüber hinaus, gerade beim Geotracking, die Gewährleistung von Datenschutz durch Technikgestaltung («data protection by design») und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen («data protection by default»).

4.2.1. Zu den Kriterien im Einzelnen

4.3. Kontrollziel

Insbesondere in Fällen, in denen Arbeitgeber ihre Arbeitnehmer im Außendienst einsetzen, etwa als Monteur, Servicetechniker, Handwerker, Vertreter, Boten usw., kann ein Ortungssystem, mit welchem die Arbeitnehmer «lokalisiert» werden können, etliche Vorteile bieten. Ortung ermöglicht, die Arbeitnehmer gut zu koordinieren und ihre Routen optimal zu planen, was hilft, wertvolle Zeit zu sparen, den Kunden bedeutend besseren Service zu bieten oder überhaupt mehr Kunden anzunehmen bzw. Aufträge abzuwickeln.

Für derartige Ausprägungen sollte die notwendige sachliche Rechtfertigung zu bejahen sein. Eine Zustimmung zu zielkonformem Geotracking (Punkt 3.4.1.: Betriebsrat/Arbeitnehmer) wäre somit wirksam, vorausgesetzt, die Kontrolle bewegt sich sonst im Rahmen des Verhältnismäßigen. Der Boden der Verhältnismäßigkeit wäre allerdings in Bezug auf die Kontrolldichte bei einer «Rund-um-die-Uhr-Kontrolle» verlassen; dies deswegen, da solcherart der Arbeitnehmer auf unverhältnismäßige Weise (tendenziell) zum bloßen Objekt gemacht wird, ihm (tendenziell) demnach die Subjektqualität entzogen wird (Punkt 3.3.4.). Dasselbe wird sinngemäß gelten, wenn beabsichtigt wäre, Ortung ausschließlich (nur) zur Überwachung (ohne jedes andere Ziel) einzusetzen, sozusagen zum reinen Selbstzweck.

4.4. Kontrollmittel

Für «arbeitnehmerbezogenes» Geotracking kommen beispielsweise Ortung über das Firmenhandy, verbunden allenfalls mit dem Einsatz spezieller Apps, des Weiteren eine Überwachung mittels GPS-Ortung der Firmenfahr-

³⁴ Im Zusammenhang mit einer «Berührung» der Menschenwürde sprechen die Erläuterungen zur Regierungsvorlage des Arbeitsverfassungsgesetzes (840 BlgNR 13. GP) vom «schmalen Grenzbereich» zwischen den die Menschenwürde verletzenden (und damit ohnehin sittenwidrigen) Kontrollmaßnahmen und den die Menschenwürde überhaupt nicht tangierenden Maßnahmen des Betriebsinhabers.

³⁵ VwGH 11. November 1987, 87/01/0034 = DRdA 1988, 458 = ZfVB 1988/347.

³⁶ OGH 13. Juni 2002, 8 ObA 288/01 p.

zeuge in Betracht. Insoweit derartige technische Einrichtungen dem Arbeitgeber ermöglichen, den Arbeitnehmer in Form geographischer Ortung «auf Schritt und Tritt» zu überwachen, ist von denkbar scharfer Überwachung zu sprechen. Ausgleichend werden die beiden anderen Kriterien, nämlich Kontrollziel und Kontrolldichte streng auf deren sachliche Rechtfertigung zu prüfen sein, denn der Arbeitnehmer ist autonomes Subjekt auch während der Verrichtung seiner Arbeit, welche das Gebot «der umfassenden Achtung der Persönlichkeit als Produkt der Schöpfung»³⁷ nicht schmälert. Somit wird selbst bei Vorliegen eines berechtigten Kontrollziels eine lückenlose Überwachung unzulässig sein. Die Menschenwürde gebietet es, dem Arbeitnehmer durchaus auch während der Arbeitszeit «Freiräume» zuzubilligen. Denn andernfalls käme er menschenwürdeverletzend einer «Marionette» des Arbeitgebers gleich. Schließlich wird die Zuverlässigkeit des Arbeitnehmers ja durch dessen Treuepflicht sichergestellt; dies (mit weitreichenden Rechtsfolgen bei Treuwidrigkeit) vor dem Hintergrund, dass Dauerrechtsverhältnisse, so auch Arbeitsverhältnisse seit jeher durch das wechselseitige Vertrauen bedingt sind. Nur wenn sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer aufeinander verlassen (können), wird ein Arbeitsverhältnis den Interessen beider Vertragsteile dauerhaft gerecht werden und funktionieren.

4.5. Kontrolldichte

Eine Kontrolldichte, welche derart intensiv und umfassend ist, dass der betroffene Arbeitnehmer das Gefühl «andauernder» Überwachung haben muss, erscheint nach allem zuvor Gesagten (Punkt 3.4.2.) unzulässig; dies insbesondere auch dann, wenn das vom Arbeitgeber angestrebte Kontrollziel sachlich «argumentierbar» wäre. Eine Totalüberwachung ist nach der Auffassung des Autors ebenso wenig erlaubt wie routinemäßige Ortungen ohne hinreichenden Grund.

Dieser Befund stimmt im Übrigen mit der in Deutschland herrschenden Rechtslage überein.

5. Schlussbemerkungen

Internet und Digitalisierung bringen eine bislang nie dagewesene Vernetzung mit sich, in allen Erscheinungsformen, nicht nur «Mensch und Maschine» oder im Verhältnis «Maschine zu Maschine», sondern insbesondere im Sozialgefüge der Menschen untereinander. Die technischen Voraussetzungen für ein Szenario totaler Überwachung, das etwa George Orwell in dem Roman «1984» vorausblickend gezeichnet hatte³⁸, existieren längst. Einzumahlen ist an dieser Stelle, dass der Mensch in allen Beziehungen stets als autonomes Subjekt zu sehen und (unverlierbar und unverzichtbar) als solches in jeder Lebenslage zu behandeln ist, während die Maschinen, überhaupt alle (leblosen) Sachen, und zwar nur Sachen, «dem Gebrauche der Menschen»³⁹ dienende Objekte sein können.

Irritierend erscheint insoweit die im Personalwesen (heutzutage) kursierende Begrifflichkeit, wonach «herabsetzend» von Human Resources geredet wird; herabsetzend deswegen, da das Wort «Ressource» eigentlich nur «Produktionsmittel, Mittel oder Hilfsmittel» bezeichnet⁴⁰. Zu einer «Rückbesinnung» soll ein weiteres Mal auf Immanuel Kant⁴¹ (Punkt 3.3.4) verwiesen und mit ihm zugeschriebenen Ausführungen folgendermaßen geschlossen werden:

«In der ganzen Schöpfung kann aber alles, was man will, und worüber man etwas vermag, auch bloß als Mittel gebraucht werden; nur der Mensch, und mit ihm jedes vernünftige Geschöpf, ist Zweck an sich selbst».

³⁷ Vgl. STOLZ, Grundrechtsaspekte künstlicher Befruchtungsmethoden, in BERNAT, Lebensbeginn durch Menschenhand, Leykam, Graz 1985, S. 114 ff.

³⁸ Den dystopischen Roman «1984» hatte GEORGE ORWELL in den Jahren 1946 bis 1948 (!) geschrieben. Erschienen ist der Roman dann im Jahr 1949. Der Titel enthält den Zifferndreher der Jahreszahl 1948 zu 1984 als Anspielung auf eine zwar damals noch fern erscheinende, doch eng mit der damaligen Gegenwart verknüpfte Zukunft [siehe dazu: [https://de.wikipedia.org/wiki/1984_\(Roman\)](https://de.wikipedia.org/wiki/1984_(Roman))].

³⁹ Vgl. § 285 ABGB.

⁴⁰ Vgl. Duden Band 5 (Fremdwörterbuch) 9, Leipzig und Mannheim 2006.

⁴¹ Der deutsche Philosoph IMMANUEL KANT (* April 1724 in Königsberg, Preußen; † Februar 1804 ebenda) zählt zu den bedeutendsten Vertretern der abendländischen Philosophie.