

OGH, Urteil vom 13.6.2002, 8 Ob A 288/01p – „Einführung eines elektronischen Telefonkontrollsystems“

Der Arbeitgeber, der insoweit keinen "öffentlichen Telekommunikationsdienst" iSd § 87 Abs 3 Z 1 TKG anbietet und auf den zudem die Bestimmungen des 3. Abschnitts des TKG keineswegs zutreffen können, kann auch dann nicht als Betreiber und damit als Normadressat im Sinn des § 88 Abs 2 TKG angesehen werden, wenn er seinen Mitarbeitern das Führen privater Telefongespräche gestattet. Die gewonnenen Vermittlungsdaten fallen nicht unter das Fernmeldegeheimnis des § 88 Abs 3 TKG. Der Arbeitgeber, der mittels EDV-gesteuerter Telefonanlage die Daten der von seinen Dienstnehmern geführten Gespräche aufzeichnet, verstößt daher nicht gegen die Geheimhaltungsvorschriften des TKG.

Es liegt jedoch ein Kontrollsystem iSd § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG vor. Durch eine zu große, über das für die Erreichung des Kontrollzwecks erforderliche Ausmaß hinausgehende Kontrolldichte bei der Arbeit kann aber jedenfalls die Menschenwürde. Die Einführung eines elektronischen Telefonkontrollsystems, das die Nummern der angerufenen Teilnehmer systematisch und vollständig den jeweiligen Nebenstellen zugeordnet erfasst, berührt daher selbst dann die Menschenwürde im Sinn des § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG, wenn durch Betätigen einer Taste am Telefonapparat hinsichtlich der dann besonders gekennzeichneten Gespräche die Endziffern der Rufnummer im System unterdrückt werden.

Leitsätze verfasst von RA Dr. *Clemens Thiele*, LL.M.

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Petrag als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Langer und Dr. Rohrer sowie durch die fachkundigen Laienrichter Dr. Peter Krüger und Manfred Gürtler als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Betriebsrat der A***** GmbH, ***** vertreten durch Dr. Gustav Teicht, Dr. Gerhard Jöchel, Rechtsanwälte-Partnerschaft in Wien, wider die beklagte Partei A***** GmbH, ***** vertreten durch Brandstätter Pritz & Partner, Rechtsanwälte KEG in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert EUR 21.801,85), infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 28. August 2001, GZ 7 Ra 37/01i-31, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichtes St. Pölten als Arbeits- und Sozialgericht vom 22. September 2000, GZ 33 Cga 118/99h-20, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird Folge gegeben. Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass das Ersturteil in der Hauptsache unter Ausschluss der Kostenentscheidung wiederhergestellt wird. Die auf Kostenanspruch in erster und zweiter Instanz gerichteten Parteienanträge werden zurückgewiesen.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 1.126,41 (darin EUR 187,74 USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

Im Unternehmen der Beklagten wurde im April 1999 ein neues Telefonsystem in Betrieb genommen. Die Installation der Telefonanlage erfolgte auf Grund betriebswirtschaftlicher Überlegungen, die vor allem in der erhofften Kostenreduktion, dem Aufbau eines

einheitlichen Rufnummernplans, der besseren firmeninternen Kommunikation und der Kostenstellenzuordnung bestanden. Eine Betriebsvereinbarung über die Einführung und Verwendung dieses neuen Telefonsystems wurde nicht abgeschlossen. Mit Dienstanweisung vom 29. 7. 1999 erhielten die Mitarbeiter nur in Grundzügen Informationen über die Möglichkeiten der Anlage. Die Telefonanlage kann bei abgehenden Telefonaten die Nebenstellenummer des Teilnehmers, die gewählte Rufnummer, die belegte Postleitung, das Datum, die Uhrzeit, die Dauer des Gesprächs, die Zahl der Impulse und den Gebührenbetrag aufzeichnen, sowie – auf Grund Eingabe - ob ein Dienst- oder Privatgespräch vorliegt. Die Verknüpfung dieser Daten erfolgt im Business Datenserver (BDS), an den die Daten von der Telefonanlage über eine normierte Schnittstelle übertragen werden. EDV-mäßige Verknüpfungen können entsprechend den Möglichkeiten der BDS-Software erfolgen. Über Ausdruck der Auswertungen oder Abspeichern der Daten (Diskette) können diese Informationen auch Dritten zugänglich gemacht oder an sie weitergegeben werden.

Ein Bearbeiten und Auswerten der Daten der Telefonanlage ist nur dem geschulten Servicetechniker des Lieferunternehmens möglich. Ein Bearbeiten und Auswerten der Daten des BDS ist jenen geschulten Mitarbeitern der Beklagten möglich, die mit Passwörtern in das System eintreten. Gesprächsdaten können in der Telefonanlage unterdrückt bzw. ausgeschaltet werden. Diese Maßnahme ist nur dem Servicetechniker möglich, der sie auch auf seinem Service-Laptop überprüfen kann.

Werden Gesprächsdaten in der Telefonanlage unterdrückt, stehen sie auch im BDS nicht zur Verfügung und können daher dort nicht ausgewertet werden. Funktionen des BDS können von geschulten Mitarbeitern der Beklagten unter Verwendung von Passwörtern unterdrückt oder ausgeschaltet werden. Eine Überprüfung der Auswertungen ist jedermann über gezielt angeforderte Ausdrucke möglich. Eine eingeschränkte Überprüfung kann auch durch Auswertung des Journals der Logfile erfolgen. Die Daten werden im BDS über die letzten 180 Tage, in der Logfile über die letzten 20 Tage gespeichert. Weiter zurückliegende Daten werden nach dem Prinzip "First in First out" gelöscht.

Mit ihrer am 29. 7. 1999 beim Erstgericht eingelangten **Klage** beehrte die Klägerin, der Beklagten bei Exekution zu untersagen, das Telefonsystem ohne Zustimmung des Betriebsrates einzuführen und zu verwenden. Dem klagenden Betriebsrat komme Parteifähigkeit gemäß § 53 Abs 1 ASGG zu. Obwohl der Betriebsrat bereit gewesen sei, über die Einführung und Verwendung der neuen Telefonanlage eine Betriebsvereinbarung abzuschließen, habe sich die Beklagte auf den Standpunkt gestellt, dass es der Zustimmung des Betriebsrats gemäß § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG nicht bedürfe. Diese Ansicht sei unrichtig, weil es sich bei der Anlage um ein technisches System zur Kontrolle der Arbeitnehmer im Sinn der genannten Gesetzesstelle handle, das die Menschenwürde in mehrfacher Hinsicht berühre. Die Anlage ermögliche eine Passwortsteuerung in drei Hierarchiestufen, eine Auswertung nach Teilnehmer, Abteilung, Kostenstelle, Gruppe oder Amtsleitung, die Unterdrückung der gewählten Rufnummer, eine Umsetzung häufig wiederkehrender Rufnummern in Namen und Speicherung in Datenbanken, eine Auswertung auch für ankommende Gespräche, die Möglichkeit der Projektbewertung und eine PIN-Code-Abrechnung durch Filter, den Datenexport an Fremdsysteme sowie die Eingabe eines Maximalbetrags, bis zu dem ein Gespräch nicht erfasst wird bzw. eines Mindestbetrages.

Der Schutz des Fernmeldegeheimnisses erfasse nicht nur den Inhalt von Nachrichten, er erstrecke sich auch auf den Bereich von "äußeren Gesprächsdaten". Art 8 MRK verbürge die Achtung des Privat- und Familienlebens, welches Grundrecht durch die fragliche Anlage beeinträchtigt werde. Überdies gewähre § 1 DSG ein allgemeines Grundrecht auf Datenschutz. Diese verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte hätten keine absolute Gültigkeit, vielmehr sei im Einzelfall eine Interessenabwägung zwischen dem berechtigten

Kontrollinteresse des Dienstgebers und den Interessen der Dienstnehmer auf Wahrung obiger Grundrechte anzustellen. Das installierte System sei objektiv geeignet, die Menschenwürde der Arbeitnehmer zu berühren. Allein die Möglichkeit, das Telefonverhalten einzelner Teilnehmer umfassend auszuwerten, häufig wiederkehrende Rufnummern in Namen umzusetzen und diese in Datenbanken abzuspeichern sowie auch ankommende Gespräche auszuwerten, berühre krass die Menschenwürde. Die Versicherungen des Dienstgebers, Derartiges derzeit nicht zu planen, hätten bei der objektiven Beurteilung der Möglichkeiten des Systems außer Betracht zu bleiben. Das System ermögliche etwa ohne weiteres, jeden Anrufer des Betriebsrats persönlich zu identifizieren, sowie von jedem Dienstnehmer festzustellen, wer ihn angerufen hat. Es ermögliche weiters eine lückenlose Überwachung des Telefonverhaltens der Dienstnehmer nicht nur im Hinblick auf Privatgespräche, sondern auch im Hinblick auf Dienstgespräche, was weitgehende Rückschlüsse auf das konkrete Arbeitsverhalten des Dienstnehmers zulasse.

Die **Beklagte** wendete ein, dass ein Zustimmungsrecht des Betriebsrats nicht bestehe. Das Telefonsystem sei eine handelsübliche Anlage, die das automatische Registrieren jedes Gesprächs hinsichtlich der Nummer des Gesprächspartners, der Gesprächsdauer und Gebührenhöhe sowie des Erkennens des Charakters eines Telefonates als Privat- oder Dienstgespräch ermögliche. Der Dienstnehmer könne bei Privatgesprächen durch Betätigen einer Taste die Registrierung der angewählten Teilnehmernummer unterbinden. Die Erfassung sogenannter äußerer Gesprächsdaten, welche durch diese Anlage möglich ist, sei ausschließlich Mittel, um Gesprächsvermittlungen, Gebührenfeststellungen und Verrechnungen vornehmen zu können. Das Fernmeldegeheimnis finde in diesen Ermittlungen äußerer Gesprächsdaten seine natürliche Grenze, wenn die Registrierung dieser Daten verhältnismäßig sei. Da im gegenständlichen Fall das Registrieren der Daten ausschließlich der Gebührenfeststellung und dem Nachweis der Richtigkeit der Gebührenfeststellung, dem Hintanhalten weitläufiger Privatgespräche sowie der Vermeidung übertriebener Telefonbenützung diene, liege Verhältnismäßigkeit jedenfalls vor. Da das Abhören von Gesprächen durch das neu eingeführte Telefonsystem nicht möglich sei, könne von einem Eingriff in Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer nicht gesprochen werden. Es dürfe nicht übersehen werden, dass dem Arbeitgeber als Anschlussinhaber das Recht zukomme, zu bestimmen, von wem, wann, wo und wie lange Gespräche geführt werden dürfen. Einer Angabe von Gründen oder deren Rechtfertigung bedürfe es in diesem Zusammenhang nicht, weil ein Arbeitnehmer grundsätzlich genausowenig Anspruch auf die Benützung des Fernsprechanchlusses des Arbeitgebers für private Zwecke habe, wie sonst jemand auf die Benützung einer fremden Anlage.

Da Dienstgespräche nicht nur hinsichtlich der äußeren Gesprächsdaten, sondern auch in ihrem sachlichen Gehalt für den Dienstgeber bestimmt seien und der Dienstnehmer auf Grund der ihn treffenden Treuepflicht sogar verpflichtet sei, auf Verlangen des Dienstgebers diesem den Inhalt des Dienstgesprächs mitzuteilen, könne der Dienstnehmer auch im Lichte des Datenschutzes kein schutzwürdiges Interesse an der Geheimhaltung der äußeren Gesprächsdaten haben. Auch das Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens werde nicht beeinträchtigt, da der Dienstnehmer die Möglichkeit habe, bei Privatgesprächen durch Betätigen einer Taste die Registrierung der angewählten Teilnehmernummer zu unterbinden. Es sei nicht möglich, Telefongespräche bestimmten Arbeitnehmern zuzuordnen, sondern erfolge dies nur hinsichtlich anonymer Nebenstellen. Es würden nur solche Daten registriert, an deren Geheimhaltung der Arbeitnehmer kein Interesse habe, während sie für den Arbeitgeber aus Kostengründen von erheblicher Bedeutung seien. Alle Dienstnehmer seien über die Möglichkeit der Erfassung bestimmter äußerer Fernsprechdaten und über die Details der Telefonanlage vor Einführung des Systems informiert worden. Auch sei die Vertretungsbefugnis des klagenden Betriebsrats zweifelhaft, weil im Unternehmen nur ein

Arbeiterbetriebsrat bestehe, dessen Vertretungsbefugnis sich daher nur auf die Arbeiter und die gewerblichen Lehrlinge erstrecke. Von der Einführung des Telefonsystems sei jedoch mit Ausnahme einer einzigen Nebenstelle (Werkstätte mit vier Arbeitern) ausschließlich die Angestelltenbelegschaft betroffen.

Das **Erstgericht** gab dem Klagebegehren statt. Es traf die eingangs wiedergegebenen Feststellungen und führte zur rechtlichen Beurteilung aus, dass dem Arbeiterbetriebsrat, einem Organ der Arbeitnehmerschaft, gemäß § 53 Abs 1 ASGG Parteifähigkeit und Klagslegitimation zukomme. Eine Kontrollmaßnahme gemäß § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG berühre die Menschenwürde dann, wenn nach dem anzuwendenden objektiven Maßstab die denkbare Möglichkeit eines Eingriffs in die Sphäre der Menschenwürde durch ein derartiges System bestehe. Dem Wesen des Arbeitsverhältnisses entspreche die Einbindung der Person des Arbeitnehmers in den Betrieb. Diese persönliche Abhängigkeit habe zur Anerkennung von besonderen Schutzpflichten in Bezug auf die persönlichen Interessen des Arbeitnehmers geführt. Der Persönlichkeitsschutz werde grundsätzlich in allen Situationen relevant, in denen ein Arbeitnehmer über die reine Erbringung der Arbeitsleistung hinaus beobachtet und kontrolliert werde, wobei auch Aspekte seiner Persönlichkeit zum Gegenstand der Kontrolle werden.

Eine systematische Erfassung aller Gesprächszeitpunkte und Gesprächszeiten sowie die systematische Auflistung, wann ein Arbeitnehmer jeweils wie lange private Telefonate geführt habe, gehe weit über die reine Beobachtung der Arbeitsleistung hinaus. Häufigkeit und Dauer privater Telefonate - insbesondere im längeren Vergleich - könnten Rückschlüsse oder nicht weniger problematische Spekulationen über persönliche oder familiäre Schwierigkeiten des Arbeitnehmers ermöglichen. Die alleinige Möglichkeit, die Registrierung angewählter Nummern zu unterbinden, bewahre den Arbeitnehmer nicht vor eventuellen Spekulationen. Die Missbrauchsfahr bei diesem erhöhten Informations- und Kontrollpotential müsse bei der Beurteilung des Persönlichkeitsschutzes des Arbeitnehmers berücksichtigt werden. Die alleinige Rechtfertigung des Betriebsinhabers mit Motiven wie Kosteneinsparung oder Kontrolle über die Arbeitszeit der Mitarbeiter entspreche nicht den Kriterien der Heranziehung des schonendsten Mittels, das bei jeder Beeinträchtigung eines Persönlichkeitsrechts gefordert sei. Technisch und organisatorisch seien durchaus andere Mittel möglich, die diesen Interessen des Arbeitgebers in einem rechtlich zulässigen Ausmaß Rechnung tragen. Die Menschenwürde werde insbesondere auch dann berührt, wenn die Kontrollmaßnahme in dem davon betroffenen Arbeitnehmer das dauernde Gefühl einer potentiellen Überwachung entstehen lasse. Die Angst, die vor allem Resultat der Ungewissheit über Art und Umfang der Kontrolle und deren Auswirkungen sei, sowie die fehlende Einflussmöglichkeit des Arbeitnehmers auf diese Kontrolle und auf die Verwertung ihrer Ergebnisse durch den Arbeitgeber sowie schließlich das darin zum Ausdruck kommende massive Misstrauen des Arbeitgebers widerspreche der mit der Menschenwürde in unmittelbarem Zusammenhang stehenden Selbstverwirklichung des Menschen in der Arbeit. Obwohl das Registrieren der Daten im gegenständlichen Fall vorrangig der Gebührenfeststellung und Vermeidung übertriebener Telefonbenützung diene, verstoße die Kontrollanlage unter diesen Gesichtspunkten gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Das **Gericht zweiter Instanz** änderte dieses Urteil dahin ab, dass es das Klagebegehren abwies. Es bejahte die Klagelegitimation des Arbeiterbetriebsrates, da jedenfalls auch Arbeiter vom gegenständlichen Telefonsystem betroffen seien und eine Trennung in einen Anwendungsbereich der Arbeiter sowie in einen solchen der Angestellten nicht möglich und auch wirtschaftlich nicht sinnvoll erscheine. Aus den erstgerichtlichen Feststellungen gehe hervor, dass die Telefonanlage bei abgehenden Telefonaten die Rufnummer des Teilnehmers, die gewählte Rufnummer, die Unterscheidung zwischen Dienst- und Privatgespräch, die

belegte Postleitung, das Datum und die Uhrzeit sowie die Dauer des Gesprächs, die Zahl der Impulse und den Gebührenbetrag aufzeichnen könne. Ein Mithören der Gespräche sei davon nicht umfasst und würde auch nicht dem Zweck der Telefonanlage entsprechen. Bei Beurteilung, ob durch die Telefonanlage die Menschenwürde der Arbeitnehmer berührt werde, komme es nicht darauf an, dass das System als solches objektiv dazu geeignet sein müsse, sondern ob überhaupt eine entsprechende Intention des Arbeitgebers bestehe. Es sei daher nicht von allfälligen potentiellen Ausformungen des Kontrollsystems auszugehen, sondern vom tatsächlich vorliegenden Kontrollmechanismus. Dieser bestehe darin, dass die Beklagte als Arbeitgeberin und Inhaberin der Telefonanlage ihr Recht in Anspruch nehme, zu bestimmen, wer, wann, wo und wie lange Gespräche führen dürfe, um sich einen Überblick über das Telefonverhalten der Mitarbeiter zu verschaffen. Die Registrierung der Daten diene vorrangig der Gebührenfeststellung und der Vermeidung übertriebener Telefonbenützung, demnach durchaus legitimen Interessen der Beklagten als Arbeitgeberin. Ein wie immer geartetes Bestreben, Rückschlüsse auf persönliche oder familiäre Schwierigkeiten des Arbeitnehmers anzustellen, könne nach Würdigung der Gesamtsituation nicht erblickt werden. Hinsichtlich derzeit nicht nachvollziehbarer Spekulationen der Dienstnehmer über eine potentielle dauernde Überwachung sei auszuführen, dass die bloß subjektive Befürchtung der Betroffenen für sich allein nicht ausreiche, um einem technischen System die Eignung zuzumessen, die Menschenwürde zu berühren. Erforderlich sei vielmehr, dass das technische System dafür objektiv geeignet sei. Darüber hinaus seien den Feststellungen keinerlei Hinweise auf eine derartige psychische Beeinträchtigung der betroffenen Mitarbeiter der Beklagten zu entnehmen und erscheine eine solche im Hinblick auf die Möglichkeit der Unterdrückung von Gesprächsdaten auch in Zukunft nicht greifbar.

Die dagegen erhobene **Revision** der Klägerin ist zulässig (§ 46 Abs 3 Z 2 ASGG), es kommt ihr auch Berechtigung zu.

Es ist im Verfahren unstrittig, dass die von der Beklagten ohne Zustimmung des Betriebsrats neu installierte Telefonanlage bei abgehenden Telefonaten die Nebenstellenummer, die gewählte Rufnummer (Zielnummer), die belegte Postleitung, das Datum und die Uhrzeit sowie die Dauer des Gesprächs, die Zahl der Impulse und den Gebührenbetrag aufzeichnet und dass der Arbeitnehmer durch Drücken einer Taste sein Gespräch als Privatgespräch deklarieren kann. In letzterem Fall wird das Gespräch besonders gekennzeichnet und nur ein Teil der angewählten Nummer aufgezeichnet. Die Aufzeichnungen können entweder auf Diskette gespeichert oder ausgedruckt werden. Ein durchaus vergleichbarer Sachverhalt war Gegenstand der Entscheidung des VwGH vom 11. 11. 1987, GZ 87/01/0034 = ZAS 1988/12 (mit zustimmender Glosse Marhold) = DRdA 1988/23 (mit ablehnender Glosse Teichmann) = EDVuR 1988 H 1, 26 (mit ablehnender Glosse W. Schwarz) = RdW 1988, 168. Das Höchstgericht führte dort aus, dass es sich bei der beschwerdegegenständlichen Anlage um die Einführung eines technischen Systems zur Kontrolle der Arbeitnehmer im Sinn des § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG handle. Entscheidend sei daher die Frage, ob dieses System "die Menschenwürde" berühre. Nach herrschender Lehre solle diese gesetzliche Formulierung klarstellen, dass einerseits Kontrollmaßnahmen, die mit der Menschenwürde überhaupt nichts zu tun haben, mitbestimmungsfrei bleiben, aber andererseits alle Kontrollmaßnahmen, bei denen Aspekte der Würde des Menschen ins Spiel kommen, mitbestimmungspflichtig sind. Eine Verletzung der Menschenwürde durch eine Betriebsvereinbarung würde diese jedenfalls nichtig machen. Die Rechtsansicht der belangten Behörde, eine bloß subjektive Befürchtung der betroffenen Arbeitnehmer reiche für sich allein nicht aus, um einem technischen System die Eignung zuzumessen, die Menschenwürde zu berühren, es sei vielmehr erforderlich, dass das technische System auch objektiv geeignet sei, die Menschenwürde zu beeinträchtigen, sei zutreffend. Bei dem anzuwendenden objektiven Maßstab sei festzustellen, ob ein Eingriff

solcher Maßnahmen oder Systeme in die Sphäre der Menschenwürde denkmöglich sei. Sei dies auszuschließen, könne von einem "Berühren" der Menschenwürde im Sinn des Gesetzes keine Rede sein. Ein Eingriff in das Persönlichkeitsrecht auf Achtung des Fernsprechgeheimnisses sei hier ausgeschlossen, weil die Anlage nicht das Mithören von Telefongesprächen der Dienstnehmer ermögliche. Unmittelbare Konsequenz der Eigenschaft des Dienstgebers als Anschlussinhaber sei sein Recht zu bestimmen, wer, wann, wo und wie lange Gespräche führen dürfe. Die Motive einer entsprechenden Regelung mögen im Einsparen von Fernsprechgebühren, im Wunsch nach freien Leitungen, im Anliegen einer wirtschaftlichen Verwendung der Arbeitszeit und Ähnlichem liegen. Einer Angabe von Gründen oder deren Rechtfertigung bedürfe es jedoch nicht, weil ein Dienstnehmer grundsätzlich genauso wenig Anspruch auf Benützung des Fernsprechanschlusses des Dienstgebers für private Zwecke habe, wie sonst jemand auf Benützung fremder Anlagen. Eine Kontrolle der kostenverursachenden Nebenstellen der Telefonanlage, um dort Einsparungen zu erreichen, wo relativ hohe Kosten anfallen, sei dem Dienstgeber demnach auch unter dem Blickwinkel des "Berührens" der Menschenwürde nicht verwehrt.

Marhold stimmt in seiner Glosse (aaO) der Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs, die Möglichkeit der Unterdrückung der Erfassung von Privatgesprächen reiche aus, das Persönlichkeitsrecht auf Achtung des Fernsprechgeheimnisses zu wahren, ausdrücklich zu. Wirke das Erkenntnis auch sehr kurz, gebe es doch eine komprimierte und klare Aussage zum umstrittenen Problem der zwingenden Mitbestimmung bei Telefongesprächsregistrierungen. *Teichmann* (aaO) hebt hingegen besonders das Grundrecht des Menschen auf Achtung seines Privat- und Familienlebens sowie den in den §§ 1 und 17 DSG statuierten Vorrang des Schutzes personenbezogener Daten hervor. Die Privatsphäre gebe es selbstverständlich auch im Arbeitsverhältnis, wo den Dienstgeber eine besondere Schutzpflicht auch in Bezug auf die persönlichen Interessen des Arbeitnehmers treffe. Der Persönlichkeitsschutz werde insbesondere dann relevant, wenn man ein Verhalten des Arbeitnehmers über einen längeren Zeitraum bzw. systematisch beobachte. Die Weisung, ein Dienstgespräch zu einem bestimmten Zeitpunkt oder ein Privatgespräch nur von einem bestimmten Apparat aus zu führen, sowie die Kontrolle der Einhaltung dieser Weisung greife sicherlich noch nicht in die Persönlichkeitssphäre ein. Eine systematische Erfassung aller Gesprächszeitpunkte und Zeiten sowie die systematische Auflistung, wann ein Arbeitnehmer jeweils wie lange private Telefonate geführt habe, gehe jedoch weit über die reine Beobachtung der Arbeitsleistung hinaus. Häufigkeit und Dauer privater Telefonate - insbesondere im längeren Vergleich - könnten Rückschlüsse oder nicht weniger problematische Spekulationen über persönliche oder familiäre Schwierigkeiten des Arbeitnehmers ermöglichen. Technische Dauerüberwachung sei grundsätzlich unzulässig, solange der Arbeitgeber nicht ein stärkeres rechtlich geschütztes Interesse beweise. Technisch und organisatorisch seien aber durchaus andere Mittel möglich, die den Interessen des Arbeitgebers in einem rechtlich zulässigen Ausmaß Rechnung tragen, wie etwa über längere Zeiträume zusammengefasste Gebührenermittlung für Privatgespräche oder Teilnummernregistrierung bei Dienstgesprächen. Eine Beurteilung der Menschenwürde und ihrer Integrität könne begrifflicherweise an der Sicht des betroffenen Menschen nicht vorbeigehen. Der subjektive Eindruck der Betroffenen von einem Kontrollsystem sei daher sehr wohl eines der Kriterien zur Beurteilung der Zustimmungspflichtigkeit.

W. Schwarz (aaO) bezeichnet das Erkenntnis als "eine mangelhaft begründete Fehlentscheidung" und verweist insbesondere darauf, dass sich die "Menschenwürde" im privaten Bereich als Inbegriff der Rechtskonkretisierung maßgeblicher zivilrechtlicher Generalklauseln nicht zuletzt durch jene Wertvorstellungen, deren Verankerung in der Verfassung erfolgte, erweise. Ein "Persönlichkeitsrecht auf Achtung des Fernsprechgeheimnisses" - bezogen auf die Rechtsbeziehungen von Arbeitgeber und

Arbeitnehmer - sei demgemäß gleichermaßen als "angeborenes Recht" im Sinne der §§ 16, 17 ABGB wie als essentieller Inhalt der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (vgl § 1157 ABGB, § 18 AngG) anzuerkennen. Im gegebenen Zusammenhang gelte dies vorrangig auch für die Achtung des Privat- und Familienlebens (Art 8 MRK), sowie den Datenschutz, der einschlägig spezifische Normen entwickelt habe. Das formelle Registrieren der "äußeren Gesprächsdaten" bilde ein Paradebeispiel des Berührens der Menschenwürde, weil diese Daten den Schutzbereich des Grundrechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens unterfallen. Art und Umfang des Persönlichkeitsschutzes sei von der Unterscheidung zwischen Privat- und Dienstgesprächen nicht abhängig. Die Art und Weise, wie jemand seine Dienstpflichten erfülle, sei eng mit seiner Persönlichkeit verbunden, sodass eine begriffliche Scheidung der beiden Bereiche in Frage gestellt werden müsse. Man komme zu dem Ergebnis, dass die Speicherung der "äußeren Gesprächspartner" die Menschenwürde nicht nur berühre, sondern sogar beeinträchtige.

Seine Rechtsansicht hat der Verwaltungsgerichtshof in der Folge in seinen Entscheidungen GZ 87/01/0033 (ARD 3988/22/88) und GZ 86/01/0069 (ARD 4069/7/89) fortgeschrieben. Der Oberste Gerichtshof hatte bislang - soweit überblickbar - zu dieser Problemstellung noch nicht Stellung zu nehmen.

Schon vor Ergehen des zitierten Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofs haben sich Funk/Krejci/W. Schwarz in DRdA 1984, 285 ("Zur Registrierung von Ferngesprächsdaten durch den Dienstgeber, erörtert am Beispiel der Universität Graz") mit der Frage des Zustimmungserfordernisses bei Einführung von elektronischen Telefongesprächsregistrieranlagen grundlegend auseinandergesetzt. Die - von der Maßnahme offenbar allerdings selbst betroffenen - Autoren kamen zu dem Schluss, die laufende Registrierung und Speicherung der gewählten Rufnummern sei im Hinblick auf die mit dem Kontrollsystem verfolgten Zwecke weder erforderlich noch verhältnismäßig und als Vollnummernregistrierung unzulässig. Obwohl das Grundrecht auf Schutz des Fernmeldegeheimnisses in erster Linie die Vertraulichkeit des Inhalts von Nachrichten und Mitteilungen schütze, könne eine Anwendung dieses Grundrechts auch auf den Bereich der "äußeren Gesprächsdaten" nicht schlechtweg verneint werden. Zudem unterfalle die Kontrolle "äußerer Gesprächsdaten" dem Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens sowie unter den gegebenen Voraussetzungen jenem auf Datenschutz. Die äußeren Umstände telefonischer Kontakte gingen Außenstehende prinzipiell ebenso wenig an, wie der Inhalt der geführten Gespräche. Die Einschaltung dritter Personen sei nur insoweit geduldet, als dies sachlich erforderlich oder aus Gründen des Schutzes berechtigter Interessen anderer gerechtfertigt erscheine. Aspekte des Privatlebens könnten aus Dienstverhältnissen nicht gänzlich ausgeschlossen werden. Ein generelles Verbot, Privatgespräche über Diensttelefone zu führen, sei bei Vorliegen wichtiger in der Person des Dienstnehmers gegebener Gründe mit der Fürsorgepflicht des Dienstgebers weitgehend unvereinbar. Selbst bei Dienstgesprächen genieße der Dienstnehmer Persönlichkeitsschutz. Der Anspruch des Dienstnehmers auf Schutz vor laufender Registrierung seiner Telefonkontakte durch Festhalten der gewählten Nummer, der Zeit und der Dauer der Gespräche zähle in der Regel nicht zum unverzichtbaren Bereich des Persönlichkeitsschutzes. Eine Zustimmung zur Einschränkung des Persönlichkeitsschutzes sei insoweit unbedenklich, als plausible Interessen des Dienstgebers diese Einschränkung rechtfertigten. Voraussetzung einer derartigen Zustimmung sei, dass dem Bediensteten das geplante Kontrollsystem offen gelegt und dieses nicht heimlich eingeführt werde. Die denkmöglichen Zwecke, derentwegen das Kontrollsystem gerechtfertigt sein solle, sprächen gegen die Zulässigkeit einer umfassenden Nummernregistrierung. Zur Gesprächsvermittlung sei das weitere Festhalten der angewählten Nummern nicht erforderlich, ebenso wenig zum Zweck präventiver Kontrolle. Auch für die Gebührenfeststellung brauchten die angewählten Nummern nicht gespeichert zu werden. Zur Verrechnung von Privatgesprächen sei die Nummernregistrierung ebenfalls nicht erforderlich. Schließlich erleichtere sie kaum den

Versuch, unzulässige Privatgespräche oder unzweckmäßige Dienstgespräche nachzuweisen. Für den Nachweis übertriebener Telefonbenützung sei die Nummernregistrierung überhaupt nicht erforderlich. Bei der gebotenen Interessenabwägung werde daher der Grundsatz verletzt, wonach eine Einschränkung des Persönlichkeitsschutzes nur im Rahmen des unbedingt Erforderlichen zulässig sei. Die einschlägigen Bestimmungen des DSG indizierten ebenfalls in deutlicher Weise die Unzulässigkeit der in Aussicht genommenen Überwachungsmaßnahmen. Dies ergebe sich einerseits daraus, dass eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung zum Einsatz automationsunterstützter Datenverarbeitung für den vorliegenden Fall fehle, sowie andererseits daraus, dass es auch hier an der Verhältnismäßigkeit mangle.

Ebenfalls vor Ergehen des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes veröffentlichte *Tomandl* seinen Aufsatz "Rechtsprobleme bei der Einführung und Anwendung von Kontrollmaßnahmen" (ZAS 1982, 163), in dem er bereits auf die große Aktualität der Frage nach der Zulässigkeit der automatischen Speicherung der vom Arbeitnehmer angewählten Rufnummer, um auf diese Weise dienstliche von privaten Anrufen unterscheiden zu können, hinwies. Da hiebei weder der Inhalt noch die Form des Gesprächs erfasst werde, sei jedenfalls das Fernsprecheheimnis auch bei extensiver Interpretation nicht betroffen. Allerdings ermögliche die Kontrolle die Aufdeckung der privaten Beziehungen des Arbeitnehmers. Die gespeicherten Nummern erlaubten die Feststellung, mit wem und wie oft der Arbeitnehmer privat gesprochen hat. Werde die Möglichkeit ausgeschaltet, die Identität des Gesprächspartners festzustellen, etwa indem die letzte oder die letzten beiden Ziffern der Telefonnummer nicht mehr gespeichert werden, dann entfalle dieser Vorwurf. Eine Beeinträchtigung der Menschenwürde liege dann nicht vor.

Art 8 MRK normiert, jedermann habe Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs (Abs 1), der Eingriff einer öffentlichen Behörde in die Ausübung dieses Rechts sei nur statthaft, insoweit dieser Eingriff gesetzlich vorgesehen ist und eine Maßnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist (Abs 2). Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte judiziert in ständiger Rechtsprechung, dass von den Begriffen "Privatleben" und "Briefverkehr" auch Telefonate erfasst sind, und zwar auch solche, die aus Geschäftsräumlichkeiten geführt werden (ÖJZ 1998/17; ÖJZ 2001/1 je mwH). Er hat weiters im Fall "Malone" ausgesprochen, dass die als "Registrierung" (Metering) bezeichnete Verwendung eines Mechanismus, der die Nummern, die auf einem bestimmten Telefonapparat gewählt werden, ebenso registriert wie Uhrzeit und Dauer jedes Gesprächs, sich zwar der Natur der Sache nach von der Kommunikationsüberwachung unterscheidet, jedoch die Freigabe dieser Informationen an die Polizei ohne Zustimmung des Teilnehmers zu einem Eingriff in ein von Art 8 MRK garantiertes Recht führt (EuGRZ 1985, 17).

Der Oberste Gerichtshof hat in Strafsachen für den Fall der sogenannten Rufdatenrückerfassung bereits für den Geltungsbereich des Fernmeldegesetzes 1993 ausgesprochen, dass die von der Post- und Telegrafverwaltung als Betreiber des Fernmeldedienstes auf einem Datenträger grundsätzlich nur zu Verrechnungszwecken festgehaltenen Angaben über personenbezogene Daten den verfassungsrechtlichen Schutz des Fernmeldegeheimnisses (Art 10a StGG), den Schutz des Privat- und Familienlebens (Art 8 MRG) sowie des Grundrechts auf Datenschutz (§ 1 DSG) genießen. Der Eingriff in den Schutz des Fernmeldegeheimnisses bedürfe gemäß § 10a StGG eines auf Grund innerstaatlicher Rechtsvorschriften erlassenen gerichtlichen Befehls (13 Os 161/95; JBl 1999, 747 ua). In diesem Sinne argumentiert auch *Wessely* in ÖJZ 1999, 491 ("Das

Fernmeldegeheimnis - ein unbekanntes Grundrecht?"), der allerdings vom Schutz des Art 10a StGG ausschließlich Inhaltsdaten umfasst sieht, während die Verbindungsdaten durch Art 8 MRK geschützt seien.

Das seit 1. 8. 1997 in Geltung stehende Telekommunikationsgesetz (BGBl I Nr 100/1997 idF BGBl I Nr 32/2002) regelt in seinem § 88 das Fernmeldegeheimnis. Während § 17 des davor in Geltung gestandenen Fernmeldegesetzes 1993 Angehörige der Post- und Telegrafienverwaltung sowie die mit der Bedienung bzw Beaufsichtigung von Fernmeldeanlagen betrauten Personen zur Geheimhaltung "aller Mitteilungen, die auf den für den öffentlichen Verkehr bestimmten Fernmeldeanlagen befördert oder zur Beförderung auf ihnen aufgegeben worden sind", verhielt, somit zur Geheimhaltung von Inhaltsdaten verpflichtete, unterliegen gemäß § 88 Abs 1 TKG dem Fernmeldegeheimnis die Inhaltsdaten und die näheren Umstände der Kommunikation, insbesondere die Tatsache, ob jemand an einem Telekommunikationsvorgang beteiligt ist oder war. Das Fernmeldegeheimnis erstreckt sich auch auf die näheren Umstände erfolgloser Verbindungsversuche. Damit werden neben den Inhaltsdaten auch die Verbindungsdaten unter Schutz gestellt (vgl *Wessely* aaO).

Gemäß § 88 Abs 2 TKG sind zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses jeder Betreiber und alle Personen verpflichtet, die an der Tätigkeit des Betreibers mitwirken. Die Pflicht zur Geheimhaltung besteht auch noch nach dem Ende der Tätigkeit fort, durch die sie begründet worden ist. Hinsichtlich der in diesem Absatz bezeichneten Personen stellt § 193 TKG die Verletzung von Rechten der Benutzer unter gerichtliche Strafe. Gemäß § 87 Abs 3 Z 1 TKG wird als "Betreiber" der Anbieter von öffentlichen Telekommunikationsdiensten im Sinne des 3. Abschnitts bezeichnet. Der 3. Abschnitt des Telekommunikationsgesetzes regelt in den §§ 12 bis 23 im Wesentlichen die anzeige- und konzessionspflichtigen Telekommunikationsdienste sowie deren Geschäftsbedingungen und Entgelte. § 3 Z 14 TKG definiert den "Telekommunikationsdienst" als eine gewerbliche Dienstleistung, die in der Übertragung und/oder Weiterleitung von Signalen auf Telekommunikationsnetzen besteht, einschließlich des Angebotes von Mietleitungen.

Bei im Wesentlichen gleicher Rechtslage steht für die deutsche Lehre (siehe *Gola*, "Neuer Tele-Datenschutz für Arbeitnehmer?", MMR 1999, 322 mwH) außer Frage, dass der Arbeitnehmer, der die vom Arbeitgeber bereitgehaltenen Telekommunikations-Einrichtungen für dienstliche Zwecke nutzt, hierbei nicht als "Dritter" auftritt. Im Verhältnis Arbeitgeber-Arbeitnehmer liege kein Angebot an bzw keine Nutzung von Telekommunikation durch Dritte vor, wenn Mitarbeiter des Betriebes die betriebseigenen oder vom Arbeitgeber bei Telekommunikations-Dienstleistern angemieteten Telekommunikations-Einrichtungen für dienstliche Zwecke einsetzen. Die sich aus dem Gesetz ergebenden Datenschutzverpflichtungen seien aber nur zu beachten, wenn der Telekommunikations-Dienst geschäftsmäßig einem Dritten erbracht werde, also – gegebenenfalls neben eigenen - auch fremden Zwecken diene. Der Arbeitgeber werde aber zum geschäftsmäßigen Anbieter von Telekommunikations-Diensten gegenüber seinen Arbeitnehmern, wenn er den Mitarbeitern - gleichgültig ob entgeltlich oder unentgeltlich - gestatte, die Nebenstellenanlage des Betriebes oder den Internetzugang privat zu nutzen, da der Mitarbeiter dann nicht mehr als Teil des Unternehmens dem Betreiber der Anlage zuzuordnen, sondern als Dritter anzusehen sei. Zu beachten sei, dass dieses Angebot an die Mitarbeiter "geschäftsmäßig", d.h. nachhaltig, erfolgen müsse. Diese Ansicht wurde auch für den österreichischen Rechtsbereich übernommen (*Zanger/Schöll*, Komm.z.Telekommunikationsgesetz, Rz 9 zu § 91; *Thiele*, "Internet am Arbeitsplatz, erste arbeitsrechtliche Konfliktfälle", *ecolex* 2001, 613), ohne zu beachten, dass § 3 Z 14 TKG nicht auf die geschäftsmäßige, sondern die gewerbliche – auf Gewinnerzielung gerichtete - Dienstleistung abstellt. Nach Ansicht des erkennenden Senats kann daher der Arbeitgeber, der insoweit keinen "öffentlichen Telekommunikationsdienst" (§ 87 Abs 3 Z 1 TKG) anbietet und auf den zudem die Bestimmungen des 3. Abschnitts des TKG keineswegs zutreffen können, auch dann nicht als Betreiber und damit als Normadressat

im Sinn des § 88 Abs 2 TKG angesehen werden, wenn er seinen Mitarbeitern das Führen privater Telefongespräche gestattet. Der Vollständigkeit halber sei darauf verwiesen, dass selbst dann, wenn man der dargestellten Lehrmeinung folgen wollte, das Speichern von Vermittlungsdaten nicht jedenfalls unzulässig wäre, weil dieser Vorgang gemäß § 93 Abs 2 TKG gestattet ist, "sofern dies für Zwecke der Verrechnung von Entgelten erforderlich ist".

Gemäß § 88 Abs 3 TKG ist das Mithören, Abhören, Aufzeichnen, Abfangen oder sonstige Überwachen einer im Rahmen der Nutzung eines öffentlichen Telekommunikationsdienstes erfolgten Kommunikation sowie die Weitergabe von Informationen darüber durch andere Personen als einen Benutzer ohne Einwilligung aller beteiligten Benutzer unzulässig. Diese Pflicht zur Einhaltung der Vertraulichkeit der Kommunikation trifft nach ihrem Sinn und Zweck jedermann (*Parschalk/Zuser/Otto*, Telekommunikationsrecht, Grundlagen und Praxis, 131), wie sich aus dem letzten Satz dieses Absatzes, wonach das Verbot nicht für die Aufzeichnung und Rückverfolgung von Telefongesprächen durch Notruforganisationen, die zweifellos nicht zwingend Betreiber der Anlage sein müssen, ergibt. Vermittlungsdaten sind gemäß § 87 Abs 3 Z 5 TKG alle personenbezogenen Daten, die sich auf Teilnehmer und Benutzer beziehen und für den Aufbau einer Verbindung oder für die Verrechnung von Entgelten erforderlich sind, wie aktive und passive Teilnehmernummern, Anschrift des Teilnehmers, Art des Endgeräts, Gebührencode, Gesamtzahl der Einheiten, Art, Datum, Zeitpunkt und Dauer der Verbindung, übermittelte Datenmenge und andere Zahlungsinformationen. Sie fallen nach Ansicht des erkennenden Senates nicht unter das Geheimnis des § 88 Abs 3 TKG. Die einzige in dieser Richtung in Frage kommende Wendung "sonstiges Überwachen einer im Rahmen der Nutzung eines öffentlichen Telekommunikationsdienstes erfolgten Kommunikation" kann schon in Anbetracht der dargestellten Definition nicht auf die Vermittlungsdaten bezogen werden, zumal § 88 Abs 1 TKG den Unterschied zwischen der Kommunikation an sich (Inhaltsdaten) und den "näheren Umständen der Kommunikation" (Vermittlungsdaten) deutlich macht. Hätte der Gesetzgeber tatsächlich auch Vermittlungsdaten unter den Schutz des § 88 Abs 3 TKG stellen wollen, wäre es ihm wohl ein Leichtes gewesen, auch hier auf die "näheren Umstände der Kommunikation" Bezug zu nehmen. Illustrativ sei noch darauf verwiesen, dass auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in seiner bereits behandelten Entscheidung EuGRZ 1985, 17, ausführt, die Registrierung (Erfassung von angewählter Nummer, Uhrzeit und Gesprächsdauer) unterscheidet sich von der Natur der Sache her von der Kommunikationsüberwachung.

Der Arbeitgeber, der in der bereits mehrfach beschriebenen Weise Daten der von seinen Dienstnehmern geführten Gespräche aufzeichnet, verstößt daher nicht gegen die Geheimhaltungsvorschriften des TKG.

Gemäß § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG bedarf die Einführung von Kontrollmaßnahmen und technischen Systemen zur Kontrolle der Arbeitnehmer zu ihrer Rechtswirksamkeit der Zustimmung des Betriebsrates, sofern diese Maßnahmen (Systeme) die Menschenwürde berühren. Betriebsvereinbarungen in den Angelegenheiten des Abs 1 können gemäß § 96 Abs 2 ArbVG, soweit sie keine Vorschriften über ihre Geltungsdauer enthalten, von jedem der Vertragspartner jederzeit ohne Einhaltung einer Frist schriftlich gekündigt werden. Die Zustimmung des Betriebsrats kann nicht durch die Entscheidung irgendeiner Behörde ersetzt werden. Eine anderweitige Regelung durch Einzelarbeitsvertrag oder Weisung ist verboten (*Czerny in Czerny/Haas/Laßnigg/Schwarz*, ArbVG § 96 Anm 1).

Dass es sich bei der hier strittigen Telefonanlage um ein Kontrollsystem im Sinn der zitierten Gesetzesstelle handelt, bedarf keiner weiteren Erörterung. Zur Klärung der Frage, ob dieses auch die Menschenwürde berührt, ist die Klärung dieses Rechtsbegriffs erforderlich. Nach den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage des Arbeitsverfassungsgesetzes (840 BlgNR 13. GP) sollte mit dem neuen Mitbestimmungsrecht nur "der schmale Grenzbereich

zwischen den die Menschenwürde verletzenden (und damit ohnehin sittenwidrigen) Maßnahmen und den die Menschenwürde überhaupt nicht tangierenden Maßnahmen des Betriebsinhabers geregelt werden. Es ist dabei vor allem an Art und Umfang von Torkontrollen, Leibesvisitationen, Kontrolleinrichtungen am Arbeitsplatz udgl zu denken." Gemäß § 16 ABGB hat jeder Mensch angeborne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte und ist daher als eine Person zu betrachten.

Diese Bestimmung wird heute allgemein nicht als bloßer Programmsatz, sondern als Zentralnorm unserer Rechtsordnung angesehen, sie anerkennt die Persönlichkeit als Grundwert. Aus ihr wird - ebenso wie aus anderen durch die Rechtsordnung geschützten Grundwerten (Art 8 MRK, § 1 DSGVO) - das jedermann angeborne Persönlichkeitsrecht auf Achtung seines Privatbereichs und seiner Geheimsphäre abgeleitet. Entscheidend für den jeweiligen Schutz ist eine Güter- und Interessenabwägung (SZ 67/173 mwH; RIS-Justiz RS0008993). Diese und weitere Grundrechte wie etwa jenes der Gleichbehandlung (Art 7 B-VG; Art 2 StGG; Art 14 MRK) spiegeln in ihrer Gesamtheit die Menschenwürde wieder, deren Schutz sie dienen (vgl auch *Tomandl* aaO). Grundfreiheiten und Menschenrechte richten sich primär an den Staat, während sie im Privatrecht ihre Verwirklichung im Allgemeinen in Form der mittelbaren Drittwirkung finden (*Berka*, Die Grundrechte, Rz 238 f; RIS-Justiz RS0038552). Der Konflikt zwischen widerstrebenden Persönlichkeitsrechten stellt sich aus der Warte der Grundrechte betrachtet regelmäßig auch als Grundrechtskonflikt mit Drittwirkungseffekten dar. In solchen Fällen geht die Rechtsprechung von einer grundrechtlich verankerten Pflicht zur umfassenden Interessenabwägung aus (*Berka* aaO Rz 231).

Im hier zu beurteilenden Fall steht nun das in Art 5 StGG normierte Grundrechte der Unverletzlichkeit des Eigentums des Arbeitgebers den bereits dargestellten Persönlichkeitsrechten des Arbeitnehmers auf Achtung seines Privatbereichs und seiner Geheimsphäre gegenüber. In die vorzunehmende Interessenabwägung ist der bestehende Arbeitsvertrag einzubeziehen, der einerseits Fürsorgepflichten des Arbeitgebers, andererseits aber auch Treuepflichten des Arbeitnehmers nach sich zieht. Schließlich darf die allgemeine Interessenlage nicht völlig unberücksichtigt bleiben, die im Falle des Arbeitgebers vorrangig in dem bereits von den Vorinstanzen dargestellten wirtschaftlichen Überlegungen insbesondere betreffend die Senkung hoher Telefongebühren zu sehen ist. Bisher in der Diskussion unbeachtet blieb - und dieses Argument ist insbesondere *Funk/Krejci/W. Schwarz* (aaO) entgegenzusetzen - dass die bloße Feststellung der pro Nebenstelle auflaufenden Gebühren ohne jede Speicherung der angerufenen Nummern sich insoweit zum Nachteil des Arbeitnehmers auswirken kann, dass dieser nicht in der Lage ist, einen ihm gegenüber erhobenen Vorwurf, durch Privatgespräche oder Inanspruchnahme entgeltlicher Telefondienste überhöhte Kosten produziert zu haben, durch den Nachweis lediglich dienstliche Gespräche geführt zu haben, zu entkräften. Die zumindest teilweise Registrierung von Zielnummern kann - ebenso wie auch andere Kontrollmaßnahmen - somit auch im wohlverstandenen Interesse des redlichen Arbeitnehmers liegen.

Abgesehen von - hier nicht thematisierten - Notfällen kann es dem Arbeitgeber als Eigentümer der Telefonanlage und als gegenüber dem Telekommunikationsdienst Entgeltspflichtigen nicht untersagt werden, für Privatgespräche seiner Arbeitnehmer Entgelt zu begehren. Auch entsprechende Kontrollmaßnahmen, um Privatgespräche - soweit als möglich - erkennen zu können, erscheinen nicht grundsätzlich unzulässig. Kontrolle an sich verstößt gegen kein Persönlichkeitsgut des Arbeitnehmers. Es gehört vielmehr zum Wesen des Arbeitsverhältnisses, dass sich der Arbeitnehmer der Kontrolle durch den Arbeitgeber unterwirft. Ist die Kontrollunterworfenheit ausgeschlossen, dann fehlt ein wichtiges Merkmal für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages. Hätte der Gesetzgeber des Arbeitsverfassungsgesetzes von dieser Grundannahme des Arbeitsvertragsrechts abgehen wollen, so hätte er in § 96 ArbVG ausdrücklich sämtliche Kontrollmaßnahmen der

Mitbestimmung unterwerfen müssen (*Tomandl* aaO; in diesem Sinne auch *Tinhofer*, RdW 1994, 16). Während die Treuepflicht des Dienstnehmers diesen zum Einbekennen von Privatgesprächen verhält, verpflichtet die dargestellte Grundrechtsbindung sowie die Fürsorgepflicht den Dienstgeber, Eingriffe in Persönlichkeitsrechte auf die schonendste noch zielführende Art vorzunehmen.

Wie bereits dargestellt, umfasst der Schutz des Art 8 MRK auch Vermittlungsdaten. Dies kann auch im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht unbeachtlich sein, kann doch das systematische lückenlose Erfassen aller Gesprächsdaten und vor allem die jederzeitige, auch völlig willkürliche Aufforderung an den Dienstnehmer, sich zu rechtfertigen, für diesen die Arbeit schlechthin unerträglich machen. Die dem Arbeitgeber durch das Kontrollsystem in die Hand gegebenen Möglichkeiten übersteigen jene Stichprobenweiser Überprüfungen ohne technische Hilfsmittel in einem derart gravierenden Ausmaß, dass der bloße Hinweis, der Arbeitgeber dürfe seinen Dienstnehmer auch sonst danach fragen, wen er angerufen und was er mit dem Teilnehmer besprochen habe, zur Rechtfertigung nicht mehr ausreichen kann. Die Tatsache allein, dass der Arbeitnehmer durch Drücken einer Taste ein Privatgespräch einbekennen und dadurch die Anonymisierung der letzten Ziffern der Telefonnummer erreichen kann, schließt daher nicht aus, dass die Menschenwürde durch das Kontrollsystem berührt wird. Vielmehr wirken die Persönlichkeitsrechte, wenngleich durch den Arbeitsvertrag abgeschwächt und modifiziert, auch im dienstlichen Bereich fort und schützen dort den Arbeitnehmer insbesondere vor Erniedrigung, Ungleichbehandlung und Willkür. Durch zu große, über das für die Erreichung des Kontrollzwecks erforderliche Ausmaß hinausgehende Kontrolldichte bei der Arbeit kann jedenfalls die Menschenwürde im Sinne des § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG berührt werden (vgl *Tomandl* aaO).

Im Verfahren ist weder vorgebracht worden noch sonst hervorgekommen, wieso es bei der Erfassung der Dienstgespräche für die vom Dienstgeber angestrebten Zwecke erforderlich wäre, die vollständigen Telefonnummern zu registrieren und es nicht auch hier zu einer Anonymisierung der Endnummern kommen könne. Durch diese Vorgangsweise wird neben dem möglichen Eingriff in Datenrechte Dritter (vgl zur deutschen Rechtslage *Götz von Olenhusen*, Zur automatischen Speicherung von Telefondaten im Medienbereich, MR 1986, H 2, 34), die Gefahr heraufbeschworen, der Dienstgeber könne ohne Rücksprache mit dem Dienstnehmer die jeweils Angerufenen kontaktieren und so das Ansehen und die Würde des Dienstnehmers gefährden. Schließlich ist von Bedeutung, dass zwar auf die tatsächliche Verwendung des Kontrollsystems abzustellen ist, dass jedoch die installierten Programmpakete - wie auch hier - im Allgemeinen wesentlich umfangreichere Anwendungen gestatten und darüber hinaus eine Unzahl von Erweiterungsmöglichkeiten besteht. Es kommt damit zu dem von *Schrank* in ZAS 1990, 37 ("Betriebsverfassungsrechtlich zustimmungsfreie Personaldatenverarbeitungen, ein Beitrag zur Auslegung von § 96a ArbVG") dargestellten Spannungsverhältnis zwischen der tatsächlichen und der "vorgesehenen" Verwendung. Bewege sich die Einführung derartiger Telefonkontrollsysteme tatsächlich im zustimmungsfreien Raum - wie dies die Beklagte fälschlich vermeint - wäre sowohl dem Betriebsrat als auch der betroffenen Belegschaft jede Kontrolle der tatsächlich verwendeten Erfassungs- und Speichermöglichkeiten entzogen. Damit wäre aber die Belegschaft der Gefahr immer enger verknüpfter automationsunterstützter Kontrolle ausgesetzt, was nahezu zwangsläufig zu Defiziten in der Persönlichkeitsentfaltung am Arbeitsplatz führen müsste.

Die Einführung eines elektronischen Telefonkontrollsystems, das die Nummern der angerufenen Teilnehmer systematisch und vollständig den jeweiligen Nebenstellen zugeordnet erfasst, berührt daher selbst dann die Menschenwürde im Sinn des § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG, wenn durch Betätigen einer Taste am Telefonapparat hinsichtlich der dann besonders gekennzeichneten Gespräche die Endziffern der Rufnummer im System unterdrückt werden.

Allerdings würde es der dargestellten Interessenabwägung nicht gerecht, wollte man es mit diesem Rechtssatz dem Betriebsrat in die Hand geben, die Einführung derartiger Telefonsysteme generell zu verhindern und so dem Dienstgeber jede Möglichkeit zu nehmen, die missbräuchliche Verwendung seiner Telefonanlage zu bekämpfen. Es entspricht einer ausgewogenen Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen und den Besonderheiten des technischen Mediums, für jede automationsunterstützt arbeitende Telefonregistrieranlage den Abschluss einer Betriebsvereinbarung zu verlangen, in welcher etwa einerseits verpflichtend der Umfang der Nutzung der Anlage ebenso festgelegt wird, wie eine Informationspflicht des Dienstgebers über allfällige Änderungen und andererseits Schutzmaßnahmen zu Gunsten des Dienstnehmers vor willkürlicher übermäßiger Kontrolle vereinbart werden. Zu diesen Maßnahmen zählt etwa die Verpflichtung des Dienstgebers, die Rufdatenerfassung nur im Verdachtsfall, etwa bei überdurchschnittlich hohen Telefonkosten einer Nebenstelle, unter Einbeziehung des Betriebsrates zu öffnen, nur im Falle des Weiterbestehens von Verdachtsmomenten diese nach Information des Betriebsrats mit dem jeweiligen Dienstnehmer zu erörtern und schließlich weitere Erhebungen erst dann zu führen, wenn der Dienstnehmer die Verdachtsmomente nicht entsprechend entkräften kann. Ein in diesem Sinne zustande gekommener Interessenausgleich würde auch das schutzwürdige Interesse an der Geheimhaltung personenbezogener Daten gemäß § 1 Abs 1 DSGVO 1978 und DSGVO 2000 respektieren und dessen Beschränkung zur Wahrung dann überwiegender berechtigter Interessen des Dienstgebers rechtfertigen. Sollte der Betriebsrat seine Zustimmung zum vom Dienstgeber angebotenen Abschluss der Betriebsvereinbarung verweigern, kann der Dienstgeber mit dem Vorbringen, die Einführung der Kontrollmaßnahme berühre dann nicht mehr die Menschenwürde, gemäß § 96a Abs 2 ArbVG die Schlichtungsstelle anrufen, weil Telefonregistrieranlagen, soweit sie personenbezogene Daten erfassen, niemals zustimmungsfrei, sondern - je nach Intensität des Eingriffs - ersetzbar oder absolut zustimmungsabhängig sind (*Schrank* aaO).

Da im hier zu beurteilenden Verfahren ein Anerbieten des Dienstgebers im dargestellten Sinn nicht behauptet wurde, hat es dabei zu verbleiben, dass die ohne Selbstbindung des Dienstgebers eingeführte automationsunterstützte Telefonregistrieranlage als gemäß § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG die Menschenwürde berührend ohne Zustimmung des Betriebsrats nicht installiert werden darf.

Der Revision ist Folge zu geben.

Die Wiederherstellung des Ersturteiles macht die Entscheidung über die in der Berufung der Beklagten enthaltene Kostenrüge durch den Obersten Gerichtshof erforderlich (Kodek in Rechberger ZPO2 § 528 Rz 5), der Berechtigung zukommt.

Gemäß § 58 Abs 1 ASGG steht in Rechtsstreitigkeiten nach § 50 Abs 2 ASGG einer Partei ein Kostenersatzanspruch an die andere nur im Verfahren vor dem Obersten Gerichtshof zu. Gemäß § 50 Abs 2 ASGG sind Arbeitsrechtssachen unter anderem auch Streitigkeiten über Rechte oder Rechtsverhältnisse, die sich aus dem II. Teil des Arbeitsverfassungsgesetzes (betriebsverfassungsrechtliche Streitigkeiten) ergeben. Mit dieser Bestimmung sollen alle Rechtsstreitigkeiten über Rechte oder Rechtsverhältnisse aus der Betriebsverfassung, die in den §§ 33 bis 134b ArbVG geregelt sind und vor Aufhebung des § 157 ArbVG den Einigungsämtern zugewiesen waren, erfasst werden (Kuderna, ASGG2, 314 f). Auch auf Unterlassung gerichtete Leistungsklagen können betriebsverfassungsrechtliche Angelegenheiten zum Gegenstand haben, wie insbesondere im Fall des § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG (Kuderna aaO 317). Da somit für die Verfahren erster und zweiter Instanz ein Kostenersatzanspruch nicht besteht, ist das Ersturteil mit der Maßgabe wiederherzustellen, dass die Kostenentscheidung zu entfallen habe und sind die Kostenbestimmungsanträge der Parteien für beide Instanzen zurückzuweisen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf §§ 50, 41 ZPO.

Anmerkung*

Die vorliegende E klärt zwei bedeutsame Rechtsfragen der Einführung und Nutzung moderner Telekommunikationstechniken am Arbeitsplatz.

Der **telekommunikationsrechtlichen Beurteilung** der Kontrollbefugnisse des Arbeitgebers durch den OGH ist im Ergebnis zuzustimmen, in ihrer Begründung aber zu widersprechen. Nach dem 12. Abschnitt des TKG 1997 (§§ 87 bis 101 TKG) unterliegen Unternehmer dem Fernmeldegeheimnis und dem telekommunikationsrechtlichen Datenschutz, wenn sie Telekommunikationsdienste geschäftsmäßig für „Dritte“ betreiben oder hieran mitwirken (vgl. *Zanger/Schöll*, TKG-Kommentar [2000], Rz 7 zu § 91). In diesem Fall haben sie die Vorgaben der §§ 89, 90 und 91 TKG zu beachten. Ist die private Mitbenutzung erlaubt, erbringt der Arbeitgeber geschäftsmäßige Telekommunikationsdienste im Sinne des § 3 Z 14 TKG (Dazu zählen z.B. E-Mail, Internet-Service-Providing; siehe *Zanger/Schöll*, aaO Rz 20 zu § 3 TKG).

Das bedeutet nach einem Teil der Lehre, dass der Arbeitgeber gem § 88 Abs 1 und 2 TKG keine Kenntnis vom Inhalt oder von den an der Kommunikation Beteiligten erhalten darf (So offenbar *Zanger/Schöll*, aaO Rz 7 zu § 91 TKG für den Fall, dass der Arbeitgeber seinen Mitarbeitern gestattet, einen Internetzugang privat zu nutzen).

Dem gegenüber geht ein anderer Teil der Lehre (*Thiele*, Internet-Nutzung und Arbeitsrecht, in *Ciresa* (Hg), Rechtsberatung Internet Handbuch zum Multimediarecht (2002), Register 8 Kap. 4.3, 2 ff) von der Unanwendbarkeit des Fernmeldegeheimnisses in der Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber aus und stützt sich dabei auf den Wortlaut des § 3 Z 14 erster Halbsatz TKG: „*Telekommunikationsdienst: eine gewerbliche Dienstleistung, die in der Übertragung und/oder Weiterleitung von Signalen auf Telekommunikationsnetzen besteht, einschließlich des Angebots von Mietleitungen*“. Dem zu Folge sind unter „gewerblich“ dem Verständnis der österreichischen Gewerbeordnung folgend, nur solche Dienstleistungen zu subsumieren, die selbstständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben werden, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen (vgl. § 1 Abs 2 GewO 1994, BGBl 1994/194 wv iddG), wobei die vom OGH hervorgehobene Gewinnerzielungsabsicht durchaus auch entfallen kann. Es ist keinesfalls erforderlich, dass die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen den Hauptzweck des Geschäftes darstellt. Schon nach der österreichischen gewerberechtlichen Auffassung ist die Tätigkeit in Gewinnerzielungsabsicht nicht konstitutives Element, insbesondere dann nicht, wenn lediglich die Unkosten abgedeckt werden sollen. Nach der Judikatur (VwGH 10.12.1985, Zl 85/04/0126) stellen alle Handlungen eines Gewerbebetriebes im Rahmen seines Gewerbes eine gewerbliche Tätigkeit dar, auch wenn diese isoliert betrachtet von der Anwendbarkeit - wegen Fehlen eines Tatbestandsmerkmals - ausgenommen sind. Ebenso liegt Ertragserzielungsabsicht vor, wenn die Tätigkeit letzten Endes der Erreichung des mit dem Gewerbebetrieb verbunden geschäftlichen Zieles dient (deutlich VwGH 13.10.1993, Zl. 92/03/0054, VwSlg 13921 A/1993, wbl 1994, 283 = ZfVB 1995/1765 mwN zur Vorjudikatur betreffend den unentgeltlichen Transport von Skischülern durch den Betreiber einer Skischule). Insoweit ist mE also festzuhalten, dass auch der Arbeitgeber gegenüber seinen Arbeitnehmern bei Duldung privaten Internetgebrauchs Telekommunikationsdienste im Sinne des § 3 Z 14 erster Halbsatz TKG erbringt (lediglich insoweit zitiert der OGH auch die Meinung des Verfassers, publiziert in *ecolex*, 2001, 613, 614 richtig). Dabei sind die Arbeitnehmer als „Benutzer“ gem. § 87 Abs 3 Z 3 TKG anzusehen, da sie den

* RA Dr. *Clemens Thiele*, LL.M. Tax (GGU), *Anwalt.Thiele@eurolawyer.at*.

Telekommunikationsdienst für private oder geschäftliche Zwecke nutzen, ohne diesen Dienst zwangsläufig abonniert zu haben.

Als weitere Stütze dafür, dass der Arbeitgeber Telekommunikationsdienste gegenüber seinen Arbeitnehmern bei Duldung privater Internetnutzung erbringt, dient die historische Interpretation der Entstehungsgeschichte des österreichischen Telekommunikationsrechtes. Nach den Erläuternden Bemerkungen zum TKG 1997 (RV BlgNR GP XX RV 759 zu § 3; AB 824, S.81 im Allg. Teil) sollten die Begriffsbestimmungen der einschlägigen Telekom-Richtlinien der EG in das österreichische Recht übernommen werden, um eine vollständige Umsetzung der Richtlinien sicherzustellen. Die einschlägigen, zur Zeit der Erlassung des TKG 1997 maßgeblichen EU-Richtlinien (RL 90/388/EWG; RL 90/387/EWG; RL 94/46/EG) enthalten in ihren Begriffsbestimmungen keinerlei Hinweise auf eine Gewerblichkeit, sodass die österreichische Regelung eher zu restriktiv umgesetzt worden sind, was jedoch durch eine europarechtskonformen Auslegung korrigiert werden könnte.

Damit ist allerdings noch keine automatische Anwendung des 12. Abschnittes des TKG, insbesondere also des Fernmeldegeheimnisses verbunden. Gem. § 87 Abs 3 Z 1 TKG sind die Bestimmungen der §§ 88 ff TKG nur auf „Betreiber“ anwendbar. Darunter sind Anbieter von öffentlichen Telekommunikationsdiensten im Sinne des 3. Abschnittes des TKG (§§ 12 bis 23 TKG) zu verstehen. Die bloße Erbringung eines Telekommunikationsdienstes im Sinne von § 3 Z 14 TKG reicht also nicht aus. Es muss sich um eine Telekommunikationsdienstleistung handeln, die für die Öffentlichkeit angeboten wird. Der Begriff der „Öffentlichkeit“ ist weder im TKG noch in den europäischen RL genau definiert. Nach wohl herrschender Meinung (*Zanger/Schöll*, aaO Rz 15 zu § 14 TKG) wird auf das Erscheinungsbild des Diensteanbieters abzustellen sein. Die einschlägigen europarechtlichen Bestimmungen sowie § 3 Z 12 TKG halten insoweit lediglich eine negative Abgrenzung bereit, als sogenannte „*closed user groups*“ diese Qualifikation der Öffentlichkeit nicht erfüllen, auch wenn der Kreis der Begünstigten vom Gesetz nicht beschränkt ist. Das gleiche gilt nach übereinstimmender Ansicht auch für „Corporate Networks“. Die „Öffentlichkeit“ liegt dann nicht vor, wenn die Telekommunikationsdienstleistung innerhalb geschlossener Benutzergruppen erfolgt. Dies ist ausführlich definiert im Erlass der obersten Fernmeldebehörde (GZ 108271/IV-JD/96). Demnach fallen zu einer geschlossenen Benutzergruppe zusammengefasste Unternehmen (Corporate Networks) nicht unter den Öffentlichkeitsbegriff. Vom „Corporate Network“ umfasst sind Kapitalgesellschaften, Personengesellschaften, Einzelkaufleute sowie juristische Personen des öffentlichen Rechts. Als zusammengefasst gelten im Wesentlichen solche Unternehmen, zwischen denen ein Beherrschungsvertrag (nach dem Aktiengesetz) oder eine entsprechende vertragliche Regelung besteht, solche Unternehmen, von denen das Eine in das Andere eingegliedert ist, sowie schließlich Unternehmen, von denen das Eine im Mehrheitsbesitz steht und das Andere an ihm mit Mehrheit beteiligt ist.

Für den hier zu prüfenden Fall der **Duldung von privaten Internetnutzungen durch die Mitarbeiter fehlt es somit an der vom 12. Abschnitt des TKG vorausgesetzten Öffentlichkeit**, sodass mangels Betreibereigenschaft der Arbeitgeber selbst bei Gestattung privater Internetnutzung die strengen Vorschriften der §§ 87 ff TKG **nicht zu beachten** hat. Daher scheiden sowohl insbesondere die Strafbestimmungen der §§ 102 und 103 TKG aus, als auch die Übertretung gem § 104 Abs 3 Z 10 TKG, wenn der Arbeitgeber entgegen der Bestimmung des § 91 Abs 3 TKG die Mitarbeiter nicht darüber informiert, welche personenbezogenen Daten ermittelt werden. Die vorliegende E ist also in ihrem telekommunikationsrechtlichem Ergebnis absolut zutreffend und praxisgerecht.

Die differenzierte **kollektivarbeitsrechtliche Beurteilung** des OGH ist im Ergebnis zutreffend und in ihrer Begründung einem Höchstgericht würdig. Einleitend macht der OGH deutlich, dass abgesehen von - hier nicht thematisierten - Notfällen (dazu durchaus kontrovers *Thiele*, Internet am Arbeitsplatz – erste arbeitsrechtliche Konfliktfälle, *ecolex* 20001, 613; *Brodil*, Nutzung und Kontrolle von neuen Medien im Arbeitsrecht, *ecolex* 2001, 853;

K.Posch, Neue Medien im Lichte des Arbeitsrechts, abrufbar unter <http://www.it-law.at>) kann es dem Arbeitgeber als Eigentümer der Telefonanlage und als gegenüber dem Telekommunikationsdienst Entgeltpflichtigen nicht untersagt werden, für Privatgespräche seiner Arbeitnehmer Entgelt zu begehren. Auch entsprechende Kontrollmaßnahmen, um Privatgespräche - soweit als möglich - erkennen zu können, erscheinen nicht grundsätzlich unzulässig. **Kontrolle an sich verstößt gegen kein Persönlichkeitsgut des Arbeitnehmers.** Es gehört vielmehr zum Wesen des Arbeitsverhältnisses, dass sich der Arbeitnehmer der Kontrolle durch den Arbeitgeber unterwirft.

In Fortführung der Judikatur des VwGH gelangt das zivile Höchstgericht unter profunder Darlegung auch der Verfassungsrechtslage zur zutreffenden Auffassung, dass unter die notwendigen Betriebsvereinbarungen iSd § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG die Einführung von Kontrollmaßnahmen fällt, die die Menschenwürde berühren, so z.B. die Installation einer Telefongesprächsregistrieranlage (VwGH 11.11.1987, ZI 87/01/0034, EDVuR 1988, 26 = ÖJZ VwGH A 1989/3 = VwSlgA 12.574 = ZfVB 1988/1347). Es kommt primär auf die abstrakte Eignung der eingesetzten Kontrollmaßnahme an, nicht ausschließlich auf deren tatsächliche bzw. beabsichtigte Nutzung (VwGH 9.11.1988, ZI 86/01/0069, ARD 4069/7/89 = ZfVB 1989/1405). Eine betriebliche Mitbestimmung ist nämlich vorgesehen bei Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistungen der Arbeitnehmer zu überwachen. Gemäß § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG stehen der Schutz des Persönlichkeitsrechts einerseits und eine Verhaltenskontrolle der Arbeitnehmer durch Auswertung ihrer Daten andererseits einander gegenüber. Das Mitbestimmungsrecht kann bereits dann einsetzen, wenn Hardware angeschafft wird und mit den vom Hersteller vorgesehenen Programmen oder Abfragemöglichkeiten eine Überwachung des Verhaltens der Arbeitnehmer objektiv möglich ist (vgl. BAG, 6.12.1983, 1 ABR 43/81 - *PAN-AM*, BB 1984, 850).

Im vorliegenden Fall hat es die beklagte Arbeitgeberseite verabsäumt ausreichend darzulegen, dass die Telefonkontrollmaßnahmen den durch § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG gebotenen Schutz der Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer garantieren und stärken. Dies erscheint insbesondere deshalb misslich, weil der OGH mit Blick auf die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers das Maß des Zulässigen eng auslegt. Verhaltens- und Leistungskontrollen iW.S. sind deshalb nur erlaubt, wenn eine zwingende Erforderlichkeit besteht, wenn sie verhältnismäßig sind und wenn Handlungsalternativen fehlen. Die Beweislast dafür liegt beim Arbeitgeber. Dies macht z.B. Eingriffe in Persönlichkeitsrechte wie Taschenkontrollen, Videoüberwachung von Bankschaltern oder die Aufzeichnung von Verbindungsdaten zur Gebührenerfassung zwar zulässig. Diese müssen aber so schonend wie möglich sein. Dies bedeutet z.B. die Durchführung von Taschenkontrollen nur gelegentlich und nach dem Zufallsprinzip, Löschen der Videodaten ohne Ansicht beim Ausbleiben von Überfällen, Ausblendung der Zielnummern bei der Aufzeichnung von Kostenstellen usw.). Weitergehenden Maßnahmen des Arbeitgebers steht die normative Anforderung des § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG entgegen.

Offen bleiben datenschutzrechtliche Überlegungen, die wohl aus arbeitsökonomischen Gründen vom Höchstgericht nicht erörtert worden sind. Soviel hat der OGH aber vorweggenommen: die Rufdatenerfassung nur im Verdachtsfall, z.B. bei überdurchschnittlich hohen Telefonkosten einer Nebenstelle, unter Einbeziehung des Betriebsrates zu öffnen, und nur im Falle des Weiterbestehens von Verdachtsmomenten diese nach Information des Betriebsrats mit dem jeweiligen Dienstnehmer zu erörtern und schließlich weitere Erhebungen erst dann zu führen, wenn der Dienstnehmer die Verdachtsmomente nicht entsprechend entkräften kann, würde auch das schutzwürdige Interesse an der Geheimhaltung personenbezogener Daten nach dem DSGVO 2000 respektieren und dessen Beschränkung zur Wahrung dann überwiegender berechtigter Interessen des Dienstgebers iSd § 1 Abs 2 DSGVO 2000 rechtfertigen. Darüber hinaus müssen mE die Überwachungs- und Kontrollmaßnahmen nachfolgende Voraussetzungen erfüllen, um im Betrieb zulässig zu sein:

- Die Überwachung muss sich auf konkrete Verdachtsmomente eines Missbrauchs stützen

- Die Überwachung muss vorher angekündigt bzw. angedroht werden
- Die Überwachung muss auf das Nötige Mindestmaß beschränkt werden (z.B. Stichproben)
- Die Überwachung muss vertraulich erfolgen

Stets hat der Arbeitgeber eine Interessensabwägung zwischen den notwendigen technischen Schutzmaßnahmen einerseits und den mit der Überwachung verfolgten Zielen andererseits vornehmen. Die anonyme Überwachung, z.B. um technische Pannen zu vermeiden, ist datenschutz- und arbeitsrechtlich erlaubt. Sobald aber ein Arbeitgeber die Spuren eines Missbrauches der technischen Ressourcen oder der Internet-Nutzung personenbezogen auswerten will, muss er konkrete Überwachungsregelungen vorlegen und die Arbeitnehmer klar darüber informieren. Aus durchaus vergleichbarer Schweizer Sicht hat der Eidgenössische Datenschutzbeauftragte (EDSB) Überwachungsbeispiele samt einem äußerst instruktiven Ablaufschema erarbeitet, das unter <http://www.edsb.ch> online abrufbar ist. Weitere E der österreichischen Höchstgerichte, die sicher folgen werden, bleiben abzuwarten.