

3. Personen- und Taschenkontrollen

3.1 Allgemeines

Bei Personen- und Taschenkontrollen handelt es sich wohl um die älteste Form der Mitarbeiterkontrolle. Zweck dieser Kontrollen aus AG-Sicht ist der Eigentumsschutz durch die Verhinderung von Diebstahl.

Denkbar ist Diebstahl nicht nur in Verkaufsläden und Produktionsbetrieben, sondern auch in Dienstleistungsbetrieben – man denke zB an den Diebstahl von Büro- oder Hygieneartikeln (zB Klopapier). Freilich gibt es große Unterschiede in Bezug auf die Höhe des dadurch potenziell verursachten Schadens. Der Schaden bei einem Juwelier wird regelmäßig höher sein als der Schaden bei Dienstleistungsunternehmen (ausgenommen Betriebsgeheimnisse). Demnach ist auch das Kontrollinteresse unterschiedlich stark ausgeprägt. In Österreich scheinen Taschenkontrollen und Leibesvisitationen insb in Einzelhandelsbetrieben vorzukommen.³¹⁵⁾

Unter Personenkontrolle oder Leibesvisitation wird das Abtasten des Körpers einer (bekleideten) Person verstanden. Die Extremform ist das Untersuchen von Körperöffnungen bei entkleideten Personen. Solche Fälle sind von südafrikanischen und namibischen Diamantenminen dokumentiert. Eine moderne denkbare Variante von Personenkontrolle ist die Durchleuchtung von Personen mit Röntgengeräten. Denkbar wird dies aber nur in sehr sensiblen Bereichen (zB Goldschmiede) sein, weil die Geräte für einen wirtschaftlichen Einsatz meist zu teuer sein werden. Bei Taschenkontrollen werden mitgeführte Behältnisse (zB Taschen, Rucksäcke) händisch durchsucht oder mit Maschinen durchleuchtet. Aber auch die Durchsuchung von Spind und Schreibtisch am Arbeitsplatz kann beobachtet werden.

Taschenkontrollen und Leibesvisitationen werden entweder systematisch ohne konkreten Verdacht (stichprobenartig oder regelmäßig) oder anlassbezogen mit konkretem Verdacht durchgeführt. Systematische Kontrollen dienen der Abschreckung potenzieller Diebe. Die Unterscheidung von systematischen und anlassbezogenen Kontrollen kann va im Hinblick auf die rechtliche Zulässigkeit relevant sein. Bei anlassbezogenen Kontrollen kann va das zivilrechtliche Selbsthilferecht und/oder das Anhalterecht Privater nach der StPO eine Rolle spielen.

Beispiele:

Eine Handelskette lässt ihre Mitarbeiter bei Verlassen des Betriebsgeländes durch Beschäftigte einer Sicherheitsfirma abtasten.

³¹⁵⁾ ZB „Illegale Taschenkontrollen“, Kleine Zeitung v 11.9.2009; „Taschenkontrollen“, Der Standard v 11.9.2009; „Zeigt her Eure Taschen“, Wiener Zeitung v 23.10.2008; zB ASG Wien 17.10.2006, 24 Cga 80/06v.

In Arbeitsverträgen findet sich eine Klausel, die AN verpflichtet, ihre Tasche bei Verlassen des Betriebsgeländes zu öffnen und Sicherheitsbediensteten zu zeigen.

Wer eine Sechs würfelt, muss die Tasche vorzeigen: In Filialen einer Handelskette müssen die Mitarbeiter täglich bei Verlassen des Betriebsgeländes würfeln. Wer eine Sechs hat, muss sich einer Kontrolle unterziehen.

Ein Kaufhausdetektiv beobachtet einen AN, als dieser Waren in seine Tasche steckt. Bei Verlassen des Betriebsgeländes fordert der Detektiv den AN auf, die Tasche zu öffnen.

3.2 Rechtliche Zulässigkeit

3.2.1 Leibesvisitationen

3.2.1.1 Meinungsstand

Ausführliche Stellungnahmen von Judikatur und Literatur in Bezug auf Leibesvisitationen finden sich in Österreich kaum. Der Begriff Leibesvisitation wird oft nur als Beispiel für Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer Maßnahme angeführt.³¹⁶⁾ Spezifische Urteile zu dieser Problematik, insb iZm Unterlassungsbegehren, finden sich nicht. Zwei E befassen sich in Bezug auf Entlassungen mit dieser Thematik. Eine Leibesvisitation wurde jedenfalls dann als unzumutbar angesehen, wenn sich der AN zu einer anderen zumutbaren Kontrollmaßnahme bereit erklärt hat.³¹⁷⁾ Nach dem OGH stellte eine Leibesvisitation aller Bankangestellten aufgrund eines Diebstahlverdachtes einen ungerechtfertigten Eingriff in die persönliche Freiheit dar, weil dies weder im KollV noch im Arbeitsvertrag vorgesehen war. Die Einwilligung der Angestellten wurde als unzureichend angesehen, weil diese unter psychologischem Zwang standen.³¹⁸⁾ In beiden E wurde die Grundrechtsproblematik noch nicht diskutiert. Die Feststellung, dass andere (zumutbare) Kontrollmaßnahmen der Leibesvisitation vorzuziehen sind, wird mE auch heute noch Gültigkeit haben. Die Rechtswidrigkeit einer Leibesvisitation kann sich sonst aus der Unverhältnismäßigkeit der Maßnahme ergeben. Fraglich bleibt, ob eine Vereinbarung durch KollV oder Arbeitsvertrag solche Kontrollmaßnahmen rechtfertigen kann. Dies kann nur dann der Fall sein, wenn die Maßnahme nicht schon von vornherein als sittenwidrig zu qualifizieren ist. Eine Einwilligung in eine sittenwidrige Maßnahme ist nichtig.

Ein Teil der Lehre tendiert dazu, Leibesvisitationen als die Menschenwürde verletzende Maßnahmen anzusehen.³¹⁹⁾ Dies hat zur Folge, dass solche Maßnahmen als generell unzulässig anzusehen sind. Im Gegensatz dazu vertritt ein anderer Teil der Lehre die Auffassung, dass solche Maßnahmen grds zulässig sind. Allerdings soll die Zulässigkeit

³¹⁶⁾ Vgl ErläutRV 840 BlgNR 13. GP 84, demnach können Leibesvisitationen in den schmalen Grenzbereich zwischen berührenden und die Menschenwürde verletzenden Maßnahmen fallen.

³¹⁷⁾ Aicher in *Rummel*³ § 16 ABGB Rz 26, mit Verweis auf KG St. Pölten Arb 5570.

³¹⁸⁾ OGH 21. 9. 1971, 4 Ob 67/71; *Binder*, DRdA 1985, 12 (FN 108); *Rebhahn*, Mitarbeiterkontrolle 62.

³¹⁹⁾ *Reissner* in *ZellKomm*² § 96 ArbVG Rz 24 mwN.

nur in einem sehr engen Bereich gegeben sein.³²⁰⁾ Unklar bleibt aber, wann dieser enge Bereich gegeben ist und wie die Maßnahme konkret ausgestaltet sein muss. Ich glaube, dass es deshalb sinnvoll ist, eine Grenzbestimmung vorzunehmen und nach der Ausgestaltung der Kontrollmaßnahme zu differenzieren.

3.2.1.2 Schutzinteressen

Vorweg muss geprüft werden, ob derartige Maßnahmen nach den individualrechtlichen Schranken (§ 16 ABGB und Fürsorgepflicht) überhaupt zulässig sind. Aufgrund der mittelbaren Drittwirkung und des Vorliegens staatlicher Gewährleistungspflichten³²¹⁾ ist die Auslegung der EMRK und die Rsp des EGMR für die Beurteilung der privatrechtlichen Zulässigkeit relevant. Über § 16 ABGB ist insb Art 3 EMRK zu beachten.³²²⁾ Art 3 EMRK normiert ein Verbot von unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung. Nach der Judikatur des EGMR kann eine Leibesvisitation von Art 3 EMRK erfasst sein. Dies ist dann der Fall, wenn ein Mindestmaß an Schwere der Misshandlung erreicht wird. Maßgebend sind die Umstände des Einzelfalles unter besonderer Berücksichtigung der psychischen und physischen Auswirkungen auf den Betroffenen.³²³⁾ Sollte die Maßnahme von Art 3 EMRK erfasst sein, so ist diese verboten, weil dieses Grundrecht keine Rechtfertigung zulässt.³²⁴⁾ Wenn eine Maßnahme wegen der mangelnden Schwere nicht von Art 3 EMRK erfasst ist, kann dennoch ein Eingriff nach Art 8 EMRK vorliegen. Nach dieser Bestimmung ist nämlich auch die Selbstbestimmung über den eigenen Körper geschützt. Eine nicht aus freien Stücken zugelassene Leibesvisitation stellt somit jedenfalls einen Eingriff in die physische und moralische Integrität nach Art 8 EMRK dar und muss nach Abs 2 gerechtfertigt werden.³²⁵⁾ Voraussetzung für die rechtliche Zulässigkeit einer Leibesvisitation ist nach dem EGMR, dass diese von Art 3 EMRK nicht erfasst ist, auf angemessene Weise unter Achtung der Menschenwürde erfolgt und einem legitimen Zweck dient.³²⁶⁾ Unter „angemessener Weise“ ist die Einhaltung bestimmter Standards zu verstehen, um den Eingriff so wenig intensiv wie möglich zu gestalten (zB das Abtasten darf nur von einer Person desselben Geschlechts durchgeführt werden;³²⁷⁾ die Kontrolle darf grds nur in geschlossenen Räumen stattfinden). Dabei darf die Intensität und Art der Leibesvisitation nur jenes Maß erreichen, das für den Zweck der Maßnahme notwendig ist. So werden bspw Untersuchungen von Körperöffnungen nur bei Gefahr für Leben und Gesundheit zulässig sein. Mit dem Erfordernis des legitimen Zwecks werden willkürliche Kontrollen ausgeschlossen. Als legitimer Zweck kann nach mA jedes Rechtsgut, das selbst grundrechtlich geschützt ist, vorgebracht werden. Am Arbeitsplatz wird dies meist das Eigentumsrecht des AG sein. Entscheidend ist dann aber die Verhältnismäßigkeit.

³²⁰⁾ ZB *Binder in Tomandl*, ArbVG § 96 Rz 72; *Preiss*, ArbVR III⁴ § 96 Erl 7.

³²¹⁾ Dazu *Grabenwarter/Pabel*, EMRK 170 f.

³²²⁾ So auch *Binder*, DRdA 1985, 12 (FN 108).

³²³⁾ EGMR 12. 6. 2007, 70204/01, *Frerot/Frankreich*.

³²⁴⁾ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK 168 ff.

³²⁵⁾ EGMR 26. 9. 2006, 12350/04, *Wainwright/UK*; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK 230 f.

³²⁶⁾ Vgl EGMR 12. 6. 2007, 70204/01, *Frerot/Frankreich*; 26. 9. 2006, 12350/04, *Wainwright/UK*.

³²⁷⁾ Für den sicherheitspolizeilichen Bereich in Österreich schreibt dies § 31 Abs 2 Z 6 SPG ausdrücklich vor.

Konkrete Grenzen kann man mE auch dem SPG entnehmen, weil Private jedenfalls weniger Befugnisse in Bezug auf Eingriffe in die persönliche Freiheit haben als staatliche Behörden. Dies ergibt sich schon aus dem Gewaltmonopol des Staates. Ferner werden im SPG auch grundrechtliche Vorgaben konkretisiert.

Nach § 40 SPG ist eine Leibesvisitation nur zulässig, wenn bestimmte Tatsachen den Schluss nahelegen, dass der Betroffene einen Gegenstand mit sich führt, von dem Gefahr ausgeht. Die Leibesvisitation hat sich in diesen Fällen auf die Durchsuchung der Kleidung und die Besichtigung des Körpers zu beschränken. Besteht der Verdacht, dass sich ein Gegenstand im Körper befindet, kann eine Durchsuchung durch einen Arzt veranlasst werden.

Für das Arbeitsrecht kann mE daraus abgeleitet werden, dass willkürliche Kontrollen ohne Verdacht durch AG bei generellen Kontrollmaßnahmen jedenfalls unzulässig sind. Ferner kann gesagt werden, dass besonders intensive Kontrollen (zB Kontrolle von Körperöffnungen) jedenfalls nicht durch den AG durchgeführt werden dürfen. Beides ergibt sich auch schon aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip. Selbst bei Einwilligung sind diese Maßnahmen mE unzulässig, weil diese aufgrund der Unverhältnismäßigkeit des verlangten Eingriffs nichtig ist. Die Rechtswidrigkeit bleibt aber sanktionslos, weil die Einwilligung die mögliche Strafbarkeit beseitigt. Bei einer durch Druck erzeugten Einwilligung kann aber der strafrechtliche Tatbestand der Nötigung erfüllt sein.³²⁸⁾ Die Drohung, die Polizei zu rufen, wird vom Tatbestand der Nötigung aber nicht erfasst sein.

Bei anlassbezogenen Kontrollen kann bei Verdacht auf strafbares Verhalten das Ergebnis aufgrund des Anhalte- und/oder Selbsthilferechts Privater anders ausfallen.³²⁹⁾ Ist man anderer Meinung und geht von der individualrechtlichen Zulässigkeit aus, so ist die Mitbestimmungspflicht nach § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG bei Leibesvisitationen jedenfalls gegeben, sofern nicht nur ein AN aufgrund eines konkreten Anlasses betroffen ist.³³⁰⁾ Berücksichtigt man die Judikatur des EGMR, so ist die Menschenwürde bei Leibesvisitationen jedenfalls berührt (s oben).

3.2.1.3 Systematische Kontrollen

Hier interessiert die Zulässigkeit des stichprobenartigen oder regelmäßigen Abtastens von Personen ohne konkreten Verdacht. Regelmäßige Kontrollen sind intensiver, weil diese häufiger durchgeführt werden und mehr AN betreffen als stichprobenartige Kontrollen. Systematische Kontrollen werden oft bei Betreten oder Verlassen des Betriebsgeländes durchgeführt und als „Torkontrollen“ bezeichnet. Systematische Kontrollen können aber auch an anderen Orten innerhalb des Betriebsgeländes durchgeführt werden.

3.2.1.3.1 Regelmäßige Kontrollen

Fraglich ist, ob solche Kontrollen ohne Verdacht überhaupt zulässig sind. Klar ist wohl, dass wenn, dann nur ein Abtasten der Kleidung in Frage kommt, weil intensivere und entwürdigende Kontrollen (zB Abtasten der Genitalien, Anweisung zum Entkleiden)

³²⁸⁾ Dazu zB *Schwaighofer* in WK² § 105 Rz 66.

³²⁹⁾ Vgl 3.2.1.4.

³³⁰⁾ So *Binder* in *Tomandl*, ArbVG § 96 Rz 72 mwN.

durch den AG einen mE jedenfalls nicht rechtfertigbaren Eingriff darstellen.³³¹⁾ Intensivere Kontrollen durch Behörden können auch nur bei extremen Gefahrensituationen gerechtfertigt werden und unterliegen besonderen Anforderungen. Der AG kann intensivere Kontrollen aufgrund von extremen Gefahrensituationen kaum rechtfertigen, weil er selbst die Sicherheitsbehörden um Unterstützung anfordern kann. Willkürliche Kontrollen scheiden ebenfalls aus, weil ein legitimes Ziel verfolgt werden muss.³³²⁾ Als Ziel kommt bei diesen Maßnahmen wohl nur der Eigentumsschutz oder (seltener) die Gefahrenabwehr in Frage. Der AG darf nur dann solche Maßnahmen veranlassen, wenn dies auch begründet werden kann. Für den Eigentumsschutz kann zB die Aufklärung von Unregelmäßigkeiten oder die Branchenüblichkeit sprechen. Allein pauschale Verdächtigungen und Misstrauen gegenüber der gesamten Belegschaft werden Leibesvisitationen nicht rechtfertigen. Gefahrenabwehr kann dann ins Treffen geführt werden, wenn der Betrieb als zB terroristisches Anschlagziel mit unabsehbaren Folgen für die Bevölkerung in Frage kommt (zB Chemiewerk, Atomkraftwerk).³³³⁾ Hier stellt sich auch die Frage, ob den AG aufgrund von straf- und zivilrechtlichen Haftungstatbeständen eine Pflicht zu solchen Kontrollen treffen kann. Letztendlich für die Rechtfertigung entscheidend ist aber die Angemessenheit der Maßnahme und die Wahl des gelindesten Mittels. Die Angemessenheit ergibt sich aus dem Verhältnis zwischen Schutzzweck und Eingriffsintensität. Ein regelmäßiges Abtasten kann durch oben genannte Ziele wohl nicht gerechtfertigt werden, weil der Mensch durch solche regelmäßigen Maßnahmen zum Objekt degradiert wird und eine Verletzung von Art 8 EMRK vorliegt.³³⁴⁾ Die Relation zwischen körperlicher Selbstbestimmung und Eigentumsschutz muss bei regelmäßigen Kontrollen zugunsten Ersterer ausfallen. Selbst bei der präventiven Gefahrenabwehr werden immer gelindere Mittel zur Verfügung stehen (zB Tragen eines Firmenausweises,³³⁵⁾ Sicherheitsüberprüfungen).³³⁶⁾

3.2.1.3.2 Stichprobenartige Kontrollen

Zu prüfen ist noch die Zulässigkeit von stichprobenartigen Kontrollen ohne konkreten Verdacht. Bezüglich des Zweckes der Kontrollen und der Verhältnismäßigkeit gilt das zu regelmäßigen Kontrollen Gesagte. Allerdings erzeugen stichprobenartige Leibesvisitationen überdies noch einen zusätzlichen Überwachungsdruck, weil AN idR nicht wissen, ob und wann sie kontrolliert werden. Stichprobenartige Leibesvisitationen ohne konkreten Verdacht sind daher grds unzulässig.³³⁷⁾ Der AN kann sich somit, ohne Sanktionen zu befürchten, weigern, eine Leibesvisitation zu dulden.

³³¹⁾ So wohl auch der überwiegende Teil der österreichischen Lehre, der sich wenn, dann nur für einen sehr eingeschränkten Anwendungsbereich von solchen Kontrollen ausspricht. Vgl bspw *Reissner* in *ZellKomm*² § 96 ArbVG Rz 24; *Binder* in *Tomandl*, ArbVG § 96 Rz 72; *Preiss*, ArbVR III⁴ § 96 Erl 7; *Jabornegg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 96 Rz 143.

³³²⁾ So auch schon *Ostheim*, Die Weisung des Arbeitgebers als arbeitsrechtliches Problem 101.

³³³⁾ In Deutschland sind bei Atomkraftwerken Torkontrollen explizit vorgeschrieben. Vgl BAG 26. 5. 1988 AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr 14.

³³⁴⁾ So auch VwGH 92/01/0927 RdW 1994, 19.

³³⁵⁾ VwGH 92/01/0927 RdW 1994, 19.

³³⁶⁾ Dazu *Brodil*, ZAS 2000, 141 ff; *Binder* in *Tomandl*, ArbVG § 96 Rz 72.

³³⁷⁾ Wohl auch *Binder* in *Tomandl*, ArbVG § 96 Rz 72 und *Preiss*, ArbVR III⁴ § 96 Erl 7. Beide sprechen von sehr eng auszulegenden Ausnahmefällen und meinen damit wohl nur Fälle mit konkreter Verdachtslage.

3.2.1.4 Anlassbezogene Kontrollen

Der Unterschied zu systematischen Kontrollen liegt an der konkreten Gefahrenabwehr. Die kollektivrechtlichen Schranken fallen hier jedenfalls weg, weil es sich regelmäßig um keine auf Dauer angelegte Maßnahme handelt.³³⁸⁾ Unter anlassbezogener Kontrolle kann die Kontrolle von bestimmten Personen aufgrund eines konkreten Verdachts oder die Kontrolle von Teilen oder der gesamten Belegschaft wegen eines konkreten Verdachts verstanden werden.

3.2.1.4.1 Anlassbezogene Leibesvisitationen einzelner AN

Zuerst soll die Frage der Zulässigkeit von Leibesvisitationen gegenüber bestimmten Personen diskutiert werden. Notwendig werden solche Maßnahmen immer dann sein, wenn diese zur Verhinderung oder Beendigung einer strafbaren Handlung erforderlich sind (zB Waren- oder Datendiebstahl) und die zuständige Behörde nicht rechtzeitig eingreifen kann. Die folgenden Ausführungen setzen voraus, dass gegen eine bestimmte Person eine hinreichend konkrete Verdachtslage besteht (zB AN sagt, er habe einen Kollegen beim Diebstahl beobachtet), weil willkürliche Kontrollen unzulässig sind. Für anlassbezogene Kontrollmaßnahmen gibt es keine spezifischen arbeitsrechtlichen Normen. Der AG kann sich bei Leibesvisitationen gegenüber seinen AN auf keine Sonderrechte berufen. Für solche Fälle ist mE eine Duldungspflicht, die sich aus der Treuepflicht ergeben soll, abzulehnen.³³⁹⁾ Dies deshalb, weil kein Argument ersichtlich ist, aus welchem Grund AG gegenüber anderen Privaten privilegiert sein sollen. Die von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Mittel zur Gefahrenabwehr müssen als ausreichend beurteilt werden. Neben der Unterstützung durch staatliche Behörden steht das Anhalterecht Privater (§ 80 Abs 2 StPO) und das offensive Selbsthilferecht (§ 19 ABGB) zur Verfügung.

Offen ist dabei aber, ob dem Verdächtigen Sachen entrissen werden dürfen. Aus § 19 ABGB iVm § 344 ABGB ergibt sich, dass bei noch nicht abgeschlossener Sachentziehung dem Dieb die Sache auch wieder entrissen werden darf. Bei abgeschlossener Sachentziehung (zB ein Dieb hat ruhigen Besitz erlangt) ist das Selbsthilferecht keine taugliche Rechtsgrundlage für die Zulässigkeit des Entreißens.³⁴⁰⁾ Wird ein Diebstahl noch im Betrieb bemerkt, dann kann dem Verdächtigen der Gegenstand noch entrissen werden, weil ein Alleingewahrsam idR beim AN noch nicht begründet ist.³⁴¹⁾ Anders kann das Entreißen eines USB-Sticks uU bei Datendiebstahl mit einem privaten Speichermedium zu beurteilen sein, wenn der AN Eigentümer des USB-Sticks ist.³⁴²⁾ Die Grenze für die rechtliche Zulässigkeit des Entreißens bildet bei Warendiebstahl meiner Ansicht nach idR wohl das Betriebsgelände, weil der Gewahrsamsbruch an dieser Grenze vollendet wird.

Außerhalb des Betriebsgeländes bleibt bei der Verfolgung von Verdächtigen nur das Anhalterecht nach § 80 StPO. Fraglich ist, ob im Rahmen dieser Rechte ein Abtasten des

³³⁸⁾ ZB EA Wien 16. 3. 1981, III Re 373/80 Arb 9955.

³³⁹⁾ Für eine Duldungspflicht *Ostheim*, Die Weisung des Arbeitgebers als arbeitsrechtliches Problem 100 f.

³⁴⁰⁾ So *Spielbüchler* in *Rummel*³ § 344 ABGB Rz 2.

³⁴¹⁾ ZB *Bertel* in *WK*² § 127 Rz 22 ff.

³⁴²⁾ Dazu *Brodil*, ZAS 2004, 156 ff; *Rebhahn*, Mitarbeiterkontrolle 41 ff.

Körpers des verdächtigten AN erlaubt ist. Die Anhaltung nach § 80 Abs 2 StPO muss verhältnismäßig sein und ist nur bei der Verfolgung von strafbaren Handlungen zulässig. Die Verhältnismäßigkeit ergibt sich aus der Schwere der Straftat und der Stärke des Tatverdächtigen in Relation zum geschützten Rechtsgut.³⁴³⁾ Jedenfalls gerechtfertigt werden kann Freiheitsentziehung und Nötigung, um den Verdächtigen aufzuhalten. Sogar das Zufügen einer leichten Körperverletzung wird als zulässig angesehen.³⁴⁴⁾ Das Abtasten ist mE somit vom Anhalterecht gem § 80 StPO erfasst. Insb kann es bei der Anhaltung auch notwendig sein, sich zu versichern, ob der Verdächtige einen gefährlichen Gegenstand mit sich führt. Allerdings ist bei der Ausübung des Anhalterechts immer umgehend die nächste Sicherheitsbehörde zu verständigen.

3.2.1.4.2 Anlassbezogene Leibesvisitationen mehrerer AN

Bei anlassbezogenen Kontrollen stellt sich auch die Frage, ob bei Feststellung von Unregelmäßigkeiten die ganze Belegschaft oder große Teile einmalig einer Leibesvisitation unterworfen werden dürfen (zB in einer Bank fehlen nach Zählung mehrere Geldscheine und aus diesem Grund werden alle AN dieser Abteilung einer Leibesvisitation unterzogen).³⁴⁵⁾ Die AN müssen die Leibesvisitation zumindest dulden, weil der Kontrollierende sonst einen Straftatbestand (zB Nötigung) verwirklicht. Fraglich bleibt aber, ob eine Leibesvisitation mehrerer AN verhältnismäßig ist. Ich glaube, dass dies nicht der Fall ist, weil die pauschale Kontrolle von Teilen oder der gesamten Belegschaft unverhältnismäßig und damit nach § 879 ABGB sittenwidrig ist. Nur beim konkret Verdächtigten „treten idZ die grundrechtliche Garantien zurück“.³⁴⁶⁾ Exemplarisch zeigt dies auch § 80 Abs 2 StPO, weil das Anhalterecht nur gegenüber hinreichend konkret verdächtigten Personen zulässig ist. Außerdem kann bei Straftaten regelmäßig die nächste Sicherheitsbehörde verständigt werden und diese kann die erforderlichen Schritte einleiten.

3.2.1.4.3 Zusammenfassung und Rechtsfolgen anlassbezogener Leibesvisitationen

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Zulässigkeit anlassbezogener Leibesvisitationen wenn, dann nur bei konkretem Verdacht auf das Vorliegen einer strafbaren Handlung gegeben ist. Voraussetzung ist ferner, dass die zuständige Behörde zu spät käme. Nur dann treten beim konkret Verdächtigten „grundrechtliche Garantien“ zurück.³⁴⁷⁾ Anlassbezogene Kontrollen mehrerer AN sind unverhältnismäßig und damit unzulässig.

Fraglich ist, welche Rechtsfolgen sich bei einer rechtswidrigen Leibesvisitation ergeben. Das Rechtsfolgenrisiko bei einer Überschreitung von Anhalte- oder Selbsthilferecht ist hier relativ hoch. So können die Straftatbestände Nötigung, Freiheitsentziehung oder

³⁴³⁾ So *Schwaighofer*, WK-StPO § 80 Rz 42 mwN.

³⁴⁴⁾ *Schwaighofer*, WK-StPO § 80 Rz 43 f.

³⁴⁵⁾ Vgl OGH 21. 9. 1971, 4 Ob 67/71.

³⁴⁶⁾ So ausdrücklich *Rebhahn*, Mitarbeiterkontrolle 41.

³⁴⁷⁾ *Rebhahn*, Mitarbeiterkontrolle 41.

Körperverletzung erfüllt sein.³⁴⁸⁾ Dem AN wird mE ein Austrittsrecht nach § 26 Z 4 AngG oder § 82a lit b GewO 1859 (Verletzung der Ehre oder Sittlichkeit) zukommen. Bei körperlichen Verletzungen können durch den AN allenfalls noch Schadenersatzansprüche geltend gemacht werden.



Hinweis:

Leibesvisitationen sollten die Ausnahme bleiben und tatsächlich nur bei konkretem und begründetem Verdacht auf strafbare Handlungen angewendet werden. Auch in diesen Fällen sollte aber, soweit möglich, die Durchführung der Polizei überlassen werden. Hier ist das Risiko sehr hoch, dass sich AG bzw deren Vertreter selbst strafbar machen.

3.2.2 Nacktscanner

Unter einem Nacktscanner wird ein Gerät verstanden, mit dem man Personen durchleuchten kann. Dabei können am Körper anliegende Gegenstände sichtbar gemacht werden. Sichtbar wird dabei aber auch der gesamte Körper. So können Prothesen, Implantate, Schweißflecken oder Verletzungen am Bildschirm sichtbar werden. Bisher hat sich die Diskussion über den Einsatz solcher Geräte aus Kosten- und Gesundheitsgründen auf den Sicherheitsbereich von Flughäfen beschränkt. Allerdings sollen diese Geräte aufgrund der erhöhten Nachfrage in den nächsten Jahren billiger werden. Auch die Strahlendosis soll nach den Herstellern mittlerweile im zulässigen Bereich liegen. Zudem wurde vom europäischen Parlament eine Regelung zu Nacktscannern erlassen.³⁴⁹⁾ Aufgrund dieser Entwicklungen ist es sinnvoll, die Frage nach der Zulässigkeit des Einsatzes solcher Geräte an Arbeitsplätzen zu stellen.

Ein Argument gegen den Einsatz solcher Geräte ist mE wohl der Gesundheitsschutz. Neben dem ASchG ergibt sich auch aus der Fürsorgepflicht, dass der AG verpflichtet ist, die Gesundheit seiner AN zu schützen. Der Einsatz von Geräten mit Röntgenstrahlung ist jedenfalls verboten, weil § 4 Abs 3 StrSchG den Einsatz von ionisierenden Strahlen am Menschen nur zu medizinischen Zwecken oder sonst durch Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Zwecken zulässt. Offen ist die Zulässigkeit von (neueren) Geräten, die keine ionisierende Strahlung aussenden (zB Terahertztechnik). Offen ist, ob das Argument des Gesundheitsschutzes jetzt schon greift, weil Langzeitstudien über die gesundheitlichen Auswirkungen der Terahertztechnik noch fehlen. Deshalb ist jedenfalls auch die individualrechtliche Zulässigkeit zu prüfen.

Für die individualrechtliche Zulässigkeit gilt Ähnliches wie für die Leibesvisitation, weil diese Art der Kontrolle ähnlich intensiv ist. Es handelt sich aus meiner Sicht jedenfalls um einen Eingriff in die Privatsphäre, weil die Person nackt und umfassend dargestellt wird. Ferner wird dabei regelmäßig ein Überblick über den Gesundheitszustand des Betroffenen (zB Sichtbarkeit von Prothesen, Herzschrittmachern etc) gewonnen. ME

³⁴⁸⁾ Vgl dazu zB *Schwaighofer* in WK² §§ 99, 105 StGB; *Burgstaller/Fabrizy* in WK² § 83 StGB.

³⁴⁹⁾ *Thann*, ZVR 2010, 297 f.

ist der Eingriff wegen dieser Umstände sogar intensiver als die Leibesvisitation. Dafür spricht bspw auch, dass man an Flughäfen Nacktscanner errichten will, weil Leibesvisitationen (zumindest das Abtasten der Kleidung) offenbar als unzureichend angesehen werden. Somit kann nicht gesagt werden, dass Nacktscanner im Verhältnis zur Leibesvisitation ein gelinderes Mittel darstellen. In der Ziel-Mittel-Relation ist diese Art der Kontrolle mE wohl meist überschießend, weil viel mehr Informationen als benötigt erhoben werden. Durch die dabei gewonnene und für den verfolgten Zweck nicht notwendige Informationsfülle ist die Angemessenheit der Maßnahme mE nicht gegeben. IdR wird auch ein gelinderes Mittel zur Verfügung stehen. Ein solches Mittel kann zB ein Metalldetektor sein. Regelmäßige Kontrollen sind somit unzulässig, weil diese unverhältnismäßig sind.

Stichprobenartige Kontrollen werden ebenfalls unzulässig sein, weil dieser Eingriff zu umfassend und intensiv ist, um mit Eigentumsschutz gerechtfertigt zu werden. ME stehen zur Gefahrenabwehr jedenfalls gelindere Mittel zur Verfügung (zB Tragen eines Firmenausweises,³⁵⁰) Sicherheitsüberprüfungen).³⁵¹

3.2.3 Taschenkontrollen

3.2.3.1 Meinungsstand

Auch in Bezug auf Taschenkontrollen gibt es wenige Stellungnahmen aus Literatur und Judikatur. Urteile zu dieser Thematik finden sich nur in E zu Entlassungsanfechtungen. Regelmäßig wird dabei aber nicht auf die Frage der Rechtmäßigkeit der Kontrollmaßnahme eingegangen. Exemplarisch ist der Fall von drei Bediensteten eines Krankenhauses, die beim Verlassen des Betriebes bei einer Taschenkontrolle des Lebensmitteldiebstahles überführt wurden.³⁵²) Die fehlende Zustimmung des BR zur Kontrollmaßnahme wurde als unzulässige Neuerung nicht beachtet. Der OGH meinte in einem obiter dictum aber, dass dieser Umstand für das Entlassungsrecht ohne Bedeutung sei. Allerdings geht aus der E nicht eindeutig hervor, ob gegen die AN ein konkreter Tatverdacht bestand und die Taschenkontrolle nur eine einmalige ad-hoc-Maßnahme war. Ausgeblendet blieb auch die Frage der Zulässigkeit einer stichprobenartigen Taschenkontrolle bei fahrendem Zugpersonal im Zuge einer Entlassungsanfechtung.³⁵³) Selbst bei konkretem Verdacht wird nicht die Zulässigkeit der Kontrollmaßnahme geprüft.³⁵⁴) Die Frage der Zulässigkeit von Taschenkontrollen blieb von der Judikatur bisher unbeantwortet. Aus diesem Grund ist es sinnvoll, sich mit dieser Thematik auseinanderzusetzen.

In der Literatur findet sich wenig Spezifisches zu Taschenkontrollen. Diese Thematik wird meist generell iZm AN-Kontrolle angesprochen.³⁵⁵) Unbestritten scheint der Umstand zu sein, dass Taschenkontrollen als dauernde Maßnahme jedenfalls die Menschen-

³⁵⁰) VwGH 92/01/0927 RdW 1994, 19.

³⁵¹) Dazu *Brodil*, ZAS 2000, 141 ff; *Binder in Tomandl*, ArbVG § 96 Rz 72.

³⁵²) OGH 9 ObA 212/02w LVaktuell 2003 H 2, 5.

³⁵³) OGH 18. 8. 1995, 8 ObA 269/95.

³⁵⁴) ZB OLG Wien 8 Ra 32/09y ARD 5986/1/2009; OGH 9 ObA 212/02w LVaktuell 2003 H 2, 5.

³⁵⁵) Vgl aber *Rebhahn*, Mitarbeiterkontrolle 41 ff und 63 ff.

würde berühren und damit der Mitbestimmungspflicht unterliegen.³⁵⁶⁾ Die Notwendigkeit der Zustimmung iZm diesen Kontrollen ergibt sich mE auch schon aus den Gesetzesmaterialien.³⁵⁷⁾ Dort werden Taschenkontrollen als Beispiel für das Berühren der Menschenwürde angeführt. Anders zu beurteilen ist die Situation bei ad-hoc-Kontrollen aufgrund eines Diebstahlverdachtes.

3.2.3.2 Schutzinteressen

AN dürfen nach § 27 Abs 4 ASchG auch private Sachen in den Betrieb mitbringen. Nach dieser Bestimmung ist der AG verpflichtet, seinen AN für die Lagerung von privater Kleidung und sonstigen Gegenständen, die üblicherweise zum Arbeitsplatz mitgenommen werden, absperrbare Einrichtungen zur Verfügung zu stellen. Auch aus der Fürsorgepflicht ergibt sich, dass der AG den AN gestatten muss, private Sachen mitzunehmen.³⁵⁸⁾ Auf Seite der AN kann somit bei dieser Art der Kontrolle ein Eingriff in das Eigentumsrecht und das Recht auf Achtung der Privatsphäre vorliegen. Die Eingriffe sind aber idR schonender als Leibesvisitationen, weil Eingriffe in das körperliche Selbstbestimmungsrecht schwerer wiegen. Grds gilt, dass als privat erkennbare Behältnisse vom AG nicht eingesehen werden dürfen, weil auch am Arbeitsplatz ein Recht auf Respektierung der Privatsphäre und des Eigentumsrechts bestehen kann.³⁵⁹⁾ Ausnahmen davon sind mE möglich, hängen aber stark von der Ausgestaltung der Kontrollmaßnahme ab. So ergeben sich unterschiedliche Ergebnisse in Bezug auf die Zulässigkeit bei systematischen, stichprobenartigen und anlassbezogenen Kontrollen. Dies wird im Folgenden näher ausgeführt.

3.2.3.3 Systematische Kontrollen

Dabei geht es um die Frage der Zulässigkeit regelmäßiger oder stichprobenartiger Kontrollen von Behältnissen ohne konkreten Verdacht einer strafbaren Handlung. Regelmäßige Kontrollen sind intensiver, weil diese häufiger durchgeführt werden und mehr AN betreffen als stichprobenartige Kontrollen. Systematische Taschenkontrollen werden wie Leibesvisitationen oft bei Betreten oder Verlassen des Betriebsgeländes durchgeführt und als „Torkontrollen“ bezeichnet. Systematische Kontrollen können aber auch an anderen Orten innerhalb des Betriebsgeländes durchgeführt werden.

3.2.3.3.1 Regelmäßige Kontrollen

Wie schon oben bei der Leibesvisitation beschrieben, ist die dauernde und ohne Anhaltspunkte durchgeführte Taschenkontrolle unverhältnismäßig. Selbst bei Vorliegen von Gründen (zB Diebstähle, aktuelle Sicherheitslage) ist mE fraglich, ob die Kontrollen regelmäßig alle AN erfassen dürfen. Verhältnismäßigkeit wird nur dann vorliegen, wenn von bestimmten Gegenständen im Betrieb eine Gefahr ausgeht. Bei Einrichtungen, die bspw

³⁵⁶⁾ *Strasser in Floretta/Strasser*, ArbVG § 96, 527; *Binder in Tomandl*, ArbVG § 96 Rz 72; *Preiss*, ArbVR III⁴ § 96 Erl 7, 148; *Rebhahn*, Mitarbeiterkontrolle 65.

³⁵⁷⁾ 840 BlgNR 13. GP.

³⁵⁸⁾ *Kramer*, Arbeitsvertragliche Verbindlichkeiten 69 ff mwN.

³⁵⁹⁾ *Brodil*, ZAS 2004, 160; *Brodil*, Individualarbeitsrechtliche Fragen 78.

mit gefährlichen nuklearen oder chemischen Materialien arbeiten, ist eine regelmäßige präventive Taschenkontrolle denkbar, weil die Eigentums- und Sicherheitsinteressen wohl höher wiegen. Anhaltspunkte dafür kann man mE aus der RL über Vorratsdatenspeicherung ableiten, weil dort für die präventive Terrorabwehr auch ohne konkreten Anlass Eingriffe durch Private ohne Verhältnismäßigkeitsprüfung ermöglicht werden. Eine Vereinbarung über regelmäßige Kontrollen kann mE nur bei Vorliegen einer besonderen Gefährdungslage (zB Terrorabwehr) wirksam getroffen werden.

3.2.3.3.2 Stichprobenartige Kontrollen am Betriebsgelände

Eher zulässig werden stichprobenartige Torkontrollen, dh im Ein- und Ausgangsbereich eines Betriebes, mit zufälliger Auswahl der AN sein (zB jeder AN der die Augenzahl sechs würfelt), weil hier mE Dauer und Umfang der Kontrolle in Bezug auf jeden Einzelnen deutlich reduziert sind. Eine Zustimmung ist bei dieser milderer Variante möglich. Voraussetzung ist aber auch hier das Vorliegen von Gründen für die Kontrollmaßnahme. Als Grund wird meiner Ansicht nach aber schon ausreichen, dass in diesem Betrieb bereits Unregelmäßigkeiten aufgetreten sind oder solche (nur) konkret befürchtet werden. Das Vorliegen von Gründen dient der sachlichen Rechtfertigung und schließt willkürliche und (unzulässige) grundlose Kontrollen aus.

An dieser Stelle kann dann die Frage aufgeworfen werden, wie Taschenkontrollen im Ein- und Ausgangsbereich eines Betriebes zu gestalten sind. Aus der Fürsorgepflicht und § 16 ABGB ergibt sich, dass die Kontrolle möglichst schonend zu erfolgen hat und der Eingriff so wenig intensiv wie möglich sein soll. So sollte mE die Kontrolle, um Bloßstellungen zu vermeiden, in einem eigenen Raum erfolgen, möglichst kurz dauern und Vertrauenspersonen und BR-Mitglieder sollten, sofern dies der AN nicht ablehnt, beigezogen werden. Das Beiziehen anderer Personen kann auch im Interesse des AG erfolgen, um bei möglichen Prozessen auf Zeugen zurückgreifen zu könne. Zu klären ist noch die Frage, was bei einem „Treffer“ geschehen darf. Diebesgut wird dann wohl auf Grundlage des Selbsthilferechts nach § 19 ABGB „entrissen“ werden dürfen.³⁶⁰⁾ Der Betroffene darf bis zum Eintreffen der Polizei nach § 80 Abs 2 StPO angehalten werden.

Anderes gilt für stichprobenartige Kontrollen, die nicht im Ein- und Ausgangsbereich vorgenommen werden. Diese Kontrollen sind intensiver, weil der AN nicht weiß, wo und wann er kontrolliert wird. Denkbar ist die Kontrolle aller vom AN selbst mitgebrachten Behältnissen (zB Taschen) und aller versperrbarer Einrichtungen (Schreibtisch, Spind), die einem bestimmten AN zugewiesen sind. Fraglich ist aber, ob solche Kontrollen ohne konkreten Verdacht stichprobenartig erfolgen dürfen. Beim Spind wird eine Kontrolle unzulässig sein, weil dieser ausdrücklich zur privaten Benützung durch den AN vorgesehen ist und idR eine Sperrmöglichkeit bietet. Dem AG muss die Privatheit gerade deshalb zwingend erkennbar sein.³⁶¹⁾ In Bezug auf Schreibtische kommt es darauf an, ob diese vom AN versperrbar sind oder ob auch der AG über einen Zugang verfügt. Die versperrbaren Bereiche dürfen dann nicht vom AG kontrolliert werden, wenn dieser über keinen Schlüssel verfügt, weil er ja gerade durch die Sperrmöglichkeit den AN „privaten

³⁶⁰⁾ Dazu *Spielbücher in Rummel*³ § 344 ABGB Rz 2.

³⁶¹⁾ *Rebhahn*, Mitarbeiterkontrolle 64.

Raum“ zur Verfügung gestellt hat. Alle nicht absperrbaren Bereiche dürfen vom AG grds eingesehen werden, weil dies oft schon der Arbeitsprozess erfordert (zB Einsehen von Unterlagen oder Protokollen), es sei denn dass aufgrund der Umstände (zB Zettel mit der Aufschrift „privat“) auf die Privatheit geschlossen werden kann.³⁶²⁾

Die Zustimmung des BR ist bei allen individualrechtlich zulässigen Taschenkontrollen einzuholen, die als dauernde und generelle Maßnahme konzipiert sind.³⁶³⁾ In dieser BV kann auch die nähere Ausgestaltung der Kontrollmaßnahme festgehalten werden. Kontrollen außerhalb des Betriebsgeländes sind jedenfalls unzulässig. Solche „Kontrollen“ können allenfalls im Rahmen des Anhalte- oder Selbsthilferecht bei konkretem Verdacht zulässig sein.



Hinweis:

Stichprobenartige Kontrollen sollten zurückhaltend eingesetzt werden und dürfen nur dann eingesetzt werden, wenn es im betreffenden Betrieb bereits zu Unregelmäßigkeiten (zB Warenschwund) gekommen ist.

Die Kontrolle sollte nicht öffentlich sein, und den betroffenen AN sollte es möglich sein, eine Vertrauensperson (zB BR-Mitglied) hinzuzuziehen. Vernünftigerweise werden die Modalitäten der Kontrolle in einer BV geregelt.

3.2.3.4 Anlassbezogene Kontrollen („ad-hoc-Kontrollen“)

Für die Taschenkontrolle (insb zum Entreißen) gilt das zur Leibesvisitation gesagte. Wird die Diebesbeute noch innerhalb der Betriebsgrenze entrissen, ist diese Handlung durch das Selbsthilferecht gedeckt, wenn die Behörde zu spät käme. Fraglich ist hier insb, ob ein Spind oder eine versperrbare Schreibtischlade bei konkretem Verdacht geöffnet werden darf. Bspw kann man sich ein Lager vorstellen, wo Lagerarbeiter dabei beobachtet werden, dass sie Betriebsmittel in ihrem versperrbaren Spind verstecken. Willigt der AN in die Maßnahme ein, dann kann die Kontrolle rechtmäßig vorgenommen werden. Um die Einwilligung zu erzwingen, darf sich der AG einer zulässigen Drohung (zB die Polizei zu rufen) bedienen. Sollte keine Einwilligung vorliegen, kommen sowohl Anhalte- als auch Selbsthilferecht in Betracht. Dies allerdings nur dann, wenn die Behörde zu spät käme. In Bezug auf einen geschlossenen Spind kann davon ausgegangen werden, dass auf die Polizei gewartet werden kann. Dass der Spind vor dem Eintreffen vom AN geräumt wird, kann durch eine zulässige Anhaltung verhindert werden.

Das Rechtsfolgenrisiko einer Überschreitung des rechtlich Zulässigen bei konkreter Verdachtslage ist für den AG eher gering. Nur bei Anwendung von körperlicher Gewalt oder exzessiven Anhaltehandlungen können Straftatbestände erfüllt sein. ME ist bei einer groben Überschreitung auch ein Austrittsgrund gem § 26 Z 4 AngG oder § 82a lit b GewO 1859 (Verletzung der Ehre oder Sittlichkeit) verwirklicht.

³⁶²⁾ *Brodil*, ZAS 2004, 160; *Brodil*, Individualarbeitsrechtliche Fragen 78.

³⁶³⁾ *Strasser in Floretta/Strasser*, ArbVG § 96, 527; *Binder in Tomandl*, ArbVG § 96 Rz 72; *Preiss, ArbVR III*⁴ § 96 Erl 7, 148; *Rebhahn*, Mitarbeiterkontrolle 65.