



CH-3003 Bern, SECO, PAEP/chh

An die kantonalen AVG-Verantwortlichen

Referenz: 330/08 Schutz der Persönlichkeit

Sachbearbeiter: chh/gre

Bern, 14. Juli 2008

Schutz der Persönlichkeit

Weisung 2008/1 ; Präzisierung der Weisungen und Erläuterungen zum AVG

Sehr geehrte Damen und Herren,

Der Datenschutz ist durch das Inkrafttreten des revidierten Bundesgesetzes über den Datenschutz¹ am 1. Januar 2008 zu einem aktuellen Thema geworden. Wir möchten Sie deshalb auf die verschiedenen Grundsätze aufmerksam machen, die sowohl von Vermittlungs- als auch von Verleihbetrieben bei der Bearbeitung von Bewerbungsfragebögen eingehalten werden müssen.

Die vorliegende Weisung basiert insbesondere auf dem vom Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten herausgegebenen « Leitfaden für die Bearbeitung von Personendaten im Arbeitsbereich² », auf der Studie von Gabriel Aubert mit dem Titel « La protection des données dans les rapports de travail³ » sowie auf verschiedenen zum Thema Arbeitsrecht in der Schweiz erschienenen Werke. Ausserdem wurde sie dem Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten zur Vernehmlassung unterbreitet.

Generell wird der Datenschutz durch das Bundesgesetz über den Datenschutz geregelt. Im Arbeitsverhältnis wird er durch eine spezialgesetzliche Norm bzw. durch Artikel 328b OR⁴

¹ Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz ; DSG SR 235.1

² <http://www.edoeb.admin.ch>

³ Journée 1995 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zürich, 1999, S. 145-191

⁴ Bundesgesetz vom 30. März 1991 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (5. Teil: Obligationenrecht) OR, SR 220

gewährleistet. Ausserdem wird der Datenschutz bei der privaten Arbeitsvermittlung durch Artikel 7 Absatz 3 AVG⁵ geregelt und in Artikel 19 AVV⁶ konkretisiert. Im Bereich des Personalverleihs gelten die Schutzbestimmungen gemäss Artikel 18 Absatz 3 AVG und Artikel 47 AVV.

▪ **Allgemeine Grundsätze des Bundesgesetzes über den Datenschutz**

Jede Bearbeitung von personenbezogenen Daten stellt eine Verletzung der Persönlichkeit dar. Es muss deshalb dafür gesorgt werden, dass dieser Eingriff in die Privatsphäre nur in begrenztem Umfang erfolgt. Aus diesem Grund darf die mit der Datenerhebung betraute Person nur jene Daten bearbeiten, die für sie unbedingt erforderlich sind und die mit der Erfüllung ihrer Aufgaben in direktem Zusammenhang stehen (**Verhältnismässigkeitsprinzip**, Art. 4 Abs. 2 DSG). Personendaten dürfen nur **rechtmässig** erhoben werden (Art. 4 Abs. 1 DSG). Die Datenbeschaffung gilt als unrechtmässig, wenn zu diesem Zweck Gewalt, List, Drohung oder Täuschung angewendet wurde. Gemäss DSG hat zudem die Bearbeitung der Personendaten nach dem Prinzip von **Treu und Glauben** zu erfolgen (Art. 4 Abs. 2 DSG). Dies bedeutet, dass die Datenbearbeitung für die betroffene Person erkennbar sein muss. Eine Missachtung dieses Prinzips liegt vor, wenn eine Person überhaupt nicht oder falsch über Art und Zweck der Bearbeitung informiert wurde. Von absichtlicher Täuschung spricht man insbesondere bei heimlicher Datenbeschaffung, unbefugtem Mithören beim Telefonieren sowie bei Datenbeschaffung ohne Wissen der betroffenen Person durch Programmmanipulation. Im Übrigen dürfen Personendaten nur zu dem Zweck bearbeitet werden, der bei der Beschaffung angegeben wird, gesetzlich vorgesehen oder aus den Umständen ersichtlich ist (Art. 4 Abs. 3 DSG).

▪ **Allgemeine Grundsätze des Datenschutzes im Arbeitsverhältnis : 328b OR**

Artikel 328b OR gewährleistet den Datenschutz im Arbeitsverhältnis sowie bei der Personalrekrutierung und hat folgenden Wortlaut:

« Der Arbeitgeber darf Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Im Übrigen gelten die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz ».

Der Verweis auf das Bundesgesetz über den Datenschutz bezieht sich auf die Anwendung der allgemeinen Datenschutzbestimmungen wie Richtigkeit und Sicherheit der Daten (Art. 5 und 7 DSG) sowie Auskunftsrecht (Art. 8 und 9 DSG). Hingegen werden bei der Datenbearbeitung im Arbeitsverhältnis Persönlichkeitsverletzungen und Rechtfertigungsgründe differenzierter beurteilt (Art. 12 und 13 DSG). In der Tat schränkt Artikel 328b OR in stärkerem Masse als Artikel 12 und 13 DSG den Zugriff auf Informationen ein, zu deren Bearbeitung der Arbeitgeber berechtigt ist. Übrigens sei noch darauf hingewiesen, dass in keinem Fall von Artikel 328b OR zum Nachteil der Arbeitnehmenden, selbst wenn diese ihre Einwilligung dazu geben würden, abgewichen werden darf, da es sich hier um eine Norm handelt, die im Sinne von Artikel 362 OR relativ zwingend ist und vertraglich zu Ungunsten der Arbeitnehmenden nicht abgeändert werden darf.

⁵ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih ; AVG, SR 823 11

⁶ Verordnung vom 16. Januar 1991 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih; AVV SR 823 111

Im Bereich des Arbeitsrechts hat der Gesetzgeber die unrechtmässige Datenbearbeitung allgemein umschrieben. Als rechtmässig gilt die Bearbeitung von Daten dagegen in folgenden zwei Fällen : Daten über Arbeitnehmende dürfen bearbeitet werden, soweit sie deren Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen bzw. soweit dies für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist. Somit erachtet das Gesetz die Bearbeitung personenbezogener Daten als zulässig, wenn sich diese Informationen auf die Eignung für das Arbeitsverhältnis der betroffenen Person beziehen oder für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich sind.

* *Die Eignung*

Das Wort Eignung lässt eine breite Interpretation zu. Es fasst die Fähigkeiten der Stellenbewerbenden zusammen und kann je nach Situation sogar die Persönlichkeit der Lohnempfängerinnen und Lohnempfänger sowie deren Weltanschauungen oder Ziele beinhalten.

* *Die für die Durchführung erforderlichen Informationen*

Zu den Informationen, die für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich sind, gehören vor allem jene Daten, die der Arbeitgeber benötigt, um seinen rechtlichen bzw. vertraglichen Verpflichtungen (gegenüber Fremdenpolizei, Arbeitsinspektion, Sozialversicherungen oder privaten Versicherungen usw.) nachkommen zu können.

Die Art der Anstellung wird somit bestimmen, wie weit der Schutz der Arbeitnehmenden geht. Wenn es sich um eine handwerkliche oder technische Tätigkeit handelt, die nur einen geringen persönlichen Einsatz verlangt, wird der Arbeitgeber lediglich in begrenztem Rahmen Informationen einholen können. Diese werden sich vor allem auf die Ausbildung sowie auf die berufliche Erfahrung der betroffenen Person beschränken. Falls die Ausführung handwerklicher oder technischer Aufgaben hingegen ein besonderes Vertrauensverhältnis voraussetzt, wird berechtigterweise das Interesse des Arbeitgebers an einer umfassenderen Information grösser sein. Sollte es sich um eine intellektuelle Tätigkeit bzw. um eine Position handeln, die die Fähigkeit verlangt, Initiativen ergreifen oder Befehle erteilen zu können, darf sich der Arbeitgeber noch umfassender insbesondere über die Freizeitbeschäftigungen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer informieren, weil sich dadurch auf deren Bereitschaft zur Anstrengung sowie auf deren Offenheit gegenüber neuen Herausforderungen Schlüsse ziehen lassen. Wenn von Arbeitnehmenden erwartet wird, dass sie die angestrebten Ideale des Arbeitgebers teilen, um eine gute Arbeitsleistung erbringen zu können, dann wird dies die Privatsphäre der Lohnempfängerinnen und Lohnempfänger noch weiter einschränken. So darf sich z.B. eine Partei nach den politischen Anschauungen einer Bewerberin oder eines Bewerbers für das Amt der ständigen Sekretärin oder des ständigen Sekretärs erkundigen.

▪ **Private Arbeitsvermittlung**

Gemäss Artikel 7 Absatz 3 AVG « darf der Vermittler Daten über Stellensuchende und offene Stellen nur bearbeiten, soweit und solange sie für die Vermittlung erforderlich sind. Er hat diese Daten geheim zu halten».

Aufgrund dieser Bestimmung können Vermittler von Stellensuchenden all jene Informationen anfordern, die sie für unbedingt erforderlich erachten und die im Zusammenhang mit der Erfüllung ihrer Vermittlungsaufgabe stehen. Ebenso können sich Vermittlungsbetriebe nach dem Gesundheitszustand, einer allfälligen Schwangerschaft sowie nach Vorstrafen erkundi-

gen, soweit dies für die erfolgreiche Durchführung des Vermittlungsauftrages, der ihnen von den Stellensuchenden erteilt wurde, unbedingt erforderlich ist.

Man beachte, dass bei den Fragen, die von Vermittlungsbetrieben gestellt werden können, nicht von Artikel 328b OR ausgegangen werden darf. Dieser Artikel betrifft nämlich ausschliesslich die Bearbeitung der Daten von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern durch den Arbeitgeber. Der Vermittler nimmt jedoch nicht die Stellung eines Arbeitgebers ein. Er ist an den Stellensuchenden durch einen Vermittlungsvertrag gebunden, wobei die Vertragspunkte generell im Sinne eines Mäklervertrages gemäss Artikel 412 ff OR geregelt sind. Um zu verhindern, dass die in Artikel 328b OR aufgestellten Grundsätze durch den Arbeitgeber umgangen werden, dürfen Daten vom Vermittler nur dann an zukünftige Arbeitgeber weitergeleitet werden, wenn den in Artikel 328b OR aufgestellten Grundsätzen Rechnung getragen wird.

▪ **Personalverleih**

Gemäss Artikel 18 Absatz 3 AVG « *darf der Verleiher Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten und an Einsatzbetriebe weitergeben, soweit und solange sie für die Verleihung erforderlich sind. Jede darüber hinausgehende Bearbeitung oder Weitergabe dieser Daten bedarf der ausdrücklichen Zustimmung des Arbeitnehmers* ». Hinzu kommt, dass der Verleiher, der gleichzeitig auch Arbeitgeber ist, sich ebenfalls auf Artikel 328b OR zu beziehen und von den darin aufgestellten Grundsätzen auszugehen hat.

Hier gibt es prinzipiell zwei verschiedene Möglichkeiten. Zunächst einmal gilt zweifellos Artikel 328b OR, wenn sich Stellensuchende an einen Verleihbetrieb für einen ganz bestimmten Einsatz wenden, da die Parteien in einer vorvertraglichen Beziehung stehen. Hingegen findet Artikel 328b OR keine Anwendung, wenn Bewerbende einem Verleiher den Auftrag erteilen, ihnen irgendeine Stelle zu vermitteln und sie sogar jeden Vorschlag unabhängig von ihrer Ausbildung oder ihrer beruflichen Erfahrung anzunehmen bereit sind. Es ist richtig, wenn die für private Vermittler geltenden Grundsätze eingehalten werden, da Stellensuchende in diesem Stadium nicht in einer vorvertraglichen Beziehung stehen, sondern an den Verleihbetrieb durch einen Mäklervertrag im Sinne von Artikel 412 OR gebunden sind ; im Übrigen darf gemäss Artikel 18 Absatz 3 AVG der Verleiher Daten über Arbeitnehmende bearbeiten, soweit sie für die Verleihung erforderlich sind.

Folgende Erläuterungen beziehen sich ausschliesslich auf den Fall, dass sich Stellensuchende für einen ganz bestimmten Einsatz an einen Verleihbetrieb wenden.

❖ **Fragen nach dem Gesundheitszustand**

In Anwendung von Artikel 328b OR gehören Informationen über den Gesundheitszustand von Stellenbewerbenden oder von Lohnempfängerinnen und Lohnempfängern zu den Daten, die vertraulich behandelt werden müssen ; die Datenbeschaffung gilt nur dann als rechtmässig, soweit sie sich auf die Tauglichkeit der betroffenen Person für die vorgesehene Arbeit bezieht. Der Arbeitgeber darf also von Lohnempfängerinnen und Lohnempfängern verlangen, dass sie sich ärztlich untersuchen lassen, damit ihre Tauglichkeit für die zu besetzende Stelle überprüft werden kann. Allerdings wird der Arzt nur über die Eignung für das Arbeitsverhältnis Auskunft geben ; bei mangelnder Eignung wird er dem Arbeitgeber den Grund dafür nicht mitteilen.

Wenn aufgrund einer Krankheit oder eines Unfalls der Gesundheitszustand der Stellenbewerbenden vermuten lässt, dass es für sie in relativ kurzer Zeit äusserst schwierig sein wird, die verlangte Arbeitsleistung erbringen zu können, muss die betroffene Person dies ungefragt dem Arbeitgeber mitteilen. Nach den Regeln von Treu und Glauben muss in der Tat berücksichtigt werden, dass es nicht im Interesse des Arbeitgebers liegen kann, eine Person einzustellen, bei der von vornherein klar ist, dass sie die Arbeitsleistung gar nicht erbringen kann.

In Anbetracht der vorausgegangenen Ausführungen, der Anwendbarkeit der Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Zweckbindung sowie der reinen Subjektivität und Unverbindlichkeit der Antworten der Stellenbewerbenden, ist ein Fragebogen, der einfach nur eine mit « Gesundheit » betitelte Frage enthält, nicht zufriedenstellend. Es wäre wünschenswert, wenn diese Frage folgendermassen formuliert würde : « Sind Sie der Meinung, dass Sie aufgrund Ihres Gesundheitszustandes die Aufgaben, die Ihnen anvertraut werden, vollständig erfüllen können? »

❖ Fragen nach einer Schwangerschaft

Der Eidgenössische Datenschutzbeauftragte erklärt dazu : « Der Arbeitgeber oder die Arbeitgeberin darf bei der Besetzung einer Stelle, im Bewerbungs- oder Beförderungsverfahren keinerlei Angaben erheben, die sich auf den Zivilstand, die familiäre Situation oder eine allfällige Schwangerschaft beziehen, wenn er (oder sie) dafür nicht sachlich gerechtfertigte Gründe hat. Die Erkundung nach der Familiensituation und –planung (etwa nach Verheirathungsabsichten, Nachwuchsplänen, einer bestehenden oder demnächst geplanten Schwangerschaft usw.) ist nur zulässig, wenn sie bei der Anstellung objektiv von Belang ist (zum Beispiel, weil am Arbeitsort eine Gesundheitsgefahr für die Schwangere oder ihr ungeborenes Kind besteht oder eine Schwangere zur Erbringung der Arbeitsleistung untauglich wäre, etwa bei einer Anstellung als Tänzerin oder als Model) ». Ergänzend dazu folgt noch der Hinweis, dass bei derartigen Vermutungen die Arbeitnehmerin meistens ungefragt Auskunft über ihren Zustand geben muss, da er von vornherein die Vertragserfüllung behindert.

In Anbetracht der vorausgegangenen Ausführungen dürfen Bewerbungsfragebögen Fragen nach einer Schwangerschaft enthalten, allerdings nur unter der Bedingung, dass sie folgendermassen formuliert werden : « Für den Fall, dass eine bestehende Schwangerschaft nicht die vollumfängliche Erfüllung der Ihnen anvertrauten Aufgaben erlauben würde, präzisieren Sie bitte, ob Sie schwanger sind ».

❖ Fragen nach Vorstrafen / Verurteilungen

Nach Meinung des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten würde eine allgemeine Befragung der Bewerbenden nach Vorstrafen viel zu weit gehen. Allerdings besagt die Doktrin auch, dass es für Arbeitgeber wünschenswert sei, Personen einzustellen, denen sie vollkommen vertrauen können. Den Arbeitnehmenden hingegen kann sehr daran gelegen sein, dass ihre Arbeitgeber bzw. zukünftigen Arbeitgeber nichts über eventuell vorhandene Vorstrafen erfahren. Wiederum stossen gegensätzliche Interessen aufeinander. Die Möglichkeit, derartige Informationen einholen zu können, wird demnach von den Umständen sowie davon abhängen, ob die Einträge bereits gelöscht wurden oder noch immer im Strafregister vorhanden sind. Wie dem auch sei, Auszüge aus dem Strafregister können jedenfalls nur dann verlangt werden, wenn die darin enthaltenen Informationen für den Abschluss sowie für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses absolut erforderlich sind

1. Aus dem Strafregister gelöschte Verurteilungen

Dem Arbeitnehmenden steht es zu, für alle bereits gelöschten Einträge im Strafregister das Recht auf Vergessen geltend zu machen, denn falls es sich um eine weit zurückliegende Gesetzesübertretung handeln sollte, beweist das korrekte Verhalten der betroffenen Person, dass sie aus der Verurteilung die notwendigen Lehren gezogen hat. Folglich darf der Arbeitgeber diesbezüglich keine Fragen stellen.

2. Im Strafregister eingetragene Verurteilungen

Der Arbeitgeber darf nur über Einträge im Strafregister Auskunft verlangen, die sich auf die Eignung des Arbeitsverhältnisses beziehen. Zahlreiche Autoren vertreten deshalb die Auffassung, dass es übertrieben sei, einen Arbeitgeber daran hindern zu wollen, um einen Auszug aus dem Strafregister zu ersuchen, zumal Kenntnisse über die nicht allzu weit zurückliegende juristische Vergangenheit der Bewerbenden oft dazu beitragen, dass die für den Vertragsabschluss erforderliche Vertrauensbasis geschaffen wird. Dem Bewerbenden bleibt keine andere Wahl, als zu dieser Vergangenheit zu stehen. Folgendermassen formulierte Fragen: « Sind Sie vorbestraft ? », « Sind sie schon einmal verurteilt worden ? », « Wurde gegen Sie schon einmal eine Verurteilung ausgesprochen ? », « Wenn ja, sind Sie bereit, einen Strafregisterauszug vorzulegen? » sind akzeptabel, soweit sie für den Abschluss sowie für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich sind, der Verleiher sie benötigt, um für die gute Wahl der zur Verfügung gestellten Arbeitskräfte die Verantwortung tragen zu können und den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit und der Zweckbindung Rechnung getragen wird.

❖ Fragen nach Betreibungen

Jeder kann sich bei den Betreibungsämtern nach laufenden Betreibungen gegen eine andere Person unter der Bedingung erkundigen, dass er ein berechtigtes, d.h. ein spezielles sowie aktuelles Interesse geltend machen kann (Art. 8 SchKG⁷). Ein solches Interesse ist dann glaubhaft gemacht, wenn jemand im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrages Informationen über eine bestimmte Person einholen möchte.

Aufgrund dieser Tatsache ist das Beschaffen von Informationen durch den Arbeitgeber nur zulässig, soweit sie die Eignung des Arbeitnehmenden für das Arbeitsverhältnis betreffen. Dies kann der Fall sein, wenn die betroffene Person mit Dingen und Werten in Kontakt kommt, die sie zu entwenden versucht sein könnte, um die eigene Situation zu bereinigen. In zahlreichen Fällen beeinträchtigt hingegen das Vorhandensein von Betreibungen kaum die Eignung der Lohnempfängerinnen oder der Lohnempfänger für das Arbeitsverhältnis. Nachdem das Gesetz über Schuldbetreibung und Konkurs den Arbeitgebern das Einholen der erwünschten Informationen nun einmal erlaubt und man die Arbeitgeber nicht daran hindern kann, dass sie sich bei den Betreibungsämtern erkundigen, müssen die Bewerbungsfragebögen im Sinne von Artikel 328b OR verfasst werden und sollten diesen Punkt nur berühren, soweit dafür im Hinblick auf die vorgesehene Arbeitsleistung ein Interesse besteht.

⁷ Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs ; SR 281 1 SchKG

Wir danken Ihnen für die wertvolle Zusammenarbeit und verbleiben mit freundlichen Grüsen.

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'P. Gasser', written in a cursive style.

Peter Gasser, Rechtsanwalt

Leiter des Leistungsbereiches Personenfreizügigkeit und Arbeitsbeziehungen

- Version in französischer Sprache verfügbar
- Wird im TCNet und auf www.treffpunkt-arbeit.ch publiziert