

Datenschutz im Arbeitsverhältnis

Von Rechtsanwalt Dr. Kurt Meier, Zürich

Erster Teil: Das neue Datenschutzgesetz

I. Einleitung

Am 1. Juli 1993 ist das neue Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG)¹ in Kraft getreten. Dies gibt Anlass, die Situation des Datenschutzes im Arbeitsverhältnis und die Auswirkungen des DSG auf das Arbeitsverhältnis im besonderen zusammenfassend darzustellen.

Die rechtliche Situation des Datenschutzes im Arbeitsverhältnis hat durch das DSG eine wesentliche Änderung und Konkretisierung erfahren. Es ist deshalb notwendig, den Inhalt des neuen Gesetzes kurz darzustellen. Auf die Notwendigkeit und das Bedürfnis nach einem Datenschutzrecht und auf die historische und gesetzgeberische Entwicklung soll nicht näher eingegangen werden. Eine gut lesbare Zusammenfassung findet sich in der *Botschaft*². Unbestritten war dabei immer, dass vor allem im Arbeitsverhältnis, wo im grossen Umfang Daten bearbeitet werden, das Schutzbedürfnis besonders aktuell ist.

II. Inhalt des Datenschutzgesetzes

Die Bezeichnung «Datenschutzgesetz» ist etwas irreführend. Es geht in diesem Gesetz nicht um den Schutz von Daten, sondern um den Persönlichkeitsschutz gegenüber Verwendung und Bearbeitung von Daten.

Inhaltlich gliedert sich das Datenschutzgesetz in acht Abschnitte, nämlich

1. Zweck, Geltungsbereich und Begriffsumschreibung
2. Allgemeine Datenschutzbestimmungen
3. Bearbeiten von Personendaten durch Private
4. Bearbeiten von Personendaten durch Bundesorgane
5. Eidgenössischer Datenschutzbeauftragter

1 SR 235.1.

2 BBl 1988 II 424.

6. Eidgenössische Datenschutzkommission
7. Strafbestimmungen
8. Schlussbestimmungen

Ergänzt wird das Datenschutzgesetz durch die Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz (VDSG vom 14. Juni 1993)³.

1. Abschnitt: Zweck, Geltungsbereich und Begriffe

Der Geltungsbereich des Datenschutzgesetzes ist in Art. 2 umschrieben und umfasst das Bearbeiten von Daten natürlicher und juristischer Personen durch private Personen und Bundesorgane. Nicht erfasst sind die kantonalen Organe, soweit sie kantonales Recht anwenden. Hier gelten allfällig kantonale Datenschutzgesetze.

Art. 3 gibt die notwendigen Begriffsdefinitionen. Dieser Artikel war notwendig, weil das Datenschutzgesetz doch wesentliches gesetzgeberisches Neuland betritt und gewisse Begriffsbestimmungen vorerst umschrieben werden mussten.

Art. 3 bestimmt:

- Personendaten sind alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen.
- Bearbeiten von Daten bedeutet jeder Umgang mit Personendaten, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren, insbesondere das Beschaffen, Aufbewahren, Verwenden, Umarbeiten, Bekanntgeben, Archivieren oder Vernichten von Daten.
- Besonders schützenswerte Daten sind Daten über religiöse, gewerkschaftliche Ansichten und Tätigkeiten, Gesundheit, Sozialhilfe u.ä.
- Persönlichkeitsprofile sind Zusammenstellungen von Daten, die eine Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit erlaubt.

³ SR 235.11.

2. Abschnitt: Allgemeine Datenschutzbestimmungen

Im 2. Abschnitt findet sich der materielle Kern des Gesetzes. Dazu gehören insbesondere folgende Grundsätze:

- Die Datenbeschaffung muss mit rechtmässigen Mitteln erfolgen (Art. 4).
- Die Daten dürfen nicht wider Treu und Glauben erhoben werden (Art. 4).
- Die Datenbearbeitung muss verhältnismässig sein (Art. 4).
- Die Daten dürfen nur zum Zweck bearbeitet werden, der bei der Beschaffung angegeben wurde (Zweckbindung, Art. 4).
- Personendaten müssen richtig sein (Art. 5).
- Daten dürfen nicht ins Ausland bekanntgegeben werden, wenn dadurch die Persönlichkeit der betroffenen Person schwerwiegend gefährdet wird (Art. 6).
- Daten müssen vor dem Zugriff Unbefugter angemessen gesichert werden (Datensicherheit, Art. 7).
- Die betroffenen Personen haben ein weitgehendes Auskunftsrecht (Art. 8).
- Für gewisse Datensammlungen besteht eine Registrierungspflicht beim eidgenössischen Datenschutzbeauftragten. Das Register ist öffentlich.

3. Abschnitt: Bearbeiten von Daten durch Private

Der 3. Abschnitt ist für das Arbeitsverhältnis zentral. Eine Datenbearbeitung darf die Persönlichkeit der betroffenen Personen nicht widerrechtlich verletzen. D.h. insbesondere:

- Keine Bearbeitung von Daten gegen den ausdrücklichen Willen der betroffenen Person.
- Die Bekanntgabe besonders schützenswerter Daten oder Persönlichkeitsprofile an Dritte ist untersagt (Art. 12).

Von diesem Grundsatz gibt es Ausnahmen, d.h. Rechtfertigungsgründe für die Bearbeitung von Daten. Eine Bearbeitung von Daten ist nicht widerrechtlich und damit gerechtfertigt bei:

- Einwilligung des Betroffenen;
- Überwiegendem privatem oder öffentlichem Interesse;
- Gesetzlicher Vorschrift (Art. 13).

4. Abschnitt: Bearbeiten von Daten durch Bundesorgane

Im 4. Abschnitt sind die speziellen Vorschriften zusammengefasst, welche die Bundesorgane betreffen. Hinsichtlich Arbeitsverhältnis sind diese Bestimmungen ohne Bedeutung⁴.

5. Abschnitt: Eidgenössischer Datenschutzbeauftragter

Zur Kontrolle der Datenschutzgesetzgebung wurde ein eidgenössischer Datenschutzbeauftragter eingesetzt. Seine Aufgaben sind einerseits die Aufsicht der Bundesorgane. Im privaten Bereich andererseits beschränkt sich seine Aufgabe auf die Beratung privater Personen in Fragen des Datenschutzes (Art. 28).

Gemäss Art. 29 kommt dem Datenschutzbeauftragten zudem im Privatbereich eine Art Ombudsmannfunktion zu. In bestimmten Fällen ist er berechtigt zur Abklärung von Sachverhalten auf Anzeige hin, hat ein Akteneinsichtsrecht und kann Empfehlungen abgeben. Wird eine Empfehlung des Datenschutzbeauftragten nicht befolgt, kann die Frage zum Entscheid der Datenschutzkommission überwiesen werden.

6. Abschnitt: Eidgenössische Datenschutzkommission

Bei der eidgenössischen Datenschutzkommission handelt es sich um eine Schieds- und Rekurskommission im Sinne des revidierten Art. 71 des Verwaltungsverfahrensgesetzes.

⁴ Vgl. dazu HANS DANIOTH: Ziele und Grundanliegen des Datenschutzgesetzes im öffentlichen Bereich, in Rainer J. Schweizer (Hg.): Das neue Datenschutzgesetz, Zürich 1993, S. 96 ff.

Entscheide der eidgenössischen Datenschutzkommission können mittels Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 100 OG). Das bedeutet, dass wir in gewissen Bereichen auch im Privatrecht eine verwaltungsgerichtliche Kontrolle des Datenschutzes haben.

7. Abschnitt: Strafbestimmungen

Der 7. Abschnitt enthält die Strafbestimmungen. Vorsätzliche Widerhandlungen gegen die wesentlichsten Artikel des Datenschutzgesetzes werden auf Antrag mit Haft oder Busse bestraft.

8. Abschnitt: Sondervorschrift für das Arbeitsverhältnis

Hinsichtlich des Arbeitsverhältnisses ist im weiteren von Bedeutung, dass mit der Einführung des Datenschutzgesetzes die Regelungen über den Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers (Art. 328, 328a OR) durch einen Art. 328 b ergänzt wurden, welcher wie folgt lautet:

«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.»

Besondere und verschärfte Bestimmungen gelten für die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih gemäss Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG) Art. 7 Abs. 3, Art. 18 Abs. 3 sowie Verordnung Art. 19 und 47⁵.

Zweiter Teil: Datenschutz im Arbeitsverhältnis

I. Einleitung

Neben dem neuen Datenschutzgesetz und Art. 328b OR gilt es im Rahmen des Datenschutzes im Arbeitsverhältnis, weiterhin auch die allgemeinen Bestimmungen zum Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers nach Art. 328 OR zu berücksichtigen. Es ist keineswegs so, dass das neue Daten-

⁵ Vgl. MANFRED REHBINDER: Kommentar zum Arbeitsvermittlungsgesetz, Zürich 1992, Art. 7 N 5.

schutzgesetz den Daten- und Informationsschutz im Arbeitsverhältnis abschliessend regelt. Aus der Besonderheit des Arbeitsverhältnisses können sich gestützt auf Art. 328 OR weitere Schutzbedürfnisse entwickeln. Das bedeutet, dass die gesamte bisherige Lehre und Rechtsprechung (soweit sie überhaupt existent ist) zum Datenschutz im Arbeitsverhältnis, die sich aus Art. 328 OR abgeleitet haben, weiterhin von Bedeutung sind.

Unter diesen gesetzlichen Vorgaben ist der Datenschutz im Arbeitsverhältnis abzuhandeln. Es ist einleuchtend, dass gerade im Rahmen des Arbeitsverhältnisses der Datenschutz höchst aktuell ist, denn nirgendwo sonst werden so viele sensitive Daten über eine Person zusammengetragen und bearbeitet. Zu denken ist dabei an die Personaldossiers, Leistungskontrollen, Gesundheitsdaten, Daten aus dem Sozialversicherungsrecht⁶, Betriebsjustiz u.ä.

II. *Datenschutz bei der Bewerbung*

Ein Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers besteht bereits bei der Bewerbung. Bei den Unterlagen, die im Zusammenhang mit einer Bewerbung zum Arbeitgeber gelangen (durch Beilage bei der Bewerbung, Referenzauskünfte, allenfalls graphologische Gutachten etc.), handelt es sich zweifellos um Personendaten, und zwar um besonders schützenswerte Personendaten im Sinne des Datenschutzgesetzes.

Solange eine Bewerbung andauert, d.h. eine Anstellung noch offen und möglich ist, dürfen und müssen diese Daten sicher bearbeitet werden, im zulässigen Rahmen selbstverständlich. Diesbezüglich kann sich der Arbeitgeber auf den ausdrücklichen Rechtfertigungsgrund von Art. 13 Abs. 2 lit. a DSG berufen.

Wird der Bewerber dann aber abgewiesen, sind die Unterlagen dem Bewerber vollständig zurückzugeben bzw. zu vernichten, es sei denn, der Bewerber stimme einer Weiterbearbeitung ausdrücklich zu. Diese Pflicht zur Rückgabe ergibt sich aus Art. 12 und Art. 13 DSG. Ein Rechtfertigungsgrund für die weitere Bearbeitung dieser Daten ist nicht denkbar. Es han-

6 VERENA TRUTMANN: Zum Persönlichkeitsschutz im Arbeitsrecht, in Festschrift für Frank Vischer, Zürich 1983, S. 465; BB1 II 1988 S. 488.

delt sich hier um einen Anspruch, der auch bereits früher aus Art. 328 OR abgeleitet wurde⁷.

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass sich bei einer Bewerbung die Datenbearbeitung in der Regel nicht nur auf den Beizug des Bewerbungsschreibens mit Unterlagen beschränkt, sondern es erfolgen häufig Gespräche, allenfalls werden Referenzauskünfte eingeholt, zusätzliche Unterlagen wie psychologische oder graphologische Tests werden angeordnet, umfangreiche Fragebogen müssen beantwortet werden. Hier stellt sich nicht nur die Frage der Herausgabe oder Vernichtung bei einer Nichtanstellung, sondern es stellt sich auch die Frage nach der Zulässigkeit solcher Datenerhebung an und für sich. Fragen und Erhebungen, die in keinem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen, sind unzulässig. Dies ergibt sich aus Art. 328b OR und Art. 4 DSG (Verhältnismässigkeitsprinzip)⁸.

Die Besonderheiten des konkreten Arbeitsverhältnisses sind dabei immer von grosser Bedeutung, so dass allgemeingültige Aussagen schwierig sind. Im Sinne eines Überblicks kann auf die Arbeit von Rehbinder⁹ verwiesen werden. Hingegen sollen die formellen Schutzvorschriften nachfolgend behandelt werden.

Es ist bekannt, unter dem Stichwort Notwehrrecht der Lüge, dass ein Arbeitnehmer unzulässige Fragen im Rahmen der Bewerbung nicht beantworten muss bzw. sogar lügen darf. Dies ist die Antwort auf eine unzulässige Datenerhebung des Arbeitgebers. So spektakulär auch dieses Notwehrrecht der Lüge immer wieder erscheint und auch aufgenommen wird, muss man im Rahmen des schweizerischen Rechts doch berücksichtigen, dass es bei dem bei uns praktisch fehlenden Kündigungsschutz herzlich wenig nützt¹⁰. Das Datenschutzgesetz bringt nun diesbezüglich eine wesentlich neue Bestimmung, die unter Umständen, je nach Anwendung in der Praxis, auf einen effektiveren Schutz hinausläuft. Gemäss Art. 29 DSG hat der eidgenössische Datenschutzbeauftragte folgende Befugnis: Er kann von sich aus oder auf Meldung Dritter hin den Sachverhalt näher abklären,

7 ROLF HUBER: Rechtsprobleme der Personalakte, Diss. Zürich 1985, S. 59; MANFRED REHBINDER: Rechtsfragen der Bewerbung, in Wirtschaft und Recht 1983, S. 59.

8 HUBER ebd. S. 40; BERNHARD FREI: Der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers nach OR Art. 328 Abs. 1, Diss. Zürich 1982, S. 115.

9 N 7, S. 54 ff.

10 REHBINDER (N 7), S. 65.

wenn Bearbeitungsmethoden geeignet sind, die Persönlichkeit einer grösseren Anzahl von Personen zu verletzen (sog. Systemfehler).

Der eidgenössische Datenschutzbeauftragte hat somit das Recht, in privatrechtliche Vorgänge massiv einzugreifen. Diesen Eingriff gibt es nicht in Einzelfällen, sondern nur im grösseren Zusammenhang, wenn die Persönlichkeitsrechte systematisch verletzt oder bedroht sind¹¹. Solche Tatbestände kann man sich bei der Bewerbung durchaus vorstellen. Zu denken ist an zum Teil umfangreiche und ausufernde Fragebogen bei der Bewerbung, an serienmässige psychologische Tests mit sehr intimen Fragen. Solche Daten werden vor allem in Grossbetrieben häufig systematisch erhoben¹². Hier besteht nun gestützt auf das Datenschutzgesetz die Möglichkeit, den eidgenössischen Datenschutzbeauftragten einzuschalten.

Stellt der Datenschutzbeauftragte einen Verstoß gegen das Datenschutzgesetz fest, z.B. durch unzulässige Fragebogen, so kann er gemäss Art. 29 DSG Empfehlungen abgeben, z.B. Streichen gewisser Fragen aus einem Fragebogen. Werden diese Empfehlungen nicht befolgt, kann der Datenschutzbeauftragte noch einen Schritt weitergehen und die Angelegenheit der eidgenössischen Datenschutzkommission vorlegen. Die eidgenössische Datenschutzkommission kann einen verbindlichen Entscheid fällen, der an das Bundesgericht weiterziehbar ist¹³. In Einzelstreitigkeiten ist dieses Vorgehen dagegen nicht möglich. Vereinzelt Fragen nach Gewerkschaftszugehörigkeit, Kinderkrankheiten u.ä. müssen nach wie vor mittels dem Notwehrrecht der Lüge pariert werden.

Beizufügen ist, dass nach dem DSG nun auch der abgewiesene Bewerber ein Auskunftsrecht hinsichtlich der anlässlich der Bewerbung bearbeiteten Daten hat. Dadurch kann er unter Umständen Aufschluss über den Grund der Abweisung erhalten.

11 RAINER J. SCHWEIZER: Die Aufsicht über die privaten Datenbearbeitungen und die Beschwerdemöglichkeiten privater Bearbeiter und betroffener Personen gegen Aufsichtsentscheide, in ders. (N 4), S. 91 ff.

12 Vgl. Der schweizerisch Beobachter vom 10. Dezember 1993, S. 68 ff.

13 Art. 97 ff. bzw. Art. 100 Satz 1 OG.

III. Datenschutz während des Arbeitsverhältnisses

1. Umfang der Datenerhebung

Gehen wir nun einen Schritt weiter und kommen zum Datenschutz während des Arbeitsverhältnisses. Hier stellt sich als erstes die Frage nach dem zulässigen Inhalt eines Personaldossiers. Das Anlegen und Führen von Personalakten und Personaldossiers stellt ein Bearbeiten von Personendaten, in der Regel besonders schützenswerter Personendaten und Persönlichkeitsprofilen im Sinne des Datenschutzgesetzes dar. Von Bedeutung ist dabei, dass das Datenschutzgesetz sogenannt technikneutral ausgestaltet ist¹⁴. Mit welchen Mitteln und Verfahren Personendaten bearbeitet werden, ist unerheblich. Auch Videoaufnahmen, Türkontrollen u.ä. gehören zur Datenbearbeitung.

Welche Personendaten bearbeitet werden dürfen und welche nicht, ist auch im Datenschutzgesetz nur im Rahmen einer Generalklausel geregelt. Nach Art. 4 DSG hat die Bearbeitung nach Treu und Glauben zu erfolgen und muss verhältnismässig sein. Diese Bestimmung und Art. 328b OR sagen nicht mehr aus als bisher Art. 328 OR und die daraus abgeleitete Lehre und Rechtsprechung¹⁵. Welche Daten im Rahmen des Arbeitsverhältnisses bearbeitet werden dürfen, wird deshalb weiterhin kontrovers bleiben. Zu denken ist an gewisse psychologische Tests, Videoüberwachung, Leistungskontrollen, Telefonüberwachung, Türkontrollen etc.¹⁶. Geändert hat sich im Hinblick auf die bisherige Rechtslage lediglich, was bereits ausgeführt wurde: Unzulässige Datenbearbeitung hinsichtlich einer grösseren Anzahl von Personen, Systemfehler können dem Datenschutzbeauftragten vorgelegt werden. Diesbezüglich ist zu hoffen, dass sich im Rahmen des Arbeitsrechts eine gewisse Praxis hinsichtlich zulässiger Datenerhebungen entwickelt.

14 LILI NABHOLZ: Entstehung und Grundanliegen des Datenschutzgesetzes, in: Schweizer (N 4), S. 4.

15 URS BELSER: Das Recht auf Auskunft, die Transparenz der Datenbearbeitung und das Auskunftsrecht, in: Schweizer (N 4), S. 65; MARKUS SCHLEUCHTER-MANN: Das neue Datenschutzgesetz des Bundes, in: Schweizerische Versicherungs-Zeitschrift 1993 (61), S. 64.

16 Zur Videoüberwachung vgl. den Entscheid des Tribunal cantonal du Jura in JAR 1990, S. 187 ff.

2. Richtigkeit der Daten

Neben der Frage des Umfangs der Datenerhebung stellt sich als zweites auch die Frage nach der Richtigkeit der Daten im Rahmen eines Personaldossiers. Hier finden wir im Datenschutzgesetz eine klare Bestimmung in Art. 5:

«¹ Wer Personendaten bearbeitet, hat sich über deren Richtigkeit zu vergewissern.

² Jede betroffene Person kann verlangen, dass unrichtige Daten berichtigt werden.»

Falsche Daten können berichtigt werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass alte Daten sich oft überleben und dadurch unrichtig werden. Das Personaldossier ist deshalb auch systematisch zu erneuern¹⁷.

Zur Berichtigung und Wiedergutmachung steht die ganze Palette der Rechtsbehelfe nach Art. 28 ff. ZGB zur Verfügung, das sind Feststellungsklage, Unterlassungsklage, Beseitigungsklage, Gegendarstellungsrecht, Schadensersatzklage, Genugtuungsklage, vorsorgliche Massnahmen. Art. 15 DSG verweist ausdrücklich auf die Rechtsansprüche gemäss Art. 28 a-1 ZGB¹⁸.

3. Auskunftsrecht

Die ganze Palette der Klagemöglichkeiten nach Art. 28 f. ZGB nützt natürlich nur etwas, wenn der Arbeitnehmer auch tatsächlich in Erfahrung bringen kann, welche Daten über ihn bearbeitet werden. Eine diesbezüglich selbständige Informationspflicht des Arbeitgebers und einen Benachrichtigungsanspruch des Arbeitnehmers statuiert das Datenschutzgesetz nicht. Ob dies aus Art. 328 OR abgeleitet werden kann, ist umstritten¹⁹. Dagegen findet sich in Art. 8 DSG ein weitgehendes Auskunftsrecht. Danach kann jede Person vom Inhaber einer Datensammlung Auskunft darüber verlangen, ob Daten über sie bearbeitet werden. Im Arbeitsverhältnis ist es prak-

17 MANFRED REHBINDER: Berner Kommentar VI 2/2/1, 1985, OR 328 N 15; HUBER (N 7), S. 107.

18 MARIO M. PEDRAZZINI: Der Rechtsschutz der betroffenen Personen gegenüber privaten Bearbeitern (Klagen, vorsorgliche Massnahmen, Gerichtsstand), in: Schweizer (N 4), S. 82 ff.

tisch eine Selbstverständlichkeit, dass Personendaten bearbeitet werden und bearbeitet werden müssen. Darüberhinaus muss der Arbeitgeber der betroffenen Person aber auch alle über sie in der Datensammlung vorhandenen Daten mitteilen. Es besteht somit ein umfassendes inhaltliches Auskunftsrecht.

Der bundesrätliche Entwurf hatte für das Arbeitsverhältnis mehr vorgesehen, nämlich ein direktes Einsichtsrecht in die Akten²⁰. Damit wollte man einem allfälligen Missbrauch (Führen eines parallelen Personaldossiers) vorgeifen. Im Rahmen der parlamentarischen Beratung ist diese Bestimmung dann gefallen. Die Gefahr, dass beim Auskunftsrecht gewisse Daten einfach unterschlagen werden, bleibt somit bestehen. Es muss allerdings berücksichtigt werden, dass auch mit einem Einsichtsrecht nicht jeder Missbrauch ausgeschaltet werden kann. Auch hier wäre das Führen von Paralleldossiers möglich. Verstärkt wird das Auskunftsrecht durch die Kompetenz des Datenschutzbeauftragten, Abklärungen vorzunehmen wenigstens hinsichtlich von Systemfehlern. Hier steht dem Datenschutzbeauftragten ein Akteneinsichtsrecht zu²¹.

Einschränkungen des Auskunftsrechts (Art. 9). Eine Verweigerung des Auskunftsrechts ist möglich, sofern ein formelles Gesetz dies vorsieht und wegen überwiegender Interessen eines Dritten. Die Interessen des Arbeitgebers fallen nicht darunter und rechtfertigen eine Verweigerung der Auskunft nie. Hinsichtlich der Personalakte ist damit die Verweigerung weitgehend ausgeschlossen, da das Interesse eines Dritten an Geheimhaltung das Interesse des betroffenen Arbeitnehmers an der Auskunft kaum je überwiegen dürfte. Insbesondere hinsichtlich betriebsinterner Meldungen oder Qualifikationsberichte besteht Auskunftspflicht²².

Die Auskunft ist schriftlich und kostenlos zu erteilen. Einsicht oder mündliche Orientierung können vereinbart werden (VO Art. 1). Eine allfällige Verweigerung muss begründet werden. Durchgesetzt werden kann das

19 Bejahend: HUBER (N 7), S. 144; FREI (N 8), S. 139; verneinend: TRUTMANN (N 6), S. 467 f.

20 BBl II 1988 S. 488/528; zum Akteneinsichtsrecht allg. vgl. ALEXANDER DUBACH: Das Recht auf Akteneinsicht, Zürich 1990.

21 DSG Art. 27 Abs. 3; Schweizer (N 11), S. 99.

22 URS NEF: Aktuelle Probleme des Persönlichkeitsschutzes im arbeitsrechtlichen Rechtsverhältnis, in: Zeitschrift für schweizerisches Recht 92 (1973) I S. 360.

Auskunftsrecht in einem raschen, summarischen Gerichtsverfahren (Art. 15).

4. *Besondere Fragen während der Dauer des Arbeitsverhältnisses*

a) *Datensicherheit*

Für die Arbeitgeber ist die Bestimmung von Art. 7 DSG von Bedeutung. Danach müssen Personendaten durch angemessene technische und organisatorische Massnahmen gegen unbefugtes Bearbeiten geschützt werden. Ein Arbeitgeber hat somit dafür zu sorgen, dass Unbefugte keinen Zutritt und keine Einsicht in Personaldossiers haben. In der fehlenden Datensicherheit ist ein Systemfehler zu erblicken, was beim Datenschutzbeauftragten gerügt werden kann²³.

b) *Registrierung*

Wichtig für die Arbeitgeber ist die Frage, ob und wann die Personalakten registriert werden müssen. Gemäss Art. 11 DSG führt der eidgenössische Datenschutzbeauftragte ein Register der Datensammlungen. Private Personen, die regelmässig besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile bearbeiten, müssen diese Sammlungen beim Datenschutzbeauftragten anmelden, wenn für das Bearbeiten keine gesetzliche Pflicht besteht und die betroffenen Personen davon keine Kenntnis haben.

Diese Bestimmung ist von eminenter Bedeutung für die Personalakte. Bei den Personaldaten eines Betriebes handelt es sich um besonders schützenswerte Personendaten und Persönlichkeitsprofile. Für den Grossteil der Daten besteht keine gesetzliche Pflicht zur Bearbeitung, zu denken ist an psychologische Tests, graphologische Tests, Eignungstest, Qualifikationen etc. Diese Datensammlungen müssen gemeldet werden, es sei denn, den betroffenen Personen wird von der Datensammlung und deren Umfang Kenntnis gegeben.

23 Vgl. GABRIEL AUBERT: Quatre cents arrêts sur le contrat de travail, Lausanne 1984, Nr. 169.

Daraus wird ersichtlich, dass aus dieser Bestimmung indirekt eine gewisse Art von Informationspflicht für die Arbeitgeberseite resultiert. Wenn eine Registrierung vermieden werden soll, muss der Arbeitgeber informieren. Dabei muss er das System und den Umfang der Datensammlung bekanntgeben. Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf Information darüber, welche Daten während des Arbeitsverhältnisses erhoben werden. Die Information kann bei der Anstellung gegeben werden, allenfalls durch eine interne Mitteilung am Anschlagbrett²⁴. Bei wesentlichen Änderungen sind die Arbeitnehmer ebenfalls zu orientieren.

c) *Bekanntgabe von Daten ins Ausland*

Eine besondere Bestimmung im Datengesetz findet sich bei der Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland. Personendaten dürfen ins Ausland nicht bekanntgegeben werden, wenn im betreffenden Land ein Datenschutz fehlt, der dem schweizerischen Recht nicht gleichwertig ist (Prinzip der Gleichwertigkeit). Der Datenschutzbeauftragte hat eine entsprechende Länderliste zu veröffentlichen. Datensammlungen, die ins Ausland übermittelt werden, müssen dem eidgenössischen Datenschutzbeauftragten vorher gemeldet werden, wenn die betroffene Person davon keine Kenntnis hat. Zu denken ist hier etwa an das Erstellen einer Lohnbuchhaltung und Lohnabrechnung im Ausland.

Diese Bestimmungen sind vor allem von Bedeutung für internationale Konzerne. Auch konzernintern gilt diese einschränkende Regelung für die Datenübermittlung ins Ausland²⁵. Der Arbeitgeber im Rahmen eines internationalen Konzerns muss sich somit zwischen Meldepflicht an den Datenschutzbeauftragten oder an den Arbeitnehmer entscheiden. Das zweite ist wohl das einfachere. In gewisse Länder kann kein Datentransfer stattfinden.

24 Botschaft BBl 1988 II 457.

25 JEAN-PHILIPPE WALTER: Grenzüberschreitende Datenflüsse, in: Schweizer (N 4), S. 123.

IV. Probleme nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Hinsichtlich des Datenschutzes stellen sich nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor allem zwei brisante Probleme, nämlich die Frage des Herausgabe- und Vernichtungsanspruchs und die Frage der Referenzerteilung ohne Einwilligung des betroffenen Arbeitnehmers. Es handelt sich hier um alte Streitfragen, welche die Lehre schon auf dem Hintergrund von Art. 328 OR immer wieder beschäftigt haben.

1. Herausgabe- und Vernichtungsanspruch

Als Ausgangspunkt müssen wir uns vorerst einmal vor Augen führen, wozu ein Arbeitgeber nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses die Personaldaten, welche regelmässig besonders schützenswerte Daten und Persönlichkeitsprofile enthalten, überhaupt noch braucht. Er braucht sie sicher für die Erstellung eines ausführlichen Zeugnisses nach Art. 330a OR. Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf Ausstellung eines ausführlichen Zeugnisses nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses mindestens bis zum Eintritt der Verjährung. Gleich angefügt werden muss hier aber, dass der Arbeitnehmer auf diesen Anspruch nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses selbstverständlich verzichten kann. Verlangt er die Vernichtung von Personalakten, so liegt darin immanent auch ein Verzicht auf ein ausführliches Zeugnis.

Notwendig kann die Aufbewahrung von Personalakten auch hinsichtlich der verschiedenen Sozialversicherungen und Auskunftspflicht gegenüber Behörden sein. Ein Interesse an einer weiteren Aufbewahrung besteht auch bei Vorliegen von Rechtsstreitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis.

Mit dieser Umschreibung ist abgesteckt, inwieweit die Bearbeitung von Personendaten nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses noch zulässig ist. Wir müssen davon ausgehen, dass nach Beendigung des Arbeitsvertrages, das ist selbstverständlich, zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer kein Vertragsverhältnis besteht. Nach Art. 12 und 13 DSG dürfen somit Personendaten gegen den ausdrücklichen Willen des Betroffenen nicht mehr bearbeitet werden, es sei denn, es besteht der Rechtfertigungsgrund des überwiegenden privaten oder öffentlichen Interesses. Ein Interesse des Arbeitgebers an einer Weiterbearbeitung der Personaldaten nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses besteht nur in Ausnahmefällen (offene Rechtsstreitig-

keiten). Ein öffentliches Interesse besteht hinsichtlich der für die Sozialversicherung relevanten Daten.

Daraus ergibt sich, dass für einen grossen Teil von Personaldaten wie graphologische Gutachten, Eignungstests, Qualifikationsberichte, psychologische Tests u.ä. kein privates und öffentliches Interesse an einer Weiterbearbeitung besteht. Daraus ist der zwingende Schluss zu ziehen, dass dem Arbeitnehmer gestützt auf Art. 12 und 13 DSG in der Regel ein Vernichtungsanspruch zusteht²⁶. Aufgrund des ihm zustehenden Auskunftsrechts kann der Arbeitnehmer auch feststellen, ob nach der Auflösung des Arbeitsverhältnisses über ihn noch besonders sensitive Daten bearbeitet werden, welche hinsichtlich des öffentlichen und privaten Interesses völlig irrelevant sind.

2. Referenzauskünfte

Das zweite nicht weniger brisante Problem ist die Frage, ob der Arbeitgeber nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Referenzauskünfte erteilen kann ohne Zustimmung des ehemaligen Arbeitnehmers oder sogar gegen dessen ausdrücklichen Willen.

Die Auffassungen zu dieser Frage sind gespalten, und eine Rechtsprechung existiert nicht. Ein Teil²⁷ hat bisher bereits gestützt auf Art. 328 OR und insbesondere auch auf die Bestimmung von Art. 330a OR Abs. 2 (Arbeitsbestätigung) die Auffassung vertreten, Referenzauskünfte gegen den Willen des ehemaligen Arbeitnehmers seien nicht zulässig. Insbesondere die Vorschrift betreffend Zeugnis besagt, dass der Arbeitgeber sich auf Wunsch des Arbeitnehmers auf eine Arbeitsbestätigung beschränken muss. Daraus kann abgeleitet werden, dass der Arbeitgeber gegen den Willen des Arbeitnehmers nichts mehr über das Arbeitsverhältnis gegenüber Dritten verlauten lassen darf. Andere Autoren²⁸ vertreten die Auffassung, Auskünfte dürften auch ohne Einverständnis des Arbeitnehmers gegeben werden, wenn der Empfänger ein berechtigtes Interesse daran habe. Auf dem

26 Vgl. HUBER (N 7), S. 135 f.; NEF (N 22), S. 360.

27 HUBER ebd. S. 143; NEF ebd. S. 362 f.

28 REHBINDER (N 17), Art. 330a OR, N 27; ADRIAN STÄEHELIN: Zürcher Kommentar 1984, Art. 328 OR, N 9; FRANK VISCHER: Arbeitsvertrag, in Schweizerisches Privatrecht VII/2 Basel 1977, S. 350; TRUTMANN (N 6).

Hintergrund des neuen Datenschutzgesetzes ist diese Meinung nicht mehr haltbar.

Der bundesrätliche Entwurf zum Datenschutzgesetz sah ursprünglich für das Arbeitsverhältnis diesbezüglich eine besondere Bestimmung vor, indem Art. 328b OR wie folgt hätte ergänzt werden sollen:

«Abs. 2: Der Arbeitgeber darf Dritten Auskünfte über den Arbeitnehmer nur erteilen, wenn eine gesetzliche Vorschrift dies erlaubt oder der Arbeitnehmer zugestimmt hat»²⁹.

Der Ständerat hat diese Ergänzung von Art. 328b OR dann gestrichen³⁰, und im Rahmen des Bereinigungsverfahrens hat der Nationalrat dieser Streichung letztendlich zugestimmt mit der Begründung, die Unzulässigkeit von Referenzauskünften gegen den Willen des Arbeitnehmers ergebe sich bereits aus dem Datenschutzgesetz³¹. Und tatsächlich verhält es sich so, dass gemäss Art. 12 DSG besonders schützenswerte Personendaten und Persönlichkeitsprofile Dritten nicht bekanntgegeben werden dürfen ohne Einwilligung des Betroffenen, es sei denn, ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse rechtfertige die Auskunft. Bloss berechnete Interessen Dritter genügen nicht mehr. Ein überwiegendes privates Interesse des zukünftigen Arbeitgebers an einer Referenzauskunft ohne Einverständnis des Arbeitnehmers ist nur in Ausnahmefällen denkbar, z.B. ein Kassier begeht eine Veruntreuung und bewirbt sich wieder als Kassier u.ä. Generell und im Normalfall kann jedoch davon ausgegangen werden, dass Referenzauskünfte ohne Einverständnis des Arbeitnehmers nach geltendem Datenschutzgesetz unzulässig sind. Der Arbeitnehmer hat hier den doppelten Schutz von Art. 12 Ziff. 2 lit. b und c DSG. Diese Auffassung wurde auch im Rahmen der parlamentarischen Beratung von der Kommissionspräsidentin Frau Nabholz ganz deutlich hervorgehoben.

«Es soll aber deutlich gemacht werden, dass wir, wenn wir der Streichung des Ständerats zustimmen, keineswegs beabsichtigen, hinter die Regelung des Obligationenrechts oder gar hinter die Gerichtspraxis in dieser Frage zurückzufallen. Insofern sind die Befürchtungen der Vertreter der Minderheit wahrscheinlich nicht am Platze. Was passiert, wenn wir der Streichung zustimmen? Der Persönlichkeitsschutz der

29 BBI II 1988 S. 528.

30 AmtlBull SR 1990, S. 161.

31 AmtlBull NR 1992, S. 392.

Arbeitnehmer fällt damit nicht einfach aus Abschied und Traktanden, sondern es ist darauf zu verweisen, dass wir in diesem Gesetz auch einen Artikel 9 haben (heute Art. 12), wo der allgemeine Grundsatz enthalten ist, der besagt, dass jemand, der ausdrücklich nicht wünscht, dass ihn betreffende Daten weitergegeben werden, das untersagen kann. Diese Bestimmung gilt selbstverständlich auch für das Arbeitsverhältnis. Gibt also jemand in einem Betrieb bekannt, dass er nicht wünscht, dass seine Daten aus dem Arbeitsverhältnis an Dritte weitergegeben werden, kann er sich auf Art. 9 stützen. Er kann dies nicht nur während des laufenden Arbeitsverhältnisses tun, sondern auch beim Ausscheiden aus dem Betrieb. Die Ausführungen von Bundesrat Koller in der Kommission haben die Mehrheit dazu bewogen, nun dem Ständerat zu folgen in der Meinung, dass der Schutz des Arbeitnehmers auch durch Art. 9 gegeben ist.»

V. Schlussbemerkung

In den ersten Publikationen zum neuen Datenschutzgesetz wurde Art. 328b OR, der den Datenschutz im Arbeitsverhältnis verbessern soll, bereits als Normeneinbruch bezeichnet, und es wurde ausgeführt, dass das Datenschutzgesetz für das Arbeitsverhältnis nicht viel bringe³².

Diese Auffassung ist m.E. nicht zutreffend. Sicher bringt Art. 328b als Ergänzung zum Art. 328 OR nichts Neues. Wenn wir die Lehre verfolgen, so stellen wir auch fest, dass die wesentlichen materiellen Grundsätze des DSG für das Arbeitsverhältnis bereits aus Art. 328 OR abgeleitet wurden. Allerdings handelte es sich dabei immer um nicht unbestrittene Interpretationen, eine Rechtsprechung in der Schweiz fehlt fast vollständig.

Das neue Datenschutzgesetz konkretisiert m.E. den Datenschutz im Arbeitsverhältnis in wesentlicher Hinsicht. Zu denken ist an die Regelung des Auskunftsrechts, des Datentransfers ins Ausland, der Registrierungspflicht, die Vorschriften über das Bearbeiten gemäss Art. 12 und 13 DSG und an den doch umfangreichen und aller Voraussicht nach auch wirkungsvollen Rechtsschutz über Art. 15 des Datenschutzgesetzes sowie über den Datenschutzbeauftragten und die Datenschutzkommission. Das neue Daten-

32 BELSER (N 15), S. 65.

schutzgesetz wird im Arbeitsverhältnis hinsichtlich des Datenschutzes einiges in Bewegung bringen.