

# Der Datenschutz im Arbeitsverhältnis

*Stefan Rieder, M.A.HSG in Law*

## I. Einleitung

Durch die Sammlung und Bearbeitung von Personendaten wird regelmässig die Persönlichkeit der betroffenen Personen tangiert. Aus diesem Grund schützt das Datenschutzgesetz auch nicht die Daten, sondern die Persönlichkeit der betroffenen Personen. Die Bearbeitung von Personendaten ist grundsätzlich im privatrechtlichen Bereich zulässig, allerdings darf sie nicht zu einer Persönlichkeitsverletzung führen. Das Datenschutzgesetz stellt Regeln und Grundsätze auf, wie und in welchem Umfang Daten bearbeitet werden dürfen. Sowohl im Bewerbungsprozess als auch während dem Arbeitsverhältnis werden personenbezogene Daten in grossem Umfang und in der Regel während langer Zeit erhoben und bearbeitet. Im Arbeitsrecht hält Artikel 328b OR explizit fest, dass der Arbeitgeber Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten darf, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich sind. Die Datenbearbeitung im Arbeitsverhältnis wird also auf die Fälle mit Arbeitsplatzbezug beschränkt, so dass eine Datenbearbeitung ohne oder mit unzureichendem Arbeitsplatzbezug unzulässig ist. Nach einer kurzen Darstellung der Begriffe und Grundsätze des Datenschutzrechtes, werden nachfolgend im Sinn eines Überblickes einige datenschutzrechtliche Aspekte bei der Bewerbung, während dem Arbeitsverhältnis und bei Beendigung desselben dargestellt.

## II. Grundlagen des Datenschutzrechtes

### 1. Begriffe

Das Datenschutzgesetz (DSG) definiert als *Personendaten* "alle Angaben, die sich auf bestimmte oder bestimmbare Personen beziehen". Geschützt sind also alle Daten, aufgrund derer eine Person ohne besonderen Aufwand identifiziert werden kann. Dabei sind sowohl Tatsachenfeststellungen wie zum Beispiel das Alter und das Geschlecht als auch Werturteile im Zusammenhang mit der Arbeitsleistung als Daten zu qualifizieren. Angaben gelten nur dann nicht als Daten im Sinn des Datenschutzgesetzes, wenn diese keinen erkennbaren Bezug zu einer bestimmten Person haben. Neben den Personendaten als solche sieht das Datenschutzgesetz zwei spezielle Kategorien von Personendaten vor, die aufgrund ihrer Qualität besonders geschützt sind. Daten über die religiösen, weltanschaulichen, politischen oder gewerkschaftlichen Ansichten oder Tätigkeiten, die Gesundheit, die Intimsphäre oder die Rassenzugehörigkeit, Massnahmen der sozialen Hilfe, sowie administrative oder strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen unterstehen als *besonders schützenswerte Personendaten* einem besonderen Schutz (Informationspflicht der betroffenen Person bei der Beschaffung nach Art. 7a DSG). Davon ebenfalls betroffen sind *Persönlichkeitsprofile*. Darunter sind Zusammenstellungen von Daten, die eine Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit einer natürlichen Person

erlauben, zu verstehen. Genau diese beiden Kategorien von Daten sind im Arbeitsverhältnis von besonderer Bedeutung, zumal ein Personaldossier regelmässig zahlreiche Angaben aus diesen beiden Kategorien enthalten können. Ein Arbeitszeugnis stellt beispielsweise ein Persönlichkeitsprofil dar.

Als *Datenbearbeitung* gilt nach Art. 3 lit. e DSGVO jeder Umgang mit Personendaten, insbesondere das Beschaffen, Aufbewahren, Verwenden, Bekanntgeben, Archivieren oder Vernichten(!) von Daten. Die Bestimmungen des DSGVO richten sich an den Dateninhaber, also an den Arbeitgeber.

## 2. Grundsätze des Datenschutzes

Ein Dateninhaber muss verschiedene, im DSGVO statuierte Pflichten beachten:

- Daten dürfen nur *rechtmässig beschafft* werden (Art. 4 Abs. 1 DSGVO). Eine heimliche oder unter Zwang erfolgte Beschaffung ist also nicht zulässig.
- Die Bearbeitung von Daten muss nach *Treu und Glauben* erfolgen, d.h. die betroffene Person muss wissen, dass und welche Daten über sie bearbeitet werden (Art. 4 Abs. 2 DSGVO).
- Die Bearbeitung muss *verhältnismässig* sein (Art. 4 Abs. 2 DSGVO), d.h. es dürfen nur so viele Daten wie nötig und nur so wenige wie möglich bearbeitet werden. Wie viele Daten notwendig sind, darf jedoch nicht von der subjektiven Neugier des Arbeitgebers abhängen. Eine allgemeine Datenerhebung über die Familie oder anderweitig verbundene Drittpersonen des Arbeitnehmers, die Lebensgewohnheiten, die Glaubensansichten, den allgemeinen Gesundheitszustand und dergleichen sind grundsätzlich unzulässig.
- Personendaten dürfen *nur zum ursprünglich angegebenen Zweck* bearbeitet werden. Dieser Zweck muss für die betroffene Person bereits bei Datenerhebung erkennbar sein (Art. 4 Abs. 3 und 4 DSGVO).
- Der Dateninhaber muss sicherstellen, dass die Daten *richtig* sind (Art. 5 DSGVO). Die betroffenen Personen haben ein Berichtigungsrecht (Art. 5 Abs. 2 DSGVO) sowie ein *Recht auf Auskunft* über die gesammelten Daten (Art. 8 DSGVO).
- Der Dateninhaber muss geeignete *technische und organisatorische Massnahmen* treffen, um die Daten vor unbefugtem Bearbeiten zu schützen (Art. 7 DSGVO).

Das Arbeitsrecht konkretisiert in Art. 328b OR einerseits die Gründe, die einen Arbeitgeber zur Datenbearbeitung berechtigen, und schränkt andererseits die Datenbearbeitungen ein. Der Arbeitgeber darf nur Daten bearbeiten:

- soweit sie die Eignung der Arbeitnehmer für das Arbeitsverhältnis betreffen, oder
- soweit sie zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind.

Der Arbeitgeber darf also nur arbeitsplatzbezogene Daten sammeln. Hierfür bedarf er allerdings keine Einwilligung durch den Arbeitnehmer.

### III. Datenschutz und Bewerbung

Ob ein Arbeitnehmer für eine zu besetzende Stelle geeignet ist oder nicht, wird in der Regel im Bewerbungsverfahren evaluiert. Für den Arbeitgeber stellt sich hinsichtlich des Bewerbungsverfahrens die Frage, was für *Informationen* er vom Bewerber verlangen darf. Was für Fragen im Bewerbungsverfahren erlaubt sind, hängt grundsätzlich von der konkreten zu besetzenden Stelle ab. Bei Stellen ohne besondere Verantwortung oder Kompetenzen dürfen grundsätzlich nur Informationen betreffend der Eignung des Bewerbers (berufliche Ausbildung und Erfahrung). Sobald der Bewerber im Unternehmen aber eine Stelle mit gewisser Verantwortung - namentlich eine Führungsposition - einnehmen würde, dürfen weitergehende Informationen erhoben werden. Informationen betreffend die persönlichen Verhältnisse dürfen wenn überhaupt nur mit grosser Zurückhaltung erhoben werden und es muss zwingend ein Arbeitsplatzbezug bestehen (beispielsweise Vorstrafen im Vermögensbereich bei einem Bankangestellten oder Verkehrsdelikte bei einem Chauffeur).

Für den Fall, dass der Arbeitgeber im Rahmen des Bewerbungsverfahrens zu weitgehende Informationen verlangt, steht dem Bewerber das "Recht der Notlüge" zu, weil eine Verweigerung der Antwort die Chance auf den Zuspruch der Stelle massiv verringern dürfte. Solche Notlügen dürfen dem Arbeitnehmer später nicht entgegengehalten werden.

Beim Umgang *mit den Bewerbungsunterlagen* muss beachtet werden, dass diese grundsätzlich im Eigentum des Bewerbers stehen. Aufgrund des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit bei der Datenbearbeitung gilt sowohl bei Bewerbungen auf eine Stellenanzeige als auch bei Blindbewerbungen folgendes:

- Bewerbungsunterlagen dürfen nur von den zuständigen Personen (Personalabteilung sowie der Vorgesetzte) eingesehen werden. Kommt der Bewerber für die ausgeschriebene Stelle nicht in Frage, ist er aber für eine andere Stelle einer verbundenen Gesellschaft (bsw. Tochtergesellschaft) geeignet, so bedarf es zur Weiterleitung der Unterlagen die Zustimmung des Bewerbers.
- Die Bewerbungsunterlagen müssen sorgfältig aufbewahrt werden und müssen dem Bewerber im Fall einer Absage zurückgesendet oder gar vernichtet werden, sofern der Bewerber die Rücksendung ablehnt.

*Eignungstests* wie psychologische oder graphologische Gutachten und sogenannte *Assessments* dürfen nur durch Fachpersonen und nach entsprechender Information über Zweck und Methode mit Einwilligung des Bewerbers durchgeführt werden. Auch im Rahmen solcher weitergehenden Evaluierungsprozesse muss immer ein Arbeitsplatzbezug bestehen, d.h. Eignungstests und Assessments dürfen nicht dazu dienen, unzulässige Fragen zu stellen bzw. unzulässige Informationen zu erheben. Die Abklärungen durch den Arbeitgeber müssen sich auf die Arbeitsplatztauglichkeit beschränken.

#### IV. Datenschutz während dem Arbeitsverhältnis

Im Rahmen der Bearbeitung - insbesondere bei der Beschaffung - von besonders schützenswerten Personendaten und Persönlichkeitsprofilen ist der Datenbearbeiter nach Art. 7a DSG zur *Information* gegenüber der betroffenen Person *verpflichtet*. Angaben über Arbeitnehmer fallen regelmässig in eine oder sogar in beide dieser Kategorien, so dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer darüber informieren muss. Der Einfachheit halber geschieht dies durch einen Hinweis im Arbeitsvertrag bzw. in den Allgemeinen Anstellungsbedingungen.

Während dem Arbeitsverhältnis werden diverse Daten bearbeitet und im *Personaldossier* gespeichert. Grundsätzlich dürfen im Arbeitsverhältnis nur Daten bearbeitet werden, soweit dies zur *Durchführung des Arbeitsvertrags* erforderlich ist. Dies gilt insbesondere für administrative Belange wie beispielsweise bei der Erfüllung der gesetzlichen Pflichten gegenüber Sozialversicherungen und Behörden. Für solche Belange dürfen ohne weiteres persönliche Angaben wie Namen, Adresse, Geburtsdatum, Bürgerort und Nationalität und administrativ notwendige Angaben wie AHV-Nummer, Lohnkontonummer, Zivilstand und Kinder bearbeitet werden. Weiter zulässig ist die Erhebung von Daten betreffend der konkreten Arbeit, insbesondere über bisher ausgeführte Arbeiten, Weiterbildungen und interne Funktionen. Aber auch Daten die zur Kontrolle dienen, ob der Arbeitnehmer erteilte Weisungen und gesetzliche Vorschriften einhält, können erhoben werden. Überwachungs- und Kontrollsysteme, welche das Verhalten des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz überwachen sollen, sind jedoch unzulässig. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, dem Arbeitnehmer jederzeit auf Verlangen hin oder am Ende des Arbeitsverhältnisses ein Arbeitszeugnis auszustellen. Diese Pflicht erlaubt es dem Arbeitgeber, dass er Dokumente mit Angaben über die Leistung und das Verhalten des Arbeitnehmers (bsw. Bewertungsbögen) langfristig aufzubewahren. Besteht Uneinigkeit über bestimmte Angaben hinsichtlich der Leistungsbewertung, muss ein entsprechender Vermerk in das Personaldossier aufgenommen werden.

Der Arbeitnehmer hat ein *Auskunftsrecht*, d.h. er kann jederzeit Auskunft darüber verlangen, welche Daten über ihn gesammelt werden und welches deren Herkunft ist. Zudem besitzt er ein Lösungs- bzw. Korrekturanpruch betreffend Daten, die der Arbeitgeber nicht erheben darf oder die falsch sind.

Das Personaldossier muss sicher aufbewahrt werden und es ist sicherzustellen, dass lediglich berechnete und zuständige Mitarbeiter (Personalabteilung sowie Vorgesetzter) darauf Zugriff haben. Bei kleineren Unternehmen ist es nicht unüblich, dass bestimmte Daten zur Bearbeitung an Dritte weitergegeben werden (bsw. externe Buchhaltung) oder aber im Konzern die Datenbearbeitung hinsichtlich Personal- und Lohndaten von einer zentralen Stelle übernommen wird. Hierbei handelt es sich um eine *Bekanntgabe der Daten an Dritte*, welche gemäss Art. 10a DSG grundsätzlich zulässig ist, wenn diese auf einer vertraglichen Grundlage beruht. Zu beachten ist, dass eine Weitergabe bereits bei einer blossen Zugriffsgewährung vorliegt. Die Daten müssen also nicht auf einem Datenträger übergeben oder anderweitig bekannt gegeben werden. Der Dritte darf - unabhängig davon wie nahe dieser dem ursprünglichen Dateninhaber steht - die Daten nur in dem Umfang bearbeiten, wie es auch dem Arbeitgeber erlaubt wäre. Eine Datenbearbeitung zu einem anderen Zweck ist unzulässig. Der Arbeit-

geber ist verpflichtet, dafür zu sorgen, dass der Dritte die Sicherheit der Daten gewährleistet. Die Verantwortung für die zweckmässige Bearbeitung der Daten sowie für die Sicherheit der Daten bleibt trotz Weitergabe beim Arbeitgeber. Aus diesem Grund muss der Arbeitgeber genügend Sorgfalt bei der Auswahl, Instruktion und Überwachung des Dritten aufwenden. Im Rahmen der Informationspflichten bei besonders schützenswerten Daten oder bei Persönlichkeitsprofilen (Art. 7a DSG) ist die Bekanntgabe der Daten an Dritte dem Arbeitnehmer mitzuteilen. Dabei muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer über die Kategorie der Datenempfänger (Buchhalter, Behörden, andere Gruppengesellschaften etc.), nicht aber über Name und Adresse des Empfängers, informieren.

Eine Weitergabe der Daten an Dritte ist aber nur problemlos möglich, wenn diese nicht grenzüberschreitend ist. Sobald sich die Personalverwaltung im Ausland befindet, ist eine Weitergabe der Daten nur möglich, wenn die Persönlichkeit der betroffenen Personen nicht schwerwiegend gefährdet ist. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn Personendaten in ein Land exportiert werden, das über keinen Datenschutz verfügt oder lediglich über einen Datenschutz, der nach schweizerischen Standards ungenügend ist.

## V.      **Datenschutz bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses**

Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses wird der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer regelmässig gebeten, mündliche *Referenzen* abzugeben. Die mündliche Erteilung von Referenzen ist als Ausfluss der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers zu betrachten, so dass der Arbeitgeber auf Verlangen des Arbeitnehmers hin zur Referenzauskunft verpflichtet ist. Dies gilt auch wenn ein schriftliches Arbeitszeugnis vorliegt. Ohne Einverständnis des Arbeitnehmers darf keine Referenzauskunft erteilt werden und stellt bei Missachtung eine Verletzung des DSG dar. Sobald in den Bewerbungsunterlagen ein ehemaliger Arbeitgeber als Referenz aufgeführt wird, gilt dies als Einwilligung. Die Auskunft hat sich auf Leistungen und Verhalten des Arbeitnehmers zu beschränken. Der Arbeitgeber untersteht dabei der Wahrheitspflicht und darf das Fortkommen des Arbeitnehmers nicht unnötig erschweren. Als Grundregel gilt, dass bei einer mündlichen Referenzauskunft nichts Schlechteres ausgesagt werden darf, als im schriftlichen Arbeitszeugnis festgehalten wurde. Enthält das Zeugnis negative Äusserungen, so darf der Arbeitgeber diese auch bei der Referenzauskunft erwähnen.

\* \* \* \* \*

Staad, den 19. Februar 2009

Stefan Rieder