

Stämpfli's Handkommentar

Bruno Baeriswyl  
Kurt Pärli  
(Herausgeber)

# Datenschutzgesetz (DSG)



Stämpfli Verlag



---

Bruno Baeriswyl  
Kurt Pärli  
(Herausgeber)

**Datenschutzgesetz (DSG)**

---

# Stämpflis Handkommentar SHK

---

Dr. Bruno Baeriswyl  
Prof. Dr. Kurt Pärli

# **Datenschutzgesetz (DSG)**

Bundesgesetz über den Datenschutz  
vom 19. Juni 1992 (DSG)



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

---

## **Datenschutzgesetz**

Zitiervorschlag:

AUTOR/IN, in: Baeriswyl/Pärli (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum DSG, Art. ... N ...

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2015

Dieses Werk ist in unserem Buchshop unter  
[www.staempfliverlag.com](http://www.staempfliverlag.com) erhältlich.

ISBN Print 978-3-7272-2539-0  
ISBN Judocu 978-3-0354-1164-5  
ISBN E-Book 978-3-7272-4531-2



© Stämpfli Verlag AG Bern

## Obligationenrecht

### Art. 328b

<b>Bei der Bearbeitung von Personendaten</b>	<b>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.</b>
Lors du traite- ment de données personnelles	L'employeur ne peut traiter des données concernant le travailleur que dans la mesure où ces données portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail. En outre, les dispositions de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données sont applicables
Nel trattamento di dati personali	Il datore di lavoro può trattare dati concernenti il lavoratore soltanto in quanto si riferiscano all'idoneità lavorativa o siano necessari all'esecuzione del contratto di lavoro. Inoltre, sono applicabili le disposizioni della legge federale del 19 giugno 1992 sulla protezione dei dati.

Inhaltsübersicht	Seite
I. Allgemeines .....	410
1. Anwendungsbereich .....	411
2. Weitere relevante Datenschutzbestimmungen .....	412
II. Bedeutung der Datenbearbeitungsgrundsätze des DSG .....	413
1. Besonders schützenswerte Personendaten, Persönlichkeitsprofile und Daten- sammlungen .....	415
2. Persönlichkeitsverletzung und Rechtfertigungsgründe .....	415
III. Die (engen) Grenzen der zulässigen Datenbearbeitung .....	416
1. Bewerbungsverfahren .....	417
2. Datenaustausch Arbeitgeber und Versicherung .....	419
3. Datenbearbeitung bei Fusion und Unternehmensverkauf .....	420
4. Steuerstreit und Bekanntgabe von Arbeitnehmerdaten .....	421
IV. Rechtsansprüche und Durchsetzung .....	422

### Literatur und Materialien

JÜRGEN BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319 bis 343, 3. vollständig überarbeitete Aufl., Basel 2014; CHRISTIANE BRUNNER/JEAN-MICHEL BÜHLER/JEAN BERNARD WAEBER/CHRISTIAN BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Basel 2005; JEAN-PHILIPPE DUNAND, Kommentar zu Art. 328b OR, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (Hrsg.), Commentaire du contrat de travail, Bern 2013, 317–355; EDÖB, Empfehlungen an die Banken im Zusammenhang mit dem Steuerstreit, abgedruckt in JAR 2013, 92–93; EDÖB, Leitfaden für die Bearbeitung von Personendaten im Arbeitsbereich, Bearbeitung durch private Personen, abgedruckt in JAR 2009, 144; DIEGO HAUNREITER, Zulässige und unzulässi-

ge Fragen beim Anstellungsgespräch, in: Diego Haunreiter (Hrsg.), Kommunikation in Wirtschaft, Recht und Gesellschaft, Bern 2010, 278 ff.; MARKUS HUGENTOBLE, Datenschutzfalle Assessment Center, AJP 18 (2009), 153–156; HARRY NÖTZLI, Kommentar zu Art. 27–28 BPG, in: Wolfgang Portmann/Felix Uhlmann (Hrsg.), Bundespersonalgesetz (BPG), Bern 2013, 485–512; KURT PÄRLI, Datenaustausch zwischen Arbeitgeber und Versicherung, Probleme der Bearbeitung von Gesundheitsdaten der Arbeitnehmer bei der Begründung des privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses, Diss. St. Gallen, Bern 2003; TOBIAS ROHNER/URS FURRER, Knacknüsse bei der Lieferung von Daten durch Schweizer Banken an die USA, Der Schweizer Treuhänder 8/13, 515–523; ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, Bd. V/2/c, Art. 319–330a OR, Zürich/Basel/Genf 2006; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012; sowie allgemeines Literaturverzeichnis.

## I. Allgemeines

- 1 Gleichzeitig mit dem Erlass des DSG (1. Juli 1993) hat der Gesetzgeber Art. 328b OR eingeführt. Art. 328b OR dient der **Verstärkung des Persönlichkeitsschutzes** der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Der in Art. 27 und 28 ZGB verankerte privatrechtliche Persönlichkeitsschutz bildet ein notwendiges Korrektiv zur Privatautonomie. Im Arbeitsvertragsrecht wird der Schutz der Persönlichkeit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer durch Art. 328 (Persönlichkeitsschutz im Allgemeinen) und 328a OR (Bei Hausgemeinschaft) konkretisiert.<sup>1</sup> Mit der Verankerung von Art. 328b OR soll den besonderen Gefährdungen Rechnung getragen werden, die sich aus der Bearbeitung (auch) heikler Personendaten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ergeben.
- 2 Die Bearbeitung von Personendaten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer durch die Arbeitgeberin/den Arbeitgeber hat sich an den in Art. 328b OR abgesteckten Rahmen zu halten. Die Bearbeitung ist zulässig, soweit sie die **Eignung des Arbeitnehmers** für das Arbeitsverhältnis betrifft oder soweit es Daten betrifft, die für die **Durchführung des Arbeitsvertrages** notwendig sind. Weiter wird im zweiten Satz von Art. 328b OR auf die (an sich selbstverständliche) Geltung der Bestimmungen zum DSG hingewiesen.

---

<sup>1</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH 2012, Art. 328 N 2; DUNAND 2013, Art. 328 N 1.



## 1. Anwendungsbereich

Zu prüfen ist der persönliche, sachliche, zeitliche und international-rechtlichen Anwendungsbereich von Art. 328b OR. Auch ist auf die Frage des zwingenden Charakters der Norm einzugehen. 3

Vom **persönlichen** Anwendungsbereich in Art. 328b OR erfasst sind Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber und Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aller privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse.<sup>2</sup> Öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse des Bundes unterstehen zwar dem DSG (Art. 2 Abs. 1 DSG), jedoch nicht Art. 328b OR.<sup>3</sup> 4

Beim **sachlichen** Anwendungsbereich ist die Feststellung zentral, dass Art. 328b OR den **Gegenstand der zulässigen Datenbearbeitung** im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses **beschränkt**. Die Datenbearbeitung ist nur zulässig für die Eignungsabklärung des Arbeitnehmers und soweit dies für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses notwendig ist. Im Privatbereich ist ansonsten gemäss DSG der Gegenstand der Datenbearbeitung nicht beschränkt. Insoweit liegt durch Art. 328b eine Abweichung vom DSG vor und nicht lediglich eine Konkretisierung.<sup>4</sup> Bei der im Sinne von Art. 328b Satz 1 OR grundsätzlich zulässigen Bearbeitung von Arbeitnehmerdaten muss die Arbeitgeberin überdies die Bearbeitungsgrundsätze des DSG einhalten (das ergibt sich aus Art. 328b Satz 2 OR). 5

In **zeitlicher** Hinsicht gilt Art. 328b OR fraglos während der Dauer des Arbeitsvertrages und auch darüber hinaus, soweit nachvertragliche Pflichten wie die Referenzerteilung und Zeugnisausstellung eine Datenbearbeitung erforderlich machen.<sup>5</sup> Nach herrschender Lehre und Praxis kommt Art. 328b OR überdies, entgegen dem Wortlaut, bereits im **Bewerbungsverfahren** zur Anwendung.<sup>6</sup> 6

Der **internationale** Anwendungsbereich richtet sich gestützt auf Art. 121 IPRG nach dem Arbeitsvertragsstatut. Soweit eine Datenbearbeitung im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses betroffen ist, wird sowohl Art. 328b Satz 1 OR als auch das durch Art. 328b Satz 2 OR anwendbare DSG als anwendbares schweizerisches Recht bestimmt.<sup>7</sup> 7

Gestützt auf Art. 362 Abs. 1 OR handelt es sich bei Art. 328b OR um eine **relativ zwingende** Norm, das heisst, sie kann nur zugunsten der Arbeitnehmerinnen und 8

<sup>2</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH 2012, Art. 328b N 4.

<sup>3</sup> NÖTZLI 2013, Art. 27 N 3 und N 4.

<sup>4</sup> So STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH 2012, Art. 328b N 3; STAEHLIN 2006, Art. 328b N 1.

<sup>5</sup> BGE 131 V 298, E. 6.

<sup>6</sup> BGer 2C\_103/2008 vom 30. Juni 2008, E. 6.2; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH 2012, Art. 328b N 4; DUNAND 2013, Art. 328b N 5; BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ 2005, Art. 328b N 8; STAEHLIN 2006, Art. 328b N 1; HAUNREITER 2010, 287; a.M. ROSENTHAL/JÖHRI 2008, Art. 328b OR N 25; MEIER 2011, N 2068.

<sup>7</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH 2012, Art. 328b N 4.

Arbeitnehmer abgeändert werden. Das hat zur Folge, dass eine Art. 328b OR widersprechende Datenbearbeitung nur zulässig ist, wenn sie sich zugunsten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auswirkt.<sup>8</sup>

## 2. Weitere relevante Datenschutzbestimmungen

- 9 Der Schutz der Persönlichkeit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in Art. 328b OR wird durch **weitere Normen** flankiert, namentlich im Strafrecht, im Arbeitsgesetz, Arbeitsvermittlungsgesetz, in Sozialversicherungserlassen und für genetisch bedingte Erkrankungen im Bundesgesetz über genetische Untersuchungen am Menschen (GUMG).
- 10 In strafrechtlicher Hinsicht relevant sind die Art. 179 ff. StGB, die Handlungen gegen den Geheim- und Privatbereich unter Strafe stellen, und die Art. 143 und 144 StGB, welche für die unbefugte Datenbeschaffung und die Datenbeschädigung strafrechtliche Sanktionen vorsehen. Zu beachten gilt es ferner **berufs- und branchenspezifische Berufsgeheimnisnormen** wie das in Art. 321 StGB verankerte Berufsgeheimnis, das u.a. Medizinalpersonen und Rechtsanwälte erfasst, oder das in Art. 43 FMG und Art. 321<sup>ter</sup> StGB verankerte Berufsgeheimnis für Personen, die mit fernmeldedienstlichen Aufgaben betraut sind.<sup>9</sup>
- 11 Auch die **Überwachung** der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer stellt eine Form der Beschaffung von Personendaten dar. Das Arbeitsgesetz (ArG) setzt der Überwachung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer **Grenzen**. Nach Art. 26 Abs. 1 der Verordnung zum Arbeitsgesetz (ArGV 3) sind Überwachungs- und Kontrollsysteme, die das **Verhalten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer am Arbeitsplatz überwachen, verboten**. Zulässig sind nach Art. 26 Abs. 2 ArGV 3 lediglich Überwachungsmassnahmen, die aus anderen Gründen erforderlich sind, soweit sie Gesundheit und Bewegungsfreiheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht beeinträchtigen.<sup>10</sup>
- 12 Beim **Personalverleih** stellt sich das Problem, dass der Vermittler Arbeitnehmerdaten an eine unbestimmte Vielzahl von Interessenten weitergibt. Das AVG sowie die zugehörige Verordnung (AVV) verankern deshalb spezielle Datenschutz-

<sup>8</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOPH 2012, Art. 328b N 24; ROSENTHAL/JÖHRI 2008, Art. 328b OR N 66; siehe zum Ganzen auch EDÖB, Leitfaden für die Bearbeitung von Personendaten im Arbeitsbereich, 144.

<sup>9</sup> Zur Bedeutung der Norm für den Arbeitnehmerdatenschutz siehe ROSENTHAL/JÖHRI 2008, Art. 328b OR N 88 und 89.

<sup>10</sup> Siehe die «Überwachungsleitentscheide» des BGer: BGE 130 II 425 (Überwachung durch GPS), BGE 6B\_536/2009 vom 12. November 2009 (Videoüberwachung), BGE 139 II 7 (Verbotene E-Mail- und Internetüberwachung).

bestimmungen.<sup>11</sup> Wichtigster Inhalt dieser Bestimmung ist der Zustimmungsvorbehalt, Personalvermittlungs- und -verleihfirmen dürfen Daten über Stellensuchende und Angestellte grundsätzlich nur mit deren **Zustimmung** bearbeiten. Zudem ist die Datenbearbeitung auf die Daten beschränkt, die für die Vermittlung und Verleihung erforderlich sind.<sup>12</sup>

Arbeitsverhältnisse sind eng mit Sozialversicherungsverhältnissen verknüpft und **Sozialversicherer** bearbeiten (regelmässig besonders schützenswerte) Personendaten von Arbeitnehmern. Sie haben dabei die Bearbeitungsgrundsätze des DSG und die bereichsspezifischen sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen einzuhalten.

- Dem Arbeitgeber steht gestützt auf Art. 85b Abs. 1 lit. c BVG Einsicht in die Akten des in der Pensionskasse versicherten Arbeitnehmers zu. Die Vorsorgeeinrichtung muss indes gestützt auf Art. 85b Abs. 1 BVG dafür sorgen, dass überwiegende Privatinteressen gewahrt werden.

Informationen über die **«Gene des Arbeitnehmers»** sind insbesondere durch die Art. 21–25 GUMG (Arbeitsbereich) und Art. 26–28 des GUMG (Versicherungsbereich, insbesondere auch Krankentaggeldversicherung weitergehende berufliche Vorsorge) geschützt.

- Weder der Arbeitgeber<sup>13</sup> noch die Krankentaggeldversicherung<sup>14</sup> oder die Pensionskasse dürfen<sup>15</sup> vom Arbeitnehmer einen Gentest oder die Offenlegung eines vorhandenen Testergebnisses verlangen.

## II. Bedeutung der Datenbearbeitungsgrundsätze des DSG

Die Datenbearbeitungsgrundsätze des DSG sind auch im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses anwendbar. Besonders relevante Aspekte sind:

- Personendaten dürfen nur **rechtmässig** bearbeitet werden (Art. 4 Abs. 1 DSG) (→ Art. 4 N 3) und die Bearbeitung hat nach Treu und Glauben zu erfolgen (Art. 4 Abs. 2 DSG) (→ Art. 4 N 3). Der Arbeitgeber darf Informationen nicht illegal beschaffen, etwa durch heimliche Bild- oder Tonaufnahmen oder durch den **Einsatz von Spyware** am elektronischen Arbeitsplatz.<sup>16</sup>

<sup>11</sup> Art. 7 Abs. 3 AVG sowie Art. 19 AVV für die Personalvermittlung; Art. 18 Abs. 3 AVG sowie Art. 47 AVV für den Personalverleih.

<sup>12</sup> Weiterführend zum Ganzen siehe STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH 2012, Art. 328b N 22.

<sup>13</sup> Art. 21 GUMG, zu den sehr strengen Ausnahmen siehe Art. 22–25 GUMG.

<sup>14</sup> Art. 26 und Art. 27 Abs. 1 lit. c GUMG.

<sup>15</sup> Art. 26 und Art. 27 Abs. 1 lit. b GUMG.

<sup>16</sup> BGE 139 II 7.

- Die Datenbearbeitung hat **verhältnismässig** zu sein (Art. 4 Abs. 2 DSG) (→ Art. 4 N 3). Gefordert ist eine die Persönlichkeit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer möglichst schonende Datenbearbeitung. Verhältnismässig ist eine Datenbearbeitung, die zur Realisierung eines grundsätzlich legitimen Bearbeitungszweckes – z.B. die **konkrete Abklärung der Eignung** des Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer für eine bestimmte Stelle – **geeignet und erforderlich** ist und der Bearbeitungszweck und die Beeinträchtigung der Persönlichkeit in einem **angemessenen Verhältnis** steht.
- Der Grundsatz der **Zweckbindung** (Art. 4 Abs. 3 DSG) (→ Art. 4 N 34 ff.) verlangt, dass Daten nur zu dem Zweck bearbeitet werden dürfen, der bei der Datenbeschaffung angegeben wurde, aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist.
  - Wenn eine Mitarbeiterin einwilligt, dass ihr Porträt in der Mitarbeiterzeitschrift veröffentlicht wird, darf die Arbeitgeberin nicht das gleiche Bild ungefragt auch in einer **Werbebrochure** verwenden.
- Das **Transparenzprinzip** erfordert, dass die Beschaffung von Personendaten und insbesondere der Bearbeitungszweck für die betroffene Person erkennbar sein müssen (Art. 4 Abs. 4 DSG) (→ Art. 4 N 47 ff.). Soweit Inhaber von Datensammlungen zudem besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile beschaffen, sieht Art. 14 DSG eine aktive Informationspflicht an die betroffene Person vor. Beide Bestimmungen sind für die Datenbearbeitung im Arbeitsverhältnis von zentraler Bedeutung. **Auswertungen personenbezogener Daten** sind zwar nicht per se unzulässig, erfordern aber, dass dem Transparenzgrundsatz Genüge getan ist und die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer über diese Auswertungen informiert werden.
  - Bei der Auswertung personenbezogener Daten kann es sich um erbrachte Umsätze von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer oder um das Erfassen von Krankheitsabsenzen und die Verknüpfung dieser Daten mit anderen Informationen handeln.
- Zu beachten gilt es ferner die Grundsätze der Datenrichtigkeit (Art. 5 Abs. 1 DSG) (→ Art. 5 N 1 ff.) und der Datensicherheit (Art. 7 Abs. 1 DSG) (→ Art. 7 N 1 ff.) und die besonderen Anforderungen bei der grenzüberschreitenden Datenbekanntgabe (Art. 6 DSG)<sup>17</sup> und bei der Auslagerung der Datenbearbeitung an Dritte (Art. 10a DSG).

- 16 Das DSG regelt die Bearbeitung von Personendaten, das heisst, von Daten, die sich auf eine **bestimmte oder bestimmbare Person** beziehen. Zu beachten ist, dass Personendaten auch durch Verknüpfung von Daten, die für sich alleine noch keinen Rückschluss auf eine bestimmte oder bestimmbare Person zulassen, entstehen können. So kann z.B. eine grundsätzlich unter dem Versprechen der Anonymität durchgeführte **Mitarbeiter/innen-Befragung** Ergebnisse zutage fördern, deren Analyse dann doch Rückschlüsse auf bestimmte oder wenigstens bestimm-

<sup>17</sup> Siehe zu den Pflichten des Datenbearbeiters und der Rolle des EDÖB: Art. 5–7 VDSG.

bare Personen zulassen. Wo dies der Fall ist, müssen die Datenbearbeitungsgrundsätze des DSG eingehalten werden.

## 1. Besonders schützenswerte Personendaten, Persönlichkeitsprofile und Datensammlungen

Im Arbeitsverhältnis werden regelmässig auch **besonders schützenswerte** Personendaten und **Persönlichkeitsprofile** bearbeitet. Die Arbeitgeberin hat entsprechend die erhöhten Anforderungen an die Datenbearbeitung, insbesondere an die Datenbekanntgabe, zu beachten (→ Art. 4 N 34 ff., → Art. 14, N 7 ff. und → Art. 12 N 8).

Wenn private Person – also auch Arbeitgebende – **Datensammlungen** führen und dabei regelmässig besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile bearbeiten, so besteht eine Pflicht zur Meldung der Sammlung an den EDÖB (Art. 11a Abs. 1 und 2 DSG) (→ Art. 11a N 8 ff.), sofern sich der Bearbeiter/die Bearbeiterin nicht auf einen der **Ausnahmetatbestände** stützen kann, die in Art. 11a Abs. 5 DSG aufgeführt sind. Eine Registrierungspflicht entfällt dann, wenn die Daten aufgrund gesetzlicher Pflichten bearbeitet werden (Bst. a), wenn ein betrieblicher Datenschutzbeauftragter bestimmt wird (Bst. e) oder sich der Betrieb zertifizieren lässt (Bst. f).

- Das Führen eines Personaldossiers stellt eine gesetzliche Verpflichtung dar, insbesondere mit Blick auf die Zeugnispflicht, siehe Art. 330a OR. Folglich kann der Ausnahmetatbestand von Art. 11a Abs. 5 Bst. a DSG geltend gemacht werden und die Meldepflicht an den EDÖB entfällt.<sup>18</sup>

## 2. Persönlichkeitsverletzung und Rechtfertigungsgründe

Arbeitgeber dürfen Personendaten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nur so bearbeiten, dass deren Persönlichkeit nicht widerrechtlich verletzt wird. Eine widerrechtliche **Persönlichkeitsverletzung** liegt nach Art. 12 Abs. 2 Bst. a–c DSG insbesondere dann vor, wenn gegen die im DSG verankerten **Bearbeitungsgrundsätze verstossen** wird, Personendaten **gegen den ausdrücklichen Willen einer Person** bearbeitet werden oder wenn **besonders schützenswerte Personendaten** oder **Persönlichkeitsprofile** ohne Rechtfertigungsgrund **Dritten bekannt** gegeben werden (→ Art. 12 N 8). Die zulässigen Rechtfertigungsgründe finden sich in Art. 13 DSG: Einwilligung des Verletzten, ein über-

<sup>18</sup> EDÖB, Leitfaden für die Bearbeitung von Personendaten im Arbeitsbereich, 12; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH 2012, Art. 328b N 13; ROSENTHAL/JÖHRI 2008, Art. 11a N 64.

wiegendes *privates*<sup>19</sup> oder öffentliches Interesse oder ein Gesetz (→ Art. 13 N 2 ff.).

- 20 Die **Einwilligung** in eine Datenbearbeitung, die nicht innerhalb der in Art. 328b OR gezogenen Schranken erfolgt, ist angesichts des relativ zwingenden Charakters der Norm nicht beachtlich.<sup>20</sup> In den übrigen Fällen sind die nach DSG erhöhten Anforderungen an die Einwilligung bei der Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten zu beachten (→ Art. 4 N 54 ff.). Dabei ist besonders zu beachten, dass ein Arbeitsverhältnis mit der Unterordnung des Arbeitnehmers unter die Direktionsgewalt des Arbeitgebers einhergeht. Eine Einwilligung ist deshalb nicht leichthin anzunehmen.

- Als Rechtfertigung aufgrund gesetzlicher Vorschrift sind Vorschriften zur Mitwirkung der Arbeitgeber bei der Durchführung von Sozialversicherungen zu nennen.

### III. Die (engen) Grenzen der zulässigen Datenbearbeitung

- 21 Die zulässige Datenbearbeitung zur **Eignungsabklärung** des Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer betrifft primär die Beschaffung von Informationen über die berufliche und persönliche Qualifikation für eine Stelle im Bewerbungsverfahren und im laufenden Arbeitsverhältnis über die erbrachten Leistungen und das Verhalten. Für die Feststellung, ob die Datenbearbeitung noch von der Eignungsabklärung gedeckt ist oder darüber hinaus geht, ist ein **objektiver Massstab** anzulegen. Zu beachten ist hier der Grundsatz der Verhältnismässigkeit der Datenbearbeitung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 DSG (→ Art. 4 N 20 ff.).

- 22 Die zulässige Datenbearbeitung zur **Durchführung des Arbeitsverhältnisses** umfasst sämtliche **notwendige** Beschaffung, weitere Bearbeitung und gegebenenfalls auch Bekanntgabe von Personendaten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, soweit dies im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis erfolgt.

- Dies betrifft vor allem administrative Belange wie die Erfüllung gesetzlicher Verpflichtungen, etwa gegenüber den Sozialversicherungen, den Sozialhilfbehörden oder den Organen einer Aktiengesellschaft. Auch die personenbezogene Erfassung der Arbeitszeit stellt eine gesetzliche Pflicht dar und ist deshalb ohne Weiteres durch Art. 328b OR gedeckt.

---

<sup>19</sup> In Art. 13 Abs. 2 lit. a–f DSG sind eine Reihe von Konstellationen aufgeführt, bei deren Vorliegen ein überwiegendes Interesse des Datenbearbeiters angenommen wird, genannt wird in Art. 13 Abs. 2 lit. a DSG auch die Datenbearbeitung, die unmittelbar mit dem Vertragsabschluss zusammenhängt.

<sup>20</sup> So auch BRÜHWILER 2014, Art. 328b N 5.

Die **Übergänge** zwischen den beiden in Art. 328b OR aufgeführten zulässigen Bearbeitungszwecken sind fließend. Die Erfassung von Informationen über Leistung und Verhalten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ist durch den «Eignungstatbestand» gedeckt, diese Datenbearbeitung dient indes auch der Durchführung des Arbeitsvertrages, da diese Informationen z.B. auch zur Ausstellung eines arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitszeugnisses dienen.

23

Anders verhält es sich bei Personendaten, deren Bearbeitung zwar für die Durchführung zulässig ist, jedoch **nicht zur Eignungsabklärung**. Das betrifft z.B. Angaben über den **Familienstand**. Für die **Eignungsabklärung** ist die Bearbeitung solcher Angaben **nicht zulässig**, da es in aller Regel an einem objektiven Arbeitsplatzbezug fehlt. Für die **Durchführung** des Arbeitsverhältnisses jedoch sind diese Daten allenfalls erforderlich, z.B. für die Klärung des **Anspruchs auf Kinderzulagen**.

24

## 1. Bewerbungsverfahren

Das zulässige Informationsinteresse der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber ist auf Informationen über die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschränkt, die sich auf die **objektive** Eignung für die konkrete, infrage kommende Stelle beziehen.

25

- Das Geschlecht,<sup>21</sup>
- die Schwangerschaft<sup>22</sup> und
- die familiäre Situation<sup>23</sup> sind in der Regel keine Informationen, die für die Eignungsabklärung relevant sind (bzw. relevant sein dürfen), folglich darf die Arbeitgeberin/der Arbeitgeber im Bewerbungsverfahren keine diesbezüglichen Fragen stellen oder auf anderem Wege die entsprechende Information beschaffen und es besteht auch keine Offenbarungspflicht seitens der Bewerberinnen und Bewerber<sup>24</sup>.
- Auch Fragen nach bevorstehenden Militärdienstpflichten sind unzulässig, da dies allenfalls die Einstellungschancen der von der Militärdienstpflicht betroffenen Person schmälern könnte und im Ergebnis eine indirekte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorliegt. Erlaubt sind solche Fragen dem-

<sup>21</sup> Keine Diskriminierung liegt jedoch vor, wenn das Geschlecht nach objektiven Kriterien die Eignung für eine Stelle betrifft, z.B. wenn eine Kinderbetreuungsinstitution aus pädagogischen Gründen eine Frau oder einen Mann sucht.

<sup>22</sup> Zu möglichen Ausnahmen für Schauspielerinnen siehe z.B. BGE 126 III 75 zum Einsatz einer im achten Monat schwangeren Opernsängerin in der Rolle der Nedda in der Oper «I Pagliacci» von Ruggero Leoncavallo.

<sup>23</sup> So auch HAUNREITER 2010, 291.

<sup>24</sup> Siehe dazu illustrativ den Entscheid des Obergerichts Solothurn, 1998.9 und SOG 1999, Nr. 1, <<http://www.old.so.ch/extappl/sog/daten/sog1999/sog9901.htm>> (15. Mai 2015).



gegenüber nach Abschluss des Arbeitsverhältnisses, dann ist die Information als «notwendig für die Durchführung des Arbeitsvertrages» zu erachten.<sup>25</sup>

- 26 Zu Recht weist das BGer darauf hin, dass **Gesundheitsdaten** zu den **besonders schützenswerten Personendaten** gehören,<sup>26</sup> was sich insbesondere auch auf das Fragerecht der Arbeitgeberin/des Arbeitgebers (und die Offenbarungspflicht des Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer) hinsichtlich psychischer Befindlichkeit auswirkt. Hier sei, so das BGer, Zurückhaltung geboten.<sup>27</sup> Besonders heikel sind Fragen nach stigmatisierten Krankheiten wie etwa die HIV-Infektion. Die Frage nach dem HIV-Status von Stellenbewerberinnen und Stellenbewerbern ist unzulässig. Das gilt beispielsweise auch im Fussballsport.

- Nach einem Urteil des Zürcher Obergerichts ist ein Profifussballer des Fussballklubs Zürich nicht verpflichtet, vor Vertragsbeginn über seine HIV-Infektion zu informieren.<sup>28</sup>

- 27 Die gleichen Schranken wie in der persönlichen Befragung gelten bei der Evaluation von Stellenkandidatinnen und Stellenkandidaten und enden mithilfe eines sogenannten «**Assessment**» durch eine externe (oder auch spezialisierte interne) Stelle. Diese Methode der Beschaffung von Informationen über die Stellenkandidatinnen und Stellenkandidaten ist nur soweit zulässig, wie dies nach objektiven Kriterien der Eignungsabklärung dient.<sup>29</sup> Ein Durchleuchten der ganzen Persönlichkeit bedarf in jedem Fall einer ausdrücklichen Einwilligung.<sup>30</sup> Für Stellen mit sehr grosser Verantwortung und hohen Anforderungen an die persönliche Integrität sind vertiefte Abklärungen nicht nur zulässig, sondern auch geboten bzw. die Arbeitgeberin/der Arbeitgeber ist wegen Haftungs- und Reputationsrisiken sogar dazu verpflichtet.<sup>31</sup> Zu beachten gilt es dabei die allgemeinen datenschutzrechtlichen Grundsätze, namentlich das Transparenzprinzip, und, wie bereits erwähnt, die betroffenen Personen müssen ausdrücklich einwilligen<sup>32</sup>.

- 28 Als **unzulässig** stufte der EDÖB das Angebot einer Unternehmung ein, Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber **einen «Mitarbeitenden-Check»** mit umfassenden Daten über Stellenbewerberinnen und Stellenbewerber anzubieten. Das BVGer

<sup>25</sup> ROSENTHAL/JÖHRI 2008, Art. 328b OR N 41; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH 2012, Art. 328b N 6.

<sup>26</sup> BGer 4C.192/2001 vom 17. Oktober 2001, E. 2b/aa.

<sup>27</sup> BGer 8C.417/2011 vom 3. September 2012, E. 4.4.

<sup>28</sup> Obergericht ZH LA110040 vom 8. April 2013, in: *causa sport* 2013, 301; siehe auch das Urteil des EGMR 552/10 vom 3. Oktober 2013 zur Frage der Rechtmässigkeit einer Arbeitgeberkündigung an einen HIV-positiven Mitarbeiter.

<sup>29</sup> Zum Datenschutzfall «Assessment-Zentren» siehe HUGENTOBLE 2009, 153 ff.

<sup>30</sup> MEIER 2011, N 2110. Zur Relativierung der Freiwilligkeit in Arbeitsverhältnissen siehe oben, N 20.

<sup>31</sup> BVGer A-8028/2008 vom 14. Januar 2009.

<sup>32</sup> ROSENTHAL/JÖHRI 2008, Art. 328b OR N 36.



stützte diesen Entscheid.<sup>33</sup> Ebenfalls nicht erlaubt ist das weitverbreitete «Screening» der Stellensuchenden im Internet, denn dadurch werden regelmässig auch Personendaten beschafft, die nicht der Eignungsabklärung dienen.<sup>34</sup> Zudem stellt sich das Problem der Datenrichtigkeit.

- Auch in sozialen Netzwerken darf nicht gezielt «gestöbert» werden, es sei denn, es handle sich um solche, in denen die betroffenen Personen selbst ihre Profile erstellen, verwalten und kontrollieren können. Hier liegt eine Einwilligung vor und die Arbeitgeberin/der Arbeitgeber darf die entsprechenden Informationen beschaffen und (zweckgebunden) weiterbearbeiten.<sup>35</sup>

## 2. Datenaustausch Arbeitgeber und Versicherung

Bei Beginn des Arbeitsverhältnisses benötigen die Vorsorgeeinrichtungen im Bereich der weitergehenden beruflichen Vorsorge und die Krankentaggeldversicherung, sofern diese Risikoprüfungen vornimmt, von den zu versichernden Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer **umfangreiche Angaben zur gesundheitlichen Situation**, damit die Versicherbarkeit bzw. eine risikogerechte Prämie festgestellt werden kann. Das rechtliche geschützte Informationsinteresse geht dabei regelmässig weiter als dasjenige der Arbeitgeberin/des Arbeitgebers. In der Praxis kommt es nun oft zu einer unzulässigen Vermischung des Datenflusses. Gesundheitsdaten der Arbeitnehmer, die eigentlich nur für die Versicherung bestimmt sind, gelangen in den Machtbereich des Arbeitgebenden oder aber der Arbeitgebende selbst beschafft die Information für die Versicherung beim Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und kommt so beiläufig zu Informationen, auf die er gar keinen Anspruch hat. Das kann dazu führen, dass die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die zumeist noch in der Probezeit sind, die Stelle verlieren. Besonders heikel ist die Situation dort, wo dieselbe Person sowohl Aufgaben für die Arbeitgebenden wie für die Vorsorgeeinrichtung wahrnimmt, was bei sogenannten Arbeitgeberpensionskassen der Fall ist.<sup>36</sup>

Aus datenschutzrechtlicher Sicht ist der gerade beschriebene Datenaustausch **unzulässig** (Verstoss gegen die Grundsätze der Datenbeschaffung und –weiterleitung, Verstoss gegen Art. 328b OR),<sup>37</sup> was grundsätzlich auch das BVGer bestätigt

<sup>33</sup> Zu den Anforderungen im Einzelnen siehe DUNAND 2013, Art. 328b N 58.

<sup>34</sup> DUNAND 2013, Art. 328b N 59; siehe auch das informative Merkblatt des Datenschutzbeauftragten des Kantons Zürich «Online-Recherchen über Stellenbewerber», das die Rechtslage im Kanton Zürich für öffentliche Organe beschreibt; die Inhalte lassen sich aber ohne Weiteres auf den privatrechtlichen Bereich übertragen, <[https://dsb.zh.ch/internet/daten-schutzbeauftragter/de/ueber\\_uns/formulare\\_und\\_merkblaetter.html](https://dsb.zh.ch/internet/daten-schutzbeauftragter/de/ueber_uns/formulare_und_merkblaetter.html)> (15. Mai 2015).

<sup>35</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH 2012, Art. 328b N 9.

<sup>36</sup> PÄRLI 2003, 209 ff.

<sup>37</sup> PÄRLI 2003, 169 ff.

hat, als es entschied, dass die Vorsorgeausweise der versicherten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht dem Arbeitgebenden zugestellt werden dürfen<sup>38</sup>. Versicherer und Arbeitgebende müssen durch geeignete organisatorische Massnahmen sicherstellen, dass die Datenflüsse der Gesundheitsdaten zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer einerseits und zwischen Versicherung und versicherten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer strikte getrennt sind<sup>39</sup>. Sind die Datenflüsse nicht getrennt und haben die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer deswegen Nachteile zu befürchten, so ist ihnen ein Notwehrrecht der Lüge auch gegenüber der Versicherung zuzubilligen<sup>40</sup>.

31 Beim Datenaustausch zwischen Arbeitgeber und Versicherung gilt als, besondere Vorsicht walten zu lassen.

- Die Versicherung darf diejenigen Gesundheitsfragen an den zu versichernden Arbeitnehmer stellen, die für die Beurteilung des Versicherungsrisikos relevant sind.
- Der Fragebogen zum Gesundheitszustand des zu versichernden Arbeitnehmers muss vom Arbeitnehmer direkt der Versicherung zugestellt werden, die verbreitete Praxis, dass die HR-Abteilung beim Einstellungsgespräch vom Arbeitnehmer das Ausfüllen des Gesundheitsfragebogens für die Versicherung verlangt, ist unzulässig.
- Die Vorsorgeeinrichtung darf den Vorsorgeausweis nicht via Arbeitgeber den versicherten Arbeitnehmern zukommen lassen.

### 3. Datenbearbeitung bei Fusion und Unternehmensverkauf

32 Eine Form der Datenbearbeitung durch Dritte erfolgt auch im Zusammenhang mit einem Unternehmensverkauf oder einer Fusion. Im Rahmen der Due Diligence werden hier regelmässig Personendaten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, oft auch besonders schützenswerte Personendaten, an Aussenstehende, also an Dritte, weitergegeben. Es muss folglich nach Art. 12 Abs. 2 lit. c DSG ein **Rechtfertigungsgrund** vorliegen. Infrage kommt in erster Linie die Einwilligung der betroffenen Person. Nur wo das Einholen der Einwilligung der betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die geschützten Interessen der Arbeitgeberin/des Arbeitgebers gefährden würde, ist keine Einwilligung erforderlich. Das ist z.B. dann der Fall, wenn die Übernahme gegenüber den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer noch geheim gehalten werden soll und (noch) keine gesetzliche Verpflichtung zur Information besteht. Sobald es die Umstände erlauben, sind die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer jedoch

<sup>38</sup> BVGer A-4467/2011 vom 10. April 2012.

<sup>39</sup> PÄRLI 2003, 169 ff.

<sup>40</sup> PÄRLI 2003, 181.

durch die Arbeitgeberin/den Arbeitgeber über die erfolgte und weiter stattfindende Datenbearbeitung zu informieren.<sup>41</sup> Die Stelle, die sich die Daten über die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus dem Unternehmen beschafft, ist ihrerseits gestützt auf Art. 14 DSG verpflichtet, die betroffenen Personen über die Beschaffung von besonders schützenswerten Personendaten zu informieren, wenn kein besonderes Geheimhaltungsinteresse besteht.<sup>42</sup>

#### 4. Steuerstreit und Bekanntgabe von Arbeitnehmerdaten

Im Zusammenhang mit dem Steuerstreit zwischen der Schweiz und den USA führten die gerichtlichen Auseinandersetzungen zur Frage, ob die **Bekanntgabe von Mitarbeiterdaten schweizerischer Finanzinstitute an die US-Steuerbehörden** zulässig ist. Nach Art. 271 Ziff. 1 StGB macht sich strafbar, wer auf schweizerischem Gebiet ohne Bewilligung eine Handlung für einen fremden Staat vornimmt, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen. Mit Beschluss vom 4. April 2012 hat der Bundesrat den Banken eine solche Bewilligung erteilt.<sup>43</sup> Das Bundesstrafgericht hat dann auch die Beschwerde eines ehemaligen Mitarbeiters der Bank X. abgelehnt, dessen Name von der Arbeitgeberin an die US-Behörden mitgeteilt wurde. Weder Art. 271 StGB<sup>44</sup> noch das Bankgeheimnis,<sup>45</sup> noch das datenschutzrechtliche Berufsgeheimnis nach Art. 35 DSG<sup>46</sup> sei verletzt. Auch eine strafrechtlich relevante Nötigung liege nicht vor.<sup>47</sup> Damit bestand für die Bundesanwaltschaft kein Anlass, gegen die Bank vorzugehen.

Bereits lange vor dem Steuerstreit mit den USA hatte der damalige Eidgenössische Datenschutzbeauftragte (EDSB) im Jahre 1995 die Bekanntgabe von Lohndaten deutscher und französischer Grenzgänger/Grenzgängerinnen, welche für die Zweigniederlassung einer belgischen Unternehmung in der Schweiz arbeiteten, an die belgische Steuerverwaltung als zulässig erachtet. Es liege kein Verstoss gegen Art. 328b OR vor.<sup>48</sup> Im Steuerstreit zwischen der Schweiz und den USA äusserte sich der EDÖB dahin gehend, dass überwiegende öffentliche Interessen vorliegen, die eine Bekanntgabe der Daten rechtfertigen würden. Die Banken hätten glaubhaft

33

34

<sup>41</sup> Das ergibt sich nach der hier vertretenen Meinung aus Art. 4 Abs. 2 DSG (Bearbeitung der Personendaten nach Treu und Glauben) und aus Art. 4 Abs. 4 DSG (Erkennbarkeit der Datenbearbeitung). Im Ergebnis ähnlich ROSENTHAL/JÖHRI 2008, Art. 328b OR N 59.

<sup>42</sup> ROSENTHAL/JÖHRI 2008, Art. 328b OR N 59.

<sup>43</sup> Bundesratsbeschluss vom 04. April 2012 in Sachen «Verhandlungen mit den USA über Finanzfragen – Kooperation der Banken mit US-Behörden», Auszugsweise wiedergegeben im Bundesstrafgericht BB.2012.133 vom 25. April 2013, 3 (B. Faits).

<sup>44</sup> Bundesstrafgericht BB.2012.133 vom 25. April 2013, E. 2.2.1 und E. 4.

<sup>45</sup> Bundesstrafgericht BB.2012.133 vom 25. April 2013, E. 2.2.4 und E. 4.

<sup>46</sup> Bundesstrafgericht BB.2012.133 vom 25. April 2013, E. 2.2.5 und E. 5.

<sup>47</sup> Bundesstrafgericht BB.2012.133 vom 25. April 2013, E. 2.2.3 und E. 4.

<sup>48</sup> EDSK, Entscheid vom 7. März 1995, in: VPB 59 (1995) Nr. 31.

darlegen können, dass ihnen bei Nichtkooperation ernsthafte Konsequenzen drohen.<sup>49</sup> Der EDÖB setzt an die Bekanntgabe von Daten der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter an die US-Steuerbehörden jedoch einige **Rahmenbedingungen**. So ist den betroffenen Personen eine angemessene Frist zu gewähren, innert der sie Auskunft über sämtliche zur Bekanntgabe bestimmten und sie betreffenden Dokumente erhalten können. Wenn sich die betroffene Person gegen die Bekanntgabe wehrt, muss die Bank eine Interessenabwägung im Einzelfall vornehmen. In jedem Fall sind die betroffenen Personen über die Datenlieferung zu informieren.<sup>50</sup> Bei dieser Interessenabwägung geht es um das Interesse der Bank, nicht in den USA angeklagt zu werden, und das Interesse des Mitarbeitenden, seinerseits nicht in den USA belangt werden zu können.<sup>51</sup> Das Genfer Kantonalgericht hat mit Entscheid vom 21. Juni 2013 die Interessen eines Bankmitarbeitenden an der Nichtbekanntgabe der Daten höher gewertet als die Interessen der Bank.<sup>52</sup>

- 35 Eine wichtige Rolle spielt im vorliegenden Zusammenhang auch das in Art. 8 DSG verankerte **Auskunftsrecht** gegenüber dem Inhaber/der Inhaberin einer Datensammlung (→ Art. 8 N 8 ff.).

#### IV. Rechtsansprüche und Durchsetzung

- 36 Bei **Verletzungen der Bestimmungen** von Art. 328b OR bzw. der anwendbaren datenschutzrechtlichen Grundsätze stehen den betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer je nach Konstellation verschiedene Handlungsmöglichkeiten offen. Stellt die Arbeitgeberin/der Arbeitgeber unzulässige Fragen im Bewerbungsverfahren, darf die Antwort verweigert bzw. angesichts der drohenden Nachteile bei dieser Reaktion, darf die Frage auch falsch beantwortet werden (Notwehrrecht der Lüge)<sup>53</sup>.

- Eine unzulässige Datenbearbeitung durch die Arbeitgeberin/den Arbeitgeber kann zudem einen Grund für eine fristlose Kündigung der Arbeitnehmerin bzw. des Arbeitnehmers darstellen, etwa wenn ein Arbeitnehmer unrechtmässig permanent überwacht wird<sup>54</sup> oder seine besonders schützenswerten Daten illegal an Dritte bekannt gegeben werden.

<sup>49</sup> EDÖB 2013, 92–93.

<sup>50</sup> EDÖB 2013, 92.

<sup>51</sup> ROHNER/FURRER 2013, 521.

<sup>52</sup> ROHNER/FURRER 2013, Hinweis auf das Genfer Urteil in FN 83.

<sup>53</sup> Zum Meinungsstand in der Lehre bezüglich Notwehrrecht der Lüge siehe bei HAUNREITNER 2010, 282, FN 14. Das BGer erwähnt das Notwehrrecht der Lüge in BGE 122 V 267, E. 4c.

<sup>54</sup> Siehe z.B. den Entscheid des Arbeitsgerichts Zürich, bestätigt vom Obergericht Zürich und vom BGer in JAR 1988, 282.

Weiter stehen den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei Verletzung von Art. 328b OR und der datenschutzrechtlichen Bearbeitungsvorschriften vertragliche Ansprüche gegen den Arbeitgebenden zu; es liegt stets auch ein Verstoß gegen die Fürsorgepflicht vor.<sup>55</sup> Dabei kommen die allgemeinen Regeln der vertraglichen Haftung zur Anwendung (Verschuldensvermutung Art. 97 Abs. 1 OR; Verjährungsfrist Art. 128 Abs. 3 OR).<sup>56</sup> Ergänzend aus dem spezifischen Arbeitsvertragsrecht ist auf das Verichtsverbot in Art. 341 Abs. 1 OR hinzuweisen.

37

Zusätzlich zu den arbeitsvertraglichen Ansprüchen stehen dem durch eine unzulässige Datenbearbeitung konfrontierten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer alle **Rechtsbehelfe nach Art. 15 DSG**, teils in Verbindung mit Art. 28 ZGB zu (→ Art. 15 N 4 ff.).

38

Allfällige Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche als Folge von Datenschutzverletzungen haben im **laufenden Arbeitsverhältnis eine vertragliche Grundlage**. Werden die Datenschutzrechte von Stellenbewerbenden verletzt, liegt ein ausservertraglicher Anspruch vor, der sich auf Art. 15 DSG in Verbindung mit Art. 28a Abs. 3 ZGB und Art. 41 ff bzw. 49 ff. OR stützt.

39

---

<sup>55</sup> PORTMANN, Art. 328b N 30.

<sup>56</sup> ROSENTHAL/JÖHRI 2008, Art. 328b OR N 9.

