

Zulässigkeit von Backgroundchecks

Arbeitgeber verlangen von Bewerbern/Mitarbeitenden vermehrt Informationen betreffend deren finanziellen Verhältnisse, allfällige Straftaten und deren Gesundheitszustand oder informieren sich im Internet über den (neuen) Mitarbeitenden. Solche sog. Backgroundchecks sind aber nicht in jedem Fall zulässig.

■ Von Marc Ph. Prinz und Jeannine Dehmelt



(Datenschutz-)Rechtliche Grundlagen

Bei diesen Informationen handelt es sich um Personendaten im Sinne des Datenschutzgesetzes («DSG»; vgl. Art. 3 DSG). Soweit es sich um Daten betreffend die Gesundheit und administrative oder strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen handelt, handelt es sich sogar um besonders schützenswerte Personendaten gemäss Art. 3 lit. c DSG. Das Gleiche trifft auf Daten bezüglich der religiösen, weltanschaulichen, politischen oder gewerkschaftlichen Ansichten oder Tätigkeiten sowie der Intimsphäre oder der Rassenzugehörigkeit der Bewerber/Mitarbeitenden zu.

Gemäss den auch auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren, allgemeinen Datenbearbeitungsgrundsätzen muss jede Datenbearbeitung rechtmässig, nach Treu und Glauben, verhältnismässig, entsprechend dem bei der

Datenerhebung angegebenen Zweck, transparent, korrekt und sicher (Art. 4, 5 und 7 DSG) sowie in Übereinstimmung mit allen anderen datenschutzrechtlichen Bestimmungen (z.B. betreffend die Herausgabe von Daten an Dritte [Art. 10a DSG] oder ins Ausland [Art. 6 DSG]) erfolgen.

Grundsätzlich darf der Arbeitgeber Daten in Bezug auf die (zukünftigen) Mitarbeitenden zudem nur erheben und bearbeiten, soweit sie deren **Eignung für das Arbeitsverhältnis** betreffen oder für die **Durchführung des Arbeitsvertrags erforderlich** sind (Art. 328b OR). Aus unserer Sicht gilt dieses Prinzip aber nicht absolut. Eine weitergehende Datenbearbeitung kann daher insbesondere mit der ausdrücklichen Zustimmung der Mitarbeitenden oder bei überwiegenden Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt sein.

Soweit der Arbeitgeber besonders schützenswerte Personendaten von Bewerbern/Mitarbeitenden bearbeitet, müssen Letztere dem nicht zustimmen, sofern die betreffenden Daten deren Eignung für die Arbeitsstelle betreffen oder für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich sind. Ist dies nicht der Fall, müssen die (zukünftigen) Mitarbeitenden dieser Datenbearbeitung ausdrücklich zustimmen. Das Gleiche gilt grundsätzlich, sofern diese Daten an einen Dritten (z.B. einen Kunden) weitergegeben werden sollen (vgl. auch nachfolgend).

Soweit es für eine Datenbearbeitung die Zustimmung der (zukünftigen) Mitarbeitenden benötigt, hat diese freiwillig, auf einer informierten Basis und ausdrücklich zu erfolgen. Die Mitarbeitenden müssen daher insbesondere darüber informiert werden, zu welchem Zweck die Daten erhoben und bearbeitet werden, wer Zugriff auf die Daten hat und wie lange und wo diese gespeichert werden. Die Freiwilligkeit der Zustimmung ist im Rahmen des Bewerbungsverfahrens und/oder des Arbeitsverhältnisses dabei kritisch zu betrachten. Denn zwischen dem (künftigen) Mitarbeitenden und dem Arbeitgeber besteht immer ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis. So möchte der Bewerber die Stelle erhalten, und der Mitarbeitende hat allenfalls Angst vor Konsequenzen, wenn er/sie die Zustimmung zur Datenbearbeitung nicht erteilt.

Straftaten/Strafregisterauszug

Soweit der Arbeitgeber dem Internet oder anderen öffentlich zugänglichen Quellen Angaben zu Straftaten des (zukünftigen) Mitarbeitenden entnehmen kann, darf er dies grundsätzlich. Er sollte gestützt darauf jedoch nur Entscheidungen zum Nachteil des betreffenden Kandidaten/Mitarbeitenden treffen, sofern diese Informationen für die Eignung des (zukünftigen) Arbeitnehmers für die Stelle oder die Durchführung des Arbeitsvertrags relevant sind. Dies ist z.B. der Fall, wenn sich ein Kandidat für eine Stelle bei einer Bank beworben hat, er aber medienrätlich in einen Bestechungsskandal verwickelt ist.

Der offizielle Strafregisterauszug kann in der Schweiz jedoch nur von der betreffenden Person selbst (oder allenfalls von Behörden) angefragt werden. Dabei wird zwischen dem



(normalen) Privatauszug und dem Sonderprivatauszug unterschieden. Der «normale» Strafregisterauszug enthält Angaben zu allen Urteilen wegen Verbrechen und Vergehen erwachsener Personen bis zum Ablauf einer bestimmten Frist. Der Sonderprivatauszug gibt nur Auskunft über Urteile, die ein Berufs-, Tätigkeits- oder Kontakt- und Rayonverbot zum Schutz von Minderjährigen oder anderen besonders schutzwürdigen Personen enthalten (solange ein solches Verbot wirksam ist). Ein solcher Sonderprivatauszug kann auch nur angefordert werden, wenn der (zukünftige) Arbeitgeber eine Bestätigung ausstellt, dass die betreffende Person eine Tätigkeit mit regelmässigem Kontakt mit minderjährigen oder anderen besonders schutzwürdigen Personen aufnimmt oder innehat.

Aus unserer Sicht kann der Arbeitgeber von einem Bewerber jedoch nur die Übermittlung/Offenlegung des Strafregisterauszugs fordern, sofern Letzterer eine besondere Vertrauensstellung innehat und allfällige Straftaten einen direkten Einfluss auf das Arbeitsverhältnis hätten. Es muss somit ein genügender Arbeitsplatzbezug vorliegen. Dies wird (in der Lehre) für leitende Angestellte regelmässig bejaht. Andernfalls hat der Arbeitgeber keinen Anspruch, einen Auszug aus dem Strafregister zu erhalten.

Selbst wenn der Arbeitgeber das Recht hat, einen Strafregisterauszug zu verlangen, darf er grundsätzlich nur einschlägige Vorstrafen des (zukünftigen) Mitarbeitenden für seine Entscheidungen in Betracht ziehen. In Bezug auf Mitarbeitende mit einer besonderen Vertrauensstellung kann jedoch unter Umständen argumentiert werden, dass auch nicht einschlägige Vorstrafen relevant sein können, da auch dies einen gewissen Eindruck betreffend die (charakterliche) Eignung geben würde.

Finanzielle Informationen/ Betreibungsregisterauszug

Gleich wie in Bezug auf allfällige Straftaten/ den Strafregisterauszug verhält es sich im Grundsatz hinsichtlich Informationen zu den finanziellen Verhältnissen des Bewerbers/ Mitarbeitenden sowie dessen Betreibungsregisterauszug.

Auch diese Daten dürfen vom Arbeitgeber grundsätzlich nur verlangt und bearbeitet werden, soweit diese Informationen für die Eignung oder Durchführung des Arbeitsverhältnisses relevant sind; es braucht einen genügenden Bezug zum Arbeitsverhältnis. Dies dürfte regelmässig der Fall sein, sofern der Arbeitnehmer Zugang zu bedeutenden Vermögenswerten des Arbeitgebers oder von Kunden hat, der Arbeitnehmer aufgrund seiner Position einer Bestechungsgefahr ausgesetzt ist oder eine Repräsentationsfunktion für den Arbeitgeber in der Öffentlichkeit hat. Auch hier kann der Arbeitsplatzbezug bei Führungskräften allenfalls allgemein bejaht werden.

Im Gegensatz zum Strafregisterauszug kann der Arbeitgeber unter Umständen aber selbst einen Betreibungsregisterauszug betreffend den (möglichen neuen) Mitarbeitenden anfordern. Dies ist in erster Linie der Fall, soweit der Arbeitgeber glaubhaft machen kann, dass der verlangte Einblick in den Betreibungsregisterauszug des (zukünftigen) Mitarbeitenden in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss des Arbeitsvertrags erfolgt (bzw. benötigt wird) und verhältnismässig ist. Der Einblick dürfte dem Arbeitgeber daher in der Regel nur bei besonderen Vertrauenspositionen (z.B. Richter, CEO) gewährt werden.

Medizinische Daten/Informationen

Soweit gesundheitliche Beeinträchtigungen die Arbeitstauglichkeit des (möglichen neuen) Mitarbeitenden betreffen oder für die Durchführung des Arbeitsvertrags relevant sind (z.B. besondere Einrichtung des Arbeitsplatzes), hat Letzterer diese Informationen gegenüber dem Arbeitgeber (zumindest auf entsprechende Frage hin) offenzulegen.

Es ist zudem zulässig, dass der Arbeitgeber (zu Beginn des Arbeitsverhältnisses) die Untersuchung durch einen Vertrauensarzt anordnet. Der Vertrauensarzt darf jedoch nur die gesundheitliche Eignung des Bewerbers für die betreffende Position untersuchen und dem Arbeitgeber auch nur mitteilen, ob diese gegeben ist oder nicht (weitergehende Angaben zum Gesundheitszustand des Untersuchten sind nicht zulässig). Vor diesem Hintergrund kann auch ein Drogentest von (zukünftigen) Mitarbeitenden zulässig sein. Da ein Drogentest einen (schweren) Eingriff in

die Persönlichkeit darstellt, ist dies aber nur vereinzelt der Fall (es hat eine Interessensabwägung zwischen den Persönlichkeitsrechten und den Arbeitgeberinteressen stattzufinden). Aus unserer Sicht können Drogentests z.B. bei Funktionen, welche eine grosse Verantwortung für die Sicherheit und Gesundheit von Dritten beinhalten, gerechtfertigt sein (z.B. bei Piloten). Auch diesfalls darf der Arzt den Arbeitgeber nur darüber informieren, ob die Tauglichkeit des betreffenden Mitarbeitenden für seine Stelle gegeben ist.

Soweit Drogentests (in erster Linie) gestützt auf die Einwilligung der Mitarbeitenden durchgeführt werden, müssen diese das Recht haben, den Test ohne negative Konsequenzen ablehnen zu können. Andernfalls ist die Freiwilligkeit unseres Erachtens nicht mehr gegeben.

Social Media

Vereinzelte/Punktuelle Internetrecherchen über den (möglichen neuen) Mitarbeitenden auf öffentlich zugänglichen und jobbezogenen Netzwerken, wie LinkedIn oder Xing, sind grundsätzlich zulässig.

Soweit es sich um soziale Medien mit einer privaten Prägung (z.B. Facebook, Instagram) handelt, ist der Arbeitsplatzbezug demgegenüber fraglich. Zumindest sofern diese Informationen vom Bewerber/Mitarbeitenden öffentlich zugänglich gemacht werden, kann der Arbeitgeber aus unserer Sicht dennoch darauf abstellen, sofern dadurch die Tauglichkeit des Mitarbeitenden für seine Funktion aus objektiven Gesichtspunkten nicht (mehr) gegeben ist, also wenn ein direkter Bezug zum Arbeitsplatz gegeben ist (z.B. aufreizende Fotos von Mitarbeitenden mit Kundenkontakt). Denn in diesem Fall können nicht nur der Arbeitgeber, sondern auch Kunden etc. ohne Weiteres auf diese Daten zugreifen.

Leistungsnachweise/Referenzauskünfte

Die Bewerber führen im CV in aller Regel zumindest die für die Position relevanten Aus- und Weiterbildungen auf und reichen eine Kopie der entsprechenden Leistungsnachweise mit (z.B. Universitätsdiplom). Sollten sie Letzteres nicht machen, kann der Arbeitgeber den entsprechenden Nachweis vom Bewerber einfordern. Eine Überprüfung der Angaben di-

rekt beim Bildungsinstitut ist in der Schweiz (anders als z.B. in den USA) nicht üblich und die Zulässigkeit zumindest fraglich.

Referenzauskünfte bei ehemaligen Arbeitgebern dürfen ferner nur eingeholt werden, sofern die Bewerber dem ausdrücklich zugestimmt haben, z.B. indem in dem sie einen ehemaligen Vorgesetzten namentlich im Lebenslauf/in den Bewerbungsunterlagen als Referenz angegeben haben. Andernfalls ist die Einholung von Referenzauskünften nicht rechtmässig und persönlichkeitsverletzend.

Weitergabe der Daten

Wie vorstehend dargelegt, darf der Arbeitgeber die Daten über den Mitarbeitenden grundsätzlich nur bearbeiten, sofern sie dessen Eignung für die Anstellung betreffen oder für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich sind.

Eine Weitergabe der Mitarbeitendendaten an einen Dritten (z.B. einen Kunden) ist daher im Grundsatz heikel. In gewissen Fällen kann aber auch diese Weitergabe noch vom Arbeitsplatzbezug abgedeckt sein. Dies kann z.B. bei einem Consultant in der Finanzbranche der Fall sein, welcher regelmässig bei Kunden eingesetzt wird (was sich bereits aus der Position/dem Arbeitsvertrag ergibt) und diese entsprechend Angaben zu seinen finanziellen Verhältnissen oder Vorstrafen verlangen. Da eine solche Weitergabe aus datenschutzrechtlicher Sicht aber auf jeden Fall eher heikel ist, empfehlen wir, die Mitarbeitenden bereits zu Beginn des Arbeitsverhältnisses/im Bewerbungsprozess darüber zu informieren. Wurde dies nicht gemacht, sollte jeweils die Zustimmung der betroffenen Mitarbeitenden vor der Weitergabe der Daten eingeholt werden. Dies gilt insbesondere, wenn es sich um besonders schützenswerte

Personendaten handelt, was – wie zu Beginn dargelegt – in Bezug auf strafrechtliche Daten oder Gesundheitsdaten der Fall ist. Dabei sollte den betreffenden Mitarbeitenden jeweils die Möglichkeit gegeben werden, die Weitergabe bzw. damit voraussichtlich den Einsatz abzulehnen, ohne dass dies zu (arbeitsrechtlichen) Konsequenzen führt.

AUTOREN



Marc Ph. Prinz, LL.M., ist Partner und Leiter der Fachgruppe Arbeitsrecht der Kanzlei VISCHER. Er berät und vertritt nationale und internationale Klienten in allen Belangen des Arbeitsrechts.



Jeannine Dehmelt ist Anwältin in der Fachgruppe Arbeitsrecht der Kanzlei VISCHER am Standort Zürich. Sie berät und vertritt nationale und internationale Klienten in allen Belangen des Arbeitsrechts.

Fragen rund um das Personaldossier

Im Zusammenhang mit dem Personaldossier stellen sich in der Praxis immer wieder Fragen. Dies wird zum Anlass genommen, auf Aspekte des Personaldossiers einzugehen und aufzuzeigen, welche Regeln zu beachten sind und welche Rechte ein Arbeitnehmer geltend machen kann.

■ Von Leena Kriegers-Tejura

Was ist eigentlich das Personaldossier?

Das Personaldossier ist eine Akte, in welcher Arbeitgebende Informationen des Mitarbeiters sammeln. Es handelt sich damit um eine Datensammlung im Sinne des Datenschutzgesetzes, weshalb dessen Regeln zu beachten sind. Insbesondere heisst das, dass die Daten rechtmässig beschafft werden müssen, nur zum vorgegebenen Zweck verwendet werden dürfen und die Datensammlung verhältnismässig und korrekt sein muss. Der Arbeitgeber ist dafür verantwortlich, diese Vorgaben einzuhalten.

Ist der Arbeitgeber verpflichtet, ein Personaldossier zu führen?

Das Obligationenrecht sieht keine Bestimmungen vor, wonach ein Personaldossier zu

führen ist. Allerdings ergibt sich dies indirekt aus diversen anderen Regeln des Obligationenrechts. Beispielsweise darf der Arbeitnehmer jederzeit ein Zwischenzeugnis und am Ende des Arbeitsverhältnisses ein Arbeitszeugnis verlangen. Ohne auf Unterlagen über den Arbeitnehmer zurückgreifen zu können, dürfte es schwierig für den Arbeitgeber sein, dieser Pflicht nachzukommen.

Der Arbeitgeber hat auch diverse Melde- und Abrechnungspflichten gegenüber Sozialversicherungs- oder Steuerbehörden (Quellensteuern). Deshalb macht es Sinn, ein Dossier zu führen und diese Formulare im Personaldossier abzulegen.

In öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnissen kann sich die Führung eines Perso-

naldossiers aus den anwendbaren personalrechtlichen Bestimmungen ergeben.

In welcher Form muss das Personaldossier geführt werden?

Gesetzlich nicht vorgeschrieben wird, in welcher Form das Personaldossier geführt wird. Die Unterlagen können physisch in einer Akte aufbewahrt oder auch elektronisch gespeichert werden. Gemäss Art. 7 Datenschutzgesetz müssen Personaldaten durch angemessene technische und organisatorische Massnahmen gegen unbefugtes Bearbeiten geschützt werden. Mit anderen Worten hat der Arbeitgeber sicherzustellen, dass Unberechtigte keinen Zugriff, weder auf das physische noch auf das elektronische, Personaldossier haben.

Nicht erlaubt sind sogenannte Schatten-dossiers. Das heisst, der Vorgesetzte darf nicht bei sich neben dem zentralen Personaldossier, welches von der Personalabteilung geführt wird, ein zweites Dossier führen.

Was gehört ins Personaldossier?

Der Arbeitgeber darf gemäss Art. 328b OR nur Daten des Arbeitnehmers bearbeiten, soweit sie deren Eignung für das Arbeitsver-