

Datenschutz im Bewerbungsverfahren

Bewerber unter Terrorverdacht

Personen- und organisationsbezogene Sanktionslisten dienen der weltweiten Terrorbekämpfung. Dürfen Arbeitgeber im Rahmen eines Bewerbungsverfahrens Nachforschungen auf solchen Listen tätigen?

Von Nicole Vögeli Galli und Rolf Müller

Seit den Terroranschlägen vom 11. September 2001 führen verschiedene Staaten – allen voran die USA – sowie internationale Organisationen wie die UNO, die Weltbank oder die EU auf ihren Sanktionslisten nicht nur Länder, Gruppen, Organisationen und Waren, sondern auch namentlich erwähnte Personen, die Terrorgruppierungen angehören oder solchen nahe stehen sollen. Unternehmen mit Sitz in der EU sind verpflichtet, derartige Listen im Rahmen der Exportkontrolle zu prüfen. Offen ist jedoch die Frage, ob diese Sanktionslisten, die im Internet frei zugänglich sind, von Arbeitgebern im Bewerbungsverfahren konsultiert werden dürfen.

Gesetzliche Ausgangslage

In privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen ist die Datenbearbeitung über Bewerber und Mitarbeitende nur zulässig, wenn diese entweder für die Prüfung der Eignung für das Arbeitsverhältnis oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages notwendig ist (Art. 328b OR). Im Weiteren gelten die Bestimmungen des Datenschutzgesetzes (DSG) und seiner Verordnung. Aus objektiven Gesichtspunkten ist nicht direkt ersichtlich, wieso es für die Prüfung der Eignung eines Bewerbers notwendig ist, zu wissen, ob er auf einer Sanktionsliste geführt wird. Denn es kann nicht gesagt werden, dass beispielsweise eine Person, die mit dem Al-Qaida-Netzwerk in Verbindung steht und daher auf einer Sanktionsliste vermerkt ist, nur



Mittels Abklärungen auf Sanktionslisten können potenzielle Terroristen erkannt werden.

schon aus diesem Grund für eine Tätigkeit bei einem Arbeitgeber in der Schweiz ungeeignet ist. Dies namentlich deshalb, weil aus den Sanktionslisten nicht ersichtlich ist, warum genau eine bestimmte Person aufgeführt wird. Ebenso wenig kann überprüft werden, ob die Person zu Recht auf einer oder mehreren Sanktionslisten erscheint. Die subjektive «Wissbegier» des potenziellen Arbeitgebers ist sodann anerkanntermassen ohnehin nicht massgeblich.

Rechtliche Grundlage

Grundsätzlich sind im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis Datenbearbeitungen nur zulässig, wenn sie die Eignung des Arbeitnehmers für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind (Art. 328b OR).

oder nur dann, wenn der Bewerber sich ausdrücklich mit einer Überprüfung einverstanden erklärt. Die Möglichkeit des Einverständnisses ist in Art. 13 Abs. 1 DSG explizit enthalten.

Allerdings ist der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte klar dafür, dass Art. 328b OR in seinem Regelungsbereich dem Datenschutzgesetz vorgeht, weshalb ein Einverständnis zu einer Datenerhebung, die nicht zur Eignungsabklärung beiträgt oder für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses benötigt wird, die Datenerhebung nicht zulässig macht. Mit anderen Worten kann ein Bewerber gar nicht in eine Überprüfung auf den Sanktionslisten einwilligen.

Zulässigkeit von Internetrecherchen

Allerdings gibt es in der Schweiz diesbezüglich – wie auch für die Frage zur Zulässigkeit der Überprüfung in sozialen Netzwerken und via Google – keinerlei

Ist eine Einwilligung nötig?

Demnach müsste wohl davon ausgegangen werden, dass eine Überprüfung auf den Sanktionslisten nicht zulässig ist,

Weblinks

Mehr zum Thema unter:

de.wikipedia.org/wiki/Sanktionslisten

Direkte Links auf die Sanktionslisten:
www.aeb.com



Rechtsprechung und nur karge Literatur. Mit Bezug auf die sozialen Netzwerke wird teilweise der Standpunkt vertreten, dies hänge von der Intention der Bewerber bei der Nutzung ab. Mit anderen Worten dürfen ohne Einwilligung auf den geschäftlichen Netzwerken wie Xing oder LinkedIn Bewerber recherchiert werden, hingegen nicht auf Facebook. Google falle sodann gänzlich ausser Betracht, weil der Bewerber keinerlei Einfluss auf die dort generierten Daten habe. Dieser Standpunkt ist sicher grundsätzlich korrekt.

Auch muss dies mindestens dahingehend eingeschränkt werden, sofern keinerlei objektiven, also sachlichen Gründe eine andere Betrachtung aufdrängen. Derartig objektive Gründe liegen sicher bei konkretem Verdacht auf unrechtmässiges Verhalten vor (z.B. falsche Aussagen im Bewerbungsverfahren). In so genannten Tendenzbetrieben, also Betrieben mit politischer, weltanschaulicher oder religiöser Haltung (z.B. Hilfsorganisationen), können dabei durchaus die Schranken der Zulässigkeit von Überprüfungen ohne Einwilligung im Internet weniger starr sein. Dies gilt auch für gewisse Funktionen in öffentlichen Ämtern (z.B. Gemeindeschreiber) oder wenn der Stelleninhaber in der Öffentlichkeit als Exponent des Arbeitgebers wahrgenommen wird (z.B. Fernsehmoderator). In solchen Fällen liegt dann letztlich eine Überprüfung der Eignung vor. Allerdings werden derartige Datenbearbeitungen nur sehr zurückhaltend als zulässig erachtet.

Praxistipp

Vor einer Internetrecherche über den Bewerber sollte geprüft werden, ob dafür objektiv eine Notwendigkeit besteht.

Eine Frage der Gesetzesauslegung

Die Sanktionslisten werden von Dritten, also weder vom Bewerber noch vom Arbeitgeber, erstellt und geführt. Mithin könnte neben der auf den ersten Blick fehlenden Relevanz der Sanktionslisten für die Prüfung der Eignung bereits wie bei Verwendung von Google die Zulässigkeit gänzlich abgesprochen bzw. nur bei objektiven Gründen zurückhaltend zugelassen werden.

Diesem Befund steht entgegen, dass Art. 328b OR im Zusammenhang mit dem erstmaligen Erlass des Datenschutzgesetzes im Jahre 1992 geschaffen wurde, und seither keine Änderung erfahren hat. Überdies ist heute anerkannt, dass sich der Gesetzgeber der weitreichenden Konsequenzen des Wortlauts von Art. 328b OR, nämlich des zwingenden Erfordernisses des Arbeitsplatzbezugs, damals kaum bewusst gewesen war. Aus diesem Grund und da namentlich der internationale Terrorismus seit den Terroranschlägen vom 11. September 2001 – also Jahre nach dem Erlass von Art. 328b OR – zu den hier interessierenden Sanktionslisten geführt hat, scheint fraglich, ob im vorliegenden Zusammenhang Art. 328b OR (wie oben dargelegt) tatsächlich so ausgelegt werden muss, dass diesem gegenüber dem Datenschutzgesetz ein eigener Regelungsbereich zukommt. Aufgrund der dargelegten Historie, zugegebenermassen aber auch unter dem Eindruck der neuesten terroristischen Anschläge in Europa, sollte die hier interessierende Frage durchaus losgelöst vom Wortlaut von Art. 328b OR, dass heisst anhand der Grundprinzipien des Datenschutzgesetzes, beantwortet werden dürfen.

Prüfung im öffentlichen Interesse

Unter diesem Blickwinkel fällt in Betracht, dass Datenbearbeitungen unter anderem dann die Persönlichkeit der betroffenen Person nicht widerrechtlich verletzen, wenn sie durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sind (Art. 13 Abs. 1 DSGVO). Es steht zweifellos fest, dass die Öffentlichkeit ein eminentes Interesse daran hat, dass Personen, die für Terrororganisationen tätig sind oder sein könnten, daran gehindert werden, sich unter den Deckmantel einer geregelten Arbeitstätigkeit begeben zu können. Hinzu kommt, dass die Sanktionslisten es verbieten, den gelisteten Personen Ressourcen zur Verfügung zu stellen. Die Überprüfung anhand von Sanktionslisten und die Ablehnung eines gelisteten Bewerbers haben deshalb auch zur Folge, dass die Generierung von Erwerbseinkommen bzw. von Ressourcen durch gelistete Personen verhindert werden kann. Auch dies ist offensichtlich im öffentlichen Interesse. Eine ausdrückliche

Einwilligung des Bewerbers ist deshalb nicht zwingend nötig (Art. 4 Abs. 5 Satz 2 DSGVO). Vor dem Hintergrund von Art. 4 Abs. 3 und 4 DSGVO (Erkennbarkeit und Zweckbindung der Datenbearbeitung) ist allerdings zu empfehlen, dass Bewerber darauf hingewiesen werden, dass der Arbeitgeber sich das Recht vorbehält, die Stammdaten des Bewerbers anhand von Sanktionslisten zu überprüfen.

Privates Interesse des Arbeitgebers

Neben dem offensichtlich gegebenen öffentlichen Interesse liegt jedoch unseres Erachtens ebenso und gleichwertig ein überwiegendes privates Interesse (Art. 13 Abs. 1 DSGVO) des Arbeitgebers an der Überprüfung von Bewerbern auf Sanktionslisten vor. Darüber hinaus lässt sich argumentieren, dass dies gar zur Eigenungsabklärung gehört.

Personen, welche auf den Sanktionslisten geführt werden, dürften früher oder später ins Visier von nationalen oder internationalen Rechtsverfolgungsbehörden geraten und damit die Arbeitstätigkeit zum Beispiel aufgrund einer Verhaftung gar nicht (mehr) ausüben können. Rein aus organisatorischen Gründen, ähnlich bei bevorstehenden medizinischen Eingriffen oder Diensten, ist der Arbeitgeber auf diese Information angewiesen. Vielfach leben sodann diese Personen unter falscher Identität mit falschem Lebenslauf, womit völlig offen ist, ob sie überhaupt für die ausgeschriebene Stelle tatsächlich qualifiziert sind. Weiter können Personen über den Arbeitsplatz und je nach Branche an Geschäfts- und/oder Fabrikationsgeheimnisse gelangen oder unabhängig der Arbeitgeberschaft die Infrastruktur des Arbeitgebers missbrauchen sowie andere Mitarbeitende beeinflussen. Schliesslich bestehen für den Arbeitgeber ein erhebliches Reputa-

Praxistipp

Aus Gründen der Transparenz ist in der Stellenausschreibung auf die Überprüfung anhand von Sanktionslisten hinzuweisen, z.B. wie folgt: «Bitte beachten Sie, dass nur Bewerbungen mit Lebenslauf und Bewerbungsschreiben berücksichtigt werden können und dass der Abgleich Ihrer Stammdaten mit aktuellen Sanktionslisten vorbehalten ist.»



tionsrisiko und überdies die mögliche Gefahr, sich fahrlässig der Mithilfe oder der indirekten Unterstützung von Terrorakten mit den entsprechenden Folgen schuldig zu machen.

Dem Arbeitgeber sollte folglich ein überwiegendes privates Interesse über allfällige Zugehörigkeit oder Unterstützung von Terrorgruppierungen von Bewerbern im Sinne des Datenschutzes zugestanden werden, wobei dies letztlich auch die Frage der Eignung für das Arbeitsverhältnis betrifft.

Überprüfung müsste erlaubt sein

Aufgrund einer zeitgemässen Auslegung der einschlägigen Bestimmungen sollten sämtliche Bewerber jederzeit, das heisst in jedem Stadium des Bewerbungsverfahrens, und auch ohne Einverständnis anhand der jeweils aktuellen Sanktions-

listen überprüft werden dürfen. Eine andere Entscheidung würde die weltweite Terrorbekämpfung, von welcher letztlich auch die Schweiz und ihre Bevölkerung in vielfältiger Weise profitieren, wohl doch mindestens erschweren. Selbst wenn bis heute in der Schweiz vermutlich die Anzahl von so genannten «Schläfern» und die Gefahr von Terroranschlägen eher gering sein dürften, kann dies kein Gegenargument sein. Weder sollen mit einer zu strikten Auslegung des Datenschutzes in der Schweiz Aufenthaltsmöglichkeiten für Terroristen oder deren Helfer geschaffen, noch dadurch die eigene Bevölkerung gefährdet werden. Immerhin sei vermerkt, dass eine zu weitreichende Informationsbeschaffung im Rahmen des Bewerbungsverfahrens, insbesondere Nachforschungen im Internet, sehr zeitaufwändig ist und zum Beispiel bei Google deren Nachhaltigkeit tatsächlich fraglich sein kann.

Hinweis

Es ist hervorzuheben, dass es sich hierbei um die rechtliche Beurteilung der Autoren handelt. Welchen Weg die Gerichte in konkreten Fällen einschlagen werden, ist offen.

Autoren



Dr. Nicole Vögeli Galli ist Fachwältin SAV Arbeitsrecht und Partnerin bei Engel & Küng Rechtsanwälte in Kloten.



Rolf Müller ist Fachanwalt SAV Arbeitsrecht und Partner bei Engel & Küng Rechtsanwälte in Kloten.

ARBEITSRECHT NEWSLETTER

KOMMENTIERTE ENTSCHEIDE – PRAXISFÄLLE – PERSPEKTIVEN



NEU!
12 Seiten
kompaktes
Know-how

Schweizer Arbeitsrecht für Personalverantwortliche:

- **Aktuelle Gerichtsentscheide** und deren **Konsequenzen für den HR-Alltag.**
- Praxisnah kommentiert von namhaften Schweizer Arbeitsrechtlern.
- **Fundierte Antworten zu Fällen aus der Praxis**, welche Personalverantwortliche im Alltag am meisten beschäftigen.
- Jede Ausgabe **fokussiert auf aktuelle Themen** und filtert für Sie die relevanten Kernaussagen heraus.
- Überblick über die **neuesten Änderungen im Schweizer Arbeitsrecht** und deren Folgen für Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

Themenvorschau: Verwarnung, Lohnfortzahlungsanspruch, Arztzeugnisse, unbezahlter Urlaub, Aufklärungspflichten des Arbeitgebers, Personalreglement, Retentionsrecht Arbeitnehmer, Arbeitszeiterfassung uvm.

Jetzt für 1 Jahr abonnieren. 10 Ausgaben zum Einstiegspreis!
www.weka.ch/shop

Jetzt für nur CHF 78.–
statt CHF 98.–



Fragen & Antworten

Im Einklang mit dem Datenschutz

Das Datenschutzgesetz schränkt die Recherchen der Arbeitgeber im Bewerbungsprozess ein. Welche Bestimmungen gilt es im Umgang mit Sanktionslisten zu beachten?

Von Nicole Vögeli Galli und Rolf Müller

Frage: Sind Recherchen auf Sanktionslisten im Personaldossier abzulegen?

Antwort: Ja, in die Personalakte gehört alles, was über einen Mitarbeitenden bearbeitet wird. Nur so kann auch das Auskunftsrecht korrekt gewährt werden (Art. 8 DSG). Dabei ist ein Ausdruck von der Internetseite mit dem Datum der Bearbeitung und dem Namen des Bearbeitenden abzulegen oder zu speichern. Dasselbe gilt bei weiteren Internetrecherchen auf anderen Seiten oder Plattformen.

Definition Personaldossier

Beim Personaldossier oder der Personalakte handelt es sich nicht um einen physischen Begriff im Sinne eines einheitlichen Datensatzes. Es zählt alles zum Personaldossier, was an Daten über Bewerber oder Mitarbeitende bearbeitet wird bzw. wurde, unabhängig von der Art der Aufbewahrung bzw. Speicherung oder dem Ort.

Frage: Muss der Arbeitgeber die Richtigkeit der Daten auf Sanktionslisten überprüfen?

Antwort: Grundsätzlich verlangt Art. 5 Abs. 1 DSG von jedem, der Daten bearbeitet, dass er sich über deren Richtigkeit vergewissert. Wieweit diese Pflicht geht, ist im Einzelfall zu prüfen. Es wird für einen Arbeitgeber in der Schweiz kaum möglich sein, die internationalen Sanktionslisten auf deren Richtigkeit zu überprüfen. Es darf aber wohl davon ausgegangen werden, dass die Angaben



Alles da? Nur mit einem vollständigen Dossier kann das Auskunftsrecht korrekt gewährt werden.

auf den Listen von den führenden Stellen und Organisationen mindestens abgeklärt wurden und ein konkreter Verdacht besteht. Letztlich wird dem Bewerber bei zu Unrecht erfolgter Aufnahme auf einer Sanktionsliste gestützt auf das jeweilige Recht des Landes oder gestützt auf internationales Recht die Möglichkeit der Berichtigung der Sanktionslisten offenstehen. Gegenüber dem Arbeitgeber kann er die Unrichtigkeit beweisen und die Berichtigung des Personaldossiers verlangen (Art. 5 Abs. 2 DSG).

Frage: Muss der Arbeitgeber den Bewerber informieren, dass er ihn auf Sanktionslisten überprüft hat und was das Resultat war?

Antwort: Ja, da es sich zwar um öffentliche, aber doch wohl besonders schützenswerte Daten oder gar um ein Persönlichkeitsprofil oder einen Teil davon handeln könnte (Art. 14 Abs. 1 DSG). Die Information hat spätestens mit der Speicherung zu erfolgen (Art. 14 Abs. 3 DSG). Es genügt, wenn der Bewerber im Rah-

men der Bewerbung allgemein darauf aufmerksam gemacht wird, dass Bewerber auf Sanktionslisten geprüft werden. Eine aktive Information ohne Nachfrage über das Resultat scheint nicht notwendig. Da die Nachforschungen auf Sanktionslisten ins Personaldossier abzulegen sind und jederzeit Anspruch auf Einsicht besteht bzw. bei Ablehnung nach dem Grund gefragt werden darf, ist das Resultat spätestens dann bekannt zu geben. Dies gilt unabhängig davon, ob es zu einer Anstellung kommt oder nicht.

**Produktipp****Online-Rechtsberatung**

Haben Sie eine rechtliche Frage, die Ihnen auf den Nägeln brennt? Unsere Online-Rechtsberatung liefert Ihnen innert 48 Stunden eine kompetente Antwort. Sie erhalten ein Kurzgutachten von ausgewiesenen Rechtsexperten und können sich schnell und sicher ein Bild über Ihre Rechte machen.

www.rechtsberatung.weka.ch

**HR-Tool online****Checkliste Inhalt Personaldossier**

Hier finden Sie eine Übersicht zu den möglichen Inhalten eines Personaldossiers.

Download: www.personal-schweiz.ch