Recht im digitalen Zeitalter

Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Abteilung der Universität St. Gallen von

Lukas Gschwend
Peter Hettich
Markus Müller-Chen
Benjamin Schindler
Isabelle Wildhaber

DIKE

Das Kunstwerk auf dem Umschlagbild stammt von Felice Varini «Dix disques évidés plus neuf moitiés et deux quarts», 2014, Acryl und Folien. Es befindet sich im Bibliotheksgebäude der Universität St. Gallen.

Abgedruckt mit freundlicher Genehmigung des Künstlers. Das Copyright liegt bei Felice Varini und der Universität St. Gallen (HSG).

Fotografie: Hannes Thalmann

Bibliografische Information der ‹Deutschen Bibliothek›.
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über ‹http://dnb.ddb.de› abrufbar.

Alle Rechte, auch des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2015
ISBN 978-3-03751-708-6

www.dike.ch

Darf die Arbeitgeberin den Bewerber googeln?

Thomas Geiser

Inhaltsübersicht

I. Ausgangslage 373
II. Anwendbare Gesetzesbestimmungen 374
1. Arbeitsvertragsrecht und Datenschutz 374
a) Art. 328*b* OR 374
b) DSG 376
2. Vorvertragliches Rechtsverhältnis 378
a) Wenn der Stellenbewerber die Stelle erhält 378
b) Wenn der Bewerber abgewiesen wird 379
III. Folgerung 381
1. Art der Daten: Zugänglichkeit 381
a) Durch den Betroffenen öffentlich zugänglich gemachte Daten 381
b) Durch Dritte öffentlich zugänglich gemachte Daten 382
c) Nur für einen beschränkten Kreis zugängliche Daten 382
2. Art der Daten: Inhalt 383
3. Folgerungen für die Bearbeitung 384

I. Ausgangslage

Den geeigneten Kandidaten oder die geeignete Kandidatin für eine Stelle zu finden erweist sich nicht nur bei einem ausgetrockneten Arbeitsmarkt als schwierig, sondern auch wenn es eine Vielzahl von Bewerbern gibt. Dann muss nämlich aus einer Flut von Bewerbern die richtige Person gefunden werden. Vorstellungsgespräche sind nur mit einigen wenigen möglich. Eine Vorselektion auf Grund der Bewerbungsdossiers ist notwendig. Das wissen aber auch die Bewerber und Bewerberinnen und bereiten die Dossiers entsprechend gut auf. Je nach Stelle ist indessen nicht die Fähigkeit, ein Bewerbungsdossier besonders gut aufzubereiten, die wichtigste. Wie komme ich nun aber für die erste Selektion an die notwendigen Informationen über die Kandidaten und Kandidatinnen?

Das Internet ist bekannter Weise eine Fundgrube für Informationen. Wir alle hinterlassen unweigerlich Spuren im Netz. Wir finden über jeden und jede viel – Richtiges und Falsches. Das trifft in ganz besonderem Masse auf die jüngere Generation zu, die «digital natives». Die Versuchung ist damit für die Arbeitgeberin gross, auf dem Netz nach Informationen über die Bewerber und Bewerberinnen zu suchen.

Das Suchen von Informationen auf dem Netz ist so einfach geworden, das jede potentielle Arbeitgeberin das kann, jedenfalls solange es sich um öffentlich zugängliche Informationen handelt. Suchmaschinen helfen. Entscheidend ist nur, dass man die richtige Information der richtigen Person zuordnet. Das ist nicht immer einfach, hängt aber auch vom Namen der Person ab. Allerdings sind nicht alle Informationen öffentlich zugänglich. Namentlich bei den digitalen Netzwerken gibt es Einschränkungen bei der Zugangsberechtigung. Grundsätzlich entscheidet der Dateninhaber, welcher Kreis von Personen Zugriff haben soll. Es ist folglich zwischen öffentlich zugänglichen und öffentlich nicht zugänglichen Daten zu unterscheiden. Die Zugriffscodes können allerdings regelmässig relativ einfach geknackt werden, was aber in der Regel illegal ist. Im Folgenden gehe ich insoweit nur von grundsätzlich legalen Verhaltensweisen aus.

II. Anwendbare Gesetzesbestimmungen

1. Arbeitsvertragsrecht und Datenschutz

a) Art. 328*b* OR

Auf Grund des Arbeitsvertragsrechts treffen die Arbeitgeberin zwei Pflichten: Die Lohnzahlungspflicht und die Fürsorgepflicht.[1] Letztere stellt nicht nur eine Nebenpflicht dar, sondern mit Blick auf die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation und das Direktionsrecht der Arbeitgeberin eine neben der Lohnzahlungspflicht ebenbürtige Hauptpflicht,[2] was im Zusammenhang mit Leistungsverweigerungen nach Art. 82 OR eine gewisse Bedeutung hat. Die Fürsorgepflicht umfasst auch den Datenschutz. Das Gesetz hält dies ausdrücklich in Art. 328 OR fest. Ob die Bestimmung einen eigenen Normgehalt hat, ist allerdings umstritten.[3] Die Bestimmung hält in erster Linie fest, dass das Datenschutzgesetz auch auf die Datenbearbeitung im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses anwendbar ist, was sich von selber versteht.

Darüber hinaus umschreibt die Bestimmung aber auch, dass die Arbeitgeberin Daten des Arbeitnehmers nur bearbeiten darf, «soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind»[4].

---

1 Geiser Thomas/Müller Roland, Arbeitsrecht der Schweiz, Bern 2012, Rz. 372.

2 A.M. Vischer Frank/Müller Roland M., Der Arbeitsvertrag, Basel 2014, S. 202.

3 Vgl. Streiff Ullin/Von Kaenel Adrian/Rudolph Roger, Arbeitsvertrag, Zürich 2012, Art. 328 OR Rz. 3 und Papa Roberta/Pietruszak Thomas, Datenschutz im Personalwesen, in: Nicolas Passadelis/David Rosenthal/Hanspeter Thür (Hrsg.), Datenschutzrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Basel 2015, Rz. 17.7. f.

4 Art. 328 OR.

Der Gesetzgeber wollte damit das im DSG auch für den privatrechtlichen Bereich aufgestellte Verhältnismässigkeitsprinzip konkretisieren.[5] Mit der gewählten Formulierung und der Aufnahme von Art. 328 OR unter die relativ zwingenden Bestimmungen hat der Artikel aber eine weitergehende Bedeutung erhalten. Abweichende für den Arbeitnehmer ungünstigere Vereinbarungen sind unzulässig. Damit ist auch eine Einwilligung unwirksam. Sie kann die Bearbeitung von Daten, die nicht für die Beurteilung der Eignung oder für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses notwendig sind, nicht rechtfertigen.[6] Diese Einschränkung ist mit Blick auf das Abhängigkeitsverhältnis namentlich des Stellenbewerbers sinnvoll.[7] Sie kann aber auch zu erheblichen Nachteilen führen, wenn beispielsweise der Arbeitnehmer eine Referenz der Arbeitgeberin gegenüber einem potentiellen Vermieter wünscht.[8]

Auch andere, nicht arbeitsplatzbezogene Gründe vermögen die Datenbearbeitung nicht zu rechtfertigen.[9] Das zum Teil in der Lehre dagegen vorgebrachte Argument, dass es gesetzliche Verpflichtungen der Arbeitgeberin gebe, um darüber hinaus Daten zu bearbeiten, wie beispielsweise die Buchführungspflicht nach Art. 957 ff. OR,[10] geht insofern an der Sache vorbei, als Art. 328 OR die Bearbeitung jener Daten, welche für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses notwendig sind, ausdrücklich erlaubt. Gesetzliche Verpflichtungen zur Bearbeitung der Arbeitnehmerdaten sind für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses aber auch dann im Sinne dieser Bestimmung notwendig, wenn sie sich nicht auf die Arbeit, sondern auf die Administration des Arbeitsverhältnisses beziehen. Das hat insbesondere in Branchen Bedeutung, in denen aufsichtsrechtliche Vorschriften bestehen, wie im Finanzsektor. Wenn die Arbeitgeberin die Zuverlässigkeit ihrer Arbeitnehmer gegenüber der Behörde nachzuweisen hat, sind die entsprechenden Daten für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses notwendig.

Entsprechend der hier vertretenen Auffassung dürfen Daten, welche die Arbeitgeberin aus einem anderen Rechtsverhältnis mit dem Arbeitnehmer kennt, nicht in das Personaldossier einfliessen. Das hat namentlich Bedeutung, wenn der Arbeitnehmer

---

5 Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 23. März 1988, BBl 1988 II 413 ff., 488.

6 So auch Streiff/Von Kaenel/Rudolph (Fn. 3), Art. 328 OR Rz. 3; Portmann Wolfgang/Stöckli Jean-Fritz, Schweizerisches Arbeitsrecht, Zürich/St. Gallen 2007, Rz. 456; Rehbinder Manfred/Stöckli Jean-Fritz; Berner Kommentar, 2010, Art. 328 OR Rz. 12; a.M. Papa/Pietruszak (Fn. 3), Rz. 17.7. f.

7 Rehbinder/Stöckli (Fn. 6), Art. 328 OR Rz. 12.

8 Vgl. Aubert Gabriel, La protection des données dans les rapports de travail, in: Journée 1995 de droit de travail et de la sécurité social, Zürich 1999, S. 145 ff., S. 151; Streiff/Von Kaenel/Rudolph (Fn. 3), Art. 328 OR Rz. 3.

9 Streiff/Von Kaenel/Rudolph (Fn. 3), Art. 328 OR Rz. 3; Portmann/Stöckli (Fn. 6), Rz. 456; a.M. Papa/Pietruszak (Fn. 3), Rz. 17.8.

10 Papa/Pietruszak (Fn. 3), Rz. 17.8.

gleichzeitig Kunde der Arbeitgeberin ist, beispielsweise bei einer Bank, einer Versicherung oder auch bei einem Spital.

Im vorliegenden Zusammenhang von zentraler Bedeutung ist, ob Art. 328 OR mit der Konzentration auf das Arbeitsverhältnis Art. 12 Abs. 3 DSG im Verhältnis Arbeitnehmer und Arbeitgeberin ausser Kraft setzt. Die Bestimmung hält fest, dass in der Regel keine Persönlichkeitsverletzung vorliegt, wenn die betroffene Person die Daten allgemein zugänglich gemacht und eine Bearbeitung nicht ausdrücklich untersagt hat. Zu beachten ist, dass Art. 12 Abs. 3 DSG die Zulässigkeit nur «in der Regel» vorsieht und damit sehr wohl Ausnahmen vorbehält. In Art. 328 OR kann eine solche Ausnahmeregel gesehen werden, so dass im Arbeitsverhältnis auch öffentlich zugängliche Daten des Arbeitnehmers nur bearbeitet werden dürfen, wenn ein Zusammenhang mit dem Arbeitsplatz besteht.

Weniger zentral aber nicht ohne Bedeutung ist zudem die Frage, ob sich aus Art. 328 OR gegenüber dem Datenschutzgesetz eine Umkehrung des Regel-Ausnahmeverhältnisses von widerrechtlicher und rechtmässiger Datenbearbeitung ergibt. Auszugehen ist von dem in Art. 28 ZGB festgehaltenen Grundsatz, dass jede Bearbeitung von Personendaten eine Persönlichkeitsverletzung darstellt, welche, soweit kein Rechtfertigungsgrund vorliegt, widerrechtlich ist. Aus Art. 12 Abs. 2 DSG ergibt sich sodann e contrario, dass eine Bearbeitung (welche nicht gegen den ausdrücklichen Willen der betroffenen Person erfolgt und weder besonders schützenswerte Personendaten noch ein Persönlichkeitsprofil betrifft) durch überwiegende Interessen gerechtfertigt ist, sofern die allgemeinen datenschutzrechtlichen Grundsätze eingehalten werden. Insoweit dreht Art. 12 Abs. 2 DSG den allgemeinen persönlichkeitsrechtlichen Grundsatz um und erklärt die Datenbearbeitung unter den in dieser Bestimmung genannten Voraussetzungen als grundsätzlich rechtmässig, ohne dass es eines weiteren Rechtfertigungsgrundes bedürfte. Art. 328 OR kehrt nun für den Bereich des Arbeitsvertragsrechts wieder zum allgemeinen persönlichkeitsrechtlichen Grundsatz zurück, so dass auch eine die allgemeinen Grundsätze des Datenschutzes respektierende Bearbeitung eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung darstellt, sofern sie nicht durch überwiegende Interessen (die sich überdies aus dem Arbeitsverhältnis ergeben müssen) gerechtfertigt wird.[11]

b) DSG

Das Datenschutzgesetz gilt für jede Bearbeitung von Personendaten durch Private, sofern die Bearbeitung nicht von einer natürlichen Person ausschliesslich zum persönlichen Gebrauch erfolgt und die Daten nicht an Aussenstehende bekannt gegeben

[11] Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 3), Art. 328 OR Rz. 3; Aubert (Fn. 8), S. 149 f.

werden.[12] Zum Bearbeiten im Sinne des Gesetzes gehört jeder Umgang mit Personendaten, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren, insbesondere das Beschaffen, Aufbewahren, Verwenden, Umarbeiten, Bekanntgeben, Archivieren oder Vernichten von Daten.[13]

Bei der Bearbeitung der Daten sind immer die allgemeinen datenschutzrechtlichen Grundsätze, wie namentlich Bearbeitung nach Treu und Glauben, Verhältnismässigkeit und Zweckbindung einzuhalten.[14] Zudem dürfen grundsätzlich nur richtige Daten bearbeitet werden.[15] Werden diese Grundsätze eingehalten, ist eine Bearbeitung grundsätzlich rechtmässig. Ebenfalls liegt nach Art. 12 Abs. 3 DSG in der Regel keine Persönlichkeitsverletzung vor, wenn die betroffene Person selber die Daten allgemein zugänglich gemacht und eine Bearbeitung nicht ausdrücklich untersagt hat. Eine gewichtige Ausnahme von der grundsätzlichen Zulässigkeit besteht aber insofern, dass für die Bearbeitung gegen den Willen der betroffenen Person und die Weitergabe von Persönlichkeitsprofilen immer ein Rechtfertigungsgrund notwendig ist.[16] Rechtfertigungsgründe sind, analog zum allgemeinen Persönlichkeitsschutz, neben besonderen gesetzlichen Vorschriften, die Einwilligung der betroffenen Person oder überwiegende private oder öffentliche Interessen. Die überwiegenden Interessen werden insofern konkretisiert, als ein solches Interesse angenommen wird, wenn die Bearbeitung von Personendaten über den Vertragspartner in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrags steht.[17]

Beim googeln eines Stellenbewerbers geht es regelmässig um Daten, welche diese Person selber öffentlich zugänglich gemacht hat.[18] Allerdings kann es sich auch teilweise um besonders schützenswerte Personendaten handeln und überdies wird mit diesen Daten in der Regel ein Persönlichkeitsprofil erstellt, weil nur auf Grund eines solchen die Eignung für die Stelle beurteilt werden kann. Ein Persönlichkeitsprofil ist eine Zusammenstellung von Daten, die eine Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit einer natürlichen Person erlauben, und besonders schützenswert sind Daten über die religiösen, weltanschaulichen, politischen oder gewerkschaftlichen Ansichten oder Tätigkeiten, die Gesundheit, die Intimsphäre oder die Rassenzugehörigkeit, Massnahmen der sozialen Hilfe und administrative oder strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen.[19] Die Bearbeitung dieser Daten steht aber hier im unmittel-

[12] Art. 2 DSG.
[13] Art. 3 Bst. e DSG.
[14] Art. 4 DSG.
[15] Art. 5 Abs. 1 DSG; vgl. auch Portmann/Stöckli (Fn. 6), Rz. 448.
[16] Art. 12 Abs. 2 Bst. b und c DSG.
[17] Art. 13 Abs. 2 Bst. a DSG.
[18] Vgl. dazu hinten.
[19] Art. 3 Bst. c und d DSG.

baren Zusammenhang mit dem Abschluss und der Abwicklung eines Vertrages. Daher liegt ein Rechtfertigungsgrund vor.

2. Vorvertragliches Rechtsverhältnis

Wie aufgezeigt, ist die Zulässigkeit der Datenbearbeitung im Arbeitsverhältnis enger als nach Datenschutzgesetz. Im vorliegenden Zusammenhang ist entscheidend, dass die Arbeitgeberin die Informationen regelmässig will, wenn noch gar kein Arbeitsvertrag abgeschlossen worden ist. Es geht um die Daten des Bewerbers. Die Datenerhebung erfolgt folglich immer im vorvertraglichen Verhältnis. Ab wann nun aber Art. 328 OR anwendbar ist, wird in der Lehre unterschiedlich beurteilt.[20] Die Bestimmung selber regelt die Frage nicht, was insofern auch nicht verwunderlich ist, als es sich um eine Bestimmung des Arbeitsvertrags handelt und damit grundsätzlich den Bestand eines Arbeitsvertrages oder wenigstens eines faktischen Arbeitsverhältnisses voraussetzt. Für die Rechtslage ist demnach zu unterscheiden, ob anschliessend ein Arbeitsvertrag zu Stande kommt oder nicht.

a) Wenn der Stellenbewerber die Stelle erhält

Wird der Bewerber nach Abschluss des Bewerbungsverfahrens angestellt, so kommt ein Arbeitsvertrag zustande, auf den Art. 328 OR anwendbar ist. Es steht damit ausser Zweifel, dass ab dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses diese Bestimmung die Datenverarbeitung regelt. Das umfasst auch den Vorgang der Aufbewahrung oder Vernichtung dieser Daten.

Heikler ist die Frage, ob die Bestimmung auch Vorwirkung zeigen kann. Die Bedeutung dieser Fragestellung ist allerdings praktisch von geringer Bedeutung, wenn der Vertrag zustande kommt, weil die erhobenen Daten kaum vor Vertragsabschluss vernichtet werden, so dass ein Teil der Bearbeitung dieser Daten regelmässig in die Zeit nach Abschluss des Vertrages fallen wird und damit unzweifelhaft unter den Anwendungsbereich fällt. Das Bundesgericht ist allerdings ohne eingehende dogmatische Begründung einen Schritt weiter gegangen und hat mit Hinweis auf die in der Lehre vertretene Meinung[21] die Anwendbarkeit ausdrücklich auch auf die Bewerbungsgespräche bezogen.[22] Dem ist zuzustimmen. Mit Abschluss des Vertrages erklären sich die Parteien bereit, sich an dessen Regeln zu halten. Bereits im Rahmen

[20] Vgl. Papa/Pietruszak (Fn. 3), Rz. 17.9. ff. mit weiteren Hinweisen.

[21] Brunner Christiane et al., Commentaire du contrat de travail**,** Lausanne 2004, Art. 328 OR Rz. 1; Wyler Rémy, Droit du travail, Bern 2014, S. 339 und 54 ff., der allerdings an diesen Stellen eher eine abweichende Meinung vertritt.

[22] BGer 2C_103/2008 vom 30. Juni 2008, E. 6.2.

des Anstellungsgesprächs und der weiteren vorvertraglichen Abklärungen bestehen ein Unterordnungsverhältnis und eine (beschränkte) Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation. Entsprechend rechtfertigt es sich auch, darauf die Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin anzuwenden, sofern ein Arbeitsvertrag zustande kommt. Auf die Bearbeitung der Bewerberdaten sind insoweit folglich nicht nur die allgemeinen datenschutzrechtlichen Bestimmungen, d.h. das DSG und Art. 28 ff. ZGB anwendbar, sondern auch die Sondernorm des Arbeitsrechtvertragsrechts, d.h. Art. 328 OR.

b) Wenn der Bewerber abgewiesen wird

Heikler ist die Anwendung von Art. 328 OR, wenn kein Arbeitsvertrag zustande kommt, d.h. wenn der Bewerber abgewiesen wird. Eine Anwendung von Art. 328 OR kann sich dann nur rechtfertigen, soweit die Voraussetzungen für die Anwendung der Regeln für eine culpa in contrahendo erfüllt sind. Wie Wyler zu Recht nachweist, ergibt sich aber eine Haftung der Arbeitgeberin für die Ablehnung eines Bewerbers aus culpa in contrahendo nur in seltenen Fällen.[23]

Vorliegend geht es indessen nicht um eine Haftung für die Folgen der Abweisung der Bewerbung,[24] sondern um die Zulässigkeit einer Datenbearbeitung. Weil nach der hier vertretenen Meinung Art. 328 OR die Zulässigkeit der Datenbearbeitung gegenüber den allgemeinen Regeln einschränkt, ist die Frage sehr wohl von Bedeutung.[25]

Im nach wie vor an Klarheit nicht überbotenen Werk zum Allgemeinen Teil des Obligationenrechts von Andreas Von Tuhr wird Haftung aus culpa in contrahendo damit begründet, dass mit Beginn der Vertragsverhandlungen die Parteien sich ein gewisses gegenseitiges Vertrauen schulden, welches namentlich auch die Bekanntgabe gewisser Informationen umfasst.[26] Eine solche Haftung setzt somit voraus, dass die Parteien in Vertragsverhandlungen getreten sind. Sonst fehlt es am Grund für ein gegenseitiges Vertrauen. Der Grundsatz, dass wer verhandelt, loyal verhandeln muss, kann als allgemein anerkannt angesehen werden.[27] Aus dem allgemeinen Haftpflichtrecht ergibt sich zudem der sogenannte Gefahrensatz, nachdem eine besondere Sorgfaltspflicht jenen trifft, wer einen Zustand schafft, der einen anderen schädigen könnte.

---

[23] Vgl. Wyler (Fn. 21), S. 54 ff.

[24] Vgl. dazu BGer 4C_247/2005 vom 17. November 1995, E. 3.2.

[25] A.M. Papa/Pietruszak (Fn. 3), Rz. 17.11.

[26] Von Tuhr Andreas/Peter Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, Zürich 1974, S. 192 f.

[27] Statt vieler: Merz Hans, Vertrag und Vertragsschluss, Freiburg i.Ue. 1992, Rz. 132; Koller Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 2006, § 28 Rz. 6 ff.; Bernhard Berger, Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008, Rz. 1942 ff.

Das Anbahnen eines Vertrages kann gegenüber dem potentiellen Vertragspartner einen solchen Zustand schaffen, so dass auch ihm besondere Sorgfalt geschuldet ist.[28] Welche Sorgfaltsmassnahmen zu ergreifen sind, ist im Einzelfall zu beurteilen und hängt damit entscheidend vom anzubahnenden Vertragsverhältnis ab. Damit lässt sich aber sehr wohl begründen, dass die datenschutzrechtlichen Bestimmungen des Arbeitsvertrages, d.h. Art. 328 OR, auch gegenüber dem Bewerber einzuhalten sind, selbst wenn es anschliessend nicht zum Abschluss eines Arbeitsvertrages kommt. Dem hat sich auch das Bundesgericht angeschlossen, wenn es festhält: «Par ailleurs, les droits et obligations découlant de l'art. 328 CO s'appliquent déjà lors des pourparlers précontractuels»[29].

Allerdings darf die Tragweite dieser Aussage auch nicht überspannt werden. Das Bundesgericht äussert sich ausschliesslich zur Anwendung während den Vertragsverhandlungen. Melden sich auf eine Stellenausschreibung eine Vielzahl von Personen, wird die Arbeitgeberin eine erste Auswahl treffen. Für diese Auswahl wird sie möglicherweise im Netz weitere Informationen suchen. Anschliessend wird sie entscheiden, mit wem sie in Vertragsverhandlungen treten will, d.h. zu einem Vorstellungsgespräch aufbieten wird, und welche Bewerbungen sie gar nicht weiter verfolgt. Sinnvoller Weise müssen aber die Grundsätze von Art. 328 OR auch diese erste Phase erfassen. Sie ist für die Bewerber häufig die entscheidendste. Insofern ist die Formulierung des Bundesgerichts zu eng.

Eine vorvertragliche Anwendung von Art. 328 OR setzt jedoch ein gegenseitiges Vertrauensverhältnis voraus. Es rechtfertigt sich nicht, jemanden gegen seinen Willen in ein Verhältnis mit Vertrauenspflichten zu drängen. Von daher kann die Anwendung des strengen Art. 328 OR nicht verlangen, wer sich spontan bewirbt. Diesfalls kommt die Arbeitgeberin zu den ersten Daten der betroffenen Person, ohne dass sie dazu willentlich etwas beigetragen hat. Es kann von ihr von daher auch nicht verlangt werden, eine über die allgemeinen, allen gegenüber geltenden Regeln hinaus gehende Sorgfalt bei der Datenbearbeitung anzuwenden.

[28] Merz (Fn. 27), Rz. 121.

[29] BGer 2C_103/2008 vom 30. Juni 2008, E. 6.2.

III. Folgerung

1. Art der Daten: Zugänglichkeit

Wer eine Person googelt, stösst auf öffentlich zugängliche Daten. Die im Netz gefundenen allgemein zugänglichen Daten sind einerseits danach zu unterscheiden, wie sie ins Netz gelangt sind, und andererseits nach ihrem Inhalt.

a) Durch den Betroffenen öffentlich zugänglich gemachte Daten

Soweit die betroffene Person selber die Daten allgemein zugänglich gemacht hat, liegt bei deren Bearbeitung durch eine andere Person «in der Regel» nach Art. 12 Abs. 3 DSG keine Persönlichkeitsverletzung vor. Diese Regel gilt für jene Fälle, in denen die sich aus Art. 328 OR ergebenden Einschränkungen nicht anwendbar sind, d.h. bei einer Spontanbewerbung. Dass die betroffene Person diese Daten häufig eher achtlos und nicht zum Zwecke der Stellenbewerbung ins Netz gestellt hat, ist m.E. dabei ohne Bedeutung.[30] Mit den in Art. 12 Abs. 2 Bst. a DSG vorbehaltenen allgemeinen Grundsätzen lässt sich eine Einschränkung auf Daten, welche mit Bedacht ins Netz gestellt worden sind, nicht begründen. Art. 4 Abs. 3 DSG enthält nur eine auf die Erhebung der Daten bezogene Zweckbindung. Soweit jemand selber die Daten ins Netz stellt, liegt aber keine «Erhebung» der Daten vor.

Demgegenüber ist bei einer Bewerbung auf Aufforderung der Arbeitgeberin hin nach der hier vertretenen Auffassung, unabhängig davon, ob anschliessend ein Arbeitsvertrag zustande kommt oder nicht, auch bei dieser Art von Daten die sich aus Art. 328 OR ergebende inhaltliche Schranke zu beachten. Das «in der Regel» in Art. 12 Abs. 3 DSG bezieht sich nicht nur auf die Möglichkeit eines Gegenbeweises,[31] sondern bedeutet auch, dass sich Einschränkungen des Grundsatzes aus anderen Gesetzesbestimmungen ergeben können, wie beispielsweise aus Art. 328 OR. Entsprechend dürfen im Rahmen des Anwendungsbereiches dieser Bestimmungen auch vom betroffenen öffentlich zugänglich gemachte Daten nur bearbeitet werden, wenn sie die Eignung des Stellenbewerbers oder die Durchführung des Arbeitsverhältnisses betreffen.

---

[30] A.M. Rampini Corrado, in: Urs Maurer-Labrou/Nedim PeterVogt (Hrsg.), Basler Kommentar Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Basel 2006, Art. 12 DSG Rz. 18, der eine Einschränkung auf den aus den Umständen ersichtlichen Veröffentlichungszweck postuliert. Seinem Beispiel bezüglich der ohne Passwort veröffentlichten Familienfotos ist zudem entgegenzuhalten, dass sich einige Internetplattformen in den AGBs, denen der Benutzer zugestimmt hat, ausdrücklich die Verwendung aller Fotos zu Werbezwecken vorbehalten.

[31] Vgl. Rampini (Fn. 30), Art. 12 DSG Rz. 16.

b) Durch Dritte öffentlich zugänglich gemachte Daten

Teilweise sind die entsprechenden Daten aber auch ohne den Willen der betroffenen Person durch andere ins Netz gestellt worden. Dann gilt der Grundsatz von Art. 12 Abs. 3 DSG nicht. Auszugehen ist dann vom sich bereits aus Art. 28 ZGB ergebenden und von Art. 328 OR aufgenommenen Grundsatz, dass jede Bearbeitung von Personendaten eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung darstellt, soweit kein Rechtfertigungsgrund gegeben ist.[32] Eine Bearbeitung setzt damit immer einen Rechtfertigungsgrund voraus, auch wenn Art. 328 OR nicht anwendbar ist. Allerdings kann dieser bei einer Spontanbewerbung wiederum auch ausserhalb des arbeitsvertraglichen Zusammenhangs liegen.

c) Nur für einen beschränkten Kreis zugängliche Daten

Ein hacken der Daten macht deren Bearbeitung in jedem Fall widerrechtlich. Das gilt nicht nur für den Hacker selber, sondern auch für jede weitere Benutzung dieser Daten. Gemäss Art. 28 Abs. 1 ZGB kann die betroffene Person gegen jeden vorgehen, der an der Persönlichkeitsverletzung mitgewirkt hat. Die Ausnutzung einer Persönlichkeitsverletzung stellt selber auch eine Persönlichkeitsverletzung dar.

Es ist aber auch möglich, dass die Arbeitgeberin einen privilegierten Zugang zu nicht allgemeinzugänglichen Daten hat. Soziale Netzwerke ermöglichen es sehr wohl, einer Vielzahl von Personen den Zugang zu den eigenen Daten oder wenigstens einem Teil dieser zu gewähren, ohne dass sie damit öffentlich zugänglich wären. Der Zugang bleibt auf einen bestimmten Personenkreis beschränkt. Dieser Kreis kann aber sehr gross sein. Es fragt sich dann, ob die private Zugangsberechtigung der bei der Arbeitgeberin mit der Selektion der Bewerber betrauten Person auch für die beruflichen Zwecke ausgenutzt werden darf. Dem steht m.E. Art. 4 Abs. 2 und 3 DSG entgegen. Die Zugangsberechtigung wird zu einem bestimmten privaten Zweck eingeräumt. Das Zugangsrecht steht damit aber auch unter der Bedingung, dass die Kenntnisnahme nur zu privaten Zwecken erfolgt. Wer nun diesen privat gewährten Zugang für berufliche Zwecke nutzt, entfremdet sein Zugangsrecht dem ursprünglichen Zweck und bearbeitet die Daten wider Treu und Glauben. Die Bearbeitung ist damit widerrechtlich, unabhängig davon, ob Art. 328 OR anwendbar ist oder nicht.

[32] Art. 28 Abs. 2 ZGB.

2. Art der Daten: Inhalt

Entscheidend ist selbstverständlich auch der Inhalt der Daten. Eine Vielzahl der auf dem Netz zu findenden Daten des Bewerbers werden einen direkten Zusammenhang mit seiner Eignung mit der Arbeitsstelle haben. Sie werden den Lebenslauf und die bisherigen beruflichen Aktivitäten betreffen. Diese Daten dürfen nach Art. 328 OR ohne Weiteres im Rahmen eines Bewerbungsverfahrens erhoben werden. Sie können die eingereichten Unterlagen erläutern, ergänzen oder auch rektifizieren.

Auf dem Netz sind aber überdies Aussagen zum Charakter einer bestimmten Person und deren Lebensgestaltung zu finden. Diese haben teilweise auch für die Frage der Eignung für eine Stelle Bedeutung. Massgeblich ist nicht nur das berufliche Können sondern auch die Frage, ob jemand zu einer bestimmten Unternehmenskultur passt und sich in ein bestehendes Team einfügen kann oder nicht. Insoweit sind die Voraussetzungen von Art. 328 OR für die Datenbearbeitung auch gegeben. So ist beispielsweise die Gestaltung des Privatlebens in der Regel ohne jede Bedeutung für die Qualifizierung für eine Stelle. Der öffentliche Umgang mit dem eigenen Privatleben kann aber sehr wohl auch für die Eignung Bedeutung haben.

Daneben gibt es Informationen ohne jede objektive Relevanz mit der angebotenen Stelle. Auch wenn diese Informationen sehr interessant sein können, dürfen sie mit Blick auf Art. 328 OR nicht von der Arbeitgeberin bearbeitet werden, auch nicht im Rahmen eines Bewerbungsverfahrens. Soweit es sich nicht um die von der betroffenen Person selber öffentlich zugänglich gemachten Daten handelt, gilt dies auch auf Grund von Art. 12 ff. DSG. Die Problematik liegt hier in erster Linie in der Beurteilung, was für die Stelleneignung relevant ist und was nicht. Das lässt sich aber abschliessend nur im Einzelfall beurteilen.

Der Schwerpunkt der Problematik liegt dann allerdings in einem ganz anderen Punkt. Nach Art. 5 Abs. 1 DSG muss jeder, der Personendaten bearbeitet, sich über deren Richtigkeit vergewissern. Das gilt für alle Arten von Personendaten, auch für jene, welche die betroffene Person selber allgemein zugänglich gemacht hat, d.h. selber ins Netz gestellt hat.[33] Es kann nicht einfach davon ausgegangen werden, dass Daten, welche die betroffene Person selber öffentlich zugänglich gemacht hat, richtig sind. Das Gegenteil lässt sich mit Sicherheit nicht vertreten. Wohl wird man der betroffenen Person entgegenhalten können, dass sie für diese Daten selber verantwortlich ist. Daten im Netz können aber aus verschiedenen Gründen falsch sein. Sie können aus dem Zusammenhang gerissen sein und deshalb ein falsches Bild vermitteln oder auch auf Grund ihrer Unvollständigkeit. Auch ursprünglich richtige Daten können durch

[33] Art. 12 Abs. 2 Bst. a DSG.

spätere Entwicklungen überholt sein und damit falsch werden.[34] Wenn die Datenbank ein gewisses Alter aufweist, lässt sich der Vorwurf, jemand sei für diese Daten im Netz selber verantwortlich, rechtlich kaum mehr aufrechterhalten. Mit Blick auf die grosse Vernetzung von Daten im Internet ist es dem Betroffenen auch nicht möglich, Fehlinformationen vollständig zurückzurufen. Die Bearbeitung öffentlich zugänglicher Daten aus dem Netz entbindet damit nicht von der Pflicht, die Richtigkeit zu überprüfen.

3. Folgerungen für die Bearbeitung

Wie soll nun die Arbeitgeberin vorgehen, wenn sie Daten über einen Stellenbewerber im Internet erheben will?

Die Ansicht, dass eine solche Datenerhebung grundsätzlich unterbleiben müsse, ist nicht nur wenig realistisch, sie lässt sich m.E. auch rechtlich nicht begründen. Solange es sich um eine Spontanbewerbung handelt, besteht kein Grund dafür, dass das Googeln der Person nicht ebenso zulässig sein soll, wie die Erhebung von Daten über eine beliebige Drittperson. Zwischen der betroffenen Person und der potentiellen Arbeitgeberin besteht noch keinerlei relevantes rechtliches Verhältnis. Die Zulässigkeit richtet sich ausschliesslich nach dem DSG und Art. 28 ff. ZGB. Der Zugriff auf die Personendaten im Netz ist aber grundsätzlich zulässig.

Erfolgt demgegenüber die Bewerbung auf eine ausgeschriebene Stelle, besteht ein gewisses Vertrauensverhältnis, so dass nach der hier vertretenen Auffassung neben dem DSG und Art. 28 ff. ZGB auch Art 328 OR zu beachten ist. Entsprechend dürfen grundsätzlich nur jene Daten bearbeitet werden, welche einen Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis haben. Dieser Zusammenhang dürfte allerdings mit Blick auf den Umstand, dass es nicht nur um die fachliche sondern auch um die persönliche Eignung geht und nur auf dem Netz öffentlich zugängliche Daten zur Diskussion stehen, schnell gegeben sein. Insofern ist das Googeln des Stellenbewerbers grundsätzlich zulässig.

Die eigentliche Problematik liegt in der Überprüfung der Richtigkeit der Daten. Das kann die Arbeitgeberin dadurch, dass sie dem Bewerber anlässlich des Bewerbungsgesprächs offenlegt, was sie an Daten auf dem Netz über ihn gefunden hat und ihn zu diesen Daten Stellung nehmen lässt. Das entspricht auch dem Gebot der Bearbeitung der Daten nach Treu und Glauben. Nicht zulässig ist es mit Blick auf den zwin-

[34] Vgl. dazu Maurer-Lambrou Urs, in: Urs Maurer-Labrou/Nedim Peter Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Basel 2006, Art. 5 DSG Rz. 6 ff.

genden Charakter von Art. 328 OR, dem Stellenbewerber die Einwilligung abzuverlangen, auf passwortgeschützte Datenbanken zuzugreifen.

Die Richtigkeitskontrolle der abgefragten Daten erweist sich als schwieriger, wenn der Bewerber gar nicht erst zum Bewerbungsgespräch aufgeboten wird. Fällt er bereits auf Grund seines Bewerbungsdossiers aus der engeren Auswahl, sollte er nicht gegoogelt werden. Dann kann ihm ohne grossen Aufwand und auch ohne weitere Begründung das Dossier zurückgeschickt werden. Ist demgegenüber das Dossier ansprechend und die Arbeitgeberin holt vor einem weiteren Entscheid Informationen aus dem Netz, auf Grund derer der Bewerber dann ausscheidet, so muss sie ihm mitteilen, welche Internetinformationen zur negativen Beurteilung geführt haben. Er hat dann die Möglichkeit darauf zu reagieren. Die Arbeitgeberin muss sodann die Offenheit haben, auf ihren Entscheid zurückzukommen und den Bewerber dennoch wieder ins Bewerbungsverfahren aufzunehmen, wenn sich die negativen Informationen aus dem Netz rechtzeitig als falsch erweisen.