

**Küng & Vögeli**  
*Rechtsanwälte*

**Bewerbungen  
im modernen Zeitalter**

**Dr. Nicole Vögeli Galli**  
**Fachanwältin SAV Arbeitsrecht**

Weiterbildungstage SAV, 16. September 2016

# Fragen über Fragen

- Kann die Bewerberin Auto fahren?
- Ist der Bewerber ein Terrorist?
- Arbeitet die Bewerberin sorgfältig?
- Geht der Bewerber gerne in den Ausgang?
- Hat die Bewerberin eine Vorliebe für freizügige Kleidung?
- Handelt der Bewerber loyal?
- Lebt die Bewerberin über ihre Verhältnisse?
- Erlitt der Bewerber ein Burnout?

# Schutz der Persönlichkeit

- **Art. 328b OR: Bei der Bearbeitung von Personendaten**
- 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.
- Anwendbar vor, während und nach dem Arbeitsverhältnis
- **Eine Einwilligung zur Datenbearbeitung im Arbeitsverhältnis aus anderen Gründen ist prima vista nicht möglich bzw. nichtig.**

# Datenschutz (Art. 4-7 DSGVO)

## Allgemeine Bearbeitungsgrundsätze

- Daten dürfen nur rechtmässig bearbeitet werden.
- Bearbeitung nach Treu und Glauben
- **Verhältnismässigkeit**
  - **So viel wie nötig, so wenig wie möglich**
- Erkennbarkeit für die betroffene Person
  - Transparenz und Vorhersehbarkeit
- Nur richtige Daten dürfen bearbeitet werden und nur zum Zweck, der bei der Beschaffung angegeben wurde.
- Vorsicht bei grenzüberschreitender Datenbekanntgabe
- Schutz von Personendaten
  - Datensicherheit

# Datenschutz

## Besonders schützenswerte Daten

- Nach Art. 3 lit. c DSGVO sind besonders schützenswerte Daten:
  - Religiöse, weltanschauliche, politische und gewerkschaftliche Ansichten sowie Tätigkeiten
  - Gesundheit, Intimsphäre und Rassenzugehörigkeit
  - Massnahmen der sozialen Hilfe
  - Administrative oder strafrechtliche Verfolgung oder Sanktionen
  - Finanzielle Verhältnisse

# Datenschutz (Art. 12-15 DSGVO)

## Bearbeiten von Daten durch Private

- Ist gestattet, sofern dabei die Persönlichkeit des Betroffenen nicht widerrechtlich verletzt wird.
- Widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung liegt vor:
  - bei Verletzung der allgemeinen Grundsätze.
  - wenn der Betroffene die Bearbeitung ausdrücklich untersagt hat.
  - bei Weitergabe von Persönlichkeitsprofilen oder besonders schützenswerter Daten an Dritte ohne Rechtfertigungsgrund.
- **Keine Widerrechtlichkeit liegt vor, wenn der Betroffene die Daten allgemein zugänglich gemacht und eine Bearbeitung nicht ausdrücklich untersagt hat (Art. 12 Abs. 3 DSGVO).**
- Die Bearbeitung ist ausserdem erlaubt, wenn ein Rechtfertigungsgrund vorliegt:
  - Einwilligung des Betroffenen
  - Überwiegende private oder öffentliche Interessen
  - Gesetzliche Grundlage

# Informations- und Auskunftspflicht

- Arbeitsrechtliche Treuepflicht (Art. 321a Abs. 1 OR)
- Treu und Glauben bei Vertragsverhandlungen (Art. 2 Abs. 1 ZGB)
- Informationspflicht
  - Angaben, die der Bewerber von sich aus bekannt geben muss.
- Auskunftspflicht
  - Angaben, die der Bewerber auf Wunsch des Arbeitgebers bekannt gibt.
- Beides stellt eine Datenbearbeitung dar.

# Umfang

- Informationspflicht bei Umständen, welche die Eignung betreffen, abhängig von:
  - Arbeitgeber
    - Branche, Grösse, Stellung und Wahrnehmung in der Öffentlichkeit etc.
  - Arbeitnehmer
    - Vorgesehene Funktion, Stellung und Aufgaben
- Je sensibler das Umfeld und je höher die Stellung desto umfassender sind die Informationspflicht und das Fragerecht.
- Kein Hinweis nötig, wenn Arbeitgeber selber abklären kann.
- Wahrheitspflicht
  - Keine wesentlichen Auslassungen
  - Auch bei freiwilligen Angaben
- Notwehrrecht der Lüge bei unzulässigen Fragen



# Verhältnismässigkeit (I)

- Schwangerschaft
  - Anwaltssekretärin versus Medizinische Praxisassistentin
  - Arbeitsplatzbezug: körperliche Belastbarkeit, erweiterter Gesundheitsschutz (Art. 35 ArG)
  - Planbarkeit?
- Burn-Out
  - Sachbearbeiter versus Betreuer in einem Asylzentrum
  - Arbeitsplatzbezug: erhöhte psychische und physische Belastungen
- Vorstrafe
  - Werber versus Sicherheitsdienst
  - Arbeitsplatzbezug: einschlägige Vorstrafen, Vertrauensbasis
- Politische Aktivitäten
  - Verkäuferin versus Primarschullehrerin
  - Arbeitsplatzbezug: Repräsentation Arbeitgeber, neutraler Unterricht

## Verhältnismässigkeit (II)

- Finanzielle Verhältnisse
  - Chauffeur versus Filialleiter
  - Arbeitsplatzbezug: höheres Kader, Anvertrauen von Vermögenswerten
- Sportliche Aktivitäten
  - Laborant versus Polizist
  - Arbeitsplatzbezug: höheres Kader, körperliche Fitness, Belastbarkeit, Repräsentation Arbeitgeber
  - Verletzungsrisiko?
- Detaillierte Angaben zu Ehepartner und Kinder
  - Ingenieur nationaler Strassenbau versus Ingenieur internationaler Industriebetrieb
  - Arbeitsplatzbezug: Sicherheitsrisiko, Belastung Familie durch Arbeit im Ausland
- Facebook Account
  - Maurer versus Radiomoderator
  - Arbeitsplatzbezug: Beruflich verwertbare Kenntnisse, Repräsentation Arbeitgeber, Schutz der Belegschaft, Verwendung der Arbeitszeit

# Tendenzbetrieb

- **Betriebe, welche eine religiöse, weltanschauliche, karitative, politische, künstlerische, erzieherische, wissenschaftliche oder ähnliche Zielsetzung oder Prägung aufweisen. (BGE 130 III 699)**
- Stark erhöhte Treuepflicht und erweiterte Informationspflicht
- Kirchengemeinde, politische Partei, WWF, Greenpeace, Amnesty International, Caritas, HEKS, Rotes Kreuz, Paul Scherrer Institut, Schweizerischer Fussballverband usw.

# Informationsbeschaffung gestern und heute

- Zur Verfügung gestellt von Bewerber:
  - Bewerbungsunterlagen und Bewerbungsgespräch
  - Referenzauskünfte,                   Betreibungs-                   und  
Strafregisterauszug, Leumundszeugnis
  - Assessment und Probearbeit
  - Graphologische Gutachten
- Beschafft von Arbeitgeber:
  - Observationen und Befragung Dritter
  - Soziale Medien und Internetrecherchen
- Zufallsfunde

# Identische rechtliche Grundlagen

- Art der und Aufwand für die Informationsbeschaffung verändert die rechtlichen Voraussetzungen nicht:
  - Prüfung Eignung Bewerber
  - Verhältnismässigkeit
  - Erkennbarkeit
- Anforderungen an die Arbeitgeber sind demgegenüber in verschiedener Hinsicht gestiegen:
  - Qualitätsstandards und Sicherheitsvorschriften
  - Kundenprüfung und Korruptionsbekämpfung
  - usw.
- Arbeitgeber stehen im digitalen Zeitalter permanent unter Beobachtung der Öffentlichkeit.
- Erweiterung des Informationsrechts des Arbeitgebers aufgrund eines erhöhten privaten Interesses (Art. 13 Abs. 1 DSGVO)

# Digitale Beschaffung

## Die üblichen Verdächtigen

- Private Netzwerke (Facebook, Twitter, Instagram usw.)
  - In der Regel kein Arbeitsplatzbezug
  - Aber auch: Eigenverantwortung Bewerber (Art. 12 Abs. 3 DSGVO)
  - Fazit: in der Regel unzulässig
- Berufliche Netzwerke (Xing, LinkedIn usw.)
  - Arbeitsplatzbezug klar gegeben
  - Bewusstes Einsetzen der Bewerber
  - Fazit: zulässig
- Suchmaschinen (Google usw.)
  - Unzählige Treffer
  - Allenfalls für Bewerber unbekannt und falsch
  - Fazit: in der Regel unzulässig

# Digitale Beschaffung

## Die Terroristen

- Sanktions- und Fahndungslisten (UNO, Weltbank, EU, FBI usw.)
- Eignung Bewerber (Art. 328b OR)
  - Entsprechen die behaupteten Fähigkeiten und Berufserfahrungen der Wahrheit?
  - Sind Probleme beim Vollzug des Arbeitsverhältnisses vorhersehbar?
- Zulässigkeit aufgrund öffentlichen Interesses (Art. 13 Abs. 1 DSGVO)
  - Schutz vor Terroranschlägen
  - Vermeidung von Schläfern
  - Vermeidung der Finanzierung von Terroristen
- Zulässigkeit aufgrund privaten Interesses Arbeitgeber (Art. 13 Abs. 1 DSGVO)
- Sensitive Tätigkeiten
- Reputation
- **Zulässigkeit ist meines Erachtens vorbehaltlos gegeben.**

# Digitale Beschaffung

## Die allgemeinen Aussagen

- Digitale Recherchen dürften zulässig sein, wenn notwendig unter Berücksichtigung des jeweils aktuellen Umfelds mit Bezug auf:
  - Berufliche Informationen, Höhere Funktion, Repräsentation
  - Sensitive Funktion
  - Exponierte Stellung der Arbeitgeberin, Tendenzbetrieb
  - Gesetzliche Vorgaben, Anforderungen Markt
  - Verdacht
  - Erkenn- und Vorhersehbarkeit
- Erkenn- und Vorhersehbarkeit heute immer gegeben?
  - Nein.
  - Abhängig von Medium, Arbeitgeber und zu besetzender Stelle
- Dokumentation der Recherchen zwingend



# Personensicherheitsprüfung (PSP) Öffentliches Personalrecht

- Mitglieder Armee, Bedienstete Bund und Mitarbeitende Dritte bei Zusammenarbeit in sicherheitsempfindlichen Funktionen und bei Personen, die für die nukleare Sicherheit und die Sicherung der Kernanlagen wesentlich sind (PSPV und PSPVK)
- Putzfrau über Bundesanwalt bis Stabschef
- Umfassende Durchleuchtung ohne klare Regeln und regelmässige Wiederholung
- Irrelevant sind Verschulden, soziale Aspekte oder Qualität der Arbeitsleistung / Bewerbung
- Schwelle für Durchführung tief trotz schwerem Eingriff in die Grundrechte
- Einstufung als Sicherheitsrisiko muss im öffentlichen Interesse der inneren Staatssicherheit liegen und im Einzelfall verhältnismässig sein.

# Verwertbare Überlegungen

- Reinigungsfrau stellt trotz Schuldscheinen und SVG-Bussen kein Sicherheitsrisiko dar (Erpressbarkeit, Bestechlichkeit) und ist vertrauenswürdig, weshalb die negative Risikoverfügung nach PSP aufgehoben wurde (BVGer 01.09.2014, A-679/2013).
- Angehende Lernende erhält vor Stellenantritt Kündigung wegen Beleidigung einer Lehrerin auf Facebook, wobei Gemeinde weitere Gründe behauptete (Tages Anzeiger online vom 8. Juni 2011).
- Geschützte Entlassung nach negativer PSP unter Verwendung von Medienberichten und persönlicher Befragung wegen Ausübung des islamischen Glaubens, Eigen-Bezeichnung als „ideologischer Extremist“ usw. (BVGer 27.04.2011, A-6275\_2010).
- Falsche Aussagen eines Senior Private Bankers im Bewerbungsverfahren u.a. über Lohn und Anstellungsdauer rechtfertigte fristlose Entlassung (BGer 14.02.2011, 4A\_569/2010).

# Unzulässige Informationsbeschaffung

- Unzulässige Datenbearbeitung
  - Persönlichkeitsverletzung (Art. 28 ZGB und Art. 328 OR)
  - Klagen zum Schutz der Persönlichkeit (Art. 15 DSG und Art. 28a ZGB)
- Ablehnung Anstellung
  - culpa in contrahendo (Art. 2 Abs. 2 ZGB, ARV 2006 S. 24 f.)
  - Vorwirkung der Fürsorgepflicht (Art. 328 OR, ARV 2006 S. 23 f.)
  - Diskriminierende Ablehnung der Anstellung (Art. 5 Abs. 2 und 4 GIG)
- Schadenersatz und Genugtuung

# Unzulässige Falschinformation

- Irrtum aufgrund absichtlicher Täuschung (Art. 28 OR)
  - Bewerbung mit gefälschtem Arbeitszeugnis (BGE 132 III 242)
  - Wahrheitswidrige Angaben über Berufserfahrung (JAR 2002 S. 151)
  - Umgehende Geltendmachung
- Fristlose Entlassung (Art. 337 OR)
  - Wahrheitswidrige Angaben über früheren Lohn und Dauer frühere Anstellung (BGer 14.02.2011, 4A\_569/2010)
  - Täuschung über fehlende fachliche Voraussetzungen, aber nicht, wenn danach über Jahre das Arbeitsverhältnis aufrecht erhalten wurde (BGer in JAR 1999 S. 271)
  - Schadenersatz (Art. 337b Abs. 1 OR)
    - Erfüllungsinteresse bis zum nächsten, ordentlichen Kündigungstermin
    - Entgangener Gewinn, Überstunden anderer, Insertionskosten

# Augenmass bewahren

- Sünden der Vergangenheit gab es schon immer.
  - Sie werden durch die allgemeine Zugänglichkeit nicht wichtiger.
- Die Menge der Informationen sagt nichts über deren Qualität und Relevanz aus.
- Recht auf Vergessen
  - Je nach Ereignis längere oder kürzere Zeitdauer
- Entscheidend für eine erfolgreiche Zusammenarbeit war und ist die Eignung des Bewerbers für die konkrete Tätigkeit im konkreten Team.
- Bewusster und transparenter Umgang mit den modernen Medien im Bewerbungsverfahren
  - Interne Richtlinien für die Verwendung erlassen.
  - Bei Stellenausschreibung auf die digitale Prüfung hinweisen:  
„Bitte beachten Sie, dass Ihre Bewerbung in den sozialen Netzwerken und mittels Internetrecherchen zusätzlich geprüft wird.“

# Zum Nachlesen

- *Social Media im Arbeitsrecht*  
Michèle Stutz und Noemi Valloni, in: Social Media und Recht für Unternehmen, Oliver Staffelbach/Claudia Keller (Hrsg.), Zürich 2015, S. 159 ff., ISBN 978-3-7255-6958-8
- *Bewerber unter Terrorverdacht*  
Nicole Vögeli Galli und Rolf Müller, in: personalschweiz, Juni 2015, S. 10-13, ISSN 1664-5693
- *Umstände der Ernennung von Roland Nef zum Chef der Armee*  
Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates vom 28. November 2008, abrufbar über: <https://www.parlament.ch/centers/documents/de/bericht-gpk-n-ernennung-nef-2008-11-28-d.pdf>
- *Verordnung über die Personensicherheitsprüfungen (PSPV)*  
vom 4. März 2011, SR 120.4
- *Verordnung über die Personensicherheitsprüfungen im Bereich Kernanlagen (PSPVK)*  
vom 9. Juni 2006, SR 732.143.3

# Koordinaten

**Rechtsanwältin Dr. Nicole Vögeli Galli**

**Fachanwältin SAV Arbeitsrecht**

Küng & Vögeli Rechtsanwälte

Schaffhauserstrasse 135, CH-8302 Kloten

Tel +41 44 804 40 10 / Fax +41 44 804 40 11

[www.kueng-voegeli.ch](http://www.kueng-voegeli.ch) / [voegeli@kueng-voegeli.ch](mailto:voegeli@kueng-voegeli.ch)