

Datenschutzzweckwidrige Auskunftsbegehren im Arbeitsverhältnis

Rechtslage unter geltendem und revidiertem Datenschutzgesetz



CHRISTOPH STUTZ**





CHIARA WIRZ***

Die AutorInnen gehen mit Blick auf das geltende und das revidierte Datenschutzgesetz der Frage nach, unter welchen Voraussetzungen ein im Nachgang einer Kündigung erhobenes Datenauskunftsbegehren eines Arbeitnehmers gegenüber seiner Arbeitgeberin rechtsmissbräuchlich sein kann. Dabei zeichnen sie die Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nach, diskutieren den Gegenstand des datenschutzrechtlichen Auskunftsrechts im Kontext des Arbeitsverhältnisses und prüfen typische Auskunftsbegehren auf ihren datenschutzzweckgemässen Gehalt. Sie kommen zum Schluss, dass ein Auskunftsbegehren insbesondere dann rechtsmissbräuchlich ist, wenn der Arbeitnehmer damit ausschliesslich ein datenschutzzweckwidriges Rechtsschutzinteresse verfolgt (z.B. eine reine «fishing expedition»).

À l'aune du droit en vigueur et de la révision de la loi sur la protection des données, les autrices et l'auteur examinent la question de savoir dans quelle mesure une demande d'accès aux données déposée par un employé à l'encontre de son employeur après la résiliation du contrat de travail peut constituer un abus de droit. Dans ce cadre, ils mettent en évidence l'évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral, débattent l'objet du droit d'accès prévu par le droit de la protection des données dans le contexte du contrat de travail et examinent des demandes de renseignement typiques sous l'angle de leur adéquation avec le but de la protection des données. Ils parviennent à la conclusion qu'une demande de renseignement est en particulier abusive si l'employé utilise ce moyen uniquement pour poursuivre un intérêt contraire au droit de la protection des données (par exemple, une pure « fishing expedition »).

- I. Einleitung
- II. Direktvergleich der geltenden und k\u00fcnftigen Regelungen zum Auskunftsrecht
- III. Gegenstand des Auskunftsrechts des Arbeitnehmers
 - A. Allgemeines
 - B. Personendaten des Arbeitnehmers
 - C. Personaldossier als Gegenstand des Auskunftsrechts?
- IV. Einschränkung des Auskunftsrechts des Arbeitnehmers
- V. Datenschutzzweckwidrige Auskunftsbegehren im Allgemeinen
 - A. Zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstituts
 - B. Zweck des Auskunftsrechts
 - C. Datenschutzzweckwidrige Auskunftsbegehren unter geltendem Datenschutzrecht
 - 1. Bedeutung des Auskunftsinteresses
 - 2. Bestandesaufnahme der Rechtsprechung des Bundesgerichts
- * IRÈNE SUTER-SIEBER, Dr. iur., Rechtsanwältin und Fachanwältin SAV Arbeitsrecht, Partnerin bei Walder Wyss AG, Zürich.
- ** CHRISTOPH STUTZ, Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Konsulent bei Walder Wyss AG, Zürich.
- *** CHIARA WIRZ, Rechtsanwältin, Walder Wyss AG, Zürich.

- D. Datenschutzzweckwidrige Auskunftsbegehren unter revidiertem Datenschutzrecht
- VI. Datenschutzzweckwidrige Auskunftsbegehren im Arbeitsverhältnis
 - A. Möglicherweise datenschutzzweckwidrige Motive des Arbeitnehmers
 - B. Ausblick auf die Rechtslage unter dem revidierten Datenschutzrecht
- VII. Fazit

I. Einleitung

In der arbeitsrechtlichen Praxis stellen Arbeitnehmer¹ nach erfolgter Kündigung durch die Arbeitgeberin nicht selten ein Begehren um Herausgabe einer Kopie ihres

Für eine einfache Lesbarkeit wird vorliegend von «Arbeitnehmer» und «Arbeitgeberin» gesprochen. Diese und weitere Parteibezeichnungen gelten jeweils für alle Geschlechter.

Personaldossiers. Häufig bezweckt der Arbeitnehmer damit, mögliche Ansprüche aus Mehrarbeit, Bonusvereinbarungen, missbräuchlicher Kündigung oder auf ein besseres Arbeitszeugnis etc. zu prüfen und später allenfalls durchzusetzen.

Der Arbeitnehmer stützt sein Auskunftsbegehren regelmässig auf das in Art. 8 Abs. 1 DSG geregelte Auskunftsrecht.² Gelegentlich wird allerdings verkannt, dass der Zweck dieses datenschutzrechtlichen Auskunftsrechts nicht darin besteht, dem auskunftsersuchenden Arbeitnehmer die Möglichkeit für eine einfache (und in der Regel kostenlose) Beschaffung von nützlichem Beweismaterial im Hinblick auf einen gegen die Arbeitgeberin angestrebten Prozess zu verschaffen. Im Gegenteil: Ein Auskunftsbegehren, das ausschliesslich zur «Ausforschung» einer möglichen Gegenpartei dient und darüber hinaus in keinem Zusammenhang mit dem Datenschutz steht, erfolgt rechtsmissbräuchlich.³ Dies ist die mittlerweile gefestigte Meinung des Bundesgerichts und wurde von diesem in einem unlängst gefällten Entscheid erneut bekräftigt und präzisiert.4

Die Schweizer Lehre hat sich schon eingehend mit der rechtlichen Behandlung des Personaldossiers und diesbezüglichen Auskunftsbegehren von Arbeitnehmern befasst.⁵ Der Schwerpunkt dieses Beitrags liegt auf den Auskunftsbegehren im Arbeitsverhältnis, die datenschutzzweckwidrig und damit rechtsmissbräuchlich erfolgen. Hinzu kommt, dass das revidierte Datenschutzgesetz⁶ (im Folgenden «revDSG»), dessen Inkrafttreten in der zweiten Hälfte von 2022 erwartet wird,⁷ in Bezug auf die Frage datenschutzzweckwidriger Auskunftsbegehren für mehr Klarheit sorgen wird. Der vorliegende Beitrag

soll einen Überblick über die geltende und die künftige Rechtslage zum Recht des Arbeitnehmers auf Auskunft über die von der Arbeitgeberin über ihn bearbeiteten Daten verschaffen.

In einem ersten Abschnitt findet sich ein Direktvergleich zwischen den geltenden und den künftigen Regeln zum Auskunftsbegehren (II.). In den nächsten Abschnitten befassen sich die AutorInnen mit dem Gegenstand des Auskunftsrechts des Arbeitnehmers (III.) und den gesetzlichen Gründen, die es der Arbeitgeberin erlauben, das Auskunftsrecht einzuschränken (IV.). In den beiden letzten Abschnitten geht es dann um die zentrale Frage, unter welchen Umständen das Auskunftsbegehren eines Arbeitnehmers datenschutzzweckwidrig ist und er sich deshalb den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs entgegenhalten lassen muss (V. und VI.). Die AutorInnen gehen primär auf das geltende Recht ein und weisen jeweils auf die Änderungen hin, welche das künftige Recht mit sich bringen wird.

II. Direktvergleich der geltenden und künftigen Regelungen zum Auskunftsrecht

Das geltende Datenschutzrecht regelt das Auskunftsrecht und dessen Einschränkung in Art. 8 f. DSG. Mit Inkrafttreten des revidierten Datenschutzrechts werden diese Artikel durch Art. 25 f. revDSG abgelöst. Die nachfolgende Übersicht zeigt die genannten Bestimmungen zum Auskunftsrecht in der deutschen Fassung im Direktvergleich, wobei die wichtigsten, vorliegend besprochenen Veränderungen hervorgehoben sind.

DAVID ROSENTHAL/YVONNE JÖHRI, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich 2008, Art. 328b OR N 42; ROGER RUDOLPH, Das Recht des Arbeitnehmers auf Einsicht in sein Personaldossier, AJP 2014, 1672 ff., 1672.

Botschaft vom 15. September 2017 zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, BBI 2017 6941 ff. (zit. Botschaft Totalrevision DSG), 7066.

⁴ BGer, 4A_277/2020, 18.11.2020. Dazu und zu weiteren Entscheiden unten V.C.2.

Unlängst erschienen sind z.B. Kurt Pärli/Jonas Eggmann, Das Auskunftsrecht im Privatrecht, digma 2020, 140 ff.; MICHEL VERDE, Rechtliche Aspekte des Personaldossiers, Jusletter vom 18. August 2020, N 1 ff.

Der Gesetzestext des Abstimmungstextes des revidierten DSG ist abrufbar unter: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/1998/de (Abruf 15.04.2021).

⁷ EIDGENÖSSISCHER DATENSCHUTZBEAUFTRAGTER (EDÖB), Das neue Datenschutzgesetz aus Sicht des EDÖB, 1 ff., 2, Internet: https://www.edoeb.admin.ch/dam/edoeb/de/dokumente/2021/ revdsg.pdf.download.pdf/revDSG_DE.pdf (Abruf 15.04.2021).

Zum Auskunftsrecht:

Art. 8 DSG, Art. 1 Abs. 4 und Art. 2 Abs. 1 und 2 VDSG	Art. 25 und Art. 28 Abs. 3 revDSG
Art. 8 DSG: 1 Jede Person kann vom Inhaber einer Datensammlung ⁸ Auskunft dar- über verlangen, ob Daten über sie bearbeitet werden.	Art. 25 revDSG: 1 Jede Person kann vom Verantwortlichen ⁹ Auskunft darüber verlangen, ob Personendaten über sie bearbeitet werden.
 ² Der Inhaber der Datensammlung muss der betroffenen Person mitteilen: a. alle über sie in der Datensammlung vorhandenen Daten einschliesslich der verfügbaren Angaben über die Herkunft der Daten; b. den Zweck und gegebenenfalls die Rechtsgrundlagen des Bearbeitens sowie die Kategorien der bearbeiteten Personendaten, der an der Sammlung Beteiligten und der Datenempfänger. 	 ² Die betroffene Person erhält diejenigen Informationen, die erforderlich sind, damit sie ihre Rechte nach diesem Gesetz geltend machen kann und eine transparente Datenbearbeitung gewährleistet ist. In jedem Fall werden ihr folgende Informationen mitgeteilt: a. die Identität und die Kontaktdaten des Verantwortlichen; b. die bearbeiteten Personendaten als solche;¹⁰ c. der Bearbeitungszweck; d. die Aufbewahrungsdauer der Personendaten oder, falls dies nicht möglich ist, die Kriterien zur Festlegung dieser Dauer; e. die verfügbaren Angaben über die Herkunft der Personendaten, soweit sie nicht bei der betroffenen Person beschafft wurden; f. gegebenenfalls das Vorliegen einer automatisierten Einzelentscheidung sowie die Logik, auf der die Entscheidung beruht. g. gegebenenfalls die Empfängerinnen und Empfänger oder die Kategorien von Empfängerinnen und Empfängern, denen Personendaten bekanntgegeben werden, sowie die Informationen nach Absatz 4.¹¹
³ Daten über die Gesundheit kann der Inhaber der Datensammlung der betroffenen Person durch einen von ihr bezeichneten Arzt mitteilen lassen.	³ Personendaten über die Gesundheit können der betroffenen Person mit ihrer Einwilligung durch eine von ihr bezeichnete Gesundheitsfachperson mitgeteilt werden.
⁴ Lässt der Inhaber der Datensammlung Personendaten durch einen Dritten bearbeiten, so bleibt er auskunftspflichtig. Der Dritte ist auskunftspflichtig, wenn er den Inhaber nicht bekannt gibt oder dieser keinen Wohnsitz in der Schweiz hat.	⁴ Lässt der Verantwortliche Personendaten von einem Auftragsbearbeiter bearbeiten, so bleibt er auskunftspflichtig.
⁵ Die Auskunft ist in der Regel schriftlich, in Form eines Ausdrucks oder einer Fotokopie sowie kostenlos zu erteilen. Der Bundesrat regelt die Ausnahmen.	⁶ Der Verantwortliche muss kostenlos Auskunft erteilen. Der Bundesrat kann Ausnahmen vorsehen, namentlich wenn der Aufwand unverhältnismässig ist.
⁶ Niemand kann im Voraus auf das Auskunftsrecht verzichten.	⁵ Niemand kann im Voraus auf das Auskunftsrecht verzichten. ¹²

⁸ Auf den Begriff der «Datensammlung» wird im revidierten Datenschutzgesetz g\u00e4nzlich verzichtet.

Das revidierte DSG verwendet neu nicht mehr den Begriff «Inhaber der Datensammlung», sondern spricht vom «Verantwortlichen» (vgl. Art. 5 lit. j revDSG).

Art. 25 Abs. 2 lit. b revDSG stellt nunmehr klar, was schon unter dem geltenden Datenschutzrecht gilt: Das Auskunftsrecht erfasst «Personendaten als solche», nicht blosse «Dokumente» (DAVID ROSENTHAL, Das neue Datenschutzgesetz, Jusletter vom 16. November 2020, N 120, mit Verweis auf ein dazu ergangenes Urteil des Europäischen Gerichtshofs [EuGH], C-141/12 und C-372/12, 17.7.2014).

Der nicht abschliessend zu verstehende (Botschaft Totalrevision DSG [FN 3], 7067) Katalog der mitzuteilenden Informationen wurde angepasst und erweitert (siehe dazu ROSENTHAL [FN 10], N 115, N 117 ff.).

Weiterhin ist und bleibt das Auskunftsrecht ein subjektives höchstpersönliches Recht, auf das eine anspruchsberechtigte Person im Voraus nicht verzichten kann (Botschaft Totalrevision DSG [FN 3], 7066)

Art. 1 Abs. 4 VDSG: Die Auskunft oder der begründete Entscheid über die Beschränkung des Auskunftsrechts (Art. 9 und 10 DSG) wird innert 30 Tagen seit dem Eingang des Auskunftsbegehrens erteilt. Kann die Auskunft nicht innert 30 Tagen erteilt werden, so muss der Inhaber der Datensammlung den Gesuchsteller hierüber benachrichtigen und ihm die Frist mitteilen, in der die Auskunft erfolgen wird.

⁷ Die Auskunft wird in der Regel innerhalb von 30 Tagen erteilt.

Art. 2 Abs. 1 und 2 VDSG: Eine angemessene Beteiligung an den Kosten kann ausnahmsweise verlangt werden, wenn: [...] ² Die Beteiligung beträgt maximal 300 Franken. Der Gesuchsteller ist über die Höhe der Beteiligung vor der Auskunftserteilung in Kenntnis zu setzen und kann sein Gesuch innert zehn Tagen zurückziehen.

Art. 28 Abs. 3 revDSG: Der Verantwortliche muss die Personendaten kostenlos herausgeben oder übertragen. Der Bundesrat kann Ausnahmen vorsehen, namentlich wenn der Aufwand unverhältnismässig ist.¹³

Zur Einschränkung des Auskunftsrechts:

Art. 9 Abs. 1, 4 und 5 DSG	Art. 26 revDSG
 Der Inhaber der Datensammlung kann die Auskunft verweigern, einschränken oder aufschieben, soweit: a. ein Gesetz im formellen Sinn dies vorsieht; b. es wegen überwiegender Interessen Dritter erforderlich ist. 	 Der Verantwortliche kann die Auskunft verweigern, einschränken oder aufschieben, wenn: a. ein Gesetz im formellen Sinn dies vorsieht, namentlich um ein Berufsgeheimnis zu schützen; b. dies aufgrund überwiegender Interessen Dritter erforderlich ist; oder c. das Auskunftsgesuch offensichtlich unbegründet ist, namentlich wenn es einen datenschutzwidrigen Zweck verfolgt, oder offensichtlich querulatorisch ist.
⁴ Der private Inhaber einer Datensammlung kann zudem die Auskunft verweigern, einschränken oder aufschieben, soweit eigene überwiegende Interessen es erfordern und er die Personendaten nicht Dritten bekannt gibt.	 ² Darüber hinaus ist es in den folgenden Fällen möglich, die Auskunft zu verweigern, einzuschränken oder aufzuschieben: a. Der Verantwortliche ist eine private Person und die folgenden Voraussetzungen sind erfüllt: 1. Überwiegende Interessen des Verantwortlichen erfordern die Massnahme. 2. Der Verantwortliche gibt die Personendaten nicht Dritten bekannt. []
	³ Unternehmen, die zum selben Konzern gehören, gelten nicht als Dritte im Sinne von Absatz 2 Buchstabe a Ziff. 2. ¹⁴
⁵ Der Inhaber der Datensammlung muss angeben, aus welchem Grund er die Auskunft verweigert, einschränkt oder aufschiebt.	⁴ Der Verantwortliche muss angeben, weshalb er die Auskunft verweigert, einschränkt oder aufschiebt.

Das revidierte Datenschutzgesetz regelt nunmehr im formellen Gesetz, nicht mehr auf Verordnungsstufe, die grundsätzliche Kostenlosigkeit und Auskunftserteilung innert 30-tägiger Frist. Ausnahmen davon und weitere formelle Einzelheiten zum Auskunftsrecht werden in der revidierten Verordnung zum Datenschutzgesetz geregelt sein, deren Vernehmlassung voraussichtlich in der ersten Jahreshälfte 2021 beginnen wird, Internet: https://www.bj.admin. ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung.html (Abruf 15.04.2021).

Neu werden Konzerngesellschaften privilegiert behandelt und gelten in Bezug auf die Bekanntgabe von Daten nicht mehr als «Dritte», wie es nach geltendem Art. 9 Abs. 4 DSG der Fall ist.

III. Gegenstand des Auskunftsrechts des Arbeitnehmers

A. Allgemeines

Die Bearbeitung von Personendaten im Arbeitsverhältnis ist zunächst in Art. 328b OR geregelt. Dieser beschränkt den Kreis der zulässigerweise durch die Arbeitgeberin zu bearbeitenden Daten auf solche mit Arbeitsplatzbezug. ¹⁵ Nach Art. 328b OR ist eine Datenbearbeitung durch die Arbeitgeberin nur zulässig, wenn sie unter objektiven Gesichtspunkten:

- entweder der Eignungsabklärung des Bewerbers¹6/Arbeitnehmers für die konkrete Arbeitsstelle dient (z.B. Daten über den beruflichen Werdegang, Aus- und Weiterbildungszertifikate, Arbeitszeugnisse, Referenzen früherer Arbeitgeberinnen, Sprachkenntnisse) oder
- wenn Personendaten des Arbeitnehmers zur Durchführung des Arbeitsvertrags bearbeitet werden sollen (z.B. AHV-Nummer, Bankkontendaten, Nebenbeschäftigung, vertrauensärztliche Berichte).¹⁷

Die Bestimmung des Art. 328b OR ist teilzwingender Natur und darf deswegen nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgeändert werden (Art. 362 i.V.m. Art. 328b OR).¹⁸

Art. 328b OR verweist ausserdem mit einem deklaratorischen Hinweis auf das Datenschutzgesetz, welches selbstverständlich auch im Rahmen des Arbeitsverhältnisses zu beachten ist. Die Arbeitgeberin hat sich folglich bei der Bearbeitung von Personendaten des Arbeitnehmers an die allgemeinen Bearbeitungsgrundsätze zu halten (unten V.B.).

B. Personendaten des Arbeitnehmers

Nach den geltenden Art. 8 Abs. 1 und 2 DSG muss die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer insbesondere alle über diesen in der Datensammlung vorhandenen, also bearbeiteten Daten (Personendaten) mitteilen:

- Der Begriff der «Personendaten» erfasst «alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen» (Art. 3 lit. a DSG), und ist demnach weit zu fassen.¹⁹
- Unter «Bearbeiten» ist nach Art. 3 lit. e DSG jeder Umgang mit Personendaten zu verstehen, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren, insbesondere das Beschaffen, Aufbewahren, Verwenden, Umarbeiten, Bekanntgeben, Archivieren oder Vernichten von Daten.
- Art. 8 DSG stellt ausserdem auf den Begriff der «Datensammlung» ab. Als Datensammlung gilt jeder Bestand von Personendaten, der so aufgebaut ist, dass die Daten nach betroffenen Personen erschliessbar sind (Art. 3 lit. g DSG). Der Begriff stiftete in der Vergangenheit immer wieder Verwirrung. Entscheidend für das Vorliegen einer Datensammlung ist, dass die zum Arbeitnehmer gehörenden Daten auffindbar sind, ohne dass das Durchsuchen des Datenbestands bzw. der Datenbestände mit einem übermässig grossen Aufwand verbunden ist.20 Moderne EDV-Technologien lassen heute regelmässig einfache Durchsuchungen grösster digitaler Datenbestände zu. Der Begriff der Datensammlung darf deshalb heute in der Regel nicht mehr so verstanden werden, dass er das Auskunftsrecht generell einzuschränken vermag.

Unter dem revidierten Datenschutzgesetz bleiben diese Begrifflichkeiten unverändert anwendbar (vgl. hierzu die Legaldefinitionen in Art. 5 lit. a und d revDSG).²¹ Eine

ROBERTA PAPA/THOMAS PIETRUSZAK, Datenschutz im Personalwesen, in: Nicolas Passadelis/David Rosenthal/Hanspeter Thür (Hrsg.), Datenschutzrecht. Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung, Basel 2015, 577–611, N 17.38; Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 –362, 7. A., Zürich 2012, Art. 328b OR N 3.

Art. 328b OR findet entgegen seinem Wortlaut auch schon im Bewerbungsprozess Anwendung (BGer, 2C_103/2008, 30.6.2008, E. 6.2; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH [FN 15], Art. 328b OR N 4, m.w.V.).

Vgl. für weitere Beispiele von Personendaten im Arbeitsverhältnis Papa/Pietruszak (FN 15), N 17.38; vgl. auch Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 15), Art. 328b OR N 3.

Auf die höchstrichterlich immer noch nicht entschiedenen Frage, ob Art. 328b OR als Verbotsnorm oder als blosser Bearbeitungsgrundsatz zu verstehen ist, womit seine Verletzung nach Art. 13 DSG gerechtfertigt werden kann, wird in diesem Beitrag nicht weiter eingegangen (vgl. dazu Streiff/von Kaenel/Rudolph [FN 15], Art. 328b OR N 3, m.w.V.; ROSENTHAL/JÖHRI [FN 2], Art. 328b OR N 3 ff.; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 328b N 23, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2020; siehe dazu auch OGer ZH, LA170035, 31.01.2018, E. 5.1; OGer ZH, LA180002, 20.03.2018, E. 5.1; OGer ZH, LA180018, 3.10.2018, E. 4.3; OGer ZH, LA160028, 22.12.2016, E. 5.4 a.E.; OGer ZH, LA160009, 22.12.2016, E. 7.4; OGer ZH, LA160038, 31.01.2017, E. 5.4; OGer ZH, LA110040, 8.4.2013, E. 4.4.2; im Widerspruch zu den vorgenannten Urteilen OGer ZH, LA180031, 20.3.2019; ferner Cour de Justice des Kantons Genf, ACJC/1540/2014, 12.12.2014, E. 3.1.3).

BGer, 4A_125/2020, 10.12.2020, E. 3.4.1 (zur Publikation vorgesehen), m.w.V. auf ROSENTHAL/JÖHRI (FN 2), Art. 3 DSG N 2.

²⁰ Vgl. Botschaft DSG (FN 3), 447 f.

²¹ Mit «Person» sind unter dem revidierten Datenschutzgesetz allerdings nur noch *natürliche* Personen gemeint (Art. 5 lit. a und b revDSG).

Ausnahme bildet der Begriff der Datensammlung, auf den neu gänzlich verzichtet wird.²²

Das Auskunftsrecht gemäss Art. 8 DSG erfasst primär schriftliche bzw. «physische» oder elektronisch abgespeicherte Daten in auf Dauer objektiv einsehbaren Datensammlungen. Art. 8 DSG erfasst daher insbesondere nicht Daten, die bloss im Gedächtnis abrufbar sind. Das Bundesgericht hat den Gegenstand des Auskunftsrechts in einem jüngeren Entscheid in diesem Sinne eingeschränkt.²³

Ferner ist zu beachten, dass ein Auskunfts- bzw. Herausgabeanspruch gestützt auf Art. 8 DSG nur Personendaten und nicht etwa ganze Unterlagenbestände und Dokumente erfasst. Dies wurde von einzelnen Gerichten – unter geltendem Datenschutzrecht – zum Teil verkannt mit der Folge, dass verschiedentlich Klagen zur Herausgabe von z.B. Korrespondenz, E-Mails oder anderen internen Unterlagen gestützt auf Art. 8 DSG gutgeheissen wurden. ²⁴ Der Gesetzgeber hat deshalb im revidierten Gesetzestext des Auskunftsrechts klargestellt, dass davon nur «bearbeitete Personendaten *als solche*» erfasst sind (Art. 25 Abs. 2 lit. b revDSG). ²⁵

Verlangt der Arbeitnehmer von seiner Arbeitgeberin also z.B. «Herausgabe der über ihn bearbeiteten Personendaten nach Art. 8 DSG» oder stellt er ein ähnliches Begehren, schliesst dies unter dem geltenden wie auch dem neuen Recht grundsätzlich sämtliche physisch oder elektronisch vorhandenen Daten ein, die sich direkt auf seine Person beziehen oder ihm zugeordnet werden können und welche die Arbeitgeberin jemals bearbeitet, z.B. auch nur gespeichert, hat.

C. Personaldossier als Gegenstand des Auskunftsrechts?

Der Arbeitnehmer verlangt im Rahmen seines Auskunftsbegehrens häufig eine Kopie seines «Personaldossiers»²⁶ heraus. Zu diesem Terminus existiert allerdings keine

Legaldefinition.²⁷ In der Lehre ist die Tendenz erkennbar, wonach der Begriff des Personaldossiers in einem *materiellen* Sinn zu verstehen ist.²⁸ Gemeint ist, dass der Umfang und Inhalt des Personaldossiers nicht auf ein physisches Bündel (also z.B. ein Dossier in der Personalabteilung des Unternehmens)²⁹ beschränkt sind, sondern dass davon alles umfasst ist, was über einen Arbeitnehmer in Bezug auf Entstehung, Verlauf und Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgezeichnet wird, auch wenn diese Aufzeichnung verteilt auf verschiedene Dossiers, Archive, elektronische EDV-Systeme oder Web-Applikationen erfolgt.³⁰

Die Auseinandersetzung in der Literatur mit dem Begriff des Personaldossiers kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Verwendung des Begriffs unter dem Gesichtspunkt des Auskunftsrechts (Art. 8 DSG) letztlich wenig hilfreich ist. Art. 8 DSG geht einerseits über den (materiellen) Begriff des Personaldossiers hinaus, indem er auch Angaben über den Arbeitnehmer erfasst, die nicht im Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis stehen, so z.B. Informationen im Zusammenhang mit einem separaten Mietvertrag oder Informationen aus dem Privatbereich des Arbeitnehmers, die – aus welchem Grund auch immer – bei der Arbeitgeberin gelandet sind.

Andererseits ist das Begehren des Arbeitnehmers auf «Herausgabe des Personaldossiers» nicht per se gleichzusetzen mit dem formellen (und spezifischeren) Begehren um Auskunft über die zu einem Arbeitnehmer bearbeiteten Personendaten nach Art. 8 DSG. Dennoch kann es gerechtfertigt sein, ein solches Begehren um Herausgabe des Personaldossiers auch unter datenschutzauskunftsrechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen. Selbstverständlich ist immer zu ermitteln, ob der Arbeitnehmer aus anderen Rechtsgründen (UVG, BVG, Fürsorgepflicht etc.) einen Anspruch auf Informationen hat, die nicht unter das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht fallen.

²² Rosenthal (FN 10), N 115.

²³ BGer, 4A_125/2020, 10.12.2020 (zur Publikation vorgesehen), der sich zur Hauptsache zu Angaben über die Herkunft (Art. 8 Abs. 2 lit. a DSG) äussert. Demgegenüber erfasst der Begriff des Personendatums lediglich die *Informationen* über eine Person, die sich vom konkreten Speichermedium loslösen lassen, zum Beispiel Angaben zum Arbeitnehmer, zusammengefasst in einer Liste (ROSENTHAL/JÖHRI [FN 2], Art. 3 N 12 m.w.H.

Vgl. z.B. BGer, 4A_506/2014 und 4A_524/2014, 3.7.2015 (teilweise Gutheissung des Auskunftsbegehrens der Klägerin unter Sachverhalt, B.).

²⁵ ROSENTHAL (FN 10), N 120 m.w.H.

²⁶ Alternativ «Personalakte».

BARBARA MEYER, Fragen und Antworten rund um das Personaldossier, ST 5/15, 350 ff., 351; PÄRLI/EGGMANN (FN 5), 146; VER-DE (FN 5), N 5

STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 15), Art. 328b OR N 13; RUDOLPH (FN 2), 1673; VERDE (FN 5), N 4; a.M. PAPA/PIETRUSZAK (FN 15), N 17.38; ein sehr weitreichendes Begriffsverständnis ebenfalls ablehnend ROSENTHAL/JÖHRI (FN 2), Art. 328b OR N 44; vgl. für eine Übersicht der in der Lehre entwickelten Definitionen zum Personaldossier VERDE (FN 5), N 6.

²⁹ Im Kontrast zum materiellen Begriff wird beim physischen Dossier vom «Personaldossier im formellen Sinn» gesprochen (BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH [FN 18], Art. 328b N 42).

³⁰ Vgl. Pärli/Eggmann (FN 5), 146; Rudolph (FN 2), 1673 f., m.w.V.

IV. Einschränkung des Auskunftsrechts des Arbeitnehmers

Die Arbeitgeberin ist berechtigt, das Auskunftsrecht einzuschränken, sofern einer der in Art. 9 DSG abschliessend aufgeführten Einschränkungsgründe vorliegt.31 Massgebliche Gründe für die Einschränkung des Auskunftsbegehrens des Arbeitnehmers können sein: das Gesetz im formellen Sinn (Art. 9 Abs. 1 lit. a DSG), überwiegende Interessen Dritter (Art. 9 Abs. 1 lit. b DSG) oder überwiegende eigene Interessen der Arbeitgeberin (Art. 9 Abs. 4 DSG). Die «Einschränkung» des Auskunftsrechts im Sinne des Art. 9 DSG bedeutet, dass die Arbeitgeberin die Auskunft ganz verweigern, einschränken (z.B. durch Anonymisieren von heiklen Informationen, wie etwa Namen Dritter, Firma, Berufsbezeichnungen oder Ortschaften) oder zeitlich aufschieben darf, wobei eine Einschränkung stets im konkreten Fall verhältnismässig sein muss. 32 Zudem muss die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer den Grund für die Einschränkung mitteilen (Art. 9 Abs. 5 DSG).

Diese gesetzliche Einschränkung des Auskunftsrechts hat durch die Revision kleinere redaktionelle Anpassungen erfahren. Mit Ausnahme der Ergänzung um einen Einschränkungsgrund im Fall offensichtlich unbegründeter Auskunftsbegehren (Art. 26 Abs. 1 lit. c revDSG; unten V.D.) und der neu privilegierten Behandlung von Konzerngesellschaften (Art. 26 Abs. 3 revDSG) hat es aber keine wesentlichen Änderungen erfahren (vgl. dazu die Übersicht oben II.).

V. Datenschutzzweckwidrige Auskunftsbegehren im Allgemeinen

A. Zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstituts

Gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB findet der offenbare Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz. Ob ein Fall von Rechtsmissbrauch vorliegt, ist stets aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen.³³ Ein Anwendungsfall ist gemäss konstanter höchstrichterlicher Rechtsprechung die zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstituts,³⁴ wozu auch Auskunftsbegehren gehören,

wenn sie zur Verwirklichung von Interessen verwendet werden, die das Auskunftsrecht gemäss Art. 8 DSG gar nicht schützt.³⁵

B. Zweck des Auskunftsrechts

Das geltende Datenschutzgesetz dient dem Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von Personen, über die Daten bearbeitet werden (Art. 1 DSG). In Übereinstimmung mit dieser Zwecksetzung gilt das Auskunftsrecht gemäss Art. 8 DSG primär als «Institut zur Durchsetzung des Persönlichkeitsschutzes».³⁶

Mit dem datenschutzrechtlichen Auskunftsrecht soll es der betroffenen Person ermöglicht werden, die Bearbeitung ihrer Personendaten durch einen Dritten zu kontrollieren.³⁷ Dies mit dem Ziel, die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Grundsätze zu überprüfen und durchzusetzen.³⁸ Diese Grundsätze sind in den Art. 4 und 5 DSG (künftig in Art. 6 revDSG) zu finden:

- Personendaten dürfen nur rechtmässig bearbeitet und beschafft werden.
- Die Bearbeitung von Personendaten hat nach Treu und Glauben zu erfolgen, muss verhältnismässig sein und ist zweckgebunden.
- Die Beschaffung von Personendaten und der Zweck ihrer Bearbeitung muss für die betroffene Person erkennbar sein.
- Die Richtigkeit der bearbeiteten Daten muss gewährleistet sein.

Das Auskunftsrecht ist den übrigen Rechten, welche das Datenschutzgesetz dem Betroffenen einräumt (insbesondere die Rechtsansprüche gemäss Art. 15 Abs. 1–3 DSG) in der Gesetzessystematik, aber auch in der Wirklichkeit vorangestellt. Es bildet regelmässig eine Voraussetzung dafür, dass die weiteren Rechte des Datenschutzes, zum Beispiel die Beseitigung einer bestehenden Persönlichkeitsverletzung durch eine Bearbeitungssperre, Bekanntgabesperre, Berichtigung oder Löschung von Personen-

³¹ Rudolph (FN 2), 1674.

³² Vgl. Rosenthal/Jöhri (FN 2), Art. 9 DSG N 4.

³³ BGE 140 III 491 E. 4.2.4; 138 III 425 E. 5.2, m.w.V.

BGE 140 III 119 E. 7.1.1; 140 III 491 E. 4.2.4; 138 III 425 E. 5.2, m.w.V.; BGer, 4A_125/2020, 10.12.2020, E. 1.7.2; 4A_277/2020, 18.11.2020, E. 5.3.

⁵ BGE 138 III 425 E. 5.2; BGer, 4A_277/2020, 18.11.2020, E. 5.3, m.w.V.

BGE 138 III 425 E. 5.3; vgl. auch BGE 120 II 118 E. 3b (zur Auskunftspflicht vor Inkrafttreten des DSG).

³⁷ Vgl. Rosenthal/Jöhri (FN 2), Art. 8 DSG N 1.

BGE 138 III 425 E. 5.3, m.w.V.; BSK DSG/BGÖ-GRAMIGNA/ MAURER-LAMBROU, Art. 8 N 1 ff., in: Urs Maurer-Lambrou/Gabor P. Blechta (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2014 (zit. BSK DSG-Verfasser).

daten (Art. 15 Abs. 1 DSG) überhaupt wahrgenommen werden können.³⁹

An der Zweckbestimmung des Auskunftsrechts wird sich mit der Revision des Datenschutzrechts nichts ändern. Vielmehr stellt der Wortlaut in Art. 25 Abs. 2 revDSG (vgl. dazu oben II.) klar, dass das Auskunftsrecht (immerhin, aber auch nur) bezweckt, dass die betroffene Person diejenigen Informationen erhält, die sie benötigt, um ihre Rechte unter dem Datenschutzgesetz durchzusetzen.⁴⁰

Das Auskunftsrecht soll dem Arbeitnehmer unter geltendem wie auch revidiertem Recht also die Möglichkeit geben, sich zu vergewissern, ob die Arbeitgeberin Daten über ihn bearbeitet, die seine Persönlichkeitsrechte verletzen, weil sie zum Beispiel falsch sind oder widerrechtlich beschafft wurden und es ihm ermöglichen, die Daten z.B. berichtigen oder löschen zu lassen. Mithin können nur Personendaten vom Auskunftsrecht erfasst sein, die geeignet sind, die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers zu verletzen. 41 Entsprechend führt das Obergericht des Kantons Luzern in einem Urteil aus dem Jahr 2010 aus. dass es sich bei Zeiterfassungstabellen um reine Tatsachenfeststellungen handle und nicht ersichtlich sei, inwiefern diese die Persönlichkeit des Arbeitnehmers verletzen könnten. Da kein datenschutzrechtliches Interesse erkennbar sei, könne der Arbeitnehmer die Herausgabe der Zeiterfassungsdokumentation unter Berufung auf Art. 8 DSG nicht herausverlangen.⁴²

Das Obergericht des Kantons Luzern dehnt den Begriff der Datenschutzzweckwidrigkeit in seiner genannten Rechtsprechung weit aus. Ob das Bundesgericht diese Ansicht stützen würde, ist unklar, erscheint vor dem Hintergrund seiner bisher strengen Rechtsprechung zur Rechtsmissbräuchlichkeit von Auskunftsbegehren (dazu sogleich V.C.) aber zweifelhaft.

C. Datenschutzzweckwidrige Auskunftsbegehren unter geltendem Datenschutzrecht

1. Bedeutung des Auskunftsinteresses

Das Bundesgericht hatte bereits mehrmals Gelegenheit, sich zu Auskunftsbegehren zu äussern, die von den Aus-

kunftspflichtigen mit der Begründung des Rechtsmissbrauchs abgewiesen wurden. Dabei hielt es jeweils am Grundsatz fest, dass das Auskunftsrecht gemäss Art. 8 DSG ohne Nachweis eines Interesses geltend gemacht werden kann. 43 Es reicht also im Prinzip auch reine Neugier. 44 Mit Blick auf das Rechtsmissbrauchsverbot gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB ist bei diesem Grundsatz allerdings ein Vorbehalt anzubringen, denn ob die Person, die das Auskunftsbegehren stellt, im konkreten Fall datenschutzzweckwidrige Motive verfolgt, kann nur beurteilt werden, wenn sich dies aus dem Kontext ergibt oder der Auskunftsersuchende sein Interesse an der Auskunft offenlegt. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung kann die Darlegung des Interesses an der Auskunft demnach nötig respektive dem Auskunftsersuchenden dienlich sein, um dem Vorwurf der rechtsmissbräuchlichen Ausübung des Auskunftsrechts entgegenzutreten. 45

2. Bestandesaufnahme der Rechtsprechung des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hat sich im Rahmen seiner Rechtsprechung zur Rechtsmissbräuchlichkeit von Auskunftsbegehren gemäss Art. 8 Abs. 1 DSG bis zum Entscheid BGer 4A_277/2020 vom 18. November 2020 (unten V.C.2.b.) stets zurückhaltend geäussert. Zwar hatte es bereits in früheren Entscheiden festgehalten, dass ein Fall von Rechtsmissbrauch in Betracht komme, wenn das Auskunftsrecht zu datenschutzwidrigen Zwecken wie etwa zur Beweismittelbeschaffung eingesetzt wird. Das Bundesgericht verneinte dann aber die rechtsmissbräuchliche Ausübung des Auskunftsrechts jeweils, da es – und sei es nur entfernt – ein Interesse der um Auskunft ersuchenden Partei erkannte, die Bearbeitung ihrer Daten auf ihre Rechtmässigkeit (Art. 4 DSG) oder Richtigkeit (Art. 5 Abs. 2 DSG) zu kontrollieren. 46

Zu möglichen Fallgruppen datenschutzzweckwidriger Auskunftsbegehren (Art. 8 Abs. 1 DSG) zählt das Bundesgericht folgende Fälle:⁴⁷

- das Auskunftsbegehren, um die Kosten einer eigenen Datenbeschaffung einzusparen;
- die schikanöse Rechtsausübung, d.h. ein Auskunftsbegehren ohne wirkliches Interesse an der Auskunft (bei-

BSK DSG/BGÖ-GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU (FN 38), Art. 8 N 1

⁴⁰ Vgl. Botschaft Totalrevision DSG (FN 3), 7066.

OGer LU, 11 09 169, 12.1.2010, E. 4; vgl. auch BGE 120 II 118 E. 3.b zur Auskunftspflicht vor Inkrafttreten des DSG.

⁴² OGer LU, 11 09 169, 12.1.2010, E. 4.

¹³ Statt vieler BGE 141 III 119 E. 7.1.1; 138 III 425 E. 5.4; BGer, 4A_277/2020, 18.11.2020, E. 5.3.

Botschaft Totalrevision DSG (FN 3), 7069.

⁵ Vgl. BGE 138 III 425 E. 5.4.

So ausdrücklich festgehalten in BGer, 4A_277/2020, 18.11.2020,
 E. 5.4, m.w.V. auf frühere Entscheide.

⁴⁷ Z.B. BGE 138 III 425 E. 5.5; BGer, 4A_277/2020, 18.11.2020, E. 5.3

- spielsweise mit der Absicht, den Auskunftspflichtigen zu schädigen);48
- das Auskunftsbegehren, das einzig dazu dient, eine mögliche Gegenpartei auszuforschen und Beweise zu beschaffen, an welche die um Auskunft ersuchende Partei sonst nicht kommen würde.

In Bezug auf diese letztgenannte Fallgruppe datenschutzzweckwidriger Auskunftsbegehren soll nachfolgend eine Bestandsaufnahme der höchstrichterlichen Rechtsprechung vorgenommen werden.

Leitentscheid BGE 138 III 425

Der oft zitierte Entscheid BGE 138 III 425 aus dem Jahr 2012 gilt als «Auftakt»⁴⁹ zur Rechtsprechung über rechtsmissbräuchliche Auskunftsbegehren. Das Bundesgericht hatte sich in dem zugrunde liegenden Fall mit dem Auskunftsbegehren gemäss Art. 8 DSG zweier Bankkunden über sämtliche sie betreffenden bankinternen Personendaten, insbesondere hinsichtlich der Kontobeziehung zwischen den Bankkunden und der Bank, zu befassen. Eine der zentralen Fragen, die das Bundesgericht zu beurteilen hatte, war, ob das Auskunftsbegehren der Bankkunden, das im Hinblick auf einen möglichen Schadenersatzprozess betreffend Optionsgeschäfte erfolgte, datenschutzzweckwidrig und damit rechtsmissbräuchlich war.

Das Bundesgericht führt in den einschlägigen Erwägungen zuerst in allgemeiner Weise aus, dass dem «Motiv» für das Auskunftsbegehren Bedeutung zukomme, wenn ein allfälliger Rechtsmissbrauch dieses Auskunftsrechts zu beurteilen sei. 50 Ein Rechtsmissbrauch aufgrund der Verwendung des Auskunftsrechts für datenschutzzweckwidrige Motive sei - das Bundesgericht äusserte sich hier zurückhaltend – «wohl auch anzunehmen, wenn das Auskunftsbegehren einzig zum Zweck gestellt wird, die (spätere) Gegenpartei auszuforschen und Beweise zu beschaffen, an die eine Partei sonst nicht gelangen könnte. Denn das Auskunftsrecht nach Art. 8 DSG will nicht die Beweismittelbeschaffung erleichtern oder in das Zivilprozessrecht eingreifen».51

In dem zu beurteilenden Fall erachtete das Bundesgericht ein Interesse der Bankkunden, die Richtigkeit der über sie erhobenen Daten zu kontrollieren, als gegeben und es fehlte folglich an einer tatsächlichen Grundlage für die Annahme eines offenbaren Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Überdies stellte das Bundesgericht vorgenommen werde.52

klar, dass ein Auskunftsbegehren noch nicht rechtsmiss-

bräuchlich sei, wenn damit eine Datenüberprüfung (auch) im Hinblick auf einen allfälligen Schadenersatzprozess

aus, die Anlass zu Ausführungen zur Frage des Rechtsmissbrauchs von Auskunftsbegehren gaben.⁵³ Es bestätigte dabei seine frühere Rechtsprechung zu datenschutzzweckwidrigen Auskunftsbegehren einzig zur Ausforschung der Gegenpartei und Beweisbeschaffung, ging allerdings nicht weiter als im oben dargelegten Entscheid (V.C.2.a.). Das Bundesgericht präzisierte seine Praxis dahingehend, dass Auskunftsbegehren, die nur als Vorwand für eine unbestimmte Beweisausforschung dienen (sogenannte «fishing expeditions») einen Fall solcher Parteiausforschung und Beweisbeschaffung darstellten. Das sei möglicherweise zweckwidrig und daher rechtsmissbräuchlich.54

Bemerkenswert ist zudem der höchstrichterliche Entscheid BGer 4A 277/2020, in welchem das Bundesgericht zum ersten Mal die rechtsmissbräuchliche Verwendung des Auskunftsrechts (Art. 8 Abs. 1 DSG) bejahte. Das Auskunftsbegehren diente erwiesenermassen der alleinigen Abklärung von Prozessaussichten, ohne zugleich einen datenschutzrechtlichen Zweck zu verfolgen. Unter diesen Umständen stelle das Auskunftsbegehren der Beschwerdegegner, so das Bundesgericht, einen «offenbaren Missbrauch des Rechts dar; sie [die Beschwerdegegner] nehmen das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht zweckwidrig in Anspruch». 55 Diese im Vergleich zu den früheren Ausführungen sehr klare und absolute Stellungnahme des Bundesgerichts überrascht auf den ersten Blick, lässt sich aber damit erklären, dass die massgebliche Feststellung der Vorinstanz, wonach das Auskunftsbegehren «einzig die Vorbereitung eines Zivilprozesses und damit die Abklärung von Prozesschancen bezwecke», 56 vor Bundesgericht nicht angefochten worden war. Dieses durfte diesen Sachverhalt als massgebend erachten (Art. 105 Abs. 1 BGG) und bejahte als Folge den offenbaren Missbrauch des Auskunftsrechts.

b. Präzisierung der Rechtsprechung In vergleichbarer Weise, aber noch immer vorsichtig, sprach sich das Bundesgericht in jüngeren Entscheiden

Vgl. dazu der neue Art. 26 Abs. 1 lit. c revDSG (unten VI.B.).

ROSENTHAL (FN 10), N 125.

BGE 138 III 425 E. 5.4 und 5.5.

BGE 138 III 425 E. 5.5, m.w.V. (Hervorhebung hinzugefügt).

BGE 138 III 425 E. 5.6.

BGE 141 III 119 E. 7.1.1; BGer, 4A_125/2020, 10.12.2020, E. 1.7.2; 4A_277/2020, 18.11.2020, E. 5.3; 4A_506/2014 und 4A 524/2014, 3.7.2015, E. 8.4.2.

BGE 141 III 119 E. 7.1.1.

BGer, 4A 277/2020, 18.11.2020, E. 5.4.

BGer, 4A 277/2020, 18.11.2020, E. 5.1.

Angesichts des klaren, zweckwidrigen Motivs für das Auskunftsbegehren scheint es sich beim zuletzt besprochenen Entscheid BGer 4A 277/2020 um einen Spezialfall zu handeln, wie er in der Praxis nicht häufig vorkommt.⁵⁷ Da das Auskunftsrecht gemäss Art. 8 Abs. 1 DSG grundsätzlich ohne Interessensnachweis ausgeübt werden darf, wird die Auskunftspflichtige eine «verpönte Beweisausforschung»58 unter dem Deckmantel eines Auskunftsbegehrens in den meisten Fällen nicht so einfach entlarven können, wie es im genannten Entscheid der Fall war. Hinzu kommt, dass die auskunftspflichtige Person, die sich auf den Rechtsmissbrauch beruft, die Umstände, welche auf einen solchen schliessen lassen, zu beweisen hat (Art. 8 ZGB).⁵⁹ Diesen Nachweis zu erbringen erweist sich in der Rechtswirklichkeit oftmals als schwierig und als entscheidende Hürde der Auskunftspflichtigen beim Versuch, sich gegen ein zweckwidriges Auskunftsbegehren zur Wehr zu setzen.⁶⁰

D. Datenschutzzweckwidrige Auskunftsbegehren unter revidiertem Datenschutzrecht

Die oben dargelegte Rechtsprechung des Bundesgerichts war entscheidend dafür, dass der Gesetzgeber die gesetzlichen Bestimmungen zum Auskunftsrecht (Art. 8 DSG) und dessen Einschränkung (Art. 9 DSG) im Zuge der Revision präzisiert und erweitert hat.⁶¹ Dass das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht kein prozessuales Instrument ist, welches in das Zivilprozessrecht eingreift,⁶² war denn auch ein zentrales Thema in der Vernehmlassung und nimmt in der Botschaft des revidierten Datenschutzgesetzes viel Raum ein.⁶³

Der neue Wortlaut des revidierten Auskunftsrechts hält den Zweck des Auskunftsrechts (vgl. dazu oben II.) neu ausdrücklich fest. Gemäss Art. 25 Abs. 2 revDSG erhält die betroffene Person «diejenigen Informationen, die

erforderlich sind, damit sie ihre Rechte nach diesem Gesetz geltend machen kann». 64 Mit dieser Einschränkung soll der zweckwidrigen Verwendung des Auskunftsrechts, namentlich zur Prozessausforschung und Beweisbeschaffung (oben V.C.), ein Riegel geschoben werden. 65 Art. 26 Abs. 1 lit. c revDSG doppelt nach, dass die Auskunft verweigert, eingeschränkt oder aufgeschoben werden kann, wenn das Auskunftsbegehren «offensichtlich unbegründet» ist. Diese Bestimmung ist an Art. 12 Abs. 5 der Europäischen Datenschutz-Grundverordnung (EU) 2016/679⁶⁶ angelehnt, die ein vergleichbares Verweigerungsrecht kennt.⁶⁷ Offensichtliche Unbegründetheit im Sinne des neuen Einschränkungsgrundes liegt insbesondere vor, wenn mit dem Auskunftsbegehren ein «datenschutzwidriger Zweck» (Art. 26 Abs. 1 lit. c revDSG) verfolgt wird, beispielsweise, eine mögliche Gegenpartei auszuforschen.⁶⁸ Mit diesem neuen gesetzlichen Einschränkungsgrund wird die mit der Revision beabsichtigte Verhinderung datenschutzzweckwidriger Auskunftsbegehren konsequent auch bei der Rechtsgrundlage für die Einschränkung des Auskunftsrechts verankert.⁶⁹

Gemäss Botschaft zum revidierten Datenschutzgesetz ist Art. 26 Abs. 1 lit. c revDSG eng auszulegen. Ein offensichtlich unbegründetes Auskunftsbegehren ist demnach nicht leicht anzunehmen. Nur wenn die Person, welcher die Auskunft wegen offensichtlicher Unbegründetheit ihres Auskunftsbegehrens nicht bzw. nicht im beantragten Umfang gestattet wird, anschliessend ein Interesse offenlegt, das sich «ohne vertiefte Prüfung und ohne Zweifel als haltlos erweist», dürfe eine Einschränkung gestützt auf Art. 26 Abs. 1 lit. c revDSG vorgenommen werden. Die datenschutzzweckwidrige Ausübung des Auskunftsrechts muss also offensichtlich sein, damit der neue gesetzliche Einschränkungsgrund greift. Bestehen hingegen Zweifel, liegt kein offensichtlich unbegründetes Auskunftsbegehren vor. In keinem Fall reicht es, wenn die auskunftspflichtige Person den Einschränkungsgrund geltend macht, um lediglich eigene Interessen zu schützen.⁷⁰

Ferner ist zu beachten, dass selbst wenn ein offensichtlich unbegründetes Gesuch um Auskunft vorliegt, immer

Vgl. BGer, 4A_125/2020, 10.12.2020, E. 1.7.2, in dem sich das Bundesgericht bereits wieder zurückhaltender geäussert hat.

⁵⁸ Z.B. BGer, 4A 125/2020, 10.12.2020, E. 1.7.2.

⁵⁹ BGE 138 III 425 E. 5.2; 135 III 162 E. 3.3.1; BGer, 4A_506/2014 und 4A 524/2014, 3.7.2015, E. 8.1.

⁶⁰ Vgl. BGer, 4A 506/2014 und 4A 524/2014, 3.7.2015, E. 8.4.2.

⁶¹ Botschaft Totalrevision DSG (FN 3), 7066 und 7069.

BGE 138 III 425 E.5.5; LUKAS WIGET/DANIEL SCHOCH, Das Auskunftsrecht nach DSG – eine unkonventionelle Art der Beschafung von Beweismitteln?, AJP 2010, 999 ff., 1005 und 1007.

⁶³ Z.B. ist von «sachlich nicht gerechtfertigten Unterschiede[n] in der Beweismittelbeschaffung» die Rede, wenn Beweismittel, die Personendaten sind, mittels Auskunftsbegehrens gemäss Art. 8 Abs. 1 DSG beschafft werden könnten, andere Beweismittel aber nicht (siehe Botschaft Totalrevision DSG [FN 3], 7066 f.).

⁶⁴ Hervorhebung hinzugefügt.

⁶⁵ Vgl. Rosenthal (FN 10), N 115.

Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung).

⁶⁷ Botschaft Totalrevision DSG (FN 3), 7068.

⁶⁸ Botschaft Totalrevision DSG (FN 3), 7069.

⁶⁹ Vgl. ROSENTHAL (FN 10), N 125.

Zum Ganzen Botschaft Totalrevision DSG (FN 3), 7068.

diejenige verhältnismässige Lösung der Einschränkung zu wählen ist, die sich für den Auskunftsersuchenden am günstigsten auswirkt. Das heisst, die Auskunft ist primär einzuschränken, gegebenenfalls aufzuschieben und nur in «absolut eindeutigen, offenkundigen Fällen» gänzlich zu verweigern.⁷¹

VI. Datenschutzzweckwidrige Auskunftsbegehren im Arbeitsverhältnis

Wird eine Arbeitgeberin mit dem Ersuchen eines Arbeitnehmers um Einsicht in die über ihn bearbeiteten Personendaten konfrontiert, stellt sich die Frage, ob die Arbeitgeberin dem nachkommen muss, wenn dem Auskunftsbegehren der Anschein eines datenschutzzweckwidrigen Motivs anhaftet: Welche Umstände lassen auf eine solche datenschutzzweckwidrige Absicht des Arbeitnehmers schliessen? Darf die Arbeitgeberin derartige Auskunftsbegehren einschränken? Und was ist bei der Einschränkung des Auskunftsrechts des Arbeitnehmers zu beachten? Diesen Fragen gehen die AutorInnen im Folgenden auf den Grund, indem sie das zum datenschutzzweckwidrigen Auskunftsbegehren gemäss Art. 8 DSG Dargelegte (oben V.) auf das Arbeitsverhältnis (Art. 319 ff. OR) anwenden. Die nachfolgenden Ausführungen sind als persönliche Stellungnahme zur vorliegend besprochenen Thematik zu verstehen.

A. Möglicherweise datenschutzzweckwidrige Motive des Arbeitnehmers

Der Verdacht der Datenschutzzweckwidrigkeit eines Auskunftsbegehrens nach Art. 8 DSG steht ganz grundsätzlich im Raum, wenn der Arbeitnehmer dieses im Anschluss an die Kündigung seines Arbeitsvertrags durch die Arbeitgeberin stellt. Als Indiz für eine solche Zweckwidrigkeit kann die Korrespondenz zwischen dem Arbeitnehmer und der Arbeitgeberin hinzukommen, die im Vorfeld oder im Zusammenhang mit dem Auskunftsbegehren ausgetauscht wird. Wenn der Arbeitnehmer das Auskunftsbegehren zum Beispiel im Zusammenhang mit einem konkreten Streitgegenstand stellt (etwa im gleichen Schreiben mit der Einsprache wegen missbräuchlicher Kündigung) oder gleichzeitig weitere «gerichtliche Schritte» androht, spitzt sich der Verdacht auf ein datenschutzzweckwidriges Auskunftsbegehren zu. Dies muss

wohl umso mehr gelten, wenn das Auskunftsbegehren nicht vom Arbeitnehmer selbst, sondern von seinem Anwalt gestellt wird und dessen Anwaltsvollmacht nicht darauf schliessen lässt, dass er auch in Sachen Daten- oder Persönlichkeitsschutz mandatiert wäre.

Ferner kann sich nach Auffassung des Bundesgerichts eine datenschutzzweckwidrige Ausübung des Auskunftsrechts aus dem Umfang des konkreten Auskunftsbegehrens ergeben, wenn sich dieses auf sämtliche den Auskunftsersuchenden betreffende Korrespondenz und Unterlagen erstreckt. Nach hier vertretener Auffassung gilt dies – je nach den Umständen des Einzelfalls – aber auch für spezifische Auskunftsbegehren. Verlangt der Arbeitnehmer zum Beispiel ausdrücklich die ihn betreffende Bonusdokumentation heraus und droht der Arbeitgeberin gleichzeitig eine Bonusklage an, liegt der Zweck der Beweisausforschung regelmässig auf der Hand, soweit kein datenschutzrechtliches Interesse ersichtlich ist.

Im Unterschied zu anderen Auskunftsberechtigten (z.B. Kunde gegenüber Bank, Konsument gegenüber Betreiber einer Social Media Plattform) ist das Informationsdefizit des Arbeitnehmers gegenüber der Arbeitgeberin bezüglich zahlreicher bearbeiteter Personendaten beschränkt. Der Arbeitnehmer kennt nämlich einen grossen Teil der Dokumente, welche die Arbeitgeberin über ihn bearbeitet, weil er sie bereits gesehen oder gar selbst (mit-)produziert hat. Dies trifft etwa zu auf die Korrespondenz zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeberin (z.B. E-Mails), Mitarbeiterbeurteilungen, Bewerbungsdossiers etc. Die vom Datenschutzrecht geschützte «Neugier» des Arbeitnehmers, die ihm einen Auskunftsanspruch nach Art. 8 DSG verschafft, ist bezüglich solcher Personendaten denkbar gering und dürfte sich darauf beschränken, was mit solchen Daten später allenfalls noch passiert ist (z.B. Weitergabe and Dritte, nachträgliche Abänderung etc.). Umgekehrt gilt, dass ein datenschutzrechtliches Interesse des Arbeitnehmers in der Regel dann anzunehmen ist, wenn es sich um Personendaten handelt, die der Arbeitnehmer noch nicht kennt oder nicht kennen kann. Dies betrifft zum Beispiel Dokumente einer internen Untersuchung (Interviewnotizen, Untersuchungsberichte etc.) oder die Korrespondenz zwischen Vorgesetzten und der Personalabteilung über den Arbeitnehmer. In solchen Fällen ist das Auskunftsbegehren in aller Regel zumindest auch datenschutzrechtlich motiviert und damit nicht rechtsmissbräuchlich, selbst wenn der Arbeitnehmer damit letztlich Beweisausforschung betreibt. Gesondert zu prüfen ist in solchen Fällen, ob die Arbeitgeberin das Aus-

⁷¹ Botschaft Totalrevision DSG (FN 3), 7068.

⁷² Vgl. BGE 138 III 425 E. 5.6.

⁷³ BGer, 4A_277/2020, 18.11.2020, E. 5.4.

kunftsbegehren nicht aus anderen Gründen einschränken darf, so insbesondere wegen überwiegender Interessen Dritter oder eigener Interessen (Art. 9 Abs. 1 und 4 DSG) oder weil es sich um persönliche Notizen handelt (Art. 2 lit. a DSG).

Wenn sich eine Arbeitgeberin also mit einem Auskunftsbegehren eines entlassenen Arbeitnehmers konfrontiert sieht und davon ausgehen muss, dass dieses dem Arbeitnehmer primär dazu dient, rasch an Beweismaterial für seinen Forderungsprozess gegenüber der Arbeitgeberin zu kommen, ist ihr zu empfehlen, sorgfältig zu prüfen, ob sie Anlass hat, das Begehren zufolge Rechtsmissbräuchlichkeit einzuschränken oder abzuweisen. Der Beweis für die Umstände, die auf den Rechtsmissbrauch schliessen lassen, obliegt der Arbeitgeberin, die sich darauf beruft (Art. 8 ZGB), und ist meistens schwer zu erbringen. Schliesslich ist die datenschutzzweckwidrige Absicht eine innere Tatsache, auf die meistens nur gestützt auf Indizien geschlossen werden kann.

Zu erwägen ist im Einzelfall, ob die Arbeitgeberin zurückfragen soll, welches datenschutzrechtliche Interesse der Arbeitnehmer genau geltend macht. Bleibt die Rückfrage unbeantwortet, erhärtet dies den Verdacht, dass das Auskunftsbegehren aus datenschutzzweckwidrigen Motiven erfolgt. Ein späteres Nachreichen einer datenschutzrechtlichen Begründung bleibt dem Arbeitnehmer zwar unbenommen, dürfte aber an Gewicht und Relevanz einbüssen. Konkretisiert der Arbeitnehmer hingegen auf Rückfrage hin sein datenschutzrechtliches Interesse respektive den Zweck des Auskunftsbegehrens, ermöglicht dies der Arbeitgeberin die Prüfung, ob seinem Interesse an der Auskunft durch Herausgabe der gewünschten Daten überhaupt entsprochen werden kann.

Falls sich aufgrund der Art und Weise der Bearbeitung der Personendaten durch die Arbeitgeberin ergibt, dass die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers nicht tangiert sein können und damit eine zivilrechtliche Klage z.B. auf Feststellung der Widerrechtlichkeit der Bearbeitung, Bearbeitungssperre, Bekanntgabesperre, Berichtigung oder Löschung von Personendaten (Art. 15 Abs. 1 DSG, Art. 28 f. ZGB) gar nicht möglich wäre, erfolgt das Auskunftsbegehren datenschutzzweckwidrig (oben V.C.). Ob datenschutzrechtliche Interessen des Arbeitnehmers an der Auskunft per se ausgeschlossen sind, ist im Einzelfall zu prüfen. Denkbar wäre dies zum Beispiel bezüglich der Auskunft über Personendaten, die der Arbeitnehmer selbst erstellt oder empfangen hat (z.B. seine Personendaten in geschäftlicher E-Mail-Korrespondenz, Verträgen und Berichten, aber insbesondere auch in seiner Korrespondenz mit der Arbeitgeberin, den Mitarbeiterbeurteilungen etc.), sofern sich die Bearbeitung solcher Personendaten durch die Arbeitgeberin lediglich auf deren Speicherung auf ihren Servern beschränkt. In diesem Fall können die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers in der Regel gar nicht verletzt und demzufolge vom Zweck des Auskunftsrechts nach Art. 8 DSG nicht erfasst sein.

Konkretisiert der Arbeitnehmer auf Rückfrage hin sein datenschutzrechtliches Interesse und kommt die Arbeitgeberin zum Schluss, dass das Auskunftsbegehren nur teilweise dem Datenschutzzweck entspricht, muss es nach hier vertretener Auffassung zulässig sein, dem Arbeitnehmer lediglich zielgerichtet Auskunft zu erteilen, z.B. zur Frage, ob und an wen bestimmte Personendaten weitergegeben worden sind oder woher die Daten stammen.⁷⁴

Verweigert die Arbeitgeberin die Auskunft im Fall eines begründeten Verdachts auf Rechtsmissbrauch gänzlich, sieht sie sich zumindest keinem strafrechtlichen Risiko unter dem Datenschutzrecht: Die (vorsätzliche) vollständige Auskunftsverweigerung steht nach geltendem wie auch revidiertem Recht nicht unter Strafe.⁷⁵

B. Ausblick auf die Rechtslage unter dem revidierten Datenschutzrecht

Das Inkrafttreten des revidierten Datenschutzgesetzes wird zum einen dazu führen, dass der Zweck des Auskunftsrechts im Wortlaut von Art. 25 Abs. 2 revDSG verankert wird (oben V.B.). Zum andern steht der Arbeitgeberin mit Art. 26 Abs. 1 revDSG ein neuer gesetzlicher Einschränkungsgrund des Auskunftsrechts zur Verfügung, um offensichtlich unbegründete, datenschutzzweckwidrige Auskunftsbegehren von Arbeitnehmern zu verweigern. ⁷⁶ In materieller Hinsicht ändert sich mit der Revision aber nicht viel, denn die genannten revidier-

Ähnlich auch das Bundesgericht in BGE 120 II 118 E. 3 (zur Auskunftspflicht vor Inkrafttreten des DSG), das zwar ein grundsätzliches Auskunftsrecht bejaht, im konkreten Fall ein Einsichtsrecht in bestimmte Urkunden aber verneint hatte.

Art. 34 Abs. 1 lit. a DSG wird durch Art. 60 Abs. 1 revDSG abgelöst, der wortgleich die Erteilung einer falschen oder unvollständigen Auskunft durch Private unter Strafe stellt, sofern die betroffene Person innert Frist Strafantrag stellt. Die höchste drohende Busse beträgt nach revidiertem Datenschutzrecht CHF 250'000, was gegenüber der bisherigen Höchstbusse von CHF 10'000 (Art. 333 Abs. 1 i.V.m. Art. 106 Abs. 1 StGB) eine entscheidende Änderung bedeutet. Die Strafdrohung richtet sich auch weiterhin an natürliche Personen (vgl. ROSENTHAL [FN 10], N 198), genauer gesagt an die Person, die den Tatbestand von Art. 60 Abs. 1 DSG selbst verwirklicht und der die Pflicht zur Auskunftserteilung zugerechnet wird. Davon betroffen sind namentlich Mitarbeitende mit selbständigen Entscheidungsbefugnissen in ihrem Tätigkeitsbereich (Art. 29 lit. d StGB).

Die Einschränkung des Auskunftsrechts durch Anonymisierung oder Aufschub der Auskunft scheint im Fall eines datenschutz-

ten Bestimmungen zum Auskunftsrecht und dessen Einschränkung verankern lediglich, was aufgrund der höchstrichterlichen Rechtsprechung (oben V.C.2.) bereits für die geltenden Rechtsgrundlagen gilt.⁷⁷

Ob der neue Einschränkungsgrund des offensichtlich unbegründeten Auskunftsbegehrens (Art. 26 Abs. 1 lit. c revDSG) in der Rechtswirklichkeit tatsächlich dazu führen wird, dass der Beweis eines offensichtlich einem anderen als dem Datenschutz dienenden Zwecks einfacher zu führen ist als, nach geltender Rechtslage, derjenige über die konkreten Umstände des Rechtsmissbrauchs (datenschutzzweckwidriges Auskunftsbegehren), wird sich weisen. Gemäss hier vertretener Meinung wird dies angezweifelt, denn die Botschaft zur Totalrevision des Datenschutzgesetzes ist in diesem Punkt klar und restriktiv. Im Lichte einer historischen Auslegung aufgrund der Materialien zum revidierten Datenschutzrecht werden die Gerichte den neuen Art. 26 Abs. 1 lit. c revDSG ebenfalls restriktiv auszulegen haben.

Fakt ist, dass in der Praxis unter geltendem Recht der Einwand des Rechtsmissbrauchs von den Auskunftspflichtigen kaum je vorgebracht wird, auch wenn – gerade im arbeitsrechtlichen Kontext – häufig durchaus Anhaltspunkte für die Datenschutzzweckwidrigkeit des Auskunftsbegehrens bestehen. Es ist zu erwarten, dass sich dies mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts ändert, da dieses in aller Deutlichkeit darauf hinweist, dass datenschutzzweckwidrigen Auskunftsgesuchen nicht nachgekommen werden muss respektive diese eingeschränkt werden können.

VII. Fazit

Ein Arbeitnehmer kann von seiner Arbeitgeberin Auskunft über die von ihr über ihn bearbeiteten Personendaten verlangen. Das datenschutzrechtliche Auskunftsbegehren kann sich allerdings als rechtsmissbräuchlich herausstellen, wenn der Arbeitnehmer damit datenschutzzweckwidrige Zwecke verfolgt. Ein im Zusammenhang mit einer Kündigung gestelltes Auskunftsbegehren des Arbeitnehmers ist insbesondere dann datenschutzzweckwidrig, wenn er damit die alleinige Absicht hegt, mögliche «Schwachstellen» in der gegnerischen Position der

Ein Auskunftsbegehren ist in einem weiteren Sinne ausserdem auch dann datenschutzzweckwidrig, wenn durch die Art und Weise der Bearbeitung der Daten durch die Arbeitgeberin die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers nicht tangiert sind und er gestützt auf die Auskunft gar keine Zivilklage unter dem Datenschutzgesetz anheben könnte, weil es ihm am entsprechenden Rechtsschutzinteresse für eine Feststellungsklage, Bearbeitungsoder Bekanntgabesperre, Berichtigung oder Löschung der Personendaten fehlt.

Die Anforderungen an den Nachweis der Datenschutzzweckwidrigkeit resp. Rechtsmissbräuchlichkeit durch die Arbeitgeberin sind hoch und es bedarf jeweils einer Beurteilung im konkreten Einzelfall.

Arbeitgeberin zu identifizieren, mögliche Anspruchsgrundlagen auszuforschen oder im Hinblick auf einen angestrebten Prozess Beweise zu beschaffen, an die er in einem vorprozessualen Stadium andernfalls nicht gelangen könnte.

zweckwidrigen Auskunftsbegehren weniger geeignet, bleibt aber aufgrund der gebotenen Verhältnismässigkeit zu prüfen.

⁷⁷ Vgl. Botschaft Totalrevision DSG (FN 3), 7066.

No prophezeit von ROSENTHAL (FN 10), N 125. Er spricht von einem «Systemwechsel». Vgl. zur Beweislast auch Art. 12 Abs. 5 der Europäischen Datenschutzverordnung (EU) 2016/679.