

**Bundesverwaltungsgericht**  
**Tribunal administratif fédéral**  
**Tribunale amministrativo federale**  
**Tribunal administrativo federal**



---

Abteilung I

Postfach  
CH-3000 Bern 14  
Telefon +41 (0)58 705 25 02  
Fax +41 (0)58 705 29 80  
www.bundesverwaltungsgericht.ch

**Geschäfts-Nr. A-8028/2008**

knl/mus  
{T 0/2}

## Entscheid vom 14. Januar 2009

In der Gesuchssache

---

Parteien

**Eidgenössischer Datenschutz- und  
Öffentlichkeitsbeauftragter EDÖB**, Feldeggweg 1,  
3003 Bern,  
Gesuchsteller,

gegen

X. \_\_\_\_\_  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Herbert Trachsler,  
Trachsler Rechtsanwälte, Seefeldstrasse 283, Postfach,  
8034 Zürich,  
Gesuchsgegnerin,

---

Gegenstand

Weitergabe von Personendaten, vorsorgliche  
Massnahmen,

**stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:****A.**

Mit Gesuch vom 15. Dezember 2008 beantragt der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB, nachfolgend Gesuchsteller), es sei der X.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Gesuchsgegnerin) das Anbieten ihres Dienstes „Mitarbeiter-Check“ unverzüglich zu untersagen und es seien unverzüglich Massnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass keine personenbezogenen Daten über den Dienst „Mitarbeiter-Check“ an Dritte weitergegeben würden.

Der Gesuchsteller führt aus, die Gesuchsgegnerin biete Arbeitgebern die Möglichkeit, über potentielle Arbeitnehmer umfassende Bonitätsauskünfte sowie weitgehende Informationen über deren persönliches Umfeld einzuholen. Diese Datenweitergabe könne bei einer täglich wachsenden Anzahl von Personen unmittelbare und ernsthafte Nachteile verursachen. Namentlich könnten sie bei der Stellensuche oder in ihrem Arbeitsumfeld diskriminiert werden. Da einmal erteilte Informationen nicht wieder rückgängig gemacht werden könnten, seien die entstehenden Nachteile nicht wieder gutzumachen. Diesen ernsthaften Nachteilen für die Betroffenen stünden keine schwerwiegenden Nachteile der beantragten Massnahmen für die Gesuchsgegnerin gegenüber.

Die betroffenen Informationen seien als Personendaten bzw. Persönlichkeitsprofile zu qualifizieren und ihre Bearbeitung unterstehe dem Datenschutzgesetz. Die Weitergabe der Daten an Dritte sei unverhältnismässig, da die Daten für die angestrebte Beurteilung in der Regel nicht geeignet und auch nicht erforderlich seien. Der Zweck der Datenbearbeitung sei zudem für die betroffenen Personen nicht ersichtlich und entspreche nicht dem bei der Datenbeschaffung angegebenen Zweck. Die Abklärung des persönlichen Umfeldes und der Kreditwürdigkeit eines Arbeitnehmers verletze die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen und sei unzulässig.

**B.**

**B.a** Die Gesuchsgegnerin beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 7. Januar 2009 die Abweisung des Gesuchs. Sie führt aus, sie habe kurz nach der Lancierung des Angebots „Mitarbeiter-Check“ einen Anruf des Gesuchstellers erhalten und sei darauf hingewiesen worden,

dass der Gesuchsteller das Angebot als unzulässig erachte und eine vorsorgliche Massnahme beantragen werde. Sie habe daraufhin ihr Angebot überprüft und festgestellt, dass es aufgrund des im Arbeitsrecht geltenden Persönlichkeitsschutzes nur sehr beschränkt verwendbar sei. Sie habe deshalb die Verbreitung des Angebots eingestellt, die Mitarbeitenden entsprechend instruiert und die über einen Link im Werbemail erreichbare Internetseite leer geschaltet. Die Mitarbeitenden seien angewiesen worden, Anfragen nach einem „Mitarbeiter-Check“ erst nach einer vorherigen Prüfung der Zulässigkeit der Verwendung zu bearbeiten. So sollten Auskünfte nur erteilt werden, wenn sie für die Prüfung eines Bewerbers für eine Stelle notwendig und geeignet erscheinen würden.

Aus einem von der Gesuchsgegnerin mit ihrer Vernehmlassung zu den Akten gegebenen Schreiben geht hervor, dass bis zur Einstellung des Angebots vier Firmen das Angebot „Mitarbeiter-Check“ abonniert haben. Die Gesuchsgegnerin führt dazu aus, sie werde diese Firmen bis zum 10. Januar 2009 darauf hinweisen, dass die Verwendung des „Mitarbeiter-Checks“ nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sei und ihnen anbieten, das Abonnement zurückzugeben oder umzutauschen.

**B.b** Da sie die Dienstleistung nur noch in besonderen Fällen anbiete, sei kein drohender Nachteil für eine grosse Anzahl von Arbeitnehmern erkennbar. Ein Nachteil für die betroffenen Personen würde, wenn überhaupt, erst durch die Datennutzung durch Dritte, nicht aber durch die Weitergabe der Daten durch die Gesuchsgegnerin entstehen.

Das Gebot der Gleichbehandlung und das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangten im Übrigen, dass der Gesuchsteller sich – wie in andern vergleichbaren Fällen – mit dem Erlass einer Empfehlung begnüge. Ihre Reaktion auf die Kontaktaufnahme durch den Gesuchsteller zeige, dass sie lern- und änderungsbereit sei und dass das mildere Mittel einer Empfehlung wirksam erscheine.

Der Antrag des Gesuchstellers, es seien unverzüglich Massnahmen zu ergreifen, um die Weitergabe von Daten via „Mitarbeiter-Check“ zu verhindern, sei schliesslich zuwenig bestimmt und klar und damit auch nicht justiziabel.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

Gemäss Art. 33 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG, SR 235.1) kann der EDÖB dem Präsidenten der auf dem Gebiet des Datenschutzes zuständigen Abteilung des Bundesverwaltungsgerichts vorsorgliche Massnahmen beantragen, wenn er bei einer Sachverhaltsabklärung nach Art. 29 Abs. 1 DSG feststellt, dass den Betroffenen ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Das Verfahren richtet sich sinngemäss nach den Art. 79 bis 84 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP, SR 273).

### **2.**

Das Massnahmeverfahren gemäss Art. 33 Abs. 2 DSG folgt verfahrensrechtlich sinngemäss zivilprozessualen Grundsätzen, ist aber inhaltlich öffentlich-rechtlicher Natur. Die von Lehre und Rechtsprechung für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen in der Verwaltungsrechtspflege entwickelten Grundsätze können daher auf das vorliegende Verfahren angewendet werden, soweit nicht dessen besondere Natur ein Abweichen verlangt.

**2.1** Es ist Sache der zuständigen Behörde zu prüfen, ob die Gründe, die für die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme sprechen, gewichtiger sind als jene, die dagegen sprechen. Dabei steht der Behörde ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Im Allgemeinen wird sie ihren Entscheid auf den Sachverhalt stützen, der sich aus den vorhandenen Akten ergibt, ohne zeitraubende weitere Erhebungen anzustellen (BGE 110 V 40 E. 5 mit Hinweisen). Sie trifft ihren Entscheid „prima vista“. Herabgesetzt sind neben den Untersuchungspflichten auch die Beweisanforderungen. Das Glaubhaftmachen von Anliegen genügt in der Regel (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 3.18).

**2.2** Art. 33 Abs. 2 DSG nennt als Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen, dass der EDÖB eine Sachverhaltsabklärung nach Art. 29 Abs. 1 DSG – d.h. im Hinblick auf den Erlass einer Verfügung – tätigt und dabei feststellt, den betroffenen Personen drohe ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil. Wie bei jedem staatlichen Handeln ist schliesslich die Verhältnismässigkeit zu prüfen

(Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]).

### **3.**

Obwohl im Gesetz nicht ausdrücklich gefordert, ist im Sinne einer Hauptsachenprognose zunächst zu prüfen, ob die Voraussetzungen einer Sachverhaltsabklärung gemäss Art. 29 Abs. 1 DSG gegeben sind und zu erwarten ist, dass der Gesuchsteller eine Änderung der Datenbearbeitung – sei es mit einer Empfehlung oder mittels Klage vor dem Bundesverwaltungsgericht – durchsetzen wird.

**3.1** Der Gesuchsteller macht geltend, die Gesuchsgegnerin gebe im Rahmen ihres Angebotes „Mitarbeiter-Check“ eine Vielzahl von Personendaten bekannt, die zusammen ein Persönlichkeitsprofil im Sinne von Art. 3 Bst. d DSG darstellten. Die Weitergabe von Persönlichkeitsprofilen an Dritte verletze die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Personen. Auch eine Weitergabe von Daten, die für die betroffene Person nicht erkennbar und zu erwarten sei, verletze deren Persönlichkeit und sei nur bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes zulässig.

Ein Erfragen oder Verwenden der Daten durch Arbeitgeber zur Beurteilung von Mitarbeitern, ohne dass diese Daten in einem relevanten Zusammenhang zu einer bestimmten Arbeitsstelle stehen, sei unzulässig. Selbst eine Einwilligung des Arbeitnehmers – welche hier ohnehin nicht vermutet werden könne – wäre daher nicht geeignet, die Datenweitergabe zu rechtfertigen.

**3.2** Der Gesuchsgegner wendet dagegen ein, eine Verwendung des „Mitarbeiter-Checks“ durch Arbeitgeber verstosse zwar unter Umständen gegen Art. 328b OR. Eine solche Verletzung der Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer wäre aber diesen Arbeitgebern zuzurechnen und könne ihr nicht vorgeworfen werden. Dritte (d.h. Kunden, die vom Angebot Gebrauch machten) hätten dafür besorgt zu sein, dass Daten nur rechtmässig bearbeitet und verwendet würden.

**3.3** Den Einwänden der Gesuchsgegnerin kann nicht gefolgt werden. Gemäss Art. 12 Abs. 2 Bst. b DSG ist die Bekanntgabe von Persönlichkeitsprofilen an Dritte ohne Rechtfertigungsgrund unzulässig. Unzulässig ist eine Weitergabe von Daten weiter, wenn sie gegen Treu und Glauben verstösst und unverhältnismässig erscheint. Gegen Treu und Glauben verstösst eine Datenbearbeitung, wenn sie für die betrof-

fene Person nicht erkennbar ist und diese aus den Umständen heraus nicht mit der Bearbeitung rechnen musste (URS MAURER-LAMBROND/ANDREA STEINER in: Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz, 2. Aufl. Basel 2006, Art. 4 N. 8). Eine Weitergabe der vorliegend strittigen Daten an (potentielle) Arbeitgeber kann und muss von den Betroffenen nicht erwartet werden und ist damit treuwidrig. Die im Rahmen des „Mitarbeiter-Checks“ weitergegebenen Daten erscheinen zudem für die Beurteilung der Eignung von Mitarbeitern in der Regel weder geeignet noch erforderlich. Die Datenbekanntgabe dürfte damit unverhältnismässig sein. Ein Rechtfertigungsgrund für die Weitergabe der Daten ist nicht ersichtlich und wird auch nicht geltend gemacht. Entgegen der Auffassung der Gesuchsgegnerin erscheint somit nicht erst die Verwendung der Daten im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses, sondern bereits deren Weitergabe an Dritte widerrechtlich.

**3.4** Es ist aufgrund der vorgelegten Akten und der Darstellungen der Parteien davon auszugehen, dass zumindest die ursprünglich von der Gesuchsgegnerin unter der Bezeichnung „Mitarbeiter-Check“ angebotenen Informationen geeignet sind, die Persönlichkeit der Betroffenen zu verletzen. Durch das Angebot sind potentiell sämtliche Arbeitnehmer in der Schweiz betroffen, so dass wohl von der Verletzung einer grösseren Zahl von betroffenen Personen, mithin von einem Systemfehler im Sinne von Art. 29 Abs. 1 Bst. a DSG gesprochen werden kann. Die Sachverhaltsabklärung des Gesuchstellers scheint deshalb angezeigt und es ist zu erwarten, dass der Gesuchsteller eine Empfehlung abgeben wird.

Auf den Umstand, dass die Gesuchsgegnerin nach der Kontaktnahme durch den Gesuchsteller ihr Angebot eingeschränkt hat, wird nachstehend im Zusammenhang mit der Prüfung der Verhältnismässigkeit einzugehen sein.

#### **4.**

Es ist damit in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob den betroffenen Personen ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Dabei ist der drohende Nachteil für die betroffenen Personen den Nachteilen gegenüberzustellen, die der Gesuchsgegnerin aus der Anordnung vorsorglicher Massnahmen erwachsen.

**4.1** Der Gesuchsteller führt aus, einer grossen Anzahl von Arbeitnehmern drohten aufgrund des „Mitarbeiter-Checks“ der Gesuchsgegnerin erhebliche Nachteile; so könnten ihnen aufgrund dieser

Informationen Nachteile bei der Stellensuche erwachsen oder berufliche Aufstiegschancen verwehrt werden. Da die Weiterleitung von Informationen an Dritte nicht rückgängig gemacht werden könne, wären diese Nachteile nicht wieder gutzumachen. Dagegen würden allfällige Nachteile, die der Gesuchsgegnerin entstünden, entfallen, wenn sich im Rahmen der Sachverhaltsabklärungen oder eines nachfolgenden Verfahrens ergeben sollte, dass keine Datenschutzverletzung vorliegt oder dass eine solche korrigiert worden ist. Die Gesuchstellerin weist diese Ausführungen als unbelegt und spekulativ zurück.

**4.2** Die den betroffenen Personen drohenden Nachteile sind unverkennbar. So ist es offensichtlich, dass die Informationen im „Mitarbeiter-Check“ geeignet sind, die Chancen eines Bewerbers bei der Stellensuche oder die Aufstiegschancen zu beeinträchtigen; letztlich ist ja der Zweck des „Mitarbeiter-Checks“, Arbeitgebern Entscheidungen in diesem Bereich zu erleichtern. Es ist dem Gesuchsteller zudem zuzustimmen, dass eine einmal erfolgte Verletzung nicht rückgängig zu machen ist. Dagegen erscheint die der Gesuchsgegnerin drohende Verzögerung bei der Lancierung ihres Angebots als von untergeordneter Bedeutung. Ein den betroffenen Personen drohender, überwiegender Nachteil ist damit zu bejahen.

## **5.**

Schliesslich ist zu prüfen, ob die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme verhältnismässig erscheint. Eine Unterlassungsverfügung ist unbestrittenermassen geeignet, die drohende Verletzung Dritter zu verhindern. Allerdings erklärt die Gesuchsgegnerin glaubhaft, sie sei bereit, einer Empfehlung zu folgen, und macht damit geltend, die Massnahme sei nicht erforderlich, da das Ziel auch mit dem milderem Mittel der Empfehlung erreicht werden könne.

**5.1** Das spezielle datenschutzrechtliche Verfahren gemäss Art. 29 Abs. 4 DSG sieht in der Tat vor, dass der Gesuchsteller klagen kann, wenn eine Empfehlung nicht befolgt wird. Die Empfehlung ist damit nach der gesetzlichen Ordnung das primäre Instrument des Gesuchstellers zur Durchsetzung datenschutzrechtlicher Anliegen. Der Gesetzgeber hat aber erkannt, dass eine Empfehlung erst nach durchgeführter Sachverhaltsabklärung erlassen werden kann und hat deshalb dem Gesuchsteller das Recht zugebilligt, für die Dauer seiner

Abklärungen und bis zu einem allfälligen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vorsorgliche Massnahmen zu beantragen.

**5.1.1** Auch im vorliegenden Fall werden vor dem Erlass einer Empfehlung weitere Abklärungen zu treffen sein, die unter Umständen der Mitwirkung der Gesuchstellerin bedürfen und längere Zeit in Anspruch nehmen können. Angesichts der den betroffenen Personen drohenden Nachteile rechtfertigt es sich, für die Dauer dieser Abklärungen und bis zum Entscheid über eine allfällige Empfehlung vorsorgliche Massnahmen zu verfügen. Es ergibt sich damit, dass der Erlass einer Empfehlung unter den vorliegenden Umständen nicht als geeignetes Mittel zum vorsorglichen Schutz der betroffenen Personen erscheint. Daran ändert im Übrigen auch der von der Gesuchsgegnerin angerufene Grundsatz der Gleichbehandlung nichts. Es ist aufgrund der vorliegenden Akten nicht erkennbar und muss im Rahmen eines Verfahrens auf Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht weiter abgeklärt werden, ob und inwieweit der von der Gesuchstellerin angeführte Parallellfall mit dem vorliegenden vergleichbar ist und vom Gesuchsteller allenfalls anders gehandhabt wurde.

**5.1.2** Es ist zwar anzuerkennen, dass die Gesuchsgegnerin umgehend Massnahmen eingeleitet hat, um Verletzungen der Persönlichkeitsrechte Dritter zu vermeiden. Aufgrund der vorliegenden Informationen ist es aber nicht zu beurteilen, ob die ergriffenen Massnahmen genügen. So scheint der Entscheid, ob eine Datenherausgabe erfolgt, im Ermessen der einzelnen Mitarbeiter der Gesuchsgegnerin zu liegen und es ist nicht klar, nach welchen Kriterien diese erfolgt. Zudem wird weiter zu prüfen sein, ob die Daten Persönlichkeitsprofile darstellen. Wird dies bejaht, ist eine Herausgabe nur bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes zulässig (Art. 12 Abs. 2 Bst. c DSGVO). Es wird näher zu prüfen sein, ob und in welchen Situationen das Beurteilen von Mitarbeitern eine Herausgabe von Persönlichkeitsprofilen zu rechtfertigen vermag. Auch die von der Gesuchsgegnerin zu Recht angeführte Kooperationsbereitschaft lässt es deshalb nicht entbehrlich erscheinen, vorsorgliche Massnahmen für die Dauer bis zum Entscheid über eine allfällige Empfehlung zu treffen.

**5.1.3** Der Erlass einer vorsorglichen Massnahme erscheint damit als verhältnismässig und es ist dem Gesuchsgegner zu untersagen, die im Rahmen des „Mitarbeiter-Checks“ angebotenen Daten weiterzugeben.

**6.**

Die Gesuchstellerin beantragt zudem, es seien Massnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass keine Daten an Dritte weitergegeben würden. Vorsorgliche Massnahmen werden gemäss Art. 83 BZP wie Urteile vollstreckt. Wird ein Privater zu einer Unterlassung verpflichtet, ist daher gemäss Art. 76 Abs. 1 BZP für den Widerhandlungsfall die Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) anzudrohen. Weitergehende Massnahmen erscheinen dagegen nicht erforderlich.

**7.**

Gemäss Art. 82 Abs. 2 BZP kann dem Gesuchsteller eine Frist zur Einreichung der Klage gesetzt werden. Im vorliegenden Fall ist zu beachten, dass vor einer allfälligen Klage zunächst eine Empfehlung zu erlassen und abzuwarten ist, ob sich die Gesuchsteller der Empfehlung unterzieht.

**8.**

Die Verfahrenskosten sind in analoger Anwendung von Art. 69 Abs. 1 BZP und Art. 66 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Gesuchsgegnerin als unterliegend und hat die Verfahrenskosten zu tragen. Angesichts des grundsätzlich kooperativen Verhaltens der Gesuchsgegnerin rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten im unteren Bereich des Kostenrahmens gemäss Art. 3 Bst. a des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) festzusetzen. Sie sind auf Fr. 500.- zu bestimmen.

**9.**

Als Bundesbehörde hat der obsiegende Gesuchsteller gemäss Art. 7 Abs. 3 VGKE keinen Anspruch auf Parteientschädigung.

**Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:****1.**

Das Gesuch wird gutgeheissen und der Gesuchsgegnerin wird unter Androhung der Strafe gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall

untersagt, die unter der Bezeichnung „Mitarbeiter-Check“ angebotenen Personendaten und Persönlichkeitsprofile Dritten weiterzugeben.

**2.**

Diese Anordnung fällt dahin, wenn

- der Gesuchssteller nicht innerhalb von 2 Monaten nach Zustellung dieser Verfügung eine Empfehlung erlässt oder
- die Gesuchsgegnerin erklärt, sich einer allfällig ergangenen Empfehlung zu unterziehen oder
- der Gesuchssteller nicht innerhalb von zwei Monaten nach Erlass einer Empfehlung diese im Sinne von Art. 29 Abs. 4 DSG dem Bundesverwaltungsgericht zum Entscheid vorlegt.

**3.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 500.- werden der Gesuchsgegnerin auferlegt und sind innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Ein Einzahlungsschein wird mit separater Post zugestellt.

**4.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**5.**

Diese Verfügung geht an:

- den Gesuchsteller (Einschreiben mit Rückschein, Beilage: Gesuchsantwort)
- die Gesuchsgegnerin (Einschreiben mit Rückschein)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der Abteilungspräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Lorenz Kneubühler

Simon Müller

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss den Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. Die Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: