

JAAC 68.68

Urteil der Eidgenössischen Datenschutzkommission vom 29. August 2003

***Protection des données. Traitement illicite de données personnelles.
Dépistage de drogue auprès des apprentis.***

Art. 4, 12 et 13 LPD.

- Le dépistage général de drogue auprès de tous les apprenti(e)s d'une entreprise au début de l'apprentissage et au hasard deux fois par année pendant l'apprentissage constitue un traitement de données illicite dans la mesure où il s'avère disproportionné à la sauvegarde d'un intérêt prépondérant (sécurité de la place de travail, de la population et de l'environnement) et en relation avec le rapport de travail et ne peut pas se fonder sur le libre consentement des personnes concernées comme motif justificatif (consid. 3).

- Même lorsque des intérêts économiques sont également concernés, les procédures en matière de protection des données ne présentent pas de valeur litigieuse chiffrable et sont considérées porter sur des affaires non pécuniaires (consid. 5.b)

***Datenschutz. Widerrechtliche Bearbeitung von Personendaten.
Drogentests während der Lehre.***

Art. 4, 12 und 13 DSG.

- Die generelle Erhebung von Drogentests von sämtlichen Lehrlingen und Lehrtöchtern einer Firma bei Lehrbeginn und stichprobenweise zweimal pro Jahr während der Lehre ist insofern eine widerrechtliche Datenbearbeitung, als sie sich zur Wahrung eines überwiegenden Interesses (Sicherheit von Arbeitsplatz, Bevölkerung und Umwelt) und

in Bezug auf das Arbeitsverhältnis als unverhältnismässig erweist und sich auch nicht auf die freie Einwilligung der Betroffenen als Rechtfertigungsgrund stützen kann (E. 3).

- Datenschutzrechtliche Verfahren weisen, auch wenn wirtschaftliche Interessen mit betroffen sind, keinen ziffernmässig bestimmten Streitwert auf, sondern gelten als Verfahren ohne Vermögensinteresse (E. 5.b).

Protezione dei dati. Trattamento illecito di dati personali. Test sul consumo di droga durante l'apprendistato.

Art. 4, 12 e 13 LPD.

- In caso di test generalizzati sul consumo di droga da parte di tutte le apprendiste e tutti gli apprendisti di un'azienda al momento dell'inizio dell'apprendistato e di test a campione due volte all'anno durante l'apprendistato, vi è trattamento di dati illecito, nella misura in cui esso si dimostra sproporzionato per la protezione di un interesse preponderante (sicurezza del posto di lavoro, della popolazione e dell'ambiente) e in relazione al rapporto di lavoro e se non può nemmeno avvalersi del libero assenso della persona interessata quale motivo di giustificazione (consid. 3).

- Le procedure in materia di protezione dei dati non hanno un determinato valore litigioso esprimibile in cifre, anche se sono toccati interessi economici, e sono quindi considerate procedure senza interessi patrimoniali (consid. 5.b).

Zusammenfassung des Sachverhalts:

A. 1999 wurde der Eidgenössische Datenschutzbeauftragte (EDSB) von verschiedenen Seiten auf Drogentests aufmerksam gemacht, die bei der Firma F. Hoffmann-La Roche AG (im Folgenden: Roche) durchgeführt werden.

Mit Schreiben vom 22. Dezember 1999 gelangte der EDSB an Roche und verlangte von ihr die Beantwortung von Fragen im Zusammenhang mit der Rechtmässigkeit der Drogentests. Insbesondere wollte er sich über Zweck, Freiwilligkeit, Testbedingungen, gesetzliche Grundlage und die Folgen einer Verweigerung solcher Tests erkundigen.

Mit Schreiben vom 17. Januar 2000 erläuterte Roche ihr Konzept der «drogenfreien Lehre» und wies insbesondere auf die Freiwilligkeit der Tests und die Einhaltung des Arztgeheimnisses durch die internen Betriebsärzte hin. Zusammenfassend präsentiert sich das Konzept wie folgt:

Ziel von Roche sei es, den ihr anvertrauten Lehrtöchtern und Lehrlingen eine solide und ganzheitliche Ausbildung zu vermitteln. Sicherheit und Gesundheitsschutz an allen Arbeitsplätzen sowie Schutz von Mensch, Umgebung und Umwelt werden als vorrangige Anliegen bezeichnet. Das

Schwergewicht aller Aktivitäten und Massnahmen zur Gewährleistung von Sicherheit und Umweltschutz legt Roche auf die Prävention. Die Firma stellt fest, dass Unfälle meist durch menschliches Versagen bedingt sind, und dass Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter mit Suchtproblemen ein erhöhtes Risiko darstellen, weil Drogen in ihrer Wirkung nicht voraussehbar sind.

Mit dem 1997 eingeführten Konzept «Ohne Drogen in und durch die Lehre» bekennt sich Roche nach eigenen Worten «zur sozialen Verantwortung gegenüber Jugendlichen, Eltern und Gesellschaft». Teil dieses Konzeptes ist das Drogenscreening. Dieses soll die Früherfassung einer potentiellen Sucht- und Missbrauchs-Entwicklung ermöglichen. Es ermögliche einerseits die Sicherheitsaspekte bei der Arbeit abzuklären und andererseits, wo nötig, die in einem Frühstadium noch am erfolgversprechendsten Therapiemassnahmen einzuleiten.

Roche weist darauf hin, dass, wer sich um eine Lehrstelle bewerbe, Tests auf gängige weiche und harte Drogen zu verschiedenen Zeitpunkten akzeptiere. Ebenso wird auf die Konsequenzen positiver Tests - auf harte und weiche Drogen - hingewiesen.

Lehrstellen-Bewerberinnen und -Bewerber müssen einen Fragebogen bezüglich ihres Gesundheitszustandes ausfüllen. Die Aufnahme in die Lehrstelle erfolgt unter Vorbehalt ärztlicher Untersuchung und Drogenscreening. Wer positiv auf weiche Drogen getestet wird, kann bei fachlicher Qualifikation die Lehre dennoch antreten. Wer positiv auf harte Drogen getestet wird, kann zu diesem Zeitpunkt nicht in die Lehre aufgenommen werden. Bei Lehrbeginn und anschliessend stichprobenweise (zweimal pro Jahr) während der Lehre werden weitere Drogentests durchgeführt.

B. Am 30. März 2000 empfahl der EDSB Roche, auf die Drogentests und die entsprechende Datenbearbeitung zu verzichten. Die Empfehlung wurde im Wesentlichen mit der Unverhältnismässigkeit und der fehlenden Zweckmässigkeit der systematischen und präventiven Erhebung von Gesundheitsdaten durch den Arbeitgeber, der Unfreiwilligkeit der Drogentests und dem fehlenden überwiegenden Sicherheitsinteresse begründet.

Am 30. Mai 2000 fand eine Besprechung zwischen dem EDSB und Roche statt, wo Roche ihren Standpunkt nochmals erläuterte und den EDSB ersuchte, seine Empfehlung zurückzuziehen. Der EDSB schob in der Folge die Weiterziehung der Empfehlung an die Eidgenössische Datenschutzkommission (EDSK) bis zum Abschluss der Arbeiten einer eigens eingesetzten «groupe de réflexion» auf.

Die genannte Arbeitsgruppe (EDSB in Zusammenarbeit mit der Schweizerischen Fachstelle für Alkohol- und andere Drogenprobleme, dem Staatssekretariat für Wirtschaft, dem Bundesamt für Gesundheit und dem Bundesamt für Justiz) publizierte am 16. Februar 2001 einen «Bericht über Drogentests in der Lehre». Der Bericht kommt u. a. zu folgenden Schlüssen:

- Generelle Drogentests bei allen Auszubildenden eines Betriebes sind nicht zulässig.
- Der Schutz der Privatsphäre überwiegt in den allermeisten Fällen einen möglichen Nutzen für den Betrieb oder die Betroffenen.

- Drogentests sind deshalb nur unter ganz bestimmten Bedingungen - einem überwiegenden Sicherheitsinteresse und der Einwilligung der Betroffenen - zulässig.

Die Drogentests selber werden als nur beschränkt zuverlässig bezeichnet.

Roche wurde von der Arbeitsgruppe im Rahmen von Hearings angehört, macht aber geltend, dass ihre Argumente sowie die eingereichten Dokumente nur ungenügend gewürdigt worden seien. Sie bestreitet im übrigen die Relevanz des Berichtes.

Unter Berücksichtigung der Ergebnisse dieses Berichtes erliess der EDSB am 22. Februar 2001 eine neue, überarbeitete Empfehlung. Unter anderem führte er darin aus, dass die ärztliche Massnahme der Urinanalyse einen Eingriff in die Persönlichkeit der untersuchten Person darstelle und das Bestehen eines überwiegenden Rechtfertigungsgrundes voraussetze. Nur ein gegenüber dem Persönlichkeitsschutz überwiegendes Sicherheitsinteresse, verbunden mit der Einwilligung des Lehrlings, könne einen Drogentest rechtfertigen. Ein solches überwiegendes Sicherheitsinteresse könne durch Roche nicht belegt werden. Roche wurde durch den EDSB nochmals aufgefordert,

1. die Drogentests unverzüglich einzustellen;
2. die in Zusammenhang mit den Drogentests erhobenen Gesundheitsdaten zu vernichten;
3. den Vollzug der Empfehlung innert 15 Tagen seit Erhalt zu melden.

C. Mit Schreiben vom 2. April 2001 lehnte Roche diese Empfehlung des EDSB in grundsätzlicher Hinsicht wiederum ab und zeigte sich nicht bereit, die präventiven Drogentests im Rahmen des gesamtheitlichen Drogenschutzkonzeptes für Lehrlinge einzustellen. Die Sicherheitsrelevanz, verbunden mit den Interessen der Eltern und der Lehrlinge, stelle einen Rechtfertigungsgrund für die Durchführung der fraglichen Drogentests dar. Hingegen war Roche bereit, der Empfehlung des EDSB insoweit Rechnung zu tragen, als künftig vor jedem Drogentest jeweils eine neue schriftliche Einwilligung des Lehrlings eingeholt wird.

E. Nach weiteren Abklärungen gelangte der EDSB mit Datum vom 18. September 2001, in Weiterziehung seiner Empfehlung vom 22. Februar 2001, mit dem Begehren an die EDSK, es sei Roche aufzufordern, die Drogentests bei Lehrlingen und die damit zusammenhängenden Datenbearbeitungen einzustellen. Auf die Begründung wird weiter unten im Rahmen der Erwägungen einzugehen sein.

F. In der Stellungnahme zur Weiterziehungsschrift vom 17. Dezember 2001 beantragte Roche, es sei festzustellen, dass die F. Hoffmann-La Roche AG mit ihrem Konzept der «drogenfreien Lehre» und der Durchführung der damit verbundenen Drogenscreenings bei Lehrlingen nicht gegen die Bestimmungen des Datenschutzes verstösst, und es sei das Urteil in anonymisierter Form mitzuteilen unter Kostenfolge zu Lasten EDSB.

H. Sowohl Weiterziehungskläger als auch Weiterziehungsbeklagte hielten nach durchgeführtem Beweisverfahren an ihren Stellungnahmen fest.

Aus den Erwägungen:

1. Roche bestreitet zunächst das Vorliegen einer datenschutzrechtlichen Frage. Ebenso bestreitet sie das Vorliegen eines Systemfehlers und damit die Zuständigkeit des EDSB und seine Legitimation zur Weiterziehung. Vielmehr handle es sich um eine arbeitsvertragliche und berufsbildungsrechtliche Frage.

a. Anwendbarkeit des Bundesgesetzes über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (DSG, SR 235.1)

aa. Das DSG gilt für das Bearbeiten von Daten natürlicher und juristischer Personen durch private Personen und Bundesorgane (Art. 2 Abs. 1 DSG). Als Personendaten gelten dabei alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbar Person beziehen (Art. 3 Bst. a DSG). Unter «Bearbeiten» ist jeder Umgang mit Personendaten zu verstehen, dabei insbesondere das Beschaffen, Aufbewahren, Archivieren oder Vernichten von Daten (Art. 3 Bst. e DSG).

bb. Jugendliche, die sich bei Roche für eine Lehrstelle bewerben, haben u. a. einen Fragebogen auszufüllen, auf welchem sie verschiedene Fragen betreffend ihres Gesundheitszustandes zu beantworten, aber auch Auskunft zu Suchtgewohnheiten zu geben haben. Der Betriebsarzt, zu dessen Händen der Fragebogen ausgefüllt wird, nimmt daraufhin eine Beurteilung über die Geeignetheit eines Bewerbers oder einer Bewerberin zum Antritt der Lehrstelle vor.

cc. Die so erhobenen Angaben über die Stellenbewerberinnen und -bewerber sind unzweifelhaft Daten im Sinne des DSG. Die meisten dieser Daten fallen sogar unter die Kategorie der «besonders schützenswerten Personendaten», wie unten ausgeführt werden wird. Als solche werden u. a. Daten über die Gesundheit oder die Intimsphäre bezeichnet (vgl. Art. 3 Bst. c Ziff. 2 DSG); sie geniessen einen privilegierten Schutz. Die während der Lehrzeit im Rahmen der stichprobenweise durchgeführten Drogentests anfallenden Testergebnisse sind, da Angabe (nämlich «positiv» oder «negativ») über die getestete Person, ebenfalls als Daten bzw. als «besonders schützenswerte Daten» zu qualifizieren.

dd. Roche macht in Bezug auf den Fragebogen geltend, bei diesem handle es sich um ein Dokument, welches der schulärztliche Dienst des Kantons Basel-Stadt zur Verfügung stelle und auf dessen Gestaltung sie somit keinen Einfluss habe.

Wie oben ausgeführt, ist dieser Fragebogen Bestandteil des Anstellungsverfahrens bei Roche. Seine Verwendung erfolgt im vorliegenden Zusammenhang somit nicht in Erfüllung kantonaler öffentlichrechtlicher Aufgaben, sondern er bildet Grundlage für den Vertragsschluss und daher Bestandteil eines privatrechtlichen Verfahrens. Zudem wurde er von Roche erweitert und ergänzt; er kann also als eigenes, selbständiges Formular von Roche betrachtet werden und unterliegt damit auch den Bestimmungen des DSG.

Das DSG ist demnach sowohl auf die Frage der Erhebung der Testergebnisse als auch auf die Benutzung des Fragebogens zur Beurteilung der Bewerberinnen und Bewerber anzuwenden.

b. Zuständigkeit des EDSB/Legitimation zur Weiterziehung

aa. Im Zusammenhang mit Datenbearbeitungen im Privatrechtsbereich klärt der EDSB von sich aus oder auf Meldung Dritter hin den Sachverhalt näher ab, wenn (Art. 29 Abs. 1 DSG):

- a) Bearbeitungsmethoden geeignet sind, die Persönlichkeit einer grösseren Anzahl von Personen zu verletzen (Systemfehler);
- b) Datensammlungen registriert werden müssen;
- c) Bekanntgaben ins Ausland gemeldet werden müssen.

Im vorliegenden Fall kommt einzig Bst. a) in Betracht (vgl. die Voraussetzungen für die Registrierung von Datensammlungen und die Meldung von Bekanntgaben ins Ausland in Art. 11 respektive 6 DSG).

bb. In der Lehre wird als zusammenfassende Bezeichnung für die Eignung der Verletzung einer grösseren Anzahl von Personen in ihrer Persönlichkeit der Begriff «Systemfehler» verwendet (vgl. *R. Bründler*, Kommentar zum schweizerischen Datenschutzgesetz, Basel/Frankfurt a.M. 1995, N. 3 zu Art. 29). In ihrer bisherigen Rechtsprechung (erstmalig mit Urteilen vom 15. Dezember 1995/21. November 1996, [VPB 62.42A](#) und [VPB 62.42B](#) S. 350 ff.) hat die EDSK die Empfehlungsbefugnis des EDSB weit interpretiert und also nicht nur auf die Fehler von Informationssystemen der EDV beschränkt beurteilt. Von einem Systemfehler im Sinne der genannten Bestimmung ist auch dann zu sprechen, wenn das System der Bearbeitung von Daten inhaltlich rechtswidrig, d. h. die Bearbeitung als solche so angelegt ist, dass sie geeignet ist, die Persönlichkeit einer grösseren Anzahl von Personen zu verletzen.

cc. Im vorliegenden Fall sind von der vom EDSB beanstandeten Bearbeitung jährlich rund 100 Auszubildende betroffen; insgesamt werden bei Roche gleichzeitig immer rund 300 Lehrlinge und Lehrtöchter ausgebildet. Von diesen Auszubildenden werden vor Lehrstellenantritt und während der Lehrzeit regelmässig besonders schützenswerte Daten erhoben. Diese Anzahl erfüllt durchaus das Tatbestandselement der «grösseren Anzahl» im Sinne von Art. 29 Abs. 1 Bst. a DSG.

dd. Die Kompetenz des EDSB, eine Empfehlung abzugeben, ist somit gegeben. Da Roche die Empfehlung des EDSB ablehnt, ist er berechtigt, diese der EDSK zum Entscheid vorzulegen (Art. 29 Abs. 4 DSG). Die genannte Bestimmung setzt dem EDSB keine Frist für die Weiterziehung. Diese ist auch an keine weiteren formellen Voraussetzungen gebunden.

Auf die Weiterziehung an die EDSK ist somit einzutreten.

2.a. Kognition der EDSK

Die EDSK entscheidet als erstinstanzliche Schiedskommission (Art. 33 Abs. 1 Bst. a DSG). Das Verfahren richtet sich nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Ihre Kognition ist durch keine gesetzlichen Bestimmungen eingeschränkt und damit umfassend. Der Überprüfung durch die EDSK unterliegt die vom EDSB abgegebene Empfehlung. Sie kann diese entweder bestätigen und damit für den Adressaten verbindlich werden lassen, abändern oder ganz oder teilweise aufheben bzw. als unverbindlich erklären.

b. Streitgegenstand

Der EDSB beanstandet sowohl den von Roche zur Befragung der Lehrstellenbewerberinnen und -bewerber für die Erhebung von Gesundheitsdaten benutzten Fragebogen (E. 3) als auch die bei Roche durchgeführten Screenings (E. 2) und die damit verbundenen Datenerhebungen. Explizit zum Gegenstand der Empfehlung vom 22. Februar 2003 werden jedoch nur die Drogentests gemacht.

c. Passivlegitimation

Weiter stellt sich die Frage, wer - die Weiterziehungsbeklagte oder der Betriebsarzt - als Bearbeiter der durch Fragebogen und Screenings erhobenen Daten zu gelten hat und somit materiell Adressat der Empfehlung des EDSB ist.

aa. Gemäss Art. 328b des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) gelten die Bestimmungen des DSG auch für Arbeitsverhältnisse ([BGE 120 II 119](#)). Roche betont indessen, dass einzig der Betriebsarzt die detaillierten Antworten der Fragebogen und die Testergebnisse kenne respektive bearbeite, und dass die bei seiner Tätigkeit anfallenden Informationen bereits durch das Arztgeheimnis geschützt seien. Seine Tätigkeit erfolge zudem weisungsungebunden.

bb. Dadurch, dass die Untersuchungen und Tests auf Veranlassung von Roche und zum einen im Hinblick auf den Abschluss eines Lehrvertrags mit der betroffenen Person, zum andern zur Durchsetzung ihres Konzeptes der drogenfreien Lehre erfolgen, kann die Tätigkeit des Betriebsarztes nicht unabhängig von der Unternehmenspolitik von Roche beurteilt werden. Der Betriebsarzt, bei Roche in einem Anstellungsverhältnis beschäftigt, bearbeitet die Daten damit letztlich als Hilfsperson von Roche. Der EDSB hat deshalb zu Recht die Empfehlung an das verantwortliche Unternehmen Roche und nicht an den Betriebsarzt (der im Laufe der Zeit auch wechseln kann) gerichtet. In Bezug auf die vorliegende Weiterziehung ergibt sich daraus auch ihre Passivlegitimation.

3. Materielle Prüfung der Empfehlung vom 22. Februar 2001

Es ist zu prüfen, ob die durch Roche im Rahmen der Abklärung der Eignung zum Antritt einer Lehrstelle und während des Lehrverhältnisses durchgeführten Urintests und dabei erfolgenden Datenerhebungen die Persönlichkeit der Auszubildenden widerrechtlich verletzen.

a. Persönlichkeitsverletzung

aa. Geschützt ist die Persönlichkeit in umfassender Weise. Danach hat der Arbeitgeber im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu schützen und zu achten. Grundsätzlich ist jede Beeinträchtigung der Persönlichkeit als Verletzung derselben im Sinne von Art. 28 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) anzusehen. Wegen der absoluten Natur des geschützten Rechtsgutes gilt sodann jede Verletzung als widerrechtlich (vgl. *Pedrazzini / Oberholzer*, Grundriss des Personenrechts, 4. Aufl. 1993, S. 129). Die Frage der Zulässigkeit der Bearbeitung von Personendaten entscheidet sich denn auch nach dem Kriterium der Widerrechtlichkeit (*M. Hünig*, DSG-Kommentar, N. 11 zu Art. 12 DSG). Das DSG verlangt deshalb für jede Form der privaten Datenbearbeitung, soll diese rechtmässig sein, ausdrücklich einen Rechtfertigungsgrund.

In Konkretisierung von Art. 28 ZGB enthalten zudem Art. 328 ff. OR spezifische Bestimmungen zum Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers. Der Arbeitgeber hat namentlich alle Eingriffe in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu unterlassen, die nicht durch den Arbeitsvertrag gerechtfertigt sind. Zu den Persönlichkeitsrechten gehören insbesondere Leben und Gesundheit, körperliche und geistige Integrität, persönliche und berufliche Ehre, Stellung und Ansehen im Betrieb, *Geheim- und Privatsphäre*, Freiheit der persönlichen Meinungsäusserung und Freiheit der gewerkschaftlichen Organisation (vgl. *Rehbinder / Portmann* in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 1-529 OR, 3. Aufl., Basel 2003, N. 4 zu Art. 328)

Vom Arbeitgeber dürfen gemäss Art. 328b OR Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeitet werden, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Im Übrigen wird diesbezüglich ausdrücklich auf die Bestimmungen des DSG verwiesen.

bb. In Umsetzung ihres Konzeptes «drogenfrei durch die Lehre» erhebt Roche im Rahmen des Anstellungsverfahrens mittels eines Fragebogens Daten über den Gesundheitszustand. Vor Antritt der Lehre und später während der Lehrzeit werden Urintests durchgeführt, deren Ergebnisse ebenfalls Angaben und damit Daten über die getesteten Personen liefern. Durch das Ausfüllen des Fragebogens und das Absolvieren der Drogentests werden somit besonders schützenswerte Daten im Sinne von Art. 3 Bst. c Ziff. 2 DSG (vgl. hierzu *U. Belser*, DSG-Kommentar, N. 13 zu Art. 3 DSG) über die Bewerberinnen und Bewerber erhoben. Sie müssen Auskunft geben über Gesundheitszustand, persönliche Lebensgewohnheiten und Schwächen. Dies sind Angaben, die der Intimsphäre einer Person zuzurechnen sind. Die systematische Erhebung dieser Daten ergibt nicht nur ein Bild über den Gesundheitszustand des Auszubildenden und damit allenfalls über seine Arbeitsfähigkeit. Vielmehr werden damit auch Rückschlüsse über private Lebensgewohnheiten möglich.

b. Widerrechtlichkeit

Eine Verletzung der Persönlichkeit ist dann widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder eine besondere gesetzliche Vorschrift gerechtfertigt ist (Art. 13 Abs. 1 DSG).

Roche führt verschiedene Gründe an, die den Eingriff in die Persönlichkeit der Auszubildenden ihrer Ansicht nach rechtfertigen.

aa. Sicherheitsaspekt:

Es leuchtet ein, dass in einem Betrieb wie jenem von Roche, wo mit chemischen Substanzen gearbeitet wird, an die Gewährleistung der Sicherheit höchste Ansprüche gestellt werden müssen. Unfälle, die auf mangelnde Sicherheit zurückzuführen sind, gefährden nicht nur Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, sondern auch die Umwelt oder die Bevölkerung in einem weiteren Umfeld.

Es ist auch einzuräumen, dass der Konsum von Drogen Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit und damit die Arbeitssicherheit haben könnte. Drogenkonsumenten werden in der Broschüre der deutschen

Industriegewerkschaft Bergbau, Chemie, Energie (IG BCE) vom 14. Juli 1999 (S. 4;) als «Sicherheitsrisiko» bezeichnet. Diesem Papier ist zu entnehmen, dass «*betriebliche Regelungen gefunden werden müssen, Drogenkonsum bei allen Mitarbeitern auszuschliessen, die Tätigkeiten mit Eigen-, Fremd- und Umweltgefährdung ausüben*» (S. 2). Und weiter: «*Damit dürfen Vorgesetzte niemanden weiter beschäftigen, der für sich oder Dritte aufgrund von Drogenkonsum eine Gefährdung darstellt*» (S. 20). Es wird in diesem Zusammenhang ein Drogenscreening für alle Mitarbeitenden, die in diese Kategorien fallen, empfohlen.

Dass ein Bedürfnis und eine Notwendigkeit bestehen kann, «sicherheitsgefährdende» Arbeitnehmerinnen und -nehmer zu erkennen und (allenfalls) vorübergehend von ihrer Tätigkeit zu befreien, erscheint einleuchtend. Insoweit könnten allenfalls überwiegende private Interessen, die sich aus den Schutz- und Fürsorgepflichten des Arbeitgebers gegenüber den übrigen Arbeitnehmern, aber auch überwiegende öffentliche Interessen (Schutz vor möglicher Gefährdung Dritter oder der Umwelt) im Sinne von Art. 13 Abs. 1 DSG durchaus erkannt werden.

Vor diesem Hintergrund könnte ein Drogenscreening als Massnahme zur Erkennung von «Sicherheitsrisiken» grundsätzlich geeignet sein. Damit ist jedoch nicht gesagt, dass sie - jedenfalls in der praktizierten Form - auch verhältnismässig ist. Wenn nämlich Roche mit der Begründung der Gewährleistung der Arbeitssicherheit das Drogenscreening a) auf sämtliche Auszubildenden, also z. B. auch jene, die nicht einer erhöht sicherheitssensitiven (z. B. rein administrativen) Tätigkeit nachgehen, und andererseits b) ausschliesslich auf eine Gruppe von Arbeitnehmenden, eben die in der Lehre stehenden, und nicht auf sämtliche in sicherheitsrelevanten Bereichen tätigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter anwendet, so ist dies zumindest inkonsequent. Des Weiteren wird der Konsum von Alkohol, der ebenfalls ein ernsthaftes Problem und Sicherheitsrisiko darstellen kann (s. «Alkohol, Drogen, Medikamente - was tun bei Problemen am Arbeitsplatz?», hrsg. vom werksärztlichen Dienst der Degussa-Hüls AG) nicht getestet. Wird als Rechtfertigungsgrund für Screenings der Sicherheitsaspekt herangezogen, dann müssten solche also auch den Konsum von Alkohol umfassen. Dies geschieht bei Roche nicht. Somit kann festgestellt werden, dass durch die praktizierte und Gegenstand der Empfehlung bildende Datenbearbeitung einerseits das angestrebte Ziel (Gewährleistung der Sicherheit) nicht einwandfrei erreicht werden kann und andererseits über dieses Ziel hinaus geschossen wird. Dadurch verletzt die Datenbearbeitung den Grundsatz der Verhältnismässigkeit, und der Sicherheitsaspekt kann nicht als Rechtfertigungsgrund ins Feld geführt werden.

bb. Drogenfreie Lehre und damit zusammenhängende Begründung

Roche führt im weiteren als Begründung für die Durchführung der Drogenscreenings bei den Auszubildenden an, Ziel sei es, eine drogenfreie Lehrzeit zu erreichen. Roche verfolgt dieses Ziel im Bestreben, den ihr anvertrauten Auszubildenden eine solide und ganzheitliche Ausbildung zu vermitteln. Damit handle sie im Rahmen der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und berücksichtige zudem einen Wunsch vieler Eltern. In der Broschüre «Probleme in der Lehre - was nun», bezeichnet sich Roche denn auch als mitverantwortlich für das Wohlergehen der ihr anvertrauten Lehrtöchter

und Lehrlinge. Deren Probleme und Sorgen sollen erkannt werden und beim Auftreten von Schwierigkeiten soll geholfen werden. Die Drogenscreenings werden dabei als ein «taugliches Mittel für eine präventive Früherkennung potentieller Suchtentwicklung» bezeichnet. Als Zeichen des Erfolgs dieses Ausbildungskonzeptes werden u. a. der Rückgang der Lehrabbrüche, das Wegfallen von Drogenproblemen in den Wohnheimen oder das Wegfallen von Beschwerden von Eltern angeführt.

Das von Roche verfolgte Ziel, ihren Auszubildenden eine drogenfreie Lehrzeit zu ermöglichen, soll hier vorerst nicht beurteilt werden. So achtenswert dieses Ziel auch ist, so stellt sich indessen die Frage nach der Verhältnismässigkeit der Massnahmen zur Erreichung dieses Ziels. Diese laufen darauf hinaus, die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers auch auf das Privatleben der Auszubildenden auszudehnen; denn es ist davon auszugehen, dass z. B. gerade Cannabis vor allem ausserhalb der Arbeitszeiten konsumiert wird. Eine derartige Erweiterung des arbeitsrechtlichen Schutzbereichs über die Belange des Arbeitsplatzes hinaus ist jedoch dem schweizerischen Recht fremd. Gemäss Art. 328 Abs. 2 OR hat der Arbeitgeber zum Schutz von Leben, Gesundheit und persönlicher Integrität der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes oder Haushaltes angemessen sind, soweit es mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung ihm billigerweise zugemutet werden kann (die Erwähnung des Haushaltes betrifft dabei einzig den Fall der Hausgemeinschaft). Die Lehre sieht in dieser Bestimmung vorwiegend eine *Begrenzung* der Schutzpflichten des Arbeitgebers und keineswegs eine Grundlage für deren Ausdehnung in die Privatsphäre der Angestellten (vgl. Rehbindner/Portmann, a.a.O., N. 9 f.).

Zwar wird in diesem Zusammenhang von Roche die Zustimmung der Eltern der Auszubildenden angeführt. Dieser Wunsch kann aber nicht den Anspruch der jugendlichen, zum Teil auch volljährigen, Auszubildenden auf Schutz ihrer Persönlichkeit überwiegen (vgl. auch Art. 11 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV], SR 101). Über die Geeignetheit der Tests als Massnahme zur Erreichung des Ziels der drogenfreien Lehre sind zudem Zweifel anzubringen. Im Rahmen von Fachkreisen wird die präventive und pädagogische Wirkung solcher Tests eher in Frage gestellt. Ebenso wird die Aussagekraft eines Testergebnisses in Bezug auf die Arbeitsfähigkeit in Frage gestellt.

Systematische Screenings, mithin Tests, die sich nicht an einer auffälligen Verhaltensänderung des Lehrlings orientieren, welche allenfalls auf den Konsum illegaler Drogen zurückzuführen sein könnte, sind dazu weder als erforderlich, noch geeignet, noch als angemessen zu beurteilen, worauf unten noch näher einzugehen sein wird. Die von Roche praktizierte Datenbearbeitung ist in Bezug auf das Arbeitsverhältnis als unverhältnismässig und damit als widerrechtliche Verletzung der Persönlichkeit der Auszubildenden zu beurteilen.

cc. Einwilligung der Auszubildenden

Roche macht geltend, dass für die Durchführung der Tests die schriftliche Einwilligung der Auszubildenden und deren Eltern vorliege. Um den Anliegen des EDSB nachzukommen, werde ausserdem seit Lehrbeginn 2001 vor jedem durchzuführenden Test eine schriftliche Einwilligung des Lehrlings oder der Lehrtochter eingeholt.

Damit eine Einwilligung zur Datenerhebung als Rechtfertigungsgrund gemäss Art. 13 Abs. 1 DSGVO in Betracht gezogen werden kann, muss gewährleistet sein, dass sie ihrerseits vor Art. 27 Abs. 2 ZGB standhält. Hierzu ist erforderlich, dass sie freiwillig und in Kenntnis ihrer rechtlichen Tragweite erfolgt (*consentement «libre et éclairé»*; s. H. Deschenaux / P. H. Steinauer, *Personnes physiques et tutelle*, 4^{ème} éd. 2001, N. 588). Bei der Beurteilung ist auf die tatsächliche Situation im Einzelfall abzustellen (M. Hünig, a.a.O., N. 4 zu Art. 13 DSGVO). Insbesondere ist zu untersuchen, wie weit diese Einwilligungen vorliegend freiwillig erfolgen.

Roche zeigt auf, dass sie alle Interessentinnen und Interessenten, die sich für eine Lehrstelle bei Roche bewerben, vorgängig ausführlich über das Konzept der drogenfreien Lehre informiert (vgl. dazu die entsprechenden Schreiben an die Interessentinnen und Interessenten einer Lehrstelle bei Roche). Bereits während der Schnupperlehre wird dieses Thema angesprochen. Im Rahmen der Beantwortung der Fragen auf dem Fragebogen wird ebenfalls nochmals auf die Drogentests hingewiesen; die Bestätigung, dass von diesem Konzept Kenntnis genommen wurde, wird mit der Unterschrift des Auszubildenden und - bei Minderjährigen - dessen Eltern oder Erziehungsberechtigten gegeben. Auf diesem Fragebogen werden die Bewerberinnen und Bewerber auch darauf hingewiesen, dass positive Testresultate der Lehrlingsleitung mitgeteilt werden können. Eine Testverweigerung während der Lehre stellt nach Ansicht von Roche einen Verstoss gegen die vereinbarten Abmachungen dar.

Niemand ist theoretisch gezwungen, sich um eine Lehrstelle bei Roche zu bewerben und diese anschliessend anzutreten. Roche weist zudem darauf hin, dass die Firma im Raume Basel keine Monopolstellung innehat, es den Jugendlichen vielmehr freistehe, sich um eine Lehrstelle bei einem anderen chemischen Betrieb zu bewerben. Wer sich hingegen bei Roche bewerbe, wisse um das Konzept der drogenfreien Lehre und sei bereit, dieses - mit den entsprechenden Konsequenzen - mitzutragen. Diese Argumentation greift zu kurz. Gerade in einer Zeit, in der es für junge Leute schwierig ist, einen Ausbildungsplatz zu finden, sind sie wohl bereit, Konzessionen einzugehen, wenn es darum geht, eine geeignete oder sogar die «Wunsch»-Lehrstelle zu finden. Wenn man allenfalls noch von Freiwilligkeit sprechen könnte, sich vor Antritt der Lehrstelle einem Screening zu unterziehen, dann gilt dies jedoch sicher nicht mehr in Bezug auf die Screenings, die während der Lehrzeit durchgeführt werden. Die Auszubildenden sind sich wohl bewusst, dass ein Ablehnen eines solchen Tests als Verstoss gegen die vertraglich getroffene Vereinbarung angesehen und wohl auch entsprechende Konsequenzen nach sich ziehen würde. Die jeweils abzugebende Einwilligung ist somit nicht als wirklich freiwillig zu betrachten und genügt deshalb nicht

als Rechtfertigungsgrund für die Durchführung der Tests und die damit verbundenen Datenerhebungen sowie die daraus resultierende Verletzung der Persönlichkeit.

4. Fazit

Obschon die Absicht von Roche, den von ihr ausgebildeten Jugendlichen eine drogenfreie Lehrzeit zu ermöglichen, grundsätzlich positiv zu würdigen ist, kommt die EDSK zum Schluss, dass die durchgeführten systematischen Screenings und damit verbundenen Datenerhebungen als unverhältnismässig zu qualifizieren sind. Auch ist die Geeignetheit der von Roche getroffenen Massnahmen zur Erreichung des genannten Ziels in Frage zu stellen, werden doch in Fachkreisen Zweifel an der Zuverlässigkeit der Tests angebracht.

Da zudem keine überwiegenden privaten oder öffentlichen Interessen oder gar gesetzliche Bestimmungen als stichhaltige Rechtfertigungsgründe für die flächendeckenden Tests vorliegen und da auch die von den Auszubildenden abgegebene Einwilligung als ungenügend bezeichnet werden muss, stellt die durch Roche durchgeführte Datenerhebung eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 12 DSG dar.

Nicht in Frage gestellt wird damit die Kompetenz von Roche, zu verlangen, dass sämtliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ihre Tätigkeit frei von Einfluss und Nachwirkungen - irgendeiner Art - von Drogen und Suchtmitteln zu erledigen haben. Sollte ein begründeter Verdacht aufkommen, dass eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer ein Drogenproblem hat, etwa aufgrund des Nachlassens der Leistungsfähigkeit oder sonstigen auffälligen Verhaltens, kann ein Drogentest - im Rahmen eines umfassenden Konzeptes - deshalb notwendig werden. Differenzierte Konzepte, die ein Handeln auf Anlass hin vorsehen, sind deshalb als mit dem Datenschutzgesetz vereinbar zu erklären.

Desgleichen ist auch der Fragebogen, der zur erstmaligen Erhebung von Angaben über den Gesundheitszustand der sich Bewerbenden benutzt wird, als unverhältnismässig zu beurteilen. Eine Überarbeitung sämtlicher Fragen im Hinblick auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz erscheint angezeigt. Sie ist jedoch nicht Gegenstand der vom EDSB abgegebenen Empfehlung, so dass sie auch nicht im Rahmen der vorliegenden Weiterziehung in verbindlicher Weise angeordnet werden kann.

5. Kosten

a. (Verfahrenskosten)

b. Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG kann die Beschwerdeinstanz der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen. Als solche Kosten fallen gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. a der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren (VwKV, SR 172.041.0) namentlich die Kosten anwaltlicher Vertretung in Betracht. Die Bestimmungen über die

Anwaltskosten im Tarif vom 9. November 1978 über die Entschädigungen an die Gegenpartei für das Verfahren vor dem Bundesgericht (SR 173.119.1) finden sinngemäss Anwendung.

Obschon für die Weiterziehungsbeklagte unzweifelhaft auch wirtschaftliche Interessen mit betroffen sind, weist das vorliegende datenschutzrechtliche Verfahren nicht einen ziffernmässig bestimmten Streitwert auf, sondern gilt als Verfahren ohne Vermögensinteresse. Für solche beträgt das Anwaltshonorar gemäss Art. 6 Abs. 2 des bundesgerichtlichen Tarifs in der Regel Fr. 500.- bis Fr. 15'000.-. Der Umfang des vorliegenden Verfahrens rechtfertigt ohne Zweifel die Anwendung von Art. 7 Abs. 1 des Tarifs, wonach bei aussergewöhnlich viel Aufwand verursachenden Streitsachen über diese Ansätze hinausgegangen werden kann. Diese Bestimmung nennt keinen Maximalzuschlag. Den Intentionen des Gesetzgebers am nächsten kommen dürfte eine analoge Anwendung von Art. 153a Abs. 3 (Fassung vom 4. Oktober 1991) des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (OG, SR 173.110), wonach das Gericht bei der Bemessung der Gerichtsgebühr über die Höchstbeträge hinausgehen kann, wenn besondere Gründe es rechtfertigen, jedoch höchstens bis zum doppelten Betrag. Dies ergäbe ein Maximalhonorar von Fr. 30'000.-. Gemäss Art. 8 Abs. 4 VwKV vermindert sich dieser Höchstbetrag indessen in Verfahren vor der EDSK um ein Viertel, mithin auf Fr. 22'500.-. Auf diesen Betrag ist das Anwaltshonorar deshalb festzusetzen. Zuzüglich der geltend gemachten Auslagen und Mehrwertsteuer ergibt sich ein Betrag von (gerundet) Fr. 24'750.-.

Bei bloss teilweisem Obsiegen rechtfertigt es sich, die Entschädigung nach Massgabe des Verfahrensausgangs zu kürzen, vorliegend auf einen Drittel der vollen Entschädigung, so dass die Parteientschädigung in Anwendung der oben dargelegten Grundsätze auf Fr. 8'250.- festzusetzen ist.

JAAC 68.68 - Urteil der Eidgenössischen Datenschutzkommission vom 29. August 2003

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	2004
Année	
Anno	
Band	68
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 006 614

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.
Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.
Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.