



Empfehlung

gemäss

**Art. 27 des
Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG)
vom 19. Juni 1992**

betreffend

Drogen- und Alkoholtests bei den Schweizerischen Bundesbahnen (SBB)

I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) stellt fest:

1. Mitte März 2007 haben Berichte in den Medien für Aufsehen gesorgt, wonach die unter 40-jährigen Mitarbeiter der SBB mit Sicherheitsfunktionen – hauptsächlich Lokführer, Kondukteure, Rangier- und Gleisarbeiter – im Rahmen routinemässiger Gesundheitschecks auf Drogenkonsum untersucht werden. Der EDÖB hat sich daraufhin in den Medien dahingehend geäussert, dass bei Berufsgattungen mit hohem Sicherheitsaspekt, bspw. bei Lokführern, Drogentests durchaus denkbar seien. Nicht nachvollziehbar sei hingegen die Tatsache, dass die Tests auf illegale Drogen beschränkt werden. Alkohol könne, so der EDÖB, ein weitaus wichtigeres Sicherheitsproblem darstellen. Weiter sei die Altersbeschränkung auf unter 40-jährigen nicht nachvollziehbar. Nicht hinzunehmen seien auch die Auswirkungen der Tests aufs Privatleben der betroffenen Personen, da dadurch ihr Freizeitverhalten kontrolliert wird. Der EDÖB teilte schliesslich mit, dass er die Rechtmässigkeit der Tests überprüfen lassen werde.
2. Der EDÖB ist nachträglich darauf aufmerksam gemacht worden, dass der Bundesrat bereits Anfang März 2007 einen Gesetzesentwurf verabschiedet hat, der Zwangstests für eine grosse Anzahl von Personen im öffentlichen Transportwesen vorsieht. Die Bestimmungen sind in einem Paket der Bahnreform 2 untergebracht und wurden unter dem Titel „Revision der Erlasse über den öffentlichen Verkehr“ bereits dem Parlament zugeleitet. Danach sollen im Wesentlichen verdachtsfreie Atemalkoholproben sowie bei auffälligem Verhalten oder anderen Verdachtsmomenten Alkohol-, Medikamenten- und Drogentests durchgeführt werden können.



3. Mit Schreiben vom 12. März 2007 ist der EDÖB an die SBB mit dem Gesuch um Darstellung des genauen Sachverhalts gelangt.
4. In ihrer Stellungnahme vom 23. März 2007 haben die SBB im Wesentlichen die sicherheitsdienstlichen Aufgaben des Zugpersonals erläutert und eine Verordnung des UVEK als Grundlage für die medizinischen Erstuntersuchungen (VTE) angegeben. Für periodische Untersuchungen wird eine verordnungsausführende Richtlinie des Bundesamts für Verkehr (BAV) als Grundlage zitiert. Aus dem Schreiben ist weiter zu entnehmen, dass die Erstuntersuchung systematisch eine Untersuchung auf Drogenkonsum enthält, während es bei periodischen Untersuchungen eine Urin-Analyse zur Feststellung eines allfälligen Konsums von psychoaktiven Substanzen nur bei entsprechender Indikation gibt. Für das schon beschäftigte Zugpersonal hat das *Medical Service* entschieden, die Erstuntersuchung routinemässig grundsätzlich nur bei Personen unter 40 Jahren durchzuführen. Im Hinblick auf unregelmässigen oder punktuellen Cannabiskonsum verlangt das *Medical Service* gestützt auf die Departementsverordnung, sowohl im Rahmen von Erstuntersuchungen bei Bewerbern als auch bei periodischen Untersuchungen der Angestellten, eine Verzichtserklärung auf jeglichen Konsum und die Bereitschaft, sich unangemeldeten Urinuntersuchungen zu unterziehen.
5. Am 18. April 2007 hat eine Sitzung zwischen Vertretern der SBB und dem EDÖB stattgefunden. Dabei wurde seitens des EDÖB im Wesentlichen festgehalten, dass für die fraglichen Drogen- und Alkoholtests gegenwärtig keine genügende gesetzliche Grundlage besteht. Die SBB haben diesbezüglich auf die VTE und die einschlägigen gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen verwiesen. Die SBB haben beteuert, dass sie auf die fraglichen Tests aus Sicherheitsgründen nicht verzichten werden, da die Einwilligung der betroffenen Personen vorliegt. Die Sicherheitsrelevanz der in Frage kommenden Berufsgattungen wird seitens der SBB erläutert und ist auch für den EDÖB unbestritten. Weiter ist festgehalten worden, dass die Tests heute nur auf konkreten Verdacht vorgenommen werden. Verdachtsfreie Stichproben werden laut SBB nicht durchgeführt. Die SBB hat ausserdem die Kategorien von Stellen beschrieben, die mit Tests konfrontiert werden. Es sind dies im Wesentlichen die Angestellten mit fahrdienstlichen Funktionen wie die Zugabfertigung (Bremskontrolle, Abfahrbefehl, usw.) und das Unfallmanagement. Die betroffenen Arbeitnehmer werden laut SBB in schriftlicher Form über die Tests informiert. Weitere Fragen in Zusammenhang mit der konkreten Vorgehensweise der Tests sind anlässlich der Sitzung nicht beantwortet, und es wurde diesbezüglich auf ein künftiges Schreiben des *Medical Service* der SBB und des BAV verwiesen. Auf die Frage nach der unterschiedlichen Behandlung von unter und über 40-jährigen Angestellten haben die SBB dahingehend geantwortet, dass gemäss internationalen Studien und nach mehrjähriger Erfahrung des *Medical Service* das Problem des Drogenkonsums vor allem bei den unter 40-jährigen besteht. Deshalb haben die SBB auf entsprechende Tests bei über 40-jährigen Angestellten verzichtet.
6. In einem gemeinsamen Schreiben vom 20. April 2007 sind die Leitung des *Medical Service* als auch das BAV auf die Personengruppen mit sicherheitsrelevanten Aufgaben zurückgekommen und haben im Wesentlichen präzisiert, dass die Zugbegleiter in den fahrdienstlichen Aufgaben den Triebfahrzeugführenden gleichgestellt sind und bezüglich den medizinischen Untersuchungsanforderungen nur kleine Unterschiede bestehen.
7. Am 3. Mai 2007 ist das *Medical Service* auf die noch offenen Fragen in Zusammenhang mit dem Ablauf des Testverfahrens zurückgekommen und hat u. a. die Entstehung eines Verdachts auf Drogenkonsum beschrieben. Für die Details des Verfahrens wurde auf den Anhang 5 zur Richtlinie des BAV verwiesen. Es hat weiter festgehalten, dass letztes Jahr die SBB in einem Pilotversuch mit einer beschränkten Anzahl Personen Alkoholtests durchgeführt



haben. Bezüglich Frequenz der Urin-Analysen wurde im Wesentlichen das Gleiche beteuert wie im Schreiben der SBB vom 23. März 2007.

8. Auf die Einzelheiten des Sachverhaltes und der Dokumentation wird, soweit erforderlich, noch in den Erwägungen eingegangen.

II. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte zieht in Erwägung

1. Natürliche oder juristische Personen, welche wie die SBB u. a. mit öffentlichen Aufgaben des Bundes betraut sind, gelten datenschutzrechtlich als Bundesorgane (Art. 3 lit. h Datenschutzgesetz, DSG, SR 235.1). Die Bestimmungen über das Dienstverhältnis des Bundespersonals finden übrigens auch auf das Personal der SBB Anwendung (Art. 15 des Bundesgesetzes über die Schweizerischen Bundesbahnen, SBBG, SR 742.31 und Art. 2 Abs. 1 lit. d des Bundespersonalgesetzes, BPG, SR 172.220.1). Verträge nach Obligationenrecht werden durch die SBB nur in begründeten Einzelfällen abgeschlossen (Art. 15 Abs. 3 SBBG), weshalb vorliegend von Bundespersonal und folglich – datenschutzrechtlich – von einem Bundesorgan auszugehen ist. Die vorliegende Empfehlung basiert auf Art. 27 DSG.
2. Die SBB bearbeiten Gesundheitsdaten ihrer Angestellten sowohl in Form detaillierter Fragebögen (diese sind nicht Gegenstand der vorliegenden Empfehlung) als auch aufgrund von Alkohol- und Drogentests. Gesundheitsdaten definieren sich als Informationen, die direkt oder indirekt Rückschlüsse über den physischen und psychischen Gesundheitszustand einer Person zulassen, Daten also, die im weitesten Sinn einen medizinischen Befund darstellen. Gemäss Art. 3 lit. c Ziff. 2 DSG gelten Daten über die Gesundheit als besonders schützenswerte Personendaten. Deren Bearbeitung bedarf eines speziellen Schutzes, der sich auch in der geeigneten Gesetzesgrundlage ausdrückt.
3. Die von den Alkohol- und Drogentests betroffenen Arbeitnehmerkategorien – Triebfahrzeugführende, Zugbegleiter, Rangierer – nehmen sicherheitsrelevante Funktionen wahr, weshalb diesbezüglich keine Einwände anzubringen sind und hier nicht speziell darauf eingegangen wird.
4. Bundesorgane dürfen gemäss Art. 17 Abs. 2 DSG besonders schützenswerte Personendaten sowie Persönlichkeitsprofile nur bearbeiten, wenn ein formelles Gesetz es ausdrücklich vorsieht oder wenn ausnahmsweise a) es für eine in einem formellen Gesetz klar umschriebene Aufgabe unentbehrlich ist, b) der Bundesrat es bewilligt, weil die Rechte der betroffenen Personen nicht gefährdet sind oder c) die betroffene Person im Einzelfall eingewilligt oder ihre Daten allgemein zugänglich gemacht hat.
5. Die heutigen gesetzlichen Grundlagen, auf welche sich die SBB für die Vornahme der fraglichen Drogen- und Alkoholttests stützen, befinden sich einerseits in der Eisenbahnverordnung (EBV, SR 742.141.1), andererseits in der auf Letzterer basierenden departementalen Verordnung über die Zulassung zum Führen von Triebfahrzeugen der Eisenbahnen (VTE, SR 742.141.142.1) und in den entsprechenden Ausführungsrichtlinien der SBB (Z 162.1) sowie in Art. 129 und 130 des Gesamtarbeitsvertrags (GAV), welcher die SBB gemäss Art. 38 des Bundespersonalgesetzes (BPG, SR 172.220.1) abgeschlossen haben. Gesetzliche Grundlagen im formellen Sinne, d. h. in Form eines von der Bundesversammlung erlassenen, referendumpflichtigen Gesetzes, welches sowohl den Zweck als auch den Umfang der Datenbearbeitung, die dabei verwendeten Mittel und die zur Bearbeitung befugten Behörden hinreichend bestimmt, bestehen keine bzw. es wurden dem EDÖB seitens der SBB keine angegeben. Das Erfordernis der Rechtssetzungsstufe auf formeller Ebene ist somit nicht erfüllt. Es ist festzuhalten, dass weder departementale Verordnungen noch die entsprechenden Ausführungsrichtlinien die vom DSG vorausgesetzte nötige Rechtssetzungsstufe für Datenbearbeitungen aufweisen.



6. Es geht folglich darum abzuklären, ob in einem formellen Gesetz eine klar umschriebene Aufgabe der SBB die Vornahme von Alkohol- und Drogentests voraussetzt. Damit gemäss der Ausnahmebestimmung von Art. 17 Abs. 2 lit. a DSG vom Erfordernis der formellgesetzlichen Grundlage abgewichen werden kann, müssen die Bedingungen der Unentbehrlichkeit für die Aufgabenerfüllung wie auch der klaren Aufgabenbeschreibung in einem formellen Gesetz erfüllt sein. Mit dem Erfordernis der klaren Umschreibung wird verlangt, dass die Aufgabe, für welche die Personendaten bearbeitet werden müssen, ausdrücklich in einem formellen Gesetz erwähnt und somit in ihrem Umfang klar erkennbar ist. Das Eisenbahngesetz (EBG, SR 742.101), worauf sich die von den zuständigen Stellen als gesetzliche Grundlagen angegebene EBV und die VTE stützen, enthält keinen ausdrücklichen Hinweis auf die Unentbehrlichkeit von Alkohol- und Drogentests für die Aufgabenerfüllung. Diese erste Voraussetzung von Art. 17 Abs. 2 lit. a DSG ist also nicht erfüllt. Dessen ungeachtet findet diese Ausnahmebestimmung auch aus folgenden Gründen keine Anwendung: Da es sich bei Art. 17 Abs. 2 lit. a DSG explizit um eine Ausnahmebestimmung vom Grundsatz handelt, wonach eine Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofilen immer eine formellgesetzliche Grundlage benötigt, kann sich diese Bestimmung konsequenterweise nur auf Aufgabenerfüllungen beziehen, die normalerweise keine Bearbeitung derartiger Daten benötigen. Damit wird auch klargestellt, dass es sich nur um Datenbearbeitungen in Einzelfällen handeln darf. Eine Datenbearbeitung verliert ihren Charakter der Ausnahme, sobald diese eine gewisse Regelmässigkeit oder Dauerhaftigkeit enthält. In solchen Fällen wäre eine Berufung auf die Ausnahmebestimmung weder mit Art. 17 Abs. 2 lit. a DSG noch mit dem Legalitätsprinzip nach Art. 5 BV vereinbar (vgl. Y. Jöhri/M. Studer in Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz, Helbing/Lichtenhahn Hrsg., Art. 17 N 47). Da es sich im vorliegenden Fall um eine regelmässige Bearbeitung von besonders schützenswerten Gesundheitsdaten seitens der SBB handelt, können sich Letztere auf die Ausnahme von Art. 17 Abs. 2 lit. a DSG nicht berufen. Die obigen Ausführungen gelten ebenfalls für die anderen Ausnahmebestimmungen nach Art. 17 Abs. 2 lit. b und c DSG, weshalb auf diese nicht näher eingegangen wird.
7. Im Rahmen der Revision der Erlasse über den öffentlichen Verkehr (insb. Bundesgesetz über die Bahnreform 2), beabsichtigt der Gesetzgeber, Vorschriften zur Dienstfähigkeit einzuführen (Art. 80 – 85 Bahnreform 2). Dabei werden der Begriff der Dienstunfähigkeit sowie die Feststellungsmethoden beschrieben. Zur Feststellung der Dienstunfähigkeit werden einerseits nicht invasive, verdachtsfreie Atem-Alkoholtests (Art. 82 Abs. 1), andererseits – bei Vorliegen eines Verdachts auf bzw. Anzeichen von Dienstunfähigkeit – invasive Tests (darunter Urintests und Blutproben) vorgesehen (vgl. Art. 82 Abs. 2). In den Ausführungsbestimmungen soll der Bundesrat festlegen, bei welcher Alkohol- und Drogenkonzentration Dienstunfähigkeit angenommen werden soll. Obwohl heute eine formell- und materiell-gesetzliche Grundlage fehlt, gehen wir mit Blick auf die Bahnreform 2 davon aus, dass die Tests unter Berücksichtigung der Gefahrenlage der SBB vertretbar sind. Wir sind jedoch der Auffassung, dass sich die SBB in ihrer heutigen Praxis an den einschlägigen Bestimmungen in der Revision des Bundesgesetzes über die Bahnreform 2 zu orientieren haben.
8. Die heutige Praxis der Alkohol- und Drogentests bei den SBB lässt sich wie folgt umschreiben: Als erstes wird bei jedem Neugestellten mit sicherheitsdienstlichen Aufgaben eine medizinische Erstuntersuchung vorgenommen (Art. 23 VTE). Die – verdachtsfreie – Urin-Analyse zur Feststellung eines allfälligen Konsums von psychoaktiven Substanzen (Drogen oder Medikamente) sind Bestandteil der Erstuntersuchung (vgl. § 4.2.2 der Richtlinie des BAV vom 1. Januar 2006 zur medizinischen Tauglichkeitsuntersuchung). Gemäss Art. 53 VTE finden in regelmässigen Zeitabständen weitere medizinische Untersuchungen statt. Dabei können bei entsprechender Indikation ebenfalls Urin-Analysen durchgeführt werden (vgl. § 4.2.3 Richtlinie BAV). Alkoholtests werden weder in der VTE noch in der Richtlinie BAV



speziell geregelt. Sie werden aber im Anhang 5 zur Richtlinie BAV beschrieben. Chronischer Alkoholmissbrauch bzw. Alkoholabhängigkeit – analog zum Drogenkonsum bzw. zur Drogenabhängigkeit sowie zu anderen Suchtformen – stellt ebenfalls einen Ablehnungsgrund für Bewerber sowie einen Ausschlussgrund für die Weiterbeschäftigung dar (§ 4.3 Richtlinie BAV). Im Anhang 5 zur Richtlinie BAV werden die Untersuchungen auf Suchtkrankheiten – Alkohol- und Drogenmissbrauch – beschrieben, wobei der Cannabis-Konsum gegenüber den anderen Drogen hervorgehoben wird. Bezüglich eines unregelmässigen oder punktuellen Cannabis-Konsum halten das *Medical Service* und das BAV in ihrem Schreiben vom 20. April 2007 zudem fest, dass unangemeldete Urinalysen jederzeit möglich sind. Anlässlich der Sitzung vom 18. April 2007 haben die SBB aber bestätigt, dass Drogentests nur bei Vorliegen eines konkreten Verdachts bzw. einer Indikation durchgeführt werden. Nach Angaben der SBB wurden bis dato keine Alkoholtests vorgenommen.

9. Bei der Gegenüberstellung der Drogentest-Praxis der SBB (vgl. insb. Schreiben vom *Medical Service* und vom BAV vom 20. April 2007) mit den heutigen und zukünftigen gesetzlichen Grundlagen (insb. VTE und ihre Anhänge sowie Art. 82 ff Bahnreform 2) fällt auf, dass unangekündigte Urinalysen zur Aufdeckung eines unregelmässigen oder punktuellen Cannabis-Konsums jederzeit möglich sind, wogegen gemäss Art. 53 VTE (und gemäss Art. 82 Abs. 2 Bahnreform 2) invasive Urinalysen zur Aufdeckung von Drogenkonsum nur bei entsprechender Indikation durchgeführt werden dürfen. Im Hinblick auf unregelmässigen oder punktuellen Cannabis-Konsum verlangt das *Medical Service* gerade gestützt auf die VTE, sei es bei Bewerbern oder bei periodischen Untersuchungen, eine Verzichtserklärung auf jeglichen Konsum und die Bereitschaft, sich unangemeldeten Urinuntersuchungen zu unterziehen. Wenn unter dem Begriff „unangemeldete Urinalysen“ verdachtsfreie Tests zu verstehen sind, verstösst die heutige Praxis gegen die VTE und gegen die einschlägigen Bestimmungen der Bahnreform 2. Ausserdem stellen Tests, welche den Cannabis-Konsum während der Freizeit betreffen, welcher keinen Einfluss auf die Verkehrssicherheit hat, einen unverhältnismässigen Eingriff in die Privatsphäre der Angestellten dar (Art. 4 Abs. 2 DSG). Der Arbeitgeber ist nicht berechtigt, durch Aufstellung von Verhaltensregeln für die Freizeit und durch entsprechende Kontroll-Tests samt Resultaten in übermässiger Art und Weise in die Privatsphäre der Angestellten einzugreifen. Wie bereits unterstrichen, wird die Bahnreform 2 nicht invasive Atem-Alkoholtests verdachtsfrei (Art. 82 Abs. 1), invasive Drogentests jedoch nur noch bei entsprechender Indikation (Art. 82 Abs. 2 und 3) vorsehen.
10. Alkoholtests sind gegenwärtig – verdachtsfrei – in der Erstuntersuchung vorgesehen (vgl. Anhang 5 Richtlinie BAV), in den periodischen Untersuchungen werden sie nicht detailliert angesprochen, wobei anzunehmen ist, dass sie bei Indikation einmal monatlich vorgenommen werden (Nachweis der einmonatigen Alkoholabstinenz zum Wiedererlangen der Fahrtauglichkeit nach Alkoholproblem, § B, Anhang 5 zur Richtlinie BAV). Nach der Bahnreform 2 werden Alkoholtests sowohl verdachtsfrei in der Erstuntersuchung als auch später nach Indikation vorgenommen.
11. Der Vergleich zwischen Drogen- und Alkoholtests in den heute geltenden gesetzlichen Grundlagen zeigt auf, dass in der Erstuntersuchung sämtliche sicherheitsgefährdende Substanzen verdachtsfrei untersucht werden können, währenddem in späteren Untersuchungen nur der Cannabis-Konsum verdachtsfrei untersucht werden kann. Alkohol- und andere Drogentests setzen hingegen immer eine entsprechende Indikation voraus. Wie schon gesehen, wird es in der Bahnreform 2 diese Unterschiede nicht mehr geben.
12. In Zusammenhang mit der Erstuntersuchung für das schon beschäftigte Zugspersonal haben das *Medical Service* und das BAV sowie die SBB in ihren Schreiben festgehalten, dass gestützt auf unbestrittene medizinische Erhebungen resp. Untersuchungsergebnisse und nach Absprache mit der Fachstelle Medizin des BAV Drogentests routinemässig grundsätzlich nur bei Personen unter 40 Jahren durchgeführt werden. Wenn aber die Sicherheit bei den



SBB eine zentrale Rolle spielt, ist es nicht nachvollziehbar, warum die Tests nur bei unter 40-jährigen, nicht aber bei über 40-jährigen Angestellten vorgenommen werden. Die Drogen- und Alkoholtests würden u. E. an Glaubhaftigkeit gewinnen, wenn sämtliche Angestellte, welche eine sicherheitsrelevante Aufgabe innehaben, unabhängig ihres Alters den Tests unterzogen würden. Mit Sicherheitsproblemen werden nämlich auch über 40-jährige Mitarbeiter konfrontiert und mit Drogen-, vor allem aber mit Alkoholproblemen ebenfalls. Es ist nicht einzusehen, warum der Arbeitgeber seine Überwachungspflichten gegenüber älteren Mitarbeitern einzig gestützt auf statistische Erfahrungswerte betreffend Drogen- (aber nicht Alkohol-) Konsum anders wahrnehmen sollte als bei jüngeren Angestellten. Mit anderen Worten ist ein Drogen- und Alkoholkonsum bei älteren Mitarbeitern nicht a priori auszuschliessen. Da die Sicherheit im vorliegenden Fall ein gegenüber dem Persönlichkeitsschutz des Angestellten überwiegendes Interesse darstellt, ist die durch die fragliche Ungleichbehandlung entstehende Sicherheitslücke nicht zu rechtfertigen.

III. Aufgrund dieser Erwägungen empfiehlt der Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte:

1. Die SBB haben sich bei der Feststellung der Dienstunfähigkeit, namentlich bei der Durchführung von Alkohol- und Drogentests, an den einschlägigen Bestimmungen der Bahnreform 2 (Art. 82 ff) zu orientieren.
2. Daten zum Drogenkonsum der Angestellten während der Freizeit, welcher die Verkehrssicherheit der SBB nicht mehr tangiert, dürfen nicht bearbeitet werden.
3. Es sind Grenzwerte für Drogen- und Alkoholtests zu definieren, welche sich an den Sicherheitsanforderungen der Verkehrssicherheit orientieren. Werden diese Grenzwerte unterschritten, sollen keine Daten bearbeitet werden.
4. Die SBB teilen dem Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) innerhalb von 30 Tagen ab Erhalt dieser Empfehlung mit, ob sie die Empfehlung annehmen oder ablehnen. Wird diese Empfehlung nicht befolgt oder abgelehnt, so kann der EDÖB die Angelegenheit dem Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) zum Entscheid vorlegen (Art. 27 Abs. 5 DSG).
5. Bei Annahme der Empfehlung gilt der Fristablauf (30 Tage) gleichzeitig als Fristbeginn für die Umsetzung der genannten Massnahmen.

EIDGENÖSSISCHER DATENSCHUTZ- UND
ÖFFENTLICHKEITSBEAUFTRAGTER

Hanspeter Thür