



# Tagung zum öffentlichen Personalrecht 2021

Donnerstag, 9. Dezember 2021  
Grand Casino Luzern



# Das revidierte Datenschutzgesetz unter besonderem Blick zu HR und neuen Technologien

Dr. iur. Dirk Spacek, LL.M.





## Employee Monitoring – Neue Entwicklungen und Tools (1)

### Hintergründe/Motivation:

- Distanzarbeit (Home Office).
  - Monitoring technisch inhärent (VPN).
- Arbeitgeberinteresse: Track work, employee performance und work in progress.
  - Leistungssteuerung.
- Bei "Entsendearbeit":
  - Geolokalisation?
- "Stimmungsbarometer": Wie geht es meinen Mitarbeitern?
- Daten-, IT-Sicherheit (Compliance):
  - Die Schwachstelle ist oft der Mensch.



## Employee Monitoring – Neue Entwicklungen und Tools (2)

### Aktuelle Beispiele:

- Work Tracking Tools (Billing, tägliche Arbeitsergebnisabspeicherung (z.B. "Hubstaff" oder "Jira")).
- Online-Mitarbeiterbefragungen. Austrittsbefragungen. "Sentiment Analysis".
- Online-Rekturierung.
- Mitarbeiter-Stimmungsanalyse ("sentiment analyses").
- Videoüberwachung (CCTV – Closed Circuit Television).
- Biometrische Zugangskontrollen für Mitarbeiter.
- Geolokalisation von Mitarbeitern (GPS-basiert).
- BYOD: Bring Your Own Device?
- E-Mail bzw. Internetüberwachung von Mitarbeitern.
- Daten-/IT-Sicherheitstools (Zugangskontrollen. Error-based-Interventiontools).



## Employee Monitoring – Neue Entwicklungen und Tools (3)

### Rechtliche Spannungsfelder:

- Datenschutz: Selbstbestimmung des Arbeitnehmers, was mit seinen Personendaten geschieht?
  - Transparenzgrundsatz.
  - Einwilligung nötig/gültig?
  - Berechtigungs-/Zugriffskonzepte.
- Arbeitsrechtlich motivierter Datenschutz: Art. 328 ff. OR.
  - insb. 328b OR: "*Arbeitsverhältnis betreffen*" oder "*zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich*".
- Öffentliches Arbeitsrecht (Art. 26 ArgV 3; gesundheitspolitisch motiviert): Systematische, konstante Mitarbeiterüberwachung ist verboten.



## Neues Revidiertes Datenschutzgesetz (1)

### Entstehung

- Zähe Geburt...
- Inkrafttreten erwartet Mitte 2022.
- Ziel: Annäherung an die EU (DSGVO).
  - Aber eben nur "Annäherung". Kein Paradigmenwechsel.
    - Datenbearbeitungen grundsätzlich zulässig, sofern Prinzipien eingehalten werden. Schutz juristischer Personendaten fällt weg (zumindest im Wortlaut).
    - EU-DSGVO: Rechtsgrunderfordernis: Einwilligung, Vertrag, Rechtfertigungsgrund.
    - CH: Kein Rechtsgrund grundsätzlich erforderlich. Nur dann, wenn Prinzipien nicht eingehalten werden.
    - EU-DSGVO: Koppelungsverbot. Nur, was für einen Vertrag erforderlich ist, kann via Einwilligung mitabverlangt werden.
    - CH: Kein Koppelungsverbot.



## Neues Revidiertes Datenschutzgesetz (2)

### Überblick

- Verschärfte Informationspflichten (Datenschutzerklärungen; Art. 19 und 20 rev-DSG);
- Verschärfte Dokumentationspflichten (Datenverzeichnisse; Art. 12 rev-DSG);
- Verschärfte Datensicherheitspflichten (z.B. "data breach"-Meldepflichten; Art. 24 rev-DSG);
- Verstärkte Rechte Betroffener (z.B. Interventionsrecht bei "automatisierten Entscheidungen"; Art. 21 rev-DSG);
- Übernahme Begrifflichkeit Daten-"Verantwortliche" und -"Bearbeiter" (weiterhin Haftung aller, die mitwirken an einer Persönlichkeitsverletzung);
- Sanktionen/Strafrechtsbestimmungen (zulasten natürlicher Personen (!), nicht Unternehmen).



## Neues Revidiertes Datenschutzgesetz (3)

### Ausgewähltes

- Auftragsdatenbearbeitung: Selbe Verträge wie in der EU (Art. 28 DSGVO)?
  - Art. 9a rev-DSG schreibt weniger detaillierte Inhaltsvorgaben fest.
  - Vertragliche Festlegung bleibt aber empfehlenswert. Im internationalen Kontext der Standard.
- Prinzipien von Privacy by Design, Privacy by Default.
  - DSGVO-Begriffe wurden übernommen, im Grunde aber inhaltlich nichts wirklich Neues.
  - "Datenschutzfolgeabschätzung": Umfangreiche, hochriskante Datenbearbeitungen müssen im Voraus geprüft werden und u.U. dem Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten vorgelegt werden.



## Neues Revidiertes Datenschutzgesetz (4)

### Ausgewähltes

- Datenschutzberater (früher –verantwortlicher) und –vertreter:
  - Art. 10 rev-DSG: Keine Pflicht zur Bestellung eines Datenschutzberaters. Immerhin 1 Vorteil = Erlass vor Vorlage einer Datenschutzfolgeabschätzung.
  - Art. 14 rev-DSG: Pflicht zur Bestellung eines Vertreters, wo Bearbeitung auf Personen in der Schweiz ausgerichtet und umfang- bzw. hochrisikobelastete Bearbeitungen vorliegen.
- Datenexporte ins Ausland: Dieselben Regeln wie früher gelten. Länderliste verantwortet neu der Bundesrat. Verwendung der EU Standard Contractual Clauses im Rahmen des rev-DSG auch möglich.



## Ausgewählte HR-Tools im genaueren Visier

### Online-Rekrutierung

- Online-Portal/Website. Zentral gesteuertes Recruitment. Vielerorts der neue Standard geworden.
- Wo wird Portal gehosted? Wo werden Personaldossiers gespeichert?
- Betreibt Arbeitgeber selber das Portal oder durch einen Dritten? Wo ist der Dritte (Ausland)?
- Nur "as needed"-Zugriff zu Personaldossiers: Recruiter oder HR-Abteilung, nicht andere Abteilungen.
- Automatische Entscheidungen/Elektronische Selektion zulässig?
  - Art. 21 rev-DSG:
    - 1 Der Verantwortliche informiert die betroffene Person über eine Entscheidung, die ausschliesslich auf einer automatisierten Bearbeitung beruht und die für sie mit einer Rechtsfolge verbunden ist oder sie erheblich beeinträchtigt (automatisierte Einzelentscheidung).*
    - 2 Er gibt der betroffenen Person auf Antrag die Möglichkeit, ihren Standpunkt darzulegen. Die betroffene Person kann verlangen, dass die automatisierte Einzelentscheidung von einer natürlichen Person überprüft wird.*
- Nach Absage oder Rückzug Kandidat entfällt Bearbeitungszweck. Daten müssen gelöscht werden.
  - Vorbehalten länger zu behalten (6-12 Monate) für den Fall neuer Vakanzen?



## Ausgewählte HR-Tools im genaueren Visier

### Bring Your Own Device (BYOD)

- Nutzung privater mobiler Geräte für geschäftliche Zwecke.
- Freiwilligkeit?
  - Art. 327 Abs. 1 OR:  
*<sup>1</sup> Ist nichts anderes verabredet oder üblich, so hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer mit den Geräten und dem Material auszurüsten, die dieser zur Arbeit benötigt.*
  - Art. 327a OR:  
*<sup>1</sup> Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer alle durch die Ausführung der Arbeit notwendig entstehenden Auslagen zu ersetzen, bei Arbeit an auswärtigen Arbeitsorten auch die für den Unterhalt erforderlichen Aufwendungen.*
- Trennung privater und geschäftlicher Daten:
  - Bearbeitung geschäftlicher Daten durch Arbeitgeber zulässig. Überwachung und Bearbeitung privater Daten durch Arbeitgeber nicht zulässig (nur bei höherwertigen Interessen, z.B. bei konkretem Verdacht auf Missbrauch).
  - Separate geschäftliche Softwareumgebung (z.B. Container Apps oder exkl. Zugang zu Server Arbeitgeber).



## Ausgewählte HR-Tools im genaueren Visier

### Bring Your Own Device (BYOD)

- IT-Sicherheitsrisiken für Arbeitgeber (Stichwort: Privacy by Design).
  - Bsp. Mitarbeiter lädt Apps auf sein privates mobiles Geräte (Schadsoftware).
  - Bsp. Mitarbeiter speichert geschäftliche Daten (versehentlich) auf privater Umgebung des Geräts.
  - Bsp. Mitarbeiter greift auf geschäftliche Daten zu in öffentlichen, unverschlüsselten WLAN-Netzwerken.
  - Bsp. Mitarbeiter tritt aus Unternehmen aus. Kunden, Geschäftspartner können weiterhin ungehindert über seine private Nummer mit ihm kommunizieren (Risiko unzulässiger Kundenabwerbungen).
  - BYOD: *Bring Your Own Disaster?*
- Abhilfe: Wenn BYOD, dann Bring Your Own Device Richtlinie und vertragliche Implementierung.
  - Z.B. Passwortvorgaben, automatische Lockscreens, Installationsverbote von Apps aus inoffiziellen Quellen, Ausschliessliche Speicherorte für geschäftliche Daten (nur mit der vom Arbeitgeber bereitgestellten Software), Verbot nicht autorisierter Hardware- oder Betriebssystemänderungen, Meldepflicht bei Verlust etc.



## Ausgewählte HR-Tools im genaueren Visier

### Sentiment Analysis

- Software-basierte Auswertung von Daten (Sprache/Aussagen) auf "positive" oder "negative" Haltung.
- Basis i.d.R. Mitarbeiterbefragungen (Feedback) mit offenen Textfeldern (nicht mehr Ja/Nein). Aber auch "unstrukturierte" Daten, z.B. E-Mails, Notizen im IT-Callcenter, interne Blog-Einträge.
- Hernach: Software führt "Sentiment Analyse" durch und erstellt einen "Sentiment Score", der Aufschluss über Mitarbeiterzufriedenheit gibt. Kann visualisiert werden für VR-Sitzungen.
- Ziel: Mitarbeiterzufriedenheit erkennen: Fluktuation, Performance, Wahrnehmung antizipieren & steuern.
- Datenschutzrechtliche Implikationen:
  - Transparenz der erstmaligen Datenerhebung für Mitarbeiter (vollständig aufgeklärt? Art. 19, 20 rev-DSG).
  - Basierend auf schriftlichem Input oder Tonaufnahmen? Für Tonaufnahmen u.U. strengere Bearbeitungsgrundsätze (z.B. DSGVO: "biometrische Identifikationsmerkmale" sowie Art. 179<sup>bis</sup> StGB).
  - Aggregierte – nicht personenbezogene – Auswertung oder personenbezogene Auswertung?
  - Arbeitsrecht: Massnahmen gestützt auf Auswertung treffen? Vorsicht...



## Ausgewählte HR-Tools im genaueren Visier

### Videoüberwachung (CCTV)

- Fernsystem, welches einen bestimmten, geschützten Unternehmensbereich überwacht.
- Ziel: Sicherheit, Organisation, Qualitäts- und Produktivitätskontrolle.
- Weit verbreitet in grösseren Unternehmen, Infrastrukturbetreibern (Flughafen/Bahnhöfe), Bildungsbereich.
- Datenschutzrechtliche Implikationen:
  - Transparenz/Information über Aufnahmen im Voraus (z.B. Reglement und Schilder).
  - Empfohlen: Hinweis auf Auskunftsrecht (Art. 25 rev-DSG).
  - Systematische Überwachung des Verhaltens von Arbeitnehmern ist verboten (Art. 26 Abs. 1 ArGV 3).  
Überwachung ist wenn, dann so zu gestalten, dass die Gesundheit und Bewegungsfreiheit der Arbeitnehmer nicht beeinträchtigt wird.
  - Unangekündigte (verdeckte) Videoüberwachung ist rechtswidrig (Art. 6 Abs. 2 rev-DSG: Treu und Glauben)
  - Dauer Aufbewahrung Aufnahmen: Zweck bestimmt die Dauer. Wegfall Zweck = Löschen. Aufbewahrungsdauer i.d.R. sehr kurz, weil Kontrollzweck schnell erreicht.



## Ausgewählte HR-Tools im genaueren Visier

### Biometrische Zugangskontrollen; Geolokalisation

- Biometrische Merkmale als "Erkennungssystem" des Arbeitnehmers (für Zugangs-, Authentifizierungs-, oder Abrechnungszwecke). Geolokalisation tritt häufig hinzu (z.B. bei Entsendearbeit).
- Eidgenössischer Datenschutzbeauftragter: Empfehlungen zu Einsatz von Biometrie. Nicht rechtsverbindlich, aber indikativ:
  - Biometrie nur einsetzen, wenn Zweck mit herkömmlichen Mitteln nicht erreichbar (Verhältnismässigkeit). M.E. nicht überzeugend.
  - Biometrie-Einsatz muss transparent (erkennbar) und zweckgebunden sein (kein Einsatz der Biometrie für andere Zwecke). M.E. zutreffend.
  - Nur biometrische Charakteristika mit keinen/wenig Spuren empfohlen (z.B. Netzhautscan, 3D-Gesichtserkennung, Venenstruktur des Fingers/Hand, nicht aber Fingerabdrücke oder Stimmerkennung).
  - Nur biometrische Templates ablegen/verwenden, keine biometrische Rohdaten. Template = Muster, welches Rekonstruktion der biometrischen Merkmale ermöglicht.



## Ausgewählte HR-Tools im genaueren Visier

### Biometrische Zugangskontrollen; Geolokalisation

- Eidgenössischer Datenschutzbeauftragter: Weitere Empfehlungen zum Einsatz von Biometrie. Nicht rechtsverbindlich, aber indikativ:
  - Keine besonders schützenswerte Personendaten verwenden (m.E. schwierig, weil z.B. Gesichtsgeometrie Rückschlüsse auf z.B. "Rasse"/"Herkunft" ermöglichen kann und keine gesetzl. Grundlage für ein Verbot).
    - Siehe auch den häufig fehlinterpretierten Art. 6 Abs. 6 und 7 lit. a. rev-DSG:
      - 6 **Ist die Einwilligung der betroffenen Person erforderlich**, so ist diese Einwilligung nur gültig, wenn
      - 7 Die Einwilligung muss ausdrücklich erfolgen für:
        - a. die Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten;
  - Authentifizierungssysteme nur mit dezentraler Speicherung empfehlen (auf externen Datenträgern im Herrschaftsbereich der betroffenen Person, z.B. Smartcard, nicht auf zentralem Server).



## Ausgewählte HR-Tools im genaueren Visier

### Biometrische Zugangskontrollen; Geolokalisation

- Eidgenössischer Datenschutzbeauftragter: Weitere Empfehlungen zum Einsatz von Biometrie. Nicht rechtsverbindlich, aber indikativ:
  - *Arbeitszeiterfassung* mithilfe biometrischer Daten laut EDÖB "kritisch". M.E. beim Versenden von Aussendienstmitarbeitern u.U. gerechtfertigt (gesetzliche Rechtfertigung: Arbeitsgesetzliche Dokumentationspflicht und –verrechnung gegenüber Endkunden).
  - Geolokalisation: Zu unterscheiden:
    - GPS-basiert, automatisch und konstant (wahrscheinlich unzulässig unter Art. 26 Abs. 1 ArGV3).
    - Arbeitnehmer-Input-basiert (wahrscheinlich zulässig, weil nur punktuell).



## Ausgewählte HR-Tools im genaueren Visier

### IT-Sicherheitskontrollen

- Überwachung Einhaltung von IT-Sicherheitsvorschriften durch Mitarbeiter?
- Art. 8 rev-DSG:

*1 Der Verantwortliche und der Auftragsbearbeiter gewährleisten durch geeignete technische und organisatorische Massnahmen eine dem Risiko angemessene Datensicherheit.*

*2 Die Massnahmen müssen es ermöglichen, Verletzungen der Datensicherheit zu vermeiden.*

- Error-detection-Tools:
  - Keine konstante Überwachung von Mitarbeiterverhalten.
  - Punktuelle Überwachung: Tool enthält eine Liste von "nicht gebotenen" Handlungen ("trigger events"), im Falle der Vornahme einer solchen Handlung wird eine solche Handlung (i) blockiert und (ii) Warnung ausgelöst.
  - Mitarbeiter identifiziert oder nicht? Alternativen möglich (z.B. Mitteilung an Abteilung gehäufte Vorfälle ohne Bezugnahme auf Mitarbeiter).
  - Art. 8 rev-DSG und 7 rev-DSG (privacy by design) können m.E. einen gesetzlichen Rechtfertigungsgrund für solche Kontrollen schaffen.



## Fazit

- Neues DSG schafft keine sonderlich neuen Anforderungen für den Einsatz neuer HR-Tools, aber:
  - Formelle Informationspflichten sind verschärft. Einsatz solcher Tools muss transparent bekanntgegeben werden.
  - Art. 21 rev-DSG: Automatisierte Entscheidungen müssen offengelegt und einer menschlichen Entscheidung zugänglich gemacht werden.
  - Datenschutzfolgeabschätzungen werden bei umfangreichen, hochriskanten Datenbearbeitungen im Voraus geprüft und u.U. dem Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten vorgelegt werden müssen.
- Neue HR-Tools gehören zum technischen Fortschritt und schaffen früher oder später neue Standards. Sie können nicht ohne weitere Begründung mit Verhältnismässigkeitsüberlegungen "blockiert" werden.
- Neue HR-Tools können in grösseren Arbeitsorganisationen für Organisationszwecke notwendig sein. Sie müssen aber (unter dem alten wie auch neuen DSG):
  - transparent offengelegt und zweckkonform eingesetzt werden.
  - punktuell/spezifisch eingesetzt werden (d.h. keine systematische Mitarbeiterüberwachung).
  - hohen Datensicherheitsanforderungen genügen (Schutz vor unbefugtem Zugriff).

Institut für Rechtswissenschaft  
und Rechtspraxis



Universität St.Gallen

IRP-HSG  
Bodanstrasse 4  
9000 St.Gallen  
Schweiz  
+41 71 224 2424  
irp@unisg.ch  
www.irp.unisg.ch

