

**Herzlich
Willkommen**

Datenschutz im Arbeitsrecht inkl. Nutzung von Social Media

26. April 2018



arbeitundversicherung.ch

Claudia Eugster RA lic. iur. HSG*
Fachanwältin SAV Arbeitsrecht
c.eugster@arbeitundversicherung.ch

Bahnhofstrasse 10
Postfach 106
8700 Küsnacht

☎ +41 43 277 91 91 | 📠 +41 43 277 94 94
www.arbeitundversicherung.ch

* Eingetragen im Anwaltsregister des Kantons Zürich



- **Datenschutzrechtliche Fragen**
 - **Bewerbungsphase**
 - Zulässige Fragen?
 - **Personaldossier**
 - Inhalt? Einsichtsrecht der Mitarbeitenden?
 - **Arbeitsalltag**
 - Einsicht des Arbeitgebers/Überwachung z.B. E-Mail-Verkehr?
 - Nutzung von Social Media für die Personalarbeit?
 - **Ausblick / Revision Datenschutzgesetz (DSG)**



Bewerbungsphase (1)

- Schutz der Bewerber durch OR 328b & DSGVO gewährleistet
- Datensammlungen (Unterlagen & Fragen) müssen einen Arbeitsplatzbezug aufweisen, verhältnismässig und zweckmässig sein, d.h. sie müssen
 - Die Eignung des Bewerbers betreffen (z.B. Qualifikationen)
 - Für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich sein (z.B. Kontoangaben)
- Nachforschungen in der Bewerbungsphase
 - Zulässig ist eine allgemeine Suche (z.B. Google) und das Einsehen von öffentlich zugänglichen Inhalten auf Social Media Profilen
 - Zur Definition von «öffentlich» vgl. Arbeitsalltag (7)
 - Unzulässig ist das Eindringen in nicht öffentlich zugängliche Websites oder Social Media Profile

Bewerbungsphase (2) – Fragen & Pflichten



- Fragen sind bei Arbeitsplatzbezug zulässig
 - bei zulässigen Fragen besteht Auskunftspflicht des AN
- Unzulässige Fragen
 - Keine Wahrheitspflicht, Notwehrrecht der Lüge
 - Z.B. Schwangerschaft im KV-Bereich
 - Vorbestehende Krankheiten ohne Bezug zur Tätigkeit
 - umstritten: Frage nach der Höhe des bisherigen Lohns
- Mitteilungspflicht betreffend gewisser Angaben
 - Bei Nichteignung für die Stelle, z.B. Tierpfleger mit Tierhaarallergie; Bademeister, der nicht schwimmen kann
- Wahrheitspflicht des AN
 - Bei von sich aus gemachten Aussagen



Bewerbungsphase (3) - Referenzauskünfte

- Sachlich, wahrheitsgetreu, wohlwollend (Fürsorgepflicht)
- Nur relevante Informationen (Arbeitsplatzbezug)
- Referenz = Persönlichkeitsprofil gem. DSG, daher vorgängige, ausdrückliche Einwilligung des Bewerbers
- Konkrete Angaben zu ehemaligen Arbeitgebern unter «Referenzen» in Bewerbungsunterlagen darf als Einwilligung gewertet werden
- Ehemaliger Arbeitgeber muss sich vergewissern, dass er die Auskunft erteilen darf, z.B. durch Einsicht in Referenzliste. Ansonsten Persönlichkeitsverletzung und Strafrechtliche Sanktionen möglich.

Bewerbungsphase (4) - Gesundheitsfragebogen



- Arbeitsplatzbezug, d.h. ist ein Fragebogen für die zu besetzende Stelle notwendig?
- Nicht flächendeckend für sämtliche Funktionen
- Bei speziellen Anforderungen
 - Erhöhter Sicherheitsbedarf
 - Besondere körperliche Belastungen
- Aufgabe an Vertrauensarzt delegieren
 - Ärzte nehmen Eignungsbeurteilung vor, ob Bewerber geeignet / ungeeignet ist
 - Keine Bekanntgabe von allfälligen Diagnosen



Personaldossier (1) - Grundsätze

- Begriff Personaldossier gemäss OR 328b:
 - Alle personenbezogenen und nicht anonymisierten Daten, unabhängig davon ob sie
 - Als «Dossier» oder «Akte» bezeichnet werden
 - Zusammengefasst oder verstreut aufbewahrt werden
 - Schriftlich oder elektronisch gespeichert werden (Vertrag, Beurteilungen, Korrespondenz, etc.)
 - Mit Arbeitsplatzbezug (nichts Privates)
- Pflicht zum Datenschutz beim Führen des Personaldossiers
 - Beginnt mit dem Bewerbungsverfahren
 - Überdauert das Arbeitsverhältnis (Aufbewahrung, Referenzerteilung, Zeugnisse)
 - Keine Registrierungspflicht beim EDÖB



Personaldossier (2) - Bedeutung

- Bedeutung des Personaldossiers für Unternehmen
 - Ist die Grundlage für Personelle Entscheide, Lohnfestsetzung
 - Beweissicherung, Erfüllung der Zeugnispflicht und weiterer gesetzlicher Pflichten
- Bedeutung des Personaldossiers für Arbeitnehmende
 - Basis für das Stellen von Forderungen
 - Berichtigung falscher, Vernichtung unzulässiger Daten
 - Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche
 - Einsicht in alle über ihn vorhandenen Daten, kostenlose Kopien
 - Ausnahmen: laufende Verfahren, persönliche Notizen des Arbeitgebers (restriktiv), Geschäftsheimnisse, Persönlichkeitsrechte anderer Arbeitnehmenden



- Art. 328b OR
 - Daten müssen die Eignung des Arbeitnehmenden betreffen (z.B. berufliche Qualifikationen)
 - Daten müssen erforderlich sein für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses (z.B. Kontoangaben)
- Art. 4 DSG
 - Datensammlungen müssen rechtmässig, verhältnismässig und zweckmässig sein
- Art. 5 DSG: Richtigkeit der Daten
- Art. 7 DSG: Datensicherheit
 - Technische und organisatorische Massnahmen

Personaldossier (4) – Während des Bewerbungsverfahrens



- Lebenslauf, Unterlagen, Zeugnisse → Eigentum AN
- Eingeholte Referenzen, graphologische Gutachten, Eignungstest → Eigentum AG
- Nichtanstellung:
 - AN hat Anspruch auf
 - Rückgabe seiner Unterlagen & Daten
 - Vernichtung der anderen Unterlagen & Daten
- Anstellung:
 - Die Daten gelangen ins Personaldossier (der AN erhält Anspruch auf Einsicht)

Personaldossier (5) – Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses



- Vernichtung aller Daten, welche nicht mehr benötigt werden (OR 328b)
- Ausnahmen:
 - Sozialversicherungsrechtliche und steuerrechtliche Daten (z.B. AHV, Lohnbuchhaltung)
 - Daten aus der Fürsorgepflicht, z.B.
 - Arbeitszeugnis und hierfür relevante Unterlagen, z.B. Qualifikationen
 - Referenzerteilung
 - Durchsetzung eines Konkurrenzverbotes
 - Aufzeichnungen über Ferien & Überstunden
 - Beachtung der jeweiligen Verjährungsfrist



- Reine Verhaltensüberwachung ist nicht zulässig (ArGV3 26)
 - D.h. Zweck der Überwachung ist Verhaltensüberwachung
- Überwachung, die auch das Verhalten betrifft, ist zulässig:
 - Wenn Gesetzgebung nicht verletzt wird (DSG, StGB)
 - Wenn der Überwachungszweck sich aus anderen, triftigen Gründen ergibt, z.B. Personalsicherheit oder Produktionsoptimierung
 - Wenn Verhältnismässigkeit zwischen Arbeitgeber- und AN-Interessen gegeben ist. Mildestes Mittel, zurückhaltender Einsatz, Gesundheitsschutz der AN und keine Einschränkung bei der Arbeit
 - Wenn die AN eine Mitwirkungsmöglichkeit bezüglich Planung und Einsatz der Überwachungsinstrumente haben
- Normale Überwachungs- und Kontrollsysteme sind zulässig
 - Solange kein Rückschluss auf Verhalten möglich ist
 - Z.B. bei gefährlichen Anlagen, Eingängen, Parkplätzen



- Voraussetzungen für normale Überwachung ist Information des AN darüber:
 - Welche Nutzung erlaubt / nicht erlaubt ist
 - Was der Zweck der Überwachung ist und wie Überwachungssystem und -prozedere aussehen
 - Wer für die Überwachung/Auswertung zuständig ist
 - Wer Zugriff auf die Protokollierungen hat und wie lange diese aufbewahrt werden
 - Sind i.d.R. innert 4 Wochen zu vernichten
 - Ob die Möglichkeit der personenbezogenen Auswertung besteht und diese bei Missbrauch Grundlage für Sanktionen ist
 - Welche konkreten arbeitsrechtlichen Sanktionen es gibt



Arbeitsalltag (1) – Überwachung allgemein

- Überwachungsweisung ermöglicht Rechtssicherheit
 - nicht obligatorisch, aber empfohlen
- Auch mit einer Regelung besteht das Risiko eines unzulässigen Eingriffs in die Privatsphäre des AN
 - Zivilrechtliche Ansprüche (Persönlichkeitsverletzung)
 - Strafrechtliche Konsequenzen (Art. 179^{bis} ff. StGB)
- Daher ist folgendes zwingend zu beachten:
 - Schutz der Überwachungsdaten gegen unbefugtes Bearbeiten (technisch; organisatorisch)
 - Vertraulichkeit, Verfügbarkeit, Integrität sicherstellen
 - Auskunftsrecht des AN über erhobene Daten (DSG 8)
 - Löschung der Datensammlungen nach festgelegter Dauer



- Einschränkung privaten Surfens aufgrund Weisungsrechts
 - am besten mittels technischer Massnahmen (inhaltliche oder zeitliche Sperren)
- Kontrolle durch Spyware
 - Allgemeine Warnung, welches Verhalten untersagt ist
 - Phase 1: Anonyme Auswertung des Surfverhaltens
 - Phase 2: Individuelle Auswertung bedarf eines konkreten Verdachts (Wiederholungsfall / bei krassen Verstössen). Benötigt gemäss Rechtsprechung keine weitere Vorwarnung
 - Fall: Praktisch lückenlose Überwachung eines Kadermitarbeiters mittels verdeckter Spyware über 3 Monate ist trotz konkretem Missbrauchsverdacht unzulässig. Die daraus resultierende fristlose Kündigung war ungerechtfertigt.



- Lesen privater Emails durch Arbeitgeber immer unzulässig
- Die Nutzung ist aufgrund des Weisungsrechts einschränkbar
- Nutzungskontrolle, Durchsetzung Nutzungseinschränkung:
 - Systematische Überwachung durch Spyware ist nicht zulässig
 - Private: Adressierungselemente dürfen ausgewertet werden
 - Geschäftliche: Systematische Auswertung ist zulässig
 - Auswertung ist den AN im Voraus mitzuteilen
- Problem: nicht ausdrücklich als «Privat» gekennzeichnet
 - Postgeheimnis, privat oder nicht? Im Zweifelsfall nicht lesen
 - Empfänger auf Problem aufmerksam machen, nachfragen
- Problem: Abwesenheit des AN (Ferien, Arbeitsunfähigkeit)
 - Abwesenheitsmeldung; Stellvertreter mit Zugriff, aber ohne Privates
 - Einrichtung funktionsbezogener Adressen, z.B. `contact@firma.ch`



Arbeitsalltag (4) – Videoüberwachung

- Heikel, da fließender Übergang zwischen Leistungs- und Verhaltensüberwachung
- Auswirkungen auf Betriebsklima, psychische Gesundheit und Leistungsfähigkeit der AN
- Video: Nur filmen, was für den verfolgten Zweck erforderlich ist, d.h.
 - AN möglichst nicht im Bildausschnitt (Schalterpersonal)
 - «Privacy Filters», Unkenntlichmachung gefilmter Gesichter
 - Toiletten sind absolut tabu
 - Personalgarderoben? umstritten, oft nicht mildestes Mittel
 - I.d.R. Löschung der Aufnahmen innert 24 bis 72 Stunden

Arbeitsalltag (5a) – Geschäftliche Telefonate



- Überwachung geschäftlicher Telefonate
 - Vollständige Überwachung erlaubt
 - Erlaubter Zweck: Beweissicherung, Leistungskontrolle
- Voraussetzungen für eine Überwachung
 - Allgemeine Voraussetzungen müssen erfüllt sein
 - Vorgängige Zustimmung des AN sowie jeweils unmittelbar darüber in Kenntnis setzen (Signal)



Arbeitsalltag (5b) – Private Telefonate

- Ohne ausdrückliche Regelung
 - Sind alle privaten Telefonate im üblichen Umfang erlaubt
 - Darf nicht überwacht werden
- Einschränkung privater Telefonate
 - Durch das Weisungsrecht des Arbeitgebers
 - Private Telefonate zulassen, einschränken, verbieten
 - Nutzungsweisung (nicht obligatorisch, aber ratsam)
 - Für eingehende private Telefonate ist ein Verbot nicht möglich
- Überwachung privater Telefonate
 - Bedarf ausdrücklicher Regelung
 - Überwachung der Randdaten grundsätzlich erlaubt
 - Ausnahme: vollständige Rufnummer privater Telefonate
 - Private Telefonate dürfen nicht abgehört werden

Arbeitsalltag (6) – GPS-Tracking von Fahrzeugen



- Gemäss Bundesgericht bei Vorliegen eines legitimen Überwachungszwecks zulässig
- Überwachungszweck
 - z.B. Kontrolle, ob Kundenbesuche tatsächlich vorgenommen wurden
 - z.B. Optimierung der Ausnutzung der Fahrzeugflotte
 - z.B. Vermeidung möglicher Missbräuche



- Strikte Trennung zwischen geschäftlichen und privaten Daten ist schwierig
 - Risiko Persönlichkeitsverletzung des AN
 - Durch Zugriffsmöglichkeit des Arbeitgebers auf geschäftliche Daten kann ein Zugriff auf die privaten Daten nicht ausgeschlossen werden
 - Zugriffsrisiko durch Dritte auf Geschäftsdaten
 - Durch Umfeld des AN
 - Gefahr des Verlusts / Missbrauch von Geschäftsdaten bei privater Nutzung
 - Evtl. Verstoss gegen Aufbewahrungspflichten bei Daten ausserhalb des Arbeitsplatzes, wenn keine Backups



- Massnahmen
 - Nutzungsreglement aufstellen
 - Für BYOD-Nutzung gilt datenschutzrechtlich das Gleiche wie für die Nutzung der Infrastruktur am Arbeitsplatz
 - Trennung von privaten und geschäftlichen Daten; technisch schwierig zu realisieren
 - Datensicherheit gewährleisten (z.B. Verschlüsselung); heikel
 - Genehmigungspflicht für BYOD-Nutzung durch Verantwortlichen
 - Regelung des Zugriffs auf das Gerät durch Arbeitgeber
 - Pflicht, bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses alle geschäftlichen Daten zu löschen
- Alternativen, z.B.
 - Private Nutzung auf firmeneigenen Geräten regeln
 - AN kauft Gerät, Firma bestimmt Konfiguration

Arbeitsalltag (8) – Verhalten von AN auf Social Media Kanälen



- Auswertung und Problematik der Beweisverwertbarkeit
 - Solange der Arbeitgeber nicht unzulässig in die Privatsphäre des AN eindringt.
- Zulässige Auswertung
 - Öffentliche Posts/Nachrichten. Was ist öffentlich?
 - Keine CH-Rechtsprechung
 - Deutsche Rechtsprechung zu Facebook: Öffentlich sind Posts/Nachrichten, zu denen mehr als 6 «Freunde» Zugang haben
 - Private Posts/Nachrichten, aber nur wenn Arbeitgeber Adressat ist (z.B. Vorgesetzter ist Gruppenmitglied in Chat)



- Vorentwurf DSG (VEDSG)
 - Juristische Personen keine Datensubjekte mehr, nur natürliche Personen sind aktivlegitimiert
 - Straftatbestände, Bussen bis CHF 500'000
 - Pflicht zur DS-Folgeabschätzung (Risikominimierung für betroffene Personen)
 - Kompetenzausweitung des EDÖB
 - Selbstregulierung in der Umsetzung
 - DSG wird strenger; höherer Aufwand
- Etappierung der DSG-Revision (12.01.2018)
 - Teil 1: notwendige Anpassungen ans europäische Recht
 - Teil 2: Totalrevision des DSG
- EU-Datenschutzverordnung tritt am 25.05.18 in kraft



- Anwendbarkeit auf CH-Unternehmen
 - Bei einer Niederlassung/Zweigstelle in der EU
 - Datenbearbeitung findet in der EU statt
 - Datenbearbeitung in der Schweiz für ein europäisches Unternehmen
 - Wenn die Zielgruppe in der EU ist
 - Waren- und Dienstleistungsangebote in der EU
 - Z.B. Online-Handel mit Versand nach Frankreich
 - Z.B. Wegbeschreibung aus EU-Land zum Hotel in CH
 - Datenbearbeitung von Personen mit Wohnsitz in EU
 - Verhaltensbeobachtung innerhalb der EU, Webtracking
 - Schalten von verhaltensbasierter Werbung



**Danke
für Ihr
Interesse!**