Universität
Basel

Juristische
Fakultät

Datenschutz und HR

8. Basler Risikotag, 10. April 2019

Prof. Dr. iur. Kurt Pärli, Lehrstuhl für Soziales Privatrecht

Inhaltsübersicht

I)	Einleitung
II)	Datenschutzrechtliche Spielregeln für HR-Prozesse
III)	Bedeutung der EU-Datenschutzgrundverordnung
IV)	Zusammenfassendes Fazit
V)	Anhang: Literatur- und Rechtsprechungshinweise

I) Einleitung

- HR-Prozesse = Intensive Bearbeitung von Personendaten
- Datenschutz = Persönlichkeits- und Diskriminierungsschutz
- Überwachen von Mitarbeitenden = Datenschutz- und Gesundheitsthema
- Komplexe Rechtsquellenlage
  - Bundesdatenschutzgesetz, Arbeitsvertragsrecht, Arbeitsgesetz
  - Kantonales Datenschutzrecht, kantonales Personalrecht
  - …. DSGVO?

Inhaltsübersicht

I)	Einleitung
II)	Datenschutzrechtliche Spielregeln für HR-Prozesse
III)	Bedeutung der EU-Datenschutzgrundverordnung
IV)	Zusammenfassendes Fazit
V)	Anhang: Literatur- und Rechtsprechungshinweise

II) Datenschutzthemen im Lebenszyklus eines Arbeitsverhältnisses

Bewerbung	Vertragsschluss	Durchführung Arbeitsverhältnis
Eignungs-abklärung durch Arbeitsgeber **Rechtsquellen:** Art. 328b / DSG Kant. Personal- und Datenschutzrecht	Abklärung der Versicherungsfähigkeit (Taggeld, weiter-gehende berufliche Vorsorge) - Datenaustausch Arbeitgeber und Versicherung - Trennung der Datenflüsse **Rechtsquellen:** - OR 328 / 328b - DSG / Kant. Personal- und Datenschutzrecht	Kontrolle & Überwachung der Leistung und des Verhaltens der Arbeitnehmenden - (Un)zulässige Gründe - (Un)zulässige Methoden Interne Untersuchungen Abklärungen Arbeitsfähigkeit / Case Management / Austausch mit Versicherern **Rechtsquellen:** - DSG - OR 328 / 328b - Arbeitsgesetz Art. 6 und Art. 26 Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz - Sozialversicherungsrechtliche Datenschutznormen - Kant. Personal- und Datenschutzrecht

Art. 328b OR – und DSG

Der Arbeitgeber darf Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Im Übrigen gelten die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz.

Anwendungsbereich:

- Bereits im Bewerbungsverfahren (Eignungsabklärung), erforderliche Daten zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses = nach Vertragsabschluss

Zweck und Verhältnis zum DSG:

- Verweis auf DSG lediglich deklaratorisch (das DSG gilt ohnehin)
- Beschränkung der Zulässigkeit der Bearbeitung von Personendaten des Arbeitnehmers

Bearbeitungsprinzipien des DSG (Datenschutzknigge)

- Rechtmässigkeit, Transparenz, Zweckbindung, Verhältnismässigkeit, Datenrichtigkeit und Datensicherheit
- Aktive Mitteilungspflicht bei Persönlichkeitsprofilen/bes. schützenswerten Personendaten, bei der Bekanntgabe besonders schützenswerter Personendaten ist eine ausdrückliche Einwilligung erforderlich, Art. 12 Abs. 2 lit. c DSG
- Einwilligung (Einwilligung nur in den Schranken von Art. 328b OR)

Auskunftsrecht gemäss Art. 8 DSG:

- Nicht anwendbar in hängigen Zivilprozessen (vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG)

Inhaltsübersicht

I)	Einleitung
II)	Datenschutzrechtliche Spielregeln für HR-Prozesse
III)	Bedeutung der EU-Datenschutzgrundverordnung
IV)	Zusammenfassendes Fazit
V)	Anhang: Literatur- und Rechtsprechungshinweise

Zur DSGVO

Die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) ist seit dem 20. Mai 2018 in Kraft. Verordnung = gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat (löst die bisherige Datenschutzrichtlinie ab).

Gegenstand und Ziel der DSGV (Art. 1)

- Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Verkehr solcher Daten
- Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten, insbesondere Recht Schutz personenbezogener Daten

Erleichterter Datenfluss – nicht nur Datenschutz

- Spannungsverhältnis, Grundwiderspruch «Binnenmarkt/Grundrechtsschutz» der DSGVO immanent
- Bedeutung für den arbeitsrechtlichen Datenschutz

Analyse ausgewählter DSGO-Bestimmungen mit Bedeutung für das Arbeitsrecht

Übersicht

1. Die Rechte der Beschäftigten
2. Betrieblicher Datenschutzbeauftragter
3. Automatisierte Entscheidung im Einzelfall und Profiling
4. Datenschutzfolgeabschätzung
5. Einwilligung im Beschäftigungskontext
6. Überwachung von Arbeitnehmenden
7. Sanktionen

1. Die Rechte der Beschäftigten

- Transparenz- und Informationspflichten des Arbeitgebers, Art. 13, 14 DSGVO
- Auskunfts- und Einsichtsrecht der Beschäftigten, Art. 15 DSGVO
- Recht auf Berichtigung, Art. 16 DSGVO
- Recht auf Löschung – Recht auf Vergessenwerden, Art. 17 DSGVO
- Recht auf Einschränkung der Verarbeitung, Art. 18 DSGVO
- Recht auf Datenübertragbarkeit, Art. 20 DSGVO
- Widerspruchsrecht, Art. 21 DSGVO

2. Notwendigkeit eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten

Nach Art. 37 Abs. 1 DSGVO ist unter bestimmten Bedingungen ein betrieblicher Datenschutzbeauftragter zu benennen:

> „(1) Der Verantwortliche und der Auftragsverarbeiter benennen auf jeden Fall einen Datenschutzbeauftragten, wenn […]
> b) die Kerntätigkeit des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters in der Durchführung von Verarbeitungsvorgängen besteht, welche aufgrund ihrer Art, ihres Umfangs und/oder ihrer Zwecke eine umfangreiche regelmäßige und systematische Überwachung von betroffenen Personen erforderlich machen, oder
> c) die Kerntätigkeit des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters in der umfangsreichen Verarbeitung besonderer Kategorien von Daten gemäß Artikel 9 oder von personenbezogenen Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten gemäß Artikel 10 besteht.“

Bedeutung des Begriffs «Kerntätigkeit»?

- Stellungnahme Art. 29 Arbeitsgruppe (z.B. Bearbeitung von Gesundheitsdaten in einem Spital)

3. Art. 22 DSGVO: Automatisierte Entscheidungen im Einzelfall einschliesslich Profiling

Bedeutung im Allgemeinen

- Anspruch, nicht einer ausschliesslich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschliesslich Profiling – beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die eine rechtliche Wirkung entfaltet oder in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt
- Übersetzt: Automatische Ablehnung eines Online-Kreditantrages (Erwägungsgrund 71 DSGVO)

Bedeutung z.B. für online-Assessments im Rahmen von Bewerbungen

- Praxis: Auswertung personen- und persönlichkeitsbezogener Aspekte als Grundlage für eine automatisiert Entscheidung in der Personalselektion
- Zulässig nach Art. 22 DSGVO?
- Beachte auch Art. 22 Abs. 4 DSGVO (besondere Personendaten)

4. Datenschutzfolge-Abschätzung: (K)ein Thema für Betriebe?

Worum geht's?

- Datenverarbeitungsvorgänge, die ein hohes Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen zur Folge haben (Art. 35 Abs. 1 DSGVO)

Hohes Risiko?

- Gemäss Art. 35 Abs. 3 DSGVO gegeben, wenn eine systematische und umfassende Bewertung persönlicher Aspekte der Betroffenen vorgenommen wird ("Profiling"), bei der umfangreichen Verarbeitung von besonderen personenbezogenen Daten im Sinne des Art. 9 DSGVO sowie bei der systematischen Überwachung öffentlich zugänglicher Bereiche.
- In diesen Fällen ist immer eine Datenschutz-Folgenabschätzung durchzuführen
- Hohes Risiko für die Betroffenen kann auch vorliegen, wenn im Rahmen der Datenverarbeitungsprozesse neuartige Technologien verwendet werden (Art. 35 Abs. 1 DSGVO i.V.m. ErwG 89, 91 DSGVO)

Anwendungsfelder im Kontext Arbeitsrecht:

- Einsatz neuer Software zur Analyse von Bewerber/innen
- Compliance-Implementierungssoftware, soweit Arbeitnehmerdaten bearbeitet werden

5. Einwilligung im Beschäftigungskontext

- Einwilligung als Erlaubnisgrundlage für die Datenverarbeitung gilt auch im Beschäftigungsverhältnis
- Einwilligung kann auch mündlich oder konkludent erfolgen, wenn sie nach vorheriger ausreichender Information des Verantwortlichen unmissverständlich erteilt wurde
- Aber, Freiwilligkeit der Einwilligung (Art. 7 Abs. 4 DSGVO)
  - Einwilligender muss echte Wahlmöglichkeit haben („Koppelungsverbot“)
  - Unzulässig: Pauschaleinwilligungen
  - Jederzeitige Widerrufbarkeit

6. Überwachung der Mitarbeitenden

Siehe Art. 88 Abs. 2DSGVGO: «angemessene und besondere Massnahmen zur Transparenz»

- bedeutet, dass die Mitgliedstaaten besonders die Fragen der (offenen und heimlichen) Überwachung der Mitarbeitenden klar regeln müssen (Da die Überwachung Grundrechte betrifft, bedarf es einer ausdrücklichen Regelung in einem Gesetz)
- Wenn die Mitgliedstaaten in ihrem Arbeitsrecht keine solche Bestimmung haben, gelten die Vorgaben nach Art. 23 DSGVO unmittelbar
- Überwachungssysteme fallen auch unter Art. 35 DSGVO (Folgeabschätzung)
- Einwilligung als Rechtfertigung der (offenen) Überwachung und Kontrolle?
  - Siehe Art. 7 Abs. 4 DSGVO – Freiwilligkeit der Einwilligung, siehe die umfangreichen Anforderungen an die Freiwilligigkeit
  - Mitgliedstaaten dürfen NICHT von Art. 7 Abs. 4 DSGVO abweichen
  - Im Ergebnis scheidet die Einwilligung i.d.R. als Ermächtigungsgrundlage für Kontrolle und Überwachung aus

7. Sanktionen

DSGVO verleiht den Aufsichtsbehörden die Kompetenz, selbst **Geldbussen** zu verhängen
Sanktionen müssen **wirksam, verhältnismässig und abschreckend** sind

Sanktionskatalog:
- Mahnungen, Verwarnungen,
- förmliche Bekanntmachungen,
- vorübergehende oder dauerhafte Beschränkungen der Bearbeitung,
- Geldbussen von bis zu 20 Millionen Euro oder 4 Prozent ihres weltweiten Jahresumsatzes
- Zudem: Schadenersatz

Relevanz der DSGVO für Schweizer ArbeitgeberInnen:

- Niederlassung in der EU (Art. 3 Abs. 1 DSGVO)
- Zielmarkt in der EU (Art. 3 Abs. 2 lit. a) DSGVO)
- Verhaltensbeobachtung in der EU (Art. 3 Abs. 2 lit. b) DSGVO)

Anwendbarkeit der DSGVO - Niederlassung

Art. 3 Abs.1 DSGVO

- Niederlassung in der EU («Niederlassung» – weite Auslegung)
- Verarbeitung von Beschäftigungsdaten im Zusammenhang mit dieser Niederlassung («Zusammenhang» nach Einzelfallprüfung)

Bsp. 1: CH-Unternehmen verarbeitet in der CH Beschäftigungsdaten von Angestellten seiner deutschen Niederlassung

Bsp. 2: Verarbeitung von Beschäftigungsdaten innerhalb eines Konzerns (Hauptsitz in CH),z.B. wenn in CH erhobene Beschäftigungsdaten zwingend in EU-Unternehmensgruppe übermittelt werden müssen (bei Matrixstrukturen)

Anwendbarkeit der DSGVO - Niederlassung

Niederlassung des Auftragsdatenverarbeiters

- Niederlassung in der EU («Niederlassung» – weite Auslegung)
- Verarbeitung von Beschäftigungsdaten im Zusammenhang mit dieser Niederlassung («Zusammenhang» nach Einzelfallprüfung)

Bsp. 1: CH-Unternehmen beauftragt CH-Auftragsdatenverarbeiter mit Zweigniederlassung in Irland, wo das Rechenzentrum steht, zur Bearbeitung der Beschäftigungsdaten

(Achtung bei Software-Services von z.B. Microsoft oder SAP, wenn Beauftragung über Schweizer Tochterfirmen)

Anwendbarkeit der DSGVO: Sonstige Konstellationen Auftragsdatenverarbeitung

(1) CH-Unternehmen beauftragt ADV in der EU:

- ADV unterliegt DSGVO
- CH Unternehmen unterliegt nicht der DSGVO
- dennoch: indirekte Anwendung, durch DSGVO-konformes Verhalten des ADV

(2) EU-Unternehmen beauftragt ADV in CH:

- EU Unternehmen unterliegt DSGVO
- CH ADV unterliegt nicht der DSGVO
- dennoch: indirekte Bindung des CH ADV, da Vertrag über ADV sicherstellt, dass europäische Standards eingehalten werden

Anwendbarkeit der DSGVO – Zielmarkt

Keine Niederlassung in der EU -> DSGVO dennoch anwendbar, wenn Zielmarkt in der EU:

- Waren- oder Dienstleistungsangebot *in der EU* (auch kostenfrei)
- **gezielt** an bestimmte Personen *in der EU* (**nicht zwangsläufig EU-Bürger!**)
- Zusammenhang zwischen Datenverarbeitung und Waren- oder Dienstleistungsangebot

Anwendbarkeit der DSGVO - Zielmarkt

Bsp. 1:
CH-Unternehmen verarbeitet Beschäftigungsdaten für die Lohnabrechnung. Ein Grossteil der Mitarbeiter kommt aus D und F und ihnen wird der Lohn auf deutsche bzw. französische Konten ausgezahlt -> DSGVO nicht anwendbar; Lohnzahlung ist keine Waren-und Dienstleistung

Aber: Wenn die Arbeitgeberin für die Reisekosten aufkommt = DSGVO anwendbar

Bsp 2:
CH-Unternehmen bietet ein Online-Bewerbungsportal an, in dem Bewerber die üblichen Bewerbungsunterlagen hochladen können. Die Bewerbungsmöglichkeit richtet sich an sämtliche Bewerber in der EU. Anwendbarkeit der DSGVO hängt davon ab, auf welche Zielgruppe die Bewerbungsmöglichkeit gerichtet ist:
Alt.1: nicht spezifiziert, richtet sich gleichzeitig an CH als auch EU Bewerber ≠ DSGVO
Alt. 2: spezifisch deutsche und österreichische Bewerber werden angesprochen = DSGVO

Anwendbarkeit der DSGVO - Verhaltensbeobachtungen

Keine Niederlassung in der EU -> DSGVO dennoch anwendbar bei Verhaltensbeobachtungen in der EU:

- Beobachtung von Personen *in der EU* (**nicht zwangsläufig EU-Bürger/innen!**)
- Grds. nur Verhaltensbeobachtung im Zusammenhang mit Internetaktivitäten einer Person (EG 24 der DSGVO)
- Tendenz auch zu weiteren Verhaltensbeobachtungen durch andere Technologien (EDPB – Leitlinie)
- Ausschlaggebend: Verhaltensbeobachtung zu einem bestimmten Zweck

Anwendbarkeit der DSGVO - Verhaltensbeobachtungen

Bsp. 1:
CH Unternehmen benutzt Online-Recruitment Software mit der Möglichkeit, gezielt Verhaltensprofile zur Bewerbereignung zu erstellen.
DSGVO ist anwendbar, sofern Verhaltensprofile von Bürgern in der EU erstellt werden.

Bsp 2:
CH Unternehmen führt Verhaltensmonitoring von AN durch
(1) durch GPS-Überwachung in einem Firmenwagen
(2) durch Monitoring von Internetaktivitäten (z.B. Homeoffice eines deutschen Grenzgängers, der zu Hause mit dem unternehmenseigenen Netzwerk verbunden ist)
zu (1): Wenn Überwachung im EU-Raum stattfindet (z.B. Grenzgänger, der mit Firmenwagen nach Hause nach F fährt)- DSGVO wohl anwendbar
Zu (2): DSGVO anwendbar

Allgemeine Konsequenzen für Schweizer Arbeitgeber

- Datenverarbeitung in CH kann zur Anwendbarkeit der DSGVO führen – Niederlassung oder Aktivität im EU-Raum
- EU-Bürgerschaft allein ist kein Anwendungskriterium
- Ernennung eines EU-Vertreters, wenn DSGVO nach Art. 3 Abs. 2 DSGVO anwendbar ist (Anwendbarkeit ohne Niederlassung)
- Bei Anwendbarkeit der DSGVO sollte zusätzlich auch die (ausländische) nationale Gesetzgebung geprüft werden (insbesondere auf Grundlage Art. 88 DSGVO)

Konsequenzen für Recruitment- und Einstellungsprozesse (1)

- Anpassungsbedarf an die DSGVO, wenn

  (1) Gezielt Bewerber/innen aus EU-Mitgliedsstaaten angesprochen werden

  (2) Bewerberprofile von Bewerber/innen aus EU-Mitgliedsstaaten erstellt werden

Hinweis: Wenn die Anwendung der DSGVO nicht gewünscht ist: Stellenausschreibung bzw. Bewerbungsleitlinien sollten so formuliert werden, dass die Herkunft der Zielgruppe neutral bleibt; kein Stelleninserat im EU-Raum, soweit es sich vermeiden lässt

Konsequenzen für Recruitment- und Einstellungsprozesse (2)

Was ist zu beachten?

- **Einwilligung** – hier strenge Anforderungen an Freiwilligkeit; Ausnahmeregelungen nach Art. 6 Abs. 1 b) ff. DSGVO (berechtigtes Interesse) oder über nationale Bestimmungen (Art. 6 II und Art. 88 DSVGO)
- **Zweckbindung**: Datenverarbeitung nur zulässig für den Bewerbungsprozess
- **Grds. keine Verarbeitung von sensiblen Daten**
- **Transparenz** - umfassende Aufklärungspflicht gegenüber den Bewerbern zeitlich **vor** Eingabe der Bewerberdaten, Art. 13 DSGVO
- **Datenminimierung**- keine unbegrenzte Aufbewahrung; Löschung der Daten nach angemessener Zeit

Konsequenzen für laufende Arbeitsverhältnisse: Personalverwaltung

- Lohnabrechnungen für AN mit Wohnort im EU-Raum (insb. Grenzgänger) ≠ DSGVO

  EDPB Leitlinie: Gehaltsmanagement gehört nicht zu «Waren-und Dienstleistungen im Sinne von Art. 3 Abs. 2 lit. a) DSGVO

- Verarbeitung von AN-Daten für Sozialversicherungsabzüge und PK bei AN mit Wohnort im EU-Raum (insb. Grenzgänger) ≠ DSGVO

  - kein sachlicher Anwendungsbereich der DSGVO - Schweizer Sozialversicherungsrecht ist nicht Unionsrecht (Art. 2 Abs. 2 lit. a) DSGVO)
  - Leistungen der Sozialversicherung und Pensionskasse sind keine «Waren-und Dienstleistungen»
  - Denkbare Ausnahme: Gesundheitsprüfungen im EU-Raum, dann ev. Verhaltensmonitoring

Konsequenzen für laufende Arbeitsverhältnisse: Personalverwaltung

Vorsicht bei externen Dienstleistungen zur Personalverwaltung

- Externer Dienstleister ist Auftragsdatenverarbeiter
- Achtung: auch Anbieter einer HR-Software können Auftragsdatenverarbeiter sein (z.B. bei Cloud-basierten Diensten)
- Bindung des Auftragsdatenverarbeiters an die DSGVO wenn Sitz/Niederlassung im EU-Raum
- Vertrag nach Art. 28 DSGVO

Konsequenzen für laufende Arbeitsverhältnisse: Mitarbeitergespräch

Mitarbeitergespräch ist datenschutzrechtlich relevant: auch hier Verarbeitung von personenbezogenen Daten (Erhebung, Aufzeichnung, Dokumentation etc.)

- Gespräch mit EU-AN löst nicht die Anwendbarkeit der DSGVO aus
- Gespräch mit EU-AN oder auch Schweizer AN in einer EU-Niederlassung -> DSGVO
- Weitergabe Gesprächsaufzeichnungen an EU-Niederlassung -> DSGVO

Einwilligung – es sei denn, Ausnahmeregelungen nach Art. 6 Abs. 1 b) ff. DSGVO (berechtigtes Interesse) oder über nationale Bestimmungen (Art. 6 II und Art. 88 DSVGO)

Konsequenzen für laufende Arbeitsverhältnisse: Auskunfts-und Informationsrechte der AN

AN haben Informations-und Auskunftsrechte (Art. 14,15 DSGVO)

- AG muss Informationspflichten **vor** Datenverarbeitung erfüllen
- AG muss jederzeit über Personaldaten umfassend Auskunft geben können
- AG muss für Datensicherheit bzgl. Personalakten sorgen (Schutz vor unberechtigten Inhouse-Zugriffen, erst Recht vor illegalen externen Zugriffen)

Und noch einmal zur Erinnerung …

- **Datenschutz ist Compliance – Risiken müssen vom Arbeitgeber geprüft werden**

- **Verstösse gegen die DSGVO führen zu**
  - Sanktionen: bis zu 20 Mio. EUR oder bis zu 4% des Jahresumsatzes
  - Schadensersatzansprüche von AN bei Schaden durch den Verstoss

… eine reale Bedrohung aus Schweizer Sicht?

- **Gerichtsverfahren durch Betroffene**
  - Art. 79 Abs. 2 DSGVO gibt die Möglichkeit, im EU-Raum Klage zu erheben
- **Aufsichtsbehördliche Untersuchungs-, Durchsetzungs- und Sanktionsverfahren**
  - Aufsichtsbehörden am Ort einer Niederlassung
  - Aufsichtsbehörden am Ort des EU-Vertreters
  - Amtshilfe zwischen Schweizer und EU-Behörden

Inhaltsübersicht

I) Einleitung

II) Datenschutzrechtliche Spielregeln für HR-Prozesse

III) Bedeutung der EU-Datenschutzgrundverordnung

IV) Zusammenfassendes Fazit

V) Anhang: Literatur- und Rechtsprechungshinweise

IV) Zusammenfassendes Fazit

Datenschutz = wichtiges Thema für HR-Prozesse

Für Unternehmen des öffentlichen Verkehrs:
- Ist kantonales Personal- und kantonales Datenschutzrecht anwendbar oder OR und DSG?
- So oder so: Einhalten des Datenschutzknigge
- Bedeutung des Datenschutzes in allen Phasen eines Arbeitsverhältnisses

Bei grenzüberschreitenden Aktivitäten:
- Allenfalls Anwendung der DSGVO

Inhaltsübersicht

I)	Einleitung
II)	Datenschutzrechtliche Spielregeln für HR-Prozesse
III)	Bedeutung der EU-Datenschutzgrundverordnung
IV)	Zusammenfassendes Fazit
V)	Anhang: Literatur- und Rechtsprechungshinweise

Literaturhinweise (1)

Alder, Daniel: E-Mail-Daten am Arbeitsplatz im Fokus von Datenschutz- und Arbeitsrecht, in: Anwaltsrevue S. 276 - 279
Aubert, Gabriel: La communication aux autorités américaines, par des banques, de données personnelles sur leurs employés: aspects de droit du travail, in: SZW 2013 S. 40 - 48
Bettex, Christian: Le cadre légal des enquêtes internes dans les banques et autres grandes entreprises en droit du travail, in: SJ 2013 II S. 157 - 175
Birkhäuser, Nicolas/Hadorn, Marcel: BYOD - Bring Your Own Device, Private Smartphones im geschäftlichen Arbeitsumfeld, in: SJZ 2013 S. 201 - 207
Bracher, Nicolas/Tavor, Eyal I.: Das Auskunftsrecht nach DSG - Inhalt und Einschränkung im Vorfeld eines Zivilprozesses, in: SJZ 2013 S. 45 - 51
Ceregato, Mirco/Müller, Lucien: Das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht: (k)ein Mittel zur Beweisausforschung, in: Jusletter vom 20. August 2012
Datenschutzbeauftragter Kanton Zürich: Merkblatt "Online-Recherchen über Stellenbewerber", Juli 2013
Dunand, Jean-Philippe/Mahon, Pascal (Hrsg.): Internet au travail, Zürich/Basel/Genf 2014
Egli, Hans-Peter: Datenschutz am Arbeitsplatz, in: Entscheide des Arbeitsgerichts ZH 2011 S. 51 - 70
Egli, Urs: Dürfen Stellenbewerber mit Social Media überprüft werden?, in: Schweizer Arbeitgeber 2/2011 S. 22 Plüss, Adrian: Datenlieferungen im Rahmen des sogenannten US-Programms, in: AJP 2015 S. 1360 - 1370

Literaturhinweise (2)

Epiney, Astrid: Zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs des Datenschutzgesetzes des Bundes und der kantonalen Datenschutzgesetze, in: Jusletter vom 2. März 2015
Fritsche, Claudia M.: Interne Untersuchungen in der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2013
Geiser, Thomas: Rechte und Pflichten von Banken und Bankmitgliedern in Verfahren vor Behörden und Gerichten (Datenherausgabe, Unterstützungspflichten, Schadenersatz), in: ZBJV 2016 S. 231 - 260
Geiser, Thomas: Überwachung am Arbeitsplatz, in: digma 2015 S. 50 ff.
Geiser, Thomas: Behördliche und interne Untersuchungen: Die arbeits- und datenschutzrechtlichen Rahmenbedingungen, in: Banken zwischen Strafrecht und Aufsichtsrecht, Bern 2014, S. 165 ff.
Godenzi, Gunhild: Strafuntersuchung gegen Mitarbeitende - was darf und was muss der öffentliche Arbeitgeber tun?, in: Jusletter vom 16. Februar 2015
Hochstrasser, Robert: Gesundheitsdaten, Sorgfaltspflichten der Vorsorgeeinrichtungen, in: Schweizer Personalvorsorge 5/2013 S. 40 - 43
Horschik, Matthias: Datenschutz und Einsatz von Privatdetektiven in der Sozial- und Privatversicherung, in: Datenschutz im Arbeits-, Versicherungs- und Sozialbereich: Aktuelle Herausforderungen, Kieser, Ueli/Pärli, Kurt (Hrsg.), St. Gallen 2012, S. 81 ff.
Hugentobler, Markus: Arbeitgeberschreck Gesundheitscheck, in: AJP 2013 S. 1142 - 1152
Husi-Stämpfli, Sandra: Grundrechtsschutz versus Informationsaustausch, (K)ein unlösbares Spannungsverhältnis, in: Schweizer Personalvorsorge 5/2013 S. 33 - 39
Jermann, Andreas: Die Verwendung von Bildern von Mitarbeitern durch den Arbeitgeber, in: TREX 4/2014 S. 230 - 235

Literaturhinweise (3)

Michlig, Matthias: Bankgeheimnisverletzung (Art. 47 BankG) unter dem Aspekt der Lieferung von Personendaten ans U.S. Department of Justice, in: AJP 2014 S. 1056 - 1062
Ordolli, Geneviève: Intranet et internet dans les rapports collectifs de travail, Genf 2013
Österreicher Spaniol, Gudrun: Unternehmensinterne Untersuchungen, in: Anwaltsrevue 2013 S. 279 - 283
Pärli, Kurt: Evaluieren, kontrollieren, überwachen: Datenschutz in Arbeitsverhältnissen, in: Datenschutz im Arbeits-, Versicherungs- und Sozialbereich: Aktuelle Herausforderungen, Kieser, Ueli/Pärli, Kurt (Hrsg.), St. Gallen 2012, S. 29 ff.
Pärli, Kurt: Die Bearbeitung von Arbeitnehmerpersonendaten durch den Arbeitgeber im Interesse von Sozial- und Privatversicherungen, in: Riemer-Kafka (Hrsg.), Sozialversicherung: Von der Wiege bis zur Bahre, Zürich, 2016, S. 52-77.
Pärli, Kurt: Art. 328b OR, in: Bäriswyl/Pärli (Hrsg.), Handkommentar zum DSG, Bern 2015.
Pirrotta, Jean/Moullet, Céline: Vorsorgeeinrichtungen und Arbeitgeber, Rechte und Pflichten, in: Schweizer Personalvorsorge 5/2013 S. 60 - 65
Plüss, Adrian: Datenlieferungen im Rahmen des sogenannten US-Programms, in: AJP 2015 S. 1360 - 1370
Portmann, Armand: Phishing: Mitarbeiter auf dem Prüfstand, in: digma 1/2016 S. 30 - 33
Prieur, Yvonne: Welches Datenschutzrecht ist für Spitäler als Arbeitgeber anwendbar? Beispiel: Kanton Bern, in: Jusletter vom 18. Mai 2015
Probst, Thomas: Die unbestimmte "Bestimmbarkeit" der von Daten betroffenen Personen im Datenschutzrecht, in: AJP 2013 S. 1423 - 1436

Literaturhinweise (4)

Pärli, Kurt: Evaluieren, kontrollieren, überwachen: Datenschutz in Arbeitsverhältnissen, in: Datenschutz im Arbeits-, Versicherungs- und Sozialbereich: Aktuelle Herausforderungen, Kieser, Ueli/Pärli, Kurt (Hrsg.), St. Gallen 2012, S. 29 ff.
Pärli, Kurt: Die Bearbeitung von Arbeitnehmerpersonendaten durch den Arbeitgeber im Interesse von Sozial- und Privatversicherungen, in: Riemer-Kafka (Hrsg.), Sozialversicherung: Von der Wiege bis zur Bahre, Zürich, 2016, S. 52-77.
Pärli, Kurt: Art. 328b OR, in: Bäriswyl/Pärli (Hrsg.), Handkommentar zum DSG, Bern 2015.
Pirrotta, Jean/Moullet, Céline: Vorsorgeeinrichtungen und Arbeitgeber, Rechte und Pflichten, in: Schweizer Personalvorsorge 5/2013 S. 60 - 65
Plüss, Adrian: Datenlieferungen im Rahmen des sogenannten US-Programms, in: AJP 2015 S. 1360 - 1370
Portmann, Armand: Phishing: Mitarbeiter auf dem Prüfstand, in: digma 1/2016 S. 30 - 33
Romerio, Flavio/Bazzani, Claudio (Hrsg.): Interne und regulatorische Untersuchungen, Zürich 2015
Rudolph, Roger: Das Recht des Arbeitnehmers auf Einsicht in sein Personaldossier, in: AJP 2014 S. 1672 - 1683
Staffelbach, Oliver/ Tramontano, Christine: Wem gehören Social Media Accounts?, in: Computerworld 17/2012 S. 32
Stutz, Michèle/Geiger-Steiner, Alexandra: Arbeitsrechtliche Fragen rund um Social Media, in: Anwaltsrevue 2013 S. 212 - 216
Tester, Marisa: Video- und GPS-Überwachung von Arbeitnehmenden, in: Jusletter vom 24. September 2012 Zimmermann, Anita/Pärli, Kurt: Whistleblowing und Datenschutz, in: digma 1/2016 S. 18 - 25

Einschlägige EuGH-Rechtsprechung

Grundrechtecharta, Datenschutz-RL 95/46/EG

- EuGH v. 13.05.2015, Rs C-131/12, Google (Recht auf Löschung von Google – Einträgen, nun auch kodifiziert in der DSGVO)
- EuGH v. 06.10.2015 - C-362/14, Digital Rights (Datenlieferung in die USA, Safe Harbor Abkommen ungenügend)
- EuGH v. 14.11.2017, Rs C-498/16, Schrems, Facebook (Schlussanträge Generalanwalt, Hr. Schrems kann Facebook Irland in Österreich einklagen)
- EuGH v. 01.10.2015, Rs C-230/14, Weltimmo (Ausführungen zum Begriff der Niederlassung, bedeutsam auch für die Auslegung der DSGVO!)
- EuGH v. 24.11.2011, Rs C-468/10, C-469/10, ASNEEF (Schranken der Autonomie der Mitgliedstaaten i.S. Datenschutz (relevant für die Auslegung von Art. 88 DSGVO)

Einschlägige EGMR-Rechtsprechung

Art. 8 EMRK: Schutz des Privat- und Familienlebens, Schutz der Korrespondenz

- Wegweisend: EGMR-Entscheidung Niemitz ./. Deutschland (1992), Berufsleben fällt in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK
- Halford ./. Grossbritannien (1997), private Telefongespräche am Arbeitsplatz sind geschützt (berechtigte «privacy»-Erwartung)
- Copland ./. Grossbritannien (2007), E-Mail-Überwachung bei einem staatlichen Arbeitgeber erfordert eine gesetzliche Grundlage
- Köpke ./. Deutschland (2010), Videoüberwachung am Arbeitsplatz fällt in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK (im konkreten Fall war aber die Überwachung zulässig)
- Vukota ./. Schweiz (2017), Genaue gesetzliche Grundlage für die Überwachung von Sozialversicherten notwendig
- Barbelescu ./. Rumänien (2017), Überwachung von Arbeitnehmenden mangels Vorhersehbarkeit (Transparenz) unzulässig

Bedeutung für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse?

- Art. 1 EMRK, Schutzpflichten des Staates

Bedeutung der EuGH- und EGMR-Entscheide für die DSGVO

EGMR-Entscheide:

- Bindend für alle Europaratsmitglieder (also auch für alle EU-Staaten), somit bindend für die Schweiz
- Art. 6 Abs. 3 Vertrags der Europäischen Union EUV: Grundrechte der EMRK sind allgemeine Rechtsgrundsätze des EU-Rechts
- Art. 52 Abs. 3 Grundrechtecharta der EU (Gleiche Bedeutung der EMRK-Rechte für die Rechte der Grundrechtecharta)

EuGH-Entscheide:

- Bindend für alle EU-Mitgliedstaaten

DSGVO:

- Bindend für die EU-Staaten
- Bindend für die EWR-Staaten Norwegen, Liechtenstein, Island, sobald die notwendigen Beschlüsse gefasst sind (DSGVO = Text mit Bedeutung für den EWR)
- Nicht bindend für (in der) die Schweiz

Schweizerische Gerichtspraxis zum Datenschutz

BGE 122 V 267

- Tragweite des Persönlichkeitsschutzes einer Stellenbewerberin

Bger v. 30.06.2008, 2C_103/2008

- unzulässige Fragen nach Form der Empfängnisverhütung an Auszubildende (u.a.: Grenzen von „Tendenzfragen“ in Tendenzbetrieben)

BVGer v. 14.01.2009, A-8028/2008

- Unzulässigkeit eines Informationsdienstes mit umfassenden Bonitätsauskünften und weiteren Informationen über das persönliche Umfeld von Stellenbewerbenden

Urteil der Eidg. Datenschutzkommission vom 29. August 2003

- Widerrechtliche Drogentests während der Lehre (Unzulässige vertragliche Verpflichtung dazu)

Empfehlung des EDÖB zu Drogentests der SBB vom 25. Mai 2007

Gerichtspraxis zur Überwachung von Arbeitnehmenden

Grundlagen:

- Verhaltensüberwachung ist unzulässig (Art. 26 Abs. 1 ArGV 3)
- Überwachung aus den Gründen „Sicherheit“ oder „Produktionssteuerung“ ist zulässig in den Schranken von Art. 26 Abs. 2 ArGV 3
- Mitsprache der Arbeitnehmenden **(Art. 5 und 6 ArGV 3)**
- Einhaltung Vorschriften des DSG

Gerichtspraxis:

- BGE 130 II 425, GPS im Aussendienst
- BGer 6B_536/2009, Video-Überwachung zum Ersten
- BGer 9C_785/2010, Video-Überwachung zum Zweiten
- BGE 139 II 7, Spysoftware
- BGer 8C_79/2016, fristlose Entlassung nach Besuch pornographischer Webseiten rechtmässig (trotz Fehler bei der Vornahme der Überwachung)

Praxisanleitungen

EDÖB:

- Erläuterungen zur Videoüberwachung am Arbeitsplatz
  http://www.edoeb.admin.ch/themen/00794/00800/00911/index.html?lang=de

SECO:

- Wegleitung des seco zu Art. 26 ArGV 3
  https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Arbeitsgesetz-und-Verordnungen/Wegleitungen/wegleitung-zur-argv-3.html