ADVOKATUR
FANGER

Schweizer Datenschutzrevision und ihre Auswirkungen:

HR Analytics und revidiertes Schweizer Datenschutzgesetz (revDSG)

RA Dr. Reto Fanger

ADVOKATUR FANGER Luzern

Swiss HR Analytics – 2. SHRA Präsenzveranstaltung Olten – Workshop 3

Mittwoch, 28. Juni 2023, 17.40–18.40 Uhr

ADVOKATUR FANGER

AGENDA

- Was bisher geschah…und unverändert bleibt
- Änderungen im revDSG für HR Analytics
- Q&A / Diskussion

ADVOKATUR
FANGER

Was bisher geschah…

und unverändert bleibt

Was bisher geschah….und unverändert bleibt

ADVOKATUR FANGER

Art. 328b OR (Arbeitsvertragsrecht)

- Der Arbeitgeber darf Daten über die Arbeitnehmenden nur bearbeiten, soweit sie deren ***Eignung für*** das ***Arbeitsverhältnis*** betreffen (Recruiting) oder zur ***Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich*** sind
- Einseitig zwingende Bestimmung gemäss Art. 362 Abs. 1 OR (nicht zu Ungunsten der Arbeitnehmenden abänderbar; Verbesserungen zu Gunsten der Arbeitnehmenden sind zulässig)
- Datenschutzrechtliche Spezialbestimmung => geht dem DSG wie künftig auch dem revDSG vor (Vorrang [datenschutz-]rechtlicher Spezialregelungen vor allgemeinen Regelungen => Subsidiarität DSG / revDSG

Was bisher geschah….und unverändert bleibt

ADVOKATUR FANGER

Art. 26 Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (ArGV 3)

- Die ArGV 3 dient dem Schutz der Arbeitnehmenden vor Überwachungs- und Kontrollsystemen
- Überwachungs- und Kontrollsystem => alle technischen Systeme (optisch, akustisch, elektronisch etc.), mit welchen Daten über das Verhalten von Arbeitnehmenden erfasst werden können
- Nach Art. 26 Abs. 1 ArGV 3 dürfen Überwachungs- und Kontrollsysteme nicht eingesetzt werden, die das Verhalten der Arbeitnehmenden am Arbeitsplatz überwachen sollen
- Verhaltensüberwachung => umfasst jegliche Überwachung, die eine ständige (ununterbrochene) oder nicht ständige (kurzzeitig periodische oder stichprobenmässige) Kontrolle bestimmter Aktivitäten der Arbeitnehmenden in detaillierter Form ermöglicht
- Zulässig ist ein technisches Überwachungs- und Kontrollsystem nur aus Gründen der Sicherheits-, Qualitäts- oder Leistungsüberwachung (=> so auszugestalten, dass Gesundheit & Bewegungsfreiheit der MA gewährleistet)

Was bisher geschah….und unverändert bleibt

ADVOKATUR FANGER

Datenschutzgrundsätze Art. 6 revDSG

- Rechtmässigkeit (Abs. 1)
- Treu und Glauben sowie Verhältnismässigkeit [Zweckeignung] (Abs. 2)
- Zweckbindung, Erkennbarkeit und Zweckvereinbarkeit (Abs. 3)
- Dauer und Aufbewahrung von Personendaten (Abs. 4)
- Datenrichtigkeit (Abs. 5)

ADVOKATUR
FANGER

Änderungen im revDSG

für HR-Analytics

Änderungen HR-Analytics – Überblick (1/2)

ADVOKATUR FANGER

Profiling / Profiling mit hohem Risiko 01

Automatisierte Einzelentscheidung 02

Verzeichnis Bearbeitungs-tätigkeiten 03

Datenschutzerklärung 04

Auftragsbearbeitung 05

Datensicherheit 06

Änderungen HR-Analytics – Überblick (2/2)

ADVOKATUR FANGER

Privacy by Design & Privacy by Default

07

Datenschutz-Folgenabschätzung

08

Betroffenenrechte

09

Sanktionen

10

Änderungen für HR-Analytics

ADVOKATUR FANGER

01: Profiling / Profiling mit hohem Risiko (1/2)

- **«Normales» Profiling:** «…je Art der *automatisierten Bearbeitung*, die darin besteht, dass diese Daten verwendet werden, um bestimmte *persönliche Aspekte*, die sich auf eine *natürliche Person* beziehen, zu *bewerten*, insbesondere um Aspekte bezüglich Arbeitsleistung, wirtschaftlicher Lage, Gesundheit, persönlicher Vorlieben, Interessen, Zuverlässigkeit, Verhalten, Aufenthaltsort oder Ortswechsel dieser natürlichen Person zu *analysieren* oder *vorherzusagen*.»
- **Profiling mit hohem Risiko:** «Profiling, das ein *hohes Risiko* für die *Persönlichkeit* oder die *Grundrechte der betroffenen Person* mit sich bringt, indem es zu einer Verknüpfung von Daten führt, die eine Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit einer natürlichen Person erlaubt.»

Änderungen für HR-Analytics

ADVOKATUR FANGER

01: Profiling (2/2)

- **Profiling** => *Datenbearbeitungsprozess*, dynamischer *Vorgang*
- **Nicht identisch** mit ***Persönlichkeitsprofil*** des aktuellen Rechts (= *Ergebnis* Datenbearbeitung)
- Profiling weiterhin ***meistens ohne Einwilligung*** erlaubt
- Ist bei Profiling mit hohem Risiko die ***Einwilligung*** **erforderlich**, muss diese ***ausdrücklich*** erteilt worden sein

Änderungen für HR-Analytics

ADVOKATUR FANGER

02: Automatisierte Einzelentscheidung: Informationspflicht

- **Automatisierte Einzelentscheidung:** Entscheidung, die ausschliesslich mit automatisierten Methoden getroffen wurde, sofern mit Rechtsfolgen für betroffene Person verbunden oder diese erheblich davon beeinträchtigt wird
- **Anforderungen:** *Information* betroffene Person, Möglichkeit einräumen, *Standpunkt darzulegen*, *Entscheidung* auf Verlangen betroffene Person durch *natürliche Person geprüft* werden
- Allfällige Verstösse sind strafbewehrt
- **Ausnahmen:** Unmittelbarere Zusammenhang mit *Abschluss oder Abwicklung eines Vertrags* oder bei *Einwilligung* betroffen Person
- **Empfehlung:** Prüfung, ob im Unternehmen automatisierte Einzelentscheidungen gefällt werden

Änderungen für HR-Analytics

ADVOKATUR FANGER

03: Verzeichnis Bearbeitungstätigkeiten

- Ersetzt Meldepflicht für Datensammlungen
- **Neu:** *Alle Datenbearbeitungen* müssen dokumentiert werden
- *Schriftliche Darstellung* der *wesentlichen Informationen* zu allen Datenbearbeitungen des Verantwortlichen oder Auftragsbearbeiters.
- *Keine Beschreibung einzelner Bearbeitungsschritte* erforderlich
- **Auftragsbearbeiter:** Verkürztes Verzeichnis
- Unternehmen mit **weniger als 250 Mitarbeitenden** müssen **keine Verzeichnisse** erstellen, wenn ihre Datenbearbeitungen **nur ein geringes Risiko für die betroffenen Personen** haben.

Änderungen für HR-Analytics

ADVOKATUR FANGER

03: Verzeichnis des Verantwortlichen => Mindestinhalt

- **Gleich** (analog Meldepflicht Datensammlungen):
  - *Identität* (Name, Adresse)
  - *Bearbeitungszweck*
  - *Kategorien der betroffenen Personen* (Arbeitnehmer und Kunden)
  - *Kategorien der bearbeiteten Personendaten*
  - *Kategorien der Empfängerinnen und Empfänger* (z.B. Sozialversicherungen, Aufsichtsbehörden, Vereine, Auftragsbearbeiter)

- **Neu**:
  - *Aufbewahrungsdauer* (falls möglich; sonst mind. Kriterien zur Bestimmung Aufbewahrungsdauer)
  - Allgemeine Beschreibungen *Datensicherheitsmassnahmen* (wenn möglich)
  - Bei *Auslandbekanntgabe*: Angabe des *Staates*, *Garantien* nach revDSG 16II

Änderungen für HR-Analytics

ADVOKATUR FANGER

03: Verzeichnis Auftragsbearbeiter => Mindestinhalt

- *Identität des Auftragsbearbeiters* (Name, Adresse)
- *Identität jedes Verantwortlichen* (Name, Adresse), für den die Bearbeitungen erfolgen
- *Kategorien von Bearbeitungen*, die für den Verantwortlichen durchgeführt werden
- Allgemeine Beschreibung der *Datensicherheitsmassnahmen* (wenn möglich)
- Bei *Auslandbekanntgabe*: Angabe des *Staates* und der *Garantien* nach revDSG 16II

Änderungen für HR-Analytics

ADVOKATUR FANGER

04: Datenschutzerklärung (1/2)

- **Neu:** Verantwortliche müssen *betroffene Personen informieren*, wenn sie *Personendaten erheben* (Erhebung bei der betroffenen Person selbst oder bei Dritten)
- Allfällige Verstösse sind strafbewehrt
- **Bisher:** *Nur Informationspflicht* für Beschaffung (Bearbeitung) von *besonders schützenswerten Personendaten* oder *Persönlichkeitsprofilen*.
- **Ausweitung der Informationspflicht auf alle Personendaten** => erheblicher Mehraufwand für Unternehmen
- Umfangreiche **Ausnahmeregelungen**

Änderungen für HR-Analytics

ADVOKATUR FANGER

04: Datenschutzerklärung (2/2)

- **Mindestinformationen**
  - *Name und Kontaktdaten* Verantwortlicher
  - *Bearbeitungszweck*
  - *Empfänger*
  - *Kategorien* der bearbeiteten Personendaten
  - *Datenübermittlung ins Ausland*: das *Land* und bei Übermittlung an Land ohne angemessenen Datenschutz die *Massnahmen zur Gewährleistung des angemessenen Datenschutzes*
- **Keine** gesetzlichen **Anforderungen** an **Form** der Information => Datenschutzerklärung, Website ausreichend
- **Mehrstufigkeit Information:** Allgemeine Information mit Link zur Vertiefung

Änderungen für HR-Analytics

ADVOKATUR FANGER

05: Auftragsbearbeitung

- **Anforderungen** an Auslagerung Datenbearbeitung bleiben **im Wesentlichen gleich**
- **Verantwortlicher** muss **sicherstellen**, dass
  - *keine Geheimhaltungspflichten verletzt* werden
  - *Auftragsbearbeiter* die *Daten nur so bearbeitet, wie er selbst es darf* (keine Zweckänderung)
  - *Auftragsbearbeiter* die *Datensicherheit* gewährleistet
- **Schriftlicher Vertrag:** nicht zwingend vorgesehen, aber *zu empfehlen* => Vereinbarung der *Zweckbindung*, *Kontrollrechte* sowie *technische und organisatorischen Massnahmen* zur Gewährleistung der Datensicherheit
- **Beizug Subunternehmer:** neu benötigt Auftragsbearbeiter *zwingend Einwilligung des Verantwortlichen*
- **Verletzung** der Vorschriften neu mit **Strafe** bedroht

Änderungen für HR-Analytics

ADVOKATUR FANGER

06: Datensicherheit

- **Personendaten** müssen durch **angemessene technische und organisatorische Massnahmen (TOM)** geschützt werden. Die Angemessenheit der Massnahmen bestimmt sich insbesondere nach dem Risiko für die betroffenen Personen, dem Stand der Technik und den Kosten.
- **Datenbearbeitungen und IT-Systeme** sollen so gestaltet werden, dass die datenschutzrechtlichen Grundsätze eingehalten werden können.
- **TOMs** müssen *periodisch geprüft* und *falls notwendig ersetzt* werden (steigende Anforderungen mit weitergehender technischer Entwicklung)

Änderungen für HR-Analytics

ADVOKATUR FANGER

07: Privacy by Desgin & by Default

- **Need-to-know-Prinzip:** Bearbeitung auf das *Notwendige*, das tatsächlich *Erforderliche* beschränkt
- **Vernichtung/Anonymisierung** von Personendaten, sobald für Bearbeitungszweck nicht mehr erforderlich
- **Privacy by Design:** Neu eingeführter Grundsatz, wonach *Systeme* zur Datenbearbeitung *technisch und organisatorisch so auszugestalten* sind, dass sie insbesondere dem Grundsatz der *Datenminimierung* entsprechen. Ausserdem müssen Systeme datenschutzfreundlich Voreinstellungen aufweisen (Privacy by Default)
- **Datenminimierung** => Datenbearbeitung wird bereits von Beginn weg so angelegt, dass *möglichst wenige Daten anfallen und bearbeitet* werden oder dass Daten *nur möglichst kurze Zeit aufbewahrt* werden <= Widerspruch zu Big Data, Data Science, Data Analytics (sofern sich diese auf Personendatendaten bezieht)

ADVOKATUR FANGER

08: Datenschutz-Folgenabschätzung (DSFA) [1/4]

- **Grundsätze:** Der Verantwortliche erstellt *vorgängig* eine DSFA, wenn eine *Bearbeitung ein hohes R*isiko für die *Persönlichkeit* oder die *Grundrechte der betroffenen Personen* mit sich bringen kann.
- **Mehrere ähnliche Datenbearbeitungsvorgänge:** Eine DSFA kann erstellt werden
- **Hohes Risiko:**
    - Berücksichtigung von *Art, Umfang, Umständen und Zweck* der Datenbearbeitung
    - *Immer* ein *hohes Risiko* => umfangreiche Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten, Profiling mit hohem Risiko und bei systematischer umfangreicher Überwachung öffentlicher Bereiche

ADVOKATUR FANGER

08: Datenschutz-Folgenabschätzung (DSFA): Vorgehen [2/4]

- **Stufe 1:** Klärung, ob Bearbeitung ein hohes Risiko für Persönlichkeit oder Grundrechte betroffene Personen
- **Stufe 2:** Durchführung DSFA
  - Beschreibung Datenbearbeitung
  - Bewertung Risiken
  - Massnahmen zur Reduktion Risiken
- **Stufe 3:** Konsultation EDÖB oder des Datenschutzberaters, falls trotz ergriffener Massnahmen weiterhin ein hohes Risiko

ADVOKATUR FANGER

08: Datenschutz-Folgenabschätzung (DSFA): Konsultation des EDÖB [3/4]

- **Konsultationspflicht**, falls trotz der ergriffenen Massnahmen ein hohes Risiko für die betroffenen Personen bleibt
- **EDÖB:**
  - Nimmt innerhalb *2 Monaten Stellung* (Verlängerung auf 3 Monate möglich)
  - Kann *Massnahmen vorschlagen*, falls Einwände gegen geplante Datenbearbeitung (gegen Gebühr)
- **Ausnahme von Konsultationspflicht:** Falls DSFA Datenschutzberater/-in vorgelegt wurde

ADVOKATUR FANGER

08: Datenschutz-Folgenabschätzung (DSFA): Auswirkungen Praxis [4/4]

- Durchführung im Hinblick auf **präventive datenschutzrechtlicher Prüfung** geplanter Datenbearbeitungen sinnvoll
- **Definition hohes Risiko:** Ausschlaggebend für Umfang des Aufwandes für Unternehmen mit DSFA
- **Dokumentierung:** Nicht nur Durchführung, sondern *bereits Klärung* der Durchführung und *Ergebnis dieser Prüfung* (Schwellwertanalyse)
- **Form der Dokumentation:** *Keine besonderen Anforderungen*; sowohl physisch wie elektronisch zulässig

Änderungen für HR-Analytics

ADVOKATUR FANGER

09: Betroffenenrechte: Übersicht

- **Betroffenenrechte:** Können gegenüber dem Unternehmen geltend gemacht und müssen von diesem erfüllt werden. Nicht neu, aber allfällige Verstösse sind neu strafbewehrt.
- **Auskunftsrecht:** Information, *ob* das Unternehmen *Daten über die auskunftssuchende Person bearbeitet*. Muss *innert 30 Tagen beantw*ortet werden.
- **Berichtigungsrecht:** Gibt betroffenen Personen die Möglichkeit, die *Berichtigung von falschen Personendaten* zu verlangen.
- **Löschrecht/-pflicht:** Personendaten, die *nicht mehr benötigt* werden und für deren Bearbeitung *kein Rechtfertigungsgrund* nachgewiesen werden kann, müssen vom Unternehmen gelöscht werden.
- **IT-Systeme:** Müssen eine *(kontrollierte) Berichtigung und Löschung* von Daten sowie eine *Abfrage* der bearbeiteten Personendaten ermöglichen

Änderungen für HR-Analytics

ADVOKATUR FANGER

09: Betroffenenrechte: Auskunftsrecht

- **Alle Informationen**, die erforderlich sind, damit betroffene Person ihre **Rechte nach dem Gesetz geltend machen** kann und eine **transparente Datenbearbeitung gewährleistet** ist. Allfällige Verstösse sind strafbewehrt

- Mindestangaben:
    - Identität und Kontaktdaten des Verantwortlichen
    - Bearbeitete Personendaten
    - Bearbeitungszweck
    - Aufbewahrungsdauer
    - Verfügbare Angaben über Herkunft der Personendaten
    - Vorliegen einer automatisierten Einzelentscheidung sowie Entscheidlogik (sofern Rechtsfolge oder erhebliche Beeinträchtigung)
    - Empfänger bzw. Kategorien der Empfänger

Änderungen für HR-Analytics

ADVOKATUR FANGER

09: Betroffenenrechte: Lösch- und Berichtigungsrecht

- **Löschung/Berichtigung:** Können Betroffene vom Verantwortlichen verlangen
- **Ausnahmen:** Falls gesetzlich Vorschrift eine Änderung (Berichtigung/Löschung) verbietet (sog. Legal Hold) oder Personendaten im öffentlichen Interesse bearbeitet werden.
- **Kein bedingungsloses Recht auf Vergessenwerden** => Bei ausreichendem Rechtfertigungsgrund muss Verantwortliche Daten nicht löschen
- Daten sind **korrekt gelöscht**, wenn sie **nicht ohne unverhältnismässigen Aufwand wiederhergestellt** werden können.

Änderungen für HR-Analytics

ADVOKATUR FANGER

09: Betroffenenrechte: Datenherausgabe / -übertragung

- **Herausgabe Personendaten:** Kann von jeder betroffenen Person verlangt werden (in gängigem elektronischen Format), falls
  - Daten von Verantwortlichen automatisiert bearbeitet und
  - Daten mit Einwilligung der betroffenen Person oder in unmittelbarem Zusammenhang mit Abschluss oder Abwicklung eines Vertrages zwischen Verantwortlichem und betroffener Person bearbeitet wurden
- Betroffene Person kann zusätzlich Übertragung der Personendaten an einen anderen Verantwortlichen verlangen, sofern Voraussetzungen erfüllt sind und kein übermässiger Aufwand erforderlich.
- **Anwendbarkeit** dieser sog. **Datenportabilität** noch unklar, da sehr offen formuliert

Änderungen für HR-Analytics

ADVOKATUR FANGER

09: Sanktionen

- **Verwaltungsmassnahmen:** EDÖB => Datenschutzverletzungen
  - Anpassung, Unterbruch, Abbruch Datenbearbeitung
  - Ganze oder teilweise Löschung oder Vernichtung Daten

- **Geldbussen:** kantonale Staatsanwaltschaften
  - bis max. CHF 250’000
  - Gegenüber private Person (nicht Unternehmen)
  - Deliktskatalog, Verletzung von
    - Informations-, Auskunfts- und Mitwirkungspflichten
    - Sorgfaltspflichten
    - Berufliche Schweigepflicht
    - Missachten von Verfügungen
    - Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben

Q&A / Diskussion

?

ADVOKATUR
FANGER

ADVOKATUR
FANGER

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Reto Fanger

Dr. iur. Rechtsanwalt
Datenschutzexperte

Sempacherstrasse 5, CH-6002 Luzern

reto.fanger@advokatur-fanger.ch

+41 41 500 07 05