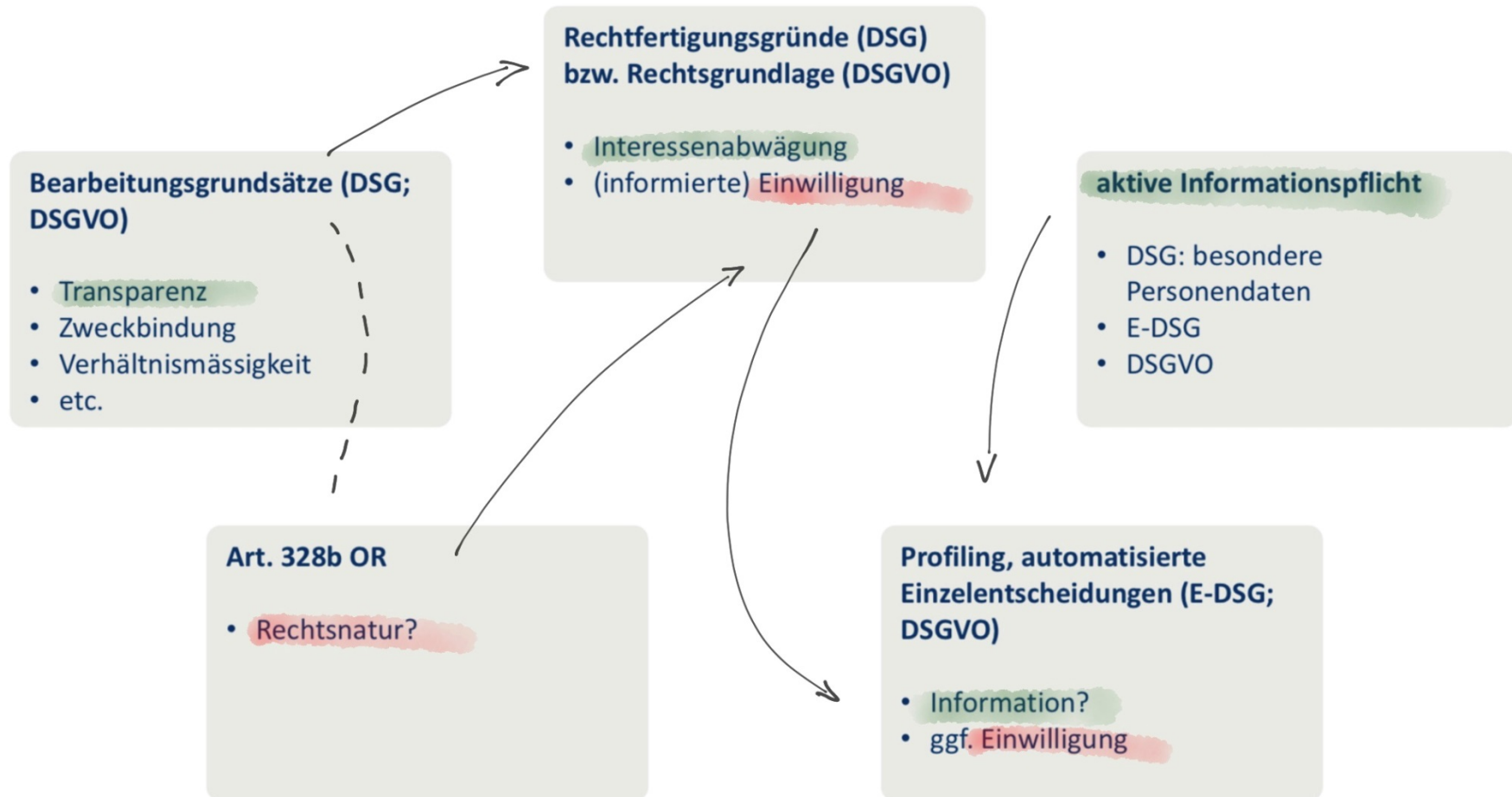

Information und Einwilligung bei HR Analytics

16. Oktober 2018

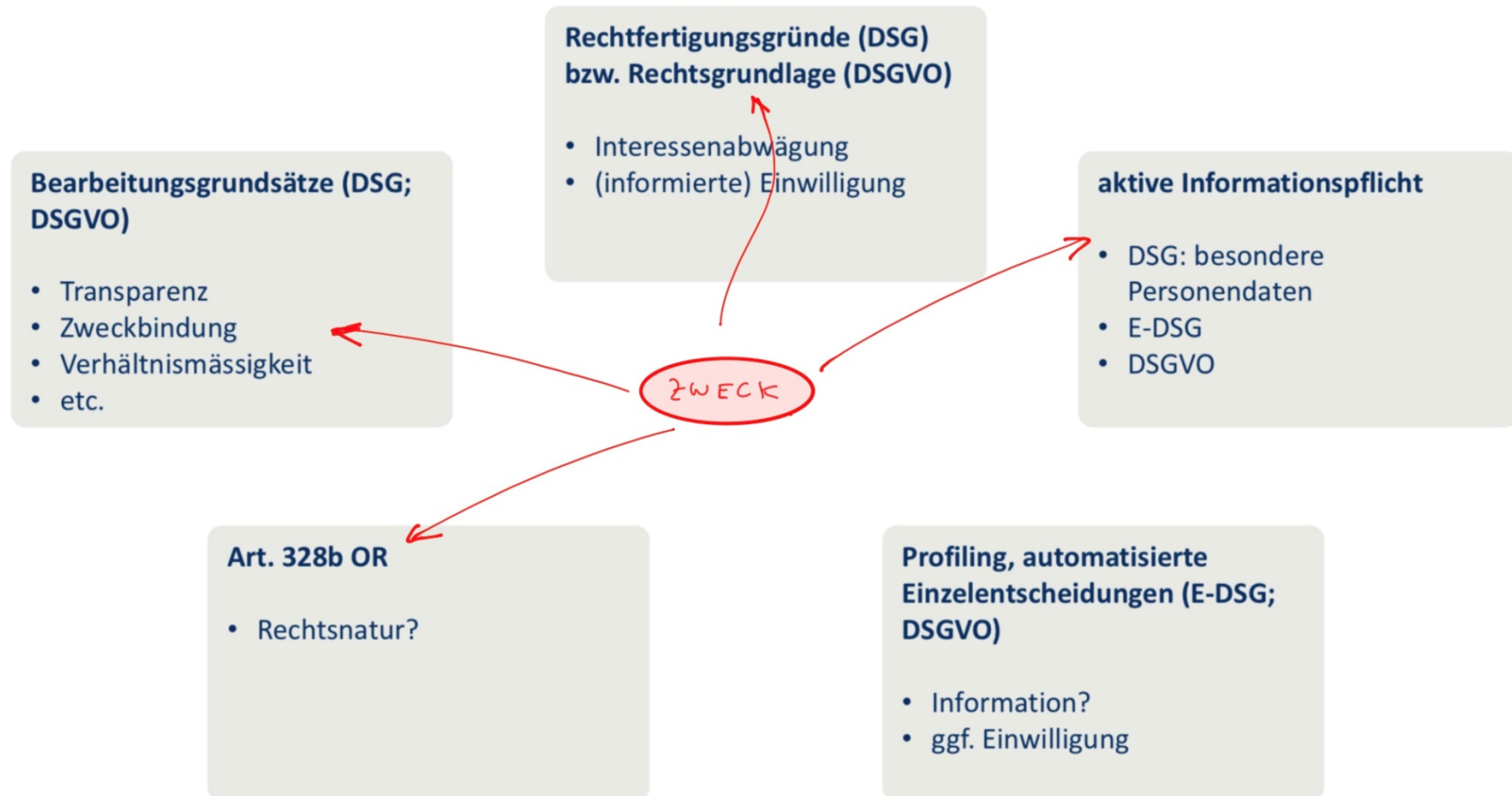
Referent: David Vasella (Counsel, Walder Wyss)
Korreferent: David Rosenthal (Konsulent, Homburger)

walderwyss rechtsanwälte

Information und Einwilligung



Anknüpfung i.d.R. am «Zweck» der Bearbeitung



«HR Analytics» als Bearbeitungsmittel, nicht -Zweck

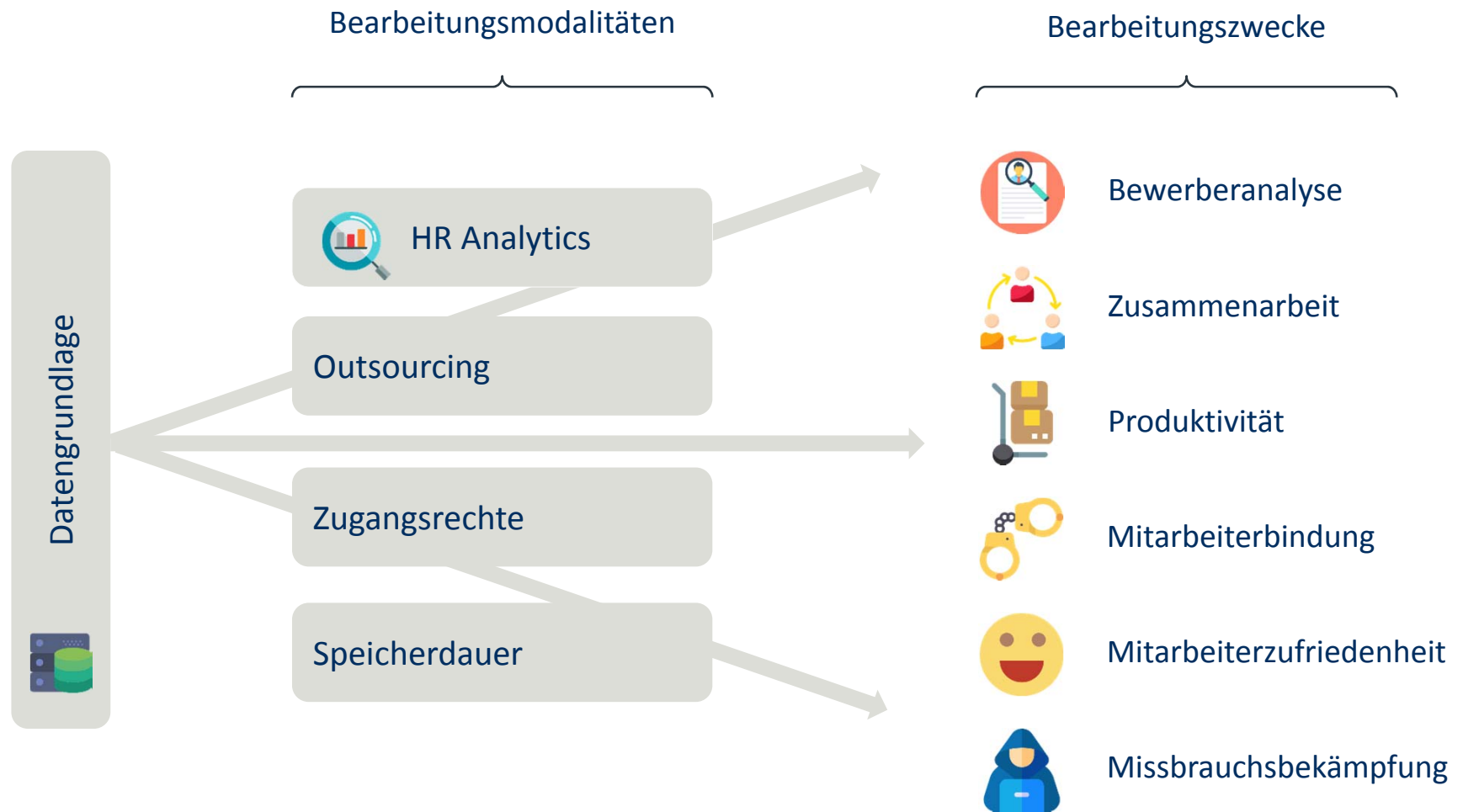
Bedeutung des «Zwecks»:

- Information, Zweckbindung, Richtigkeit, Verhältnismässigkeit, Rechtmässigkeit: misst sich am Zweck der Bearbeitung
- «Zweck»: Finalität der Bearbeitung, Ziel; das «**warum**». Gegenbegriff: «Mittel»; das «**wie**» (WP169)

«HR Analytics» als «Zweck»?

- «HR Analytics» ist (jedenfalls im Arbeitsbereich) kaum ein Zweck, sondern vielmehr ein **Mittel** der Zweckerreichung
- Ausnahme: Datenauswertung ins Blaue hinaus

«HR Analytics» als Mittel der Datenbearbeitung



Gegenstand der Mitarbeiterinformation

Nach dem DSG:

- Erkennbarkeit (Art. 4 Abs. 3 und 4 DSG): u.a. **Zweck**; ggf. auch **Mittel** der Bearbeitung (Treu und Glauben)
- Art. 14 DSG: u.a. **Zweck**; i.d.R. nicht anwendbar

Nach dem E-DSG:

- kein Unterschied (Art. 17: u.a. **Zweck**, aber **Generalklausel** analog Art. 4 Abs. 3 und 4 DSG)
- ggf. Information über automatisierte Einzelentscheidungen (Art. 19)

Nach der DSGVO:

- aktive Informationspflicht nach Art. 13/14: u.a. Zweck
- weitere Transparenzpflicht nach Art. 5 DSGVO?
ErwG 60: «alle weiteren Informationen zur Verfügung stellen, die [...] notwendig sind, um eine faire und transparente Verarbeitung zu gewährleisten.»
Kern der Informationspflicht (WP260): Zweck; Identität des Verantwortlichen, Betroffenenrechte, *Bearbeitung mit besonderen Auswirkungen; überraschende Bearbeitungen*
- Information bei automatisierten Einzelentscheidungen (Art. 13/14; Art. 22)
- Information als «geeignete Garantie»: beeinflusst Interessenabwägungen und Risikoüberlegungen

Sinnvolle Information bei Workplace Analytics

- bearbeitete Personendaten
- Zweck der Begründung und Abwicklung des Arbeitsverhältnisses
- einzelne Bearbeitungszwecke innerhalb des Arbeitsverhältnisses
- Möglichkeit der Verknüpfung und Auswertung einzelner Datenbestände für die Bearbeitungszwecke
- Möglichkeit des Profiling (auch ohne den Begriff «Profiling»)
- Möglichkeit der Auslagerung an Dritte, ggf. in Staaten ausserhalb des EWR
- Möglichkeit der Weitergabe innerhalb der Gruppe

Beispiel:

«Wir bearbeiten soweit zulässig und erforderlich folgende Personendaten : [...] • Angaben im Zusammenhang mit der Durchführung des Arbeitsverhältnisses, insb. [...], Angaben über Arbeitszeit und -leistung, Angaben über die interne und externe Kommunikation, Angaben über bzw. aus der Verwendung von IT-Systemen und Applikationen, [...]

Wir bearbeiten Ihre Personendaten insbesondere zu den folgenden Zwecken: [...] • Beurteilung der Leistung, Einschätzung der Leistungsfähigkeit; [...] • statistische Auswertung u.a. der Arbeitsleistung, von An- und Abwesenheiten, der Nutzung von IT- und anderen Betriebsmitteln, der Arbeitskosten, der Mitarbeiterzufriedenheit [...]. Diese Statistiken sind i.d.R. anonymisiert; für ihre Erstellung können wir aber personenbezogene Daten auswerten und mit weiteren Daten verknüpfen.

Wir können Ihre Personendaten zu internen Verwaltungszwecken an andere Gesellschaften innerhalb der X-Gruppe weitergeben. Wir können für die Bearbeitung der Personendaten nach dieser Datenschutzerklärung gruppeninterne und -externe Dienstleister beziehen, insb. für IT-Dienstleistungen und Datenanalysen. [...]»

Einwilligungsbedarf bei HR Analytics

Einwilligung als Rechtfertigungsgrund bei Verletzung der Bearbeitungsgrundsätze:

- Zweckbindung nach Art. 4 Abs. 3 und 4 (und ggf. Art. 14) DSGVO: durch HR Analytics kaum tangiert
- Verhältnismässigkeit: ist HR Analytics für den Bearbeitungszweck angemessen und zumutbar?
- Arbeitsplatzbezug i.S.v. Art. 328b OR: betrifft Auswahl der Daten und Zweck der Bearbeitung, i.d.R. aber nicht HR Analytics als Bearbeitungsmodalität (im Rahmen der Verhältnismässigkeit)

Entwurf des DSGVO: ggf. bei automatisierten Einzelentscheidungen (Art. 19)

DSGVO: Einwilligung als Rechtsgrundlage:

- Rechtmässigkeit bezieht sich auf die Zwecke der Verarbeitung und umfasst geeignete Mittel
- Einwilligung bei automatisierten Einzelentscheidungen (Art. 22)
- Einwilligung auch zur Rechtfertigung einer Verletzung von Bearbeitungsgrundsätzen..?

Ist Art. 328b OR einwilligungsfähig?

Rechtsprechung:

- Zürcher Obergericht (Folgeslide): lediglich
«ein weiterer auf Arbeitsverhältnisse
beschränkter Bearbeitungsgrundsatz»
Urteil LA160028 vom 22. Dezember 2016; ständige Rsp.

Literatur: strittig; starke Meinungen pro und
contra Verbotsnorm

OGer ZH, LA160028, 22.12.2016

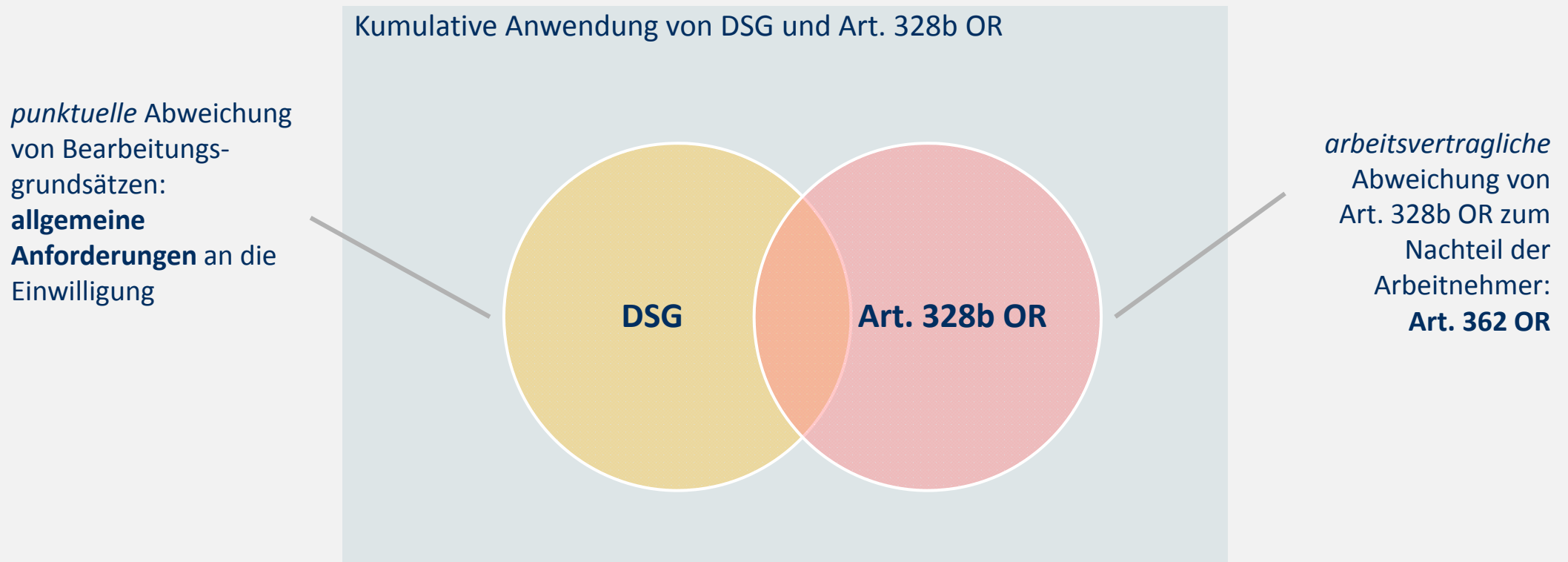
«In diesem Sinne bleibt zwar die Datenbearbeitung durch **Art. 328b OR** und das DSG beschränkt; dennoch reicht sie durchaus weiter als in einem Fall, in dem die Parteien sich nicht durch einen Arbeitsvertrag gebunden haben[...], indem diese Bestimmung – im Rahmen des DSG – einen **weiteren Rechtfertigungsgrund** liefert [...]

[...]

Art. 328b Satz 1 OR ist daher weit auszulegen: Unter "Durchführung des Arbeitsvertrages" ist **alles** zu verstehen, was **mit dem Arbeitsvertrag zu tun hat**. [...]

Diese Bestimmung, die im Wesentlichen auf das DSG verweist, hat einen verhältnismässig **engen eigenständigen Regelungsbereich** [...]. Sie konkretisiert in einer gewissen Weise Generalklauseln des DSG; eine **Verbotsnorm ist sie aber nicht.**»

Einwilligung im Arbeitsbereich



Allgemeine Anforderungen an die Einwilligung

DSG:

- Informiertheit
- Freiwilligkeit: strenge Anforderungen gem. EDÖB und BVerwGer («kleines Kopplungsverbot»); Erfordernis eines sachlichen Interesses); besonders im Arbeitsbereich
EDÖB: «... Einwilligung im Arbeitsverhältnis nur begrenzt gilt, da die **Freiwilligkeit durch das Subordinationsverhältnis eingeschränkt** wird»
- kein Widerruf

DSGVO:

- Informiertheit
- Freiwilligkeit, Kopplungsverbot
- kein Widerruf
- separat pro Zweck (kein Bundling)
- aktive Handlung

Ergebnisse

- Im Zweifel ist HR Analytics im Arbeitsbereich nicht Zweck, sondern **Mittel der Datenbearbeitung**.
- Sie sind nur Gegenstand einer Informationspflicht, wenn sie Mitarbeiter **besonderen Risiken** aussetzen und/oder **überraschend** wären.
- In der Regel kann HR Analytics im Arbeitsbereich die **Bearbeitungsgrundsätze einhalten**. Eine Einwilligung ist diesfalls nicht erforderlich.
- Eine Einwilligung im Arbeitsbereich misst sich an den allgemeinen Grundsätzen. Sie muss insb. **freiwillig** erfolgen, was besonders gemäss EDÖB und BVerwGer hohe Anforderungen stellt.
- **Art. 328b OR** stellt nach der Rsp. des Obergerichts kaum weitere Hürden.

Vielen Dank.

David Vasella
Walder Wyss
david.vasella@walderwyss.com
+41 58 658 52 87

David Rosenthal
Homburger
david.rosenthal@homburger.ch
+41 43 222 10 00

walderwyss rechtsanwälte