

NEUES DATENSCHUTZGESETZ

Seit 1. September 2023 gilt das neue Datenschutzgesetz.
Was bedeuten die Änderungen für die Personalarbeit und wann braucht es nun von den Mitarbeitenden eine Zustimmung für die Datenbearbeitung?

Gastbeitrag: Brigitte Kraus-Meier



Brigitte Kraus-Meier ist Inhaberin von Konzis, der Agentur für Arbeitsrecht und Kommunikation in Zürich. Sie ist Juristin und Unternehmenskommunikatorin und begleitet Unternehmen in Veränderungssituationen, insbesondere bei der Betriebsübernahme, der Neuausrichtung, Personalmassnahmen sowie bei der Gesprächsführung und der Verhandlung mit Gewerkschaften und Arbeitnehmervertretungen.
konzis.ch

Vorweg sei festgehalten, dass das Schweizer Datenschutzgesetz (DSG) die Bearbeitung von Personendaten grundsätzlich erlaubt. Das Gesetz definiert, wann die Zulässigkeit der Datenbearbeitung nicht gegeben ist respektive welches die Voraussetzungen für eine zulässige Bearbeitung von Personendaten sind. Durch das Datenschutzgesetz werden die Persönlichkeitsrechte privater Personen geschützt. Bei rein privaten Notizen greift das Datenschutzgesetz nicht, es kommt erst dann zur Anwendung, wenn andere Personen Einblick in Notizen erhalten. Eine wesentliche Änderung ist der Ausbau der Informationspflichten, was dazu führt, dass wir täglich mehrmals verschiedenste (meist nie gelesene) Datenschutzerklärungen bestätigen. Die Strafbestimmungen des neuen Datenschutzgesetzes sind ebenfalls ausgedehnt worden. Verantwortliche sind persönlich haftbar (also nicht etwa das Unternehmen) und es können Bussen bis 250 000 Franken gesprochen werden. Allerdings ist nur bei Vorsatz mit einer Bestrafung zu rechnen.

Zustimmung ja oder nein

Das Schweizer Datenschutzrecht verlangt keine generelle Zustimmung zur Datenbearbeitung. Für bestimmte Arten der Datenbearbeitung wird im Gesetz aber eine Zustimmung verlangt. Zudem kann die Zustimmung als Rechtfertigung für eine allfällige Persönlichkeitsverletzung dienen. Im Arbeitsrecht findet sich in Art. 328b OR eine spezifische Norm betreffend Bearbeitung von Personendaten. Demnach ist die Datenbearbeitung nur dann zulässig, wenn sie entweder die Eignung der bzw. des Mitarbeitenden für das Arbeitsverhältnis betrifft oder wenn sie für die Durchführung des Arbeitsvertrags erforderlich ist. Diese Bestimmung im OR ist nicht neu und ist unverändert. Die Bedeutung dieser Norm ist in der Lehre allerdings umstritten. Ein Teil geht davon aus, dass damit der zulässige Rahmen der Datenbearbeitung absolut gesteckt ist, darüber hinaus also keine Bearbeitung von Mitarbeiterdaten stattfinden darf. Der andere Teil der Lehre vertritt die Ansicht, dass mit Einwilligung der bzw. des Mitarbeitenden eine Datenbearbeitung auch ausserhalb dieser Zweckbestimmung zulässig ist. Das Bundesgericht musste diese Frage noch nicht entscheiden, hat sich aber inzwischen geäussert, dass Art. 328b OR eine Konkretisierung des allgemeinen Verhältnismässigkeitsgrundsatzes darstelle. Das würde bedeuten, dass auch ohne klaren Arbeitsplatzbezug eine Datenbearbeitung möglich ist, wenn eine Einwilligung der Mitarbeitenden vorliegt. Diese Unklarheit in einer doch sehr zentralen Frage wird in der Praxis dazu führen, dass sich Unternehmen die Zustimmung der Mitarbeitenden eher einmal mehr einholen.

Information

Wie bereits eingangs erwähnt, hat das neue Datenschutzgesetz die Informationspflicht der Datenbearbeitenden ausgedehnt. Vereinfacht ausgedrückt kann man davon ausgehen, dass bei der Beschaffung von Personendaten immer zu informieren ist, es sei denn, es besteht eine gesetzliche Ausnahme, wonach die Informationspflicht entfällt. Auch hier scheint sich die juristische Lehre nicht einig zu sein, ob für die Beschaffung der Mitarbeiterdaten eine Information erforderlich ist oder nicht. Gemäss Art. 20 Abs. 1 lit. b DSG ist eine Information betreffend Datenbeschaffung nämlich dann nicht erforderlich, wenn die Bearbeitung gesetzlich vorgesehen ist. Daraus kann man ableiten, dass für die Führung des Personaldossiers, gemäss Art. 328b OR, eben gerade keine Information erforderlich ist, weil eine gesetzliche Grundlage für die Datenbearbeitung besteht. Es gibt aber auch Stimmen, wonach die Informationspflicht auch im Arbeitsvertrag gelten soll. Viele Unternehmen arbeiten inzwischen mit sehr umfangreichen Datenschutzerklärungen, die die Mitarbeitenden bestätigen. Es sei die Frage erlaubt, ob dies erstens notwendig und zweitens im Sinne des Datenschutzgedankens tatsächlich zielführend ist.

Auskunft

Mit dem neuen Datenschutzgesetz könnten allenfalls Auskunftsbegehren von Mitarbeitenden zunehmen, insbesondere nach einer Kündigung. Die Mitarbeitenden haben Anspruch auf Auskunft, welche Daten durch wen und zu welchem Zweck über sie bearbeitet und wie lange diese Daten aufbewahrt werden. Dieses Auskunftsrecht ist unverzichtbar – die Auskunft hat kostenlos zu erfolgen. Die Verantwortlichen müssen einem Auskunftsbegehren innerhalb von 30 Tagen nachkommen. Gemäss Art. 26 Abs. 2 DSG kann das Auskunftsrecht eingeschränkt, aufgeschoben oder gar verweigert werden, wenn zum Beispiel überwiegende Interessen eines Dritten oder der Verantwortlichen dies erfordern. Erfolgt das Auskunftsbegehren in schikanöser Weise, kann es verweigert werden. Zurückhaltung ist dann geboten, wenn ein Mitarbeiter Auskunft verlangt, einzig mit dem Zweck, sich dadurch Beweise zu beschaffen, an die er sonst nicht gelangen könnte. Von einer generellen Ablehnung von Auskunftsbegehren mit dem Hinweis, das Auskunftsbegehren erfolge rechtsmissbräuchlich, ist aber abzuraten. Im Übrigen müssen Gesuchstellende ihr Begehren nicht begründen, dagegen muss der Arbeitgebende die Gründe angeben, wenn er die Auskunft verweigern oder einschränken will.

Personaldossier ausmisten

Auch wenn viel vom Personaldossier die Rede ist, eigentlich ist gar nicht klar, was ein Personaldossier umfasst. Dass Daten bearbeitet werden, ist unbestritten und gründet teilweise auf einer Spezialgesetzgebung. Nicht definiert ist, dass und in welcher Form ein Personaldossier geführt werden muss. Häufig werden die Dossiers elektronisch geführt. Die technische Einfachheit, Daten verfügbar zu halten, verleitet dazu, diese jahrelang zu archivieren. Das ist aus datenschutzrechtlicher Sicht nicht zulässig. Daten müssen nämlich vernichtet oder anonymisiert werden, sobald sich der Bearbeitungszweck erledigt hat (vgl. Art. 5 Abs. 4 DSG). Egal, ob die Daten auf Papier oder elektronisch bearbeitet und aufbe-

wahrt werden, Personaldossiers müssen regelmässig überprüft und ausgemistet werden. Im Hinblick auf allfällige arbeitsrechtliche Streitfälle ist bei der Löschung von Daten aber Zurückhaltung geboten. So wäre es verfehlt, alle Verwarnungen zu löschen, wenn der Arbeitgebende darauf abgestützt die Kündigung ausgesprochen hatte. Das Ausmisten der Personaldossiers sollte regelmässig und individuell erfolgen. Im elektronischen Dossier werden gelegentlich automatische Lösungsdaten hinterlegt.

Das neue Datenschutzgesetz will das Bewusstsein für den sorgsam Umgang mit Personendaten schärfen. Man darf gespannt sein, wie Datenschutz künftig tatsächlich gelebt wird. ●

HABEN SIE FRAGEN ZUM THEMA?

Antworten gibt es auf HR Cosmos, dem grössten HR-Wissensnetzwerk der Schweiz mit über 3000 Mitgliedern.



hr-cosmos.ch oder QR-Code scannen.

MISSBRÄUCLICHE ÄNDERUNGSKÜNDIGUNG BEI VORZEITIGEM RÜCKZUG DES NEUEN VERTRAGSANGEBOTS



Rechtsanwältin **Sonja Stark-Traber**, LL.M., Sozialversicherungsfachfrau mit eidgenössischem Fachausweis, ist Partnerin in der Wirtschaftsanwaltskanzlei Suter Howald Rechtsanwälte in Zürich und sowohl beratend als auch prozessierend im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht tätig.
suterhowald.ch

Das Urteil

Arbeitnehmerin A. war als Sekretärin und Buchhalterin bei einem Gemeindeverband tätig. Im Rahmen einer Umstrukturierung wurde ihre Stelle gestrichen und sie erhielt am 24. Mai 2016 die Kündigung per 31. August 2016. Gleichzeitig machte die Arbeitgeberin A. das Angebot, ab 1. September 2016 eine neu geschaffene 30-Prozent-Stelle im Sekretariat der Arbeitgeberin zu übernehmen (sog. Änderungskündigung). A. wurde gebeten, vor dem 30. Juni 2016 mitzuteilen, ob sie das Stellenangebot annehme.

Im Rahmen eines Austauschs mit der Arbeitgeberin lehnte A. in der Folge das vorgeschlagene Pflichtenheft ab. Noch vor Ablauf der Angebotsfrist teilte die Arbeitgeberin deshalb mit, dass sie A. für die neu geschaffene Stelle nicht berücksichtigen werde und das Arbeitsverhältnis entsprechend am 31. August 2016 ende. Fast zeitgleich informierte A. die Arbeitgeberin vor Ablauf der Angebotsfrist, dass sie das neue Stellenangebot annehme.

Da die Arbeitgeberin an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses festhielt, klagte A. auf Bezahlung einer Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung durch die Arbeitgeberin.

Im Gegensatz zu den kantonalen Vorinstanzen bejahte das Bundesgericht die Missbräuchlichkeit der Kündigung. Es erwog, dass die Arbeitgeberin an ihr Vertragsangebot bis zum 30. Juni 2016 gebunden gewesen sei, da sie keinen Widerrufsvorbehalt angebracht habe. A. habe das Stellenangebot zudem auch nicht abgelehnt: Die Tatsache, dass A. das von der Arbeitgeberin vorgeschlagene Pflichtenheft abgelehnt habe, sei höchstens ein Hinweis darauf gewesen, dass sie die angebotene Stelle habe ablehnen wollen. Sie habe das Stellenangebot dann jedoch innerhalb der gesetzten Frist ausdrücklich angenommen.

Indem die Arbeitgeberin der Arbeitnehmerin A. eine Frist setzte, um zu erklären, ob sie die neue Stelle annehme, dann jedoch den Ablauf dieser Frist nicht abwartete, bevor sie das Arbeitsverhältnis endgültig kündigte, spielte die Arbeitgeberin gemäss Bundesgericht ein doppeltes Spiel. Damit versties sie in charakteristischer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben. Aus diesem Grund war die von der Arbeitgeberin ausgesprochene Änderungskündigung gemäss Bundesgericht missbräuchlich.

Konsequenz für die Praxis

Das Bundesgericht hat einmal mehr bestätigt, dass nicht nur die Kündigungsgründe zur Missbräuchlichkeit einer Kündigung führen können, sondern auch die Art und Weise, wie Arbeitgebende ein Arbeitsverhältnis beenden. Im Rahmen einer Änderungskündigung, bei der die Kündigung mit einem Angebot zum Abschluss eines neuen, geänderten Arbeitsvertrags verknüpft wird, sind nicht nur die Umstände im Zeitpunkt der Mitteilung der Änderungskündigung massgebend, sondern sämtliche Umstände bis zum Zeitpunkt, in dem feststeht, dass das Arbeitsverhältnis endet.

Gemäss allgemeinen obligationenrechtlichen Regeln sind Arbeitgebende insbesondere an ein dem Arbeitnehmenden unterbreitetes, neues Vertragsangebot gebunden, bis die gesetzte Annahmefrist abgelaufen ist oder der Arbeitnehmende das Angebot ablehnt. Wollen sich Arbeitgebende das Recht vorbehalten, jederzeit auf das Vertragsangebot zurückzukommen, so haben sie ausdrücklich einen entsprechenden Widerrufsvorbehalt anzubringen. Andernfalls führt der vorzeitige Rückzug des Vertragsangebots gemäss Bundesgericht zur Missbräuchlichkeit der Änderungskündigung. ●