

# VISCHER

Revidiertes Datenschutzgesetz für Arbeitsrechtler  
Ändert sich jetzt alles?

David Rosenthal  
22. Juni 2021

---

## Schweiz droht in der Datenökonomie ins Hintertreffen zu geraten

Der jüngste Bericht des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten mahnt zur beschleunigten Revision des Schweizer Datenschutzgesetzes. Und der Industrieverband Swissholdings sieht Schweizer Firmen benachteiligt, falls die EU die Gleichwertigkeit der inländischen Regulierung nicht mehr anerkennt.

Giorgio V. Müller

18.06.2019, 14.47 Uhr



Hören



Merken



Drucken



Teilen

Quelle: [www.nzz.ch](http://www.nzz.ch)

DSGVO  
einfach  
als solche  
übernehmen?

## Gut Ding will Weile haben ...

- Parlament benötigte **drei Jahre für die Totalrevision** des Datenschutzgesetzes (**DSG**)
  - Inklusive (unnötige) sechs Monate Diskussion um das "Profiling"
  - Inkrafttreten erst auf den 1. Januar 2023?
- Haben wir eine **Kopie der DSGVO** erhalten? **Nein!**
- So wollte es das Parlament\* – das DSG soll ...
  - sich an die DSGVO "annähern", mit der DSGVO "vereinbar" und "äquivalent" sein, "sehr nahe an der DSGVO" liegen
  - aber nicht zur einer "Übernahme der DSGVO" führen
- Es **weicht** in etlichen Punkten davon **ab** – zum Glück!

\* Fundstellen: BR Keller-Sutter, AB 2019 N 1782, 18. Dezember 2019; SR Fässler, 18. Dezember 2019, NR Glättli, AB 2019 N 1814; NR Romano, AB 2019 N 1778; NR Jauslin, AB 2019 N 1775; NR Wermuth, AB 2019 N 1777

## Neues aus der Vogelperspektive

1. Ausgebaute **Informationspflicht**
2. Pflicht für ein **Verzeichnis der Datenbearbeitungen**
3. Leicht strengere Vorgaben für **Auftragsbearbeitungen**
4. Pflicht zur **Datenschutz-Folgenabschätzung**
5. Pflicht zur **Meldung von Sicherheitsverstößen**
6. Anpassung des **Auskunfts- und Korrekturrechts**
7. Recht auf **Datenportabilität**
8. Regelung zu **automatisierten Einzelentscheiden**
9. Anpassung diverser **Begrifflichkeiten**
10. Aufsichtsinstrumente und **Strafbarkeit ausgebaut**

Ausführliche kostenlose  
Kommentierung:  
<https://bit.ly/3kUfzqu>

Die Grundsätze  
verändern sich  
nicht!

## Und für Arbeitsrechtler

- **Einwilligungen** – keine gute Idee?
- **Informationspflicht** – Datenschutzerklärung für Arbeitnehmer?
- **Auskunftsrecht** – fertig mit dem Missbrauch?
- **Korrekturrecht** – geht der Missbrauch hier weiter?
- **Profiling & Co.** – doch kein Big Data am Arbeitsplatz?
- **Auslandstranfers** – wäre der Steuerstreit anders verlaufen?
- **Data Breach Notifications** – Mitarbeiter ans Messer liefern?
- **Strafbarkeit** – den letzten beißen die (Polizei-)Hunde?
- **Berufsgeheimnis für alle** – wer muss nun worüber schweigen?

## Einwilligungen

- Schlüssel zur informationellen Selbstbestimmung?
  - Die EU sagt ja, aber die Anforderungen der DSGVO sind so hoch, dass sie oft untauglich sind → "ABC"-Prinzip
- RevDSG: Keine erhöhten Anforderungen an Einwilligungen
  - Kein (strenges) Koppelungsverbot (BVerwG A-3548/2018)
  - Einwilligungen können verbindlich sein (BGE 136 III 401)
  - Vorangekreuzte Kästchen auf Formularen erlaubt (Art. 1 OR)
- Bearbeitung von Daten erfordert weiterhin keine Rechtfertigung
  - Nur das Abweichen von Grundsätzen (wie z.B. von Art. 328b OR)
- Aber: Können Einwilligungen von Mitarbeitern freiwillig sein?
  - Sicher! Fotos im Geschäftsbericht, Teilnahme an Umfragen

## Und im Arbeitsvertrag?

Die [Firma] und der Mitarbeiter verpflichten sich, bei der Durchführung des Arbeitsverhältnisses das Schweizer Datenschutzgesetz einzuhalten.

Die [Firma] ist Teil der [Firma] Gruppe. Der Mitarbeiter anerkennt und akzeptiert, dass die vom Mitarbeiter erhobenen Personendaten, einschliesslich besonders schützenswerte Personendaten, an (a) andere Gruppengesellschaften oder Gruppenfunktionen der [Firma] Gruppe übermittelt werden können, um sie unter deren eigener Verantwortlichkeit für berechtigte Zwecke zu bearbeiten (z.B. konzernweite Personalstatistiken, Mitarbeiterprogramme, Compliance, IT-Betrieb, Verzeichnisse), sofern der Mitarbeiter nicht widerspricht, (b) an Drittdienstleister, um dem Mitarbeiter die Inanspruchnahme von durch die [Firma] mitfinanzierten oder unterstützten Dienstleistungen zu ermöglichen (z.B. Sportprogramme). Diese Empfänger können sich in der Schweiz oder im Ausland befinden. Einige Staaten ausserhalb der Schweiz verfügen derzeit nicht über Gesetze, die aus Sicht des Schweizer Datenschutzgesetzes ein angemessenes Datenschutzniveau gewährleisten. In solchen Fällen wird die [Firma] eigene Sicherheitsvorkehrungen treffen, bevor sie mit der Datenübermittlung fortfährt.

# Informationspflichten

- Neu muss für jede Datenbeschaffung im Betrieb eine Datenschutzerklärung bestehen
  - Art. 19 revDSG zählt auf, was drinstehen muss, wie z.B. Kategorien von Empfängern, ausländische Staaten
- Gilt (eigentlich) auch für Mitarbeiterdaten
  - Ausgenommen sind u.a. Fälle, wo eine Bearbeitung "gesetzlich vorgesehen" ist (Art. 20 Abs. 1 Bst. b revDSG)
  - Bisher galt das, was ein Arbeitgeber mindestens an Daten bearbeiten musste als "gesetzlich vorgesehen"
- Trotzdem: Datenschutzerklärung auch für Mitarbeiterdaten
  - Stellensuchende und Weitergabe im Konzern nicht vergessen
  - Datenschutzerklärung *nicht* zum Vertragsbestandteil machen

"Transparenzgrundsatz"  
(bisher)



"Informationspflicht"  
(neu)



## Auskunftsrecht

- Zugleich ausgebaut und eingeschränkt (Art. 25 ff. revDSG)
- Ausbau: Mehr Angaben zu liefern als bisher, namentlich ...
  - Aufbewahrungsdauer oder wie diese berechnet wird
  - Automatisierte Einzelentscheide und deren Logik
  - Angaben zur internationalen Übermittlung
  - Wildcard: All "diejenigen Informationen, die erforderlich sind, damit [die betroffene Person] ihre Rechte nach diesem Gesetz geltend machen kann und eine transparente Datenbearbeitung gewährleistet ist."
- Abgrenzen: Anspruch auf Datenherausgabe zum Zweck des Konsumentenschutzes ("Datenportabilität", Art. 28 f. revDSG)
  - Herausgabe aller E-Mails nach Beendigung des Arbeitsvertrags?

## Auskunftsrecht

- Einschränkung: Mehr Gründe, die Auskunft zu verweigern
  - Gesetz im formellen Sinn (bisher)
  - Überwiegende Interessen Dritter (bisher)
  - Überwiegende eigene Interessen (z.B. Geschäftsgeheimnis), sofern Daten nicht Dritten bekanntgegeben werden (bisher)
  - Offensichtlich unbegründet oder querulatorisch (neu)
- Wann ist ein Auskunftersuchen "offensichtlich unbegründet"?
  - Namentlich "wenn es einen datenschutzwidrigen Zweck verfolgt"
  - Missbräuchlichkeit, wenn Gesuch in relevanter Weise einem Zweck dient, der *nicht* den Datenschutz betrifft (Systemwechsel!)
- Vollständigkeitserklärungen weiterhin nicht erforderlich

## Korrekturrecht

<sup>1</sup> Die betroffene Person kann verlangen, dass unrichtige Personendaten berichtigt werden, es sei denn:

- a. eine gesetzliche Vorschrift verbietet die Änderung;
- b. die Personendaten werden zu Archivzwecken im öffentlichen Interesse bearbeitet.

- Art. 32 revDSG – weitere Rechtfertigungsgründe?
- Ausdrücklich zumindest nicht ...
- Alternative: Rechtsmissbrauch, Argumentation über die Frage, wann ein Personendatum "unrichtig" ist (→ Art. 6 Abs. 5 revDSG)

## Profiling & Co.

*Viel wichtiger ist die Frage  
der Verhältnismässigkeit!*

- Profiling fängt an, wo das Persönlichkeitsprofil aufhört
  - Persönlichkeitsprofil (bisher): Sammlung der Daten, die die Beurteilung bestimmter Aspekte einer Person erlaubt
  - Profiling (neu): Vorgang der Bewertung solcher Aspekte durch eine Maschine (selbst wenn vom Menschen vorprogrammiert)
  - Profiling ist weder der Input noch der Output
  - Nur Bearbeitungen, die eine Interpretation, d.h. eine Wertung erfordern ( $\neq$  Feststellung des Sachverhalts)
- Profiling mit hohem Risiko? Profiling, dass ein hohes Risiko birgt, weil es in einem Persönlichkeitsprofil resultiert
- Warum relevant? Fast gar nicht (keine Pflicht zur Einwilligung)
  - Wo auf Einwilligung abgestellt, muss sie eine ausdrückliche sein

## Profiling & Co.

- Verwandt: Automatisierte Einzelentscheide (Art. 21 revDSG)

- <sup>1</sup> Der Verantwortliche informiert die betroffene Person über eine Entscheidung, die ausschliesslich auf einer automatisierten Bearbeitung beruht und die für sie mit einer Rechtsfolge verbunden ist oder sie erheblich beeinträchtigt.
- <sup>2</sup> Er gibt der betroffenen Person auf Antrag die Möglichkeit, ihren Standpunkt darzulegen. Die betroffene Person kann verlangen, dass die Entscheidung von einer natürlichen Person überprüft wird.

- Beispiel: Bewerberablehnung nach Ermessen vollautomatisiert
- Diese Vorgaben gelten nicht, wo die Person in diese Art der Entscheidungsfindung eingewilligt hat oder sie einem Vertrag dient und der Entscheid so ausfällt, wie die Person es wollte

# Auslandsdatentransfers

- Hot topic der Datenschützer: "Schrems II" – oder wie gefährlich ist eigentlich die Übermittlung von Daten in die USA?
- EuGH sagt, dass die Standardvertragsklauseln der Europäischen Kommission mitunter (bisher) nicht genügen als Absicherung
- In der EU gilt ab dem 27. Juni 2021 ein neues Set
- Was sagt der EDÖB? Er redet der EU nach dem Mund
- Grund: Realpolitik, da Schweiz noch unter Beobachtung ist ...
- Für Arbeitsrechtler tendenziell wichtiger: Die neue Ausnahme in Art. 17 Abs. 1 Bst. c Ziff. 2 revDSG:
  - Übermittlung zulässig, wenn sie nötig ist für "die Feststellung, Ausübung oder Durchsetzung von Rechtsansprüchen vor einem Gericht oder einer anderen zuständigen ausländischen Behörde."



<https://bit.ly/3ku4mOV>

## Data Breach Notifications

- Verletzungen der Datensicherheit (z.B. falsch adressierte E-Mail) neu teilweise meldepflichtig
  - DSGVO: Bei jedem Risiko für betroffene Personen
  - DSG: Nur bei hohem Risiko für betroffene Personen
- Damit die Datenschutzbehörde prüfen kann, ob Sie auf die Verletzung der Datensicherheit richtig reagiert haben
- Art. 24 Abs. 6 revDSG: Eine solche Meldung "darf in einem Strafverfahren gegen die meldepflichtige Person nur mit deren Einverständnis verwendet werden."
  - Mitarbeiter geschützt? Nein, da nicht (gesetzlich) meldepflichtig
  - Aber: EDÖB interessiert sich i.d.R. nicht für den Arbeitnehmer, der das intern zu verantworten hat (d.h. keine Offenlegung)

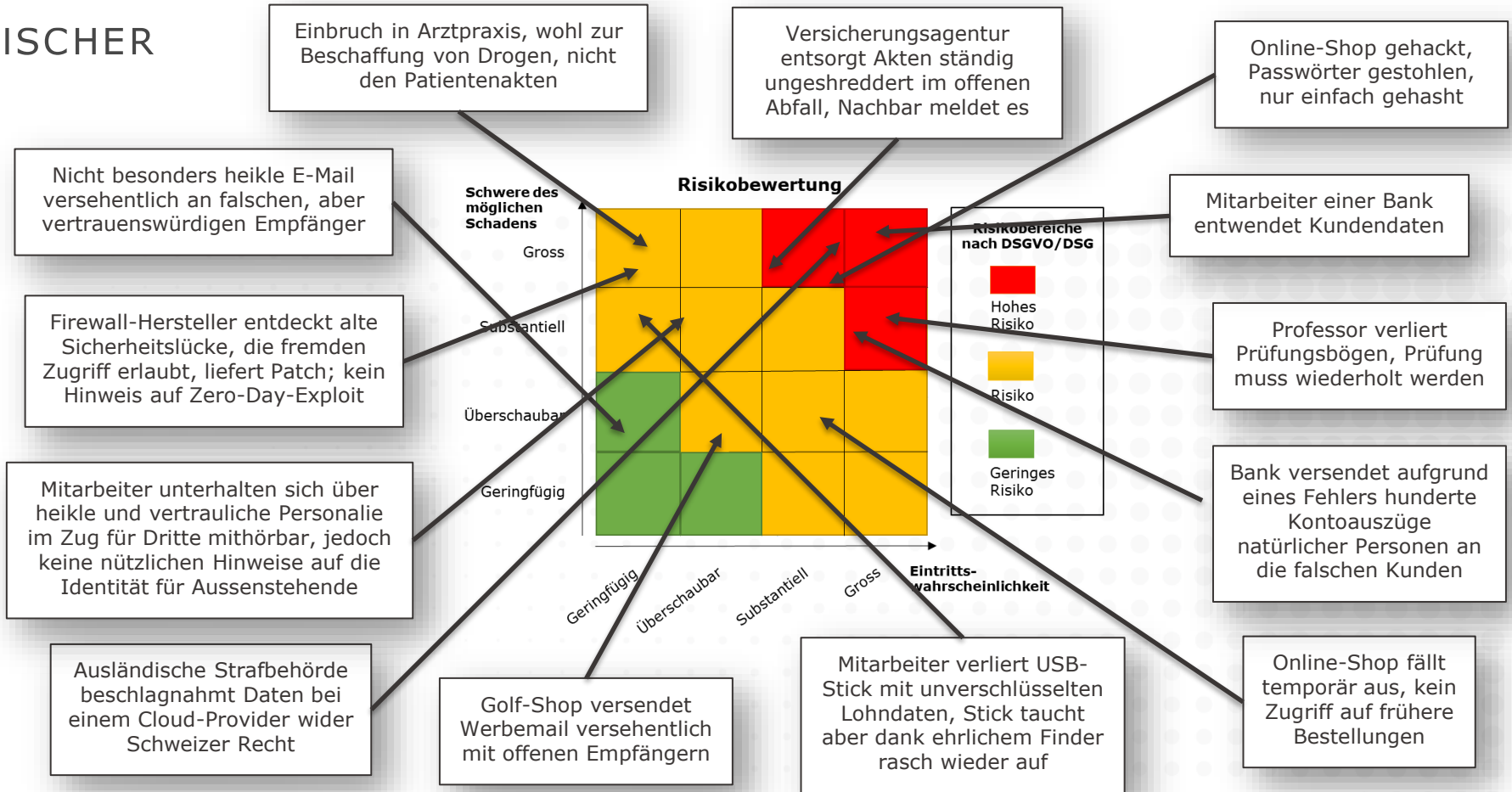


<https://bit.ly/37TH0gm>

Dänemark = 2/3 der Bevölkerung und 1/2 des BPI der Schweiz

27 Meldungen/Arbeitstag

# VISCHER





## Strafbarkeit von Mitarbeitern?

- Bisherige Strafnorm bleibt (Art. 60 revDSG), aber mit verschärfter Bussandrohung (CHF 250k statt 10k)
  - Verletzung der Informationspflichten (Art. 19/21)
  - Verletzung der Auskunftspflicht (Art. 25)
  - Verletzung der Mitwirkung beim EDÖB
- Höhere Strafdrohung als Art. 292 StGB bei Missachtung von Verfügungen des EDÖB (CHF 250k, Art. 63 revDSG)
- Verletzung von "Sorgfaltspflichten" auf Antrag betrifft
  - Verbotener Auslandsexport
  - Unzulässige Auftragsbearbeitung durch Verantwortliche
  - Verletzung der Datensicherheitsvorgaben des Bundesrates

# Strafbarkeit von Mitarbeitern?

- Nein, es trifft nicht nur die Chefs!
- Nein, auch bei Bussen bis CHF 50k haftet nicht primär das Unternehmen; es darf Bussen nicht übernehmen
- Eventualvorsatz vs. bewusste Fahrlässigkeit
- "Mir doch egal" vs. "Es wird schon nichts passieren"
- Normen des Nebenstrafrechts
  - Darum: Der Täter muss um das übertretene Gebot oder Verbot gewusst oder geahnt haben und dass sein Verhalten möglicherweise dagegen verstossen würde, er aber trotzdem gehandelt hat
  - Beispiel Auskunftsrecht: Vollständigkeit wird suggeriert, obwohl damit gerechnet wird, dass sie nicht gegeben ist

## Die Strafbestimmungen des neuen DSGVO

David Rosenthal | Seraina Gubler\*

*As soon as the revised Swiss Federal Act on Data Protection (DPA) will come into force, the cantonal prosecuting authorities will be entitled to impose heavy fines of up to CHF 250,000 on the person responsible for non-compliant behavior. While this may seem to be a low figure compared to the high figures provided for by the GDPR, the fines under the revised DPA are of personal nature and may not be covered by the company. This will make the DPA thus very effective. Unlike under the GDPR, however, these sanctions only apply in a relatively small number of cases. The violation of the basic principles of the DPA are not sanctioned, for example. The fines cover in essence the violation of obligations with regard to the data protection notice obligation,*

*the right of access, data security, controller-processor relationships and data exports. But only intentional violations can be prosecuted. Most of the new data protection governance obligations, such as data breach notices or data protection impact assessments, are not enforced by fines. A further difference to the GDPR is, that it is not the data protection authority who imposes fines. The national prosecutors, who usually have little or no experience in the field of data protection, do this. Last but not least, special attention should be given to a provision not yet known by the GDPR: The revised DPA provides for a „professional secrecy for evasions. The intentional violation thereof may, upon request, result in a criminal sanction.*

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Strafbuchvorsatzbestimmungen
  1. Vorbermerk
  2. Sanktionierte Tatbestände
  3. Subjektiver Tatbestand
  4. Adressat der Strafbuchbestimmungen
  5. Verfahrensfragen
- III. Sonderthema: Verletzung der beruflichen Schweigepflicht
  1. Vorbermerk
  2. Objektiver Tatbestand
  3. Subjektiver Tatbestand
  4. Möglichkeiten zur Handhabung in der Praxis
- IV. Andere Sanktionen von Datenschutzverstössen
- V. Zusammenfassung und Ausblick

### I. Einleitung

Vorwissen gegen den Datenschutz galten bisher noch nicht einmal als Katalogdelikt. Das DSGVO sieht zwar seit Jahr Bussen vor, doch werden sie in der Praxis kaum verhängt. Diese Betrachtung dürfte sich mit den vergleichsweise hagnen Busseandrdnungen im revidierten Schweizer Datenschutzgesetz (revDSG) ändern.<sup>1</sup> Der Gesetzgeber hat die Maximallimie auf das 25-fache der bisherigen Busse von CHF 10'000<sup>2</sup> erhht. Diese Sanktion des Datenschutz ist jedoch nicht nur intentionell motiviert, sondern zuzätzlich von zwei externen Faktoren getrieben: Zum einen musste der Schweizer Gesetzgeber die Vorgaben des Übereinkommens zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten umsetzen,<sup>3</sup> welches die Schweiz als Vertragspartei in Art. 18 dazu verpflichtet, geeignete Sanktionen gegen Verletzungen nationaler Datenschutzvorschriften festzulegen. «Gezielt» ist eine Sanktion laut Art. 57 der EU-Richtlinie 2016/679,<sup>4</sup> welche auf dem

<sup>1</sup> BR 2020 7639.

<sup>2</sup> Eine erste Kommentierung des grossen revidierten Datenschutzgesetzes findet sich bei David Rosenthal, Das neue Datenschutzgesetz, *Insider* 16. November 2020.

<sup>3</sup> Art. 18 und 23 DSGVO (BR 2016/11) iVm. Art. 104 Abs. 1 EGV (BR 2016/11).

<sup>4</sup> BR 1/2016, 1 (für die Schweiz) in Kraft seit 1. Februar 1996.

\* David Rosenthal, Sr. Int., und Seraina Gubler, Rechtsanwältin, beide Zürich.

<sup>5</sup> Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten

<https://bit.ly/2SnxkGi>

## Kleines Berufsgeheimnis

Genauere Funktion dieser Norm ist noch umstritten

### **Art. 62** Verletzung der beruflichen Schweigepflicht

<sup>1</sup> Wer geheime Personendaten vorsätzlich offenbart, von denen sie oder er bei der Ausübung ihres oder seines Berufes, der die Kenntnis solcher Daten erfordert, Kenntnis erlangt hat, wird auf Antrag mit Busse bis zu 250 000 Franken bestraft.

<sup>2</sup> Gleich wird bestraft, wer vorsätzlich geheime Personendaten offenbart, von denen sie oder er bei der Tätigkeit für eine geheimhaltungspflichtige Person oder während der Ausbildung bei dieser Kenntnis erlangt hat.

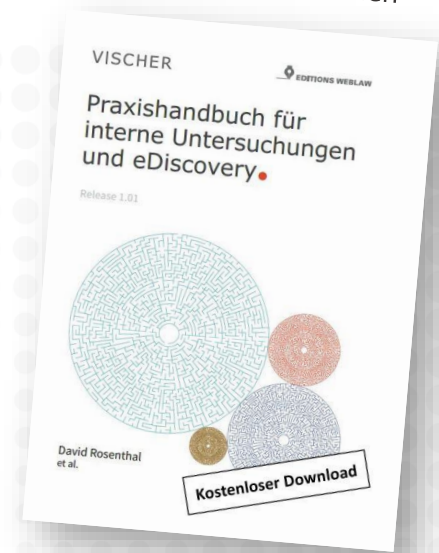
<sup>3</sup> Das Offenbaren geheimer Personendaten ist auch nach Beendigung der Berufsausübung oder der Ausbildung strafbar.

- Geschützt wird, wer vom Gegenüber im Geschäftsverkehr die Geheimhaltung erwarten darf und geheime Daten anvertraut
- Kann auch innerbetrieblich gelten (Betriebspsychologe?)

## Weiterführend

- Gesetzestext, mit Botschaft (verlinkt):
  - <https://datenrecht.ch/gesetzestexte/>
- Kostenlose Kommentierung (ca. 70 Seiten):
  - Deutsch: <https://bit.ly/3kUfzqu>
  - Französisch: <https://bit.ly/3x9jrdU>
- Kompaktkurse in 60 Minuten: <https://bit.ly/3g5VnTa>
  - Zur Umsetzung des revidierten DSG
  - Zu den Unterschieden zur DSGVO
- Zu den Strafbestimmungen: <https://bit.ly/2SnxkGi>

Etwas off-topic, aber  
ganz neu erschienen



[www.vischer.com/investigations](http://www.vischer.com/investigations)

# VISCHER

## Danke für Ihre Aufmerksamkeit!

Fragen: [drosenthal@vischer.com](mailto:drosenthal@vischer.com)

### **Zürich**

Schützengasse 1  
Postfach  
8021 Zürich, Schweiz  
T +41 58 211 34 00

[www.vischer.com](http://www.vischer.com)

### **Basel**

Aeschenvorstadt 4  
Postfach  
4010 Basel, Schweiz  
T +41 58 211 33 00

### **Genf**

Rue du Cloître 2-4  
Postfach  
1211 Genf 3, Schweiz  
T +41 58 211 35 00