2/2019
25 – 48

Bodycams
Kurzmeldung
Viktoria Haidinger

DATENSCHUTZ KONKRET

Recht | Projekte | Lösungen

Chefredaktion: Rainer Knyrim

Datenschutz-Folgenabschätzung

Praxisprojekt: Datenschutz-Folgenabschätzung (Teil 1)

Markus Oman und Siegfried Gruber

Checkliste Videoüberwachung

Hans-Jürgen Pollirer

Provider haben großes Interesse daran, die Daten ihrer Kunden zu schützen

Interview mit Natalie Ségur-Cabanac und Maximilian Schubert, Internet Service Providers Austria

Kontodaten nach der DSGVO

Martin Knoll

Datenschutzrecht im HR-Alltag: Häufige Fragestellungen

Anna Mertinz

Datenschutzbeauftragte: (Un-)Zulässigkeit betrieblicher Nebentätigkeiten

Florian Stangl

Rechtsprechung: DSGVO-Pflichten im Gesundheitsbereich

Viktoria Haidinger

ISSN 2313-5409

dako.manz.at

MANZ

Österreichische Post AG PZ 18Z041356 P Verlag Manz, Gutheil Schoder Gasse 17, 1230 Wien

Dr. Anna Mertinz
Partnerin und Rechtsanwältin KWR GmbH

Datenschutzrecht im HR-Alltag: Häufige Fragestellungen aus dem datenschutzrechtlichen Alltag von HR-Abteilungen

Von der Bewerbung bis zur Beendigung eines Dienstverhältnisses. Datenschutz findet mitten im Unternehmen statt und ist in allen Unternehmensbereichen/Abteilungen präsent. Auch die HR-Abteilung und die Personalverantwortlichen kommen an der DSGVO nicht vorbei. Im Gegenteil, sie verarbeiten oft mehr als andere Unternehmensbereiche große Mengen an personenbezogenen und auch sensiblen Daten. Die Relevanz von DSGVO-Compliance im HR-Bereich beginnt im Bewerbungsprozess und dauert bis lange nach Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus. Der Beitrag gibt bei ausgewählten datenschutzrechtlichen Herausforderungen im HR-Alltag Hilfestellungen.

Welche Rechtsgrundlagen sind relevant? Welche Grundsätze sind bei der Verarbeitung von Personaldaten besonders wichtig?

Im Datenschutzrecht gilt das Verbotsprinzip, wonach eine Datenverarbeitung verboten ist, sofern nicht im Einzelfall ein Erlaubnistatbestand nach der DSGVO erfüllt ist. Im HR-Kontext stellt sich daher zunächst die Frage, welche **Erlaubnistatbestände** relevant sein können. In der DSGVO sind die Rechtsgrundlagen für die Verarbeitung personenbezogener Daten in Art 6 DSGVO geregelt, jene für die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten *(„sensible Daten")* in Art 9 DSGVO. Im HR-Kontext kommen alle Rechtsgrundlagen in Frage. Der für die Verarbeitung der Bewerber- und Mitarbeiterdaten Verantwortliche muss sich entscheiden, welche Rechtsgrundlage für welche Datenverarbeitung heranzuziehen ist, und diesbezüglich die Betroffenen auch informieren.

- Eine Vielzahl der im HR-Kontext verarbeiteten Daten sind von der Rechtsgrundlage der **Vertragserfüllung** erfasst, bspw die Verarbeitung der Kontodaten von ArbeitnehmerInnen (AN), um die Überweisung des Entgelts durchführen zu können (Art 6 Abs 1 lit b DSGVO).

- Oftmals ist die Datenverarbeitung im HR-Kontext auch gesetzlich oder kollektivvertraglich vorgesehen und demnach die Rechtsgrundlage der Erforderlichkeit zur **„Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung"** erfüllt, bspw die Erfassung der Arbeitszeit, Bereithalte- und Meldepflichten im Rahmen von Entsendungen oder die Abfuhr der Lohnsteuer (Art 6 Abs 1 lit c DSGVO).
- Im Bereich der besonderen Kategorien personenbezogener Daten ist die Rechtsgrundlage der Erforderlichkeit der Datenverarbeitung, *„damit der Verantwortliche oder die betroffene Person die ihm bzw ihr **aus dem Arbeitsrecht und dem Recht der sozialen Sicherheit und des Sozialschutzes erwachsenden Rechte ausüben und seinen bzw ihren diesbezüglichen Pflichten nachkommen kann**"* von besonderer Bedeutung, bspw die Anmeldung der AN bei der Sozialversicherung (Art 6 Abs 1 lit c DSGVO).
- Aber auch die Rechtsgrundlage des **überwiegend berechtigten Interesses** des Arbeitgebers kann als Rechtsgrundlage für die HR-Datenverarbeitungen dienen, bspw die Verarbeitung öffentlich abrufbarer Informationen im Rahmen von Background-Checks von BewerberInnen, sofern die BewerberInnen darüber auch ausreichend informiert sind (Art 6 Abs 1 lit f DSGVO).[1]
- Die Rechtsgrundlage der **Einwilligung** ist aufgrund ihrer jederzeitigen Widerrufbarkeit mit Vorsicht zu genießen (Art 6 Abs 1 lit b DSGVO). Dies gilt umso mehr im HR-Kontext. Hier sollte auf die Rechtsgrundlage der „Einwilligung" nur restriktiv zurückgegriffen werden. Dies vor allem deshalb, weil eine datenschutzrechtliche Einwilligung grundsätzlich nur gültig ist, wenn diese freiwillig, konkret, aktiv und aufgrund einer ausreichend informierten Basis erteilt wurde.[2]

Sofern die Verarbeitung von Bewerber- oder Beschäftigtendaten im Einzelfall trotz der erwähnten Unsicherheiten mit der Rechtsgrundlage der Einwilligung gerechtfertigt werden soll oder muss, wird empfohlen, die Einwilligung bereits vor Beginn des Dienstverhältnisses aufgrund des Koppelungsverbots in einem separaten Dokument einzuholen. Dabei ist zu beachten, dass für jede Datenverarbeitung eine separate Einwilligung einzuholen ist. Dringend abzuraten ist von der Einholung von Einwilligungen „auf Vorrat" oder „zur Vorsicht".

Im arbeitsrechtlichen Kontext wird die Freiwilligkeit idR bezweifelt, da der AN einem wirtschaftlichen Druck ausgesetzt ist.[3]

Auch im HR-Kontext sind die Grundsätze der Datenverarbeitung nach Art 5 DSGVO einzuhalten. Besondere Bedeutung kommt dabei neben dem **Transparenzgrundsatz** (siehe sogleich zu den Informationspflichten) dem Grundsatz der **Datenminimierung** und der **Speicherbegrenzung** zu. Datenhorten ist – auch und besonders – im HR-Kontext nicht empfehlenswert. Vielmehr sollten HR-Prozesse auf ihre DSGVO-Konformität hin überprüft werden. Kritisch wäre es bspw, standardmäßig bereits im Bewerbungsverfahren die Sozialversicherungsnummer und die Kontodaten des Bewerbers abzufragen, da dies in diesem Stadium idR noch nicht erforderlich ist. Kritisch wäre weiters, die Gewerkschaftszugehörigkeit von Mitarbeitern zu erfassen, wenn diese nicht beantragen, dass der Mitgliedsbeitrag vom Arbeitgeber abgeführt wird.

PRAXISTIPP

- **Prüfen Sie, ob es für alle Datenverarbeitungsvorgänge im HR-Bereich eine zulässige Rechtsgrundlage nach der DSGVO gibt.**
- **Stützen Sie Datenverarbeitungen im HR-Bereich nur dann auf die Rechtsgrundlage der Einwilligung, wenn keine andere Rechtsgrundlage argumentierbar ist.**
- **Beachten Sie bei der Einholung von Einwilligungen im HR-Bereich die Vermeidung von Drucksituationen und das Kopplungsverbot.**
- **Prüfen Sie Datenbanken und Personalakten auf etwaig überschüssige Daten von Bewerbern und (ausgeschiedenen) Mitarbeitern.**

Welche Informationspflichten bestehen im HR-Kontext?

Gem Art 13 und 14 DSGVO müssen die betroffenen Personen über die Datenverarbeitung informiert werden, wobei die **Mindestangaben gem Art 13, 14 DSGVO** einzuhalten sind. In der Praxis wird hierfür meist das Schlagwort „Datenschutzerklärung" verwendet. Während die meisten Unternehmen bereits Datenschutzerklärungen für Kunden und Vertragspartner erstellt haben, wird manchmal auf Datenschutzerklärungen für Bewerber und Mitarbeiter vergessen. Zuweilen gibt es zwar eine Datenschutzerklärung für Mitarbeiter, aber auf die Spezifika für Bewerber wird vergessen. Zu beachten ist auch, dass die Datenschutzerklärung nicht nur existieren, sondern den betroffenen Personen auch nachweislich zur Kenntnis gelangen muss.

Die Informationen gem Art 13 und 14 DSGVO müssen im Zeitpunkt der Erhebung mitgeteilt werden. Diese Voraussetzung muss im HR-Kontext organisatorisch entsprechend umgesetzt werden.

Für **Bewerbungen** bieten sich in diesem Zusammenhang bspw folgende Möglichkeiten an:

- Bei Bewerbungen über ein Online-Tool sollte die Datenschutzerklärung vom Bewerber vor Absenden der Bewerbung zur Kenntnis genommen werden (bspw mittels vom Bewerber anzuklickender Checkbox).
- Bei Bewerbungen, die per E-Mail oder per Post einlangen, sollte möglichst vor Bearbeitung der Bewerbung sichergestellt sein, dass die Bewerber die Datenschutzerklärung zur Kenntnis nehmen. Die DSGVO macht keine konkreten Vorgaben, sodass jeder Verantwortliche unter Berücksichtigung der bestehenden Abläufe die Datenschutzerklärung „einbauen" muss.
- Bei Abschluss des Dienstvertrags könnte die aktuelle Version der Datenschutzerklärung für Mitarbeiter direkt bei Unterzeichnung übergeben und die Kenntnisnahme vom Mitarbeiter bestätigt werden. Darüber hinaus sollte die Datenschutzerklärung in einem allenfalls vorhandenen Intranet abrufbar sein.

PRAXISTIPP

- **Erstellen Sie Datenschutzerklärungen gem Art 13 und (sofern relevant) Art 14 DSGVO auch für Bewerber und Mitarbeiter. Sie können die Informationspflichten in einem Dokument abbilden oder für Bewerber**

[1] Art. 29 Data Protection Working Party, Opinion 2/2017 on data processing at work, WP 249, 11. [2] Art. 29 Data Protection Working Party, Opinion 2/2017 on data processing at work, WP 249, 22. [3] Die Art. 29-Datenschutzgruppe vertrat in der RL Opinion 2/2017 on data processing at work, WP 249, 23, hierzu: *„Employees are almost never in a position to freely give, refuse or revoke consent, given the dependency that results from the employer/employee relationship."*

und Mitarbeiter eine separate Datenschutzerklärung machen.
- Achten Sie bei der Erstellung der Datenschutzerklärung für Bewerber und Mitarbeiter auf eine präzise, klare und einfache Sprache. Das Dokument sollte übersichtlich gestaltet sein und den betroffenen Personen ermöglichen, zu erfahren, was mit ihren Daten gemacht wird.

Wie lange dürfen HR-Daten aufbewahrt werden und wann sie sind zu löschen?

Sie bewahren alte Bewerbungsunterlagen und Personalakten so lange auf, wie sie im Archiv Platz finden? Aus HR-Perspektive verständlich, aber nicht unbedingt DSGVO-konform. Die DSGVO sieht auch für HR-Daten die Grundsätze der Speicherbegrenzung und der Datenminimierung vor. Wie lange welche HR-Daten konkret gespeichert oder aufbewahrt werden dürfen, verrät die DSGVO nicht. Dies richtet sich nach den jeweiligen anwendbaren nationalen Rechtsvorschriften. Es sollte daher auch für HR-Daten eine **Aufbewahrungsrichtlinie** bzw ein **Löschkonzept** erarbeitet werden.

Eine pauschale Aussage, dass der Personalakt nach drei Jahren zu löschen ist, ist in dieser Allgemeinheit ebenso kritisch wie die pauschale Aussage, dass der Personalakt jedenfalls 30 Jahre aufbewahrt werden muss, weil der Anspruch des AN auf Ausstellung eines Dienstzeugnisses erst nach 30 Jahren verjährt.

Besonders betreffend Aufbewahrung von HR-Daten herrscht in der betrieblichen Praxis aufgrund der mangelnden Vorgaben der DSGVO viel **Rechtsunsicherheit**. Erst die Rechtsprechung wird zeigen, welche Maßstäbe hier anzusetzen sind.

Bspw hat die DSB ausgesprochen, dass **Bewerberdaten** idR sieben Monate nach Bewerbungseingang aufbewahrt werden dürfen.[4] Der zusätzlich zu der sechsmonatigen Frist nach § 29 Abs 1 GlBG berücksichtigte Monat wird begrüßenswerterweise damit begründet, dass der postalische Klageweg einzuberechnen sei. Von der DSB offenbar unberücksichtigt blieb, dass das GlBG als **Fristbeginn** für die sechs Monate zur Geltendmachung von Ansprüchen die **Kenntnis von der Ablehnung der Bewerbung** und nicht „nach Bewerbungseingang" vorsieht, sodass das fristauslösende Ereignis für die **6+1 Monate** richtigerweise die **Absage** und nicht bereits der Bewerbungseingang zulässig sein sollte.

Sollen Bewerberdaten **länger als diesen Zeitraum** aufbewahrt oder verarbeitet werden, sollte die **Einwilligung** des Bewerbers zur Evidenzhaltung und/oder Verarbeitung für andere Stellen eingeholt werden. Diese Einwilligung ist eine der oben erwähnten wenigen Fälle, wo die Einwilligung im Beschäftigungskontext eine sinnvolle Rechtsgrundlage ist.

Hinsichtlich der Aufbewahrung von Daten bestehender oder ehemaliger Mitarbeiter ist nach den **einzelnen Verarbeitungsvorgängen zu differenzieren**. Als Orientierung können bspw folgende, im HR-Bereich relevanten, Verjährungsfristen herangezogen werden:

- Entgelt/Payroll und Abgabenpflicht: 7 Jahre ab Schluss des jeweiligen Kalenderjahrs (§§ 124, 132 BAO)
- sozialversicherungsrechtliche Unterlagen: 5 Jahre ab Fälligkeit der Beiträge (§ 68 ASVG)
- Jugendlichenverzeichnis: bei Neuanlage 2 Jahre nach der letzten Eintragung (§ 26 KJBG)
- Ausstellung eines Dienstzeugnisses: 30 Jahre ab Austritt des Mitarbeiters (§ 1478 ABGB)

Bei **laufenden gerichtlichen oder behördlichen Verfahren** im HR-Kontext, wie bspw einem Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission, einer Kündigungsanfechtungsklage oder einem Verfahren wegen Lohn- und Sozialdumpings, ist eine Aufbewahrung auch über die Dauer der Verjährungsfristen hinaus bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens zulässig und anzuraten.

Sofern der Zeitpunkt der Löschung gekommen ist, stellt sich die Frage, in welcher Art und Weise die Löschung durchzuführen ist. Die kürzlich veröffentlichte Entscheidung der DSB[5] zum **Recht auf Löschung und zur Anonymisierung** ist dabei auch im HR-Kontext interessant: Der Verantwortliche argumentierte ua, es könne durch die von ihm vorgenommene Anonymisierung kein Personenbezug zum Beschwerdeführer mehr hergestellt werden, wodurch dem Recht auf Löschung der betroffenen Person entsprochen worden sei. Die vom Verantwortlichen getroffenen Maßnahmen wurden in diesem Fall von der DSB als ausreichend beurteilt. Die DSB vertritt in der Entscheidung die Ansicht, dass aufgrund der Entfernung des Personenbezugs durch die Beschwerdegegnerin dem Löschbegehren vollständig entsprochen wurde, sodass keine personenbezogenen Daten im Sinne der DSGVO mehr verarbeitet werden. Es müsse jedoch sichergestellt werden, dass weder der Verantwortliche selbst noch ein Dritter ohne unverhältnismäßigen Aufwand einen Personenbezug wiederherstellen kann. Im HR-Kontext könnte aus dieser Entscheidung abgeleitet werden, dass die **Überschreibung von Personenstammdaten** und die dadurch erfolgte **Entfernung des Personenbezugs zur faktischen Löschung** führen.

IZm der Löschung ist ebenso wie iZm allen anderen DSGVO-Maßnahmen wichtig, die jeweils gewählten Maßnahmen ausreichend zu **dokumentieren**, damit diese im Fall eines Verfahrens nachgewiesen werden können.

PRAXISTIPP

- Erarbeiten Sie eine Aufbewahrungsrichtlinie bzw ein Löschkonzept für Daten und Dokumente von Bewerbern, Mitarbeitern und sonstigen Beschäftigten.
- Vergessen Sie dabei nicht auf die Daten von überlassenen Arbeitskräften, Werkvertragsnehmern und freien Dienstnehmern.
- Überprüfen Sie Ihre HR-Systeme dahingehend, ob die nach der DSGVO erforderlichen Löschungen vorgesehen sind.

Welche DSGVO-Maßnahmen sind im HR-Kontext noch zu setzen?

Neben den oben beschriebenen Verpflichtungen sieht die DSGVO noch weitere Bereiche vor, in denen möglicherweise Handlungsbedarf besteht. Dazu zählen ua:

- nachweisliche Verpflichtung von Mitarbeitern auf die Einhaltung des Datengeheimnisses;
- regelmäßige Schulung der Mitarbeiter im Hinblick auf das Datengeheimnis sowie die Einhaltung der DSGVO im betrieblichen Alltag;
- Richtlinien und Handlungsanweisungen an Mitarbeiter zur Sicherstellung der Einhaltung der DSGVO im betrieblichen Alltag;
- Berechtigungskonzept und Zugriffskonzept für HR-Daten;

[4] DSB-D123.085/0003-DSB/2018 Dako 2018/70. [5] DSB-D123.270/0009-DSB/2018 Dako 2019/30 in diesem Heft Seite 45.

- Sicherstellung der Datensicherheit für HR-Daten;
- Involvierung des Betriebsrats und gegebenenfalls Abschluss von Betriebsvereinbarungen;
- Abschluss von Auftragsverarbeitervereinbarungen mit Dienstleistern im Personalbereich und mit Konzerngesellschaften;
- Überarbeitung der Dienstverträge;
- Sicherstellung der Einhaltung des Datengeheimnisses auch nach Ende des Dienstverhältnisses;
- arbeitsrechtliche Maßnahmen bei Verstößen gegen das Datengeheimnis.

Dako 2019/26

Zum Thema

Über die Autorin

Dr. Anna Mertinz ist Partnerin und Rechtsanwältin mit Spezialisierung im Arbeitsrecht und Datenschutzrecht bei KWR Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH.
E-Mail: anna.mertinz@kwr.at, Internet: www.kwr.at

Hinweis

Zu den weiteren Maßnahmen im HR-Kontext folgt ein Beitrag in einem der kommenden Hefte der Dako.

Zum Thema Background-Checks bei Bewerbern in der Dako erschienen

- *Dolamic*, Background-Checks bei Bewerbern, Dako 2017/65;
- *Hitz*, Internet-Recherchen über BewerberInnen – warum und in welcher Form Background-Checks doch möglich sind, Dako 2018/8;
- *Maier B.*, Datenschutzrechtliche Zulässigkeit von Background-Checks bei Bewerbern, Dako 2018/65.