

«Diversity Monitoring» – Diskriminierungsschutz im Spannungsverhältnis zum Schutz besonders schützenswerter Personendaten

FRÉDÉRIC BARTH*/ISABELLE WILDHABER**

Schlagwörter: Diversity Monitoring, Diversitäts-Befragungen, Diversity & Inclusion, Datenschutz, Diversitätsdaten, besonders schützenswerte Personendaten, Datenbearbeitung im Arbeitsverhältnis, Diskriminierungsschutz

A. Einleitung

Im Rahmen von Initiativen zu Diversität & Inklusion gehen immer mehr Unternehmen dazu über, die Ethnie, Nationalität, sexuelle Orientierung oder religiöse Zugehörigkeit ihrer Arbeitnehmenden zu erfragen, um basierend auf diesen Daten ihr Diversity Management zu verbessern. Auch in der Schweiz gewinnt das Phänomen «Diversity Monitoring» zunehmend an Bedeutung. Bekanntheit erlangte beispielsweise im Jahr 2021 die Umfrage der Grossbank UBS, welche die Ethnie ihrer Mitarbeitenden in der Schweiz in Erfahrung bringen wollte. Im Intranet des Unternehmens konnten die Angestellten zwischen verschiedenen Optionen wie «Asian», «Black», «Latin American», «White» oder Kombinationen hiervon wählen. Auch «Prefer not to say» stand zur Auswahl.¹

* MLaw, Advokat, LL.M.-Kandidat und Trinity External Research Student an der University of Cambridge, Trinity College.

** Prof. Dr. iur., LL.M., Advokatin, Ordinaria für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen, Direktorin Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitswelten der Universität St. Gallen (FAA-HSG). Sämtliche Internetquellen wurden zuletzt Mitte Dezember 2022 besucht. Wo sinnvoll, werden nebst den geltenden Bestimmungen des DSG jeweils diejenigen des revidierten DSG (revDSG) zitiert, welche derzeit noch nicht in Kraft sind.

¹ <<https://www.beobachter.ch/arbeit/arbeitsrecht/diversity-programme-darf-die-firma-fragen-wie-weiss-ich-bin-350883>>; <<https://www.20min.ch/story/die-ubs-fragt-jetzt-ihre-mitarbeitenden-welche-hautfarbe-sie-haben-720605983576>>.

Die Umfrage löste Irritationen aus; die UBS bemühe überwunden geglaubte Stereotype, so die Reaktion von gewissen Mitarbeitenden und Medien.² Die Bank hatte aber genau das Gegenteil im Sinn, nämlich den Überblick über die Zusammensetzung der Belegschaft und die Möglichkeit, benachteiligte Gruppen über Talentprogramme und Mentorings fördern zu können. Dies zeigt, dass Diversity Monitorings – obwohl vom hehren Anliegen des Diskriminierungsschutzes getragen – von Betroffenen als abwertende Einteilung in verpönte Kategorien empfunden werden können; man kann in diesem Zusammenhang auch von einer «Stabilisierung der Exklusion durch Benennung der Exkludierten» sprechen.³

Diese und andere Bedenken führten im Nachgang der UBS-Umfrage zu einer Diskussion über die rechtliche Zulässigkeit von Diversity Monitorings.⁴ Anders als etwa in den USA, wo solche Erhebungen zwingend durchzuführen sind (unten B.), besteht nämlich in der Schweiz ein gut ausgebauter Schutz vor der Bearbeitung derartiger sensibler Personendaten. Fragen nach der Vielfältigkeit der Belegschaft nagen deshalb am Schweizer Rechtsverständnis: Sind Hautfarbe und sexuelle Präferenzen nicht Privatsache? Verletzen solche Erhebungen nicht die Privatsphäre der Mitarbeitenden? Gleichzeitig verlangen internationale Konzerngesellschaften von ihren Töchtern vermehrt, Diversity Monitorings durchzuführen, um eine Momentaufnahme der konzernweiten Vielfalt erstellen zu können. Während also das Bedürfnis nach Diversitäts-Zahlen wächst, ist die Verunsicherung über die Rechtmässigkeit des Sammelns solcher Daten weiterhin gross.

Der vorliegende Beitrag widmet sich deshalb dem Spannungsverhältnis, das sich beim Diversity Monitoring zwischen den Diversitäts- und Inklusionsbemühungen von Arbeitgeberinnen einerseits und dem Schutz der Personendaten von Arbeitnehmenden andererseits ergibt. Wir erläutern hierfür zunächst die wichtigsten Charakteristika von Diversity Monitorings (B.). Alsdann wird der Rechtsrahmen der Bearbeitung von Diversitätsdaten dargestellt (C.), um anschliessend auf einige datenschutz- und arbeitsrechtliche Anforderungen an derartigen Erhebungen einzugehen (D. und E.). Schliesslich zeigen wir auf,

welche Möglichkeiten zur Rechtfertigung von Diversitäts-Befragungen bestehen (F.) und welches die Konsequenzen einer ungerechtfertigten Bearbeitung sind (G.), gefolgt von einem Fazit (H.).

B. Was ist unter «Diversity Monitoring» zu verstehen?

Es handelt sich bei Diversity Monitorings um *systematische Personalbefragungen zu gewissen Diversitätsmerkmalen*. Diese Befragungen können darauf zielen, Handlungsbedarf hinsichtlich der Unternehmenskultur, der Förderung von Minderheiten etc. zu identifizieren und das bestehende Diversity Management empirisch zu überprüfen.⁵ Auch Investmentfirmen machen vermehrt ihre Beteiligungen an Unternehmen von deren Diversity Performance abhängig.

Den Anstoss zur systematischen Erhebung von Diversitätsdaten gab v.a. das US-amerikanische *Civil Rights Movement* der 1950er- und -60er-Jahre.⁶ Der Civil Rights Act von 1964 führte ein Verbot der Diskriminierung im Arbeitsverhältnis ein, wobei «race, color, religion, sex, [and] national origin» als verpönte Merkmale identifiziert wurden.⁷ Zwecks wirksamer Überprüfung dieser Diskriminierungsverbote wurde mit dem Civil Rights Act auch eine Pflicht zur Erfassung diesbezüglicher Daten statuiert.⁸ In den USA sind Unternehmen mit über 100 Arbeitnehmenden verpflichtet, ihre Diversität regelmässig auszuweisen. Die Daten sind heute der Equal Employment Opportunity Commission (EEOC) zu übermitteln.⁹

In den kontinentaleuropäischen Rechtsraum haben derartige Datenerhebungen erst seit Kurzem Einzug erhalten. Angetrieben wird diese Entwicklung nebst den Einflüssen aus den Vereinigten Staaten v.a. durch die zunehmenden *Berichterstattungspflichten über nichtfinanzielle Belange*. So sieht etwa die CSR-Richtlinie der EU die Erstellung eines Diversitätskonzepts vor.¹⁰ Auch in der Schweiz bestehen neuerdings gewisse Anforderungen an das Reporting von Diversitätsdaten (dazu unten E. I.2.c.). Im Rechtsraum der EU dürften darüber hinaus auch die Antidiskriminierungsrichtlinien¹¹ sowie die jeweilige nationale Umsetzungsgesetzgebung (z.B. das Allgemeine Gleichbehandlungs-

2 <https://www.finews.ch/news/banken/47704-ubs-diversity-ethnien-fragebogen>; <https://www.20min.ch/story/die-ubs-fragt-jetzt-ihre-mitarbeitenden-welche-hautfarbe-sie-haben-720605983576>.

3 MEHRDAD PAYANDEH, Diversität in Rechtspraxis und Rechtsforschung, Hamburger Verein für Arbeitsrecht, 27.10.2021. Es kann als rassistisch wahrgenommen werden, dass Menschen überhaupt in ethnische Kategorien eingeteilt werden, auch wenn dies Diversitäts-Zwecken dienen soll. So wurde eine Studie der Universität Rostock, welche die fehlende Diversität im deutschen Fernsehen untersuchte, von der Bild betitelt mit: «Rassismus-Skandal – Rassen-Einteilung an der Uni Rostock», <https://www.bild.de/video/clip/bild-tv/woke-wahnsinn-uni-studie-gegen-rassismus-teilt-menschen-in-rassen-ein-77989840.bild.html>. Besonders heikel könnte z.B. auch die Befragung der Ethnie bei aus dem Ausland Adoptierten sein, die sich nicht einmal einer Ethnie zugehörig fühlen.

4 Vgl. <https://www.beobachter.ch/arbeit/arbeitsrecht/diversity-programme-darf-die-firma-fragen-wie-weiss-ich-bin-350883>.

5 LARS POWIERSKI/WOLFGANG WITTEK, Diversity-Befragungen, Der Betrieb 2021, S. 1944–1951, S. 1944.

6 Vgl. MARK JOHNSON, Making diversity count: equality and diversity monitoring, Diversity and Equality in Health and Care 2012, S. 291–296, S. 291; GÜNTHER VEDDER, Die historische Entwicklung von Diversity Management in den USA und in Deutschland, in: Gertraude Krell/Hartmut Wächter (Hrsg.), Diversity Management, München/Mering 2006, S. 1–23, S. 2 ff.

7 42 U.S.C. § 2000e-2. Nicht sämtliche Arbeitgeberinnen fallen unter die Bestimmungen, vgl. 42 U.S.C. § 2000e(b).

8 42 U.S.C. § 2000e-8(c).

9 <https://www.eeoc.gov/employers/eeo-data-collections>.

10 RL 2014/95/EU Art. 1 Ziff. 2.

11 RL 2000/78/EG, RL 2006/54/EG, RL 2004/113/EG und RL 2000/43/EG.

gesetzt in Deutschland) entscheidende Impulse gegeben haben. Basierend auf den Richtlinien wurde namentlich das Europäische Handbuch zu Gleichstellungsdaten erstellt, welches eine ganze Reihe an Empfehlungen zur Erhebung von Diversitätsdaten enthält, insbesondere auch für Arbeitgeberinnen.¹²

Die Literatur verweist auf folgende Angaben, welche regelmässig beim Diversity Monitoring erhoben werden:¹³ *Alter, Behinderungen, Ethnie, Nationalität, Religion, Geschlecht und sexuelle Orientierung*. Diese Merkmale stimmen weitestgehend mit den Kerndimensionen der Diversität nach GARDENSWARTZ & ROWE, den Gründungsfiguren des modernen Diversitätsmanagements, überein: «age, gender, sexual orientation, physical ability, ethnicity, race».¹⁴ Eine Untersuchung in Deutschland hat ergeben, dass sich die Diversitätsberichterstattung dort meistens auf Geschlecht, Alter, Beruf- und Bildungshintergrund bezieht.¹⁵ Wir fassen die unterschiedlichen Angaben, welche anlässlich von Diversity Monitoring erhoben werden, nachfolgend unter dem Begriff *Diversitätsdaten* bzw. «Diversity Data» zusammen.

Um sinnvolle Aussagen über die Diversität und Inklusion in einem Unternehmen machen zu können, wird es in der Regel nicht ausreichen, lediglich die vorgenannten Diversitätsmerkmale zu erheben. Vielmehr lässt erst deren *Verknüpfung mit arbeitsplatzbezogenen Informationen* (Lohn, Stellung im Unternehmen, Karriereentwicklung etc.) aussagekräftige Schlüsse zu:¹⁶ Beispielsweise ist die Feststellung, dass in einem Unternehmen ein Frauenanteil von über 50% besteht, für sich genommen wenig hilfreich. Erst die Kontextualisierung mit Angaben zur Position im Unternehmen kann dann etwa ersichtlich machen, dass bloss 19% der Geschäftsleitungsmitglieder weiblich sind und diesbezüglich Handlungsbedarf besteht.¹⁷

Die Mehrheit von Behörden und Nichtregierungsorganisationen empfiehlt, Diversity Data auf *freiwilliger* Basis zu erheben und die Teilnahme der Arbeit-

nehmenden demnach von deren Einwilligung abhängig zu machen.¹⁸ Ob unfreiwillige Diversitätsbefragungen überhaupt zulässig sind und welche Anforderungen an die Einwilligung der Arbeitnehmenden gestellt werden müssen, sind freilich rechtliche Fragen, die es nachfolgend zu klären gilt.

Im Zusammenhang mit der Erhebung von Diversity Data wird schliesslich diskutiert, ob die entsprechenden Daten in *anonymisierter* oder aber in *identifizierbarer* Form erhoben werden sollen. Für eine Anonymisierung sprechen insbesondere Aspekte des Datenschutzes. Überdies steigern anonyme Erhebungen in der Regel die Antwortquoten unter den befragten Mitarbeitenden. Allerdings wird vorgebracht, dass der Nutzen anonymisierter Daten begrenzt sei. Beispielsweise könnten sie nicht benutzt werden, um Entwicklungen bestimmter Personen mitzuverfolgen oder konkrete Ursachen für festgestellte Diskriminierungsmuster zu ermitteln.¹⁹ Überdies sei es gerade in kleineren Unternehmen oftmals gar nicht möglich, Diversitätsdaten derart zu anonymisieren, dass keine Rückschlüsse auf konkrete Arbeitnehmende gemacht werden könnten.²⁰ Wie wir nachfolgend (C.I.) sehen werden, hat auch die Entscheidung für oder gegen die Anonymisierung wichtige rechtliche Auswirkungen auf die Ausgestaltung eines Diversity Monitorings.

C. Bearbeitung von Diversitätsdaten

I. Anwendung von DSG und Art. 328b OR

Eine Bearbeitung von Diversitätsdaten ist nur im Rahmen der *arbeits- und datenschutzrechtlichen Bestimmungen* zulässig. Relevant ist einerseits Art. 328b OR und andererseits das DSG.²¹ Art. 328b OR sieht vor, dass Daten im Arbeitsverhältnis nur bearbeitet werden können, soweit sie die Eignung des Arbeitnehmers für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Im Übrigen verweist Art. 328b OR auf das DSG. Bei der Datenbearbeitung im Arbeitsverhältnis gelangt also nebst Art. 328b OR auch das DSG, insbesondere dessen Begriffsbestimmungen und Bearbeitungsgrundsätze, integral zur Anwendung.²²

12 Europäische Kommission, Europäisches Handbuch zu Gleichstellungsdaten, Luxemburg 2007, S. 95 ff., <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4707813a-adb4-444a-8eb-d-b20607917d18>>.

13 JOHNSON (Fn. 6), S. 291; Chartered Institute of Personnel and Development (CIPD), Diversity Management That Works, London 2019, S. 17, <https://www.cipd.co.uk/Images/7926-diversity-and-inclusion-report-revised_tcm18-65334.pdf>; LEWIS SILKIN, Diversity monitoring: what to collect and how to comply with the law, <<https://www.lewissilkin.com/en/insights/diversity-monitoring-what-to-collect-and-how-to-comply-with-the-law>>; vgl. auch VEDDER (Fn. 6), S. 12; Equality and Human Rights Commission (UK), Employment Statutory Code of Practice, 2011, S. 291 ff., <<https://www.equalityhumanrights.com/sites/default/files/employercode.pdf>>.

14 LEE GARDENSWARTZ/ANITA ROWE, *Diverse Teams at Work: Capitalizing on the Power of Diversity*, 4. Aufl., Virginia 2008, S. 33.

15 SEAN NEEDHAM/STEFAN MÜLLER, «Diversity Reporting»: Erste empirische Erkenntnisse aus der Umsetzung der CSR-Richtlinie, IRZ 2018, S. 345–350, S. 348.

16 Vgl. auch CIPD (Fn. 13), S. 17.

17 Diese 19% sind der aktuelle Durchschnittswert in den Geschäftsleitungen der SMI-Unternehmen gemäss Schillingreport 2022, <<https://www.schillingreport.ch/de/schillingreport-2022/>>.

18 Vgl. z.B. CIPD (Fn. 13), S. 22; Europäische Kommission (Fn. 12), S. 100.

19 Vgl. Europäische Kommission (Fn. 12), S. 100 f.

20 Vgl. Europäische Kommission (Fn. 12), S. 100 f.

21 Vgl. etwa WOLFGANG PORTMANN/ISABELLE WILDHABER, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, N 431 ff.; KURT PÄRLI, in: Bruno Baeriswyl/Kurt Pärli (Hrsg.), *Stämpfli Handkommentar Datenschutzgesetz*, Bern 2015, Art. 328b OR N 1 ff.

22 ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, *Praxiskommentar Arbeitsvertrag*, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 328b N 3; PÄRLI (Fn. 21), Art. 328b OR N 15.

II. Begriff der Personendaten

Das DSG und auch Art. 328b OR bezwecken den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von Personen (vgl. Art. 1 DSG; Art. 1 revDSG). Entsprechend sind die Gesetzesbestimmungen nur auf *Personendaten* anwendbar. Sachdaten sind hingegen vom sachlichen Geltungsbereich ausgeschlossen.²³

Art. 3 lit. a DSG (Art. 5 lit. a revDSG) definiert als Personendaten «alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen». Ist die entsprechende Person nicht *zumindest bestimmbar*, so sind die Angaben keine Personendaten und ist auf ihre Bearbeitung das Datenschutzrecht nicht anwendbar.²⁴ In der Schweiz richtet sich die Bestimmbarkeit nach der *relativen Methode*: Es wird aus dem Blickwinkel des Datenbearbeiters ermittelt, ob für diesen die Identifikation einer Person möglich ist (objektives Element) und ob er unter Berücksichtigung des damit verbundenen Aufwands auch ein Interesse an einer Identifizierung hat (subjektives Element).²⁵

Zentral ist daher die Frage, ob die anlässlich einer Diversitätsbefragung erhobenen Daten mit den jeweiligen Arbeitnehmenden in Verbindung gebracht werden können.²⁶ Dies wird zunächst dann der Fall sein, wenn die Arbeitnehmenden-Befragung unter Angabe des Namens oder eines anderweitigen direkten Identifikationsmerkmals (z.B. Personalnummer, AHV-Nummer o.Ä.) erfolgt.²⁷

Bestimmbar sind die Arbeitnehmenden indes auch, wenn aufgrund der Kombination ihrer Antworten oder aufgrund des sonstigen Kontextes Rückschlüsse auf ihre Identität möglich sind.²⁸ Hierbei gilt es zu beachten, dass oftmals erst die parallele Erhebung von anderen arbeitsplatzbezogenen Daten (z.B. Position im Unternehmen) ein sinnvolles Diversity Monitoring ermöglicht (oben B.). Selbst bei vermeintlich anonymisierten Befragungen wird es deshalb

regelmässig ohne allzu grossen Aufwand möglich sein, aus der Kombination der Antworten – beispielsweise von Geschlecht, Alter und spezifischer beruflicher Stellung – die entsprechenden Arbeitnehmenden zu ermitteln.²⁹

Nur in den seltensten Fällen dürften demnach die Angaben unternehmensintern dergestalt anonymisiert³⁰ werden können, dass Rückschlüsse auf konkrete Arbeitnehmende nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand möglich sind.³¹ Weiter sprechen auch gewisse faktische Gründe gegen eine anonymisierte Befragung (oben B.). Zu beachten ist schliesslich, dass der eigentliche Vorgang der Anonymisierung von Personendaten ebenfalls eine datenschutzrechtlich relevante Bearbeitung von Personendaten ist, auch wenn anschliessend keine Personendaten mehr bestehen.³²

Alles in allem liegt bei Diversity Monitoring somit im Normalfall eine *Bearbeitung von Personendaten* vor. Dies hat zur Folge, dass Art. 328b OR und das DSG auf die entsprechenden Vorgänge anwendbar sind.

III. Begriff der besonders schützenswerten Personendaten

Für Personendaten, welche die Persönlichkeit der betroffenen Person besonders einschneidend berühren können, sieht das DSG einen erhöhten Schutz vor.³³ Es stellt dabei jeweils auf den Begriff der «besonders schützenswerten Personendaten» ab.³⁴

Unter geltendem Recht zählt Art. 3 lit. c DSG *abschliessend* auf, welche Personendaten besonderen Schutz erfahren.³⁵ Besonders schützenswert sind nach der Bestimmung Personendaten über die religiösen, weltanschaulichen, politischen oder gewerkschaftlichen Ansichten oder Tätigkeiten (Ziff. 1), die Gesundheit, die Intimsphäre oder die Rassenzugehörigkeit (Ziff. 2), Massnahmen der sozialen Hilfe (Ziff. 3) sowie administrative oder strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen (Ziff. 4).

Das *revDSG* klassifiziert *zusätzlich* auch die Zugehörigkeit zu einer Ethnie als besonders schützenswert (Art. 5 lit. c Ziff. 2 revDSG). Ebenfalls neu erfasst

23 GABOR P. BLECHTA, in: Urs Maurer-Lambrou/Gabor P. Blechta (Hrsg.), Basler Kommentar DSG/BGÖ, 3. Aufl., Basel 2014, Art. 3 DSG N 3.

24 BEAT RUDIN, in: Bruno Baeriswyl/Kurt Pärli (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar Datenschutzgesetz, Bern 2015, Art. 3 N 10.

25 BGE 136 II 508 E. 3.2. Dies wird auch unter revidiertem DSG der Fall sein, vgl. DAVID ROSENTHAL, Das neue Datenschutzgesetz, Jusletter 16.11.2020, N 19. An anderer Stelle wurde diese Methode bereits kritisiert, vgl. GABRIEL KASPER/ISABELLE WILDHABER, Big Data am Arbeitsplatz in Schweizer Unternehmen: datenschutz- und arbeitsrechtliche Herausforderungen von People Analytics in Schweizer Unternehmen, in: Ueli Kieser/Kurt Pärli/Ursula Uttinger (Hrsg.), Datenschutztagung 2018, Ein Blick auf aktuelle Rechtsentwicklungen, Zürich/St. Gallen 2019, S. 189–232, S. 215 ff.

26 Vgl. BLECHTA (Fn. 23), Art. 3 DSG N 7.

27 DAVID ROSENTHAL, in: David Rosenthal/Yvonne Jöhri, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich 2008, Art. 3 N 21; POWIERSKI/WITTEK (Fn. 5), S. 1946.

28 Vgl. PÄRLI (Fn. 21), Art. 328b OR N 16; BLECHTA (Fn. 23), Art. 3 DSG N 10; eingehend im Kontext von People Analytics KASPER/WILDHABER (Fn. 25), S. 211 ff.; GABRIEL KASPER, People Analytics in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen, Zürich/St. Gallen/Baden-Baden 2021, S. 157 ff.

29 Ähnlich auch POWIERSKI/WITTEK (Fn. 5), S. 1946 f. Vgl. zur Re-Identifizierbarkeit von Daten der Arbeitnehmenden KASPER (Fn. 28), S. 157 ff.

30 Vgl. hierzu und zur Pseudonymisierung ROSENTHAL (Fn. 27), Art. 3 N 35 f.

31 Zu unterscheiden hiervon ist die weitere Verwendung der anonymisierten/pseudonymisierten Ergebnisse ausserhalb des Unternehmens. Wird beispielsweise ein öffentlicher Diversity Report für die interessierte Öffentlichkeit erstellt, ist die Frage des Vorliegens von Personendaten u.U. wieder anders zu beurteilen, vgl. ROSENTHAL (Fn. 27), Art. 3 N 35.

32 ROSENTHAL (Fn. 27), Art. 3 N 63.

33 YVONNE JÖHRI, in: David Rosenthal/Yvonne Jöhri, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich 2008, Art. 3 N 42.

34 Vgl. zur Kritik an der abstrakten Kategorisierung gewisser besonders schützenswerter Daten, RUDIN (Fn. 24), Art. 3 N 20 ff.; JÖHRI (Fn. 33), Art. 3 N 42.

35 BLECHTA (Fn. 23), Art. 3 DSG N 30; RUDIN (Fn. 24), Art. 3 N 22.

sind genetische Daten (Art. 5 lit. c Ziff. 3 revDSG) und biometrische Daten, die eine natürliche Person eindeutig identifizieren (Art. 5 lit. c Ziff. 4 revDSG).³⁶

Es fragt sich, welche der bei Diversitätsbefragungen regelmässig erhobenen Merkmale als besonders schützenswert zu qualifizieren sind:

Merkmal	Qualifikation	
<i>Religion, Weltanschauung</i>	Angaben zur Religionszugehörigkeit bzw. religiösen Einstellung fallen unter die religiösen Ansichten oder Tätigkeiten gemäss Art. 3 lit. c Ziff. 1 DSG. ³⁷ Auch sonstige weltanschauliche Ansichten sind explizit von Art. 3 lit. c Ziff. 1 DSG erfasst.	✓
<i>Sexuelle Orientierung</i>	Angaben zu sexuellen Aktivitäten und Präferenzen gehören zur Intimsphäre im Sinne von Art. 3 lit. c Ziff. 2 DSG. ³⁸	✓
<i>Behinderung</i>	Angaben zu allfälligen Behinderungen sind vom Begriff der Gesundheitsdaten nach Art. 3 lit. c Ziff. 2 DSG erfasst, da sie Rückschlüsse auf den geistigen oder körperlichen Gesundheitszustand einer Person zulassen. ³⁹ Weiter kann auch die Intimsphäre gemäss Art. 3 lit. c Ziff. 2 DSG betroffen sein. ⁴⁰ Werden in diesem Zusammenhang Sozialversicherungsleistungen erfragt (namentlich Leistungen der IV), so ist Art. 3 lit. c Ziff. 3 DSG ebenfalls betroffen. ⁴¹	✓
<i>Ethnie</i>	Bei Daten über die ethnische Zugehörigkeit einer Person gilt es zu unterscheiden: Wird das, was man im englischen Sprachraum als «race» bezeichnet, erfragt (wie etwa im einleitenden Beispiel, oben A.), so ist die Rassenzugehörigkeit im Sinne von Art. 3 lit. c Ziff. 3 DSG betroffen. ⁴² Hingegen soll die Ethnie im Sinne der Zugehörigkeit zu einer Gruppierung mit gemeinsamer Geschichte, Tradition etc. nicht unter den Begriff der Rassenzugehörigkeit, sondern unter die religiösen oder weltanschaulichen Ansichten im Sinne von Art. 3 lit. c Ziff. 1 DSG fallen. ⁴³ Unter dem revDSG wird die ethnische Zugehörigkeit eine eigene Kategorie von besonders schützenswerten Personendaten darstellen (Art. 5 lit. c Ziff. 2 revDSG).	✓

36 Botschaft zum revDSG vom 15.9.2017, BBl 2017 6941 ff., S. 7020. Aktuell ist vorgesehen, das neue Datenschutzrecht auf den 1.9.2023 in Kraft zu setzen, <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung.html>>.

37 Unter Bezugnahme auf die Angabe der Religionszugehörigkeit im Personaldossier, BLECHTA (Fn. 23), Art. 3 DSG N 32; RUDIN (Fn. 24), Art. 3 N 25.

38 Unter spezifischer Bezugnahme auf die Homosexualität, JÖHRI (Fn. 33), Art. 3 N 49; BLECHTA (Fn. 23), Art. 3 DSG N 35 f.; RUDIN (Fn. 24), Art. 3 N 26; Botschaft revDSG (Fn. 36), S. 7020. Unter Art. 9 der Verordnung (EU) 2016/679 (DSGVO) sind Daten zum Sexualleben und zur sexuellen Orientierung explizit besonders geschützt.

39 BLECHTA (Fn. 23), Art. 3 DSG N 33; JÖHRI (Fn. 33), Art. 3 N 48.

40 Vgl. JÖHRI (Fn. 33), Art. 3 N 49.

41 BLECHTA (Fn. 23), Art. 3 DSG N 38.

42 Vgl. RUDIN (Fn. 24), Art. 3 N 26; JÖHRI (Fn. 33), Art. 3 N 50, welche offenbar auf die Terminologie in Art. 261^{bis} StGB abstellt.

43 JÖHRI (Fn. 33), Art. 3 N 50.

Merkmal	Qualifikation	
<i>Geschlecht</i>	Die Geschlechtsidentität kann vom Begriff der Intimsphäre oder der Gesundheitsdaten gemäss Art. 3 lit. c Ziff. 2 DSG erfasst sein. ⁴⁴	✓
<i>Alter</i>	Angaben zum Alter können der Kategorie der Gesundheitsdaten zugeordnet werden, da das Alter Rückschlüsse auf den Gesundheitszustand einer Person zulässt. ⁴⁵	✓
<i>Nationalität</i>	Angaben zur Nationalität sind keine besonders schützenswerten Personendaten. Insbesondere dürfte die Nationalität nicht von der Kategorie der ethnischen Zugehörigkeit erfasst sein. ⁴⁶	✗

Die vorstehende Auflistung zeigt, dass Diversitätsdaten oftmals als besonders schützenswerte Personendaten zu qualifizieren sind. Dies führt zur Anwendbarkeit einer ganzen Reihe spezieller Rechtsfolgen, bei privaten Datenbearbeitern namentlich Folgende:⁴⁷

- Eine Einwilligung in die Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten muss *ausdrücklich* erfolgen (Art. 4 Abs. 5 DSG; Art. 6 Abs. 7 lit. a revDSG; dazu unten F.I.3.).
- Es existiert u.U. eine Pflicht zur *Registrierung der Datensammlung*, wenn Private regelmässig besonders schützenswerte Personendaten bearbeiten (Art. 11a Abs. 3 lit. a DSG; abgeschafft unter revDSG).
- Private Datenbearbeiter dürfen besonders schützenswerte Personendaten nicht ohne Rechtfertigungsgrund *Dritten bekanntgeben* (Art. 12 Abs. 2 lit. c DSG; Art. 30 Abs. 2 lit. c revDSG).
- Es bestehen besondere *Informationspflichten* beim Beschaffen besonders schützenswerter Personendaten (Art. 14 DSG). Diese Informationspflichten werden inskünftig bei jeder Beschaffung von Personendaten gelten, sofern kein Ausnahmetatbestand erfüllt ist (vgl. Art 19 f. revDSG).
- Bei umfangreichen Bearbeitungen von besonders schützenswerten Personendaten ist nach revidiertem DSG u.U. auch bei privaten Datenbearbeitern eine *Datenschutz-Folgenabschätzung* notwendig (Art. 22 revDSG).

44 Botschaft revDSG (Fn. 36), S. 7020.

45 Vgl. JÖHRI (Fn. 33), Art. 3 N 48.

46 Dies in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Praxis zum strafrechtlichen Diskriminierungsverbot (Art. 261^{bis} StGB), wonach Nationalitäten grundsätzlich nicht eine strafrechtlich vor Diskriminierung geschützte «Ethnie» seien, vgl. BGE 143 IV 193 E. 2.3; vgl. auch JÖHRI (Fn. 33), Art. 3 N 50, die ebenfalls auf die Praxis zu Art. 261^{bis} StGB abstellt. Geburtsort und -land dürften hingegen unter dem Titel der ethnischen Zugehörigkeit besonders schützenswert sein, vgl. MARION ALBERS/RAOUL-DARIUS VEIT, in: Heinrich Wolff/Stefan Brink (Hrsg.), Beck'scher Onlinekommentar Datenschutzrecht, München 2019, Art. 9 DSGVO N 34.

47 Vgl. für eine umfassende Darstellung JÖHRI (Fn. 33), Art. 3 N 44; BLECHTA (Fn. 23), Art. 3 DSG N 48 ff.

Nachfolgend ist genauer auf die Anforderungen einzugehen, welche das Datenschutzrecht (D.) und das Arbeitsrecht (E.) an Diversity-Befragungen stellen.

D. Datenschutzrechtliche Anforderungen

Die datenschutzrechtlichen Anforderungen bei Diversity Monitorings unterscheiden sich mehrheitlich nicht von den Erfordernissen bei sonstigen Datenbearbeitungen (im Arbeitsverhältnis). Ein kurzer Überblick soll deshalb genügen. Für eine vertiefte Auseinandersetzung kann auf die entsprechende Spezialliteratur verwiesen werden.⁴⁸

I. Grundsätze der Datenbearbeitung bei Diversity Monitorings

In Art. 4 Abs. 1–4 DSG (Art. 6 Abs. 1–5 revDSG) sind die *wichtigsten Grundsätze für die Bearbeitung von Personendaten* festgehalten. Gemäss diesen Bestimmungen müssen Personendaten rechtmässig, nach Treu und Glauben, verhältnismässig, zweckgebunden und erkennbar bearbeitet werden. Daneben gelten weiter das Richtigkeitsgebot und der Grundsatz der Datensicherheit (Art. 5 und 7 DSG; Art. 6 Abs. 5 und Art. 8 revDSG).

Bei Diversity Monitorings ist insbesondere Folgendes hervorzuheben: Aufgrund des *Zweckbindungsgrundsatzes* muss vor der Befragung festgelegt und mitgeteilt werden, für welche konkreten Zwecke die Diversitätsdaten bearbeitet werden.⁴⁹ Der *Verhältnismässigkeitsgrundsatz* gebietet überdies, dass nur diejenigen Diversitätsangaben erhoben werden, welche zur Erfüllung des vordefinierten Zwecks benötigt werden – unzulässig wären insbesondere Diversity-Befragungen «auf Vorrat».⁵⁰ Auch die interne Organisation der Diversity-Befragung darf die Persönlichkeit der Belegschaft nicht mehr als erforderlich berühren.⁵¹ Diversitätsdaten sind sensible Informationen, deren Kenntnis ein Diskriminierungspotential mit sich bringt. Deshalb ist die Datenbearbeitung durch einen möglichst kleinen Personenkreis durchzuführen. Vorgesetzte und Personalverantwortliche, die personelle Entscheidungen treffen, sollten nicht in die Datenbearbeitung involviert sein, sondern bloss Zugang zu den anonymisierten Ergebnissen der Erhebung haben.⁵²

Die Arbeitgeberin darf nicht Personendaten entgegen den genannten Grundsätzen bearbeiten (Art. 12 Abs. 2 lit. a DSG; Art. 30 Abs. 2 lit. a revDSG). Eine den Grundsätzen zuwiderlaufende Bearbeitung ist allerdings möglich, wenn ein *Rechtfertigungsgrund* nach Art. 13 DSG (Art. 31 revDSG) vorliegt.⁵³ Das Bundesgericht hat indes betont, dass eine Rechtfertigung für die grundsatzwidrige Bearbeitung nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden könne.⁵⁴ Ein Beispiel für eine rechtfertigungsbedürftige Bearbeitung ist etwa die nachträgliche Änderung des Bearbeitungszwecks: Werden die Diversitätsdaten zunächst bloss zur Evaluation des Diversity Managements beschafft und ergibt sich später das Bedürfnis, basierend auf den Daten ein Förderprogramm zu schaffen, so muss aufgrund der Verletzung des Zweckbindungsgrundsatzes die Einwilligung (bzw. ein sonstiger Rechtfertigungsgrund) der Mitarbeitenden hinsichtlich des neuen Bearbeitungszwecks vorliegen.⁵⁵ Ein Unternehmen muss deshalb von Anfang an darüber informieren, dass basierend auf den erhobenen Daten gegebenenfalls Massnahmen getroffen werden und welcher Art die Massnahmen sein könnten.

II. Informationspflichten bei der Datenbeschaffung

Bei der Beschaffung besonders schützenswerter Personendaten – bzw. inskünftig bei jeder Beschaffung von Personendaten – muss der Datenbearbeiter die betroffene Person aktiv über den Inhaber der Datensammlung, den Bearbeitungszweck und eine allfällige Datenbekanntgabe informieren (Art. 14 Abs. 2 DSG; Art. 19 Abs. 2 revDSG). Als «Beschaffung» im Sinne des Gesetzes gilt jede planmässige Erlangung von Personendaten. Erhebt die Arbeitgeberin HR-Daten ihrer Mitarbeitenden, liegt eine derartige Beschaffung vor.⁵⁶ Entsprechend können die Informationspflichten auch bei Diversity Monitorings bestehen, sofern kein Ausnahmetatbestand nach Art. 14 Abs. 4 (Art. 20 revDSG) vorliegt. Die erforderlichen Informationen können mit den für die informierte Einwilligung notwendigen Angaben (dazu unten F.I.1.) kombiniert werden.⁵⁷

III. Datenschutz-Folgenabschätzung

Art. 22 revDSG wird inskünftig vom verantwortlichen Datenbearbeiter die Erstellung einer Datenschutz-Folgenabschätzung verlangen, wenn die Bearbei-

48 KASPER (Fn. 28), S. 173 ff.; REBEKKA RIESSELMANN-SAXER, Datenschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Bern 2002, passim; ROSENTHAL (Fn. 27), Art. 4 N 6 ff.; ASTRID EPINEY/DANIÉLA NÜESCH, in: Nicolas Passadelis/David Rosenthal/Hanspeter Thür (Hrsg.), Datenschutzrecht, Basel 2015, N 3.58 ff.

49 POWIERSKI/WITTEK (Fn. 5), S. 1950.

50 ROSENTHAL (Fn. 27), Art. 4 N 20; POWIERSKI/WITTEK (Fn. 5), S. 1950.

51 Vgl. BRUNO BAERISWYL, in: Bruno Baeriswyl/Kurt Pärli (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar Datenschutzgesetz, Bern 2015, Art. 4 N 24 f.

52 POWIERSKI/WITTEK (Fn. 5), S. 1950 f.

53 CORRADO RAMPINI, in: Urs Maurer-Lambrou/Gabor P. Blechta (Hrsg.), Basler Kommentar DSG/BGÖ, 3. Aufl., Basel 2014, Art. 12 DSG N 9b, mit Hinweisen.

54 BGE 136 II 508 E. 5.2.4; 138 II 346 E. 7.2.

55 Vgl. KASPER (Fn. 28), S. 180 f.; URS MAURER-LAMBROU/ANDREA STEINER, in: Urs Maurer-Lambrou/Gabor P. Blechta (Hrsg.), Basler Kommentar DSG/BGÖ, 3. Aufl., Basel 2014, Art. 4 DSG N 14b.

56 ROSENTHAL (Fn. 25), N 93.

57 ROSENTHAL (Fn. 27), Art. 7a N 25; POWIERSKI/WITTEK (Fn. 5), S. 1951.

tung ein hohes Risiko für die betroffene Person mit sich bringt. Bei der umfangreichen Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten, welche bei Diversity Monitoring vorliegen dürfte, geht das Gesetz von einem hohen Risiko aus (Art. 22 Abs. 2 lit. a revDSG).⁵⁸

IV. Anforderungen bei der Bekanntgabe von Diversitätsdaten

Werden besonders schützenswerte Personendaten *an Dritte bekanntgegeben*, muss ein Rechtfertigungsgrund, z.B. die Einwilligung der betroffenen Person, vorliegen. Andernfalls stellt die Bekanntgabe eine Persönlichkeitsverletzung dar (vgl. Art. 12 Abs. 2 lit. c DSG; Art. 30 Abs. 2 lit. c revDSG). Als Drittperson gelten insbesondere andere juristische Personen innerhalb desselben Konzerns.⁵⁹ Dies kann dann relevant sein, wenn das Diversity Management auf Konzernebene geregelt ist und die Diversitätsdaten in sämtlichen juristischen Entitäten erhoben und anschliessend zentral bearbeitet werden sollen.

Werden Diversity Monitorings in internationalen Unternehmen durchgeführt, so kann ein Bedürfnis bestehen, die in der Schweiz gesammelten Daten ins Ausland zu transferieren. Dabei handelt es sich um eine *grenzüberschreitende Datenbekanntgabe* im Sinne von Art. 6 DSG (Art. 16 revDSG).⁶⁰ Fehlt es im ausländischen Staat an einer angemessenen Datenschutzgesetzgebung,⁶¹ ist eine Bekanntgabe nur bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes gemäss Art. 6 Abs. 2 DSG zulässig, wobei hier in der Regel Standardvertragsklauseln im Vordergrund stehen werden.⁶² Sofern die Bekanntgabe mittels Einwilligung gerechtfertigt werden soll, hat diese «im Einzelfall» zu erfolgen (Art. 6 Abs. 2 lit. b DSG) bzw. ausdrücklich (Art. 17 Abs. 1 lit. a revDSG) zu sein (zu Letzterem unten F.I.3.).

Hinsichtlich der Bekanntgabe ist zu beachten, dass diese unter datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten wiederum nur relevant ist, sofern *Personendaten* zugänglich gemacht werden (Art. 3 lit. f DSG; Art. 5 lit. e revDSG). Das bedeutet insbesondere, dass die Bekanntgabe von anonymisierten oder pseudonymisierten Daten (z.B. statistische Auswertungen der Diversitätsbefragung) jeweils nicht rechtfertigungsbedürftig ist.

58 Die Botschaft nennt als Beispiel einer umfangreichen Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten medizinische Forschungsprojekte, Botschaft revDSG (Fn. 36), S. 7060. Vgl. auch ROSENTHAL (Fn. 25), N 148 ff.

59 ROSENTHAL (Fn. 27), Art. 12 N 45; nicht als Drittpersonen gelten die eigenen Organe, eigene Mitarbeiter und externe Auftragsbearbeiter, HUSSEIN NOUREDDINE, in: Nicolas Passadelis/David Rosenthal/Hanspeter Thür (Hrsg.), Datenschutzrecht, Basel 2015, N 3.115.

60 Vgl. ROSENTHAL (Fn. 27), Art. 6 N 4 und 8. Zu beachten ist, dass auch die grenzüberschreitende Bekanntgabe innerhalb derselben juristischen Person (und demnach ohne Weiteres auch im selben Konzern) unter Art. 6 DSG fällt, ROSENTHAL (Fn. 27), Art. 6 N 4.

61 Vgl. eingehend hierzu ROSENTHAL (Fn. 27), Art. 6 N 26 ff.; zu den aktuellen Entwicklungen hinsichtlich der Vereinigten Staaten, vgl. ROSENTHAL (Fn. 25), N 74.

62 ROSENTHAL (Fn. 27), Art. 6 N 38 ff.; MAURER-LAMBROU/STEINER (Fn. 55), Art. 6 N 24 ff.

E. Arbeitsrechtliche Anforderungen

Die Arbeitgeberin hat im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen (Art. 328 Abs. 1 OR). Diese Fürsorgepflicht wird mit Art. 328b OR für die Bearbeitung von Personendaten des Arbeitnehmers konkretisiert.⁶³

I. Art. 328b OR und Diversitätsdaten

Gemäss Art. 328b Satz 1 OR darf die Arbeitgeberin Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten, soweit sie – alternativ – dessen *Eignung* für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrags *erforderlich* sind. Die zu bearbeitenden Daten müssen demnach – bei objektiver Betrachtung – einen *Arbeitsplatzbezug* aufweisen.⁶⁴ Damit wird die Datenbearbeitung im Arbeitsrecht strenger gehandhabt als (private) Bearbeitungen ausserhalb des Arbeitsverhältnisses: Während Art. 328b OR stets einen Arbeitsplatzbezug verlangt, kennt das DSG keine derartige Beschränkung des Gegenstands der Datenbearbeitung.⁶⁵

1. Diversitätsdaten zur Eignungsabklärung

Daten des Arbeitnehmers, die dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen, sind sowohl Angaben zur *beruflichen* als auch zur *persönlichen Qualifikation*.⁶⁶ Je höher die Stellung im Betrieb, desto umfassender können die Angaben sein.⁶⁷

Gerade im Bereich der persönlichen Eigenschaften ist die Bearbeitung von Personendaten gestützt auf Art. 328b OR indes nur in sehr begrenztem Umfang möglich.⁶⁸ Die Erhebung von Angaben zur sexuellen Orientierung, Glaubensansichten, politischen und weltanschaulichen Meinungen, allfälligen Behinderungen etc. ist grundsätzlich nicht erlaubt.⁶⁹ Bereits aus diesem Grund wird

63 ROBERTA PAPA/THOMAS PIETRUSZAK, Datenschutz im Personalwesen, in: Nicolas Passadelis/David Rosenthal/Hanspeter Thür (Hrsg.), Datenschutzrecht, Basel 2015, N 17.1 f.

64 PAPA/PIETRUSZAK (Fn. 63), N 17.40.

65 PÄRLI (Fn. 21), Art. 328b OR N 5; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 22), Art. 328b N 3.

66 PÄRLI (Fn. 21), Art. 328b OR N 21.

67 FRANK EMMEL, in: Claire Huguenin/Markus Müller-Chen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 328b N 2; PAPA/PIETRUSZAK (Fn. 63), N 17.40.

68 Vgl. Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter (EDÖB), Leitfaden für die Bearbeitung von Personendaten im Arbeitsbereich, S. 6; vgl. auch WOLFGANG PORTMANN/ROGER RUDOLPH, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar OR, 7. Aufl., Basel 2019, Art. 328b N 8.

69 PAPA/PIETRUSZAK (Fn. 63), N 17.43 f.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 22), Art. 328b N 5 und 9. Eine Ausnahme besteht diesbezüglich für Tendenzbetriebe, vgl. PAPA/PIETRUSZAK (Fn. 63), N 17.45.

sich die Bearbeitung von Diversity Data in der Regel nicht auf die Begründung stützen lassen, sie sei zur Eignungsabklärung notwendig.

Weiter ist zu beachten, dass basierend auf Diversitätsdaten, z.B. der Ethnie, selbstredend keine Prüfung der Eignung von betroffenen Mitarbeitenden vorgenommen werden soll – ein derartiges, diskriminierendes Vorgehen stünde dem Zweck von Diversity Monitoring diametral entgegen. Folglich kann Diversity Monitoring seine Rechtfertigung nicht in der Eignungsabklärung im Sinne von Art. 328b Satz 1 Variante 1 OR finden.

2. Für die Durchführung des Arbeitsvertrags erforderliche Diversitätsdaten

Daten sind erforderlich für die Durchführung des Arbeitsvertrags, wenn die Arbeitgeberin sie benötigt, um ihre *gesetzlichen*⁷⁰ sowie *arbeitsvertraglichen Pflichten zu erfüllen* oder wenn sie den *Vertragsvollzug* betreffen.⁷¹ Hierbei genügt es, dass die Bearbeitung der betreffenden Daten «vernünftigerweise geboten» ist. Eine eigentliche Unabdingbarkeit wird nicht verlangt.⁷² Das Bundesgericht scheint ebenfalls von einem weiten Verständnis der Erforderlichkeit zur Durchführung des Arbeitsvertrags auszugehen.⁷³ Allerdings begründet das rein subjektive Interesse der Arbeitgeberin an den entsprechenden Daten alleine noch keine Erforderlichkeit im Sinne von Art. 328b OR – benötigt wird ein objektiver Nutzen.⁷⁴

Vor diesem Hintergrund ist zu untersuchen, ob gesetzliche oder arbeitsvertragliche Pflichten bestehen, aufgrund derer die Arbeitgeberin gehalten ist, Diversitätsdaten der Arbeitnehmenden zu bearbeiten.

a. Erforderlichkeit aufgrund des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes?

Zunächst käme in Frage, die Erforderlichkeit der Erhebung von Diversitätsdaten mit dem *arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz* zu begründen. Die Praxis leitet aus der Fürsorgepflicht gemäss Art. 328 OR in sehr beschränktem Ausmass ein Verbot zur Diskriminierung einzelner Arbeitnehmender ab.⁷⁵ Verboden ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung allerdings lediglich, einen Arbeitnehmer grundlos gegenüber einer Vielzahl von anderen Arbeitneh-

mern deutlich ungünstiger zu stellen.⁷⁶ Aufgrund dieses engen Anwendungsbereichs lässt sich die Bearbeitung von Diversitätsdaten kaum mit dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz rechtfertigen.⁷⁷ Ausserdem kennt die Schweiz keine Affirmative Actions, welche einer bestimmten, vernachlässigten Diversitätskategorie einen durchsetzbaren Anspruch auf Anstellung oder Beförderung vermitteln würden. Das ist ein grosser Unterschied gegenüber dem US-amerikanischen Recht, denn in den USA ist der Diskriminierungsschutz im Arbeitsverhältnis weiterentwickelt.⁷⁸ Dies erklärt auch das Selbstverständnis, mit dem im US-amerikanischen Rechtsraum Diversity Monitorings durchgeführt werden.

b. Erforderlichkeit aufgrund der Gleichstellungsgesetzgebung?

Die Erforderlichkeit der Bearbeitung von gewissen Diversitätsdaten kann sich allenfalls aus dem *Gleichstellungsgesetz* ergeben. Zur Durchführung der Lohnvergleichsanalyse (vgl. Art. 13a ff. GlG) sind beispielsweise u.a. Daten zum Geschlecht und zum Alter der Arbeitnehmenden notwendig.⁷⁹ Allerdings ist zu beachten, dass die Erhebung von Diversitätsdaten hier nur insofern über das GlG gerechtfertigt werden kann, als die Daten zur Erfüllung der entsprechenden gesetzlichen Pflichten notwendig sind. Für Verwendungszwecke jenseits der Verpflichtungen des GlG (z.B. Karriereförderung von Personen mit Migrationsgeschichte) besteht keine Rechtfertigungsgrundlage. Ähnlich verhält es sich mit Daten, die zwecks Einhaltung der Bestimmungen zur *Vertretung der Geschlechter im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung* (Art. 734f OR) und zur *Gleichstellung von Personen mit Behinderungen*⁸⁰ erhoben werden.

Für die Praxis gilt somit die Leitlinie, dass aufgrund der Gleichstellungsgesetzgebung die Erfragung der Merkmale Geschlecht und Behinderung zwar eher erforderlich ist als etwa jene der Ethnie oder sexuellen Identität von Mitarbeitenden. Gleichwohl ist die Erforderlichkeit der Bearbeitung von Diversitätsdaten auf die jeweilige gesetzliche Verpflichtung beschränkt, und es besteht auch in diesen Bereichen keine umfassende Grundlage für Diversitätsbefragungen.

70 Z.B. gesetzliche Verpflichtungen gegenüber den Sozialversicherungen, den Sozialhilfebehörden, den Steuerbehörden oder den Organen einer Aktiengesellschaft, PÄRLI (Fn. 21), Art. 328b OR N 22; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 22), Art. 328b N 6.

71 PAPA/PIETRUSZAK (Fn. 63), N 17.41.

72 ROSENTHAL (Fn. 27), Art. 328b OR N 37.

73 Vgl. BGE, 4A_518/2020 vom 25.8.2021 E.4.2.4, wo das Bundesgericht denjenigen Stimmen in der Lehre folgt, welche von einem weiten Verständnis der Erforderlichkeit ausgehen (i.c. war die Beweissammlung im Vorfeld eines Rechtsstreits über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu beurteilen).

74 Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 22), Art. 328b N 5.

75 BGE 129 III 276 E. 3.1; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 22), Art. 328 N 12.

76 BGE 129 III 276 E. 3.1; BGE, 4C.364/2004 vom 1.7.2005 E. 3.1; PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 68), Art. 328 N 33; KURT PÄRLI/MELANIE STUDER, Arbeit und Existenzsicherung, in: Tarek Naguib/Kurt Pärli/Eylem Copur/Melanie Studer (Hrsg.), Diskriminierungsrecht, Bern 2014, N 355 ff.

77 Die Situation ist allenfalls anders zu beurteilen, wenn vertragliche Vereinbarungen bestehen, wonach sich die Arbeitgeberin zu weitergehenden Gleichbehandlungsbemühungen verpflichtet.

78 ISABELLE WILDHABER/MELINDA F. LOHMANN/GABRIEL KASPER, Diskriminierung durch Algorithmen, Überlegungen zum schweizerischen Recht am Beispiel prädiktiver Analytik am Arbeitsplatz, ZSR 2019 I, S. 459–490, S. 472 ff.

79 Vgl. CLAUDE LAMBERT/NINA RABAEUS/MARC BIRCHER, Lohnvergleichsanalyse, GesKR 2019, S. 620–627, S. 621.

80 Vgl. hierzu PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 68), Art. 328 N 43.

c. *Erforderlichkeit aufgrund der Pflicht zur Berichterstattung über nichtfinanzielle Belange?*

Seit dem 1. Januar 2022 sind Grossunternehmen⁸¹ verpflichtet, jährlich über nichtfinanzielle Belange Bericht zu erstatten (Art. 964a ff. OR). Anders als in der CSR-Richtlinie der EU besteht zwar keine explizite Pflicht zur Beschreibung eines Diversitätskonzepts.⁸² Das Bundesamt für Justiz geht aber davon aus, dass Diversitätsbelange in der Schweiz vom Bericht über «Arbeitnehmerbelange»⁸³ erfasst sind,⁸⁴ in welchem insbesondere über die Geschlechtergleichstellung Rechenschaft abzulegen ist.⁸⁵ Weiter soll sich die Berichterstattung über Arbeitnehmerbelange nach den grundlegenden Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) richten – das Bundesamt für Justiz nennt hier insbesondere das Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf (SR 0.822.721.1).⁸⁶ Auch hier ist die Bearbeitung von gewissen Diversitätsdaten notwendig. Schliesslich kann der Bericht auf internationale Standards abstellen, sofern diese den Mindestvorgaben des OR entsprechen.⁸⁷ Für die bereits praktizierte, freiwillige CSR-Berichterstattung von kotierten Schweizer Unternehmen werden beinahe ausschliesslich die Standards der Global Reporting Initiative (GRI) verwendet.⁸⁸ In der Literatur wird vertreten, dass die Standards der GRI auch den neuen gesetzlichen Berichterstattungsvorgaben genügen.⁸⁹ Die GRI hat insbesondere Standards zu «Diversity and Equal Opportunity (GRI 405)» und «Non-discrimination (GRI 406)» entwickelt, welche sich auf das Reporting verschiedener Diversitätsdaten beziehen.⁹⁰ Insgesamt können Arbeitgeberinnen daher aufgrund ihrer Pflicht zur Berichterstattung über nichtfinanzielle Belange verpflichtet sein, gewisse Diversitätsdaten zu erheben. Soweit die Erhebung durch die entsprechenden

Gesetzesvorschriften abgedeckt ist, besteht diesbezüglich ein die Datenerhebung rechtfertigender Arbeitsplatzbezug.

Man mag sich fragen, ob es sich bei den Daten für die Erfüllung der Berichterstattungspflicht tatsächlich um Daten handelt, welche im Sinne von Art. 328b OR für die Durchführung des Arbeitsvertrags erforderlich sind. Unserer Ansicht nach ist dies zu bejahen: Gemäss Lehre⁹¹ und Praxis⁹² gehören Datenbearbeitungen im Rahmen gesetzlicher Pflichten der Arbeitgeberin zu denjenigen, die zur Durchführung eines Arbeitsvertrags erforderlich sind. Die Berichterstattungspflichten gemäss Art. 964a ff. OR können ohne Weiteres als derartige gesetzliche Pflichten eingestuft werden.⁹³

Zu beachten ist allerdings, dass die Berichterstattungspflichten nur bei Erfüllung gewisser Kriterien gelten und dass sich für Arbeitgeberinnen, welche nicht unter den entsprechenden Anwendungsbereich fallen, wiederum keine Erforderlichkeit im Sinne von Art. 328b OR begründen lässt.⁹⁴

d. *Ergebnis*

Insgesamt ist die Bearbeitung von Diversitätsdaten nur sehr punktuell für die Durchführung des Arbeitsvertrags erforderlich. Am ehesten sind hier die Berichterstattungspflichten nach Art. 964a ff. OR einschlägig; zu beachten ist aber deren fehlende Anwendbarkeit auf eine Grosszahl von Arbeitgeberinnen. Folglich bietet auch die zweite Variante von Art. 328b Satz 1 OR *keine umfassende Rechtsgrundlage* für Diversity Monitoring. Es sind somit nur wenige Konstellationen denkbar, in denen in der Schweiz Diversitäts-Befragungen den Anforderungen von Art. 328b OR genügen könnten.

II. Bearbeitung von Diversitätsdaten entgegen Art. 328b OR

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass bei einem Diversity Monitoring im Regelfall *keine arbeitsplatzbezogene Datenbearbeitung* im Sinne von Art. 328b OR erfolgt.⁹⁵ Damit stellt sich die Frage, ob Datenbearbeitungen im Arbeitsverhältnis auch ohne hinreichenden Arbeitsplatzbezug zulässig sein können. Dies war lange Zeit umstritten. Die protektive Meinung verstand Art. 328b OR als Verbotsnorm, die jede Datenbearbeitung ohne Arbeitsplatz-

81 Vgl. Art. 964a OR; PATRIC BRAND, Auslegeordnung zu den CSR-Berichterstattungs- und Sorgfaltsprüfungspflichten, GesKR 2021, S. 344–367.

82 BRAND (Fn. 81), S. 720. Die CSR-Richtlinie (2014/95/EU, Art. 1 Ziff. 2) verlangt «eine Beschreibung des Diversitätskonzepts, das im Zusammenhang mit der [sic!] Verwaltungs-, Leitungs- und Aufsichtsorgane des Unternehmens in Bezug auf Aspekte wie beispielsweise Alter, Geschlecht, oder Bildungs- und Berufshintergrund verfolgt wird, der Ziele dieses Diversitätskonzepts sowie der Art und Weise der Umsetzung dieses Konzepts und der Ergebnisse im Berichtszeitraum».

83 Art. 964b Abs. 1 OR.

84 Bundesamt für Justiz (BJ), Bericht vom 19. 11. 2019 zu Transparenz bezüglich nichtfinanzieller Belange und Sorgfaltspflichten und Transparenz bezüglich Mineralien und Metallen aus Konfliktgebieten und Kinderarbeit, S. 8.

85 BJ (Fn. 84), S. 9.

86 BJ (Fn. 84), S. 9.

87 Vgl. Art. 964b Abs. 3 OR.

88 <https://www.six-group.com/de/products-services/the-swiss-stock-exchange/market-data/shares/sustainability-reporting.html>.

89 BRAND (Fn. 81), S. 355.

90 <https://www.globalreporting.org/how-to-use-the-gri-standards/gri-standards-english-language/>.

91 PÄRLI (Fn. 21), Art. 328b OR N 22; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 22), Art. 328b N 6.

92 VPB 1995 Nr. 31, S. 254, 258.

93 Geht man hingegen davon aus, dass derartige gesetzliche Verpflichtungen der Arbeitgeberin nicht von Art. 328b OR erfasst sind, so sind die genannten Bestimmungen spätestens bei der datenschutzrechtlichen Rechtfertigung durch Gesetz (vgl. Art. 13 Abs. 1 DSGVO) zu berücksichtigen (unten F.III.).

94 Vgl. Art. 964a OR.

95 Ebenso für das deutsche bzw. europäische Recht POWIERSKI/WITTEK (Fn. 5), S. 1945 und 1947.

bezug für unzulässig erklärt.⁹⁶ Die liberalere Meinung ging hingegen davon aus, dass eine Datenbearbeitung ohne Arbeitsplatzbezug gestützt auf einen allgemeinen datenschutzrechtlichen Rechtfertigungsgrund (insbesondere die Einwilligung) zulässig sei.⁹⁷

Mittlerweile hat das *Bundesgericht* die Frage zugunsten der liberaleren Meinung entschieden. Im Urteil 4A_518/2020 vom 25. August 2021 hielt es fest, dass die Einhaltung von Art. 328b OR eine Vermutung der Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung schaffe. Eine Datenbearbeitung, die gegen Art. 328b OR verstosse, sei hingegen vermutungsweise widerrechtlich, könne aber durch einen Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 13 DSGVO gerechtfertigt werden.⁹⁸

Da die Datenbearbeitung im Rahmen eines Diversity Monitorings regelmässig nicht von Art. 328b OR erfasst ist, muss somit ein Rechtfertigungsgrund nach Art. 13 DSGVO (Art. 31 revDSG) vorliegen. Andernfalls stellt die Erhebung von Diversitätsdaten eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung dar. Nachfolgend prüfen wir deshalb, auf welchem Wege sich die Bearbeitung von Diversity Data sinnvollerweise rechtfertigen lässt.

F. Rechtfertigung der Datenbearbeitung

Wer Personendaten bearbeitet, darf dabei die Persönlichkeit der betroffenen Personen nicht widerrechtlich verletzen (Art. 12 Abs. 1 DSGVO; Art. 30 Abs. 1 revDSG). Eine Abweichung von Art. 328b OR verlangt nach einem Rechtfertigungsgrund. Aus den Ausführungen zu den datenschutzrechtlichen Anforderungen (oben D.) ergibt sich überdies, dass ein Rechtfertigungsgrund auch in folgenden Fällen notwendig ist: bei einer Bearbeitung der Diversitätsdaten entgegen den allgemeinen Bearbeitungsgrundsätzen (oben D.I.) sowie bei der Bekanntgabe von Diversity Data an Dritte oder in ein Land ohne angemessene Datenschutzgesetzgebung (oben D.IV.).⁹⁹

Eine Rechtfertigung ist gemäss Art. 13 Abs. 1 DSGVO (Art. 31 Abs. 1 revDSG) möglich durch eine *Einwilligung* der betroffenen Person (I.), ein überwiegendes

privates oder öffentliches Interesse (II.) oder ein *Gesetz* (III.). Der Nachweis eines Rechtfertigungsgrundes obliegt der Arbeitgeberin.¹⁰⁰

I. Einwilligung

Beim Diversity Monitoring steht der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung im Vordergrund. Eine Einwilligung des Arbeitnehmers hat vor der Datenbearbeitung zu erfolgen.¹⁰¹ Sie ist nach Massgabe von Art. 4 Abs. 5 DSGVO (Art. 6 Abs. 6 revDSG) zudem nur unter bestimmten Voraussetzungen gültig: Sie muss auf *angemessener Information* basieren und *freiwillig* erfolgen (Art. 4 Abs. 5 Satz 1 DSGVO). Da die Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten betroffen ist, muss die Einwilligung überdies *ausdrücklich* sein (Art. 4 Abs. 5 Satz 2 DSGVO). Schliesslich sind die Schranken des Verbots der übermässigen Selbstbindung (Art. 27 Abs. 2 ZGB) zu berücksichtigen.

1. Informiertheit

Die Einwilligung hat informiert zu sein. Vor Beginn der eigentlichen Mitarbeitenden-Befragung und vor der Erteilung der Einwilligung¹⁰² müssen Informationen über folgende Aspekte in leicht zugänglicher Form und verständlicher Sprache verfügbar sein.¹⁰³ *Ziel oder Zweck* der Datenbearbeitung, *Art und Weise* der Datenbearbeitung, *Umfang* der Datenbearbeitung, *Risiken* der Datenbearbeitung, *Kategorien* der bearbeiteten Daten sowie Angaben zum verantwortlichen *Datenbearbeiter* inklusive einer allfälligen Datenbekanntgabe (z.B. auch die Weitergabe der Daten im Konzern).¹⁰⁴ Ziel muss es sein, dass die Arbeitnehmenden mit hinreichendem Mass an Gewissheit die Konsequenzen ihrer Einwilligung abschätzen können.¹⁰⁵

2. Freiwilligkeit

Nur die freiwillige Einwilligung ist rechtsgültig. Da im Arbeitsverhältnis ein strukturelles Ungleichgewicht zwischen den Parteien besteht, ist die Freiwillig-

96 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 22), Art. 328b N 3; ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar Arbeitsvertrag, 4. Aufl., Zürich 2006, Art. 328b N 1; MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar Arbeitsvertrag, Bern 2010, Art. 328b N 12 f.; PÄRLI (Fn. 21), Art. 328b OR N 20; vgl. auch die «neuere» (nunmehr aber hinfällige) Praxis im Kanton Zürich: OGer ZH, LA180031 vom 20.3.2019 E. IV/2.d.bb.

97 ROSENTHAL (Fn. 27), Art. 328b OR N 4 ff. und 14; PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 68), Art. 328b N 23; PAPA/PIETRUSZAK (Fn. 63), N 17.8; KASPER/WILDHABER (Fn. 25), S. 198; vgl. auch die «ältere» Praxis im Kanton Zürich: OGer ZH, LA180002 vom 20.3.2018 E. 5.1.

98 BGer, 4A_518/2020 vom 25.8.2021 E. 4.2.4 und auch E. 2.2.

99 Zwar mag vereinzelt keine Persönlichkeitsverletzung vorliegen, weil gewisse Diversitätsaspekte von der betroffenen Person öffentlich zugänglich gemacht wurden, etwa in einem LinkedIn-Post (vgl. Art. 12 Abs. 3 DSGVO; Art. 30 Abs. 3 revDSG). Allerdings werden kaum je alle erhobenen Diversitätsdaten sämtlicher Mitarbeitenden allgemein zugänglich sein.

100 Vgl. AMÉDÉO WERMELINGER, in: Bruno Baeriswyl/Kurt Pärli (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar Datenschutzgesetz, Bern 2015, Art. 13 N 4.

101 Vgl. BAERISWYL (Fn. 51), Art. 4 N 58; ROSENTHAL (Fn. 27), Art. 4 N 113; POWIERSKI/WITTEK (Fn. 5), S. 1948; a.M. MAURER-LAMBROU/STEINER (Fn. 55), Art. 4 DSGVO N 16h, wonach auch die nachträgliche Einwilligung möglich sei. Dogmatisch korrekter wäre, in der «nachträglichen Einwilligung» einen Verzicht auf die sich aus der Persönlichkeitsverletzung ergebenden Ansprüche zu sehen, vgl. TOBIAS FASNACHT, Die Einwilligung im Datenschutzrecht, Fribourg 2017, N 253.

102 FASNACHT (Fn. 101), N 253; ROSENTHAL (Fn. 27), Art. 4 N 75.

103 ROSENTHAL (Fn. 27), Art. 4 N 75.

104 BAERISWYL (Fn. 51), Art. 4 N 60; ROSENTHAL (Fn. 27), Art. 4 N 72 ff.; POWIERSKI/WITTEK (Fn. 5), S. 1948; eingehend FASNACHT (Fn. 101), N 241 ff.

105 RAMPINI (Fn. 53), Art. 13 DSGVO N 4; FASNACHT (Fn. 101), N 261.

keit bei Einwilligungen von Arbeitnehmenden *nicht leichthin anzunehmen*.¹⁰⁶ Weiter ist zu beachten, dass auch der *Zeitpunkt*, in dem die Einwilligung eingeholt wird, bei der Beurteilung der Freiwilligkeit zentral sein kann. Beispielsweise ist ein potentieller Arbeitnehmer gerade in der Rekrutierungsphase unter besonders grossem Druck, weswegen zu diesem Zeitpunkt regelmässig keine freiwillige Einwilligung angenommen werden kann.¹⁰⁷

Um den Arbeitnehmenden eine freie Entscheidung zu ermöglichen, muss es u.E. möglich sein, die Einwilligung in das Diversity Monitoring ohne irgendwelche Nachteile zu verweigern. Insbesondere sollte auch kein impliziter Druck auf die Arbeitnehmenden aufgebaut werden, etwa, indem eine bestimmte Erwartungshaltung hinsichtlich der Teilnahme am Diversity Monitoring kommuniziert wird.¹⁰⁸ Damit der Entscheidungsspielraum der Mitarbeitenden möglichst gross ist, sollte nicht bloss die Möglichkeit bestehen, die Diversity-Befragung als Ganzes abzulehnen. Vielmehr ist es angezeigt, auch bei jeder Einzelfrage die Antwort «prefer not to say» o.Ä. anzubieten. Dadurch dürfte insbesondere auch die Teilnahmequote erhöht werden.¹⁰⁹ Auch wenn also Unternehmen verständlicherweise ihre Arbeitnehmenden möglichst von der Teilnahme an Diversity-Befragungen überzeugen möchten, um deren Aussagekraft zu steigern, ist dabei die freie Entscheidungsfindung der Mitarbeitenden zu respektieren.

Darüber hinaus wäre eine Koppelung des Vertragsabschlusses an die (generelle) Einwilligung in Diversity Monitorings nach hier vertretener Ansicht unzulässig. Zunächst ist die Zulässigkeit von globalen Einwilligungen im Arbeitsvertrag abzulehnen.¹¹⁰ Es besteht weiter kein hinreichender Zusammenhang zwischen der verweigerten Leistung (d.h. dem Arbeitsvertrag) und den zu erhebenden Daten.¹¹¹ Schliesslich sind Einwilligungen, welche aus Angst, eine Arbeitsstelle nicht zu bekommen, abgegeben werden, nicht als freiwillig zu betrachten – zumal in dieser Phase das Machtgefälle zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmer besonders gross sein kann.¹¹²

106 PÄRLI (Fn. 21), Art. 328b OR N 20; PAPA/PIETRUSZAK (Fn. 63), N 17.8. Eingehend zur freiwilligen Einwilligung im Arbeitsverhältnis: KASPER (Fn. 28), S. 222 ff.; vgl. auch BGE 138 I 331 E. 7.4.1; MAURER-LAMBROU/STEINER (Fn. 55), Art. 4 DSG N 16 f.; ROSENTHAL (Fn. 27), Art. 4 N 95; LUKAS BÜHLMANN/MICHAEL SCHÜEPF, Information, Einwilligung und weitere Brennpunkte im (neuen) Schweizer Datenschutzrecht, Jusletter 15.3.2021, N 14.

107 KASPER (Fn. 28), S. 223, mit Hinweisen.

108 POWIERSKI/WITTEK (Fn. 5), S. 1948.

109 Vgl. POWIERSKI/WITTEK (Fn. 5), S. 1949 f.

110 ISABELLE WILDHABER/GABRIEL KASPER, Quantifizierte Arbeitnehmer: Empirische Daten zu People Analytics in der Schweiz, in: Roland A. Müller/Roger Rudolph/Anton K. Schnyder/Adrian von Kaenel/Bernd Waas (Hrsg.), Festschrift Wolfgang Portmann, Zürich 2020, S. 755–771, S. 769.

111 Vgl. dazu BVGer, A-3548/2018 vom 19.3.2019 E. 4.7.

112 Ähnlich auch POWIERSKI/WITTEK (Fn. 5), S. 1948, welche von Diversity-Befragungen im Bewerbungsprozess sowie in der Probezeit abraten. Vgl. auch VPB 2004 Nr. 68.

3. Ausdrücklichkeit

Während normalerweise eine Einwilligung konkludent bzw. stillschweigend erteilt werden kann, ist bei besonders schützenswerten Daten eine ausdrückliche Einwilligung vonnöten.¹¹³ Die Information über den Inhalt der Datenbearbeitung als auch die Einwilligung an sich müssen ausdrücklich sein.¹¹⁴ Für die Ausdrücklichkeit genügt das Ankreuzen eines Kästchens (opt-in), eine Unterschrift oder die mündliche Zustimmung.¹¹⁵ Hingegen ist ein fehlender Widerspruch (opt-out), ein Stillschweigen oder sonstige Untätigkeit der betroffenen Person keine ausdrückliche Einwilligung.¹¹⁶ Die Mitarbeitenden müssen die Einwilligung in das Diversity Monitoring also mittels *aktiver Handlung* bekräftigen.¹¹⁷

4. Beachtung von Art. 27 Abs. 2 ZGB

Aufgrund des Verbots der übermässigen Selbstbindung gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB muss eine Einwilligung jederzeit widerrufbar sein.¹¹⁸ Auch dürfen Einwilligungen inhaltlich nicht derart weit gefasst sein, dass sie einem übermässigen Verzicht auf den Schutz der eigenen Persönlichkeit gleichkommen. Letzteres ist etwa dann der Fall, wenn zu jedem beliebigen Zweck in die Bearbeitung von Personendaten eingewilligt wird.¹¹⁹

5. Beispiel

Ein sinnvolles Beispiel einer Einwilligungserklärung für ein Diversity Monitoring, welches freilich je nach konkretem Kontext anzupassen ist, findet sich in leicht abgewandelter Form bei POWIERSKI/WITTEK:¹²⁰

«Ich willige ein, dass die mit dem Fragebogen erhobenen Daten für eine statistische Auswertung zur Untersuchung der Vielfalt der im Unternehmen XY vertretenen Personengruppen genutzt werden. Hiermit sollen die Arbeitsbedingungen und das Angebot betrieblicher Sozialleistungen besser auf die Bedürfnisse der Mitarbeiter*innen ausgerichtet werden [weitere Zwecke]. Die Datenbearbeitung erfolgt durch Unternehmen XY [weitere Datenbearbeiter]. Ich bin mir bewusst, dass ich hiermit auch meine Einwilligung zur Verarbeitung besonders schützenswerter Personendaten, nämlich Daten zu meiner ethnischen Herkunft, zu meiner sexuellen Orientierung [...], erteile.

113 Art. 4 Abs. 5 Satz 2 DSG (Art. 6 Abs. 7 lit. a revDSG); MAURER-LAMBROU/STEINER (Fn. 55), Art. 4 DSG N 16h.

114 FASNACHT (Fn. 101), N 303 f., mit Hinweisen. ROSENTHAL (Fn. 25), N 32.

115 ROSENTHAL (Fn. 27), Art. 4 N 78, wobei mündliche Einwilligungen Beweisprobleme bereiten können.

116 KASPER (Fn. 28), S. 229; POWIERSKI/WITTEK (Fn. 5), S. 1948.

117 POWIERSKI/WITTEK (Fn. 5), S. 1948.

118 ROSENTHAL (Fn. 27), Art. 4 N 93.

119 RAMPINI (Fn. 53), Art. 13 DSG N 4.

120 POWIERSKI/WITTEK (Fn. 5), S. 1949; vgl. auch für ein generelles Muster <https://www.tfdi.de/fileadmin/tfdi/datenschutz/anwendungsbeispiel_einwilligung_.pdf>.

Dabei bestehen folgende Risiken: [...]. Die Einwilligung erfolgt auf freiwilliger Basis und ist jederzeit widerrufbar.»

II. Überwiegendes privates oder öffentliches Interesse

Eine grundsätzlich widerrechtliche Datenbearbeitung kann weiter durch überwiegende private oder öffentliche Interessen gerechtfertigt werden (Art. 13 Abs. 1 DSG; Art. 31 Abs. 1 revDSG). Dabei hat eine Abwägung stattzufinden zwischen dem Datenschutzinteresse der betroffenen Person und den (privaten und/oder öffentlichen) Datenbearbeitungsinteressen.¹²¹ Da der Ausgang der Interessenabwägung im Einzelfall nur schwer vorhersehbar ist, handelt es sich um einen *unsicheren Rechtfertigungsgrund*. Entsprechend sollte sich ein Datenbearbeiter nur dann auf überwiegende Bearbeitungsinteressen berufen, wenn es ihm nicht möglich ist, eine Einwilligung einzuholen.¹²²

1. Datenschutzinteressen der betroffenen Personen

Ausgangspunkt der Interessenabwägung sind die *Datenschutzinteressen* der betroffenen Person.¹²³ Hier muss gefragt werden, wie gewichtig deren konkret auf dem Spiel stehenden Diskretions- und Integritätsinteressen sind. In Bezug auf Diversity Monitoring ist zu beachten, dass im Regelfall besonders schützenswerte Personendaten bearbeitet werden. Die Bearbeitung erfolgt überdies im Kontext des Arbeitsverhältnisses, das regelmässig durch ein strukturelles Ungleichgewicht zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmer geprägt ist. Es besteht aufgrund dieser Umstände ein nicht unerhebliches Diskriminierungsrisiko für die Arbeitnehmenden. Die allfällige Befürchtung der betroffenen Personen, aufgrund der preisgegebenen Merkmale stigmatisiert und diskriminiert zu werden, muss demnach bei der Interessenabwägung stark gewichtet werden. Die Diskretions- und Integritätsinteressen der befragten Personen sind folglich als hoch einzuschätzen, wobei in jedem Fall die konkrete Ausgestaltung der Befragung und weiteren Bearbeitung der Diversitätsdaten berücksichtigt werden müssen.

2. Datenbearbeitungsinteressen

Gegenüberzustellen sind die vorgenannten Interessen v.a. den *privaten Datenbearbeitungsinteressen*. In diesem Zusammenhang kommen nebst den Interessen des Datenbearbeiters auch jene von Drittpersonen und sogar der betroffenen Person selbst in Frage.¹²⁴ Berücksichtigt werden kann jedes «Interesse von

allgemein anerkanntem Wert», worunter auch wirtschaftliche Interessen fallen.¹²⁵ Überdies sind die *öffentlichen Interessen* an einer Datenbearbeitung in die Abwägung miteinzubeziehen. Dabei kann es sich namentlich um soziale oder sozialpolitische Interessen handeln.¹²⁶

Bei Diversity Monitorings steht das Interesse der Arbeitgeberin, Diskriminierungen zu verhindern und Diversität sowie Inklusion zu fördern, im Vordergrund. Hieran können auch Drittpersonen, insbesondere andere Arbeitnehmer, Investoren und gar die betroffene Person selbst, ein Interesse aufweisen. Die Verhinderung von Diskriminierung zwischen Privaten und die Förderung von Vielfalt in der Gesellschaft dürfte schliesslich auch ein öffentliches Interesse darstellen.

Für Diversity-Befragungen ist überdies Art. 13 Abs. 2 lit. e DSG (Art. 31 Abs. 2 revDSG) relevant, demzufolge ein überwiegendes Datenbearbeitungsinteresse in Betracht kommt, wenn die Bearbeitung von Personendaten zu *nicht personenbezogenen Zwecken*, namentlich Forschung, Planung und Statistik, erfolgt. Dies ist dann der Fall, wenn zwar die konkreten Eigenschaften der betroffenen Individuen, nicht aber deren eigentliche Identität interessieren.¹²⁷ Bei Diversity Monitorings, welche lediglich eine statistische Erfassung der relevanten Diversitätsaspekte bezwecken, wird dies zutreffen. Soll hingegen etwa basierend auf den Ergebnissen der Befragung eine konkrete Förderung von Mitarbeitenden erfolgen, die gewisse Merkmale aufweisen, kommt es auf deren Identität an, weshalb eine personenbezogene Datenbearbeitung vorliegt.

3. Ergebnis

Sofern das Diversity Monitoring unter den Rechtfertigungsgrund der Forschung und Statistik gemäss Art. 13 Abs. 2 lit. e DSG fällt, dürfte ein überwiegendes Datenbearbeitungsinteresse zu bejahen sein. Andernfalls wird in der Regel das Datenschutzinteresse des Arbeitnehmers überwiegen. In praktischer Hinsicht bleibt, wie bereits angetönt, zu beachten, dass die Rechtfertigung einer Diversitäts-Befragung durch ein überwiegendes Datenbearbeitungsinteresse mit einer erheblichen Rechtsunsicherheit behaftet ist. Wenn immer möglich, sollte daher eine Einwilligung der Mitarbeitenden eingeholt werden.

III. Gesetz

Die Bearbeitung von Diversitätsdaten kann schliesslich durch das Gesetz gerechtfertigt werden (Art. 13 Abs. 1 DSG; Art. 31 Abs. 1 revDSG). Während in gewissen ausländischen Rechtsordnungen explizite gesetzliche Rechtferti-

121 Vgl. BGE 138 II 346 E. 10.3; WERMELINGER (Fn. 100), Art. 13 N 8; ROSENTHAL (Fn. 27), Art. 13 N 6 ff.

122 Vgl. ROSENTHAL (Fn. 27), Art. 13 N 6.

123 WERMELINGER (Fn. 100), Art. 13 N 10.

124 BGE 138 II 346 E. 10.3; ROSENTHAL (Fn. 27), Art. 13 N 7; RAMPINI (Fn. 53), Art. 13 DSG N 21.

125 BGE 138 II 346 E. 10.3.

126 ROSENTHAL (Fn. 27), Art. 13 N 21.

127 ROSENTHAL (Fn. 27), Art. 13 N 60; RAMPINI (Fn. 53), Art. 13 DSG N 42.

ungsgrundlagen für Diversity Monitorings anzutreffen sind,¹²⁸ fehlen derartige Regelungen im Schweizer Recht. Anderweitige Normen, aus welchen sich eine Rechtfertigung für Diversity Monitorings ableiten lassen könnten, wurden vorliegend bereits bei der Frage der Erforderlichkeit der Datenbearbeitung im Arbeitsverhältnis beleuchtet. Diesbezüglich wurde festgestellt, dass diese Gesetze im Regelfall unzureichende Rechtsgrundlagen für ein Diversity Monitoring darstellen (oben E. I.2.).

G. Konsequenzen ungerechtfertigter Diversity Monitorings

Es konnte dargelegt werden, dass nur eine Einwilligung der betreffenden Arbeitnehmenden eine rechtssichere und umfassende Rechtfertigung für die Datenbearbeitung bei Diversity Monitorings gewährleisten kann. Gesetze werden bloss in Einzelfällen zur Rechtfertigung herangezogen werden können, und die Rechtfertigung durch überwiegende Interessen ist durch eine grosse Rechtsunsicherheit geprägt.

Kann sich die Arbeitgeberin nicht auf einen der dargestellten Rechtfertigungsgründe berufen, stellt die Diversity-Befragung regelmässig¹²⁹ eine Verletzung der Persönlichkeit der Arbeitnehmenden dar. Dies zieht Konsequenzen nach sich, die einerseits arbeitsrechtlicher (I.), andererseits datenschutzrechtlicher Natur (II.) sind.

I. Arbeitsrechtliche Konsequenzen

1. Recht zur Verweigerung der Teilnahme

Während die Arbeitnehmenden bei einer rechtmässigen Diversity-Befragung aufgrund ihrer Treuepflicht (Art. 321a OR) zur Teilnahme und wahrheitsgemässen Antwort gehalten sind, können sie die Teilnahme bei widerrechtlichen Befragungen verweigern.¹³⁰ Auch wäre eine Kündigung wegen einer berechtigten Verweigerung in der Regel missbräuchlich.¹³¹

2. Notwehrrecht der Lüge

Für den Fall unzulässiger Datenerhebungen im Arbeitsverhältnis wird dem Arbeitnehmer zudem das sog. Notwehrrecht zur Lüge zugestanden. Unzulässige Fragen über Diversity-Belange dürfen von den Arbeitnehmenden deshalb grundsätzlich falsch beantwortet werden, ohne dass die Arbeitgeberin hieraus ihrerseits vertragliche Ansprüche (z.B. Willensmängel beim Vertragsschluss oder fristlose Kündigung) geltend machen kann.¹³² Auch ist eine ordentliche Kündigung wegen falscher oder fehlender Beantwortung einer unzulässigen Frage regelmässig missbräuchlich.¹³³

Das Recht zur Lüge wird v.a. im Kontext des Bewerbungsgesprächs thematisiert. Allerdings kann sich auch *während des Arbeitsverhältnisses* ein entsprechendes Notwehrrecht ergeben.¹³⁴

Das Notwehrrecht ist indes begrenzt. Zu beachten ist zunächst, dass die Lüge wie jede Notwehrhandlung *verhältnismässig* sein muss. Gerechtfertigt ist beispielsweise nicht die Erschaffung eines übertriebenen Lügegebäudes.¹³⁵ Zudem ist der Anwendungsbereich des Notwehrrechts der Lüge umstritten: Die grosszügigere Meinung geht davon aus, dass bei jeder unzulässigen Datenerhebung gelogen werden darf.¹³⁶ Nach einer strengeren Ansicht soll hingegen das Recht zur Lüge bloss dann bestehen, wenn die Lüge zur Abwendung eines Nachteils (z.B. der Nichtanstellung) erforderlich ist.¹³⁷ U.E. kann das Recht zur Lüge *nicht von der Abwendung eines Nachteils abhängig* gemacht werden. Der Arbeitnehmer weiss im Regelfall nämlich gerade nicht im Vorfeld, ob die fehlende Beantwortung der unzulässigen Frage später (z.B. bei der Beförderung) negative Folgen für ihn haben wird, weshalb bei einer derartigen Einschränkung des Rechts zur Lüge dessen Wirksamkeit kaum mehr gewährleistet wäre.

Arbeitnehmende können sich demnach nicht nur durch Verweigerung, sondern auch durch das Notwehrrecht der Lüge einer unzulässigen Diversity-Befragung entziehen – unabhängig davon, ob damit ein *ex ante* ersichtlicher Nachteil abgewandt wird.

3. Sonstige vertragliche Ansprüche

Bei einer persönlichkeitsverletzenden Diversitäts-Befragung sind – zumindest theoretisch – auch sonstige vertragliche Ansprüche aus der Verletzung der Für-

128 Nebst der oben genannten Regelung im US-amerikanischen Recht sieht beispielsweise Schedule 1(8) des Data Protection Act 2018 in Grossbritannien eine entsprechende Regelung vor.

129 Nämlich dann, wenn die Datenbearbeitung ausserhalb von Art. 328b OR erfolgt und mangels Rechtfertigungsgrund die Vermutung der Widerrechtlichkeit nicht widerlegt werden kann sowie wenn einer der datenschutzrechtlichen Widerrechtlichkeitsgründe (Art. 12 DSGVO; Art. 30 revDSG) einschlägig ist.

130 PÄRLI (Fn. 21), Art. 328b OR N 36.

131 Vgl. Art. 336 Abs. 1 lit. a und d OR.

132 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 22), Art. 328b N 19; PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 68), Art. 320 N 9 und 20; PÄRLI (Fn. 21), Art. 328b OR N 36; erwähnt in BGE 122 V 267 E. 4c und BGE 144 II 345 E. 5.3.3.

133 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 22), Art. 328b N 19.

134 RIESSELMANN-SAXER (Fn. 48), S. 122.

135 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 22), Art. 328b N 19.

136 BRUNO PELLEGRINI, Die Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen Willensmängeln, Bern 1983, S. 123 ff.

137 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 22), Art. 328b N 19.

sorgepflicht gemäss Art. 328 OR möglich. Bei Erfüllung der entsprechenden Voraussetzungen sind namentlich Schadenersatz und Genugtuung geschuldet.¹³⁸ In besonders schweren Fällen von ungerechtfertigten Datenbearbeitungen kann der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis überdies fristlos kündigen.¹³⁹

II. Datenschutzrechtliche Konsequenzen

Im Falle einer persönlichkeitsverletzenden Datenbearbeitung sind schliesslich die Rechtsbehelfe gemäss Art. 15 DSG (Art. 32 revDSG), allenfalls in Verbindung mit Art. 28 und 28a ZGB, einschlägig.¹⁴⁰

H. Fazit

Das Phänomen «Diversity Monitoring» unterliegt im schweizerischen Rechtsraum verschiedenen datenschutz- und arbeitsrechtlichen Regelungen, welche – gerade aufgrund der Sensitivität der normalerweise erhobenen Daten – dem Discretionsinteresse der Arbeitnehmenden ein grosses Gewicht einräumen. Eine rechtskonforme Erhebung und Auswertung von Diversitätsdaten wird daher regelmässig nur auf freiwilliger Basis möglich sein, wobei diesbezüglich die unterschiedlichen Anforderungen an eine gültige Einwilligung der Mitarbeitenden zu beachten sind. Diese restriktive Haltung hat insbesondere damit zu tun, dass die Schweiz im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen (z.B. USA) nur sehr bescheidene gesetzliche Vorgaben zu Diversität und Inklusion bzw. zum Diskriminierungsschutz am Arbeitsplatz kennt,¹⁴¹ welche die Erhebung von Diversity Data auch ohne Einwilligung der Betroffenen ermöglichen würde. Namentlich aufgrund der zunehmenden Berichterstattungspflichten zur Diversität sowie der vermehrten Anforderungen von Investoren in dieser Hinsicht dürfte aber das Thema Diversity Monitoring auch in der Schweiz immer mehr an Relevanz gewinnen.

Zusammenfassung

Die systematische Erfassung der Diversitätsdaten von Mitarbeitenden («Diversity Monitoring») wirft sowohl arbeits- als auch datenschutzrechtliche Fragen auf. Aus arbeitsrechtlicher Sicht ist zunächst zu beachten, dass Diversity Monitoring

nur selten den hinreichenden Arbeitsplatzbezug aufweisen werden, welcher für die Datenbearbeitung im Arbeitsverhältnis grundsätzlich notwendig ist. Im Regelfall muss für die Bearbeitung der Diversitätsdaten deshalb ein datenschutzrechtlicher Rechtfertigungsgrund vorliegen. Hier zeigt sich, dass eine rechtskonforme Erhebung und Auswertung von Diversitätsdaten oftmals nur auf freiwilliger Basis möglich sein wird, wobei diesbezüglich die Anforderungen an eine gültige Einwilligung der Mitarbeitenden zu beachten sind. Liegt eine ungerechtfertigte Erhebung der Diversitätsdaten vor, können die Mitarbeitenden die Teilnahme am Diversity Monitoring verweigern oder Gebrauch von ihrem Notwehrrecht der Lüge machen.

Résumé

La saisie systématique des données relatives à la diversité des collaborateurs («Diversity Monitoring») soulève des questions relevant tant du droit du travail que de la protection des données. Du point de vue du droit du travail, il convient tout d'abord de noter que le monitoring de la diversité ne présente que rarement le lien suffisant avec le poste de travail, qui est en principe nécessaire pour le traitement des données dans les rapports de travail. En général, le traitement des données relatives à la diversité doit donc être justifié par un motif justificatif prévu par le droit de la protection des données. On constate ici qu'une collecte et une analyse des données relatives à la diversité conformes au droit ne seront souvent possibles que sur une base volontaire. Les exigences relatives à un consentement valable des collaborateurs devant être respectées à cet égard. En cas de collecte injustifiée de données sur la diversité, les collaborateurs peuvent refuser de participer à la surveillance de la diversité ou faire usage de leur droit de légitime défense en mentant.

138 Vgl. etwa KASPER (Fn. 28), S. 253; PÄRLI (Fn. 21), Art. 328b OR N 36.

139 PÄRLI (Fn. 21), Art. 328b OR N 36.

140 Vgl. etwa KASPER (Fn. 28), S. 253 f.; PÄRLI (Fn. 21), Art. 328b OR N 37.

141 WILDHABER/LOHMANN/KASPER (Fn. 78), S. 469 ff.