



Der eidgenössische
Datenschutzbeauftragte
informiert

Datenschutz im
Arbeitsverhältnis

Merkblatt über die
Auswirkungen des
Gleichstellungsgesetzes

merkblatt edsb

Inhalt des Gleichstellungsgesetzes

Am 1. Juli 1996 ist das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GIG, SR 151) in Kraft getreten. Es findet Anwendung auf Arbeitsverhältnisse nach Obligationenrecht und auf alle öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse in Bund und Kantonen, wobei zum Teil gesonderte Verfahrensbestimmungen bestehen. Es bezweckt die Förderung der tatsächlichen Gleichstellung von Mann und Frau (Art. 1 GIG) und verbietet zu diesem Zweck die Diskriminierung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern aufgrund ihres Geschlechts (vgl. Art. 3 Abs. 1 GIG). Nebst dem Verbot der Diskriminierung durch sexuelle Belästigung (vgl. Art. 4 GIG) sind vor allem die Bestimmungen von Art. 3 GIG wichtig.

Diskriminierung und Beweislast-erleichterung

Nach Art. 3 Abs. 1 GIG dürfen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aufgrund ihres Geschlechts weder direkt noch indirekt benachteiligt werden, namentlich nicht unter Berufung auf den Zivilstand, auf die familiäre Situation oder, bei Arbeitnehmerinnen, auf eine Schwangerschaft. Dieses Verbot gilt insbesondere für die Anstellung, Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung. In all diesen Fällen (ausser bei der Anstellung) wird eine Diskriminierung vermutet, wenn sie von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird und der Arbeitgeber nicht beweisen kann, dass es sich nicht um eine Diskriminierung handelt (vgl. Art. 6 GIG).

Ansprüche

Wer von einer Diskriminierung im Sinne der Art. 3 und 4 GIG betroffen ist, kann dem zuständigen Gericht oder der zuständigen Verwaltungsbehörde beantragen, eine drohende Diskri-

minierung zu verbieten, eine bestehende Diskriminierung zu beseitigen oder festzustellen, oder die Zahlung des geschuldeten Lohns anzuordnen (vgl. Art. 5 Abs. 1 GIG). Bei Nichtanstellung oder Kündigung hat die betroffene Person lediglich Anspruch auf Entschädigung (vgl. Art. 5 Abs. 2 GIG). Unter bestimmten Umständen besteht auch ein Entschädigungsanspruch bei Diskriminierung durch sexuelle Belästigung (vgl. Art. 5 Abs. 3 GIG).

Schlichtungsverfahren

Bei Arbeitsverhältnissen nach Obligationenrecht ist ein freiwilliges Schlichtungsverfahren vorgesehen, das von den Kantonen obligatorisch erklärt werden kann (vgl. Art. 11 Abs. 1 und 2 GIG).

Verbandsklagerecht

Interessenverbände können selbst Klage einreichen oder eine Schlichtungsstelle anrufen, um eine Diskriminierung feststellen zu lassen (vgl. Art. 7 Abs. 1 GIG). Sie müssen dem betroffenen Arbeitgeber oder der betroffenen Arbeitgeberin vorher Gelegenheit zur Stellungnahme geben.

Datenschutzrechtliche Auswirkungen des Gleichstellungsgesetzes

Das Gleichstellungsgesetz hat Auswirkungen auf die Zulässigkeit der Beschaffung von Angaben über (jetzige oder zukünftige) Angestellte im allgemeinen und auf die Zulässigkeit der Bekanntgabe solcher Angaben im Zusammenhang mit Diskriminierungsvorwürfen.

Beschaffung von Personendaten

Gemäss dem Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG; SR 235.1) dürfen Personendaten nur rechtmässig beschafft werden (Art. 4 Abs. 1 DSG). Führt eine Datenbeschaffung zu einer Diskriminierung im Sinne des Gleichstellungsgesetzes, so ist sie **unrechtmässig** und verstösst gegen Art. 4 Abs. 1 DSG. Somit sind nicht

nur Handlungen, die eine Diskriminierung darstellen, sondern auch Datenbearbeitungen und insbesondere Datenbeschaffungen, die einem diskriminierenden Zweck dienen, unzulässig. Dies bedeutet im einzelnen:

- Der Arbeitgeber oder die Arbeitgeberin darf bei der Besetzung einer Stelle, **im Bewerbungs- oder Beförderungsverfahren**, keinerlei Angaben erheben, die sich auf den Zivilstand, die familiäre Situation oder eine allfällige Schwangerschaft beziehen, wenn er (oder sie) dafür nicht **sachlich gerechtfertigte Gründe** hat. **Die Erkundung nach der Familiensituation und -planung (etwa nach Verheirathungsabsichten, Nachwuchsplänen, einer bestehenden oder demnächst geplanten Schwangerschaft usw.)** ist nur zulässig, wenn sie bei der Anstellung objektiv von Belang ist (zum Beispiel, weil am Arbeitsort eine Gesundheitsgefahr für die Schwangere oder ihr ungeborenes Kind besteht oder eine Schwangere zur Erbringung der Arbeitsleistung untauglich wäre, etwa bei einer Anstellung als Tänzerin oder als Model). Das Gleiche gilt auch für die Frage nach dem Dienstgrad in der Armee oder nach dem noch zu leistenden Militärdienst: Danach darf nur gefragt werden, wenn die Angabe aus objektiven Gründen für die Besetzung der Stelle erforderlich ist (etwa für die Besetzung einer Berufsmilitärstelle).

Diese Regelung gilt für jede Beschaffung von Personendaten durch den Arbeitgeber (namentlich mit Fragebogen). Insbesondere ist das informationelle Selbstbestimmungsrecht anlässlich des Vorstellungsgesprächs zu berücksichtigen, wonach es dem Bewerber oder der Bewerberin frei steht, Angaben über Zivilstand, familiäre Situation oder Schwangerschaft zu machen.

Auch die Beschaffung von Angaben, die eine **indirekte Benachteiligung** zur Folge haben (die also nicht direkt an das Geschlecht gebunden sind, aber faktisch mehrheitlich ein Geschlecht betreffen, zum Beispiel Fragen an Teilzeitangestellte) ist dis-

kriminierend, wenn dafür keine objektiven, sachlich gerechtfertigten Gründe bestehen. Dazu kann etwa die Frage nach der Organisation der Kinderbetreuung während der Arbeitszeit gehören, wenn sie vorwiegend an Frauen gerichtet wird. Jede Frage, die faktisch dazu führt, dass Angehörige eines Geschlechts bei der Anstellung oder Beförderung benachteiligt werden, ist unzulässig. Es sei denn, es bestehe dafür ein objektiver und bedeutender Rechtfertigungsgrund.

- In der Praxis wird es oft darum gehen, die gewünschten Auskünfte genau zu definieren und die Fragen entsprechend zu formulieren. Hat man sich bisher bei den Frauen nach Verheirathungsabsichten erkundigt, um abzuklären, ob allenfalls eine Versetzung in eine andere Arbeitsschicht oder an einen anderen Arbeitsort in Frage kommt, so wird in Zukunft eine diesbezügliche Frage an beide Geschlechter vorzuziehen sein („Können Sie sich vorstellen, den Arbeitsort zu wechseln“, „nachts zu arbeiten?“ usw.). Ebenso bei der Kinderbetreuung („Ist es Ihnen möglich, ausnahmsweise ausserhalb der festgelegten Arbeitszeiten zu arbeiten?“).
- Um mögliche Diskriminierungen zu vermeiden, werden sich die Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen bei jeder Angabe, die sie über Bewerber/-innen und Angestellte erheben, überlegen müssen, wozu diese Angabe dient und ob die Gleichbehandlung der Geschlechter im entsprechenden Punkt gewährleistet ist.

Bekanntgabe von Personendaten

a) Problematik

Das Gleichstellungsgesetz (GIG) sieht in verschiedenen Fällen vor, dass der Arbeitgeber oder die Arbeitgeberin zu einer geltend gemachten Diskriminierung Stellung beziehen:

- Gemäss **Art. 7 Abs. 1 2^{ter} Satz GIG** müssen Organisationen den betroffenen Arbeitgeber/-innen Gelegenheit zur Stellungnahme geben, bevor sie wegen einer Diskriminie-

rung eine Schlichtungsstelle anrufen oder Klage einreichen.

- Personen, deren Bewerbung für eine Anstellung nicht berücksichtigt wurde und die eine Diskriminierung geltend machen, können vom Arbeitgeber oder von der Arbeitgeberin eine schriftliche Begründung für die Nichtanstellung verlangen (**Art. 8 Abs. 1 GIG**).
- Schliesslich sieht **Art. 11 GIG** ein Schlichtungsverfahren vor, das für die Parteien grundsätzlich freiwillig ist, von den Kantonen aber für obligatorisch erklärt werden kann.

Die zwei letzten Fälle sind nur für Arbeitsverhältnisse nach Obligationenrecht von Belang.

b) Zulässigkeit der Bekanntgabe

In den oben genannten Fällen und natürlich auch bei gerichtlichen Anfechtungen oder bei anderen Diskriminierungsvorwürfen hat der Arbeitgeber oder die Arbeitgeberin ein Interesse daran, den Nachweis zu erbringen, dass eine Massnahme keinen diskriminierenden Charakter hat. Zu diesem Zweck wird es aber häufig notwendig sein, Angaben über andere Angestellte bekanntzugeben. Diese Datenbekanntgabe untersteht jedoch dem Verhältnismässigkeitsprinzip. Danach dürfen Personendaten nur soweit bekanntgegeben werden, als sie zur Entkräftung des Diskriminierungsvorwurfes wirklich erforderlich und stichhaltig sind. Insbesondere hat man sich auf die Bekanntgabe **anonymisierter Daten** zu beschränken, wenn diese den Diskriminierungsvorwurf entkräften können. In solchen Fällen käme die Bekanntgabe nicht anonymisierter Personendaten einer Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips gleich. Dies gilt sowohl für Datenbekanntgaben innerhalb von Schlichtungs- und hängigen Prozessen als auch für die übrigen Bekanntgabefälle. Von primärer Bedeutung ist dann, dass die im Verfahren nicht involvierten Personen vor der Datenbekanntgabe vollumfänglich informiert werden, um sich dagegen zur Wehr setzen zu können.

Es sind folgende Fälle von Datenbekanntgaben zu unterscheiden:

Im Schlichtungsverfahren vor dem Zivilprozess (Art. 11 GIG)

Das **Schlichtungsverfahren gemäss Art. 11 GIG** gilt nur für Arbeitsverhältnisse nach Obligationenrecht (Art. 8 ff GIG). Für öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse sieht das GIG kein Schlichtungsverfahren vor. Beamte und Angestellte des Bundes, die gegen eine erstinstanzliche Verfügung Beschwerde führen, sollen jedoch die Begutachtung durch eine Fachkommission verlangen können. Diese Möglichkeit ersetzt für das Bundespersonal das Schlichtungsverfahren, wie es für privatrechtliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vorgesehen ist. Diese Kommission könnte wie die Stellenbegutachtungskommission nach Art. 8 ff der Verordnung über die Einreihung der Ämter der Beamten (SR 172.221.111.1) funktionieren.

Es fragt sich, inwiefern Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO auf das Schlichtungsverfahren anwendbar ist. Ob das Schlichtungsverfahren generell als hängiges Verfahren im Sinne des DSGVO zu betrachten ist, hängt davon ab, wie es im einzelnen Kanton ausgestaltet ist. Unabhängig davon, ob das Schlichtungsverfahren als Teil des hängigen Zivilprozesses gilt oder nicht, ist in jedem Fall dem Schutz der Persönlichkeit der Beteiligten und der von einer Datenbekanntgabe betroffenen Dritten Rechnung zu tragen. Ob dies unter Anwendung der (kantonalen oder Bundes-)Datenschutzgesetze oder der kantonalen Verfahrensregeln gewährleistet wird, hängt von der kantonalen Gestaltung des Schlichtungsverfahrens ab. Sind die kantonalen Verfahrensregeln anwendbar, so besteht auch im Schlichtungsverfahren allgemein die Möglichkeit, die Publikumsöffentlichkeit zu beschränken und in besonderen Fällen (etwa zum Schutz offengelegter Geschäftsgeheimnisse) sogar die Parteiöffentlichkeit zu begrenzen. Grundsätzlich können jedoch die Parteien in einem Schlichtungsverfahren ihre Beweismittel offenlegen und auch Einsicht in diese bekommen.

Aufgrund des besonderen Charakters des Schlichtungsverfahrens (Einiigungsversuch) kann aber der Arbeitgeber oder die Arbeitgeberin zur Offenlegung der Beweismittel nicht ge-

zwungen werden. Verweigert er (oder sie) sie, so kann es im Schlichtungsverfahren nicht zu einer Einigung kommen und die Person, welche die Diskriminierung geltend macht, muss zur Durchsetzung ihres Anspruchs Klage erheben, worauf der Arbeitgeber die entsprechenden Beweismittel im Zivilprozess offenlegen muss.

Es mag vorkommen, dass die kantonalen Verfahrensregeln zusätzliche Datenschutzgarantien bedürfen (bspw. bezüglich Schweigepflicht der beteiligten Parteien). Die Deckung solcher Gesetzeslücken obliegt jedoch dem kantonalen Gesetzgeber. Die Datenschutzgesetze sollen die kantonalen Verfahrensordnungen nicht überlagern.

Soll hingegen das Schlichtungsverfahren nicht als Teil des hängigen Verfahrens gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO gelten, so kommen - soweit keine kantonale Datenschutzbestimmungen bestehen - die Bestimmungen des DSGVO über die Datenbearbeitung durch Private zur Anwendung.

Im hängigen Zivil- und Verwaltungsverfahren

Soweit die Datenbekanntgabe im Rahmen eines hängigen **Zivilverfahrens** erfolgt, findet das DSGVO keine Anwendung (vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. c). In diesen Fällen richtet sich die Zulässigkeit der Bekanntgabe nach den anwendbaren kantonalen verfahrensrechtlichen Bestimmungen (vgl. Art. 12 GIG) und nicht nach dem DSGVO. Das DSGVO kommt aber dann zum Zuge, wenn die einschlägigen Verfahrensbestimmungen es für anwendbar erklären.

Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO gilt auch für hängige zweinstanzliche **Verwaltungsverfahren**. In diesen Fällen sind die allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege anwendbar (Art. 13 GIG). Ist eine kantonale Verfügung Gegenstand einer Beschwerde, so sind zunächst die Rechtsmittel des kantonalen Rechtes (unter Anwendung des kantonalen Verfahrensrecht) auszuschöpfen.

Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO ist nur für die im **hängigen Zivil- oder Verwaltungsverfahren** verwickelten Behörden anwendbar. Dritte, die im

Prozess nicht involviert sind, deren Personendaten aber im Rahmen des hängigen Verfahrens bekanntgegeben werden, geniessen den Schutz des DSGVO. Arbeitgeber, die zur Entkräftung des Diskriminierungsvorwurfes Personendaten von Dritten bekanntgeben, unterstehen demzufolge den Datenschutzregeln des DSGVO. Das gleiche gilt für die Klageparteien, welche durch Heranziehung analoger Beispiele eine Diskriminierung beweisen möchten. Dies hat zur Folge, dass eine Bekanntgabe von Daten eines im hängigen Verfahren nicht verwickelten Dritten dessen Benachrichtigung durch die beweispflichtigen Parteien voraussetzt. Dadurch soll es dem Dritten vorbehalten bleiben, sich der Datenbekanntgabe zu widersetzen.

In den anderen Fällen (Art. 7 Abs. 1 und 8 Abs. 1 GIG)

Hinsichtlich der Datenbekanntgabe durch den Arbeitgeber oder die Arbeitgeberin im Rahmen einer Stellungnahme oder einer Begründung ausserhalb eines gerichtlichen Verfahrens gilt grundsätzlich:

Wenn die betroffene Person in die Datenbekanntgabe einwilligt, so ist diese in jedem Fall zulässig. Dies gilt sowohl für die Datenbekanntgabe durch Private wie auch durch Bundesorgane (Art. 13 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 1 lit. b DSGVO). Bei Datenbekanntgaben durch kantonale Behörden richtet sich die Zulässigkeit der Bekanntgabe nach kantonalem Datenschutzrecht. Das Bundesgesetz über den Datenschutz findet in kantonalen Angelegenheiten nur in Ausnahmefällen Anwendung (vgl. Art. 37 DSGVO).

Liegt keine Einwilligung vor, so gilt folgendes:

Datenbekanntgabe durch einen privaten Arbeitgeber oder eine private Arbeitgeberin

Ist der Arbeitgeber oder die Arbeitgeberin eine Privatperson (also nicht ein Bundesorgan oder eine kantonale Behörde), so finden die Art. 12 und 13 DSGVO Anwendung.

Nach diesen Bestimmungen ist eine Datenbekanntgabe widerrechtlich und damit unzulässig, wenn das Interesse der betroffenen Person daran, die Daten nicht bekanntzugeben, das Interesse des Arbeitgebers oder der

Arbeitgeberin, sich durch die Bekanntgabe gegen den Vorwurf der Diskriminierung zu schützen, überwiegt (vgl. Art. 13 Abs. 1 DSGVO). Dies ist jedoch von Fall zu Fall zu entscheiden. Es kann aber davon ausgegangen werden, dass das Interesse des Arbeitgebers oder der Arbeitgeberin, sich gegen den Diskriminierungsvorwurf zu wehren, schwer wiegt und nur zugunsten bedeutender Argumente für eine Geheimhaltung der Daten von Angestellten zurücktreten muss. Die Datenbekanntgabe hat sich auf das Erforderliche und Stichhaltige für die Entkräftung des Vorwurfes zu beschränken.

Datenbekanntgabe durch ein Bundesorgan

Die Zulässigkeit der Datenbekanntgabe richtet sich nach Art. 19 DSGVO. Danach dürfen Bundesorgane grundsätzlich Personendaten nur bekanntgeben, wenn dafür eine gesetzliche Grundlage besteht (Art. 17 und 19 Abs. 1 DSGVO). Nach diesen Bestimmungen dürfen Bundesorgane besonders schützenswerte Personendaten und Persönlichkeitsprofile nur dann bekanntgeben, wenn ein formelles Gesetz es ausdrücklich vorsieht oder wenn **ausnahmsweise** die Bekanntgabe für eine in einem formellen Gesetz klar umschriebene Aufgabe unentbehrlich ist. Art. 13 Abs. 1 GLG, aber auch Art. 35 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren, der für behördliche Verfügungen eine Begründungspflicht vorsieht, stellen keine genügende gesetzliche Grundlage für die Bekanntgabe von besonders schützenswerten Personendaten und Persönlichkeitsprofilen dar.

Die Bekanntgabe aufgrund der genannten Bestimmungen ist nur dann zulässig, soweit es sich bei diesen Daten nicht um besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile im Sinne von Art. 3 lit. c und d DSGVO handelt (Art. 17 Abs. 2 i. V. m. Art. 19 Abs. 1 DSGVO). Auch für die **generelle**, nicht zur Entkräftung des Diskriminierungsvorwurfes benötigte Bekanntgabe von Personendaten (zum Beispiel für die systematische Bekanntgabe der Lohnklasse bei der Ankündigung von Neueinstellungen oder Beförderungen) besteht weder im Gleichstellungsgesetz noch, soweit ersichtlich, im Beamtenrecht

eine gesetzliche Grundlage. Solche Datenbekanntgaben entsprechen zwar dem Zweck des Gleichstellungsgesetzes (vgl. Art. 1 GLG), sind jedoch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage nur zulässig, wenn die betroffenen Personen eingewilligt haben.

Lässt sich der Diskriminierungsvorwurf auch aufgrund allgemeiner Unterlagen (z.B. Lohnklassifikationsschema) oder anonymisierter Angaben entkräften, so ist die Bekanntgabe von Personendaten nicht gerechtfertigt. Es sind nur diejenigen Daten weiterzugeben, die geeignet und nötig sind, die zur Diskussion stehende Behauptung zu widerlegen oder zu untermauern. Ob die Voraussetzungen der Bekanntgabe erfüllt sind, hat das Bundesorgan in jedem Fall zu prüfen.

Falls Sie zusätzliche Fragen haben, wenden Sie sich an:

Eidgenössischer Datenschutzbeauftragter

3003 Bern

Tel: 031 322 43 95

Fax: 031 325 99 96

www.edsb.ch