

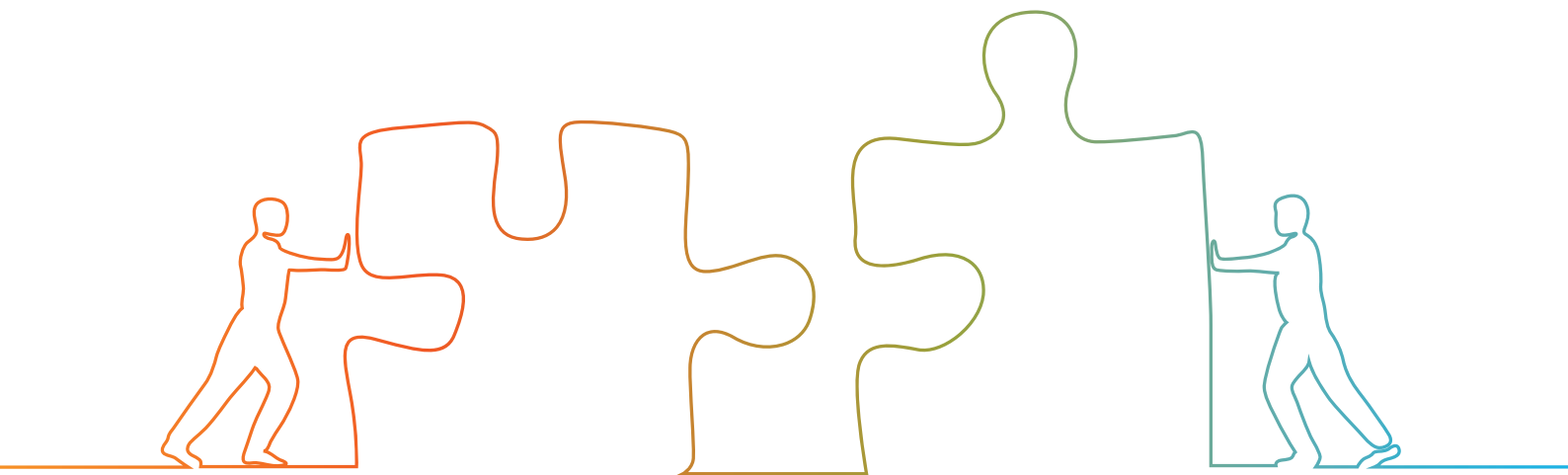
# Beteiligung der Arbeitnehmenden beim Einsatz von ADM-Systemen am Arbeitsplatz

Prof. Dr. Isabelle Wildhaber, LL.M.

Dr. Isabel Ebert

Universität St. Gallen, Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitswelten (FAA-HSG)

Anfang November 2023



Im Auftrag von



ALGORITHM  
WATCH/CH

syndicom

Verfasst von



Universität St.Gallen

Forschungsinstitut für Arbeit  
und Arbeitswelten

# / INHALTSÜBERSICHT

## I. Auftrag

1. Auftraggeberin .....	4
2. Projektzusammenfassung .....	4
3. Ziel und Zweck des Rechtsgutachtens .....	4
/ Gesetzlicher Status Quo .....	4
/ Gesetzlicher Handlungsbedarf .....	4

## II. Empirie aus dem SNF NFP75-Projekt

1. Ergebnisse aus der quantitativen Umfrage .....	5
2. Ergebnisse aus den fünf qualitativen Fallstudien .....	7
a) Information .....	7
b) Konsultation .....	8
c) Datenschutzgesetz als Puffer gegen die unangemessene Anwendung von ADM-Systemen .....	8
d) Verantwortungszuschreibung und Machtausübung .....	8
e) Kommunikation als Mittel zur Einbindung der Mitarbeitenden .....	9
f) Lernkultur vs. Sanktionskultur .....	9
g) Akzeptanz .....	10

## III. Begriffe und Annahmen .....

10

## IV. Rahmenbestimmungen beim Einsatz von ADM-Systemen am Arbeitsplatz

1. Rahmenbestimmungen des schweizerischen Rechts .....	12
a) Arbeitsrecht .....	12
b) Datenschutzrecht .....	14
c) Gesundheitsschutz .....	17
d) Diskriminierungsschutz .....	19
2. Internationale Rahmenbestimmungen .....	21
3. Rechtsprechung .....	23

## V. Betriebliche Beteiligung beim Einsatz von ADM-Systemen am Arbeitsplatz

1. Die Schweizerische Betriebsverfassung .....	25
2. Begriffe: Mitbestimmung, Mitwirkung, Beteiligung, Mitsprache .....	25
3. Ethische Anforderungen beim Einsatz von ADM-Systemen am Arbeitsplatz .....	27
a) Ethische Analyseschwerpunkte auf Basis der Empirie und Fachliteratur .....	27
b) Unternehmensverantwortung und Sorgfaltspflichten .....	29
4. Beteiligung beim Einsatz von ADM-Systemen am Arbeitsplatz nach geltender Rechtslage .....	30
a) Beteiligung der Arbeitnehmenden und der Arbeitnehmendenvertretungen de lege lata .....	30
b) Beteiligung der Gewerkschaften .....	35
c) Einsprachemöglichkeiten de lege lata .....	36
5. Identifikation der gesetzlichen Lücken in der Beteiligung nach geltender Rechtslage .....	37
a) Lücken in der Beteiligung der Arbeitnehmenden und der Arbeitnehmendenvertretungen .....	37
b) Lücken in der Beteiligung der Gewerkschaften .....	39

## VI. Vorschläge zur Behebung der identifizierten Lücken

<b>1. Mögliche Massnahmen auf Gesetzesebene beim Einsatz von ADM-Systemen im Betrieb</b> .....	40
<b>a)</b> Verstärkung kollektiver Mitsprache .....	40
<b>b)</b> Kontinuierliche Einsprachemöglichkeiten .....	42
<b>c)</b> Strukturen zur Aufsicht und Kontrolle .....	42
<b>d)</b> Lösungen über die Sozialpartnerschaft .....	43
<b>2. Möglichkeiten auf Unternehmensebene zur Umsetzung der Sorgfaltspflichten</b> .....	43
<b>a)</b> Schritt 1: Identifizieren und Bewerten von Auswirkungen, um Art und Ausmass von Menschenrechtsrisiken abzuschätzen .....	44
<b>b)</b> Schritt 2: Handeln zur Vorbeugung und Minderung von menschenrechtlichen Risiken, auch durch Integration in interne Funktionen und Prozesse .....	44
<b>c)</b> Schritt 3: Verfolgung der Wirksamkeit von Massnahmen zur Risikominderung im Laufe der Zeit .....	45
<b>d)</b> Schritt 4: Angemessene Kommunikation der Massnahmen im Hinblick auf die Bewältigung menschenrechtlicher Auswirkungen.....	45
<b>/ Literaturverzeichnis</b> .....	46

## / ABBILDUNGSVERZEICHNIS

Abbildung 1: Einsatz von People Analytics in Schweizer Unternehmen .....	5
Abbildung 2: Einbindung externer Stakeholder in die Gestaltung und Nutzung von People Analytics Tools.....	6
Abbildung 3: Anwendbare Rechtsgrundlagen.....	12
Abbildung 4: Art der Einwilligung bei People Analytics .....	16
Abbildung 5: Schema eines ADM-Systems .....	19
Abbildung 6: Beteiligungsformen.....	26

# I. AUFTRAG

## 1. AUFTRAGGEBERIN

Die Anforderungen für das angefragte Rechtsgutachten werden von AlgorithmWatch CH als Projektleitung inhaltlich gestaltet. Auftraggeberin ist die Gewerkschaft syndicom.

## 2. PROJEKTZUSAMMENFASSUNG

AlgorithmWatch CH hat im November 2022 ein gemeinsames Projekt mit der Gewerkschaft syndicom gestartet. Das Ziel des Projektes ist es, die Mitbestimmung von Arbeitnehmenden beim Einsatz von Automated Decision-Making (ADM)-Systemen am Arbeitsplatz zu gewährleisten und ihre Rechte zu stärken. Der Fokus liegt dabei auf Systemen, die von (öffentlichen oder privaten) Arbeitgeberinnen eingesetzt werden, um Mitarbeitende einzustellen (Recruiting), zu bewerten, zu managen und/oder zu überwachen (oft benannt unter dem Stichwort People Analytics). Es geht dabei unter anderem um die Frage, wie ethische Leitlinien in Unternehmen unter Mitbestimmung der Arbeitnehmenden praktisch angewandt werden können, wo es rechtliche Lücken und Grauzonen mit Blick auf den Einsatz von ADM-Systemen am Arbeitsplatz gibt sowie darauf basierend, welchen politischen Handlungsbedarf es aus Perspektive von Beschäftigten und Unternehmen gibt. Das Projekt läuft bis Frühling 2024.

Das Projekt besteht aus drei Teilen:

1. Basisanalyse zum Einsatz von ADM-Systemen in der Schweizer Arbeitswelt.
2. Ausarbeitung von Qualifizierungskonzepten für Arbeitnehmendenvertretungen, damit diese eine effektive Mitsprache bei ADM-Systemen im Arbeitskontext sicherstellen können.
3. Analyse des politischen und rechtlichen Handlungsbedarfs, um die Voraussetzungen für

betriebliche Mitwirkungsrechte und Rahmenbedingungen für Interventionen seitens Gewerkschaften und Arbeitnehmendenvertretungen zu gewährleisten.

## 3. ZIEL UND ZWECK DES RECHTSGUTACHTENS

Das Rechtsgutachten ist Teil des dritten Teils des Projekts. Es soll folgende Fragen beantworten und Inhalte abdecken:

### / Gesetzlicher Status Quo

1. Kurzzusammenfassung: Was ist der aktuelle (nationale und internationale) gesetzliche Rahmen beim Einsatz von ADM-Systemen am Arbeitsplatz (gemäss Fokus des Projektes) in der Schweiz? Hier sollen sowohl öffentliche als auch private Arbeitsverhältnisse in den Blick genommen werden.
2. Wie ist die Mitsprache der Mitarbeitenden, der Personalvertretungen und der Gewerkschaften beim Einsatz von ADM-Systemen aktuell gesetzlich geregelt? Welche Schutzmassnahmen und Anforderungen bestehen? Wie sehen Einsprachemöglichkeiten aus?
3. Welche Gerichtsfälle (auf kantonaler oder Bundesebene) gibt es in diesem Bereich, und was war der Anlass für den Rechtsstreit?

### / Gesetzlicher Handlungsbedarf

1. Welche gesetzlichen Lücken zur Mitsprache der Mitarbeitenden, der Personalvertretungen und der Gewerkschaften beim Einsatz von ADM-Systemen bestehen aktuell?
2. Wie können diese Lücken geschlossen werden?
3. Basierend auf den ethischen Analysen von AlgorithmWatch: Wie lassen sich diese ethischen Anforderungen und Leitlinien für den Einsatz von ADM-Systemen am Arbeitsplatz in der

Schweiz und international rechtlich verankern (beispielsweise mit Blick auf Datenschutz, Diskriminierungsschutz, Mitbestimmung, Transparenzanforderungen, Einsprachemöglichkeiten, Rechenschaftspflichten etc.)?

Wir basieren viele Einschätzungen in diesem Rechtsgutachten auf unseren Erkenntnissen aus dem Projekt «Big Brother in Schweizer Unternehmen? Vertrauen, Daten und Privatsphäre im Job», welches im Rahmen des Nationalen Forschungsprogramms NFP75 zum Thema «Big Data» von 2018-2022 durch den Schweizerischen Nationalfonds unterstützt worden ist.<sup>1</sup> Wir nehmen in diesem Gutachten öfters Bezug darauf, weshalb es gleich als Erstes vorgestellt werden soll (nachfolgend II.).

## II. EMPIRIE AUS DEM SNF NFP75-PROJEKT

Die empirischen Datenerhebungen wurden im Rahmen eines Forschungsprojekts «Big Brother in Schweizer Unternehmen? Vertrauen, Daten und Privatsphäre im Job» durch den Schweizerischen Nationalfonds (NFP75) finanziert.<sup>2</sup> Auf Basis dieser bereits finanzierten Grundlage wurden die Daten zum Zweck dieses Rechtsgutachten spezifisch aufgearbeitet. Die Daten werden aber aus Gründen der Vertraulichkeit nur in aggregierter und anonymer Form wiedergegeben. Die Daten bestehen aus einer empirischen quantitativen Erhebung aus einer schweizweiten Umfrage zum Einsatz von People Analytics am Arbeitsplatz (2018, 2020), sowie aus fünf qualitativen Fallstudien in Schweizer Konzernen.

### 1. ERGEBNISSE AUS DER QUANTITATIVEN UMFRAGE

Die Resultate der schweizweiten Umfrage, welche

<sup>1</sup> Zum Projekt siehe [www.nfp75.ch/de/rWt7Xm4jTGt4imB7/projekt/projekt-weibel](http://www.nfp75.ch/de/rWt7Xm4jTGt4imB7/projekt/projekt-weibel).

<sup>2</sup> Zum Projekt siehe [www.nfp75.ch/de/rWt7Xm4jTGt4imB7/projekt/projekt-weibel](http://www.nfp75.ch/de/rWt7Xm4jTGt4imB7/projekt/projekt-weibel).

sich primär an Verantwortliche in Personalabteilungen richtete, werden im Folgenden beschrieben. Wir haben im Jahr 2018 eine **quantitative Online-Umfrage** durchgeführt, an der **158 Schweizer Grossunternehmen** teilnahmen, bei der sie gefragt wurden, ob sie bestimmte IT-basierte Tools zur Personalsteuerung anwenden. 35.4% der Teilnehmenden gaben an, keine dieser Tools zu verwenden, während 64.6% solche Tools einsetzten. Die Online-Umfrage wurde 2020 wiederholt.



Abb. 1: Einsatz von People Analytics in Schweizer Unternehmen

Die Ergebnisse des **Vergleichs der ersten Umfrage im Jahr 2018 und der Wiederholung der Umfrage im Jahr 2020** zeigten den aktuellen Reifegrad der Datafizierung am Schweizer Arbeitsplatz (siehe Abb. 1). Der grösste Trend im Vergleich zwischen der Umfrage 2018 und der Umfrage 2020 war ein Anstieg der «Hiring & Recruiting» Tools um 18%. Die Umfrage 2020 ergab, dass 39% der in der Umfrage erfassten Schweizer Unternehmen teilweise automatische Analysetools nutzen, um eine erste Auswahl unter den Bewerbenden zu treffen. Manchmal wird ein Tool zur Steuerung des Prozesses eingesetzt (z.B. Erinnerung an die Wartezeit der Bewerbenden, automatische

Konversation). Bei Bewerbenden werden in sehr wenigen Fällen psychologische Tests mit Muster- und Spracherkennung in Bewerberakten kombiniert. Am weitesten verbreitet sind People Analytics Tools im Bereich «Retention & Transition» (63%), mit einem Anstieg von 2% im Vergleich zur letzten Umfrage im Jahr 2018. Am häufigsten werden People Analytics Tools mit weniger komplexen Algorithmen eingesetzt. Komplexere Algorithmen werden vor allem zur Weiterverwertung analog erhobener Mitarbeiterdaten eingesetzt, etwa im Rahmen der Verknüpfung in HR-Dashboards. Viele Low-Tech-Versionen von Online-Umfragen werden eingesetzt, manchmal als Pulsbefragungen und noch seltener als «Employee Experience Dashboards». «Performance Management» Tools liegen an zweiter Stelle (47%), was einem Anstieg von 10% im Vergleich zu 2018 entspricht. Beispielsweise sind automatisierte Tools zur Verfolgung von Tastenanschlägen und der Internetnutzung weit verbreitet, und einige Unternehmen haben begonnen, Tools zur Zeitanalyse einzusetzen. Hinsichtlich

«Compliance Management» und «Work & Workplace Design» gab es zwischen der Befragung 2018 und 2020 keine grossen Veränderungen: Das Compliance Management verzeichnete insgesamt nur einen leichten Anstieg um 4% auf 22%; Arbeits- und Arbeitsplatzgestaltung verzeichneten insgesamt einen Rückgang von 2% auf 36%.

Im Kontext des vorliegenden Gutachtens ist es interessant, dass in der quantitativen Umfrage von 2018 auch herauskam, dass die meisten Unternehmen bei der Gestaltung und Verwendung von People Analytics Tools keine **externen Stakeholder** beteiligen. Nur 5% der befragten Unternehmen banden Unternehmensverbände ein, 8,8% Unternehmensinhaber, 10,5% Gewerkschaften, 28% Wissenschaftler, und kein Unternehmen gab an, mit der Zivilgesellschaft zusammenzuarbeiten. Peer to Peer-Austausch (50,9%) und Einbindung von Beratungsunternehmen (59,6%) waren die prominentesten externen Stakeholder, die zur Gestaltung und Verwendung von People Analytics

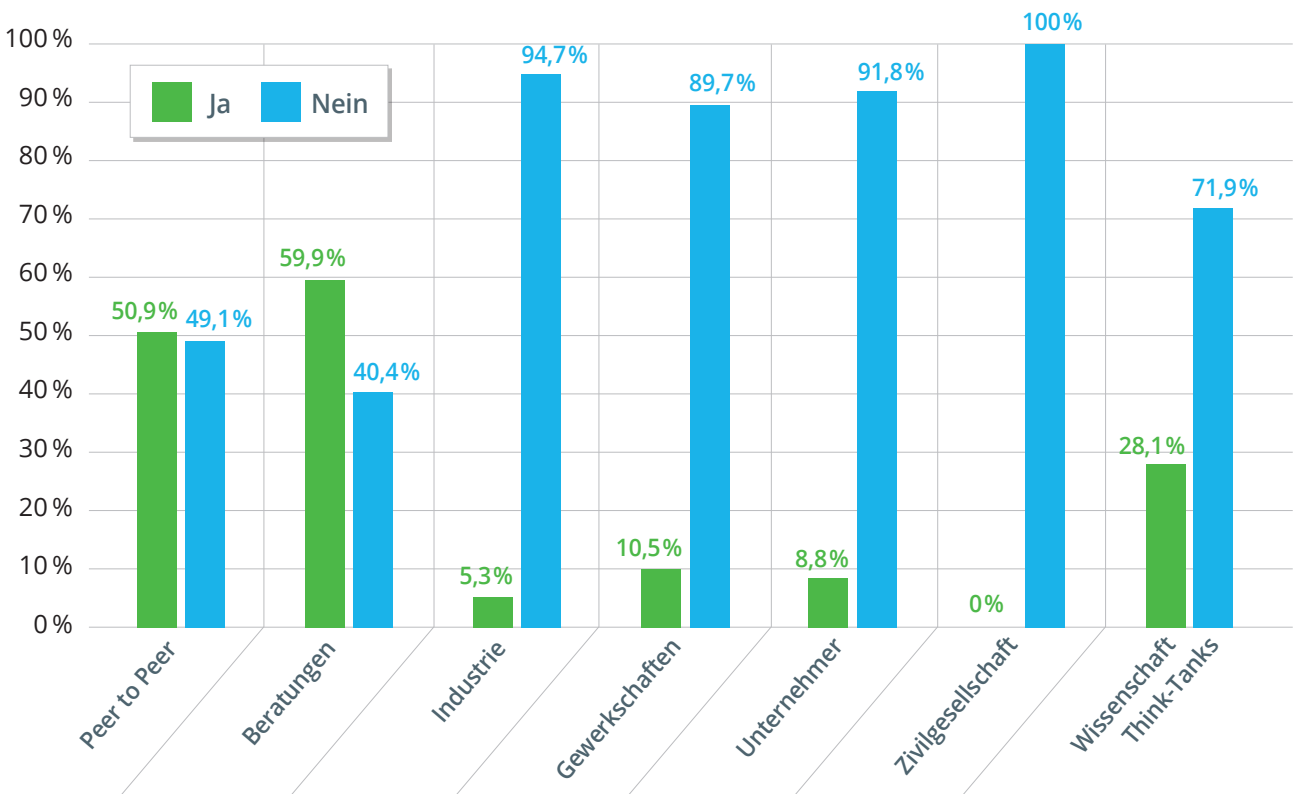


Abb. 2: Einbindung externer Stakeholder in die Gestaltung und Nutzung von People Analytics Tools

Allgemein besteht, abgesehen von Peer to Peer und Beratungsunternehmen, ein geringer Austausch mit externen Stakeholdern, sodass **unabhängiges Expertenwissen** nur bei wenigen Unternehmen zum Einsatz kommt.

## 2. ERGEBNISSE AUS DEN FÜNF QUALITATIVEN FALLSTUDIEN

Die qualitativen Fallstudien wurden in fünf Schweizer Grosskonzernen mit 20–25 Mitarbeitenden und Führungskräften in den Jahren 2018–2020 erhoben. Die **Expertengespräche** wurden sowohl mit Mitarbeitenden als auch Führungskräften und Geschäftsstrategen geführt. Bei der Auswertung der qualitativen Daten für das vorliegende Gutachten stand vor allem die Frage im Vordergrund, wie der Miteinbezug der Mitarbeitenden seitens des Unternehmens gestaltet wird, und wie dies im Kontext zu den allgemeineren Prozessen zur Einführung und Entwicklung von algorithmischen Systemen steht.

In den fünf Fallstudien haben wir verschiedenste Tools des algorithmischen Managements untersucht. In den Unternehmen **zum Einsatz kommen z.B.** ADM-Systeme (zu den Begriffen und Annahmen siehe unten III.), die in der Logistik-Branche die Routenplanung ermöglichen, oder aber die Überprüfung des Fahrverhaltens in Bezug auf die Einhaltung der Strassenverkehrsordnung und als Anreiz zum Treibstoffsparen. Andere Anwendungsbeispiele in Dienstleistungsunternehmen sind ADM-Assistenzen zur Karriereplanung im Konzern und Identifizierung von Talenten im internen Personalpool, aber auch arbeitsprozess-begleitende ADM-Systeme zur Kundenverwaltung oder Schadensbearbeitung in der Versicherungsbranche.

### a) Information

In manchen Unternehmen berichteten Interviewte, dass die Informationen über ADM-Systeme **im Intranet** zu finden seien, aber **nicht aktiv durch einen Kommunikationsprozess begleitet** wurden, sodass sich viele Mitarbeitende schlecht informiert fühlten bzw. nicht genau wussten, was die ADM-Systeme zu

welchem Zeitpunkt und auf welche Art messen, und welche Entscheidungen auf Basis dieser Messungen bzw. späterer Analysen auf Basis der Messwerte getroffen werden.

In anderen Unternehmen wurde vor der offiziellen Einführung der ADM-Systeme ein **Pilotprojekt** gestartet. Innerhalb dieses Projekts kreierten Unternehmen ein informelles Gefäss für die Mitsprache. In diesem Kontext arbeiteten die Pilot-Teams unter anderem mit sogenannten **«Power User»**, welche aus der Belegschaft kamen, und die Teams über die digitalen Technologien aufklären sollten, die zum Einsatz kamen. Diese Mitarbeitenden, die als «Power User» designiert waren, fungierten als Anlaufstelle für potenzielle Verbesserungsvorschläge, Lob, Kritik und Beschwerden der Belegschaft in Bezug auf die Einführung des ADM-Systems. Es war allerdings häufig nicht offensichtlich, in welchem Umfang und auf welche Art diese Einblicke aus den Pilotprojekten Einfluss auf die spätere, organisationsumfassende Implementierung nahmen. Der Prozess als solches konnte nicht den Anspruch haben, als arbeitsrechtlich formeller Prozess zu gelten.

Andere Unternehmen lancierten grossangelegte **«Kulturkampagnen»** zum Umgang mit Daten im Allgemeinen, und streuten breit Informationen zu People Analytics im Speziellen. Dies nahmen viele Mitarbeitende als positiv und transparenz-schaffend wahr. Als Folge waren die Mitarbeitenden im Durchschnitt besser informiert als in Unternehmen, in denen lediglich nicht-zielgruppengerechte Informationen im Intranet verfügbar waren, ohne dass diese aktiv kommuniziert wurden.

Gerade in den Einführungsphasen der Technologie fühlten sich viele Arbeitnehmende häufig überrumpelt oder es kam zu **methodologischen Problemen**, d.h. die Messgrössen, die erfasst werden sollten, wurden nicht wirklich zielgerichtet erhoben. Teils brachten neuere technische Versionen daher bessere Akzeptanz, jedoch konnten auch diese «Kinderkrankheiten» nicht vollständig adressiert werden.



## b) Konsultation

Die Art und Weise der Informationsvermittlung wirkte sich in den Fallstudien auch auf die Konsultationspotenziale der Arbeitnehmenden aus. Wenn Arbeitnehmende grundlegend **Verständnisprobleme** bezüglich der Datenverarbeitung und des Anwendungsbereichs der ADM-Systeme hatten, konnten sie auch keine informierte Teilnahme in Konsultationsprozessen wahrnehmen.

In gewissen Betrieben fungierte eine Einzelperson als eine Art Leitfigur und Ansprechperson für die Einführung von ADM-Systemen im Personalwesen (eben die **«Power User»**), jedoch existierte kein formalisierter Prozess für Beschwerden bzw. Anregungen oder Kritik. Feedback-Loops in Bezug auf übermittelte Beschwerden oder Sorgen wurden sehr selten erwähnt oder beschrieben. Dadurch, dass in einigen Unternehmen Feedback während des Einführungsprozesses durch informelle Wege, z.B. mit Hilfe der «Power User», vollzogen wird, wird der Mitspracheprozess sehr zwanglos (**«Casualisation»**). Gleichzeitig könnten informelle Feedback-Kulturen die Hemmschwelle senken, um unbefangenes ehrliches Feedback zu geben. Festzustellen bleibt, dass solche informellen Prozesse weit entfernt sind von Information und Konsultation im arbeitsrechtlichen Sinne. Die Kommunikation entlang von sukzessiven Einführungen von Beta-Versionen und einer «Start-up Mentalität» kann ein formelleres Gefäss für Mitsprache nicht ersetzen. Die Individualisierung der Feedback-Kultur in ADM-Systemen war ein starkes Merkmal der Mitsprache in den qualitativen Studien, und stand im Kontrast zu der weitreichenden, systematischen Verwendung von ADM-Systemen. Hinzukommend wurden Konsultationen auf der Kollektivebene nur sehr selten durchgeführt, obwohl diese dem systematischen Charakter der breiten Verwendung von ADM-Systemen angemessener wären.

Einsprachemöglichkeiten wurden meist entweder durch **Pilotprojekte** ermöglicht, und dort häufig, oder aber über den individuellen Kontakt der Arbeitnehmenden über die jeweilige Führungskraft. Durch Pilotprojekte haben einige Unternehmen eine starke Mitarbeitendenbeteiligung eingeführt, bei dem ein

Manager erklärte, dass «die Mitarbeiter ziemlich früh einbezogen werden, wenn es um verschiedene oder alle Themen geht, die die Mitarbeiter betreffen. Wir haben einen sehr regen Austausch. Das beginnt schon bei der Planung von baulichen Veränderungen, der Umstellung von festen Arbeitsplätzen auf Grossraumbüros mit gemeinsamer Nutzung usw. Die Mitarbeiter werden immer frühzeitig in die Themen einbezogen.» Dies ist ein Beispiel dafür, wie Pilotprojekte unter Mitwirkung der Mitarbeitenden konzipiert und umgesetzt werden können. Allerdings können diese eine kollektive Beteiligung für die Skalierung der Anwendung von ADM-Systemen nach Abschluss der Pilotphase nicht vollständig ersetzen, da diese niemals die Brandbreite und Diversität des Arbeitsalltages der gesamten Belegschaft widerspiegeln können.

## c) Datenschutzgesetz als Puffer gegen die unangemessene Anwendung von ADM-Systemen

Manche People Analytics-Anwendungen wären zwar aus arbeitsrechtlicher Sicht zulässig gewesen; in der Praxis erlaubte aber das Datenschutzrecht die Datensammlung, und/oder -bearbeitung in spezifischen Anwendungsfällen nicht. Als Folge fungierte teils **Datenschutzrecht als Arbeitnehmendenschutz**. Dazu gehören insbesondere Anwendungen, bei welchen die zweckspezifische Datenauswertung nicht gegeben ist, sondern persönliche Daten zu mehreren Zwecken verwendet werden. Hier fehlte nicht nur die vorherige Aufklärung/Zustimmung der betroffenen Person, sondern es mangelte auch an der notwendigen Zweckgebundenheit. Jedoch sollte das Datenschutzrecht nicht der Weg sein, um die betriebliche Mitsprache zu stärken. Grund ist, dass die Einsprachemöglichkeiten im Datenschutz individuell geprägt und nicht kollektiver Natur sind.

## d) Verantwortungszuschreibung und Machtausübung

In vielen Szenarien **verstärken ADM-Systeme die hierarchisch-bedingte Machtasymmetrie** zwischen Führungskraft und Mitarbeitenden.<sup>3</sup> Hinzukommend

<sup>3</sup> KELLOGG/VALENTINE/CHRISTIN.



zeigt die qualitative Empirie aus unserem Forschungsprojekt eine Nichtübereinstimmung der Verantwortungszuschreibung in Bezug auf ADM-basierte Entscheidungen. Eine klare Verantwortung wird der Führungskraft aus Sicht der Mitarbeitenden zugeschrieben («klar ist der Chef dafür verantwortlich»), jedoch wird die Verantwortung von Seiten der Führungskräfte überwiegend weggeschoben («ich kann nichts dafür, das war technisch bedingt»). So kann es zu einer **«Verantwortungsdiffusion»** kommen, die in dieser Machtkonstellation und diesem Abhängigkeitsverhältnis in Bezug auf Performanzevaluierung sehr problematisch ist. Unsere Empirie bestätigt die in der Fachliteratur geführte Diskussion und deutet darauf hin, dass ADM-Systeme das Machtungleichgewicht zwischen Führungskräften und Arbeitnehmenden verstärken.<sup>4</sup>

### e) Kommunikation als Mittel zur Einbindung der Mitarbeitenden

Einige Unternehmen haben eine **Reihe von Mitteln der internen Kommunikation eingeführt**, um das Bewusstsein und die digitale Kompetenz der Mitarbeitenden in allen Abteilungen zu verbessern. Ein Mitarbeitender erklärte: «Aber ich glaube, das ist auch ein Kommunikationsproblem, wenn man nur sagt, «das und das ist das Ziel» und nicht auf ihre (der Mitarbeitenden) Ängste eingeht, sondern es einfach ein bisschen brodeln lässt. Dann fangen die Gerüchte an wie «das ist die Automatisierung».» Im Idealfall sind sowohl die Arbeitgeberinnen/Führungskräfte als auch die Arbeitnehmenden auf der gleichen Seite, wenn es darum geht, die Kernziele des Einsatzes einer neuen Technologie zu verstehen, was einen Beitrag zur Entwicklung eines gemeinsamen Verständnisses innerhalb der Organisation leisten kann. Wie bereits beschrieben war dies nicht in allen Unternehmen der Fall, sondern man verliess sich auf das Hochladen von Dokumenten im Intranet, ohne eine entsprechende begleitende Informationskampagne zur Bewusstseinsförderung.

### f) Lernkultur vs. Sanktionskultur

Unsere Interviews haben gezeigt, dass die Art und Weise, wie digitale Technologien bei der Überwachung von Arbeitsplätzen eingeführt und gesteuert werden, eine **Schlüsselrolle** dabei spielt, ob die Technologie zu einem befähigenden Mittel wird oder ob eine Kultur der Sanktionierung entsteht. Die befragten Arbeitnehmenden haben Einblicke in die teilweise unrealistischen Erwartungen der Technologie gegeben, die die genaue Zeit misst, die eine beschäftigte Person benötigt, um deren Tätigkeit zu beenden, z.B. die Auslieferung von Waren, und andere Faktoren nicht berücksichtigt, die sich auf die Zeit auswirken könnten (z.B. das Wetter oder der Verkehr). So berichteten interviewte Arbeitnehmende, dass Führungskräfte die Arbeitnehmenden fragen: «Was haben Sie in diesen 8 Minuten gemacht? Von diesem Haus bis zu diesem Haus sind es 30 m, das sollte 30 Sekunden dauern». Die Mitarbeitenden berichteten, dass einige Messungen auch ungenau waren, z.B. dass die Technik bei verschneiten und vereisten Strassen keine Verringerung der Geschwindigkeit berücksichtigte. Trotz ungenauer Ergebnisse wurden manchmal disziplinarische Massnahmen gegen Mitarbeitende ergriffen. In solchen Fällen bestraft die Technologie die Mitarbeitenden, anstatt sie zu befähigen, effizienter bzw. sicher und sorgfältig zu arbeiten.

Die **Fähigkeit zur Kontextualisierung technischer Messungen** war in den meisten befragten Unternehmen nicht unbedingt eine Selbstverständlichkeit und teils lückenhaft. Dennoch bemühten sich einige Unternehmen um eine Verbesserung der Kultur, um die Technologie mit einer Lernkultur zu verknüpfen, mit sogenannten «Datenkulturinitiativen» oder «Datenkultur-Boards». Die sensibilisierteren Führungskräfte achteten auf die Ebene der Schlussfolgerungen, z.B. indem sie sagten: «Wir wollen eine Fehlerkultur, keinen Befehlston, wir wollen, dass die Leute aus ihren Fehlern lernen – die Leute sollen sich nicht blossgestellt fühlen.»

<sup>4</sup> JARRAHI/NEWLANDS/LEE/WOLF/KINDER/SUTHERLAND.

In den Unternehmen, die viel in die Etablierung einer «**Fehlerkultur**» investierten, betrachteten Führungskräfte und Arbeitnehmende die Messwerte aus den digitalen Überwachungssystemen in erster Linie als Diskussionsgrundlage für ihre regelmässige Leistungsbewertung. Andere Unternehmen hingegen betrachteten die Messwerte als unumstösslich und bestrafte die Mitarbeitenden bei Nichteinhaltung, selbst wenn die Messgenauigkeit mangelhaft war, z.B. Bestrafung für zu langsame Geschwindigkeit und die Verwendung niedriger Gänge bei Fahrten auf vereisten, verschneiten Strassen.

### g) Akzeptanz

**Akzeptanzfördernd** in Bezug auf die Annahme des Technologieeinsatzes durch die Arbeitnehmenden wirkten die Lernkultur, die Möglichkeit der Mitwirkung sowie eine sorgfältige und adressatengerecht aufbereitete Information und Kommunikation. Diese Transparenz ist auch eine Chance, um etwa die Effektivität des Einsatzes von ADM-Systemen zu erhöhen, da gemäss unseren Untersuchungen eine geringe Akzeptanz zum Austricksen durch Arbeitnehmende führte und somit die «Messgüte» negativ beeinflusste, d.h. der Dateninput stand häufig nicht mehr für den Messwert, der ursprünglich erhoben werden sollte.

## III. BEGRIFFE UND ANNAHMEN

**Big Data** hält Einzug in die privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse: Neue, datenbasierte Formen der Personalsteuerung erheben von Arbeitnehmenden Daten in grossen und granularen Mengen, um sie mit Hilfe von Algorithmen in Echtzeit oder hoher Geschwindigkeit auszuwerten.<sup>5</sup> Daraus resultieren Korrelationen<sup>6</sup> und genaue Kennzahlen zu unzähligen Variablen über das Individuum.<sup>7</sup> Weitgehend unterstützen die Big-Data-

Analysen Personalentscheidungen,<sup>8</sup> teilweise fällen sie sie anstelle von menschlichen Vorgesetzten.

Es gibt viele verschiedene **Automatisierungsprozesse**, von einfachen statistischen Auswertungen bis zu Prognosen auf Basis von Maschinellem Lernen. Obwohl oft das Buzzword **Künstliche Intelligenz (KI)** benutzt wird, handelt es sich keinesfalls bei allen diesen Automatisierungsprozessen um KI.

Im vorliegenden Gutachten sprechen wir von «**Automated Decision-Making Systems**» (**ADM-Systeme**) und verstehen darunter sowohl entscheidungsunterstützende Systeme (Teilautomatisierung) als auch entscheidende Systeme (Vollautomatisierung).<sup>9</sup> Diese werden eingesetzt, um eine Entscheidung über Menschen vorherzusagen, zu empfehlen, zu beeinflussen oder zu treffen. Bei der Mehrheit aller Systeme überwacht, übersteuert oder entscheidet weiterhin ein Mensch (*human in the loop*<sup>10</sup>), allerdings zeigt die qualitative Empirie aus dem NFP75-Forschungsprojekt (siehe oben II.2.), dass Menschen sich in der Regel an die Vorschläge des ADM-Systems halten und diese Vorschläge nur vereinzelt und mit Zurückhaltung aktiv verwerfen und übersteuern. Aus diesem und anderen Gründen zeigt sich, dass die Vollautomatisierung keine Bedingung dafür ist, dass der Output eines ADM-Systems wesentliche Auswirkungen auf die Menschen haben kann, über die die Entscheidung getroffen wird.

Die Terminologie des datengetriebenen HR ist aufgrund der jungen Entwicklung der Technologien nicht gefestigt: Die **Begriffe** «People Analytics»<sup>11</sup> und «HR Analytics»<sup>12</sup> sind weit verbreitet, neuerdings auch «Algorithmisches Personalmanagement»<sup>13</sup>. Ebenfalls

5 Zur Charakterisierung von Big Data, REINSCH/GOLTZ, 36.

6 WEBER/OERTLY, N 3; BAERISWYL, 46.

7 Vgl. HOLTHAUS/PARK/STOCK-HOMBURG, 677.

8 Algo:aware, State-of-the-art report: algorithmic decision-making, 12.2018, [www.algoaware.eu](http://www.algoaware.eu), 11 und 7.

9 DEPIERRE, Rz. 14, 54 ff.; THOUVENIN/FRÜH, 3 ff.; Guiding Principles for Automated Decision-making in the EU (ELI Innovation Paper), 9 May 2022, II. Conceptualizing ADM, 8.

10 ADAMS-PRASSL ET AL., 20 ff.

11 948 Millionen Treffer bei einer Google-Suche nach «People Analytics» am 22.11.2018. Je nach Einstellungen der Suchmaschine kann die Trefferzahl variieren.

12 796 Millionen Google-Treffer (vgl. Fn. 11).

13 ADAMS-PRASSL ET AL., 3.

anzutreffen sind die Begriffe «Workforce Analytics»,<sup>14</sup> «Talent Analytics»,<sup>15</sup> «Human Capital Analytics»,<sup>16</sup> «Workplace Analytics»<sup>17</sup> und weitere Bezeichnungen.<sup>18</sup>

Mittels technologiegestützter Analysen kombinieren ADM-Systeme am Arbeitsplatz traditionelle Beschäftigungsdaten (z.B. Leistungsbeurteilungen, Krankheits-tage oder Saläre) und neue Daten (z.B. Social Media-Aktivitätsprotokolle, Sensordaten, Verbraucherdaten aus GPS- oder Tracking-Systemen), um Prozesse zur Identifizierung, Einstellung, Bindung und Belohnung von Stellensuchenden sowie Mitarbeitenden zu schaffen. ADM-Systeme am Arbeitsplatz **bezwecken** die Optimierung des Betriebsablaufs, gesteigerte Effizienz und Innovation,<sup>19</sup> ebenso die Verbesserung der Mitarbeitendenzufriedenheit, die Reduktion von Vorurteilen in Entscheidungsfindungen,<sup>20</sup> oder mehr Objektivität und Diversität<sup>21</sup> im Unternehmen. Grob können die Anwendungen in **fünf Einsatzbereiche von ADM-Systemen** in der Personalsteuerung in Schweizer Unternehmen unterteilt werden: 1) Auswahl von Mitarbeitenden/Rekrutierung, 2) Leistungsmanagement, 3) Compliance Management, 4) Mitarbeitendenbindung und -entwicklung, 5) Gestaltung der Arbeit und des Arbeitsplatzes (siehe Abb. 1).<sup>22</sup>

ADM-Systeme am Arbeitsplatz **unterscheiden sich** als moderne Form der Mitarbeitendenüberwachung **von herkömmlichen elektronischen Überwachungen** am Arbeitsplatz durch die Vielfalt der Daten, durch die Interoperabilität zwischen verschiedenen

Systemen und durch die steigende Analysefähigkeit der ADM-Systeme.<sup>23</sup>

Die **Verbreitung** von People Analytics steigt: Gemäss unserer quantitativen Umfrage (siehe oben II.1.) benutzten 2018 knapp zwei Drittel (64.6%) der Grossunternehmen in der Schweiz datenbasierte Tools zur Analyse der Mitarbeitenden.<sup>24</sup> Im Jahr 2020 fielen davon 63% in die Mitarbeitendenbindung und -entwicklung, 47% in das Leistungsmanagement, 39% in die Auswahl von Mitarbeitenden, 36% in die Gestaltung der Arbeit und des Arbeitsplatzes und 22% ins Compliance Management (siehe Abb. 1).<sup>25</sup> Der Markt wird in den nächsten Jahren um Millionen von Produkten, Dienstleistungen und neuen Stellen wachsen.<sup>26</sup>

## IV. RAHMENBESTIMMUNGEN BEIM EINSATZ VON ADM-SYSTEMEN AM ARBEITSPLATZ

Mit ADM-Systemen am Arbeitsplatz kommen grosse **Herausforderungen** auf die Entscheidungsragenden

14 391 Millionen Google-Treffer (vgl. Fn. 11).

15 238 Millionen Google-Treffer (vgl. Fn. 11).

16 103 Millionen Google-Treffer (vgl. Fn. 11).

17 103 Millionen Google-Treffer (vgl. Fn. 11).

18 Seltener: «Human Resource Intelligence», «New Control» (im Gegensatz zu klassischer Kontrolle), «Performance Management», «Workforce Science», «Workplace Surveillance», und, etwas genereller, «Monitoring» und «New Normal» (Letzteres als Bezeichnung der allgemeinen Digitalisierung der Gesellschaft).

19 AJUNWA/CRAWFORD/SCHULTZ, 743.

20 REINSCH/GOLTZ, 46.

21 WILSON/BELLIVEAU/GRAY, 32.

22 Diese Einteilung entstand im SNF NFP75-Projekt, Modul I, basierend auf einer systematischen Literaturübersicht und 27 Experteninterviews, siehe WILDHABER/KASPER, 759; KASPER, 42 ff.

23 WILDHABER/LOHMANN/KASPER, 463; WILDHABER/KASPER, 758; KASPER, 71 ff.

24 Im Rahmen des SNF NFP75 Projekts, Modul II, haben die Autoren eine Online-Umfrage durchgeführt, an der 2018 158 Schweizer Grossunternehmen teilnahmen, bei der sie gefragt wurden, ob sie bestimmte IT-basierte Tools zur Personalsteuerung anwenden. 35.4% der Teilnehmenden gaben an, keine dieser Tools zu verwenden, während 64.6% solche Tools einsetzten. Die Online-Umfrage wurde 2020 wiederholt.

25 Die Zahlen von 2018 finden sich bei WILDHABER/KASPER, 764.

26 REINSCH/GOLTZ, 37; globales Marktvolumen von USD 1.87 Milliarden bis 2025: Grand View Research: Workforce analytics market worth \$1.87 billion by 2025, CAGR: 16%, 06.2017, <https://www.grandviewresearch.com/press-release/global-workforce-analytics-market>; globales Marktvolumen von rund USD 2.5 Milliarden bis 2026: Transparency Market Research: Workforce analytics market to reach US\$ 2,453.9 Mn by 2026, 10.08.2018, <https://globenewswire.com/news-release/2018/08/10/1550382/0/en/Workforce-Analytics-Market-to-Reach-US-2-453-9-Mn-by-2026-Transparency-Market-Research.html>; vgl. schon die prognostizierten Zahlen bis 2015 bei BERSIN JOSH: Big data in human resources: Talent analytics (People Analytics) comes to age, Forbes vom 17.02.2013, <https://www.forbes.com/sites/joshbersin/2013/02/17/bigdata-in-human-resources-talent-analytics-comes-of-age>.

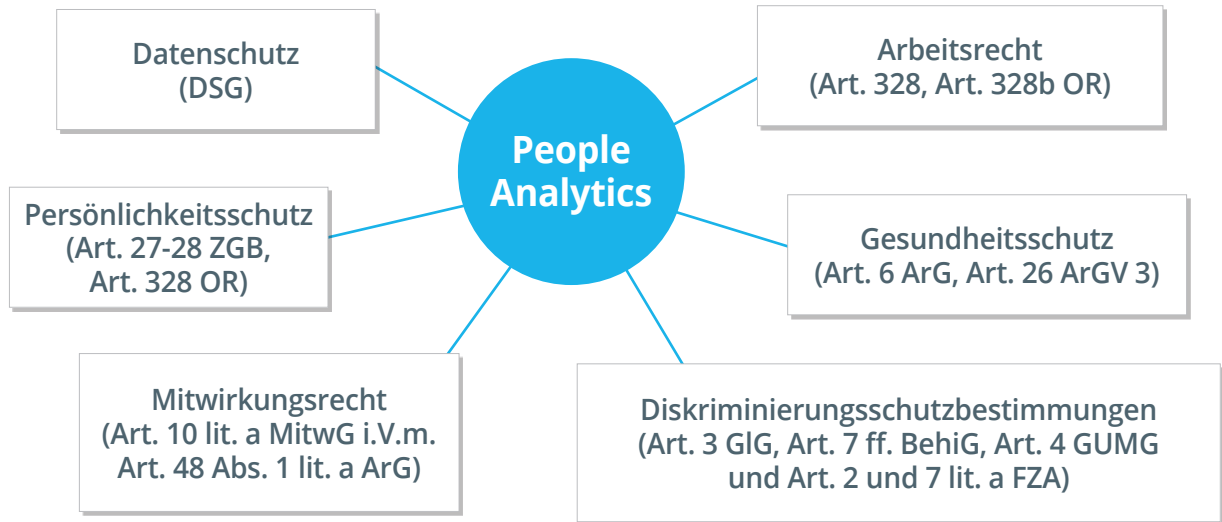


Abb. 3: Anwendbare Rechtsgrundlagen

und betroffenen Personen zu. Den Arbeitnehmenden droht eine enge Überwachung durch die Arbeitgeberin, die in die Rolle eines «Big Brother»<sup>27</sup> schlüpfen kann. Umgekehrt bestehen auch für die Arbeitgeberin rechtliche Risiken und Unsicherheiten, weil sich das Recht in diesem Bereich ständig entwickelt.<sup>28</sup>

## 1. RAHMENBESTIMMUNGEN DES SCHWEIZERISCHEN RECHTS

Arbeitsrecht, Datenschutz, Gesundheitsschutz, Persönlichkeitsschutz, Mitwirkungsrecht und Diskriminierungsschutzbestimmungen stellen kumulativ geltende Anforderungen an die Überwachung am Arbeitsplatz.<sup>29</sup> Diese sollen hier kurz überblicksartig dargestellt werden. Auf das Mitwirkungsrecht wird in Kapitel V. ausführlich eingegangen, da die betriebliche Beteiligung das Kernstück des vorliegenden Gutachtens darstellt.

### a) Arbeitsrecht

Im Arbeitsrecht relevant sind Art. 328 und Art. 328b OR.

Die erste Bestimmung, Art. 328 OR, regelt die **privatrechtliche Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin bzw. den Persönlichkeitsschutz der Arbeitnehmenden**. Abs. 1 verpflichtet die Arbeitgeberin, die Persönlichkeit des Arbeitnehmenden zu schützen und zu achten, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen. Zu den geschützten Persönlichkeitsgütern zählen namentlich Leben und Gesundheit, physische und psychische Integrität, Ehre, Stellung und Ansehen im Betrieb, Geheim- und Privatsphäre sowie Freiheit.<sup>30</sup> Es ist im Einzelfall zu entscheiden, ob der Persönlichkeitsschutz der Arbeitnehmenden oder gegenläufige berechnete Interessen der Arbeitgeberin den Vorzug verdienen.<sup>31</sup> Es ist zu prüfen, ob nicht weniger einschneidende Massnahmen den gleichen Zweck erfüllen (Zweck-Mittel-Relation bzw. Wahl des mildereren Mittels).<sup>32</sup> Abs. 2 konkretisiert den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmenden<sup>33</sup> und umfasst

27 Wie es die Autoren in ihrem SNF NFP75-Projekt nennen, <https://www.nfp75.ch/de/rWt7Xm4jTGt4imB7/projekt/projekt-weibel>.

28 REINSCH/GOLTZ, 35.

29 BSK/PORTMANN/RUDOLPH, Art. 328b OR N 48; KUKO/PIETRUSZAK, Art. 328 OR N 15.

30 BSK/PORTMANN/RUDOLPH, Art. 328 OR N 4; LETSCH, Rz. 110.

31 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 OR N 7.

32 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 OR N 14.

33 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 OR N 3.

sämtliche Bestimmungen zum Schutz der körperlichen und der geistigen Gesundheit, auch wenn die diesbezüglichen Schutzpflichten noch sehr unpräzise sind.<sup>34</sup> Dadurch statuiert Abs. 2 eine Handlungspflicht der Arbeitgeberin – im Gegensatz zu Abs. 1, der in erster Linie eine Unterlassungspflicht darstellt.

Die zweite Bestimmung, Art. 328b OR, verpflichtet die Arbeitgeberin, den **Schutz der Persönlichkeit** der Arbeitnehmenden auch **bei der Bearbeitung von Personendaten** zu wahren. Die Arbeitgeberin darf Daten über den Arbeitnehmenden nur bearbeiten, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Der Zweck der Datenbearbeitung ist somit an den Arbeitsvertrag gekoppelt. Art. 328b OR gilt für Bewerbende vor Abschluss des Arbeitsvertrags analog, und für Arbeitnehmende während des Arbeitsvertrags und nach Beendigung des Arbeitsvertrags direkt.

Ausgangspunkt der Datenbearbeitung im Bewerbungsverfahren ist eine Analyse der bestehenden erfolgreichen Arbeitnehmenden, um ein Wunschprofil zu entwerfen, welches den Masstab für die Bewerbenden bildet.<sup>35</sup> Diese **Analyse von einzelnen Schlüsselmitarbeitenden**<sup>36</sup> erfolgt nicht im Hinblick auf deren eigene Arbeitsverhältnisse, sondern zur Abklärung der Eignung von Bewerbenden. Diese Begründung für die Datenerhebung ist somit untauglich.<sup>37</sup> Die Analyse der Schlüsselmitarbeitenden zum Zweck der Selektion könnte basierend auf das DSG in vielen Fällen erfolgreich angefochten werden. Aus unternehmerischer Sicht ist die Auswahl effektiver, wenn der Kandidatenpool die aktuelle Verteilung von Talenten in der Bevölkerung abbildet, anstatt auf Basis von historischen Gegebenheiten zu modellieren.

34 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 OR N 15.

35 KASPER/WILDHABER, 195.

36 Als Ausweg bleibt der Arbeitgeberin, Daten von vielen (allenfalls nicht mehr nur Schlüssel-)Mitarbeitenden auszuwerten, sodass eine Identifizierung konkreter Personen nicht mehr oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand möglich ist bzw. die Daten anonymisiert bleiben. Die Datenbearbeitung unterliegt dann nicht dem DSG (Art. 1 i.V.m. Art. 3 lit. a DSG e contrario); siehe dazu KASPER/WILDHABER, 200.

37 KASPER/WILDHABER, 195.

Es ist im Schweizer Recht noch weitgehend ungeklärt, ob, wann und welche Art von Daten objektiv zur **Abklärung** der hinreichenden beruflichen und/oder persönlichen Qualifikation im Hinblick auf ein konkretes Arbeitsverhältnis beitragen dürfen (1. Variante von Art. 328b Satz 1 OR).<sup>38</sup> Digitale Technologien ermöglichen den Einbezug neuer Daten und damit Kriterien, die bislang nicht zur Beurteilung der Eignung beigetragen haben. Wir würden die Zulässigkeit für nicht-arbeitsbezogene Daten ausschliessen, auch wenn eine Korrelation zwischen diesen und der Arbeitsleistung bestätigt ist.<sup>39</sup> Des Weiteren würden wir je nach Situation, in der es zu einer Durchleuchtung der Persönlichkeit der Bewerberin oder des Bewerbers kommt, auf die für graphologische Gutachten und psychologischen Eignungstests entwickelten Grundsätze verweisen;<sup>40</sup> denn auch bei diesen ist der wissenschaftliche Wert zur Eignungsabklärung umstritten. Dies würde bedeuten, dass eine vorgängige ausdrückliche Einwilligung notwendig ist, dass die Analyse auf die Arbeitsplatzeignung beschränkt sein muss, und dass die Ergebnisse nachvollziehbar, zuverlässig und objektiv sein müssen.<sup>41</sup>

Ebenfalls ungeklärt ist, wann eine Datenbearbeitung zur **Durchführung des Arbeitsvertrags erforderlich** ist (2. Variante von Art. 328b Satz 1 OR; administrative Belange, z.B. die zur Erfüllung der gesetzlichen Verpflichtungen gegenüber den Sozialversicherungen, dem Arbeitsinspektorat, den Strafbehörden oder dem Steueramt, oder aber zum konkreten Vertragsvollzug<sup>42</sup>). Erforderlichkeit bedeutet, dass die Datenbearbeitung verhältnismässig sein muss, d.h. es stehen keine mildereren, aber gleich geeigneten Mittel zur Verfügung, um den Zweck zu erreichen (so auch Art. 6 Abs. 2 DSG – wir nehmen Bezug auf das neue DSG, welches am 1. September 2023 in Kraft trat). Die Datenbearbeitung muss für den Bearbeitungszweck angemessen und zumutbar sein. Es wird aber wohl genügen, dass eine Datenbearbeitung «nützlich» (und nicht im engeren Sinn erforderlich) zur Durchführung

38 KASPER/WILDHABER, 202.

39 KASPER/WILDHABER, 203.

40 KASPER/WILDHABER, 205.

41 KASPER/WILDHABER, 207.

42 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328b OR N 6.



des Arbeitsvertrages ist. Denn die meisten ADM-System-Einsätze beruhen auf betriebswirtschaftlichen Überlegungen.

Nach einem **neuen Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahr 2021**<sup>43</sup> vertritt das Bundesgericht die Meinung, dass eine Datenbearbeitung, die durch Art. 328b OR nicht gerechtfertigt werden kann, durch die Rechtfertigungsgründe in Art. 31 DSG – also die Einwilligung, ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder ein Gesetz – gerechtfertigt werden kann. Diese Meinung war und ist in der Lehre sehr umstritten.<sup>44</sup> Die Bearbeitung von Daten erfordert also keine Rechtfertigung per se, nur das Abweichen von Grundsätzen wie Art. 328b OR erfordert eine Rechtfertigung. Das Urteil verschafft somit etwas mehr Flexibilität seitens der Arbeitgeberin für den Einsatz von ADM-Systemen am Arbeitsplatz.

Aus **ethischer Perspektive** könnte man über diese bestehenden arbeitsrechtlichen Bestimmungen hinausgehen, indem man Arbeitnehmende in den Prozess der Datenerhebung und Datenauswertung im Rahmen der Erfüllung des Arbeitsvertrags einbindet, und mögliche Bedenken und Kritik berücksichtigt. Dies begründet sich aus den Erkenntnissen der qualitativen Fallstudien (siehe oben II.2.), die zeigen, dass die Einbindung der Arbeitnehmenden die Akzeptanz gegenüber dem Einsatz der Technologie erhöhen kann. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Arbeitnehmenden die Technologie umgehen oder «austricksen», sodass für das Unternehmen unbrauchbare Daten erhoben und ausgewertet werden, welche in Folge nicht sinnvoll für Analysen und Evaluationen verwendet werden können.

## b) Datenschutzrecht

Stets müssen bei einer Datenbearbeitung durch ADM-Systeme am Arbeitsplatz die **allgemeinen Grundsätze des Datenschutzgesetzes (DSG)** beachtet werden. Wir nehmen hier Bezug auf das neue, am 1. September 2023 in Kraft getretene DSG. Das DSG

ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung<sup>45</sup> auf Bearbeitungen anonymisierter Daten nicht anwendbar, solange die Datenbearbeiterin kein subjektives Interesse an einer Re-Individualisierung hat (sog. **relativer Charakter von Personendaten**).<sup>46</sup> Sollte dies gelten, selbst wenn eine Re-Individualisierung technisch ohne unverhältnismässigen Aufwand möglich wäre, so würde ein Grossteil der Bearbeitungen anonymisierter Daten ausserhalb des sachlichen Anwendungsbereichs des DSG erfolgen.<sup>47</sup> Dann würden beispielsweise bei Fehlen des erforderlichen subjektiven Interesses genetische Daten und IP-Adressen nicht als Personendaten unter das DSG fallen, wenn der Arbeitgeberin aggregierte Daten genügen, ebenso wenig das Scanning zum Viren- oder Betrugschutz oder eine nicht personalisierte Protokollierung des Internet- und E-Mail-Verkehrs.<sup>48</sup> Dieses Ergebnis ist unseres Erachtens anzuzweifeln, weil selbst Bearbeitungen anonymisierter Daten für die einzelnen Arbeitnehmenden oder für eine Vielzahl von Arbeitnehmenden spürbar nachteilig wirken können.<sup>49</sup> Von aggregierten Daten kann für die betroffene Person eine Gefahr ausgehen, da die Arbeitgeberin einen informationellen Vorsprung über die beschäftigte Person erhält, wenn sie weiss, welcher aggregierten Gruppe sie angehört. Es ist deshalb fragwürdig, den Geltungsbereich des DSG auf Fälle zu beschränken, in denen Einzelpersonen individualisierbar sind. Denn auch individualisierbare Gruppen von Arbeitnehmenden können ein Interesse am rechtmässigen Umgang mit Daten haben.

Im neuen DSG ist im Grundsatz vorgesehen, dass bei der Beschaffung von Personendaten diejenigen **Informationen** mitgeteilt werden müssen, die erforderlich sind, damit die betroffenen Personen ihre Rechte nach DSG geltend machen können und eine transparente Datenbearbeitung gewährleistet ist, konkret die Identität und die Kontaktdaten des Verantwortlichen, der Bearbeitungszweck und die Empfänger der Perso-

43 BGer 4A.518/2020 vom 25.8.2021.

44 Siehe dazu KASPER/WILDHABER, 196 ff.

45 BGE 136 II 508.

46 BGE 136 II 508 = BGer 1C\_285/2009 E. 3.2; vgl. BVerwGer A-3144/2008, E. 2.2.1; BSK/PORTMANN/RUDOLPH, Art. 328b OR N 3.

47 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328b OR N 18.

48 KASPER/WILDHABER, 214.

49 KASPER/WILDHABER, 215.

nendaten (Art. 19 DSGVO). Diese Bestimmung ist für die Information von Arbeitnehmenden sehr wichtig.

Personendaten dürfen nur zu dem **Zweck** bearbeitet werden, der bei der Beschaffung angegeben wird, der aus den Umständen ersichtlich oder der gesetzlich vorgesehen ist (Art. 6 Abs. 3 DSGVO). Da der Wert von Daten oft in ihrer Wiederverwertung und explorativen Datenanalysen liegt, ist darauf ein besonderes Augenmerk zu legen.

Die Beschaffung von Personendaten und insbesondere der Zweck ihrer Bearbeitung müssen für die betroffene Person **erkennbar** sein (Art. 6 Abs. 3 DSGVO). Unsere empirischen quantitativen Daten (siehe oben II.1.) zeigen, dass nur rund die Hälfte der Mitarbeitenden (53%) verstehen, was die Arbeitgeberin beim Einsatz von People Analytics analysiert, und dass demnach die Erkennbarkeit in der Praxis ungenügend umgesetzt wird.<sup>50</sup> Umso wichtiger sind eine richtige Information und Kommunikation, was wir in Kapitel V. noch sehen werden.

In Art. 21 DSGVO finden sich Spezialregeln für **automatisierte Einzelentscheidungen**, d.h. einer «Entscheidung, die ausschliesslich auf einer automatisierten Bearbeitung beruht und die für sie mit einer Rechtsfolge verbunden ist oder sie erheblich beeinträchtigt». Es besteht eine Informationspflicht (Art. 21 Abs. 1 DSGVO) und die Möglichkeit, dass die betroffene Person ihren Standpunkt darlegt und die automatisierte Einzelentscheidung von einer natürlichen Person überprüft wird (Art. 21 Abs. 2 DSGVO). Die meisten ADM-Systeme sind nur entscheidungsunterstützend, nicht entscheidungsfällend. Sie fallen demnach nicht unter Art. 21 DSGVO. Da aber die wenigsten Arbeitnehmenden sich über eine algorithmische Empfehlung hinwegsetzen würden, so unsere qualitativen empirischen Daten (siehe oben II.2.), genügt es nicht, einen human in the loop im Sinne von Art. 21 DSGVO zu haben. Aus diesem Grund schlägt die Parlamentarische Initiative 23.438 einen neuen Art. 21<sup>bis</sup> DSGVO für Entscheidungen vor, die massgeblich auf KI beruhen.

#### Eine **erforderliche Einwilligung nach Art. 6 Abs. 6**

<sup>50</sup> WILDHABER/KASPER, 768 f.

**und 7 DSGVO** muss informiert sein (spezifisch und angemessen), sie muss freiwillig sein, sie darf nicht widerrufen sein, und sie muss gegebenenfalls ausdrücklich sein. Die Voraussetzung der informierten Einwilligung ist nicht immer gegeben, haben in unseren quantitativen empirischen Untersuchungen (siehe oben II.1.) doch 60% der Arbeitgeberinnen angegeben, eine generelle Einwilligung für Datenbearbeitungen im Arbeitsvertrag «abzuholen»,<sup>51</sup> und nur rund die Hälfte der Mitarbeitenden verstand, was die Arbeitgeberin an Daten bearbeitete.<sup>52</sup>

In der Praxis herrscht häufig eine **mangelhafte Informiertheit** (siehe unten V.4.-5.). Einwilligungen werden oft blind erteilt, weil sonst ein erheblicher Zeitaufwand für das Lesen von Datenschutzerklärung investiert werden müsste und für «Laien» das Vokabular aus Recht und Informatik schwer verständlich ist. Eine Information sollte deshalb knapp, verständlich und angemessen zur Fachkenntnis der Adressaten sein. Es genügt also nicht, eine weitere PDF-Datei in eine Intranet-Datenbank einzufügen, wie wir es in den qualitativen Fallstudien gesehen haben (siehe oben II.2.). Ausserdem ist die Auswirkung des Sammelns und Analysierens von Informationen über längere Zeit schwierig vorhersehbar: Es können durch die Kombination von Datensätzen neue Erkenntnisse entstehen und selbstlernende Algorithmen können sich grundlegend verändern.

Einwilligungen können verbindlich sein,<sup>53</sup> vorgekreuzte Kästchen auf Formularen sind erlaubt (sog. Opt-in-Modell) und es herrscht kein strenges Koppelungsverbot.<sup>54</sup> Ein Koppelungsverbot bedeutet, dass eine vertragliche Leistung nicht davon abhängig gemacht werden darf, dass die Kundschaft ihre Einwilligung in eine Datenverwendung macht, die für die Erfüllung des Vertrages nicht erforderlich ist. Obwohl somit die Einwilligung als Rechtfertigungsfundament für den Einsatz eines ADM-Systems am Arbeitsplatz möglich ist, so ist sie sehr fragil.<sup>55</sup> Die **Freiwilligkeit**

<sup>51</sup> WILDHABER/KASPER, 769.

<sup>52</sup> WILDHABER/KASPER, 768 f.

<sup>53</sup> BGE 136 III 401.

<sup>54</sup> BVerwG A-3548/2018 vom 19.3.2019.

<sup>55</sup> KASPER/WILDHABER, 199.



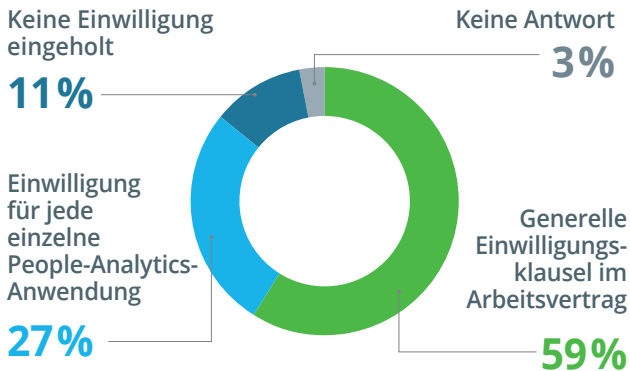


Abb. 4: Art der Einwilligung bei People Analytics

ist im Arbeitsverhältnis problematisch, weshalb freiwillige Einwilligung nur mit Zurückhaltung anzunehmen sind. Wie der EDÖB zum Ausdruck brachte: «... Einwilligung im Arbeitsverhältnis nur begrenzt gilt, da die Freiwilligkeit durch das Subordinationsverhältnis eingeschränkt wird». <sup>56</sup> So hat ein von uns in den qualitativen Fallstudien interviewter Arbeitnehmender (siehe oben II.2.) zur Freiwilligkeit gesagt: «Genau, dieses Opt-in. Fühle ich mich genötigt? Ist diese Freiwilligkeit im Sinne von ‚Ja, du musst nicht mitmachen, aber dann kommt wahrscheinlich ein Berater und guckt Dir einen ganzen Tag lang zu.‘ Wie freiwillig ist das dann noch? Ich denke, das ist auch ein sehr heikler Teil in der Interaktion.»

Eine Datenbearbeitung ausserhalb des Art. 328b OR ist neben der Einwilligung auch möglich bei **überwiegendem privatem oder öffentlichem Interesse** (Art. 31 Abs. 1 DSGVO). Ob ein solches Interesse gegeben ist, ist im Einzelfall mittels einer Interessenabwägung zu beurteilen. Zwar äussert sich das neue DSGVO in Art. 31 Abs. 2 DSGVO dazu, wann ein überwiegendes Interesse der Verantwortlichen in Betracht fallen könnte. Es gibt aber immer noch keine einfache Methode. Jede Bewertung der einzelnen Interessen verlangt ein Werturteil unter Berücksichtigung der Gesamtheit aller Umstände des konkreten Einzelfalls. Das Bundesgericht bejaht ein überwiegendes Interesse der Arbeitgeberin nur mit grosser Zurückhaltung. <sup>57</sup>

<sup>56</sup> EDÖB, 26. Tätigkeitsbericht 2018/2019 des EDÖB, JAR 2019, 59 ff., 62.

<sup>57</sup> BGE 136 II 508 E. 5.2.4 und E. 6.3.3.

Eine Datenbearbeitung ausserhalb des Art. 328b OR kann weiter **durch Gesetz** gerechtfertigt sein (Art. 31 Abs. 1 DSGVO). Die Mehrheit der ADM-Systeme am Arbeitsplatz verfolgen Zwecke, die nicht durch das Gesetz gedeckt sind: Die meisten ADM-Anwendungen sind betriebswirtschaftlich motiviert, nicht durch ein allgemeines Interesse, das gesetzlich verankert ist. Abweichungen von Art. 328b OR sind somit schwierig zu rechtfertigen. Grundsätzlich müssen ADM-Systeme am Arbeitsplatz einen Arbeitsplatzbezug aufweisen.

Die Arbeitnehmenden wissen häufig nicht, dass es ADM-Systeme am Arbeitsplatz gibt und sie davon betroffen sind, oder sie sind nicht vollständig über die Funktionsweise dieser ADM-Systeme informiert bzw. die Informationen wurden in einem Format kommuniziert, die nicht dem Kenntnisstand der Arbeitnehmenden angemessen ist. Diesem Problem kann mit einer Verpflichtung der Arbeitgeberin begegnet werden, ihre Mitarbeitenden über die Existenz, die Aktivitäten und den Zweck der ADM-Systeme zu informieren, **ohne jedoch die Einzelnen mit Informationen zu überfrachten**. <sup>58</sup> Das Hauptziel besteht darin, sicherzustellen, dass die Arbeitgeberin die Arbeitnehmenden mit sinnvollen und relevanten Informationen versorgt. Um sicherzustellen, dass die Informationen für das Individuum nicht zu lang werden oder mit «bedeutungslosen» Informationen überfrachtet werden, könnte der Gesetzgeber Anforderungen stellen an Art, Klarheit und Umfang der Informationen, die enthalten sein müssen. Nur so kann man den Anforderungen an die Transparenz Genüge tun.

Das Datenschutzrecht stellt für die Durchsetzung des privatrechtlichen Datenschutzes zu einem wesentlichen Teil auf die **individuell betroffenen Arbeitnehmenden** ab. Sie können den Datenschutz ex ante steuern, indem sie ihre Einwilligungen erteilen, beschränken oder verweigern. Ex post können sie sodann – im Nachgang zu einer Datenschutzverletzung – ihre Rechtsansprüche mittels zivilrechtlicher Klage zum Schutz der Persönlichkeit durchsetzen, allerdings auch hier rein individuell. <sup>59</sup> Die Durchsetzung des Datenschutzrechts auf dem Weg der Indi-

<sup>58</sup> ADAMS-PRASSL ET AL., 12, 15.

<sup>59</sup> KASPER, 251.

vidualklage durch einzelne Arbeitnehmende ist – wie KASPER zu Recht schreibt – «im Umfeld von ubiquitären Datenerhebungen, interoperablen Systemen und steigender KI realitätsfern (geworden)».<sup>60</sup> Sowohl materiell-rechtliche als auch verfahrensrechtliche Hürden schrecken den einzelnen Arbeitnehmenden ab. Aus diesem Grund hat KASPER grundlegende Vorschläge zu einer wirksameren Durchsetzung des Datenschutzrechts gemacht, die auf Professionalisierung und Demokratisierung beruhen<sup>61</sup>, die aber so grundlegend sind, dass sie den Rahmen dieses Gutachtens sprengen. Sie würden eine – politisch kaum realisierbare – erneute Totalrevision des DSGVO und dessen Grundkonzepten voraussetzen. Umso sinnvoller sind deshalb **kollektive Rechtsmittel** wie die Mitsprache der Arbeitnehmenden.

Des Weiteren ist im neuen DSGVO eine **Datenschutz-Folgenabschätzung** vorgesehen, wenn eine Bearbeitung ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person mit sich bringen kann (Art. 22 DSGVO). Die Datenschutz-Folgenabschätzung enthält eine Beschreibung der geplanten Bearbeitung, eine Bewertung der Risiken für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person sowie die Massnahmen zum Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte. Diese Vorgehensweise ist letztlich ähnlich wie bei den Möglichkeiten zur Umsetzung der Sorgfaltspflichten auf Unternehmensebene (siehe unten VI.2.).

Aus **ethischer Perspektive** könnte man über diese bestehenden datenschutzrechtlichen Bestimmungen hinausgehen, indem man ein weitergehendes Konzept der Privatsphäre als Grundlage nähme, als den Teilbereich des Datenschutzes. Dies könnte beinhalten, die betroffenen Arbeitnehmenden durch Privacy Impact Assessments einzubinden, und diese in eine verantwortungsvolle Unternehmensführung entlang einer menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht zu verankern (siehe unten V.3.).<sup>62</sup>

60 KASPER, 274.

61 KASPER, 295 ff.

62 EBERT/WILDHABER/ADAMS-PRASSL.

## c) Gesundheitsschutz

In der Arbeitswelt kann für die **Definition der Gesundheit** der Begriff der ILO übernommen werden: Gesundheit bedeutet nicht nur das Freisein von Krankheit oder Gebrechen, sondern umfasst auch die physischen und geistig-seelischen Faktoren, die sich auf die Gesundheit auswirken und die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Sicherheit und der Gesundheit bei der Arbeit stehen.<sup>63</sup> Ziel des Gesundheitsschutzes ist die Verhütung jeder Art von arbeitsbedingten Schäden.<sup>64</sup>

**Überwachungs- und Kontrollsysteme**, die das Verhalten der Arbeitnehmenden am Arbeitsplatz überwachen sollen, dürfen nicht eingesetzt werden (Art. 26 Abs. 1 ArGV 3). Unzulässig sind sie, wenn sie ausschliesslich oder vorwiegend die Kontrolle des Verhaltens der Arbeitnehmenden bezwecken.<sup>65</sup> Ausnahmsweise sind sie zulässig, wenn sie aus anderen Gründen (z.B. Sicherheitsgründe, Arbeitsorganisation, Diebstahlschutz, Schutz sensibler Unternehmensdaten oder der betrieblichen Infrastruktur) erforderlich sind; dann sind sie insbesondere so zu gestalten und anzuordnen, dass die Gesundheit und die Bewegungsfreiheit der Arbeitnehmenden nicht beeinträchtigt werden (Art. 26 Abs. 2 ArGV 3). Der andere Grund muss klar überwiegen.<sup>66</sup> Als Überwachungs- und Kontrollsysteme gelten alle technischen Systeme (optisch, akustisch, elektronisch etc.), mit welchen durch technische Mittel Daten über das Verhalten von Arbeitnehmenden erfasst werden können, z.B. Videokameras, Mikrophone oder Telefone, satellitengestützte und andere Ortungssysteme, Informatikmittel zur Überwachung von computer- und mobiltelefongestützten Aktivitäten (E-Mail, Spyware, Activity-Tracker, App- oder Weblogs, Maus- oder Tastaturlogs), Sensoren für biometrische oder

63 Art. 3 lit. e Übereinkommen Nr. 155 über Arbeitsschutz und Arbeitsumwelt von 1981 der ILO.

64 SHK/SCHNEIDER/PITTELOU, Art. 6 ArGV N 14; vgl. auch LETSCH, N 114; PÄRLI/STEIGER-SACKMANN/STÖCKLE, 16 ff.

65 BGE 130 II 425 = BGE 2A.118/2003 = JAR 2005 215 = Pra 2005 Nr. 71 E. 4.4; BSK/PORTMANN/RUDOLPH, Art. 328b OR N 49.

66 SECO, Wegleitung ArGV 3, 326-2; KUKO/PIETRUSZAK, Art. 328 OR 19a. Sogar noch restriktiver: Eine Überwachung ist bereits dann unzulässig, wenn sie auch auf das Verhalten der Arbeitnehmenden zielt, BSK/PORTMANN/RUDOLPH, Art. 328b OR N 49.

physiologische Daten, sowie Informatikmittel, welche KI für automatisierte Analysen und Auswertungen von mitarbeitendenbasierten Daten verwenden.<sup>67</sup>

Die zweite öffentlich-rechtliche Abteilung des **Bundesgerichts** hat sich **im Jahr 2004** zu dieser Verordnungsbestimmung geäußert: Entscheidend für die Bestimmung, ob ein Überwachungssystem zulässig ist oder nicht, seien die Beweggründe («motifs»), die für ihre Einführung massgebend waren, und die Zwecke («buts»), welche ihr Einsatz verfolgt, aber weniger die Art («type») der Überwachung und deren Auswirkungen («effets»).<sup>68</sup> Das Bundesgericht bestätigte ausdrücklich die Gesetzmässigkeit von Art. 26 ArGV 3.<sup>69</sup>

Die strafrechtliche Abteilung des **Bundesgerichts** hat **im Jahr 2009** entschieden, dass es an einer genügenden Delegationsnorm in einem Gesetz im formellen Sinn fehlt, die den Bundesrat zum Erlass einer Verordnungsnorm zur Überwachung der Arbeitnehmenden am Arbeitsplatz ermächtigen würde (vgl. Art. 182 Abs. 1 BV). Art. 26 Abs. 1 ArGV 3 ist in dem Sinn **einschränkend auszulegen**, dass Überwachungs- und Kontrollsysteme, die das Verhalten der Arbeitnehmenden am Arbeitsplatz überwachen sollen, nur dann nicht eingesetzt werden dürfen, soweit sie geeignet sind, die Gesundheit oder das Wohlbefinden der Arbeitnehmenden zu beeinträchtigen.<sup>70</sup> Die Wirkung der Überwachung ist somit entscheidend. Gemäss Bundesgericht kann dem «Verordnungsgeber (...) nicht gefolgt werden, soweit er offenbar davon ausgeht, dass eine (hauptsächlich) der Überwachung des Verhaltens der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz dienende Massnahme (Art. 26 Abs. 1 ArGV 3) – im Unterschied zu einem aus anderen Gründen eingerichteten Überwachungssystem (Art. 26 Abs. 2 ArGV 3) – eo ipso die Gesundheit der Arbeitnehmer beeinträchtigen kann und daher zu verbieten ist. Der Zweck der Überwachungsmassnahme ist nur ein Kriterium neben andern (Häufigkeit, Dauer etc.

der Überwachung), die unter dem Gesichtspunkt des Gesundheitsschutzes von Bedeutung sein können. Ein Überwachungssystem kann daher, auch wenn es (hauptsächlich) der gezielten Überwachung des Verhaltens der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz dient, erlaubt sein, wenn die Arbeitnehmer nur sporadisch und kurzzeitig bei bestimmten Gelegenheiten vom Überwachungssystem erfasst werden.»<sup>71</sup> Eine Verhaltensüberwachung mit ADM-Systemen ist somit nicht a priori unzulässig, solange sie – wie eben bundesgerichtlich beschrieben – verhältnismässig eingesetzt wird.

Gemäss unseren quantitativen **empirischen Erhebungen** (siehe oben II.1.) stimmt jeder fünfte Umfrageteilnehmer der Aussage völlig oder fast völlig zu, dass sein Unternehmen das Verhalten von Arbeitnehmenden und ihre Zusammenarbeit untereinander beobachtet (22%).

**Ethisch betrachtet** ist es im Interesse der Arbeitgeberin als auch der Arbeitnehmenden, die mentale Gesundheit nicht zusätzlich unnötig mit nicht zwingend notwendigen Überwachungsmassnahmen zu beeinträchtigen. Die Weltgesundheitsorganisation (WHO) betrachtet Arbeit als einen Mikrokosmos, in dem sich umfassendere Probleme verstärken können, die sich negativ auf die psychische Gesundheit auswirken, einschliesslich Diskriminierung und Ungleichheit aufgrund soziodemografischer Faktoren und ihrer Intersektionalität, wie Alter, Kaste, Klasse, Behinderung, Geschlechtsidentität, Migrantenstatus, Rasse/ethnische Zugehörigkeit, religiöse Überzeugungen und sexuelle Orientierung.<sup>72</sup> Die Integrität der mentalen Gesundheit ist essentiell für das Wohlergehen von Arbeitnehmenden, und in Zeiten der digitalisierten Arbeitswelten nimmt die geistige Arbeit einen hohen Stellenwert im Arbeitsalltag ein. Sichere, gesunde und integrative Arbeitsplätze fördern die psychische und physische Gesundheit, und können Fehlzeiten verringern sowie Arbeitsleistung und Produktivität steigern. Folglich wäre naheliegend, dass eine Unternehmung darum bemüht ist, die Gesundheit von Arbeitnehmenden am Arbeitsplatz

67 SECO, Wegleitung ArGV 3, 326-2.

68 BGE 130 II 425 = BGer 2A.118/2003 = JAR 2005 215 = Pra 2005 Nr. 71 E. 4.1.

69 Ebd. E. 3.3.

70 BGer 6B.536/2009 vom 12.11.2009 E. 3.6.1.

71 BGer 6B.536/2009 vom 12.11.2009 E. 3.6.2.

72 WHO Guidelines on mental health at work.

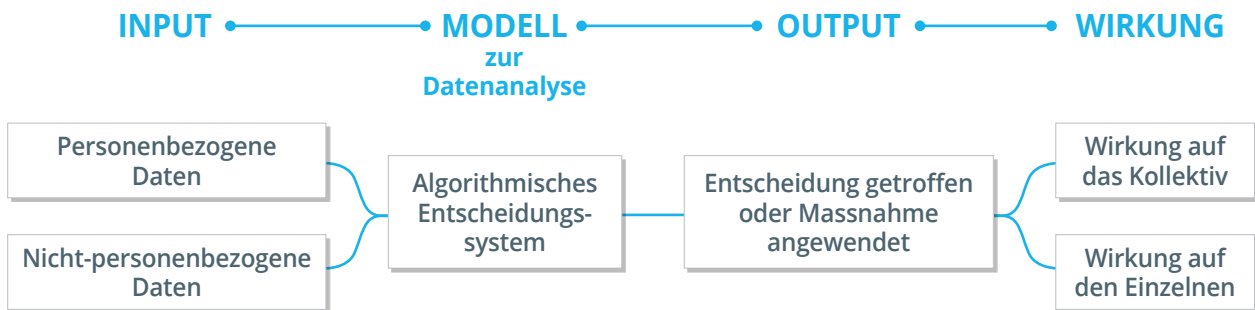


Abb. 5: Schema eines ADM-Systems

nicht negativ mit ausufernden Überwachungsmaßnahmen zu beeinflussen.

#### d) Diskriminierungsschutz

Es gibt viele verschiedene **Ursachen für algorithmische Diskriminierungen**. Die folgende Grafik zeigt vereinfacht das Verfahren der Entscheidungsfindung mit Hilfe eines Algorithmus. Zunächst können sich diskriminierende Fehler in der Input-Phase bei der Datenerhebung und -aufbereitung ergeben. Ursachen können in den verwendeten Daten oder im Modell selbst liegen, z.B. in der Wahl der Modellarchitektur und des Algorithmus und der relevanten Messwerte bzw. Datengrundlage, z.B. mangelhafte Repräsentativität von weiblichen Arbeitnehmenden in historischen Datensätzen) oder sich aus der Output-Phase ergeben (z.B. unsensibler Umgang mit den Resultaten).<sup>73</sup> ADM-Systeme können gezielt oder unabsichtlich diskriminieren. Sie können direkt diskriminieren. Sie können aber auch indirekt diskriminieren, d.h. trotz neutraler Regelung benachteiligende Auswirkungen für verschiedene Gruppen von Arbeitnehmenden entfalten, es sei denn, dies sei sachlich begründet und verhältnismässig.<sup>74</sup> Daten können ausserdem stellvertretend als Angabe über die Zugehörigkeit von Arbeitnehmenden zu einer geschützten Gruppe stehen: Relativ triviale Informationen können eng mit geschützten Charakteristika korrelieren.<sup>75</sup>

Der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz gemäss Art. 328 OR in der Gestalt des individuellen Diskriminierungsverbots verbietet willkürliche Entscheidungen der Arbeitgeberin, in denen eine den Arbeitnehmenden **verletzende Geringschätzung seiner Persönlichkeit** zum Ausdruck kommt. Eine solche Geringschätzung kann nur bestehen, wenn ein Arbeitnehmender gegenüber einer Vielzahl von anderen Arbeitnehmenden deutlich ungünstiger gestellt wird, ohne dass hierfür sachliche Gründe vorliegen. Keine solche Geringschätzung ist gegeben, wenn die Arbeitgeberin bloss einzelne Arbeitnehmende besserstellt.<sup>76</sup>

Neben Art. 328 OR kennt die Schweiz **punktueller Diskriminierungsbestimmungen**, die die Merkmale Geschlecht (GlG), Behinderung (BehiG), genetische Abstammung (GUMG), Staatsangehörigkeit (FZA) und auch Alter (Art. 328 und Art. 226 Abs. 1 lit. a OR) schützen. Es besteht damit nur ein punktueller Schutz bestimmter Gruppen.

In der Schweiz fehlt zwar ein Erlass zum umfassenden arbeitsrechtlichen Verbot von Diskriminierungen, wie er etwa in Deutschland mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) existiert. Vorstösse zu einem solchen Gesetz wurden in der Schweiz bisher stets abgelehnt.<sup>77</sup> Durch die Anknüpfung des

73 WILDHABER/LOHMANN/KASPER, 464 ff.

74 WILDHABER/LOHMANN/KASPER, 470; BGE 142 V 316 E. 6.1.2.

75 WILSON/BELLIVEAU/GRAY, 33; KIM/HANSON, 19.

76 BGE 129 III 276 = BGer 4C.269/2002 E. 3.1.

77 Vgl. Interpellation Bea Heim (09.3242 «Diskriminierungsschutz»), Parlamentarische Initiative Rechsteiner (07.422 «Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz»). Siehe auch Schweizerischer Bundesrat, Recht auf Schutz vor Diskriminierung: Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Naef 12.3543 vom 14.06.2012, Bern 25.05.2016.

allgemeinen arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbots an den Begriff der Persönlichkeit (Art. 328 OR) greift aber das schweizerische Diskriminierungsschutzrecht eigentlich sehr weit. Es schützt nicht (nur) eine bestimmte gesellschaftliche Gruppe vor Diskriminierung, sondern grundsätzlich jede Person.<sup>78</sup> Somit ist der Diskriminierungsschutz über den **allgemeinen Persönlichkeitsschutz** zu verwirklichen, der (nicht nur) bestimmte gesellschaftliche Gruppen vor Diskriminierungen schützt. Im Rahmen dieses allgemeinen arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbots gelten insbesondere Vorstrafen, Charaktereigenschaften, das Alter und der Raucherstatus als diskriminierungssensibel. Es kann somit vor «Lifestyle-Diskriminierungen» schützen, die die Persönlichkeit verletzen.<sup>79</sup> Nicht alle «Lifestyle-Diskriminierungen» durch ADM-Systeme basieren aber auf Eigenschaften, die dem Arbeitnehmenden kraft seiner Persönlichkeit zustehen.

Art. 328 OR könnte vom Anwendungsbereich her ein geeignetes Instrument zur Regulierung algorithmischer Diskriminierungen sein. Ein solcher Ansatz lässt sich ohne Weiteres im Rahmen des geltenden Rechts und durch die Weiterentwicklung der Rechtsprechung umsetzen.<sup>80</sup> Allerdings wird der Ansatz bis anhin infolge Beweisschwierigkeiten und verfahrensrechtlichen Hindernissen selten genutzt.<sup>81</sup> Des Weiteren kennt das schweizerische Diskriminierungsverbot kaum abschreckende Sanktionen gegen diskriminierendes Verhalten, und der Schutz vor indirekter Diskriminierung ist nur ansatzweise vorhanden.<sup>82</sup> Das **schweizerische Diskriminierungsverbot vermag deshalb alles in allem nicht zu genügen**. Selbst mit einer Revision vermag das traditionelle Diskriminierungsschutzrecht Diskriminierung durch Algorithmen kaum zu greifen.<sup>83</sup> Auch nach Betrachtung des amerikanischen und europäischen Regelwerks ergibt sich, dass das Anti-Diskriminierungsrecht nicht gut geeignet ist, Diskriminierung durch Algorithmen zu mildern. Das Datenschutzrecht und v.a. das kol-

lektive Mitwirkungsrecht bieten vielversprechendere Ansätze, um den Diskriminierungsrisiken von Algorithmen zu begegnen.

Der Bundesrat hat erst im Mai 2016 festgestellt, dass der **Diskriminierungsschutz im Privatrecht lückenhaft** ist.<sup>84</sup> Er hat berichtet, die geringe Zahl der Gerichtsfälle zu Diskriminierungsproblemen könnte darauf hindeuten, dass die bestehenden Rechtsinstrumente für Betroffene entweder zu wenig bekannt oder zu kompliziert sind. Zudem könnten die verfahrensrechtlichen Hindernisse, speziell die Beweisschwierigkeiten, dazu führen, dass der bestehende Diskriminierungsschutz seine Wirksamkeit zu wenig entfalten kann. Der Bundesrat lehnt jedoch die Erfüllung einer expliziten Diskriminierungsnorm im Privatrecht in Ergänzung zum geltenden Persönlichkeitsschutz ab.<sup>85</sup>

Aus **technischer Sicht** kann es schwierig sein, ADM-gestützte Prozesse transparent zu machen, da manche Technologien von Drittanbietern, teils aus dem Ausland, erworben werden, und die Arbeitgeberin bei vielen Technologien nicht genau weiss, was wie gemessen wird und wo Schwachpunkte liegen, da der Hersteller dies nicht vollkommen transparent macht.

Aus **ethischer Perspektive** könnte man diese bestehenden diskriminierungsschutzrechtlichen Bestimmungen im globalen Kontext als unzureichend beschreiben, insbesondere da die Fachliteratur Diskriminierung auf Basis u.a. von Geschlecht, Religion oder Ethnie als ein Kernproblem im Umgang mit ADM-Systemen beschreibt.<sup>86</sup> Folglich sollte die Arbeitgeberin vor dem Einsatz von ADM-Systemen die Repräsentativität des verwendeten Datensatzes für das Trainieren der Algorithmen prüfen, und in der Implementierungsphase sicherstellen, dass durch die Einbettung im konkreten Unternehmenskontext keine systematischen Verzerreffekte zu Lasten bestimmter Individuen oder Gruppen entstehen.

78 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 OR N 7; BSK/PORTMANN/RUDOLPH, Art. 328 OR N 43, 45.

79 KASPER, 117.

80 BRAUN BINDER ET AL., Rz. 29.

81 WILDHABER/LOHMANN/KASPER, 470 f.

82 WILDHABER, Roboter, 337; WILDHABER/LOHMANN/KASPER, 470 f.

83 WILDHABER/LOHMANN/KASPER, 487.

84 Schweizerischer Bundesrat, Recht auf Schutz vor Diskriminierung: Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Naef 12.3543 vom 14.6.2012, Bern 25.5.2016, 2-3.

85 Bericht Bundesrat zum Schutz vor Diskriminierung 2016 (Fn. 84), 17.

86 FRA, Bias in Algorithms.



## 2. INTERNATIONALE RAHMENBESTIMMUNGEN

Beim Datenschutz sind neben dem DSG die europäische **DSGVO** sowie nationale Gesetze der Mitgliedstaaten (Art. 88 DSGVO) zu konsultieren. Sie können auf Schweizer Arbeitsverhältnisse anwendbar sein.<sup>87</sup>

Im Rahmen des Datenschutzes ist zudem das **Übereinkommen 108 des Europarats** relevant. Das Übereinkommen 108, welches die Schweiz ratifiziert hat, ist der erste verbindliche, aber nicht unmittelbar anwendbare Vertrag zum Datenschutz.<sup>88</sup> Das Übereinkommen hat das Ziel, das Recht auf einen Persönlichkeitsbereich bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten zu schützen (Art. 1 Übereinkommen 108). Das Übereinkommen bietet dazu einen Katalog von Grundsätzen des Datenschutzes, sowie Anweisungen für die Zusammenarbeit der Vertragsparteien in der Durchführung des Übereinkommens. Das Übereinkommen ist auf automatisierte Datensammlungen und Dateien und auf automatische Bearbeitungen von personenbezogenen Daten sowohl im öffentlichen und privaten Bereich anzuwenden (Art. 3 Abs. 1 Übereinkommen 108).<sup>89</sup>

Der Schutz datenschutzrechtlicher Positionen zwischen Privaten wird zudem durch den **Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO Pakt II)** geschützt. Art. 17 schützt vor willkürlichen oder rechtswidrigen Eingriffen in das Privatleben, Familie, Wohnung oder Schriftverkehr sowie vor rechtswidrigen Beeinträchtigungen der Ehre oder des Rufes.<sup>90</sup>

In Bezug auf die Mitspracherechte der Arbeitnehmenden sind verschiedenste völkerrechtliche Bestimmungen im internationalen Kontext zu berücksichtigen, welche für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden neben den Bundesgesetzen massgebend sind (Art. 190 BV,

Art. 5 Abs. 4 BV). Beispielsweise ist die **Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)** zu berücksichtigen. Art. 8 EMRK statuiert ein Menschenrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens. Der Begriff «Privatleben» kann nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) auch berufliche Tätigkeiten umfassen.<sup>91</sup> Als Vertragspartei der EMRK ist die Schweiz verpflichtet, das Recht auf Achtung des Privatlebens nicht nur im öffentlichen Recht im Verhältnis zwischen Arbeitnehmenden und öffentlicher Arbeitgeberin, sondern auch im Bereich des Privatrechts im Verhältnis zwischen Arbeitnehmenden und privater Arbeitgeberin zu schützen. Obwohl die Rechtsprechung sowie die Mehrheit der Schweizer Lehre eine solche direkte Horizontalwirkung von Grundrechten (mit Ausnahme von Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV) verneint<sup>92</sup>, ist diese im Hinblick auf den Schutz der Arbeitnehmenden zu begrüssen. Sie entfaltet sich vor allem dort, wo unter Privaten ein erhebliches Machtgefälle besteht, was bei der Anwendung von ADM-Systemen am Arbeitsplatz der Fall ist.<sup>93</sup> Somit sind offene Normen wie die Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR im Sinne der EMRK auszulegen und anzuwenden.

Der Schutz der Gesundheit von Arbeitnehmenden ist eine völker- und verfassungsrechtliche Verpflichtung. Verankert sind diese Verpflichtungen namentlich in den Art. 6-8 (Recht auf gesunde und sichere Arbeitsbedingungen) des **internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO Pakt I)**.<sup>94</sup>

Im Juni 2022 wurden der Gesundheitsschutz und die Sicherheit am Arbeitsplatz zu einem Grundprinzip der **Internationalen Arbeitsorganisation (ILO)** erklärt.<sup>95</sup> Die Grundprinzipien der ILO wurden in zehn Übereinkommen ausgestaltet. Die Anerkennung des Gesundheitsschutzes als weiteres Grundprinzip hat

87 KASPER, 4, 109 ff.

88 SR 0.235.1; KASPER, 130-131.

89 KASPER, 130.

90 SR 0.103.2.

91 Urteil EGMR vom 5.9.2017, Bărbulescu v. Romania, Nr. 61496/08, E. 71.

92 BGE 114 Ia 329 E. 2b; BGE 118 Ia 46 E. 4c; BSK/WALDMANN, Art. 35 BV N 28 f.; OFK/BIAGGINI, Art. 35 BV N 18.

93 KASPER, 129; SGK-Schweizer, Art. 35 BV N 49.

94 SR 0.103.1.

95 <https://www.ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/areasofwork/fundamental-principle/lang-en/index.htm>.

zur Folge, dass den ILO-Übereinkommen 155 und 187 neu der Status von Kernarbeitsnormen und damit von universell gültigen Menschenrechten zukommt.<sup>96</sup> Damit bilden sie einen Mindeststandard, welcher von allen Mitgliedstaaten der ILO nicht unterschritten werden darf.<sup>97</sup> Mit dem **ILO-Übereinkommen 155** verpflichten sich die Mitgliedstaaten dazu, eine innerstaatliche Politik der Verhütung von Unfällen und Gesundheitsschäden, welche infolge oder im Zusammenhang mit oder bei der Arbeit entstehen, zu betreiben (Art. 4 Abs. 2 ILO 155). Das jüngere **ILO-Übereinkommen 187** ergänzt die Bestimmungen des ILO-Übereinkommens 155 und hat das Ziel, die Umsetzung der Verhütung der Unfälle oder Gesundheitsschäden im Rahmen der Arbeit zu konkretisieren. Die Schweiz hat die beiden Abkommen noch nicht ratifiziert. Die Ratifizierung wurde im Jahr 2020 durch eine Motion erneut angestossen; der Bundesrat sprach sich allerdings gegen diese aus mit der Begründung, dass eine Ratifizierung eine umfassende Reform des schweizerischen Systems zum Schutz der Arbeitnehmenden und der allgemeinen öffentlichen Gesundheit nach sich ziehen würde.<sup>98</sup> Der Bundesrat hielt dabei an der langjährigen Ratifikationspraxis fest, wonach die Schweiz nur jene ILO-Übereinkommen ratifiziert, deren Bestimmungen mit nationalem Recht und nationaler Praxis übereinstimmen. Von dieser kann abgewichen werden, falls es sich um fundamentale ILO-Übereinkommen handelt, worunter ILO-Übereinkommen 155 und 187 fallen.<sup>99</sup> Das Schweizer Arbeitsschutzsystem biete aber ein hohes Niveau und es funktioniere zur Zufriedenheit der betroffenen Sozialpartner, wenn auch die Ziele nicht gänzlich mit denen der ILO-Übereinkommen übereinstimmen.<sup>100</sup> Eine solche Ratifizierung sei demnach nicht zu empfehlen.

Im Gemeinschaftsrecht der Europäischen Union kommt dem Arbeitnehmendengesundheitsschutz grosse Bedeutung zu. Das zeigt sich in den Erwägungsgründen der **Richtlinie 89/391 des Rates vom 12. Juni 1989** über die Durchführung von Massnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmenden bei der Arbeit.<sup>101</sup> Ausserdem ist die Unterrichtung, Anhörung, Beteiligung und Unterweisung von Arbeitnehmenden ein wichtiger Gefahrenverhütungsgrundsatz.

Die Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) hat einige Grundlagen publiziert, welche beim Einsatz von ADM-Systemen relevant sind. Die **OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen** stipulieren zum Beispiel ein Anti-Diskriminierungsgebot, wonach Unternehmen in der Aktivität der Beschäftigung von Arbeitnehmenden vom Grundsatz der Chancengleichheit und Gleichbehandlung geleitet sein sollten (Ziff. V Abs. 1 lit. e OECD-Leitsätze). Des Weiteren statuiert Ziff. V Abs. 3 der OECD-Leitsätze eine Konsultations- und Zusammenarbeitspflicht der Arbeitgeberin gegenüber den Arbeitnehmenden bzw. deren Vertretern in «Angelegenheiten gemeinsamen Interesses».<sup>102</sup> Die unten in Kapitel V.3 besprochen UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte sind mit den OECD-Leitsätzen im Einklang. Zusätzlich hat die OECD im Jahr 2022 **Empfehlungen zum Einsatz von Künstlicher Intelligenz** publiziert. In diesen weist die OECD darauf hin, dass beim Einsatz von KI in Unternehmen unter anderem die international anerkannten Arbeitnehmerrechte, der Datenschutz und die Antidiskriminierung beachtet werden müssen.<sup>103</sup>

Zuletzt zu beachten sind die **UN Sustainable Development Goals (SDG)**. Das achte Ziel widmet sich der Förderung von integrativem und nachhaltigem Wirtschaftswachstum, Beschäftigung und menschenwürdiger Arbeit für alle. Das achte Ziel wird in 12 Unterkategorien unterteilt – das Ziel 8.8 lautet:

96 <https://www.ilo.org/berlin/arbeits-und-standards/erklarungen/lang--de/index.htm>.

97 CIRIGLIANO/RUDIN, Rz. 3.

98 Motion 20.3173 vom 4.5.2020 von DE LA REUSSILLE «Gesundheitsschutz für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Für eine Ratifizierung des ILO-Übereinkommens Nr. 187 über den Förderungsrahmen für den Arbeitsschutz».

99 Motion 02.1025 vom 20.3.2002 von RECHSTEINER «Ratifikation von ILO-Abkommen».

100 BBl 2008, S. 5569 ff.

101 E. 10 und 13; siehe PÄRLI/STEIGER-SACKMANN/STÖCKLE, 47 ff., mit einer Aufzählung der relevanten Entscheide 58 ff.

102 <https://www.oecd.org/berlin/publikationen/oecd-leitsaetze-fuer-multinationale-unternehmen.htm>.

103 <https://www.oecd.org/berlin/presse/Empfehlung-des-Rats-zu-kuenstlicher-intelligenz.pdf>.



«Protect labour rights and promote safe and secure working environments for all workers, including migrant workers, in particular women migrants, and those in precarious employment».<sup>104</sup>

### 3. RECHTSPRECHUNG

#### **BGE 130 II 425 (Bundesgericht):**

Das Bundesgericht hielt fest, «dass ein Überwachungssystem gemäss Art. 26 ArGV 3 verboten ist, wenn es ausschliesslich oder hauptsächlich darauf abzielt, das Verhalten der Arbeitnehmenden als solches zu überwachen. Andererseits ist seine Verwendung nicht verboten, wenn es zwar objektiv eine solche Überwachungswirkung hat, aber aus legitimen Gründen gerechtfertigt ist, wie etwa aus Sicherheitsgründen oder aus Gründen, die mit der Organisation oder Planung der Arbeit oder mit der Natur des Arbeitsverhältnisses selbst zusammenhängen. Allerdings muss das gewählte Überwachungssystem in Anbetracht der Gesamtheit der Umstände als verhältnismässiges Mittel zum verfolgten Ziel erscheinen und die betroffenen Arbeitnehmenden müssen vorab über seine Verwendung informiert worden sein».

#### **6B\_536/2009 (Bundesgericht):**

Der Fall handelte von einer Strafanzeige gegen eine Arbeitnehmerin eines Juweliers wegen angeblichen Diebstahls. Das Unternehmen erstattete die Anzeige aufgrund eines angeblichen Fehlbetrags in der Kasse, dessen Entnahme durch Überwachungsaufnahmen nachverfolgt werden konnte. Diese Aufnahmen zeigten, wie die Arbeitnehmerin Bargeld aus der Kasse entnommen hat. Sie gab zu, Geld aus der Kasse entnommen zu haben, jedoch behauptete sie, nicht den gesamten fehlenden Betrag gestohlen zu haben. Die Staatsanwaltschaft stellte die Untersuchung ein, da die Videoaufnahmen den Betrag nicht eindeutig zeigten. Das Unternehmen legte dagegen Beschwerde ein, argumentierte, dass die Aufnahmen als Beweismittel verwendet werden sollten. Das Bundesgericht entschied, dass die Videoaufnahmen als Beweismittel verwertbar seien, da sie unter den gegebenen

Umständen nicht gegen Datenschutz- oder Persönlichkeitsrechte verstossen hätten.

#### **BGE 139 II 7 (Bundesgericht):**

In diesem Fall wurde der persönliche Computer eines Arbeitnehmers heimlich überwacht, was zu einer Auseinandersetzung mit dem Arbeitgeber führte. Das Verwaltungsgericht erklärte die Überwachung für rechtswidrig und die daraus gewonnenen Beweise für unzulässig, was vom Bundesgericht bestätigt wurde. Im Zusammenhang mit der Mitarbeiterüberwachung am Arbeitsplatz wurde auf Art. 6 ArG verwiesen, der die Arbeitgeberin verpflichtet, Gesundheit und Integrität der Mitarbeitenden zu schützen. Gewisse Formen der Überwachung können legitim sein, dennoch wird betont, dass heimliche und umfassende Überwachungsmassnahmen (i.c. Spyware) oft als unzulässiger Eingriff in die Privatsphäre anzusehen sind. Im vorliegenden Fall war die Nutzung der unrechtmässig erworbenen Beweise unzulässig, was die Grundlage für die disziplinarische Kündigung des Arbeitnehmers entfallen liess.

#### **BGE 143 II 443 (Bundesgericht):**

In diesem Fall ging es um die rechtliche Frage, ob die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, die die fristlose Kündigung eines Arbeitsverhältnisses wegen wiederholter Nutzung von pornografischen Internetseiten bestätigte, im Einklang mit dem Bundesrecht steht. Das Gericht entschied, dass die Nutzung pornographischer Internetseiten am Arbeitsplatz einen Verstoss gegen interne Richtlinien darstelle und angemessene Konsequenzen nach sich ziehen könne. Einige Beweise, die durch die Analyse der Internetnutzung gewonnen wurden, mussten jedoch aufgrund von Datenschutzverstössen als unzulässig deklariert werden. Eine solche Analyse der Internetnutzung sei nur unter bestimmten Bedingungen zulässig, wie schriftlicher Information des betroffenen Mitarbeiters und Zustimmung der Geschäftsleitung. Schlussendlich bestätigte das Gericht die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses, trotz Ausschluss einiger Beweise auf Grund datenschutzrechtlicher Verletzungen durch die Arbeitgeberin.

<sup>104</sup> <https://sdgs.un.org/goals/goal8>.

**BGE 145 IV 42 (Bundesgericht):**

Der Fall handelte von einer Videoüberwachung in den Räumlichkeiten eines Unternehmens, bei der Mitarbeiter ohne ihr Wissen aufgezeichnet wurden, da einige Angestellte des Diebstahls verdächtigt wurden. Die Videoüberwachung wurde von der Polizei angeordnet und ohne Genehmigung des Zwangsmassnahmengerichts durchgeführt. Die Beschwerdeführerin argumentierte, dass die Videoaufnahmen aufgrund ihrer unrechtmässigen Erstellung nicht als Beweise verwendet werden dürfen. Das Bundesgericht stimmte dieser Argumentation zu und urteilte, dass die Aufnahmen ohne ordnungsgemässe Genehmigung durchgeführt wurden und daher unverwertbar seien und vernichtet werden müssen. Das Urteil des Obergerichts wird aufgehoben und die Sache zur erneuten Entscheidung an die Vorinstanz zurückverwiesen.

**4A\_518/2020 (Bundesgericht):**

Art. 328 Abs. 1 OR sieht vor, dass die Arbeitgeberin im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmenden schützt und achtet. Das Bundesgerichtsurteil 4A\_518/2020 besagt, dass eine Datenbearbeitung, die gegen Art. 328b OR verstösst, zwar rechtswidrig ist, aber möglicherweise durch einen Rechtfertigungsgrund gemäss Art. 13 DSG gerechtfertigt werden kann. Eine Fluggesellschaft hatte eine Arbeitnehmerin gekündigt, nachdem sie durch ein IT-gestütztes Testverfahren als potenzielle Sicherheitsgefahr identifiziert wurde. Die Gerichte sprachen der Arbeitnehmerin jedoch eine Entschädigung zu, da die Arbeitgeberin im Zuge des Testverfahrens auf private WhatsApp-Verläufe der Arbeitnehmerin zugegriffen hatte. Das Urteil widerspricht dabei der Auffassung des Zürcher Obergerichts, wonach Art. 328b OR lex specialis zum DSG sei.

**Deutschland: Hessisches Landesarbeitsgericht vom 25.2.2021 – 17 Sa 1435/19:**

Das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts besagt, dass eine personenbedingte Kündigung nicht allein aufgrund eines People-Analytics-Testverfahrens gerechtfertigt werden kann. Eine Flugbegleiterin wurde aufgrund eines IT-gestützten Tests als potenzielle Sicherheitsgefahr identifiziert und gekündigt. Das Gericht entschied, dass die Kündigung nicht

allein aufgrund des Testergebnisses erfolgen kann, ohne die Funktionsweise des Algorithmus offenzulegen. Zudem könnte die Umsetzung eines automatisierten Testergebnisses in eine Kündigung gegen Datenschutzbestimmungen verstossen. Art. 22 Abs. 1 DSGVO gewährt Betroffenen das Recht, sich automatisierten Entscheidungen zu widersetzen, die rechtliche Wirkungen entfalten. Dies entspricht dem schweizerischen Art. 21 DSG.

**Niederlande: Gerichtshof Amsterdam (Abteilung Zivil- und Steuerrecht) vom 4.4.2023 – C/13/689705 HA RK 20-258:**

Das Amsterdamer Gericht entschied in diesem Urteil über Klagen diverser Londoner Fahrer, welche sich in drei Fällen vor Gericht dafür ausgesprochen hatten, dass mehr Transparenz im Zusammenhang mit nicht von Menschen getroffenen Entscheidungen herrschen muss. Aktivitäten wie automatisches Kalkulieren von Preisen, das Zuteilen von Fahrten oder die Sperrung von Uber-Accounts bei Betrugsverdacht zählen als automatische Entscheidungsfindung im Sinne des Art. 22 DSGVO. Uber und Ola (und ähnliche Plattformen), die «performance profiling» betreiben, müssen in Zukunft offenlegen, welche Faktoren ihre automatisierte Entscheidungsfindung beeinflussen. Beispielsweise muss transparent dargelegt werden, wie und warum Arbeit automatisch zugeteilt wird, oder gar welche Faktoren eine Termination eines Arbeitsverhältnisses zur Folge haben können. Dabei ist vor allem offenzulegen, inwiefern Uber und Ola Daten über die Fahrer in diesem Entscheidungsprozess verwenden.

## V. BETRIEBLICHE BETEILIGUNG BEIM EINSATZ VON ADM-SYSTEMEN AM ARBEITSPLATZ

### 1. DIE SCHWEIZERISCHE BETRIEBSVERFASSUNG

Unter der **Betriebsverfassung** versteht man die grundlegende Ordnung der Zusammenarbeit zwischen der Arbeitgeberin und der von den Arbeitnehmenden gewählten betrieblichen Interessenvertretung.<sup>105</sup> Darüber hinaus legt die Betriebsverfassung die Rechtsstellung der Organe, also der Arbeitnehmendenvertretung und deren Ausschüsse, und die Form ihrer Zusammenarbeit fest. Grundanliegen der Betriebsverfassung ist es, den Arbeitnehmenden in den betrieblichen Entscheidungen, die ihr tägliches Dasein nachhaltig gestalten, Mitwirkungsbefugnisse zu gewähren.<sup>106</sup> Es gibt in der Schweiz kein eigentliches «Betriebsverfassungsgesetz», aber Aspekte der Betriebsverfassung sind an verschiedenen Orten geregelt. Die Mitwirkung der Arbeitnehmenden auf betrieblicher Ebene wird gesetzlich einerseits durch Art. 37-39 ArG (sowie Art. 67-68 ArGV 1) betreffend Betriebsordnung und andererseits durch das 1994 in Kraft getretene Bundesgesetz über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (MitwG) geregelt. Das MitwG räumt den Arbeitnehmenden Informations- und Konsultationsrechte und unter gewissen Voraussetzungen einen Anspruch auf eine Arbeitnehmendenvertretung ein. Die Mitwirkungsrechte sind aber im internationalen Vergleich bescheiden.<sup>107</sup>

Das MitwG regelt nur die **Mitwirkung auf betrieblicher Ebene**. Es ist einerseits als Rahmengesetz konzipiert, das im Wesentlichen die institutionellen Vor-

aussetzungen der betrieblichen Mitwirkung normiert; in welchen Bereichen und in welchem Umfang Mitwirkungsrechte bestehen, wird in den entsprechenden Spezialgesetzen (OR, ArG, UVG) festgesetzt.<sup>108</sup> Es stellt andererseits eine blosse Minimalordnung dar, welche zu Gunsten der Arbeitnehmenden formlos, zu Ungunsten der Arbeitnehmenden nur durch GAV oder in den in Art. 2 MitwG genannten Fällen abgeändert werden darf.<sup>109</sup>

Auch nach Inkrafttreten des MitwG ist die **Gesetzgebung** im Bereich der Mitwirkung der Arbeitnehmenden im Betrieb noch **lückenhaft**.<sup>110</sup> Die Zuständigkeits- und Verfahrensregelungen bedürfen der Konkretisierung. Kollektivverträge über die Mitwirkung der Arbeitnehmenden und Betriebsordnungen bilden deshalb eine weitere Grundlage des schweizerischen Betriebsverfassungsrechts.<sup>111</sup> Diese Möglichkeit des Gesetzgebers, GAV (auch allgemeinverbindlich erklärte) und Betriebsordnungen auf dem Gebiet der Mitwirkung zur branchenindividuellen Gestaltung zu nutzen, wurde allerdings bisher nur zurückhaltend eingesetzt. Nur vereinzelt finden sich verbindliche, über die gesetzlichen Vorgaben hinausgehende Normen, welche die als Rahmengesetz ausgestaltete Ordnung des MitwG den individuellen Bedürfnissen entsprechend konkretisieren.

### 2. BEGRIFFE: MITBESTIMMUNG, MITWIRKUNG, BETEILIGUNG, MITSPRACHE

Der **Begriff der Mitbestimmung (i.w.S.)** erscheint in verschiedenen Bedeutungszusammenhängen. Er wird seit jeher als Oberbegriff für alle Möglichkeiten der direkten und indirekten Beteiligung der Arbeitnehmenden oder ihrer Vertretungen an der Willensbildung in Betrieb und Unternehmung

105 WILDHABER, Habil., 367; MÜLLER, Habil., 11.

106 WILDHABER, Habil., 367.

107 So auch PÄRLI, 1455.

108 BBl 1992 V 520, 636 ff.

109 WILDHABER, Habil., 368.

110 WILDHABER, Habil., 368.

111 MÜLLER, Habil., 244 ff.; so schon vor Inkrafttreten des MitwG STÖCKLI, Habil., 103ff.

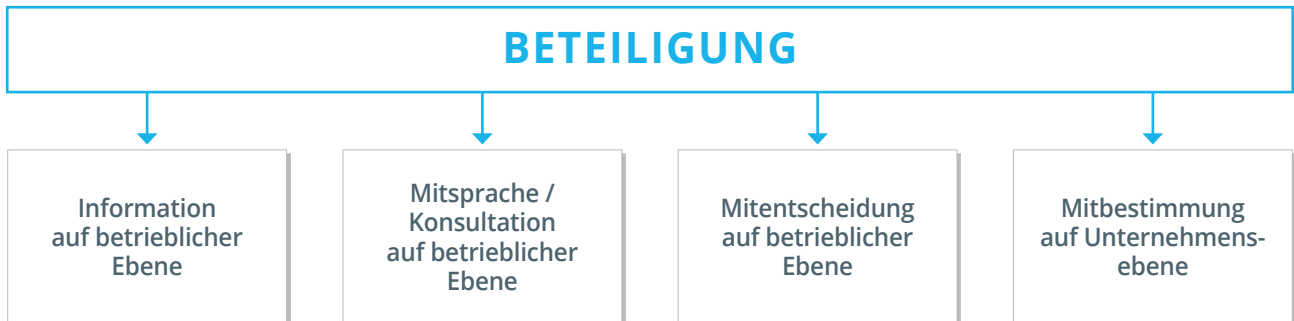


Abb. 6: Beteiligungsformen

gebraucht.<sup>112</sup> Auch heute noch wird der Begriff in dieser allgemeinsten Bedeutung verwendet.<sup>113</sup> Die frühere Literatur (von den 70er Jahren bis 1994) verwendete den **Begriff der Mitwirkung** ebenfalls als übergeordneten Begriff.<sup>114</sup> Erst mit Inkrafttreten des Mitwirkungsgesetzes am 1. Mai 1994 wurde der Mitwirkungs-begriff wieder wesentlich enger gefasst. Das MitwG regelt nämlich lediglich die Mitwirkung auf der Ebene des Betriebs. Ein Betrieb ist eine auf Dauer ausgerichtete, in sich geschlossene organisatorische Leistungseinheit, welche selbständig am Wirtschaftsleben teilnimmt.<sup>115</sup> Das MitwG regelt jedoch nicht die Mitwirkung auf der Ebene des Unternehmens, also der gesamten juristischen Person. Die Mitwirkung auf Unternehmensebene als gesetzliche Vorgabe wird in der Schweiz klar und seit jeher (und unseres Erachtens zu Recht) abgelehnt. Sie kann aber natürlich freiwillig eingeführt werden. So kann dem Personal eine angemessene Vertretung im Verwaltungsrat gewährt werden. Bei der Schweizerischen Post haben z.B. zwei Gewerkschaften, die auch GAV-Parteien der Post sind, je einen Sitz im Verwaltungsrat (Art. 8 Abs. 3 POG). Auch bei der Swisscom ist dem Personal

eine angemessene Vertretung im Verwaltungsrat zu gewähren (Art. 9 Abs. 3 TUG). Der Begriff der Mitwirkung umfasst deshalb heute i.d.R. nur die betriebliche Ebene,<sup>116</sup> während für die Ebene des Unternehmens der Begriff **Mitbestimmung (i.e.S.)** benutzt wird. Es gibt in der Schweiz wie gesagt keine Mitbestimmung auf Unternehmensebene, d.h. die Arbeitnehmenden sind in die Entscheidungen des Gesamtunternehmens – anders als z.B. in Deutschland – nicht involviert.

Als Oberbegriff kann der Begriff der **Beteiligung** verwendet werden. Wir würden die Beteiligung heutzutage in Anlehnung an die Terminologie im OR und im MitwG je nach ihrer Intensität folgendermassen einteilen:<sup>117</sup>

- Information auf betrieblicher Ebene;<sup>118</sup>
- Mitsprache/Konsultation auf betrieblicher Ebene;
- Mitentscheidung auf betrieblicher Ebene;
- Mitbestimmung auf Unternehmensebene.

Das **MitwG** regelt nur die Beteiligung auf betrieblicher Ebene, genauer die Information und die Konsultation.

112 WILDHABER, Habil., 371; SCHLUEP, 78, insb. Fn. 7 m.w.H.; Botschaft des Bundesrats an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesbeschlusses betreffend das Volksbegehren über die Mitbestimmung und einen Gegenvorschlag vom 22.8.1973, Bern 1973, 5; STAEHELIN, S. 30 ff. (spricht von einer babylonischen Begriffsverwirrung).

113 Siehe FRITZ/SCHULER, 18; sämtliche Aufsätze zum schweizerischen Recht in DIEFENBACHER/NUTZINGER (Hrsg.): Mitbestimmung in Europa: Erfahrungen und Perspektiven in Deutschland, der Schweiz und Österreich, Heidelberg 1991.

114 Vgl. THOMMEN, 12; SCHLUEP, 80 in fine (synonyme Verwendung der Begriffe «Mitwirkung» und «Mitbestimmung»).

115 WILDHABER, Habil., 75.

116 Auch die Materialien dazu sprechen eine deutliche Sprache, siehe Botschaft zum MitwG vom 24.2.1993, BBl 1993 I 805; Zusatzbotschaft II, 634; FRITZ/SCHULER, 18.

117 WILDHABER, Habil., 371; MÜLLER, Habil., 225 ff.

118 Siehe für die europäische Terminologie die Definitionen in Art. 2 RL 2001/86/EG zu Unterrichtung (lit. i.), Anhörung (lit. j) und Mitbestimmung (lit. k).

Selbst ohne gesetzliche Regelung im MitwG können sich Mitbestimmungsrechte sowohl auf betrieblicher Ebene als auch auf Unternehmensebene immer noch aus GAV bzw. Betriebsordnungen oder Spezialgesetzen ergeben.

### 3. ETHISCHE ANFORDERUNGEN BEIM EINSATZ VON ADM-SYSTEMEN AM ARBEITSPLATZ

Die «Wiederherstellung» der menschlichen Handlungsfähigkeit («human agency») erfordert einen Raum für sinnvolle ex ante Einsprachemöglichkeiten in Bezug auf die Einführung, und ex ante und ex post Einsprache- und Beschwerdemöglichkeiten zu der Konfiguration und Änderungen von ADM-Systemen. Hierzu zählt auch die Autonomie im Sinne von Gestaltungsräumen innerhalb des Arbeitsplatzes.<sup>119</sup> Um eine sinnvolle Beteiligung der betroffenen Personen an solchen Entscheidungen zu gewährleisten, sollten ADM-Systeme ausdrücklich in den Geltungsbereich der bestehenden Informations- und Konsultationsrechte und -pflichten einbezogen werden.<sup>120</sup>

#### a) Ethische Analyseschwerpunkte auf Basis der Empirie und Fachliteratur

Im Folgenden werden die zentralen ethischen Analyseschwerpunkte zu ADM-Systemen am Arbeitsplatz mit einem Fokus aus Erkenntnissen der qualitativen empirischen Fallstudien (siehe oben II.2.) aufgezeigt, welche um Aspekte aus korrespondierender Fachliteratur ergänzt werden, und im Anschluss wird eine Orientierung zu einer besseren Verankerung der Unternehmensverantwortung dargelegt.

#### Tiefgehende Einblicke in die Privatsphäre und mögliche Überwachung von Austausch unter Arbeitnehmenden

Datengesteuerte Technologien durchdringen inzwischen **fast jeden Aspekt des Geschäftslebens:**

119 Loi 2020.

120 ADAMS-PRASSL ET AL.

Unsere qualitativen Fallstudien zeigten, dass Schweizer Arbeitnehmende mit ADM-Systemen täglich in Kontakt sind bzw. von diesen gesteuert werden.<sup>121</sup> Auch in der Fachliteratur wird die Auswirkung auf die Privatsphäre der Arbeitnehmenden als eines der gravierendsten ethischen Probleme der Datafizierung am Arbeitsplatz diskutiert.<sup>122</sup>

Auch wenn das **Konzept des Privatlebens** in den verschiedenen Rechtsordnungen auf unterschiedliche Weise zum Ausdruck kommt, schützt es das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und der Korrespondenz (siehe Art. 8 EMRK). ADM-Systeme im Personalmanagement haben erhebliche Auswirkungen auf die Privatsphäre der Arbeitnehmenden und können zu Verletzungen führen.<sup>123</sup> Das Recht auf Privatsphäre untermauert andere Grundrechte am Arbeitsplatz, wie etwa die Vereinigungs- und Redefreiheit oder die Koalitionsfreiheit, und ist eng mit diesen verbunden.<sup>124</sup>

Eingriffe in das **Recht auf Privatsphäre** können problematisch sein, wenn die Arbeitgeberin Einblicke in die Kommunikation und in potenzielle Mobilisierungsmassnahmen am Arbeitsplatz hat. Ein **freier Austausch unter Arbeitnehmenden** ist kaum möglich, wenn Kommunikationsverläufe bzw. Versammlungsmuster überwacht werden.

#### Zeitpunkt der Information und Konsultation

Die Arbeitgeberin sollte die Arbeitnehmenden **frühzeitig im Entscheidungsprozess konsultieren**, idealerweise, bevor eine Entscheidung über die Einführung von ADM-Systemen getroffen wird. Die UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte (UN Guiding Principles on Business and Human Rights, UNGPs) fordern eine strukturelle Einbindung von betroffenen Stakeholdern als Teil der menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht. Auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass die Arbeitnehmenden

121 DERANTY/CORBIN.

122 EBERT/WILDHABER/ADAMS-PRASSL.

123 MATEESCU/NGUYEN.

124 GRABENWARTER, Art. 8 EMRK N 82.



eine sinnvolle Möglichkeit haben, sich an der Diskussion früh im Prozess zu beteiligen, wenn wichtige Weichenstellungen vorgenommen werden, und dass ihre Ansichten berücksichtigt werden. Experten und Expertinnen schlagen ebenfalls das Hinzuziehen von unabhängigen, ethischen Fachgremien vor.<sup>125</sup>

## Datenkompetenz / data literacy

Um Mitwirkung der Arbeitnehmenden zu ermöglichen, ist es unabdinglich, dass die Arbeitnehmenden über einen **angemessenen Grad an Basiswissen** über Datenverarbeitung, -analyse und möglicher Verzerreffekte als Konsequenzen dessen verfügen. Die Datenkompetenz der Arbeitnehmenden ist von entscheidender Bedeutung für eine informierte Mitwirkung bezüglich der Anwendung von ADM-Systemen. Nur wenn Arbeitnehmende in der Lage sind, die von den Überwachungstools erfassten Daten zu verstehen und zu interpretieren, können sie in Mitwirkungsprozessen informiert Mitsprache ausüben und «agency» über die Verwendung und Interpretation ihrer Daten erlangen.<sup>126</sup>

## Datentransparenz

Die **Datentransparenz** ist ein oft diskutierter Faktor, um die Mitwirkung von Arbeitnehmenden zu ermöglichen.<sup>127</sup> Es ist wichtig, dass die Arbeitnehmenden Zugang zu den erfassten Daten haben und dies in einem Format, welches es ihnen erlaubt zu verstehen, welche Informationen gesammelt werden und wie diese verwendet werden. Unternehmen sollten sicherstellen, dass die Arbeitnehmenden **Zugang zu den relevanten Daten** haben und dass diese in einem Format aufbereitet werden, welches der individuellen Datenkompetenz entspricht. Eine klare Vermittlung der Datensammlung und Darstellung des Umgangs mit den Daten ist eine Grundvoraussetzung, damit Arbeitnehmende in Mitwirkungsprozessen teilhaben können. Wie bereits erwähnt kann es aus technischer Sicht aufwändig bzw. unmöglich sein, ADM-gestützte Prozesse vollkommen transparent zu

machen, da manche Technologien von Drittanbietern, teils aus dem Ausland, erworben werden. Bei solchen sogenannten **«off the shelf»-Produkten** weiss die Arbeitgeberin bei vielen Technologien nicht genau, welche Informationen über Mitarbeitende auf welche Weise gemessen werden und wo mögliche Schwachpunkte z.B. bei der Messgüte liegen, da der Hersteller dies nicht vollkommen transparent macht.

## Aufklärung über den Anwendungsbereich der ADM-Systeme

Da die Mehrzahl der ADM-Systeme nicht im eigenen Haus entwickelt, sondern von externen Anbietern bezogen wird, kann dies nicht nur auf die Datentransparenz, sondern auch auf die **Rückverfolgbarkeit von Entscheidungen** Auswirkungen haben. Die Rückverfolgbarkeit von Entscheidungen muss Kernbestandteil eines Mitwirkungsprozesses der Arbeitnehmenden sein.

Die klare **Offenlegung des Anwendungsbereichs von ADM-Systemen** am Arbeitsplatz ist von grosser Bedeutung für die Arbeitnehmenden, um zu verstehen, in welchem Masse sie betroffen sind. Es ist wichtig, dass die Arbeitnehmenden wissen, in welchen Bereichen ihre Arbeit mit der Hilfe von ADM-Systemen einem Monitoring unterliegen und welche Handlungsmöglichkeiten ihnen offenstehen, um dem Umgang mit diesen ADM-Systemen zu begegnen. Es ist Aufklärung darüber notwendig, welche Prozesse und Einsprachemöglichkeiten angestossen werden können, wenn es zu Problemen oder Konflikten rund um das ADM-System kommt, sowohl im Einführungsprozess als auch in der täglichen Anwendung.

## Vermeidung von «Black Box-Systemen»

Ein häufig diskutiertes Phänomen bei ADM-Systemen ist die Genese von sogenannten «Black Box-Systemen».<sup>128</sup> Es werden datengetriebene ADM-Systeme eingeführt, welchen es an Transparenz in Bezug auf deren Entscheidungsfindung mangelt. Arbeitnehmende müssen häufig eine ausschweifende Datensammlung über sich in Kauf nehmen,

<sup>125</sup> Loi 2021, 46.

<sup>126</sup> KENNEDY/POELL/VAN DIJCK.

<sup>127</sup> Loi 2021, 49.

<sup>128</sup> AJUNWA; PASQUALE.

während die Details zur Entscheidungsfindung in Geheimhaltung gehüllt werden. Dies kann die ADM-basierten Entscheidungen der Arbeitgeberin für die Arbeitnehmenden in hohem Masse undurchsichtig machen und die Mitsprache erschweren, da die notwendige Informationsgrundlage, unter anderem auch zur Konsultation, fehlt. Die Arbeitnehmenden werden so mit einem **Mangel an Transparenz** z.B. bezüglich Diskriminierung/Verzerreffekten,<sup>129</sup> Rechenschaftspflicht oder Erklärung über die Funktionsweise oder sogar die Logik der «Black Box» bei der Arbeit konfrontiert. Die Nachvollziehbarkeit und Fairness eines ADM-Modells muss durch technische Methoden und deren Vermittlung an Arbeitnehmende erfolgen, sodass Austausch über Verbesserungspotenziale ermöglicht wird. Hier ist es wichtig, auf kollaborative Managementsysteme zu setzen und Diversität zu fördern, damit die Expertise unterschiedlicher Personen das System robuster und resilienter zum Wohle der Arbeitnehmenden machen, sowohl aus technischer als auch arbeitsrechtlicher und ethischer Perspektive.

## b) Unternehmensverantwortung und Sorgfaltspflichten

Im Allgemeinen könnten ethische Anforderungen an Unternehmen von den **UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte** (UN Guiding Principles on Business and Human Rights, UNGPs) abgeleitet werden,<sup>130</sup> welche auch im Einklang mit der UN Sustainable Development Agenda stehen, wie z.B. SDG 8 bezüglich der Förderung von integrativem und nachhaltigem Wirtschaftswachstum, Beschäftigung und menschenwürdiger Arbeit für alle (siehe oben IV.2.). Neben der Schutzpflicht des Staates, die Menschen vor Menschenrechtsverletzungen durch Private zu schützen, postulieren die UNGPs eine Unternehmensverantwortung, die Menschenrechte zu achten und einen Beitrag zur Abhilfe gegen Menschenrechtsverletzungen zu leisten. Die UNGPs sind global zum Standard von verantwortungsvollem Unternehmensverhalten herangewachsen und im Einklang mit den

OECD-Leitsätzen für multinationale Unternehmen (siehe oben IV.2.).

Zentrales Konzept dieser Unternehmensverantwortung gegenüber Menschen und ihren Rechten ist die **menschenrechtliche Sorgfaltspflicht der Unternehmen** («human rights due diligence»), welche sich an die Logik von betrieblichen Risikomanagementprozessen anlehnt, diese aber spezifisch auf menschenrechtliche Risiken, und somit auch auf die Rechte von Arbeitnehmenden, ausrichtet. Die UNGPs erfreuen sich grosser Beliebtheit, da sie auf dem universell anerkannten Charakter der Menschenrechte aufbauen, welche den Minimumstandard für verantwortungsvolles Handeln von Privatkonzernen verankern. Die Prinzipien werden von einer grossen Anzahl global agierender Konzerne umgesetzt und spiegeln sich auch zunehmend in nationaler Gesetzgebung und nationalen Policy-Massnahmenpaketen wider. Auch die Schweiz hat sich zur Umsetzung der UNGPs verpflichtet, unter anderem im Rahmen eines Nationalen Aktionsplans für Wirtschaft und Menschenrechte.<sup>131</sup> Frankreich hat im Jahr 2017 das «loi de vigilance» (Sorgfaltspflichtengesetz) verabschiedet, und in Deutschland trat das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz zum 1. Januar 2023 in Kraft.

Auch auf nicht-rechtlichem Weg gibt es die Möglichkeit, dass Betroffene möglicherweise auftretende Probleme durch die **Mediationsprozesse** des sogenannten Nationalen Kontaktpunktes der Schweiz für eine verantwortungsvolle Unternehmensführung bewältigen lassen können.<sup>132</sup>

**Kontextspezifische ethische Ansätze** sind mit den UNGPs kombinierbar, insofern dass die UNGPs den erwartbaren Mindeststandard aufzeigen und kontextuelle Faktoren bei der Ausübung der Sorgfaltspflicht miteinbeziehen. Bei diesen Sorgfaltspflichten handelt es sich somit um Pflichten, bestimmte Systeme und Prozesse in Unternehmen zu etablieren, um negative Auswirkungen auf Menschenrechte zu erkennen, zu adressieren und zu mindern, und bei Mitschuld oder

129 HEINRICHS.

130 OHCHR, UN Guiding Principles on Business and Human Rights.

131 EDA.

132 SECO, Nationaler Kontaktpunkt der Schweiz für eine verantwortungsvolle Unternehmensführung.



Mitwirkung an Menschenrechtsverstössen einen Beitrag zur Abhilfe von Betroffenen zu leisten.

Die UNGPs sehen vor, dass Unternehmen Prozesse etablieren, mit welchen sie menschenrechtliche Risiken identifizieren, adressieren, und mit welchen sie Massnahmen ergreifen, diese Risiken zu mindern oder im Idealfall auszumerzen. Im Groben kann der **Prozess der menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht in vier Schritte unterteilt** werden:<sup>133</sup>

1. Identifizieren und Bewerten von Auswirkungen der Geschäftstätigkeit auf die Menschenrechte, um Art und Ausmass von Menschenrechtsrisiken abzuschätzen;
2. Handeln zur Vorbeugung und Minderung von menschenrechtlichen Risiken, auch durch Integration in interne Funktionen und Prozesse;
3. Verfolgung der Wirksamkeit von Massnahmen zur Risikominderung im Laufe der Zeit;
4. Angemessene Kommunikation der Massnahmen im Hinblick auf die Bewältigung menschenrechtlicher Auswirkungen.

Die Strukturierung der Sorgfaltspflichten entlang der UNGPs ist auch beim Einsatz von ADM-Systemen am Arbeitsplatz hilfreich für die Umsetzung im Unternehmen (siehe dazu unten VI.2.). Die betroffenen Menschenrechte können unter anderem das Recht auf Privatsphäre, das Recht auf Nicht-Diskriminierung oder das Recht auf Gesundheit sein. Allerdings empfehlen die UNGPs eine Analyse in Bezug auf alle Menschenrechte und eine **Priorisierung der Massnahmen** auf Basis der möglichen **Schwere einer Menschenrechtsauswirkung** («severity»)<sup>134</sup>. Die menschenrechtliche Sorgfaltspflicht wird in verschiedenen Organisationen und Kontexten unterschiedlich aussehen. Dennoch sind bestimmte Merkmale der menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht besonders

wichtig, wenn es um die Bewältigung von menschenrechtlichen Risiken im Zusammenhang mit Technologieprodukten, -dienstleistungen und -lösungen geht.

Die UNGPs haben sich **global als Standard zu Unternehmensverantwortung** etabliert und werden von vielen grossen Technologie-Unternehmen angewendet, was unter anderem auf Basis von öffentlich verfügbaren Risikoanalysen und Berichten erkenntlich ist.<sup>135</sup> So prüft zum Beispiel die Multi-Stakeholder-Organisation **Global Network Initiative** regelmässig die Umsetzung der UNGPs in ihren Mitgliedsunternehmen. Durch Schweizer Unternehmen betroffene Arbeitnehmende können z.B. Mediationsverfahren beim Nationalen Kontaktpunkt für multinationale Unternehmen einleiten.<sup>136</sup> Eine Orientierung entlang der UNGPs in Bezug auf den Einsatz von ADM-Systemen ist für die Managementrealität in Unternehmen empfehlenswert.

## 4. BETEILIGUNG BEIM EINSATZ VON ADM-SYSTEMEN AM ARBEITSPLATZ NACH GELTENDER RECHTSLAGE

### a) Beteiligung der Arbeitnehmenden und der Arbeitnehmendenvertretungen de lege lata

Die **Organe der Betriebsverfassung** sind auf der einen Seite die Arbeitgeberin, vertreten durch die Geschäftsleitung, und auf der anderen Seite die Arbeitnehmenden, oftmals repräsentiert durch eine Arbeitnehmendenvertretung. Die **Arbeitnehmendenvertretung, als wichtigstes Organ der schweizerischen Betriebsverfassung**, ist im MitwG geregelt. Es sieht vor, dass ein Anspruch auf eine Arbeitnehmendenvertretung in Betrieben mit mindestens 50 Arbeitnehmenden besteht (Art. 3 MitwG). In einer betriebsinternen Regelung kann aber vorgesehen

133 OHCHR, Key Characteristics of Business Respect for Human Rights.

134 OHCHR, Taking Action to Address Human Rights Risks Related to End-Use.

135 Global Network Initiative, <https://globalnetworkinitiative.org/company-assessments/>.

136 SECO, Nationaler Kontaktpunkt der Schweiz für eine verantwortungsvolle Unternehmensführung.

werden, dass eine Vertretung auch schon eingerichtet werden kann, wenn weniger Arbeitnehmende solches vorschlagen. Die Rechte auf Mitwirkung bestehen aber selbstverständlich auch in Betrieben ohne Arbeitnehmendenvertretung; sie werden diesfalls von den Arbeitnehmenden direkt wahrgenommen (Art. 4 MitwG). Eine von der Betriebsleitung oder durch Mitarbeitende gebildete Gesundheits-, Personal- oder Betriebskommission kann die Rechte aus dem MitwG nicht beanspruchen. Deshalb lohnt es sich, freie und geheime Wahlen für eine echte Arbeitnehmendenvertretung gemäss MitwG durchzuführen. Eine solche Arbeitnehmendenvertretung handelt als kollektives Organ der Belegschaft eines Betriebs.<sup>137</sup>

**In öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen** gelten spezifische Mitwirkungsrechte aufgrund des jeweiligen Personalrechts. Für das Bundespersonal findet sich für die Mitwirkung eine Rechtsgrundlage in Art. 33 BPG. In Art. 33 Abs. 1 BPG ist festgelegt, dass Arbeitgeberinnen das Personal und seine Organisationen rechtzeitig und umfassend über alle wichtigen Personalangelegenheiten informieren. Konsultiert werden muss gemäss Art. 33 Abs. 2 BPG u.a. «vor der Schaffung oder Änderung von Systemen zur Bearbeitung von Daten, die das Personal betreffen» (lit. c.) und im Zusammenhang mit Fragen der Arbeitssicherheit und der Gesundheitsvorsorge nach Art. 6 ArG (lit. e.). Kantone, Gemeinden und staatlichen Körperschaften kennen jeweils eigene Bestimmungen der Mitwirkungsrechte.

Die Arbeitnehmendenvertretung hat kein gesetzliches Recht auf Mitentscheidung (zu den Begriffen siehe oben V.2.). Sie hat bei ADM-Systemen aber gegebenenfalls ein kollektives **Recht auf Information** (Art. 9 Abs. 1 MitwG) und ein **Recht auf Mitsprache** (Art. 10 lit. a MitwG i.V.m. Art. 48 Abs. 1 lit. a ArG, Art. 6 Abs. 3 ArG, Art. 6 Abs. 1 ArGV 1, Art. 82 Abs. 2 UVG, Art. 6a VUV). Was darunter genau zu verstehen ist, wird gleich erläutert. Insbesondere in allen Fragen des Gesundheitsschutzes am Arbeitsplatz hat die Arbeitnehmendenvertretung ein Recht auf Mitsprache. Die allgemeine gesetzliche Pflicht der Arbeitgeberin, die Arbeitnehmenden für die Gesundheitsvorsorge zur

Mitwirkung heranzuziehen (Art. 6 Abs. 3 ArG), wird in Art. 5 ArGV 3 (Information) und Art. 10 ArGV 3 (Anhörung) präzisiert. Bei der Verabschiedung von Art. 10 lit. a MitwG war der Bundesrat der Ansicht, dass die Mitwirkung der Belegschaft im Bereich des Gesundheitsschutzes positive Auswirkungen auf das Arbeitsklima sowie auf die Verhütung von Berufskrankheiten und Berufsunfällen hätte.<sup>138</sup>

Zum **Gesundheitsschutz** zählt der für ADM-Systeme typische Einsatz von Überwachungs- und Kontrollsystemen, die das Verhalten der Arbeitnehmenden am Arbeitsplatz überwachen (Art. 26 ArGV 3). Die Mitwirkung der Arbeitnehmenden auf betrieblicher Ebene wird gesetzlich einerseits durch das MitwG, andererseits durch Art. 37-39 ArG (sowie Art. 67-68 ArGV 1) betreffend Betriebsordnung geregelt.<sup>139</sup> Die Mitwirkung bezweckt die Information und Mitsprache der Arbeitnehmenden in den Betrieben (vgl. Titel des MitwG). Sie bringt den Arbeitnehmenden Teilhabe, Kontrolle und informationelle Mitbestimmung beim Einsatz von ADM-Systemen am Arbeitsplatz. Umgekehrt kann die Arbeitgeberin in einem frühen Stadium die Akzeptanz geplanter ADM-Systeme abschätzen. Denn die Auffassungen zur Privatsphäre variieren sowohl zwischen den Betrieben als auch innerhalb desselben Betriebs.<sup>140</sup> Zudem erhöht ein aktiver Dialog die Produktivität des Unternehmens.<sup>141</sup>

Die betriebsverfassungsrechtlichen Rechte des MitwG stellen **relativ zwingendes Gesetzesrecht** dar. Von den Mitwirkungsrechten (Art. 9-10 MitwG) darf nicht zum Nachteil der Arbeitnehmenden abgewichen werden, auch nicht durch Gesamtarbeitsvertrag (vgl. Art. 2 Satz 2 MitwG). Eine Abweichung zugunsten der Arbeitnehmenden ist jedoch zulässig (Art. 2 Satz 1 MitwG, sog. Günstigkeitsprinzip). Die relativ zwingende und kollektive Natur der Mitwirkungsrechte bedeutet, dass nicht durch individuelle Einwilligungen auf sie wirksam verzichtet werden kann. Das ergibt sich auch daraus, dass die Arbeitnehmendenvertretung nur über «gemeinsame Interessen der Arbeit-

137 FRITZ/SCHULER, 37.

138 BBl 1994 II 157, 169. Siehe auch KUKO/BLESi, Art. 48 ArG N 1.

139 WILDHABER, Habil., 367.

140 KASPER, 100.

141 KASPER, 100.

nehmer» entscheiden kann (Art. 8 Satz 1 MitwG). Eine allfällige Zustimmung der Arbeitnehmendenvertretung zur Datenbearbeitung ersetzt somit nicht die Einwilligung des Einzelnen in die Beschränkung seiner persönlichen Rechte an den Daten. Auch erlöschen die datenschutzbezogenen Mitwirkungsrechte nicht, wenn die Arbeitgeberin einen Datenschutzverantwortlichen bezeichnet, der unabhängig (ebenfalls) die betriebsinterne Einhaltung der Datenschutzvorschriften überwacht (vgl. Art. 10 DSGVO).

Wie oben in V.2. und Abb. 6 beschrieben, können die Beteiligungsrechte der Belegschaft **stufenweise in Informations-, Mitsprache- und Mitentscheidungsrechte unterteilt** werden.<sup>142</sup> Mitbestimmungsrechte auf Unternehmensebene existieren in der Schweiz auf gesetzlicher Ebene nicht. Deshalb geht es in der Schweiz vornehmlich um Mitwirkungsrechte in der Form von betrieblichen Informations- und Konsultationsrechten. Im Kontext von ADM-Systemen stellen solche Beteiligungsrechte *humans before the loop* dar.<sup>143</sup>

#### aa. Informationsrechte:

Die Arbeitgeberin hat die Arbeitnehmendenvertretung rechtzeitig und umfassend über alle Angelegenheiten zu orientieren und anzuleiten, deren Kenntnis Voraussetzung für eine ordnungsgemässe Erfüllung ihrer Aufgaben ist (Art. 9 MitwG). ADM-Systeme betreffen i.d.R. den gesamten Betrieb oder ganze Abteilungen, weshalb gemeinsame Arbeitnehmendeninteressen betroffen sind, und ein Informationsrecht besteht. Das Informationsrecht beschränkt sich auf die Mitteilung, ist aber die Grundvoraussetzung für alle weitergehenden Formen der Mitwirkung. Stichwortartige Informationen genügen,<sup>144</sup> d.h. eine kurze und verständliche Schilderung des ADM-Systems. Hingegen ist der Quellcode des ADM-Systems von den legitimen Geheimhaltungsinteressen des Drittunternehmens bzw. der Arbeitgeberin gedeckt, solange dessen Kenntnis für die Mitsprache beim Gesundheits-

schutz nicht erforderlich ist. Informiert werden muss auch über die Arbeitnehmendenrechte im Zusammenhang mit der Bearbeitung von Personendaten, auf Art. 328b OR, auf das Auskunftrecht nach Art. 25 DSGVO und auf behördliche Anordnungen zum Gesundheitsschutz nach Art. 5 ArGV 3.<sup>145</sup> Bei ADM-Systemen scheint eine frühzeitige Information gut machbar, indem die Arbeitnehmendenvertretung schon in potenzielle **Pilotprojekte** eingebunden wird. Unsere Empirie zeigte, dass neue ADM-Systeme teils in Pilotprojekten mit einer Gruppe von (freiwilligen) Arbeitnehmenden getestet werden. Erst wenn diese Testphase erfolgreich verlaufen ist, entscheidet die Geschäftsleitung, ob und in welcher Form die ADM-Systeme im gesamten Unternehmen auf obligatorischer Basis eingeführt werden.

#### Datenschutzrechtliche Informationsrechte

der individuellen Arbeitnehmenden (aber nicht der Arbeitnehmendenvertretung) ergeben sich grundsätzlich auch aus Art. 19 DSGVO, wonach die Arbeitgeberin die betroffene Person angemessen über die Beschaffung von Personendaten informieren muss, mindestens die Identität und die Kontaktdaten des Verantwortlichen, den Bearbeitungszweck und gegebenenfalls die Empfänger der Personendaten. Des Weiteren muss die Arbeitgeberin über eine automatisierte Einzelentscheidung (siehe oben IV.1.b.) informieren und Arbeitnehmende haben die Möglichkeit, ihren Standpunkt darzulegen und können eine Überprüfung durch eine natürliche Person verlangen.

#### bb. Mitspracherechte:

Das Mitspracherecht umfasst den Anspruch auf Anhörung und Beratung in Mitwirkungsangelegenheiten, bevor die Arbeitgeberin eine Entscheidung trifft.<sup>146</sup> Wie bereits zuvor beschrieben, existiert ein Mitspracherecht **bezüglich Fragen des Arbeitnehmenden-Gesundheitsschutzes** (Art. 10 lit. a MitwG i.V.m. Art. 48 Abs. 1 lit. a

142 WILDHABER, Habil, 372; ILG, 62 ff.

143 ADAMS-PRASSL ET AL., 25.

144 WILDHABER, Habil, 378.

145 SECO, Wegleitung ArGV 3, 326-3; EDÖB, Leitfaden über die Bearbeitung von Personendaten im Arbeitsbereich, Bern 10.2014, 6; KASPER, 102.

146 MÜLLER, Habil., 228 ff.

ArG). Diese Fragen schliessen ADM-Systeme ein, weil die Überwachung der Arbeitnehmenden relevante Komponenten zum Gesundheitsschutz umfasst (vgl. Art. 26 ArGV 3). Es stellt sich aber die Frage, ob *alle* ADM-Systeme einen Gesundheitsbezug haben und somit der Mitwirkung unterliegen. Diese Frage würden wir für ADM-Systeme, die für die Überwachung der Arbeitnehmenden eingesetzt werden können, bejahen, dies aus den folgenden Gründen:<sup>147</sup> Der Einsatz von Überwachungs- und Kontrollsystemen, die das Verhalten der Arbeitnehmenden am Arbeitsplatz überwachen sollen, ist nicht erlaubt (Art. 26 Abs. 1 ArGV 3). Die «Überwachung» ist eine mögliche ständige oder nicht ständige Kontrolle bestimmter Aktivitäten der Arbeitnehmenden in detaillierter Form.<sup>148</sup> Sind ADM-Überwachungs-Systeme aus anderen Gründen erforderlich, sind sie insbesondere so zu gestalten und anzuordnen, dass die Gesundheit und die Bewegungsfreiheit der Arbeitnehmenden dadurch nicht beeinträchtigt werden (Art. 26 Abs. 2 ArGV 3). Die Arbeitgeberin muss deshalb begründen können, weshalb Arbeitnehmende in gewissen Bereichen überwacht werden, und sie muss Massnahmen<sup>149</sup> ergreifen, welche die Überwachung dieser Personen im Hinblick auf deren Gesundheit reduzieren.<sup>150</sup> Diese Massnahmen und diese Einschätzung werden zwingend unter Berücksichtigung des Mitwirkungsrechts der Arbeitnehmenden getroffen. So besagt die Wegleitung SECO zu Art. 26 ArGV 3, dass es eine «Mitwirkung der Arbeitnehmenden bezüglich Planung, Einrichtung und Einsatzzeiten der Überwachungs- und Kontrollsysteme sowie bzgl. Speicherdauer der erfassten Daten» braucht, um zu wissen, «ob die Einrichtung eines Überwachungs- und Kontrollsystems im Hinblick auf

Art. 26 ArGV 3 zulässig ist oder nicht».<sup>151</sup> Auch der Bundesrat geht davon aus, dass «diese Massnahmen zwingend unter Berücksichtigung des Mitwirkungsrecht der Arbeitnehmenden getroffen [werden]». <sup>152</sup> Es ergibt sich auch aus Art. 6 Abs. 3 ArG, dass die Arbeitgeberin die Mitarbeitenden frühzeitig beiziehen, sie umfassend anhören und ihre Wahrnehmungen und Bedürfnisse in die Lagebeurteilung einfließen lassen muss, da sie eben nicht alle Gesundheitsrisiken von aussen wahrnehmen kann.<sup>153</sup>

Eine **andere Einschätzung** könnte man vielleicht aus einem Bundesgerichtsurteil von 2009 herleiten: Die strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts hat entschieden, dass es an einer genügenden Delegationsnorm in einem Gesetz im formellen Sinn fehlt, welche den Bundesrat zum Erlass einer Verordnungsnorm betreffend die Überwachung der Arbeitnehmenden am Arbeitsplatz ermächtigen würde (Art. 182 Abs. 1 BV).<sup>154</sup> Aufgrund der fehlenden Gesetzmässigkeit ist Art. 26 Abs. 1 ArGV 3 «einschränkend auszulegen»: Nur «soweit sie geeignet sind, die Gesundheit oder das Wohlbefinden der Arbeitnehmer zu beeinträchtigen», dürfen Überwachungs- und Kontrollsysteme, die das Verhalten der Angestellten am Arbeitsplatz überwachen sollen, nicht eingesetzt werden.<sup>155</sup> Diese Änderung der Rechtsprechung bedeutet eine Neuorientierung, weg vom Prozess, hin zum Ergebnis: Entscheidend ist, ob es zu einer Gesundheitsbeeinträchtigung kommt – Überwachungssysteme sind somit nicht

147 Ebenso WILDHABER/KASPER, 770; KASPER, 104; STEIGER-SACKMANN, 19; KASPER/WILDHABER, 189 ff.

148 SECO, Wegleitung ArGV 3, 326-2.

149 Basierend auf Art. 6 ArG und Art. 328 OR bzw. einschlägige Bestimmungen bei öffentlich-rechtlichen Anstellungen.

150 STEIGER-SACKMANN, 9; CIRIGLIANO/EGGER, N 30; SECO, Wegleitung ArGV 3, 326-1.

151 SECO, Wegleitung ArGV 3, 326-2, ähnlich 326-7; ebenso SECO, Checkliste Technische Überwachung am Arbeitsplatz, Bern 2021, Punkt 15: «Wirken von den Arbeitnehmern gewählte Vertreter bei der Planung, Einrichtung und Bestimmung der Einsatzzeiten des Überwachungssystems mit?»; siehe auch Stellungnahme des Bundesrates zum Postulat Gysi vom 26.8.2020.

152 Stellungnahme des Bundesrates vom 26.8.2020 zum Postulat Gysi.

153 STEIGER-SACKMANN, 9.

154 BGer 6B.536/2009 vom 12.11.2009 E. 3.3.2; Darstellung der aktuellen Rechtsprechung bei KASPER/WILDHABER, 222 f.

155 BGer 6B.536/2009 vom 12.11.2009 E. 3.6.1; BSK/PORTMANN/RUDOLPH, Art. 328b OR N 50a.

von sich aus verboten.<sup>156</sup> Da das Bundesgericht nun aber das Risiko für die Gesundheit anhand mannigfaltiger Massstäbe beurteilt, und diese Risiken durchgeprüft werden müssen, ist es sinnvoll, die Arbeitnehmenden mittels Mitwirkung in genau diesen Prozess einzubeziehen.

Das Mitspracherecht umfasst den Anspruch auf Anhörung und Beratung (Art. 48 Abs. 2 ArG, Art. 5 und 6 ArGV 3). **Anhören** bedeutet, dass die Arbeitnehmenden das Recht haben, einseitig Vorschläge zu unterbreiten (Art. 6 Abs. 1 Satz 2 ArGV 3).<sup>157</sup> **Beraten** bedeutet «gemeinsam überlegen und besprechen».<sup>158</sup> Die Arbeitgeberin muss sich im Dialog mit den Vorschlägen der Arbeitnehmendenseite auseinandersetzen, diese also nicht nur zur Kenntnis nehmen, bevor sie entscheidet.<sup>159</sup> Die Arbeitgeberin ist jedoch nicht verpflichtet, den Vorschlägen der Arbeitnehmenden zu folgen. Dies ergibt sich aus dem **Anspruch auf Begründung** des Entscheids, wenn dieser den Einwänden der Arbeitnehmendenseite nicht oder nur teilweise Rechnung trägt (Art. 48 Abs. 2 Teilsatz 2 ArG; Art 6 ArGV 3). Diese drei Komponenten haben wir in der Empirie so in strukturierter Form zu ADM-Systemen nicht vorgefunden. Das Gesetz äussert sich nicht über die Form der Anhörung. Die Arbeitnehmenden können ihre Anliegen und Vorschläge mündlich oder schriftlich einbringen.<sup>160</sup> Für die Beratung erscheint der mündliche Weg naheliegend. Aufgrund der Beweisbarkeit empfiehlt es sich aber, den Ablauf des Konsultationsverfahrens und das Ergebnis der Konsultation schriftlich zu dokumentieren.<sup>161</sup> Die Arbeitnehmenden wiederum sind verpflichtet, die Arbeitgeberin in der Durchführung der Vorschriften über den Gesundheitsschutz zu unterstützen (Art. 6 Abs. 3 Satz 2 ArG i.V.m. Art. 10 ArGV 3) und festgestellte Mängel,

welche den Gesundheitsschutz beeinträchtigen, zu melden (Art. 10 Abs. 2 Satz 2 ArGV 3).<sup>162</sup>

Eine Art Konsultationsrecht ergibt sich des Weiteren **datenschutzrechtlich** bei automatisierten Einzelentscheiden aus Art. 21 Abs. 2 DSGVO, wonach die betroffene Person die Möglichkeit hat, ihren Standpunkt darzulegen und diesen überprüfen zu lassen.

#### cc. Mitentscheidungsrechte:

Mitentscheidung bedeutet, dass in bestimmten betrieblichen Angelegenheiten ein Entscheid nur mit Zustimmung sowohl der Arbeitnehmendenvertretung als auch der Geschäftsleitung getroffen werden kann.<sup>163</sup> Das Mitentscheidungsrecht ist eine Form der Mitsprache auf betrieblicher Ebene, bei der **ein Zustimmungsrecht oder ein Vetorecht** vorliegen. Beim Mitentscheidungsrecht haben die Arbeitnehmenden bzw. deren Vertretung das Recht, sich unmittelbar am Entscheidungsprozess zu beteiligen, wobei das Ausmass der Mitentscheidung variieren kann.<sup>164</sup> Mitentscheidungsrechte haben Arbeitnehmende namentlich in Bezug auf die Arbeits- und Ruhezeit (Art. 10 Abs. 2 Satz 1 ArG), Sonntagsarbeit (Art. 18 Abs. 2 ArG), Schichtenwechsel (Art. 25 Abs. 3 ArG), geringfügige Abweichungen von den Arbeitszeitbewilligungen (Art. 28 ArG) und den Sonderschutz für schwangere Frauen und stillende Mütter (Art. 35a Abs. 1 und 3 ArG).<sup>165</sup> Im Zusammenhang mit der **Überwachung am Arbeitsplatz** sieht das Gesetz allerdings gerade **kein Mitentscheidungsrecht** vor (Art. 6 Abs. 3 und Art. 48 ArG).<sup>166</sup> Diese Rechtslage entspricht den Anforderungen des Europarats<sup>167</sup> und der ILO<sup>168</sup> an die Mitwirkung bei der automatisierten Datenbearbeitung über Arbeitnehmende. Das Fehlen von Mitentscheidungsrechten unterscheidet die Schweizer

156 BGer 6B.536/2009 vom 12.11.2009 E. 3.6.2; KASPER/WILDHABER, 223; KASPER, 152.

157 MÜLLER, Habil., 229.

158 FRITZ/SCHULER, 48; KUKO/BLESI, Art. 48 ArG N 6.

159 MÜLLER, Habil., 229.

160 WILDHABER, Habil., 386.

161 WILDHABER, Habil., 386.

162 ILG, 58 ff.; STEIGER-SACKMANN, 11.

163 ILG, 63; MÜLLER, Habil., 226.

164 FRITZ/SCHULER, 23; MÜLLER, Habil., 233.

165 Liste der Gesetzesbestimmungen mit Mitentscheidungsrechten: FRITZ/SCHULER, 23.

166 KASPER, 105.

167 Europarat 2015, N 20.2; KASPER, 105.

168 ILO, Ziff. 12.2.



Rechtslage von derjenigen in Deutschland<sup>169</sup> oder Österreich,<sup>170</sup> die über die Anforderungen des Europarats und der ILO hinausgehen.

## b) Beteiligung der Gewerkschaften

Neben den Arbeitnehmendenvertretungen erfüllen auch die Gewerkschaften die **Aufgabe der kollektiven Interessenvertretung der Arbeitnehmenden**. Sie sind Zusammenschlüsse, die sich über Selbsthilfe für die Arbeitnehmendenrechte einsetzen und die Verbesserung und Erhaltung von günstigen Arbeitsbedingungen zum Ziel haben. Sie sind als Vereine oder Genossenschaften ausgestaltet und ihre Mitglieder setzen sich aus Arbeitnehmenden verschiedenster Betriebe und Branchen zusammen.<sup>171</sup> Die Gewerkschaften verhandeln die Gesamtarbeitsverträge (GAV). Der GAV ist ein Vertrag auf überbetrieblicher Ebene zwischen Arbeitgeberinnen oder deren Verbänden einerseits und Arbeitnehmendenverbänden andererseits (Firmen-GAV oder Branchen-GAV). Er nimmt eine wichtige Funktion im Machtgefüge insgesamt und beim Ausgleich des Machtungleichgewichts zwischen Arbeitgeberinnen und einzelnen Arbeitnehmenden ein. Auf jeder Seite des GAV können mehrere Vertragsparteien stehen.

Die Arbeitnehmendenvertretung aus MitwG ist im Gegensatz dazu eine innerbetriebliche Verbindung von Arbeitnehmenden, welche die Interessen der Arbeitnehmenden gegenüber der Arbeitgeberin wahrnimmt. Die **ausserbetriebliche Interessenvertretung** durch die Gewerkschaften und die **innerbetriebliche Interessenvertretung** durch die Arbeitnehmendenvertretung sind sehr unterschiedlich.<sup>172</sup> Gewerkschaftsvertreter stehen aber der

Arbeitnehmendenvertretung oft als Sachverständige zur Verfügung oder sie sind Verhandlungspartner bei der Ausarbeitung von Sozialplänen.<sup>173</sup> In der Praxis besteht also eine enge Beziehung zwischen beiden.

Gewerkschaften beraten und unterstützen Arbeitnehmende bei der Realisierung von gesunden Arbeitsplätzen. Ihnen wurden jedoch gesetzlich **keine eigenen Mitwirkungsrechte** für die Umsetzung des Gesundheits- und Persönlichkeitsschutzes in den einzelnen Betrieben eingeräumt.<sup>174</sup> Erst wenn die Mitwirkungsansprüche der Arbeitnehmenden oder der Arbeitnehmendenvertretung missachtet werden, können Gewerkschaften dies gerichtlich feststellen lassen (Art. 15 MitwG).<sup>175</sup> Sie haben ausserdem ein Verbandsklagerecht und können beantragen, dass drohende Persönlichkeitsverletzungen oder Gesundheitsverletzungen verboten werden oder eine bestehende Verletzung beseitigt wird. Gewerkschaften können ausserdem gerichtlich feststellen lassen, dass die Fürsorgepflicht missachtet wurde. Sie haben des Weiteren Rechte zur Durchsetzung von GAV-Bestimmungen (Art. 356 OR). GAV können Selbstverwaltungsrechte der Arbeitnehmendenvertretung vorsehen, sodass der Arbeitnehmendenvertretung einzelne Aufgaben zur selbständigen Erledigung übertragen werden.<sup>176</sup>

Arbeitgeberinnen haben verschiedenen Akteuren physischen und digitalen<sup>177</sup> **Zutritt zu den Betrieben** zu gewähren, so auch den Gewerkschaften,<sup>178</sup> den GAV-Vollzugsorganen, den tripartiten Kommissionen im Anwendungsbereich von Art. 360b OR,<sup>179</sup> aber auch Behörden im Rahmen des Vollzugs des ArG.

GAV bieten eine gute Möglichkeit, über die Sozialpartnerschaft die Arbeitssicherheit und den **Gesundheitsschutz zu konkretisieren und Lücken zu schliessen**. So besteht bei ADM-Systemen z.B. viel

169 Der Betriebsrat hat ein zwingendes Mitbestimmungsrecht bei der Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen (§ 87 Abs.1 Nr. 6 Betriebsverfassungsgesetz vom 15.1.1972, zuletzt geändert 18.12.2018).

170 Personalfragebögen, Kontrollmassnahmen und technische Systeme zur Kontrolle der Arbeitnehmer bedürfen der Zustimmung des Betriebsrats, § 96 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 Arbeitsverfassungsgesetz vom 14.12.1973, zuletzt geändert 19.11.2019.

171 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH Art. 356 OR N 2; LICCI, 115.

172 LICCI, 115 f.

173 WILDHABER, Habil., 352 f.

174 SHK/VISCHER, Art. 48 ArG N 7.

175 SHK/VISCHER, Art. 48 ArG N 7; PÄRLI, 1456.

176 ILG, 62-63.

177 WILDHABER/PAIS, 541 f.

178 BGE 144 I 50 E. 5.3.3; PÄRLI, 1462.

179 PÄRLI, 1455.

Spielraum hinsichtlich der Schutzpflichten der Arbeitgeberin vor psychosozialen Gesundheitsbelastungen und des Persönlichkeitsschutzes der Arbeitnehmenden. Es gibt GAV, welche eine Bestimmung zu Überwachungssystemen haben,<sup>180</sup> allerdings wiederholen diese v.a. die gesetzlichen Vorgaben zu Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz, ohne darüber hinaus zu gehen.<sup>181</sup> Idealerweise würden aber die gesetzlichen Bestimmungen in den GAV ergänzt oder konkretisiert, indem z.B. konkretisiert würde, was punkto Datenbearbeitung erlaubt ist, oder was die Grenzen der ständigen Erreichbarkeit sind.<sup>182</sup> So kann der Einsatz von Überwachungstechnologien am Arbeitsplatz eingeschränkt und reguliert werden. In der Schweiz ist die Swisscom vorangeschritten und hat mit den Sozialpartnern ein «Reglement Smart-Data-Grundsätze» vereinbart, welches die Grauzonen der Anwendung von ADM-Systemen erhellt.

In einzelnen Unternehmen wird den Gewerkschaften eine angemessene **Vertretung im Verwaltungsrat** gewährt. Bei der Schweizerischen Post haben zwei Gewerkschaften, die auch GAV-Parteien der Post sind, je einen Sitz im Verwaltungsrat (Art. 8 Abs. 3 POG). Ähnlich ist es bei der Swisscom (Art. 9 Abs. 3 TUG).

### c) Einsprachemöglichkeiten de lege lata

Die **betriebsverfassungsrechtlichen und kollektiven Instrumente**, die das **MitwG** vorsieht, können eine zentrale Rolle für die Rechtsdurchsetzung einnehmen, weil hier das rechtskonforme Verhalten durch das Kollektiv eingefordert wird, wobei einzelne Arbeitnehmende anonym bleiben können.<sup>183</sup> Im Gegensatz zu einem kollektiven Vorgehen sind individuelle Einsprachemöglichkeiten der Arbeitnehmenden für die betroffenen Personen risikoreich, da die Arbeitgeberin in der Praxis das Arbeitsverhältnis unter anderen Vorwänden kündigen kann.<sup>184</sup> Dies hat

mitunter eine abschreckende Wirkung. Die Mitsprache und Gesundheitsvorsorge am Arbeitsplatz sollten deshalb vorzugsweise über kollektive Wege erfolgen.

Für die Durchsetzung des MitwG de lege lata stehen momentan zwei Wege offen:

1. Die **öffentlich-rechtliche Anzeige** wegen eines Verstosses gegen das Informations- und Konsultationsrecht geht an die zuständige Vollzugsstelle des ArG (Art. 54 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 48 ArG).<sup>185</sup> Eine Anzeige erstatten können Arbeitnehmende, ihre Vertretungen, aber auch Dritte.<sup>186</sup>
2. Alternativ zur Anzeige besteht die Möglichkeit einer **privatrechtlichen Klage** (Art. 15 MitwG). Zuständig sind die für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis kompetenten Instanzen. Klageberechtigt sind zunächst die **beteiligten Arbeitnehmenden**; ihnen steht ein direkter Anspruch auf die Informations- und Mitspracherechte zu, wenn keine Arbeitnehmendenvertretung bestellt worden ist (Art. 4 MitwG). Der Anspruch steht den Arbeitnehmenden gesamthänderisch zu, da die Mitwirkungsrechte nicht individualisiert sind und der Belegschaft als nicht rechtsfähigem Verband keine Parteifähigkeit zukommt. Somit bilden die Arbeitnehmenden eine notwendige Streitgenossenschaft, was bedeutet, dass sämtliche Arbeitnehmende gemeinsam klagen müssen (Art. 70 Abs. 1 ZPO).

Es ist umstritten, ob ein Klagerecht der **Arbeitnehmendenvertretung** besteht, sofern eine solche bestellt ist (Art. 3 MitwG).<sup>187</sup> Wir sind der Meinung, dass eine praktikable Lösung im Hinblick auf eine effiziente Mitwirkung der Arbeitnehmendenschaft wichtig ist: Der Arbeitnehmendenvertretung ist daher die Partei- und Prozessfähigkeit oder gar partielle Rechtsfähigkeit zuzugestehen, d.h. sie sollte im eigenen Namen oder im Namen der Belegschaft handeln

180 Art. 29 GAV der Maschinen-, Elektro- und Metall-Industrie; Art. 9.6 GAV Unilever; Art. 2.29 GAV Post.

181 WILDHABER/PAIS, 538 f.; CIRIGLIANO/EGGER, N 68 ff.

182 WILDHABER/PAIS, 538 f.; CIRIGLIANO/EGGER, N 252; PÄRLI/STEIGER-SACKMANN/STÖCKLE, 32.

183 KASPER, 282.

184 KASPER, 283.

185 KUKO/BLESI, Art. 48 ArG N 24.

186 KUKO/HÄGGI FURRER, Art. 54 ArG N 2.

187 KASPER, 286 m.w.H.



können.<sup>188</sup> Sie kann somit grundsätzlich unabhängig von den einzelnen Arbeitnehmenden als deren demokratisch gewählte Repräsentantin handeln.

## 5. IDENTIFIKATION DER GESETZLICHEN LÜCKEN IN DER BETEILIGUNG NACH GELTENDER RECHTSLAGE

### a) Lücken in der Beteiligung der Arbeitnehmenden und der Arbeitnehmendenvertretungen

Das MitwG wird zu Recht als «zahnloser Tiger» verspottet.<sup>189</sup> Es hat einige Lücken, die es nicht sehr effektiv machen:

- Die bestehenden (kollektiven) Ansprüche aus dem MitwG sind in vielen Unternehmen schlicht nicht ausreichend bekannt.<sup>190</sup>
- Im MitwG selbst sind für Verstösse gegen das MitwG keine Sanktionen vorgesehen, was vom Gesetzgeber so als Lücke beabsichtigt war.<sup>191</sup>
- Die Kündigung von Arbeitnehmendenvertretern ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung aus wirtschaftlichen Gründen möglich.<sup>192</sup> Dies wird in der Lehre kritisiert und wurde von der ILO gerügt.<sup>193</sup>
- Es ist unklar, ob alle ADM-Systeme, die für die Überwachung der Arbeitnehmenden eingesetzt werden können, einen Gesundheitsbezug haben und der Mitwirkung unterliegen.

- Das Klagerecht der Arbeitnehmendenvertretung bleibt unklar.

Es gab schon einige Vorstösse in der Vergangenheit, um das **MitwG zu stärken**, diese waren aber jeweils **erfolglos**:

- Motion 11.3598 vom 16.6.2011 von LEUTENEGER OBERHOLZER «Mitwirkungsrechte für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ausbauen», abgelehnt.
- Postulat 16.4014 vom 14.12.2016 von LEUTENEGER OBERHOLZER «Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmenden», abgelehnt.
- Postulat 20.3569 vom 10.6.2020 von Gysi «Mitbestimmung und Mitarbeitendenrechte bei der Digitalisierung der Arbeitswelt», abgelehnt. Dieses Postulat forderte den Bundesrat in Anbetracht der Veränderungen der Gesundheitsrisiken, die durch die Digitalisierung der Gesellschaft hervorgerufen werden, auf, die Möglichkeit zu prüfen, dass die Mitwirkungsrechte der Belegschaft zu stärken seien, insbesondere bei der Einführung von elektronischen Überwachungsinstrumenten. Die Begründung lautete folgendermassen:

«Die digitale Transformation der Arbeitswelt ist in vollem Gange. Die Mitarbeitenden der Privatwirtschaft wie auch der öffentlichen Verwaltungen sind davon stark betroffen. Die aktive Mitgestaltung dieser Transformationsprozesse ist für die Betroffenen daher von grosser Bedeutung. (...) Bei der digitalen Transformation und den neuen technologischen Möglichkeiten sind beispielsweise die dauernde Überwachung der Mitarbeitenden möglich und werden auch praktiziert. Diese Dauerüberwachung erhöht den physischen wie auch psychischen Stress der Mitarbeitenden. In den wenigsten Fällen werden die Mitarbeitenden einbezogen, wenn Überwachungsinstrumente eingesetzt werden. Dies ist zwingend zu ändern.»

188 WILDHABER, Habil., 370 m.w.H.; PORTMANN/WILDHABER, Rz. 1232; MÜLLER, Habil., 132 ff.

189 FURER, in: Ehrenzeller/Furer/Geiser, 152-154; WILDHABER, Habil., 369.

190 STEIGER-SACKMANN, 19.

191 WILDHABER, Habil., 387; FURER, in: Ehrenzeller/Furer/Geiser, 150, 173.

192 BGer 4A.415/2011 vom 19.3.2012.

193 Siehe dazu ausführlich WILDHABER, Anm., m.w.H.

Der Bundesrat hielt es aber für besser, die Konkretisierung den Sozialpartnern im Rahmen der GAV zu überlassen und beantragte die Ablehnung des Postulats. Der Vorstoss wurde abgeschrieben.

Mit der Einführung des MitwG wurde absichtlich nur ein Rahmengesetz verabschiedet, das nur das Notwendige enthält und den Sozialpartnern viel Freiraum für partnerschaftliche Lösungen bietet. Insbesondere wurde darauf verzichtet, die Einsetzung einer Arbeitnehmendenvertretung, sei es generell oder ab einer bestimmten Betriebsgrösse, obligatorisch zu erklären.<sup>194</sup> So blieb denn auch der Vorschlag für eine Revision des MitwG der Stiftung Angestellte Schweiz im Jahr 2009<sup>195</sup> sowie die bis anhin erhobenen Postulate und Motionen ohne grossen Widerhall.

**Empirie:** Das **Potenzial des Mitwirkungsrechts** für die Rechtsdurchsetzung ist **nicht ausgeschöpft**. Die Belegschaft wird gemäss unseren quantitativen Untersuchungen (siehe oben II.1.) nicht einmal in jedem zehnten Unternehmen (9%) vor dem Entscheid über die Beschaffung eines ADM-Systems konsultiert.<sup>196</sup> Stattdessen sind am Entscheid über den Kauf von Analyse-Produkten in erster Linie die Personalabteilung (90%), die Unternehmensführung (81%) und die IT (64%) beteiligt. Des Weiteren werden die Rechtsabteilung (44%) sowie die Compliance- (36%), Finanz- (27%) und Ethik-Verantwortlichen beigezogen (11%).<sup>197</sup> Immerhin geniessen die Mitarbeitenden auf Individualebene mehr Gestaltungsspielraum: In 80% der Fälle geben die Unternehmen an, dass Arbeitnehmende in Bezug auf die verwendeten Tools freiwillig Daten in das System beisteuern können.<sup>198</sup>

Unsere qualitativen Studien (siehe oben II.2.) haben ergeben, dass die Art der Informationen, die die Arbeitgeberinnen ihren Arbeitnehmenden in Bezug auf die Einführung von Technologien zur Überwachung des Arbeitsplatzes gaben, variierte, je nachdem, um was für ein Unternehmen es sich handelt.

194 So auch Stellungnahme des Bundesrates vom 26.8.2020 zum Postulat Gysi.

195 FURER, in: Ehrenzeller/Furer/Geiser, 149 ff.

196 WILDHABER/KASPER, 770.

197 WILDHABER/KASPER, 770.

198 WILDHABER/KASPER, 770.

In einigen Unternehmen haben die Menschen, oder besser gesagt die Führungskräfte, einen grossen Einfluss darauf, nach eigenem Ermessen menschliche Entscheidungen zu treffen. In solchen Fällen wird eine Technologie eingesetzt, die versucht, die Mitarbeiter zu **befähigen, anstatt sie zu bestrafen**, indem sie ihr Verhalten am Arbeitsplatz überwacht und so den Mitarbeitenden mitteilt, wie sie ihre täglichen Aktivitäten effizienter gestalten können.

Die Fachliteratur unterscheidet denn auch in Bezug auf die Gig Economy zwischen einem «ermöglichenden» und einem «bestrafenden» Umgang mit Technologie. Die Begrifflichkeiten bezüglich **«ermöglichenden» und «bestrafenden» Technologien** beziehen sich auf die Methoden, die Vorgesetzte zur Überwachung der Mitarbeitenden wählen.<sup>199</sup>

In **Unternehmen mit einem bestrafenden Technologieeinsatz** wurde deutlich, dass die Unternehmen häufig einen Top-down-Ansatz verfolgten, der lediglich auf eine substanzlose oder abstrakte Form der Mitarbeitendenbeteiligung schliessen liess. Solche Informationen erschienen eher kosmetisch. Ein Vorgesetzter sagte zum Beispiel: «Sie haben die Mitarbeiter nicht gefragt, ob sie ein neues System wollen. Sie haben es einfach gemacht», und der Vorgesetzte fuhr fort, dass, «wo wir das Gefühl hatten, dass es ein problematisches Thema ist, haben wir aktiv den Dialog mit dem Top-Management gesucht».

In **Unternehmen mit einem ermöglichenden Technologieeinsatz** beobachteten wir einen mangelnden Einbezug der Mitarbeitenden in die strategische Entscheidungsfindung, aber die Mitarbeitenden hatten die Möglichkeit, die Funktionalität der Umsetzung von Überwachungssystemen zu beeinflussen. Ein Beleg dafür war die Aussage eines Managers: «Wir erzielen die besten Ergebnisse, wenn die Mitarbeiter auf verbesserungswürdige Bereiche hinweisen können, und wir haben regelmässige Beteiligungsrunden.» Selbst wenn Konsultationen durchgeführt wurden, bestand mitarbeiterseitig die Befürchtung, dass die von den Arbeitnehmenden vorgebrachten Einwände nicht umgesetzt werden. Denn im Schweizer Arbeitsrecht

199 IVANOVA/BRONOWICKA/KOCHER/DEGNER; RAHMAN/VALENTINE.

sind die Arbeitgeberinnen nicht dazu verpflichtet, Vorschläge umzusetzen. Ein Beispiel dafür ist die Aussage eines Mitarbeiters: «Die Mitarbeiter werden angehört, aber das Feedback wird sehr selten umgesetzt. Entscheidungen werden über die Köpfe der Mitarbeiter hinweg getroffen».

Unternehmen beziehen Arbeitnehmende punktuell in die Implementierung und Umsetzung von Tools ein, besonders wenn die Arbeitnehmenden **End-User** sind, d.h. wenn sie die Tools selbst anwenden.<sup>200</sup> Die Mitwirkung sollte jedoch nicht nur den End-Usern, sondern allen Arbeitnehmenden, deren Daten verwendet werden oder deren Arbeit durch das Tool beeinflusst wird oder über die Entscheidungen teilweise oder vollständig mithilfe des Tools getroffen wurden, ermöglicht werden.

Das **datenschutzrechtliche** Informations- und «Standpunkt-Darlegungsrecht» (Art. 19 und 21 DSGVO) ist nicht kollektiver Natur, sondern steht nur der individuellen betroffenen Person zu.

## b) Lücken in der Beteiligung der Gewerkschaften

In der Praxis wird von der Möglichkeit einer Mitsprache über kollektivrechtliche Instrumente bedauerlicherweise nur sehr **wenig Gebrauch** gemacht.<sup>201</sup> So verweisen die meisten GAV nur auf die rechtlichen Grundbestimmungen zum Gesundheitsschutz und zur Arbeitssicherheit, ohne darüber hinaus Präzisierungen zur digitalen Überwachung am Arbeitsplatz anzubringen.<sup>202</sup>

**Empirie:** Bei der Gestaltung und Anwendung von ADM-Systemen wird die Meinung von Gewerkschaften (nur) in rund jedem zehnten Fall (10,5%) abgeholt.

## c) Lücken in den Einsprachemöglichkeiten

Für die **individuelle Rechtsdurchsetzung** ex post sind hauptsächlich die Betroffenen persönlich verantwortlich. Allerdings sind im Kontext Überwachung und Diskriminierung oftmals individuelle Betroffene nicht als solche identifizierbar, weil die Auswirkungen der ADM-Systeme strukturell-systemisch sind. Aber selbst wenn einzelne Betroffene identifizierbar sind, so stehen der **Individualklage zahlreiche materiell- und verfahrensrechtliche Hürden** im Weg.<sup>203</sup> Unter anderem handelt es sich um folgende:

- Kein Recht auf Übertragung der Daten in einem strukturierten, gängigen und maschinell lesbaren Format, wie es Art. 20 DSGVO kennt, deshalb ist es für Klagende schwierig, sich Überblick und Klarheit zu verschaffen.<sup>204</sup>
- Nachweis einer Persönlichkeitsverletzung ist schwierig, weil mit der Privatsphäre und der psychischen Integrität zwei Persönlichkeitsaspekte zur Diskussion stehen, die sich kaum in messbaren Grössen ausdrücken lassen.<sup>205</sup>
- Der Streitwert und damit das Interesse an der Klage werden gering sein, weil Einzelpersonen i.d.R. nur einen Streuschaden erleiden und sich daher mit der Persönlichkeitsschutzklage nicht viel gewinnen lässt.<sup>206</sup> Hingegen wird eine einfache Streitgenossenschaft und Nebenintervention oft nicht möglich sein, weil Algorithmen in der Praxis periodisch geändert werden.<sup>207</sup>
- Tiefe finanzielle Ersatzansprüche bei missbräuchlicher Kündigung oder bei Genugtuung und keine *punitive damages*.<sup>208</sup>

200 DÜRR, 4.

201 WILDHABER/PAIS, 533.

202 WILDHABER/PAIS, 533; CIRIGLIANO/EGGER, N 262, 265.

203 KASPER, 268 ff.

204 KASPER, 269.

205 KASPER, 269.

206 KASPER, 271.

207 MRKONICH ET AL., 23.

208 KASPER, 272.

Aber auch die **kollektive Rechtsdurchsetzung** ex post ist schwach:

- Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) konnte bis zum Inkrafttreten des totalrevidierten DSG am 1. September 2023 ausschliesslich unverbindliche Empfehlungen, aber keine Verfügungen erlassen. Nunmehr kann der EDÖB eine Untersuchung gegen ein Bundesorgan oder eine private Person eröffnen, wenn genügend Anzeichen bestehen, dass eine Datenbearbeitung gegen die Datenschutzvorschriften verstösst (Art. 49 DSG). Liegt eine Verletzung von Datenschutzvorschriften vor, kann der EDÖB Verfügungen erlassen (Art. 51 DSG). Dass der EDÖB Verfügungen erlassen kann, ist ein grosser Fortschritt. Das DSG ist aber auch weiterhin auf die individuelle und nicht auf die kollektive Rechtsdurchsetzung ausgerichtet.
- Die Arbeitsinspektorate schreiten in der Regel erst ein, wenn ADM-Systeme gesundheitsschädliche Auswirkungen zeitigen.
- Eine mitwirkungsrechtliche öffentlich-rechtliche Anzeige zieht zumeist keine Sanktionen nach sich.
- Eine mitwirkungsrechtliche Klage scheitert oft an prozessrechtlichen Barrieren, v.a. an der Voraussetzung, eine zivilrechtliche Klage als Streitgenossenschaft einzureichen (Art. 71 f. ZPO); ausserdem steht kein Mitentscheidungsrecht in Aussicht.
- Die Arbeitgeberin hat somit heute geringe Rechtsrisiken bei einem Verstoß gegen die für ADM-Systeme geltenden Rechtsnormen zu befürchten.

## VI. VORSCHLÄGE ZUR BEHEBUNG DER IDENTIFIZIERTEN LÜCKEN

Bei der Mehrheit aller ADM-Systeme überwacht und übersteuert zwar weiterhin ein Mensch das ADM-

System (*human in the loop*<sup>209</sup>), allerdings zeigte sich in unseren qualitativen Fallstudien (siehe oben II.2.), dass sich Menschen in der Regel an die Vorschläge des ADM-Systems halten und diese Vorschläge nur vereinzelt und mit Zurückhaltung aktiv verwerfen und übersteuern. De facto folgten die meisten Personen den ADM-basierten Vorschlägen, sodass eine Vorprägung der menschlichen Entscheidungsfindung sehr wahrscheinlich ist. Ein **human in the loop im Sinne von Art. 21 DSG genügt deshalb nicht**, um sicherzustellen, dass der Output eines ADM-Systems keine negativen Auswirkungen auf diejenigen Menschen hat, über die die Entscheidung getroffen wird, und tatsächlich eine menschliche Abwägung über den Sachverhalt stattfindet.

### 1. MÖGLICHE MASSNAHMEN AUF GESETZESEBENE BEIM EINSATZ VON ADM-SYSTEMEN IM BETRIEB

#### a) Verstärkung kollektiver Mitsprache

Die Arbeitnehmenden sind die wesentlichen «Datenlieferanten» von ADM-Systemen.<sup>210</sup> Eine der Hauptaufgaben der Arbeitnehmenden und ihrer Vertretungen besteht darin, ein Gegengewicht zu den Vorrechten der Arbeitgeberinnen zu schaffen und kollektive Risiken und Schäden im Rahmen des sozialen Dialogs zu thematisieren. Eine **Verstärkung der Rechte der Arbeitnehmendenvertretungen und -verbände** ist deshalb naheliegend. Die Arbeitgeberin muss verpflichtet werden, die Mitarbeitenden über ADM-Systeme nicht nur individuell (das muss sie schon nach Art. 19 DSG), sondern auch kollektiv zu informieren. Informations- und Konsultationsrechte müssen bestehen bei der Entwicklung, Beschaffung, Konfiguration und dem Einsatz von ADM-Systemen sowie bei allen Änderungen des ADM-Systems oder seiner Konfiguration, die sich negativ auf die Arbeitsbedingungen auswirken oder voraussichtlich auswirken werden. ADM-Systeme müssen ausserdem zu einem wichtigen Thema der

209 ADAMS-PRASSL ET AL., 20 ff.

210 KASPER, 42 ff.

Sozialpartnerschaft werden, auch in der Ausgestaltung von GAV.

Das könnte folgendermassen bewerkstelligt werden, wobei die hier aufgelisteten **Vorschläge** als eine **mögliche Auswahl** und als **nicht abschliessend** zu verstehen sind:

1. Angesichts der Komplexität und Undurchsichtigkeit von ADM-Systemen können Arbeitnehmendenvertretungen ihre Aufgaben nur erfüllen, wenn sie transparente, präzise, verständliche, relevante und rechtzeitige **Informationen** über den geplanten Einsatz, die beabsichtigte Verwendung, die erwarteten Auswirkungen und den Betrieb von ADM-Systemen erhalten. Die Arbeitgeberin muss die Arbeitnehmenden sowie die Vertretungen mit sinnvollen und relevanten Informationen versorgen. Dies dient auch der **Transparenz**. Die Arbeitnehmendenvertretungen brauchen Informationen über die involvierten Akteure (Entwickler, einsetzende Stellen innerhalb des Betriebs) und über allfällige Folgenabschätzungen, potenzielle Risiken und geplante Risikominimierungs-Massnahmen. Wichtig ist, dass sämtliche Informationen verständlich, nachvollziehbar und der Fachkenntnis der Adressaten angemessen sein. Um sicherzustellen, dass die Informationen für das Individuum nicht zu lang werden oder mit «bedeutungslosen» Informationen überfrachtet werden, könnte der Gesetzgeber Anforderungen stellen an Art, Klarheit und Umfang der Informationen, die enthalten sein müssen (z.B. im MitwG oder im ArG).
2. Um eine sinnvolle Beteiligung der Arbeitnehmenden und ihrer Vertretungen zu gewährleisten, sollten ADM-Systeme **ausdrücklich in den Geltungsbereich** der bestehenden Informations- und Konsultationsrechte einbezogen werden. Es sollte klargestellt werden, dass alle ADM-Systeme, die für die Überwachung der Arbeitnehmenden eingesetzt werden können, einen Gesundheitsbezug haben und der Mitwirkung unterliegen (z.B. in Art. 26 ArGV 3 bzw. deren Wegleitung oder im MitwG).
3. **Obligatorische Konstitution der Arbeitnehmendenvertretung**, z.B. durch eine obligatorische Arbeitnehmendenvertretung für Betriebe ab 50, 100 oder 250 Angestellten oder einer anderen bestimmten Anzahl;<sup>211</sup> selbstverständlich wären auch andere Varianten möglich.
4. Institutionalisierte Zusammenarbeit zwischen der Arbeitgeberin und der Belegschaft in Form einer aus Mitgliedern der Arbeitnehmendenvertretung und der Unternehmensleitung **paritätisch zusammengesetzten Kommission für Arbeitssicherheit, Mitwirkungsrechte und Gesundheitsschutz**.<sup>212</sup> Man könnte auch – wie von der syndicom vorgeschlagen – zusätzliche entsprechende Personalvertretungen bilden und diese mit wirksamen Mitspracherechten ausstatten, um die Beteiligung aller Arbeitnehmenden in Bezug auf KI-Systeme und die Datenverarbeitung sicherzustellen.<sup>213</sup>
5. Explizites Recht der Arbeitnehmendenvertretung auf **Beizug von internen oder externen Sachverständigen**, wie dies das deutsche Recht vorsieht.<sup>214</sup>
6. Einführung eines **Mitentscheidungsrechts** auf betrieblicher Ebene in Bezug auf ADM-Systeme (z.B. im ArG).
7. Die bestehenden (kollektiven) Ansprüche aus dem MitwG sind in vielen Unternehmen nicht bekannt,<sup>215</sup> weshalb es eine **Sensibilisierung** zu dem Thema braucht.

211 KASPER, 287, 346.

212 MÜLLER, Habil., 262; KASPER, 346.

213 syndicom, KI Gebote zu Sozialpartnerschaft und Mitbestimmung der Arbeitenden, noch nicht umgesetzt, siehe <https://syndicom.ch/unserethemen/dossiers/kuenstlicheintelligenzki/herausforderungen>.

214 Beratung des Betriebsrats durch einen sachkundigen Arbeitnehmer als Auskunftsperson (§80 Abs. 2 Satz 3 BetrVG) oder durch einen externen Sachverständigen nach näherer Vereinbarung mit dem Arbeitgeber (§80 Abs. 3 BetrVG).

215 STEIGER-SACKMANN, 19.



## b) Kontinuierliche Einsprachemöglichkeiten

Die Einsprachemöglichkeiten der Arbeitnehmenden und ihrer Vertretung in Bezug auf ADM-Systeme müssen verbessert werden. Dies könnte z.B. durch folgende Massnahmen erreicht werden, wobei die hier aufgelisteten **Vorschläge** nur als **mögliche Auswahl** zu verstehen sind:

1. Klärung des **Klagerechts der Arbeitnehmendenvertretung**, d.h. der Arbeitnehmendenvertretung soll die Partei- und Prozessfähigkeit zukommen; somit Recht der Arbeitnehmendenvertretung, in ihrem Mitwirkungsbereich im Namen von Gruppen von Arbeitnehmenden kollektive Rechtsstreitigkeiten zu führen und kollektive Beschwerden einzureichen.
2. Regelung der **Finanzierung** kollektiver Beschwerden.
3. Die Gewährung von einem **Zugang bzw. Einsicht in bearbeitete Daten** würde für die Arbeitnehmendenvertretung dazu beitragen, die Informationsflut auf individueller Ebene zu verringern. Somit Prüfung des Rechts der Arbeitnehmenden und ihrer Vertretungen auf Zugang zu allen Daten auf individueller Ebene, die von ADM-Systemen gesammelt, verwendet, verarbeitet oder erstellt werden (vorausgesetzt, die betroffenen Personen stimmen zu); Recht auf Übertragung der Daten in einem strukturierten, gängigen und maschinell lesbaren Format, wie es Art. 20 DSGVO kennt.
4. **Sanktionierung** eines Verstosses gegen die Mitwirkungsrechte durch verwaltungsstrafrechtliche Bussen und somit Wandel von einem privatrechtlichen MitwG hin zu einem öffentlich-rechtlich konzipierten MitwG.<sup>216</sup>

5. **Verstärkung des Kündigungsschutzes der Arbeitnehmendenvertretung** in der Schweiz.<sup>217</sup>

6. **Kündigungsschutz bzw. keine Annahme einer missbräuchlichen Kündigung**, wenn Arbeitnehmende auf die unzulässige Anwendung hinweisen und auf die Teilnahme an der Entwicklung von ADM-Systemen verzichten.<sup>218</sup>

7. Eine bessere **kollektive Rechtsdurchsetzung** könnte erreicht werden durch ein Einschreiten der Arbeitsinspektorate, was aber deutlich mehr Personalressourcen bedingen würde.

## c) Strukturen zur Aufsicht und Kontrolle

Die hier aufgelisteten **Vorschläge** sind als **mögliche Auswahl** von Strukturen zur Aufsicht und Kontrolle zu verstehen:

1. Obligatorische Verankerung der unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Bezug auf die Etablierung und Durchführung von **Risikoidentifizierung und Risikomanagement** (siehe unten VI.2.).
2. **Einsatz von Folgenabschätzungen** («Impact Assessments», ähnlich der Datenschutz-Folgenabschätzung in Art. 22 DSGVO) vor und während der Entwicklung, Einführung und Nutzung von ADM-Systemen, um negative Folgen möglichst gering zu halten, mit Einbindung der Arbeitnehmenden bzw. deren Vertretungen.
3. **Regelmässige Berichterstattung** («Reporting») und somit Transparenz über identifizierte Risiken und getroffene Massnahmen, um diese identifizierten Risiken zu beheben, inklusive Wirkungsmessung (siehe VI.2.), und **Rechenschaftsbericht** über die Auswirkungen und das Wohl der Arbeitnehmenden.

<sup>217</sup> Siehe dazu die Urteilsbesprechung WILDHABER, Anm., Rz. 1 ff.

<sup>218</sup> syndicom, KI Gebote zu Sozialpartnerschaft und Mitbestimmung der Arbeitnehmenden, noch nicht umgesetzt, siehe <https://syndicom.ch/unserethemen/dossiers/kuenstlicheintelligenzki/ herausforderungen>.

<sup>216</sup> Kritisch zu einer verschärfenden Revision des MitwG deshalb DERRER BELLADORE, in: Ehrenzeller/Furer/Geiser, 191-192.

4. Schaffung entsprechender **Kontroll- und Aufsichtsorgane**.
5. Stärkung der **Kompetenzen und Expertise des Nationalen Kontaktpunkts der Schweiz für eine verantwortungsvolle Unternehmensführung** (SECO), welche die OECD-Leitsätze für eine verantwortungsvolle Unternehmensförderung (siehe oben IV.2.) fördert.

## d) Lösungen über die Sozialpartnerschaft

Die Beteiligung bei ADM-Systemen muss nicht zwingend betriebsverfassungsrechtlich durch den Gesetzgeber auf dem Weg des MitwG initiiert werden. Bevor man über Revisionsbestrebungen auf gesetzlicher Ebene nachdenkt, lohnt es sich, **Lösungen mit der Sozialpartnerschaft** zu erarbeiten. Die Sozialpartnerschaft vermag es, eine bewusste Gestaltung auf der kollektivrechtlichen oder betrieblichen Ebene an die Hand zu nehmen. Aufgrund der Nähe zu den Unternehmen und den Arbeitnehmenden sind die Sozialpartner besonders prädestiniert dafür, die Herausforderungen der ADM-Systeme am Arbeitsplatz flexibel, wirksam, rasch und sozialverträglich zu bewältigen.<sup>219</sup> Seit Jahrzehnten regeln viele Arbeitgeberinnen und Arbeitnehmendenorganisationen unternehmens- und branchenspezifisch die Arbeitsbedingungen in ihrem Unternehmen, ihrer Branche oder ihrem Wirtschaftssektor. Die verhandelten Kompromisse sind massgeschneidert, pragmatisch und berücksichtigen bei Bedarf die individuellen Bedürfnisse der Vertragsparteien.<sup>220</sup>

Kollektivrechtliche Instrumente können demnach gut gewählt werden, z.B. die Interaktion der Sozialpartnerschaft, der Abschluss von Betriebsvereinbarungen oder von GAV. So sind **insbesondere GAV** ideal, um dem Flexibilitätsbedarf gerecht zu werden und Aspekte der Nutzung von ADM-Systemen am Arbeitsplatz und Gesundheitsschutzbedenken zu konkretisieren und Lücken zu schliessen. Kollektives Verhandeln über die herausfordernden und unklaren Aspekte von

ADM-Systemen am Arbeitsplatz ist genuin arbeitsrechtlich. Die individuelle Unterlegenheit der Einzelnen wird durch das Kollektiv und das kollektive Auftreten ausgeglichen. Das kollektive Verhandeln und der Abschluss eines Gesamtarbeitsvertrags erlauben eine relativ niederschwellige, demokratisch legitimierte Mitgestaltung der Arbeitsbedingungen in der neuen Arbeitswelt.<sup>221</sup> GAV können somit einen Schlüssel zur Bewältigung der Herausforderungen von ADM-Systemen darstellen, indem sie einen institutionellen Rahmen bieten, mit dem Ziel, die berührten Interessen angemessen auszutarieren.<sup>222</sup>

Mit Hilfe von GAV kann der **Einsatz von ADM-Systemen am Arbeitsplatz eingeschränkt und reguliert** werden. So könnten z.B. datenschutzrechtliche Vorgaben im GAV ermöglichen, widerstreitende Interessen durch möglichst klare Regelungen zu ordnen,<sup>223</sup> oder es könnten Mitwirkungsbereiche und Mitwirkungsrechte vereinbart werden, welche über das MitwG hinausgehen. Dieser Ansatz ist empfehlenswert.<sup>224</sup> Allerdings scheint diese Möglichkeit in der Praxis nicht oft genutzt zu werden und wenig im Bewusstsein der Unternehmen verankert zu sein, weshalb es eine **Sensibilisierung** zu dem Thema braucht.

## 2. MÖGLICHKEITEN AUF UNTERNEHMENSEBENE ZUR UMSETZUNG DER SORGFALTPFLICHTEN

Es wäre auch eine Sorgfaltspflicht der Arbeitgeberin in Anlehnung an die UNGPs denkbar. Diese Sorgfaltspflicht würde beinhalten, dass die Arbeitgeberin mit der Arbeitnehmendenvertretung (oder der zustän-

<sup>221</sup> WILDHABER/PAIS, 542; Stellungnahme des Bundesrates vom 26.8.2020 zum Postulat Gysi.

<sup>222</sup> WILDHABER/PAIS, 533; CIRIGLIANO/RUDIN, Rz. 29 ff.

<sup>223</sup> WILDHABER/PAIS, 539.

<sup>224</sup> Siehe z.B. GAV Swisscom mit syndicom und transfair, S. 54. Dieser GAV enthält ein «Reglement Smart-Data-Grundsätze», welches die Grauzonen der Anwendung von Smart Data erhellt. Im Anhang 3 des GAV der Swisscom ist ausserdem explizit festgehalten, dass das Reglement «Smart-Data»-Grundsätze sowie Mitarbeitendenbeurteilungssysteme der Mitwirkung unterliegen.

<sup>219</sup> WILDHABER/PAIS, 535.

<sup>220</sup> WILDHABER/PAIS, 536.

digen Gewerkschaft) jeweils frühzeitig vor der Entwicklung bzw. Einführung eines ADM-Systems einen Prozess zur Ausübung der menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht mit Fokus auf die Rechte der Arbeitnehmenden im Kontext der ADM-Systeme aufsetzt, inklusive regelmässiger **Berichterstattung zu den Auswirkungen auf die Arbeitnehmenden** auf Basis von Impact Assessments mit Einbindung der Betroffenen und **Rechenschaftsbericht** über das Wohl der Arbeitnehmenden, sowie Messung der Effizienz der getroffenen Schutzmassnahmen.<sup>225</sup>

Im Folgenden werden die **Bausteine** der notwendigen Schritte der Sorgfaltspflicht im Kontext von ADM-System am Arbeitsplatz beschrieben.

### a) Schritt 1: Identifizieren und Bewerten von Auswirkungen, um Art und Ausmass von Menschenrechtsrisiken abzuschätzen

Insbesondere Schritt 1 der Sorgfaltspflicht wird häufig in Form eines sogenannten **«Impact Assessment» (Folgenabschätzung)** durchgeführt. Die Auswirkungen komplexer ADM-Systeme sind oft schwer vorherzusagen und schwierig im Nachhinein zu verwalten, sodass der Gütestandard für den Umfang und die Qualität der menschenrechtlichen ex ante- und ex post-Analyse über potenzielle Risiken von ADM-Systemen sowie die Prüfung und Umsetzung geeigneter Risikominderungsstrategien hoch sein muss. Eine gründliche interne Erfassung über die Auswirkungen von ADM-Systemen ist wichtig, um regelmässige Folgenabschätzungen zu ermöglichen. Diese sollte jährlich bzw. anlassbezogen während des gesamten Lebenszyklus eines Systems erfolgen, und z.B. auch, wenn zusätzliche Tools eingeführt werden, um negative kumulative Auswirkungen zu vermeiden.

Schritt 1 sollte abgeleitet von den UNGPs für den Kontext des Einsatzes von ADM-Systemen am Arbeitsplatz unter anderem **folgende Elemente** umfassen:

<sup>225</sup> syndicom, KI Gebote zu Sozialpartnerschaft und Mitbestimmung der Arbeitnehmenden, noch nicht umgesetzt, siehe <https://syndicom.ch/unserethemen/dossiers/kuenstlicheintelligenzki/erausforderungen>.

- Systematische Beschreibung und Bewertung der relevanten Auswirkungen und Risiken durch Verweis zu qualitativen und quantitativen Informationen über den Einsatz der ADM-Systeme;
- Information: alle Informationen auf «Systemebene», die den Mitarbeitenden zur Verfügung gestellt werden sollen und die Art und Weise, wie sie zur Verfügung gestellt werden;
- Konsultation («Stakeholder Engagement»): Arbeitgeberinnen sollten Arbeitnehmendenvertretungen sowie relevante Expertengruppen konsultieren, wenn sie die Risiken und möglichen Schutzmassnahmen ermitteln. Die Ansichten der Arbeitnehmendenvertretung und die Expertise müssen berücksichtigt und einbezogen werden. Die Perspektive jener, die von den Auswirkungen potenziell stark betroffen sind, sollte entsprechendes Gewicht eingeräumt werden. Eine obligatorische kollektive Mitsprache ist zu empfehlen.<sup>226</sup>

### b) Schritt 2: Handeln zur Vorbeugung und Minderung von menschenrechtlichen Risiken, auch durch Integration in interne Funktionen und Prozesse

Die UNGPs wurden entworfen, um eine globale Erwartung an verantwortungsvolles Geschäftsverhalten zu etablieren. Zu diesem Zweck verlangen die UNGPs von einem Unternehmen, **positive und proaktive Schritte** zu unternehmen, um seine eigenen Geschäftspraktiken und -kulturen zu überprüfen, zu verbessern und gegebenenfalls zu transformieren. Dies umfasst auch die Erwartung, dass Unternehmen versuchen, Mitarbeitende, Geschäftspartner und andere dazu zu bewegen, verantwortungsvoll und unter Achtung aller Menschenrechte zu handeln. Wenn es um Technologieverwendung geht, ist dieser Fokus auf die Verbesserung neuer Geschäftspraktiken und -beziehungen im Umgang mit ADM-Systemen am Arbeitsplatz von entscheidender Bedeutung.

<sup>226</sup> ADAMS-PRASSL ET AL.

Schritt 2 sollte unter anderem **folgende Elemente** umfassen:<sup>227</sup>

- Beschreibung sowie Bewertung aller existenten Schutzmassnahmen, um menschenrechtliche Risiken im Kontext von ADM-Technologien abzumildern;
- Gap Analysis, wo bestehende Massnahmen Risiken nicht abdecken;
- Identifizierung neuer Massnahmen, wo Lücken festgestellt wurden;
- Priorisierung der Massnahmen entlang der «severity of risks» (Schwere des Risikos).

### c) Schritt 3: Verfolgung der Wirksamkeit von Massnahmen zur Risikominderung im Laufe der Zeit

Unternehmen müssen die **Wirksamkeit ihrer Massnahmen** zur Bewältigung menschenrechtlicher Risiken bewerten. Als dritten Schritt im Prozess der menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht legen die UNGPs (UNGP 20) folgenden Anspruch fest: «Um zu überprüfen, ob negative Auswirkungen auf die Menschenrechte angegangen werden, sollten Unternehmen die Wirksamkeit ihrer Reaktion verfolgen.» Die Nachverfolgung sollte: (a) auf geeigneten qualitativen und quantitativen Indikatoren basieren; (b) Feedback sowohl interner als auch externer Quellen nutzen, einschliesslich betroffener Interessengruppen.

Zum Beispiel könnte eine Massnahme **Trainings** durch Unternehmen für die Belegschaft beinhalten, wenn ADM-Systeme zum Einsatz kommen. Eine gezielte Schulung der Mitarbeitenden in Datenanalyse und -interpretation kann dazu beitragen, ihre Datenkompetenz zu verbessern und ihnen das nötige Vertrauen im Umgang mit den geplanten oder eingeführten ADM-Systemen zu geben.

Schritt 3 sollte unter anderem **folgende Elemente** umfassen:

- Wirkungsmessung: Bewertung der Wirksamkeit neuer und bestehender Schutzmassnahmen, einschliesslich
- Prüfung der Angemessenheit: Beurteilung, ob sie den Auswirkungen und Risiken angemessen sind;
- Feedback an Stakeholder: Beschreibung der mit den Arbeitnehmenden und ihren Vertretungen durchgeführten Konsultationen und Offenlegung der Änderungen, die als Reaktion auf die geäusserten Ansichten vorgenommen wurden.

### d) Schritt 4: Angemessene Kommunikation der Massnahmen im Hinblick auf die Bewältigung menschenrechtlicher Auswirkungen

Die UNGPs legen fest, dass Unternehmen «über die Art und Weise, wie sie mit ihren Auswirkungen auf die Menschenrechte umgehen, **Rechenschaft** ablegen» und «bereit sein sollten, dies nach aussen zu kommunizieren, insbesondere wenn Bedenken von oder im Namen betroffener Stakeholder geäussert werden» (UNGP 21). In den UNGPs heisst es, dass «die Kommunikation verschiedene Formen annehmen kann, darunter persönliche Treffen, Online-Dialoge, Konsultationen mit betroffenen Interessengruppen und formelle öffentliche Berichte».

Bei der **Kommunikation und Berichterstattung** sollte der Schwerpunkt darauf liegen, welche Auswirkungen der ADM-Systeme auf Arbeitnehmende identifiziert wurden. Die Kommunikation und Berichterstattung muss aber auch Transparenz über die Abhilfemassnahmen beinhalten, welche das Unternehmen ergriffen hat, um die Auswirkungen zu bewältigen, und eine Bewertung der Wirksamkeit dieser Massnahmen umfassen.

227 OHCHR, Taking Action to Address Human Rights Risks Related to End-Use.

Schritt 4 sollte unter anderem **folgende Elemente** umfassen:

- Die Folgenabschätzung sollte generell öffentlich kommuniziert werden, abgesehen von vertraulichen technischen und kommerziellen Informationen.
- Die Folgenabschätzung soll den Arbeitnehmenden und ihren Vertretungen zur Verfügung stehen.
- Zusammenarbeit mit Aufsichtsbehörden mit geeigneten Massnahmen zum Schutz der Vertraulichkeit, wenn es zu Missständen kam.
- Bei jeglicher Offenlegung, insbesondere öffentlicher Art, ist darauf zu achten, dass die Information in geeigneter Weise und Format einfach zugänglich bereitgestellt wird, um sie nachvollziehbar zu machen.

ALGORITHMWATCH, Algorithmic transparency and accountability in the world of work, A mapping study into the activities of trade unions, conducted on behalf of the International Trade Union Confederation (ITUC), February 2023 (zit. Mapping study).

BAERISWYL BRUNO, Big Data zwischen Anonymisierung und Re-Individualisierung, in: Weber Rolf H./Thouvenin Florent (Hrsg.): Big Data und Datenschutz - gegenseitige Herausforderungen, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 45-59.

BRAUN BINDER NADJA/BURRI THOMAS/LOHMANN MELINDA F./SIMMLER MONIKA/THOUVENIN FLORENT/VOKINGER KERSTIN N., Künstliche Intelligenz: Handlungsbedarf im Schweizer Recht, Jusletter 28.6.2021.

BSK, Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.): Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. A., Basel 2015 (zit. BSK/Bearbeiter:in).

BSK, Maurer-Lambrou Urs/Blechta Gabor P. (Hrsg.): Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, 3. A., Basel 2014 (zit. BSK/Bearbeiter:in).

BSK, Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.): Schweizerische Bundesverfassung (BV), Basel 2015 (zit. BSK/Bearbeiter:in).

CIRIGLIANO LUCA/EGGER CORINNE, Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz als Teil des kollektiven Arbeitsrechts, Jusletter 3.9.2018.

CIRIGLIANO LUCA/RUDIN FLORIAN, Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz, Neue ILO-Kernarbeitsnormen: Auswirkungen und Verbesserungspotenzial für die Schweiz, Jusletter 5.12.2022.

DEPIERRE OLMIER, Automated decisions, smart contracts and AI: is there really a «decision»? , Jusletter 6.2.2023.

DERANTY JEAN-PHILIPPE/CORBIN THOMAS, Artificial intelligence and work: a critical review of recent research from the social sciences. AI & Society 2022, <https://doi.org/10.1007/s00146-022-01496-x>.

## / LITERATURVERZEICHNIS

ADAMS-PRASSL JEREMIAS/ABRAHA HALEFOM/KELLY-LYTH AISLINN/SILBERMAN MICHAEL/RAKSHITA SANGH, Regulating Algorithmic Management: A Blueprint, 14 European Labour Law Journal 2023 (forthcoming).

AJUNWA IFEOMA/CRAWFORD KATE/SCHULTZ JASON, Limitless worker surveillance, California Law Review 2017, p. 735-776.

AJUNWA IFEOMA, The "black box" at work, Big Data & Society, 7(2) 2020, <https://doi.org/10.1177/2053951720938093>.

ALGORITHMWATCH, Positionen zum Einsatz von KI im Personalmanagement. Rechte und Autonomie von Beschäftigten stärken – Warum Gesetzgeber, Unternehmen und Betriebsräte handeln müssen, Berlin März 2020 (zit. KI im Personalmanagement).



DZIDA BORIS, People Analytics bei der personenbedingten Kündigung – Warum Computer keine Kündigungsentscheidungen treffen dürfen, ArbRB 3/2023, S. 84-86.

DÜRR BETTINA, Analytics for the People? Wo Algorithmen am Arbeitsplatz eingesetzt werden – ein Überblick, Eine Publikation von AlgorithmWatch Schweiz in Kooperation mit syndicom, <https://algorithmwatch.ch/de/algorithmen-am-arbeitsplatz-ueberblick/>.

EBERT ISABEL/WILDHABER ISABELLE, Piercing the Veil of Opacity: Responsibility and Liability for the Use of People Analytics Tools, *Morals + Machines* 1 (2021) p. 40-49.

EBERT ISABEL/WILDHABER ISABELLE/ADAMS-PRASSL JEREMIAS, Big Data in the workplace: Privacy Due Diligence as a human rights-based approach to employee privacy protection, *Big Data & Society*, 5.5.2021, <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/205395172111013051>.

EBERT ISABEL/WILDHABER ISABELLE, Privacy in the Workplace: A Human Rights Due Diligence Approach, in: Jonathan Andrew/Frédéric Bernard (eds.), *Human Rights Responsibilities in the Digital Age: States, Companies and Individuals*, Oxford Hart Publishing 2021, p. 117-134.

EDA, Wirtschaft und Menschenrechte: Nationaler Aktionsplan der Schweiz 2020-2023, Bern 11.2020, [https://www.nap-bhr.admin.ch/napbhr/de/home/nap/nationaler\\_aktionsplan1.html](https://www.nap-bhr.admin.ch/napbhr/de/home/nap/nationaler_aktionsplan1.html).

EDÖB, Leitfaden über die Bearbeitung von Personendaten im Arbeitsbereich, Bern 10.2014 (zit. EDÖB, Personendaten).

EDÖB, Leitfaden über Internet- und E-Mailüberwachung am Arbeitsplatz, Bern 09.2013 (zit. EDÖB, Internet und E-Mailüberwachung).

EHRENZELLER BERNHARD/FURER HANS/GEISER THOMAS (Hrsg.), *Die Mitwirkung in den Betrieben, Gerichtspraxis, Erfahrungen und Sicht der Sozialpartner*, St. Gallen 2009 (zit. Bearbeiter:in, in: Ehrenzeller/Furer/Geiser).

Europarat, Recommendation CM/Rec(2015)5 on the processing of personal data in the context of employment, Strasbourg 01.04.2015.

FRA, European Union Agency for Fundamental Rights, *Bias in Algorithms – Artificial Intelligence and Discrimination Report*, Vienna 2022, [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/fra-2022-bias-in-algorithms\\_en.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2022-bias-in-algorithms_en.pdf).

FRITZ MAX/SCHULER CARLA, *Die Mitwirkung im Arbeitsverhältnis, Ein Handkommentar für die Praxis zum Mitwirkungsgesetz sowie zu weiteren mitwirkungsrelevanten Gesetzen*, Zürich 2012.

GRABENWARTER CHRISTOPH (Hrsg.), *European Convention on Human Rights: Commentary*, München 2014.

HEINRICHS BERT, Discrimination in the age of artificial intelligence. *AI Soc* 37(1) 2020: p. 143-154.

HOLTHAUS CHRISTIAN/PARK YOUNG-KUL/STOCK-HOMBURG RUTH, *People Analytics und Datenschutz – Ein Widerspruch?*, *Datenschutz und Datensicherheit (DuD)* 2015, S. 676-681.

ILG WALO C., *Kommentar über das Bundesgesetz über die Information der Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungsgesetz)*, Zürich 1999.

ILO, *International Labour Organization, Protection of workers' personal data*, Genf 1997.

IVANOVA MIRELA/BRONOWICKA JOANNA/KOCHER EVA/DEGNER ANNE, *The App as a Boss? Control and Autonomy in Application-Based Management. Arbeit | Grenze | Fluss – Work in Progress interdisziplinärer Arbeitsforschung Nr. 2*, Frankfurt Oder 2018, doi:10.11584/Arbeit-Grenze-Fluss.2.

JARRAHI MOHAMMAD HOSSEIN/NEWLANDS GEMMA/LEE MIN KYUNG/WOLF CHRISTINE T./KINDER ELISCIA/SUTHERLAND WILL, *Algorithmic management in a work context. Big Data & Society* 8(2) 2021, <https://doi.org/10.1177/205395172111020332>.

JUNGHANSS CORNELIA, Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht, Diss., Zürich/St. Gallen 2017.

KASPER GABRIEL, People Analytics in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen: Vorschläge zur wirksameren Durchsetzung des Datenschutzrechts, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2021.

KASPER GABRIEL/WILDHABER ISABELLE, Big Data am Arbeitsplatz, 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, Dike Zürich/St. Gallen 2019, S. 189-232.

KELLOGG KATHERINE C./VALENTINE MELISSA A./CHRISTIN ANGÈLE, Algorithms at Work: The New Contested Terrain of Control, *Academy of Management Annals* 14(1) 2020, p. 366–410.

KENNEDY HELEN/POELL THOMAS/VAN DIJCK JOSÉ, Data and agency, *Big Data & Society*, 2(2) 2015, <https://doi.org/10.1177/2053951715621569>.

KIM PAULINE T./HANSON ERIKA, The law and business of people analytics: People analytics and the regulation of information under the fair credit reporting act, *Saint Louis University Law Journal* 2016, p. 17-33.

KUKO, Honsell Heinrich (Hrsg.), *Kurzkommentar Obligationenrecht*, Art. 1-1186, Basel 2014 (zit. KUKO/Bearbeiter:in).

KUKO, Blesi Alfred/Pietruszak Thomas/Wildhaber Isabelle (Hrsg.), *Kurzkommentar Arbeitsgesetz ArG*, Basel 2018 (zit. KUKO/Bearbeiter:in).

LEMPEN KARINE, Santé, horaires de travail et dialogue social à l'heure du digital, in: Dagron Stéphanie/Dupont Anne-Sylvie/Lempen Karine (Hrsg.), *Santé et sécurité au travail à l'heure de l'industrie 4.0*, 2021, pp. 99-133.

LEICHT-DEOBALD ULRICH/BUSCH THORSTEN/SCHANK CHRISTOPH/WEIBEL ANTOINETTE/SCHAFHEITLE SIMON/WILDHABER ISABELLE/KASPER GABRIEL, The Challenges of Algorithm-Based HR Decision-Making for Personal Integrity, *Journal of Business Ethics (JBE)* 160/2 (2019) p. 377-392.

LETSCH THOMAS, *Rechtliche Aspekte von Work-Life-Balance*, Diss., Bern 2008.

LICCI SARA, Die Massenentlassung im schweizerischen Recht, Schwellenwerte, Konsultation und Sozialplan unter Berücksichtigung des Arbeitsrechts der Europäischen Union und des Arbeitsvölkerrechts, Diss., Bern 2018.

LOI MICHELE, People Analytics muss den Menschen zugutekommen, Eine ethische Analyse datengesteuerter algorithmischer Systeme im Personalmanagement, Study 450 Hans-Böckler-Stiftung, April 2021.

LOI MICHELE, People Analytics must benefit the people, An ethical analysis of data-driven algorithmic systems in human resources management, Berlin 2020, [https://algorithmwatch.org/en/wp-content/uploads/2020/03/AlgorithmWatch\\_AutoHR\\_Study\\_Ethics\\_Loi\\_2020.pdf](https://algorithmwatch.org/en/wp-content/uploads/2020/03/AlgorithmWatch_AutoHR_Study_Ethics_Loi_2020.pdf).

MATEESCU ALEXANDRA/NGUYEN AIHA, *Explainer: Algorithmic management in the workplace*. *Data & Society* 2019. Available at: <https://datasociety.net/output/explainer-algorithmic-management-in-the-workplace/>.

MOLLEN ANNE/HONDRICH LUKAS, From risk mitigation to employee action along the Machine Learning Pipeline, A paradigm shift in European regulatory perspectives on automated decision-making systems in the workplace, No. 278 Hans-Böckler-Stiftung, März 2023.

MRKONICH MARKO ET AL., The Littler report: the big move toward big data in employment, 08.2015, abrufbar unter: [www.littler.com](http://www.littler.com).

MÜLLER ROLAND A., Die Arbeitnehmervvertretung, Habil., Zürich, Bern 1999.

OFK, Biaggini Giovanni (Hrsg.), BV Kommentar Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. A., Zürich 2017 (zit. OFK/Bearbeiter:in).

OHCHR, United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights, UN Guiding Principles on Business and Human Rights, New York and Geneva 2011, [https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf).

OHCHR, United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights, Key Characteristics of Business Respect for Human Rights, New York and Geneva 2020, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/B-Tech/key-characteristics-business-respect.pdf>.

OHCHR, United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights, Taking Action to Address Human Rights Risks Related to End-Use, New York and Geneva 2020, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/B-Tech/taking-action-address-human-rights-risks.pdf>.

PAPA ROBERTA/PIETRUSZAK THOMAS, Datenschutz im Personalwesen, in: Passadelis Nicolas/Rosenthal David/Thür Hanspeter (Hrsg.): Datenschutzrecht, Basel 2015, S. 577-611.

PÄRLI KURT, Betriebliche Zutrittsrechte der Gewerkschaften aus Arbeitsrecht und Gesamtarbeitsvertrag, AJP 23 (2014) S. 1454-1462.

PÄRLI KURT/BAUMGARTNER TOBIAS/DEMIR EYLEM/JUNGHANSS CORNELIA/LICCI SARA/UEBE WESSELINA, Arbeitsrecht im internationalen Kontext – Völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht, Zürich/St. Gallen 2017.

PÄRLI KURT/STEIGER-SACKMANN SABINE/STÖCKLE IMELDA, Die Verantwortung der Arbeitgebenden für den Gesundheitsschutz, Gemeinschaftsrechtliche Rahmenbedingungen und Vollzug in ausgewählten Staaten der EU, ZHAW Vorstudie für das SECO, Winterthur 2009.

PASQUALE FRANK, The Black Box Society: Secret Algorithms That Control Money and Information, Cambridge (MA) 2015.

PORTMANN WOLFGANG/WILDHABER ISABELLE, Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020.

RAHMAN HATIM A./VALENTINE MELISSA A., How Managers Maintain Control Through Collaborative Repair: Evidence from Platform-Mediated "Gigs", Organization Science, 32(5) 2021, p. 1300–1326, <https://doi.org/10.1287/orsc.2021.1428>.

REINSCH ROGER W./GOLTZ SONIA, The law and business of people analytics: Big data: Can the attempt to be more discriminating be more discriminatory instead?, Saint Louis University Law Journal 2016, p. 35-63.

SCHLUEP WALTER R., Arbeits- und gesellschaftsrechtliche Konsequenzen einer auf Mitbestimmung gründenden Unternehmensverfassung, SAG 49 (1977) S. 77-87.

SECO, Wegleitung zur Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz, Bern 05.2018.

SECO, Nationaler Kontaktpunkt der Schweiz für eine verantwortungsvolle Unternehmensführung [https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Aussenwirtschaftspolitik\\_Wirtschaftliche\\_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/nachhaltigkeit\\_unternehmen/nkp.html](https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/nachhaltigkeit_unternehmen/nkp.html).

SGK, Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung St. Galler Kommentar, 4. A., Zürich 2023 (zit. SGK/Bearbeiter:in).

SHK, Geiser Thomas/von Kaenel Adrian/Wyler Rémy (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Stämpflis Handkommentar, Bern 2005 (zit. SHK/Bearbeiter:in).

STAEHELIN RUDOLF M., Mitbestimmung in Europa – Eine rechts- und praxisvergleichende Studie, Diss., Zürich 1979.

STEIGER-SACKMANN SABINE, Wenn Arbeit krank macht – was tun?, Mitwirkung beim Gesundheitsschutz, SGB Broschüre November 2017.

STÖCKLI JEAN-FRITZ, Der Inhalt des Gesamtarbeitsvertrages, Habil., Bern 1990.

STREIFF ADRIAN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. A., Zürich 2012.

SYNDICOM, Resolution des ICT-Sektors von syndicom, Gebote für Künstliche Intelligenz aufstellen – zu Gunsten der Menschen, Bern 1.11.2019.

THOMMEN ANDREAS, „Mitbestimmung“ in der Schweiz: Kleines Handbuch über die Mitwirkung der Arbeitnehmer im Betrieb, Zürich 1972.

THOUVENIN FLORENT/FRÜH ALFRED, Automatisierte Entscheidungen: Grundfragen aus der Perspektive des Privatrechts, SWZ 92 (2020) S. 3-17.

WEBER ROLF H./OERTLY DOMINIC, Aushöhlung des Datenschutzes durch De-Anonymisierung bei Big Data Analytics?, Jusletter IT 21.5.2015.

WEIBEL ANTOINETTE/WILDHABER ISABELLE, Führung: Mensch und KI!, Arbeit und Arbeitsrecht (AuA) 76 (2021) S. 7.

WHO, World Health Organization guidelines on mental health at work, Geneva 2022, <https://www.who.int/publications/i/item/9789240053052>.

WILDHABER ISABELLE, Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen, Habil. Zürich, Zürich 2011 (zit. WILDHABER, Habil.).

WILDHABER ISABELLE, Kündigung von Arbeitnehmervertretern aus wirtschaftlichen Gründen, Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts vom 19. März 2012, 4A.415/2011, I. Zivilabteilung, Jusletter vom 2. Juli 2012 (zit. WILDHABER, Anm.).

WILDHABER ISABELLE, Die Roboter kommen – Konsequenzen für Arbeit und Arbeitsrecht, Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 135 I (2016) S. 315–351 (zit. WILDHABER, Roboter).

WILDHABER ISABELLE, Umstrukturierungen (Betriebsübergang, Massenentlassungen, Arbeitnehmervertretung), in: Wolfgang Portmann/Adrian von Kaenel (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich Schulthess Verlag 2018, S. 817–885 (zit. WILDHABER, FHB).

WILDHABER ISABELLE/KASPER GABRIEL, 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 für Wolfgang Portmann zum 65. Geburtstag, Zürich 2020, S. 755-771.

WILDHABER ISABELLE/LOHMANN MELINDA F./KASPER GABRIEL, Diskriminierung durch Algorithmen – Überlegungen zum schweizerischen Recht am Beispiel prädiktiver Analytik am Arbeitsplatz, Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 138 I (2019) S. 459-489.

WILDHABER ISABELLE/PAIS RAQUEL, Neue Arbeitswelt und Gesamtarbeitsverträge - Plädoyer für einen Rechtsschutz über die Sozialpartnerschaft angesichts der Herausforderungen der neuen Arbeitswelt, in: Claudia Seitz/Ralf Michael Straub/Robert Weyeneth (Hrsg.), Festschrift für Stephan Breitenmoser, Basel 2022, S. 531-542.

WILSON REBECCA J./BELLIVEAU KILEY M./GRAY LEIGH ELLEN, Busting the black box: Big data, employment and privacy, Defense Counsel Journal 2017, 2-34.

## / Impressum

### Beteiligung der Arbeitnehmenden beim Einsatz von ADM-Systemen am Arbeitsplatz

Prof. Dr. Isabelle Wildhaber, LL.M.  
Dr. Isabel Ebert

Universität St. Gallen | Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitswelten (FAA-HSG)

Anfang November 2023 | <https://faa.unisg.ch/de/>



Universität St. Gallen

Forschungsinstitut für Arbeit  
und Arbeitswelten

Online verfügbar auf:

<https://algorithmwatch.ch/de/algorithmen-am-arbeitsplatz-eine-rechtliche-perspektive>

Herausgeber:



ALGORITHM  
WATCH / CH

AlgorithmWatch CH  
Fabrikstrasse 17  
8005 Zürich  
Schweiz

[info@algorithmwatch.ch](mailto:info@algorithmwatch.ch)  
<https://algorithmwatch.ch>

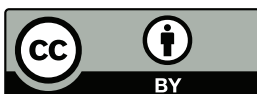
In Kooperation mit:

 **syndicom**

syndicom  
Gewerkschaft Medien und Kommunikation  
Monbijoustrasse 33  
3001 Bern  
Schweiz

[info@syndicom.ch](mailto:info@syndicom.ch)  
<https://syndicom.ch>

Layout:  
Beate Autering



Sofern nicht anders gekennzeichnet, stehen alle Inhalte dieser Publikation unter der Lizenz Creative Commons Namensnennung 4.0 International (CC BY 4.0).

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>