



Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)
Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)
Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)
Swiss Centre of Expertise in Human Rights (SCHR)

Digitalisierung und Privatsphäre im Arbeitsverhältnis – Rechtliche Grundlagen und Problemfelder

Prof. Christine Kaufmann

Dr. iur. Res Schuerch

August 2019

1. Einleitung

Dieses Positionspapier thematisiert einleitend die Frage, weshalb das Recht auf Privatsphäre überhaupt auf das Berufsleben anwendbar ist und inwieweit der Schutz der Privatsphäre *im Arbeitsverhältnis* im Digitalisierungsdiskurs Beachtung findet (Ziff. 1). Anschliessend werden die relevanten Rechtsgrundlagen beschrieben (Ziff. 2) und potenzielle Problemfelder im Schnittbereich Digitalisierung, Privatsphäre und Arbeitsverhältnis identifiziert (Ziff. 3).

Grundsätzlich stellt sich die Frage, in welchem Umfang das Recht auf Privatsphäre am Arbeitsplatz überhaupt Anwendung findet, da es ursprünglich als Abwehrrecht gegenüber staatlichen Eingriffen in das Privatleben Einzelner konzipiert wurde.¹ Insbesondere ist der Arbeitsplatz im Unterschied zum klassischen Beispiel von privaten Räumlichkeiten – wie z.B. der eigenen Wohnung – nicht per se als eine private Umgebung zu qualifizieren. Vielmehr ist das Arbeitsverhältnis durch ein Subordinationsverhältnis zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden charakterisiert, in welchem Erstere gegenüber Letzteren eine Kontroll- und Überwachungsfunktion innehaben.² Arbeitgebende sind deshalb daran interessiert, möglichst umfassend über die Tätigkeiten ihrer Angestellten Bescheid zu wissen, während Arbeitnehmende ein Interesse an der Achtung ihrer Privatsphäre und dem Schutz ihrer Persönlichkeit haben.

Da Beeinträchtigungen der Privatsphäre im Arbeitsverhältnis oftmals durch Private erfolgen, diese jedoch grundsätzlich nicht Adressaten der Grundrechte sind, kommt der Schutzpflicht des Staates, Grundrechtsübergreifend auch unter Privaten zu verhindern, eine besondere Bedeutung zu.³ Im Rahmen dieser Schutzpflicht ist der Staat angehalten, dafür zu sorgen, dass der Schutz der Persönlichkeit und die Achtung der Privatsphäre auch im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis garantiert

¹ SCHABAS, Commentary, p. 358.

² HENDRICKX UND VAN BEVER, Article 8 ECHR, S. 185.

³ KIENER ET AL., Grundrechte, S. 35f., 172.

sind.⁴ Die in der Schweiz in diesem Zusammenhang umgesetzten gesetzgeberischen Massnahmen werden nachfolgend unter Ziff. 2 näher ausgeführt.

Sachverhalte des Berufslebens unter den Schutz des Rechts auf Privatsphäre zu stellen, lässt sich damit begründen, dass alle „privaten Lebenssachverhalte, die der Einzelne als Privatsache abgeschirmt haben möchte“⁵ – und somit potenziell auch private Sachverhalte am Arbeitsplatz – in den Schutzbereich des Rechts auf Privatsphäre fallen. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat sich in *Affaire Niemiets c. Allemagne* denn auch bereits 1992 ausführlich dahingehend geäußert, dass eine strikte Trennung zwischen Privat- und Berufsleben im Kontext von Art. 8 EMRK⁶ nicht möglich ist:

Il serait toutefois trop restrictif de limiter [la notion de vie privée] à un "cercle intime" où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle. Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables. Il paraît, en outre, n'y avoir aucune raison de principe de considérer cette manière de comprendre la notion de "vie privée" comme excluant les activités professionnelles ou commerciales: après tout, c'est dans leur travail que la majorité des gens ont beaucoup, voire le maximum d'occasions de resserrer leurs liens avec le monde extérieur. *Un fait, souligné par la Commission, le confirme: dans les occupations de quelqu'un, on ne peut pas toujours démêler ce qui relève du domaine professionnel de ce qui en sort.*⁷

Während im ersten Teil dieser Aussage insbesondere die sozialen Beziehungen von natürlichen Personen im Vordergrund stehen, verdeutlicht der letzte Satz (Hervorhebung), dass die Grenzen zwischen Privat- und Berufsleben fließend verlaufen und dass eine klare Trennung dieser beiden Lebensbereiche oftmals nicht möglich ist.⁸ Im Kontext der Digitalisierung ist diese Aussage von besonderer Relevanz, da heutige Technologien es in vielen Bereichen vereinfachen, Arbeit auch in einem privaten Umfeld zu leisten (siehe auch Ziff. 3.5). Im Lauf der Jahre hat der EGMR diese Auslegung von Art. 8 EMRK bestätigt und in diversen weiteren Urteilen unterschiedliche zum Berufsleben zuordenbare Sachverhalte mit Verweis auf die Privatsphäre geschützt.⁹ Die Anwendbarkeit des Rechts auf Privatsphäre auf berufliche Sachverhalte gilt allerdings nicht absolut. Vielmehr obliegt es dem Gesetzgeber, sowohl die Interessen der Arbeitgebenden wie auch jene der Arbeitnehmenden zu berücksichtigen.¹⁰ Ebenfalls kann es bei der Zuordnung zu Privat- oder Berufsleben

⁴ KIENER ET AL., Grundrechte, 172; EGMR, *Bărbulescu v Romania*, 61496/08 (2017), Rz. 115f.

⁵ KIENER ET AL., Grundrechte, 172.

⁶ Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens – Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, SR 0.101):

(1) Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz.

(2) Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

⁷ EGMR, *Affaire Niemiets c. Allemagne*, 13710/88 (1992), Rz 29 (Hervorhebung hinzugefügt); diese Interpretation wurde in späteren Urteilen bestätigt (siehe z.B. EGMR, *Taliadorou and Stylianou v. Cyprus*, 39627/05 and 39631/05 (2008), Rz 53).

⁸ Für eine Reihe illustrativer Fallbeispiele hinsichtlich der Abgrenzung zwischen Privatleben und Geschäftsleben siehe LEMPEN, *Le Devoir de Fidélité*.

⁹ Bezüglich privater Telefongespräche in den Lokalitäten von Arbeitgebenden siehe EGMR, *Halford v. The United Kingdom*, 20605/92 (1997); bezüglich privatem E-Mail Verkehr und persönlichem Internetgebrauch EGMR, *Copland v. The United Kingdom*, 62617/00 (2007) und betreffend Nachrichten über einen Messenger Dienst (Yahoo) EGMR, *Bărbulescu v Romania*, 61496/08 (2017).

¹⁰ *Bărbulescu v. Romania*, 61496/08 (2017), Rz. 115f.

eine Rolle spielen, ob es sich um ein privat- oder öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis handelt.¹¹ Dies hat zur Folge, dass der Persönlichkeitsschutz im Berufsleben durch die Art des Arbeitsverhältnisses und entgegenlaufende Arbeitgebendeninteressen eingeschränkt werden kann.¹²

Obwohl die Digitalisierung beträchtliche Auswirkungen auf den Schutz der Privatsphäre im Verhältnis zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden hat, wird diesem Thema in aktuellen Digitalisierungsdiskursen nur wenig Beachtung geschenkt. In einem Schweizer Kontext steht vielmehr die Beschäftigungsstruktur mit Blick auf die wegfallenden und neu zu schaffenden Stellen im Vordergrund sowie die Frage, inwieweit sich die Anforderungen an die Arbeitsbedingungen im digitalen Zeitalter verändert haben und der (Schweizer) Arbeitsmarkt die mit der Digitalisierung verbundenen Herausforderungen meistern und in einen positiven Nutzen umwandeln kann.¹³ Ein weiterer Schwerpunkt liegt auf der Untersuchung neuer Arbeitsformen. So hat die fortschreitende Digitalisierung nicht nur einen Einfluss auf bestehende Arbeitsverhältnisse, sondern sie schafft auch die Voraussetzungen für die Entstehung von neuen, bislang noch nicht bekannten Arbeitsformen, wie eine Studie des SECO zur Entwicklung von Arbeitsverhältnissen von 2017 belegt:

Die heutigen Informations- und Kommunikationstechnologien ermöglichen eine weniger orts- und zeitgebundene Arbeitserbringung, was einen grossen Einfluss auf die Art der Arbeitsverhältnisse hat. Es entstehen so Alternativen zum klassischen Arbeitsmodell und im Bereich der Plattform-Ökonomien neue Arbeitsformen.¹⁴

In der internationalen Digitalisierungsdiskussion liegt seit einiger Zeit ein Fokus auf dem Schutz der Privatsphäre im Zusammenhang mit (staatlichen) Überwachungsmassnahmen. Das Mandat des 2015 vom UNO-Menschenrechtsrat berufenen UNO-Sonderberichterstatters zum Recht auf Privatsphäre ist auf diese Thematik ausgerichtet.¹⁵ Darin enthalten ist die Verarbeitung und Verwendung von Personendaten (*nicht* nur den Arbeitsplatz betreffend) durch grosse Unternehmen.¹⁶ Im Kontext der Überwachung spielt auch die umfassende Vernetzung von Informationen und Gegenständen mit dem Internet und untereinander (Internet of Things – IoT; siehe auch Ziff. 3.4) und die damit verbundene Schaffung einer globalen, auf dem Internet basierten Informationsarchitektur eine Rolle.¹⁷

Ein weiteres Thema, welches international grosse Beachtung findet, ist die Künstliche Intelligenz (KI – siehe auch Ziff. 3.2 und 3.3). Der Rat zu künstlicher Intelligenz der OECD beruft sich hierbei in seiner Empfehlung von 2019 auf folgende Definition:

Un système d'intelligence artificielle (ou système d'IA) est un système automatisé qui, pour un ensemble donné d'objectifs définis par l'homme, est en mesure d'établir des prévisions, de formuler

¹¹ Vgl. LEMPEN, Le Devoir de Fidélité.

¹² Siehe auch HENDRICKX UND VAN BEVER, Article 8 ECHR, S. 185.

¹³ So auch der Bericht des Bundesrates zu den Auswirkungen der Digitalisierung auf Beschäftigung und Arbeitsbedingungen: „Im Kontext der Digitalisierung steht aus arbeitsmarktpolitischer Sicht insbesondere die Frage im Zentrum, wie sich die Beschäftigung in Zukunft entwickeln wird.[...] Für den Bundesrat ist es zentral, weiterhin eine möglichst hohe Erwerbsbeteiligung und gute Arbeitsbedingungen zu sichern“ (BUNDESRAT, Auswirkungen der Digitalisierung, S. 4,7).

¹⁴ SECO, Ecoplan, S. 18.

¹⁵ Siehe UN SPECIAL RAPPOREUR, Report 2018.

¹⁶ UN SPECIAL RAPPOREUR, Report 2018, S. 6f.

¹⁷ Vgl. WEBER, Internet of Things; G20, Ministerial Statement, Ziff. 26.

des recommandations, ou de prendre des décisions influant sur des environnements réels ou virtuels. Les systèmes d'IA sont conçus pour fonctionner à des degrés d'autonomie divers.¹⁸

Diese Empfehlung adressiert in allgemeiner Weise den verantwortungsvollen Umgang aller mit KI befassten Akteure mit Blick auf wirtschaftliche Veränderungen, den Wettbewerb, Veränderungen auf dem Arbeitsmarkt, Ungleichheiten sowie Auswirkungen auf die Demokratie und die *Menschenrechte, den Schutz der Privatsphäre und den Datenschutz* wie auch die digitale Sicherheit.¹⁹ Hervorzuheben in diesem Zusammenhang ist insbesondere die explizite Nennung der Menschenrechte, des Schutzes der Privatsphäre wie auch des Datenschutzes, welche im Rahmen von KI-Anwendungen geachtet werden sollen.²⁰ Die Wirtschafts- und Handelsminister der G20 haben sich Anfang Juni 2019 ebenfalls in allgemeiner Weise mit dem Thema KI beschäftigt und sich in ihrem abschliessenden Statement u.a. auch auf die genannte OECD-Empfehlung gestützt.²¹

Während national wie auch international unterschiedliche Themen im Schnittbereich Digitalisierung/Privatsphäre und Digitalisierung/Arbeitsplatz diskutiert werden, wird dem Schutz der Privatsphäre *im Arbeitsverhältnis* im Zeitalter der Digitalisierung bislang wenig Beachtung geschenkt. Ziel des vorliegenden SKMR-Teilprojektes „Digitalisierung und Privatsphäre im Arbeitsverhältnis“ ist es deshalb, (1) rechtliche Fragen im Zusammenhang mit dem Schutz der Privatsphäre von Arbeitnehmenden im Zeitalter der Digitalisierung zu identifizieren und (2) die Anwendbarkeit des bestehenden rechtlichen Rahmens (in der Schweiz) auf neue, sich im Zusammenhang mit der Digitalisierung ergebende Sachverhalte zu untersuchen. Entsprechend der Zielsetzung dieser Studie befassen sich die nachfolgend geschilderten Szenarien mit Situationen, in welchen eine Verletzung der Privatsphäre von Arbeitnehmenden durch Arbeitgebende möglich erscheint. Nicht behandelt werden potenzielle Verletzungen der Privatsphäre von Arbeitnehmenden durch Drittparteien (z.B. Bewertung von Lehrpersonen durch Schulkinder, Bewertung von Uber-Fahrdienst durch Kundenschaft etc.).

Da der Bewerbungsprozess durch dieselben Merkmale wie das spätere Arbeitsverhältnis – d.h. Asymmetrie und Interessenkonflikte – geprägt ist, wird er in die Szenarien miteinbezogen. Dieses Vorgehen ist gerechtfertigt, da die Arbeitgeberfürsorgepflicht durch analoge Rechtsanwendung Vorwirkungen im Rahmen des Bewerbungsprozesses entfalten kann (siehe Ziff.2).

Bevor die einzelnen Szenarien erläutert werden, wird dargelegt, aus welchen Rechtsgrundlagen sich das Recht auf Privatsphäre im Arbeitsverhältnis in der Schweiz ableitet.

¹⁸ OECD, KI, I.

¹⁹ OECD, KI, Präambel; allg. zum Thema Digitalisierung am Arbeitsplatz siehe <https://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/lang--en/index.htm> und z.B. HARTEIS, The impact of Digitalization in the Workplace.

²⁰ Vgl. OECD, KI, 1.2.

²¹ G20, Ministerial Statement, Ziff. 19.

2. Das Recht auf Privatsphäre im Arbeitsverhältnis

Wie bereits erwähnt, hat der EGMR die Anwendbarkeit von Art. 8 EMRK im Berufsleben grundsätzlich bejaht.²² Weder die EMRK noch andere einschlägige internationale Menschenrechtsverträge²³ beinhalten jedoch explizite Garantien zum Schutz der Privatsphäre *am Arbeitsplatz*. Auch die Internationale Arbeitsorganisation (ILO) hat diesbezüglich keine Konvention erlassen. Dennoch hat auch die ILO kürzlich zum Thema „l’avenir du travail“ eine Deklaration zu ihrem hundertjährigen Bestehen publiziert, in welcher sie, ohne im Detail darauf einzugehen, ihre Mitglieder dazu auffordert, den Schutz der Privatsphäre und der persönlichen Daten am Arbeitsplatz im digitalen Zeitalter zu gewährleisten.²⁴

Auf nationaler Ebene ist Art. 13 BV²⁵ das Pendant zu Art. 8 EMRK. Während Art. 13 Abs. 1 BV²⁶ den Schutz der Privatsphäre in sehr ähnlicher Weise formuliert wie Art. 8 EMRK, beinhaltet Art. 13 Abs. 2 BV²⁷ zusätzlich einen Anspruch auf den Schutz vor dem Missbrauch von persönlichen Daten. Auch wenn Art. 13 BV nicht einen direkten Bezug zum Arbeitsplatz enthält, wird gleichwohl analog zu Art. 8 EMRK die Meinung vertreten, dass die Ausübung beruflicher Tätigkeiten unter diese Bestimmung fallen kann.²⁸

Ein spezifischer Anspruch auf den Schutz der Privatsphäre der Arbeitnehmenden gegenüber Arbeitgebenden ergibt sich aus dem in Art. 328 OR²⁹ enthaltenen arbeitsrechtlichen Persönlichkeitsschutz³⁰, welcher den allgemeinen Persönlichkeitsschutz von Art. 27ff. ZGB konkretisiert und eine sog. Arbeitgeberfürsorgepflicht begründet.³¹ Diese Fürsorgepflicht besteht „während der Dauer des Arbeitsvertrages, hat aber durch analoge Anwendung auch bereits Vorwirkungen in die Zeit der Bewerbung hinein“.³²

In Art. 328 Abs. 1 OR wird der Persönlichkeitsschutz dahingehend konkretisiert, dass Arbeitgebende die „Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen“ und „alle Eingriffe in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu unterlassen [haben], die nicht durch den Arbeitsvertrag gerechtfertigt sind“.³³ Demnach kann z.B. eine Verletzung der Privatsphäre vorliegen, wenn Einsicht

²² Allg. siehe EGMR, *Affaire Niemietz c. Allemagne*, 13710/88 (1992), und EGMR, *Taliadorou and Stylianou v. Cyprus*, 39627/05 and 39631/05 (2008); bezüglich privater Telefongespräche in den Lokalitäten von Arbeitgebenden siehe EGMR, *Halford v. The United Kingdom*, 20605/92 (1997); bezüglich privatem E-Mail Verkehr und persönlichem Internetgebrauch, EGMR, *Copland v. The United Kingdom*, 62617/00 (2007) und EGMR, *Bărbulescu v. Romania*, 61496/08 (2017).

²³ Vgl. Art. 17 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.2, und Art. 6, 7, 10, 12 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.1.

²⁴ ILO, *Declaration du Centenaire*, III.C.v.

²⁵ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

²⁶ Art. 13 Abs. 1 BV: Jede Person hat Anspruch auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihres Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs.

²⁷ Art. 13 Abs. 2 BV: Jede Person hat Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten.

²⁸ BREITENMOSER UND SCHWEIZER, Art. 13, N 28.

²⁹ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220.

³⁰ BRÜHWILER, *Einzelarbeitsvertrag*, OR 328, N 12.

³¹ REHBINDER, STÖCKLI, *Der Arbeitsvertrag*, OR 328, N 4.

³² REHBINDER, STÖCKLI, *Der Arbeitsvertrag*, OR 328, N 1; siehe auch BRÜHWILER, *Einzelarbeitsvertrag*, OR 328, N 12, bezüglich des Persönlichkeitsschutzes von BewerberInnen. Brühwiler lehnt jedoch die analoge Anwendung der Fürsorgepflicht auf die Phase der Vertragsverhandlung ab, da eine Solche seiner Ansicht nach den Bestand (und somit den vorgängigen Abschluss) eines Arbeitsvertrages voraussetzt (BRÜHWILER, *Einzelarbeitsvertrag*, OR 320, N 8).

³³ REHBINDER, STÖCKLI, *Der Arbeitsvertrag*, OR 328, N 4.

in den privaten E-Mail-Verkehr genommen wird³⁴, private Telefone abgehört³⁵ oder heimlich die Büros von Angestellten durchsucht werden³⁶.

Die in Art. 328 OR enthaltene allgemeine Fürsorgepflicht wird durch die datenschutzrechtliche Sonderbestimmung von Art. 328b OR ergänzt: „Der Arbeitgeber darf Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind“. Diese Bestimmung konkretisiert somit in materieller Hinsicht den „Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers beim Umgang mit Arbeitnehmerdaten“.³⁷ Ergänzend zu dieser Bestimmung kommt das Datenschutzgesetz (DSG³⁸) zur Anwendung. Die Arbeitnehmenden ihrerseits haben eine Interessenwahrungs- und Sorgfaltspflicht gegenüber den Arbeitgebenden (Art. 321a OR).

In den nachfolgenden Szenarien werden im Zusammenhang mit der Digitalisierung stehende und für das Berufsleben relevante Sachverhalte beschrieben, in welchen eine Verletzung der Privatsphäre von Arbeitnehmenden durch Arbeitgebende möglich erscheint und in welchen sich aus Sicht des Projektteams zentrale rechtliche Fragen hinsichtlich des Schutzes der Privatsphäre am Arbeitsplatz im Zeitalter der Digitalisierung stellen.

3. Szenarien

3.1 Informationsbeschaffung im Internet und in sozialen Netzwerken während des Bewerbungsprozesses

Während des Auswahlprozesses für die Belegung einer vakanten Arbeitsstelle gibt es heute eine Vielzahl von Möglichkeiten für Arbeitgebende, sich zusätzlich zum Gespräch mit Stellenbewerbenden und den von ihnen eingereichten Unterlagen über das Internet und digitale soziale Netzwerke³⁹ weitere Informationen über die Bewerbenden zu verschaffen. Dieses Informationsinteresse basiert auf dem Wunsch, sich ein möglichst umfassendes Bild von potenziellen neuen Angestellten zu machen und nicht im sprichwörtlichen Sinne die Katze im Sack zu kaufen. Das Internet bietet hierzu eine Fülle von Informationen über Privatpersonen, die von diesen selbst oder von Drittpersonen freigegeben werden, in zeitlicher Hinsicht praktisch unbeschränkt abrufbar bleiben und letztlich ein „Vergessen“ nahezu unmöglich machen.⁴⁰

Aus rechtlicher Sicht stellen sich im Zusammenhang mit der Informationsbeschaffung von Arbeitgebenden über Stellenbewerbende unterschiedliche Fragen, welche den Schutz der Privatsphäre Letzterer betreffen. Eine grundlegende Frage ist, ob im Internet zugängliche Informationen über Stellenbewerbende öffentlich sind oder ob es sich bei Social Media-Einträgen um ein privates Gut handelt. Insbesondere mit Blick auf beruflich geprägte Soziale Medien (LinkedIn, Xing) stellt sich

³⁴ Vgl. EGMR, *Bărbulescu v. Romania*, 61496/08 (2017).

³⁵ Vgl. EGMR, *Halford v. The United Kingdom*, 20605/92 (1997).

³⁶ Vgl. EGMR, *Affaire Niemiets c. Allemagne*, 13710/88 (1992).

³⁷ BRÜHWILER, *Einzelarbeitsvertrag*, OR 328b, S. 242.

³⁸ Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 19. Juni 1992, SR 235.1.

³⁹ Das Aufkommen von Social Media, d.h. „Internetplattformen, auf denen Nutzer Beiträge für andere Nutzer veröffentlichen“, hat die Kommunikation im Internet in den letzten Jahren stark geprägt. Beispiele von Social Media sind Facebook, LinkedIn, Twitter, Blogs, Wikis, Online Video- und Foto-Portale (z.B. Pinterest), Bewertungs- und Empfehlungs-Seiten (z.B. Tripadvisor) wie auch Video- und Text-Chats (z.B. Skype, Whatsapp) (siehe WILDHABER/HÄNSENBERGER, *Social Media-Kontakte*, S. 529f.).

⁴⁰ Vgl. WEBER UND HEINRICH, *Vergessen*, S. 1; siehe auch EuGH, *C-131/12, Google Spain SL, Google Inc. gegen Agencia Española de Protección de Datos*, Urteil vom 13.5.2014.

zudem die Frage, ob diese aufgrund der beruflichen Natur der Inhalte rechtlich unterschiedlich zu beurteilen sind als andere Soziale Medien.⁴¹

Die Informationsbeschaffung von Seiten der Arbeitgebenden im Rahmen des Bewerbungsprozesses richtet sich nach Art. 328b OR und beinhaltet alle Informationen, welche für die jeweilige Stelle und die Eignung dafür relevant sind. Grundsätzlich stellt sich somit bei allen im Internet zugänglichen Informationen die Frage der Abgrenzung zwischen für die Arbeitsstelle relevanten und nicht relevanten Informationen.⁴² Des Weiteren ist in diesem Zusammenhang zu untersuchen, ob die Möglichkeit der Nutzer, die Zugänglichkeit der Informationen für gewisse Personenkreise über die Profileinstellungen einzuschränken, einen Einfluss auf den (privaten oder öffentlichen) Charakter der Information hat.⁴³ Hinsichtlich der Urheberschaft muss hierbei beachtet werden, dass die Privatsphäre betreffende Informationen ohne das Wissen und u.U. auch gegen den Willen einer Person im Internet vorhanden sein können, was die weiterführende Frage aufwirft, ob die (private oder öffentliche) Natur der Information mit der Urheberschaft im Zusammenhang steht.⁴⁴

Die Informationsbeschaffung über Stellenbewerbende kann einerseits manuell durch die Arbeitgebenden selber vorgenommen werden; andererseits gibt es auch Algorithmen, welche ein solches Profiling vornehmen und Bewerbende gestützt auf (programmierte) Kriterien der Arbeitgebenden aufgrund von im Internet vorhandenen Daten auf deren Eignung für eine ausgeschriebene Stelle evaluieren. Die automatisierte Informationsbeschaffung im Rahmen des Bewerbungsprozesses wird nachfolgend unter Ziff. 3.2 (a) behandelt.

3.2 Verwendung von Algorithmen und künstlicher Intelligenz (KI) im Bewerbungsprozess

In heutigen Anstellungsverfahren werden zusätzlich zu herkömmlichen Evaluierungsmethoden immer häufiger Algorithmen⁴⁵, d.h. sog. Codes oder Programme⁴⁶, und Systeme der künstlichen Intelligenz (KI) eingesetzt, um Arbeitgebende im Auswahlprozess von Bewerbenden zu unterstützen und entlasten.⁴⁷ Die folgenden zwei Methoden erscheinen dem Projektteam *mit Blick auf die Privatsphäre* der Stellenbewerbenden von besonderer Relevanz: a) auf Algorithmen gestützte Internet-Datenanalysen und b) Verwendung von KI im Rahmen von Anstellungsinterviews.

a) Mithilfe von Algorithmen werden im Internet vorhandene Daten von Bewerbenden zum Zweck der Persönlichkeitsbewertung analysiert (sog. Profiling⁴⁸) und mit dem Stellenprofil abgeglichen, woraufhin eine Vorselektion der Stellenbewerbenden basierend auf einer algorithmischen Empfehlung vorgenommen wird.⁴⁹ Analog zu menschlichen Entscheidungen basierend auf im Internet zu-

⁴¹ Vgl. CUSTERS AND URSIC, Worker Privacy; STREIFF ET AL., Art. 328b, N. 9 und 10; TOTTEN AND MACDONALD, Balancing Workplace, S. 43ff. und DSB ZH, Merkblatt, 3.2.

⁴² BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, OR 320, N 8b; SCHÜRER UND WANNER, Arbeit und Recht, S. 56; siehe auch DSB ZH, MERKBLATT, und BGE 122 V 267, E. 3a.

⁴³ Vgl. DSB ZH, Merkblatt, 3.2., CUSTERS AND URSIC, Worker Privacy, S. 328.

⁴⁴ DSB ZH, Merkblatt, 3.1.

⁴⁵ Für eine Begriffsdefinition siehe: HÖFER, Algorithmen.

⁴⁶ HOFER, Algorithmen, Rz. 3.

⁴⁷ Siehe auch supra note 18 für eine Definition von KI; allg. zu KI und Arbeitsplatz/ Bewerbungsverfahren siehe DATATILSYNET, AI; TWOMEY, Digitalization; SÖBBERING, KI; WILDHABER, Répercussions juridiques de la robotique; S.213ff.

⁴⁸ Zum Begriff ‚Profiling‘ siehe MCDONALD et al. Profiling.

⁴⁹ Siehe DAEDELLOW, Algorithmen.

gänglichen Daten besteht auch bei algorithmischen Analysen die Gefahr, dass nicht stellenrelevante, private Informationen in die Empfehlung mit einfließen, je nachdem welche Handlungsanweisung dem Algorithmus zugrunde liegt.⁵⁰ Hinsichtlich der Frage der Öffentlichkeit der im Internet zugänglichen Informationen stellen sich im Zusammenhang mit der Verwendung von Algorithmen dieselben rechtlichen Probleme, wie wenn eine natürliche Person das Internet und Soziale Medien zur Informationsbeschaffung über Stellenbewerbende benutzt (vgl. Ziff. 3.1.). Weitergehende rechtliche Fragen können sich bei Algorithmen-basierten Datenanalysen jedoch bezüglich der Speicherung und weiteren Bearbeitung von persönlichen Daten der Stellenbewerbenden ergeben.

b) Bei der Verwendung von KI im Rahmen von Anstellungsinterviews wird der menschliche Interviewpartner durch ein auf KI basierendes System ersetzt, welches das Interview autonom führen und Antworten der Bewerbenden analysieren kann.⁵¹ Analog zu herkömmlichen Bewerbungsinterviews müssen die von automatisierten „Interviewpartnern“ gestellten Fragen den Anforderungen an rechtlich zulässige Interviewfragen genügen.⁵² Je nach System und Grad der „Intelligenz“ der verwendeten Systeme können sich jedoch weitergehende rechtliche Fragen bezüglich des Schutzes der Privatsphäre der Stellenbewerbenden stellen. Insbesondere in Situationen, in welchen das Gespräch autonom geleitet wird und im Verlaufe dessen rechtlich geschützte Interessen von Arbeitgebenden und Stellenbewerbenden von KI-Systemen gegeneinander abgewogen werden müssen, ist ein Eingriff in die Privatsphäre der Stellenbewerbenden denkbar. Eine weitere Kategorie von KI-Systemen ermöglicht es im Rahmen von Anstellungsinterviews, Emotionen⁵³ und physiologische Reaktionen von Stellenbewerbenden, wie z.B. den Gesichtsausdruck⁵⁴, die Sprache⁵⁵ oder den Herzschlag, zu messen.⁵⁶ Nebst der Tatsache, dass auf diese Weise eine Vielfalt höchstpersönlicher Daten der Stellenbewerbenden analysiert und für automatisierte Empfehlungen verwendet werden, können sich auch hier weitergehende Probleme hinsichtlich der Bearbeitung und Speicherung dieser sensiblen Daten ergeben.⁵⁷

In genereller Weise bleibt mit Blick auf die Verwendung von Algorithmen und KI im Rahmen von Bewerbungsverfahren festzuhalten, dass solche Systeme nach geltendem Recht keine eigene Rechts- und Handlungsfähigkeit besitzen und somit nicht direkt für die Verletzung der Privatsphäre der Bewerbenden verantwortlich gemacht werden können.⁵⁸ Im Kontext des Arbeitsrechts verbleibt die Verantwortung für eine Grundrechtsverletzung den Stellenbewerbenden gegenüber somit bei den Arbeitgebenden.⁵⁹

⁵⁰ Vgl. z.B. GOODMAN, Amazon; in diesem Fall stellte sich heraus, dass der von Amazon verwendete Algorithmus diskriminierende Auswirkungen auf die Rekrutierung von Frauen hatte, da die für den Algorithmus verwendeten Daten aus den Profilen von aktuellen, überwiegend männlichen Angestellten extrahiert wurden.

⁵¹ Siehe z.B. WILDHABER, Répercussions juridiques de la robotique, S. 213ff.; HUSMANN, KI.; HEILMANN, AI; DIMOV UND JUZENAITE, Chatbots und HANSEN, Recruiting.

⁵² Siehe z.B. WILDHABER, Répercussions juridiques de la robotique, S. 216f.

⁵³ DIMOV UND JUZENAITE, Chatbots.

⁵⁴ HUSMANN, KI.

⁵⁵ HANSEN, Recruiting.

⁵⁶ Z.B. WILDHABER, Robotik, S. 215f.

⁵⁷ Siehe z.B. WILDHABER, RÉPERCUSSIONS JURIDIQUES DE LA ROBOTIQUE; S. 216f.

⁵⁸ WILDHABER, Répercussions juridiques de la robotique, S. 221ff.; SÖBBERING, KI, S. 65.ff. Zur Verantwortlichkeit mit Blick auf KI-Systeme im Allgemeinen siehe MÉTILLE UND GUYOT, ROBOTS.

⁵⁹ WILDHABER, Robotik, S. 217f.; SÖBBERING, KI, S. 65.ff.

3.3 Digital optimierte Arbeitsabläufe durch Wearables and KI

Der Einsatz von digitalen Technologien ermöglicht es Arbeitgebenden, gewisse Tätigkeiten von Arbeitnehmenden elektronisch zu steuern und unterstützen. In jüngerer Vergangenheit immer populärer wurden sog. Wearables, welche der Optimierung von Arbeitsabläufen dienen sollen und dem Schutz der Gesundheit und der Sicherheit der Arbeitnehmenden förderlich sein können.⁶⁰ Wearables sind „mobile Computersysteme, die während der Anwendung vom Benutzer [in casu Arbeitnehmende] getragen werden oder an seinem Körper befestigt sind“.⁶¹ Diese Systeme sammeln unablässig Daten, welche mithilfe von Algorithmen ausgewertet werden.⁶² Die praktischen Anwendungsmöglichkeiten dieser tragbaren Computersysteme sind äusserst vielseitig und in vielen Bereichen zu finden.⁶³ So können GPS-gesteuerte Computer z.B. die Reihenfolge der Aus- und Zulieferung von Waren oder Ruhe- und Fahrzeiten vorgeben.⁶⁴ Smarte Handschuhe können dazu verwendet werden, einzelne Arbeitsschritte zu dokumentieren und kontrollieren und Smart Glasses eignen sich dazu, Arbeitnehmende im Rahmen von komplexen Arbeitsabläufen anzuleiten.⁶⁵ Gewisse auf KI basierende Geräte ermöglichen es zudem, Verhaltensmuster der Benutzer zu erkennen und entsprechende Hinweise anzubringen (z.B. bei Müdigkeit oder Stress) respektive korrigierend einzugreifen.⁶⁶ Nebst digital gesteuerten Arbeits- und Ruhezeiten geht es in diesem Szenario insbesondere um die elektronische Erhebung von Daten der Arbeitnehmenden, da Arbeitsschritte erfasst, bewertet und gegebenenfalls vorgegeben werden können. Mit Blick auf die Wahrung der Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmenden im Rahmen von Art. 328b OR stellt sich bei diesen Sachverhalten die weiterführende Frage, ob die Datenerhebung nur der Leistungs- oder ebenfalls der Verhaltenskontrolle der Arbeitnehmenden dient (siehe auch Ziff. 3.4).⁶⁷

3.4 Überwachungs- und Kontrollsysteme am Arbeitsplatz

Im von der Digitalisierung geprägten Arbeitsverhältnis gibt es eine Vielzahl von Situationen, in welchen Arbeitnehmende in unterschiedlichster Art und Weise durch Arbeitgebende überwacht oder kontrolliert werden. Dabei werden unterschiedliche Ziele wie die Überwachung der Arbeitsleistung oder Sicherheitsinteressen (z.B. Vermeidung von Cyberangriffen bei der Nutzung digitaler Medien) verfolgt. Insbesondere die Verwendung von Algorithmen in Kombination mit dem IoT und Big Data hat dazu beigetragen, dass eine systematische Kontrolle der Angestellten immer umfassender möglich ist und Entscheidungen der Arbeitgebenden die Arbeitnehmenden betreffend immer öfter auf Grundlage von algorithmischen Prozessen getroffen werden. Im Folgenden werden exemplarisch einige digitale Überwachungs- und Kontrollsysteme am Arbeitsplatz näher erläutert.

⁶⁰ ALLENSPACH, Wearables, S. 1.

⁶¹ DZIDA, Wearables am Arbeitsplatz, S.146; siehe auch ALLENSPACH, Wearables und BAUER ET AL. Wear@Work, S. 531f.

⁶² ALLENSPACH, Wearables, S. 1.

⁶³ Siehe z.B. DZIDA, Wearables am Arbeitsplatz, S. 146; ALLENSPACH, Wearables, Rz. 4ff.; PWC, Wearable Technology.

⁶⁴ DR. DATENSCHUTZ, Wearables.

⁶⁵ DZIDA, Wearables am Arbeitsplatz, S. 146; ALLENSPACH, Wearables, Rz. 4ff., bezüglich Smart Glasses siehe auch MÜHLEMATTER UND DONNO, Smart Glasses.

⁶⁶ Siehe z.B. WILDHABER, Robotik, S. 218ff.; für Beispiele von Wearables, welche KI-Technologie verwenden, siehe DE JESUS, Wearable data.

⁶⁷ Vgl. EDÖB, Tätigkeitsbericht 2005/6, S. 68f.

Bereits seit längerer Zeit bekannt ist die Telefon⁶⁸- und Videoüberwachung am Arbeitsplatz⁶⁹ wie auch die Überwachung des privaten Internetverhaltens von Arbeitnehmenden⁷⁰, einschliesslich der Nutzung von sozialen Medien und E-Mail Verkehr⁷¹. Eine Kontrolle der Arbeitnehmenden kann zudem über am Arbeitsplatz verwendete Wearables vorgenommen werden (siehe Ziff. 3.3). Nebst der Möglichkeit zur Kontrolle der Angestellten durch arbeitsplatzspezifische Wearables werden heutzutage im Rahmen von betriebsinternen Gesundheitsprogrammen ebenfalls sog. Fitbits (Fitnessarmbänder) oder Smartwatches eingesetzt, welche Gesundheitsdaten von Arbeitnehmenden während und ausserhalb der Arbeitszeit speichern.⁷² Insbesondere im Aussendienst- und Transportbereich werden zudem oftmals Navigationsgeräte mit GPS-Funktion verwendet, um Mitarbeiterbewegungen ausserhalb des Betriebs lokalisieren und Bewegungsprofile erstellen zu können.⁷³ Das IoT schliesslich ermöglicht es, all diese Devices / Nutzerinformationen miteinander zu verbinden und so detaillierte Persönlichkeitsprofile mithilfe von Big Data Analysen zu erstellen.

Des Weiteren gibt es immer mehr biometrische Überwachungs- und Kontrollverfahren. Im Rahmen von biometrischen Erkennungsverfahren findet eine „automatisierte Messung von natürlichen, hoch charakteristischen, physiologischen oder verhaltenstypischen Merkmalen von Menschen zum Zweck der Unterscheidung von anderen Personen“ statt.⁷⁴ Nebst dem Fingerabdruckverfahren gibt es auch biometrische Verfahren zur Erkennung von Gesicht, Stimme, Handgeometrie und Handschrift.⁷⁵ Im Vergleich zu herkömmlichen Videoüberwachungsanlagen wird bei biometrischen Verfahren ein automatisierter Abgleich mit Referenzdaten gemacht.⁷⁶ Mögliche Anwendungsfälle im Bereich des Berufslebens sind biometrische Zutrittskontrollen, Kassensysteme, Zugangskontrollen bei PC-Arbeitsplätzen, die biometrische Sicherung von Speichermedien wie auch die Absicherung der Authentizität von Mitarbeiterhandlungen.⁷⁷

In allen genannten Überwachungs- und Kontrollbeispielen wird potentiell eine grosse Fülle an persönlichen Daten von Arbeitnehmenden bearbeitet und es besteht die Gefahr, dass die Privatsphäre der Angestellten verletzt wird. Aus rechtlicher Sicht erscheint insbesondere relevant, auf welche Weise Arbeitgebende solche Daten bearbeiten und verwenden. Analog zu Ziff. 3.3 ist im Zusammenhang mit der Überwachung von Arbeitnehmenden von Bedeutung, ob die Überwachung der Leistungs- oder der Verhaltenskontrolle der betroffenen Personen dient.⁷⁸ Hinsichtlich der Erfassung, Speicherung und Bearbeitung von privaten Daten von Arbeitnehmenden stellt sich die zusätzliche Frage, inwieweit Art. 328b OR Arbeitgebende verpflichtet, Massnahmen zu ergreifen, um den Schutz vor Missbrauch von privaten Daten der Arbeitnehmenden zu gewährleisten.

⁶⁸ EDÖB, Erläuterungen zur Telefonüberwachung.

⁶⁹ EDÖB, Tätigkeitsbericht 1999/2000, S. 31ff.; EDÖB, Tätigkeitsbericht 2003/4, S. 52 und 88ff.; EDÖB, Tätigkeitsbericht 2014/5, S. 55 und EDÖB, Erläuterungen zur Videoüberwachung.

⁷⁰ Z.B., PÄRLI, Überwachung, S. 30ff. und ANANDARAJAN, Profiling, welcher bereits 2002 vorgeschlagen hatte, dass Arbeitgebende ein systematisches Profiling von der Internetnutzung von Arbeitnehmenden mithilfe von Algorithmen einführen sollten.

⁷¹ Vgl. EDÖB, E-Mail- und Internetüberwachung, und EDÖB, Tätigkeitsbericht 2009/10, S. 68; siehe auch PÄRLI, Überwachung, S. 30ff.

⁷² DZIDA, Wearables am Arbeitsplatz, S. 146; ALLENSPACH, Wearables, Rz. 5; PWC, Wearable Technology; FARR, Fitbit. Fitbits und Smartwatches wurden hierzulande bislang hauptsächlich im Versicherungsbereich eingesetzt (siehe EDÖB, Erläuterungen Fitnesstracker und EDÖB, Tätigkeitsbericht 2016/7, S. 26.).

⁷³ EDÖB, Tätigkeitsbericht 2005/6, S. 68f.; EDÖB, Tätigkeitsbericht 2017/8, S. 27f.

⁷⁴ HORNING UND STEIDLE, Biometrie, S. 203.

⁷⁵ HORNING UND STEIDLE, Biometrie, S. 203.

⁷⁶ HORNING UND STEIDLE, Biometrie, S. 203.

⁷⁷ HORNING UND STEIDLE, Biometrie, S. 203; EDÖB, Tätigkeitsbericht 2017/8, S. 28.

⁷⁸ Vgl. EDÖB, Tätigkeitsbericht 2005/6, S. 68f.

3.5 Die Telearbeit: Emanzipation der Arbeit von Arbeitszeit und Arbeitsort (vgl. auch Szenario 3.6 – BYOD)

Wie bereits weiter oben geschildert, hat die Digitalisierung nicht nur einen Einfluss auf die eigentliche Arbeit eines Arbeitnehmenden, sondern ebenfalls darauf, dass die Arbeitsleistung in unselbstständigen Arbeitsverhältnissen in vielen Berufen örtlich und zeitlich flexibel durchgeführt werden kann. Die durchgängige Verfügbarkeit des Internets ermöglicht es bei vielen Tätigkeiten, einen Teil der Arbeit unterwegs, von Zuhause oder in der Nähe des Wohnortes zu leisten.⁷⁹ Diese Form der Arbeit wird unter den Begriff der Telearbeit subsumiert.⁸⁰ Telearbeit charakterisiert sich dadurch, dass die Arbeitsleistung ausserhalb der Betriebsstätte stattfindet und einen dezentralen Arbeitsplatz mit einer telekommunikationsgestützten Verbindung zum betrieblichen Arbeitsplatz erfordert (mittels PC, Laptops, Tablets, Mobiltelefonen).⁸¹ Während es auch (manuelle) Arten der Telearbeit gibt, befasst sich dieses Szenario nur mit digital gestützter Telearbeit.

Die Verfügbarkeit von Arbeitnehmenden unabhängig von Zeit und Ort hat potenziell vielseitige Konsequenzen hinsichtlich der Trennung von Berufs- und Privatleben und kann zu einer sog. Entgrenzung zwischen Arbeit und Freizeit führen.⁸² Während die Telearbeit einerseits einen organisatorischen Autonomiegewinn für die Arbeitnehmenden mit sich bringen kann, u.a. auch mit Blick auf die Gestaltung der Privatsphäre, so kann diese Art der Arbeit ebenfalls einen Verlust an Schutz der Privatsphäre zur Folge haben. So wird beispielsweise Telearbeit oftmals ausserhalb der gesetzlichen Arbeitszeit geleistet, Arbeitnehmende sind auch ausserhalb der Arbeitszeit erreichbar und es besteht die Gefahr, dass gesetzliche Pausen und Ruhezeiten nicht mehr eingehalten werden.⁸³ Dieses Szenario beschäftigt sich somit unmittelbar mit dem Problem, welches im vorhergehenden Zitat aus *Affaire Niemiets c. Allemagne* angesprochen wird, nämlich dass sich die Tätigkeiten von Individuen nicht immer klar dem Privat- oder Berufsleben zuordnen lassen.⁸⁴

Wie bereits weiter oben angesprochen⁸⁵, ermöglichen die heutigen digitalen Technologien ebenfalls die Entstehung *neuer* orts- und zeitunabhängiger Arbeitsformen, allen voran die internetbasierte Plattformökonomie. Diese Plattformen „eignen sich zum Anbieten eigener Produkte und Dienstleistungen, zur Suche nach Dienstleistungen und Produkten, zur Zusammenarbeit mit Bezug auf ein gemeinsames Projekt (Crowdworking bzw. Collaborative Economy) oder zur blossen Vermittlung von Dienstleistungen und Produkten (On-Demand-Economy)“.⁸⁶ Aufgrund der Vielfalt von Arbeitsformen im Rahmen der Plattformökonomie bedarf es einer Einzelfallabklärung, ob es sich bei diesen Arbeiten um eine selbständige oder unselbständige Arbeitstätigkeit handelt und inwieweit sich hinsichtlich des Schutzes der Privatsphäre der Leistungserbringer ähnliche Probleme ergeben können wie bei der herkömmlichen Telearbeit.⁸⁷

⁷⁹ BUNDESRAT, Auswirkungen der Digitalisierung, S. 38.

⁸⁰ Zur Abgrenzung zur Heimarbeit, siehe BUNDESRAT, Rechtliche Folgen der Telearbeit, S. 8f.

⁸¹ BUNDESRAT, Rechtliche Folgen der Telearbeit, S. 7, siehe auch DÄUBLER, Entgrenzung, S. 59.

⁸² Siehe z.B. DÄUBLER, Entgrenzung; PÄRLI, Schutz der Privatsphäre, S. 54.

⁸³ Dies wird auch durch einen kürzlich veröffentlichten Bericht der ILO bestätigt, ILO AND EUROFUND, Working anytime, anywhere, S. 57ff.

⁸⁴ EGMR, *Affaire Niemiets c. Allemagne*, 13710/88 (1992), Rz 29.

⁸⁵ Siehe supra note 14.

⁸⁶ RIEMER-KAFKA, Plattformarbeit, S. 588, mit Verweis auf BUNDESRAT, Auswirkungen der Digitalisierung, S. 39f.; siehe auch SECO, Ecoplan, S. 69ff.

⁸⁷ RIEMER-KAFKA, Plattformarbeit, S. 589, 596ff.; BUNDESRAT, Auswirkungen der Digitalisierung, S. 56.

3.6 BYOD („bring your own device“): Nutzung privater Geräte am (Tele-)Arbeitsplatz

Eine weitere die Privatsphäre von Arbeitnehmenden tangierende Frage betrifft die Nutzung privater Geräte zur Erbringung einer Arbeitsleistung.⁸⁸ So werden bei der Telearbeit/Plattformökonomie oftmals private Geräte genutzt, über das Arbeitsgerät (Laptop) hin zum privaten Drucker oder das Mobiltelefon.⁸⁹ Die Nutzung von privaten Geräten zur Arbeitserbringung ist jedoch nicht zwingend auf die privaten Räumlichkeiten der Arbeitnehmenden beschränkt; ebenfalls gängig ist die Nutzung solcher Geräte in den Räumlichkeiten der Arbeitgebenden. Die Nutzung von privaten Geräten zur Arbeitserbringung *unabhängig* vom Erfüllungsort wird unter das Konzept „Bring your own device“ (BYOD) subsumiert.⁹⁰ Vorteile von BYOD sind zum Beispiel die bessere Erreichbarkeit, Kostenteilung wie auch die Gerätekenntnisse.⁹¹ Im Rahmen der Nutzung solcher Geräte ist eine klare Trennung zwischen Privat- und Berufssphäre typischerweise nicht möglich, da auf demselben Gerät persönliche wie auch berufliche Daten bearbeitet werden. Die Nutzung von privaten Geräten am Arbeitsplatz kann somit datenschutzrechtliche Fragen aufwerfen, z.B. bei der Installation von Sicherheitsprogrammen (Spyware usw.) wie auch bei Programmen für die Datenverwaltung.⁹²

4. Abschliessende Bemerkungen

Die unter Ziff. 3 dargelegte (nicht abschliessende) Übersicht von Szenarien verdeutlicht, dass die Digitalisierung im Kontext des Schutzes der Privatsphäre am Arbeitsplatz eine Reihe von neuen rechtlichen Fragen aufwirft, welche es im Rahmen der kommenden SKMR-Studie zu beantworten gilt. Hierbei kann festgehalten werden, dass die bestehenden Rechtsgrundlagen keinen expliziten Digitalisierungsbezug aufweisen und diese Fragen im Sinne einer zeitgemässen Auslegung beantwortet werden müssen. Um sicherzustellen, dass die Privatsphäre der Arbeitnehmer im digitalen Zeitalter in gleichem Masse geschützt ist wie bisher, erscheint es auch zentral, sich im Sinne eines interdisziplinären Ansatzes mit den teils komplexen digitalen Entwicklungen auseinanderzusetzen.

⁸⁸ Siehe auch BUNDESRAT, Rechtliche Folgen der Telearbeit, S. 47, 56f.

⁸⁹ BUNDESRAT, Rechtliche Folgen der Telearbeit, S. 47.

⁹⁰ BUNDESRAT, Rechtliche Folgen der Telearbeit, S. 47.

⁹¹ EDÖB, BYOD.

⁹² BUNDESRAT, Rechtliche Folgen der Telearbeit, S. 56.

VERZEICHNISSE

Literatur:

- ALLENSPACH BRIGIT, Wearables am Arbeitsplatz, in: Jusletter 26. November 2018, zit.: ALLENSPACH, Wearables.
- ANANDARAJAN MURUGAN, Profiling Web Usage in the Workplace: A Behavior-Based Artificial Intelligence Approach, *Journal of Management Information Systems*, Vol. 19 (1), 2002, S. 243-266, zit.: ANANDARAJAN, Profiling.
- BAUER DENNIS ET AL., Wear@Work – A new approach for data acquisition using wearables, *Procedia CIPR* 50, 2016, S. 529-534, zit.: BAUER ET AL. Wear@Work.
- BREITENMOSE RAINER UND SCHWEIZER STEPHAN, Art. 13, in: Ehrenzeller Bernhard et al., *Die Schweizerische Bundesverfassung St. Galler Kommentar*, Zürich, 2014, zit. BREITENMOSE RAINER UND SCHWEIZER, Art. 13.
- BRÜHWILER JÜRGEN, Einzelarbeitsvertrag – Kommentar zu den Art. 319-343 OR, 3. Aufl. Basel 2014, zit.: BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, Art. [x].
- BUNDESRAT, Auswirkungen der Digitalisierung auf Beschäftigung und Arbeitsbedingungen – Chancen und Risiken: Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Postulate 15.3854 Reynard vom 16.09.2015 und 17.3222 Derder vom 17.03.2017, 2017, zit.: BUNDESRAT, Auswirkungen der Digitalisierung
- BUNDESRAT, Rechtliche Folgen der Telearbeit: Bericht des Bundesrates zum Postulat 12.3166 Meier-Schatz, 2016, zit.: BUNDESRAT, Rechtliche Folgen der Telearbeit.
- CUSTERS BART AND URSIC HELENA, Worker Privacy in a Digitalized World under European Law, 39 *Comp. La. L. & Pol'y J.*, 2018, S.323-344, zit.: CUSTERS AND URSIC, Worker Privacy.
- DAEDEL ROMY, Wenn Algorithmen (unfair) über Menschen entscheiden...: Welchen Schutz bietet die Datenschutz-Grundverordnung?, in: Jusletter 26. November 2018, zit.: DAEDEL, Algorithmen.
- DATATILSYNET, Artificial intelligence and privacy, 2018, abrufbar unter: <https://www.datatilsynet.no/globalassets/global/english/ai-and-privacy.pdf> (zuletzt besucht am 29.11.2018), zit.: DATATILSYNET, AI.
- DATENSCHUTZBEAUFTRAGTER KANTON ZÜRICH, Merkblatt Online-Recherchen über Stellenbewerber, 2017, abrufbar unter: https://dsb.zh.ch/internet/datenschutzbeauftragter/de/themen/weitere_themen/personalwesen/_jcr_content/contentPar/downloadlist_1/downloaditems/15_1374128868201.spooler.download.1510214358848.pdf/Merkblatt_Online_Recherche_Bewerber.pdf (zuletzt besucht am 26.11.2018), zit.: DSB ZH, Merkblatt.
- DÄUBLER, WOLFGANG, Entgrenzung der Arbeit – ein Problem des Arbeitsrechts?, *Soziales Recht*, Vol. 4 No. 2, 2014, S. 45-65, zit.: DÄUBLER, Entgrenzung.
- DE JESUS AYN, Using Wearable Data for Artificial Intelligence Applications – Current Use Cases, 2.10.2018, abrufbar unter: <https://www.techemergence.com/using-wearable-data-for-artificial-intelligence-applications-current-use-cases/> (zuletzt besucht am: 20.11.2018), zit.: DE JESUS, Wearable data.

- DIMOV DANIEL UND JUZENAITE RASA, Privacy Concerns About Emotional Chatbots, 16. Februar 2018, abrufbar unter: <https://resources.infosecinstitute.com/privacy-concerns-emotional-chatbots/#gref> (zuletzt besucht am: 13.12.2018), zit.: DIMOV UND JUZENAITE, Chatbots.
- DR. DATENSCHUTZ, Wearables im Beschäftigungsverhältnis – Was ist erlaubt?, 7. Juli 2017, abrufbar unter: <https://www.datenschutzbeauftragter-info.de/wearables-im-beschaefigungs-verhaeltnis-was-ist-erlaubt/> (zuletzt besucht am 22.10.2018), zit.: DR. DATENSCHUTZ, Wearables.
- DZIDA BORIS, Wearables am Arbeitsplatz – Wie tragbare Computersysteme Einzug in die Betriebe halten, Serie Arbeitsrechte 4.0., ArbRB 5/2016, S. 146-149, zit.: DZIDA, Wearables am Arbeitsplatz.
- EDÖB, Erläuterungen zum Einsatz von Fitnesstrackern im Versicherungsbereich, abrufbar unter: <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/gesundheit/kranken--und-unfallversicherungen/erlaeuterungen-zum-einsatz-von-fitnesstrackern-im-versicherungs.html> (zuletzt besucht am 18.10.2018), zit.: EDÖB, Erläuterungen Fitnesstracker.
- EDÖB, Bring Your Own Device (BYOD), abrufbar unter: <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/arbeitsbereich/bring-your-own-device--byod-.html> (zuletzt besucht am 14.12.2018), zit.: EDÖB, BYOD.
- EDÖB, 25. Tätigkeitsbericht 2017/2018, 2018, abrufbar unter: <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/dokumentation/taetigkeitsberichte/25--taetigkeitsbericht-2017-2018.html> (zuletzt besucht am 08.11.2018), zit.: EDÖB, Tätigkeitsbericht 2017/8.
- EDÖB, 24. Tätigkeitsbericht 2016/2017, 2017, abrufbar unter: <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/dokumentation/taetigkeitsberichte/24--taetigkeitsbericht-2016-2017.html> (zuletzt besucht am 08.11.2018), zit.: EDÖB, Tätigkeitsbericht 2016/7.
- EDÖB, Erläuterungen zur Videoüberwachung am Arbeitsplatz, 2016, abrufbar unter: <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/arbeitsbereich/ueberwachung-am-arbeitsplatz/erlaeuterungen-zur-videoueberwachung-am-arbeitsplatz.html> (zuletzt besucht am 22.11.2018), zit.: EDÖB, Erläuterungen zur Videoüberwachung.
- EDÖB, 22. Tätigkeitsbericht 2014/2015, 2015, abrufbar unter: <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/dokumentation/taetigkeitsberichte/22--taetigkeitsbericht-2014-2015.html> (zuletzt besucht am 08.11.2018), zit.: EDÖB, Tätigkeitsbericht 2014/5.
- EDÖB, Erläuterungen zur Telefonüberwachung am Arbeitsplatz, 2014, abrufbar unter: <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/arbeitsbereich/ueberwachung-am-arbeitsplatz/telefonueberwachung.html> (zuletzt besucht am 22.11.2018), zit.: EDÖB, Erläuterungen zur Telefonüberwachung.
- EDÖB, 17. Tätigkeitsbericht 2009/2010, 2010, abrufbar unter: <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/dokumentation/taetigkeitsberichte/aelttere-berichte/17--taetigkeitsbericht-2009-2010.html> (zuletzt besucht am 08.11.2018), zit.: EDÖB, Tätigkeitsbericht 2009/10.
- EDÖB, 13. Tätigkeitsbericht 2005/2006, 2006, abrufbar unter: <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/dokumentation/taetigkeitsberichte/aelttere-berichte/13--taetigkeitsbericht-2005-2006.html> (zuletzt besucht am 08.11.2018), zit.: EDÖB, Tätigkeitsbericht 2005/6.

- EDÖB, 11. Tätigkeitsbericht 2003/2004, 2004, abrufbar unter: <https://www.edoeb.admin.ch/e-doeb/de/home/dokumentation/taetigkeitsberichte/aeltere-berichte/11--taetigkeitsbericht-2003-2004.html>, zit.: EDÖB, Tätigkeitsbericht 2003/4.
- EDÖB, Die E-Mail- und Internetüberwachung am Arbeitsplatz, 2001, abrufbar unter: <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/dokumentation/taetigkeitsberichte/aeltere-berichte/8--taetigkeitsbericht-2000-2001/die-e-mail--und-internetueberwachung-am-arbeitsplatz.html> (zuletzt besucht am 06.12.2018), zit.: EDÖB, E-Mail- und Internetüberwachung.
- EDÖB, 7. Tätigkeitsbericht 1999/2000, 2000, abrufbar unter: <https://www.edoeb.admin.ch/e-doeb/de/home/dokumentation/taetigkeitsberichte/aeltere-berichte/7--taetigkeitsbericht-1999-2000.html> (zuletzt besucht am 08.11.2018), zit.: EDÖB, Tätigkeitsbericht 1999/2000.
- FARR CHRISTINA, How Fitbit Became The Next Big Thing In Corporate Wellness, 18. April 2016, abrufbar unter: <https://www.fastcompany.com/3058462/how-fitbit-became-the-next-big-thing-in-corporate-wellness> (zuletzt besucht am 10.11.2018), zit.: FARR, Fitbit.
- GOODMAN RACHEL, Why Amazon's Automated Hiring Tool Discriminated Against Women, 12. Oktober 2018, abrufbar unter: <https://www.aclu.org/blog/womens-rights/womens-rights-workplace/why-amazons-automated-hiring-tool-discriminated-against> (zuletzt besucht am 16.01.2019), zit.: GOODMAN, Amazon.
- HANSEN MAJA, Recruiting der Zukunft: Wie künstliche Intelligenz Bewerbungsverfahren beeinflussen wird, 3. August 2018, abrufbar unter: <https://onlinemarketing.de/jobs/artikel/recruiting-kuenstliche-intelligenz-bewerbungsverfahren> (zuletzt besucht am: 28.11.2018), zit.: HANSEN, Recruiting.
- HARTEIS CHRISTIAN (Hrsg.), The Impact of Digitalization in the Workplace: An Educational View, Cham, 2018, S. 183-195, zit.: HARTEIS, The impact of Digitalization in the Workplace.
- HEILMANN CARA, Artificial Intelligence And Recruiting: A Candidate's Perspective, 22. Juni 2018, abrufbar unter: <https://www.forbes.com/sites/forbescoachescouncil/2018/06/22/artificial-intelligence-and-recruiting-a-candidates-perspective/#> (zuletzt besucht am: 14.01.2019), zit.: HEILMANN, AI and Recruiting.
- HENDRICKX FRANK UND VAN BEVER ALINE, Article 8 ECHR: Judicial Patterns of Employment Privacy Protection, in: Drossemont Filip et al. (Hrsg.), The European Convention on Human Rights and the Employment Relation, 2013, Oxford, S. 183-208, zit.: HENDRICKX UND VAN BEVER, Article 8 ECHR.
- HÖFER SEBASTIAN, Algorithmen, maschinelles Lernen und die Grenzen der KI, in: Jusletter 26. November 2018, zit.: HÖFER, Algorithmen.
- HORNUNG GERRIT UND STEIDLE ROLAND, Biometrie am Arbeitsplatz – sichere Kontrollverfahren versus ausuferndes Kontrollpotential, Arbeit und Recht, Vol. 53 No. 6, 2005, S. 201-207, zit.: HORNUNG UND STEIDLE, Biometrie.
- HUSMANN NELE, Wenn künstliche Intelligenz über die Bewerbung richtet, 25. Oktober 2017, abrufbar unter: <https://www.handelszeitung.ch/management/wenn-kuenstliche-intelligenz-ueber-die-bewerbung-richtet-1510111> (zuletzt besucht am: 27.11.2018), zit.: HUSMANN, KI.

- ILO AND EUROFUND, Working anytime, anywhere: The effects on the world of Work, Luxemburg, 2017, zit.: ILO AND EUROFUND, Working anytime, anywhere.
- KIENER REGINA ET AL., Grundrechte, 3. Aufl., 2018, Bern, zit.: KIENER ET AL., Grundrechte.
- LEMPEN KARINE, Le devoir de fidélité de la personne salariée à l'ère numérique, In : Revue de droit suisse, 2019 (no 1), S. 11-36, zit.: LEMPEN, Le Devoir de Fidélité.
- MATTMANN MICHAEL ET AL., Die Entwicklung atypisch-prekärer Arbeitsverhältnisse in der Schweiz – Nachfolgestudie zu den Studien von 2003 und 2010, unter Berücksichtigung neuer Arbeitsformen, SECO Publikation Arbeitsmarktpolitik No 48 (11.2017), zit.: SECO, Eco-plan.
- MCDONALD PAULA ET AL., Profiling employees online: shifting public–private boundaries in organisational life, Human Resource Management Journal, Vol. 26, no. 4, 2016, S. 541-556, zit.: MCDONALD ,et al. Profiling.
- MÉTILLE SYLVAIN UND GUYOT NICOLAS, Le moment est venu de reconnaître un statut juridique aux robots, in: plaidoyer 3/2015, S. 26-29, zit.: MÉTILLE UND GOYOT, Robots.
- MÜHLEMATTER THOMAS UND DONNO FLAVIA, Why smart bakers wear glasses: Performance and User Acceptance of Smartglasses by Bank Employees, 2016, abrufbar unter: <https://dl.acm.org/citation.cfm?id=2967179> (zuletzt besucht am 08.11.2018), zit.: MÜHLEMATTER UND DONNO, Smart Glasses.
- PÄRLI KURT, Schutz der Privatsphäre am Arbeitsplatz in digitalen Zeiten – eine menschenrechtliche Herausforderung, EuZA, 2015, S. 48-64, zit.: PÄRLI, Schutz der Privatsphäre.
- PÄRLI KURT, Evaluieren, kontrollieren, überwachen: Datenschutz in Arbeitsverhältnissen, in: Kieser Ueli/ Pärli Kurt (Hrsg.), Datenschutz im Arbeits-, Versicherungs- und Sozialbereich, Aktuelle Herausforderungen, Referate der Tagung vom 29. November 2011, St. Gallen 2012, S. 29-54, zit.: PÄRLI, Überwachung.
- PWC, Wearable technology in the workplace: are employees ready?, 2016, abrufbar unter: <https://www.pwc.co.uk/issues/data-analytics/insights/discover-the-possibilities-of-wearable-technology-in-the-workplace.html> (zuletzt besucht am 10.11.2018), zit.: PWC, Wearable Technology.
- REHBINDER MANFRED, STÖCKLI JEAN-FRITZ, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, in: Hausherr Heinz und Walter Hans Peter, Berner Kommentar, Band/Nr.VI/2/2/1, 2010, zit.: REHBINDER, STÖCKLI, Der Arbeitsvertrag, OR [Artikel].
- RIEMER-KAFKA GABRIELA, Plattformarbeit oder andere Formen der Zusammenarbeit: Sind die Abgrenzungskriterien für selbständige oder für unselbständige Erwerbstätigkeit noch tauglich?, in: Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge, 2019, S. 581-602, zit.: RIEMER-KAFKA, Plattformarbeit.
- SCHABAS WILLIAM A., The European Convention on Human Rights: A Commentary, 2. Aufl. Oxford, 2017, zit.: SCHABAS, Commentary.
- SCHÜRER HANS UELI UND WANNER MARIANNE, Arbeit und Recht, 13. Aufl., Zürich, 2016, zit.: SCHÜRER UND WANNER, Arbeit und Recht.

- SÖBBERING THOMAS, Künstliche Intelligenz im HR-Recruiting-Prozess: Rechtliche Rahmenbedingungen und Möglichkeiten, InTeR, 2018, S. 64-67, zit.: SÖBBERING, KI.
- STREIFF ULLIN/ VON KAENEL ADRIAN/ RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl. 2012, zit.: STREIFF ET AL., Art. [x].
- TOTTEN JULIE AND MACDONALD AMANDA, Balancing Workplace Technology and Privacy in the 21st Century, Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP (OHSUSA: 766178277.3), 2017, zit.: TOTTEN AND MACDONALD, Balancing Workplace.
- TWOMEY PAUL, Building on the Hamburg Statement and the G20 Roadmap for Digitalization – Toward a G20 framework for artificial intelligence in the workplace, Economics Discussion Papers, No. 2018-63, Kiel Institute for the World Economy, zit.: TWOMEY, Digitalization.
- WEBER ROLF H., Internet of Things: Privacy Issues Revisited, in: Computer Law & Security Review 31, 2015, S. 618-627, zit.: WEBER, Internet of Things.
- WEBER ROLF H. UND HEINRICH ULRIKE, Braucht die Schweiz ein Recht auf Vergessen im Internet?, 2014, abrufbar unter: <https://doi.org/10.5167/uzh-108647> (zuletzt besucht am 10.12.2018), zit.: WEBER UND HEINRICH, Vergessen.
- WILDHABER ISABELLE, Répercussions juridiques de la robotique et de l'intelligence artificielle sur le lieu de travail, in :Dunand Jean-Philippe, Mahon Pascal und Witzig Aurélien (Hrsg), La révolution 4.0 au travail – Une approche multidisciplinaire, Genf/Zürich, 2019,S. 201-241, zit.: WILDHABER, Répercussions juridiques de la robotique.
- WILDHABER ISABELLE, Robotik am Arbeitsplatz: Robo-Kollegen und Robo-Bosse. AJP, 2017, S. 213- 224, zit.: WILDHABER, Robotik.
- WILDHABER ISABELLE UND HÄNSENBERGER SILVIO, Social Media-Kontakte im Arbeitsverhältnis: Wem „gehören“ Accounts, Kontakte und Zugangsdaten?, in: Müller Roland, Pärli Kurt und Wildhaber Isabelle (Hrsg.), Arbeit und Arbeitsrecht – Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zürich und St. Gallen, 2017, S. 529-48, zit.: WILDHABER/HÄNSENBERGER, Social Media-Kontakte.

Materialien:

- G20, Ministerial Statement on Trade and Digital Economy, 8./9. Juni 2019, abrufbar unter: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157920.pdf (zuletzt besucht am 04.07.2019), zit.: G20, Ministerial Statement.
- OECD, Recommandation du Conseil sur l'intelligence artificielle, OECD/LEGAL/0449, zit: OECD, KI
- ILO, Déclaration du Centenaire de l'oit pour l'Avenir du Travail, adopté par la Conférence, 21. Juni 2019, Genf, zit.: ILO, Déclaration du Centenaire.
- UN SPECIAL RAPPORTEUR ON THE RIGHT TO PRIVACY, Report of the Special Rapporteur on the right to privacy, A/HRC/37/62 (28 February 2018), zit.: UN SPECIAL RAPPORTEUR, Report 2018.

Rechtsprechung:

BGE 122 V 267

EGMR, *Affaire Niemietz c. Allemagne*, 13710/88 (1992).

EGMR, *Taliadorou and Stylianou v. Cyprus*, 39627/05 and 39631/05 (2008)

EGMR, *Halford v. The United Kingdom*, 20605/92 (1997)

EGMR, *Copland v. The United Kingdom*, 62617/00 (2007)

EGMR, *Bărbulescu v. Romania*, 61496/08 (2017)

EuGH, C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. gegen Agencia Española de Protección de Datos*, Urteil vom 13.5.2014