

**Berner Fachhochschule – Technik und Informatik**

Nachdiplomkurs (NDK) 2008

„Die Führungskraft als Coach“

**Abschlussarbeit zum Thema**

**Die Führungskraft als Coach –  
rechtliche Rahmenbedingungen**

von

**Hanspeter Bütler**  
Fürsprecher und El.-Ing. HTL  
Juraweg 40  
3053 Münchenbuchsee

Münchenbuchsee, 30. Dezember 2008

Verantwortlicher Dozent  
**Peter Hinnen**  
lic. phil.  
Rütistrasse 36  
8032 Zürich

# Inhalt

1. Zielsetzung der Arbeit.....	4
2. Rechtliche Ausgangslage: Der Arbeitsvertrag .....	4
2.1 Definition und typische Elemente.....	4
2.1.1 Die Arbeitsleistung .....	5
2.1.2 Die Dauer .....	5
2.1.3 Der Lohn .....	5
2.1.4 Das Subordinationsverhältnis.....	5
2.2 Abgrenzung zu anderen Verträgen auf Arbeitsleistung.....	5
2.2.1 Abgrenzung zum Werkvertrag.....	5
2.2.2 Abgrenzung zum Auftrag.....	6
2.2.3 Abgrenzung zum Gesellschaftsvertrag.....	7
3. Rechtsverhältnis zwischen Coach und Coachee.....	7
3.1 Ausserhalb des Vorgesetzten-Coaching.....	7
3.2 Beim Vorgesetzten-Coaching .....	8
4. Coachingrelevante Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts .....	9
4.1 Das Weisungsrecht des Arbeitgebers.....	9
4.1.1 Grundsatz.....	9
4.1.2 Weisungstypen.....	9
4.1.3 Schranken .....	9
4.1.4 Bedeutung für das Vorgesetzten-Coaching.....	9
4.2 Die Treuepflicht des Arbeitnehmers.....	10
4.2.1 Allgemeines.....	10
4.2.2 Leitende Angestellte.....	10
4.2.3 Bedeutung für das Vorgesetzten-Coaching.....	11
4.3 Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers.....	11
4.3.1 Allgemeines.....	11
4.3.2 Datenschutz .....	12
4.3.3 Schutz der Gesundheit und Sittlichkeit.....	12
5. Die zentrale Bedeutung von Art. 328b OR .....	12
5.1 Wortlaut von Art. 328b OR.....	12
5.2 Definitionen.....	13
5.2.1 Personendaten.....	13
5.2.2 Bearbeiten von Personendaten.....	13
5.2.3 Besonders schützenswerte Personendaten.....	13
5.2.4 Persönlichkeitsprofil .....	14
5.2.5 Abklärung der Eignung des Arbeitnehmers .....	14
5.2.6 Erforderlichkeit zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses.....	14
5.3 Wie weit ist Art. 328b OR zwingender Natur?.....	14
5.4 Anforderungen an die Einwilligung bzw. Zustimmung.....	15
5.5 Befragungen des Arbeitnehmers .....	15
5.6 Widerrechtlichkeit der Befragung.....	16
5.7 Weitergabe an betriebseigene Personen.....	16
6. Anforderungen an das Vorgesetzten-Coaching aus rechtlicher Sicht .....	16
6.1 Implikationen aus der rechtlichen Analyse.....	16
6.2 Vorgesetzten-Coaching nur zum Vorteil des Mitarbeiters.....	18
6.2.1 Einleitung .....	18
6.2.2 Im Hinblick auf eine Versetzung oder Kündigung.....	18
6.2.3 Zur Konfliktbewältigung.....	18

6.2.4 Im Hinblick auf oder nach Beförderungen bzw. bessere Positionen.....	19
6.3 Vorgängige Zustimmung des Arbeitnehmers in die erweiterte Datenbearbeitung .....	19
6.3.1 Einleitung .....	19
6.3.2 Anforderungen an die Zustimmung im Vorgesetzten-Coaching .....	19
6.3.3 Umfassende Abklärungen zur Persönlichkeitsstruktur .....	20
6.3.4 Abklärungen zu einzelnen Aspekten der Persönlichkeit.....	21
7. Situation im öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis .....	21
7.1 Rechtliche Rahmenbedingungen.....	21
7.2 Datenschutzrechtliche Bestimmungen im öffentlichen Arbeitsverhältnis .....	22
7.2.1 Beim Bund.....	22
7.2.2 Beim Kanton Bern .....	22
7.3 Konsequenzen für das Vorgesetzten-Coaching in der Verwaltung.....	23
8. Beizug eines externen Coach.....	24
8.1 Ausgangslage .....	24
8.2 Konsequenzen aus rechtlicher Sicht.....	24
Literaturverzeichnis .....	26
Anhang 1 .....	27

## 1. Zielsetzung der Arbeit

Die Frage, ob ein Vorgesetzter gegenüber seinen Mitarbeitern eine Coachingfunktion übernehmen soll (üblicherweise als „Vorgesetzten-Coaching“ oder auch „Linien-Coaching“ bezeichnet), wird kontrovers diskutiert. Neben Vorteilen, welche sich durch die Anwendung dieses aus der us-amerikanischen Managementpraxis übernommenen Führungsinstruments bieten können, bestehen auch Risiken. Aus Coaching-Sicht wird diesbezüglich insbesondere auf die fragliche Freiwilligkeit, die möglichen Interessengegensätze, das stets vorhandene Beziehungsgefälle, die Unsicherheiten hinsichtlich der Diskretion sowie die eingeschränkte Neutralität verwiesen. Diese Umstände versetzen das Vorgesetzten-Coaching in eine schwierige Ausgangslage<sup>1</sup>. Der Vorgesetzte als Coach hat diesen Punkten spezielle Beachtung zu schenken.

Weniger diskutiert wird die Frage der rechtlichen Rahmenbedingungen, welchen ein Vorgesetzten-Coaching unterliegt, und welche Forderungen und Schranken sich aus rein rechtlicher Sicht ergeben. Die vorliegende Arbeit hat zum Ziel, diesen Aspekt für das schweizerische Recht näher zu beleuchten.

In dieser Arbeit wird konsequent die männliche Form der Schreibweise angewendet. Es soll so die mit der korrekten Ausdrucksweise verbundene Schwerfälligkeit des Textes vermieden werden. Eine diskriminierende Absicht ist damit nicht verbunden. Selbstverständlich gelten alle Aussagen auch für die jeweilige weibliche Form, wie Arbeitnehmerinnen, Mitarbeiterinnen, weibliche Vorgesetzte, weibliche Coachs oder sonst wie betroffene weibliche Personen.

## 2. Rechtliche Ausgangslage: Der Arbeitsvertrag

Ausgangslage beim Vorgesetzten-Coaching bildet der Umstand, dass **sowohl der Vorgesetzte wie auch der gecoachte Mitarbeiter durch einen Arbeitsvertrag gemäss Art. 319ff des schweizerischen Obligationenrechts<sup>2</sup> (nachfolgend OR) beim gemeinsamen Arbeitgeber angestellt sind**. Die Rechte und Pflichten sowohl des Coach wie auch des Coachee ergeben sich somit primär aus diesem Rechtsinstitut.

### 2.1 Definition und typische Elemente

Durch den Arbeitsvertrag<sup>3</sup> verpflichtet sich der Arbeitnehmer auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit im Dienste des Arbeitgebers und dieser zur Entrichtung eines Lohnes (vgl. auch Art. 319 Abs. 1 OR). Da die gegenseitigen Leistungen auf Dauer geschuldet sind, liegt ein sogenanntes Dauerschuldverhältnis vor<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Vgl. z. B. *Lippmann; Rauen*, S. 30ff

<sup>2</sup> Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911

<sup>3</sup> Gemeint ist der Einzelarbeitsvertrag, dem konkret zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber abgeschlossenen Rechtsverhältnis. Daneben gibt es den Gesamtarbeitsvertrag (GAV) und den Normalarbeitsvertrag (NAV), welche im Rahmen dieser Arbeit jedoch nicht von Interesse sind.

<sup>4</sup> *Vischer*, S. 1

Der Arbeitsvertrag ist gekennzeichnet durch vier typische Elemente:

### 2.1.1 Die Arbeitsleistung

Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, Arbeit zu leisten und dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Ergibt sich aus den Vereinbarungen nichts anderes, so hat der Arbeitnehmer diese Verpflichtung persönlich zu erfüllen. Aus der Umschreibung ist ersichtlich, dass der Arbeitnehmer nicht zu einem bestimmten Erfolg verpflichtet wird, sondern lediglich zum Einsatz seiner Arbeitskraft<sup>5</sup>.

### 2.1.2 Die Dauer

Die Arbeitsleistung muss auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zugesagt sein. Im Rahmen des Dauerschuldverhältnisses wird der Arbeitnehmer verpflichtet, seine Leistungen in ständiger Wiederkehr zu erbringen. Die Vertragserfüllung erschöpft sich nicht im einmaligen Austausch von Leistung und Gegenleistung (wie beispielsweise bei einem Kaufvertrag). Das Arbeitsverhältnis erlischt nicht durch Erfüllung der Leistung, sondern durch Zeitablauf (bei befristeten Arbeitsverträgen) oder Kündigung<sup>6</sup>.

### 2.1.3 Der Lohn

Die Leistung von Arbeit muss gegen Entgelt erbracht werden. Der Lohn ist die Gegenleistung und gleichzeitig die Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers. Die Vereinbarung einer Vergütung ist ein wesentliches Element des Arbeitsvertrags. Die Vergütung besteht in einer Geldleistung (Lohn) oder in einer anderen vermögenswerten Leistung (Naturallohn).

Erfolgt die Arbeitsleistung unentgeltlich, so liegt in der Regel ein Auftrag vor oder, wenn die Arbeitsleistung auf keiner Verpflichtung beruht, eine Gefälligkeit<sup>7</sup>.

### 2.1.4 Das Subordinationsverhältnis

Der Arbeitnehmer hat sich mit Antritt der Stelle der Organisationsgewalt des Arbeitgebers unterzuordnen. Er unterstellt sich damit der Weisungsgewalt des Arbeitgebers und wird dadurch von diesem rechtlich abhängig. Typisch für den Arbeitsvertrag sind somit die Unterstellung und das Weisungsrecht des Arbeitgebers, dem die Befolgungspflicht des Arbeitnehmers gegenübersteht. **Das Merkmal einer mehr oder weniger ausgeprägten Abhängigkeit des Arbeitnehmers in seiner funktionalen Stellung ist für den Arbeitsvertrag und insbesondere für seine Abgrenzung zu anderen Verträgen auf Arbeitsleistung ein wesentliches Merkmal.** Der Arbeitgeber bestimmt, wie, wann und wo zu arbeiten ist<sup>8</sup>.

## 2.2 Abgrenzung zu anderen Verträgen auf Arbeitsleistung

### 2.2.1 Abgrenzung zum Werkvertrag

Mit dem Werkvertrag nach Art. 363ff OR verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung. Mit der Lieferung des Werkes verspricht der Unternehmer einen konkreten Arbeitserfolg (Erfolgshaftung). Als massgebliches Unterscheidungsmerkmal zwischen Werk- und Arbeits-

---

<sup>5</sup> Vischer, S. 2

<sup>6</sup> Vischer, S. 3

<sup>7</sup> Vischer, S. 4

<sup>8</sup> Vischer, S. 5

vertrag hat sich das Unterordnungsverhältnis herausgebildet. Beim Werkvertrag trägt der Unternehmer das Risiko von Arbeit und Produktion im Wesentlichen allein; dem Besteller steht nur ein beschränktes Direktions- bzw. Weisungsrecht zu.

Die rechtliche Unterordnung gilt auch als Unterscheidungsmerkmal gegenüber den übrigen Arbeitsobligationen (Auftrag und Unterarten) sowie gegenüber anderen Verträgen (Gesellschaftsverträge, wie beispielsweise die Einfache Gesellschaft). Grenzfälle sind deshalb danach zu entscheiden, in welcher Intensität das Unterordnungsverhältnis vorliegt. Ist die Verfügung über die Produktionsmittel oder die Einteilung der Arbeit beschränkt und steht die Arbeit unter der Leitung und Aufsicht des Bestellers, so liegt kein Werkvertrag vor, sondern ein Arbeitsvertrag<sup>9</sup>.

## 2.2.2 Abgrenzung zum Auftrag

Der Auftrag oder das Mandat bzw. der Mandatsvertrag ist ein zweiseitiges Rechtsverhältnis, in dem der Beauftragte die Geschäftsbesorgung für einen Dritten (Auftraggeber) verspricht. In Abgrenzung zum Werkvertrag übernimmt der Beauftragte keine Erfolgshaftung, sondern verspricht lediglich ein Tätigwerden (der Arzt kann ebenso wenig die Heilung garantieren wie der Anwalt den Gewinn des Prozesses). Der Auftrag nimmt insofern eine subsidiäre Stellung ein, als ihm alle Arbeitsobligationen unterstehen, die nicht unter ein besonderes Vertragsverhältnis subsumiert werden können.

Für den Auftrag ist wesentlich, dass der Beauftragte bei der Wahrung der Interessen des Auftraggebers eine fremdnützige (nicht aber fremdbestimmte) Tätigkeit ausübt. Hauptpflicht des Beauftragten bei der Verfolgung der Interessen des Auftraggebers bildet eine spezifisch ausgestaltete Treuepflicht, welche die Stellung des Beauftragten kennzeichnet<sup>10</sup>.

Als Merkmale zur Abgrenzung zum Arbeitsvertrag kommen in Betracht: Inhalt und Tätigkeit, Dauer, Entgelt und der Grad der Subordination. Massgeblich für die Abgrenzung ist auch hier die Subordination. Es kommt wesentlich darauf an, ob die Person in die Organisation des Betriebs eingegliedert und einer gewissen Kontrolle unterworfen ist. Ergänzend ist festzuhalten, dass das Weisungsrecht des Auftraggebers (vgl. Art. 397 OR) sowie die Pflicht zur Rechenschaftsablegung (vgl. Art. 400 OR) zur Begründung eines Abhängigkeitsverhältnisses nicht ausreichen. Ein solches liegt erst vor, wenn Weisungen und Instruktionen den Gang und die Gestaltung der Arbeit unmittelbar beeinflussen und dem Berechtigten eine Kontrollbefugnis zusteht<sup>11</sup>.

In der Praxis bestehen vor allem in zwei Fällen Abgrenzungsprobleme:

- Beim **Handelsreisendenvertrag** als einem besonderen Arbeitsvertrag (gem. Art. 347ff OR) in Abgrenzung zum Agenturvertrag (gem. Art. 418aOR) als einer Unterart des Auftrags;
- Sodann bei den sogenannten **freien Mitarbeitern (Freelancer)**, welche insbesondere im IT-Bereich häufig vorkommen. Kriterien, die auf das Vorliegen eines Arbeitsvertrages schliessen lassen (obschon i. d. R. der schriftlich abgeschlossene Vertrag nicht als solcher bezeichnet ist), sind beispielsweise eine starke Weisungsgebundenheit des Tätigen, die weitgehende Integration in die Arbeitsorganisation, ausgeprägte Kontrollbefugnisse des Auftraggebers sowie ein auf Dauer

---

<sup>9</sup> Vischer, S. 21

<sup>10</sup> Vischer, S. 23

<sup>11</sup> Vischer, S. 24

ausgerichtetes Vertragsverhältnis. Ergibt der „Organization Test“, dass die Arbeitsleistung regelmässig und nicht nur für eine bestimmte Aufgabe erbracht wird und dass der Betroffene regulär in die Organisation des Betriebs eingegliedert ist, so wird man auf einen Arbeitsvertrag schliessen können<sup>12</sup>, auch wenn der Vertrag anders lautet.

### **2.2.3 Abgrenzung zum Gesellschaftsvertrag**

Schwierigkeiten bereitet vor allem die Abgrenzung zur sogenannten „Einfachen Gesellschaft“ gem. Art. 530 OR. Grundsätzlich unterscheidet sich der Gesellschafter vom Arbeitnehmer dadurch, dass der Gesellschafter auf der Grundlage der Gleichberechtigung Arbeit leistet, während beim Arbeitnehmer ein Subordinationsverhältnis zum Arbeitgeber besteht. Im Einzelfall ist auf den Zweck des Vertrags, auf das Verhältnis der Tätigkeiten der Beteiligten zueinander sowie auf die Einräumung von Kontrollrechten abzustellen. Eine Gewinnbeteiligung für sich allein macht aus einem Arbeitnehmer nicht zwingend einen Gesellschafter<sup>13</sup>.

## **3. Rechtsverhältnis zwischen Coach und Coachee**

### **3.1 Ausserhalb des Vorgesetzten-Coaching**

Ausserhalb des Vorgesetzten-Coaching (im „privaten“ Coaching) dürfte in aller Regel zwischen Coach und Coachee ein Mandatsvertrag abgeschlossen werden. Ein solcher Vertrag kann formlos, d. h. mündlich abgeschlossen werden, es empfiehlt sich jedoch eine schriftliche Vereinbarung, die neben den üblichen für einen Mandatsvertrag wichtigen Punkte (vgl. Ziff. 2.2.2; für das Coaching zusätzlich die Anzahl der beabsichtigten Sitzungen, deren Dauer, der Ort der Durchführung, die zeitliche Abfolge sowie die Erfolgsindikatoren) vor allem die Zielsetzung des Coaching enthält. Rechtlich besteht damit zwischen den Parteien ein Mandatsvertrag nach Art. 394ff des OR, welcher durch die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien zustande kommt<sup>14</sup>. Die Rechte und Pflichten der Parteien ergeben sich aus dem abgeschlossenen Vertrag (bzw. dem übereinstimmenden gegenseitigen Willen) und den entsprechenden rechtlichen Bestimmungen (Art. 394ff OR).

Die „hehren“ Grundsätze des Coaching<sup>15</sup>, wie Freiwilligkeit, gegenseitiges Vertrauen und Akzeptanz, Fremdnützigkeit bzw. ausschliessliche Verfolgung der Ziele des Coachee, individuelle Beratung auf Prozessebene<sup>16</sup>, Veränderungswille des Coachee, gleiche Augenhöhe der Beteiligten, Offenheit der Kommunikation, Diskretion und Neutralität des Coach lassen sich im Rahmen eines Mandatsvertrags auch aus rechtlicher Sicht problemlos realisieren; der Mandatsvertrag nach schweizerischem Recht ist sehr gut auf die Bedürfnisse des Coaching zugeschnitten.

---

<sup>12</sup> Vischer, S. 26

<sup>13</sup> Vischer, S. 27

<sup>14</sup> vgl. Art. 1 OR; die Willensäusserung kann eine ausdrückliche (z. B. durch Unterzeichnung des Vertrags) oder eine stillschweigende sein.

<sup>15</sup> Vgl. Rauen, S. 2ff

<sup>16</sup> nach einem vorhandenen Coaching-Konzept, über das der Coachee aufgeklärt wird.

### 3.2 Beim Vorgesetzten-Coaching

Beim Vorgesetzten-Coaching besteht zwischen dem coachenden Vorgesetzten und dem gecoachten Mitarbeiter in der Regel<sup>17</sup> kein direktes Vertragsverhältnis.

Zwar empfiehlt sich auch beim Vorgesetzten-Coaching der Abschluss einer schriftlichen Vereinbarung, welche insbesondere die Zielsetzungen des Coaching, die Anzahl der beabsichtigten Sitzungen, deren Dauer, den Ort der Durchführung, den zeitlichen Ablauf, die Erfolgsindikatoren und Bestimmungen zum Abbruch / Timeout und zur Vertraulichkeit sowie allenfalls weitere Grundsätze und Randbedingungen enthält. Diese Vereinbarung vermag indessen kein direktes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien zu begründen, insbesondere keinen Mandatsvertrag. Die Parteien werden beim Abschluss der Vereinbarung regelmässig nicht den Willen haben, ein gegenseitiges Rechtsverhältnis einzugehen, es fehlt somit bereits an dem für die Begründung eines eigenständigen Vertragsverhältnisses erforderlichen Vertragsabschlusswillen<sup>18</sup>. Ein direktes Rechtsverhältnis dürfte hinsichtlich eines Coaching aber auch am bestehenden Subordinationsverhältnis scheitern und weiter seitens des Vorgesetzten insbesondere an dessen Bindung an die Treuepflicht (vgl. Art. 321a Abs. 1 OR sowie Ziff. 4.2), welche ihn dazu verpflichtet, bei seinen beruflichen Tätigkeiten die berechtigten Interessen des Arbeitgebers zu wahren<sup>19</sup>. Damit besteht ein latenter Interessenkonflikt, welcher die Annahme eines separaten Rechtsverhältnisses erheblich in Frage stellt.

Besteht zwischen den Parteien kein direktes Vertragsverhältnis, fragt sich, gestützt auf welche rechtlichen Bestimmungen sich die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Parteien im Vorgesetzten-Coaching ergeben.

Grundlage für ihre Tätigkeiten beim gemeinsamen<sup>20</sup> Arbeitgeber bildet sowohl beim Vorgesetzten wie auch beim Mitarbeiter der abgeschlossene Arbeitsvertrag. Somit ergeben sich auch die Rechte und Pflichten aus dem Vorgesetzten-Coaching nicht etwa aus einem Mandatsvertrag, sondern primär aus den rechtlichen Bestimmungen zum Arbeitsvertragsrecht (OR, Arbeitsgesetz etc.). Zwar gehen allfällige Vereinbarungen in den Arbeitsverträgen – soweit diese nicht zwingende gesetzliche Vorschriften tangieren – vor und wären vorab zu beachten, allerdings dürften die wenigsten Arbeitsverträge coachingrelevante Bestimmungen enthalten<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> Möglich wäre ein Vertragsverhältnis z. B. auf rein privater Ebene und eine Umsetzung in der Freizeit; anwendbar wären die Grundsätze des normalen Coaching, der Vorgesetzte müsste aber hierbei strikte auf die Einhaltung seiner Treuepflichten gem. Art. 321a Abs. 1 OR (vgl. Ziff. 4.2) achten.

<sup>18</sup> vgl. Art. 1 OR; zum Ganzen: *Bucher*, S. 96

<sup>19</sup> *Vischer*, S. 156

<sup>20</sup> Ausgeklammert werden im Rahmen der vorliegenden Arbeit die Verhältnisse bei der Leiharbeit, bei der die Arbeitsverträge mit unterschiedlichen Arbeitgebern abgeschlossen werden. Da jedoch auch beim Leiharbeitsverhältnis in Bezug auf den Datenschutz dieselben Bestimmungen anwendbar sind und auch das Weisungsrecht sowie die Fürsorgepflicht weitgehend auf den Entleiher übergehen, dürften die Ergebnisse dieser Arbeit auch auf das Leiharbeitsverhältnis übertragen werden können.

<sup>21</sup> Denkbar sind solche beim sog. Stabscoaching, einem organisationsinternen Coaching durch für diese Aufgabe fest angestellte (Stabs-)Mitarbeiter.



## **4. Coachingrelevante Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts**

### **4.1 Das Weisungsrecht des Arbeitgebers**

#### **4.1.1 Grundsatz**

Durch den Arbeitsvertrag wird zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer ein rechtliches Subordinationsverhältnis begründet. Damit tritt der Arbeitnehmer unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers bzw. des Vorgesetzten<sup>22</sup> und hat die Pflicht, die Weisungen nach Treu und Glauben zu befolgen (Art. 321d OR).

Besondere Bedeutung erlangt das Weisungsrecht mit der Eingliederung des Arbeitnehmers in eine Organisationseinheit des Arbeitgebers. Die Organisationsmacht des Arbeitgebers erlaubt, die Ziele der Unternehmung optimal und flexibel zu erreichen<sup>23</sup>.

Das Weisungsrecht steht mit der Treuepflicht in einer Wechselwirkung. Dies zeigt sich beispielsweise bei der Frage, ob der Arbeitgeber Weisungen für das ausserdienstliche Verhalten erteilen kann. Dies darf er nur, soweit der Arbeitnehmer zur Wahrung der Interessen des Arbeitgebers zu einem bestimmten Verhalten auch im ausserdienstlichen Bereich verpflichtet ist<sup>24</sup>.

Der Arbeitgeber hat nicht nur das Recht, Weisungen zu erlassen, sondern ist dazu auch verpflichtet, was sich insbesondere aus der Haftung gemäss Art. 55 OR ergibt<sup>25</sup>.

#### **4.1.2 Weisungstypen**

Neben Zielanweisungen, welche das eigentliche Weisungsrecht verkörpern und das hauptsächliche Führungsmittel der Unternehmung darstellen, gibt es Fachanweisungen sowie Verhaltensanweisungen. Diese regeln das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb und sind durch das Arbeitsgesetz vorgeschrieben.

#### **4.1.3 Schranken**

Das Weisungsrecht wird beschränkt durch das öffentliche Arbeitsschutzrecht sowie durch das Willkürverbot und den Gleichbehandlungsgrundsatz<sup>26</sup>. Ausserdem dürfen keine sachwidrigen Weisungen sowie die Persönlichkeit des Arbeitnehmers verletzende Weisungen erlassen werden. Das Weisungsrecht hat somit das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers zu beachten. Dieses findet seinen besonderen Schutz in der umfassenden Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (Art. 328ff OR, vgl. nachfolgend Ziff. 4.3). Geschützte Rechte sind nebst dem Recht auf körperliche Integrität auch das Recht des Arbeitnehmers auf Privatsphäre<sup>27</sup>.

#### **4.1.4 Bedeutung für das Vorgesetzten-Coaching**

Das Weisungsrecht des Vorgesetzten bietet für das Vorgesetzten-Coaching keine speziellen Schranken, zumal auch im normalen Coaching dem Coachee Anweisun-

---

<sup>22</sup> Der Vorgesetzte ist Hilfsperson des Arbeitgebers.

<sup>23</sup> Vischer, S. 138

<sup>24</sup> Vischer, S. 139f

<sup>25</sup> Bei Schäden aus fehlenden oder mangelhaften Weisungen trifft den Arbeitgeber eine Schadenersatzpflicht.

<sup>26</sup> Vischer, S. 142ff

<sup>27</sup> Vischer, S. 143

gen gegeben werden dürfen und sollen (vgl. Ziff. 2.2.2). Im Rahmen der allgemeinen Forderung, dass sich der Vorgesetzte beim Coachen möglichst auf gleiche Augenhöhe begeben soll, ist das Weisungsrecht mit Bedacht einzusetzen. Dem Coachee soll nicht der Eindruck einer Weisung vermittelt werden. Es ist dies aber vor allem ein Problem des wertschätzenden Umgangs miteinander.

Kritischer sieht es hinsichtlich der Weisungspflicht aus, die grundsätzlich jeden Vorgesetzten trifft (vgl. 4.1.1). Diese kann sich durchaus negativ auf ein laufendes Coaching auswirken, indem sich der Vorgesetzte nach Erhalt von entsprechenden Informationen gezwungen sehen könnte, Massnahmen im Sinne eines Führungsent-scheides zu fällen. Besonders brisant wäre die Situation dann, wenn sich diese Massnahmen zwingend (auch) gegen den Coachee richten würden. Ein solches Vorgehen wäre nicht nur nicht zu Gunsten des Arbeitnehmers (vgl. Ziff. 6.2), es ist auch nicht anzunehmen, dass es von der ursprünglichen Einwilligung des Coachee zum Coaching gedeckt wäre (vgl. hierzu Ziff. 5.3 und 5.4), womit sich der Vorgesetzte urplötzlich einer potentiellen Persönlichkeitsverletzung dem Coachee gegenüber konfrontiert sähe. **Die Weisungspflicht kann somit zu einem unüberbrückbaren Interessengegensatz führen, welcher den sofortigen Abbruch des Coaching nach sich ziehen muss.**

## 4.2 Die Treuepflicht des Arbeitnehmers

### 4.2.1 Allgemeines

Die Treuepflicht ist ein Sammelbegriff für verschiedene, auf Treu und Glauben beruhende vertragliche Nebenpflichten. Sie besagt, dass der Arbeitnehmer die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren habe (Art. 321a Abs. 1 OR). Im Arbeitsverhältnis mit seiner starken persönlichen Prägung tritt zum Vertrauensverhältnis, welches für jedes Vertragsverhältnis erforderlich ist, die Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme und Interessenwahrung. Die Treuepflicht wird begrenzt durch die eigenen berechtigten Interessen des Arbeitnehmers an der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit, welche gegen die Interessen des Arbeitgebers abzuwägen sind.

Gemäss Art. 321a Abs. 1 OR hat der Arbeitnehmer die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren. Die Pflicht zur Sorgfalt bezieht sich sowohl auf die Arbeits- wie auch die Treuepflicht<sup>28</sup>.

### 4.2.2 Leitende Angestellte

Für Kadermitarbeiter besteht eine erhöhte Treuepflicht<sup>29</sup>. Von ihnen wird insbesondere erwartet, dass sie im Umgang mit ihren Mitarbeitern die berechtigten Interessen der Unternehmung wahren. Diese vertragliche Nebenpflicht kann im Vorgesetzten-Coaching nicht einfach ausgeblendet werden. **Interessenkonflikte schliessen somit ein Vorgesetzten-Coaching aus.** Allerdings sind durchaus auch echte Win-Win-Situationen denkbar.

---

<sup>28</sup> Vischer, S. 156

<sup>29</sup> Eine erhöhte Treuepflicht besteht auch für Tendenzträger bei sog. Tendenzbetrieben, d. h. bei Betrieben mit beispielsweise politischer, konfessioneller oder wissenschaftlicher Ausrichtung (vgl. Vischer, S. 166).

### 4.2.3 Bedeutung für das Vorgesetzten-Coaching

Aufgrund der Treuepflicht hat der Arbeitnehmer die berechtigten Interessen des Arbeitgebers zu wahren. Grundsätzlich ist er hierzu auch im Rahmen eines Vorgesetzten-Coaching verpflichtet, was seitens des Arbeitnehmers zu Interessengegensätzen führen kann. **Letztlich bedeutet dies, dass der Arbeitnehmer in der Verfolgung seiner eigenen Interessen nicht mehr ganz frei ist.** Gegenüber einer „normalen“ Coaching-Situation kann sich dadurch eine nicht unerhebliche Einschränkung ergeben.

Mit dem Vorgesetzten-Coaching soll jedoch in aller Regel eine Win-Win-Situation herbeigeführt werden, was den Raum möglicher Interessengegensätze in der Realität schrumpfen lassen dürfte. **Aus Sicht des Arbeitnehmers ungünstig wäre allerdings eine Situation, in welcher er seine eigenen Interessen zugunsten einer aus objektiver Sicht für ihn minderwertigen Win-Win-Situation aufgibt.** Insbesondere bei sehr loyalen Mitarbeitern ist eine unbewusste Beeinflussung in diese Richtung sogar wahrscheinlich. **Da der coachende Vorgesetzte seinerseits der (erhöhten) Treuepflicht unterliegt, dürfte für ihn nicht bloss die Versuchung gross sein, auf eine für den Mitarbeiter suboptimale Win-Win-Lösung hinzuarbeiten, aus rechtlicher Sicht müsste er sogar.** Damit zeigen sich mögliche Grenzen des Vorgesetzten-Coaching auf, insbesondere aus Mitarbeitersicht<sup>30</sup>.

## 4.3 Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers

### 4.3.1 Allgemeines

Die dem Arbeitgeber obliegenden Nebenpflichten werden unter dem Begriff der Fürsorgepflicht zusammengefasst. Der Arbeitgeber hat alle persönlichen Güter des Arbeitnehmers, die mit dessen geistiger, körperlicher und sozialer Individualität verknüpft sind, zu wahren, sowie sich jedes durch den Arbeitsvertrag nicht gerechtfertigten Eingriffs in dessen Persönlichkeitsrechte zu enthalten und diese auch gegen Eingriffe von Vorgesetzten, Mitarbeitern oder Dritten zu schützen<sup>31</sup>. Von grosser Bedeutung ist dabei der Datenschutz (vgl. nachfolgend). Die Fürsorgepflicht findet ihre Rechtfertigung im Subordinationsverhältnis und in der Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers<sup>32</sup>.

Gemäss Art. 328 OR ist der Arbeitgeber in ganz allgemeiner Art und Weise verpflichtet, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen. Art. 328 OR ist die arbeitsrechtliche Konkretisierung des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes gemäss Art. 28<sup>33</sup> des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB).

Es erhellt, dass sich aus der Fürsorgepflicht durchaus eine Handlungspflicht des Vorgesetzten dem Mitarbeiter gegenüber ergeben kann, für welche ein Vorgesetz-

---

<sup>30</sup> Aus Sicht des Vorgesetzten liegen die Grenzen darin, dass er als Coach eben nicht mehr primär die Interessen des Coachee wahrt, wie er das *lege artis* eigentlich tun müsste; rechtlich ist dies - weil kein Mandatsvertrag vorliegt - ohne Belang, solange entweder keine Datenbearbeitung ausserhalb des Bereichs von Art. 328b OR stattfindet oder das Coaching - bei entsprechender Zustimmung durch den Arbeitnehmer - letztlich trotzdem noch als „zugunsten des Mitarbeiters“ gewertet werden kann (vgl. Ziff. 6).

<sup>31</sup> Vischer, S. 168; *Centre Patronal*, Kap. III 16, Datenschutz, Ziff. 1

<sup>32</sup> Vischer, S. 168

<sup>33</sup> Zum Inhalt vgl. z. B. Honsell, Vogt, Geiser, N1ff zu Art. 28 ZGB

ten-Coaching als die beste Massnahme erscheinen kann. Denkbar sind solche Situationen beispielsweise bei Unterstützung von talentierten Mitarbeitern in neuen Funktionen oder zur Entfaltung von noch weniger ausgeprägten Fähigkeiten zur Förderung ihrer beruflichen Entwicklung.

#### **4.3.2 Datenschutz**

Das Arbeitsrecht bietet Anlass, persönliche Daten über den Arbeitnehmer in grossem Umfang und während langer Zeit zu sammeln und zu bearbeiten. Ursprünglich wurde der Umgang mit Arbeitnehmerdaten direkt aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und damit im Wesentlichen unter Rückgriff auf Art. 28 ZGB abgeleitet. Mit Inkrafttreten des Eidgenössischen Datenschutzgesetzes<sup>34</sup> (DSG) am 1. Juli 1993 wurde das OR mit Artikel 328b ergänzt, welcher seither die Bearbeitung von Arbeitnehmerdaten durch den Arbeitgeber regelt.

**Wegen der grossen Bedeutung von Art. 328b OR auch für das Coaching durch Vorgesetzte, wird er unter Ziffer 5 näher behandelt.**

#### **4.3.3 Schutz der Gesundheit und Sittlichkeit**

Der Arbeitgeber hat auf die Gesundheit des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen. Er hat zum Schutz von Leben, Gesundheit und psychischer Integrität des Arbeitnehmers alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig sind, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebs angemessen sind (vgl. Art. 328 OR).

Unter der Wahrung der Sittlichkeit fällt insbesondere die Pflicht, den Arbeitnehmer vor sexuellen Belästigungen im Betrieb zu schützen. Der Arbeitgeber bzw. der Vorgesetzte muss sich nicht nur selber sexueller Belästigungen enthalten, sondern muss auch gegen Arbeitnehmer vorgehen, welche die sexuelle Integrität von Mitarbeitern durch Wort oder Tat verletzen. Bei Belästigung durch Mitarbeiter hat der Arbeitgeber unverzüglich zu reagieren<sup>35</sup>.

### **5. Die zentrale Bedeutung von Art. 328b OR**

#### **5.1 Wortlaut von Art. 328b OR**

**„Der Arbeitgeber darf Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Im Übrigen gelten die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz.“**

Der Arbeitgeber darf also Daten des Arbeitnehmers nicht beliebig, sondern nur soweit bearbeiten, als sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis (angesprochen ist vor allem das Bewerbungsverfahren) betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind (laufendes Arbeitsverhältnis). **Mit dieser Einschränkung durchbricht Satz 1 von Art. 328b OR das Datenschutzgesetz fundamental**, in-

---

<sup>34</sup> Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992, i.K. seit 1.7.1993

<sup>35</sup> Vischer, S. 174f

dem das Bearbeiten von Personendaten für einen Teilbereich grundsätzlich nicht mehr zulässig ist<sup>36</sup>.

## 5.2 Definitionen

### 5.2.1 Personendaten

Mit „Daten über den Arbeitnehmer“ sind Personendaten im Sinne des DSG gemeint. Art. 3 lit. a DSG definiert Personendaten als alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen<sup>37</sup>. Sachdaten fallen nur dann unter das DSG, wenn sie mit einer Person verknüpft werden können. Eine Person ist dann bestimmbar, wenn sie mit angemessenem Aufwand anhand der Kombinationen verschiedener Informationen identifiziert werden kann<sup>38</sup>. Es stellt sich die Frage, ob das ausschliesslich gesprochene Wort (d. h. ohne dessen Aufzeichnung) ebenfalls erfasst wird, was bejaht werden muss, um nicht Ziel und Zweck des Datenschutzes über den mündlichen Austausch zu vereiteln<sup>39</sup>. Auch Textdokumente (z. B. geschäftliche Briefe) gelten als Personendaten und zwar sowohl hinsichtlich des Empfängers wie auch des Absenders<sup>40</sup>.

### 5.2.2 Bearbeiten von Personendaten

Der Begriff der Bearbeitung ist ein umfassender. Gemäss Definition des DSG fallen insbesondere das Beschaffen, Aufbewahren, Verwenden, Umarbeiten, Bekanntgeben, Archivieren und Vernichten darunter (Art. 3 lit. e DSG). Unter Beschaffen ist jede Art von Informationsgewinnung zu verstehen, bzw. bereits der Versuch dazu. **Als Beschaffen gilt daher auch die Befragung einer Person**, selbst wenn diese die Information nicht preisgibt. Als Beschaffung gilt auch das Beobachten, Fotografieren, Filmen, Abhören, der Online-Abwurf von Daten oder die Vorlage eines Fragebogens<sup>41</sup>.

### 5.2.3 Besonders schützenswerte Personendaten

Besonders schützenswerte Personendaten sind zunächst einmal Angaben über die religiösen, weltanschaulichen, politischen oder gewerkschaftlichen Ansichten oder Tätigkeiten (Art. 3 lit. c Ziff. 1 DSG). Weiter gehören dazu Angaben über die Gesundheit, Intimsphäre oder Rassenzugehörigkeit (Art. 3 lit. c Ziff. 2 DSG). Die Umschreibungen gemäss Art. 3 lit. c DSG sind abschliessend<sup>42</sup>. Zur Intimsphäre werden nicht nur Informationen über das Sexualleben gezählt, sondern in einem weiteren Sinn alle Informationen, die aufgrund ihrer vertraulichen Natur nur einem begrenzten Kreis von Personen zugänglich gemacht werden<sup>43</sup>.

Bei besonders schützenswerten Personendaten und Persönlichkeitsprofilen (vgl. nachfolgende Ziffer) muss die Einwilligung der betroffenen Person zur Bearbeitung ausdrücklich erfolgen (Art. 4 Abs. 5 DSG) und diese dürfen nicht ohne Rechtfertigungsgrund einem Dritten bekanntgegeben werden (Art. 12 Abs. 2 lit. c DSG).

---

<sup>36</sup> Maurer-Lambron /Vogt, N1 zu Art. 328b OR; Riesselmann-Saxer, S. 41

<sup>37</sup> Riesselmann-Saxer, S. 12

<sup>38</sup> Riesselmann-Saxer, S. 12

<sup>39</sup> Riesselmann-Saxer, S. 13

<sup>40</sup> Riesselmann-Saxer, S. 14

<sup>41</sup> Riesselmann-Saxer, S. 17

<sup>42</sup> Staehelin, N 2 zu Art. 328b OR

<sup>43</sup> Riesselmann-Saxer, S. 15

## 5.2.4 Persönlichkeitsprofil

Darunter wird eine Zusammenstellung von Informationen über eine natürliche Person verstanden, welche die Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit ermöglicht (Art. 3 lit. d DSGVO). Es genügt, wenn nur ein Teilaspekt beurteilt werden kann. Als Persönlichkeitsprofile gelten im Arbeitsverhältnis z. B. Angaben über schulische und berufliche Qualifikationen, Leistungen und Verhalten am Arbeitsplatz, graphologische Gutachten und Eignungstests. Auch bei der Auswertung von Daten zum Surfverhalten im Internet können Persönlichkeitsprofile anfallen<sup>44</sup>.

## 5.2.5 Abklärung der Eignung des Arbeitnehmers

Im Zusammenhang mit Abklärungen der Eignung des Arbeitnehmers dürfen Daten über berufliche und persönliche Qualifikationen erhoben werden um abzuklären, ob er überhaupt in der Lage ist, die entsprechende Arbeit auszuführen. Als persönliche Qualifikationen gelten Angaben über Charakter, Kommunikationsfähigkeit, Weltanschauung etc<sup>45</sup>. Massgebend ist dabei die objektive Betrachtungsweise. Es ist also darauf abzustellen, ob die Informationen im Allgemeinen und unter Berücksichtigung der Natur des fraglichen Arbeitsverhältnisses als für die Eignung notwendig zu betrachten ist<sup>46</sup>. In Frage kommen entsprechende Abklärungen neben der Bewerbung auch bei laufendem Arbeitsverhältnis im Zusammenhang z. B. mit Beförderungen oder Versetzungen.

## 5.2.6 Erforderlichkeit zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses

Darunter fallen Bearbeitungen im Zusammenhang mit organisatorischen Belangen, beispielsweise zur Abrechnung der Sozialversicherungen, für Lohn- und Spesenbezüge etc<sup>47</sup>. Auch aufgrund der Zeugnis-, Referenz- und Kontrollpflicht etc. ist es erlaubt, Aufzeichnungen über Leistung und Verhalten des Arbeitnehmers anzufertigen. Der Arbeitgeber darf ganz allgemein Daten bearbeiten, soweit ein sachlicher Zusammenhang mit dem Arbeitsvertrag besteht, wobei stets ein schützenswertes Interesse des Arbeitgebers an der Datenbearbeitung vorliegen muss<sup>48</sup>.

## 5.3 Wie weit ist Art. 328b OR zwingender Natur?

Aufgrund von Art. 362 Abs. 1 OR ist Art. 328b relativ zwingender Natur, was bedeutet, dass Abweichungen nur zugunsten des Arbeitnehmers zulässig sind<sup>49</sup>. Es bedarf ausserdem einer einzelvertraglichen Abrede<sup>50</sup>, wobei eine einseitige Willenserklärung (Zustimmung des Arbeitnehmers) genügt<sup>51</sup>.

**In Bezug auf den 1. Satz von Art. 328b sind Regelungen über die Datenbearbeitung zu einem anderen Zweck als der Abklärung der Eignung oder der Durchführung des Arbeitsverhältnisses somit nur gültig, wenn sie für den Arbeitnehmer von Vorteil sind<sup>52</sup> und er diesen zustimmt.**

---

<sup>44</sup> Riesselmann-Saxer, S. 16f

<sup>45</sup> Vgl. Staehelin, N5 zu Art. 328b; Maurer-Lambron /Vogt, N7ff zu Art. 328b OR

<sup>46</sup> Riesselmann-Saxer, S. 22

<sup>47</sup> Vgl. Staehelin, N6f zu Art. 328b; Maurer-Lambron /Vogt, N19ff zu Art. 328b OR

<sup>48</sup> Riesselmann-Saxer, S. 23f

<sup>49</sup> Maurer-Lambron /Vogt, N1 zu Art. 362 OR

<sup>50</sup> möglich sind auch GAV oder NAV-Bestimmungen

<sup>51</sup> Riesselmann-Saxer, S. 40

<sup>52</sup> Riesselmann-Saxer, S. 41

In Bezug auf den 2. Satz darf nicht zuungunsten des Arbeitnehmers von den datenschutzrechtlichen Bestimmungen abgewichen werden, wobei sich allerdings eine Relativierung insofern ergibt, als gemäss Art. 13 Abs. 1 DSGVO mit Einwilligung der betroffenen Person auch Abweichungen zu deren Ungunsten möglich sind<sup>53</sup>.

#### **5.4 Anforderungen an die Einwilligung bzw. Zustimmung**

Zunächst ist festzuhalten, dass nur ein Urteilsfähiger in eine von Art. 328b OR abweichende Datenbearbeitung einwilligen kann<sup>54</sup>. Weiter muss die Einwilligung nach angemessener Information freiwillig erfolgen<sup>55</sup>. Die Freiwilligkeit kann aufgrund des Machtgefälles u. U. fraglich sein. Dies etwa, wenn der Arbeitgeber im Falle des Verweigerens der Einwilligung mit einer Kündigung droht<sup>56</sup>.

Die Einwilligung bzw. Zustimmung muss vor dem Eingriff in die Persönlichkeitsverletzung gegeben werden und jederzeit widerrufbar sein. Grundsätzlich kann die Einwilligung formlos erfolgen, auch stillschweigend<sup>57</sup>. Einer ausdrücklichen Einwilligung bedarf es allerdings dann, wenn diese die Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten oder von Persönlichkeitsprofilen betrifft<sup>58</sup>.

Fraglich ist, ob eine gültige Einwilligung nur gegeben ist, wenn die einzelne Persönlichkeitsverletzung auf objektiven Gründen beruht. Auf jeden Fall müssen der gültigen Einwilligung wegen Art. 27 Abs. 2 ZGB enge Grenzen gesetzt werden. Aufgrund der Ungewöhnlichkeitsregel dürfte eine gültige Zustimmung in den Allgemeinen Arbeitsbedingungen auszuschliessen sein<sup>59</sup>.

Der Einwilligende muss die Tragweite seiner Erklärung einschätzen können. Er muss somit von Art und Natur der persönlichkeitsverletzenden Datenbearbeitung eine hinreichend genaue Vorstellung haben. Damit sind auch Blanko-Ermächtigungen abzulehnen<sup>60</sup>.

#### **5.5 Befragungen des Arbeitnehmers**

Befragungen sind für den Arbeitgeber ein wichtiges Mittel zur Datenbeschaffung. Gerade im Vorgesetzten-Coaching kommt der Befragung eine zentrale Bedeutung zu.

**Befragungen sind als Datenbeschaffung zu qualifizieren, womit sowohl die datenschutzrechtlichen Bestimmungen wie auch Art. 328b OR zu beachten sind.**

Unerheblich ist, ob der Arbeitgeber tatsächlich zu den gewünschten Informationen kommt oder nicht: Auch der Versuch der Datenbeschaffung ist eine Datenbearbeitung<sup>61</sup>. Dies bedeutet, dass schon mit dem Stellen einer unzulässigen Frage die Persönlichkeit verletzt ist. Unerheblich ist, ob die Befragung mündlich oder mit Fragebogen erfolgt.

---

<sup>53</sup> Riesselmann-Saxer, S. 42

<sup>54</sup> Riesselmann-Saxer, S. 36

<sup>55</sup> Art. 4 Abs. 5 DSGVO

<sup>56</sup> Riesselmann-Saxer, S. 36

<sup>57</sup> Riesselmann-Saxer, S. 37

<sup>58</sup> Art. 4 Abs. 5 DSGVO, welcher in diesem Bereich stillschweigende Zustimmungen ausschliesst.

<sup>59</sup> Riesselmann-Saxer, S. 37

<sup>60</sup> Riesselmann-Saxer, S. 37

<sup>61</sup> Riesselmann-Saxer, S. 97

## 5.6 Widerrechtlichkeit der Befragung

Überschreitet der Arbeitgeber bzw. der Vorgesetzte sein Fragerecht, begeht er eine Persönlichkeitsverletzung. Eine Überschreitung liegt dann vor, wenn sich die Fragen ausserhalb der Bearbeitungszweckbestimmungen gemäss Art. 328b OR bewegen (vgl. Ziff. 5.2.5 und 5.2.6).

Eine Widerrechtlichkeit ergibt sich allerdings nur dann, wenn kein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Wie unter Ziff. 5.3 dargestellt, ist eine von Art. 328b OR abweichende Datenbearbeitung dann zulässig, wenn der urteilsfähige Arbeitnehmer dieser Abweichung im Voraus freiwillig zugestimmt hat (vgl. Ziff. 5.4) und die Ausweitung des Bearbeitungszwecks zu seinen Gunsten erfolgt.

## 5.7 Weitergabe an betriebseigene Personen

Eine Weitergabe von Daten liegt u. U. auch dann vor, wenn die Informationen innerhalb desselben Betriebs bekannt gegeben werden. Massgebend ist hierbei, ob der Arbeitgeber die Informationen den mit der Datenbearbeitung betrauten Hilfspersonen oder eigentlichen Dritten (z. B. dem Leiter einer anderen Abteilung) übergibt. Informationsweitergaben an sog. Hilfspersonen der Datenerhebung bilden jedoch keine Datenbearbeitung im gesetzlichen Sinne<sup>62</sup>. Demgegenüber sind andere Angestellte des Arbeitgebers – mit Ausnahme der ihn repräsentierenden Personen (i. d. R. die oberste Führungsebene) – als Dritte zu qualifizieren<sup>63</sup>. Für eine entsprechende Weitergabe von besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofilen braucht es die Zustimmung des betroffenen Arbeitnehmers<sup>64</sup> und die Weitergabe muss zu seinen Gunsten erfolgen<sup>65</sup>.

## 6. Anforderungen an das Vorgesetzten-Coaching aus rechtlicher Sicht

### 6.1 Implikationen aus der rechtlichen Analyse

Aus (datenschutz)rechtlicher Sicht unproblematisch ist das Vorgesetzten-Coaching dann, wenn sich dieses bzw. die dabei gestellten Fragen an die Beschränkungen von Art. 328b OR halten. Erscheint also das Coaching als zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich oder betrifft es Abklärungen und Unterstützungen im Zusammenhang mit der Eignung des Mitarbeiters für das Arbeitsverhältnis, so ergeben sich aus rechtlicher Sicht keine weiteren Probleme. Allerdings ist zu beachten, dass sich alle Fragen streng innerhalb dieses Rahmens zu bewegen haben und dass ausserdem die gestellten Fragen und getätigten Abklärungen im Hinblick auf das vereinbarte Coaching-Ziel geeignet, erforderlich und verhältnismässig sein müssen<sup>66</sup>.

Aus datenschutzrechtlicher Sicht nicht zulässig und somit für das Vorgesetzten-Coaching problematisch sind sämtliche Fragen und Abklärungen, welche den Rah-

---

<sup>62</sup> *Riesselmann-Saxer*, S. 137

<sup>63</sup> *Riesselmann-Saxer*, S. 137

<sup>64</sup> Vgl. Art. 12 Abs. 2 lit. c i.V. mit Art. 13 Abs. 1 DSGVO

<sup>65</sup> Die Weitergabe solcher Daten wird regelmässig nicht die Abklärung der Eignung oder die Durchführung des Arbeitsvertrages betreffen, weshalb sie nur unter der Voraussetzung von Art. 362 OR zulässig ist; vgl. *Riesselmann-Saxer*, S. 137

<sup>66</sup> *Riesselmann-Saxer*, S. 98



men von Art. 328b OR verlassen. Grundsätzlich nicht zulässig sind somit Fragen und Abklärungen zum Freizeitverhalten oder zum sonstigen Privatleben oder Fragen und Abklärungen zum (körperlichen oder geistigen) Gesundheitszustand<sup>67</sup>. Je nach angewandter Coaching-Methode<sup>68</sup> ist der coachende Vorgesetzte jedoch sehr rasch auch in diesem Bereich voll drin. Allein schon die offene Frage: „Wie geht es Ihnen heute?“<sup>69</sup> kann den privaten oder gesundheitlichen Zustand des Mitarbeiters tangieren und wäre damit datenschutzrechtlich nicht zulässig. Auch bei der Erstellung von umfassenden Persönlichkeitsprofilen dürfte der Rahmen Art. 328b regelmässig gesprengt werden. Aus (datenschutz)rechtlicher Sicht ergeben sich somit bei Anwendung der üblichen Coaching-Methoden erhebliche Einschränkungen.

Unter Ziff. 5.3 wurde allerdings aufgezeigt, dass Art. 328b OR nicht absolut zwingender Natur ist. Eine weitergehende Datenbearbeitung ist möglich, sofern diese zugunsten des Mitarbeiters erfolgt und er dieser vorgängig zustimmt<sup>70</sup>. **Damit ergeben sich aus rechtlicher Sicht für das problemlose Durchführen eines Vorgesetzten-Coaching folgende zentrale Forderungen:**

- **Die erweiterte Datenbearbeitung (und damit das Vorgesetzten-Coaching<sup>71</sup>) darf nur zugunsten des Mitarbeiters durchgeführt werden;**
- **Der betroffene Mitarbeiter muss in voller Kenntnis des Zwecks und der Ziele des Coaching der erweiterten Datenbearbeitung vorgängig ausdrücklich zustimmen; vor der Zustimmung ist er über die (möglicherweise) ausserhalb der arbeitsplatzbezogenen Aspekte mit einzubeziehenden (weiteren) Persönlichkeits- und Lebensbereiche hinreichend aufzuklären, so dass er den Umfang der den Rahmen von Art. 328b OR überschreitenden Datenbearbeitung abschätzen kann<sup>72</sup>.**

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so ist ein Vorgesetzten-Coaching aus rechtlicher Sicht ohne Probleme möglich. Insbesondere sind unter diesen Voraussetzungen auch Fragen und Abklärungen zulässig, die sich ausserhalb des Rahmens von Art. 328b OR bewegen. Der Coach muss sich nicht vor jeder Frage sorgfältig überlegen, ob sie noch im zulässigen Bereich liegt. Auch Fragen bzw. Abklärungen, die zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses nicht unbedingt erforderlich bzw. allenfalls nicht mehr in allen Punkten verhältnismässig sind (z. B. bei der Erstellung von Per-

---

<sup>67</sup> Riesselmann-Saxer, S. 99

<sup>68</sup> So beispielsweise bei Verwendung des NLP-Ansatzes (Neurolinguistisches Programmieren), bei dem hierarchisch gegliederte, sog. neuro-logische Ebenen unterschieden werden, welche mit je spezifischen „Tools“ beeinflusst und so Veränderungen bis hinauf zu den Ebenen der Werte und Identität bewirkt werden sollen (vgl. dazu z. B. *Dilts*, S. 17ff). Auch bei Verwendung des systemischen Ansatzes, bei dem primär die Beziehungen unter den Systemmitgliedern betrachtet werden, verlässt man je nach gezogener Systemgrenze den rein arbeitsplatzbezogenen Raum; bei den sog. „Aufstellungen“ wird wesentlich auf das „implizite Wissen“ abgestellt, welches die gesamte Persönlichkeit erfasst und somit immer auch nicht berufsbezogene Aspekte enthält (u. U. werden intime Details sichtbar, was insbesondere bei Gruppenaufstellungen zu berücksichtigen ist).

<sup>69</sup> Unproblematisch wäre eine entsprechende Frage des Vorgesetzten hingegen im Rahmen der üblichen Konversation, weil es diesbezüglich erlaubt sein muss, gewisse Fragen zu stellen; vgl. *Riesselmann-Saxer*, S. 97 u. 99

<sup>70</sup> Auch *Stahelin* schliesst in N 12 zu Art. 328b OR eine Rechtfertigung durch Zustimmung nicht aus.

<sup>71</sup> Das ergibt sich daraus, dass die Datenbearbeitung direkt beim Coaching anfällt (z. B. beim Befragen, vgl. Ziff. 5.5 und 5.6)

<sup>72</sup> Anhang 1 enthält einen Formulierungsvorschlag.

sönlichkeitsprofilen), bedeuten nicht mehr automatisch eine Persönlichkeitsverletzung.

## **6.2 Vorgesetzten-Coaching nur zum Vorteil des Mitarbeiters**

### **6.2.1 Einleitung**

Diese Forderung erscheint aus reiner Coaching-Optik selbstverständlich.

Hinzuweisen ist allerdings auf die spezielle Situation beim Vorgesetzten-Coaching, bei welchem seitens des Vorgesetzten Interessenkonflikte bestehen können. Auch aus der hierarchischen Struktur können sich implizite oder explizite Forderungen oder Erwartungen von weiteren vorgesetzten Stellen oder aus anderen Betriebsbereichen ergeben, welche sich nicht mehr mit den Interessen des Mitarbeiters decken.

### **6.2.2 Im Hinblick auf eine Versetzung oder Kündigung**

Würden beispielsweise die Ergebnisse eines Coaching auch für Entscheide im Hinblick auf eine Kündigung oder Versetzung herangezogen, so läge dies in der Regel nicht mehr im Interesse des Mitarbeiters. Allfällige Fragen und Abklärungen hätten sich also strikte an den Vorgaben von Art. 328b zu orientieren, was ein entsprechendes Coaching erheblich einschränken und belasten würde. Die Gefahr, in solchen Fällen in die geschützte Privatsphäre des Mitarbeiters einzudringen und damit dessen Persönlichkeit zu verletzen, wäre sehr gross. Eine Rechtfertigung wäre, weil die Abklärungen letztlich nicht zum Vorteil des Mitarbeiters erfolgen, rechtlich nicht möglich.

Anders läge der Fall dann, wenn das Vorgesetzten-Coaching im Sinne einer „letzten Chance“ angeboten würde. Meines Erachtens liegt eine solche Zielsetzung auch im Interesse des Mitarbeiters<sup>73</sup>. Allerdings müsste ihm aus objektiver Sicht eine faire Chance eingeräumt werden; das Coaching dürfte also nicht als eine bloss „Alibi-Übung“ vor der Kündigung oder Versetzung angelegt sein.

### **6.2.3 Zur Konfliktbewältigung**

Abgesehen davon, dass sich Coaching-Methoden zur reinen Konfliktbewältigung eher weniger eignen, erscheinen zumindest entsprechende Einzel-Coaching aus rechtlicher Sicht eher unproblematisch. In aller Regel dürfte die Konfliktbereinigung im Interesse des Mitarbeiters liegen. Auch hier müsste ihm aber eine faire Chance eingeräumt werden und ein allfällig abschliessender, negativer Führungsentscheid dürfte nicht im Voraus feststehen.

Problematischer erscheinen entsprechende Gruppen-Coaching, weil erfahrungsgemäss oftmals eine oder mehrere Personen letztlich als Verlierer vom Platz gehen. Es sind aber durchaus auch Win-Win-Situationen denkbar. Auch im Sinne einer „letzten Chance“ kann ein entsprechendes Coaching durchaus auch zum Vorteil der schlussendlichen „Verlierer“ erfolgen.

---

<sup>73</sup> Ansonsten würde nämlich sofort und ohne Coaching ein negativer Führungsentscheid getroffen.

## 6.2.4 Im Hinblick auf oder nach Beförderungen bzw. bessere Positionen

Hier liegt der Vorteil für den Mitarbeiter auf der Hand. Ganz allgemein gilt für Informationen im Hinblick auf Anstellungen (Assessments, Tests etc.), dass diese regelmässig im Rahmen des zulässigen Zwecks (Eignung des Arbeitnehmers) liegen. Der Arbeitnehmer hat von der Informationsgewinnung Kenntnis und rechnet auch mit der Weitergabe der Daten an den Arbeitgeber (wenn z. B. ein Assessment extern durchgeführt wird)<sup>74</sup>. Auch ein Coaching nach der Übernahme einer Führungsposition oder nach organisatorischen Änderungen fällt in diese Kategorie. Die Zielsetzungen liegen normalerweise in der Unterstützung des Mitarbeiters in seiner neuen Funktion oder in der Verbesserung von bestimmten Fähigkeiten und es soll sowohl für den Arbeitnehmer wie auch den Arbeitgeber zu einer Win-Win-Situation kommen.

## 6.3 Vorgängige Zustimmung des Arbeitnehmers in die erweiterte Datenbearbeitung

### 6.3.1 Einleitung

Bei einem privaten Coaching ergibt sich diese Forderung normalerweise mit dem Vertragsabschluss von selbst, weil der Coach davon ausgehen kann, dass der Coachee mit der Zustimmung zum Vertrag (vgl. Ziff. 3.1) auch der entsprechenden Datenbearbeitung zustimmt.

Zwischen dem Vorgesetzten und dem Mitarbeiter besteht jedoch kein direktes Vertragsverhältnis, aus dem sich die Zustimmung des Mitarbeiters ableiten liesse (vgl. Ziff. 3.2). Bewegt sich das Vorgesetzten-Coaching im Rahmen von Art. 328b OR, ist die vorgängige Zustimmung des Arbeitnehmers an sich auch nicht notwendig, denn aus datenschutzrechtlicher Sicht ist der Arbeitgeber diesfalls zur Datenbearbeitung bzw. zu entsprechenden Fragen und Abklärungen berechtigt (vgl. Ziffern 5.1). Wie aber bereits unter Ziff. 6.1 dargelegt wurde, kann die Einhaltung der Schranken von Art. 328b OR in der Coaching-Praxis auf erhebliche Schwierigkeiten stossen. Um sich hierfür abzusichern bzw. um im Bedarfsfall auch Fragen und Abklärungen zur gesamten Persönlichkeit des Coachee, zu seinem privaten Umfeld oder zu seiner Gesundheit angehen zu können, ist dessen vorgängige Zustimmung in die erweiterte Datenbearbeitung aus rechtlicher Sicht unabdingbar.

### 6.3.2 Anforderungen an die Zustimmung im Vorgesetzten-Coaching

Hinsichtlich der Anforderungen, die an eine rechtsgültige Zustimmung durch den Coachee zu stellen sind, kann grundsätzlich auf Ziff. 5.4 verwiesen werden.

Wichtig ist, dass die Zustimmung vor Aufnahme des Coaching ausdrücklich<sup>75</sup> erfolgt, am besten schriftlich zusammen mit den übrigen gegenseitigen Vereinbarungen zum beabsichtigten Coaching (Ziele, Anzahl Sitzungen, Zeitdauer, Kriterien zur Erfolgskontrolle etc.). **Anhang 1 enthält einen Formulierungsvorschlag.**

Der Coachee muss vorgängig über die wesentlichen Charakteristiken der angewandten Methodik und insbesondere über die (möglicherweise) in das Coaching mit einbezogenen Persönlichkeits- und Lebensbereiche hinreichend aufgeklärt werden, so

<sup>74</sup> Riesselmann-Saxer, S. 106

<sup>75</sup> Da erfahrungsgemäss häufig Persönlichkeitsprofile erstellt oder besonders schützenswerte Personendaten bearbeitet werden, genügt eine stillschweigende oder gar hypothetische Zustimmung nicht (Art. 4. Abs. 5 DSG)

dass er die Tragweite seiner Zustimmung einschätzen kann. Er muss sich vor seiner Zustimmung von Art und Natur der seine Persönlichkeit betreffenden Abklärungen eine hinreichend genaue Vorstellung machen können. Nur unter dieser Voraussetzung ist eine rechtsgültige Zustimmung möglich.

Ausserdem sind ihm die Absichten und Ziele des Coaching bekanntzugeben<sup>76</sup>. Da zu Beginn i. d. R. ohnehin zumindest eine Zielvereinbarung abgeschlossen wird, dürfte dieser Punkt keine weiteren Probleme beinhalten. Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass die im Rahmen des Coaching erhobenen Daten später nicht für andere Zwecke verwendet werden dürfen (Art. 4 Abs. 3 DSGVO<sup>77</sup>).

### 6.3.3 Umfassende Abklärungen zur Persönlichkeitsstruktur

Im Rahmen des Coaching werden häufig auch mehr oder weniger umfassende Abklärungen zur Persönlichkeitsstruktur vorgenommen. In Frage kommt eine ganze Palette von einschlägigen Tests und Methoden, beispielsweise Hirndominanztests (wie HBDI<sup>78</sup>), SOC-29<sup>79</sup>, Präferenzen-Profile (wie das Insights<sup>©</sup> Discovery Präferenz-Profil), Transaktionsanalyse, Wahrnehmungsprofile, Lernstilanalysen etc. Aus datenschutzrechtlicher Sicht besonders kritisch sind Abklärungen, bei denen auch Fragen zum Freizeitverhalten oder zur Familie oder zum sonstigen Privatbereich gestellt werden.

Aus solchen Abklärungen können umfassende Informationen über die Persönlichkeit des Coachee resultieren, welche einen sehr tiefen Einblick in sein Innenleben geben. Regelmässig wird er dabei nicht bloss als „Berufsperson“, sondern ganzheitlich „durchleuchtet“.

Die Erstellung umfassender Persönlichkeits- oder Präferenzen-Profile im Rahmen eines Vorgesetzten-Coaching, bei welchem es letztlich ja „lediglich“ um die Lösung von arbeitsplatzbezogenen Problemen oder Anliegen geht, dürfte in aller Regel zur Erreichung der anvisierten Coaching-Ziele weder erforderlich noch angemessen sein<sup>80</sup>.

Meines Erachtens bedarf es deshalb beim Vorgesetzten-Coaching vor der Durchführung von umfassenden Abklärungen zur Persönlichkeitsstruktur einer besonderen, ausdrücklichen Zustimmung durch den Coachee. Ebenfalls erforderlich ist eine vorgängige, angemessene Aufklärung, welche insbesondere über die Art und die wesentliche Aussagekraft der erhobenen Daten bzw. der vorgesehenen Auswertungen informiert; der Coach muss ausserdem dartun, in wie weit er die Durchführung zur Zielerreichung als nötig oder zumindest vorteilhaft erachtet. Der Coachee muss gerade in diesem heiklen Bereich die Tragweite seiner Zustimmung abschätzen und - wenn er die Durchführung trotz der möglichen Vorteile als unnötig oder als zu weitgehend erachtet - seine Zustimmung verweigern können. Selbstverständlich kann diese besondere Zustimmung in die allgemeine gem. Ziff. 6.3.2 integriert werden. Diesfalls empfiehlt sich eine separate Erwähnung in der schriftlichen Vereinbarung

---

<sup>76</sup> Ergibt sich aus Art. 4 Abs. 4 DSGVO

<sup>77</sup> *Riesselmann-Saxer*, S. 27

<sup>78</sup> Herrmann Brain Dominance Instrument

<sup>79</sup> Sense of Coherence-Fragebogen nach Abel, Kohlmann und Noack

<sup>80</sup> Zumindest dürfte praktisch immer ein „Surplus“ an Informationen anfallen, deren Kenntnis zur Zielerreichung nicht nötig wäre.

unter Angabe der beabsichtigten Verfahren und Tests. Werden die Abklärungen im Hinblick auf einen besonderen, durch die bisherige allgemeine Coaching-Zielsetzung noch nicht abgedeckten Zweck durchgeführt, so wäre auch dies ausdrücklich festzuhalten.

Da das Ergebnis solcher Abklärungen regelmässig als Persönlichkeitsprofil (vgl. Ziff. 5.2.4) zu qualifizieren ist, ist die Weitergabe der Daten und Ergebnisse an Dritte (inkl. als Dritte einzustufende betriebseigene Personen) nur zum Vorteil des Mitarbeiters und nur mit dessen vorgängiger, ausdrücklicher Zustimmung<sup>81</sup> zulässig (vgl. dazu Ziff. 5.7).

#### **6.3.4 Abklärungen zu einzelnen Aspekten der Persönlichkeit**

Erfassen die Abklärungen nur einzelne Aspekte der Persönlichkeit, z. B. das Kommunikationsverhalten im Betrieb oder den Führungsstil, so erscheinen diese als unproblematisch, insbesondere wenn Fragen schwergewichtig zum beruflichen Bereich gestellt werden und sie im Hinblick auf das Coaching-Ziel als nötig und verhältnismässig betrachtet werden können. Auf eine besondere Zustimmung kann verzichtet werden bzw. diese gilt als in der allgemeinen Zustimmung gem. Ziff. 6.3.2 als mitenthalten, sofern von einer genügenden Aufklärung ausgegangen werden kann.

## ***7. Situation im öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis***

### **7.1 Rechtliche Rahmenbedingungen**

Auf öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse ist nicht primär das OR anwendbar, sondern es gelten die jeweiligen Personalgesetze. Für das Vorgesetzten-Coaching unterscheiden sich deshalb die rechtlichen Rahmenbedingungen von jenen in der Privatwirtschaft. Es würde jedoch den Rahmen dieser Arbeit sprengen, diese auch für die öffentlichen Arbeitsverhältnisse im Detail zu prüfen. Nachfolgend soll deshalb nur der auch für das Vorgesetzten-Coaching im privatwirtschaftlichen Bereich zentral wichtige Punkt des Datenschutzes näher beleuchtet werden.

Damit dürften jedoch auch im öffentlich-rechtlichen Bereich die wesentlichen Einschränkungen erfasst sein, denn bei der Analyse der privatwirtschaftlichen Rahmenbedingungen hat sich gezeigt, dass für das Vorgesetzten-Coaching vor allem die datenschutzrechtlichen Bestimmungen von zentraler Bedeutung sind. Einzig aus diesen ergeben sich gegenüber dem privaten Coaching von Beginn weg relevante Einschränkungen. Das wird bei den öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen nicht anders sein, zumal sich die dortigen Regelungen zum Weisungsrecht sowie zur Treue- und Fürsorgepflicht nicht wesentlich von jenen des OR unterscheiden; teilweise gelangt das OR gar als subsidiäres Recht zur Anwendung.

---

<sup>81</sup> Art. 4 Abs. 5 DSGVO

## 7.2 Datenschutzrechtliche Bestimmungen im öffentlichen Arbeitsverhältnis

### 7.2.1 Beim Bund

Nach Art. 6 Abs. 2 des BPG<sup>82</sup> gelten für das Arbeitsverhältnis sinngemäss die einschlägigen Bestimmungen des Obligationenrechts, soweit das BPG oder andere Bundesgesetze nichts anderes vorsehen. Dieser Verweis bezieht sich nicht nur auf die arbeitsrechtlichen Bestimmungen des OR (Art. 319ff und somit auch auf Art. 328b und Art. 362 OR), sondern auf sämtliche Regeln, die sich im Hinblick auf die Besonderheiten des öffentlichen Arbeitsverhältnisses für einen analogen Beizug als ergänzendes öffentliches Recht eignen<sup>83</sup>.

Die Anwendbarkeit des DSG auf Behörden und Dienststellen des Bundes und damit auf die entsprechenden Arbeitsverhältnisse ergibt sich aus Art. 2 Abs. 1 lit. b des DSG<sup>84</sup>.

Hinsichtlich der aus rechtlicher Sicht für das Vorgesetzten-Coaching zentral wichtigen Fragen des Datenschutzes sind somit auf die öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse des Bundes sinngemäss dieselben Normen anwendbar wie im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis. In entsprechenden Entscheiden wurden denn auch die Regelungen von Art. 328b OR sinngemäss herangezogen<sup>85</sup>.

### 7.2.2 Beim Kanton Bern

Als Beispiel für eine kantonale Verwaltung werden die Bestimmungen des Kantons Bern herangezogen; Entsprechendes dürfte für die meisten Kantone gelten.

Hinsichtlich der Anwendbarkeit des OR sind die Bestimmungen nicht so klar wie beim Bund. Immerhin hält Art. 18 des PG<sup>86</sup> fest, dass die zwingenden Mindestansprüche nach dem schweizerischen Obligationenrecht gewährleistet sind. Mit Ausnahme von Art. 46, welcher den Mitarbeitenden das Einsichtsrecht in ihre eigenen Personaldaten gibt, fehlen im PG spezielle Bestimmungen zum Datenschutz. Aufgrund der garantierten Mindestansprüche kann jedoch davon ausgegangen werden, dass Art. 328b OR, welcher i. V. mit Art. 362 OR insofern zwingend ist, als er nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgeändert werden darf, sinngemäss auch auf die öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse des Kantons Bern<sup>87</sup> anwendbar ist.

Das DSG ist hingegen nicht direkt auf die öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse des Kantons Bern anwendbar. Massgeblich für diese ist das kantonale Datenschutzgesetz vom 19. Februar 1986 (KDSG). Dessen Bestimmungen orientieren sich jedoch weitgehend an denselben Grundsätzen wie das DSG (vgl. z. B. Art. 2 [Begriffe], Art. 3 [besonders schützenswerte Personendaten], Art. 5 bis 7 [Bearbeiten von Personendaten] und Art. 11 [Bekanntgabe an private Personen]). Ausserdem verweist Art. 328b OR im 2. Satz auf die Anwendbarkeit des DSG, welche Bestimmungen i. V.

---

<sup>82</sup> Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000

<sup>83</sup> BGE 132 II 161 E 3.1 mit weiteren Nachweisen

<sup>84</sup> Die Definition des Begriffs „Bundesorgane“ ergibt sich aus Art. 3 lit. h des DSG

<sup>85</sup> Z. B. im bereits erwähnten BGE 132 II 161

<sup>86</sup> Personalgesetz des Kantons Bern vom 16. September 2004

<sup>87</sup> Zum Geltungsbereich vgl. Art 2 PG; das PG gilt gem. Abs. 1 z. B. für alle Arbeitsverhältnisse des Kantons, der Universität, der Berner Fachhochschule und der Pädagogischen Hochschule

mit Art. 362 OR somit nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgeändert werden dürfen<sup>88</sup> und insofern ebenfalls einen zwingenden Mindestanspruch definieren.

Im Ergebnis sind hinsichtlich der aus rechtlicher Sicht für das Vorgesetzten-Coaching zentral wichtigen Fragen des Datenschutzes somit auch auf die öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse des Kantons Bern sinngemäss dieselben Normen anwendbar wie im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis. Zur Anwendung gelangt insbesondere auch Art. 328b OR.

### **7.3 Konsequenzen für das Vorgesetzten-Coaching in der Verwaltung**

Wie dargelegt, sind auf die öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse bei Bund und Kanton Bern letztlich dieselben datenschutzrechtlichen Bestimmungen anwendbar. Es ergeben sich somit für das Vorgesetzten-Coaching dieselben wesentlichen Problempunkte:

- Der Arbeitgeber darf aufgrund von Art. 328b OR Daten des Arbeitnehmers nicht beliebig, sondern nur soweit bearbeiten, als sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis (angesprochen ist vor allem das Bewerbungsverfahren) betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind (laufendes Arbeitsverhältnis). Für Details vgl. Ziff. 5.1.
- Aufgrund von Art. 362 Abs. 1 OR ist Art. 328b relativ zwingender Natur, was bedeutet, dass Abweichungen nur zugunsten des Arbeitnehmers zulässig sind. Es bedarf ausserdem einer einzelvertraglichen Abrede, wobei eine einseitige Willenserklärung (Zustimmung des Arbeitnehmers) genügt. Für Details vgl. Ziff. 5.3.

Für das Vorgesetzten-Coaching innerhalb der Verwaltung von Bund und Kanton Bern ergeben sich somit dieselben Restriktionen wie im privatwirtschaftlichen Bereich:

- Die erweiterte Datenbearbeitung (und damit das Vorgesetzten-Coaching) darf nur zugunsten des Mitarbeiters durchgeführt werden;
- Der betroffene Mitarbeiter muss in voller Kenntnis des Zwecks und der Ziele des Coaching der erweiterten Datenbearbeitung vorgängig ausdrücklich zustimmen; vor der Zustimmung ist er über die einbezogenen (weiteren) Persönlichkeits- und Lebensbereiche hinreichend aufzuklären.

Für die Details kann auf Ziff. 6 verwiesen werden. Die dort definierten Anforderungen an das Vorgesetzten-Coaching gelten auch im öffentlich-rechtlichen Bereich uneingeschränkt.

---

<sup>88</sup> *Riesselmann-Saxer*, S. 41f

## 8. Beizug eines externen Coach

### 8.1 Ausgangslage

Beim Beizug eines externen Coach wird der rechtsverbindliche Vertrag normalerweise mit dem Vorgesetzten des Coachee bzw. mit dem Arbeitgeber abgeschlossen (Mandatsvertrag, vgl. Ziff. 2.2.2). Der Coach wird mit dem Coachee „lediglich“ eine (schriftliche) Vereinbarung eingehen, welche üblicherweise vor allem die Ziele des Coaching sowie dessen Modalitäten (Anzahl und Dauer der Sitzungen, Sitzungsort, Vertraulichkeit, Erfolgskontrolle etc.) enthält<sup>89</sup>. Diese Vereinbarung ist Teil des Mandatsvertrags, eine eigentliche Vertragsbeziehung zwischen dem Coach und dem Coachee entsteht dadurch jedoch in aller Regel nicht<sup>90</sup>.

### 8.2 Konsequenzen aus rechtlicher Sicht

Da der Coachee unverändert Angestellter des Arbeitgebers ist und das Coaching auch bei Beizug eines externen Coach im Rahmen des Arbeitsverhältnisses durchgeführt wird, fragt sich, wieweit die Schranken von Art. 328b OR auch für den beauftragten externen Coach gelten.

Zunächst ist festzuhalten, dass der externe Coach selber nicht Arbeitgeber im Sinne von Art. 328b OR ist. Fraglich ist, ob er bei seiner Coaching-Tätigkeit als Hilfsperson des Arbeitgebers betrachtet werden kann und demzufolge bereits hieraus denselben Einschränkungen unterliegt.

Diese Frage kann indessen offen bleiben, denn der Arbeitgeber muss schon aufgrund seiner Fürsorgepflicht gem. Art. 328 OR dafür sorgen, dass die Persönlichkeitsrechte seiner Mitarbeiter auch nicht durch (insbesondere beauftragte) Dritte verletzt werden (vgl. Ziff. 4.3.1). Hinzu kommt, dass gem. Art. 10a Abs. 1 lit. a DSGVO die Bearbeitung von Personendaten lediglich dann an Dritte übertragen werden darf, wenn die Daten nur so bearbeitet werden, wie der Auftraggeber (hier also der Arbeitgeber) selbst es tun dürfte<sup>91</sup>. Genau besehen müsste der Arbeitgeber den beauftragten externen Coach somit als Folge seiner Fürsorgepflicht sowie aufgrund von Art. 10a Abs. 1 DSGVO sogar dazu verpflichten, bei seiner Coaching-Tätigkeit die Einschränkungen gemäss Art. 328b OR zu beachten (inkl. natürlich die Bestimmungen des DSGVO)<sup>92</sup>. **Im Ergebnis ist also davon auszugehen, dass auch der beigezogene externe Coach beim arbeitsplatzbezogenen Coaching eines Mitarbeiters den datenschutzrechtlichen Einschränkungen des Art. 328b OR unterliegt.**

Es ergeben sich somit dieselben datenschutzrechtlichen Restriktionen wie beim Vorgesetzten-Coaching<sup>93</sup>:

---

<sup>89</sup> Diese Vereinbarung kann als Anhang zum Mandatsvertrag ausgestaltet sein, teilweise wird aber auch einfach der Mandatsvertrag von allen drei Parteien unterzeichnet.

<sup>90</sup> Es wird auch hier vor allem am Vertragsabschlusswillen fehlen, vgl. dazu Ziff. 3.2

<sup>91</sup> Vgl. *Maurer-Lambron/Vogt*, N 4 zu Art. 328b, welcher Kommentar sich aber noch auf alt Art. 14 DSGVO bezieht.

<sup>92</sup> Zwar wird eine Coaching-Tätigkeit beauftragt, diese beinhaltet jedoch zu wesentlichen Teilen eine arbeitsplatzbezogene Datenbearbeitung (vgl. Ziff. 5.2.2), weshalb sich m. E. die Anwendbarkeit von Art. 10a DSGVO rechtfertigt.

<sup>93</sup> Dieses Ergebnis rechtfertigt sich auch aus praktischer Sicht: Der externe Coach steht normalerweise auch in Verbindung zum Vorgesetzten, weshalb der Arbeitgeber faktisch immer involviert ist.



- Die Datenbearbeitung ausserhalb der Zweckbestimmung von Art. 328b OR darf nur zugunsten des Mitarbeiters durchgeführt werden;
- Der betroffene Mitarbeiter muss in voller Kenntnis des Zwecks und der Ziele des Coaching der erweiterten Datenbearbeitung vorgängig ausdrücklich zustimmen; vor der Zustimmung ist er über die einbezogenen (weiteren) Persönlichkeits- und Lebensbereiche hinreichend aufzuklären.

Für die Details kann auf Ziff. 6 verwiesen werden.

Da der externe Coach jedoch weder beim Auftraggeber angestellt noch Vorgesetzter des Coachee ist, entfallen für ihn die übrigen in dieser Arbeit dargestellten, aus rechtlicher Sicht für das Vorgesetzten-Coaching problematischen Punkte (vgl. hierzu insbesondere die Ziffern 4.1.4 und 4.2.3).

## **Literaturverzeichnis**

*Brunner, Bühler, Waeber, Bruchez*, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Auflage, Helbling & Lichtenhahn Verlag, Basel 2005

Jürg *Brühwiler*, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage, Verlag Paul Haupt, Bern 1996

Eugen *Bucher*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Schulthess Verlag, Zürich 1979

*Centre Patronal*, Handbuch des Arbeitgebers, Kapitel III 16, Datenschutz, Bern und Paudex, Januar 2008

Robert B. *Dilts*, Professionelles Coaching mit NLP: Mit dem NLP-Werkzeugkasten geniale Lösungen ansteuern, Junfermann Verlag, Paderborn 2006

*Honsell, Vogt, Geiser*, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1 – 456 ZGB, 3. Auflage, Helbling & Lichtenhahn Verlag, Basel 2006

*Lippmann Eric*; Coaching impossible; in: ALPHA 13.5.2006

*Maurer-Lambron / Vogt*, Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz, Helbling & Lichtenhahn Verlag, Basel 2006

Christopher *Rauen*, Coaching, Hogrefe-Verlag, Göttingen 2003

Dr. iur. Rebekka *Riesselmann-Saxer*, Datenschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Zürcher Dissertation, Stämpfli Verlag AG, Bern 2002

Prof. Dr. Adrian *Stahelin*, Zürcher Kommentar, Teilband V2c, Der Arbeitsvertrag Art. 319 – 330a OR, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2006

Frank *Vischer*, Der Arbeitsvertrag, 3., erweiterte Auflage, Helbling & Lichtenhahn Verlag, Basel 2005

## **Anhang 1**

### **Formulierungsvorschlag für eine Zustimmungsklausel in einer Coaching-Vereinbarung**

*Herr Max Muster ist darüber informiert, dass zur Erreichung der vereinbarten Coaching-Ziele möglicherweise auch Persönlichkeits- und Lebensbereiche ausserhalb der rein arbeitsplatzbezogenen Aspekte in das Coaching einbezogen werden müssen. Er wurde über Art und Umfang der erweiterten Bearbeitung aufgeklärt und erklärt sich mit diesem Vorgehen einverstanden.*

#### **Hinweise:**

- Die Formulierung ist allgemein und abstrakt gehalten, weshalb sich je nach Coachee Konkretisierungen aufdrängen.
- In jedem Fall ist ergänzend für eine hinreichende mündliche Aufklärung und Erläuterung des Textes zu sorgen, so dass der Coachee grundsätzlich weiss, um was es geht und welche privaten Bereiche seiner Persönlichkeit und Lebensumstände voraussichtlich mit integriert werden. Er muss in Bezug auf die erweiterte Datenbearbeitung die Tragweite seiner Zustimmung abschätzen und diese gegebenenfalls verweigern können, wenn ihm dies in Anbetracht der anvisierten Coaching-Ziele als zu weit gehend erscheint.
- Der Coachee kann trotz unterzeichneter Erklärung später jederzeit seine Zustimmung widerrufen, womit das Coaching entweder abzubrechen oder auf die arbeitsplatzbezogenen Aspekte zu begrenzen ist.
- Für die Weitergabe der erhaltenen Informationen an Dritte wäre eine separate Zustimmung einzuholen; dasselbe gilt für eine Verwendung der Informationen für einen anderen als den vereinbarten Coaching-Zweck.