

# Warum das Monitoring der kulturellen Vielfalt Ihrer europäischen Belegschaft nicht im Widerspruch zur DSGVO steht

Verfasserin: Prof. Lokke Moerel\*

*Der folgende Gastbeitrag für den FPF-Blog wurde von Lokke Moerel, Professorin für globales ICT-Recht an der Universität Tilburg und Rechtsanwältin bei Morrison & Foerster (Brüssel), verfasst. Dieser Blog-Beitrag ist die Zusammenfassung eines längeren Aufsatzes, den Sie hier herunterladen können.*

*Der Gastbeitrag gibt nur die Meinung der Autorin wieder. Gastbeiträge im Blog spiegeln nicht notwendigerweise die Meinung von FPF wider.*

***"Man hat behauptet, die Welt werde durch Zahlen regiert; das aber weiß ich, daß die Zahlen uns belehren, ob sie gut oder schlecht regiert werde."*** - Johann Wolfgang von Goethe

## 1. Einleitung

Bekanntermaßen kommt es auf den heutigen Arbeitsmärkten weiterhin zu Diskriminierungen<sup>1</sup> und dies trotz der EU Antidiskriminierungs- und Gleichbehandlungsgesetze - wie etwa der sog. Antirassismusrichtlinie -, die ausdrücklich Vorgehensweisen verbieten, die Beschäftigte aufgrund ihrer rassischen oder ethnischen Herkunft besonders benachteiligen.<sup>2</sup> Auf einem Arbeitsmarkt, auf dem ein akuter Mangel an Talenten herrscht,<sup>3</sup> sehen wir, wie Personalabteilungen sich darum bemühen, Diskriminierungen am Arbeitsplatz zu beseitigen und eine inklusive Unternehmenskultur zu schaffen, um eine zunehmend vielfältige Belegschaft einstellen und unterstützen zu können. Mittlerweile haben

---

\* Frau Moerel dankt Annabel Gillham, Partnerin bei Morrison & Foerster in London, für ihren wertvollen Beitrag zu einer vorherigen Version dieses Artikels.

<sup>1</sup> Für aktuelle Statistiken siehe "Eine Union der Gleichheit: EU-Aktionsplan gegen Rassismus 2020-2025" [https://commission.europa.eu/system/files/2020-09/a\\_union\\_of\\_equality\\_eu\\_action\\_plan\\_against\\_racism\\_2020\\_2025\\_de.pdf](https://commission.europa.eu/system/files/2020-09/a_union_of_equality_eu_action_plan_against_racism_2020_2025_de.pdf) S. 3, in dem auf eine Vielzahl von Erhebungen der Agentur der Europäischen Union für Grundrechte (FRA) verwiesen wird, die auf ein hohes Maß an Diskriminierung in der EU hinweisen, mit dem Höchstwert bei Diskriminierung auf dem Arbeitsmarkt (29 %), sowohl bei der Stellensuche als auch am Arbeitsplatz.

<sup>2</sup> Siehe insbesondere die Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft ("**Antirassismusrichtlinie**"), *Amtsblatt L 180* vom 19.07.2000 S. 22-26. Maßnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierung und anderen Formen der Intoleranz auf europäischer Ebene stützen sich auf einen etablierten EU-Rechtsrahmen, der auf einer Reihe von Bestimmungen der Europäischen Verträge (Artikel 2 und 9 des Vertrags über die Europäische Union (EUV), Artikel 19 und 67 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)) und den allgemeinen Grundsätzen der Nichtdiskriminierung und Gleichheit beruht, die auch in der EU-Charta der Grundrechte (insbesondere Artikel 20 und 21) bekräftigt werden.

<sup>3</sup> WEF, *Jobs of Tomorrow, Mapping Opportunity in the New Economy*, Jan. 2020 ("**WEF-Bericht**"), [WEF\\_Jobs\\_of\\_Tomorrow\\_2020.pdf](https://www.weforum.org/publications/jobs-of-tomorrow-2020) (weforum.org). Siehe auch hier.

viele Unternehmen Richtlinien zur Förderung von Vielfalt, Gleichberechtigung und Inklusion (*Diversity, Equity and Inclusion* – kurz: **DEI**) in ihren Unternehmen eingeführt und es ist notwendig geworden, diese DEI-Bemühungen zu überprüfen und auszuwerten.

Ohne ein angemessenes Monitoring können DEI-Bemühungen ohne Einfluss oder sogar kontraproduktiv sein.<sup>4</sup> Ein einfaches Beispiel: Informelles Mentoring ist bekanntermaßen ein wichtiger Faktor für interne Beförderungen, für Frauen und Minderheiten jedoch weniger verfügbar.<sup>5</sup> Unternehmen, die ein offizielles internes Mentoring-Programm einrichten, um dieses Ungleichgewicht zu beheben, werden überprüfen wollen, ob das Programm Minderheiten zur Teilnahme anregt und das Ziel der Förderung der Gleichberechtigung erreicht. Ist dies nicht der Fall, könnte das Programm ungewollt die bestehenden Ungleichheiten nur noch verschärfen. Daher ist ein Monitoring erforderlich, um zu bewerten, ob das Mentoring tatsächlich zu einer gleichmäßigeren Beförderung innerhalb der Belegschaft führt oder ob Änderungen am Programm vorgenommen werden sollten.

*Die entscheidende Frage, die sich Unternehmensleitungen stellen müssen, ist folgende: Wollen wir wirklich warten, bis wir verklagt worden sind, um zur Kenntnis zu nehmen, dass unsere DEI-Bilanz problematisch ist?*

**Harvard Business Review, Juli 2022**

Unternehmen zögern, ihre DEI-Richtlinien in der EU zu überprüfen, weil sich der Mythos hartnäckig zu halten scheint, dass die EU-Datenschutzgrundverordnung 2016/679 (**DSGVO**) solche Praktiken verbieten würde. Dieser Artikel soll zeigen, dass es eigentlich genau umgekehrt ist. Wo Diskriminierungen, mangelnde Chancengleichheit oder ungleiche Bezahlung am Arbeitsplatz allgegenwärtig sind, ist das Monitoring von DEI-Daten Voraussetzung dafür, dass Arbeitgeber die Antidiskriminierungs- und Gleichbehandlungsgesetze einhalten und sich angemessen gegen etwaige Klagen verteidigen können.<sup>6</sup>

Aus historischen Gründen gilt die Erhebung von Daten zur rassistischen oder ethnischen Herkunft in vielen EU-Mitgliedstaaten als besonders sensibel. Die EU-Datenschutzgesetze sehen für die Erhebung sensibler Datenkategorien, wie z. B. Daten, die Aufschluss über die rassistische oder ethnische Herkunft, eine Behinderung oder die Religion geben, eine Sonderregelung vor in der Annahme, dass die Erhebung und Verarbeitung solcher Daten das Diskriminierungsrisiko erhöht.

<sup>4</sup> Eine Liste von Beispielen, warum Maßnahmen zur Förderung von Vielfalt scheitern können, finden Sie unter: <https://hbr.org/2016/07/why-diversity-programs-fail>. Siehe auch Data-Driven Diversity (hbr.org): "Laut Iris Bohnet von der Harvard Kennedy School geben US-Unternehmen jährlich etwa 8 Milliarden Dollar für DEI-Schulungen aus, erreichen aber bemerkenswert wenig. Das ist kein neues Phänomen: Eine einflussreiche Studie von Alexandra Kalev, Frank Dobbin und Erin Kelly aus dem Jahr 2006 ergab, dass viele Schulungsprogramme zur Förderung von Vielfalt nur zu einem geringen oder gar keinem Anstieg des Anteils von Frauen und Minderheiten im Management führten."

<sup>5</sup> Die Forschung zeigt, dass der Mangel an sozialen Netzwerken, Mentoring und Sponsoring ein bremsender Faktor für die Förderung von Frauen ist. Dies gilt aber umso mehr für die kulturelle Vielfalt, da ein "soziales Brückennetzwerk" fehlt, ein Netzwerk, das Verbindungen mit anderen sozialen Gruppen ermöglicht, siehe auch Putnam, R.D. (2007) "E Pluribus Unum: Diversity and Community in the Twenty-first Century", *Scandinavian Political Studies*, 30 (2), S. 137-174. Während weiße Männer dazu neigen, selbst Mentoren zu finden, sind Frauen und Minderheiten häufiger auf die Hilfe von offiziellen Programmen angewiesen. Die Einführung von offiziellen Mentoring-Programmen zeigt echte Ergebnisse: <https://hbr.org/2016/07/why-diversity-programs-fail>.

<sup>6</sup> Das Zitat stammt von <https://hbr.org/2022/03/data-driven-diversity>.

Wenn jedoch die rassische oder ethnische Herkunft für Recruiter\*innen und Manager\*innen "sichtbar" ist, können Personen aus Minderheitengruppen diskriminiert werden, *ohne* dass Daten hierzu erfasst werden. Daher kann *nur* durch die Erfassung dieser Daten potenzielle Diskriminierung aufgedeckt und Vorurteile beseitigt werden.<sup>7</sup>

Die rassische Herkunft ist ebenso wie das Geschlecht eine Tatsache. [...] Aufzeichnungen von ethnischen Daten sollten daher als wesentliches Instrument für die Verwirklichung der Rassengleichheit angesehen werden, da es ohne sie schwierig wäre, die Art und das Ausmaß der Ungleichheit, die Bereiche, in denen mehr Handlungsbedarf besteht, und den Erfolg der Maßnahmen zur Verringerung der Ungleichheit zu ermitteln.

**Britische Kommission für Rassengleichbehandlung, 2000**

Ein ähnliches Problem kommt zum Vorschein, wenn Tools eingesetzt werden, die auf künstlicher Intelligenz (KI) beruhen. In den Nachrichten sehen wir oft, dass der Einsatz von Algorithmen zu diskriminierenden Ergebnissen führt.<sup>8</sup> Wenn selbstlernende Algorithmen diskriminieren, liegt das nicht an einem Fehler im Algorithmus, sondern daran, dass die Daten, die zum Trainieren des Algorithmus verwendet werden, "vorurteilsbehaftet" sind. Nur wenn man weiß, welche Personen zu gefährdeten Gruppen gehören, kann man die Vorurteile in den Daten transparent machen und Algorithmen richtig trainieren.<sup>9</sup> Auch hier ist nicht die *Erhebung* der sensiblen Daten falsch, sondern es sind die Menschen, die diskriminieren. Die Erhebung der Daten

deckt diese Vorurteile lediglich auf. Unternehmen sollten sich darüber im Klaren sein, dass der Grundsatz der „Verarbeitung nach Treu und Glauben“ unter der DSGVO nicht durch Unwissenheit erreicht werden kann. Mit anderen Worten: **Rassenblindheit** ist nicht gleich **Rassenneutralität** und **Unwissenheit** ist nicht gleich **Fairness**. Dass sensible Daten zu diesen Zwecken nach europäischem Datenschutzrecht<sup>10</sup> rechtmäßig erhoben werden können, ist auch in der vorgeschlagenen KI-Verordnung ausdrücklich vorgesehen.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> Das Zitat stammt von der Kommission für Rassengleichbehandlung (2000), Why Keep Ethnic Records? Questions and answers for employers and employees (London, Commission for Racial Equality).

<sup>8</sup> In den USA beispielsweise erwiesen sich die "Instrumente zur Verbrechensvorhersage" als diskriminierend gegenüber ethnischen Minderheiten. Die Polizei hielt mehr ethnische Minderheiten an und durchsuchte sie, und infolgedessen gab es in dieser Gruppe auch mehr Verurteilungen. Wenn man diese Daten zum Trainieren eines Algorithmus verwendet, wird der Algorithmus dieser Gruppe einen höheren Risikowert zuweisen. Die Diskriminierung durch Algorithmen ist daher ein Spiegelbild der Diskriminierung, die bereits "vor Ort" stattfindet. <https://www.cnsnews.com/news/article/barbara-hollingsworth/coalition-predictive-policing-supercharges-discrimination>

<sup>9</sup> Siehe L. Moerel, "Algorithms can reduce discrimination, but only with proper data", Op-ed IAPP Privacy Perspectives, 16. November, 2018, <https://iapp.org/news/a/algorithms-can-reduce-discrimination-but-only-with-proper-data/>.

<sup>10</sup> Siehe auch den Leitfaden des UK Information Commissioner (ICO) zu KI und Datenschutz, Guidance on AI and data protection | ICO. In früheren Veröffentlichungen habe ich argumentiert, dass die spezifische Regelung für die Verarbeitung sensibler Daten im Rahmen der DSGVO nicht mehr sinnvoll ist. Es wird zunehmend unklarer, ob bestimmte Datenelemente sensibel sind. Vielmehr sollte der Schwerpunkt darauf liegen, ob die Verwendung solcher Daten sensibel ist. Die Verarbeitung von Daten zur rassischen und ethnischen Herkunft zur Beseitigung von Diskriminierung am Arbeitsplatz ist ein Beispiel für eine nicht sensible Verwendung, vorausgesetzt, es werden strenge technische und organisatorische Maßnahmen implementiert, um sicherzustellen, dass die Daten nicht für andere Zwecke verwendet werden. Siehe <https://iapp.org/news/a/gdpr-conundrums-processing-special-categories-of-data/> und <https://iapp.org/news/a/11-drafting-flaws-for-the-e-c-to-address-in-its-upcoming-gdpr-review/>.

<sup>11</sup> Artikel 10 Absatz 2 Satz 5 des Entwurfs der KI-Verordnung erlaubt die Erhebung besonderer Kategorien personenbezogener Daten für Zwecke des Bias-Monitoring, sofern geeignete Garantien, wie z. B. die Pseudonymisierung, vorhanden sind.

Es verwundert daher nicht, dass Interessenvertretungen von Minderheiten, die die Gruppen vertreten, deren Privatsphäre tatsächlich auf dem Spiel steht, sich aktiv für eine solche Datenerfassung und ein Monitoring einsetzen. Auch EU- und internationale Institutionen halten die Erhebung von DEI-Daten für Monitoring- und Berichtszwecke zur Bekämpfung von Diskriminierung für unverzichtbar. Die EU-Institutionen bestätigen außerdem ausdrücklich, dass die DSGVO nicht als Hindernis für die Erhebung von DEI-Daten angesehen werden sollte, sondern vielmehr Bedingungen festlegt, unter denen die Erhebung und Verarbeitung solcher Daten zulässig ist.

Ab 2024 gelten für große Unternehmen in der EU verbindliche Offenlegungsverpflichtungen für die Einhaltung von *Environmental, Social and Governance (ESG)* Standards unter der kommenden EU-Richtlinie zur Unternehmens-Nachhaltigkeitsberichterstattung (*Corporate Sustainability Reporting Directive - CSRD*). Die CSRD verlangt von Unternehmen, über tatsächliche oder potenzielle negative Auswirkungen auf ihre Belegschaft in Bezug auf Gleichbehandlung und Chancengleichheit zu berichten, die ohne die Erhebung und das Monitoring von DEI-Daten schwer zu messen sind.

Derzeit ist die Regulierung der Erhebung und Verarbeitung von DEI-Daten hauptsächlich den Mitgliedstaaten überlassen. Die Antidiskriminierungs- und Gleichbehandlungsgesetze der EU verpflichten Unternehmen nicht zur Erhebung von DEI-Daten zu Monitoringzwecken, verbieten aber auch nicht die Erhebung solcher Daten. In Ermangelung einer spezifischen Verpflichtung oder eines Verbots wird die Verarbeitung von DEI-Daten durch die DSGVO geregelt. Die DSGVO räumt den Mitgliedstaaten einen großen Ermessensspielraum ein, um in ihren nationalen Gesetzen Rechtsgrundlagen für die Verarbeitung von DEI-Daten zu Monitoringzwecken zu schaffen. In der Praxis haben die meisten Mitgliedstaaten jedoch nicht die Möglichkeit genutzt, in ihren nationalen Gesetzen eine spezifische Rechtsgrundlage für die Verarbeitung von Daten zur rassischen oder ethnischen Herkunft zu Monitoringzwecken vorzusehen (mit bemerkenswerten Ausnahmen).<sup>12</sup> Deswegen findet die Erhebung und Verarbeitung von DEI-Daten zu Monitoringzwecken auf freiwilliger Basis statt, indem Beschäftigte gebeten werden, Umfragen auf der Grundlage ihrer Selbstidentifikation auszufüllen. Dies steht im Einklang mit der DSGVO, die eine allgemeine Ausnahmeregelung vorsieht, die es Unternehmen erlaubt, DEI-Daten auf der Grundlage einer ausdrücklichen Einwilligung der betroffenen Personen zu verarbeiten, *sofern die Mitgliedstaaten diese Option in ihren nationalen Rechtsvorschriften nicht ausgeschlossen haben*. In der Praxis haben die Mitgliedstaaten von diesem Ermessensspielraum **keinen** Gebrauch gemacht; sie haben die Möglichkeit, sich bei der Erhebung von DEI-Daten auf die ausdrückliche Einwilligung stützen zu können, nicht ausgeschlossen. Damit bleibt die ausdrückliche

<sup>12</sup> Eine bemerkenswerte Ausnahme stellt hier das Vereinigte Königreich dar, das lange vor seinem Austritt aus der EU die Erhebung von Daten zur rassischen und ethnischen Herkunft gesetzlich geregelt hat, um die Anforderungen der Rechtsgrundlage *des erheblichen öffentlichen Interesses* sowohl für die Zwecke der "Chancengleichheit und Gleichbehandlung" als auch für eine "rassische und ethnische Vielfalt in Führungspositionen" zu erfüllen. Darüber hinaus hat das Vereinigte Königreich Kriterien für die Verarbeitung ethnischer Daten *für statistische Zwecke* festgelegt, siehe Anhang 1 des UK Data Protection Act 2018 (der von der Vorgängerversion, dem Datenschutzgesetz von 1998, übernommen wurde) und die Leitlinien der ICO zu besonderen Kategorien von Daten, 2018. Anhang 1 enthält auch spezifische Kriterien, um die Anforderungen an die Verarbeitung „für statistische Zwecke“ zu erfüllen. Siehe hier. Eine weitere Ausnahme bilden die Niederlande, die eine begrenzte Verarbeitung von Daten zur rassischen und ethnischen Herkunft (beschränkt auf das Geburtsland und die Geburtsländer der Eltern oder Großeltern) aus *Gründen eines erheblichen öffentlichen Interesses* zulassen.

Einwilligung eine zulässige, aber auch die einzige praktisch durchführbare Option für die Erhebung von DEI-Daten zu Monitoringzwecken.<sup>13</sup> Demnach ermöglichen sowohl die Menschenrechte als auch die DSGVO selbst ein solches Monitoring, sofern es entsprechende Maßnahmen zum Schutz vor Missbrauch der Daten im Einklang mit dem Grundsatz der Datenminimierung und dem Prinzip des *Privacy-by-Design* (Datenschutz durch Technikgestaltung) gibt.<sup>14</sup> Wir sehen, dass sich mittlerweile best practices entwickeln, wie DEI-Daten erhoben und ausgewertet werden können, während gleichzeitig die Auswirkungen auf die Privatsphäre der Beschäftigten begrenzt werden - und das zu Recht. In der Literatur wird die Erhebung von Daten über die rassische oder ethnische Herkunft für das Monitoring zu Recht als *"eine problematische Notwendigkeit, ein Prozess, der selbst eines ständigen Monitorings bedarf"*<sup>15</sup> beschrieben.

## 2. Auf dem Weg zu einer Pflicht zum Monitoring von Diskriminierungen am Arbeitsplatz

Wo Diskriminierung am Arbeitsplatz allgegenwärtig ist, ist das Monitoring von DEI-Daten zur Quantifizierung der Diskriminierung an diesen Arbeitsplätzen für Arbeitgeber unerlässlich, um die Antidiskriminierungs- und Gleichbehandlungsgesetze einhalten zu können. Wie bereits erwähnt, besteht nach der Antirassismusrichtlinie keine allgemeine Verpflichtung, DEI-Daten zu erheben, zu analysieren und zu nutzen. Die Richtlinie sieht jedoch eine Umkehr der Beweislast vor.<sup>16</sup> Wenn ein Beschwerdeführer Tatsachen vorbringt, die eine Diskriminierung vermuten lassen, obliegt es dem Arbeitgeber zu beweisen, dass kein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz vorliegt. Wenn Diskriminierungen am Arbeitsplatz weit verbreitet sind, ist ein solcher Anscheinsbeweis leicht zu führen und es obliegt dem Arbeitgeber, diesen zu widerlegen, was ohne Datenerhebung und Monitoring schwierig sein wird. Das Argument, die DSGVO lasse die Verarbeitung solcher Daten nicht zu, entbindet den Arbeitgeber nicht von seiner Beweispflicht. Siehe auch *Europäischen Sozialausschuss, European Roma Rights Centre v. Greece*<sup>17</sup>:

### „Datenerhebung

---

<sup>13</sup> In den Niederlanden beispielsweise ist es allgemein anerkannt, dass die Erhebung von DEI-Daten auf freiwilliger Basis erfolgen kann. Siehe Niederländischer Sozialwirtschaftsrat, "Meten is Weten, zicht op effecten van diversiteits- en inclusiebeleid", Charta-Dokument, S. 7-10, Dez. 2021. Siehe auch den Bericht mit dem Titel "Het moet wel werken", S. 30, <https://goldschmeding.foundation/wp-content/uploads/Rapport-Het-Moet-Wel-Werken-Vergelijkende-analyse-juli-2021.pdf>.

<sup>14</sup> Das European Handbook on Equality Data (2016) bietet einen umfassenden Überblick darüber, wie Gleichstellungsdaten erhoben werden können, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/cd5d60a3-094d-11e7-8a35-01aa75ed71a1/language-en>; Hochrangige Gruppe der EU für Nichtdiskriminierung, Gleichstellung und Vielfalt, "Leitlinie zur Verbesserung der Erhebung und Nutzung von Gleichstellungsdaten", 2018, [https://commission.europa.eu/system/files/2021-09/de-leitlinien\\_zur\\_verbesserung\\_der\\_erhebung\\_und\\_nutzung\\_von\\_gleichstellungsdaten.pdf](https://commission.europa.eu/system/files/2021-09/de-leitlinien_zur_verbesserung_der_erhebung_und_nutzung_von_gleichstellungsdaten.pdf). Siehe auch die in der vorherigen Endnote aufgeführten Berichte.

<sup>15</sup> Bonnett and Carrington 2000, S. 488.

<sup>16</sup> Artikel 8 der Antirassismusrichtlinie.

<sup>17</sup> Beschwerde-Nr. 15/2003, Hauptsacheentscheidung, 8. Dezember 2004, Rz. 27.

*27. Der Ausschuss stellt fest, dass die Regierung im Zusammenhang mit ihrem Wunsch, die von der beschwerdeführenden Organisation vorgebrachte Behauptung der Diskriminierung von Roma zu bewerten, bis vor kurzem erklärt hat, dass sie nicht in der Lage sei, eine wie auch immer geartete Schätzung über die Größe der betroffenen Gruppen abzugeben. Zur Rechtfertigung ihrer Haltung verweist sie auf rechtliche und insbesondere verfassungsrechtliche Hindernisse. Der Ausschuss ist der Ansicht, dass, wenn die Erhebung und Speicherung personenbezogener Daten aus solchen Gründen verhindert wird, aber auch allgemein anerkannt ist, dass eine bestimmte Gruppe diskriminiert wird oder diskriminiert werden könnte, die Behörden dafür verantwortlich sind, alternative Mittel zu finden, um das Ausmaß des Problems zu bewerten und Fortschritte bei seiner Lösung zu erzielen, die nicht solchen verfassungsmäßigen Beschränkungen unterliegen.“*

Bereits seit 1989<sup>18</sup> haben alle maßgeblichen EU- und internationalen Institutionen mit zunehmender Dringlichkeit Erklärungen abgegeben, dass die Erhebung von DEI-Daten zu Monitoring- und Berichtszwecken für die Bekämpfung von Diskriminierung unverzichtbar ist.<sup>19</sup> Beispielsweise in dem EU-Aktionsplan gegen Rassismus 2020-2025<sup>20</sup> ("**Aktionsplan**"), stellt die Europäische Kommission ausdrücklich folgendes fest:

*„Genaue und vergleichbare Daten sind unerlässlich, damit die politischen Entscheidungsträger und die Öffentlichkeit das Ausmaß und die Art des Diskriminierungsgeschehens einschätzen und Strategien konzipieren, anpassen, überwachen und bewerten können. Dazu ist es erforderlich, die Daten nach ethnischer oder rassischer Herkunft aufzuschlüsseln.“<sup>21</sup>*

Im Aktionsplan stellt die Europäische Kommission fest, dass es nach wie vor nur wenige Gleichstellungsdaten gibt, "da einige Mitgliedstaaten solche Daten erheben, während andere wiederum bewusst darauf verzichten". Der Aktionsplan sieht daraufhin wichtige Schritte vor, um die Erhebung

<sup>18</sup> Siehe z. B. die Allgemeine Politik-Empfehlung Nr. 4 von ECRI zu nationalen Erhebungen über die Erfahrung und Wahrnehmung von Diskriminierung und Rassismus aus Sicht der potenziellen Opfer, verabschiedet am 6. März 1998.

<sup>19</sup> Siehe den für die Europäische Kommission erstellten Bericht, "Analysis and comparative review of equality data collection practices in the European Union, Data collection in the field of ethnicity", 2017, <https://op.europa.eu/o/opportal-service/download-handler?identifier=1dce2e44-4370-11ea-b81b-01aa75ed71a1&format=pdf&language=en&productionSystem=cellar&part=>.

Im Europäischen Handbuch zu Gleichstellungsdaten, das ursprünglich aus dem Jahr 2006 stammt, heißt es beispielsweise bereits: "Monitoring ist vielleicht die wirksamste Maßnahme, die eine Organisation ergreifen kann, um sicherzugehen, dass sie dem Gleichbehandlungsrecht entspricht." <https://op.europa.eu/o/opportal-service/download-handler?identifier=4707813a-adb4-444a-8ebd-b20607917d18&format=pdf&language=de&productionSystem=cellar&part=>. Das Handbuch wurde 2016 aktualisiert und bietet einen umfassenden Überblick darüber, wie Gleichstellungsdaten erhoben werden können. Die aktualisierte Fassung ist lediglich in Englischer Sprache verfügbar: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/cd5d60a3-094d-11e7-8a35-01aa75ed71a1/language-en>.

<sup>20</sup> EU-Aktionsplan gegen Rassismus 2020-2025, S. 15.

<sup>21</sup> Siehe eine längere, aber ähnliche Erklärung im Bericht der Europäischen Kommission von 2021 zur Bewertung der Antirassismusrichtlinie, S. 17, [https://commission.europa.eu/system/files/2021-03/bericht\\_der\\_kommission\\_uber\\_die\\_anwendung\\_der\\_rassismusbekampfungsrichtlinie\\_und\\_der\\_gleichbehandlungsrahmenrichtlinie\\_de.pdf](https://commission.europa.eu/system/files/2021-03/bericht_der_kommission_uber_die_anwendung_der_rassismusbekampfungsrichtlinie_und_der_gleichbehandlungsrahmenrichtlinie_de.pdf).

zuverlässiger und vergleichbarer Gleichstellungsdaten auf europäischer und nationaler Ebene sicherzustellen.<sup>22</sup>

Wir können den Fortschritt nur dann beobachten, wenn wir über Daten verfügen, die nach Geschlecht, Alter, Rasse, ethnischer Zugehörigkeit, Einkommen, Migrationsstatus, Behinderung und anderen Merkmalen aufgeschlüsselt sind, die sich auf die nach den Menschenrechtsgesetzen verbotenen Diskriminierungsgründe beziehen. Nur wenn wir die Fortschritte für verschiedene Bevölkerungsgruppen in allen Ländern verfolgen, können wir sicherstellen, dass niemand zurückgelassen wird.

**Zeid Ra'ad Al Hussein, Hoher Kommissar der Vereinten Nationen für Menschenrechte (2018)**

Auf internationaler Ebene verfolgen die Vereinten Nationen (United Nations - **UN**) einen noch strengeren Ansatz und betrachten die Erhebung von DEI-Daten, die eine Aufschlüsselung für verschiedene Bevölkerungsgruppen ermöglichen, als Teil der Menschenrechtsverpflichtungen von Regierungen. Siehe den UN-Bericht von 2018, "A Human Rights-based approach to data, leaving nobody behind in the 2030 agenda for sustainable development" ("**UN-Bericht**").<sup>23</sup>

Datenerhebungen und -aufschlüsselungen, die einen Vergleich von Bevölkerungsgruppen ermöglichen, sind von zentraler Bedeutung für eine menschenrechtsbasierte Betrachtung von Daten und

sind Teil der Menschenrechtsverpflichtungen der Staaten.<sup>24</sup> Aufgeschlüsselte Daten können Aufschluss über das Ausmaß möglicher Ungleichheiten und Diskriminierungen geben.

Der UN-Bericht stellt fest, dass dies in älteren Verträgen bereits implizit enthalten war, dass aber "in den zuletzt angenommenen Verträgen ausdrücklich auf die Notwendigkeit der Datenerhebung und aufgeschlüsselter Statistiken verwiesen wird. Siehe z. B. Artikel 31 des Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen".<sup>25</sup>

In vielen der oben aufgeführten Berichte heißt es ausdrücklich, dass die DSGVO kein Hindernis für die Erhebung dieser Daten darstellen sollte. So hat beispielsweise die hochrangige Gruppe für Nichtdiskriminierung, Gleichstellung und Vielfalt der EU im Jahr 2021 "Leitlinien zur Verbesserung der Erhebung und Nutzung von Gleichstellungsdaten"<sup>26</sup> herausgegeben, in denen es ausdrücklich heißt:

<sup>22</sup> EU-Aktionsplan gegen Rassismus 2020-2025, S. 27 unter Bezugnahme auf: Niall Crowley, Making Europe more Equal: A Legal Duty? [https://www.archive.equineteurope.org/IMG/pdf/positive\\_equality\\_duties-finalweb.pdf](https://www.archive.equineteurope.org/IMG/pdf/positive_equality_duties-finalweb.pdf), der über die Mitgliedstaaten berichtet, die bereits eine solche gesetzliche Verpflichtung vorsehen. Auf S. 16 findet sich ein Überblick über explizite Präventionspflichten, die Unternehmen dazu verpflichten, unbestimmte Maßnahmen zur Verhinderung von Diskriminierung zu ergreifen, wobei die Verantwortung zum Handeln von denjenigen, die Diskriminierung erfahren, auf die Arbeitgeber verlagert wird. Sie können die Einführung neuer organisatorischer Strategien, Verfahren und Praktiken in diesem Bereich anregen.

<sup>23</sup> <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/HRIndicators/GuidanceNoteonApproachtoData.pdf>

<sup>24</sup> So fordert beispielsweise das Ziel 17.18 der Agenda 2030, dass die Indikatoren für die Nachhaltigkeitsziele nach Einkommen, Geschlecht, Alter, rassistischer und ethnischer Zugehörigkeit, Migrationsstatus, Behinderung, geografischer Lage und anderen im nationalen Kontext relevanten Merkmalen aufgeschlüsselt werden.

<sup>25</sup> <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/HRIndicators/GuidanceNoteonApproachtoData.pdf>.

<sup>26</sup> Hochrangige Gruppe der EU für Nichtdiskriminierung, Gleichstellung und Vielfalt, "Leitlinien zur Verbesserung der Erhebung und Nutzung von Gleichstellungsdaten", 2018, S.11, [https://commission.europa.eu/system/files/2021-09/de-leitlinien\\_zur\\_verbesserung\\_der\\_erhebung\\_und\\_nutzung\\_von\\_gleichstellungsdaten.pdf](https://commission.europa.eu/system/files/2021-09/de-leitlinien_zur_verbesserung_der_erhebung_und_nutzung_von_gleichstellungsdaten.pdf).

Ohne die Messung und Quantifizierung des Ausmaßes von Diskriminierung und Ungleichheiten in Europa wird es sehr schwierig, diese wirksam zu bekämpfen. Gleichstellungsdaten können ein wirksames Instrument gegen Diskriminierung und Ausgrenzung sein und die Situation diskriminierungsgefährdeter Gruppen beleuchten. Deshalb fordern wir mehr Daten zur Messung von Diskriminierung und zur Gewährleistung von Gleichheit.

**Europäisches Netzwerk gegen Rassismus, Grundsatzerklärung auf der Website**

*„Manchmal werden Datenschutzanforderungen so verstanden, dass sie die Erhebung personenbezogener Daten wie die ethnische Herkunft, die Religion oder die sexuelle Ausrichtung einer Person verbieten. Wie die nachstehende Erläuterung zeigt, legt die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) der EU, die seit dem 25. Mai 2018 in allen EU-Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar ist, jedoch Bedingungen fest, unter denen die Erhebung und Verarbeitung solcher Daten zulässig ist.“*

Der UN-Sonderberichterstatter zu extremer Armut und Menschenrechten war sogar der Meinung, dass die Europäische Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren einleiten sollte, wenn ein EU-Mitgliedstaat die Datenschutzgesetze weiterhin in der Weise falsch auslegt, dass sie die Erhebung von Daten zur rassischen oder ethnischen Herkunft nicht zulassen.<sup>27</sup>

Der fünfte Mythos ist, dass die DSGVO Gleichstellungsdaten entgegensteht. Dies ist ein gefährlicher Mythos, der manchmal als Ausrede instrumentalisiert und missbraucht wird. Die DSGVO ist in Wirklichkeit ein ausgeklügelteres Instrument als angenommen, und es ist von entscheidender Bedeutung, sich bei der Ausarbeitung von Maßnahmen zur Datenerhebung mit den Datenschutzbehörden abzustimmen.

**Michael O'Flaherty, Direktor der Agentur der Europäischen Union für Grundrechte (FRA) (2021)**

In Anbetracht der obigen Ausführungen scheinen Arbeitgeber, die sich auf die Anforderungen der DSGVO berufen, um die Erhebung von DEI-Daten zu Monitoringzwecken zu vermeiden, eher von dem Wunsch geleitet zu sein, einer genauen Untersuchung des von ihnen geschaffenen Arbeitsplatzes zu entgehen, als von echter Sorge um die Privatsphäre ihrer Beschäftigten.<sup>28</sup> Die Beschäftigten, deren Privatsphäre auf dem Spiel steht, sind genau diejenigen, die potenziell einer Diskriminierung ausgesetzt sind. Die Berufung auf die DSGVO zur Begründung eines

Verarbeitungsverbots von DEI-Daten mit dem Ergebnis, dass Unternehmen die Aufdeckung der Diskriminierung dieser Gruppen umgehen oder daran gehindert werden, steht dem gesamten Zweck der DSGVO entgegen. Bei der DSGVO geht es darum, die Privatsphäre der Beschäftigten zu schützen und sie zugleich vor Diskriminierung zu bewahren.

Es verwundert nicht, dass Interessenvertretungen von Minderheiten, die die Gruppen vertreten, deren Privatsphäre tatsächlich auf dem Spiel steht, sich aktiv für eine solche Datenerhebung und ein

<sup>27</sup> Vereinte Nationen, Erklärung zum Ende der Mission in Rumänien, Professor Philip Alston, Sonderberichterstatter des Menschenrechtsrates der Vereinten Nationen zu extremer Armut und Menschenrechten <https://www.ohchr.org/en/statements/2015/11/end-mission-statement-romania-professor-philip-alston-united-nations-human?LangID=E&NewsID=16737>.

<sup>28</sup> Das Zitat stammt von Michael O'Flaherty, Direktor der Agentur für Grundrechte (FRA), Bericht über das Rundtischgespräch zu Gleichstellungsdaten, 30. Dezember 2021, [https://commission.europa.eu/system/files/2021-12/roundtable-equality-data\\_post-event-report.pdf](https://commission.europa.eu/system/files/2021-12/roundtable-equality-data_post-event-report.pdf).



Monitoring einsetzen.<sup>29</sup> Ihre Bedenken hinsichtlich der Erhebung von DEI-Daten für die Zwecke des DEI-Monitoring bestehen eher darin, dass sich diese Gruppen bei der **Kategorisierung** der erhobenen Daten oft nicht repräsentiert fühlen.<sup>30</sup> Wenn diese zu allgemein gehalten sind oder keine geteilte Einordnung in sich überschneidende gefährdete Gruppen zulassen (wie z. B. weiblich zu sein und einer Minderheit anzugehören), können bestimmte gefährdete Gruppen durchaus aus dem Anwendungsbereich des DEI-Monitoring und damit aus dem Anwendungsbereich potenzieller DEI-Maßnahmen fallen. Es ist zudem weithin anerkannt, dass bereits die *Festlegung der Kategorien* zu Vorverurteilungen führen kann. Deshalb besteht das Kernprinzip der einschlägigen Menschenrechtsregimes für die Erhebung von DEI-Daten darin, Interessenvertretungen von Minderheiten in einen Bottom-up-Prozess zur Auswahl der Kategorien einzubeziehen (Menschenrechtsgrundsatz der *Teilhabe*)<sup>31</sup>, und darüber hinaus sicherzustellen, dass die Datenerhebung auf dem Grundsatz der *Selbstidentifizierung* basiert, der verlangt, dass Erhebungen stets freie Antworten (einschließlich keiner Antworten) sowie die Angabe mehrerer Identitäten zulassen sollten (siehe Abschnitt 4 zum Menschenrechtsgrundsatz der Selbstidentifizierung).

### 3. ESG-Berichterstattung

Im Rahmen der kommenden CSRD<sup>32</sup> werden große Unternehmen<sup>33</sup> ab 2024 (d. h. in ihren 2025 veröffentlichten Jahresberichten) verpflichtende Angaben zu ESG-Fragen machen müssen.<sup>34</sup> Die Europäische Kommission ist mit der Festlegung der Berichterstattungsstandards beauftragt und hat die European Financial Reporting Advisory Group (**EFRAG**) gebeten, Empfehlungen für diese Standards zu erarbeiten. Im November 2022 veröffentlichte die EFRAG den ersten Entwurf der Standards. Die

<sup>29</sup> Siehe auch die Grundsaterklärung auf der Website des Europäischen Netzwerks gegen Rassismus (**ENAR**); sowie die Erklärung vom 28. September 2022 von Equal@Work Partners, in der die EU aufgefordert wird, förderliche rechtliche Rahmenbedingungen zu schaffen, die Unternehmen, die Maßnahmen zur Erhebung von Gleichstellungsdaten wie der rassischen und ethnischen Herkunft und anderen verwandten Kategorien durchführen wollen, operative und rechtliche Sicherheit bieten, <https://www.enar-eu.org/about/equality-data>. Siehe auch hier.

<sup>30</sup> Zu allen Fragen im Zusammenhang mit der ethnischen Kategorisierung äußert sich ein hervorragender Artikel von Bonnett, A., & Carrington, B. (2000), "Fitting into categories or falling between them? Rethinking ethnic classification", *British Journal of Sociology of Education*, 21(4), S. 487-500.

<sup>31</sup> Das Büro des Hochkommissars der Vereinten Nationen für Menschenrechte (**OHCHR**), "Human Rights Indicators, A Guide to Measurement and Implementation", 2012 (**OHCHR-Guide**), Kapitel III.A (Ethical, statistical and human rights considerations in indicator selection), S. 46, [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Human\\_rights\\_indicators\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Human_rights_indicators_en.pdf).

<sup>32</sup> Siehe Richtlinie über die Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen (10. November 2022), Artikel 1 Absatz 4, verfügbar hier.

<sup>33</sup> Die neuen EU-Anforderungen an die Nachhaltigkeitsberichterstattung gelten für alle großen Unternehmen, die zwei der folgenden drei Kriterien erfüllen: mehr als 250 Beschäftigte, 40 Mio. EUR Nettoumsatz und mehr als 20 Mio. EUR Bilanzsumme), unabhängig davon, ob sie börsennotiert sind oder nicht. Für kleine und mittlere Unternehmen, die an öffentlichen Märkten notiert sind, gelten weniger strenge Berichtsstandards.

<sup>34</sup> Siehe Artikel 1 (Änderungen der Richtlinie 2013/34/EU) Absatz 8, der ein neues Kapitel 6a „Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung“ einführt, gemäß dem die Europäische Kommission einen delegierten Rechtsakt erlassen wird, in dem die Informationen festgelegt werden, die Unternehmen über soziale und menschenrechtliche Faktoren offenlegen müssen, einschließlich Gleichbehandlung, Chancengleichheit für alle und Bestimmungen zur Vielfalt.

Europäische Kommission konsultiert nun die zuständigen EU-Gremien und die Mitgliedstaaten, bevor sie die Standards im Juni 2023 als delegierte Rechtsakte annimmt.

Einer der Entwürfe für Berichterstattungsstandards sieht einen Standard für die Berichterstattung über die eigene Belegschaft von Unternehmen vor (*European Sustainability Reporting Standard S1 (ESRS S1)*).<sup>35</sup> Dieser Standard verlangt eine allgemeine Erläuterung des Ansatzes, den das Unternehmen zur Identifizierung und zum Umgang mit wesentlichen, tatsächlichen und potenziellen Auswirkungen auf die eigene Belegschaft in Bezug auf *Gleichbehandlung und Chancengleichheit für alle*, einschließlich "Gleichstellung der Geschlechter und gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit" und "Vielfalt" gewählt hat. Aus den Definitionen in ESRS S1 geht klar hervor, dass "Gleichbehandlung" voraussetzt, dass es "keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aufgrund von Kriterien wie Geschlecht und rassischer oder ethnischer Herkunft" geben darf. "Chancengleichheit" bezieht sich dabei auf den gleichen und diskriminierungsfreien Zugang zu Bildungs-, Trainings-, Beschäftigungs- und Karrieremöglichkeiten sowie auf die Ausübung von Macht, ohne dass Einzelpersonen aufgrund von Kriterien wie Geschlecht und rassischer oder ethnischer Herkunft benachteiligt werden.

ESRS S1 enthält ein spezielles Kapitel über Metriken und Zielvorgaben, das verpflichtende **öffentliche** Berichtsmetriken für eine Reihe von spezifischen Merkmalen der Belegschaft eines Unternehmens vorschreibt, die zwar das Geschlecht, nicht aber die rassische oder ethnische Herkunft einschließen.<sup>36</sup> Bei der Lektüre aller Standards ist es jedoch schwer vorstellbar, wie Unternehmen zu den Standards berichten sollen, ohne **intern** DEI-Daten zu erheben und auszuwerten.

Die allgemeinen Offenlegungspflichten nach dem ESRS S1 verlangen beispielsweise, dass das Unternehmen alle seine Richtlinien in Bezug auf Gleichbehandlung und Chancengleichheit offenlegt,<sup>37</sup> einschließlich:

- d) ob und wie diese Richtlinien durch spezifische Verfahren umgesetzt werden, um sicherzustellen, dass Diskriminierung verhindert, abgemildert und nach ihrer Aufdeckung entsprechend gehandelt wird sowie um Vielfalt und Integration im Allgemeinen zu fördern.

Es ist schwer vorstellbar, wie Unternehmen die Angaben in Klausel (d) machen sollen, die von Unternehmen auch verlangt, darüber zu berichten, **wie** die Richtlinien umgesetzt werden, **um sicherzustellen, dass Diskriminierung verhindert, abgemildert und nach ihrer Aufdeckung entsprechend gehandelt wird**, ohne DEI-Daten zu erheben.

---

<sup>35</sup> Siehe European Financial Reporting Advisory Group, Draft European Sustainability Reporting Standard S1 Own Workforce, November 2022, verfügbar hier.

<sup>36</sup> Der ursprüngliche Arbeitsentwurf des ESRS S1, der von der EFRAG zur öffentlichen Konsultation veröffentlicht wurde, enthielt auch eine Verpflichtung zur öffentlichen Berichterstattung über die Gesamtzahl der „Beschäftigte, die schutzbedürftigen Gruppen angehören, sofern relevant und rechtlich zulässig“ (siehe Offenlegungspflicht 11), Download (efrag.org). Diese Anforderung wurde aus den der Europäischen Kommission von der EFRAG vorgelegten Entwürfen für Standards gestrichen.

<sup>37</sup> Siehe S1-1 - Richtlinien in Bezug auf die eigene Belegschaft.

ESRS S1 stellt außerdem klar, wie sich die unter ERS S1 gemachten Angaben auf die unter ESRS S2 gemachten Angaben beziehen, wozu auch Angaben zu möglichen Auswirkungen auf die eigene Belegschaft gehören, die sich auf die Strategie und das/die Geschäftsmodell(e) des Unternehmens auswirken. Siehe:

**Appendix B.1** to S1 Application Requirements for ESRS 2 related disclosures, which includes

**“Diversity.** Representation of women and/or ethnic groups or minorities in own workforce. Age distribution in own workforce. Percentage of persons with disabilities within the own workforce.”

**Appendix B.4:** Application Requirements for ESRS S1–5 “Targets related to managing material negative impacts, advancing positive impacts, and managing material risks and opportunities,” which includes:

**“Diversity.** Increasing the % of underrepresented groups in own workforce and top management.”

Auf der Grundlage der oben genannten Berichterstattungspflichten wird die Erhebung und das Monitoring von DEI-Daten für verpflichtende Offenlegungen erforderlich sein, was auch eine Rechtsgrundlage im Rahmen der DSGVO für die Erhebung solcher Daten darstellt, sofern die anderen Bestimmungen der DSGVO sowie allgemeinere Menschenrechtsgrundsätze eingehalten werden. Bevor die Anforderungen der DSGVO dargelegt werden, erfolgt eine kurze Zusammenfassung der allgemeineren Menschenrechtsgrundsätze, die für die Erhebung von DEI-Daten zu Monitoringzwecken gelten.

## 4. Menschenrechtsgrundsätze

Die drei wichtigsten Menschenrechtsgrundsätze in Bezug auf Datenerhebungsprozesse sind Selbstidentifizierung, Teilhabe und Datenschutz.<sup>38</sup> Der Grundsatz der Selbstidentifizierung verlangt, dass Menschen die Möglichkeit haben sollen, sich selbst zu identifizieren, wenn sie mit einer Frage konfrontiert werden, die auf die Offenlegung von sensiblen personenbezogenen Daten über sie abzielt. Bereits 1990 stellte der Ausschuss für die Beseitigung von Rassismus fest, dass die Identifizierung als Mitglied einer bestimmten ethnischen Gruppe "auf der Selbstidentifizierung der betreffenden Person beruhen muss, sofern keine anderweitige Rechtfertigung vorliegt".<sup>39</sup> Ein persönliches Identitäts- und Zugehörigkeitsgefühl darf grundsätzlich nicht durch eine staatlich auferlegte Identität eingeschränkt

---

<sup>38</sup> OHCHR-Guide, S. 46, [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Human\\_rights\\_indicators\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Human_rights_indicators_en.pdf).

<sup>39</sup> Allgemeine Empfehlung VIII, Zugehörigkeit zu rassischen oder ethnischen Gruppen auf der Grundlage der Selbstidentifikation, 1990, <https://www.legal-tools.org/doc/2503f1/pdf/>.

oder untergraben werden und sollte nicht durch Unterstellung oder Stellvertretung zugewiesen werden. Dies bedeutet, dass alle Fragen zur persönlichen Identität, ob in Umfragen oder administrativen Angaben, freie Antworten (einschließlich keiner Antwort) sowie Mehrfachidentitäten zulassen sollten.<sup>40</sup> Aufgrund des sensiblen Charakters von Umfragen zu Bevölkerungsmerkmalen müssen die für die Datenerhebung Verantwortlichen außerdem besonders sorgfältig darauf achten, den Befragten zu verdeutlichen, dass angemessene Maßnahmen zum Schutz von Daten und zur Kontrolle der Offenlegung vorhanden sind.<sup>41</sup>

## 5. Anforderungen des EU-Datenschutzrechts

Die Erhebung von Daten zur rassischen oder ethnischen Herkunft für Zwecke des Monitorings wird in der Literatur zu Recht als *"eine problematische Notwendigkeit, ein Prozess, der selbst eines ständigen Monitorings bedarf"*<sup>42</sup> beschrieben. Die Erhebung und Verwendung von Daten zur rassischen und ethnischen Herkunft zur Bekämpfung von Diskriminierung ist keine "harmlose" Praxis.<sup>43</sup> Selbst, wenn die Datenerhebung in anonymisierter oder aggregierter Form erfolgt, kann sie zu Ausgrenzung und Diskriminierung beitragen, beispielsweise, wenn Politikerinnen und Politiker auf der Grundlage von Statistiken argumentieren, dass es in einem Land "zu viele" Menschen einer bestimmten Kategorie gibt.<sup>44</sup>

Die Erhebung und Verarbeitung von Daten zur rassischen und ethnischen Herkunft ist in der EU nicht illegal. Im Allgemeinen gibt es in keinem Mitgliedstaat ein absolutes Verbot für die Erhebung dieser Daten.<sup>45</sup> Die Antirassismusrichtlinie enthält jedoch auch keine generelle Pflicht, Gleichstellungsdaten zu erheben, zu analysieren und zu verwenden. Verpflichtungen zur Erhebung von Daten zur rassischen oder ethnischen Herkunft scheinen in den Mitgliedstaaten im Allgemeinen auch nicht gesetzlich

<sup>40</sup> <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/HRIndicators/GuidanceNoteonApproachtoData.pdf>, S. 12-13. Siehe auch die Hochrangige Gruppe der EU für Nichtdiskriminierung, Gleichstellung und Vielfalt, "Leitlinien zur Verbesserung der Erhebung und Nutzung von Gleichstellungsdaten", 2021, S.34, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/788a9c16-2d8a-11ed-975d-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-265594615>;

<sup>41</sup> OHCHR-Guide, S. 48.

<sup>42</sup> Bonnett and Carrington 2000, S. 488

<sup>43</sup> The Dutch Young Academy, Antidiscrimination data collection in academia: and exploration of survey methodology practices outside of the Netherlands, <https://www.dejongeakademie.nl/en/publications/2300840.aspx?t=Antidiscrimination-data-practices-world-wide-and-views-of-students-and-staff-of-colour>.

<sup>44</sup> Ältere Beispiele hierzu finden sich in Bonnett and Carrington 2000.

<sup>45</sup> Europäische Kommission, "Analysis and comparative review of equality data collection practices in the European Union Data collection in the field of ethnicity", S. 14, [https://commission.europa.eu/system/files/2021-09/data\\_collection\\_in\\_the\\_field\\_of\\_ethnicity.pdf](https://commission.europa.eu/system/files/2021-09/data_collection_in_the_field_of_ethnicity.pdf). Selbst in Frankreich, wo oft davon ausgegangen wird, dass ein absolutes Verbot herrscht, ist die Erhebung ethnischer Daten in bestimmten Ausnahmefällen möglich. Das Gleiche gilt für Italien. Das italienische „Arbeiterstatut“ (italienisches Gesetz Nr. 300/1970) verbietet Arbeitgebern in Artikel 8 ausdrücklich, ethnische Daten zu erheben und zu verwenden, um zu entscheiden, ob eine Bewerberin oder ein Bewerber eingestellt wird, oder um über andere Aspekte des bestehenden Arbeitsverhältnisses zu entscheiden (z. B. Beförderungen). Die Erhebung solcher Daten zum Monitoring von Diskriminierung am Arbeitsplatz und der Chancengleichheit fällt nicht unter das Verbot (vorausgesetzt, es wird sichergestellt, dass diese Daten nicht für andere Zwecke verwendet werden können).

kodifiziert zu sein, jedoch mit nennenswerten Ausnahmen in Finnland, Irland und (vor dem Brexit) dem Vereinigten Königreich.<sup>46</sup>

In Ermangelung spezifischer Verbote und Verpflichtungen im Recht der EU und der Mitgliedstaaten unterliegt die Verarbeitung von Daten zur rassischen und ethnischen Herkunft der DSGVO, die eine Sonderregelung für die Verarbeitung von "besonderen Kategorien personenbezogener Daten" wie Daten, aus denen die rassische oder ethnische Herkunft hervorgeht, vorsieht.<sup>47/48</sup>

Artikel 9 der DSGVO verbietet grundsätzlich die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten, wobei es jedoch einige Ausnahmen gibt. Das Verbot gilt (soweit hier relevant)<sup>49</sup> nicht, wenn:

- die Person **ausdrücklich** in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten für einen oder mehrere festgelegte Zwecke **eingewilligt** hat, es sei denn, das Recht der EU oder eines Mitgliedstaats sieht vor, dass das Verbot von der Person nicht aufgehoben werden kann (Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe a) DSGVO).

---

<sup>46</sup> Drei bemerkenswerte Ausnahmen, Finnland, Irland und das Vereinigte Königreich (vor dem Austritt aus der EU), verpflichten öffentliche Einrichtungen zur Erhebung von Gleichstellungsdaten als Teil ihrer Gleichstellungsplanung, siehe [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/data\\_collection\\_in\\_the\\_field\\_of\\_ethnicity.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/data_collection_in_the_field_of_ethnicity.pdf), S. 16.

<sup>47</sup> Daten, die Aufschluss über die rassische oder ethnische Herkunft geben, gelten als "besondere Kategorien" personenbezogener Daten gemäß Artikel 9 DSGVO. Daten über die Staatsangehörigkeit oder den Geburtsort einer Person oder ihrer Eltern gelten nicht als besondere Kategorien personenbezogener Daten und können in der Regel ohne Einwilligung der befragten Person erhoben werden. Wenn sie jedoch zur Vorhersage der ethnischen oder rassischen Herkunft verwendet werden, fallen sie unter die Regelung von Artikel 9 DSGVO für die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten.

<sup>48</sup> Es steht außer Frage, dass die hier zusammengefassten Anforderungen die Anforderungen der DSGVO korrekt wiedergeben. Eine ähnliche Zusammenfassung der einschlägigen Bestimmungen der Hochrangigen Gruppe für Nichtdiskriminierung, Gleichstellung und Vielfalt der EU findet sich in ihren Leitlinien von 2018, S. 12, [https://commission.europa.eu/system/files/2021-09/de-leitlinien\\_zur\\_verbesserung\\_der\\_erhebung\\_und\\_nutzung\\_von\\_gleichstellungsdaten.pdf](https://commission.europa.eu/system/files/2021-09/de-leitlinien_zur_verbesserung_der_erhebung_und_nutzung_von_gleichstellungsdaten.pdf), und weiter in ihren Leitlinien von 2021 zur Erhebung und Verwendung von Gleichstellungsdaten aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft, S. 30, [https://commission.europa.eu/system/files/2022-02/guidance\\_note\\_on\\_the\\_collection\\_and\\_use\\_of\\_equality\\_data\\_based\\_on\\_racial\\_or\\_ethnic\\_origin\\_final.pdf](https://commission.europa.eu/system/files/2022-02/guidance_note_on_the_collection_and_use_of_equality_data_based_on_racial_or_ethnic_origin_final.pdf). Siehe auch die vom niederländischen Sozialwirtschaftsrat im Dezember 2021 herausgegebenen Leitlinien, "Meten is Weten, zicht op effecten van diversiteits- en inclusiebeleid," Charter Document, S. 7- 10, Dezember 2021; und einen früheren Bericht von PWC im Auftrag der niederländischen Regierung, "Onderzoek Vrijwillige vastlegging van culturele diversiteit," <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2017/12/22/onderzoek-vrijwillige-vastlegging-van-culturele-diversiteit>.

<sup>49</sup> Es sei darauf hingewiesen, dass Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe b DSGVO eine Rechtsgrundlage für die Erhebung rassistischer und ethnischer Daten vorsieht, wenn diese „erforderlich [ist], damit der Verantwortliche oder die betroffene Person die ihm bzw. ihr aus dem Arbeitsrecht [...] erwachsenden Rechte ausüben und seinen bzw. ihren diesbezüglichen Pflichten nachkommen kann, soweit dies nach Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten [...] zulässig ist.“ Derzeit gibt es keine Rechtsvorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten, die den Arbeitgebern verpflichten, rassistische oder ethnische Daten zu Monitoringzwecken zu erheben. Der EU-Gesetzgeber hielt dies jedoch für eine zulässige Ausnahme, die die Mitgliedstaaten in ihre nationalen Gesetze aufnehmen sollten. Art. 88 DSGVO sieht vor, dass die Mitgliedstaaten durch Rechtsvorschriften oder durch Kollektivvereinbarungen spezifischere Vorschriften zur Gewährleistung des Schutzes der Rechte und Freiheiten der Beschäftigten hinsichtlich der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten im Beschäftigungskontext vorsehen können. Diese Vorschriften können insbesondere für Zwecke der Gleichstellung und Vielfalt am Arbeitsplatz vorgesehen werden.

- die Verarbeitung aus Gründen eines **erheblichen öffentlichen Interesses** auf der Grundlage des Rechts der EU oder eines Mitgliedstaats erforderlich ist (Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe g) DSGVO).
- Die Verarbeitung für **statistische Zwecke** gemäß Artikel 89 Absatz 1 DSGVO auf der Grundlage des Rechts der EU oder der Mitgliedstaaten erforderlich ist (Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe j) DSGVO).

Damit die Ausnahmen anwendbar sind, müssen die Rechtsvorschriften der EU oder der Mitgliedstaaten eine Verarbeitung zulassen, wenn diese für wesentliche öffentliche Interessen oder statistische Zwecke erforderlich ist. In der Praxis haben die meisten Mitgliedstaaten ihren Ermessensspielraum im Rahmen der DSGVO **nicht** genutzt, um in ihrem nationalen Recht eine spezifische Rechtsgrundlage für die Verarbeitung von Daten über die rassische oder ethnische Herkunft zu diesen Zwecken vorzusehen.<sup>50</sup> Die Mitgliedstaaten haben jedoch auch **nicht** von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, in ihrem nationalen Recht vorzusehen, dass das Verbot der Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten nach Artikel 9 **nicht** durch eine Einwilligung aufgehoben werden kann. Damit bleibt die ausdrückliche Einwilligung eine zulässige, aber auch die einzige praktisch durchführbare Option für die Erhebung von DEI-Daten zu Monitoringzwecken.<sup>51</sup> Dies steht im Einklang mit den Menschenrechtsgrundsätzen, sofern die Datenerhebung auf einer Selbstidentifizierung beruht.

Sobald die CDRD in das nationale Recht der Mitgliedstaaten umgesetzt ist, wird die Erhebung von DEI-Daten für die verpflichtende Offenlegung von ESG-Daten erforderlich sein, die dann gemäß Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe g) DSGVO (aufgrund eines erheblichen öffentlichen Interesses) zulässig sein wird. Wenn Unternehmen diese Daten erheben, sollten die oben dargelegten Menschenrechtsgrundsätze beachtet werden, insbesondere dass die Erhebung auf einer Selbstidentifizierung beruhen sollte. In der Praxis wird die Rechtsgrundlage des erheblichen öffentlichen Interesses daher weitgehend mit der Rechtsgrundlage der ausdrücklichen Einwilligung gleichlaufen, sodass die im Folgenden dargelegten Schutz- und Abwehrmaßnahmen ebenfalls gelten werden.

## 5.1 Ausdrückliche Einwilligung

Die Anforderungen an eine gültige Einwilligung sind streng, insbesondere am Arbeitsplatz.<sup>52</sup> So muss die Einwilligung beispielsweise "freiwillig" abgegeben werden, was angesichts des

<sup>50</sup> Siehe Fußnote 13.

<sup>51</sup> In den Niederlanden ist es beispielsweise allgemein anerkannt, dass die Erhebung von DEI-Daten auf freiwilliger Basis erfolgen kann, siehe Niederländischer Sozialwirtschaftsrat, Dezember 2021, "Meten is Weten, zicht op effecten van diversiteits- en inclusiebeleid," Charter Document, S. 7-10, Dezember 2021. Siehe auch den Bericht mit dem Titel "Het moet wel werken", S. 30, <https://goldschmeding.foundation/wp-content/uploads/Rapport-Het-Moet-Wel-Werken-Vergelijkende-analyse-juli-2021.pdf>.

<sup>52</sup> Artikel 4 Nr. 11 DSGVO definiert Einwilligung als „jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden

Machtungleichgewichts zwischen Arbeitgeber und Beschäftigten als problematisch angesehen wird.<sup>53</sup> Der Begriff "ausdrücklich" bezieht sich darauf, wie die betroffene Person ihre Einwilligung zum Ausdruck bringt. Die betroffene Person muss eine ausdrückliche Einwilligungserklärung abgeben. Ein offensichtlicher Weg zum Einholen einer ausdrücklichen Einwilligung wäre, dass die Einwilligung in einer schriftlichen Erklärung, einem elektronischen Formular oder in einer E-Mail ausdrücklich bestätigt wird.<sup>54</sup>

Damit die Einwilligung von Beschäftigten wirksam ist, müssen diese wirklich frei entscheiden können, ob sie die Informationen zur Verfügung stellen oder nicht, ohne dass ihnen hierdurch Nachteile entstehen. Dies wäre der Fall, wenn die Verweigerung der Einwilligung die Beschäftigte beispielsweise von positiven Maßnahmen ausschließen würde.<sup>55</sup> Um sicherzustellen, dass die Einwilligung tatsächlich freiwillig abgegeben wird, sollte die Freiwilligkeit für die Beschäftigten in zweierlei Hinsicht gegeben sein: (1) das Ausfüllen einer Umfrage oder eines Fragebogens in Bezug auf den rassischen oder ethnischen Hintergrund sollte freiwillig sein, und (2) die Umfrage oder der Fragebogen sollte Optionen für die Beschäftigten enthalten, mit denen diese "Ich möchte nichts sagen" (oder etwas Vergleichbares) antworten können. Der Status einer Umfrage oder eines Fragebogens (d. h. ausgefüllt oder nicht ausgefüllt) sowie die gegebenen Antworten sollten für den Arbeitgeber nicht auf individueller Basis, d.h. für jede Beschäftigte oder jeden Beschäftigten separat, sichtbar sein. Dies wird in der Praxis durch *Privacy-by-Design*-Maßnahmen realisiert (siehe weiter unten).

Zu beachten ist zudem, dass eine Einwilligung nur dann wirksam ist, wenn sie mit klaren Informationen darüber einhergeht, warum sie eingeholt wird und wie sie verwendet werden soll (die Einwilligung muss "für bestimmte Zwecke und in informierter Weise" erteilt werden).<sup>56</sup> Außerdem sollten die Beschäftigten darüber informiert werden, dass die Einwilligung jederzeit widerrufen werden kann und dass ein Widerruf der Einwilligung die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung bis zum Widerruf nicht berührt.<sup>57</sup>

Wenn die Einwilligung widerrufen wird, muss jede Verarbeitung personenbezogener Daten (soweit sie identifizierbar ist) ab dem Zeitpunkt des Widerrufs der Einwilligung eingestellt werden. Werden die Daten jedoch in aggregierter Form erhoben und verarbeitet (siehe Abschnitt 5.2 über *Privacy-by-Design* Anforderungen), sind die Beschäftigten nicht mehr identifizier- oder rückverfolgbar,

---

*Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist*".

<sup>53</sup> Der Europäische Datenschutzausschuss hat in einer Reihe von Leitlinien deutlich gemacht, dass für die meisten Datenverarbeitungen am Arbeitsplatz die Einwilligung aufgrund der Art der Beziehung zwischen Arbeitgebern und Beschäftigten keine geeignete Rechtsgrundlage darstellt. Siehe auch Stellungnahme 2/2017 zur Datenverarbeitung am Arbeitsplatz (**WP 249**), abrufbar unter <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/610169>.

<sup>54</sup> EDPB Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679; angenommen am 4. Mai 2020, (**EDPB Leitlinien zur Einwilligung**) S. 24, [https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb\\_guidelines\\_202005\\_consent\\_de.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_de.pdf).

<sup>55</sup> WP249, Ziffer 6.2.

<sup>56</sup> EDPB Leitlinien zur Einwilligung, S. 15-18.

<sup>57</sup> Artikel 7 Absatz 3 DSGVO.

so dass ein Widerruf der Einwilligung in Bezug auf die bereits erhobenen und in solche Berichte aufgenommenen Daten keine Wirkung entfaltet.

## 5.2 Allgemeine Grundsätze des Datenschutzes

Darüber hinaus werden die Verpflichtungen der Verantwortlichen zur Einhaltung der Grundsätze der Verarbeitung, die in der DSGVO und insbesondere in Artikel 5 in Bezug auf Treu und Glauben, Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit sowie die Datenqualität niedergelegt sind, nicht dadurch negiert oder auf irgendeine Weise abgeschwächt, dass die Einwilligung eingeholt wird.<sup>58</sup> Arbeitgeber müssen außerdem die Grundsätze des "Privacy-by-Design" einhalten.<sup>59</sup> In der Praxis bedeutet dies, dass Arbeitgeber nur die personenbezogenen Daten verarbeiten sollten, die sie für die verfolgten Zwecke unbedingt benötigen, und zwar auf die datenschutzfreundlichste Weise. So können Arbeitgeber beispielsweise DEI-Daten ohne Bezug zu einzelnen Beschäftigten erheben (d. h. ohne dass die Beschäftigten ihren Namen oder eine andere eindeutige Kennung, wie z. B. eine Personalnummer oder E-Mail-Adresse, angeben). Auf diese Weise erfüllen Arbeitgeber die Datenminimierungs- und Privacy-by-Design-Anforderungen und begrenzen die Auswirkungen auf die Privatsphäre ihrer Beschäftigten. In der Praxis sehen wir auch, dass Arbeitgeber externe Dienstleister einschalten und ihre Beschäftigten auffordern, die Informationen direkt an den Dienstleister zu senden. Der externe Dienstleister gibt dann nur aggregierte Informationen an das Unternehmen weiter.

Aus technischer Sicht ist es möglich, eine ähnliche Aufgabentrennung im Rahmen des unternehmensinternen HR-Systems (wie z. B. Workday oder SuccessFactors) zu erzielen, indem die Daten auf nicht identifizierender Basis gesammelt werden und nur ein oder zwei Beschäftigte innerhalb der Diversity-Abteilung Zugang zu den nicht identifizierenden DEI-Daten für statistische Analysen haben und anschließend der Geschäftsleitung nur auf einer aggregierten Basis Bericht erstatten (wodurch sichergestellt wird, dass einzelne Beschäftigte nicht ausgesondert oder erneut identifiziert werden können).<sup>60</sup> Dies erfordert eine Anpassung der HR-Systeme, die derzeit im Gange ist. Wenn Arbeitgeber einen Betriebsrat haben, muss der Betriebsrat im Voraus seine Zustimmung zu allen Unternehmensrichtlinien erteilen, die die Verarbeitung von Beschäftigtendaten betreffen. Im Rahmen des Zustimmungsverfahrens des Betriebsrats können die Maßnahmen zum Schutz der Privatsphäre überprüft werden.

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die Bestimmungen der DSGVO nicht gelten, wenn die Datenerhebung und -verarbeitung auf tatsächlich anonymer Basis erfolgt.<sup>61</sup> Die Schwelle, ab

---

<sup>58</sup> EDPB Leitlinien zur Einwilligung, S. 6.

<sup>59</sup> Artikel 25 DSGVO.

<sup>60</sup> Siehe Artikel 29-Datenschutzgruppe Stellungnahme 05/2014 zu Anonymisierungstechniken, angenommen am 10. April 2014.

<sup>61</sup> In Erwägungsgrund 26 der DSGVO heißt es, dass die Grundsätze des Datenschutzes nicht für anonyme Informationen gelten sollen, die sich nicht auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen, oder personenbezogene Daten, die in einer Weise anonymisiert worden sind, dass die betroffene Person nicht oder nicht mehr identifizierbar werden kann. In Erwägungsgrund 26 heißt es weiter, dass die DSGVO die Verarbeitung solcher anonymer Daten, auch für statistische oder für Forschungszwecke, nicht betrifft.



der Daten nach der DSGVO tatsächlich als anonym angesehen werden, ist jedoch sehr hoch und kann wahrscheinlich nicht erreicht werden, wenn Unternehmen DEI-Daten von ihren Beschäftigten erheben. Jegliche Anwendung von Anonymisierungstechniken, wie etwa die Pseudonymisierung (z. B. Entfernen oder Ersetzen von eindeutigen Identifikatoren und Namen), führt daher nicht dazu, dass die Datenverarbeitung nicht mehr in den Anwendungsbereich der DSGVO fällt, sondern ist vielmehr eine notwendige Maßnahme, um die Datenminimierungs- und *Privacy-by-Design*-Anforderungen zu erfüllen.

## 6. Ein Blick in die Zukunft

Es ist nicht mehr möglich, sich hinter der DSGVO zu verstecken, um die Erhebung von DEI-Daten zu Monitoringzwecken zu vermeiden. Die Entwicklung geht in Richtung sinnvoller DEI-Richtlinien, Monitoring und Berichterstattung (wie im Rahmen der CSRD). Die Erhebung von Daten über die rassistische und ethnische Herkunft wurde als „*problematische Notwendigkeit, ein Prozess, der selbst eines ständigen Monitorings bedarf*“ beschrieben. Dies ist die negative Art, die DEI-Datenerhebung und das DEI-Monitoring zu qualifizieren. Ein positiver menschenrechtsbasierter Ansatz ist, dass die Datenerhebungsprozesse auf *Selbstidentifikation, Teilhabe und Datenschutz* beruhen sollten. Wenn alle drei Prinzipien gewährleistet sind, wird der Prozess kontrolliert und ist vertrauenswürdig, ohne dass er grundlegend problematisch ist oder einer ständigen Überwachung bedarf. Der Weg dorthin führt über den Aufbau von Vertrauen bei der Belegschaft (und ihren Betriebsräten und Gewerkschaften). Wenn dieses Vertrauen noch nicht vorhanden ist, empfiehlt es sich, klein anzufangen (in weniger sensiblen Bereichen), mit den Betriebsräten oder der Belegschaft insgesamt zusammenzuarbeiten und angesichts der bevorstehenden CSRD jetzt damit zu beginnen.<sup>62</sup>

**Selbstidentifikation:** Ein Unternehmen benötigt das volle Vertrauen seiner Beschäftigten, um von ihnen repräsentative DEI-Daten auf der Grundlage von Selbstauskünften zu erheben. Wenn die Einführung der DEI-Datenerhebung von den Beschäftigten als abrupt und kulturfeindlich oder als reine Ankreuz-Übung empfunden wird, die wahrscheinlich nicht zu sinnvollen Veränderungen führen wird, werden die Erhebungen nicht erfolgreich sein. Damit Beschäftigte Umfragen ausfüllen und dabei sensible Daten preisgeben, müssen sie darauf vertrauen können, dass ihr Arbeitgeber es mit seinen DEI-Bemühungen ernst meint und dass die Datenerhebung und das Monitoring diese Bemühungen *ergänzt*, ganz nach dem Motto "Wir messen, was wir schätzen". Die Praxis zeigt, dass Beschäftigte, wenn eine gewisse Schwelle überschritten ist, stolz darauf sind, sich selbst zu identifizieren und zur DEI-Statistik ihres Unternehmens beizutragen.

Das Vertrauen wird *untergraben*, wenn sich die Beschäftigte nicht in den vordefinierten Kategorien wiedererkennen. Eine richtige Selbstidentifizierung setzt voraus, dass die vordefinierten Kategorien für die Belegschaft des jeweiligen Landes einschlägig sind, freie Antworten (einschließlich keiner Antwort) zugelassen werden und die Identifizierung mit mehreren Identitäten ermöglicht wird. Das Vertrauen der

<sup>62</sup> Einen informativen Artikel über die praktische Umsetzung von Vorschlägen zur datengesteuerten Vielfalt finden Sie unter Data-Driven Diversity (<https://hbr.org/2022/03/data-driven-diversity>). Die Unterscheidung zwischen ergebnis- und prozessbasierten Metriken basiert auf diesem Artikel.

Beschäftigten wird *gestärkt*, wenn das Unternehmen die Berichtsmetriken sorgfältig durchdacht hat und sicherstellt, dass die Berichte tatsächlich Aufschluss darüber geben, worauf das Unternehmen seine Maßnahmen konzentrieren kann, um sinnvolle Veränderungen herbeizuführen. So ist es beispielsweise wichtig, dass die Berichtsmetriken nicht nur *ergebnisorientiert* sind (Verfolgung demografischer Daten, ohne zu wissen, wo ein Problem besteht), sondern auch *prozessorientiert*. Mit prozessorientierten Berichtsmetriken lassen sich Probleme in den Prozessen des Beschäftigtenmanagements aufzeigen, z. B. bei der Einstellung, der Beurteilung, der Beförderung und der Förderung durch Vorgesetzte. Wenn *ergebnisorientierte* Metriken ein Unternehmen darüber informieren, dass es nur einen begrenzten Anteil an bestimmten Minderheiten hat, können *Prozessmetriken* zeigen, auf welchen Teil seiner Prozesse (oder Teil eines Prozesses, z. B. welchen Teil des Einstellungsprozesses) sich ein Unternehmen konzentrieren muss, um sinnvolle Veränderungen herbeizuführen. Beispiele für diese Metriken sind die Geschwindigkeit, mit der Minderheiten auf der Karriereleiter aufsteigen, und die Gehaltsunterschiede zwischen verschiedenen Kategorien in vergleichbaren Positionen.

**Teilhabe:** Vertrauen erfordert einen integrativen Bottom-up-Prozess, bei dem die Beschäftigten (und ihre Betriebsräte) ein Mitspracherecht bei der Datenerhebung und dem Monitoringverfahren haben, beispielsweise bei der Festlegung der Kategorien in einer Umfrage, um sicherzustellen, dass sich Beschäftigte, die einer Minderheit angehören, in diesen Kategorien "wiederfinden" können, bei der Festlegung der Berichtsmetriken, um sicherzustellen, dass diese sinnvolle Veränderungen bewirken können, sowie bei der Festlegung der datenschutzrechtlichen Schutzmaßnahmen (siehe unten).

**Datenschutz:** Um das Vertrauen der Beschäftigten zu gewinnen, müssen Datenschutzgrundsätze wie Datensicherheit, Datenminimierung und *Privacy-by-Design* vollständig umgesetzt werden. Ein Unternehmen wird seinem Betriebsrat ein Protokoll über die Datenerhebung und -verarbeitung vorlegen und dessen Zustimmung hierzu einholen müssen. In diesem sind alle organisatorischen, vertraglichen und technischen Maßnahmen aufzuführen, die sicherstellen, dass die Daten auf einer nicht identifizierenden Basis erhoben werden und Zugangskontrollen vorhanden sind, um sicherzustellen, dass der Zugriff auf die Daten auf ein oder zwei Beschäftigte des Diversity-Teams beschränkt ist, die mit den Daten ausschließlich Statistiken erstellen.

## Länderberichte

Nachstehend finden Sie eine Zusammenfassung der Rechtsgrundlagen, die Arbeitgeber nach den Gesetzen von Belgien, Frankreich, Deutschland, Italien, Spanien und den Niederlanden für die Erhebung von Daten über die rassische und ethnische Herkunft ihrer Beschäftigten zum Zwecke des Monitorings ihrer DEI-Richtlinien (**DEI-Monitoringzwecke**) zur Verfügung stehen. Beachten Sie, dass in allen Fällen auch die allgemeinen Datenverarbeitungsgrundsätze gelten (z. B. die *Privacy-by-Design* Anforderungen), die in Abschnitt 5.2 dargelegt sind, hier aber nicht wiederholt werden.

## BELGIEN

*Olivia Vansteelant & Damien Stas de Richelle, Laurius*

### Zusammenfassende Anforderungen an die Verarbeitung von Daten über die rassische und ethnische Herkunft

Nach belgischem Recht gibt es weder eine spezifische gesetzliche Verpflichtung für Arbeitgeber, Daten zu erheben, aus denen die rassische oder ethnische Herkunft ihrer Beschäftigten hervorgeht, noch ein allgemeines Verbot für Arbeitgeber, solche Daten zu erheben.

Unternehmen, die ihren Sitz oder mindestens eine Betriebsstätte in der Region Brüssel-Hauptstadt haben, können personenbezogene Daten über eine ausländische Staatsangehörigkeit oder Herkunft für DEI-Monitoringzwecke rechtmäßig verarbeiten, wenn dies zur Wahrnehmung ihrer arbeitsrechtlichen Rechte und Pflichten erforderlich ist. Alle Unternehmen können rechtmäßig Daten über die rassische oder ethnische Herkunft für DEI-Monitoringzwecke auf der Grundlage einer ausdrücklichen Einwilligung ihrer Beschäftigten verarbeiten. Arbeitgeber, deren Unternehmen über einen Betriebsrat verfügt, sollten diesen konsultieren, bevor sie Maßnahmen zur Verarbeitung von Daten über die rassische oder ethnische Herkunft ihrer Beschäftigten ergreifen, eine Zustimmung des Betriebsrats ist jedoch nicht gesetzlich vorgeschrieben.

*Erforderlichkeit zur Ausübung arbeitsrechtlicher Rechte und Pflichten (Art. 9 Absatz 2 Buchstabe b) DSGVO).* Die Grundlage für diese Ausnahme findet sich im Beschluss der Regierung der Region Brüssel-Hauptstadt vom 7. Mai 2009 über Diversitätspläne und das Diversitätslabel sowie in der Verordnung der Regierung der Region Brüssel-Hauptstadt vom 4. September 2008 zur Bekämpfung von Diskriminierung und zur Förderung der Gleichbehandlung im Bereich der Beschäftigung.

Diesem Beschluss zufolge sind Unternehmen mit Sitz oder mindestens einer Betriebsstätte in der Region Brüssel-Hauptstadt berechtigt, einen Diversitätsplan zu erstellen, um das Problem der Diskriminierung bei der Einstellung anzugehen und die Vielfalt am Arbeitsplatz zu fördern. In den flämischen oder wallonischen Regionen gibt es derzeit keine vergleichbaren Vorschriften. Viele flämische NGOs drängen die flämische Regierung, auf einen nachhaltigen und integrativen Arbeitsmarkt hinzuarbeiten, wobei Monitoring und Berichterstattung eine wichtige Grundlage für die Bewertung der Vielfalt darstellen. Sie fordern die flämische Regierung auf, sich vor den Wahlen in 2024 mit aller Kraft dafür einzusetzen.

Nach diesem Beschluss dürfen Arbeitgeber den Grad der Vielfalt unter ihren Beschäftigten auswerten, indem sie ihre Belegschaft in Kategorien einteilen, darunter die der ausländischen Staatsangehörigkeit oder Herkunft. Es ist möglich, dass Arbeitgeber über eine Verbindung der Informationen zur Staatsangehörigkeit und Herkunft oder einer Folgerung aus diesen Informationen indirekt Daten erheben können, die Aufschluss über die rassische oder ethnische Herkunft geben. Der Beschluss erstreckt sich jedoch nicht auf Daten, aus denen die rassische oder ethnische Herkunft hervorgeht, und

es gibt keine Regelung, die eine solche Erhebung gemäß Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe b) DSGVO erlaubt.

*Ausdrückliche Einwilligung.* Das belgische Umsetzungsgesetz schließt die Möglichkeit der Verarbeitung rassistischer oder ethnischer Daten auf der Rechtsgrundlage der Einwilligung von Beschäftigten nicht ausdrücklich aus. Für alle anderen Zwecke der Verarbeitung von Daten über die rassische und ethnische Herkunft können sich Arbeitgeber daher auf die ausdrückliche Einwilligung und die freiwillige Meldung durch die Beschäftigten verlassen. Wir verweisen auf die oben in Abschnitt 5.1 dargelegten Bedingungen für die ausdrückliche Einwilligung, da sie in gleicher Weise für Belgien gelten. Um sicherzustellen, dass die Einwilligung tatsächlich freiwillig gegeben wird, sollte die Freiwilligkeit der Auskunft über Daten zu ihrer rassischen oder ethnischen Herkunft für die Beschäftigten in zweierlei Hinsicht gegeben sein: (1) das Ausfüllen einer Umfrage oder eines Fragebogens in Bezug auf die rassische oder ethnische Herkunft sollte freiwillig sein und (2) die Umfrage oder der Fragebogen sollte Optionen für die Beschäftigten enthalten, um mit "Ich möchte nichts sagen" (oder etwas Vergleichbarem) zu antworten.

## FRANKREICH

*Hélène Delabarre & Sylvain Naillat, Nomos, Société D'Avocats*

### Zusammenfassende Anforderungen an die Verarbeitung von Daten über die rassische und ethnische Herkunft

Nach französischem Recht ist die Verarbeitung von Daten über die rassische und ethnische Herkunft *grundsätzlich* gemäß (i) einer allgemeinen Bestimmung der französischen Verfassung und (ii) einigen spezifischen Bestimmungen der französischen Datenschutzgesetze verboten, was auch der öffentliche Standpunkt der französischen Datenschutzbehörde (**CNIL**) ist. Das französische Recht kennt keine Kategorisierung von Menschen auf der Grundlage ihrer (vermeintlichen) Rasse oder ethnischen Herkunft. Dieses Verbot der Verarbeitung von Daten über die rassische und ethnische Herkunft wurde vom französischen Verfassungsgericht in einer Entscheidung im Zusammenhang mit öffentlichen Studien bekräftigt, deren Zweck es war, Vielfalt/Minderheitengruppen zu erfassen. Während Daten über die rassische und ethnische Herkunft nicht erhoben oder verarbeitet werden dürfen, können jedoch objektive Kriterien in Bezug auf die geografische und/oder kulturelle Herkunft, wie Name, Nationalität, Geburtsort, Muttersprache usw., von Arbeitgebern berücksichtigt werden, um die Vielfalt zu bemessen und Diskriminierung zu bekämpfen.

In einem Leitfaden aus dem Jahr 2012<sup>63</sup> (dem seither nicht widersprochen wurde) bestätigte die CNIL, dass Arbeitgeber Daten zu objektiven Kriterien in Bezug auf die "**Herkunft**", wie den Geburtsort der befragten Person und den Geburtsort ihrer Eltern, ihre Muttersprache, ihre Staatsangehörigkeit und die ihrer Eltern usw., erheben und verarbeiten dürfen, wenn eine solche Verarbeitung für die Durchführung statistischer Studien zur Messung und Bekämpfung von Diskriminierung erforderlich ist. Die CNIL ist

<sup>63</sup> [https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd\\_gui\\_20120501\\_egalite\\_chances\\_o.pdf](https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd_gui_20120501_egalite_chances_o.pdf).

außerdem der Ansicht, dass Fragen zur Selbstidentifizierung und wie sich die befragte Person durch andere wahrgenommen fühlt, gestellt werden können, wenn dies im Hinblick auf den Zweck der Datenerhebung und die anderen gestellten Fragen erforderlich ist. Siehe den Leitfaden der CNIL:

*„Gemäß der Entscheidung des Verfassungsgerichts vom 15. November 2007 und den Erkenntnissen der Cahiers du Conseil können Studien zur Messung der Vielfalt nicht auf der ethnischen oder rassischen Herkunft der Personen basieren, ohne gegen Artikel 1 der Verfassung zu verstoßen. Jede Nomenklatur, die als ethnisch-rassischer Bezug interpretiert werden könnte, muss daher vermieden werden. **Es ist jedoch möglich, sich dem Kriterium der "Herkunft" auf der Grundlage objektiver Daten wie dem Geburtsort und der gebürtigen Staatsangehörigkeit der befragten Person und ihrer Eltern zu nähern, aber auch, falls erforderlich, auf der Grundlage subjektiver Daten, die sich darauf beziehen, wie sich die befragte Person selbst identifiziert oder wie sie sich von anderen wahrgenommen fühlt.**“<sup>64</sup>*

Auf der Grundlage des Leitfadens der CNIL wurden mehrere öffentliche Studien durchgeführt, die sich auf die Erhebung von Informationen stützen, deren Erhebung von der CNIL als zulässig erachtet wird, d. h. (i) ob sich die Befragten aufgrund ihrer Herkunft oder Hautfarbe *diskriminiert fühlten* oder nicht; (ii) wie sich die Befragten selbst identifizieren; und (iii) Statistiken über die *geografische und/oder kulturelle Herkunft* der Befragten.<sup>65</sup> Die Bereitstellung sämtlicher Informationen sollte völlig freiwillig sein und die Regeln bezüglich der ausdrücklichen Einwilligung in Abschnitt 5.1 oben gelten in gleicher Weise für Frankreich. Alle Fragen im Zusammenhang mit der Erhebung von Daten über die geografische und/oder kulturelle Herkunft sollten objektiv sein und wenn keine Notwendigkeit besteht, die Personen (direkt oder indirekt) zu identifizieren, sollte der Erhebungsprozess vollständig anonym sein.

## DEUTSCHLAND

*Hanno Timmer, Morrison & Foerster*

### Rechtsgrundlage für die Verarbeitung von Daten zu Rasse und ethnischen Hintergrund

Das deutsche Recht sieht für Arbeitgeber weder eine spezifische gesetzliche Verpflichtung vor, Daten über die rassische und ethnische Herkunft ihrer Beschäftigten zu erheben, noch besteht für Arbeitgeber ein generelles Verbot, solche Daten zu erheben.

Arbeitgeber in Deutschland können Daten über die rassische und ethnische Herkunft ihrer Beschäftigten für Zwecke des DEI-Monitorings rechtmäßig verarbeiten, wenn dies (i) zur Ausübung ihrer arbeitsrechtlichen Rechte und Pflichten erforderlich ist oder (ii) auf der Grundlage der

<sup>64</sup> [https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd\\_gui\\_20120501\\_egalite\\_chances\\_o.pdf](https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd_gui_20120501_egalite_chances_o.pdf).

<sup>65</sup> Dieser Artikel der Gewerkschaft CGT bezieht sich auf eine Studie des "Défenseur des droits" (einer öffentlichen Einrichtung), die insbesondere das in den Fußnoten 64 und 65 erwähnte CNIL-Papier von 2012 mitunterzeichnet hat. <https://www.cgt.fr/actualites/france/interprofessionnel/discriminations/le-defenseur-des-droits-denonce-un-racisme>. Siehe auch die jüngsten Studien der öffentlichen Einrichtungen INED und INSEE: [https://te.o.site.ined.fr/fichier/s\\_rubrique/29262/te02\\_questionnaire\\_fr.pdf](https://te.o.site.ined.fr/fichier/s_rubrique/29262/te02_questionnaire_fr.pdf).

ausdrücklichen Einwilligung ihrer Beschäftigten geschieht. Existiert im Betrieb des Arbeitgebers ein Betriebsrat, so steht diesem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht im Hinblick auf die Einführung von Diversity-Umfragen und Fragebögen gemäß § 94 Betriebsverfassungsgesetz (**BetrVG**) zu, wenn die Informationen nicht ausschließlich anonym und auf freiwilliger Basis erhoben werden. Werden die Informationen digital erhoben, kann dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG zustehen.

*Erforderlich zur Ausübung arbeitsrechtlicher Rechte oder Pflichten.* Nach § 26 Absatz 3 Bundesdatenschutzgesetz (**BDSG**) ist die Verarbeitung von Daten über die rassische und ethnische Herkunft im Beschäftigungsverhältnis nur zulässig, wenn die Verarbeitung für den Arbeitgeber zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht, dem Recht der sozialen Sicherheit und des Sozialschutzes erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass die betroffene Person ein überwiegendes schutzwürdiges Interesse an der Nichtverarbeitung der Daten hat. Eines der Rechte des Arbeitgebers ergibt sich aus § 5 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (**AGG**), wonach der Arbeitgeber das Recht hat, positive Maßnahmen zur Verhinderung und Unterbindung von Diskriminierungen aus Gründen der rassischen oder der ethnischen Herkunft zu ergreifen. Um die Voraussetzungen für entsprechende Maßnahmen zu schaffen, können Arbeitgeber Daten erheben, um ihre DEI-Bedürfnisse zu ermitteln.

*Ausdrückliche Einwilligung.* Für alle anderen Zwecke der Verarbeitung von Daten über die rassische und ethnische Herkunft müssen sich Arbeitgeber auf die ausdrückliche Einwilligung und freiwillige Informationen durch die Beschäftigten verlassen. Wir verweisen auf die oben in Abschnitt 5.1 dargelegten Bedingungen für die ausdrückliche Einwilligung, da sie in gleicher Weise für Deutschland gelten. Darüber hinaus legt § 26 Absatz 2 BDSG fest, dass bei der Beurteilung der Freiwilligkeit der Einwilligung insbesondere der im Arbeitsverhältnis bestehende Grad der Abhängigkeit der Beschäftigten und die Umstände, unter denen die Einwilligung erteilt wurde, berücksichtigt werden müssen. Nach § 26 Absatz 2 BDSG kann eine freiwillige Einwilligung insbesondere dann vorliegen, wenn sie mit einem rechtlichen oder wirtschaftlichen Vorteil für die Beschäftigten verbunden ist oder wenn Arbeitgeber und Beschäftigte gleichgelagerte Interessen verfolgen. Dies kann der Fall sein, wenn die Datenerhebung auch den Beschäftigten zugutekommt, z.B. wenn sie zum Aufbau eines umfassenden DEI-Managements im Unternehmen des Arbeitgebers führt.

## ITALIEN

*Marco Tesoro, Tesoro und Partner*

### Zusammenfassende Anforderungen für die Verarbeitung von Daten zur rassischen und ethnischen Herkunft

Das italienische Datenschutzgesetz (**IDPC**) regelt die Verarbeitung personenbezogener Daten unter Artikel 9 der DSGVO und besagt, dass die Verarbeitung sensibler Daten aus Gründen eines erheblichen öffentlichen Interesses erforderlich sein muss und als Rechtsgrundlage ein Gesetz oder einer Verordnung erfordert (Sec. 2-e (1), IDPC). Nach italienischem Recht gibt es keine spezifische

Rechtsgrundlage für die Verarbeitung rassischer oder ethnischer Daten aus Gründen des öffentlichen Interesses.

*Ausdrückliche Einwilligung.* Wir verweisen auf die oben in Abschnitt 5.1 dargelegten Bedingungen für eine ausdrückliche Einwilligung, da sie in gleicher Weise für Italien gelten. Das IDPC schließt die Möglichkeit der Verarbeitung von Daten über die rassische und ethnische Herkunft auf der Grundlage der Einwilligung von Beschäftigten nicht ausdrücklich aus. Arbeitgeber, die Daten zur rassischen und ethnischen Herkunft auf der Grundlage der Einwilligung der Beschäftigten gemäß Artikel 9 DSGVO erheben und verarbeiten wollen, sollten jedoch sicherstellen, dass die Einwilligung auf freiwilliger Basis erteilt wird, und nach Möglichkeit die Gewerkschaften, die für sie zuständig sind (sowie gegebenenfalls den Betriebsrat) einbeziehen. Die Gewerkschaften sollten in der Lage sein, i) sich zu vergewissern und zu bescheinigen, dass die Einwilligung der Beschäftigten freiwillig erteilt wurde, und ii) sicherzustellen, dass die Beschäftigten über ihre Rechte und die Folgen der Bereitstellung solcher Daten umfassend informiert sind. Gibt es keine einschlägigen Gewerkschaften, können Arbeitgeber den örtlichen Vertreter der Gewerkschaftsverbände informieren, die den geltenden Tarifvertrag (falls vorhanden) unterzeichnet haben. Außerdem sollten Arbeitgeber sicherstellen, dass die Beschäftigten die Möglichkeit haben, "keine Angabe" zu machen.

*Arbeiterstatut.* Es sollte zudem beachtet werden, dass nach italienischem Recht ein allgemeines Verbot besteht, Informationen zu sammeln, die nicht unbedingt mit der Beurteilung der beruflichen Fähigkeiten der Beschäftigten zusammenhängen oder für diese notwendig sind. Gemäß Artikel 8 des Gesetzes vom 23. Mai 1970, Nr. 300 "**Arbeiterstatut**" dürfen Daten über die rassische und ethnische Herkunft von Arbeitgebern nicht erhoben oder verwendet werden, um die Entscheidung über die Einstellung eines Bewerbers oder die Bedingungen des Arbeitsverhältnisses in irgendeiner Weise zu beeinflussen.

## SPANIEN

*Laura Castillo, Gómez-Acebo & Pombo*

### Zusammenfassende Anforderungen für die Verarbeitung von Daten zur rassischen und ethnischen Herkunft

Das Organgesetz 3/2018 vom 5. Dezember über den Schutz personenbezogener Daten und die Gewährleistung digitaler Rechte (**SDPL**) verbietet generell die Erhebung von Daten über die rassische und ethnische Herkunft, es sei denn: (i) es besteht eine gesetzliche Verpflichtung dazu (gemäß Artikel 9 des SDPL); oder (ii) die Beschäftigten haben ihre ausdrückliche Einwilligung abgegeben (obwohl Letzteres nicht ohne Risiko ist).

*Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung.* Das Umfassende Gesetz 15/2022 vom 12. Juli über Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung (das "**Gleichbehandlungsgesetz**") garantiert und fördert das Recht auf Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung. In diesem Gesetz heißt es ausdrücklich, dass keine Einschränkungen, Ausgrenzungen oder Ausschlüsse aufgrund der ethnischen oder rassischen Herkunft vorgenommen werden dürfen, d. h. niemand darf aufgrund seiner rassischen oder

ethnischen Herkunft diskriminiert werden. In diesem Zusammenhang wurden alle Maßnahmen zur positiven Diskriminierung, die aufgrund des Gleichbehandlungsgesetzes eingeführt wurden, in Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen aufgenommen, die mit den Gewerkschaften oder den jeweiligen Beschäftigtenvertretern vereinbart wurden. Wenn der Tarifvertrag die Erhebung von Daten über die rassische oder ethnische Herkunft von Beschäftigten vorschreibt, können Arbeitgeber dies tun, da dies dann eine gesetzliche Verpflichtung darstellt. In Fällen, in denen der Tarifvertrag die Erhebung dieser Art von Daten nicht ausdrücklich vorschreibt, können Arbeitgeber entweder versuchen, eine solche Bestimmung in die Regelungen des Tarifvertrages oder einer Betriebsvereinbarung aufzunehmen und hierfür mit den Gewerkschaften oder gesetzlichen Vertretern zusammenarbeiten oder sich auf die ausdrückliche Einwilligung stützen, wie im Folgenden ausgeführt wird.

*Ausdrückliche Einwilligung.* Grundsätzlich reicht die Einwilligung von Beschäftigten allein nicht aus, um das allgemeine Verbot der Verarbeitung sensibler Daten nach dem SDPL aufzuheben. Eines der Hauptziele des Verbots unter dem SDPL besteht jedoch darin, Diskriminierung zu vermeiden. Wenn der Zweck der Erhebung darin besteht, Vielfalt zu fördern, ist es daher vertretbar (auch wenn dies in Spanien bislang noch nicht gerichtlich überprüft wurde), dass sich Arbeitgeber auf eine ausdrückliche Einwilligung berufen können, und wir verweisen auf die oben in Abschnitt 5.1 dargelegten Bedingungen für eine ausdrückliche Einwilligung, da sie in gleicher Weise für Spanien gelten. Zusätzlich zu den Bedingungen in Abschnitt 5.1 hat die spanische Rechtsprechung festgestellt, dass der Grad der Abhängigkeit der Beschäftigten innerhalb des Arbeitsverhältnisses und die Umstände, unter denen die Einwilligung erteilt wird, bei der Beurteilung, ob die Einwilligung der Beschäftigten freiwillig erteilt wurde, berücksichtigt werden sollten. Es wird daher nicht empfohlen, dass Arbeitgeber während des Einstellungsverfahrens oder vor Ablauf der Probezeit Daten über die rassische und ethnische Herkunft ihrer Beschäftigten erheben oder verarbeiten, es sei denn, ein Tarifvertrag regelt diese Frage abweichend. Arbeitgeber sollten auch sicherstellen, dass Beschäftigte die Möglichkeit haben, "keine Angabe" zu machen und in der Lage sind, nachzuweisen, dass die Einwilligung wirklich freiwillig erteilt wurde, wie in Abschnitt 5.1 oben erläutert.

## **NIEDERLANDE**

*Marta Hovanesian, Morrison & Foerster*

### Zusammenfassende Anforderungen an die Verarbeitung von Daten über den rassischen und ethnischen Hintergrund

Nach niederländischem Recht gibt es weder eine spezifische gesetzliche Verpflichtung für Arbeitgeber, Daten über die rassische und ethnische Herkunft ihrer Beschäftigten zu erheben, noch ein allgemeines Verbot für Arbeitgeber, solche Daten zu erheben.

Arbeitgeber in den Niederlanden können rechtmäßig Daten über die rassische und ethnische Herkunft ihrer Beschäftigten für DEI-Monitoringzwecke verarbeiten, wenn (i) ein erhebliches öffentliches Interesse auf der Grundlage des niederländischen Rechts besteht oder (ii) die Beschäftigten



ausdrücklich ihre Einwilligung erteilt haben. Arbeitgeber, die über einen Betriebsrat verfügen, müssen sicherstellen, dass ihr Betriebsrat jeder Richtlinie zur Verarbeitung von Gleichstellungsdaten zustimmt.

*Erhebliches öffentliches Interesse.* Die Niederlande hat die Bedingungen von Artikel 9 Absatz 2 DSGVO für die Verarbeitung von Daten über die rassische und ethnische Herkunft in das niederländische Gesetz zur Umsetzung der DSGVO ("**Niederländisches Umsetzungsgesetz**") aufgenommen. Konkret sieht Artikel 25 Niederländisches Umsetzungsgesetz vor, dass Daten über die rassische und ethnische Herkunft (beschränkt auf das Geburtsland der betroffenen Person und das Geburtsland ihrer Eltern oder Großeltern) (auf der Grundlage eines erheblichen öffentlichen Interesses) verarbeitet werden dürfen, wenn die Verarbeitung erforderlich ist, um eine benachteiligte Stellung einer Minderheitengruppe auszugleichen und auch nur, wenn die betroffene Person der Verarbeitung nicht widersprochen hat. Um sich auf diese Bedingung berufen zu können, muss der Arbeitgeber unter anderem (i) nachweisen, dass bestimmte Personengruppen benachteiligt sind; (ii) eine umfassende Unternehmensrichtlinie umsetzen, die darauf abzielt, diese Benachteiligung auszugleichen; und (iii) nachweisen, dass die Verarbeitung von Daten über die rassische und ethnische Herkunft für die Umsetzung und Durchführung dieser Richtlinie erforderlich ist.

*Ausdrückliche Einwilligung.* Arbeitgeber können rassische und ethnische Herkunftsdaten ihrer Beschäftigten für DEI-Monitoringzwecke auf der Grundlage einer ausdrücklichen Einwilligung und freiwilligen Bereitstellung durch die Beschäftigten erheben. Die oben in Abschnitt 5.1 dargelegten Bedingungen für die Einwilligung gelten in gleicher Weise für die Niederlande.

*Barometer der kulturellen Vielfalt.* Es ist zu beachten, dass niederländische Arbeitgeber mit mehr als 250 Beschäftigten die Möglichkeit haben, von *Statistics Netherlands* DEI-Informationen über ihr eigenes Unternehmen anzufordern. Auf Ersuchen des Ministeriums für soziale Angelegenheiten und Beschäftigung hat *Statistics Netherlands* das "Barometer der kulturellen Vielfalt" erstellt. Das Barometer ermöglicht es Arbeitgebern, bestimmte nicht sensible personenbezogene Daten an das niederländische Statistikamt weiterzugeben, das seinerseits den betreffenden Arbeitgebern einen statistischen und anonymen Überblick über die kulturelle Vielfalt des Unternehmens gibt (z. B. Prozentsatz der Beschäftigten mit (i) niederländischer Herkunft, (ii) westlichem Migrationshintergrund und (iii) nicht-westlichem Migrationshintergrund). *Statistics Netherlands* kann entweder Informationen über die kulturelle Vielfalt innerhalb des gesamten Unternehmens oder innerhalb bestimmter Abteilungen des Unternehmens bereitstellen (vorausgesetzt, die einzelnen Abteilungen haben mehr als 250 Beschäftigte).