

Theorie und Praxis des Arbeitsrechts

Herausgegeben von der Stiftung Theorie und Praxis des Arbeitsrechts

17

Thomas Götz

Big Data im Personalmanagement

Datenschutzrecht und betriebliche Mitbestimmung



Nomos

Theorie und Praxis des Arbeitsrechts

herausgegeben von der Stiftung Theorie und Praxis
des Arbeitsrechts (Wolfgang-Hromadka-Stiftung)

Band 17

Thomas Götz

Big Data im Personalmanagement

Datenschutzrecht und betriebliche Mitbestimmung



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Diss-Info: Zugl.: Regensburg, Univ., Diss., 2020

Originaltitel der Dissertation: Big-Data im Personalmanagement – Datenschutzrecht und betriebliche Mitbestimmung

ISBN 978-3-8487-7619-1 (Print)

ISBN 978-3-7489-0995-8 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2020 von der Fakultät für Rechtswissenschaft an der Universität Regensburg als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung befinden sich auf dem Stand von November 2019.

Der besondere Dank gebührt meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. *Frank Maschmann*, der mir die Anregung zum Thema meiner Dissertation gab und mich in jeder Phase der Promotion als Mentor hervorragend unterstützte. Vor allem lehrte er mich, den Blick für das Maßgebliche zu entwickeln. Herrn Professor Dr. *Reinhard Richardi* danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Mein herzlicher Dank gilt meinen Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl, auf deren Hilfe ich mich stets verlassen konnte. Unser kollegialer und freundschaftlicher Zusammenhalt wird mir als Vorbild für eine erstrebenswerte Arbeitsatmosphäre immer in Erinnerung bleiben. Genauso danke ich meinen besten Freunden, *Julian Maßen*, *Christian Kühnl* und *Nina Sindram* für ihre vorbehaltlose Loyalität und ihren Rückhalt während der Promotionszeit und in jeder Lebenslage.

Der größte Dank gehört meinen Eltern, die meine Ausbildung ermöglichten und mir zu jeder Zeit mit Herz und Verstand zur Seite stehen. Besonderen Dank schulde ich auch meinem Zwillingbruder *Philipp Götz*, dem ich mich stets anvertrauen kann. Sein Einfluss als Diskussionspartner führte oftmals zur entscheidenden kritischen Auseinandersetzung mit den eigenen Gedanken. Ihnen widme ich diese Arbeit.

Regensburg, im April 2020

Thomas Götz

Inhaltsverzeichnis

A.	Einführung	15
I.	Evidenz statt Bauchgefühl	15
II.	Das juristische Problem	16
III.	Gang der Darstellung	18
B.	Der Untersuchungsgegenstand: People-Analytics-Anwendungen im Personalwesen	20
I.	Die Innovation Big Data	20
II.	Anwendungsformen im Personalwesen	22
1.	Fortgeschrittene Datenverarbeitung: People-Analytics	22
a)	Die Metaebene der Daten	26
b)	Unsichtbares sichtbar machen	27
c)	Künstlich generiertes Wissen	28
d)	Fazit: Evidenzbasierte Entscheidungsgrundlage durch People-Analytics	28
2.	Beispiele für Profiling-Quellen im Betrieb	29
a)	Wearable Computing	29
b)	Computerüberwachung	31
c)	Cyber-Physical Systems (CPS)	32
d)	Sprach- und Stimmungsanalyse	33
e)	Kooperationssysteme und soziale Graphen	34
f)	Digitale Personalakte und ERP-Systeme	36
3.	Exemplarische Anwendungsfelder der Arbeit	37
a)	Recruiting („find“)	37
b)	Mitarbeiterförderung („grow“)	39
c)	Mitarbeiterbindung („keep“)	41
d)	Fazit: Innovation durch Beschreibung, Diagnose und Prognose	42
C.	People-Analytics und das Datenschutzrecht	44
I.	Schutzzweck und Schutzrichtung des Datenschutzrechts	44
1.	Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung	44

Inhaltsverzeichnis

2. Private als Pflichtenträger des Datenschutzrechts – Besonderheiten durch mittelbare Drittwirkung	48
3. Zusammenfassung	49
II. Das Regelungskonzept: Verbotsgesetz mit Erlaubnisvorbehalt	50
1. Verbotprinzip oder bloßer Gesetzesvorbehalt?	50
2. Die Erlaubnistatbestände zur Beschäftigtendatenverarbeitung und ihre Relevanz für People-Analytics	51
a) Die Einwilligung des Mitarbeiters	51
aa) Grundlegendes	51
bb) Die Anwendungsreichweite der Einwilligung vor dem Hintergrund der Freiwilligkeit	53
cc) Die Relevanz der Einwilligung für People-Analytics	55
b) Gesetzliche Erlaubnistatbestände	57
aa) § 26 BDSG	57
(i) Systematik und Auslegung der Vorschrift	57
(ii) Relevanz für People-Analytics	59
bb) Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO	61
c) Kollektivvereinbarung	62
d) Sonstige Rechtsquellen mit Bezug zum Beschäftigtendatenschutz	63
3. Keine spezifische Regelungsgrundlage für People-Analytics	64
III. Personenbezug bei People-Analytics – Anwendungsformen „außerhalb“ der DS-GVO denkbar?	65
1. Die tatbestandliche Systematik des Personenbezugs	66
a) Überblick	66
b) Personenbezogener Verarbeitungszusammenhang	67
c) Identifiziertheit und Identifizierbarkeit einer Person	68
aa) Wahrscheinlichkeit der Identifizierung	70
bb) Absoluter und relativer Ansatz	71
cc) EuGH: Dynamische IP-Adressen (Breyer-Urteil)	73
2. Möglichkeiten der Anonymisierung	75
a) Generalisierung	76
aa) Datenaggregation und Personenmehrheiten	76
bb) Risiken	77
b) Randomisierung	78
aa) Einzelne Methoden	79
bb) Risiken	80

3. Pseudonymisierung	81
a) Voraussetzungen der Pseudonymisierung	81
b) Pseudonymisierung und Personenbezug	82
aa) Anonymisierende Wirkung der Pseudonymisierung	83
bb) Die herrschende Auffassung	84
c) Risikominimierung durch Pseudonymisierung	85
4. Rechtspflicht zu Anonymisierung und Pseudonymisierung – Datenminimierungsgrundsatz	86
5. Lösungsansätze für People-Analytics im Personalwesen	87
a) Personenbezug bei „find“	88
b) Personenbezug bei „grow“	89
c) Personenbezug bei „keep“	90
aa) Verschiedene Aggregationslevels	90
bb) Informationelle Gewaltenteilung	92
6. Fazit	93
IV. Die datenschutzrechtliche Abwägung zwischen informationeller Selbstbestimmung und dem Informationsinteresse des Arbeitgebers	94
1. Einordnung in die Systematik des Datenschutzrechts	94
2. Das Fragerecht des Arbeitgebers als Abwägungsmaßstab?	95
3. Das Informationsbeschaffungsrecht des Arbeitgebers und dessen Grenzen bei People-Analytics	97
a) Analysen im Recruiting („find“)	97
aa) Matching-Algorithmen	97
bb) Persönlichkeitsanalysen	99
(i) Geeignetheit und Erforderlichkeit	99
(ii) Fragerecht als Maßstab des berechtigten Interesses	100
(iii) Sphärentheorie als zusätzlicher Maßstab	101
(iv) Zusammenfassung: Verbot von Persönlichkeitsausleuchtung	102
b) Analysen zur Mitarbeiterförderung („grow“)	103
aa) Leistungsmessung als Grundlage für Lernhilfen („up- oder reskilling“)	104
(i) Keine unzutreffenden Leistungswerte	104
(ii) Keine Totalüberwachung	105
bb) Verhaltensmessung	107
c) Analysen zur Fluktuationsreduktion („keep“)	108

Inhaltsverzeichnis

4. Lösungsansätze für People-Analytics	109
a) Zeitliche und sachliche Begrenzung der Analyse	109
b) Die Verhältnismäßigkeit in Abhängigkeit vom Identifizierungsgrad	110
c) Auftragsverarbeiter als „Datenschutzfilter“: Informationelle Gewaltenteilung	111
aa) Bereich „find“	111
bb) Bereiche „grow“ und „keep“	111
V. „Variety“ vs. Zweckbindungsgrundsatz	112
1. Das Problem bei Big-Data und People-Analytics	112
a) Data-Warehouses	114
b) Zielgerichtete Analysen (People-Analytics)	115
c) Missbrauchsgefahren durch zweckfremde Weiterverwendung der Analyseergebnisse	115
2. Historie des Zweckbindungsgrundsatzes und Ausprägung in der DS-GVO	116
3. Von der Zweckbindung zur Zweckbegrenzung	118
4. Kein Grundsatz der Direkterhebung mehr	119
5. Die Zweckfestlegung	121
a) Der erforderliche Konkretisierungsgrad	122
aa) Die Zweckreichweite im Detail	123
bb) Obergrenze durch risikobasierten Ansatz	125
cc) Erlaubte Anzahl definierter Zwecke	126
b) Fazit: Transparenz und Begrenzung	127
6. Die zweckändernde Weiterverarbeitung	128
a) Der Kompatibilitätstest als zusätzliche Rechtmäßigkeitsvoraussetzung	128
b) Kompatibilitätsvermutung bei Weiterverarbeitung zu statistischen Zwecken	130
c) Die Voraussetzungen des Kompatibilitätstests	130
aa) Zweckvergleich und Erhebungszusammenhang (lit. a und b)	131
bb) Art der Daten und Folgen der Weiterverarbeitung (lit. c und d)	132
cc) Schutzgarantien (lit. e)	132
7. Die zweckwidrige Weiterverarbeitung	134

8. Konsequenzen für Big-Data und Smart-Data im Personalwesen	135
a) Unstrukturierte Sammlung und Verarbeitung im Data-Warehouse	136
aa) Keine eindeutige Zweckdefinition möglich	136
bb) Änderung der Ersterhebungszwecke	137
cc) Anonymisierung	138
b) Smart-Data im Recruiting („find“)	139
aa) Keine Speicherung auf Vorrat bei People-Analytics	139
bb) Zweckfestlegung beim Zugriff auf Bewerberdaten	139
cc) Zweckändernde Verwendung von Mitarbeitervergleichsdaten	141
c) Mitarbeiterbindung und -förderung („keep“ und „grow“)	143
aa) Mitarbeiterbefragungen	143
bb) Personalakte und ERP-Systeme	144
d) Zweckbindung gegen missbräuchliche Weiterverwendung von Analyseergebnissen	145
VI. Transparente Datenverarbeitung bei People-Analytics	146
1. Grundlegendes zur Transparenzpflicht	146
2. Einsichtsrecht in Entscheidungsalgorithmen?	147
a) Anwendungsbereich der speziellen Informations- und Auskunftspflicht bei People-Analytics	148
b) Statistische Verfahren und neuronale Netze	150
c) Kollision mit Geschäftsgeheimnissen	151
3. Transparenz bei zweckändernder Weiterverarbeitung	153
VII. „Algorithmische Autorität“ und das Verbot automatisierter Entscheidungen einschließlich Profiling, Art. 22 DS-GVO	155
1. Abstraktes Verbot oder individueller Anspruch?	156
2. Automatisierte Entscheidung mit rechtlicher Wirkung oder ähnlicher erheblicher Beeinträchtigung	157
a) Automatisierte Datenverarbeitung und automatisierte Entscheidung	157
b) Interne Entscheidungshilfen und Entscheidungen mit Außenwirkung	158
c) Sonderfall Profiling?	159
aa) Allgemeines zum Profiling	159
bb) People-Analytics und Profiling	161

Inhaltsverzeichnis

d) Rechtliche Wirkung oder ähnliche erhebliche Beeinträchtigung	163
aa) Rechtliche Wirkung	163
bb) Ähnliche erhebliche Beeinträchtigung	164
3. Ausnahmen vom Verbot	166
a) Für den Abschluss oder die Erfüllung eines Vertrags erforderlich	166
b) Erlaubnis durch nationale Rechtsvorschrift	168
c) Einwilligung des Betroffenen	169
4. Recht auf Entscheidungsrichtigkeit?	170
5. Konsequenzen und Handlungsempfehlungen für People-Analytics	173
a) Automatisierte Ablehnungsentscheidungen nur bei Nichterfüllung vordefinierter Tatsachen ohne Bewertungsspielraum	174
b) Menschliche Entscheidungsinstanz und Entscheidungsdiversität bei Wertungsfragen	175
c) Freiwillige Einwilligung nur bei optionaler Teilnahme	176
d) Beschränkung auf „Tatsachen-Output“	177
D. Verarbeitungsmanagement durch Betriebsvereinbarung	179
I. Die Betriebsvereinbarung als datenschutzrechtlicher Erlaubnistatbestand	179
1. Informationelle Selbstbestimmung durch Kollektivvertrag?	179
2. Inhaltliche Anforderungen	181
a) Anforderungen des Art. 88 Abs. 2 DS-GVO	181
b) Verarbeitungsgrundsätze nach Art. 5 Abs. 1 DS-GVO	182
c) Regelungen zur Transparenz	182
II. Beteiligung des Betriebsrates	183
1. Die Rechtsstellung des Betriebsrates im Datenschutzkontext	183
2. Mitbestimmungsrechte bei People-Analytics	186
a) § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG	186
aa) Datenverarbeitung gleich Überwachung?	186
bb) Erfordernis einer programmgemäßen Verhaltens- oder Leistungsüberwachung	187
cc) Leistungs- und Verhaltensdaten von Arbeitnehmergruppen	189

dd)	Konsequenzen für People-Analytics	190
(i)	Überwachung bei People-Analytics objektiv angelegt?	190
(ii)	Anpassungszwänge bei Gruppenanalysen	192
(iii)	Mitbestimmung auch bei informationeller Gewaltenteilung	194
(iv)	Mitbestimmungsrecht bereits in Testphasen?	194
b)	Auswahlrichtlinien, § 95 BetrVG	195
aa)	Auswahlrichtlinien in Form von Algorithmen	196
bb)	Einsichtsrecht in Algorithmen	197
cc)	Anwendungsbereich nicht deckungsgleich mit § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG	198
c)	Personalfragebögen und Beurteilungsgrundsätze, § 94 BetrVG	199
III.	Umsetzung konzernweiter People-Analytics	200
IV.	Mustervorschlag für ein Verarbeitungsmanagement durch Betriebsvereinbarung	201
1.	People-Analytics-Betriebsvereinbarung (Konzernbetriebsvereinbarung)	202
2.	Anlagen	209
E.	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	211
I.	Evidenz im Personalmanagement durch People-Analytics	211
II.	Datenschutzrechtliche Erlaubnisgrundlage	211
III.	Zweckbindung	212
IV.	Datenminimierung	213
V.	Effektiver Persönlichkeitsrechtsschutz	214
VI.	Vertragliche Umsetzung der informationellen Gewaltenteilung	215
VII.	Transparenz	215
VIII.	Menschliche Entscheidungshoheit und Entscheidungsvalidität	216
IX.	Betriebliche Mitbestimmung	217
	Literaturverzeichnis	219

