

G. Zusammenfassung und Thesen

§ 1 Zusammenfassung der wesentlichen Untersuchungsergebnisse

Die vorliegende Untersuchung zeigt, dass sich die aufgezeigten Problemstellungen immer wieder auf dieselbe Frage zurückführen lassen: Überwiegen die Interessen des Arbeitgebers an der Datenverarbeitung jene des Arbeitnehmers, nicht überwacht zu werden bzw. seine Daten für sich zu behalten?

Hierbei ist gleichgültig, in welchem rechtlichen Tatbestand die Prüfung erfolgt: Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO, § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG oder § 75 Abs. 2 BetrVG. In allen Fällen steht das berechnete Interesse des Arbeitgebers an der Datenverarbeitung im Mittelpunkt. Dies gilt unabhängig davon, ob europäische Grundrechte, wie bei der Prüfung von Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO und § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG abgewogen werden müssen oder (ergänzungsweise) nationale im Rahmen von § 75 Abs. 2 BetrVG.

In datenschutzrechtlicher Hinsicht wird dies am Kriterium der Erforderlichkeit festgemacht, welches genau diese beschriebene Interessensabwägung statuiert. Der Datenverarbeiter hat jedoch keinen eigenen Einschätzungsspielraum und das Kriterium ist sehr vage bestimmt. Es bestehen – nicht zuletzt aufgrund der hohen Bußgeldandrohungen in Art. 83 DSGVO – hohe Unsicherheiten bei der Anwendung dieser unbestimmten Legitimationsgrundlagen.

Die untersuchten People Analytics sind von diesem Problem besonders betroffen: Einerseits ist noch nicht abschließend geklärt, wie weit die DSGVO im Bereich des Beschäftigtendatenschutzes Regelungsspielräume für nationale Regelungen und Kollektivvereinbarungen eröffnet¹⁵³¹, andererseits verhält sich auch das neue Datenschutzrecht im normativen Teil in keiner Weise zu aktuellen Techniken wie Big Data oder künstliche Intelligenz. Auch das Profiling hat in Art. 4 Nr. 4 der Datenschutzgrundverordnung lediglich eine Legaldefinition erhalten; eine konkrete Regelung dieser Technik ist – abseits von Nebenpflichten – jedoch nicht erfolgt. Zu Recht wird die neue Verordnung daher als defizitär bezeichnet und dem Gesetzgeber vorgeworfen, dass er das Prinzip der Technikneutralität

1531 *Dammann*, ZD 2016, 307 (310) bezeichnet die Regelung des Art. 88 DSGVO als konturlos.

missverstanden und hierdurch eine Risikoneutralität geschaffen hat.¹⁵³² Die spezifischen Risiken der neuen Technologien werden in der DSGVO schlicht nicht adressiert.

Fatal wäre es, solche Techniken pauschal als unzulässig bzw. nicht erforderlich für die Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses oder die Wahrnehmung berechtigter Interessen zu betrachten.¹⁵³³ Dies verhindert nicht nur technologischen Fortschritt, sondern wird auch den berechtigten Interessen der Parteien im Einzelfall nicht gerecht.

Insbesondere im Bereich der Simple People Analytics, also in jenem Bereich, wo nur einfache mathematische und statistische Verfahren eingesetzt werden, bestehen datenschutzrechtlich kaum Bedenken, diese Weiterverarbeitung von Arbeitnehmerdaten für Auswertungen als „erforderlich für die Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses“ anzusehen.

Im Bereich der Advanced People Analytics hingegen muss besonders darauf geachtet werden, dass durch die aktive Datenerhebung kein unzulässiger Überwachungs- und Anpassungsdruck erzeugt wird und die Verarbeitung transparent gestaltet wird. Die zweckverändernde Datenverarbeitung personenbezogener Daten ist nur bei Anonymisierung der Daten zulässig, andernfalls muss bereits bei Erhebung der Daten der Zweck entsprechend weit festgelegt werden.

Werden diese Voraussetzungen eingehalten, können People Analytics in aller Regel rechtskonform ausgestaltet werden. Aufgrund einer vorhandenen Einschätzungsprärogative und der aus betriebsverfassungsrechtlichen Gründen ohnehin vorhandenen Notwendigkeit einer innerbetrieblichen Regelung, ist es geboten eine die Datenverarbeitung legitimierende Betriebsvereinbarung über People Analytics abzuschließen.

§ 2 Kernthesen

Die Ergebnisse dieser Untersuchung sowie die vorgestellten Lösungsansätze zum rechtskonformen Einsatz von People Analytics im Betrieb bzw. Unternehmen lassen sich anhand folgender Kernthesen zusammenfassen:

1532 *Rofsnagel*, DuD 2017, 290.

1533 So aber beispielsweise BeckOK DatenSR/*Riesenhuber*, § 26 BDSG Rn. 118.3: nur auf Basis einer Einwilligung möglich; für den Enterprise Social Graph *Gola*, in: *Gola/Heckmann*, BDSG, § 26 BDSG Rn. 81.

I. People Analytics-Verfahren für das konkrete Arbeitsverhältnis können auf § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG gestützt werden; bei allgemeinen Analysen findet Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO Anwendung.

Sofern die Daten, die durch People Analytics generiert werden, der Entscheidung über oder Durchführung des konkreten Beschäftigungsverhältnisses dienen, ist § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG die einschlägige Legitimationsgrundlage. Werden personenbezogene Daten von Bewerbern oder Arbeitnehmern für andere betriebliche Zwecke genutzt, ist Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO einschlägig.

Beiden Normen ist gemein, dass sie eine Verhältnismäßigkeitsprüfung, verbunden mit einer Interessensabwägung im Einzelfall erfordern. Sofern durch Analyse-Verfahren kein unzulässiger Überwachungs- und Anpassungsdruck erzeugt wird (etwa durch eine lückenlose Überwachung der Primärleistungspflicht oder des gesamten Verhaltens des Arbeitnehmers), sind diese in der Regel zulässig.

Eine Ausnahme gilt nur, wenn die Ergebnisse ausschließlich dem Arbeitnehmer zur Verfügung gestellt werden sollen, der Arbeitgeber aber keinen Einblick erhält. In diesem Fall muss auf die Einwilligung nach § 26 Abs. 2 BDSG zurückgegriffen werden.

II. Profiling- und Scoring-Techniken sind unter den allgemeinen Voraussetzungen der Datenverarbeitung zulässige Mittel zur Verarbeitung personenbezogener Daten.

Der Begriff des *Profiling*s wird in Art. 4 Nr. 4 DSGVO definiert. Vermissen lässt sich jedoch eine konkrete Regelung für die Zulässigkeit dieser Verfahrensart. Die Datenschutz-Grundverordnung knüpft hieran lediglich weitere Folgen (wie beispielsweise die Verpflichtung zur Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung) und Rechte (erweiterte Informationsrechte sowie ein Widerspruchsrecht). Die Formulierung des Art. 22 Abs. 1 DSGVO ist missglückt. Zurückzuführen ist dies auf die kontroversen Auffassungen von Kommission und Europäischem Parlament. Letztlich unterliegen Profiling-Technologien den allgemeinen Verarbeitungsvoraussetzungen nach Art. 6 DSGVO bzw. § 26 Abs. 1 BDSG im Bereich des Beschäftigtendatenschutzes, wobei die höhere Eingriffsintensität durch solche Verfahren im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen ist. Der Begriff des *Scoring*s hingegen ist ein rein nationaler Begriff, den der deutsche Gesetzgeber in § 31 BDSG näher definiert. Trotz Unionsrechtswidrigkeit der nationalen Regelung sind die dort statuierten Grundsätze für

diese Technik einzuhalten, da sie bereits durch die Datenschutzgrundverordnung vorgegeben werden. Eine (grundsätzlich) verbotene automatisierte Entscheidung nach Art. 22 Abs. 1 DSGVO liegt aber vor, wenn nur noch auf Basis der durch Profiling oder Scoring erzeugten Ergebnisse entschieden wird.

III. Im Rahmen eines Arbeitnehmer-Scorings ist der Einsatz künstlicher Intelligenz zulässig.

Der Einsatz künstlicher Intelligenz bei der Verarbeitung personenbezogener Daten wird von einer Unbehaglichkeit begleitet. Denn die innere Logik eines solchen Systems stellt für den Menschen eine Art „Black Box“ dar und die enorme Anzahl der entscheidungsrelevanten Datenpunkte in einem neuronalen Netz ist für einen Menschen nicht mehr überblickbar.

Aus diesem Grund darf ein neuronales Netz auch nicht mit personenbezogenen Daten genährt werden. Zulässig bleibt es aber, mit Hilfe von anonymen Daten und künstlicher Intelligenz Faktoren und Gewichtungen für (Personal-)Entscheidungen zu untersuchen und hieraus eine transparente Formel zu schaffen, die bestimmte Eigenschaften von Bewerbern oder Arbeitnehmern mit bestimmten Faktoren gewichtet.

Das Scoring erfordert keine vollständige Transparenz der Entscheidungskriterien, sondern eine Basisrationalität und hierausfolgend grundsätzlich nachvollziehbare Entscheidungen. Wie bei menschlichen Entscheidungen kann einem solchen System aber nicht abverlangt werden, die Gewichtung jedes Faktors bis ins kleinste Detail für einen Menschen verständlich begründen zu müssen. Dies ist nicht Aufgabe des Datenschutzrechts. Ausreichend ist es daher, wenn beispielsweise feststeht, dass die Durchschnittsnote der Arbeitszeugnisse im Rahmen einer Bewerbung mit 23 % in die Gesamtbewertung einfließt, um eine ausreichende Transparenz zu gewährleisten. Dies ist bereits mehr als bei einer menschlichen Entscheidung, die „aus dem Bauch heraus“ gefällt wird, vorhanden ist.

IV. Nicht jede Profilerstellung im Arbeitsverhältnis ist eine gesondert legitimationsbedürftige Profiling-Maßnahme.

Profiling erfordert eine Bewertung persönlicher Merkmale eines Betroffenen durch automatisierte Verfahren. Dies liegt mangels automatisierter Bewertung bei der Sammlung und Zusammenführung von Arbeitnehmerdaten in einer digitalen Personalakte noch nicht vor. Dies gilt selbst dann, wenn durch diese Art der Speicherung Filterungen, Sortierungen und

Suchen oder gar Trendanalysen mit Hilfe der linearen Regression möglich sind.

Ebenso handelt es sich nicht um eine Profiling-Maßnahme, wenn in einem Assessment-Center Daten über einen Arbeitnehmer erhoben werden, die nicht von einem Computer verarbeitet und bewertet werden, sondern von einem Psychologen. In diesem Fall wird letztendlich die Bewertung des Menschen durch einen Menschen vorgenommen und der Computer stellt allenfalls ein Hilfsmittel zur Datenverarbeitung dar.

V. Automatisierte Entscheidungen auf Basis von People Analytics sind in vielen Fällen mangels rechtlicher Wirkung zulässig. Bei nachteiligen Folgen können solche in begrenzten Einzelfällen auf die Ausnahme von Art. 22 Abs. 2 lit. a DSGVO gestützt werden.

Art. 22 Abs. 1 DSGVO statuiert ein generelles Verbot automatisierter Einzelfallentscheidungen. Dies gilt allerdings nur insofern als dass hierdurch ein Nachteil für den Betroffenen entsteht. Von diesem Verbot macht Absatz 2 Ausnahmen, u.a. wenn dies für den Abschluss oder die Erfüllung eines Vertrags erforderlich ist. Diese Ausnahme statuiert eine Verhältnismäßigkeitsprüfung, wobei der Maßstab aufgrund des Ausnahmecharakters deutlich strenger ist als die Erforderlichkeit der Datenverarbeitung nach allgemeinen Grundsätzen. Eine automatisierte Entscheidung im Beschäftigungskontext ist demnach zulässig, wenn die vorhandenen Ressourcen nicht ausreichend sind, alle Vorschläge, die ein Bewertungssystem generiert, noch einzeln zu überprüfen. Dies kann bei Bewerberfluten oder Massentlassungen der Fall sein.

Außerhalb des Anwendungsbereiches des Verbots befinden sich mangels Entscheidung Vorgänge, die lediglich bereits zuvor festgelegte Entscheidungen, beispielsweise auf vertraglicher Basis, ausführen. Anwendungsfall wäre beispielsweise die Berechnung und Auszahlung einer umsatzabhängigen variablen Vergütung.

VI. Der Arbeitgeber unterliegt auch bei erlaubter Privatnutzung der betrieblichen IKT-Struktur nicht den strengen Vorgaben des Telekommunikationsrechts, wenn betriebsbezogene Daten verarbeitet werden.

Das Telekommunikationsrecht erfordert für seine Anwendbarkeit, dass der Arbeitgeber ein Diensteanbieter im Sinne des TKG ist. Aufgrund

des wettbewerbsrechtlichen Charakters des Gesetzes und dem mangelnden Entgeltcharakter einer solchen Dienstleistung für den Arbeitnehmer, ist dies zu verneinen. Dies gilt nur insofern als der Arbeitgeber keine am Markt typische Leistungen wie beispielsweise Hotspot-Dienste zur ausschließlichen Privatnutzung anbietet. Dienen die Netze vorwiegend betrieblichen Zwecken, dürfen die Verbindungsdaten unter allgemeinem Datenschutzrecht verarbeitet werden. Zur Sicherstellung der Grundrechte der Arbeitnehmer können technische Lösungen eingesetzt werden. Ein praktisches Beispiel wäre die Kennzeichnung von Nachrichten als „privat“, um diese vor arbeitgeberseitigen Zugriffen zu schützen. Gängige, auf dem Markt angebotene Kommunikationslösungen bieten diese Funktionalität bereits seit Jahren an.

VII. Der Einsatz eines Enterprise Social Graph und entsprechenden Dashboards zur Darstellung des innerbetrieblichen Netzwerks mit Hilfe von Echtzeitauswertungen kann datenschutzkonform ausgestaltet werden.

Dashboards dienen vordergründig zur Anzeige der durch People Analytics generierten Daten in menschlich lesbarer Form. Sie sind daher keine datenschutzrechtlich besonders zu beurteilende Analyseform. Maßgeblich ist allerdings auch hier, dass die Empfänger von personenbezogenen Daten, also die zugriffsberechtigten Personen, auf das erforderliche Minimum beschränkt werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn Echtzeitdaten wie beispielsweise beim Enterprise Social Graph oder der Auswertung von IT-Protokolldaten angezeigt werden sollen. Hier könnte bei einer zu großen Anzahl der Empfänger der Daten ein Überwachungsdruck statuiert werden, der die Verarbeitung unzulässig werden lässt. Für solche Auswertungen sollte, insbesondere, wenn Vorgesetzte einen Zugriff erhalten, auf eine Datenaggregation mit hinreichend anonymisierter Wirkung zurückgegriffen werden.

VIII. Die lockere Zweckbindung der Datenschutzgrundverordnung ermöglicht in breitem Maße eine zweckfremde Weiterverarbeitung personenbezogener Daten für People Analytics.

Die Zweckbindung ist der absolute Kern des Datenschutzrechts; am Verarbeitungszweck wird die Rechtmäßigkeit jeglicher Datenverarbeitung gemessen. Dennoch verfolgt die Datenschutzgrundverordnung nicht mehr den strengen Zweckbindungsgrundsatz des BDSG a.F., sondern erlaubt

auch zweckfremde Verarbeitungen, soweit sie mit dem ursprünglichen Zweck kompatibel sind.

Die in der Praxis wichtigste Regelung findet sich in Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO: Die sogenannte Statistik-Ausnahme legitimiert anonymisierte Big-Data-Auswertungen, auch im privaten Sektor mit kommerziellem Charakter, sofern das Ergebnis dieser keine personenbezogenen Daten sind. Für das Feld der People Analytics stehen damit weitgehende Analyse-Möglichkeiten offen. Mangels der Gefahr etwaiger Folgen ist auch der nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO zu legitimierende Vorgang der Anonymisierung datenschutzrechtlich ohne Weiteres zulässig.

Eine Zweckentfremdung von technischen Protokolldaten für personenbezogene Analytics ist jedoch nicht erlaubt; hier werden die Kriterien des Kompatibilitätstests nach Art. 6 Abs. 4 DSGVO nicht erfüllt und der Arbeitgeber muss die Daten bereits für den spezifischen Zweck der Analytics erheben.

IX. Die Betriebspartner können in einer Betriebsvereinbarung ein eigenständiges Datenschutzregime für das Anwendungsfeld der People Analytics statuieren.

Die Regelungsmöglichkeiten im Bereich des Beschäftigtendatenschutzes werden durch Art. 88 DSGVO festgelegt. Eine Vollharmonisierung in diesem Bereich findet durch die Datenschutzgrundverordnung nicht statt, vielmehr werden durch Art. 88 Abs. 2 DSGVO Mindeststandards festgelegt, die auch im Bereich des Beschäftigtendatenschutzes eingehalten werden müssen. Daraus darf aber nicht geschlossen werden, dass auf keinen Fall negative Abweichungen von den Regelungen der Verordnung stattfinden dürfen. Die Mitgliedsstaaten und Betriebspartner dürfen auf Basis von Art. 88 DSGVO ein eigenständiges Beschäftigtendatenschutzregime statuieren, das jedoch den Grundsätzen der DSGVO entsprechen muss. In diesem Sinne gehen nationale oder kollektivrechtliche Regelungen der DSGVO als *lex specialis* vor. Insbesondere für die Betriebspartner hat dies den Vorteil, dass ihnen insoweit (in den Grenzen des § 75 Abs. 2 BetrVG sowie Art. 88 Abs. 2 DSGVO) eine Einschätzungsprärogative darüber zusteht, inwiefern eine Datenverarbeitung erforderlich ist. Diese Möglichkeit der Regelung schafft für die Beteiligten Rechtssicherheit in einem Bereich, bei welchem die gesetzlichen Regelungen durch ihre Unterkomplexität und den hohen Bußgeldrisiken technologischen Fortschritt zu verhindern drohen.