

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

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

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

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



## A. Einführung

### I. Evidenz statt Bauchgefühl

Seit mehreren Jahren werden algorithmische Datenanalysen im Personalwesen unter den Stichworten People-Analytics, Workforce-Analytics oder Big-Data diskutiert.<sup>1</sup> Der Trend zur Datenauswertung mag aus der Erkenntnis herrühren, dass Daten einen Mehrwert enthalten, den die „Silicon-Valley-Plattformökonomie“ pioniermäßig für Kommunikations- und Werbezwecke erkannte. *The Economist* brachte das 2017 mit der Schlagzeile: „The world’s most valuable resource is no longer oil, but data“<sup>2</sup> treffend auf den Punkt. Ob ähnliche Wertschöpfungspotentiale auch in der Personalwirtschaft existieren, wird sich zeigen müssen. Anwendungsraum für die Datenwissenschaft bietet das Personalwesen aber allemal. Denn Human Resource ist geprägt von Politik, Emotionen, Mythen und Bauchgefühl.<sup>3</sup> Demgegenüber sind Zahlen, Scores, Prognosen und sonstige Daten von einer „Aura der Objektivität und Fairness“<sup>4</sup> umgeben – Attribute also, die Personalentscheidungen optimalerweise kennzeichnen sollten. An dieser Stelle setzen Anbieter von People-Analytics an, die mit ihren Produkten und Dienstleistungen eine evidenzbasierte Entscheidungshilfe in der Personalarbeit versprechen.<sup>5</sup> Führung soll weniger intuitiv aus dem Bauch, sondern mehr auf der Grundlage von Daten und Fakten erfolgen. Man verspricht sich eine Verbesserung der Entscheidungsqualität dadurch, dass Personalzusammenhänge durch Verarbeitung von Belegschaftsdaten sichtbar werden. Die datenbasierte Entscheidungsgrund-

---

1 S. etwa *Knaut* Personalmagazin 01/18, 52; *Maschmann* BB 2019, 628, 635; *Dzida/Groh* ArbRB 2018, 179 f.; *Holtbaus/Park/Stock-Homburg* DuD 2015, 676 f.; *Neufeld/Glugla* Markt&Technik Nr. 39/2018, 40 f.; *Niklas/Thurn*, BB 2017, 1589; *Beermann/Kersting* Personalmagazin 02/18, 10 f.; *Tolksdorf/Fritzsche/Biemann/Weckmüller* PERSONALquarterly 03/17, 6 f.

2 *The Economist Group Limited*, Regulating the internet giants – The world’s most valuable resource is no longer oil, but data, <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data> (Stand: 23.10.2019).

3 *Knaut* Personalmagazin 01/18, 52, 53.

4 *Mau*, Das metrische Wir, S. 51.

5 S. statt aller *Mühlbauer/Huff/Süß* in Werther/Bruckner (Hrsg.), Arbeit 4.0 aktiv gestalten, 107, 109.

lage soll die Intuition des Entscheidungsträgers aber nicht ersetzen, sondern nur ergänzen. People-Analytics deckt Ursache-Wirkungs-Zusammenhänge in Betrieb und Belegschaft und die dahinterstehenden Mechanismen auf, erklärt deren Hintergründe und liefert gar Prognosen für künftige Entwicklungen.<sup>6</sup> Die daraus gewonnenen Erkenntnisse können Personalabteilungen anschließend nutzen, um Personalmaßnahmen zielgerichteter einzusetzen und „Gießkanneneffekte“ zu vermeiden. Personalarbeit soll damit effizienter werden. Und auch die Qualität menschlicher Entscheidungen lasse sich verbessern, wenn sie durch Datenerkenntnisse untermauert werde.<sup>7</sup> Freilich ändert der Einsatz moderner Datentechnologien jedoch auch die Entscheidungskultur in Unternehmen. Ethisch ist dies kritisch zu betrachten:<sup>8</sup> Der Mensch darf seine eigene Urteilskraft nicht aufgeben. Auch drohen Vertrauensverluste gegenüber Entscheidungsträgern überall dort, wo algorithmische Entscheidungsprozesse nicht mehr nachvollziehbar sind. Und schließlich ist der betroffene Beschäftigte in seiner informationellen Selbstbestimmtheit und Privatheit zu schützen. Würde seine Teilnahme am Betriebsgeschehen in fachlicher wie sozialer Hinsicht auf eine simple Kennzahl oder einen Score reduziert, so würden Personalverantwortliche letztlich nicht mehr über Menschen, sondern Zahlen entscheiden. Der einzelne Beschäftigte würde zu einem Überwachungsobjekt degradiert werden.<sup>9</sup>

## II. Das juristische Problem

Das Recht muss Lösungen zu diesen Problemen finden. Juristisches Kernthema bei der Umsetzung von People-Analytics im Personalwesen ist das Datenschutzrecht. Dieses wurde unlängst durch die EU-Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) unionsrechtlich überformt. Sie kommt nach einer zweijährigen Übergangsfrist gem. Art. 99 Abs. 2 DS-GVO seit dem 25. Mai 2018 zur Anwendung. Schon in ihren Grundzügen (Art. 5 Abs. 1

---

6 *Reindl/Krügl*, People Analytics in der Praxis, 35 f; *Mühlbauer/Huff/Süß* in Werther/Bruckner (Hrsg.), Arbeit 4.0 aktiv gestalten, 107, 110; *Bunte/Krohn-Grimberghe* zfo 2015, 372, 373; vgl. auch *Heißner/Schaffer* CCZ 2018, 147 ff; *Rudkowski* NZA 2019, 72 f.

7 *Mühlbauer/Huff/Süß* in Werther/Bruckner (Hrsg.), Arbeit 4.0 aktiv gestalten, 107 f.

8 S. ausführlich zu ethischen Fragen beim Einsatz von Algorithmen *Datenethikkommission*, Gutachten 2019, S. 159 ff.

9 Eine derartige „Totalvermessung“ kollidiert letztlich mit der Menschenwürde, s. *Datenethikkommission*, Gutachten 2019, S. 14.



DS-GVO) wirft die neue Regelungsmaterie Fragen für People-Analytics-Anwender auf: Personenbezogene Daten sind zu minimieren (lit. c), die Zwecke, zu denen sie erhoben wurden, binden den Anwender (lit. b) und dieser ist außerdem zu einer transparenten Datenverarbeitung verpflichtet (lit. a). Algorithmen, die auf verschiedenartige und ständig wachsende Datenquellen zugreifen und von außen schwer nachvollziehbare Ergebnisse produzieren, scheinen daher schon mit diesen Grundprinzipien kaum vereinbar zu sein.<sup>10</sup> Und auch auf der im Speziellen anzuwendenden Regelungsebene – dem Beschäftigtendatenschutz – bedarf es der Klärung, wo für den Arbeitgeber Grenzen der Persönlichkeitsausleuchtung und Totalüberwachung seiner Mitarbeiter verlaufen.<sup>11</sup> Umgekehrt bestehen allerdings auch arbeitgeberseitig schützenswerte Interessenlagen. Die eigene Personalarbeit zu optimieren, ist als Art und Weise der Unternehmensführung und Organisation Teil der unternehmerischen Freiheit, Art. 16 GRCh.<sup>12</sup> Auch bei People-Analytics sind dabei die bislang gebräuchlichen Grundsätze zum Interessenausgleich im Beschäftigtendatenschutz anzuwenden. Diese erprobten Abwägungskriterien müssen jedoch auch ihrerseits auf den Prüfstand gestellt werden, da People-Analytics teils völlig neuartige und weitergehende Informationsmöglichkeiten über die eigene Belegschaft für den Arbeitgeber bietet. Darüber hinaus sieht die DS-GVO mit Art. 22 ein Verbot automatisierter Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling vor. Prima facie zeichnet sich im Datenschutzrecht also ein Regelungsbild ab, das mit weitläufigen, automatisierten und undurchsichtigen Datenanalysen kollidiert.

Daneben verpflichtet das Betriebsverfassungsrecht Arbeitgeber und Betriebsrat zum Persönlichkeitsschutz der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer, § 75 Abs. 2 BetrVG. Inwiefern People-Analytics betriebsverfassungsrechtliche Handlungspflichten auslöst und wie diese Vorschriften zu denen des Datenschutzrechts stehen, wird ebenfalls zu beleuchten sein.

Die Schwierigkeit der juristischen Beurteilung hat sich trotz des „neuen Datenschutzrechts“ nicht entschärft. Es existieren nach wie vor kaum Re-

---

10 Vgl. *Culik/Döpke* ZD 2017, 226 ff.; *Däubler* NZA 2017, 1481, 1487 f.; *Werkmeister/Brandt* CR 2016, 233 ff.; *Hornung* in Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Big Data – Regulative Herausforderungen*, S. 81 ff.; *Nebel* ZD 2018, 520 ff.; *Gola/Schulz*, Art. 6 Rn. 254 f.

11 *Maschmann* BB 2019, 628, 635; *Kort* RdA 2018, 24, 25; *Dzida* NZA 2017, 541, 545; *Däubler*, Gläserne Belegschaften, Rn. 35.

12 S. statt aller *Jarass*, Art. 16 Rn. 9; *Franzen/Gallner/Oetker/Schubert*, GRCh Art. 16 Rn. 9.

## A. Einführung

gelingen, die explizit an Algorithmentechnologien adressiert sind.<sup>13</sup> Die DS-GVO verfolgt stattdessen einen technologieneutralen Ansatz.<sup>14</sup> Dieser hat als „zweite Seite der Medaille“ allerdings einen generalklauselartigen Regelungsstil bei den einzelnen Vorschriften zur Folge. Differenzierte Techniklösungen erfordern jedoch ein differenzierendes Recht. Die juristische Aufgabe dieser Arbeit ist es somit, eine trennscharfe datenschutzrechtliche Beurteilung zu erarbeiten, die den Eigenheiten und der technologischen Vielfalt von People-Analytics gerecht wird. Wegen der teils konturlos wirkenden Regelungsmaterie bestehen ferner Unsicherheiten in der Rechtsanwendung. Auch diese gilt es zu bewältigen. Die herausgearbeiteten Differenzierungskriterien des Datenschutzrechts sollen deshalb anschließend dazu benutzt werden, um ein innerbetriebliches Regelungskonzept kraft Betriebsvereinbarung zu entwerfen. Die Betriebsvereinbarung soll dabei nicht Datenschutzrecht schaffen, sondern präzisieren und damit für die nötige Rechtssicherheit im betrieblichen Umgang mit People-Analytics sorgen.

## III. Gang der Darstellung

Die Darstellung beginnt mit einem empirischen Kapitel, in dem die untersuchte Technologie genau bestimmt und beschrieben wird. Dies geschieht im nachfolgenden Teil B. Der Leser soll zunächst ein Grundverständnis für algorithmische Datenanwendungen erlangen, die auf verschiedenartige Datenquellen zugreifen und diese miteinander verknüpfen können. Anschließend werden deren Einsatzmöglichkeiten im Personalwesen erörtert. Drei exemplarische Anwendungen dienen sodann als Beispiele für alle weiteren Themengebiete der Arbeit. An ihnen sollen Rechtsprobleme identifiziert und Lösungen entwickelt werden.

Teil C, der Hauptteil der Arbeit, setzt sich mit den als maßgeblich erachteten Problemen des Datenschutzrechts auseinander. Zu Beginn wird in Abschnitt I. der Schutzzweck des Datenschutzrechts thematisiert, der im Anschluss Grundlage der teleologischen Auslegung einschlägiger Vorschriften sein wird. Dem folgt in Abschnitt II. eine Darstellung der datenschutzrechtlichen Erlaubnistatbestände inklusive deren jeweiliger Relevanz für People-Analytics. Datenschutzrechtlicher Erlaubnisgrundlagen

---

13 Kritisch deshalb Gola/Schulz, Art. 6 Rn. 255; Veil, NVwZ 2018, 686, 693; Nebel, ZD 2018, 520, 524.

14 S. EG 15 DS-GVO.

bedarf es allerdings nur dann, wenn der Anwendungsbereich der DS-GVO eröffnet ist. Dies setzt die Verarbeitung personenbezogener Daten voraus, was mit Bezug auf People-Analytics in Abschnitt III. untersucht wird. In Abschnitt IV. geht es um die beschäftigendatenschutzrechtliche Interessenabwägung. Hierbei werden die grundsätzlichen Erlaubnisgrenzen von People-Analytics erarbeitet. Abschnitt V. hat mit der datenschutzrechtlichen Zweckbindung ein Grundproblem von People-Analytics zum Thema. Ähnlich brisant sind die Transparenzpflichten des Datenschutzrechts, Abschnitt VI. Zwei besonders neuralgische Problempunkte werden dabei herausgegriffen und diskutiert. Abschnitt VII. befasst sich schließlich mit dem Verbot automatisierter Entscheidungen einschließlich Profiling und dessen Auswirkungen auf People-Analytics.

In Teil D wird untersucht, ob und wie mittels Betriebsvereinbarung „Spielregeln“ zur datenschutzkonformen Umsetzung geschaffen werden können. Dazu muss zunächst in Abschnitt I. geprüft werden, ob die Betriebsvereinbarung überhaupt ein tauglicher datenschutzrechtlicher Erlaubnistatbestand sein kann und in welchem systematischen Verhältnis diese zum Datenschutzrecht steht. Fragen zur Rechtstellung des Betriebsrats einschließlich dessen Mitbestimmungsrechte bei People-Analytics-Projekten sind Gegenstand von Abschnitt II. Abschnitt III. zeigt Besonderheiten auf, die im Umgang mit konzernweiten People-Analytics zu beachten sind. Wie eine Betriebsvereinbarung in der Praxis ausgestaltet sein könnte, wird in Teil IV am Beispiel einer Fluktuationsanalyse aufgezeigt.

Schlussendlich sind in Teil E die wesentlichen Ergebnisse der Arbeit zusammengefasst aufgeführt.

## B. Der Untersuchungsgegenstand: People-Analytics-Anwendungen im Personalwesen

### I. Die Innovation Big Data

Die Begriffe People-Analytics und Big Data werden oft miteinander in Verbindung gebracht, vermischt oder gar verwechselt.<sup>15</sup> Ein gewisser Zusammenhang besteht jedoch zwischen ihnen: Einerseits stehen sie beide für moderne Datenanalysen, andererseits enthält Big Data gewisse Wesensmerkmale, die auch bei People-Analytics ausgeprägt sind, was im Folgenden näher beleuchtet wird.

„Zu Hause“ ist Big Data in sozialen Medien, Internethandel, Logistik, Warenbeständen, Kredit- und Versicherungswirtschaft oder auch Finanztransaktionen<sup>16</sup> – also in Gebieten, in denen enorm große Datenmengen vorherrschen, deren Beherrschbarkeit schon eine Rechenkapazitätsfrage ist. Big Data im engsten Sinne ist dabei zunächst die technische Infrastruktur, insbesondere Software und Server, die derartige Mengen erfassen kann.<sup>17</sup> Die eigentliche Innovation besteht aber darin, diese Datenmengen in ihrer Größe schnell und flexibel verknüpfen zu können.<sup>18</sup> Das auf *Laney* zurückgehende 3-V-Modell<sup>19</sup> („Volume“, „Velocity“, „Variety“) definiert also den Anspruch, der an die Big-Data Technologie gestellt wird. Datenverarbeitungssoftware soll in der Lage sein, das neue und weite Spektrum an Datensätzen erfassen zu können. Dies beinhaltet, in Abkehr von singulären Verarbeitungsvorgängen, die Verknüpfung unterschiedlichster Da-

---

15 Vgl. zur unterschiedlichen Terminologie etwa *Dzida* NZA 2017, 541 ff.; *Nebel* ZD 2018, 520 ff.; *Maschmann* BB 2019, 628, 635; *Dzida/Groh* ArbRB 2018, 179 f.; *Holt-haus/Park/Stock-Homburg* DuD 2015, 676 f.; *Neufeld/Glugla* Markt&Technik Nr. 39/2018, 40 f.; *Niklas/Thurn* BB 2017, 1589; *Beermann/Kersting* Personalmagazin 02/18, 10 f.; *Tolksdorf/Fritzsche/Biemann/Weckmüller* PERSONALquarterly 03/17, 6 f.; *Feld/Jost/Scheer* zfo 2015, S. 364.

16 Vgl. etwa *Obrtmann/Schwiering* NJW 2014, S. 2984; *Paal/Hennemann* NJW 2017, 1697; *Weichert* ZRP 2014, 168; *Hoffer/Lehr* NZKart 2019, 10, 11.

17 *Bunte/Krohn-Grimberghe* zfo 2015, 372.

18 Vgl. *Gola/Schulz*, Art. 6 Rn. 254; *Culik/Döpke* ZD 2017, 226, 227; *Hoeren/Silber/Holz-nagel/Hackenberg* T 16.7 Rn. 1.

19 *Laney*, 3D Data Management: Controlling Data Volume, Velocity, and Variety, <https://blogs.gartner.com/doug-laney/files/2012/01/ad949-3D-Data-Management-Controlling-Data-Volume-Velocity-and-Variety.pdf> (Stand: 25.10.2019).

tenformate und -quellen. Und dies nach Möglichkeit in Echtzeit. Zwischenzeitlich wurde das Modell um das Verlässlichkeitskriterium („Veracity“), welches auf IBM zurückgeht,<sup>20</sup> erweitert: Die Zuverlässigkeit und Stimmigkeit der zu verarbeitenden Daten sind maßgeblich für die Qualität des Verarbeitungsergebnisses. Auch das Verlässlichkeitskriterium ist also ein Wesensmerkmal von Big-Data Technologien, wenn diese valide Ergebnisse liefern sollen.<sup>21</sup>

Technisch gesehen besteht der Unterschied bei Big-Data zum bisherigen Umgang mit großen Datenmengen darin, dass die Verknüpfung aus verschiedenen Datenquellen nicht mehr nach dem sog. ETL-Prozess („extract, transform, load“) verläuft, sondern nunmehr nach dem ELT-Prozess („extract, load, transform“):<sup>22</sup> Beim ETL-Prozess war zunächst eine Anpassung der Daten aus verschiedenen Quellen an eine Zieldatenbank erforderlich. Erst dann konnten Analysetools auf vordefinierte Schnittstellen zugreifen, um die dort bereits transformierten, also strukturierten, Daten zu verarbeiten. Im ELT-Prozess hingegen bleiben Daten aus verschiedensten Quellen nach ihrer Extraktion und Ladung in die Zieldatenbank unstrukturiert. Die Transformation der Daten, die erforderlich ist, um Korrelationen zu anderen Daten aus anderen Quellen herzustellen, erfolgt erst beim Analysevorgang selbst, also bei konkretem Bedarf. Die hierdurch gewonnene Flexibilität in der Datenverarbeitung revolutionierte somit insbesondere die Verarbeitungsgeschwindigkeit und Verarbeitungsvielfalt bei großen Datenmengen.

Eine Annäherung an People-Analytics und das Personalwesen erfordert vor allem einen Blick auf den Nutzen, der sich aus der Verwendung von Big-Data-Analysen versprochen wird: Die Nutzziehung aus Datenansammlungen erfolgt durch Analyse. Im Wesentlichen kann unterschieden werden zwischen „Descriptive Analytics“, „Diagnostic Analytics“ und „Predictive Analytics“.<sup>23</sup> Deskriptive Analysen beschreiben Prozesse und visualisieren unter Umständen Vorgänge, die sonst ungesehen blieben; diagnostische Analysen gehen einen Schritt weiter und versuchen, die maßgeblichen Gründe für Ereignisse aufzudecken.<sup>24</sup> Der größte Sprung zwischen dem Inhalt der Rohdaten und der Erkenntnis aus der Analyse dürfte je-

---

20 Zikopoulos/deRoos/Parasuraman/Deutsch/Corrigan/Giles, *Harness the Power of Big Data*, S. 9.

21 Bunte/Krohn-Grimberghe zfo 2015, 372, 373.

22 Zum Folgenden Hoeren/Silber/Holznagel/*Hackenberg* T 16.7 Rn. 7.

23 Bunte/Krohn-Grimberghe zfo 2015, 372, 373; vgl. zu People-Analytics Mühlbauer/Huff/Süß in Werther/Bruckner (Hrsg.), *Arbeit 4.0 aktiv gestalten*, 107, 109 ff.

24 Bunte/Krohn-Grimberghe zfo 2015, 372, 373.

doch im Bereich der Prognose liegen. So meint Predictive Analytics die Vorhersage künftiger Ereignisse aufgrund analysierter Daten aus der Vergangenheit.<sup>25</sup>

## II. Anwendungsformen im Personalwesen

Auch wenn die Personalarbeit kein klassisches Feld gigantischer Datenmengen ist, sollte dennoch der zunehmende Umfang an Beschäftigtendaten gerade in größeren Betrieben nicht unterschätzt werden. Insbesondere aus Ortungs- und Zeiterfassungssystemen, ERP-Systemen, Daten des Fuhrparkmanagements, Daten aus der Nutzung mobiler Geräte oder auch solchen aus der Nutzung elektronischer Medien (Internet, E-Mail, soziale Netzwerke, Intranet, Telefon) etc. lässt sich ein voluminöser Beschäftigtendatenfundus erheben.<sup>26</sup>

Darüber hinaus ist die zu verarbeitende Datenmenge alleine nicht entscheidend für die Begriffsbestimmung Big-Data. Auch Datenverarbeitungsvorgänge wie etwa Scoring, Data-Mining oder Profiling, die auch bei kleineren Datenmengen Anwendung finden können, werden unter den Begriff Big-Data gefasst.<sup>27</sup> Das ist auch insofern richtig, als die eigentliche Innovation, neben der Brauchbarmachung riesiger Datenmengen auch in der Verknüpfungsvielfalt unterschiedlichster Datenformate bei hoher Verarbeitungsgeschwindigkeit besteht.

### 1. Fortgeschrittene Datenverarbeitung: People-Analytics

Im Bereich Human Resource werden Personalanalysen mit Big-Data-Charakter meist unter dem Begriff „People-Analytics“ diskutiert.<sup>28</sup> Darunter

---

25 *Kompenhans/Wermelt* BB 2018, 299, 302; *Mühlbauer/Huff/Süß* in Werther/Bruckner (Hrsg.), *Arbeit 4.0 aktiv gestalten*, 107, 112.

26 *Nebel* ZD 2018, 520, 521; *Niklas/Thurn* BB 2017, 1589 ff.; *Rubland* in Taeger (Hrsg.), *Tagungsband Herbstakademie 2014: Big Data & Co*, 89, 90.

27 Vgl. *Gola/Schulz*, Art. 6 Rn. 254; *Dzida* NZA 2017, S. 541, 542; *Kaiser/Kraus* zfo 2014, S. 379, 380.

28 Vgl. *Maschmann* BB 2019, 628, 635; *Dzida/Groh* ArbRB 2018, 179 f.; *Holthaus/Park/Stock-Homburg* DuD 2015, 676 f.; *Neufeld/Glugla* Markt&Technik Nr. 39/2018, 40 f.; *Niklas/Thurn* BB 2017, 1589; *Beermann/Kersting* Personalmagazin 02/18, 10 f.; *Tolksdorf/Fritzsche/Biemann/Weckmüller* PERSONALquarterly 03/17, 6 f.

versteht man „das systematische Auswerten und Nutzen von HR-Daten mit dem Zweck, betriebliche Probleme zu lösen und organisatorische Ziele zu erreichen“<sup>29</sup>.

Der „smarte“<sup>30</sup> Abgleich diverser Datenquellen macht dies möglich. Zum Einsatz kommen dabei fortgeschrittene Verfahren der Statistik und des maschinellen Lernens („künstliche Intelligenz“).<sup>31</sup> People-Analytics ist insgesamt eine Form angewandter Sozialwissenschaft, die mittels deskriptiver, visueller und statistischer Datenanalyse unbekannte Datenzusammenhänge, Muster und Trends in der Belegschaft ermittelt.<sup>32</sup> Denkbar sind Bewerberprofile, Arbeitnehmerprofile oder auch ganze Abteilungsprofile.<sup>33</sup> Hintergrund kann etwa sein, Gruppenhomogenität in der Belegschaft herstellen zu wollen. Mitarbeiterprofile sollen dabei Auskunft darüber geben, welche Verhaltensmuster und Identitätsmerkmale eine bestimmte Abteilung ausmachen. Ausgehend von dieser Information erfolgt dann die Auswahl einzelner Kandidaten bei einer Vielzahl von Bewerbern.<sup>34</sup> Auch bei der Leistungsbeurteilung lassen sich datenbasierte Erkenntnisse gewinnen: Analysiert man bei Mitarbeitern etwa Vertragsabschlusszahlen und stellt dann eine Korrelation zu Daten über krankheitsbedingte Ausfälle, Urlaubszeiten oder Feiertage her, so können wiederkehrende Trends, Regelmäßigkeiten und Tendenzen festgestellt werden,<sup>35</sup> wie etwa die Information, dass die Leistungsfähigkeit der Mitarbeiter generell kurz nach Urlauben in bestimmten Jahreszeiten hoch ist.<sup>36</sup> Dies kann folglich Grundlage für Entscheidungen in der strategischen Personalplanung sein.

---

29 *Beermann/Kersting* Personalmagazin 02/18, 10.

30 Daher auch häufig „Smart-Data“ genannt.

31 *Mühlbauer/Huff/Süß* in Werther/Bruckner (Hrsg.), Arbeit 4.0 aktiv gestalten, 107 ff.

32 *Marler/Boudreau* in Poole u.a. (Hrsg.), The International Journal of Human Resource, 3, 15; *Mühlbauer/Huff/Süß* in Werther/Bruckner (Hrsg.), Arbeit 4.0 aktiv gestalten, 107 ff; vgl. auch *Wedde*, CuA 5/2016, 14, 16.

33 *Dzida* NZA 2017, 541, 542; zu Bewegungsprofilen, *Krause*, BMAS Forschungsbericht 482: Digitalisierung und Beschäftigtendatenschutz, S. 10; *Däubler*, Gläserne Belegschaften, Rn. 323 m.w.N.; Persönlichkeitsprofile durch Exoskelettdaten, *Martini/Botta* NZA 2018, 625, 631.

34 *Bissels/Meyer-Michaelis/Schiller* DB 2016, 3042.

35 *Rubland* in Taeger (Hrsg.), Tagungsband Herbstakademie 2014: Big Data & Co, 89, 92.

36 *Rubland* in Taeger (Hrsg.), Tagungsband Herbstakademie 2014: Big Data & Co, 89, 92.