

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	25
A. Einleitung	33
B. Die Entwicklung des Personalmanagements	48
C. People Analytics	56
D. Rechtliche Rahmenbedingungen	87
E. Bewertung von People Analytics-Einsatzszenarien	217
F. Entwicklung einer Muster-Betriebsvereinbarung	425
G. Zusammenfassung und Thesen	468
Literaturverzeichnis	475
Rechtsprechungsverzeichnis	503
Anhang I: Genese des Art. 22 DSGVO	507
Anhang II: Muster-Betriebsvereinbarung konsolidiert	510

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	25
A. Einleitung	33
§ 1 Überblick	33
§ 2 Interessenskonflikt im Arbeitsverhältnis	37
I. Asymmetrische Informationsverteilung im Arbeitsverhältnis	38
1. Prinzipal-Agenten-Theorie	38
2. Adverse Selection	39
3. Moral Hazard	40
II. Die unterschiedlichen Interessen der Parteien	41
1. Das Informationsinteresse des Arbeitgebers	41
2. Das Geheimhaltungsinteresse des Arbeitnehmers	42
3. Technikspezifische Risiken	43
III. Datenschutz als Instrument zum Interessenausgleich	45
IV. Zwischenergebnis	46
B. Die Entwicklung des Personalmanagements	48
§ 1 Ursprünge des Personalmanagements	48
§ 2 Wandel des Personalmanagements über die Zeit	48
§ 3 Neue Chancen und Herausforderungen durch die Digitalisierung	51
I. Soziale Medien	51
II. Mobile Media	52
III. Cloud-Dienste	53
IV. „Internet of Things“ (IoT)	54
C. People Analytics	56
§ 1 Überblick, Einführung	56
§ 2 Verfahren und eingesetzte Techniken bei People Analytics	60
I. Überblick	60

II. Begriffsbestimmungen	61
1. Big Data	61
a) Allgemeine Definition	62
b) Die „vier Vs“: Volume, Variety, Velocity, Veracity/ Value	63
aa) Volume	63
bb) Variety	65
cc) Velocity	65
dd) Veracity/Value	66
c) Profilbildung durch Big Data und Scoring	67
2. Künstliche Intelligenz	69
a) Allgemeine Definition	70
b) Automation des Entscheidens	72
aa) Das 5-Stufen-Modell zur Automation des Entscheidens	72
bb) Veränderungspotential durch KI und Entscheidungsautomatisierung	74
III. Reifegrade der Arbeitnehmeranalyse	75
§ 3 Vor- und Nachteile bzw. Gefahren von People Analytics	77
I. Sicherere Prognosen / Erkennen bislang unbekannter Zusammenhänge	77
II. Nachvollziehbarkeit von Entscheidungen	78
III. Diskriminierungsfreie Entscheidungen	79
IV. Überwachung der Arbeitnehmer	81
V. Datensicherheit	82
§ 4 Mögliche Einsatzszenarien und Werkzeuge von People Analytics	82
I. Verringerung der Fluktuationsquote	82
II. Stimmungsbarometer	83
III. Kommunikationsdiagramme / Netzwerk-Analysen	83
IV. Gesundheitsförderung	84
V. Selbstkontrolle	84
VI. Spiele / Gamification	85
D. Rechtliche Rahmenbedingungen	87
§ 1 Datenschutzrecht	87
I. Anwendbarkeit des Datenschutzrechts	87
1. Sachlicher Anwendungsbereich (Art. 2 DSGVO)	87
a) Personenbezogene Daten	88
b) Verarbeitung personenbezogener Daten	89

c) Dateisystem	89
d) Zwischenergebnis	90
2. Räumlicher Anwendungsbereich (Art. 3 DSGVO)	90
3. Verhältnis zwischen der DSGVO und dem BDSG	91
4. Keine Anwendung bei nicht-personenbezogenen Daten	92
a) Begriff der Identifikation	94
b) Anonymisierung	95
c) Pseudonymisierung	96
aa) Risikomindernde Wirkung	96
bb) Keine anonymisierende Wirkung der Pseudonymisierung	97
(1) Relative Dimension der Identifizierbarkeit	97
(2) Kritik	98
(3) Lösungsvorschlag von Buchner	99
(4) Stellungnahme	100
d) Ermöglichende Wirkung und Privilegierungen	103
5. Zwischenergebnis	103
II. Legitimationsbedürftigkeit der Datenverarbeitung	104
III. Erlaubnistatbestände der DSGVO	105
1. Vorliegen mehrerer Erlaubnistatbestände	106
2. Die Erlaubnistatbestände im Einzelnen	109
a) Einwilligung	109
aa) Formelle Voraussetzungen	109
bb) Materielle Voraussetzungen	110
(1) Eindeutig bestätigende Handlung	111
(2) Freiwilligkeit	111
(3) In informierter Weise	113
(4) Für einen oder mehrere bestimmte Zwecke	113
b) Erforderlichkeit für die Erfüllung eines Vertrags	114
c) Erforderlichkeit für die Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung	116
d) Erforderlichkeit zum Schutz lebenswichtiger Interessen	116
e) Erforderlichkeit zur Wahrnehmung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse	117
f) Erforderlichkeit zur Wahrnehmung von berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder Dritten	117

IV. Beschäftigtendatenschutz	120
1. Öffnungsklausel der DSGVO für nationale Regelungen, Art. 88 DSGVO	120
a) Reichweite der Öffnungsklausel	121
aa) Regelungen in den Grenzen des Art. 88 Abs. 2 DSGVO möglich	121
bb) Keine Abweichung vom Schutzniveau der DSGVO möglich	123
cc) Festlegung eines Mindeststandards für den Beschäftigtendatenschutz	125
dd) Abweichung nach oben nur in einem bestimmten Rahmen möglich	126
b) Stellungnahme	128
aa) Wortlaut	128
bb) Systematik	129
cc) Telos	129
dd) Historie	131
ee) Primärrechtskonforme Auslegung	132
c) Ergebnis	134
2. Nationaler Erlaubnistatbestand für den Beschäftigtendatenschutz: § 26 BDSG	135
a) Der Begriff des Beschäftigten im Sinne des Datenschutzrechts	136
b) Erforderlichkeit der Datenverarbeitung gem. § 26 Abs. 1 BDSG	136
V. Sonderregelungen	140
1. Sensitive Daten (Art. 9 Abs. 1 DSGVO)	140
2. Erlaubnistatbestand der Kollektivvereinbarung (Art. 88 Abs. 1 Alt. 2 DSGVO)	142
3. Das grundsätzliche Verbot automatisierter Einzelfallentscheidungen (Art. 22 DSGVO)	144
a) Gesetzliches Verbot mit Erlaubnisvorbehalt	146
b) Kein Verbot von Profiling durch Art. 22 DSGVO	148
c) Voraussetzungen des Verbots	152
aa) Ausschließlich auf automatisierter Verarbeitung beruhende Entscheidung	152
bb) Rechtliche Wirkung oder ähnlich erhebliche Beeinträchtigung	156
(1) Rechtliche Wirkung	157
(2) Ähnlich erhebliche Beeinträchtigung	159

d) Ausnahmen	160
aa) Erforderlichkeit	161
bb) Unionale bzw. nationale Öffnungsklausel	164
cc) Ausdrückliche Einwilligung	166
e) Schutzmaßnahmen, Art. 22 Abs. 3 DSGVO	166
4. Art. 35 DSGVO: Pflicht zur	
Datenschutzfolgenabschätzung (DPIA) bei Profiling	168
§ 2 Betriebsverfassungsrecht	169
I. Anwendbarkeit des BetrVG	169
II. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats	171
1. Mitbestimmungsrechte aus § 87 Abs. 1 BetrVG	171
a) § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG: Mitbestimmung bei	
Fragen der Ordnung des Betriebs und des	
Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb	172
b) § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG: Einführung und	
Anwendung von technischen Einrichtungen, die	
dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung	
der Arbeitnehmer zu überwachen	174
aa) Definitionen: Technische Einrichtung /	
Überwachung	175
bb) Reichweite des Mitbestimmungsrechts:	
Überwachungseignung ausreichend	178
cc) Zeitpunkt der Mitbestimmung: Einführung	
und Anwendung der technischen Einrichtung	181
dd) Form der Mitbestimmung	182
ee) Grenzen des Mitbestimmungsrechts	183
c) § 87 Abs. 1 Nr. 10 und 11 BetrVG: Mitbestimmung	
bei Entlohnung und Entgelten	184
2. Mitbestimmungsrecht aus § 94 BetrVG:	
Personalfragebögen, Beurteilungsgrundsätze	186
a) Personalfragebögen	186
b) Allgemeine Beurteilungsgrundsätze	189
3. Mitbestimmungsrecht aus § 95 BetrVG:	
Auswahlrichtlinien	191
4. Unterrichts- und Beratungspflicht bei Maßnahmen	
der Personalplanung, § 92 Abs. 1 BetrVG	193
5. Unterrichts- und Beratungspflicht bei der Planung	
von technischen Anlagen, § 90 BetrVG	195

6. Unterrichts- und Beratungspflicht bei Betriebsänderungen nach § 111 BetrVG	196
a) Der Tatbestand des § 111 S. 3 Nr. 4 BetrVG	197
b) Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden (§ 111 S. 3 Nr. 5 BetrVG)?	198
III. Verpflichtung zum Schutz und zur Förderung des Persönlichkeitsrechts der Arbeitnehmer aus § 75 Abs. 2 BetrVG	200
IV. Allgemeine Unterrichtspflicht / Auskunftsbeghen des Betriebsrats, § 80 Abs. 2 BetrVG	200
V. Zwischenergebnis	201
§ 3 Telekommunikationsrecht / Medienrecht	202
I. Fernmeldegeheimnis, § 88 Abs. 2 TKG	202
1. Grundlagen / rein dienstliche Nutzung	202
2. Private Nutzung der Telekommunikationsdienste des Arbeitgebers erlaubt	204
a) Meinungsstand	204
b) Stellungnahme / Lösungsansatz	206
aa) Nutzung des dienstlichen E-Mail-Postfachs für private Zwecke	206
bb) Nutzung des Internetzugangs des Arbeitgebers für private Zwecke	208
(1) Getrennte Netzwerke bzw. gesondertes Netzwerk	208
(2) Betriebliches Netzwerk / einheitliches Netzwerk	209
cc) Nutzung des dienstlichen Telefons für private Zwecke	210
3. Zwischenergebnis	211
II. Schutz der Kommunikation durch das TMG	212
§ 4 Zwischenergebnis	214

E. Bewertung von People Analytics-Einsatzszenarien	217
§ 1 People Analytics als Grundlage bzw. Unterstützung für Personalentscheidungen	218
I. Grundsatz der Zweckbindung von personenbezogenen Daten	218
1. Spezifität der Zweckbestimmung nach Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO	219
a) Zweckbestimmung im Rahmen der Einwilligung / einer Kollektivvereinbarung	221
b) § 26 BDSG: Verarbeitung zum Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses	222
aa) Erforderlichkeit für die Entscheidung über die Begründung des Beschäftigungsverhältnisses	223
bb) Erforderlichkeit für die Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses	227
cc) Erforderlichkeit für die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses	229
dd) Zwischenergebnis	230
2. Vereinbarkeit des weitergehenden Verarbeitungszwecks mit dem ursprünglichen Zweck (Art. 6 Abs. 4 DSGVO)	230
a) Notwendigkeit einer Rechtsgrundlage für die Weiterverarbeitung	231
b) Grundlegendes	235
c) Vermutung der Zweckvereinbarkeit für (anonymisierte) People-Analytics	235
d) Kriterien des Kompatibilitätstests	239
aa) Verbindung zwischen den Zwecken der Erhebung und der Weiterverarbeitung (lit. a)	240
bb) Zusammenhang, in welchem die Daten erhoben wurden (lit. b)	241
cc) Art der personenbezogenen Daten (lit. c)	242
dd) Möglichen Folgen der beabsichtigten Weiterverarbeitung für die betroffenen Personen (lit. d)	243
ee) Vorhandensein geeigneter Garantien (lit. e)	245
3. § 24 BDSG: Nationale Regelung zur Zweckänderung	247
4. Zwischenergebnis	248
II. People Analytics als Profiling im Sinne von Art. 4 Nr. 4 DSGVO	249
1. Grundlagen	249

2. Die zwei bzw. drei Stufen des Profilings	250
3. Notwendige Unterscheidung: Profilbildung vs. Profiling	252
a) Automatisierte Verarbeitung erforderlich	252
b) Merkmal: Persönliche Aspekte	253
c) Verarbeitungsinhalt: Verarbeitung zum Zwecke der Bewertung	253
4. Profiling im Arbeitsverhältnis	254
III. Maßstab zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit: § 26 BDSG, ggf. Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO	256
1. Simple People Analytics	256
a) Einwilligung	258
aa) Einwilligung zum Zwecke der Anonymisierung	258
bb) Einwilligung für personenbezogene Analytics (ohne Profiling)	260
b) Erforderlichkeit: Interessensabwägung	261
aa) Erforderlichkeit der Anonymisierung	262
bb) Erforderlichkeit der Nutzung personenbezogener Daten für Analytics	264
(1) Nutzung nicht-sensitiver Daten für SPA	264
(2) Nutzung sensibler Daten für SPA	265
c) Möglichkeit des Abschlusses einer Betriebsvereinbarung	268
aa) Einhaltung der Datenschutzgrundsätze erforderlich	269
bb) Erfasster Personenkreis geringer als nach § 26 Abs. 8 BDSG	269
cc) Möglicher Inhalt der Betriebsvereinbarung	270
d) Zwischenergebnis	271
2. Fortgeschrittene People Analytics	273
a) Die Datengrundlage bei fortgeschrittenen People Analytics	274
aa) Stark erweiterte Datenbasis durch Digitalisierung der Arbeitswelt (Arbeit 4.0)	274
bb) Zulässigkeit der Erhebung von IT-Nutzungs- und -Sensordaten	275
(1) Privacy by Design und Privacy by Default	276
(2) Maßstab der Beurteilung der Rechtmäßigkeit: § 26 Abs. 1 BDSG und/oder Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO	277

cc) Erhebung von IT-Nutzungs- und Sensordaten für Analyticszwecke	279
(1) Log-Daten von IT-Systemen	279
(2) Spezifische Datenerhebung für People Analytics	281
(3) Sensordaten von Wearables	283
(4) Abwägungsmaßstab	286
(a) Belastungsstatistik-Entscheidung des BAG v. 25.04.2017	287
(b) Bewertung	291
b) Die Nutzung von IT-Daten für Advanced People Analytics	294
aa) Kompatibilitätstest nach Art. 6 Abs. 4 DSGVO	294
(1) Kriterien der Zweckvereinbarkeit	295
(2) Vertragliches Verarbeitungsverbot als geeignete Garantie zur Herstellung von Zweckkompatibilität?	296
(3) Keine Zweckkompatibilität von IT-Systemdaten mit People Analytics	298
bb) Zulässigkeit der Nutzung von IT-Daten für Advanced People Analytics	299
(1) Legitimation für den Vorgang der Anonymisierung erforderlich	300
(2) Besonderheiten bei der Nutzung von TK- und Standortdaten	300
c) Profiling und Scoring im Rahmen von Advanced People Analytics	303
aa) Zweckbestimmung der Daten	304
(1) Spezifität der Zweckbestimmung	304
(2) Kompatibilitätstest nach Art. 6 Abs. 4 DSGVO	305
bb) Rechtliche Vorgaben für das Profiling: Anwendbarkeit des § 31 Abs. 1 BDSG	306
(1) Europarechtswidrigkeit der Vorschrift	307
(2) Regelungsgehalt des § 31 Abs. 1 BDSG	310
(3) Vergleich mit den Vorgaben der DSGVO	313
(4) Zwischenergebnis	315
cc) Einsatz künstlicher Intelligenz möglich?	316

dd) Legitimation des Profilings im Rahmen von Advanced People Analytics	318
(1) Legitimation des Profilings durch eine Einwilligung des Arbeitnehmers	318
(2) Erforderlichkeit nach § 26 Abs. 1 BDSG	319
(a) Scoring von Bewerbern	321
(b) Scoring der Arbeitsleistung	327
(c) Scoring des betrieblichen Verhaltens (z.B. Kommunikationsverhalten)	330
(d) Scoring von Gesundheitsdaten	334
(e) Zwischenergebnis	336
(3) Legitimation durch eine Betriebsvereinbarung	337
3. Zwischenergebnis	341
IV. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats	343
1. Simple People Analytics	343
2. Advanced People Analytics	345
V. Zusammenfassung	347
§ 2 Automatisierte Entscheidungen auf Basis von People Analytics	349
I. Bewerbermanagement	349
1. Vorauswahl und automatische Absage an ungeeignete Bewerber	351
a) Datenschutzrechtlicher Rahmen	351
b) Betriebsverfassungsrechtlicher Kontext	355
c) Ergebnis	357
2. Ranking und automatische Bestenvorauswahl	359
a) Datenschutzrechtlicher Rahmen	359
aa) Anforderungen an das Bewerberscoring	359
bb) Anforderungen an die automatische Auswahlentscheidung	360
b) Betriebsverfassungsrechtlicher Kontext	361
c) Ergebnis	362
3. Vollständig automatisiertes Einstellungsmanagement	362
II. Laufendes Beschäftigungsverhältnis	363
a) Gehaltsveränderungen / Festlegung variabler Lohnbestandteile	363
aa) Datenschutzrechtlicher Rahmen	364
(1) Festlegung und Auszahlung variabler Vergütungen	364

(2) Berechnung und Auszahlungen von Gehaltserhöhungen	366
bb) Betriebsverfassungsrechtlicher Kontext	367
cc) Ergebnis	367
b) Anmeldung für Weiterbildungen (Personalförderung)	368
aa) Datenschutzrechtlicher Rahmen	369
bb) Betriebsverfassungsrechtlicher Kontext	371
cc) Ergebnis	372
c) Versetzungen und Kündigungen	374
aa) Versetzungen	374
(1) Datenschutzrechtlicher Rahmen	375
(2) Betriebsverfassungsrechtlicher Kontext	376
(3) Ergebnis	376
bb) Kündigungen	377
(1) Betriebsverfassungsrechtlicher Rahmen bei der Massenentlassung	378
(2) Kündigungsschutzrechtliche Vorgaben	380
(3) Ergebnis	381
III. Zusammenfassung	382
§ 3 Dashboards	383
I. Persönliches Dashboard für den Arbeitnehmer	384
1. Datenschutzrechtliche Verarbeitungsgrundlage	385
a) Einwilligung	385
b) Erforderlichkeit gem. § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG / Berechtigtes Interesse gem. Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO	386
c) Betriebsvereinbarung	387
2. Betriebsverfassungsrechtlicher Kontext	388
3. Anwendungsbeispiel: Office 365 & Microsoft Delve MyAnalytics	389
II. Dashboard mit Zugriff auf Informationen der einzelnen Arbeitnehmer	391
1. Dashboard für den HR-Bereich ohne kontinuierliche Erfassung von Leistungsdaten (vor allem Stammdaten)	392
2. Dashboard mit Leistungserfassung für Team- und Abteilungsleiter	393

III. Dashboard mit Zugriff auf aggregierte Daten (Team-, Abteilungsebene)	396
1. Notwendigkeit einer wirksamen Anonymisierung und k-Anonymität	396
2. Risikobasierter Ansatz der DSGVO: Re-Identifizierungsrisiko	399
3. Betriebsverfassungsrechtlicher Kontext	399
IV. Zusammenfassung	400
§ 4 Netzwerk-Graphen / Netzwerkanalysen	401
I. Netzwerk-Analyse anhand von (standardisierten) Fragebögen	404
1. Datenschutzrechtliche Analyse	404
2. Betriebsverfassungsrechtlicher Kontext	406
II. Automatisierte Erstellung eines „Enterprise Social Graph“	409
1. Datenschutzrechtliche Analyse	410
a) Legitimes Ziel	411
b) Geeignetes Mittel	413
c) Erforderlichkeit	414
d) Angemessenheit	414
aa) Unterscheidung zwischen privaten und betrieblichen Daten kaum möglich	415
bb) Bewertung der Eingriffsintensität	415
(1) Keine heimliche Netzwerkanalyse möglich	415
(2) Inhalt/Persönlichkeitsrelevanz bzw. Kernbereichsbezug	416
(3) Anlassbezogenheit und Dauer der Überwachung	417
(4) Folgen	421
cc) Zwischenergebnis	422
e) Abschließende Bewertung	423
2. Betriebsverfassungsrechtlicher Kontext	423
III. Zusammenfassung	424
F. Entwicklung einer Muster-Betriebsvereinbarung	425
§ 1 Allgemeines	426
§ 2 Anforderungen an eine datenschutzrechtliche Betriebsvereinbarung	426
I. Transparenzerfordernis des Art. 88 Abs. 2 DSGVO	426

II. Bezeichnung als datenschutzrechtliche Rechtfertigungsgrundlage	429
III. Regelung zur Konzerndatenübermittlung (Art. 88 Abs. 2 DSGVO)	429
IV. Schutzmaßnahmen bei Überwachungssystemen am Arbeitsplatz	430
§ 3 Rahmen- und Einzelbetriebsvereinbarung	431
I. Rahmenbetriebsvereinbarung „IKT“	432
II. Einzelbetriebsvereinbarung „People Analytics“	433
§ 4 Einzelregelungen einer „People Analytics-BV“	433
I. Präambel	434
II. Gegenstand und allgemeine Grundsätze der Datenverarbeitung	436
III. Datenschutzrechtliche Grundsätze für die Datenverarbeitung und Überwachungsmaßnahmen	437
IV. Transparenzvorgaben sowie Informations- und Auskunftsrechte der Arbeitnehmer	441
V. Datenschutzrechtliche Legitimationen	443
1. Advanced People Analytics	444
2. Scoring von Bewerbern / Automatisiertes Bewerbermanagement	451
3. Scoring von Arbeitnehmern / Dashboards	452
4. Automatisierte Entscheidungen im laufenden Beschäftigungsverhältnis	460
5. Netzwerk-Analysen	462
VI. Technische und organisatorische Sicherungsmaßnahmen	465
VII. Verfahren bei Streitigkeiten	466
VIII. Sonstiges	467
G. Zusammenfassung und Thesen	468
§ 1 Zusammenfassung der wesentlichen Untersuchungsergebnisse	468
§ 2 Kernthesen	469

Literaturverzeichnis	475
Rechtsprechungsverzeichnis	503
Anhang I: Genese des Art. 22 DSGVO	507
Anhang II: Muster-Betriebsvereinbarung konsolidiert	510