

## § 9 Personalpolitik mit Hilfe von Big Data?

### I. Das Phänomen „Big Data“

1

„Big Data“ lässt sich nicht exakt definieren, aber einigermaßen nachvollziehbar umschreiben: Es geht um riesige Datenmengen, die mit immer besseren Methoden ausgewertet werden können.<sup>1</sup> Erscheinungen dieser Art gab es schon in den 1980-er Jahren, als etwa mit Hilfe der **Rasterfahndung** nach RAF-Terroristen gesucht wurde:<sup>2</sup> Neben den Informationssystemen der Nachrichtendienste wurden die Dateien der Einwohnermeldeämter und die der Stromversorger ausgewertet. Ein weiteres Beispiel stellt das vom israelischen Geheimdienst Mossad entwickelte **Keyword-spotting** dar:<sup>3</sup> Eine enorme Menge von Telefongesprächen in den arabischen Gebieten wurde (und wird) aufgezeichnet und (nur) im Hinblick darauf ausgewertet, ob und wie oft bestimmte Namen oder Begriffe dort auftauchen. Näher „angeschaut“ wurden dann nur Gespräche, bei denen z. B. des Öfteren die Namen von Hamas-Führern erwähnt wurden.

2

Die aktuelle Situation unterscheidet sich von diesen Anfängen einmal dadurch, dass das zur Verfügung stehende **Datenvolumen um ein Vielfaches gestiegen** ist. Eine Milliarde Facebook-Nutzer generieren automatisch eine unübersehbare Zahl von Daten, jede Minute wird auf YouTube Videomaterial hochgeladen, das für 72 Stunden »Programm« genügt.<sup>4</sup> Viele Geräte sind mit dem Internet verbunden; das mit einem »Navi« ausgerüstete Auto mag als Beispiel stehen.<sup>5</sup> Allein die sozialen Netzwerke machen es möglich, die Präferenzen einzelner Personen in bestimmten Situationen, aber auch ihre Eigenschaften, ihre Stärken und ihre Schwächen zu bestimmen. Ihr Verhalten lässt sich mit hoher Wahrscheinlichkeit prognostizieren, so dass man ihnen gegenüber – so die harmloseste Konsequenz - eine **optimale Werbestrategie** praktizieren kann.<sup>6</sup> Wer ein Buch bei Amazon kauft, wird häufig einen Hinweis darauf erhalten, dass andere Käufer desselben Werks die sogleich im Bild gezeigten weiteren Bücher gekauft hätten. Dies ist alles andere als eine spontane Eingebung; das System hat ein gutes Gedächtnis. Von Anonymität im Netz kann nicht mehr die Rede sein.<sup>7</sup> Dies ist aber nur ein winziger Ausschnitt aus den Handlungsmöglichkeiten, die die Analyse von Big Data ermöglicht. Hier liegt der zweite Unterschied zu den Vorläufern: Die **Auswertungsmethoden** wurden entscheidend **weiterentwickelt**, die Verknüpfung mit Daten aus den unterschiedlichsten Lebensbereichen möglich gemacht.

3

Denkbar ist auch, dass auf **Makroebene** das Verhalten vieler Menschen vorausgesagt werden kann. Soweit Einfluss auf ihre Konsumgewohnheiten und ihre Tätigkeit am Arbeitsplatz besteht, lassen sich bestimmte Grundhaltungen schaffen. Sie können so bestimmt werden, dass es leicht wird, politische Botschaften an den Mann oder die Frau zu bringen. Die Manipulationsgefahr liegt auf der Hand. Mit Recht ist das „Ende der bürgerlichen Freiheit“ als Gefahr benannt worden.<sup>8</sup>

### II. Einbeziehung von Beschäftigtendaten

4

**Auch Beschäftigtendaten** können betroffen sein.<sup>9</sup> So lässt sich etwa der Arbeitseinsatz dadurch ermitteln, dass man eine Korrelation zwischen dem Wetter, der in der Abteilung bestehenden Arbeitsbelastung und der gleitenden Arbeitszeit herstellt: Wer trotz vieler Arbeit bei schönem Wetter kaum länger als die obligatorische Kernzeit im Betrieb bleibt, hat offensichtlich eine gewisse innere Distanz zu seiner Tätigkeit und/oder seinem Arbeitgeber. Wer Betriebsratsmitglied ist, keine Familie hat und Abends häufig Lieder der Arbeiterbewegung auf YouTube hört, wird eher streikbereit sein als ein unauffälliger Kollege ohne Amt, der sich Abends um seine Familie kümmert. Derzeit dürfte von solchen Möglichkeiten (wohl) noch kaum Gebrauch gemacht werden, doch kann man nie ausschließen, dass entsprechende Aktionen heimlich geschehen.

<sup>1</sup> Brandt CuA 11/2013 S. 11.

<sup>2</sup> Paal/Hennemann, NJW 2017, 1697

<sup>3</sup> Beschreibung der Methode bei Kiesche/Wilke, CuA 4/2012 S. 4, 6 ff.; Zoebisch DuD 2011, 394 ff.

<sup>4</sup> Weichert ZD 2013, 252

<sup>5</sup> Zum »Internet der Dinge« Sinn, CuA 12/2013, S. 4; Nürnberger/Bugiel DuD 2016, 503.

<sup>6</sup> Roßnagel ZD 2013, 562. Dazu auch BITKOM, Big-Data-Technologien, S. 19ff.

<sup>7</sup> Boehme-Neßler DuD 2016, 419

<sup>8</sup> S. etwa v. Westphalen, BB Heft 1/2 2017 S. I

<sup>9</sup> Hierzu und zum Folgenden Brandt CuA 11/2013, S. 11ff.

Für den **Datenschutz** liegt hier ein weites Anwendungsfeld.<sup>10</sup> Ganz entscheidend wird die Frage sein, inwieweit man die Trennung zwischen betriebsbezogenen Handlungen und dem Verhalten in sozialen Netzwerken und bei Transaktionen im Netz aufrecht erhalten kann. Gleichwohl bleibt die Gefahr, dass die innerbetriebliche Kommunikation immer stärker über (elektronische) Netze erfolgt und dabei so viele Daten liefert, dass ein fast vollständiges Abbild des gesamten betrieblichen Geschehens entsteht. Je mehr die Arbeit digitalisiert wird, umso umfassender wird jeder Handgriff von Beschäftigten im Betrieb erfasst. Das Verhalten einer Reparaturkolonne von vier Personen, die bei Störungen eines sich selbst steuernden Systems eingreifen muss, wird in jedem Detail festgehalten werden.<sup>11</sup> Eine differenzierte Auswertung ist dann kein Problem mehr.<sup>12</sup>

Die Möglichkeit, riesige Datenmengen in vielfältiger Weise auszuwerten, kann dazu genutzt werden, einen **Algorithmus** zu entwickeln, der die Kriterien wiedergibt, die für einen **besonders leistungsfähigen und erfolgreichen Mitarbeiter charakteristisch** sind. Von außen kommende Bewerber, aber auch Personen, die für eine Beförderung in Betracht kommen, werden dann an diesen Kriterien gemessen, die ungleich differenzierter (aber vielleicht auch fehleranfälliger) als die bisherigen Bewertungsmaßstäbe sind.<sup>13</sup> Möglich ist weiter, von spezialisierten Firmen eine **Software zu beziehen**, die Hilfestellung bei Personalentscheidungen geben soll.<sup>14</sup> Sie ermittelt etwa – so das positive Beispiel – Fälle, in denen sich ein Beschäftigter einen Arbeitsplatzwechsel ins Auge gefasst hat und sich dies in seinem Verhalten – etwa durch ein Gespräch mit einem Headhunter - manifestiert. Will ihn das Unternehmen halten, besteht Handlungsbedarf, weil ihn höheres Gehalt oder bessere Arbeitsbedingungen ggf. umstimmen können. So wird etwa berichtet, dass einzelne Unternehmen auf diesem Wege die **Fluktuationsquote** um 50 % **senken** konnten.<sup>15</sup>

Als erstes ist die **Grundsatzfrage** anzugehen, ob es zulässig ist, über den Einzelnen so viele Daten zu sammeln und zu kombinieren, dass ein „**Profil**“ entsteht. Dieses ließe sich dann an den in einem Algorithmus niedergelegten Kriterien messen, die im Unternehmen selbst entwickelt, aber auch von einer Drittfirma bezogen sein können. Weiter stellt sich das Problem, inwieweit die **Daten des einzelnen Beschäftigten als „Baustein“ für einen Algorithmus** herangezogen werden können. Ist es mit dem geltenden Beschäftigtendatenschutz vereinbar, dass z. B. die Daten speziell der als besonders erfolgreich und leistungsfähig betrachteten Mitarbeiter ausgewertet und zu einem allgemeinen „Profil“ zusammengefasst werden, das dann als Maßstab für künftige Personalmaßnahmen verwandt wird? Bezieht das Unternehmen die Kriterien von dritter Seite, stellt sich u. a. das Problem der Datenqualität; passt das, was eine US-Firma aus vielen Vorgängen in US-Unternehmen als „Erfahrungssatz“ herausdestilliert hat, eigentlich auf ein deutsches oder ein französisches Unternehmen?

### III. Erstellung eines Persönlichkeitsprofils?

#### 1. Begriff des Persönlichkeitsprofils – Formulierungsversuch des Gesetzgebers

Der Gesetzentwurf über den Beschäftigtendatenschutz aus dem Jahre 2010 enthielt ein an den Arbeitgeber gerichtetes Verbot, Beschäftigtendaten nicht in einer Weise zu verarbeiten und zu nutzen, dass »sie durch die **automatisierte Zusammenführung einzelner Lebens- und Personaldaten** ein **Gesamtbild** der wesentlichen geistigen und charakterlichen Eigenschaften oder des Gesundheitszustands des Beschäftigten ergeben.« Das war der Sache nach ein Verbot von Persönlichkeitsprofilen. Die amtliche Begründung hob dies allerdings nicht hervor, sondern beschränkte sich auf die Feststellung, es handle sich um eine erforderliche Flankierung der übrigen Regelungen »zum Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung«.<sup>16</sup> Der Schutz vor »Persönlichkeitsprofilen«, die den Einzelnen zumindest in einem Teilbereich seiner Existenz total erfassen, gehört zum traditionellen Bestand des Persönlichkeitsschutzes.<sup>17</sup> Die vorgeschlagene Bestimmung war deshalb nur insoweit von Interesse, als sie eine **Definition** gab und dadurch die praktische Handhabung erleichtert hätte.

<sup>10</sup> Weiterführend Weichert ZD 2013, 251.

<sup>11</sup> S. die Darstellung bei Däubler SR 2016 (Sonderheft) S. 2, 5 f. unter Bezugnahme auf Hartmann.

<sup>12</sup> Eingehend Höller CuA 5/2016 S. 9 ff.

<sup>13</sup> Zu einem solchen Modell s. Dzida, NZA 2017, 541.

<sup>14</sup> Zum Angebot der Firma Workday s. Sommer CuA 2/2017 S. 8 ff.; Burgsmüller, CuA 2/2017, S. 14 ff.

<sup>15</sup> Niklas/Thurn, BB 2017, 1589.

<sup>16</sup> BR-Drucksache 535/10, S. 35.

<sup>17</sup> Dazu Däubler, Gläserne Belegschaften, Rn. 120ff.

Die erste Variante („Gesamtbild der wesentlichen geistigen und charakterlichen Eigenschaften“) wäre einigermaßen handhabbar gewesen. Ihr Anwendungsbereich war allerdings insoweit eingeschränkt, als nur die automatisierte Zusammenführung erfasst wurde. Nicht einbezogen war der Fall, dass das »Gesamtbild« in der Weise entsteht, dass z.B. die aus der Betriebsdatenerfassung gewonnenen und die in der elektronischen Personalakte befindlichen Daten **manuell zusammengefügt** werden. Im Reich von „Big Data“ ist dies allerdings ohne größere Bedeutung.

10

Das »**Gesamtbild des Gesundheitszustandes**« als zweite Variante kann sich bereits aus einem einzigen ärztlichen Zeugnis ergeben, das sich z. B. zu der Frage äußert, wie die für das Kündigungsschutzverfahren wichtige Prognose der künftigen gesundheitlichen Entwicklung beschaffen ist. Dies soll ersichtlich nicht als unzulässig angesehen und damit verhindert werden. Zu denken ist daher eher an den Fall, dass die Daten aus dem Eingliederungsmanagement, krankheitsbedingte Fehlzeiten und weitere ärztliche Zeugnisse (die legal in die Personalakte gekommen sind) zu einem Gesamtbild zusammengeführt werden. Immerhin macht die Formulierung deutlich, dass ein unzulässiges „Profil“ bereits dann vorliegt, wenn nur ein einzelner wesentlicher Aspekt eines Menschen vollständig erfasst wird.

## 2. Regelung in der DSGVO

11

Die DSGVO **definiert** in **Art. 4 Nr. 4** das **Profiling** als „jede Art der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten, die darin besteht, dass diese personenbezogenen Daten verwendet werden, um bestimmte persönliche Aspekte, die sich auf eine natürliche Person beziehen, zu bewerten, insbesondere um Aspekte bezüglich Arbeitsleistung, wirtschaftlicher Lage, Gesundheit, persönliche Vorlieben, Interessen, Zuverlässigkeit, Verhalten, Aufenthaltsort oder Ortswechsel dieser natürlichen Person zu analysieren oder vorherzusagen.“ Dies ist eine erschreckend weite Definition. Bemerkenswert ist insbesondere, dass man sehr viele der aufgezählten Eigenschaften erfassen muss, um das **Verhalten der betroffenen Person** „**vorherzusagen**.“ Dennoch bleibt das Erstellen eines umfassenden Persönlichkeitsprofils von Rechts wegen weiterhin ausgeschlossen.<sup>18</sup> Die „Eingrenzung“ dieser Form von Datenverarbeitung durch die DSGVO ist reichlich schwach. Art. 14 Abs. 2 Buchst. g DSGVO verpflichtet den Verantwortlichen zu einer Information über das Profiling, wobei „aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung für die betroffene Person“ übermittelt werden müssen. Wer wird als Individuum seinen Anspruch einklagen oder die Aufsichtsbehörde informieren, wenn einer solchen Pflicht nicht entsprochen wird? Auch gibt Art. 21 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 DSGVO der betroffenen Person ein Widerspruchsrecht, das demselben Einwand ausgesetzt ist. Weiter dürfen nach Art. 22 Abs. 1 DSGVO Entscheidungen nicht nur auf derartige computergenerierte Bewertungen gestützt werden, sofern sie rechtlich verbindlich sind oder die betroffene Person in ähnlicher Weise „erheblich beeinträchtigen“.

12

Keine der genannten Bestimmungen der DSGVO enthält eine Rechtsgrundlage für die Erstellung eines Persönlichkeitsprofils. Auch Art. 22 DSGVO ordnet lediglich an, dass ein vorliegendes Profil für sich allein keine ausreichende Rechtsgrundlage für eine verbindliche Entscheidung oder eine vergleichbare Maßnahme sein darf. Erwägungsgrund 72 Satz 1 zur DSGVO bestimmt vielmehr: „Das Profiling unterliegt den Vorschriften dieser Verordnung für die Verarbeitung personenbezogener Daten, wie etwa die Rechtsgrundlage für die Verarbeitung oder die Datenschutzgrundsätze“. Dies bedeutet, dass jede Datenverarbeitung auf einen der Tatbestände des Art. 6 Abs. 1 DSGVO oder einer anderen Erlaubnisnorm wie § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG n. F. iVm Art. 88 DSGVO gestützt sein muss. Außerdem muss die Datenverarbeitung die Grundsätze des Art. 5 – etwa Transparenz, Treu und Glauben, Speicherbegrenzung – beachten.<sup>19</sup> Ob und unter welchen Voraussetzungen dabei überhaupt ein Persönlichkeitsprofil zustande kommt, ist hier ohne Interesse. Im Bereich des Rechts der abhängigen Beschäftigung finden zudem die Verarbeitungsschranken Anwendung, die sich im deutschen Recht entwickelt haben, da sich der nationale Gesetzgeber, der von der Öffnungsklausel des Art. 88 DSGVO Gebrauch macht, insoweit im Rahmen allein seines nationalen Rechts bewegt.<sup>20</sup> Selbst wenn also im Bereich der Bonitätsbeurteilung kraft Unionsrechts ein Persönlichkeitsprofil zulässig wäre, müsste dies nicht auf das Recht der abhängigen Beschäftigung übertragen werden.

## 3. Konkretere Vorgaben

<sup>18</sup> Dazu Däubler, Gläserne Belegschaften, Rn. 134e ff.

<sup>19</sup> Ebenso Spindler DB 2016, 943; Däubler/Wedde/Weichert/Sommer-Weichert, Art. 22 DSGVO Rn. 11.

<sup>20</sup> Näher Däubler, Gläserne Belegschaften, Rn. 90a

Wann die Grenze zu einem unzulässigen arbeitsrechtlichen Persönlichkeitsprofil überschritten ist, ist mangels unmittelbar einschlägiger gerichtlicher Entscheidungen nicht abschließend geklärt. Einen wichtigen Anhaltspunkt würden bei etwaigen Auseinandersetzungen die Definitionen darstellen, die in dem Gesetzentwurf von 2010 enthalten waren.<sup>21</sup> Auch würde voraussichtlich auf das Verbot der „Registrierung und Katalogisierung“ einzelner Personen zurückgegriffen, das vom BVerfG schon früh entwickelt wurde.<sup>22</sup> Es wäre dann verletzt, wenn nicht nur die Qualifikation und die berufliche Leistung im Betrieb erfasst würden, sondern auch Details seines Arbeitsverhaltens und seiner Kommunikation mit Arbeitskollegen und Vorgesetzten. Dies wird durch die jüngste **Rechtsprechung des BAG** bestätigt.

Im Fall der sog. **Keylogger-Entscheidung** vom 27.7.2017<sup>23</sup> setzte der Arbeitgeber ein Kontrollprogramm ein, das jeden Internetkontakt, aber auch jede Bewegung der Tastatur erfasste. Außerdem wurden regelmäßig Screenshots vorgenommen. Der betroffene Arbeitnehmer wurde in sehr allgemeiner Form davon unterrichtet, dass die Nutzung des Internet erfasst würde. Da gegen den Arbeitnehmer keinerlei Verdacht einer Straftat oder schweren Pflichtverletzung bestand, handelte es sich nach Auffassung des BAG um einen unverhältnismäßigen Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht, der wie folgt charakterisiert wurde:<sup>24</sup>

„Bei dem (zeitlich nicht begrenzten) verdeckten Einsatz eines Keyloggers an einem Dienst-PC handelt es sich um eine Datenerhebung, die hinsichtlich der Intensität des mit ihr verbundenen Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen mit einer - verdeckten - Videoüberwachung am Arbeitsplatz vergleichbar ist. Zwar berührt der Einsatz eines Keyloggers grundsätzlich nicht das Recht am eigenen Bild, insbesondere ist er regelmäßig nicht geeignet, Verhaltensweisen optisch zu erfassen, die von dem Betroffenen als peinlich empfunden werden. Jedoch wird mit der Datenerhebung durch einen Keylogger massiv in das Recht des Betroffenen auf informationelle Selbstbestimmung eingegriffen. Es werden - für den Benutzer irreversibel - alle Eingaben über die Tastatur eines Computers einschließlich des Zeitpunkts der Eingabe sowie des zeitlichen Abstands zwischen zwei Eingaben erfasst und gespeichert. Die auf diese Weise gewonnenen Daten ermöglichen es, *ein nahezu umfassendes und lückenloses Profil sowohl von der privaten als auch dienstlichen Nutzung durch den Betroffenen zu erstellen*. Dabei werden nicht nur gespeicherte Endfassungen und ggf. Zwischenentwürfe bestimmter Dokumente sichtbar, sondern es lässt sich jeder Schritt der Arbeitsweise des Benutzers nachvollziehen. Darüber hinaus können besondere Arten personenbezogener Daten iSv. [§ 3 Abs. 9 BDSG](#) oder - so im Streitfall - andere hochsensible Daten wie zB Benutzernamen, Passwörter für geschützte Bereiche, Kreditkartendaten, PIN-Nummern etc. protokolliert werden, ohne dass dies für die verfolgten Kontroll- und Überwachungszwecke erforderlich wäre. Ebenso hat der betroffene Arbeitnehmer weder Veranlassung noch die Möglichkeit, bestimmte Inhalte als privat oder gar höchstpersönlich zu kennzeichnen und damit ggf. dem Zugriff des Arbeitgebers zu entziehen. Dieser ohnehin schon weit überschießende Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Betroffenen wird noch verstärkt, wenn - wie hier - regelmäßig Screenshots gefertigt werden.“

Obwohl nur ein Teil des Arbeitsverhaltens erfasst war, nahm das BAG einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Persönlichkeitssphäre an. Ausdrücklich wurde betont, die Speicherung der Verlaufsdaten des Internetbrowsers und eine stichprobenweise Auswertung seien nicht zu beanstanden, wenn auf diese Weise geklärt werde, ob das Verbot der Privatnutzung eingehalten sei.<sup>25</sup>

In einer weiteren Entscheidung<sup>26</sup> ging es darum, dass der Arbeitgeber den Verdacht hatte, der Arbeitnehmer übe eine unerlaubte Konkurrenztaetigkeit aus und habe sich die für notwendige Zeit u. a. dadurch verschafft, dass er eine Erkrankung vorgetäuscht habe. Um die Konkurrenztaetigkeit aufzuklären, wurde eine Detektei eingeschaltet. Diese schickte einen Detektiv, der sich als Fahrer einer Kundenfirma ausgab und relevante Informationen zu Tage förderte. Der Arbeitnehmer wurde fristlos gekündigt; im Kündigungsschutzverfahren ging es u. a. um die Frage, ob die Erkenntnisse des Detektivs verwertet werden konnten. In Bezug auf die Intensität der zulässigen Überwachung führte das Gericht aus:<sup>27</sup>

„In der Datenerhebung durch die Observation lag zugleich ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Klägers. Betroffen ist sein von [Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG](#) geschütztes informationelles Selbstbestimmungsrecht. Ein von einer verdeckten Überwachung Betroffener wird in der Befugnis, selbst über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten zu befinden, beschränkt, indem er zum Ziel einer nicht

<sup>21</sup> Oben Rn. 8 ff.

<sup>22</sup> BVerfGE 27, 1, 6; bestätigt durch BVerfGE 65, 1, 48, 52

<sup>23</sup> BAG 27.7.2017 – 2 AZR 681/16 - juris

<sup>24</sup> BAG, a.a.O. Tz. 33.

<sup>25</sup> BAG, a.a.O., Tz. 31.

<sup>26</sup> BAG 29.6.2017 – 2 AZR 597/16 – NZA 2017, 1179.

<sup>27</sup> a.a.O. Tz. 24

erkennbaren systematischen Beobachtung durch einen Dritten gemacht wird und dadurch auf sich beziehbare Daten über sein Verhalten preisgibt, ohne den mit der Beobachtung verfolgten Verwendungszweck zu kennen. Dies gilt unabhängig davon, ob Fotos, Videoaufzeichnungen oder Tonmitschnitte angefertigt werden und damit zugleich ein Eingriff in das Recht am eigenen Bild bzw. Wort vorliegt. Ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung setzt auch nicht notwendig voraus, dass die Privatsphäre des Betroffenen ausgespäht wird (*unklar BVerwG 21. März 1986 - 7 C 71/83 - zu 1 a der Gründe, BVerwGE 74, 115*). Zwar muss der Einzelne außerhalb des thematisch und räumlich besonders geschützten Bereichs der Privatsphäre damit rechnen, Gegenstand von Wahrnehmungen beliebiger Dritter zu werden, grundsätzlich aber nicht, Ziel einer verdeckten und systematischen Beobachtung zur Beschaffung konkreter, auf die eigene Person bezogener Daten zu sein (*für die automatisierte Erhebung öffentlich zugänglicher Informationen vgl. BVerfG 11. März 2008 - 1 BvR 2074/05 ua. - Rn. 67, BVerfGE 120, 378*). Im Streitfall erfolgte die Überwachung in diesem Sinne verdeckt, weil der Kläger infolge der Legendierung des Detektivs als Fahrer einer Kundenfirma nicht erkennen konnte, wem gegenüber und damit zu vermutlich welchem Verwendungszweck er sein Verhalten im Betrieb der Firma M offenbarte.“

Dieser Eingriff in die Persönlichkeitssphäre war im konkreten Fall gerechtfertigt, da der Verdacht einer schweren Pflichtverletzung bestand. Ohne diesen besonderen Umstand wäre eine solche Form der Überwachung unzulässig gewesen. Das Nicht-Wissen um die Ermittlung durch einen Dritten reicht bereits für die Annahme eines unzulässigen Eingriffs, obwohl die Überwachung keineswegs flächendeckend war, sondern nur einen kleinen Ausschnitt der Tätigkeit des Betroffenen zum Gegenstand hatte.

**16**

In einer dritten Entscheidung<sup>28</sup> ging es darum, dass nicht der Arbeitsprozess als solcher durch Technik oder durch einen verdeckten Ermittler überwacht wurde. Vielmehr wurde der „Output“ jedes Arbeitnehmers pro Tag und pro Woche unter zahlreichen Aspekten erfasst. Dabei ging es um Schadensbearbeiter bei einer Versicherung. Wieviele Vorgänge wurden an einem Tag bearbeitet? Wie viele rückständige Fälle hatte der Arbeitnehmer, wie alt waren sie? Wie lange dauerten die einzelnen Telefongespräche? Wie viele ausgehende Gespräche führte der Arbeitnehmer? Welche Nachbearbeitungszeit nahm der Arbeitnehmer nach den Telefonaten für sich in Anspruch? Diese und andere Fragen<sup>29</sup> hatten zur Folge, dass der einzelne Arbeitnehmer unter „ständiger Beobachtung“ stand, was einen schwerwiegenden und dauerhaften Anpassungsdruck zur Folge hatte. Soweit der Einzelne nur bei einer der Fragen eine über eine gewisse Schwankungsbreite hinausgehende „Minderleistung“ erbrachte, musste er sich einem Gespräch unterziehen. Im Wiederholungsfalle konnte er mit einer Abmahnung rechnen. Die „verdichtete“ Form, wie das Arbeitsverhalten erfasst wurde, wurde vom BAG zu Recht als unverhältnismäßiger Eingriff in die Persönlichkeitssphäre qualifiziert.

**17**

Vergleicht man die den drei BAG-Entscheidungen zugrunde liegenden Sachverhalte mit den Persönlichkeitsprofilen, wie sie oben<sup>30</sup> beschrieben wurden, so wird deutlich, dass die Grenze der unzulässigen Datenerhebung nach der Rechtsprechung bereits in einem Zeitpunkt erreicht ist, wo noch in keiner Weise von einem Persönlichkeitsprofil die Rede sein kann. Vielmehr ging es ausschließlich um eine besondere intensive und detaillierte Erfassung des Arbeitsverhaltens oder einzelner Teile des Arbeitsprozesses. Dies bleibt weit hinter der Erfassung so vieler persönlicher Merkmale zurück, wie sie notwendig wären, um ein Profil im Sinne des Art. 22 DSGVO zu erstellen, um insbesondere wahrscheinliches künftiges Verhalten voraussagen zu können. Schon deshalb Big-Data-Analysen kein geeignetes Mittel, um betriebliche Personalentscheidungen vorzubereiten.<sup>31</sup>

## IV. Anwendungsfälle von Big-Data-Analysen

### 1. Der Bezug von „Personalsoftware“

**18**

Eine US-Firma bietet Software für die Personalverwaltung an. Darunter befindet sich auch ein Modul, das mit „Karriereplanung“ überschrieben ist. Dort werden Kriterien genannt, wie sich Beschäftigte in insgesamt fünf

<sup>28</sup> BAG 25.4.2017 – 1 ABR 46/15 – NZA 2017, 1205.

<sup>29</sup> S. den Katalog in BAG a.a.O. NZA 2017, 1205, 1207

<sup>30</sup> Rn. 8 ff.

<sup>31</sup> Im Ergebnis übereinstimmend Niklas/Thurn, BB 2017, 1589, 1596.

Kategorien von „hohes Potential“ über „förderungswürdig“ bis zu „keine Zukunftsaussichten“ einteilen lassen. In Bezug auf die zuletzt genannte Gruppe wird **empfohlen**, eine **Beendigung des Arbeitsverhältnisses ins Auge zu fassen**. Automatisch werden alle diejenigen dieser Gruppe zugeordnet, die in den letzten fünf Jahren nicht befördert wurden. Dieser Grundsatz beruht auf einer Erkenntnis, die durch Analyse einer sehr hohen Zahl von Fällen gewonnen wurde: Die fehlende Beförderung – so heißt es in der Begründung – führe entweder dazu, dass sich der Beschäftigte selbst nach einer anderen Tätigkeit umsehe, oder – soweit dies nicht erfolgreich sei – dass er innerlich kündige und seine Leistung auf das unerlässliche Maß reduziere.

19

Der durch „Big Data“ vermutlich in den USA gewonnene „**Erfahrungssatz**“ ist als solcher kein personenbezogenes Datum, fällt also nicht unter die DSGVO und das BDSG n. F. Dies schließt allerdings ein **Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats** etwa nach § 94 BetrVG nicht aus, sobald die Absicht besteht, diese „Erkenntnis“ als Mittel der Personalbeurteilung einzusetzen.<sup>32</sup> Wird der „Erfahrungssatz“ auf eine konkrete Person bezogen und diese beispielsweise als „ohne Zukunftsaussichten“ qualifiziert, so kommt der Datenschutz ins Spiel. Dies hat zur Folge, dass der Betroffene **nach Art. 14 DSGVO** über die Existenz dieser Einordnung **informiert** werden muss. Weiter muss er über die **Kriterien** aufgeklärt werden, die zu dieser Beurteilung geführt haben. Dies verlangt auch der in Art. 5 Abs. 1 Buchst. a DSGVO zum Ausdruck gekommene **Transparenzgrundsatz**, dem – wie § 26 Abs. 5 BDSG n. F. klarstellt – nicht nur die Funktion eines unverbindlichen Programmsatzes zukommt, sondern der Teil des geltenden Rechts ist. Dahinter steht der Gedanke, dass der Betroffene nur dann seine Rechte und Interessen wahrnehmen kann, wenn er die seitens des Arbeitgebers vorgenommene Beurteilung nachzuvollziehen vermag. Auch sollte man erwägen, die **Grundsätze über das Arbeitszeugnis** entsprechend anzuwenden: Danach ist der Arbeitgeber für alle Aussagen beweispflichtig, womit eine unterdurchschnittliche Beurteilung des Arbeitnehmers gerechtfertigt werden soll.<sup>33</sup>

20

Die Verwendung von „Erfahrungssätzen“ verweist auf ein allgemeines Problem: Die **Aussagekraft von Big-Data-Analysen** hängt davon ab, welche **Qualität** die zugrunde liegenden **Daten** haben.<sup>34</sup> In einem US-Unternehmen kann die Tatsache der Nicht-Beförderung innerhalb der letzten fünf Jahre einen ganz anderen Stellenwert haben als in Deutschland: Hierzulande wird es zahlreiche Fälle geben, in denen Beschäftigte nicht an einer Beförderung interessiert sind, weil ihnen ihre **augenblickliche Arbeit besser zusagt** als das, was auf der nächst höheren Stufe der Hierarchie erledigen müssten. Dies nicht zu beachten und nach den Empfehlungen des „Systems“ zu verfahren, wäre nicht nur für die Betroffenen ungerecht, sondern auch betriebswirtschaftlich reichlich neben der Sache.

21

Gibt es keinen Betriebsrat, der mit Hilfe des § 94 BetrVG solche Entwicklungen blockiert, kann es im Einzelfall zu höchst ungunstigen Entwicklungen kommen. Empfiehlt das „System“ etwa, sich von zehn Beschäftigten zu trennen, so bedarf es eines ausgesprochen standhaften Personalleiters, sich in allen zehn Fällen gegen eine solche Empfehlung zu stellen. Ist diese Voraussetzung nicht gegeben, so ist nicht auszuschließen, dass sich einige Beschäftigte in Unkenntnis der Hintergründe **zu einem Aufhebungsvertrag gedrängt** sehen, nicht zuletzt auch deshalb, weil sie vielleicht Opfer einiger Unfreundlichkeiten von Vorgesetzten geworden sind.

## 2. Unternehmenseigene Big-Data-Analysen

### a) US-Erfahrungen

22

Erkenntnisse (oder Pseudoerkenntnisse), die auf Big Data beruhen, müssen nicht von außen importiert sein. So wird etwa in der Literatur von einem Programm berichtet, das bei der US-Investmentbank JP Morgan im April 2015 eingesetzt wurde: Daten unterschiedlichster Art über die Beschäftigten wurden gesammelt, kombiniert und

<sup>32</sup> Dazu unten Rn.

<sup>33</sup> BAG 14.10.2003 – 9 AZR 12/03 – NZA 2004, 843; Däubler/Deinert/Zwanziger-Däubler § 109 GewO Rn. 98

<sup>34</sup> Dazu eingehend Hoeren, ZD 2016, 459 ff.

analysiert, um ein **wahrscheinliches Fehlverhalten von Angestellten** aufzudecken.<sup>35</sup> Dabei werden auch Telefongespräche, Mails, Teilnahme an Compliance-Kursen sowie persönliche Bemerkungen in Bezug auf die einzuhaltenden Regeln einbezogen. Auf diese Weise werden „**Risikopersonen**“ herausgefiltert, die damit rechnen müssen, auf einen schlechteren Arbeitsplatz versetzt oder für den nächsten Personalabbau vorgesehen zu werden. In Deutschland ließe sich ein solches Vorhaben nach geltendem Recht nicht realisieren. Der Arbeitgeber könnte viele Informationen z. B. über den Inhalt von Telefongesprächen und die in kleinem Kreis gemachten Bemerkungen aus datenschutzrechtlichen Gründen gar nicht verwerten, auch wenn er von ihnen Kenntnis erhalten würde. Außerdem läge zumindest ein partielles Persönlichkeitsprofil vor, das auf der Grundlage der Rechtsprechung nicht zulässig wäre.<sup>36</sup>

23

Rechtswidrig ist auch der Versuch, durch **Stimm- und Gesprächsanalyse** Aussagen über die Person des Sprechenden, seine Emotionen und seinen Charakter zu gewinnen und darauf dann Personalentscheidungen zu stützen.<sup>37</sup> Hier ist bereits der Grundsatz der Datentransparenz verletzt, da der „Beobachtete“ in aller Regel nichts von der Beobachtung als solcher erfährt und außerdem gegen die Grundsätze verstoßen wird, die sich in Zusammenhang mit Einstellungen herausgebildet haben.<sup>38</sup>

## b) Überlegungen in Deutschland

24

Ein ähnliches Vorgehen wurde von Dzida vorgeschlagen, der dabei den europäisch/deutschen Rechtsrahmen wahren will.<sup>39</sup> Die **erfolgreichsten Führungskräfte oder Vertriebsmitarbeiter** sollen in ihrem Verhalten analysiert werden. Auf dieser Grundlage werden dann Algorithmen entwickelt, mit denen Bewerbungen abgeglichen werden. Wer dem Modell des firmeneigenen „Best-Arbeiters“ am nächsten kommt, wird eingestellt, andere Personen werden grundsätzlich nicht berücksichtigt.

25

Rechtsgrundlage für die Auswertung der Beschäftigtendaten soll das berechnete Interesse des Arbeitgebers sein (§ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG a. F. = Art. 6 Abs. 1 Buchst.f DSGVO). Der Arbeitsvertrag wird mit Recht nicht als Grundlage herangezogen, da es nicht um seine Durchführung geht, die § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG n. F. allein erwähnt. Vielmehr werden Zwecke der betrieblichen Personalpolitik verfolgt. Der Rückgriff auf die „berechtigten Interessen“ scheidet allerdings dann aus, wenn die Interessen der Betroffenen überwiegen. Dies sei der Fall, wenn auch der Gesundheitszustand einbezogen werde, nicht aber wenn Ausbildung und Qualifikation berücksichtigt würden. In der dazwischen liegenden großen Grauzone helfe jedoch eine Einwilligung des Arbeitnehmers.

26

Dem ist entgegenzuhalten, dass der Rückgriff auf das „**berechtigte Interesse**“ nur für Zwecke erfolgen darf, die außerhalb von Beschäftigungsverhältnissen liegen.<sup>40</sup> Andernfalls könnte der im Arbeitsvertrag liegende Ausgleich der Interessen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nachträglich zugunsten oder zulasten einer Seite verschoben werden. Nur wenn es um Fragen geht, die außerhalb des Regelungsbereichs des Arbeitsvertrags liegen, kommt ein Rückgriff auf § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG a. F. bzw. Art. 6 Abs. 1 Buchst. f DSGVO in Betracht. Auch die **Einwilligung** lässt sich nicht als Legitimationsmittel heranziehen: Es fehlt im Arbeitsverhältnis dann an der Freiwilligkeit sowie an der Angemessenheit im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn die Einwilligung ausschließlich die Handlungs- und Kontrollmöglichkeiten des Arbeitgebers erweitert.<sup>41</sup>

27

Diese Einwände lassen sich auf den ersten Blick dadurch ausräumen, dass die Zahl der erfassten Personen – etwa in Großkonzernen – so dimensioniert wird, dass **kein Personenbezug mehr herstellbar** ist. Das würde allerdings voraussetzen, dass die zugrunde liegenden Informationen über einzelne Personen definitiv gelöscht werden; nur dann könnte das Datenschutzrecht keine Anwendung mehr finden.<sup>42</sup> Dies würde die vorher

<sup>35</sup> Schröder, Die digitale Treppe, S. 132, auch zum Folgenden

<sup>36</sup> S. oben Rn. 13 ff.

<sup>37</sup> Schröder, Die digitale Treppe, S. 133 f. Sprachanalyseverfahren erwähnt auch das Weissbuch Arbeiten 4.0 des BMAS (S. 145)

<sup>38</sup> Däubler, Gläserne Belegschaften, Rn. 207 ff.

<sup>39</sup> Dzida NZA 2017, 541 ff., auch zum Folgenden

<sup>40</sup> S. Däubler, Gläserne Belegschaften, Rn. 185, auch zum Folgenden.

<sup>41</sup> Däubler, Gläserne Belegschaften, Rn 160, Rn. 167.

<sup>42</sup> Nur in solchen Fällen kann man effektiv von „Big Data“ sprechen; der bisher behandelte Fall der firmeneigenen Daten könnte eher als „Little Data“ apostrophiert werden.

begangenen Verstöße gegen datenschutzrechtliche Grundsätze aber nicht ungeschehen machen, so dass die Verhängung eines Bußgeldes nach Art. 83 DSGVO nicht ausgeschlossen wäre.

## 28

Außerdem stünden die Rechte der Bewerber in Frage. Diese müssen sich nur eine Überprüfung nach Kriterien gefallen lassen, die vom Fragerecht des Arbeitgebers gedeckt sind; eine Persönlichkeitsanalyse kommt von vorne herein nicht in Betracht.<sup>43</sup> Auch wenn es ausschließlich um Eignung, Erfahrung und Qualifikation geht, stellt sich jedoch ein Problem der Datentransparenz: Der Betroffene muss nachvollziehen können, nach welchen Kriterien er beurteilt wird. Andernfalls würde er zum Objekt eines für ihn undurchschaubaren Verfahrens, was mit dem geltenden Recht nicht vereinbar ist.<sup>44</sup> Da die Einzelinformationen aber alle gelöscht sind, könnten die Big-Data-Erkenntnisse nicht aufgeschlüsselt werden. Auch hier würde im Übrigen das Mitbestimmungsrecht nach § 94 BetrVG eingreifen.

## 29

Gegenüber bereits Beschäftigten wird die **Auswertung von öffentlich zugänglichen Äußerungen in sozialen Netzwerken** vorgeschlagen. Aus ihnen könne sich ergeben, dass jemand einen Arbeitsplatzwechsel in Erwägung ziehe. Dies könne für den Arbeitgeber ausreichender Anlass sein, gezielte Maßnahmen zur Mitarbeiterbindung zu ergreifen.<sup>45</sup> Dies ist gewissermaßen die freundliche Variante des oben Rn 18 ff. geschilderten Angebots einer US-Firma, potentielle Minderleister zu identifizieren und sie den jeweiligen Möglichkeiten entsprechend aus dem Betrieb zu entfernen. Das Vorgehen ist dasselbe, die dort genannten Einwände (Rn. 19 f.) gelten auch hier.

---

<sup>43</sup> So auch Dzida NZA 2017, 541, 543.

<sup>44</sup> Zum Transparenzprinzip s. Däubler, Gläserne Belegschaften, Rn.132.

<sup>45</sup> Dzida NZA 2017, 541, 545.