

# Big Data am Arbeitsplatz

**Tagungsbericht zur Tagung «Big Data am Arbeitsplatz – Arbeits- und datenschutzrechtliche Fragen rund um Workforce Analytics» der Law School der Universität St. Gallen, organisiert durch Prof. Dr. ISABELLE WILDHABER, Universität St. Gallen.**

RAQUEL PAIS\*/NOÉMIE AMMANN\*\*

## I. Einleitung zu Workforce Analytics: Technik und Recht

Mithilfe von Workforce Analytics kann das Verhalten von Arbeitnehmenden am Arbeitsplatz untersucht werden. Diese Art von Analyse wird von Unternehmen vermehrt eingesetzt, so auch von Microsoft. Die Präsentation von PATRIK BOROSCH (Technical Solution Professional Data Platform bei Microsoft Schweiz) enthält eine technische Einführung und Anwendungsbeispiele, die Microsoft entwickelt.

Mit Workforce Analytics kann eine Vielzahl an Kennzahlen, die Schlussfolgerungen über das Verhalten der Mitarbeitenden erlauben, untersucht werden. Anhand von Analysen des Kalenders oder des Mailzugangs kann untersucht werden, wie viele Stunden Mitarbeitende pro Tag in einer Sitzung verbringen, mit wem sie zusammenarbeiten oder wie viel Zeit sie für das Verfassen von E-Mails verwenden. Bei Microsoft kann einerseits das Management die Daten analysieren, um Annahmen über das Verhalten der Arbeitnehmenden zu treffen und Anpassungen in deren Arbeitsalltag vorzunehmen. Andererseits besteht die Möglichkeit für Mitarbeitende, sich für dieses Angebot anzumelden. Gemäss BOROSCH kann man so sein Verhalten ändern und besser mit der Arbeitszeit umgehen.

Der Schutz des Individuums soll bei den Analysen stets gewährleistet werden. Mit dem Einsatz von Workforce Analytics gehen datenschutz- und arbeitsrechtliche Fragestellungen einher. Diese untersucht ein Projekt zu Vertrauen, Daten und Privatsphäre im Job im Rahmen

des Nationalen Forschungsprogramms 75 «Big Data».<sup>1</sup> Prof. Dr. ISABELLE WILDHABER (Universität St. Gallen) betreut dieses Projekt von der rechtlichen Seite.

In der Schweiz besteht mit Art. 328 OR<sup>2</sup> ein allgemeines arbeitsrechtliches Diskriminierungsverbot, welches sich auf den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz stützt und durch besondere gesetzliche Diskriminierungsverbote ergänzt wird.<sup>3</sup> Workforce Analytics darf nicht so programmiert sein, dass diskriminiert wird – weder direkt noch indirekt. In diesem Kontext stehen indirekte Diskriminierungen im Vordergrund, denn Algorithmen werden kaum vorsätzlich so programmiert, dass sie geschützte Charakteristiken der Arbeitnehmenden bewerten. Ein indirekter Diskriminierungsschutz ist in der Schweiz allerdings nur ansatzweise vorhanden und ausserdem schwierig zu beweisen.

Datenschutzrechtliche Bestimmungen stellen ein weiteres Instrument zur Verwirklichung der Ziele des Diskriminierungsschutzes dar. Zwischen Workforce Analytics und dem Datenschutzrecht bestehen allerdings viele Zielkonflikte; insbesondere mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 4 Abs. 2 DSGVO<sup>4</sup>), welcher eine Datenminimierung und eine Speicherbegrenzung in Bezug auf Personendaten verlangt. In vielen Fällen wird Workforce Analytics deshalb engen Schranken unterworfen sein.

## II. Big Data am Arbeitsplatz – Europäische Standards

Die datenschutzrechtlichen Überlegungen gehen schon knapp 50 Jahre zurück. Gemäss Prof. Dr. NIKOLAUS FORGÓ (Uni-

versität Wien) können seither drei Phasen der Regulierung von Informationstechnologie im Allgemeinen und vom Datenschutzrecht im Besonderen unterschieden werden. In den 1970er- und den frühen 1980er-Jahren kamen die ersten Datenschutzgesetze. Die zweite Welle der Regulierung begann 1995: Aufgrund der Ungewissheit über die Folgen der Einführung des Internets entstanden viele neue datenschutzrechtliche Bestimmungen.

Seit 2010 befindet sich Europa in einer dritten Phase der Regulierung. Den Höhepunkt der aktuellen regulatorischen Welle bildet das Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung der Europäischen Union (DSGVO) am 25. Mai 2018.<sup>5</sup> Nach den ersten Monaten, seitdem die DSGVO in Kraft ist, hat sich gemäss FORGÓ nicht viel verändert. Trotz der DSGVO kann nicht von europäischen Standards gesprochen werden; das zentrale Versprechen «one size fits all» wurde nicht erfüllt. Statt eines einheitlichen Standards werden umfassende nationale Anpassungsgesetze ausgearbeitet, welche die Rechtslage zusätzlich unübersichtlich gestalten. Mit der Öffnungsklausel von Art. 88 DSGVO können Mitgliedstaaten im Kontext von Workforce Analytics durch entsprechendes Recht Sonderregelungen für den Beschäftigtendatenschutz erlassen. Dabei müssen die menschliche Würde wie auch die berechtigten Interessen und Grundrechte der betroffenen Person gewahrt werden. Insbesondere konnten weder Deutschland noch Österreich ein solches Beschäftigtendatenschutzrecht einführen.

Es stellt sich die Frage, ob bzw. wann die DSGVO auf die Schweiz anwendbar ist. ROMY DAEDELOW (Universität Basel) gibt Antworten dazu. Der räumliche Anwendungsbereich der DSGVO kann Schweizer Datenverarbeitende nach dem Niederlassungsprinzip, dem Zielmarktprinzip oder aufgrund einer Verhaltensbeobachtung (z.B. Webtracking durch Cookies) erfassen (Art. 3 DSGVO). Der Anknüpfungspunkt der Verhaltensbeobachtung wird im arbeitsrechtlichen Kontext relevant, wenn Schweizer Arbeitgeber Workforce Analytics zum Online Recruitment und Monitoring in Bezug auf

\* RAQUEL PAIS, RA, wissenschaftliche Assistentin und Doktorandin am Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitswelten der Universität St. Gallen.

\*\* NOÉMIE AMMANN, B.A. HSG, studentische Assistentin am Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitswelten der Universität St. Gallen.

<sup>1</sup> «Big Brother» in Schweizer Unternehmen? Vertrauen, Daten und Privatsphäre im Job, Internet: <http://www.nfp75.ch/de/projekte/modul-2-gesellschaftliche-und-regulatorische-herausforderungen/projekt-weibel> (Abruf 24.7.2019).

<sup>2</sup> Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR; SR 220).

<sup>3</sup> Gleichstellungsgesetz (GlG), Behindertengleichstellungsgesetz (BehiG), Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG), Freizügigkeitsabkommen (FZA).

<sup>4</sup> Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG; SR 235.1).

<sup>5</sup> Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG.

Arbeitnehmende und Bewerber mit Aufenthaltsort in der EU nutzen. Im Einzelfall muss geprüft werden, ob dies in den Anwendungsbereich der DSGVO fällt.

Das Erheben von Daten bei Workforce Analytics ist als sog. Profiling einzuordnen. Die DSGVO verbietet dies nicht grundsätzlich. Allerdings muss die Datenerhebung zweckgebunden, rechtmässig und verhältnismässig erfolgen. Des Weiteren muss eine Einwilligung der betroffenen Person vorliegen und es darf sich nicht um sensible Daten handeln. Darüber hinaus ist höchste Transparenz geboten. Arbeitnehmende müssen demzufolge ausreichend informiert werden. Ausserdem müssen die Grundsätze der Datenminimierung und Datensicherheit beachtet werden. Datenschutz als Compliance beruht schliesslich auf einem risikobasierten Ansatz. Mithilfe einer Datenschutzfolgenabschätzung, des Ernennens eines/r Datenschutzbeauftragten oder einer EU-Vertretung kann dem Rechnung getragen werden.

### III. Rechtliche Fallstricke rund um Workforce Analytics in der Praxis

Gemäss ROLAND MATHYS (Partner bei Schellenberg Wittmer) ist Workforce Analytics sehr weit zu verstehen. Es beginnt bereits bei der Bewerbung bzw. Anstellung, geht über auf das eigentliche Arbeitsverhältnis und endet bei dessen Beendigung. Eine Schlüsselfrage in diesem Zusammenhang ist, wann Art. 328b OR<sup>6</sup> zur Anwendung gelangt. Gemäss MATHYS ist diese Norm bereits vor Beginn des Arbeitsverhältnisses anwendbar und überdauert dieses, da ansonsten eine Umgehungsgefahr bestehen könnte.

Im Bewerbungs- und Anstellungsverhältnis kommt Workforce Analytics typischerweise in Form von Eignungstests oder Assessments zum Einsatz. Hier ergibt sich eine ganze Reihe von Problemfeldern mit Datenschutzbezug (z.B. Richtigkeit der Daten, Frageverbot oder Information und Zustimmung).

Im Anstellungsverhältnis lässt sich Workforce Analytics in verschiedenen Formen wiederfinden, beispielsweise bei der E-Mail- und Internetüberwachung oder bei der Stundenrapportierung. All diese Erscheinungsformen weisen an sich einen legitimen Zweck auf. Ein Spannungsverhältnis kann entstehen, wenn man die gewonnenen Informationen für weitere Zwecke verwenden möchte. Diesfalls sind die datenschutzrechtlichen Grundsätze der Zweckbindung, Verhältnismässigkeit und Transparenz zu beachten. Weitere Problemfelder können aus der fehlenden Trennung von Privat- und Geschäftsbereich entstehen.

Bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses können Algorithmen zur Kündigung oder Erstellung eines Arbeitszeugnisses verwendet werden. Mögliche Probleme können sich aus einem Missbrauch oder der Begründungs- und Rechenschaftspflicht ergeben. Weiter stellt sich in diesem Stadium die Frage, was nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit den über die Mitarbeiter erhobenen Daten geschieht. Die Daten dürfen gemäss MATHYS einzig zum gesetzlich vorgesehenen Zweck weiterverarbeitet werden, was im Wesentlichen die Archivierung ist.

Dr. BORIS DZIDA (Partner bei Freshfields Bruckhaus Deringer) ging in seinem Referat der Frage nach, ob Algorithmen voreingenommen sein können. Dieser Frage begegnet man insbesondere im Bewerbungsverfahren, beispielsweise beim Online Recruitment. Dabei könnte auf den ersten Blick der Eindruck entstehen, dass Algorithmen im Gegensatz zu Menschen neutral urteilen. Auf den zweiten Blick wird indes ersichtlich, dass dies nicht zutrifft und Algorithmen sehr wohl voreingenommen sein können. Dies lässt sich anhand einzelner Beispiele veranschaulichen. Wenn der Algorithmus beim Online Recruitment beispielsweise Bewerbern den Vorzug gibt, die einen Leistungssport praktizieren, könnte bereits eine Diskriminierung vorliegen. Ähnlich verhält es sich bei den Persönlichkeitstests, die oftmals Bestandteil eines solchen Online Recruitments bilden. Auch hier könnte eine Diskriminierung gegeben sein, wenn diejenigen ausgesondert werden, deren Antworten etwa aufgrund einer psychischen Erkrankung der Norm nicht entsprechen. Gemäss DZIDA ist daher beim Einsatz von Workforce Analytics stets zu kontrollieren, ob das angewendete Tool das Risiko birgt, diskriminierend zu sein.

### IV. Information und Einwilligung bei Big Data am Arbeitsplatz

Dr. DAVID VASELLA (Partner bei Walder Wyss) und DAVID ROSENTHAL (Konsulent bei Homburger) befassen sich mit der Information und der Einwilligung bei Workforce Analytics.

Eine Informationspflicht besteht gestützt auf das DSG und die DSGVO in Bezug auf den Bearbeitungszweck von Workforce Analytics. Was darunter zu verstehen ist, wird im Gesetz nicht definiert. VASELLA und ROSENTHAL stellen darauf ab, was die Finalität der Bearbeitung ist. Im Arbeitsbereich ist Workforce Analytics nicht ein Bearbeitungszweck, sondern vielmehr ein Mittel zur Zweckerreichung. Wenn eine Unternehmung beispielsweise die Produktivitätsunterschiede verschiedener Teams analysiert, dann bezweckt sie damit eine Steigerung der Mitarbeiterzufriedenheit und der Produktivität. Die Unterscheidung zwischen der Datenanalyse als Mittel und dem Zweck der Analyse ist deshalb von Relevanz, weil sich die Erfüllung der Informationspflicht sowie der Grundsätze der Zweckbindung, Rechtmässigkeit und Verhältnismässigkeit am Zweck der Bearbeitung misst. Gemäss dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit muss stets geprüft werden, ob die verwendeten Daten zur Erreichung des Zwecks geeignet sind oder ob ihre Verwendung zu weit geht.

Der Grundsatz der Transparenz besagt, dass Workforce Analytics nur Gegenstand einer Informationspflicht ist, wenn die Mitarbeitenden nicht damit rechnen konnten oder besonderen Risiken ausgesetzt sind. Umgekehrt gilt, dass die Tatsache, dass man Big Data anwendet, für sich allein genommen der Transparenzpflicht nicht untersteht. Je grösser die Transparenz ist, desto weniger hohe Anforderungen bestehen an die Einwilligung. Aus diesem Grund kann es sinnvoll sein, eher zu viel zu informieren. Die Transparenz dient letztlich dazu, der betroffenen Person die Möglichkeit einzuräumen, die Einwilligung zu verweigern und gegen Workforce Analytics zu opponieren.

Bei Workforce Analytics kann es sinnvoll sein, die Mitarbeitenden über die bearbeiteten Personendaten oder die Möglichkeit des Profilings zu informieren. Solange die Bearbeitungsgrundsätze der Zweckbindung, der Verhältnismässigkeit und des Arbeitsplatzbezugs eingehalten werden und keine schützenswerten Daten

<sup>6</sup> Gemäss dieser Bestimmung darf der Arbeitgeber Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind.

weitergegeben werden, benötigt man keine Einwilligung für Workforce Analytics. Andernfalls misst sich die Einwilligung an den Voraussetzungen der Informiertheit, der Freiwilligkeit und des fehlenden Widerrufs. Fehlt eine dieser Voraussetzungen, ist die Einwilligung ungültig. Art. 328b OR stellt nach der Rechtsprechung des Zürcher Obergerichts<sup>7</sup> keine weitere Hürde dar. Gemäss diesem Entscheid ist unter «Durchführung des Arbeitsvertrages» alles zu verstehen, was mit dem Arbeitsvertrag zu tun hat, und daher ist Art. 328b OR weit auszulegen. Das Erfordernis der Einwilligung entfällt, wenn nicht personenbezogene Daten bearbeitet werden.

## V. Inhalt und Umfang des Personaldossiers im digitalen Zeitalter

Im Zusammenhang mit dem Personaldossier stellt sich sowohl auf Seiten der Arbeitgebenden wie der Arbeitnehmenden eine Vielzahl von Fragen, so beispielsweise, was im Personaldossier<sup>8</sup> festgehalten werden darf. THOMAS PIETRUSZAK (Partner bei Blesi und Papa) unterscheidet zwischen dem Personaldossier im formellen und demjenigen im materiellen Sinn. Das Personaldossier im formellen Sinn umfasst alle Daten, die ein konkreter Arbeitgeber als Bestandteil des Personaldossiers eines bestimmten Arbeitnehmers erfasst. Unter Personaldossier im materiellen Sinn versteht man Personendaten, die sich auf einen bestimmten Arbeitnehmer und den Verlauf des Arbeitsverhältnisses beziehen, unabhängig davon, wo die Daten aufbewahrt werden. Aus dem Datenschutzgesetz lässt sich kein Begriff des materiellen Personaldossiers herleiten.

Zum Personaldossier gehören nach Art. 328b OR alle Daten, die den jeweiligen Arbeitnehmer betreffen und für die Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Diese Norm ist nach einem Entscheid des Zürcher Obergerichts<sup>9</sup> weit auszulegen. Gemäss Art. 8 DSG kann jede Person Informationen darüber verlangen, welche Daten über sie bearbeitet werden. Der Inhaber der Datensammlung<sup>10</sup> muss

die entsprechende Information herausgeben. Kein Auskunftsrecht besteht demgegenüber, wenn die Daten verstreut sind, da dann das Kriterium der Datensammlung nicht erfüllt ist und es einen übermässigen Aufwand bedeuten würde, die Daten zusammenzutragen. Anders verhält es sich, wenn die Daten mittels einer Suchfunktion auffindbar sind; dann liegt gemäss PIETRUSZAK eine Datensammlung vor. Es gibt keine Vorschriften zur Führung des Personaldossiers, weshalb es Ermessenssache des Arbeitgebers ist, was er darin aufnehmen möchte.

Prof. ROGER RUDOLPH (Assistenzprofessor an der Universität Zürich und Konsulent bei Streiff von Kaenel) setzt sich mit der Frage auseinander, wie regelmässig Personaldossiers auf ihre Richtigkeit überprüft werden müssen und wer Einsicht in das Personaldossier nehmen darf. Das Obligationenrecht enthält hierzu keine Bestimmung. Gemäss RUDOLPH genügt eine periodische Durchsicht alle paar Jahre, da man auf Arbeitgeberseite darauf vertrauen darf, dass die Arbeitnehmenden die wesentlichen Informationen (z.B. die neue Adresse) von sich aus mitteilen. Die über Mitarbeitende gesammelten Informationen (z.B. eine Verwarnung) fallen nach einer gewissen Zeit nicht automatisch aus dem Personaldossier. Dies wird spätestens in dem Zeitpunkt kritisch, in welchem man ein Arbeitszeugnis schreiben muss.

Einsicht in das Personaldossier hat gemäss RUDOLPH die HR-Abteilung. Inwieweit Vorgesetzte ebenfalls Einsicht nehmen dürfen, muss im Einzelfall entschieden werden. Die Stellung als Vorgesetzter allein genügt nicht, um den Einblick in die Personaldossiers sämtlicher Mitarbeitenden zu begründen. Hier besteht eine grosse Grauzone.

Art. 8 DSG sieht vor, dass Arbeitnehmende das Recht haben, das vollständige Dossier herauszuverlangen. Es ist empfehlenswert, sich die Vollständigkeit des Dossiers bestätigen zu lassen, da dadurch der Vorsatz in einem allfälligen Streitfall leichter nachgewiesen werden kann. Gewisse Anonymisierungen sind aber zulässig. Keine Daten des Personaldossiers sind hingegen Korrespondenzen zwischen den Vorgesetzten und den HR-Verantwortlichen. Gemäss bundesgerichtlicher

Rechtsprechung<sup>11</sup> handelt es sich hierbei um interne Akten zur Willensbildung.

## VI. Schlussbemerkungen

Workforce Analytics ist aus der heutigen Arbeitswelt nicht mehr wegzudenken. Es dient sowohl Arbeitnehmenden als auch Arbeitgebenden als Unterstützung in ihrem Alltag. Workforce Analytics kommt während des Arbeitsverhältnisses, aber auch davor und danach zum Einsatz. Dabei gilt es, neben arbeitsrechtlichen Normen auch datenschutzrechtliche Bestimmungen zu beachten, unter Umständen auch die europäische DSGVO. Die relevanten Bestimmungen dienen dem Schutz des Individuums und sollen insbesondere vor Diskriminierung bewahren.

<sup>7</sup> OGer ZH, LA160028, 22.12.2016.

<sup>8</sup> Der Begriff des Personaldossiers wird rechtlich nicht definiert.

<sup>9</sup> AGer ZH, LA16008, 31.1.2017.

<sup>10</sup> Gemäss Art. 3 lit. g DSG versteht man unter einer Datensammlung jeden Bestand

von Personendaten, der so aufgebaut ist, dass die Daten nach betroffenen Personen erschliessbar sind.

<sup>11</sup> BGer, 8C\_467/2013, 21.11.2013, E. 3.2.