

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 Unternehmungen 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».¹ Prof. Dr. ISABELLE WILDHABER (Universität St. Gallen) betreut dieses Projekt von der rechtlichen Seite.

In der Schweiz besteht mit Art. 328 OR² ein allgemeines arbeitsrechtliches Diskriminierungsverbot, welches sich auf den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz stützt und durch besondere gesetzliche Diskriminierungsverbote ergänzt wird.³ 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 DSGVO⁴), 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 2018.⁵ 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.

¹ «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).

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

³ Gleichstellungsgesetz (GIG), Behindertengleichstellungsgesetz (BehiG), Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG), Freizügigkeitsabkommen (FZA).

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

⁵ 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.