

Festschrift für Wolfgang Portmann

Herausgegeben von
Roland A. Müller
Roger Rudolph
Anton K. Schnyder
Adrian von Kaenel
Bernd Waas

Schulthess § 2020

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2020

ISBN 978-3-7255-8103-0

www.schulthess.com

Quantifizierte Arbeitnehmer: Empirische Daten zu People Analytics in der Schweiz

ISABELLE WILDHABER / GABRIEL KASPER

Inhaltsverzeichnis

I.	Einführung: Neuartige Vermessung des Humankapitals.....	756
II.	People Analytics.....	758
	A. Empirische Daten zu den Charakteristika von People Analytics	758
	B. Empirische Daten zur Kategorisierung der Zwecke von People Analytics....	759
III.	Empirische Daten zur Verbreitung von People Analytics in der Schweiz	760
	A. Erstmalige Datenerhebung zur Verbreitung von People Analytics.....	760
	B. Verbreitung nach Unternehmensgrösse.....	763
	C. Verbreitung nach Einsatzbereichen.....	764
	D. Beliebteste Tools in der Schweiz	765
	E. Verbreitung nach Konzern-Hauptsitz.....	766
IV.	Empirische Daten zu den Rechtsfragen von People Analytics.....	767
	A. Auf People Analytics anwendbare Rechtsnormen	767
	B. Trennung von Beruf und Privatleben	767
	C. Zweckbegrenzung und Rechtmässigkeit	768
	D. Verhältnismässigkeit	768
	E. Transparenzgrundsatz	768
	F. Einwilligung im Arbeitskontext	769
	G. Zugriffsbeschränkung	769
	H. Mitwirkung.....	770
V.	Schlusswort	770

Abstract

People Analytics ist eine neue, datenbasierte Form der Personalsteuerung, die in der Schweiz zunehmend praktiziert wird. Die Autoren präsentieren empirische Daten zu den Charakteristika, der Verbreitung und den Rechtsfragen von People Analytics. Die gegen-

wärtige Umsetzung von People Analytics in der Praxis scheint noch nicht überall rechtskonform zu verlaufen. Gleichzeitig kann People Analytics zur rechtlichen Compliance beitragen und birgt ein enormes wirtschaftliches Potential.

I. Einführung: Neuartige Vermessung des Humankapitals

Das Personalmanagement spricht vermehrt über das Potenzial, das in der **Vermessung des Humankapitals** mit sog. People Analytics steckt. «People Analytics» bezeichnet moderne Formen datenbasierter Auswertung der Belegschaft zur Steigerung des Unternehmenswerts. Denn auch das Personalwesen ist inzwischen im Zeitalter von Big Data¹ angelangt. Dieser Anglizismus umfasst gemeinhin Daten, welche die drei Vs erfüllen: Volume, Velocity, Variety. Big Data bezieht sich somit auf i) grosse Mengen von Daten, ii) die mit immer höherer Geschwindigkeit entstehen, iii) aus einer wegen der Digitalisierung der Gesellschaft zunehmenden Vielfalt von Quellen.²

Zur Nutzung von Big Data ist nicht nur die Digitalisierung von Dokumenten, etwa durch das Einscannen von Papier, sondern eine **Datafizierung** erforderlich: Die erhobenen Daten werden zuerst digital gespeichert, darauf aber auch in ein messbares Format gebracht, tabellarisch kategorisiert und analysiert.³ Es wird vermessen, und das auch zunehmend bei «soften» Faktoren im Unternehmen, welche früher schwierig einzuschätzen waren, wie z.B. der Stimmung der Mitarbeitenden. Die immer feinere Granularität und Skalierbarkeit, die mit Big Data möglich wird, wird hinsichtlich ihrer Bedeutung für die Wissenschaft mit der Erfindung des Mikroskops verglichen.⁴ Diese regelrechte Vermessung der Belegschaft verdrängt zunehmend Personalentscheide, die sich auf Bauchgefühl stützen.

Umfangreiche Datenerhebungen werden möglich, weil im Arbeitsumfeld eine Infrastruktur von Sensoren, die laufend neue Daten liefern, heranwächst. Die verwendete Hardware wird immer kleiner und überall einsetzbar, ohne an der Arbeit zu hindern (sog. **Miniaturisie-**

¹ Der Schweizerische Nationalfonds widmet dem Thema Big Data seit 2017 einen nationalen Forschungsschwerpunkt: <<http://www.nfp75.ch/de>>. In dessen Rahmen führt die Universität St. Gallen das interdisziplinäre Forschungsprojekt «Big Brother in Schweizer Unternehmen? Vertrauen, Daten und Privatsphäre im Job» durch. In dem Projekt arbeiten Prof. Dr. Isabelle Wildhaber, LL.M., Prof. Dr. Antoinette Weibel, Gabriel Kasper und Simon Schafheitle (alle vom Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitswelten, Universität St. Gallen) sowie Prof. Dr. Christoph Schank und Isabel Ebert (beide vom Institut für Wirtschaftsethik, Universität St. Gallen).

² Die drei V-Eigenschaften beschreibt erstmals LANEY, 3D data management: controlling data volume, velocity and variety, 06.02.2001, <shorturl.at/lwzG3> (besucht am 21.09.2019), 3. Allerdings verwendet LANEY noch nicht den Begriff «Big Data».

³ MAYER-SCHÖNBERGER/CUKIER, Big data: A revolution that will transform how we live, work, and think, New York, New York/Philadelphia, Pennsylvania 2013, 78.

⁴ LOHR, Sizing up big data, broadening beyond the internet, The New York Times, 19.07.2013, <https://bits.blogs.nytimes.com/2013/06/19/sizing-up-big-data-broadening-beyond-the-internet/> (besucht am 21.09.2019).

rung, die sich etwa darin zeigt, dass kleinste Computerchips in Arbeits-Handschuhe eingenäht werden⁵). Im Gleichschritt mit der Miniaturisierung der Hardware zerfallen die Preise für die Speichermedien.

Zudem entstehen neue Technologien zur **Verwaltung und Analyse der Daten**, wie z.B. Cloud, künstliche Intelligenz («KI»), maschinelles Lernen («ML»). Der Chatbot Mya filtert jährlich zwei Millionen Lebensläufe für das Kosmetikunternehmen L'Oréal. Mya kann Sprache verarbeiten, Fragen stellen und die Antworten daraufhin beurteilen, ob Kandidierende zur Unternehmenskultur passen.⁶

Im Gegensatz zur früheren elektronischen Ausführung von einfachen Abläufen, wie z.B. die automatisierte Einlasskontrolle, die bei Vorweisen eines entsprechenden Ausweises Zugang gewährte, erstreckt sich das Steuerungspotenzial von Datafizierungstechnologien auch auf **Denkarbeit**.⁷ Beispielsweise entwickelt der japanische Elektrotechnikkonzern Hitachi ein System künstlicher Intelligenz, das vergangene Arbeitsabläufe analysiert, optimiert und so menschlichen Mitarbeitern Aufgaben zuweist.⁸ Oder vernetzte Fahrzeuge zeigen den Mitarbeitern auf einem Display, welche Werkstoffe sie für Produktionszwecke aus dem Lager entnehmen sollen (engl. *pick by light*, weil Lichtpunkte das zu holende Material auf dem Display markieren). Über eine Bestätigungstaste, die die Mitarbeitenden drücken, wird die Lagerverwaltung über den aktuellen Bestand informiert.⁹

Aufgrund der beschriebenen Entwicklungen stellen sich Forscher für die Zukunft eine «**Umweltintelligenz**» (*ambient intelligence*) vor, in der autonome intelligente Umgebungen zahllose Entscheidungen zum Wohle aller treffen.¹⁰ Das KI-Sicherheitssystem «Intel-ligent Edge» von Microsoft analysiert 27 Millionen Aufzeichnungen pro Sekunde, die von Videokameras auf dem Betriebsareal und von Sensoren an Geräten und Arbeitnehmern stammen. Entsteht eine Gefahrensituation, z.B. weil ein Mitarbeiter die Schutzbrille nicht trägt oder ein Fass mit einer gefährlichen Chemikalie ausleert, schlägt die Software Alarm.¹¹

Insgesamt verspricht People Analytics den Unternehmen grosse **Chancen**, wie beispielsweise Wettbewerbsvorteile durch das Finden von Talenten, Innovation, höhere Effizienz

⁵ KLEBE/WEISS, Workers' participation 4.0 – digital and global, Comparative Labor L. & Pol. J. 2019, 265.

⁶ SHARMA, How AI reinvented hiring practice at L'Oréal, 16.08.2018. <shorturl.at/glmoY> (besucht am 21.09.2019).

⁷ PHAN/WRIGHT/LEE, Of robots, artificial intelligence, and work, Academy of Management Perspectives 2017, 253.

⁸ WILDHABER, Robotik am Arbeitsplatz: Robo-Kollegen und Robo-Bosse, AJP 2017, 218.

⁹ KLEBE/WEISS (FN 5), 265.

¹⁰ HILDEBRANDT/KOOPS, The challenges of ambient law and legal protection in the profiling era, The Modern L. Rev. 2010, 428.

¹¹ SULLIVAN, At build, Microsoft's vision of the future workplace looks both helpful and intrusive, 05.10.2017 <https://www.fastcompany.com/40419938/at-build-microsofts-vision-of-the-future-workplace-looks-both-helpful-and-intrusive> (besucht am 21.09.2019).

sowie finanzielle Ersparnisse und dadurch das Erhalten von Jobs.¹² Personalvermittler haben dank einer Datenanalyse etwa herausgefunden, dass Arbeitnehmer umso länger im Unternehmen bleiben, je näher sie am Arbeitsplatz wohnen.¹³ Auch die Arbeitnehmer sollen von People Analytics profitieren, beispielsweise durch objektivere Personalentscheide, verbessertes Arbeitsklima oder Gesundheitsförderungsprogramme. Aus diesen Gründen ist davon auszugehen, dass dieses Phänomen wachsen und in Zukunft unsere Wirtschaft prägen wird.

Allerdings ist das Phänomen People Analytics in der Schweiz **bisher nicht erforscht** worden. Wir zeigen nachfolgend empirische Daten zu den Charakteristika von People Analytics (II.), zur allgemeinen Verbreitung und Nutzung von People Analytics in der Schweiz (III.) und besondere Daten aus unserer empirischen Studie zu ausgewählten Rechtsproblemen,¹⁴ die sich aus einer zunehmenden Verbreitung von People Analytics ergeben (IV.).

II. People Analytics

A. Empirische Daten zu den Charakteristika von People Analytics

Bislang gibt es keine systematische Beschreibung von den bei People Analytics verwendeten Werkzeugen und Praktiken. Wir haben darum unsere Forschung mit einer qualitativen Untersuchung begonnen, bei der wir insgesamt **27 Experten** zu People Analytics in der Schweiz befragt haben. Es kam 30 Stunden Interviewmaterial zusammen, das wir analysiert haben.

Aus unseren Experteninterviews und einer umfassenden Literaturanalyse hat sich ergeben, dass sich People Analytics als moderne Form der Mitarbeiterüberwachung von herkömmlichen elektronischen Überwachungen am Arbeitsplatz durch **mindestens drei Merkmale** unterscheidet: Erstens steigt die Vielfalt der über den Arbeitnehmer erhobenen Daten, z.B. fliessen in die Analyse nicht mehr nur arbeits-, sondern auch kontextbezogene Daten (Ein-

¹² KASPER/WILDHABER, Big Data am Arbeitsplatz: Datenschutz- und arbeitsrechtliche Herausforderungen von People Analytics in Schweizer Unternehmen, in: Kieser/Pärli/Uttinger, Datenschutztagung 2018: Ein Blick auf aktuelle Rechtsentwicklungen, Zürich/St. Gallen 2019, 191 f. mit weiteren Hinweisen.

¹³ WILDHABER/LOHMANN/KASPER, Diskriminierung durch Algorithmen: Überlegungen zum schweizerischen Recht am Beispiel von prädiktiver Analytik am Arbeitsplatz, ZSR 2019 I, 460 mit weiteren Hinweisen.

¹⁴ Eine komplementäre betriebswirtschaftliche und ethische Sicht auf die Resultate unserer laufenden Studie bieten: WEIBEL/SCHAFHEITL/EBERT, Goldgräberstimmung im Personalmanagement? Wie Datafizierungs-Technologien die Personalsteuerung verändern, Organisationsentwicklung, Zeitschrift für Unternehmensentwicklung und Change Management, 2019 (3), 23 ff.

bindung des Mitarbeiters im Unternehmen, Gesundheitsergebnisse, Verhalten der Mitarbeiter ausserhalb des Arbeitsplatzes, u.ä.).¹⁵ Zweitens steigt die Interoperabilität der Systeme, wodurch Daten, die traditionell getrennt voneinander lagerten, zusammengeführt werden können, z.B. werden Daten aus dem Personalbereich mit anderen Unternehmensdaten oder externen Daten verknüpft.¹⁶ Drittens steigt die analytische Leistungsfähigkeit der Systeme: Neben deskriptiven (beschreibenden) Algorithmen kommen neu auch prädiktive (voraussagende) und präskriptive (Handlungen empfehlende) zum Einsatz.¹⁷ Gleichzeitig werden die den Algorithmen zugrunde liegenden versteckten Annahmen aufgrund der steigenden Komplexität der Systeme undurchsichtiger.¹⁸

B. Empirische Daten zur Kategorisierung der Zwecke von People Analytics

Die beschriebenen neuen Möglichkeiten führen dazu, dass People Analytics zu unzähligen Zwecken während des gesamten Lebenszyklus von Arbeitnehmern eingesetzt werden kann. **Fünf mögliche Anwendungsbereiche** haben wir identifiziert (siehe Abb. 1): Eine erste Gruppe betrifft die Rekrutierung und Auswahl in der Bewerbungsphase. Sodann kann People Analytics während des laufenden Arbeitsverhältnisses der Leistungssteuerung, der Überwachung der Einhaltung der Gesetze sowie der Gestaltung der Arbeit und Arbeitsplätze dienen. Verbreitet ist schliesslich die Gruppe der Anwendungen zur Mitarbeiterbindung und -entwicklung sowie für Analysen bei Mitarbeiterwechseln. Die folgende Grafik stellt die fünf Gruppen dar:

¹⁵ LEICHT-DEOBALD/BUSCH/SCHANK/WEIBEL/SCHAFHEITLE/WILDHABER/KASPER, The challenges of algorithm-based HR decision-making for personal integrity, J. Bus. Ethics 07.06.2019 (Online-Veröffentlichung), 3.

¹⁶ LEICHT-DEOBALD et al. (FN 15), 3.

¹⁷ LEICHT-DEOBALD et al. (FN 15), 3 ff.

¹⁸ LEICHT-DEOBALD et al. (FN 15), 5.



Abb. 1: Gruppierung der in der Praxis vorkommenden People-Analytics-Anwendungen

Diese grobe Gruppierung der beliebtesten Anwendungsbereiche ist **nicht als abschliessend** zu verstehen, da sich das Marktangebot stetig verändert. So bestehen Anwendungen auch in Bereichen wie z.B. der Erleichterung der Kollaboration unter den Arbeitnehmenden, der Pflege der Firmenkultur, der Förderung der Gesundheit oder zum Vermögensschutz der Arbeitgeber.

III. Empirische Daten zur Verbreitung von People Analytics in der Schweiz

A. Erstmalige Datenerhebung zur Verbreitung von People Analytics

Bislang ist unklar, wie verbreitet die Nutzung von People Analytics tatsächlich ist. Wir haben deshalb erstmals eine **quantitative Online-Umfrage** unter dem Titel «Swiss People Management Analytics Survey» durchgeführt. Ziel unserer Befragung war es, einen Überblick über bereits genutzte People-Analytics-Technologien zu bekommen. Zudem wollten wir wissen, wie bewusst sich die Personalverantwortlichen der rechtlichen Schranken von People Analytics sind und wie sie damit umgehen. Wir wollten herausfinden, wie verschiedene Stakeholdergruppen am Prozess mitwirken und nicht zuletzt, welche ethischen Fragestellungen auf welche Weise diskutiert werden. Die Umfrage stand den 1'185 angeschriebenen Unternehmen während zwei Monaten zur Teilnahme offen (15.05. bis 13.07.2018).

Insgesamt haben 158 Schweizer Unternehmen unsere Umfrage ausgefüllt. Die angeschriebenen Personen waren im Bereich der Personalverwaltung (Human Resources) tätig. Zwei Drittel von ihnen gehörten zum Top- oder Senior-Management, ein Drittel zum Middle- oder Junior-Management. Unsere **Stichprobe** setzt sich überwiegend aus grossen Unternehmen zusammen (siehe Abb. 2). Die Branchenstruktur ist in unserer Stichprobe ungefähr repräsentativ für die Schweiz, wobei das Finanz- und Versicherungswesen etwas überrepräsentiert ist (siehe Abb. 3).¹⁹

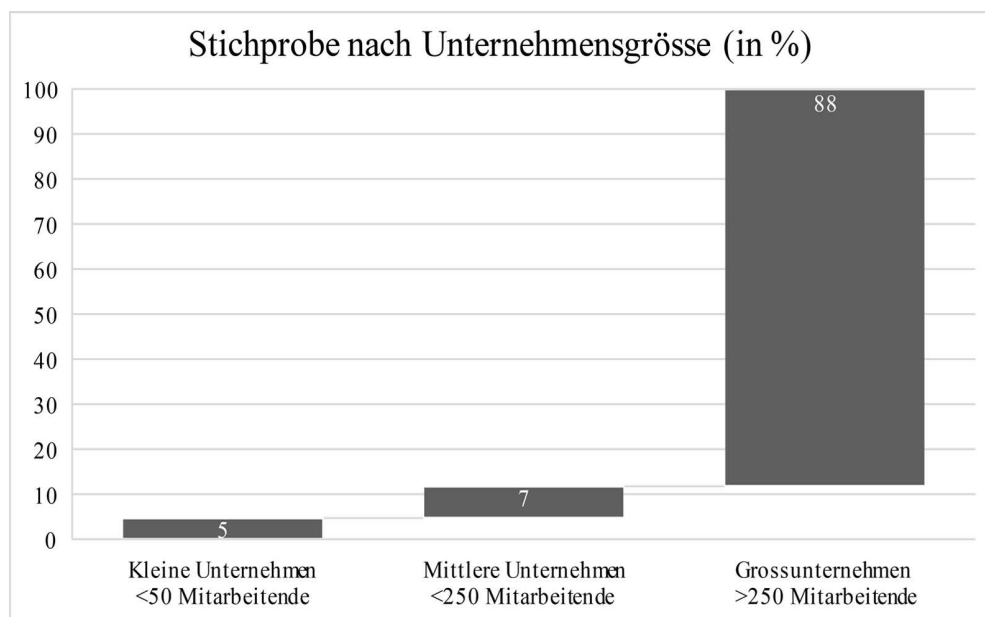


Abb. 2: Stichprobe bzw. Teilnehmer des Swiss People Management Survey sortiert nach Unternehmensgrösse

¹⁹ Vgl. die regelmässig aktualisierten Statistiken des Bundesamts für Statistik: <www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/volkswirtschaft>.

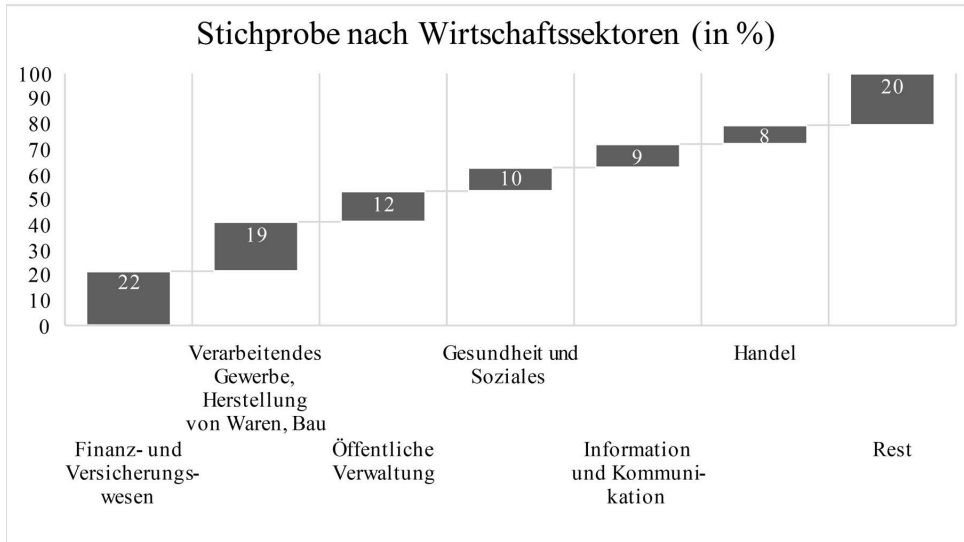


Abb. 3: Stichprobe bzw. Teilnehmer des Swiss People Management Analytics Survey sortiert nach Wirtschaftssectoren

People Analytics ist **in allen Schweizer Wirtschaftszweigen** verbreitet. Führend ist der Informations- und Kommunikationssektor, gefolgt vom Finanz- und Versicherungswesen (siehe Abb. 4).

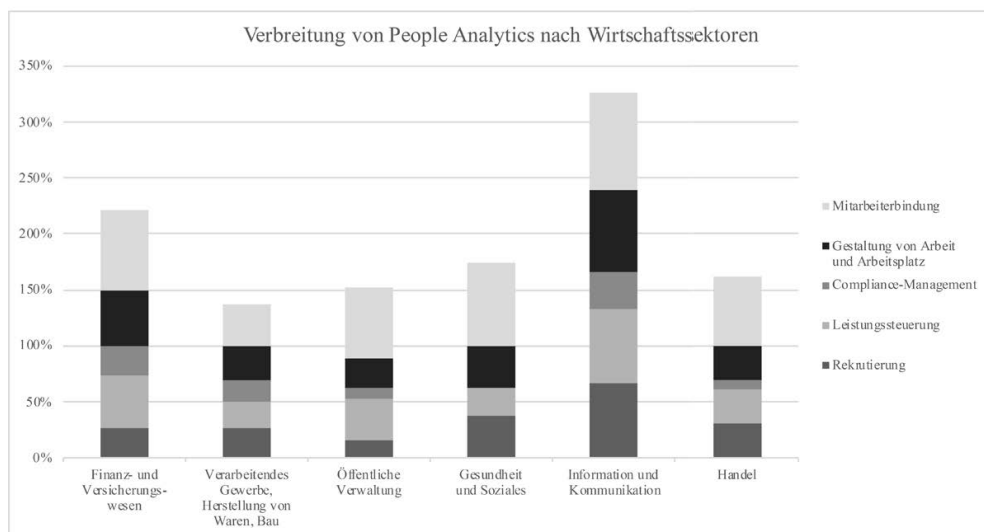


Abb. 4: Verbreitung von People Analytics nach Wirtschaftssektoren

B. Verbreitung nach Unternehmensgrösse

Unsere Online-Umfrage zeigt zudem, dass People Analytics **bei grösseren Unternehmen verbreiteter** ist als bei kleineren (siehe Abb. 5). Es ist davon auszugehen, dass die Grenzkosten für den Einsatz von People Analytics sinken und der Nutzen von Big Data steigt, je grösser das Unternehmen ist.²⁰ Kleine und mittlere Unternehmen werden vielfach informelle Lösungen präferieren.

²⁰ WOLFER, Die elektronische Überwachung des Arbeitnehmers im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Diss., Zürich 2008, N 382; vgl. MAYER-SCHÖNBERGER/CUKIER (FN 3), 52: «Correlations are useful in a small-data world, but in the context of big data they really shine».

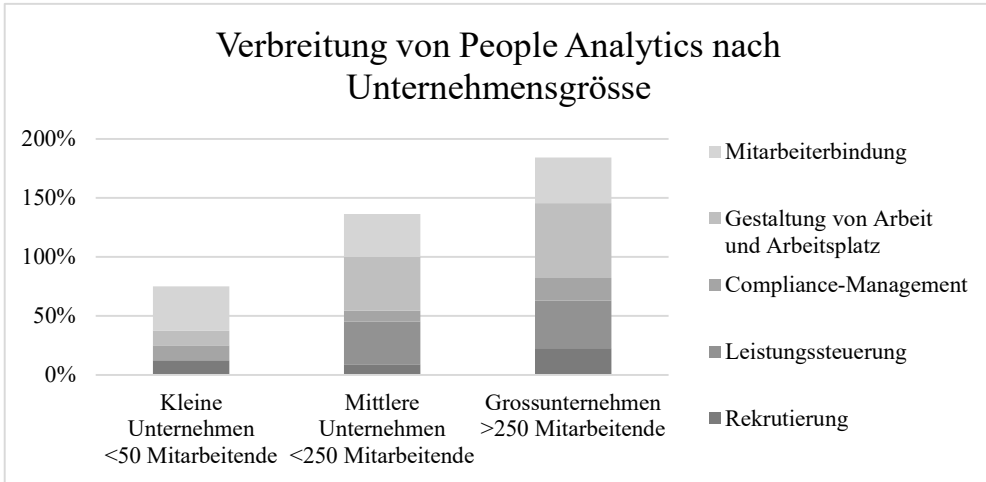


Abb. 5: Verbreitung von People Analytics nach Unternehmensgrösse

C. Verbreitung nach Einsatzbereichen

Gegenwärtig am häufigsten ist die Nutzung von People Analytics im Bereich **Mitarbeiterbindung und -entwicklung** (61%, siehe Abb. 6). Hier kommen Online-Befragungen zur Zufriedenheit der Mitarbeiter vor, um das Betriebsklima zu verbessern. Auch gibt es zur Verbesserung der Feedback-Qualität Smartphone-Applikationen, die eine 360°-Rückmeldung von Arbeitskollegen, Vorgesetzten und Kunden ermöglichen. Bereits seit Längerem bekannt sind computerbasierte Austrittsbefragungen, um die Personalpolitik anzupassen.

People Analytics findet ungefähr gleich oft Anwendung zur **Gestaltung der Arbeit und des Arbeitsplatzes** (38%) sowie zur **Leistungssteuerung** (37%). Im ersteren Fall existieren zum Beispiel Videoüberwachungsanlagen zur Verbesserung der Arbeitsabläufe oder Softwares zur erleichterten Zusammenarbeit im Team, wie beispielsweise eine Software zur Stimmenerkennung und gestützt darauf Steuerung der Webcam in virtuellen Teamsitzungen. Im letzteren Fall treten RFID²¹-Ausweise zur Geolokalisation der Mitarbeitenden, das Aufzeichnen der Tastaturanschläge oder IT-unterstützte Formen des betrieblichen Gesundheitsmanagements häufig auf.

Ungefähr jedes fünfte Unternehmen, das People Analytics einsetzt, ist im Bereich der **Auswahl von Mitarbeitenden** aktiv (21%). Die Arbeitgeber nutzen vor allem Anwendungen,

²¹ *Radio-frequency identification*: Ein Empfänger identifiziert und lokalisiert (Sender-)Objekte mittels elektromagnetischer Wellen.

die automatische Suchprozesse und einen Abgleich (*matching*) von Fähigkeiten der Mitarbeitenden mit Stellenanforderungen ermöglichen. Ähnlich viele (18%) verwenden für das **Compliance-Management** People Analytics, etwa die technologiebasierte Auswertung von Telefonaten und E-Mails.

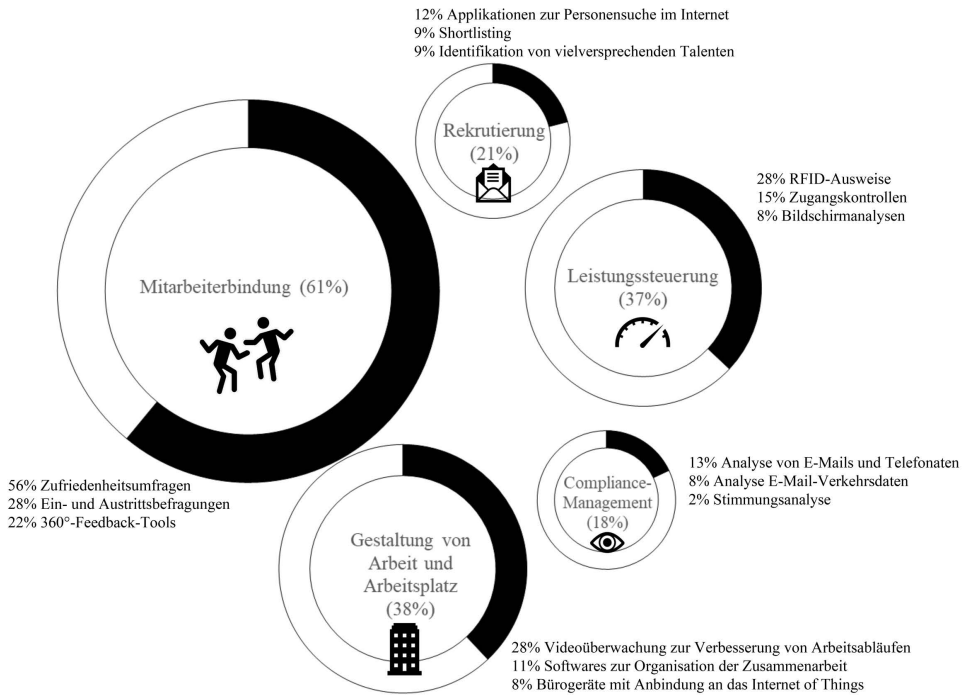


Abb. 6: Zwecke und eingesetzte Technologien von People Analytics in der Schweiz

D. Beliebteste Tools in der Schweiz

Die beliebtesten fünf Instrumente sind schon lange auf dem Markt bekannt und weisen **keinen hohen Grad an Datafizierung** auf (siehe Abb. 7). Hierzu gehören webbasierte Mitarbeiterbefragungen (1), Austrittsbefragungen (3) und Feedbackinstrumente (5). Videoüberwachungsanlagen (2) und elektronische Ausweise (4) dienen häufig eher dem Zweck der Sicherung von Gebäuden. Zu beachten ist allerdings, dass diese Daten zu anderen Zwecken als der Sicherheit wiederverwertet werden könnten. Beispielsweise lassen sich Bewegungsmuster und Verhaltensprofile ablesen, wenn die Arbeitnehmer während der Arbeitszeit mehrfach ihren Aufenthaltsort wechseln und dabei immer wieder elektronische Zutrittsschranken passieren müssen.²² Somit könnten mit dem Fortschritt der Technik theoretisch die gleichen Daten, die bislang zum Zweck der Gebäudesicherheit erhoben wurden,

²² WOLFER (FN 20), N 393.

für die Optimierung und Umstellung des Betriebsareals und zur Verkürzung der Arbeitswege dienen.

Demgegenüber **kaum genutzt** werden derzeit Technologien, die in der Presse meist besonders kontrovers diskutiert werden – etwa der Einsatz von «Hiring Robots»²³ oder Stimmungsanalysen (*sentiment analyses*).²⁴

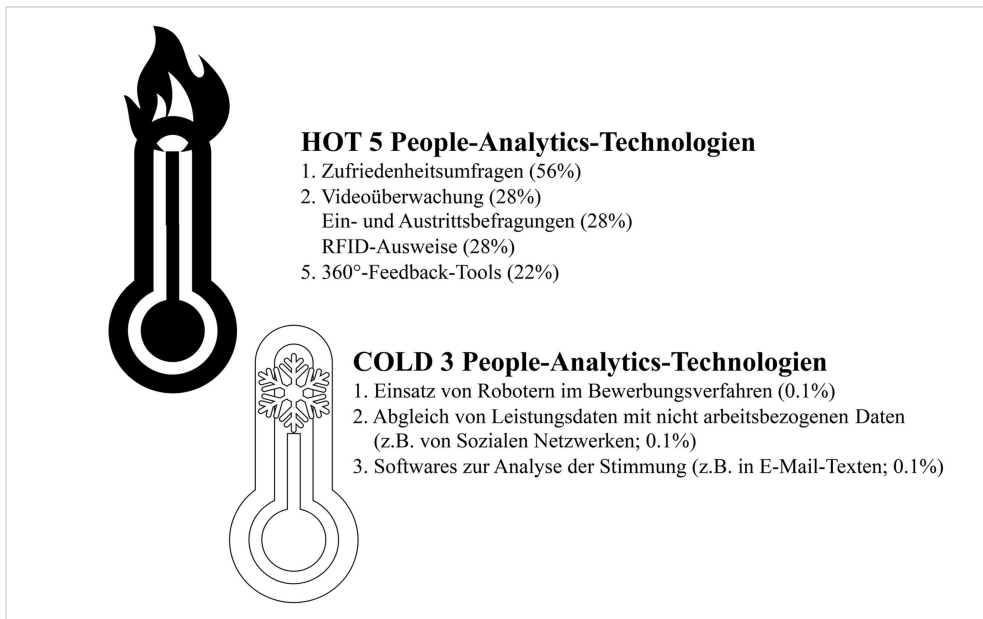


Abb. 7: Beliebteste und am wenigsten verbreitete People-Analytics-Tools in der Schweiz

Die meisten Unternehmen begnügen sich nicht mit einer einzigen der erwähnten Techniken. Knapp die Hälfte (46%) aller befragten Unternehmen hat **parallel mindestens drei verschiedene Anwendungsformen** von People Analytics im Einsatz. Bei jedem vierten (27%) aller befragten Unternehmen sind es mindestens fünf. Vier befragte Unternehmen gaben an, zehn oder mehr Tools gleichzeitig im Einsatz zu haben.

E. Verbreitung nach Konzern-Hauptsitz

Die vorstehenden Resultate zeigen, dass Unternehmen in der Schweiz (womöglich auch in Deutschland und Österreich) People Analytics in einem noch embryonalen Stadium betreiben. Hierzulande eher futuristisch klingen Anwendungsbeispiele aus anderen Ländern, wie

²³ Kritisch zur Verantwortlichkeit beim «Hiring by Algorithm»: WILDHABER (FN 8), 217 f.

²⁴ Stimmungsanalysen existieren etwa in unternehmensinternen Netzwerken wie Yammer oder Success-Factors: HOLTHAUS/PARK/STOCK-HOMBURG, People Analytics und Datenschutz – Ein Widerspruch?, Datenschutz und Datensicherheit 2015, 678.

den USA und Japan, die als technologieaffin gelten und mit weniger einschränkenden rechtlichen Rahmenbedingungen konfrontiert sind. Diesen Befund unterstreicht eine Analyse unseres Datensatzes nach dem Sitz des Unternehmens: Zwar haben wir ausschliesslich Unternehmen mit Sitz in der Schweiz befragt und von ihnen verwenden zwei Drittel People Analytics (66%). Jedoch hebt sich von diesem Durchschnitt eine kleine Gruppe von Unternehmen ab, die zu einem Konzern mit Hauptsitz im Raum **USA/Kanada** gehören: **Alle** von ihnen setzen People Analytics ein (100%).

IV. Empirische Daten zu den Rechtsfragen von People Analytics

A. Auf People Analytics anwendbare Rechtsnormen

Die zunehmende Verbreitung der beschriebenen neuartigen Vermessung der Arbeitskräfte muss der bestehenden Rechtsordnung genügen. Der **Rechtsrahmen in der Schweiz** setzt der People-Analytics-Wirtschaft Schranken: Anwendbar sind insbesondere das Arbeitsvertragsrecht (Art. 328, Art. 328b OR), öffentliche Arbeitsrecht (Art. 26 ArGV 3) und Datenschutzrecht (DSG). Des Weiteren ist an das Diskriminierungsschutzrecht und die verfassungsrechtlichen Grundrechte (vgl. Art. 35 Abs. 3 BV) zu denken.²⁵ Bereits bei früherer Gelegenheit haben wir die Rechtsprobleme, die sich ergeben, analysiert.²⁶ Diesen Rechtsproblemen stellen wir vorliegend ausgewählte empirische Daten unserer Umfrage gegenüber.

B. Trennung von Beruf und Privatleben

Arbeitgeber dürfen Daten über Arbeitnehmer nur bearbeiten, soweit sie deren Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind (Art. 328b Satz 1 OR). Grundsätzlich muss ein sachlicher Zusammenhang zwischen der Datenerhebung und dem Arbeitsverhältnis bestehen. In unserer Umfrage gaben einige Teilnehmer an, sie stimmten der Aussage völlig oder beinahe völlig zu, dass ihr Unternehmen **nicht-berufsbezogene Daten** von Arbeitnehmern (3%) oder Bewerbern (7%) analysiere.

In drei von fünf Fällen können die Arbeitnehmer das Gerät oder das Programm, über das People Analytics betrieben wird, nicht **ausschalten** (62%), während sie sich in zwei von fünf Fällen durch Ausschalten des Geräts der Analyse entziehen können (38%). Hier ist im Einzelfall zu beurteilen, ob die fehlende Ausschaltfunktion zu einem Verstoß gegen Art. 328b OR führt. Dies wäre grundsätzlich der Fall, wenn es zur Erhebung von Daten in der Freizeit kommt, etwa wenn ein GPS-«getracktes» Geschäftsauto auch in der Freizeit benutzt werden darf und Aufzeichnungen stattfinden. Weniger problematisch erscheint die

²⁵ WILDHABER/LOHMANN/KASPER (FN 13), 459 ff.

²⁶ KASPER/WILDHABER (FN 12), 189 ff.

permanente Aufzeichnung, wenn die Sensoren am Arbeitsplatz fest installiert sind und den Arbeitnehmer aus den «Augen» verlieren, sobald er das Gebäude verlässt.

C. Zweckbegrenzung und Rechtmässigkeit

Das öffentlich-rechtliche Arbeitnehmerschutzrecht verbietet grundsätzlich eine Datenbearbeitung zum Zweck der Verhaltensüberwachung: Überwachungs- und Kontrollsysteme, die das Verhalten der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz überwachen sollen, dürfen grundsätzlich nicht eingesetzt werden (Art. 26 ArGV 3). Diese Verordnungsbestimmung kollidiert mit der Wirklichkeit: Jeder fünfte Umfrageteilnehmer stimmt der Aussage völlig oder fast völlig zu, dass sein Unternehmen das **Verhalten** von Arbeitnehmern und ihre Zusammenarbeit untereinander beobachtet (22%). Diese Unternehmen verhalten sich aber nicht notwendigerweise widerrechtlich. Das Bundesgericht hat entschieden, dass die Verordnungsbestimmung betreffend Verhaltensüberwachung einschränkend auszulegen ist: Eine Verhaltensüberwachung mit Kontrollsystemen ist nur unzulässig, wenn sie geeignet ist, die Gesundheit oder das Wohlbefinden der Arbeitnehmer zu beeinträchtigen.²⁷ Entscheidend ist somit die Überwachungswirkung, nicht die -absicht.²⁸ Solange also die Arbeitnehmer in den befragten Betrieben aufgrund der Verhaltensüberwachungen keine Gesundheitsbeeinträchtigungen erleiden, dürften die Praktiken zulässig sein.

D. Verhältnismässigkeit

Die Bearbeitung von Personendaten muss verhältnismässig sein (Art. 4 Abs. 2 DSG). Aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit fliesst, dass Daten nach einer bestimmten Zeit gelöscht werden müssen.²⁹ Im Zeitalter von Big Data ist jedoch eine unbegrenzte Speicherdauer und Wiederverwertung von Daten immer mehr an der Tagesordnung. (Nur) jedes fünfte Unternehmen, das People Analytics betreibt, **löscht die Daten gänzlich**, sobald der Zweck, zu dem sie erhoben worden sind, erfüllt ist (20%). Doppelt so viele Arbeitgebende bewahren die erhobenen Daten generell während zehn Jahren auf (44%). Jedes vierte Unternehmen bewahrt die Daten während der gesamten Dauer des Arbeitsverhältnisses des jeweiligen Arbeitnehmers auf (27%). Jedes zwanzigste Unternehmen gibt an, dass es Datensätze und Analysen überhaupt nicht löscht (5%).

E. Transparenzgrundsatz

Die Beschaffung von Personendaten und insbesondere der Zweck ihrer Bearbeitung müssen für die betroffene Person erkennbar sein (Transparenzgrundsatz, Art. 4 Abs. 4 DSG). Von den Unternehmen, die People Analytics einsetzen, stimmen (nur) etwas mehr als die

²⁷ BGer 6B_536/2009 vom 12.11.2009, E. 3.6.1 f.

²⁸ KASPER/WILDHABER (FN 12) 221 ff., 223.

²⁹ AEBI-MÜLLER, Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes: Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in der Schweiz und in Deutschland, Bern 2005 (zugleich Habil. Universität Bern 2005), N 565.

Hälfte der Aussage völlig oder nahezu völlig zu, dass die Mitarbeiter und Bewerber **verstehen**, was das Unternehmen analysiert (53%).

F. Einwilligung im Arbeitskontext

Ist für die Bearbeitung von Personendaten die Einwilligung der betroffenen Person erforderlich, so ist diese Einwilligung erst gültig, wenn sie nach angemessener Information freiwillig erfolgt. Bei der Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofilen muss die Einwilligung zudem ausdrücklich erfolgen (Art. 4 Abs. 5 DSGVO). Angemessene Information bedeutet, dass die einwilligenden Arbeitnehmer aufgrund der Information die Einsichtsfähigkeit besitzen, das Ausmass der Datenbearbeitung und die Konsequenzen ihrer Zustimmung zu erfassen. Eine gültige **Einwilligung muss spezifisch** erfolgen. Drei von fünf Unternehmen holen eine vorgängige generelle Einwilligung zu People Analytics mittels einer Klausel im Arbeitsvertrag ein (59%). Dies dürfte dem Erfordernis der Bestimmtheit tendenziell nicht genügen. Jedes zehnte Unternehmen holt keine Einwilligung ein, etwa weil es die Analysen anderweitig rechtfertigt (11%). Dies ist rechtlich nicht a priori zu verurteilen: Die Datenbearbeitung ist im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis grundsätzlich zulässig.³⁰ Voraussetzung für einen zulässigen Verzicht auf die Einwilligung ist, dass es entweder nicht zu einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung kommt (Art. 12 Abs. 1 DSGVO) oder aber dass ein anderer Rechtfertigungsgrund besteht (überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder Gesetz, Art. 13 Abs. 1 DSGVO).³¹ Immerhin jedes vierte Unternehmen holt eine Einwilligung für jede einzelne People-Analytics-Anwendung ein (27%).

G. Zugriffsbeschränkung

Personendaten müssen durch angemessene technische und organisatorische Massnahmen gegen unbefugtes Bearbeiten geschützt werden (Art. 7 Abs. 1 DSGVO). In diesem Zusammenhang ist ein firmeninternes **Berechtigungskonzept** auszuarbeiten, damit nicht jeder Mitarbeitende alle Daten einsehen kann.³² Ein Unternehmen gibt in unserer Umfrage an, dass alle Angestellten im Unternehmen nahezu vollen Zugriff auf die Daten hätten (*open company access*, 1%). Dagegen gibt jedes dritte an, dass allein die analysierten Mitarbeiter vollen oder nahezu vollen Zugriff auf die über sie erhobenen Daten hätten (35%). In den übrigen Fällen haben oft allein die Personalabteilung (57%), allein die Linienvorgesetzten (39%), sowohl die analysierten Mitarbeiter als auch ihre Linienvorgesetzten (30%) oder auch interne Expertenausschüsse (39%) vollen oder nahezu vollen Zugriff auf die über die

³⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl. Zürich 2012, Art. 328b N 2.

³¹ Vgl. ROSENTHAL, Der Entwurf für ein neues Datenschutzgesetz: Was uns erwartet und was noch zu korrigieren ist, Jusletter 27.11.2017, N 30.

³² Zumindest Firmen, die in den Anwendungsbereich der DSGVO fallen, sind zu einem Berechtigungsmanagement verpflichtet: DOMENIG/MITSCHERLICH, Datenschutzrecht für Schweizer Unternehmen, Bern 2019, N 444 f.

Arbeitnehmer erhobenen Daten. Drei Unternehmen gewähren externen Drittparteien vollen Zugriff auf die erhobenen Daten (3%).

H. Mitwirkung

Aus dem Mitwirkungsrecht ergibt sich, dass die Belegschaft ein **kollektives Recht auf Mitsprache** bei der Einführung von People Analytics hat (Art. 48 Abs. 2 Teilsatz 1 ArG i.V.m. Art. 10 lit. a MitwG). Die Belegschaft wird jedoch selten für den Entscheid über die Beschaffung eines Analysetools konsultiert (Arbeitnehmervertretung, Einkauf und Fachstellen auf Konzernstufe zusammen 9%). Gemäss unserer Umfrage sind am Entscheid über den Kauf von Analyse-Produkten in erster Linie die Personalabteilung (in 90% aller Fälle), die Unternehmensführung (81%) und die IT (64%) beteiligt. Des Weiteren werden die Rechtsabteilung (44%) sowie Compliance- (36%), Finanz- (27%) und Ethik-Verantwortliche beigezogen (11%).

Auf Individualebene geniessen die Mitarbeitenden etwas mehr Gestaltungsspielraum bei der Anwendung der People-Analytics-Tools: In vier von fünf Fällen geben die Unternehmen an, dass Arbeitnehmende in Bezug auf die verwendeten People-Analytics-Lösungen einen gewissen Grad an Freiheit geniessen, **freiwillig Daten in das System einzuführen** (80% mit Punktzahl 2, 3 oder 4 auf einer Skala von 1 bis 5, wobei 1 bedeutet «keine Möglichkeit» und 5 «viele Möglichkeiten, um Daten beizusteuern»). Jedes zwanzigste Unternehmen gewährt den Arbeitnehmern viele Möglichkeiten, Daten freiwillig beizusteuern (6% mit Punktzahl 5 auf der besagten Skala). Bei jedem siebten Unternehmen haben die Mitarbeiter jedoch keine solchen Möglichkeiten (14%).

V. Schlusswort

Unsere Studie zeigt, dass sich eine neue, datenbasierte Form der Personalsteuerung ihren Weg in den schweizerischen Arbeitsmarkt bahnt. Diese Entwicklung steckt noch in ihren Anfängen. Die gegenwärtige Umsetzung von People Analytics in der Praxis scheint noch nicht überall rechtskonform zu verlaufen. Gleichzeitig ist nicht zu verkennen, dass People Analytics auch dazu beitragen kann, rechtliche Compliance zu verstärken. Beispielsweise hilft eine genaue Protokollierung zur Einhaltung der arbeitsgesetzlichen Arbeitszeiten und Sicherheitsstandards. Im Datenschutzrecht können lückenlose Aufzeichnungen helfen, die Datensicherheit zu erhöhen und allfällige Nachweispflichten zu erfüllen (zu denken ist an die Rechenschaftspflicht der Unternehmen, die in den Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 2 DSGVO fallen). Auch im Finanzmarkt-Aufsichtsrecht sind sinnvolle Anwendungsfälle denkbar, etwa zur Überwachung von sog. Rogue Traders im Bankenwesen. Zu erwähnen ist auch das enorme wirtschaftliche Potential von People Analytics.

Aus diesen Gründen sollte die Rechtsordnung Raum für Fortschritt im Bereich People Analytics gewähren. Wichtig erscheint uns dabei, dass die Arbeitgeber mit der nötigen rechtlichen und technischen Fachkenntnis in entsprechende Projekte einsteigen. Der aktive Einbezug verschiedener (auch kritischer) Stakeholder, insbesondere der Arbeitnehmenden, wird die Akzeptanz von People Analytics steigern.