



Universität  
Basel

Juristische  
Fakultät



# Personalauswahl und Überwachung durch Algorithmen – zum (Un)wohl der Arbeitnehmenden?

SLTA Students Chapter Basel  
10. November 2021, Vortrag Prof. Dr. Kurt Pärli

# Übersicht

- I) Ausgangslage und Fragestellung
- II) Algorithmen für alle Fälle
- III) Anstellung: Vertragsfreiheit vs. Diskriminierungs- und Datenschutz
- IV) Überwachung, Absenzen, Gesundheitsförderung: arbeits- und datenschutzrechtliche Aspekte
- V) Fazit & offene Fragen

# I) Ausgangslage

Veränderungen in der Arbeitswelt (u.a.):

- Technologische Entwicklungen
- Arbeitsorganisation
- Neue Geschäftsmodelle
- Erosion traditioneller arbeitsrechtlicher Konzepte
  
- Arbeitsinhalt, Ort und Zeit
  - Anforderungen
  - Intensität
  - Soziale Bezüge (z.B. durch remote-Office)

Gefordert sind:

- Mobilität
- Flexibilität
- Agilität
- Hohe moralische Standards

# Herausforderungen für die Unternehmen

## Personalauswahl

- Kampf um Talente
- Verarbeitung & Analyse verfügbarer / beschaffbarer Informationen über potenzielle Beschäftigte
- Richtige Entscheidung

## Personalentwicklung

- Performancemessung
- Förderung
- Trennung bei Umstrukturierung

## Kranke/arbeitsunfähige Arbeitnehmende:

- Organisationsaufwand
- Druck auf die (noch) gesunden Arbeitnehmenden
- Produktivitätsverluste
- Kosten (Lohnfortzahlung, steigende Versicherungsprämien)
- Verlagerung von Kosten auf Sozialversicherungen

# Herausforderungen für die Beschäftigten

## Chancen:

- Interessantere Arbeit
- Autonomie
- Chancen für viele, auch für «Nichtetablierte»

## Risiken:

- Bestimmte Qualifikationen sind nicht mehr erforderlich
- Erhöhter Konkurrenzdruck
- Ambivalenz: Individualitäts- und Konformitätszwang
- Überforderung

## Mögliche Konsequenzen:

- Ausschluss vom Zugang zum Arbeitsmarkt
- Anpassung
- Stress, Burnout u.Ä.
- Arbeitsunfähigkeit, Erwerbsunfähigkeit, Invalidität

# Fragestellung

Auswirkungen der skizzierten Ausgangslage auf HR-Prozesse, namentlich Rekrutierung sowie Überwachung, Absenzenmanagement und Gesundheitsförderung am Arbeitsplatz

Rechtliche Würdigung:

- Anstellung: Vertragsfreiheit als Ausgangslage, Diskriminierungs- und Datenschutz als Schranke
- Während der Vertragsdauer: arbeits- und datenschutzrechtliche Spielräume und Schranken

Fazit und offene Fragen:

- Eignung der geltenden rechtlichen Bestimmungen

# Übersicht

- 
- I) Ausgangslage und Fragestellung
  - II) Algorithmen für alle Fälle
  - III) Anstellung: Vertragsfreiheit vs. Diskriminierungs- und Datenschutz
  - IV) Überwachung, Absenzen, Gesundheitsförderung: arbeits- und datenschutzrechtliche Aspekte
  - V) Fazit & offene Fragen
-

## II) Algorithmen für alle Fälle

Rekrutierung / Personalauswahl:

- Zahlreiche Angebote auf dem Markt
- Digital unterstützte HR-Prozesse
- Video-recruiting, Sprachanalyse, Gesichtsanalyse usw.
- KI-basierte Analyse- und (Vor)entscheid-Tools

Beispiel:

- <https://www.retorio.com/homepage>
- <https://www.seedlinktech.com/>
- Film: [https://www.youtube.com/watch?v=gK\\_iTV-WOsc](https://www.youtube.com/watch?v=gK_iTV-WOsc)

Einsatz auch in der Personalentwicklung, beim Absenzenmanagement und bei betrieblicher Gesundheitsförderung

Beispiele:

- <https://www.unit4.com/de/produkte/hr/absence-manager>
- <https://wefitter.com/>
- <https://www.soma-analytics.com/> (Big Brother Award 2018)



# Kritik und Replik

## Kritik:

- Diskriminierung durch Algorithmen? (ab Min. 6.55 Sekunden bis 8.35)
- Eignung von Eignungsdiagnostik (Sprachanalyse)
- Kritik: <https://www.youtube.com/watch?v=t3xTmqd26bo>

## Replik:

- Diskriminierung erfolgt auch ohne Algorithmen
- Algorithmen können helfen, Diskriminierung zu überwinden
- <https://www.queb.org/blog/diskriminierungsfreie-algorithmen-im-recruiting/>
- <https://www.youtube.com/watch?v=ionnIGLHoRM>
- Diskriminierungsschutz durch Technik?

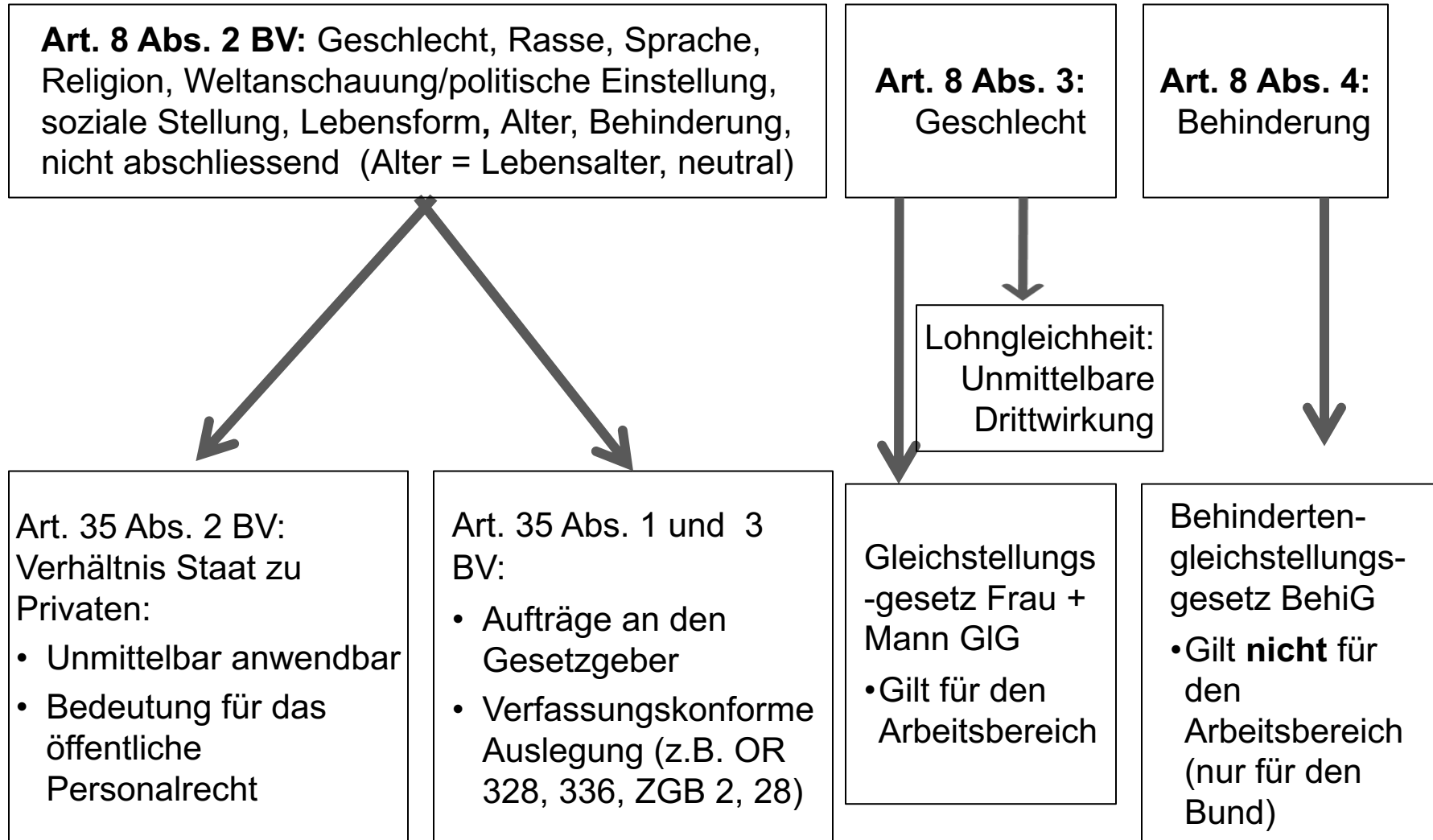
# Übersicht

- 
- I) Ausgangslage und Fragestellung
  - II) Algorithmen für alle Fälle
  - III) Anstellung: Vertragsfreiheit vs. Diskriminierungs- und Datenschutz
  - IV) Überwachung, Absenzen, Gesundheitsförderung: arbeits- und datenschutzrechtliche Aspekte
  - V) Fazit & offene Fragen
-

# III) Vertragsfreiheit als Schranke des Diskriminierungsverbotes?

- Vertragsfreiheit = Bestandteil der Privatautonomie
- Schutz durch die Verfassung (Art. 27 BV, Teilaspekt der Wirtschaftsfreiheit, Bedingung für die Wahrnehmung anderer Grundrechte wie z.B. die Eigentumsfreiheit)
- Schutzbereich:
  - Arbeitsvertragliche Vertragsfreiheit gewährt Arbeitgebern Schutz vor staatlichen Diskriminierungsverboten und Gleichstellungsaufgaben
  - **Abschluss-**, Inhalts- und Beendigungsfreiheit
- Einschränkungen (BV 36): Gesetz, öffentliches Interesse oder überwiegendes Privatinteresse/Schutz der Grundrechte Dritter, Verhältnismässigkeit, Kerngehalt

# Verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbote nach BV 8 II



# Ziele und Funktion des Diskriminierungsschutzes

Schutz vor *Benachteiligung* wegen eines Diskriminierungsmerkmals, Anspruch auf gleiche Behandlung (Schutz der *Menschenwürde*)

Marktrationalität: Sicherung des Zugangs zu Markt und Wettbewerb

- Das Diskriminierungsmerkmal soll für die Verteilung und Verteilungschancen keine Rolle spielen dürfen
- Verbot der «taste discrimination», z.B. keine «Abneigungsfreiheit» der Arbeitgeber

Begrenzung der Marktrationalität

- Verbot auch rationaler Diskriminierung, z.B. wegen Kundenpräferenzen
- Verbot mittelbarer Diskriminierung und positive Massnahmen dienen dem Ziel, strukturelle Nachteile der Diskriminierungsmerkmalsträger zu überwinden

Daraus folgt:

- Diskriminierungsschutzrecht ist kein genuines Sozialschutzrecht, z.B. kein Anspruch auf ein bestimmtes Gehaltsniveau
- Aber, Anspruch, nicht wegen eines Diskriminierungsmerkmals ungünstiger behandelt zu werden (es sei denn, es liege ein Rechtfertigungsgrund vor)

# Diskriminierungsformen

## Direkte (unmittelbare) Diskriminierung

- Benachteiligung durch Anknüpfung an ein Diskriminierungsmerkmal

## Indirekte (mittelbare) Diskriminierung

- Benachteiligung durch Anknüpfung an ein vordergründig neutrales Merkmal, die Benachteiligung trifft Träger/innen eines Diskriminierungsmerkmals überproportional

## Mehrfachdiskriminierung

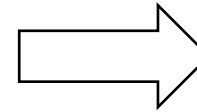
- z.B. Verstärkung der Diskriminierung aufgrund einer Diskriminierung w/Geschlecht + Alter (+ z.B. Migrationshintergrund) oder Diskriminierung entsteht erst im Zusammenwirken der Merkmale

## Statistische Diskriminierung

- z.B. durch generalisierende Annahmen über z.B. altersspezifische Eigenschaften

# Werkzeuge des Diskriminierungsschutzrechts

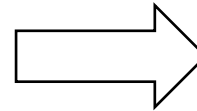
Allgemeines  
Gleichbehandlungsgebot  
(Formale Rechtsgleichheit)



Rechtfertigung  
• Sachliche Gründe

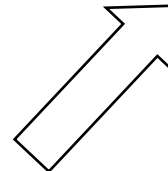
Besondere Gleichbehandlungsgebote  
(Spezifische Diskriminierungsverbote)

- unmittelbare Diskriminierung
- mittelbare Diskriminierung
- *Belästigung*
- *Anweisung zur Diskriminierung*
- *Mehrfachdiskriminierung*



Rechtfertigung  
• Besondere  
Gründe  
notwendig

Positive Massnahmen  
(Zulässige Ausnahme des Verbots  
unmittelbarer Diskriminierung)



# Zwischenbemerkung

Diskriminierungsschutz und Privatautonomie/Vertragsfreiheit:  
Gegenspieler oder Partner?

**Menschenwürde**

Privatautonomie  
Vertragsfreiheit

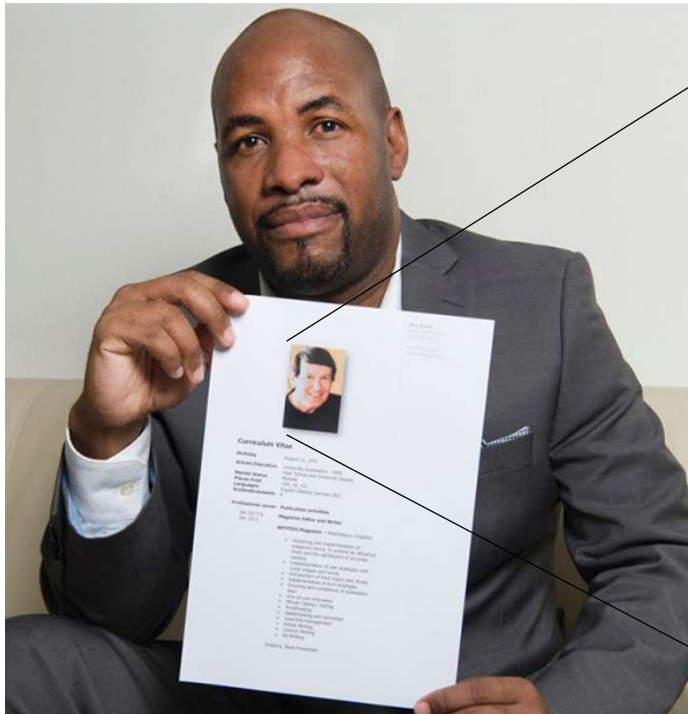
Diskriminierungsschutz

Weder Vertragsfreiheit noch  
Diskriminierungsschutz sind  
„naturegeben“



# Praktischer Fall

**Ethan Sebastian**  
Nur Absagen



**Ron Emler**  
17 Einladungen



Quelle: Bild 1: <http://www.blick.ch/news/bewerbungsgespraech-dank-falschem-passfoto-ich-werde-aus-rassistischen-gruenden-abgelehnt-id4655758.html>; Bild 2: <https://sebastianbooksblog.wordpress.com/2014/04/17/ron-emler-ghost-of-echo-park/>

# Geltende Rechtslage

Schutz vor diskriminierender Nicht-Anstellung wegen des Geschlechts:

- Gleichstellungsgesetz, Anspruch auf Pönalentschädigung

(Fast kein) Schutz vor diskriminierender Nicht-Anstellung wegen anderer Gründe

- Art. 28 ZGB (Persönlichkeitsverletzung), Art. 2 ZGB (Verstoss gegen Treu und Glauben)

(Fast gar kein) Schutz vor neuartigen «Angriffen» auf die Persönlichkeit im Rahmen des Einsatzes von Algorithmen im Bewerbungsverfahren

Wenig wirksame Datenschutzbestimmung (Art. 328b OR)

# Übersicht

- 
- I) Ausgangslage und Fragestellung

---

  - II) Algorithmen für alle Fälle

---

  - III) Anstellung: Vertragsfreiheit vs. Diskriminierungs- und Datenschutz

---

  - IV) Überwachung, Absenzen, Gesundheitsförderung: arbeits- und datenschutzrechtliche Aspekte

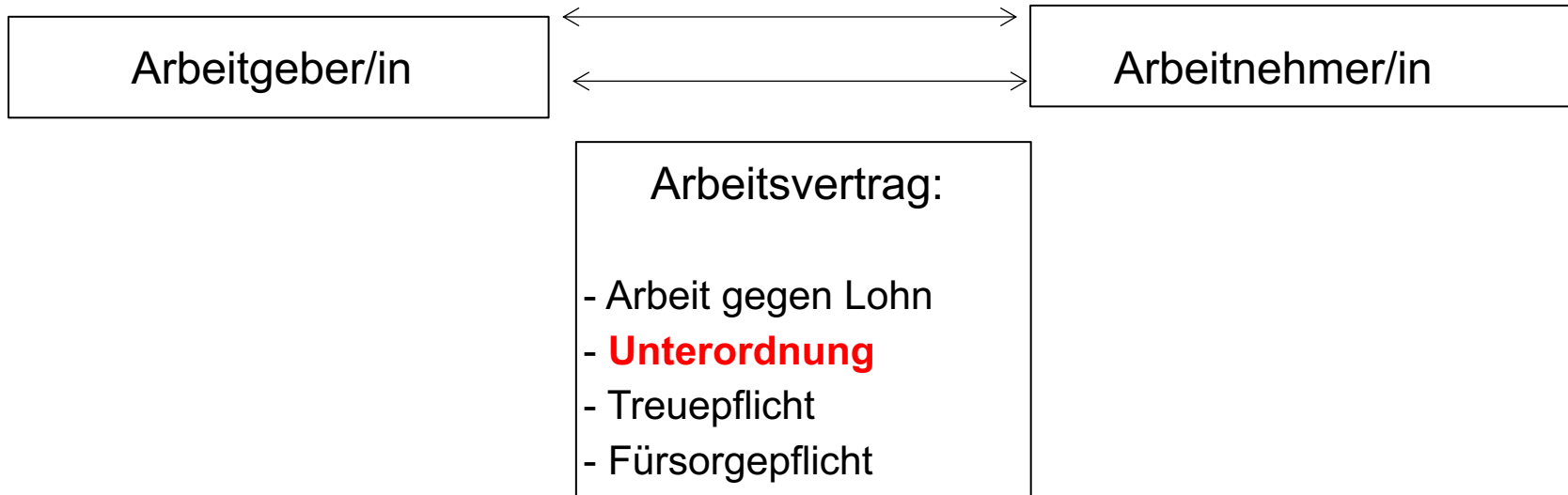
---

  - V) Fazit & offene Fragen
-

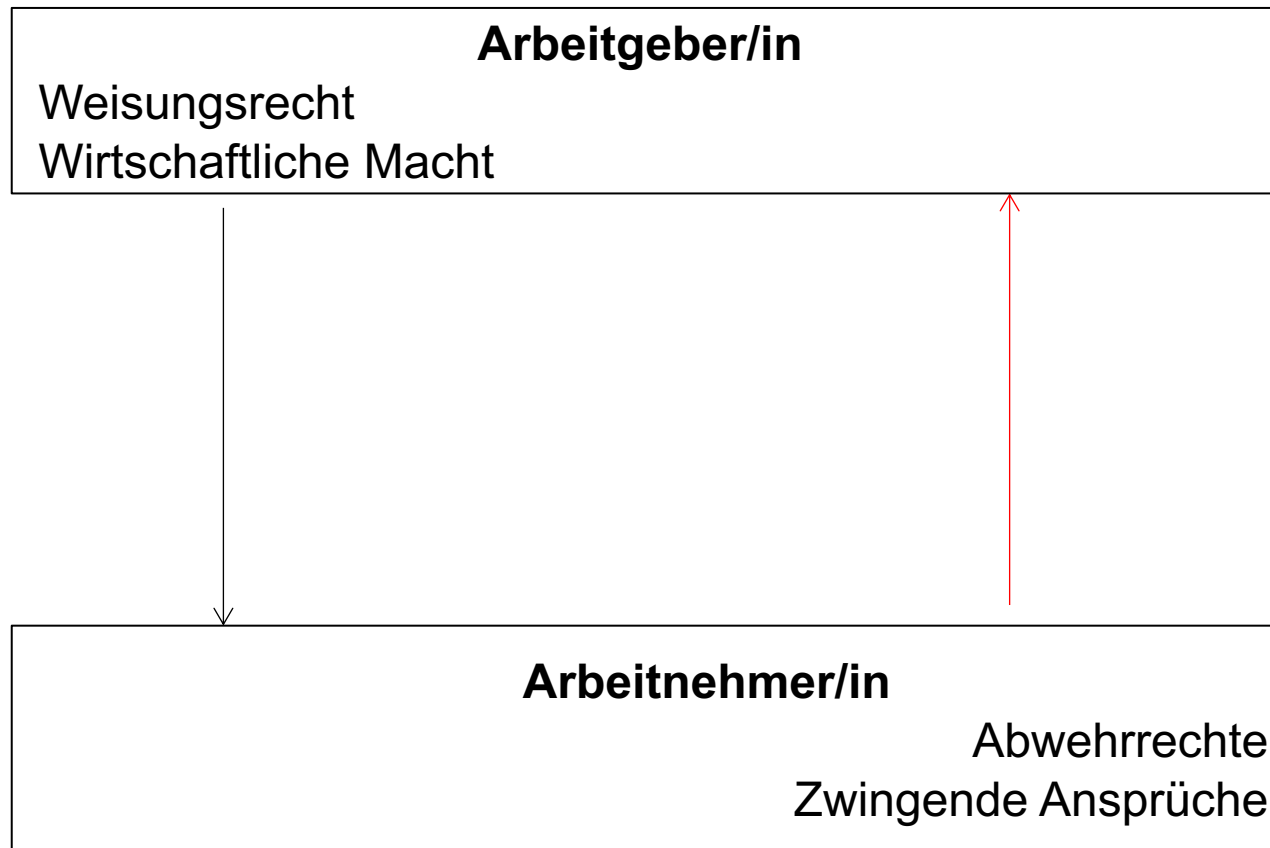
# IV) Arbeits- und datenschutzrechtliche Würdigung

Ausgangslage:

## Vertragsfreiheit



# Unterordnung und ihre Schranken



# Interessenlage und Spannungsfelder

## OR 324a / 336c

- Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin
- Taggeldleistungen
- (IV-Leistungen)
- Kündigungsschutz bei Krankheit

OR 328 Abs. 1 + 2  
ArG 6 / ARV 3

- Pflicht der Arbeitgeberin, Gesundheit und Persönlichkeit der Arbeitnehmenden zu schützen

OR 19/20, ZGB 27 /  
OR 328

- Schranken der vertraglichen Bindung und Schranken des Weisungsrechts

# Schutz der Privatsphäre und Arbeitnehmergesundheitsdaten

**Art. 8 EMRK / Art. 13 BV**

Grundnorm: Art. 28 Zivilgesetzbuch (ZGB), Schutz vor widerrechtlicher Persönlichkeitsverletzung

Art. 328 OR: Pflicht des Arbeitgebers zur Achtung und Schutz der Persönlichkeit

Datenschutzgesetz (DSG), allgemeine Bestimmungen und Bestimmungen für Private, v.a. Datenschutzgrundsätze

Konkretisierung in Art. 328b OR für den Schutz vor Persönlichkeitsverletzung durch missbräuchliche Datenbearbeitung

Strafrechtliche Bestimmungen

Siehe auch Art. 26 Verordnung 3 zum ArG (Schutz vor Überwachung)

# Art. 328b OR und DSG

Der Arbeitgeber darf Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Im Übrigen gelten die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz.

## **Anwendungsbereich:**

- Bereits im Bewerbungsverfahren (Eignungsabklärung), erforderliche Daten zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses = nach Vertragsabschluss

## **Zweck und Verhältnis zum DSG:**

- Verweis auf DSG lediglich deklaratorisch (das DSG gilt ohnehin)
- Beschränkung der Zulässigkeit der Bearbeitung von Personendaten des Arbeitnehmers

## **Bearbeitungsprinzipien des DSG:**

- Rechtmässigkeit, Transparenz, Zweckbindung, Verhältnismässigkeit, Datenrichtigkeit und Datensicherheit
- Aktive Mitteilungspflicht bei Persönlichkeitsprofilen und besonders schützenswerten Personendaten, bei der Bekanntgabe besonders schützenswerter Personendaten ist eine ausdrückliche Einwilligung erforderlich, Art. 12 Abs. 2 lit. c DSG
- Einwilligung (Einwilligung nur in den Schranken von Art. 328b OR)



# Art. 26 ArGV3

1 Überwachungs- und Kontrollsysteme, die das Verhalten der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz überwachen sollen, dürfen nicht eingesetzt werden.

2 Sind Überwachungs- oder Kontrollsysteme aus andern Gründen erforderlich, sind sie insbesondere so zu gestalten und anzuordnen, dass die Gesundheit und die Bewegungsfreiheit der Arbeitnehmer dadurch nicht beeinträchtigt werden.

**Annahme des Verordnungsgebers:** Überwachung gefährdet die Gesundheit

## **Zu beachten:**

- Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz ist Mitwirkungsthema (Art. 10 lit. a Mitwirkungsgesetz und Art. 48 Arbeitsgesetz)

**Das bedeutet:** Überwachungsregime (inkl. E-Mail- und Internetüberwachung sowie Gesundheits-Apps) sind Mitwirkungsthema!

# Zulässigkeit Algorithmen

- Zum Zwecke des Absenzenmanagements:
  - Legitimer Zweck (Übersicht Lohnfortzahlung / Durchführung des Arbeitsverhältnisses, Eignung ArN)
  - Einhaltung der DSGVO-Grundsätze
- Als Unterstützung der Prävention / betriebliche Gesundheitsförderung:
  - Legitimer Zweck (Vermeidung von Kosten, Erhaltung Produktivität, Durchführung Arbeitsv. und Eignung ArN)
  - Schranken:
    - DSGVO-Grundsätze
    - OR 328, ZGB 27/OR 19/20
    - ArG 6 und VO 3
    - MitwG (Gesundheitsthemen = Mitwirkungsthema)
- Zur Optimierung von Arbeitsabläufen bzw. Output-Steigerung:
  - Zulässigkeit m.E. fraglich

# Übersicht

- 
- I) Ausgangslage und Fragestellung

---

  - II) Algorithmen für alle Fälle

---

  - III) Anstellung: Vertragsfreiheit vs. Diskriminierungs- und Datenschutz

---

  - IV) Überwachung, Absenzen, Gesundheitsförderung: arbeits- und datenschutzrechtliche Aspekte

---

  - V) Fazit & offene Fragen

## IV) Fazit & offene Fragen

- Unausweichlich: HR-Prozesse werden digitalisiert und «algorithmisiert»
- Risiken
  - Untaugliche Methoden / grosser Aufwand, wenig Nutzen
  - Verstärkung von Vorurteilen und Ausgrenzung bei der Selektion und Personalentwicklung
  - «Übergriffe» auf die Persönlichkeit der Arbeitnehmenden im Rahmen Absenzenmanagement und Gesundheitsförderung
- Chancen
  - Verbesserung der Personalauswahl (Teamzusammensetzung u.ä.)
  - Vermeidung von Vorurteilen dank Technologie (?)
- Rechtlich:
  - Handlungsbedarf gegeben bezüglich Diskriminierungsschutz (Vorbild GlG) für andere Kriterien als das Geschlecht im Bereich Arbeit, im Interesse der Marktrationalität und punktuell zur Begrenzung der Marktrationalität (wo die Marktrationalität ausgrenzend wirkt)
  - Diskriminierungsschutzrecht allein genügt nicht, verbesserter Datenschutz als flankierende Massnahmen



Universität  
Basel

Juristische  
Fakultät



**Vielen Dank**  
für Ihre Aufmerksamkeit