



Nina Diercks, M. Litt  
(University of Aberdeen)  
ist Rechtsanwältin und  
Partnerin der Kanzlei  
Dirks & Diercks in  
Hamburg, Gründerin wie  
Autorin des Social Media  
Recht Blog und bundes-  
weit auf Kongressen als  
Referentin tätig. Ihre  
Schwerpunkte liegen  
unter anderem im  
Datenschutz- und  
IT-Vertragsrecht.  
(Foto: Lisa Krechting)

# Big Data-Analysen & Scoring in der (HR-)Praxis

## Dürfen aus allgemein zugänglichen personenbezogenen (Arbeitnehmer-)Daten Score-Werte erstellt und genutzt werden?

*Nina Diercks*

### I. Einleitung

Die Sammlung, Aufbereitung und Auswertung von Datenmassen hat für Unternehmen einen nicht unerheblichen wirtschaftlichen Nutzen. Schon lange bekannt sind derartige „Big Data-Analysen“ in Form des sogenannten Scorings aus dem Finanzsektor als Grundlage zur Entscheidung über Kreditvergaben. Mit den zunehmenden technischen Möglichkeiten entwickeln sich auch in anderen Wirtschaftsbereichen auf derartiger Datenauswertung basierende Geschäftsmodelle. Nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis befasst sich (die Analyse von) Big Data schlicht mit der Anforderung eines Unternehmens, eine gigantische Menge unterschiedlichster Daten aus unterschiedlichsten Quellen möglichst in Echtzeit präzise so auszuwerten, dass sich hierauf unternehmerische Entscheidungen stützen lassen.<sup>1</sup> Besondere Relevanz erlangt dabei das „Scoring“ als ein mögliches Analyseverfahren. Hierbei werden zunächst Daten gesammelt und unter algorithmischer Verarbeitung ein Wahrscheinlichkeitswert für ein bestimmtes zukünftiges individuelles und/oder kollektives Verhalten ermittelt, um eben diesen Wert dann für unternehmensbezogene Entscheidungen heranzuziehen.

Solche Verfahren erfreuen sich gerade im Bereich „Human Resources“ (HR) zunehmender Beliebtheit. Der demografische Wandel und der Fachkräftemangel sorgen in zahlreichen Bran-

chen und Regionen dafür, dass Unternehmen verstärkt Abgänge von Mitarbeitern vermeiden, die Personalplanung verbessern und Wettbewerbsvorteile im Recruitment erlangen müssen. So existieren hier bereits Scoring-Verfahren, die die Wechselbereitschaft von ganzen und/oder Teilen der Erwerbsbevölkerung als auch von Individuen oder definierten Gruppen innerhalb von Unternehmen vornehmen. Derartige Scorings bieten einerseits den sie nutzenden Arbeit gebenden Unternehmen etwa die Möglichkeit, eventuelle Mitarbeiterabgänge zu erkennen und diesen entgegenzuwirken. Personalberater andererseits können mit derartigen Tools wechsellere Mitarbeiter identifizieren und somit Ansprache-Erfolge erhöhen.

Bei solchen Scoring-Verfahren sind mindestens drei Parteien zu berücksichtigen. Zum einen die an einem Scoring-Wert interessierten Unternehmen, zum anderen die externen Scoring-Anbieter, die den begehrten Scoring-Wert errechnen sowie die Betroffenen, aus deren personenbezogenen Daten ein Scoring-Wert errechnet wird.

Der Gesetzgeber hat zwar das Scoring ebenso gesetzlich geregelt wie sich Klauseln zur Erhebung von personenbezogenen Daten für eigene Geschäftszwecke und zum Zweck der geschäftsmäßigen Übermittlung finden lassen. Jedoch waren diese Regelungen ursprünglich inhaltlich insbesondere für ein Scoring im Rahmen der Finanz- und Kredit-Industrie konzipiert, bei dem (noch) von einmal erstellten und nicht variierenden, gar selbstlernenden Algorithmen sowie von einer mehr oder minder klar zu umgrenzenden Datenbasis ausgegangen wurde. Die Möglichkeiten der Daten-Analyse von unendlichen personenbezogenen Datenmassen, die

<sup>1</sup> Hackenberg, in: Hoeren/Sieber/Holzengel, Multimedia-Recht, 40. Ergänzungslieferung 2014, Teil 16.7, Einl., Rn. 1–6. Siehe zur Begriffsdefinition auch Arning, Datenpools – Big Data datenschutzkonform umsetzen, K&R Beihefter 3/2015 zu Heft 9, S. 7.

allgemein zugänglichen Datenquellen entstammen, standen – auch im Jahr 2009 – (noch) nicht im Focus.

Ziel dieses Beitrages ist es daher, eine erste datenschutzrechtliche Einordnung der heutigen Big Data-Analysen und damit verbundenen Scoring-Möglichkeiten als Geschäftsmodell (externes Scoring) anhand geltender Normen des BDSG vorzunehmen und anschließend die Hürden einer Nutzung solcher Scoring-Werte exemplarisch anhand eines Beispiels aus der HR-Praxis aufzuzeigen.<sup>2</sup> Infolgedessen wird zunächst eine grundsätzliche rechtliche Einordnung des Scorings externer Anbieter vorgenommen (II.), um im Anschluss die Rechtmäßigkeit der Nutzung von derartigen Scoring-Verfahren durch Unternehmen zu eigenen Zwecken, hier am Beispiel der Berechnung der Wahrscheinlichkeit eines Jobwechsels von Einzelpersonen, auf die datenschutzrechtliche Zulässigkeit unter Berücksichtigung der Interessen der Betroffenen hin zu prüfen (III.).

## II. Rechtliche Einordnung externer Scoring-Anbieter

Für die rechtliche Einordnung ist es unablässig, zunächst einmal kurz das Scoring zu skizzieren. Anschließend wird die weitere rechtliche Einordnung bezüglich externer Scoring-Anbieter vorgenommen.

### 1. Scoring als Geschäftsmodell im Sinne des § 28b BDSG

Das Scoring hat mit § 28b BDSG seine gesetzliche Regelung im Rahmen der BDSG-Novelle I 2009<sup>3</sup> erfahren. Eine Legaldefinition des lediglich in der Normüberschrift verwendeten Begriffes gibt es – leider – nicht. Ausgehend von der Begründung des Gesetzentwurfes der Bundesregierung<sup>4</sup> handelt es sich hierbei um ein mathematisch-statistisches Verfahren, mit dem die Wahrscheinlichkeit, mit der eine bestimmte Person ein bestimmtes Verhalten zeigen wird, berechnet werden kann.<sup>5</sup> Diese Wahrscheinlichkeit wird angegeben durch den so genannten Score-Wert.<sup>6</sup>

Die diesem Score-Wert zugrunde gelegten Daten müssen dabei aus allgemein zugänglichen Quellen erhoben werden.<sup>7</sup> Als allgemein zugängliche Quellen zählen Informationsquellen, die sich „sowohl ihrer technischen Ausgestaltung als auch ihrer Zielsetzung nach dazu eignen, einem individuell nicht bestimmbar Personenkreis Informationen zu vermitteln“.<sup>8</sup> Davon erfasst sind insbesondere Webseiten und auch soziale Netzwerke wie Facebook, XING oder Twitter, wenn und soweit deren Inhalte über Suchfunktionen für jedermann auffindbar sind, sie also nicht besonders, z. B. durch „Privacy“-Einstellungen, geschützt sind.<sup>9</sup>

Die Ermittlung eines Score-Wertes könnte von interessierten Unternehmen theoretisch selbst vorgenommen werden (internes Scoring). Doch da ein solches nicht nur zeit- und äußerst kostenintensiv ist, sondern in der Regel auch das IT-technische Know-How zur Erstellung der notwendigen komplexen Algorithmen fehlt, wird auf die Leistungen externer Scoring-Anbieter zurückgegriffen. Diese setzen eigens entwickelte Algorithmen ein, in welche selbst erhobene oder von Auskunftfeien (sog. Daten-Aggregatoren) zu diesem Zweck erhobene und übermittelte Daten gespeist werden,<sup>10</sup> um den hieraus generierten Score-Wert an das Unternehmen, also den Endkunden, zu übermitteln.<sup>11</sup>

Hierbei gilt es zu berücksichtigen, dass das Errechnen eines Score-Wertes ein Mindestmaß an personenbezogenen Daten über den Betroffenen voraussetzt.<sup>12</sup> Will ein Unternehmen also beispielsweise die Wechselwahrscheinlichkeit eines Mitarbeiters in Form eines Score-Wertes ermitteln lassen, so muss dem Auswerter mindestens ein personenbezogenes Datum (Name, Twitter-Handle o. Ä.) eines Mitarbeiters übermittelt werden, um auf Grundlage dessen weitere allgemein zugängliche Daten zu erheben bzw. über einen Daten-Aggregator ermitteln zu lassen.

### 2. Rechtliche Zulässigkeit des Scoring durch externe Anbieter – § 28b BDSG

In Bezug auf die rechtliche Zulässigkeit des Scorings durch externe Anbieter wird zum einen davon ausgegangen, dass es sich bei einem Score-Wert, der auf Grundlage von personenbezogenen Daten eines Betroffenen mit Hilfe des Algorithmus in Relation zu einer individuellen Vergleichsgruppe festgelegt wird, ebenfalls um ein personenbezogenes Datum handelt.<sup>13</sup> Zum anderen wird davon ausgegangen, dass der Scoring-Anbieter im Rahmen einer Funktionsübertragung handelt, da nicht von einer für die Auftragsdatenverarbeitung erforderlichen<sup>14</sup> vollständigen Abhängigkeit des Auftragnehmers vom Auftraggeber hinsichtlich Art und Umfang der Datenverarbeitung ausgegangen werden kann und somit den Scoring-Anbieter eine eigene datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit trifft.

Auch für den externen Scoring-Anbieter gilt nach § 4 Abs. 1 BDSG der allgemeine Grundsatz des sog. Verbots mit Erlaubnisvorbehalt. Danach dürfen personenbezogene Daten nur dann erhoben, verarbeitet und genutzt werden, wenn eine Rechtsvorschrift dies ausdrücklich erlaubt oder anordnet oder der Betroffene dazu konkret und freiwillig i. S. v. § 4a BDSG einwilligt.

Es ist nicht davon auszugehen, dass externe Scoring-Anbieter konkrete Einwilligungen der Nutzer zur Erhebung und Nutzung ihrer personenbezogenen Daten zu Scoring-Zwecken einholen bzw. wirksam einholen können.<sup>15</sup> Infolgedessen liegt der Fokus

2 Aufgrund der Komplexität des Themas einerseits und dem endlichen Platz andererseits, möge der Leser verzeihen, dass nicht alle jeweils tragenden Aspekte in aller Ausführlichkeit hier diskutiert werden können.

3 Gesetz zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes vom 29.07.2009 (BGBl. I, S. 2254).

4 BT-Drs. 16/10529, S. 9.

5 Vgl. zur Problematik der Begriffsdefinition bzgl. Scoring *Ehmann*, in: *Simitis*, BDSG, 7. Aufl. 2011, § 28b, Rn. 20; danach sei von einem abstrakten Scoringbegriff auszugehen, der durch das im Gesetzestext bezeichnete Mittel-Zweck-Verhältnis charakterisiert wird.

6 BT-Drs. 16/10529, S. 9; *Ehmann*, in: *Simitis*, 7. Aufl. 2011, BDSG, § 28b, Rn. 20.

7 S. § 28b Nr. 2 i. V. m. §§ 28, 29 BDSG.

8 *Gola/Schomerus*, BDSG, 11. Aufl. 2012, § 28 Rn. 32.

9 Vgl. *Wedde*, in: *Däubler/Klebe/Wedde/Weichert*, BDSG, 4. Aufl. 2014, § 28 Rn. 58; so auch: *ULD/GP – Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen*, 2014, S. 126.

10 Hier sogenannte Daten-Aggregatoren sind Dienstleister wie etwa Datasift oder Gnip, die allgemein zugängliche Daten für Dritte aggregieren und zur Auswertung Dritten bereitstellen. Solche Datenerhebungen und die damit einhergehende Übermittlung von Daten an die hier Auswerter genannten Scoring-Unternehmen kann unter § 29 BDSG subsumiert und somit eine datenschutzrechtlich zulässige Tätigkeit (Auskunftfeie) sein. Es würde jedoch den Rahmen dieses Aufsatzes sprengen, die Rolle der Daten-Aggregatoren hier ebenfalls eingehend darzustellen.

11 Vgl. auch: *Gola/Schomerus*, BDSG, 12. Aufl. 2015, § 28b, Rn. 4.

12 *von Lewinski*, in: *Wolff/Brink*, Beck'scher OK Datenschutzrecht, 11. Edition, Stand 01.02.2015, § 28b, Rn. 27.

13 Vgl. ausführlich *Schefzig*, Big Data = Personal Data? Der Personenbezug von Daten bei Big Data-Analysen, DSRITB, 2014, 103 ff.

14 *Petri*, in: *Simitis*, BDSG, 7. Aufl. 2011, § 11 Rn. 1.

15 Vgl. zur Frage der Einwilligung hier ausführlich *ULD/GP – Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen*, 2014, S. 124 f.; s. a. *Hoeren/Sieber/Holznapel*, Multimedia-Recht, 40. Ergänzungslieferung 2014, Teil 16.7 – Big Data, Rn. 19.