

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|----------|
| § 1 Einführung | 1 |
| A. Die Vorteile algorithmenbasierter Verfahren der Eignungsdiagnostik | 2 |
| B. Die Nachteile algorithmenbasierter Verfahren der Eignungsdiagnostik | 3 |
| C. Ziel und Inhalt der Untersuchung | 5 |
| | |
| § 2 Der Einsatz algorithmenbasierter Verfahren im Bewerbungsprozess | 7 |
| A. Persönlichkeitsrechtliche Anforderungen | 8 |
| I. Das Gebot der Transparenz..... | 8 |
| 1. Die Vermittlung eines grundsätzlichen Verständnisses..... | 9 |
| 2. (Un-)Möglichkeit der Wahrung der Transparenzanforderungen | 11 |
| a. Statische Algorithmen | 11 |
| b. Lernende Algorithmen und Künstliche Intelligenz..... | 12 |
| 3. Die Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen | 14 |
| 4. Der Einsatz einer von Dritten bezogenen Software | 16 |
| II. Das Verbot automatisierter Entscheidungen..... | 17 |
| 1. Die Auswahlentscheidung des Arbeitgebers..... | 17 |
| a. Rechtliche Wirkung der Auswahlentscheidung | 18 |
| b. Sonstige beeinträchtigende Wirkung der Auswahlentscheidung..... | 18 |
| 2. Die Übernahme der Verantwortung durch einen Menschen | 19 |
| III. Der Bewerber als „Objekt“ des Verfahrens | 20 |
| IV. Das Gebot der prognostischen Validität / Geeignetheit des Mittels..... | 22 |
| 1. Ausschluss von Scheinkorrelationen..... | 25 |
| 2. Ausschluss von Ersatzinformationen | 26 |
| V. Das Verbot der Profilbildung und Persönlichkeitsdurchleuchtung | 27 |
| 1. Langzeit- und Querschnittprofile | 27 |
| 2. Vollständige Persönlichkeitsdurchleuchtung..... | 29 |
| B. Antidiskriminierungsrechtliche Anforderungen | 31 |
| I. Diskriminierungsfreie Zusammenstellung des Referenzdatensatzes | 33 |
| 1. Die Gewährleistung einer statistischen Treffsicherheit..... | 33 |
| 2. Einbeziehung der Diskriminierungsmerkmale | 34 |
| 3. Begrenzung auf den Einsatzzweck | 35 |
| II. Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG | 35 |

| | |
|---|----|
| 1. Unmittelbare und mittelbare Benachteiligungen | 36 |
| 2. Weniger günstige Behandlung | 37 |
| 3. Kausalität | 38 |
| a. Die algorithmenbasierte Entscheidung | 39 |
| b. Die arbeitgeberseitige Ablehnungsentscheidung | 40 |
| 4. Weitere Voraussetzungen | 41 |
| III. Benachteiligungsverbote außerhalb des AGG | 42 |
| C. Mitbestimmungsrechtliche Anforderungen | 44 |
| I. Mitwirkungsrechte des Betriebsrats | 45 |
| 1. Arbeitsverfahren und Arbeitsabläufe, § 90 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG | 45 |
| 2. Personalplanung, § 92 Abs. 1 BetrVG | 46 |
| II. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats | 46 |
| 1. Personalfragebogen, § 94 Abs. 1 BetrVG | 47 |
| 2. Beurteilungsgrundsätze, § 94 Abs. 2 S. 2 BetrVG | 48 |
| 3. Auswahlrichtlinien, § 95 Abs. 1 BetrVG | 49 |
| 4. Einführung und Anwendung technischer Einrichtungen, § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG | 50 |
| D. Schlussfolgerungen | 51 |

| | |
|---|-----------|
| § 3 Informationsinteresse und Geheimhaltungsinteresse im Spannungsverhältnis | 54 |
| A. Die Einwilligung als Legitimationstatbestand | 55 |
| I. Informiertheit | 56 |
| II. Freiwilligkeit | 58 |
| 1. Kein grundsätzlicher Ausschluss der Freiwilligkeit | 59 |
| 2. Das Erleiden eines Nachteils | 60 |
| 3. Konstellationen einer freiwilligen Einwilligungserklärung | 63 |
| a. Aufgedrängte Informationen | 63 |
| b. Sachfremde Informationen ohne Entscheidungserheblichkeit | 63 |
| c. Kein strukturelles Ungleichgewicht | 64 |
| III. Rückgriffsverbot auf anderweitige Legitimationsgrundlagen | 65 |
| B. Interessenabwägung | 67 |
| I. Das nationale Beschäftigtendatenschutzrecht | 67 |
| 1. Unanwendbarkeit des § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG | 68 |

| | |
|--|-----------|
| 2. Nationale Bewertungsmaßstäbe als Auslegungshilfe | 69 |
| II. Praktische Konkordanz als Zielvorgabe | 70 |
| 1. Das Prinzip praktischer Konkordanz in der Kritik | 71 |
| 2. Die Grundsätze des Fragerechts des Arbeitgebers | 73 |
| a. Anwendbarkeit im persönlichen Bewerbungsgespräch..... | 74 |
| b. Anwendbarkeit außerhalb des persönlichen Bewerbungsgespräches..... | 75 |
| 3. Die Konkretisierung des Prinzips praktischer Konkordanz..... | 76 |
| III. Darstellung der betroffenen Rechtsgüter | 81 |
| 1. Kein Anwendungsvorrang des Unionsrechts | 81 |
| 2. Geheimhaltungsinteresse des Bewerbers..... | 83 |
| 3. Informationsinteresse des Arbeitgebers..... | 84 |
| 4. Zwischenergebnis | 85 |
| IV. Abstraktes Gewichtsverhältnis der betroffenen Rechtsgüter | 85 |
| V. Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs | 86 |
| VI. Stufenbildung der konkreten Eingriffsintensität | 87 |
| 1. Höchste Intensitätsstufe – Absolut geschützter Bereich | 89 |
| a. Die Wesensgehaltsgarantie..... | 89 |
| aa. Relatives Begriffsverständnis | 89 |
| bb. Absolutes Begriffsverständnis..... | 90 |
| b. Der Wesensgehalt des informationellen Selbstbestimmungsrechts | 91 |
| c. Der Wesensgehalt der unternehmerischen Vertragsfreiheit..... | 93 |
| 2. Mittlere Intensitätsstufe – Besonders geschützter Bereich..... | 94 |
| a. Die Geheimhaltung besonders geschützter Daten | 95 |
| aa. Sachfremde Informationen | 95 |
| bb. Diskriminierungsmerkmale | 96 |
| cc. Besonders sensible Daten | 96 |
| b. Besonderes Informationsinteresse an der Feststellung der Eignung | 97 |
| aa. Die Eignungsbestimmung im Anforderungsprofil | 98 |
| bb. Willkürkontrolle | 98 |
| cc. Die Eignungsbestimmung außerhalb des Anforderungsprofils | 100 |
| dd. Sonderfall: Die Offenbarungspflicht (atypischer) Eignungshindernisse | 102 |
| c. Zwischenergebnis | 102 |
| 3. Niedrigste Intensitätsstufe – Allgemein geschützter Bereich..... | 104 |

| | |
|--|------------|
| 4. Die Vergleichbarkeit der Eingriffsintensität auf einer gemeinsamen Skala..... | 105 |
| 5. Auswirkungen der Informationsverarbeitungsmethode | 105 |
| a. Faktischer Mitwirkungzwang | 107 |
| b. Die Möglichkeit der autonomen Selbstdarstellung | 108 |
| aa. Gebot der Offenheit | 108 |
| bb. Autonome Selbstdarstellung im Bewerbungsgespräch..... | 109 |
| cc. Die Selbstdarstellung in der Testsituation | 111 |
| dd. Die Fremdeinschätzung in der Analysesituation..... | 112 |
| ee. Probearbeiten als Sonderfall | 114 |
| c. Zwischenergebnis | 114 |
| VII. Auflösungsregeln der Interessenabwägung | 116 |
| 1. Die Betroffenheit unterschiedlicher Stufen der Eingriffsintensität | 116 |
| a. Höherrangiges Geheimhaltungsinteresse | 117 |
| b. Höherrangiges Informationsinteresse | 117 |
| 2. Die Betroffenheit gleichrangiger Stufen der Eingriffsintensität | 118 |
| 3. Unzulässige Gesamtbeeinträchtigung des Bewerbers..... | 120 |
| 4. Die Berücksichtigung sachfremder Erwägungen | 121 |
| § 4 Die Einzelfallbetrachtung | 124 |
| A. Die Zulässigkeit eignungsdiagnostischer Verfahren | 124 |
| I. Testverfahren | 124 |
| 1. Berufsbezogener Wissens- und Situationsbeurteilungstest | 125 |
| 2. Intelligenztest | 126 |
| 3. Integritätstest | 128 |
| 4. Allgemeine Persönlichkeitstests..... | 131 |
| II. Analyseverfahren | 133 |
| 1. Sprach- und Stimmanalyse..... | 134 |
| 2. Bild- und Videoanalyse..... | 135 |
| 3. Text- und Handschriftnalyse..... | 136 |
| III. Sonstige Maßnahmen | 139 |
| 1. Pre-Employment-Screening / Background-Checks | 139 |
| a. Recherchehandlungen in Internet-Suchmaschinen | 140 |
| b. Recherchehandlungen in freizeitorientierten sozialen Netzwerken | 140 |

| | |
|--|------------|
| c. Recherchehandlungen in berufsorientierten sozialen Netzwerken..... | 141 |
| 2. Digitales Assessment-Center | 142 |
| B. Ansprüche des Bewerbers..... | 143 |
| I. Kein Anspruch auf Begründung des Arbeitsverhältnisses | 143 |
| II. Monetäre Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche | 145 |
| 1. Schadensersatz nach Art. 82 DS-GVO | 145 |
| a. Verstoß gegen eine individualschützende Vorschrift | 145 |
| b. Die Ersatzfähigkeit immaterieller „Bagatell-Schäden“ | 146 |
| c. Die Möglichkeit einer Haftungsbefreiung | 148 |
| d. Die Bemessung der Schadensersatzhöhe | 150 |
| 2. Nationale Schadensersatzansprüche | 151 |
| a. Schadensersatzansprüche des BGB..... | 151 |
| b. Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG..... | 152 |
| aa. Beweislast, § 22 AGG..... | 153 |
| bb. Konkurrenzverhältnis zu Art. 82 Abs. 1 DS-GVO | 154 |
| C. Schlussfolgerungen | 155 |
| I. Die Notwendigkeit einer Neuregulierung | 156 |
| II. Unionsrechtliche Vorgaben an eine Regulierung des Beschäftigtendatenschutzes.. | 158 |
| III. Regelungsvorschlag | 160 |
| § 5 Abschließende Thesen | 161 |
| Literaturverzeichnis..... | 166 |