

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

Spannungsverhältnis54

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 Bewerbungsgesprächs.....	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 Mitwirkungszwang	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 Handschriftanalyse.....	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