

---

# Digitalisierte Personalauswahl

---

Jannik Schepers

# Digitalisierte Personalauswahl

Die Zulässigkeit  
algorithmensbasierter Verfahren der  
Eignungsdiagnostik

 Springer

Jannik Schepers  
Bremen, Deutschland

Diese Veröffentlichung lag dem Promotionsausschuss Dr. iur. der Universität Bremen als Dissertation vor.

Gutachter: Prof. Dr. Benedikt Buchner  
Gutachterin: Prof. Dr. Angie Schneider  
Das Kolloquium fand am 15.12.2023 statt.

ISBN 978-3-658-44465-5                      ISBN 978-3-658-44466-2 (eBook)  
<https://doi.org/10.1007/978-3-658-44466-2>

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

© Der/die Herausgeber bzw. der/die Autor(en), exklusiv lizenziert an Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, ein Teil von Springer Nature 2024

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Die Wiedergabe von allgemein beschreibenden Bezeichnungen, Marken, Unternehmensnamen etc. in diesem Werk bedeutet nicht, dass diese frei durch jedermann benutzt werden dürfen. Die Berechtigung zur Benutzung unterliegt, auch ohne gesonderten Hinweis hierzu, den Regeln des Markenrechts. Die Rechte des jeweiligen Zeicheninhabers sind zu beachten. Der Verlag, die Autoren und die Herausgeber gehen davon aus, dass die Angaben und Informationen in diesem Werk zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vollständig und korrekt sind. Weder der Verlag noch die Autoren oder die Herausgeber übernehmen, ausdrücklich oder implizit, Gewähr für den Inhalt des Werkes, etwaige Fehler oder Äußerungen. Der Verlag bleibt im Hinblick auf geografische Zuordnungen und Gebietsbezeichnungen in veröffentlichten Karten und Institutionsadressen neutral.

Springer ist ein Imprint der eingetragenen Gesellschaft Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH und ist ein Teil von Springer Nature.  
Die Anschrift der Gesellschaft ist: Abraham-Lincoln-Str. 46, 65189 Wiesbaden, Germany

Das Papier dieses Produkts ist recyclebar.

## Vorwort zur Aktualität

Die Thematik der digitalisierten Personalauswahl und der Zulässigkeit algorithmenbasierter Verfahren der Eignungsdiagnostik ist im Kern eine beschäftigendatenschutzrechtliche Themenstellung. Welche Informationen darf der Arbeitgeber über den einzelnen Bewerber erfahren und welche Methoden darf er diesbezüglich anwenden? Welche Transparenz- und Rücksichtnahmepflichten hat der Arbeitgeber zu wahren, wenn technische Systeme, Algorithmen und automatisierte Test- und Analyseverfahren eingesetzt werden? Welche (Diskriminierungs-)Risiken drohen, wenn die Entscheidungsstrukturen des Algorithmus durch künstliche Intelligenz erlernt bzw. generiert werden? Diese konkreten Fragestellungen münden letztendlich in der übergeordneten Fragestellung, ob es im digitalisierten Bewerbungsverfahren eines besonderen Schutzes des Bewerbers bedarf, welcher im Gesetz einen Niederschlag finden muss. Sämtliche Ausführungen dieser Dissertation lassen sich darauf zurückführen.

Dass das Beschäftigendatenschutzrecht ein lebhaftes Rechtsgebiet ist, konnte ich während des Zeitraums der Fertigung dieser Dissertation mehrfach miterleben. Am 30.03.2023, lediglich drei Wochen vor dem Zeitpunkt der Abgabe dieser Dissertationsschrift, äußerte der EuGH deutliche Zweifel, ob der § 23 Abs. 1 des Hessischen Datenschutz- und Informationsfreiheitsgesetzes (HDSIG) den Vorgaben des Art. 88 Abs. 1 und 2 DS-GVO entspricht. Diese landesrechtliche Regelung ist mit § 26 Abs. 1 BDSG, der zentralen Vorschrift des nationalen Beschäftigendatenschutzrechts gleichlautend, sodass aktuell in beschäftigendatenschutzrechtlichen Streitigkeiten eine zusätzliche Unsicherheit darüber besteht, welche Normen Anwendung finden. Das genannte Urteil wird den nationalen Gesetzgeber voraussichtlich dazu drängen, die bereits bestehenden Bemühungen zum Erlass eines eigenständigen Beschäftigendatenschutzgesetzes zu intensivieren.

Um die Aktualität dieser Dissertation zum Zeitpunkt der Veröffentlichung zu wahren, wurde das benannte Urteil des EuGH nachträglich, nach Rücksprache mit dem Vorsitzenden der Prüfungskommission (Professor Dr. Sebastian Kolbe) und meinem Doktorvater (Professor Dr. Benedikt Buchner), berücksichtigt. Die deshalb vorgenommenen Änderungen beschränken sich überwiegend darauf, dass die allgemeinen Legitimationstatbestände der DS-GVO nunmehr an die Stelle des § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG treten. Quellenangaben und Fußnoten beziehen sich teilweise weiterhin auf die spezifisch beschäftigendatenschutzrechtlichen Kommentierungen zu § 26 BDSG.

## **Danksagung**

Diese Arbeit entstand während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Informations-, Gesundheits- und Medizinrecht (IGMR) an der Universität Bremen, welche ich von September 2020 bis August 2023 ausübte. Besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Benedikt Buchner, der, auch nachdem er einen Ruf der Universität Augsburg annahm, stets für mich erreichbar war und durch seine hilfreichen Ratschläge entscheidend zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen hat. Ebenfalls danken möchte ich Frau Professor Dr. Angie Schneider für die Übernahme und Erstellung des Zweitgutachtens sowie meinen Kollegen und Kolleginnen am IGMR für den regelmäßigen Austausch und die hilfreichen Ratschläge.

Der größte Dank, der in wenigen Worten nur schwierig zu formulieren ist, gilt meiner Familie, meinen Eltern und meinem Bruder, für die bedingungslose Unterstützung in allen Lebenslagen. Durch meine Familie wird mir, nicht nur während des Zeitraums der Fertigung dieser Arbeit, ein unverbrüchlicher und liebevoller Rückhalt geboten, den ich mir schöner nicht wünschen kann.

Ich widme diese Arbeit meinem Bruder Timo, der den juristischen Ausbildungsweg mit mir gemeinsam beschritten hat. Dein Durchhaltevermögen, dein Enthusiasmus, deine Disziplin und deine Fähigkeit, dich aus ganzem Herzen für andere Menschen zu freuen, möchte ich mir zum Vorbild nehmen.

Bremen, 16. Januar 2024

Jannik Schepers

# Inhaltsverzeichnis

<b>§ 1 Einführung .....</b>	<b>1</b>
A. Die Vorteile algorithmenbasierter Verfahren der Eignungsdiagnostik .....	2
B. Die Nachteile algorithmenbasierter Verfahren der Eignungsdiagnostik .....	3
C. Ziel und Inhalt der Untersuchung .....	5
<b>§ 2 Der Einsatz algorithmenbasierter Verfahren im Bewerbungsprozess .....</b>	<b>7</b>
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

## Inhaltsverzeichnis

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

<b>§ 3 Informationsinteresse und Geheimhaltungsinteresse im</b>	
<b>Spannungsverhältnis .....</b>	<b>54</b>
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 Analyzesituation.....	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 Gesamteinträchtigung des Bewerbers.....	120
4. Die Berücksichtigung sachfremder Erwägungen .....	121
<b>§ 4 Die Einzelfallbetrachtung .....</b>	<b>124</b>
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

## Inhaltsverzeichnis

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
<b>§ 5 Abschließende Thesen .....</b>	<b>161</b>
<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>166</b>