



Profiling in Unternehmen vor dem Hintergrund der DSGVO

Markus Bohn

Student an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg und dort Mitarbeiter am Lehrstuhl für Staatsrecht, Völkerrecht, Internationales Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht (Prof. Dr. Pache)
markus.bohn@stud-mail.uni-wuerzburg.de

Abstract

Within the initiation as well as during the implementation of an employment relationship employers have an interest in collecting personal data of the applicants or employees. Various motivations are determining this process. In all cases, there is a tension between the business interest of the employer and the personal right of the employee. This article first deals with fundamental explanations concerning profiling of employees, followed by an analysis about what measures are necessary according to § 26 BDSG (Federal Data Protection Act). Thirdly, the requirements to be met by consented profiling actions are discussed. The last part of this article highlights the need for legislative measures *de lege ferenda* with regard to legally allowed profiling measures within the scope of the flexibility clause of art. 88 DSGVO (General Data Protection Regulation).

I. Einführung

In der modernen Arbeitswelt besteht auf Arbeitgeberseite ein zunehmendes Interesse daran, personenbezogene Daten von Bewerbern und Arbeitnehmern zu erheben, um diese zu analysieren und Voraussagen über den Betroffenen zu treffen. Diese haben üblicherweise auf Seiten des Personalmanagements Arbeitsleistung, Interessen, Zuverlässigkeit und Verhalten gegenüber Kollegen (Teamfähigkeit) und Vorgesetzten zum Gegenstand. Diese Aspekte stehen seit jeher im Fokus von Personalern.¹

¹ Betz, ZD 2019, 148 (148).



Bei der Anbahnung eines Arbeitsverhältnisses können klassische Bewerbungsformate (Bewerbungsmappe, Einstellungstest) aufschlussreiche Erkenntnisse über fachliche Kenntnisse liefern, jedoch rücken in einer veränderten Arbeitswelt zunehmend „Soft Skills“ (Einfügen in Projektgruppen, Kommunikationsgeschick, Verhandlungssicherheit) in den Fokus.² Die fortschreitende Digitalisierung eröffnet jedoch mit Methoden wie automatisierter Spracherkennung die Möglichkeit, durch Einsatz von Künstlicher Intelligenz (KI), auch in diesen außerfachlichen sozialen, kommunikativen und methodischen Fähigkeiten Aufschluss über die Eignung des Bewerbers für die konkrete Stelle zu geben. Zudem hat ein Unternehmen ein besonderes Augenmerk darauf, dass die im Laufe des Bewerbungsverfahrens gemachten Angaben über Ausbildung und Qualifikation wahrheitsgemäß sind. Auch bei der Überprüfung der Richtigkeit dieser Angaben werden in Personalabteilungen Daten erhoben und mittels Abfrage bei früheren Bildungseinrichtungen, Suchmaschinenanfragen, Datenbanken, aber auch durch den Abgleich mit Angaben auf (Karriere-)Onlinenetzwerken überprüft.³ Zweck ist es, die Integrität des Bewerbers im Hinblick auf Compliance auf den Prüfstand zu stellen.

Auch während eines laufenden Beschäftigungsverhältnisses besteht auf Seiten des Arbeitgebers ein Interesse an der Erhebung und Analyse von personenbezogenen Daten des Arbeitnehmers. Durch die Implementierung von KI in der Industrie 4.0 erfolgt eine Verzahnung von Mensch und Maschine an vielen Arbeitsplätzen. In Arbeitsprozessen werden hierbei personenbezogene Daten zur Arbeitsleistung erfasst. Der Stand der Technik ermöglicht die Auswertung von E-Mails nach Inhalt und Metadaten.⁴ Hier wird in Unternehmen ausgewertet, wer Mails (in Kopie) erhält und zu welchem Zeitpunkt Personen in den Empfängerkreis aufgenommen und wieder ausgeschlossen werden.⁵ Auch bei der Erstellung neuer Teams bekommen Daten und deren Auswertung einen höheren Stellenwert: Big-Data-Analysen versprechen durch die Voraussage der Motivation und sozialen Kompetenzen der einzelnen Persönlichkeiten Aussagen zur bestmöglichen Teamzusammensetzung.⁶ Zudem besteht ein besonderes wirtschaftliches Interesse in Unternehmen daran, die Mitarbeiterfluktuation

² Betz, ZD 2019, 148 (148); Kolb, Personalmanagement: Grundlagen – Konzepte – Praxis, S. 483 (483 f.).

³ Schwarz, ZD 2018, 353 (353).

⁴ Niklas/Thurn, BB 2017, 1589 (1589).

⁵ Niklas/Thurn, BB 2017, 1589 (1589).

⁶ Niklas/Thurn, BB 2017, 1589 (1589).



gering zu halten. Auch an dieser Stelle kann es für Unternehmen interessant sein, der Abwanderung von Arbeitnehmern mit entsprechenden Datenauswertungen über die persönliche Zufriedenheit bzgl. der Situation im Betrieb entgegenzuwirken.⁷

II. Profiling und Verarbeitung personenbezogener Daten

Zunächst ist in der gebotenen Kürze auf die Begriffe „Verarbeitung personenbezogener Daten“ und „Profiling“ einzugehen. Unter personenbezogenen Daten versteht man gem. Art. 4 Nr. 1 DSGVO alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person (...) beziehen. Eine Person wird als identifizierbar angesehen, die direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen (...) identifiziert werden kann.⁸ Art. 4 Nr. 2 DSGVO definiert die Verarbeitung personenbezogener Daten. Demnach handelt es sich um „jeden mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführten Vorgang oder jede solche Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten wie das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, den Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung“.

„Profiling“ ist nach Art. 4 Nr. 4 DSGVO „jede Art der *automatisierten* Verarbeitung personenbezogener Daten (i.S.v. Art. 4 Nr. 1 DSGVO), die darin besteht, dass diese (...) verwendet werden, um bestimmte persönliche Aspekte (...) zu bewerten, um (u.a.) Arbeitsleistung und Zuverlässigkeit zu analysieren oder vorherzusagen“. Unumstritten handelt es sich bei den oben kurz skizzierten Fällen daher um die automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten i.S.v. Art. 2 Abs. 1 DSGVO und § 1 Abs. 1 BDSG.⁹ Da sie auch dazu dienen, Aspekte des Bewerbers oder des Beschäftigten zu analysieren oder vorauszusagen, bezeichnet man sie als *Profiling*.¹⁰ Solche Maßnahmen sind nur zulässig, wenn sie

⁷ Niklas/Thurn, BB 2017, 1589 (1589).

⁸ Schild, in: BeckOK DatenschutzR/DS-GVO, Art. 4 Rn. 14.

⁹ Betz, ZD 2019, 148 (148).

¹⁰ Kort, RdA 2018, 24 (28 f.).



nach den datenschutzrechtlichen Vorgaben der DSGVO und des BDSG erlaubt sind (sog. Verbot mit Erlaubnisvorbehalt).¹¹

III. Datenschutzrechtliche Voraussetzungen für Profilingmaßnahmen

Bevor einzelne Profilingmaßnahmen beleuchtet werden, sind deren allgemeine datenschutzrechtliche Voraussetzungen zu erörtern. Nach Art. 6 DSGVO braucht es aufgrund des Verbots personenbezogener Datenverarbeitung mit Erlaubnisvorbehalt¹² für eine zulässige Verarbeitung des Rückgriffs auf einen der Erlaubnistatbestände der DSGVO.¹³ Bei der Beschäftigung mit „Profilingmaßnahmen“ erlangt die Öffnungsklausel des Art. 88 Abs. 1 DSGVO besondere Bedeutung hinsichtlich des Beschäftigtendatenschutzes.¹⁴ Art. 88 DSGVO ermöglicht es den Mitgliedstaaten, Regelungen zu treffen, welche die europarechtlichen Voraussetzungen für den Erlaubnistatbestand konkretisieren und spezialisieren.¹⁵ Dabei bestehen abgesehen von der Ausnahme des Abs. 2 keine inhaltlichen Vorgaben.¹⁶ Der deutsche Gesetzgeber hat in § 26 BDSG entsprechende Regelungen getroffen.¹⁷ Die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Profilingmaßnahmen lässt sich danach alternativ durch die Erlaubnistatbestände in § 26 Abs. 1 BDSG (Erforderlichkeit) oder Abs. 2 BDSG (Einwilligung) erreichen.

1. Erforderlichkeit von Profilingmaßnahmen, § 26 Abs. 1 BDSG

In Art. 6 Abs. 1 lit. b) und f) DSGVO ist die Erforderlichkeit (der Datenverarbeitung) bereits generalklauselartig verankert.¹⁸ In den europarechtlichen Begriff der Erforderlichkeit fließen dabei auch Verhältnismäßigkeitsüberlegungen ein. Der deutsche Gesetzgeber machte von der Öffnungsklausel des Art. 88 Abs. 1 DSGVO Gebrauch und traf mit § 26 Abs. 1 S. 1 eine konkretisierende Regelung. Als *lex specialis* für Beschäftigungsverhältnisse geht § 26 BDSG daher Art. 6 DSGVO vor.¹⁹ Auch § 26 BDSG knüpft an den Begriff der „Erforderlichkeit“ an. Aufgrund der

¹¹ Betz, ZD 2019, 148 (148); Münzenmaier, LRT 2018, 149 (150).

¹² Kainer/Weber, BB 2017, 2740 (2740); Asgari, DB 2017, 1325 (1325); Brink/Schwab, RDV 2017, 170 (171).

¹³ Kainer/Weber, BB 2017, 2740 (2740).

¹⁴ Selk, in: Ehmann/Selmayr, Datenschutzgrundverordnung, Art. 88, Rn. 1; Wybitul, NZA 2017, 413 (413 f.).

¹⁵ Tiedemann, in: NomosKommentar, Europäische Datenschutzgrundverordnung, Art. 88, Rn. 1.

¹⁶ Tiedemann, in: NomosKommentar, Europäische Datenschutzgrundverordnung, Art. 88, Rn. 1.

¹⁷ Riesenhuber, in: BeckOK DatenschutzR/BDSG, § 26 Rn. 1.

¹⁸ Betz, ZD 2019, 148 (148).

¹⁹ Lepperhoff, ZD-Aktuell 2017, 05748.



Öffnungsklausel ist dieses Erfordernis in § 26 BDSG unionsrechtskonform auszulegen.²⁰

a) Begriff der Erforderlichkeit i.S.d. § 26 Abs. 1 BDSG

Nach § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG muss für alle zeitlichen Phasen eines Beschäftigungsverhältnisses die Erhebung und Nutzung der Daten für die Erfüllung von arbeitsvertraglichen Pflichten erforderlich sein.²¹ Die Gesetzgebungsmaterialien geben Anhaltspunkte, was darunter zu verstehen ist:²² „Im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung sind die widerstreitenden Grundrechtspositionen zur Herstellung praktischer Konkordanz abzuwägen. Dabei sind die Interessen des Arbeitgebers an der Datenverarbeitung und das Persönlichkeitsrecht des Beschäftigten zu einem schonenden Ausgleich zu bringen, der beide Interessen möglichst weitgehend berücksichtigt.“²³ Bei diesen Leitlinien orientiert sich der Gesetzgeber an der ständigen Rechtsprechung des BAG.²⁴ Der Begriff der Erforderlichkeit darf danach nicht zu eng ausgelegt werden.²⁵ Demnach ist die Erforderlichkeit einer Datenerhebung anhand einer am Verhältnismäßigkeitsprinzip ausgerichteten Interessenabwägung zu ermitteln.²⁶ Die Erforderlichkeit wird mithin durch die Verhältnismäßigkeit determiniert.

b) Verhältnismäßigkeitsprüfung

Bereits zur Vorgängervorschrift des § 26 Abs. 1 BDSG (§ 32 Abs. 1 BDSG a.F.) hat das Bundesarbeitsgericht sich zur Präzisierung der Erforderlichkeit des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bedient.²⁷ Eine Beschränkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers durch eine Maßnahme des Arbeitgebers ist verhältnismäßig, wenn sie zur Erreichung des von ihr angestrebten Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist.²⁸

²⁰ Schwarz, ZD 2018, 353 (354).

²¹ Franzen, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 26 BDSG Rn. 9; Klausch/Grabenschroder, PinG 2018, 135 (136).

²² Gola, BB 2017, 1462 (1464); BT-Drs. 18/11325.

²³ BT-Drs. 18/11325, 96; Kort, NZA-Beilage 2016, 62 (66).

²⁴ Gola, BB 2017, 1462 (1464).

²⁵ Franzen, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 26 BDSG Rn. 9.

²⁶ Gola, BB 2017, 1462 (1464); Wybitul, NZA 2017, 413 (415).

²⁷ Franzen, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 26 BDSG Rn. 10.

²⁸ Franzen, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 26 BDSG Rn. 10; BAG, NZA 2014, 143 (146).



(1) Geeignetheit

Bei der Geeignetheit stellt sich die Frage, ob der mit der Maßnahme verfolgte Zweck überhaupt erreicht werden kann.²⁹ Die Maßnahme muss dabei die Entscheidung über die Begründung, Durchführung oder Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses bezwecken und im Übrigen von der Rechtsordnung gebilligt sein.³⁰ Es herrscht Unklarheit darüber, wie weit das Kriterium „zum Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses“ zu verstehen ist. Eine sehr enge Auffassung nimmt an, dass die Erhebung zum Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses sich auf die Erfüllung der beiderseitigen Hauptleistungspflichten beschränkt.³¹ Ein weiteres Verständnis sieht vom Kriterium alle Datenerhebungen und -verarbeitungen umfasst, die mit dem Beschäftigungsverhältnis in Zusammenhang stehen.³² Die überzeugende vermittelnde Ansicht, die die Interessen der Beteiligten am besten austariert, sieht das Kriterium dann als erfüllt an, wenn die beabsichtigte Datenerhebung der Erfüllung weiterer vom Beschäftigungsverhältnis unabhängiger Pflichten dient.³³

(2) Erforderlichkeit

Das Kriterium der Erforderlichkeit als Teil der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist nicht gleichzusetzen mit dem Merkmal der Erforderlichkeit i.S.d. § 26 Abs. 1 BDSG. Für die Annahme der Erforderlichkeit muss der Arbeitgeber zur Verwirklichung des von ihm angestrebten Zweckes grundsätzlich das mildeste der ihm zur Verfügung stehenden Mittel wählen.³⁴ Der Arbeitgeber muss sich aber nicht einer für die Zweckerreichung weniger effektiven Maßnahme bedienen.³⁵ Im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung ist zudem der Aspekt der Datensparsamkeit nach Art. 5 lit. c) DSGVO zu beachten, wonach die personenbezogenen Daten „dem Zweck angemessen und erheblich sowie auf das

²⁹ Franzen, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 26 BDSG Rn. 10.

³⁰ Franzen, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 26 BDSG Rn. 10; Brink/Wybitul, ZD 2014, 225 (228 f.).

³¹ Franzen, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 26 BDSG Rn. 6; Joussem, NZA 2010, 254 (258).

³² Franzen, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 26 BDSG Rn. 6; Schmidt, DuD 2010, 207 (209).

³³ Franzen, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 26 BDSG Rn. 6; Zikesch/Reimer, DuD 2010, 96 (98); Gola/Jaspers, RDV 2009, 212 (214).

³⁴ Brink/Wybitul, ZD 2014, 225 (228).

³⁵ Brink/Wybitul, ZD 2014, 225 (228).



für die Zwecke der Verarbeitung notwendige Maß beschränkt sein“ muss. Daher ist hinsichtlich der Erforderlichkeit ein strenger Maßstab anzulegen.³⁶

(3) Angemessenheit

Im Rahmen der Angemessenheit hat eine umfassende Interessenabwägung mit Blick auf die betroffenen Grundrechtspositionen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer stattzufinden.³⁷ Das Interesse des Arbeitgebers in Bezug auf diesen Zweck muss gegenüber dem Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers überwiegen.³⁸

2. Einwilligung in Profilingmaßnahmen, § 26 Abs. 2 BDSG

§ 26 Abs. 2 BDSG gibt alternativ zu den Voraussetzungen nach Abs. 1 die Erlaubnis für die Profilingmaßnahmen durch Einwilligung des Arbeitnehmers.³⁹ Demnach bedarf es einer *freiwilligen* Einwilligung des Beschäftigten. Die Norm knüpft an die Definition der Einwilligung in Art. 4 Nr. 11 (und Art. 7 DSGVO) an. Nach Art. 4 Nr. 11 DS-GVO handelt es sich bei einer Einwilligung um jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise, und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist. Was die Freiwilligkeit der Einwilligung angeht, macht der deutsche Gesetzgeber in § 26 Abs. 2 von seiner in Erwg. 155 eröffneten Möglichkeit Gebrauch, die Bedingungen für die Einwilligung in die Erhebung personenbezogener Daten im Beschäftigungskontext näher festzulegen.⁴⁰ Für die Beurteilung der Freiwilligkeit sind gem. § 26 Abs. 2 BDSG das besondere Abhängigkeitsverhältnis des Beschäftigten zum Arbeitgeber und die Umstände, unter denen die Einwilligung erteilt worden ist, zu berücksichtigen. Bei den Umständen sind die Art der Daten, die Eingriffstiefe und der Zeitpunkt der Einwilligungserklärung in den Blick zu nehmen.⁴¹ Vor dem Abschluss des

³⁶ Gola, in: Gola/Heckmann, BDSG § 26 Rn. 16; Asgari, DB 2017, 1325 (1325).

³⁷ Brink/Wybitul, ZD 2014, 225 (228).

³⁸ Niklas/Thurn, BB 2017, 1589 (1592).

³⁹ Franzen, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 26 BDSG Rn. 40.

⁴⁰ Franzen, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 26 BDSG Rn. 40.

⁴¹ Franzen, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 26 BDSG Rn. 41; Bausewein, ZD 2014, 443 (446); Münzenmaier, LRT 2018, 149 (154).



Arbeitsvertrages sind aufgrund der Drucksituation höhere Hürden bei der Freiwilligkeit zu verlangen als danach.⁴²

Lange Zeit war es unter der alten BDSG-Rechtslage umstritten, ob es die Möglichkeit einer *freiwilligen* Einwilligung im Beschäftigungsverhältnis überhaupt geben kann.⁴³ Die Ansicht, die eine Freiwilligkeit in die Einwilligung in die Erhebung personenbezogener Daten generell ablehnte, begründete dies mit dem sozialen Machtgefälle zwischen den Vertragsparteien und der besonderen Angewiesenheit des Arbeitnehmers auf den Erhalt seines Arbeitsplatzes.⁴⁴ Die Gegenansicht vertrat, dass die Freiheit der Entscheidung auch im Arbeitsverhältnis durch die grundrechtlich garantierte informationelle Selbstbestimmung ausreichend gesichert sei.⁴⁵ Dem stünde auch weder die schon per definitionem bestehende Abhängigkeit der Beschäftigten entgegen, noch das Weisungsrecht des Arbeitgebers aus § 106 GewO.⁴⁶ Art. 7 Abs. 4 DSGVO (sog. Kopplungsverbot) trägt den Bedenken der Zweifler Rechnung, indem die Freiwilligkeit ausscheidet, wenn die Erfüllung des Vertrages von der Einwilligung in die Verarbeitung von Daten abhängt, die für diese nicht erforderlich sind. Für ein enges Verständnis der Freiwilligkeit sprechen zudem die Erwg. der DSGVO.⁴⁷ Nach Erwg. 42 soll eine Freiwilligkeit nur vorliegen, wenn für den Beschäftigten eine echte oder freie Wahl bestand; ebenfalls muss der Arbeitnehmer in der Lage sein, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne dabei Nachteile erleiden zu müssen.⁴⁸ Erwg. 3 führt weiter aus, dass die Freiwilligkeit ausgeschlossen sein soll, wenn ein deutliches Missverhältnis zwischen Arbeitgeber und Beschäftigtem besteht.⁴⁹ Eine generelle Ablehnung der Freiwilligkeit ist jedoch aufgrund des nun eindeutigen Wortlautes der DSGVO nicht mehr vertretbar.

Art. 4 Nr. 11 DSGVO verhindert die Möglichkeit der unbestimmten „Globaleinwilligung“; die Einwilligung muss demnach „für den bestimmten Fall“ (Bestimmtheitsgrundsatz) erteilt werden.⁵⁰

⁴² Franzen, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 26 BDSG Rn. 41.

⁴³ Riesenhuber, in: BeckOK DatenschutzR/BDSG, § 26 Rn. 46.

⁴⁴ Brink/Schmidt, MMR 2010, 592 (593).

⁴⁵ BAG, NZA 2015, 604 (607), Rn. 32.

⁴⁶ BAG, MMR 2015, 544 (546), Rn. 30.

⁴⁷ Kainer/Weber, BB 2017, 2740 (2741).

⁴⁸ Kainer/Weber, BB 2017, 2740 (2741).

⁴⁹ Kainer/Weber, BB 2017, 2740 (2741).

⁵⁰ Riesenhuber, in: BeckOK DatenschutzR/BDSG, § 26 Rn. 46a.



IV. Profilingmaßnahmen im Einzelnen

Aufgrund der drängenden Relevanz von Profilingmaßnahmen in der Unternehmenspraxis lohnt es, einige moderne Erscheinungsformen beispielhaft in den Blick zu nehmen. Dabei ist zwischen Bewerbungsphase und Beschäftigungsverhältnis zu differenzieren.

1. Bewerbungsphase

a) Automatisierte Sprachanalyse

Zunehmend an Bedeutung gewinnt als Profilingmaßnahme in der Bewerbungsphase die Methode der automatisierten Spracherkennung.⁵¹ Analyseverfahren mit automatisierter Spracherkennung werden von Personalern veranlasst, um im Zuge des Bewerbungsverfahrens einen Eindruck von den „Soft Skills“ der Bewerber zu gewinnen. Während des Telefonats, welches aufgezeichnet und ausgewertet wird, werden dem Bewerber automatisiert Fragen gestellt, denen oftmals ein konkreter Bezug zur in Aussicht gestellten Stelle fehlt. Linguistische, psychologische und kommunikationsbezogene Merkmale werden hierbei durch künstliche Intelligenz analysiert, um aus dem Gespräch eine Zukunftsprognose zu treffen, wie gut der Bewerber in das gewünschte Profil des Unternehmens für die konkret zu besetzende Stelle passt.⁵² Unstrittig handelt es sich hierbei um eine Verarbeitung personenbezogener Daten; daher ist der Anwendungsbereich der DSGVO eröffnet. Ein Blick auf die Geeignetheit der Maßnahme auf erster Stufe der Prüfung der Erforderlichkeit ist aber angezeigt. An dieser Stelle stellt sich die Frage, welche Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit der im automatisierten Verfahren erstellten Prognose zu stellen sind.⁵³ Bisher verlangte das Bundesarbeitsgericht in seiner eher großzügigen Rechtsprechung nicht, dass eine personenbezogene Datenverarbeitung zu einer vollständigen Zielerreichung führte.⁵⁴ Es genügt, wenn die Maßnahme förderlich war für die Erreichung des Ziels. Überträgt man diese Tradition des Bundesarbeitsgerichts, so kann man bei überwiegender Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit der Sprachanalyse diese als geeignet betrachten. Auf zweiter Ebene im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung

⁵¹ *Dzida/Naemi*, NJW 2018, 1917 (1918).

⁵² *Betz*, ZD 2019, 148 (148).

⁵³ *Betz*, ZD 2019, 148 (149).

⁵⁴ *Betz*, ZD 2019, 148 (149).



ist fraglich, ob gleich effektive Mittel geringerer Intensität existieren.⁵⁵ Hinter den Bewerbungsverfahren, die zumindest im Teil mit automatisierter Sprachanalyse durchgeführt werden, steckt das Interesse des Arbeitgebers an einem beschleunigten und kostengünstigen Auswahlverfahren. Auch für den Bewerber entfallen Anreisezeit und -kosten. Auch Assessment-Center⁵⁶ oder ähnliche Formate zum Kennenlernen der Persönlichkeit des Bewerbers stellen keinen geringeren Eingriff in die Rechte des Bewerbers dar. Daher handelt es sich in Ermangelung ebenso geeigneter, aber weniger intensiver Eingriffe bei automatisierten Sprachanalysen um das geeignetste Mittel.⁵⁷ Zuletzt ist eine Interessenabwägung zwischen den Interessen des Arbeitgebers und den Persönlichkeitsrechten des potenziellen Arbeitnehmers durchzuführen. Eine „völlige Durchleuchtung der Persönlichkeit“ des Bewerbers ist nicht hinzunehmen.⁵⁸ Gegen die Auffassung, die jegliche Sprachanalyseverfahren als gegenüber den Persönlichkeitsrechten generell unverhältnismäßig ansieht, spricht aber, dass der Wortlaut des Art. 22 DSGVO ausdrücklich die Möglichkeit von automatisierten Verfahren anordnet, sofern diese nicht alleiniges Auswahlkriterium sind. Auch der Umstand, dass Art. 22 Abs. 2 a) die Möglichkeit vorsieht, dass in Fällen der Erforderlichkeit Entscheidungen ausschließlich durch automatisierte Verfahren herbeigeführt werden können, unterstreicht dies. Diese Methode kann mithin gem. § 26 I S.1 BDSG zulässig sein, um persönliche Merkmale eines Bewerbers zu ermitteln.⁵⁹ Dies gilt jedoch nur im Hinblick auf verkehrswesentliche Eigenschaften. Für darüberhinausgehende, nicht-verkehrswesentliche, Persönlichkeitsprofile besteht die Möglichkeit, dass der Bewerber in eine weitergehende Maßnahme einwilligt nach den Vorgaben des § 26 Abs. 2 BDSG.

b) Pre-Employment-Screening

Manche Bewerber machen bei der Bewerbung falsche Angaben hinsichtlich ihrer Qualifikation, um die Chance auf eine Einstellung zu erhöhen.⁶⁰ Auf Arbeitgeberseite besteht daher ein Interesse daran, Bewerbungsunterlagen und Angaben, welche während des Bewerbungsverfahrens gemacht wurden, auf

⁵⁵ *Betz*, ZD 2019, 148 (149); *Bausewein*, DuD 2016, 139 (142).

⁵⁶ *Carpenter*, NZA 2015, 466 (466).

⁵⁷ *Betz*, ZD 2019, 148 (149).

⁵⁸ *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 611a BGB Rn. 303.

⁵⁹ *Betz*, ZD 2019, 148 (150).

⁶⁰ *Lepperhoff*, ZD-Aktuell 2017, 05748.