

Dominik Sorber

Die Rechtsstellung des Bewerbers im Einstellungsverfahren

Eine arbeitsrechtliche Untersuchung
der Zulässigkeitsvoraussetzungen
von Datenerhebungen und
Assessment Center



Nomos

Nomos Universitätsschriften

Recht

Band 914

Dominik Sorber

Die Rechtsstellung des Bewerbers im Einstellungsverfahren

Eine arbeitsrechtliche Untersuchung der Zulässigkeitsvoraussetzungen
von Datenerhebungen und Assessment Center



Nomos

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

Zugl.: Jena, Univ., Diss., 2017

u.d.T.: Die Rechtsstellung und der arbeitsrechtliche Schutz des Bewerbers im Einstellungsverfahren - insbesondere in Assessment-Center. Eine grundlegende Untersuchung aus arbeitsrechtlicher und psychologischer Sichtweise

ISBN 978-3-8487-3942-4 (Print)

ISBN 978-3-8452-8266-4 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2016/2017 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena als Dissertation angenommen und für die Drucklegung inhaltlich modifiziert sowie aktualisiert.

Mein erster Dank gilt meinem Doktorvater, *Herrn Prof. Dr. Achim Seifert*, der das Thema für diese Arbeit anregte, mich während der Promotionsphase mit gewinnbringenden Anregungen unterstützte sowie mir die notwendige wissenschaftliche Freiheit für die Erstellung der Dissertation gewährte. Ebenso möchte ich *Herrn Prof. Dr. Christian Fischer* für fachliche Diskussionen und die rasche Erstellung des Zweitgutachtens danken. Ferner danke ich *Herrn Prof. Dr. Jacob Joussen*. Als studentischer Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl weckte er meine Begeisterung für die wissenschaftlichen Arbeiten. Er blieb mir auch über den Wechsel an seine neue Wirkungsstätte stets verbunden.

Ein besonderer Dank gebührt der Konrad-Adenauer-Stiftung (KAS). Sie hat die Verwirklichung der Dissertation durch ein großzügiges Promotionsstipendium finanziell und ideell gefördert. Meinem Vertrauensdozenten *Prof. Dr. mult. Nikolaus Knoepffler* sei ein ganz persönlicher Dank für seine vielseitige Unterstützung ausgesprochen.

Auch den Mitgliedern des Vereins *p:act – Projekt Assessment Center Training Jena e.V.* bin ich zu besonderem Dank verpflichtet. Hier erhielt ich eine professionelle Ausbildung zum Beobachter und Moderator für Assessment-Center. Darüber hinaus erlaubte mir die Mitarbeit im Verein und insbesondere die Durchführung von Assessment-Centern mein Dissertationsthema praktisch zu erschließen, was der Entwicklung von Lösungen ausgesprochen förderlich war.

Ein weiteres großes und sehr herzliches Dankeschön gilt meinen Freunden, insbesondere *Philipp, Sandra, Matthias, Nargiz, Johannes, Björn, Ulrich, Stefan* und *Tobias*, die mich während der Erstellung in allen Lebenslagen großartig unterstützt, motiviert und bereichert haben. Aber auch alle, die ich nicht namentlich erwähnt habe, gilt mein aufrichtigster Dank!

Ebenfalls besonderer Dank gilt meinem ehemaligen Lehrstuhlteam, insbesondere *Frau Ramona Bornschein* für ihre immer herzliche Unterstützung während meiner Zeit als Mitarbeiter und darüber hinaus.

Vorwort

Meine Freundin *Nicole* hebe ich besonders hervor. Sie stand mir während der Erstellung der Arbeit mit fachlichen Diskussionen und kritischen Fragen zur Seite, die stets bereichernd waren. Aber auch abseits des fachlichen Austauschs ist sie mir ein Rückhalt gewesen, hat mich liebevoll unterstützt und immer wieder motiviert. Vor allem in der stressigen Endphase hat sie mir beispiellos beigestanden sowie viel Verständnis entgegengebracht. Dafür ein ganz herzliches Dankeschön!

Am Ende möchte ich meiner *Familie*, besonders meinem Cousin *Sebastian* für seine fleißige und unermüdliche Korrekturarbeit danken.

Meinen Eltern *Theresa* und *Rainer Sorber* verdanke ich, dass ich mein Studium sowie meine Promotion erfolgreich abschließen konnte. Sie haben mich zu jeder Zeit uneingeschränkt unterstützt, liebevoll begleitet und fortwährend motiviert. Ohne ihren uneigennütigen persönlichen sowie finanziellen Einsatz und familiären Rückhalt wäre mein Weg so nicht denkbar gewesen. Daher widme ich Ihnen diese Dissertation.

Jena, im November 2016

Dominik Sorber

Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung	19
B.	Die rechtstatsächliche und soziale Wirklichkeit des Bewerbungsverfahrens	23
I.	Eingriffsmöglichkeiten des Arbeitgebers in der Personalauswahlpraxis	23
1.	Das Bewerbungsverfahren und die Gefahr der Persönlichkeitsausforschung	24
a)	Ein Modell-Bewerbungsverfahren - verschiedene Stufen, Anforderungskriterien und normative Berührungspunkte	25
b)	Die Eingriffsmöglichkeiten im Rahmen von Assessment-Centern	28
c)	Die Eingriffsmöglichkeiten und Gefährdungen von sozialen Medien	37
d)	Ein erstes Zwischenergebnis - die Hauptproblematik	42
e)	Dogmatische Annäherung	46
2.	Die Besonderheiten der Problemstellung und Lösungshypothesen	49
3.	Zielstellung	55
II.	Die Entwicklung des Bewerberschutzes: Einzelne Etappen	56
1.	Grundzüge der Entwicklung	57
2.	Der „Grundkonflikt“ im Arbeitsrecht	63
3.	Zäsur: Das Bundesverfassungsgericht und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung	65
a)	Vorbemerkung	65
b)	Allgemeines zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung	66
c)	Konturierung und Inhalt des informationellen Selbstbestimmungsrechts	67
d)	Ergänzung und Erweiterung des Persönlichkeitsschutzes durch ein „neues Grundrecht“	68

4. Folgen allgemein und Folgeentscheidung des Bundesarbeitsgerichts für den Bewerberschutz	70
5. Stellungnahme	72
C. Das Bewerbungsverfahren im Spiegel des arbeitsrechtsrechtlichen Schutznormsystems	75
I. Normative Grundlagen des Schuldrechts und deren Rezeption durch das Arbeitsrecht	79
1. Schuldrecht und Arbeitsrecht	80
2. Die Wirkungsweise schuldrechtlicher Grundsätze im Arbeitsrecht	81
3. Der Grundsatz der Privatautonomie und seine Ausformungen	82
4. Das Entstehen für Dritte	96
5. Zwischenergebnis	108
II. Das Bewerbungsverfahren aus Sicht des Individualarbeitsrechts - ein schuldrechtlicher Ansatz	111
1. Die individualrechtliche Regelungsbedürftigkeit der Bewerbungsphase	112
2. Begriffliche Vorüberlegungen und gesetzliche Entstehungstatbestände	116
III. Das arbeitsvertragliche Anbahnungsverhältnis als eigenständige Kategorie	118
1. Das vorvertragliche Schuldverhältnis und die Anwendbarkeit im Arbeitsrecht	118
2. Das arbeitsvertragliche Anbahnungsverhältnis - Entstehungstatbestände	119
3. Die Pflichten aus § 241 Abs. 2 BGB aus dem Blickwinkel des Arbeitsrechts	121
a) Grundsätze vorvertraglicher Rücksichtnahmepflichten	123
b) Rezeption des arbeitsvertraglichen Anbahnungsverhältnisses und funktionaler Hintergrund	125
c) Die konkretisierungsleitenden Parameter der Pflichten aus § 241 Abs. 2 BGB	130
aa) Die tatsächlichen Besonderheiten des Arbeitsrechts	130

bb) Die Rechtsprechung als Besonderheit des Arbeitsrechts	131
cc) Die Delegationsnorm als arbeitsrechtliche Besonderheit	134
dd) Arbeitsrechtliche Methode, Rechtsfindung und Rechtsfortbildung	136
ee) § 241 Abs. 2 BGB als Delegationsnorm und die Berücksichtigung der arbeitsrechtlichen Besonderheiten	141
(1) Das Wortlautargument und die systematische Stellung im Gesetz	141
(2) § 310 BGB als Legitimation für die Beachtung arbeitsrechtlicher Besonderheiten	142
(3) Die Bedeutung des § 310 BGB im System des Zivilrechts	143
d) Die Funktionen der Pflichten aus § 241 Abs. 2 BGB	146
4. Konkretisierung der Pflichten aus § 241 Abs. 2 BGB und die Grundsätze des arbeitsvertraglichen Anbahnungsverhältnisses	149
a) Die Auslegung der Begriffe Rechte, Rechtsgüter und Interessen in § 241 Abs. 2 BGB	149
aa) Die Wortlautauslegung	149
(1) Die Auslegung des Begriffs Rechte	150
(2) Die Auslegung des Begriffs Rechtsgüter	154
(3) Die Auslegung des Begriffs Interessen	156
bb) Systematische und teleologische Auslegungsansätze des § 241 Abs. 2 BGB	159
cc) Zwischenergebnis	166
b) Schutzsphären des § 241 Abs. 2 BGB	167
aa) Die Vorläufer eines Arbeitsvertragsgesetzes	168
bb) Der Entwurf eines Arbeitsgesetzbuches von 1977	174
cc) Das Arbeitsvertragsgesetz von 1992	178
dd) Der Diskussionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes (ArbVG)	181
ee) Zwischenergebnis	184
ff) Die betroffenen Rechtsgüter nach dem Ansatz von Kaehler	186

gg)	Auswertung der geschützten Rechtspositionen	190
c)	Pflichten im arbeitsvertraglichen Anbahnungsverhältnis gem. § 241 Abs. 2 BGB	191
aa)	Unterschiedliche Gewichtung der Rechtspositionen in § 241 Abs. 2 BGB	191
bb)	Konkretisierungsansatz	192
(1)	Systematischer und teleologischer Ansatz	192
(2)	Der normative Ansatz in Form eines Stufenmodells	194
(a)	Die betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten	196
(b)	Weitere gesetzliche Pflichten	197
(3)	Die Abwägungsparameter	198
5.	Ergebnis	199
IV.	Die Grundrechte als eigenständige Schutzkategorie im Arbeitsrecht	202
1.	Wirkungsweise der Grundrechtsgeltung im Arbeitsrecht	203
a)	Der Begriff der Drittwirkung	204
b)	Begriffsabgrenzung	204
c)	Resümee	206
2.	Der Begriff der horizontalen Wirkung der Grundrechte	207
3.	Thesen: Die Grundrechte als ein arbeitsrechtliches Ersatznormsystem	208
4.	Die „Drittwirkung“ - eine arbeitsrechtliche Analyse	209
a)	Grundrechtsdogmatik und Arbeitsrecht	209
b)	Bedeutungswandel der Weimarer Grundrechte	211
aa)	Der arbeitsrechtliche Abschnitt der Weimarer Reichsverfassung	212
bb)	Ursachen für die Implementierung des Arbeitsrechts in die Verfassung	213
cc)	Die unmittelbare Wirkung von Art. 118 WRV	217
dd)	Die Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts zu Art. 118 WRV - eine kritische Würdigung	223
ee)	Zusammenfassung und Resümee	226
5.	Bedeutungswandel der Grundrechte des Grundgesetzes	228
a)	Aufriss der Drittwirkungsdebatte	229
aa)	Die Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung	229
bb)	Die Drittwirkung in der Rechtsprechung	237
cc)	Die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung	244

dd) Resümee	249
b) Die Schutzpflichtenlehre	253
aa) Die dogmatischen Grundlagen	253
bb) Die Schutzpflichtenlehre in der Rechtsprechung	258
cc) Analyse und Resümee	262
c) Arbeitsrechtliche Horizontalwirkung der Grundrechte?	267
aa) Ausgangssituation	267
bb) Europäische Ansätze einer Horizontalwirkung	269
cc) Die horizontale Wirkung von europäischen Grundrechten	270
dd) Analyse und Resümee	278
ee) Arbeitsrechtliche Horizontalwirkung von Grundrechten	279
ff) Arbeitsrechtliche Grundrechte	288
6. Resümee	290
D. Die arbeitsrechtlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Datenerhebungen und Einstellungstests im Bewerbungsverfahren	292
I. Dogmatische Grundstruktur des BDSG	292
1. Datenschutz zwischen Anspruch und Wirklichkeit	295
2. Datenschutzpraxis in Unternehmen	296
3. Das Web 2.0 und Big Data als besondere Gefährdung für Bewerber	298
4. Arbeitsvertragliches Anbahnungsverhältnis und das BDSG de lege lata	303
a) Personeller Anwendungsbereich	303
b) Sachlicher Anwendungsbereich	305
c) Zwischenergebnis und weitere Auslegungsparameter	307
aa) Systematik des BDSG als gesetzesimmanente Schranke	308
bb) Die Prinzipien des Datenschutzes als Auslegungsmaxime	309
(1) Die Zweckbindung	309
(2) Datenvermeidung und Datensparsamkeit	311
(3) Direkterhebung	313

(4) Transparenz und Erforderlichkeit	314
cc) Zwischenergebnis	315
d) Die Erforderlichkeit als zentrales Tatbestandsmerkmal in § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG	315
aa) Die Zweckbindung	315
bb) Die Erforderlichkeit	316
cc) Auslegungsanspruch	317
dd) Auslegungsrahmen und allgemeine Formel	318
ee) Die allgemeinen datenschutzrechtlichen Prinzipien als Konkretisierungsansatz	319
ff) Systematische und teleologische Auslegung	320
gg) Zeit- und Umstandsmoment	324
hh) Erforderlichkeit und Sphärenmodell	326
ii) Das Stellenprofil als Grenze der Erforderlichkeit	327
jj) Die Erforderlichkeit aus psychologischer Sichtweise	328
kk) Fallgruppen von Datenerhebungen	331
(1) Alkohol-, Drogentests und Rauchen	332
(2) Alter	333
(3) Arbeiterurlaub	333
(4) Behinderung	333
(5) Familienplanung, Familienstand und Schwangerschaft	335
(6) Gesundheit und ärztliche Untersuchungen	336
(7) Gewerkschaftszugehörigkeit	338
(8) Lohnpfändungen und Vermögensverhältnisse	338
(9) Parteimitgliedschaft	339
(10) Qualifikationsanforderungen und bisheriges Gehalt	340
(11) Religionszugehörigkeit und Weltanschauung	341
(12) Scientology	342
(13) Vorstrafen, Ermittlungsverfahren und Führungszeugnis	342
(14) Wehr-, Zivil- und Freiwilligendienst	345
(15) Wettbewerbsverbote und Nebentätigkeiten	346
(16) Zwischenergebnis	346

ll) Anonyme Bewerbung als Ausfluss der Erforderlichkeit?	347
mm Das Arbeitsvertragsgesetz und der BDSG-E als	
) Hilfestellung für die Erforderlichkeit	348
nn) Zwischenergebnis	352
e) Leitlinien für die Zulässigkeit einer erforderlichen Datenerhebung im arbeitsvertraglichen Anbahnungsverhältnis	353
aa) Allgemeine Abwägungsformel	353
bb) Schutzanspruch und Schutzrahmen	354
cc) Abwägungsleitende Kriterien	355
dd) Abschließende Übersicht anhand objektiver Fallgruppen	355
II. Die Erhebung von Bewerberdaten aus Social Media-Anwendungen	356
1. Begriffsklärung: Social Media	357
2. § 32 Abs. 1 BDSG als abschließende Regelung	358
3. Das Konkurrenzverhältnis zwischen § 32 und § 28 BDSG als Schlüssel zu den Voraussetzungen einer Datenerhebung aus dem Bereich Social Media	360
a) Die Ausführungen in BT-Drucks. 16/13657	360
b) Meinungsspektrum in der Literatur	362
c) Wertungen nach dem BDSG-E	365
d) Bewertung und eigener Ansatz	366
e) Zwischenergebnis	372
4. § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BDSG als Erlaubnistatbestand für die Erhebung von Daten aus dem Bereich Social Media	372
a) Vorbemerkung und arbeitsrechtsspezifische Auslegung des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BDSG	372
aa) § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BDSG und die Grundsätze des arbeitsvertraglichen Anbahnungsverhältnisses	374
bb) § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BDSG als Schutzlücke im Sinne des Beschäftigtendatenschutzes	375
cc) § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BDSG als systemwidrige Norm im Beschäftigtendatenschutz?	376
dd) Zwischenergebnis	379

b)	Fallbeispiele für allgemein zugängliche Daten und deren Bewertung	380
aa)	Fallbeispiel 1	380
bb)	Abwandlung zu Fallbeispiel 1	383
cc)	Fallbeispiel 2	384
c)	Allgemein zugänglich im Sinne von § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BDSG	384
aa)	Gesetzesimmanente Wertungen	385
bb)	Judikative Wertungen	385
cc)	Erstes Zwischenergebnis	386
dd)	Weitere Wertungen und Konkretisierungsansätze	387
(1)	Allgemein zugänglich und das voluntative Moment des Betroffenen	387
(2)	Allgemein zugänglich und der Veröffentlichungskontext	391
(3)	Ausschluss durch ausdrückliche Verwendungswidmung	393
(4)	Ursprungs- und Quelldaten als allgemein zugängliche Daten	394
(5)	Allgemein zugängliche Daten und die AGB des Netzwerkbetreibers	395
(6)	Das Erschleichen vonzugangsgeschützten Daten	397
ee)	Analyse und Bewertung	397
d)	Eigener Ansatz und Konkretisierungsmaßstab für allgemein zugänglich im Sinne des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BDSG	403
5.	Die Erhebung von Bewerberdaten: Die Einwilligung als Erlaubnistatbestand	408
a)	Ausgewählte Diskussionsstandpunkte in der Literatur	409
b)	Bewertung und eigener Ansatz	413
6.	Allgemein zugängliche Daten und das Recht auf „Vergessenwerden“ im Internet	417
a)	Skizze der Entscheidungsgründe	417
b)	Resonanz in der Literatur und Analyse	420
c)	Bewertung und Auswirkungen auf den Beschäftigtendatenschutz	423

7. Zwischenergebnis	427
III. Assessment-Center und die arbeits- und datenschutzrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen	429
1. Die Entwicklung von Assessment-Centern	429
2. Assessment-Center - eine Einführung	435
3. Arbeitsrechtliche Zulässigkeitskriterien	440
a) Die Rechtsprechung	441
b) Das arbeitsrechtliche Schrifttum	445
c) Die Voraussetzungen für Assessment-Center nach dem Entwurf eines Beschäftigtendatenschutzgesetzes	451
d) Zusammenfassung der Voraussetzungen aus rechtswissenschaftlicher Perspektive	456
e) Kritisches Resümee zu Ausführungen aus dem arbeitsrechtlichen Schrifttum	457
4. Psychologische Grundlagen und Anforderungen	460
a) Vorbemerkung	460
b) Voraussetzungen der DIN 33430 an eignungsdiagnostische Verfahren	464
aa) Grundsatz der Erforderlichkeit nach der DIN 33430	464
bb) Unmittelbarkeitsgrundsatz zwischen Anforderungsprofil und Personenmerkmal	465
cc) Gütekriterien eines Assessment-Centers	467
(1) Objektivität	468
(2) Reliabilität	469
(3) Validität	470
(4) Testfairness	470
(5) Normierung	471
(6) Weitere Gütekriterien	472
dd) Bedeutung der Gütekriterien	473
ee) Die DIN 33430 als eine Verfahrens- und Prozessnorm	475
5. Rezeption von DIN-Normen im Recht	477
6. Zwischenergebnis	484
7. Die Zulässigkeit von Assessment-Centern aus psychologischer und rechtswissenschaftlicher Perspektive	484

IV. Der institutionalisierte Schutz der Bewerber im System des Beschäftigtendatenschutzes	486
1. Der Betriebliche Datenschutzbeauftragte	487
a) Allgemeines	487
b) Seine Rolle und Funktion im BDSG	488
c) Seine Rolle im BDSG-E	491
d) Seine Rolle in der Datenschutzgrundverordnung	491
e) Rechtstatsächliche Ausführungen	492
f) Die Funktionen und Kompetenzen des Datenschutzbeauftragten im Rahmen der Bewerberauswahl	496
g) Stellungnahme zu Qualifikationsanforderungen von Datenschutzbeauftragten und Empfehlungen für Optimierungsmöglichkeiten	504
h) Zwischenergebnis	508
2. Die Regelungsmöglichkeiten des Betriebsrats	509
a) Allgemeines	509
b) Seine Rolle und Funktion in der Betriebsverfassung unter datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten	511
c) Die Funktionen und Kompetenzen des Betriebsrates im Rahmen der Bewerberauswahl	514
aa) Betriebsverfassungsrechtliches Mandat für Bewerber?	514
bb) Betriebsverfassungsrechtliches Mandat im arbeitsvertraglichen Anbahnungsverhältnis	515
cc) Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gem. § 95 BetrVG	521
(1) Begriffsklärung	522
(2) Sinn und Zweck von § 95 BetrVG	524
(3) Die Reichweite des Mitbestimmungsrechts	527
3. Zwischenergebnis	529
4. Die betriebsverfassungsrechtliche Praxis - Ausgewählte Regelungsmodalitäten in Betriebsvereinbarungen	530
5. Rahmenbedingungen für Betriebsvereinbarungen zu Assessment-Centern	539
V. Rechtsfolgen rechtswidriger Datenerhebungen in Bezug auf Bewerber	541
1. Vorbemerkung	542

2. Die Ausgangssituation der Rechtsfolgen - insbesondere des Schadensersatzes de lege lata	546
3. Anregungen für Rechtsfolgen im Beschäftigtendatenschutz de lege ferenda	557
a) Grundsätze und Konzeption einer neuen Rechtsfolge-Systematik im Beschäftigtendatenschutz	557
b) Der datenschutzrechtliche Auskunftsanspruch	560
c) Der datenschutzrechtliche Schadensersatzanspruch im arbeitsvertraglichen Anbahnungsverhältnis	564
d) Grundsätze der Datenschutzgrundverordnung	566
4. Zwischenergebnis	569
E. Fazit, Ausblick und Schlussthesen	571
F. Literaturverzeichnis	575

A. Einleitung

„Das Recht auf Achtung der Würde und der freien Entfaltung der Persönlichkeit ist auch im privaten Rechtsverkehr von jedermann zu achten. Dies gilt auch im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses. Auch bei den durch vorvertragliche Verhandlungen entstandenen Rechtsbeziehungen greift der Persönlichkeitsschutz ein.“¹

Mit diesem Bekenntnis verpflichtet das Bundesarbeitsgericht das *Arbeitsrecht* dazu, ein hohes Maß an Persönlichkeitsschutz in der arbeitsvertraglichen Anbahnungsphase bereitzustellen. Ob dieser ethisch und grundrechtlich begründete Schutzanspruch in der täglichen Personalauswahl sowie im Arbeitsrecht der Wirklichkeit entspricht, soll in dieser Arbeit kritisch beleuchtet werden. Die vorliegende Untersuchung wirft daher Fragen der Rechtsstellung und des allgemeinen und besonderen arbeitsrechtlichen Bewerberschutzes zwischen Anspruch und Wirklichkeit auf. Dafür wird eine rechtstatsächliche Untersuchung die Schutzlücken des Bewerbungsverfahrens identifizieren müssen. Ein weiteres Ziel dieser Arbeit ist es, den Schutzanspruch, den das Bundesarbeitsgericht vorgab, auf Einstellungsverfahren zu übertragen. Wie der Weg zu einem Bewerberschutzsystem dogmatisch beschritten werden kann, wird mit Hilfe einer gängigen Form der Personalauswahl, nämlich Assessment-Center, aufgezeigt.

Bei der Durchführung sogenannter *Assessment-Center* besteht für die Bewerber die Gefahr einer detaillierten Persönlichkeitsausforschung. Die grundsätzlichen rechtlichen Rahmenbedingungen, an denen die Zulässigkeit auszurichten ist, hat das Bundesarbeitsgericht zwar sehr klar umrissen, aber die einfachgesetzliche Ausprägung bleibt offen. Die Würde des Menschen sowie die freie Entfaltung der Persönlichkeit sind von *jedermann* bei vorvertraglichen Verhandlungen - auch im Arbeitsrecht - zu achten. Allerdings bestehen auf Seiten des Arbeitsrechts für solche Testverfahren *bisher* keine normativen Vorgaben, sodass der Schutz des Bewerbers, wie ihn das Bundesarbeitsgericht postuliert hat, in diesem Bereich *nicht* gewährleistet ist. Darüber hinaus besteht selbst über die allgemeine Zulässigkeit einer Datenerhebung keine Klarheit, *welche* Daten der Ar-

1 BAG vom 06.06.1984 - 5 AZR 286/81 = NZA 1984, 321 (322 f.).

beitgeber *wie* über Bewerber erheben darf, sodass auch diese Vorfrage in der vorliegenden Arbeit klärungsbedürftig ist.

Für Assessment-Center könnte man geneigt sein, auf die bestehenden Grundsätze zum Arbeitgeberfragerecht zu verweisen. Auf das *Recht zur Lüge* kann im Fall von Assessment-Centern nicht abgestellt werden, wie folgender Vergleich deutlich macht:

Ist der Bewerber in der Situation des Gesprächs berechtigt, unzulässige Fragen unwahr zu beantworten, bietet diese Möglichkeit während eines Assessment-Centers keinen ausreichenden Schutz. Assessment-Center weisen eine hohe Komplexität auf, verlangen dem Teilnehmer Höchstleistungen unter besonderem Zeitdruck ab und setzen die Kandidaten durch die ständige Beobachtung besonderem Druck und Stress aus. Damit wird es dem Bewerber nahezu unmöglich gemacht, Aufgaben zu durchschauen und ggf. unwahr zu antworten oder etwas vorzuspielen. Die Verletzungs- und Eingriffsmöglichkeiten, insbesondere am *Recht auf das Charakterbild*² sowie auf die *informationelle Selbstbestimmung*, sind dadurch besonders gefährdet. Um einen Einblick zu bekommen, welche Persönlichkeitsmerkmale in Assessment-Centern getestet werden können, sind einige Beispiele anzuführen. Zu den Testdimensionen zählen u.a. die Durchsetzungskraft, die Teamfähigkeit, die Analysefähigkeit oder auch die Belastbarkeit.³ Eine Gefährdung für die Bewerberrechte ist nicht allein auf die Offenlegung von Persönlichkeitsmerkmalen zurückzuführen, sondern folgt indessen aus den angewandten Methoden. Daher gilt es, die Frage zu beantworten, ob Arbeitgeber völlig frei über die Auswahl der Testverfahren entscheiden können.

Wiese hat richtigerweise die Divergenz zwischen Bewerbungsgespräch und besonderen psychologischen Testverfahren bereits im Jahr 1971 klar herausgearbeitet:

*„Es ist aber ein entscheidender Unterschied, ob bei der Einstellung [...] eines Arbeitnehmers nur auf den äußeren Eindruck abgestellt wird oder wissenschaftliche Hilfsmittel eingesetzt werden, die ein tieferes Eindringen in die Persönlichkeitsstruktur ermöglichen.“*⁴

2 *Hubmann*, Das Persönlichkeitsrecht, S. 306 ff. m.w.N.

3 *Obermann*, Assessment-Center, Entwicklung, Durchführung, Trends, 5. Aufl., S. 55.

4 *Wiese*, Der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber, ZfA 1971, 273 (292).

Nachdem in dieser Arbeit die rechtstatsächliche und soziale Wirklichkeit des Bewerbungsverfahrens analysiert wurde, steht die Frage im Raum, wie ein Schutzsystem für Bewerber entworfen werden könnte, das dem Schutzanspruch an die *Würde des Menschen* gerecht wird. Hierfür sind zunächst die schuldrechtlichen Grundsätze in den Blick zu nehmen. Denn eine Verrechtlichung des Einstellungsverfahrens wird stets mit einem Eingriff in die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers einhergehen. Somit ist das Grundrecht auf Vertragsfreiheit betroffen. Ob die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers rechtmäßig verkürzt werden kann, ist zu prüfen.

Auf der anderen Seite sind, wie das Bundesarbeitsgericht bekräftigte, ebenfalls wesentliche Grundrechte betroffen. Daraus folgt, dass in einem zweiten Schritt die Grundrechte aus arbeitsrechtlicher Perspektive auf ihre Wirkung zu analysieren sind. Die Zulässigkeit von Assessment-Centern ist insofern an den Maßstäben des *Persönlichkeitsschutzes* auszuloten, wie *Hubmann* aufzeigte. Denn unser Rechtssystem, so *Hubmann*, „*darf dieser neuen Verletzungsgefahr* [psychologische Testverfahren] *nicht ungewappnet gegenüberstehen. Es ist gerade der Vorzug des allgemeinen Persönlichkeitsrecht, daß es allen wissenschaftlichen und technischen Fortschritten gewachsen ist*“.⁵

Eine vollständige Katalogisierung⁶ bzw. ein nahezu vollständiges Bild von der inneren Struktur am Charakter einer Persönlichkeit⁷ überschreitet die Grenze des *rechtlich und ethisch* Vertretbaren. Dieser Gedanke ist auf das Bewerbungsverfahren im Ganzen zu übertragen: Eine vollständige Katalogisierung⁸ sowie ein vollständiges Bild von der inneren Charakterstruktur der Persönlichkeit widersprechen dem grundsätzlichen Gebot, die Person nicht zum bloßen Objekt werden zu lassen. Diese Intention findet ihren normativen Niederschlag im *Datenschutzrecht*, der als weiterer Ansatz auf seine arbeitsrechtliche Schutzfunktion für Bewerber zu untersuchen ist.

Anhand dieser Überlegungen zeigt sich sehr deutlich, dass der arbeitsrechtliche Schutz eines Bewerbers in Assessment-Centern im Kontext *allgemeiner Grundsätze* von Bewerbungsverfahren ausgelotet werden muss. Folglich werden in dieser Arbeit der Bewerberschutz im Einstellungsverfahren im Allgemeinen sowie die Anwendung dieser Grundsätze speziell

5 *Hubmann*, Das Persönlichkeitsrecht, S. 307.

6 BVerfG vom 16.07.1969 - BvL 19/63 Rn. 20 - zitiert nach juris.

7 *Hubmann*, Das Persönlichkeitsrecht, S. 306 f.

8 BVerfG vom 16.07.1969 - BvL 19/63 Rn. 20 - zitiert nach juris.

auf Assessment-Center erarbeitet. Damit ist die Herausarbeitung von Zulässigkeitsvoraussetzungen für Assessment-Center vielschichtig. In diesem Zusammenhang stellen sich weitere Fragen, u.a. ob Arbeitgeber die Vorauswahl von Bewerbern mit Hilfe einer Internet-Recherche vornehmen dürfen. In dieser Arbeit wird daher nicht allein der Schutz des Bewerbers in einem Assessment-Center untersucht, sondern die Zulässigkeit von Assessment-Centern in ein vorvertragliches Schutzsystem integriert, bei dem die Rechtsstellung und der arbeitsrechtliche Schutz des Bewerbers *insgesamt* berücksichtigt werden. Ein systematischer Ansatz eines normativen Bewerberschutzsystems analog dem Kündigungsschutzsystem wäre ebenfalls eine Innovation im deutschen Arbeitsrecht sowie eine gewinnbringende Weiterentwicklung.

Ein Bewerberschutzsystem besteht - wie angedeutet - aus verschiedenen Säulen: Den Grundrechten, dem Datenschutzrecht sowie arbeitsrechtlichen Grundsätzen. Diese Säulen werden in dieser Arbeit über eine Transformationsnorm zusammengeführt. Der zukünftige Bewerberschutz könnte in einer eigenständigen individual-arbeitsrechtlichen Transformationsnorm aufgehen: Dem arbeitsvertraglichen Anbahnungsverhältnis. Dieses wird als eigenständige Schutzkategorie beschrieben. Hierüber sind regelmäßige Anpassungen und Fortentwicklungen zum Schutz des Bewerbers möglich.

Ein wirksamer Schutz steht aber immer unter einem Sanktionsvorbehalt, wie *Pothoff*⁹ bereits vor 100 Jahren resümierte:

„Soziales Recht ist Zwangsrecht. Willkür führt zur Freiheit nur, wenn gleich Starke sich gegenüberstehen. Wo aber Starke und Schwache, wo Vermögensinteressen und Personeninteressen sich entgegentreten, da muß das Gesetz ein Mindestmaß von Bewegungsfreiheit, Muße, Einkommen sichern, wenn nicht die vermeintliche Freiheit in Hörigkeit [...] umschlagen soll.“⁹

Aus diesem Grund werden in dieser Arbeit in einem letzten Schritt auch der institutionalisierte Schutz des Bewerbers sowie Rechtsschutzmöglichkeiten aufgezeigt. In einem Ausblick sind mögliche Entwicklungstendenzen darzulegen und die wesentlichen Ergebnisse dieser Arbeit zusammenzufassen.

9 *Pothoff*, Programm eines Reichsarbeitsgesetzes, Deutsche Juristenzeitung 1908, 1302 (1304).

B. Die rechtstatsächliche und soziale Wirklichkeit des Bewerbungsverfahrens

Die Überschrift deutet es bereits an. Das Bewerbungsverfahren wird aus verschiedenen Blickwinkeln zu betrachten sein. Insbesondere wird eine praktische Momentaufnahme, die *soziale Wirklichkeit* vorangestellt und skizziert werden, um eine gedankliche und vor allem praxisnahe Schwerpunktsetzung für diese Untersuchung gewährleisten zu können.

I. Eingriffsmöglichkeiten des Arbeitgebers in der Personalauswahlpraxis

Aus diesem Grund ist einleitend der Blick auf die *Eingriffsmöglichkeiten* des Arbeitgebers während eines Bewerbungsverfahrens zu lenken. Es ist zu ergründen, auf welche Art und Weise Arbeitgeber in die Rechtspositionen- und -sphären von Bewerbern während der Bewerbungsphase und im Zusammenhang mit einem Assessment-Center eingreifen können. So wird von der sozialen Wirklichkeit auf den rechtserheblichen Untersuchungsgegenstand geschlossen. Auf diese Weise werden die tatsächlich bewerbungsrelevanten Fragestellungen konturiert und praxisnah herausgefiltert, um sie arbeitsrechtlich einordnen zu können. Sie dienen als Grundlage für die Lösungsansätze.

Einleitend sei eine außergewöhnliche Entscheidung des baden-württembergischen Verwaltungsgerichtshofes skizziert. Dieser Fall, auch wenn er nicht vor Abschluss eines Bewerbungsverfahrens spielte, demonstriert sehr deutlich die Aktualität und die Notwendigkeit der Begrenzung von Datenerhebungen. In einer Kreissparkasse tauchte ein anonymes Schreiben mit herabwürdigenden Äußerungen über einen Abteilungsleiter auf.¹⁰ Der Verdacht des Vorstandes fiel auf ein Personalratsmitglied, das gezielt zu einem kleinen Empfang eingeladen worden war: Bei dieser Gelegenheit konnte ihm *heimlich* eine DNA-Probe von seinem Besteck sowie seinem Glas entnommen werden, um einen Abgleich mit der auf dem Brief gefun-

10 VGH Baden-Württemberg vom 28.11.2000 - PL 15 S 2838/99 = NJW 2001, 1082 ff.

denen DNA-Spur anzufertigen.¹¹ Im Ergebnis stimmten die DNA-Proben überein, woraufhin das Personalratsmitglied gekündigt wurde.¹² Das erlangte Beweismittel unterlag jedoch einem Beweisverwertungsverbot, da in das informationelle Selbstbestimmungsrecht eingegriffen worden war.¹³ Bei diesem Fall schwingt die Frage mit, welche Eingriffsmöglichkeiten Arbeitgeber im Bewerbungsverfahren nutzen, um den Bewerber näher kennenzulernen und ob das Arbeitsrecht ausreichenden Schutz bereitstellt. Dieser Frage wird nachzugehen sein.

1. Das Bewerbungsverfahren und die Gefahr der Persönlichkeitsausforschung

Die Arbeitswelt ist im Wandel.¹⁴ Der Auswahlprozess eines potenziell neuen Mitarbeiters ist vorwiegend mit einer Ansammlung und Auswertung zahlreicher Daten sowie mit verschiedensten Auswahlmethoden verbunden.

Die Gewinnung neuer Mitarbeiter und der damit verbundene Einstellungsprozess ist eine der Hauptaufgaben von Personalabteilungen.¹⁵ Das ursprüngliche Aufgabengebiet der Personalabteilung hat sich von einer Verwaltungsabteilung zu einer „Talentschmiede“ gewandelt. Dies zeigt sich an der zahlenmäßigen sowie personellen Zusammensetzung von Personalabteilungen größerer Unternehmen, in denen nicht nur Personalreferenten, sondern auch Psychologen und Juristen an der Personalauswahl beteiligt sind. Die Methodenvielfalt hat aber nicht nur Vorteile.

Daher ist besonders in der Anbahnungsphase die Gefahr der *Persönlichkeitsausforschung* besonders naheliegend. Bevor näher auf die Ausforschungsmöglichkeiten eingegangen wird, wird ein Modellbewerbungsverfahren vorangestellt.

11 VGH Baden-Württemberg vom 28.11.2000 - PL 15 S 2838/99 = NJW 2001, 1082 ff.

12 VGH Baden-Württemberg vom 28.11.2000 - PL 15 S 2838/99 = NJW 2001, 1082 ff.

13 VGH Baden-Württemberg vom 28.11.2000 - PL 15 S 2838/99 = NJW 2001, 1082 (1084 f.).

14 Dazu auch *Latzel/Picker*, Neue Arbeitswelt, 2014.

15 Eine aktuelle Studie zu dem Thema Personalmarketing ist unter http://www.westpress.de/downloads/pw_studie_10_2013.pdf abzurufen. Zuletzt abgerufen am: 14.04.2016.

a) Ein Modell-Bewerbungsverfahren - verschiedene Stufen, Anforderungskriterien und normative Berührungspunkte

Ein Absolvent der Universität bewirbt sich auf eine ausgeschriebene Position in einem großen, überregional tätigen Unternehmen. Vorliegend orientiert sich das Modellbewerbungsverfahren an den Spezifika von BMW.¹⁶

Der bekannte Ablauf ist der, dass auf eine Ausschreibung eine erste Kontaktaufnahme mit anschließender Überlassung der Bewerbungsunterlagen, entweder postalisch oder digital erfolgt. Nach dem Eingang der Unterlagen beginnt für die Personalabteilung die eigentliche Personalauswahlarbeit. Die Bewerbungen werden gesichtet, auf ihre Vollständigkeit hin überprüft und nach bestimmten Variablen vorsortiert. Schon die Vorauswahl kann erste datenschutzrechtliche und damit persönlichkeitschützende Berührungen aufweisen sowie als besonderer Diskriminierungsschutz im Bewerbungsverfahren verstanden werden. Findet beispielsweise eine Online-Bewerbung statt, ist sicherzustellen, dass die Bewerberdaten nicht mittels eines speziellen Scoring-Verfahrens gescannt werden, um bestimmte Personengruppen oder Merkmalsträger von Beginn an aus dem Bewerbungsverfahren auszuschließen.¹⁷ Weiterhin kommen in der Praxis für die Vorauswahl von Bewerbern auch Online-Assessment-Center-Verfahren zur Anwendung. Auch hier darf es zu keiner diskriminierenden Selektion durch Scoring-Anwendungen kommen.

Nach einer ersten Vorauswahl von geeigneten Bewerbern kommt es regelmäßig zum persönlichen Kontakt zwischen dem Unternehmen und einzelnen Bewerbern. Bei einer solchen Vorauswahl bei BMW spielen folgende Kriterien eine wegweisende Rolle.¹⁸ Die Auswahlkriterien werden je nach Stellenausschreibung unterschiedlich gewichtet. Allgemein spielt ein optimaler Mix an geforderten Fähigkeiten und Kenntnissen sowie dem Charakter bei der Entscheidung eine Rolle. Sodann haben die Noten in Schule und Studium einen entscheidenden Einfluss auf die Bewertung des

16 Vgl. hierzu: <https://www.bmwgroup.com/de/karriere/richtig-bewerben.html>. Zuletzt abgerufen am 17.4.2016.

17 Vgl. nur: Auernhammer/Kramer, BDSG, § 28b Rn. 7; Ehmman, in: Simitis, BDSG, § 28b Rn. 2 ff.

18 Im Folgenden nimmt der Autor Bezug auf die Informationen von BMW: <https://www.bmwgroup.com/de/karriere/richtig-bewerben.html>. Zuletzt abgerufen am 17.4.2016. Zuletzt abgerufen am 17.04.2016.

Bewerbers. Positiv werden fachliche Kompetenzen aus Berufserfahrungen sowie Auslandserfahrungen gewichtet. Wichtig für BMW sind sehr gute Kenntnisse in den Konzernsprachen Deutsch und Englisch. Dann wird betont, dass wesentliche Auswahlkriterien die persönliche und soziale Kompetenz sowie Kommunikationsfähigkeit und Teamfähigkeit sind, weil die Arbeit in Netzwerken zunehmend an Bedeutung gewonnen hat. Abgerundet wird das Bild eines passenden Bewerbers durch Motivation und Begeisterungsfähigkeit. Das Alter spielt in der BMW Group bei Auswahl der Bewerber ausdrücklich keine Rolle.

Neben dem klassischen Vorstellungsgespräch werden insbesondere Videokonferenzen oder Telefoninterviews zur weiteren Vorauswahl eingesetzt. Schwerpunkte des Telefoninterviews bei BMW sind u.a. der Werdegang, das erworbene Fachwissen und die fachliche Eignung, wobei auch weitere offene Fragen beider Seiten geklärt werden können.¹⁹ Kommt es für beide Seiten zu einem positiven Verlauf, stehen weitere Auswahlprozesse an.

Ein nächster Schritt ist das Vorstellungsgespräch. Hierbei kommt es BMW darauf an, den Bewerber in einer Gesprächssituation mit Vertretern des Fachbereichs und der Personalabteilung persönlich zu erleben. Es werden der Werdegang, das Fachwissen, Interessen, bisherige Erfahrungen und besondere Kenntnisse wie Sprachen geprüft. Während eines Gesprächs hat der Arbeitgeber die Grenzen des Arbeitgeberfragerechts sowie weitere normative Vorgaben zu beachten. Die Vorauswahl der Bewerber ist vor dem Hintergrund des AGG und, wie weiter oben angesprochen, des sogenannten Scorings, nicht unproblematisch. Diskriminierungen aufgrund verschiedener Merkmale²⁰ sollen bereits im Stadium des Bewerbungsverfahrens vermieden werden, wie aus § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG hervorgeht.²¹

Im Anschluss an das Gespräch erfolgt eine Auswertung, in der wesentliche Fragen beantwortet werden müssen: Wie erfüllt der Bewerber die Voraussetzungen für die ausgeschriebene Position und würde eine erfolgreiche Team-Integration gelingen können? Dies wird anhand einer Prognose- und Abwägungsentscheidung durch die Personal- sowie Fachabteilung vorgenommen.

19 Vgl. <https://www.bmwgroup.com/de/karriere/richtig-bewerben.html>. Zuletzt abgerufen am 17.4.2016.

20 Diese sind in § 1 AGG genannt.

21 ErfK/*Schlachter*, § 2 AGG Rn. 4 f.

Wenn der Bewerber ein solches Gespräch ebenfalls gut durchlaufen hat, kann es zu weiteren Testverfahren kommen. Insbesondere die Assessment-Center-Methode bietet für Arbeitgeber wie BMW die Chance, den Bewerber in verschiedenen Simulationsübungen kennenzulernen sowie seine Stärken und Schwächen herauszufinden. Hierfür werden Gruppen von sechs bis zwölf Teilnehmern von mehreren geschulten Beobachtern aus den Fachbereichen und dem Personalwesen in verschiedenen realitätsnahen Situationen getestet und anhand ausgewählter Kriterien beurteilt. Die Auswahltage unterscheiden sich je nach Bewerbergruppe. Regelmäßig sind folgende Instrumente für die Auswahl möglich: Eine Selbstpräsentation, Gruppenübungen und Diskussionen, computergestützte Tests, Präsentation eines Fachthemas sowie ein kurzes Vorstellungsgespräch.

Aufgrund der hohen Komplexität sind die Grundrechte des Bewerbers während eines Assessment-Centers besonderen Gefährdungen ausgesetzt. Auch die datenschutzrechtlichen Vorschriften aus dem BDSG verdienen in diesem Zusammenhang Aufmerksamkeit. Bewerber werden, wie die Aufzählung zeigt, in solchen Verfahren durch verschiedene Aufgaben multidimensional analysiert. Sehr oft besteht ein Assessment-Center aus weiteren Elementen wie einem Einzelinterview zur Person, schriftlichen Tests, Intelligenztests, einem Postkorb sowie einem Stress- oder Problemlösegespräch.²² Die Interviews können als sogenannte narrative, teilstrukturierte oder strukturierte Interviews geführt werden. Teilstrukturierte und strukturierte Interviews folgen einem (teilweise) festgelegten Gesprächsschema. Dadurch können die einzelnen Bewerber optimal miteinander verglichen werden.²³ Auf Grundlage eines solchen Assessment-Centers können sehr aussagekräftige Persönlichkeitsprofile zusammengestellt werden, die sodann Grundlage für den weiteren Fortgang des Bewerbungsverfahrens sind.

Neben dieser erkennbaren Möglichkeit, detaillierte Persönlichkeitsprofile von Bewerbern zu erstellen, bietet auch das Internet sowie die Verknüpfungsmethoden von Big Data erhebliche Eingriffspotenziale für die Persönlichkeitssphäre der Bewerber. Insbesondere für die Bewerbungs-

22 Der Autor ist selbst ausgebildeter Beobachter und Moderator für Assessment-Center.

23 Eine Übersicht zu personaldiagnostischen Verfahren mit Erläuterungen findet sich bei: *Blickle*, in: Nerdinger/Blickle/Schaper, Arbeits- und Organisationspsychologie, 3. Aufl., S. 245 ff. Hierzu auch *Eck/Jöri/Vogt*, Assessment-Center, 3. Aufl., S. 128 ff.

phase von großem Interesse ist eine Anwendung, die es *verdeckt* erlaubt, aus der *Anzahl der Facebook Likes*, ein umfassendes Persönlichkeitsprofil zu rekonstruieren.²⁴ Der programmierte Algorithmus ist in der Lage, eine treffsichere Persönlichkeitseinschätzung vorzunehmen. Damit ist also auch die Frage aufgeworfen, ob und wie Arbeitgeber die Daten aus dem Bereich der sozialen Netzwerke für die Personalauswahl einsetzen dürfen.

Weitere Facetten, die dem Bewerber in einem Bewerbungsverfahren erwarten können, sollen nur gestreift werden. Bevor die Assessment-Center-Methode zur Anwendung kam, mussten sich Bewerber graphologischen Gutachten unterziehen. Auch medizinische²⁵ oder psychologische Untersuchungen können bei besonderen Berufen eine Rolle spielen und sogar Einstellungsvoraussetzung sein.²⁶

Das Bewerbungsverfahren endet regelmäßig mit dem Abschluss eines Arbeitsvertrages bzw. einer Rangliste, welche Bewerber als geeignet eingestuft worden sind.

b) Die Eingriffsmöglichkeiten im Rahmen von Assessment-Centern

Wie aus dem Modellbewerbungsverfahren hervorgeht, hat sich die Auswahlmethodik weiterentwickelt. Führte man vor einigen Jahren noch *ein* Bewerbungsgespräch und *ein* graphologisches Gutachten durch, um einen neuen Mitarbeiter einzustellen, treten an diese Stelle *neue*, innovative Personalauswahlinstrumente, die miteinander kombiniert werden: Hierbei ist insbesondere das *Assessment-Center* zu nennen.

Stark verkürzt dargestellt, geht es beim Assessment-Center um ein strukturiertes Personalauswahlverfahren, bei dem mehrere, sogenannte Beobachter, die Leistungen der Teilnehmer in verschiedenen Situationen und Aufgabenstellungen analysieren und auswerten. Die Methode des Assessment-Centers hat sich in den letzten Jahren in der Personalpraxis zunehmend etabliert und erheblich an Bedeutung hinzugewonnen.²⁷ Dies

24 <http://news.stanford.edu/news/2015/january/personality-computer-knows-011215.html>, zuletzt abgerufen: 01.07.2015.

25 Weiterführend dazu: *Klement*, Zulässigkeit medizinischer Datenerhebungen vor und zu Beginn von Arbeitsverhältnissen, 2011.

26 Diese Aufzählung ist nicht abschließend.

27 Zuletzt: *Franzen*, Rechtliche Rahmenbedingungen psychologischer Eignungstests, NZA 2013, 1 ff.; *Sorber*, Assessment-Center vs. Willkür bei der Bewerberauswahl, Neue Arbeitswelt, S. 211 ff.

lässt sich anhand von Studien ablesen. Sehr bemerkenswert ist die Feststellung, dass 27 von 30 Dax-Unternehmen auf die Assessment-Center-Methode bei der Personalauswahl setzen.²⁸

Die Verletzungs- und Eingriffsmöglichkeiten insbesondere am *Recht auf das Charakterbild*²⁹ sowie auf die *informationelle Selbstbestimmung* sind in einem Assessment-Center besonders virulent. Zurückzuführen ist dies auf die Komplexität des Auswahlverfahrens. In einem Bewerbungsgespräch stellte der Arbeitgeber gezielte Fragen zum Lebenslauf, Fachwissen oder auch Interessen. In einem Assessment-Center werden verschiedene Dimensionen, also *Persönlichkeitsmerkmale* und Kompetenzen einer Person erfasst. Um einen ersten Einblick zu bekommen, welche Persönlichkeitsmerkmale sehr oft in Assessment-Centern getestet werden, werden Beispiele aufgezählt. Sehr häufig werden Merkmale wie Kommunikationsfähigkeit, Durchsetzungskraft, Analysefähigkeit, Konfliktfähigkeit, Kooperationsfähigkeit, Führungskompetenz, Problemlösefähigkeit, unternehmerisches Denken, Engagement, Belastbarkeit, Zielorientierung, Entscheidungsfreude, Systematisches Denken, Organisationstalent, Kreativität, Delegationsfähigkeit, Authentizität, Offenheit, Fachwissen, Charisma sowie Integrität getestet.³⁰

Bevor ein Modell-Assessment-Center vorgestellt wird, soll eine Gefährdungslage für die Persönlichkeitsrechte des Bewerbers aus dem Bericht des Bayerischen Datenschutzbeauftragten aus dem Jahr 2014 wiedergegeben werden. Der Bayerische Datenschutzbeauftragte schilderte die Aufgabenstellung einer Gruppendiskussion. Die Teilnehmer bekamen die Lebensläufe der anderen Teilnehmer ausgehändigt und sollten in der Gruppe die jeweiligen Lebensläufe kritisch diskutieren.³¹ Dieses Vorgehen stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Bewerber dar, da der Arbeitgeber den Teilnehmern einen Einblick in teilweise sehr sensible Daten ermöglicht hat. Im Verlauf von Assessment-Centern ergeben sich weitere Konstellationen, die unmittelbar grundrechtsrelevant,

28 Obermann/Höft/Becker, in: AkAC-Kongress 2012, Dokumentation der Kongressbeiträge, Die große Assessment Center Studie 2012, S. 590.

29 Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, S. 306 ff. m.w.N.

30 Obermann, Assessment-Center, Entwicklung, Durchführung, Trends, 5. Aufl., S. 55.

31 Vgl. hierzu den Bericht des Bayerischen Datenschutzbeauftragten, abrufbar unter: <https://www.datenschutz-bayern.de/tbs/tb26/tb26.pdf>, letzter Zugriff am 01.05.2016.