

Der Beschäftigtendatenschutz bei der Verarbeitung personenbezogener Bewerberdaten in privatrechtlichen Unternehmen in Deutschland

Wirtschaftsjuristin Julia Jeguschke, LL.B.

I. Einleitung

Ein Schuldverhältnis mit Rechten und Pflichten kann durch die Anbahnung eines Vertrags, bei dem ein Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder diese anvertraut, gem. § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB entstehen. Eine Bewerbung könnte ein solches Schuldverhältnis begründen.¹ Mit dem Schuldverhältnis können gem. § 241 Abs. 2 BGB beide Parteien zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen verpflichtet werden. Diese Pflichten könnten gem. § 823 Abs. 2 BGB durch die Missachtung eines Schutzgesetzes verletzt werden. Dem Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 DSGVO zufolge könnte die DSGVO ein solches Schutzgesetz sein.²

In der DSGVO wird der Beschäftigtendatenschutz mit der Öffnungsklausel des Art. 88 Abs. 1 DSGVO geregelt. Diese ermächtigt Mitgliedstaaten, spezifischere Regelungen für den Beschäftigtendatenschutz zu erlassen. In Deutschland wird der Beschäftigtendatenschutz in § 26 BDSG spezifiziert.

Im Folgenden werden die Anwendungsbereiche und die Rechtsgrundlagen der Verarbeitung von Beschäftigtendaten erläutert. Dabei soll nur die Verarbeitung von Bewerberdaten durch nichtöffentliche Stellen berücksichtigt werden, die die Kriterien des § 1 Abs. 4 S. 2 BDSG erfüllen. Darauf aufbauend wird geprüft, wie Bewerberdaten innerhalb des Bewerbungsverfahrens im Einklang mit der aktuellen rechtlichen Lage verarbeitet werden dürfen.

Sollte die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung nicht oder nicht hinreichend mit der gegebenen Rechtslage beurteilt werden können, dann kann in einem weiteren Schritt geprüft werden, ob der Bedarf besteht, den Beschäftigtendatenschutz in Deutschland zu reformieren.

¹ Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Arbeitsrecht (2016), § 611 BGB, Rn. 235.

² Wybitul, T./ Haß, D./ Albrecht, J.P., Abwehr von Schadensersatzansprüchen nach der Datenschutzgrundverordnung, NJW 2018, S. 113 (113).

II. Anwendbarkeit der DSGVO und des BDSG im Bewerbungsverfahren

A. Sachlicher Anwendungsbereich der DSGVO und des BDSG

Gem. Art. 2 Abs. 1 DSGVO gilt diese Verordnung für die ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten sowie für die nichtautomatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen. Ein solches Dateisystem ist gem. Art. 4 Nr. 6 DSGVO eine strukturierte Sammlung personenbezogener Daten, die nach bestimmten Kriterien zugänglich ist. Personenbezogene Daten umfassen nach Art. 4 Nr. 1 DSGVO alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen. Identifizierbar bedeutet gem. Art. 4 Nr. 1 DSGVO, dass eine Person direkt oder indirekt, wie beispielsweise über Merkmale oder Kennungen, identifiziert werden kann. Erst mit dem Merkmal der Identifizierbarkeit wird eine Person als „betroffene Person“ bezeichnet. Der Begriff der Verarbeitung umfasst gem. Art. 4 Nr. 2 DSGVO jeden mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführten Vorgang bzw. jede Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten wie das Erheben, Erfassen, Organisieren, Ordnen, Speichern, Anpassen oder Verändern, Auslesen, Abfragen, Verwenden, Offenlegen durch Übermittlung, Verbreiten oder eine andere Form des Bereitstellens, das Abgleichen oder Verknüpfen, Einschränken, Löschen oder Vernichten.

Für den Beschäftigtendatenschutz hingegen ist gem. § 26 Abs. 7 BDSG ein Dateisystem nicht erforderlich. Es würden somit alle Formen der Verarbeitung, wie beispielsweise handschriftliche Notizen während eines Bewerbungsgesprächs³ oder aktive Handlungen wie das Durchsuchen eines Schließfachs⁴, in den Anwendungsbereich des § 26 BDSG fallen.

B. Räumlicher Anwendungsbereich

Gem. Art. 3 Abs. 1 DSGVO gilt die Verordnung für die Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung eines Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters innerhalb der Europäischen Union. Als Niederlassung wird die von einer Rechtsform unabhängige und tatsächliche Ausübung einer Tätigkeit durch eine feste Einrichtung bezeichnet.⁵ Zu betonen ist, dass die Verarbeitung nicht „von“ einer solchen Niederlassung selbst durchzuführen ist, damit sie in den Schutzbereich der DSGVO fällt.⁶ Die tatsächliche Datenverarbeitung kann auch außerhalb der Europäischen Union stattfinden, sofern die Verarbeitung den Zweck der Tätigkeit einer Niederlassung innerhalb der Europäischen Union fördert.⁷ Bei mehreren Niederlassungen innerhalb der EU wäre seitens des Verantwortlichen die Hauptniederlassung i.S.d. Art. 4 Nr. 16 DSGVO zu ermitteln. Diese ist gem. Art. 4 Nr. 16 lit. a DSGVO diejenige, die über den Zweck und die Mittel der Datenverarbeitung sowie über dessen Umsetzung entscheiden kann. Im Falle eines Auftragsverarbeiters mit mehreren Niederlassungen in der Europäischen Union ist gem. Art. 4 Nr. 16 lit. b DSGVO die Hauptverwaltung als Hauptniederlassung einzuordnen. Wenn der die Hauptniederlassung des Auftragsverarbeiters außerhalb der

³ Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder, Kurzpapier Nr. 14: Beschäftigtendatenschutz - Version 2.0, S. 3.

⁴ BAG, Urteil vom 20.06.2013, 2 AZR 546/12, Rn. 24-25.

⁵ ErwGr. 22 der VO (EU) 2016/679.

⁶ EuGH (Große Kammer), Urt. v. 13.5.2014 – C-131/12, Rn. 52.

⁷ Ebd., Rn. 55.

Europäischen Union aufzufinden ist, dann gelte die Niederlassung, in der die wesentlichen Verarbeitungstätigkeiten in der Union stattfinden, als Hauptniederlassung des Auftragsverarbeiters.⁸

Für nichtöffentliche Stellen gilt das BDSG gem. § 1 Abs. 4 BDSG insbesondere dann, wenn die Verarbeitung personenbezogener Daten in Deutschland oder die Verarbeitung im Rahmen der Tätigkeit einer inländischen Niederlassung des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters erfolgt.

Wenn in einer deutschen Niederlassung eines Unternehmens mit Hauptsitz in Deutschland Beschäftigtendaten verarbeitet werden, gelte somit gem. § 5 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 BDSG das BDSG. Dasselbe würde für eine deutsche Niederlassung eines Unternehmens mit Hauptsitz in einem anderen Land innerhalb oder außerhalb der Europäischen Union gelten, wenn in der deutschen Niederlassung Beschäftigtendaten verarbeitet werden.

Wenn die Beschäftigtendaten nicht in Deutschland verarbeitet werden, sie aber im Rahmen der Tätigkeit einer inländischen Niederlassung, wie beispielsweise der Besetzung einer Stelle in einer Niederlassung in Deutschland verarbeitet werden, dann würde gem. § 5 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 BDSG das BDSG auf die Verarbeitung der Beschäftigtendaten Anwendung finden.

Im Umkehrschluss würden Unternehmen, die an ihrem ausländischen Hauptsitz oder im Rahmen der Tätigkeit einer ausländischen Niederlassung die Beschäftigtendaten eines deutschen Bewerbers verarbeiten, nicht an das BDSG gebunden sein.

C. Geschützter Personenkreis

Die DSGVO gilt gem. § 1 Abs. 1 DSGVO für alle natürlichen Personen, deren personenbezogene Daten wie bereits oben genannt verarbeitet werden. Dabei muss die Person gem. Art. 4 Nr. 1 DSGVO identifiziert oder identifizierbar sein. Der Beschäftigtendatenschutz des BDSG schützt hingegen nur Beschäftigte i.S.d. § 26 Abs. 8 BDSG. Bewerber gelten gem. § 26 Abs. 8 S. 2 BDSG als Beschäftigte und fallen daher in den geschützten Personenkreis des Beschäftigtendatenschutzes.

D. Rechtsgrundlagen für die Verarbeitung von Bewerberdaten

1. Für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses gem. § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG

Mit Art. 88 Abs. 1 DSGVO werden Mitgliedstaaten ermächtigt, spezifischere Regelungen für den Beschäftigtendatenschutz zu erlassen. So wird mit § 26 BDSG der Beschäftigtendatenschutz in Deutschland spezifiziert. Gem. § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG dürfen personenbezogene Daten dann verarbeitet werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist. Für die Überprüfung der Erforderlichkeit wäre, wie im Folgenden geschildert wird, die Abwägung der Grundrechtspositionen und Interessen beider Parteien sowie die Berücksichtigung der Grundsätze der DSGVO notwendig.

Der Gesetzesbegründung zum § 26 BDSG kann entnommen werden, dass zur Ermittlung der Erforderlichkeit die widerstreitenden Grundrechtspositionen zur Wahrung der

⁸ ErwGr 36 der VO (EU) 2016/679.

praktischen Konkordanz abzuwägen seien.⁹ Nach Däubler seien in diesem Fall die nationalen Grundrechte maßgeblich.¹⁰ Auf der einen Seite findet sich das Recht auf „Informationeller Selbstbestimmung“, das sich aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG herleitet, wieder.¹¹ Auf der anderen Seite steht die unternehmerische Freiheit aus Art. 12 Abs. 11 GG sowie die Vertragsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG.¹² Um die praktische Konkordanz zu wahren, seien diese Grundrechte abzuwägen.¹³ Eine Abwägung kann zum einen mit Hilfe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfolgen. Demnach soll die Datenverarbeitung geeignet, erforderlich und angemessen sein und dem Arbeitgeber sollten keine ebenso wirksamen und den Arbeitnehmer weniger belastenden Maßnahmen zur Verfügung stehen, um den angestrebten Zweck zu erreichen.¹⁴ Zum anderen können, wie aus der Gesetzesbegründung entnommen werden kann, auch die Interessen des Arbeitgebers an der Verarbeitung der Daten in die Abwägung miteinfließen.¹⁵ Die Interessen und Grundrechte sollen weitestgehend berücksichtigt und zu einem schonenden Ausgleich gebracht werden.¹⁶

Da diese Herangehensweise an der Rechtsprechung zum BDSG a.F. angelehnt ist,¹⁷ sollte darüber hinaus geprüft werden, ob die Verarbeitung im Einklang mit den Grundsätzen des Art. 5 DSGVO steht.

2. Auf Grundlage einer Einwilligung gem. § 26 Abs. 2 S. 1 BDSG

Die Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten kann gem. § 26 Abs. 2 S. 1 BDSG auf Grundlage einer Einwilligung erfolgen. Die allgemeinen Anforderungen an einer Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a DSGVO bestehen darin, dass die Einwilligung einen oder mehrere bestimmte Zwecke für die Verarbeitung darlegt. Wenn es sich um eine Einwilligung für die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten nach Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO handelt, muss die Einwilligung ausdrücklich für diese Art von Daten erfolgen. Die Erforderlichkeit der Einwilligung wäre im Zusammenhang mit der Freiwilligkeit der Erteilung nach Art. 7 Abs. 4 DSGVO zu überprüfen. Auf die Freiwilligkeit der Einwilligung könnte im Bewerbungsverfahren der Fokus liegen, da nach § 26 Abs. 2 S. 1 BDSG die Abhängigkeit der einwilligenden Person zu berücksichtigen ist. Gerade für das Bewerbungsverfahren wird in der Gesetzesbegründung hervorgehoben, dass angehende Beschäftigte einer noch größeren Drucksituation ausgesetzt sind, und somit eher unfreiwillig eine Einwilligung erteilen.¹⁸ Für eine Freiwilligkeit sollen hingegen Situationen sprechen, in denen beide Parteien gleichgelagerte Interessen vertreten.¹⁹ Die Schriftform der Einwilligung wird in § 26 Abs. 2 S. 3 BDSG verlangt, allerdings kann von dieser laut § 126 Abs. 1 BGB abgewichen werden, wenn durch beson-

⁹ BT-Drs. 18/11325 vom 24.02.2017, S. 97.

¹⁰ Däubler, W., Gläserne Belegschaften (2019), Rn. 90a - 90b.

¹¹ BVerfG, Urteil vom 15.12.1983, 1 BvR 209/83.

¹² Brink, S., Beschäftigtendatenschutz. Zwischen wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit und informationeller Selbstbestimmung (2018), S. 13.

¹³ BVerfGE, Beschluss vom 27.11.1990, 1 BvR 402/87, Rn. 40.

¹⁴ BAG, Urteil vom 20.06.2013, 2 AZR 546/12, Rn. 28.

¹⁵ BT-Drs. 18/11325 vom 24.02.2017, S. 97.

¹⁶ Ebd.

¹⁷ BAG, Urteil vom 13.12.2007, 2 AZR 537/06, Rn. 36; BAG, Urteil vom 07.09.1995, 8 AZR 828/93, Rn. 49.; BAG, Urteil vom 21.06.2012, 2 AZR/153/11, Rn. 29.,

¹⁸ Ebd.

¹⁹ BT-Drs. 18/11325 vom 24.02.2017, S. 97.

dere Umstände eine andere Form angemessen ist. Abweichend von dem Schriftformerfordernis könnte daher die elektronische Einwilligung eines Bewerbers zulässig sein, wenn sich dieser elektronisch über eine Onlineplattform bewirbt.²⁰ Das Ersuchen einer Einwilligung in Schriftform muss gem. Art. 7 Abs. 2 S. 1 DSGVO klar, verständlich und in verständlicher Sprache erfolgen. Die Einwilligung ist außerdem nach Art. 7 Abs. 3 S. 1 DSGVO widerrufbar. Darauf hat der Arbeitgeber gem. § 26 Abs. 2 S. 4 BDSG hinzuweisen. Darüber hinaus kann der Arbeitgeber durch den Grundsatz der Rechtmäßigkeit in Art. 5 Abs. 1 S. 1 lit. a DSGVO durch das Einholen von Einwilligungen nicht die Verarbeitung von Daten rechtfertigen, die für ihn rechtlich unzulässig wäre.²¹

3. Auf Grundlage einer Kollektivvereinbarung gem. § 26 Abs. 4 S. 1 BDSG

Gem. Art. 88 Abs. 1 DSGVO dürfen auch durch Kollektivvereinbarungen spezifischere Vorschriften für den Beschäftigtendatenschutz geregelt werden. Mit Kollektivvereinbarungen sind gem. § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG Betriebsvereinbarungen nach § 77 BetrVG oder Dienstvereinbarungen nach § 73 BPersVG sowie Tarifverträge gemeint. Auch die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten ist auf Grundlage von der sogenannten Kollektivvereinbarungen gem. § 26 Abs. 4 BDSG unter Beachtung des Art. 88 Abs. 2 DSGVO zulässig. Zudem bleiben die Beteiligungsrechte der Interessenvertretungen der Beschäftigten gem. § 26 Abs. 6 BDSG unberührt. Das bedeutet, dass die Beteiligungsrechte der Interessenvertretungen der Beschäftigten auf dem Gebiet des Datenschutzes, wie beispielsweise der Einsatz von Auswahlrichtlinien gem. § 96 Abs. 1 BetrVG oder das Festlegen von Beurteilungsgrundsätzen nach § 94 Abs. 2 BetrVG, den individualrechtlichen Beschäftigtendatenschutz des § 26 BDSG ergänzen und nicht von diesem verdrängt werden.²²

4. Auf Grundlage einer Bedingung des Art. 6 Abs. 1 S. 1 DSGVO

Wenn die Verarbeitung nicht für die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist, es bei einer Einwilligung an der Freiwilligkeit des Bewerbers mangeln kann und die Datenverarbeitung nicht durch interne Kollektivvereinbarungen geregelt wurde bzw. geregelt werden kann, dann könnte die Verarbeitung der personenbezogenen Daten dennoch aus den allgemeinen Grundsätzen des Art. 6 DSGVO rechtmäßig sein.²³ Dies könnten beispielsweise berechnete Interessen des Verantwortlichen gem. Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO sein. Im Falle der Vertragsanbahnung wäre eine Datenverarbeitung auf Grundlage dieser allgemeinen Regelung des Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b DSGVO allerdings erst dann möglich, wenn die Begründung und Erfüllung eines Vertrages nicht auf die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses abzielt.²⁴

Dazu könnte Art. 6 Abs. 1 S. 1 DSGVO dann als Rechtsgrundlage maßgeblich sein, wenn es sich bei dem Verhältnis zwischen dem Arbeitgeber und dem Kandidaten noch nicht um ein Anbahnungsverhältnis handelt.

²⁰ Gola, P., BB 2017, S. 1462 (1468).

²¹ Gola, P., BB 2017, S. 1462 (1468).

²² Simitis, S./Hornung, G./Spiecker, I., Datenschutzrecht: DSGVO mit BDSG (2019), Art. 88 Rn. 73.

²³ Däubler, W., Gläserne Belegschaften (2019), S. 154.

²⁴ BT-Drs. 16/13657, S. 34

III. Beschäftigtendatenschutz im Personalauswahlverfahren

Das Bewerbungsverfahren wird im Englischen und in der Arbeitspraxis des Personalwesens als „Recruiting“ bezeichnet. Der Ablauf des Recruitings bzw. des Bewerbungsverfahrens wird durch die Norm ISO 30405 normiert und wird in die vier Phasen „attract“, „source“, „assess“ und „employ people“ unterteilt. Zu Deutsch erfolgt zunächst die Suche, dann die Auswahl, danach die Beurteilung und zuletzt die Einstellung eines geeigneten Bewerbers.²⁵ Ein geeigneter Bewerber soll das Wissen, die Fähigkeiten und andere Eigenschaften aufweisen, um einen bestimmten Beruf, eine bestimmte Position oder eine bestimmte Rolle auszuführen bzw. einzunehmen.²⁶

Bei der Suche nach Bewerbern geht es darum, die potentielle Bewerberzielgruppe bzw. den sogenannten Talentpool zu analysieren und auf Grundlage eines Anforderungsprofils für eine Arbeitsstelle eine Vakanz auszuformulieren und zu veröffentlichen.²⁷ Die darauf folgende Bewerberauswahl hat das Ziel, unter den Bewerbern geeignete Kandidaten auszuwählen, indem Dokumente der Bewerber mit dem Anforderungsprofil abgeglichen werden.²⁸ Werden bestimmte Bewerber als qualifiziert eingestuft und besteht gleichzeitig das Interesse, mehr über die Bewerber zu erfahren, dann werden sie im nächsten Schritt als Kandidaten beurteilt.²⁹ Das Ziel der Beurteilung ist es, das Wissen, die Fähigkeiten und weitere relevante Eigenschaften zu überprüfen, um eine engere Auswahl an geeigneten Kandidaten zu treffen.³⁰ Dies kann beispielsweise durch Bewerbungsgespräche, Tests oder Assessment Center erfolgen.³¹ Am Ende dieser Phase liegt eine Auswahl an qualifizierten und interessierten Kandidaten vor.³² In der letzten Phase wird entschieden, wer von den Kandidaten ein Angebot für ein Arbeitsverhältnis erhält und wie mit den abgelehnten Kandidaten verfahren wird.³³ Für den ausgewählten Kandidaten wird dann das pre-boarding durchgeführt, welches Maßnahmen zusammenfasst, die ihn von der Annahme des Angebots bis zum ersten Arbeitstag begleiten.³⁴

A. Attract People

Das Bewerbungsverfahren wird eingeleitet, indem das Interesse potentieller Bewerber an der Besetzung der freien Stelle geweckt wird.³⁵ Um dies zu erreichen, wird im Vorfeld ein Anforderungsprofil erstellt, eine Vakanz ausformuliert und ein Rekrutierungsplan erstellt, welcher unter anderem das gegebene Budget und zeitliche Fristen beinhaltet.³⁶ Danach werden die Personen identifiziert, die für das Bewerbungsverfahren zuständig sind. Diese Personen können zum einen intern in dem Unternehmen beschäftigt sein

²⁵ ISO 30400 Human resource management – Vocabulary, S. 10.

²⁶ Ebd., S. 12.

²⁷ ISO 30405 Human resource management – Guidelines on Recruitment, S. 3 ff.

²⁸ Ebd., S. 7.

²⁹ Ebd., S. 8.

³⁰ Ebd.

³¹ Ebd.

³² Ebd., S. 9.

³³ Ebd., S. 9.

³⁴ ISO 30400 Human resource management – Vocabulary, S. 11.

³⁵ ISO 30400, Human Resources Management – Vocabulary (2016), S. 10.

³⁶ ISO 30405, Human Resources Management – Guidelines on recruitment (2016), S. 4 ff.

und Recruiter, weitere Mitarbeiter der Personalabteilung, Mitarbeiter der Verwaltung oder der Beschaffung sein.³⁷ Zum anderen könnten die Personen aus externen Unternehmen stammen und beauftragte Personalvermittler und Unternehmensberater des Personalwesens sein.³⁸

1. Verantwortliche

Von dem BDSG werden gem. § 5 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 BDSG Verantwortliche und Auftragsverarbeiter im Inland adressiert. Nach Art. 4 Nr. 7 DSGVO wird als Verantwortlicher eine natürliche oder juristische Person, Einrichtung oder eine ähnliche Stelle bezeichnet, die alleine oder gem. Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet. Unter Zweck wird das mit der Datenverarbeitung beabsichtigte Ergebnis verstanden, während unter Mitteln die Art und Weise, wie ein Ergebnis oder Ziel erreicht wird, verstanden wird.³⁹ So schließen Mittel nicht nur technische Fragen über die verwendete Soft- und Hardware ein, sondern umfassen auch organisatorische Fragen wie die Speicherdauer.⁴⁰ Nach der Art. 29 Gruppe gelte es, dass die Einstufung als Verantwortlicher dann erfolgen kann, wenn über die Zwecke der Verarbeitung entschieden wird.⁴¹ Werde hingegen nur über die eingesetzten Mittel entschieden, sei eine Einstufung als Verantwortlicher nur dann gegeben, wenn über wesentliche Aspekte der Mittel entschieden wird.⁴² Somit könne auch ein Auftragsverarbeiter über die technischen und organisatorischen Mittel entscheiden.⁴³

Gem. Art. 5 Abs. 2 DSGVO ist der Verantwortliche für die Einhaltung der Grundsätze in Art. 5 Abs. 1 DSGVO, zu denen beispielsweise die Rechtmäßigkeit, Transparenz oder Zweckbindung gehören, zuständig. Weiterhin muss der Verantwortliche mit der Rechenschaftspflicht die Einhaltung der Grundsätze nachweisen können. Dazu soll der Verantwortliche gem. Art. 24 Abs. 1 S. 1 DSGVO unter Berücksichtigung der Art, des Umfangs, der Umstände und der Zwecke der Verarbeitung sowie der unterschiedlichen Eintrittswahrscheinlichkeit und Schwere der Risiken für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen geeignete technische und organisatorische Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen und den Nachweis dafür erbringen zu können, dass die Verarbeitung gemäß dieser Verordnung erfolgt. Diese könnte dadurch erfolgen, dass die Grundsätze der Datenminimierung und der Transparenz durch datenschutzfreundliche Technik und Voreinstellungen erfüllt werden.⁴⁴ So würden Onlinedienste nur die wirklich notwendigsten Daten über Bewerber erfassen, die Daten sofort sicher verschlüsseln, ggf. anonymisieren oder pseudonymisieren und die Speicherzeit minimieren.⁴⁵

Auftragsverarbeiter sind nach Art. 4 Nr. 8 DSGVO diejenigen natürlichen oder juristischen Personen, Einrichtungen oder andere Stellen, die im Auftrag des Verantwortlichen personenbezogene Daten verarbeiten. Die Verarbeitung dieser Daten durch einen Auftragsverarbeiter erfolgt gem. Art. 28 Abs. 3 S. 1 DSGVO auf Grundlage eines Vertrags. Sie verarbeiten gem. Art. 29 DSGVO die personenbezogenen Daten nur auf Weisung

³⁷ Ebd., S. 7.

³⁸ Ebd.

³⁹ Art. 29 Grp S. 16

⁴⁰ Art. 29 Grp. S. 17.

⁴¹ Ebd.

⁴² Ebd.

⁴³ Ebd.

⁴⁴ ErwGr. 78 VO (EU) 2016/679.

⁴⁵ *Reindl, C./Krügl, S., People Analytics (2017), S. 87.*

des Verantwortlichen. Ein Auftragsverarbeiter habe insbesondere die in Art. 28 Abs. 3 S. 2 lit. a-h DSGVO aufgezählten und im Vertrag mit den Verantwortlichen vereinbarten Pflichten bei der Datenverarbeitung zu berücksichtigen. Nach Martini können dem Auftragsverarbeiter durch den Wortlaut „insbesondere“ noch weitere Pflichten auferlegt werden.⁴⁶

Arbeiten Verantwortliche mit Auftragsverarbeitern zusammen, dann haben sie gem. Art. 28 Abs. 1 DSGVO wieder darauf zu achten, dass diese hinreichend Garantien dafür bieten, dass technische und organisatorische Maßnahmen so durchgeführt werden, dass die Verarbeitung mit den Anforderungen der DSGVO in Einklang steht und die Rechte der betroffenen Person geschützt werden. Gem. Art. 28 Abs. 5 DSGVO kann die Einhaltung von genehmigten Verhaltensregeln gem. Art. 40 DSGVO oder genehmigte Zertifizierungsverfahren gem. Art. 42 DSGVO eine solche hinreichende Garantie darstellen.

Wenn ein Auftragsverarbeiter über den Zweck und die Mittel der Datenverarbeitung entscheidet, gilt dieser wieder gem. Art. 28 Abs. 10 DSGVO als Verantwortlicher für die Datenverarbeitung.

Wenn ein Unternehmen, wie beispielsweise ein Personalvermittlungsunternehmen dazu beauftragt wird, geeignete Kandidaten zu finden, ist zu prüfen, ob dieser als Verantwortlicher i.S.d. Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO angesehen werden kann. Dies wäre dann der Fall, wenn der Personalvermittler über den Zweck und die Mittel der Datenverarbeitung entscheiden kann. Während der Zweck die Begründung eines Beschäftigtenverhältnisses mit einem anderen Unternehmen sein könnte, könnten die Personalvermittler eigene Mittel für die Verarbeitung der personenbezogenen Daten aufwenden. Dazu kommt, dass gegenüber dem Arbeitssuchenden das personalvermittelnde Unternehmen die Rolle des Verantwortlichen einnimmt, während es im Auftrag des für die Verarbeitung verantwortlichen Unternehmens handelt.⁴⁷ Es könnte sich daher gem. Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO um eine gemeinsame Verantwortlichkeit des Personalvermittlers und des beauftragenden Unternehmens handeln.⁴⁸

Weiterhin wäre zu prüfen, ob eine Konzerngesellschaft für die Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten für das Bewerbungsverfahren aller übrigen Konzerngesellschaften verantwortlich sein kann.

Wenn die Dienstleistungsgesellschaft zum überwiegenden Teil über die Mittel der Verarbeitung entscheidet und die Daten in weiteren Schritten verarbeitet, könnte sich daraus auch ein großer Einfluss auf die Festlegung der Verarbeitungszwecke ergeben.⁴⁹ So wären beide beteiligten Gesellschaften als gemeinsam verantwortliche anzusehen, zwischen denen eine Vereinbarung nach Art. 26 DSGVO zu schließen wäre.⁵⁰

2. Talentpools

Unter Talentpool wird eine Gruppe von Menschen verstanden, die das erforderliche Wissen und die gewünschten Fähigkeiten eines Berufs mitbringen.⁵¹ Es wird zwischen dem internen und dem externen Talentpool unterschieden. Dem internen Talentpool gehören

⁴⁶ Paal/Pauly, DS-GVO (2018), Art. 28 Rn. 38.

⁴⁷ Art. 29 Gruppe, WP 169 10/DE Stellungnahme 01/2010 zu den Begriffen „für die Verarbeitung Verantwortlicher“ und „Auftragsverarbeiter“, S. 23.

⁴⁸ Ebd.

⁴⁹ Lezzi, L./Oberlin, S., ZD 2018, S. 398 (398).

⁵⁰ Ebd.

⁵¹ ISO 30400 Human resource management – Vocabulary (2016), S. 10.

die Mitarbeiter des Unternehmens an, in dem die Stelle besetzt werden soll.⁵² Unter dem externen Talentpool fallen alle übrigen Kandidaten.⁵³

2.1 Interne Stellenbesetzung

Eine interne Stellenbesetzung werde in der Praxis relativ häufig durchgeführt, da gem. § 93 BetrVG der Betriebsrat verlangen kann, dass Arbeitsplätze innerhalb des Betriebs ausgeschrieben werden.⁵⁴ Fraglich wäre, ob die Daten, die in Personalakten gespeichert worden sind, aktiv genutzt werden dürfen, um geeignete Kandidaten zu finden.

Personalakten umfassen im materiellen Sinne des § 83 BetrVG Sammlungen von Urkunden und Vorgängen, die möglichst vollständig, wahrheitsgemäß und sorgfältig die persönlichen und dienstlichen Verhältnisse des Bediensteten zur Schau stellen und in einem inneren Zusammenhang mit dem Dienstverhältnis stehen.⁵⁵ Es sei unerheblich, wie der Arbeitgeber solche Daten, die dem Personalaktenbegriff entsprechen, bezeichnet, sofern die Inhalte dem materiellen Personalaktenbegriff entsprechen.⁵⁶ Daten in Personalakten dürfen nur dann in ihr aufgenommen werden, wenn sie gem. § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG für das Arbeitsverhältnis erforderlich sind.⁵⁷ So beinhalten Personalakten beispielsweise den Arbeitsvertrag, den Personalfragebogen oder Angaben zum beruflichen Werdegang.⁵⁸

Zu prüfen ist, ob die Verwendung der Daten in der Personalakte zum Zwecke der Besetzung einer freien Stelle in dem Unternehmen für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses gem. § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG erforderlich ist. Dies könnte dann der Fall sein, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer im Rahmen des § 106 GewO versetzen möchte oder eine mögliche Versetzung überprüfen möchte. Demnach darf der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit dies nicht bereits durch den Arbeitsvertrag, den Tarifvertrag, einer Betriebsvereinbarung oder durch gesetzliche Bestimmungen festgelegt wurde. Wenn dies durch den Arbeitsvertrag bereits näher bestimmt worden ist, könnte eine Versetzung also zulässig sein, wenn der Arbeitsvertrag eine Versetzungsklausel aufweist und diese das Direktionsrecht des § 106 GewO wirksam erweitert.

Somit könnte die Verarbeitung der Daten in der Personalakte eines Arbeitnehmers für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses notwendig sein. Doch auch wenn dem Arbeitgeber für die Versetzung des Arbeitnehmers kein Direktionsrecht zusteht, könnte die Einsicht in die Personalakte erforderlich sein, um den Arbeitsvertrag mit dem Arbeitnehmer einvernehmlich zu ändern.⁵⁹ Ferner kann die Einsicht in die Personalakte zum Zwecke der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gem. § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG erforderlich sein, wenn der Arbeitgeber die einseitige Änderungskündigung des § 2 KSchG ausspricht.⁶⁰

⁵² ISO 30405 Human resource management – Guidelines on Recruitment (2016), S. 6 f.

⁵³ Ebd., S. 7.

⁵⁴ *Schaub, G. et. al.*, Arbeitsrechtliches Formular- und Verfahrenshandbuch, Individualarbeitsverhältnis: Begründung des Arbeitsverhältnisses (2019), Rn. 10.

⁵⁵ BAG, Urteil vom 07.05.1980, 4 AZR 214/78.

⁵⁶ Ebd.

⁵⁷ *Schaub, G.*, Arbeitsrecht Handbuch, § 148 Personalakten.

⁵⁸ LAG HB, Urteil vom 04.03.1977, 1 Sa 303/76.

⁵⁹ *Tettinger/Wank/Enuschat* GewO (2011), § 106 Rn. 4.

⁶⁰ Ebd.

2.2 Externe Stellenbesetzung

Eine externe Stellenausschreibung kann auf vielfältiger Weise erfolgen. Möglich wäre das Schalten von Stellenanzeigen oder der Einsatz von Personalvermittlern.⁶¹ Die Kandidatensuche kann auch aktiv durch die Kontaktierung eines potentiellen Kandidaten in sozialen oder beruflichen Netzwerken oder durch die bewusste Abwerbung erfolgen.⁶²

Da zum Zeitpunkt der Kontaktierung eines Kandidaten noch kein Anbahnungsverhältnis vorliegt, käme als Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO in Betracht.⁶³ So kann die Verarbeitung von Daten für die Wahrung berechtigter Interessen des nach Personal suchenden Unternehmens oder Personalvermittlers erforderlich sein, sofern nicht die Interessen, Grundrechte und Grundfreiheiten des potentiellen Kandidaten überwiegen. Wenn der potentielle Kandidat solche Daten, die seine Karrierelaufbahn und Kontaktmöglichkeiten beinhalten, öffentlich preisgegeben hat, wäre bei der Interessenabwägung ferner Art. 9 Abs. 2 lit. e DSGVO zu berücksichtigen.⁶⁴

Zu prüfen ist, ob die Kontaktaufnahme mit Personen, die Profile in beruflichen sozialen Netzwerken angelegt haben und ihre Kontaktdaten und ihre berufliche Laufbahn auf solchen Plattformen veröffentlicht haben, zulässig sein könnte. Dies könnte zulässig sein, da berufsorientierte soziale Netzwerke auf den Austausch beruflicher Informationen gerichtet sind.⁶⁵ In diesem Fall könnte das Recht auf den Schutz der personenbezogenen Daten eines potentiellen Kandidaten den Interessen des Unternehmens unterliegen.

Die rechtliche Lage könnte in privaten sozialen Netzwerken anders aussehen. Der Schutz der personenbezogenen Daten des Betroffenen könnte überwiegen, weil solche Netzwerke unter anderem bezwecken, freizeitbezogene Inhalte mit Freunden und Bekannten zu teilen.⁶⁶ Zudem könnte die Kandidatensuche in beruflichen sozialen Netzwerken als weniger belastende Maßnahme für das Suchen geeigneter Kandidaten angesehen werden, da der Arbeitgeber durch das durchsuchen der privaten Profile auch an Informationen gelangen könnte, die für ein künftiges Beschäftigungsverhältnis irrelevant sind.

3. Informationspflicht des Verantwortlichen

Über die Datenverarbeitung muss der Verantwortliche den Bewerbern gem. Art. 12 Abs. 1 DSGVO auf präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Weise informieren. Wenn die Daten bei der betroffenen Person erhoben werden, dann sind dieser gem. Art. 13 Abs. 1 DSGVO unter anderem die Kontaktdaten des Verantwortlichen und Datenschutzbeauftragten, die Zwecke, Rechtsgrundlagen und ggf. die berechtigten Interessen an der Datenverarbeitung mitzuteilen. Eine Informationspflicht besteht gem. Art. 14 Abs. 1 DSGVO auch für die Erhebung von personenbezogenen Daten, die nicht bei der betroffenen Person erfolgt. Auch die Speicherdauer oder Kriterien für die Festlegung der Speicherdauer sind dem Betroffenen gem. Art. 13 Abs. 2 lit. a, 14 Abs. 2 lit. a DSGVO mitzuteilen. Zuletzt ist der Bewerber gem. Art. 12 DSGVO über seine in den Art. 15 ff. DSGVO aufzufindenden Rechte zu informieren, zu denen beispielsweise Auskunftsrechte, das Recht auf Berichtigung oder das Recht auf Löschung gehören.

⁶¹ *Schaub, G. et. al.*, Arbeitsrechtliches Formular- und Verfahrenshandbuch, Individualarbeitsverhältnis: Begründung des Arbeitsverhältnisses (2019), Rn. 8.

⁶² ISO 30405, Human Resources Management – Guidelines on recruitment (2016), S. 17.

⁶³ *Gola, P.*, NZA 2019, S. 654 (657).

⁶⁴ *Gola, P.*, NZA 2019, S. 654 (657)

⁶⁵ *Göpfert, B./Dußmann, A.*, NZA-Beilage 2016, S. 41 (41).

⁶⁶ Ebd.

B. Source People

Nachdem die erste Phase des Bewerbungsverfahrens abgelaufen ist, sollten Bewerbungen eingegangen sein und eine Auswahl an Kandidaten vorliegen. Das Ziel der jetzigen Phase ist es, die qualifizierte Kandidaten auszuwählen, die an der Besetzung der vakanten Stelle interessiert sind.⁶⁷

1. Eingang der Bewerbungsunterlagen

Bewerbungsunterlagen können dem Unternehmen auf vielfältiger Weise zugehen. Möglich sind beispielsweise Bewerbungen im Papierformat, per E-Mail oder durch ein unternehmenseigenes Onlineportal. Zudem könnten die Bewerbungsunterlagen unternehmensintern oder an Dritte gem. Art. 4 Nr. 2 DSGVO übermittelt werden.

Wenn personenbezogene Daten innerhalb der verantwortlichen Stelle übergeben werden, dann liege, so Wedde, keine Übermittlung der Daten an Dritte vor.⁶⁸ Dies schließe auch die Weitergabe der Daten an den Betriebsrat oder den internen Betriebsarzt ein.⁶⁹ Von Dritten wird gem. Art. 4 Nr. 10 DSGVO dann gesprochen, wenn es sich um Stellen außer der betroffenen Person, dem Verantwortlichen oder dem Auftragsverarbeiter handelt, die durch Befugnis des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters personenbezogene Daten des Betroffenen verarbeiten. Da es sich in diesen Fällen um die Weiterleitung personenbezogener Daten innerhalb der verantwortlichen Stelle handeln könnte, würde es sich gem. Art. 4 Nr. 10 DSGVO nicht um dritte Stellen handeln. Aus diesem Grunde sei, so Gola, die Weiterleitung der Bewerbungsunterlagen an eine andere Abteilung innerhalb der verantwortlichen Stelle auch dann zulässig, wenn sich der Bewerber nicht ausdrücklich auf eine bestimmte Stelle beworben hat.⁷⁰ Werden die Daten nicht an Dritte weitergeleitet, dann müsse keine weitere Einwilligung für die Weiterleitung der Daten eingeholt werden.⁷¹

Anders sehe dies bei einer Übermittlung von Beschäftigtendaten innerhalb eines Konzerns aus. Die DSGVO kenne, so Stamer und Kuhnke, kein sogenanntes Konzernprivileg.⁷² So handele es sich bei Unternehmen innerhalb eines Konzerns gem. § 2 Abs. 4 BDSG um unabhängige natürliche und juristische Personen oder anderen Personenvereinigungen des Privatrechts, zwischen denen die Datenübermittlung nicht privilegiert sei.⁷³ Solche Stellen könnten unter den Begriff des Dritten gem. Art. 4 Nr. 10 DSGVO fallen. Wenn ein Konzern beabsichtigt, die Bewerbungsunterlagen aller Gesellschaften zentral zu verarbeiten, würde die Weiterleitung von Bewerbungsunterlagen folglich eine Übermittlung an Dritte darstellen. Die Übermittlung personenbezogener Daten an Dritte sei, so Wedde, generell nicht als erforderlich i.S.v. § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG anzusehen, da sie außerhalb des Vertragszwecks stehe.⁷⁴ Auch im Rahmen einer Interessenabwä-

⁶⁷ ISO 30405, Human resource management – Guidelines on recruitment (2016), S. 7.

⁶⁸ *Däubler/Wedde/Weichert/Sommer*, EU-Datenschutz-Grundverordnung und BDSG-neu (2018), § 26 BDSG, Rn. 179.

⁶⁹ Ebd.

⁷⁰ *Gola, P.*, Handbuch Beschäftigtendatenschutz. Aktuelle Rechtsfragen und Umsetzungshilfen. (2019), Rn. 734.

⁷¹ Ebd.

⁷² *Plath*, DSGVO/BDSG (2018), Art. 88 BDSG Rn. 20.

⁷³ *Däubler/Wedde/Weichert/Sommer*, EU-Datenschutz-Grundverordnung und BDSG-neu (2018), § 26 BDSG, Rn. 182.

⁷⁴ *Däubler/Wedde/Weichert/Sommer*, EU-Datenschutz-Grundverordnung und BDSG-neu (2018), § 26 BDSG, Rn. 173.

gung würde das schutzwürdige Interesse der Betroffenen auf Schutz der personenbezogenen Daten überwiegen, da diese mit nicht abzuschätzenden Auswertungsmöglichkeiten des Konzerns konfrontiert wären.⁷⁵ Dies könnte ferner dem Grundsatz der Transparenz aus Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO zuwiderlaufen, wonach personenbezogene Daten auf einer nachvollziehbaren Weise verarbeitet werden sollen. Eine andere Auffassung vertreten Stamer und Kuhnke, die bei Vorhandensein einer konzernweiten Personalverwaltung eine Erforderlichkeit in der Übermittlung der Daten i.S.v. § 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO erkennen.⁷⁶

Weil Konzerngesellschaften als Dritte i.S.v. Art. 4 Nr. 10 DSGVO angesehen werden könnten und eine konkrete Rechtsgrundlage für die Privilegierung von Konzernen fehle, wäre eine Rechtsgrundlage für die Verarbeitung der personenbezogenen Daten durch dritte Stellen erforderlich. Als Rechtsgrundlage sei eine Vereinbarung zur Auftragsverarbeitung nach Art. 28 Abs. 3 DSGVO denkbar, wenn innerhalb eines Konzerns Bewerberdaten übermittelt werden und es sich bei der Konzerngesellschaft nicht um einen gemeinsamen Verantwortlichen handelt.⁷⁷

Wenn die weitere Konzerngesellschaft hingegen gem. Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO als gemeinsam Verantwortlicher einzustufen ist, dann wäre gem. Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO eine Vereinbarung darüber festzulegen, wer von ihnen welche Pflichten gemäß der DSGVO erfüllt.

2. Speicherung der Bewerbungsunterlagen

Wie bereits erörtert wurde, ist gem. § 26 Abs. 7 BDSG ein Dateisystem für die Geltung des deutschen Beschäftigtendatenschutzes nicht notwendig. Somit unterliegen nicht nur elektronische Bewerbungsunterlagen, sondern auch lose und papiergebundene Bewerbungsmappen den datenschutzrechtlichen Bestimmungen.⁷⁸

Die Daten sind nach dem Grundsatz von Integrität und Vertraulichkeit gem. Art. 5 Abs. 1 lit. f DSGVO auf einer Art und Weise zu verarbeiten, die eine angemessene Sicherheit der personenbezogenen Daten gewährleistet. Konkrete Maßnahmen ergeben sich aus § 32 Abs. 1 DSGVO. Daten sollen unter anderem verschlüsselt werden oder im Falle eines technischen Zwischenfalls wiederhergestellt werden können.

Im Folgenden wird untersucht, welche Stammdaten eingespeichert werden dürfen und ob solche Daten eingespeichert werden dürfen, die für die Besetzung der Stelle zwar irrelevant sind, allerdings von dem Kandidaten freiwillig zur Verfügung gestellt worden sind.

Typischerweise beinhalten Bewerbungsunterlagen die Adresse und weitere Kontaktdaten des Kandidaten. Diese könnten für das Bewerbungsverfahren als notwendig eingestuft werden, damit der Kandidat über den Verlauf des Bewerbungsverfahrens in Kenntnis gesetzt werden kann. Auch Gola vertritt die Ansicht, dass die Erhebung von Kontaktdaten bisher nicht angezweifelt wurde, da diese Daten für das Bewerbungsverfahren als

⁷⁵ Ebd.

⁷⁶ Stamer/Kuhnke in Plath DSGVO BDSG, Art. 88 BDSG Rn. 20.

⁷⁷ *Däubler/Wedde/Weichert/Sommer*, EU-Datenschutz-Grundverordnung und BDSG-neu (2018), § 26 BDSG, Rn. 173.

⁷⁸ Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder, Kurzpapier Nr. 14: Beschäftigtendatenschutz - Version 2.0, S. 3.

unerlässlich angesehen wurden.⁷⁹ Fraglich ist jedoch, ob die Erhebung von mehr als einem Kontaktdaten wirklich als erforderlich angesehen werden kann. Gerade in Zeiten der online durchgeführten Bewerbungsverfahren könnte beispielsweise die Erforderlichkeit der Erhebung der Hausanschrift angezweifelt werden. Diese wäre in diesem Fall nicht erforderlich, um das Bewerbungsverfahren durchzuführen oder um eine Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigtenverhältnisses zu treffen. Erst wenn ein Kandidat ausgewählt wurde, wäre die Erfragung der Hausanschrift zur Übersendung des Arbeitsvertrages notwendig. Folglich könnte die im Voraus durchgeführte Erhebung weiterer Kontaktdaten durch die Einholung einer Einwilligung legitimiert werden. Die Freiwilligkeit des Kandidaten, der Datenerhebung zuzustimmen, könnte als gegeben angesehen werden, da dieser und der Arbeitgeber gleichgelagerte Interessen verfolgen könnten. So wäre es im Interesse beider Parteien, bei erfolgreichem Abschluss des Bewerbungsverfahrens direkt den Arbeitsvertrag übermitteln zu können oder in der Lage zu sein, über mehrere Kanäle über das Bewerbungsverfahren zu kommunizieren.

Eine Fotografie des Kandidaten gehöre nach Gola in Deutschland zu einem selbstverständlichen Bestandteil einer Bewerbung.⁸⁰ Aus einer Fotografie könnten jedoch Tatsachen abgeleitet werden, die zu einer Diskriminierung führen könnten.⁸¹ Nach Gola würde ein Lichtbild der Eigendarstellung des Bewerbers dienen und dem Arbeitgeber wie ein persönliches Bewerbungsgespräch einen Einblick in die Persönlichkeit des Kandidaten bieten, wodurch die Verarbeitung von Fotodaten gerechtfertigt wäre.⁸² Allerdings könnte die Verarbeitung einer Fotodatei für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigtenverhältnisses nicht erforderlich i.S.d. § 26 Abs. 1 BDSG sein, da eine Fotografie keine Aussage über die Arbeitsleistung eines Kandidaten treffen könnte. Durch den fehlenden Bezug zur Arbeitsleistung könnte das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Kandidaten der unternehmerischen Freiheit des Arbeitgebers, eine Fotografie zu verarbeiten, überwiegen. Dazu könnte ein Foto aufgrund von Sympathie oder Antipathie die Entscheidungsfindung in der Vorauswahl beeinflussen. Ein milderer Mittel wäre es, die Kandidaten zunächst anhand ihrer Fähigkeiten und Kenntnisse zu beurteilen und weitere persönliche Eigenschaften des Kandidaten im Rahmen eines Bewerbungsgesprächs kennenzulernen.

Auf weitere Daten, die für die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses erforderlich sein könnten, wird in Kapitel C näher eingegangen.

3. Auswertung der Bewerbungsunterlagen

Um zu beurteilen, ob ein Bewerber den Anforderungen der Stelle entspricht, sind die eingereichten Bewerbungsunterlagen im Rahmen einer Dokumentenanalyse zu überprüfen. Zu dieser gehört beispielsweise die Analyse und Interpretation von Hochschul-, Schul- und Arbeitszeugnissen, des Lebenslaufs oder Referenzen.⁸³ Fraglich ist, auf welcher Art und Weise Analysen der Bewerbungsunterlagen stattfinden dürfen.

⁷⁹ Gola, P., Handbuch Beschäftigtendatenschutz. Aktuelle Rechtsfragen und Umsetzungshilfen. (2019), Rn. 609

⁸⁰ Gola, P., Handbuch Beschäftigtendatenschutz. Aktuelle Rechtsfragen und Umsetzungshilfen. (2019), Rn. 626.

⁸¹ Bauer/Göpfert/Krieger AGG § 12 Rn. 12.

⁸² Gola, P., Handbuch Beschäftigtendatenschutz. Aktuelle Rechtsfragen und Umsetzungshilfen. (2019), Rn. 628.

⁸³ DIN 33430, Anforderungen an berufsbezogene Eignungsdiagnostik, S.12.

Durch die Mitteilung oder das bewusste Verschweigen von Tatsachen, die zu einer Diskriminierung führen könnten und die für die Entscheidung über Begründung des Beschäftigungsverhältnisses gem. § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG nicht erforderlich sind, kann es passieren, dass Bewerber im Bewerbungsverfahren benachteiligt werden. Die Problematik könnte durch die Formulierung der Ausschreibung vermieden werden, da die Diskriminierungsverbote des AGG gem. § 11 AGG auch für die Ausschreibung der Stelle gelten. Empfehlenswert wäre daher, ein Anforderungsprofil zu erstellen, welches die Anforderungen an der Stelle auf erfolgskritische Faktoren reduziert.⁸⁴ Das Anforderungsprofil sollte die Bezeichnung der Stelle, die Einordnung in die Unternehmenshierarchie, die Hauptaufgaben, die Führungsspanne, Nebenaufgaben und die notwendigen Kompetenzen für die Besetzung der Stelle umfassen.⁸⁵ Durch das Vorhandensein eines Anforderungsprofils kann die Vorauswahl über rationale Entscheidungstechniken wie die Nutzwertanalyse erfolgen, sodass unwichtige Aspekte ausgeblendet werden können.⁸⁶ Mit einer Nutzwertanalyse werden aus den Bewerbungsunterlagen erfolgskritische Eigenschaften in eine Tabelle übertragen, indem sie den gewichteten Kriterien des Anforderungsprofils zugeordnet werden.⁸⁷ Daraus ergibt sich schließlich eine Bewertung des Kandidaten in Punkten. Dass Bewerber Daten übersenden, die gegenüber anderen Bewerbern zu einer Diskriminierung führen könnten, etwa weil die übrigen Bewerber über diese Daten keine Auskunft erteilt haben, könnte auch vor der Übersendung der Bewerbungsunterlagen verhindert werden. Der Arbeitgeber könnte die Bewerbung über ein Bewerbungsportal zulassen. Dieses Bewerbungsportal könnte durch vorgegebene Felder die Art und Menge der Daten, die ein Bewerber über sich preisgibt auf das notwendigste beschränken.

Eine weitere Möglichkeit wäre die automatisierte Auswertung von Bewerbungsunterlagen, um die Verarbeitung von personenbezogenen Daten, die zu einer Diskriminierung führen könnten, zu verhindern. Unterschieden wird zwischen der in Art. 2 Abs. 1 DSGVO genannten teilweise automatisierten Datenverarbeitung, bei der Zwischenschritte durch einen Menschen ausgeführt werden, und der automatisierten Datenverarbeitung, die selbsttätig und programmgesteuert erfolgt.⁸⁸ Wenn Daten auf solcher Art und Weise verarbeitet werden, würden sie in den sachlichen Anwendungsbereich der DSGVO fallen. Fraglich ist es, ob eine Entscheidungsfindung automatisiert erfolgen darf.

Automatisierte Entscheidungen, die gegenüber dem Betroffenen rechtliche Wirkung entfalten oder ihn in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigen, sind gem. Art. 22 Abs. 1 DSGVO grundsätzlich unzulässig. Als eine solche Beeinträchtigung wird die automatische Ablehnung eines Kandidaten im Rahmen eines Online-Einstellungsverfahrens gezählt.⁸⁹ Durch eine ausdrückliche Einwilligung des Betroffenen kann die automatisierte Entscheidung gem. Art. 22 Abs. 2 lit. c DSGVO wiederum legitimiert werden. Die Anforderungen an der Einwilligung ergeben sich wieder aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a DSGVO i.v.m. § 26 Abs. 2 S. 1 BDSG. Der Betroffene ist gem. Art. 13 Abs. 2 lit. f DSGVO von der automatisierten Entscheidungsfindung zu informieren.

⁸⁴ Krings, T., Erfolgsfaktoren effektiver Personalauswahl (2017), S. 1.

⁸⁵ Ebd., S. 5.

⁸⁶ Ebd., S. 1.

⁸⁷ Ebd., S. 14.

⁸⁸ Paal/Pauly, DS-GVO (2018), Art. 2 Rn. 7.

⁸⁹ ErwGr. 71 der VO (EU) 2016/679.

4. Durchführung von Background-Checks

In der Eignungsdiagnostik werden Internetrecherchen und Gespräche mit Referenzgebern als Beispiele aufgeführt, um die Eignung eines Bewerbers zu beurteilen.⁹⁰ Diese werden auch als Background Checks bezeichnet. Als Background Check definiert Kort die Erhebung von personenbezogenen Daten über einen potentiellen Arbeitnehmer, welche nicht bei diesem selbst, sondern bei Dritten oder aus elektronisch zugänglichen Quellen erfolgt.⁹¹ Beispiele hierfür wären Überprüfungen bei ehemaligen Arbeitgebern oder Ausbildungseinrichtungen, ob die gemachten Angaben des Bewerbers zutreffen oder die Recherche in sozialen Netzwerken.⁹²

Zuvor waren solche Background Checks durch den Grundsatz der Direkterhebung aus § 4 Abs. 2 BDSG untersagt.⁹³ Eine ähnliche Norm findet sich in der aktuellen Fassung des BDSG nicht mehr. Somit könnten Background Checks durch den Wegfall dieser Norm gem. § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG wieder zulässig sein, wenn dies für die Begründung eines Beschäftigtenverhältnisses erforderlich ist. Dafür würde auch sprechen, dass in früheren BAG Urteilen Erkundigungen über den Bewerber bei dem vorherige Arbeitgeber als zulässig angesehen worden sind.⁹⁴ Ein weiteres Indiz für den Wegfall des Direkterhebungsgrundsatzes wäre, dass durch Betroffene selbst veröffentlichte Informationen gem. Art. 9 Abs. 2 lit. e DSGVO einem geringeren Schutz unterliegen.⁹⁵

Zuerst wird geprüft, ob Background Checks in elektronisch zugänglichen Quellen wie sozialen Netzwerken erfolgen dürfen. An dieser Stelle wird, wie in der Gesetzesbegründung zu der Vorgängernorm des § 26 BDSG, zwischen der Verarbeitung von personenbezogenen Daten aus sozialen Netzwerken, die der Kommunikation dienen, sowie aus solchen Netzwerken, die für die Darstellung der beruflichen Qualifikation bestimmt sind, unterschieden.⁹⁶

Eine Recherche in privaten sozialen Netzwerken könnte als ungeeignet, nicht erforderlich und unangemessen angesehen werden, um die Eignung eines Bewerbers zu beurteilen, da diese Daten keinen Rückschluss auf die Arbeitsleistung eines Bewerbers geben. Nach Seifert wären diese Daten, die zumeist das Privatleben des Betroffenen betreffen, für die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses nicht erforderlich.⁹⁷ Auch ein berechtigtes Informationsinteresse des Arbeitgebers könnte aus diesem Grunde ausgeschlossen werden. Damit würde das Recht des Bewerbers auf den Schutz seiner personenbezogenen Daten überwiegen. Folglich dürften Daten aus privaten sozialen Netzwerken nicht auf Grundlage von § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG verarbeitet werden.

Bei der Verarbeitung von Daten aus beruflichen sozialen Netzwerken soll das schutzwürdige Interesse des Beschäftigten hingegen nicht überwiegen.⁹⁸ Dies könnte dadurch begründet werden, dass es Sinn und Zweck solcher Plattformen ist, sich für den Arbeitsmarkt zu präsentieren. Dennoch ist dies, wie das Einholen von einer Bestätigung bei vorherigen Arbeitgebern oder Ausbildungsstätten, als eine Informationserhebung bei

⁹⁰ DIN 33430, Anforderungen an berufsbezogene Eignungsdiagnostik, S. 12.

⁹¹ Kort, M., Neuer Beschäftigtendatenschutz und Industrie 4.0, RdA 2018, S. 24 (25).

⁹² Lepperhoff, N., ZD-Aktuell 2017, 05748.

⁹³ Däubler, W., Gläserne Belegschaften (2019). S. 154.

⁹⁴ BAG, Urteil vom 25.10.1957, 1 AZR 434/55.

⁹⁵ Gola, P., NZA 2019, S. 654 (655).

⁹⁶ BT-Drs. 17/4230 vom 15.12.2010, S. 6.

⁹⁷ Simitis, S./Hornung, G./Spiecker, I., Datenschutzrecht: DSGVO mit BDSG (2019), Art. 88 DSGVO Rn. 104.

⁹⁸ Ebd.

Dritten anzusehen.⁹⁹ Hier könnte die Erforderlichkeit der Datenverarbeitung abgesprochen werden, wenn dem Arbeitgeber ein milderes Mittel zur Verfügung steht, um die Informationen zu beschaffen. Dies wäre die direkte Datenerhebung bei dem Bewerber.¹⁰⁰

Unabhängig von der Erforderlichkeit der Datenverarbeitung könnte die Erhebung von Daten bei Dritten einen Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben aus Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO darstellen.¹⁰¹ Der in der englischen Fassung der DSGVO verwendete Begriff „fairness“ deutet nach Roßnagel darauf hin, dass eine Datenverarbeitung als rechtswidrig bezeichnet werden könnte, wenn sie das Vertrauen des Betroffenen missbraucht und somit als unfair zu klassifizieren ist.¹⁰² Auch der Grundsatz der Transparenz aus Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO könnte, so Kühling und Buchner, dafür sprechen, dass Background Checks unzulässig sind.¹⁰³ So soll der Bewerber selbst darüber bestimmen können und darüber in Kenntnis sein, welche Informationen an den künftigen Vertragspartner weitergegeben werden. Aus diesen Grundsätzen soll sich nach Seifert der Grundsatz der Direkterhebung wieder ergeben.¹⁰⁴

Folglich könnten Background Checks unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, der berechtigten Interessen beider Parteien sowie der Grundsätze der DSGVO nicht auf Grundlage des § 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO erfolgen. Nach Gola sei dies aber anders zu beurteilen, wenn der Bewerber selbst auf bestimmte Veröffentlichungen im Internet verweist.¹⁰⁵ Dann soll das gerechtfertigte Erhebungsinteresse zu Gunsten des Arbeitgebers ausfallen.¹⁰⁶

Zu prüfen ist nun, ob durch eine Einwilligung Daten bei Dritten erhoben werden dürfen, deren Verarbeitung für die Beschäftigung als relevant anzusehen sind. Ob eine Einwilligung wirksam erteilt worden ist, bemisst sich an den allgemeinen Anforderungen aus § 26 Abs. 2 BDSG bzw. bei besonderen Kategorien personenbezogener Daten zusätzlich aus § 26 Abs. 3 BDSG.¹⁰⁷

Background Checks, die heimlich oder ohne eine wirksame Einwilligung durchgeführt werden, sollen somit nach Kort in der Regel datenschutzrechtlich unzulässig sein.¹⁰⁸ Wenn die personenbezogenen Daten nicht bei der betroffenen Person erhoben worden sind, aber eine Einwilligung wirksam erteilt worden ist, soll zudem der Betroffene gem. Art. 14 DSGVO darüber informiert werden.

Weiterhin könnten nach Gola Background Checks auf Grundlage von Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit b DSGVO zulässig sein, ohne dem Grundsatz der Direkterhebung entgegenzustehen.¹⁰⁹ Durch den Wortlaut, dass vorvertragliche Maßnahmen „auf Anfrage der be-

⁹⁹ Däubler, W., Gläserne Belegschaften (2019), Rn. 249.

¹⁰⁰ Kühling/Buchner, DSGVO/ BDSG (2018), Art. 13 DSGVO Rn. 2; Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-Datenschutz-Grundverordnung und BDSG-neu (2018), Art. 13 DSGVO Rn. 2.

¹⁰¹ Gola, DSGVO (2018), Einl. Rn. 41.

¹⁰² Roßnagel, A., ZD 2018, S. 339 (341).

¹⁰³ Kühling/Buchner, DSGVO/ BDSG (2018), Art. 13 Rn. 3 DSGVO.

¹⁰⁴ Simitis, S./Hornung, G./Spiecker, I., Datenschutzrecht: DSGVO mit BDSG (2019), Art. 88 DSGVO Rn. 97.

¹⁰⁵ Gola, P., NZA 2019, 654 (655).

¹⁰⁶ Ebd.

¹⁰⁷ Gola, P., NZA 2019, 654 (654).

¹⁰⁸ Kort, M., RdA 2018, S. 24 (26).

¹⁰⁹ Gola, DSGVO (2018), Art. 6 Rn. 91.

treffenden Person“ erfolgen, wäre diese Rechtsgrundlage zunächst auf Initiativbewerbungen beschränkt.¹¹⁰ Da das Abgeben solcher Bewerbungen ebenfalls in das Anbahnungsverhältnis fallen, wäre § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG wiederum die maßgebliche Rechtsgrundlage.¹¹¹ Somit würden Background Checks nicht auf Grundlage von Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b DSGVO erfolgen.

C. Assess People

Nachdem eine Auswahl an qualifizierten und interessierten Kandidaten getroffen wurde, werden nun ihre Fähigkeiten und Eigenschaften überprüft. Im Vorfeld werden die Termine für das Bewerbungsverfahren bekanntgegeben.¹¹² Danach wird empfohlen, weitere Informationen über den Kandidaten zu sammeln. Das Bewerbungsverfahren selbst kann aus mehreren Ebenen bestehen, zu denen ein Bewerbungsgespräch und Prüfungen gehören können.¹¹³ Beide Bestandteile werden auch als „Interview“¹¹⁴ und „Assessment“¹¹⁵ bezeichnet und werden im Rahmen eines „Assessment Centers“ durchgeführt. Die Ergebnisse des Bewerbungsverfahrens werden schließlich ausgewertet und mit den internen Stakeholdern, die an dem Bewerbungsverfahren beteiligt sind, geteilt.¹¹⁶ Am Ende dieser Phase soll eine verfeinerte Auswahl an qualifizierten und interessierten Kandidaten vorliegen.¹¹⁷

1. Assessment Center

Eine Legaldefinition für den Begriff „Assessment Center“ existiert nicht. Vielmehr existieren Empfehlungen und Versuche der Standardisierung, wie durch den Arbeitskreis Assessment Center e.V. Dieser definiert ein Assessment Center als *„ein eignungsdiagnostisches Verfahren zur Potential- und Eignungsbeurteilung im Rahmen von Personalauswahl- und Entwicklungsfragestellungen, bei dem mehrere Methoden kombiniert und die Teilnehmer von mehreren Assessoren beobachtet sowie bewertet werden“*.¹¹⁸ Zu diesem Zwecke werden insbesondere Interviews bzw. Bewerbungsgespräche, berufsbezogen gestaltete Test- und Fragebogenverfahren sowie Verhaltenssimulationen angewendet.¹¹⁹ Mit dem Prinzip der Multimethodalität werden unterschiedlich ausgestaltete Verfahren eingesetzt, um das Potential und die Eignung zu beurteilen.¹²⁰ Damit unabhängige Urteile über den Kandidaten gefällt werden können, verlangt das Mehraugenprinzip in einem AC mehrere Beobachter und Beurteiler mit unterschiedlichen beruflichen und biographischen Hintergründen.¹²¹

Eignungsmerkmale sind *„Qualifikationen, Kompetenzen und Potenziale sowie berufsbezogene Interessen, Bedürfnisse, Werthaltungen, Motive und andere relevante Merkmale*

¹¹⁰ Gola, P., NZA 2019, 654 (654).

¹¹¹ Ebd.

¹¹² Ebd., S. 8.

¹¹³ Ebd.

¹¹⁴ ISO 30400, Human resource management – Vocabulary, S. 11.

¹¹⁵ Krings, T., Erfolgsfaktoren effektiver Personalauswahl, S. 67.

¹¹⁶ ISO 30405, Human resource management – Guidelines on recruitment, S. 8.

¹¹⁷ Ebd.

¹¹⁸ Arbeitskreis Assessment Center e.V., Standards der Assessment Center Methode (2016), S. 3.

¹¹⁹ Ebd.

¹²⁰ Arbeitskreis AC e.V., Forum für Personalauswahl und -entwicklung (2016): AC-Standards (S. 3).

¹²¹ Ebd.

einer Person, die die Voraussetzung für die jeweils geforderte berufliche Leistungshöhe und die berufliche Zufriedenheit sind“.¹²²

1.1 Das Bewerbungsgespräch

Die direkte mündliche Befragung eines Kandidaten ist ein Verfahren der Eignungsdiagnostik.¹²³ Die gestellten Fragen in der mündlichen Befragung sollen für die Begründung eines Beschäftigtenverhältnisses i.S.d. § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG erforderlich sein. Zum einen muss der Arbeitgeber ein „berechtigte[s], billigenswerte[s] und schutzwürdige[s] Interesse [...] an der Beantwortung [einer] Frage“¹²⁴ haben. Zum anderen muss der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Bewerbers verhältnismäßig sein. Das bedeutet, dass die Datenverarbeitung geeignet, erforderlich und angemessen ist, um den Zweck zu erreichen, und dem Arbeitgeber keine ebenso wirksamen und den Arbeitnehmer weniger belastenden Maßnahmen zur Verfügung stehen.¹²⁵ Weiterhin sind die Grundsätze des Art. 5 DSGVO zu berücksichtigen.

Grundsätzlich darf der Arbeitgeber personenbezogene Bewerberdaten erheben, verarbeiten oder nutzen, wenn ein berechtigtes Informationsinteresse an den Bewerberdaten besteht. Dem gegenüber stehen der Erforderlichkeitsgrundsatz aus § 26 Abs. 1 BDSG sowie der Grundsatz der Datenminimierung aus Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO, aus denen die Beschränkung der Fragen auf tätigkeitsbezogene Tatsachen hervorgehen kann.¹²⁶ Daher können Daten über die bisherige schulische und beruflichen Laufbahn für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses notwendig sein, da der Arbeitgeber durch die Qualifikationen oder die Berufserfahrung des Kandidaten auf dessen Eignung schließen könnte. Aus diesem Grunde seien nach Däubler die Interessen des Arbeitgebers gegenüber dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG als vorrangig anzusehen.¹²⁷ Solche Daten wären somit für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses erforderlich und können auf Grundlage des § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG erhoben werden.

Anders verhält es sich mit Fragen, die keinen Bezug zu der Tätigkeit aufweisen oder die zu Benachteiligungen führen könnten. Wie bei der Ausschreibung der Stelle gelten die Benachteiligungsverbote gem. § 6 Abs. 1 S. 2 AGG unmittelbar für die Reichweite des Fragerechts des Arbeitgebers.¹²⁸ Das AGG gilt gem. § 6 Abs. 1 AGG für Bewerber, die nach § 7 Abs. 1 AGG nicht wegen den in § 1 AGG genannten Gründen benachteiligt werden dürfen. Gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG erstreckt sich der sachliche Anwendungsbereich mit Auswahlkriterien, Einstellungsbedingungen und mit dem Zugang zur Erwerbstätigkeit auf das Bewerbungsverfahren. Folglich sollen mit § 1 AGG Benachteiligungen in der Personalauswahl aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Alters, einer Behinderung der Religion oder Weltanschauung oder der sexuellen Identität verhindert oder beseitigt werden. Das Erheben von Datenkategorien, die die in § 1 AGG genannten Merkmale betreffen, sei nach Kort daher nicht nur ein Indiz für eine

¹²² DIN 33430, Anforderungen an berufsbezogene Eignungsdiagnostik, S. 7.

¹²³ DIN 33430, Anforderungen an berufsbezogene Eignungsdiagnostik, S. 12.

¹²⁴ BAG, Urteil vom 07.09.1995, 8 AZR 828/93, Rn. 49.

¹²⁵ BAG, Urteil vom 20.06.2013, 2 AZR 546/12, Rn. 28.

¹²⁶ Brink, S., Beschäftigtendatenschutz. Zwischen wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit und informationeller Selbstbestimmung (2018), S. 27.

¹²⁷ Däubler, W., Gläserne Belegschaften (2019), Rn. 221.

¹²⁸ Armbrüster/ Bayreuther/ Busche, Münchener Kommentar zum BGB (2018), § 11 Rn. 15.

Diskriminierung, sondern auch nicht erforderlich für die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses.¹²⁹ Daten über das Geburtsdatum oder das Alter des Kandidaten zu erheben wäre somit unzulässig, so lange kein Rechtfertigungsgrund i.S.d. § 10 AGG existiert.¹³⁰ Auch die Frage nach einer Schwangerschaft sei nach Rechtsprechung des EuGH unzulässig, da die Verweigerung der Einstellung nur gegenüber Frauen in Betracht kommen würde und dies folglich unmittelbar das weibliche Geschlecht diskriminiere.¹³¹ Die Frage nach einer Gewerkschaftszugehörigkeit sei nach Stamer und Kuhnke nicht nur aufgrund von Art. 9 Abs. 3 GG im Bewerbungsverfahren unzulässig, sondern gehöre darüber hinaus zu den besonderen Kategorien personenbezogener Daten.¹³² Das Erheben von Daten über die Religionszugehörigkeit könnte einen Eingriff in die Religionsfreiheit des Kandidaten gem. Art. 4 Abs. 1 GG darstellen. Allerdings könnte ein berechtigtes Interesse an der Beantwortung dieser Frage insoweit bestehen, dass die Religion eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt, so wie es bei Kirchen oder religiösen Organisationen der Fall ist.¹³³

Nun wird auf solche Daten eingegangen, die die Privatsphäre des Kandidaten betreffen. Freizeitbeschäftigungen oder gefährliche Sportarten sind, so Stramer und Kuhnke, für die Begründung eines Beschäftigtenverhältnisses nicht erforderlich.¹³⁴ Somit wäre eine Verarbeitung solcher Daten nicht gem. § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG zulässig. Private Vermögensverhältnisse dürfen erfragt werden, wenn die Tätigkeit die Vornahme von Vermögensverfügungen umfasst oder eine erhöhte Bestechungsgefahr oder die Gefahr des Geheimnisverrats besteht.¹³⁵ Fragen nach Vorstrafen sind kritischer zu betrachten. Grundsätzlich dürfen gem. Art. 10 DSGVO solche Fragen nur unter behördlicher Aufsicht vorgenommen werden oder wenn Mitgliedstaaten zum Schutze der Rechte und Freiheiten der Betroffenen geeignete Rechte und Garantien vorsehen. Die Zulässigkeit solcher Fragen sei daher im Lichte des § 26 Abs. 5 BDSG zu betrachten.¹³⁶ Nach Rechtsprechung des BAG sei dies nur dann zulässig, wenn und soweit die Art des zu besetzenden Arbeitsplatzes dies erfordert.¹³⁷

Das Erfragen laufender Ermittlungsverfahren sowie die Speicherung eines Führungszeugnisses wäre bei Bezug zum Arbeitsverhältnis zulässig.¹³⁸ Dies betrifft jedoch nicht eingestellte Ermittlungsverfahren¹³⁹. Art. 10 DSGVO sei bei strafrechtlich relevanten Daten zu beachten.¹⁴⁰

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG hat der Arbeitgeber kein berechtigtes Interesse, wenn kein Fragerecht, sondern ein Recht zur Lüge vorliegt. Dies wäre dann etwa der Fall, wenn Daten nach einer bestehenden Schwangerschaft, politische Gesinnung

¹²⁹ Kort, M., NZA Beilage 2016, S. 62 (64).

¹³⁰ BAG, Urteil vom 19.08.2019, 8 AZR 530/09.

¹³¹ EuGH, Urteil vom 08.11.1990, C-177/88, Rn. 12.

¹³² Plath, DSGVO/BDSG (2018), § 26 BDSG Rn. 36.

¹³³ EuGH, Urteil (Große Kammer) vom 17.04.2018, C-414/16 Rn. 59.

¹³⁴ Plath, DSGVO/BDSG (2018), § 26 BDSG Rn. 35.

¹³⁵ Ebd., Rn. 37.

¹³⁶ Plath, DSGVO/BDSG (2018), § 26 BDSG Rn. 38.

¹³⁷ BAG 5, 159, 163, AP Nr. 2 zu § 123 BGB.

¹³⁸ Kania/Sansone NZA 2012 360, 361.

¹³⁹ BAG, Urteil vom 15.11.2012, 6 AZR 339/11,

¹⁴⁰ Taeger/Gabel DSGVO BDSG (2019), § 26 BDSG Rn. 30.

oder Gewerkschaftszugehörigkeit gestellt werden.¹⁴¹ Bei der Überschreitung des Fragerechts würde eine unzulässige Datenerhebung und damit ein Verstoß gegen § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG vorliegen.

1.2 Test- und Fragebogenverfahren sowie Verhaltenssimulationen

Zu prüfen ist, ob im Rahmen des Assessment Centers Tests Fragebögen oder Verhaltenssimulationen für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigtenverhältnisses erforderlich sind.

Verfahren zur Verhaltensbeobachtung und -beurteilung sind beispielsweise Rollenspiele, Gruppendiskussionen, Präsentationsübungen oder Arbeitsproben.¹⁴² Tests- und Fragebögen nehmen z.B. Bezug auf die Persönlichkeit, die Intelligenz oder das Wissen des Kandidaten und sollten messtheoretisch fundiert sein.¹⁴³

Das Kompetenzmodell könnte herangezogen werden, um zu beurteilen, ob die Erfragung bestimmter Merkmale für die Begründung eines Beschäftigtenverhältnisses i.S.d. § 26 Abs. 1 BDSG erforderlich ist. Neben der Überprüfung der Fachkompetenz, also dem fachbezogenen Wissen, sowie der Methodenkompetenz, also dem anwendbaren Wissen, können nach dem Kompetenzmodell auch soziale und personale Kompetenzen, zu denen die Einstellung des Kandidaten sowie seine Selbstreflexion gehören, mit Testverfahren überprüft werden.¹⁴⁴ Die Überprüfung dieser Merkmale könnte als angemessen und erheblich für die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses angesehen werden, weil sie einen tatsächlichen Bezug zu der zu besetzenden Stelle aufweisen.

Fraglich ist nun, ob auch die Durchführung von allgemeinen Persönlichkeits- oder Intelligenztests für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses gem. § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG erforderlich ist. Nach Krings seien solche Tests als wissenschaftlich fraglich anzusehen.¹⁴⁵ Darüber hinaus gebe es keinen Nachweis darüber, dass eine gute Allgemeinbildung mittelbar eine Auswirkung auf den beruflichen Erfolg hat.¹⁴⁶ So könnten die Daten, die aus solchen Tests hervorgehen, für die Verfolgung des Zwecks der Datenverarbeitung unerheblich sein. Auch die Angemessenheit solcher Tests kann angezweifelt werden. Bei der Durchführung von Persönlichkeitstests könnte eine AGG-Diskriminierung aus Gründen einer Behinderung erfolgen, wenn der Bewerber aufgrund seiner Behinderung nicht die offensichtlich gewollte Antwort erkennt und deshalb eine andere Antwort auswählt.¹⁴⁷ Somit könnte die Erhebung personenbezogener Daten durch die Durchführung von allgemeinen Persönlichkeits- oder Intelligenztests nicht auf Grundlage von § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG erfolgen. Auch die Zulässigkeit von allgemeinen Persönlichkeits- und Intelligenztests auf Grundlage einer Einwilligung gem. § 26 Abs. 2 S. 1 BDSG könnte angezweifelt werden, da im Falle einer Behinderung des Betroffenen Nachteile durch die Teilnahme an Persönlichkeitstests zur Konsequenz hätten.

Zusammenfassend sollte nach Krings darauf geachtet werden, dass mit den durchgeführten Tests in einem Assessment Center die tatsächlichen Anforderungsmerkmale der

¹⁴¹ Ebd.

¹⁴² DIN 33430, Anforderungen an berufsbezogene Eignungsdiagnostik, S.12.

¹⁴³ Ebd..

¹⁴⁴ Krings, T., Erfolgsfaktoren effektiver Personalauswahl (2017), S. 57.

¹⁴⁵ Ebd.

¹⁴⁶ Krings, T., Erfolgsfaktoren effektiver Personalauswahl (2017), S. 80.

¹⁴⁷ Dzida, B./Groh, N., NJW 2018, 1917 (1918).

zu besetzenden Stelle überprüft werden.¹⁴⁸ Dies würde auch im Einklang mit dem Grundsatz der Datenminimierung in Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO stehen, welcher besagt, dass die Verarbeitung von Daten nur auf das notwendige Maß beschränkt werden sollte.

1.3 Gesundheitliche und psychologische Untersuchungen

Zu prüfen ist nun, ob die Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Gesundheitsdaten für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigtenverhältnis erforderlich ist.

Gem. Art. 4 Abs. 15 DSGVO umfassen Gesundheitsdaten die körperliche und geistige Gesundheit eines Kandidaten. Darunter fallen auch Behinderungen.¹⁴⁹ Genetische Daten sind gem. Art. 4 NR. 13 DSGVO genetische Eigenschaften einer natürlichen Person, die eindeutige Informationen über die Gesundheit der natürlichen Person liefern. Personenbezogene Gesundheitsdaten und genetische Daten gelten gem. Art. 9 Abs. 1 DSGVO als besondere Kategorie personenbezogener Daten, deren Verarbeitung untersagt ist. Von diesem Verarbeitungsverbot kann in Fällen des Art. 9 Abs. 2 DSGVO abgewichen werden.

Möglich wäre, dass personenbezogene Gesundheitsdaten gem. Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO auf Grundlage einer ausdrücklichen Einwilligung verarbeitet werden könnten. Dabei müsste sich die Einwilligung gem. § 26 Abs. 3 S. 2 BDSG ausdrücklich auf die zu verarbeitenden besonderen Kategorien personenbezogener Daten beziehen.

Für Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten, die in den Anwendungsbereich des BDSG fällt, gelte § 22 Abs. 2 BDSG entsprechend. Gem. § 22 Abs. 1 lit. b BDSG ist abweichend von Art. 9 Abs. 1 DSGVO die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten zulässig, wenn sie zum Zwecke der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit des Beschäftigten oder für die medizinische Diagnostik durchgeführt werden. Weiterhin müssen diese Daten von ärztlichem Personal oder sonstigen Personen, die einer Geheimhaltungspflicht unterliegen, verarbeitet werden bzw. muss die Verarbeitung unter deren Verantwortung durchgeführt werden. Dies könnte die Durchführung von gesundheitlichen Eignungstests rechtfertigen.

Einstellungsuntersuchungen durch einen Betriebsarzt nach §§ 2 ff. ASiG oder einen durch einen externen Arzt könnten Bestandteil eines Assessmentcenters sein.¹⁵⁰ Hier könnte das Interesse des Arbeitgebers beispielsweise darin bestehen, einen Kandidaten auszuwählen, der möglichst belastbar ist.¹⁵¹ Zunächst wäre wieder festzuhalten, dass nur gesundheitliche Einschränkungen mit Bezug zum Arbeitsplatz relevant sein dürfen.¹⁵² Dies betreffe auch ansteckende Krankheiten.¹⁵³ Immer wiederkehrende Krankheiten, die keinen direkten Bezug zu der Arbeitsleistung haben, sollen nach Däubler im Bewerbungsverfahren so behandelt werden wie krankheitsbedingte Kündigungen, indem nur Tatsachen berücksichtigt werden dürfen, die das Arbeitsverhältnis im Kündigungsfall auflösen würden.¹⁵⁴

¹⁴⁸ Krings, T., Erfolgsfaktoren effektiver Personalauswahl (2017), S. 80.

¹⁴⁹ ErwGr 35 der VO (EU) 2016/679.

¹⁵⁰ Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-Datenschutz-Grundverordnung und BDSG-neu (2018), § 26 BDSG Rn. 54.

¹⁵¹ Ebd.

¹⁵² BAG, Urteil vom 07.06.1984, 2 AZR 270/83,

¹⁵³ Ebd.

¹⁵⁴ Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-Datenschutz-Grundverordnung und BDSG-neu (2018), Rn. 58.

Untersuchungen, die offenlegen, ob ein Kandidat legale oder illegale Drogen konsumiert, seien zunächst irrelevant für die Beurteilung, ob ein Kandidat für die Ausübung der Tätigkeit geeignet ist. Eine Untersuchung kann erforderlich sein, um einen konkreten Verdacht für eine bestehende Abhängigkeit nachzuweisen.¹⁵⁵ Eine Abhängigkeit hätte dann einen Bezug zum Arbeitsplatz, wenn durch das abhängigkeitsbedingte Fehlverhalten das Leben und die Gesundheit Dritter oder Sachwerte des Arbeitgebers in Gefahr sein könnten.¹⁵⁶

Auch psychologische Tests dürften erst dann durchgeführt werden, wenn diese für die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses gem. § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG erforderlich ist. Die Vornahme solcher Tests könnte allerdings ein schwerwiegender Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Bewerbers aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG darstellen. Somit könnte die Vornahme eines psychologischen Tests nur dann zulässig sein, wenn das Verhalten des Beschäftigten ernsthaft an seiner Eignung zweifeln lässt.¹⁵⁷

Auch genetische Untersuchungen könnten im Bewerbungsverfahren durchgeführt werden. Mit Art. 9 Abs. 4 DSGVO bleibt das GenDG unverändert und geht als Spezialregelung den Bestimmungen des BDSG vor.¹⁵⁸ Bewerber sollen gem. § 21 Abs. 1 S. 1 GenDG nicht aufgrund genetischer Eigenschaften benachteiligt werden. Daher wird mit dem Gendiagnostikgesetz vom 31.07.2009 die Vornahme gentechnische Untersuchungen an Bewerbern mit § 19 GenDG grundsätzlich verboten. Ausnahmetatbestände finden sich in § 20 Abs. 1 GenDG wieder, die jedoch Genuntersuchungen zum Schutze des Kandidaten ansprechen.

Aufgrund der ärztlichen Schweigepflicht dürfen dem Arbeitgeber nur das Ergebnis der Eignungsuntersuchung, und keine näheren Diagnosen oder Gesundheitszustände, mitgeteilt werden.¹⁵⁹

2. Auswertung des Assessment Centers

Neben der teilweise automatisierten Auswertung des Assessment Centers wäre, wie bei der Analyse der Bewerbungsunterlagen, eine vollautomatisierte Analyse des Assessment Centers denkbar, um eine Entscheidung darüber zu treffen, welcher Kandidat eingestellt werden soll. Die automatisierte Entscheidung wäre mit einer ausdrücklichen Einwilligung der betroffenen Person gem. Art. 22 Abs. 2 lit. c DSGVO zulässig. Fraglich ist, ob es sich bei der Auswertung des Assessment Centers um Profiling handelt.

Unter dem Profiling wird gem. Art. 4 Nr. 4 DSGVO die automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten verstanden, die die persönlichen Aspekte einer natürlichen Person bewertet. Hierunter fallen Aspekte wie die Arbeitsleistung, die Gesundheit, das Verhalten oder die Interessen des Betroffenen. Das Bewerbungsverfahren gelte somit als klassischer Anwendungsfall des Profilings.¹⁶⁰ Durch eine ausdrückliche Einwilligung des Kandidaten könnte die Durchführung gem. Art. 22 Abs. 1 lit. c DSGVO und entgegen

¹⁵⁵ BAG, Urteil vom 12.08.1999, 2 AZR 55/99.

¹⁵⁶ *Brink, S.*, Beschäftigtendatenschutz. Zwischen wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit und informationeller Selbstbestimmung (2018), S. 22.

¹⁵⁷ BAG, Urteil vom 13.02.1964, 2 AZR 286/63.

¹⁵⁸ *Däubler/Wedde/Weichert/Sommer*, EU-Datenschutz-Grundverordnung und BDSG-neu (2018), § 26 BDSG Rn. 69.

¹⁵⁹ *Brink, S.*, Beschäftigtendatenschutz. Zwischen wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit und informationeller Selbstbestimmung (2018), S. 22.

¹⁶⁰ *Spindler, G./Schuster, F.*, Recht der elektronischen Medien, Art. 22 DSGVO (2019), Rn. 6.

des Art. 22 Abs. 1 DSGVO zulässig sein. Für eine Freiwilligkeit der Einigung im Beschäftigungsverhältnis würden, wie bereits erörtert, gleichgelagerte Interessen beider Parteien sprechen. Es wäre daher zu prüfen, ob der Bewerber durch die automatisierte Entscheidung erlangt, etwa weil er tatsächlich frei von jeglicher Diskriminierung beurteilt wird.

Die automatisierte Entscheidung kann mithilfe eines Algorithmus erfolgen. Ein Algorithmus ist eine Rechenvorschrift, mit der ein genau festgelegtes Rechenproblem gelöst werden kann.¹⁶¹ Dabei lassen sich viele Probleme des alltäglichen Lebens in ein solches Rechenproblem umformulieren.¹⁶² Problematisch sei, dass Algorithmen durch einen Modellfehler oder einer fehlerhaften Datenbasis diskriminierend sein können.¹⁶³ Nach Dzida und Groh können Fehler in der Datenbasis durch den bewussten oder unbewussten Zufluss diskriminierender Daten entstehen, etwa weil ein Unternehmen in der Vergangenheit überwiegend Männer eingestellt hat.¹⁶⁴ So könnte ein Algorithmus in der Zukunft männliche Kandidaten bei der Personalauswahl bevorzugen.¹⁶⁵

Mit Art. 22 Abs. 2 lit. b DSGVO dürfen Mitgliedstaaten von der Regelung des Art. 22 Abs. 1 DSGVO abweichen. Die Öffnungsklausel des § 37 Abs. 1 BDSG betrifft jedoch nur Versicherungsverträge. Daneben wird in dem BDSG das Scoring geregelt. Gem. § 31 Abs. 1 BDSG ist das Scoring die Verwendung eines Wahrscheinlichkeitswerts über das Verhalten einer natürlichen Person zum Zweck der Entscheidungsfindung über die Begründung eines Vertragsverhältnisses mit dieser Person. Allerdings sei fraglich, ob das Scoring überhaupt durchgeführt werden darf weil die Öffnungsklausel des Art. 22 Abs. 2 lit. b DSGVO Mitgliedstaaten ermächtigt, die generelle Zulässigkeit automatisierter Entscheidungen zu regeln, nicht aber für das Scoring selbst, welches das Treffen einer Entscheidung vorbereite.¹⁶⁶

D. Employ People

In der letzten Phase des Bewerbungsverfahrens wird die finale Entscheidung darüber getroffen, welche Person eingestellt wird. Dieser Person ist ein Arbeitsvertrag anzubieten.¹⁶⁷ Ausgeschiedene Kandidaten sollen anderen offenen und passenden Stellen zugewiesen werden.¹⁶⁸ Denkbar wäre es auch, diese in eine interne Bewerberdatenbank aufzunehmen, auf die zurückgegriffen werden kann, wenn zukünftig Stellen zu besetzen sind.¹⁶⁹

1. Datenaufbewahrungsfristen der Bewerberdaten

Mit dem Abschluss des Bewerbungsverfahrens würde der Zweck der Datenverarbeitung erreicht werden und § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG als Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung entfallen. Da es sich bei der Datenverarbeitung um ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt

¹⁶¹ *Cormen, T.H. et. al.*, Algorithmen – Eine Einführung (2017), S. 5.

¹⁶² Ebd., S. 6f.

¹⁶³ *Dzida, B./Groh, N.*, NJW 2018, 1917 (1917).

¹⁶⁴ Ebd.

¹⁶⁵ Ebd.

¹⁶⁶ Ebd., Rn. 11f.

¹⁶⁷ ISO 30405 – Human resource management – Guidelines on recruitment, S. 9.

¹⁶⁸ Ebd.

¹⁶⁹ *Brink, S.*, Beschäftigtendatenschutz. Zwischen wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit und informationeller Selbstbestimmung (2018), S. 34.

handele, wäre eine weitere Datenverarbeitung grundsätzlich nicht zulässig. Allerdings könnten sich aus anderen Rechtsvorschriften des Bundes über den Datenschutz, die gem. § 1 Abs. 2 S. 1 BDSG Anwendungsvorrang finden, abweichende Regelungen ergeben. So werden im Bewerbungsverfahren mit dem AGG Benachteiligungen aus Gründen, die in den §§ 1 und 7 AGG aufgezählt werden, gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG bei Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätigkeit verboten. Der Benachteiligte hätte bei Schäden gem. § 15 Abs. 1 S. 1 AGG sowie bei immateriellen Schäden gem. § 15 Abs. 2 S. 1 AGG einen Anspruch auf Entschädigung in Geldform. Diese Ansprüche müssen gem. § 15 Abs. 4 S. 1 AGG innerhalb von zwei Monaten geltend gemacht werden, soweit beide Parteien nicht etwas anderes vereinbart haben. Brink empfiehlt daher, Bewerbungsdaten maximal drei Monate nach Beendigung des Bewerbungsverfahrens aufzubewahren, um im Falle einer Klage die Bewerbungsunterlagen und die tatsächlichen Gründe für eine Absage einzusehen. Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationssicherheit empfiehlt hingegen, die Bewerbungsunterlagen für sechs Monate aufzubewahren, begründet diese Empfehlung allerdings nicht.¹⁷⁰ Im Hinblick auf den Grundsatz der Speicherminimierung nach Art. 5 Abs. 1 lit. e DSGVO, wonach personenbezogene Daten nur so lange verarbeitet werden dürfen, wie es für die Zwecke, für die sie verarbeitet werden, erforderlich ist, würde sich eine maximale Speicherfrist von zwei Monaten ergeben. Wenn innerhalb dieses Zeitraumes gem. § 15 Abs. 4 S. 1 AGG schriftlich Ansprüche gegenüber den Arbeitgebern erhoben werden, dann würde die Speicherfrist gem. § 61b Abs. 1 ArbGG um weitere drei Monate verlängert werden.¹⁷¹

Folglich wäre der Arbeitgeber verpflichtet, die Bewerberdaten zu löschen, sobald er kein berechtigtes Interesse mehr an der Verarbeitung dieser Daten hat.¹⁷²

2. Verarbeitung der Bewerberdaten für andere Zwecke

Weiterhin ist fraglich, inwieweit die personenbezogenen Daten weiterverarbeitet werden dürfen. Unternehmen könnten abgelehnte Bewerber in eine interne Bewerberdatenbank hinzufügen, um künftige vakante Stellen gegebenenfalls mit ihnen zu besetzen. Dies könnte allerdings auf Grundlage des § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG nicht zulässig sein, da dies auf die Begründung eines anderen Beschäftigungsverhältnisses abzielt und nicht dem, worauf sich der Bewerber ursprünglich und ausdrücklich beworben hat. Auch nach Wedde dürfen die Beschäftigtendaten, die auf Grundlage des § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG erhoben worden sind, nicht für andere Zwecke als die, die bei der Erhebung genannt worden sind, verwendet werden.¹⁷³ Berechtigte Interessen des Arbeitgebers würden eine Zweckänderung auf Grundlage von Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO nicht legitimieren, da diese Rechtsgrundlage nicht anwendbar sei, wenn die Datenverarbeitung mit dem Beschäftigtenverhältnis zusammenhängt.¹⁷⁴ Auch der Grundsatz der Transparenz aus Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO könnte der Aufnahme des Kandidaten in einen internen Talentpool entgegenstehen, da Betroffene darüber im Klaren sein müssen, in welchem Umfang ihre Daten in Zukunft verarbeitet werden.¹⁷⁵ Da das Bewerbungsverfahren auf die Besetzung einer konkret ausgeschriebenen Stelle abzielt, könnte es für Bewerber nicht ersichtlich

¹⁷⁰ Der Bundesbeauftragte für Datenschutz, 25. Tätigkeitsbericht 2013-2014, S. 82.

¹⁷¹ Der Bundesbeauftragte für Datenschutz, 25. Tätigkeitsbericht 2013-2014 (2015), S. 82.

¹⁷² Art. 29 Gruppe, WP 249 17/EN Opinion 2/2017 on data processing at work (2017), S. 11.

¹⁷³ Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-Datenschutz-Grundverordnung und BDSG-neu (2018), § 26 BDSG Rn. 171

¹⁷⁴ Ebd., Rn. 168

¹⁷⁵ ErwGr. 39 der VO (EU) 2016/679.

sein, dass ihre Bewerberdaten für die Besetzung künftiger vakanter Stellen aufbewahrt werden.

Somit könnte eine Einwilligung des Bewerbers notwendig sein, wenn die Daten in einer internen Datenbank für den Zweck, zukünftige vakante Stellen zu besetzen, eingespeichert werden. Die Freiwilligkeit der Einwilligung könnte durch die gleichgelagerten Interessen beider Parteien gegeben sein, da der Arbeitgeber seinerseits an der Besetzung der Stelle, und der Bewerber an einem Beschäftigungsverhältnis bei dem Arbeitgeber, interessiert ist. Die Dauer der Datenspeicherung könnte aus dem Grundsatz der Speicherbegrenzung in Art. 5 Abs. 1 lit. e DSGVO abgeleitet werden. Demnach dürfen die Daten nur so lange gespeichert werden, wie der Zweck es erfordert. Aus dem Zweck, die Daten für die Besetzung einer künftigen freien Stelle zu speichern, lässt sich allerdings keine konkrete Speicherdauer ableiten. Diese Kriterien, an denen sich die Speicherdauer festmachen lassen, sind allerdings dem Betroffenen gem. Art. 13 Abs. 2 lit. a DSGVO mitzuteilen. Eine ungewisse Speicherdauer könnte als intransparent gem. Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO angesehen werden, da der Betroffene nicht im Klaren darüber sein könnte, wie lange seine Bewerberdaten verarbeitet werden und für welche Stellen sie herangezogen werden. Die Speicherdauer könnte daher für einen Zeitraum, in dem der Bewerbung noch Aussagegehalt besitzt, eingegrenzt werden.¹⁷⁶ Dies könnte beispielsweise ein Jahr sein.¹⁷⁷

Es wird darüber hinaus empfohlen, die Effizienz, die Effektivität und die Auswirkungen des Bewerbungsverfahrens auf den unternehmerischen Erfolg zu messen.¹⁷⁸ Dies soll dazu führen, dass das Bewerbungsverfahren insoweit verbessert wird, dass die unternehmenseigenen Ressourcen, die für das Bewerbungsverfahren zur Verfügung gestellt werden, optimal genutzt werden und tatsächlich die am besten geeigneten Kandidaten letztlich eingestellt werden.¹⁷⁹ Die Datenverarbeitung zu statistischen Zwecken könnte allerdings eine Abweichung zu dem ursprünglichen Zweck, ein Beschäftigungsverhältnis zu begründen, darstellen. Zu prüfen wäre daher, ob die Bewerberdaten zu einem anderen Zweck verarbeitet werden dürfen. Nach Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO dürfen personenbezogene Daten nicht in einer Weise verarbeitet werden, die mit dem festgelegten Zweck nicht vereinbar ist. Allerdings wäre die Weiterverarbeitung von personenbezogenen Daten zu einem anderen Zweck gem. Art. 6 Abs. 4 DSGVO ohne eine vorhandenen Einwilligung oder gesetzlichen Grundlage unter anderem dann zulässig, wenn sie mit dem ursprünglichen Erhebungszweck vereinbar ist. Dann wäre keine weitere Rechtsgrundlage notwendig.¹⁸⁰ Die Vereinbarkeit wird geprüft, indem ein Zusammenhang zwischen dem Zweck, für die die personenbezogenen Daten erhoben werden, und dem Zweck der beabsichtigten Weiterverarbeitung festgestellt wird, die Erwartungen der betroffenen Person unter Berücksichtigung dessen Beziehung zum Verantwortlichen eingeschätzt werden, die Folgen der Weiterverarbeitung für den Betroffenen abgeschätzt werden und geeignete Garantien der Betroffenen bei dem ursprünglichen und beabsichtigten Weiterverarbeitungsvorgang festgestellt werden.¹⁸¹ Schon an der Vereinbarkeit beider Zwecke könnte eine Weiterverarbeitung der Bewerberdaten für statistische Zwecke scheitern. Bewerbungsunterlagen für diesen Zweck zu verwenden, könnte als nicht

¹⁷⁶ *Brink, S.*, Beschäftigtendatenschutz. Zwischen wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit und informationeller Selbstbestimmung (2018), S. 34.

¹⁷⁷ Ebd.

¹⁷⁸ ISO 30405, Human Resource Management – Guidelines on Recruitment, S. 10.

¹⁷⁹ Ebd., S. 11.

¹⁸⁰ ErwGr. 50 der VO (EU) 2016/679.

¹⁸¹ ErwGr. 50 der VO (EU) 2016/679.

erforderlich für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses i.S.v. § 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO angesehen werden. Die Daten könnten zwar für künftige Personalentscheidungen von Relevanz sein, wären aber für die individuelle Entscheidung für einen Kandidaten nicht von Bedeutung. Bei Vorhandensein einer Einwilligung wäre der veränderte Zweck der Datenverarbeitung hingegen nicht mehr anhand der Vereinbarkeit mit dem ursprünglichen Zweck zu prüfen.¹⁸² Daher wird nun die Zulässigkeit einer Einwilligung geprüft. Nachdem der Zweck der Datenverarbeitung gem. Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a DSGVO dargelegt wurde, wäre die Freiwilligkeit der Erteilung der Einwilligung gem. § 26 Abs. 2 S. 1 BDSG i.V.m. Art. 7 Abs. 4 DSGVO zu überprüfen. An dieser Stelle ist es fragwürdig, ob beide Parteien gleichgelagerte Interessen vertreten, da der Bewerber keinen sichtbaren Vorteil durch die Freigabe seiner personenbezogenen Bewerberdaten erlangt, während der Arbeitgeber aus den Statistiken einen hohen Nutzen zieht. Somit könnte die Weiterverarbeitung der Bewerberdaten trotz einer Einwilligung unzulässig sein.

Weil die Daten aus dem Bewerbungsverfahren nicht mehr zum Zweck der Entscheidung über die Begründung oder die Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses gem. § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG erforderlich ist, könnte die Verarbeitung auf Grundlage der DSGVO zulässig sein. Mit Art. 9 Abs. 2 lit. j DSGVO wird die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten zu statistischen Zwecken gestattet. Eine Öffnungsklausel für Mitgliedstaaten ist zudem mit Art. 9 Abs. 4 DSGVO gegeben. Wenn die Daten zu statistischen Zwecken weiterverarbeitet werden, könnte gem. Art. 27 Abs. 1 S. 1 DSGVO abweichend von Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO von einer Einwilligung für die Verarbeitung besonderen Kategorien personenbezogener Daten abgesehen werden. Statistische Zwecke werden in der DSGVO und im BDSG nicht legaldefiniert, doch eine Definition findet sich in den Erwägungsgründen der DSGVO wieder. Demnach fallen unter „statistische Zwecke“ jegliche erforderliche Vorgänge, die zur Durchführung statistischer Untersuchungen und Erstellung statistischer Ergebnisse erforderlich sind.¹⁸³ Als Ergebnis der Verarbeitung sollen keine personenbezogenen Daten, sondern aggregierte Daten vorliegen.¹⁸⁴ Der Personenbezug würde lediglich bei der vorangehenden Verarbeitung als notwendiger Zwischenschritt bestehen.¹⁸⁵

Auch im Hinblick des Grundsatzes der Datenminimierung in Art. 5 Abs. 1 lit. e DSGVO kann es als fraglich angesehen werden, inwieweit der Personenbezug der Daten die Erhebung von Statistiken notwendig wäre. Denkbar wäre die Anonymisierung oder die Pseudonymisierung, um den Daten den Personenbezug zu entziehen. Unter der Pseudonymisierung wird gem. Art. 4 Nr. 4 DSGVO die Verarbeitung personenbezogener Daten auf einer Art und Weise verstanden, bei der die Zuordnung personenbezogener Daten zu einer spezifischen betroffenen Person ohne Heranziehung zusätzlicher und gesondert aufbewahrter Informationen nicht möglich ist. Personenbezogene Daten können beispielsweise pseudonymisiert werden, indem der Name des Betroffenen durch eine Ziffer ersetzt wird.¹⁸⁶ Bei der Anonymisierung werden den Daten hingegen die identifizierenden Merkmale entzogen.¹⁸⁷ Nur Daten, die vollständig und irreversibel anonymisiert worden sind, unterfallen nicht den gesetzlichen Bestimmungen der DSGVO und

¹⁸² ErwGr. 50 der VO (EU) 2016/679.

¹⁸³ ErwGr. 162 der VO (EU) 2016/679.

¹⁸⁴ Ebd.

¹⁸⁵ Paal/Pauly, DS-GVO (2018), Art. 27 Rn. 5.

¹⁸⁶ Europäische Kommission, Ethics and Data Protection (2018), S. 5.

¹⁸⁷ Reindl, C./Krügl, S., People Analytics (2017), S. 77.

des BDSG.¹⁸⁸ So werden pseudonymisierte Daten weiterhin als persönliche Daten angesehen, da eine erneute Identifizierung mit dem Datensubjekt möglich bleibt.¹⁸⁹ Anonymisierte Daten unterfallen hingegen nicht der DSGVO und dem BDSG, da das Tatbestandsmerkmal der Identifizierbarkeit einer natürlichen Person nicht mehr gegeben ist.¹⁹⁰ Folglich sollten nur anonymisierte Daten zu statistischen Zwecken weiterverarbeitet werden.

Zuletzt dürfen die statischen Daten nicht für Maßnahmen oder Entscheidungen gegenüber einzelnen natürlichen Personen verwendet werden.¹⁹¹ So könnten die statistischen Daten beispielsweise dazu genutzt werden, um zu ermitteln, welches Bewerbungsportal von den Bewerbern am meisten genutzt wird.

3. Pre-Boarding und Boarding der Kandidaten

Auf der Annahme des Arbeitsangebots folgt das sogenannte „Pre-Boarding“, welches den Zeitraum zwischen der Annahme des Arbeitsvertrages bis hin zum ersten Arbeitstag umfasst.¹⁹² Somit wäre zu überprüfen, ob die Daten in den Bewerbungsunterlagen in die Personalakte übertragen werden dürfen. Dies könnte nach Gola gem. § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG zulässig sein, wenn dies für die Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist.¹⁹³ Erforderlich wäre dies, wenn die Datenverarbeitung angemessen und erheblich ist und sie auf das für die Zwecke der Datenverarbeitung notwendige Maß beschränkt wäre. Gegebenenfalls wären nicht alle Bewerbungsunterlagen bzw. während des Bewerbungsverfahrens verarbeitete Daten gleichermaßen für die Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich i.S.v. § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG. Beispielsweise kann die Übertragung der Stammdaten des Kandidaten in dessen Personalakte für die Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich bleiben, damit der Arbeitgeber ihn als Arbeitnehmer innerhalb des Beschäftigungsverhältnisses kontaktieren kann. Andererseits könnte die Übertragung von Daten zum beruflichen Werdegang oder von Testergebnissen des Assessment Centers nicht zwingend erforderlich sein, wenn der Arbeitsvertrag keine weitere Versetzung vorsieht. Daher könnte Posche nur bedingt zugestimmt werden, dass jegliche Bewerbungsunterlagen in die Personalakte miteinfließen.¹⁹⁴

Nach dem Pre-Boarding folgt das eigentliche Bording, welches am ersten Arbeitstag durchgeführt wird.¹⁹⁵ Nach ISO 30405 gilt das Boarding selbst nicht mehr als Bestandteil des Bewerbungsverfahrens, da das Bewerbungsverfahren dann endet, wenn das Arbeitsangebot angenommen wurde und der Kandidat auf der Arbeit erschienen ist.¹⁹⁶ Zu prüfen ist, ob rechtlich betrachtet das Bewerbungsverfahren zu diesem Zeitpunkt abgeschlossen ist. Gem. § 611a Abs. 1 BGB wird ein Arbeitnehmer durch einen Arbeitsvertrag dazu verpflichtet, für den Arbeitgeber weisungsgebunden und fremdbestimmt Arbeit in persönlicher Abhängigkeit zu verrichten. Für den Abschluss des Arbeitsvertrages sind zwei übereinstimmende Willenserklärungen in Form eines Angebots bzw. Antrags gem.

¹⁸⁸ Ebd.

¹⁸⁹ Ebd.

¹⁹⁰ ErwGr. 26 der VO (EU) 2016/679.

¹⁹¹ ErwGr. 162 der VO (EU) 2016/679.

¹⁹² ISO 30400, Human Resource Management – Vocabulary, S. 11.

¹⁹³ Gola, P., Handbuch Beschäftigtendatenschutz. Aktuelle Rechtsfragen und Umsetzungshilfen. (2019), Rn. 736.

¹⁹⁴ Röller, J. (Hg.), Küttner Personalbuch 2019: Personalakte, Rn. 5-7.

¹⁹⁵ ISO 30400, Human Resource Management – Vocabulary, S. 11.

¹⁹⁶ ISO 30405 Human Resource Management – Guidelines on Recruitment (2016), S. 2.

§ 145 BGB und einer Annahme gem. § 147 BGB erforderlich.¹⁹⁷ Durch die Annahme des Antrages und dem Abschluss eines Arbeitsverhältnisses würde somit auch rechtlich betrachtet das Anbahnungsverhältnis des § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB enden. Folglich endet das Bewerbungsverfahren mit dem Pre-Boarding.

IV. Reform des BDSG

A. Zulässigkeit der Spezifizierung der DSGVO durch das BDSG

Der Beschäftigtendatenschutz kann durch die Öffnungsklausel des Art. 88 Abs. 1 DSGVO von Mitgliedstaaten spezifiziert werden. Demnach können durch Rechtsvorschriften oder Kollektivvereinbarungen spezifischere Vorschriften hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Daten im Beschäftigungskontext vorgesehen werden. In diesem Kontext ist zu betonen, dass bereits vor den Verhandlungen über die DSGVO politische Bestrebungen existierten, um einen nationalen Beschäftigtendatenschutz zu schaffen.¹⁹⁸ Entsprechend wurden in der 17. Wahlperiode umfassende und konkrete Gesetzesvorschläge zum Beschäftigtendatenschutz eingereicht¹⁹⁹, welche durch den Ablauf dieser Wahlperiode nicht verabschiedet worden sind.²⁰⁰ Ursächlich hierfür ist unter anderem die massive Kritik seitens der Opposition²⁰¹, des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und Informationssicherheit²⁰² sowie diverser Interessenvertretungen²⁰³. In der darauf folgenden Wahlperiode rückte die Schaffung eines nationalen Beschäftigtendatenschutzes in den Hintergrund, da Verhandlungen über die DSGVO begonnen haben.²⁰⁴ Letztlich hat das DSAnpUG mit § 26 BDSG eine Vorschrift zum Beschäftigtendatenschutz hervorgebracht, die, wie im Folgenden noch erläutert wird, mit ihrer Vorgängernorm weitestgehend übereinstimmt und diese um weitere Absätze erweitert.

B. Umfang der Spezifizierung der DSGVO durch das BDSG

Um zu prüfen, inwieweit das BDSG reformiert werden kann, ist die Harmonisierungsabsicht der DSGVO zu betrachten. Daher wird im Folgenden geprüft, ob im Rahmen des BDSG von dem Schutzniveau der DSGVO abgewichen werden darf. Dies wäre für den Fall relevant, dass eine Interessenabwägung und die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu einem anderen Ergebnis führen würde als die DSGVO. Auch für

¹⁹⁷ Moll, W., Münchener Anwaltshandbuch: Arbeitsrecht (2017), § 10 Begründung des Arbeitsverhältnisses, Rn. 3.

¹⁹⁸ Wachstum. Bildung. Zusammenhalt. Der Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP (17. Legislaturperiode) S. 106.

¹⁹⁹ BT-Drs. 17/69 vom 25.11.2009; BT-Drs. 17/4230 vom 15.12.2010; BT-Drs. 17/4853 vom 22.02.2011.

²⁰⁰ Deutscher Bundestag, Dokumentations- und Informationssystem: <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP17/222/22264.html>; <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP17/291/29178.html>; <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP17/335/33588.html> (zuletzt abgerufen am 22.11.2019).

²⁰¹ Vgl. BT-Drs. 17/779 vom 23.02.2010; BT-Drs. 17/7176 vom 27.09.2011; *Deutscher Bundestag*, 17. Wahlperiode, 94. Sitzung, Berlin, Freitag, den 25. Februar 2011.

²⁰² Entschließung der 81. Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder am 16./17. März 2011: Bundesdatenschutz stärken statt abbauen.

²⁰³ *Deutscher Gewerkschaftsbund*: Datenschutz in einer Digitalisierten Welt, 28.01.2014: <https://www.dgb.de/++co++14372cfc-7959-11df-6571-00188b4dc422> (zuletzt abgerufen am 15.11.2019).

²⁰⁴ Deutschlands Zukunft gestalten. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD (18. Legislaturperiode) S. 50.

eine Reformierung des Beschäftigtendatenschutzes wäre zu prüfen, ob und inwieweit von dem aufgestellten Rahmen der DSGVO abgewichen werden darf.

Bei der DSGVO handelt es sich um eine Verordnung i.S.d. Art. 288 AEUV. Demnach gelten Verordnungen für Mitgliedstaaten unmittelbar und sind, im Gegensatz zu Richtlinien wie die 95/47/EG, in allen ihren Teilen verbindlich. Daraus folgt nach Seifert, dass die DSGVO das BDSG auch dann verdränge, wenn das BDSG trotz der Öffnungsklausel in Art. 88 Abs. 1 und 2 DSGVO unmittelbare Geltung besitze.²⁰⁵ Laut Franzen würde die Hervorhebung der Grundrechte und Interessen in Art. 88 Abs. 2 DSGVO auch zeigen, dass die DSGVO insgesamt einen Rahmen aufstellen will, innerhalb derer sich mitgliedstaatliche Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz zu bewegen haben.²⁰⁶ Dies würde zunächst für eine unmittelbare Geltung des Schutzniveaus der DSGVO sprechen.

Gegen einen starren Regelungsrahmen könnte der Versionsverlauf der DSGVO sprechen. Während nun gem. Art. 88 Abs. 1 DSGVO Mitgliedstaaten für die Verarbeitung personenbezogener Daten im Beschäftigungskontext „spezifischere“ Vorschriften vorsehen dürfen, sprach die Europäische Kommission in früheren Entwürfen der DSGVO noch von nationalen Gesetzen, die „in den Grenzen dieser Verordnung“²⁰⁷ erlassen werden dürfen. Ein späterer Änderungsantrag des EU-Parlaments formulierte dies um, indem Mitgliedstaaten dies „im Einklang mit den Regelungen dieser Verordnung und unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeiten“²⁰⁸ regeln dürften. Durch diese Abschwächung der Formulierung könnte die Möglichkeit der Abweichung vom Schutzniveau der DSGVO zugunsten und zulasten der Betroffenen abgeleitet werden. Während Tiedmann daraus ein Mindestschutzniveau der DSGVO im Beschäftigtendatenschutz herleitet,²⁰⁹ könnte dies sogar eine Abweichung zugunsten oder zulasten der Betroffenen begründen. Zweiterer Annahme entspricht auch ein Kommentar des Juristischen Diensts der Europäischen Kommission, welcher während den Verhandlungen über die DSGVO akzeptiert hatte, dass diese unterschiedliche Datenschutzniveaus vorsehe und den Mitgliedstaaten erlaubt werden könne, von dem harmonisierten Schutzniveau abzuweichen, indem in bestimmten Fällen ein geringerer Schutz vorgeschrieben wird.²¹⁰ Gegen die Absicht einer gesamteuropäischen Vollharmonisierung der Rechtslage sprechen auch die zahlreichen Öffnungsklauseln, welche den Ordnungscharakter der DSGVO durchbrechen und sie somit, wie Kühling und Martini behaupten, als „Handlungsformenhybrid“ wirken lasse.²¹¹

Somit könnte zumindest in den Bereichen der Öffnungsklauseln nur eine Mindestharmonisierung angestrebt worden sein. Um hier den Anforderungen einer Mindestharmonisierung zu genügen, kann nach Pötter festgehalten werden, dass bei einer Abweichung von dem Schutzniveau der DSGVO innerhalb von umgesetzten Öffnungsklauseln eine

²⁰⁵ Simitis, S./Hornung, G./Spiecker, I., *Datenschutzrecht: DSGVO mit BDSG* (2019), Art. 88 Rn. 74.

²⁰⁶ Franzen, M., *EuZA* (2017), 311 (346).

²⁰⁷ *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung) vom 25.01.2012, 2012/0011/COD.

²⁰⁸ *Europäisches Parlament*, über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (allgemeine Datenschutzverordnung) (COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD)) vom 21.11.2013, A7-0402/2013.

²⁰⁹ Sydow, *Europäische Datenschutzgrundverordnung* (2018), Art. 88 Rn. 3.

²¹⁰ *Rat der Europäischen Union*, Gutachten des Juristischen Dienstes 15712/14, Rn. 23.

²¹¹ Kühling, J./Martini, M., *EuZW* 2016, 448 (449).

unionsrechtliche Auslegung des BDSG bedeutsam sei.²¹² Ein reformierter Beschäftigtendatenschutz müsste darüber hinaus ausschließlich die Beschäftigtendaten im Beschäftigtenkontext gem. Art. 88 Abs. 1 DSGVO erfassen. Regelungen, die darüber hinausgehen, können als nicht anwendbar erklärt werden.²¹³

C. Reformierungsvorschläge für das BDSG

Durch die generelle Formulierung der DSGVO und des BDSG sowie den vielen unbestimmten Rechtsbegriffen seien Unternehmen bei der Anwendung der Gesetze mit Rechtsunsicherheiten konfrontiert.²¹⁴ Andererseits haben generell ausformulierte Normen den Vorteil, dass sie ein breites Spektrum an möglichen Situationen abdecken können. Daher könnte eine konkretere Spezifizierung des Beschäftigtendatenschutzes im Bewerbungsverfahren innerhalb des § 26 BDSG einem eigenständigen Beschäftigtendatenschutzgesetz vorgezogen werden.

Zunächst kann festgestellt werden, dass der Interpretationsspielraum für die Zulässigkeit einer Einwilligung, für das überwiegendes Interesse einer Partei oder für den Begriff der Erforderlichkeit sehr weit gefasst ist und keine konkreten Kriterien vorliegen. Empfehlenswert wäre, wenn diese Begriffe im Rahmen einer Reformierung des Beschäftigtendatenschutzes näher definiert werden würden.

Auch Kriterien für das überwiegende Interesse eines Bewerbers oder Arbeitgebers könnten für die gängigsten Fälle in § 26 BDSG mitaufgenommen werden. Beispielsweise kann, wie bereits in einem Bundesgesetzentwurf aus dem Jahre 2010 gefordert wurde, konkret betont werden, dass das schutzwürdige Interesse Beschäftigter dem Interesse des Arbeitgebers an der Verarbeitung personenbezogener Daten überwiegt, wenn der Beschäftigte Daten in privaten sozialen Netzwerken öffentlich zugänglich gemacht hat.²¹⁵

Des Weiteren könnte die Zulässigkeit eignungsdiagnostischer Verfahren und die Zulässigkeit bestimmter Auswertungsmöglichkeiten in das BDSG mitaufgenommen werden. Die Grünen haben in einen Gesetzesvorschlag aus dem Jahre 2011 Bedingungen zusammengefasst, unter denen die Durchführung Gesundheitsprüfungen bzw. medizinischer und psychologischer Untersuchungen sowie die Durchführung Alkohol- oder Drogentests zulässig sein kann. Demnach dürfe eine Gesundheitsprüfung nur dann erfolgen, wenn dies die künftige Tätigkeit erfordert und der Bewerber der Gesundheitsprüfung schriftlich eingewilligt hat. Dies sei insbesondere bei solchen Tätigkeiten der Fall, von denen Gefahren ausgehen könnten. Alkohol- und Drogentests dürfen nur dann durchgeführt werden, wenn der Beschäftigte dem Test zugestimmt hat und ein solcher Test aufgrund der Unfall- oder der Fremdgefährdung am Arbeitsplatz als notwendig erscheint. Diese Position stimmt großenteils mit den bereits erörterten Zulässigkeitsvoraussetzungen nach der aktuellen gesetzlichen Lage überein. Lediglich die Zulässigkeit von Alkohol- oder Drogentests sollte in einem reformierten Beschäftigtendatenschutzgesetz von der Feststellung einer Suchterkrankung abhängig gemacht werden, damit kein unverhältnismäßig schwerer Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Bewerbers erfolgt.

²¹² Gola, DSGVO (2018), Art. 1 Rn. 19.

²¹³ BVerwG, Urteil vom 27.03.2019, 6 C 2.18, Rn. 47.

²¹⁴ Körner, M., Wirksamer Beschäftigtendatenschutz im Lichte der Europäischen Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) (2017), S. 25.

²¹⁵ BT-Drs. 17/4230 vom 15.12.2010.

Bei der Auswertung solcher Tests sollte das BDSG auf die Problematik der Diskriminierung bei der Verwendung von Algorithmen hinweisen und Verantwortliche und Auftragsverarbeiter dazu auffordern, Maßnahmen zu ergreifen, dass eine Diskriminierung durch Algorithmen vermieden wird. Dies könnten Unternehmen etwa durch die Vermeidung von Fehlern in der Datenbasis umsetzen. Eine solche Regelung könnte auch auf das Profiling von Bewerbern verweisen. Ein Gesetzgebungsspielraum besteht hier insofern, dass mit Art. 22 Abs. 2 lit. b DSGVO Mitgliedstaaten dazu ermächtigt werden, von dem allgemeinen Verbot des Profilings und der automatisierten Entscheidungsfindung des Art. 22 Abs. 1 DSGVO abzuweichen. Weil bei der Einwilligung eines Beschäftigten ein besonderes Augenmerk auf die Freiwilligkeit der Einwilligung gelegt wird, wären Kriterien wünschenswert, anhand derer bei der Durchführung des Profilings sichergestellt werden kann, dass auch der Bewerber von dem Einsatz der Technik profitieren. Dazu könnten wieder Anforderungen an einem Algorithmus gehören, diskriminierende Tatsachen bei der Auswertung der Ergebnisse durch die richtige Programmierung außenvorzulassen.

Für die Verwirklichung des Art. 88 Abs. 2 DSGVO und für die Erleichterung des Datentransfers innerhalb von Konzerngesellschaften könnte ein Konzernprivileg in § 26 BDSG aufgenommen werden.

Außerdem existieren in dem Beschäftigtendatenschutz gänzlich unregelte Bereiche wie die konkrete Speicherdauer der Bewerbungsunterlagen. Es wäre daher wünschenswert, dass das BDSG eine konkrete Speicherdauer für die Speicherung von Daten in einen internen Talentpool festlegt. Auch die Festlegung der Speicherdauer für die Bewerbungsunterlagen im Falle einer Absage des Kandidaten sollte ein reformiertes BDSG beinhalten. Die Rechtsunsicherheit spiegelt sich insbesondere bei den verschiedenen Empfehlungen für die optimale Speicherdauer der Bewerbungsunterlagen wieder. Eine Speicherdauer für Bewerbungsunterlagen abgelehnter Kandidaten von maximal zwei Monaten orientiert sich an der Klagefrist einer AGG Klage und wurde ebenfalls von der SPD gefordert.²¹⁶

Auch konkrete Spezifizierungen könnten in einem reformierten BDSG aufgenommen werden. Unklarheiten könnten beispielsweise noch über den Personenkreis bestehen, der dazu berechtigt ist, Bewerberdaten zu verarbeiten. Die SPD hat diesbezüglich die Pflicht zur Festlegung und Eingrenzung des Personenkreises, welcher die Bewerberdaten erheben oder verwenden darf, vorgeschlagen.²¹⁷ Auch die Grünen haben gefordert, dass der Arbeitgeber einen solchen Personenkreis festlegen.²¹⁸ Eine solcher abstrakterer Paragraph wäre hilfreich, um in Einzelfällen zu beurteilen, welche Mitarbeiter Daten des Bewerbungsverfahrens einsehen und verarbeiten dürfen.

Auch eine Regelung dafür, wie mit solchen Daten verfahren werden soll, die der Bewerber unverlangt preisgibt und die für die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses nicht erforderlich sind oder zu einer Diskriminierung des Kandidaten oder weiterer Kandidaten führen könnte, wäre wünschenswert. Die SPD hatte diesbezüglich vorgeschlagen, dass der Arbeitgeber solche Daten nur dann verwenden darf, soweit sie für die Feststellung der Eignung der Beschäftigten und für die Entscheidung über die Begründung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich sind.²¹⁹

²¹⁶ BT-Drs. 17/69 vom 25.11.2009.

²¹⁷ Ebd.

²¹⁸ BT-Drs. 17/4853 vom 22.02.2011.

²¹⁹ BT-Drs. 17/69 vom 25.11.2009.

V. Fazit

Die sehr allgemein gehaltenen Ausformulierungen der Datenschutzgesetze und die Vielzahl an undefinierten Rechtsbegriffen erschweren in der Rechtspraxis eine eindeutige Interpretation der Rechtsnormen der DSGVO und des BDSG. Dies führt nicht nur zu einer Rechtsunsicherheit, sondern auch zu einer uneinheitlichen Handhabung datenschutzrechtlicher Fragen in Unternehmen. Aus diesen Gründen erscheint eine Reformierung des BDSG als dringend notwendig. Diese könnte in der jetzigen Legislaturperiode noch erfolgen, weil der Koalitionsvertrag der Bundesregierung die Überprüfung der Schaffung eines eigenständigen Beschäftigtendatenschutzgesetzes vorsieht.

Die Reformierungsvorschläge des letzten Kapitels konkretisieren weitestgehend die vorhergehenden Ergebnisse über die Zulässigkeit der Datenverarbeitung in Bewerbungsverfahren auf Grundlage der aktuellen gesetzlichen Lage. Die Übernahme dieser Vorschläge in einem reformierten Bundesdatenschutzgesetz könnten daher dazu geeignet sein, die rechtlichen Rahmenbedingungen des Datenschutzes i.S.v. Art. 88 Abs. 1 DSGVO weiter zu spezifizieren und somit in Zukunft zu einer höheren Rechtssicherheit bei der Verarbeitung personenbezogener Bewerberdaten beitragen.

Literaturverzeichnis

- Arbeitskreis Assessment Center e. V.*, Forum für Personalauswahl und -entwicklung (2016): AC-Standards. Standards der Assessment Center Methode. 3. Aufl.
- Armbrüster, Christian/Bayreuther, Frank/Busche, Jan*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 8. Auflage München, C.H. Beck 2018.
- Art. 29 Gruppe*, WP 169 10/DE Stellungnahme 01/2010 zu den Begriffen „für die Verarbeitung Verantwortlicher“ und „Auftragsverarbeiter“, S. 23.
- Art. 29 Gruppe*, WP 249 17/EN Opinion 2/2017 on data processing at work, 08.06.2017, S. 11.
- Brink, Stefan*, Beschäftigtendatenschutz. Zwischen wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit und informationeller Selbstbestimmung. 2. Auflage Stuttgart 2018.
- Cormen, Thomas H. et. al.*, Algorithmen – Eine Einführung, München, Oldenburg Verlag 2017.
- Däubler, Wolfgang*, Gläserne Belegschaften, 8. Auflage, Bund Verlag, Frankfurt 2019.
- Däubler, Wolfgang/Wedde, Peter/Weichert, Thilo/Sommer, Imke*, EU-Datenschutz-Grundverordnung und BDSG-neu, 1. Auflage, Bund Verlag, Frankfurt 2018.
- Der Bundesbeauftragte für Datenschutz*, 25. Tätigkeitsbericht 2013-2014, Bonn 2015.
- Deutscher Bundestag*, 17. Wahlperiode, 94. Sitzung. Berlin, Freitag, den 25. Februar 2011.
- Deutscher Bundestag*, Dokumentations- und Informationssystem: <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP17/222/22264.html>; <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP17/291/29178.html>; <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP17/335/33588.html> (zuletzt abgerufen am 22.11.2019).
- Deutscher Gewerkschaftsbund*, Datenschutz in einer Digitalisierten Welt, 28.01.2014: <https://www.dgb.de/++co++14372cfc-7959-11df-6571-00188b4dc422> (zuletzt abgerufen am 15.11.2019).
- DIN*, DIN 33430, 01.07.2016: Anforderungen an berufsbezogene Eignungsdiagnostik.
- Dzida, Boris/Groh, Naemi*, Diskriminierung nach dem AGG beim Einsatz von Algorithmen im Bewerbungsverfahren, NJW 2018, 1917-1922.
- Entschließung der 81. Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder am 16./17. März 2011: Bundesdatenschutz stärken statt abbauen.

- Europäische Kommission*, Ethics and Data Protection, 2018.
- Europäisches Parlament*, über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (allgemeine Datenschutzverordnung) (COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD)) vom 21.11.2013, A7-0402/2013.
- Franzen, Martin*, Datenschutz-Grundverordnung und Arbeitsrecht, EuZA 2017, S. 313-351.
- Gola, Peter*, Handbuch Beschäftigtendatenschutz. Aktuelle Rechtsfragen und Umsetzungshilfen. 8. Auflage, Datakontext, Frechen 2019.
- Gola, Peter*, Das Internet als Quelle von Bewerberdaten, NZA 2019, S. 654-658.
- Gola, Peter*, Der „neue“ Beschäftigtendatenschutz nach § 26 BDSG n.F., BB 2017, S. 1462-1472.
- Gola, Peter*, DS-GVO, 2. Auflage München 2018.
- Göpfert, Burkard/Dußmann, Andreas*, Recruiting und Headhunting in der digitalen Arbeitswelt – Herausforderungen für die arbeitsrechtliche Praxis, NZA-Beilage 2016, S. 41-46.
- ISO 30400, 01.09.2016: Human resource management – Vocabulary.
- ISO 30405, 01.09.2016: Human resource management – Guidelines on recruitment
- Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder*, Kurzpapier Nr. 14: Beschäftigtendatenschutz, Version 2.0, 17.12.2018.
- Körner, Martina*, Wirksamer Beschäftigtendatenschutz, HSI-Schriftreihe, Band 18, Bund Verlag, Frankfurt am Main 2017.
- Kort, Michael*, Eignungsdiagnose von Bewerbern unter der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO), NZA Beilage 2016, S. 62-71.
- Kort, Michael*, Neuer Beschäftigtendatenschutz und Industrie 4.0., RdA 2018, S. 24-33.
- Krings, Thorsten*, Erfolgsfaktoren effektiver Personalauswahl, Wiesbaden, Springer Gabler 2017.
- Kühling, Jürgen/Buchner, Benedikt*, DSGVO/ BDSG, 2. Auflage, C.H. Beck München 2018.
- Kühling, Jürgen/Martini, Mario*, Die Datenschutz-Grundverordnung: Revolution oder Evolution im europäischen und deutschen Datenschutzrecht?, EuZW 2016, S. 448-254.
- Lepperhoff, Niels*, Pre-Employment Screening im Lichte der DS-GVO, ZD-Aktuell 2017, 05748.
- Lezzi, Lukas/Oberlin, Sonja*, Gemeinsam Verantwortliche in der konzerninternen Datenverarbeitung, ZD 2018, S. 398-404.
- Moll, Wilhelm* (Hg), Münchener Anwaltshandbuch: Arbeitsrecht, 4. Auflage München, C.H. Beck 2017.
- o. V., Wachstum. Bildung. Zusammenhalt. Der Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP (17. Legislaturperiode).
- o. V., Deutschlands Zukunft gestalten. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD (18. Legislaturperiode).
- Paal, Boris/Pauly, Daniel*, DS-GVO 2. Auflage, C.H. Beck, München 2018.
- Plath, Kai-Uwe*, DSGVO/BDSG, 2. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2018.
- Rat der Europäischen Union*, Gutachten des Juristischen Dienstes 15712/14.
- Reindl, Cornelia/Krügl, Stefanie*, People Analytics, 1. Auflage, Haufe Lexware, Freiburg 2017.
- Röller, Jürgen* (Hg), Küttner Personalbuch 26. Auflage München, C.H. Beck 2019.
- Roßnagel, Alexander*, Datenschutzgrundsätze – unverbindliches Programm oder verbindliches Recht?, ZD 2018, S. 339-344.

- Schaub, Günther et. al.*, Arbeitsrecht Handbuch, 18. Auflage, C.H. Beck, München 2019.
- Schaub, Günther et. al.*, Arbeitsrechtliches Formular- und Verfahrenshandbuch, Individualarbeitsverhältnis: Begründung des Arbeitsverhältnisses, 13. Auflage, C.H. Beck, München 2019.
- Simitis, Spiros/Hornung, Gerrit/Spiecker, Indra*, Datenschutzrecht: DSGVO mit BDSG, Nomos, Baden-Baden 2019.
- Spindler, Gerald/Schuster, Fabian*, Recht der elektronischen Medien, 4. Auflage München, C.H. Beck 2019.
- Sydow, Gernot*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2018.
- Taeger, Jürgen/Gabel, Detlev*, DSGVO-BDSG, 3. Auflage, Deutscher Fachverlag GmbH, Frankfurt am Main 2019.
- Tettinger, Peter/Wank, Rolf/Ennuschat, Jörg*, GewO 8. Auflage, C.H. Beck, München 2011.

Abgeschlossen Dezember 2019

www.logos-verlag.de unter ‚Zeitschriften‘

www.w-hs.de/ReWir

URN: [urn:nbn:de:hbz:1010-opus4-38159](http://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:1010-opus4-38159) (www.nbn-resolving.de)

URL: <https://whge.opus.hbz-nrw.de/frontdoor/index/index/docId/3815>

Impressum: Westfälische Hochschule, Fachbereich Wirtschaftsrecht, August-Schmidt-Ring 10,
D - 45665 Recklinghausen, www.w-hs.de/wirtschaftsrecht



Dieser Text steht unter der Lizenz ‚Namensnennung- Keine kommerzielle Nutzung - Keine Bearbeitung 3.0 Deutschland‘ (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/de/>)

 logos

Vertrieb: Logos Verlag Berlin GmbH
Comeniusshof, Gubener Straße 47
10243 Berlin
<http://www.logos-verlag.de>