

Widerspruch zum kollektiven und individuellen Persönlichkeitsschutz der Arbeitnehmer. Da die Auswertung dieser Daten zur Kontrolle von Leistung oder Verhalten der Beschäftigten geeignet sind, unterliegt diese automatisierte Verarbeitung bei direktem oder indirektem Beschäftigtenbezug der **Mitbestimmung** (vgl. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, § 75 Abs. 3 Nr. 17 BPersVG).

Im Rahmen der Mitbestimmung schließen die Mitarbeitervertretung und die Stellenleitung regelmäßig **Dienst- bzw. Betriebsvereinbarungen** ab, in denen präzise festgelegt wird, unter welchen Voraussetzungen Daten nach 31 für Überwachungs- und Kontrollzwecke genutzt werden dürfen, wobei genau festgelegt wird, unter welchen Voraussetzungen und durch wen in welchem Verfahren die Nutzung welcher Daten erlaubt wird.⁶ Derartige Vereinbarungen müssen sich nicht auf die Modalitäten der Nutzung der Daten außerhalb der in § 31 beschriebenen Zwecke beschränken, sondern können diese Zwecke mit einbeziehen.

7

§ 32 Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses

(1) **Personenbezogene Daten eines Beschäftigten dürfen für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses für dessen Durchführung oder Beendigung erforderlich ist. Zur Aufdeckung von Straftaten dürfen personenbezogene Daten eines Beschäftigten nur dann erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass der Betroffene im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen hat, die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung zur Aufdeckung erforderlich ist und das schutzwürdige Interesse des Beschäftigten an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung nicht überwiegt, insbesondere Art und Ausmaß im Hinblick auf den Anlass nicht unverhältnismäßig sind.**

(2) **Absatz 1 ist auch anzuwenden, wenn personenbezogene Daten erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, ohne dass sie automatisiert verarbeitet oder in oder aus einer nicht automatisierten Datei verarbeitet, genutzt oder für die Verarbeitung oder Nutzung in einer solchen Datei erhoben werden.**

(3) **Die Beteiligungsrechte der Interessenvertretungen der Beschäftigten bleiben unberührt.**

Übersicht	Rn.
1. Einführung	1, 2
2. Anwendungsbereiche	3– 6
a) Erfasster Personenkreis	3, 4
b) Verzicht auf das Dateierfordernis	5, 6
3. Verhältnis zu anderen Vorschriften	7– 12
4. Erhebung und Speicherung von Bewerberdaten	13– 66
a) Allgemeiner Rahmen	13– 15

⁶ Leopold DuD 2006, 276.

b)	Fragerecht des Arbeitgebers	16– 40
aa)	Privatleben	17
bb)	Mitteilungspflichten des Bewerbers	18
cc)	Berufliche Fähigkeiten und Erfahrungen sowie zeitliche Verfügbarkeit	19
dd)	Bisherige Vergütung	20
ee)	»Diskriminierungsverdächtige« Tatsachen	21– 34
ff)	Vorstrafen	35– 37
gg)	Grenzüberschreitungen durch den Arbeitgeber	38– 40
c)	Ärztliche und psychologische Begutachtung	41– 48
d)	Genetische Untersuchungen	49– 55
e)	Direkterhebung beim Bewerber und Informationen aus öffentlich zugänglichen Quellen	56– 58
f)	Einschaltung von Betriebsrat und Personalrat	59– 64
g)	Datenschutz bei gescheiterter Bewerbung	65, 66
5.	Erhebung und Speicherung von Beschäftigtendaten	67–124
a)	Allgemeiner Rahmen	67– 69
b)	Privatsphäre und Konsumverhalten	70– 72
c)	Durchführung des Arbeitsverhältnisses	73– 83
aa)	Entgeltabrechnung	73
bb)	Arbeitszeit und Arbeitsverhalten	74, 75
cc)	Weiterförderung	76
dd)	Erheben zahlreicher persönlicher Umstände im Hinblick auf eine mögliche »soziale Auswahl«?	77– 81
ee)	Umfragen	82
ff)	Gesundheitsdaten und genetische Untersuchungen	83
d)	Erfassung und Speicherung biometrischer Daten	84– 88
e)	Einsatz besonderer technischer Mittel für Kontrollen im Arbeitsverhältnis	89–110
aa)	Bild- und Videoaufzeichnungen	95– 97
bb)	RFID	98–102
cc)	Erzeugung von Bewegungsprofilen mittels GPS- und Handyortung	103–110
f)	Erfassung des Telekommunikationsverhalten bei der Telefon-, E-Mail- und Internet-/Intranetnutzung	111–120
aa)	Erlaubte Privatnutzung von E-Mail, Internet u. a.	114–117
bb)	Verbotene Privatnutzung von E-Mail, Internet u. a.	118–120
g)	Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung durch Testkäufer und Detektive	121
h)	Besonderer Datenschutz für Beschäftigte mit Sonderstatus	122
i)	Mitbestimmungsrechte von Betriebs- und Personalräten	123, 124
6.	Aufdeckung von Straftaten (Abs. 1 Satz 2)	125–133
7.	Nutzung der für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erhobenen Daten	134–138
8.	Übermittlung von Beschäftigtendaten im Inland	139–166
a)	Übergreifende Datenverarbeitung in Konzernen	147–149
b)	Weitergabe personenbezogener Daten im Zusammenhang mit Umstrukturierungen	150–152
c)	Übermittlung im Rahmen von Produktionsverbänden	153, 154
d)	Leiharbeit	155, 156
e)	Übermittlung von Beschäftigtendaten an Koalitionen/an Branchenauskunftsdienste	157–159
f)	Übermittlung von Beschäftigtendaten anderer Arbeitgeber	160–162
g)	Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte von Betriebs- und Personalräten	163–166
9.	Übermittlung von Beschäftigtendaten an Stellen außerhalb der Bundesrepublik Deutschland	167–172

10. Löschung von Beschäftigtendaten	173, 174
11. Anwendbarkeit auf nicht-automatisierte Dateien (Abs. 2)	175, 176
12. Beteiligungsrechte von Interessenvertretungen der Beschäftigten (Abs. 3)	177

1. Einführung

Die Vorschrift ist erst gegen Ende des Gesetzgebungsprozesses aufgrund einer Initiative der Regierungsparteien CDU/CSU und SPD in das Gesetz aufgenommen worden.¹ Der beigefügten Begründung entsprechend will die Vorschrift eine »allgemeine Regelung« zum Schutz personenbezogener Daten von Beschäftigten schaffen, die die von der Rechtsprechung erarbeiteten Grundsätze lediglich zusammenfassen, aber nicht inhaltlich ändern soll.²

Die Bestimmung stellt eine Art ersten Schritt zu einem Arbeitnehmerdatenschutzgesetz dar, will dieses aber nach der amtlichen Begründung »weder entbehrlich machen noch inhaltlich präjudizieren«.³ Entsprechende Vorstellungen wurden schon vor über 20 Jahren in die politische Agenda aufgenommen, doch scheint angesichts der öffentlich gewordenen Datenskandale bei Lidl, Telekom, Deutscher Bahn, Deutscher Bank und anderen Unternehmen nunmehr ein definitiver politischer Wille entstanden zu sein. Die bisherige Situation ist durch Rückgriff auf die allgemeinen Vorschriften des BDSG sowie einige arbeitsrechtliche Sondernormen wie § 83 BetrVG charakterisiert, zu denen richterrechtliche Grundsätze hinzutreten.⁴

2. Anwendungsbereiche

a) Erfasster Personenkreis

§ 32 greift über den Bereich des Arbeitsrechts hinaus, weil nicht nur Arbeitnehmer, sondern alle Beschäftigten im Sinne von § 3 Abs. 11 BDSG erfasst sind. Der Gesetzgeber hat damit bewusst nicht auf die rechtliche Konstruktion abhängiger Arbeit, sondern auf das reale Schutzbedürfnis abgestellt, weshalb er u. a. auch die Gruppe der **arbeitnehmerähnlichen Personen einbezogen** hat. Dies deckt sich mit einer aktuellen Tendenz in der Gesetzgebung, die zuletzt in § 7 Abs. 1 Pflegezeitgesetz zum Ausdruck gekommen ist.⁵ Korrekterweise muss man daher von »Beschäftigtendatenschutz«, nicht mehr von »Arbeitnehmerdatenschutz« sprechen.

§ 3 Abs. 11 nennt in acht Ziffern die Personengruppen, die von § 32 erfasst sind.

– Nr. 1: **Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer**. Hier wird der allgemeine Arbeitnehmerbegriff zugrunde gelegt, wie er sich in der Rechtsprechung entwickelt hat.⁶

1 S. den Bericht des Innenausschusses BT-Drucksache 16/13657.

2 BT-Drucksache 16/13657, S. 35.

3 aaO, S. 35.

4 Näher Däubler RDV 1999, 243 ff.; Thüsing RDV 2009, 1 ff. Zu offenen und regelungsbedürftigen Fragen s. Schild/Tinnefeld DuD 2009, 469 ff.

5 Ebenso nunmehr das Gendiagnostikgesetz. Zu weiteren Fällen der ausdrücklichen Einbeziehung arbeitnehmerähnlicher Personen in arbeitsrechtliche Gesetze s. Däubler, Arbeitsrecht 2, Rn. 2097.

6 Überblick bei Däubler, Arbeitsrecht 1, Rn. 24a ff.; HK-ArBR-Kreuder § 611 BGB Rn. 5 ff.; Schaub-Vogelsang § 8 Rn. 12 ff.

- Nr. 2: **zu ihrer Berufsbildung Beschäftigte**. Dies betrifft nicht nur Auszubildende, sondern nach § 1 Abs. 1 BBiG auch Personen in beruflicher Fortbildung, beruflicher Umschulung und in Berufsausbildungsvorbereitung.⁷
- Nr. 3: Teilnehmerinnen und Teilnehmer an **Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben sowie an Abklärungen der beruflichen Eignung oder Arbeitserprobung** (Rehabilitandinnen und Rehabilitanden). Zur ersten Gruppe gehören Personen in sog. Ein-Euro-Jobs nach § 16d SGB II, zur zweiten solche, die ein »Profiling« (etwa nach § 216b Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 SGB III) durchlaufen. Zur dritten Gruppe gehören insbesondere Personen in Arbeitstherapie nach den §§ 27 Satz 2 Nr. 6, 42 SGB V sowie solche, die nach längerer Krankheit gemäß § 74 SGB V ein »Wiedereingliederungsverhältnis« begründen, das nach der Rechtsprechung⁸ kein Arbeitsverhältnis, sondern eine Rechtsbeziehung eigener Art ist.
- Nr. 4: **in anerkannten Werkstätten für behinderte Menschen Beschäftigte**: Auch sie sind keine Arbeitnehmer; ihr Rechtsstatus bestimmt sich nach den § 136 ff. SGB IX sowie den auf dieser Grundlage erlassenen Vorschriften.⁹
- Nr. 5: nach dem Jugendfreiwilligendienstgesetz vom 16.5.2008¹⁰ tätige Personen. Erfasst ist insbesondere, wer ein **freiwilliges soziales Jahr** oder ein freiwilliges ökologisches Jahr absolviert.
- Nr. 6: Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbstständigkeit als **arbeitnehmerähnliche Personen** anzusehen sind. Diese nach den Arbeitnehmern bei weitem wichtigste Gruppe betrifft sog. freie Mitarbeiter, wie sie insbesondere bei den Medien beschäftigt werden, aber auch Soloselbstständige, die zwar ihre Arbeit selbst organisieren können, die jedoch wirtschaftlich im Wesentlichen von einem Auftraggeber abhängig sind. Einzelheiten der Abgrenzung sind an anderer Stelle ausgeführt.¹¹ Die Tatsache, dass § 3 Abs. 11 Nr. 6 BDSG im Gegensatz zu § 12a TVG nicht verlangt, dass die fragliche Person »vergleichbar schutzbedürftig« wie ein Arbeitnehmer ist, dürfte ohne größere praktische Auswirkung sein. Nur bei Höchstverdienern hat bislang die Rechtsprechung trotz der wirtschaftlichen Abhängigkeit von einem Auftraggeber unter Hinweis auf dieses Erfordernis die Arbeitnehmerähnlichkeit verneint.¹² Ausdrücklich einbezogen sind **Heimarbeiter und ihnen Gleichgestellte**, aber auch Handelsvertreter, die im Wesentlichen für einen Auftraggeber tätig sind, werden erfasst.¹³
- Nr. 7: Bewerberinnen und **Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis** sowie Personen, deren Beschäftigungsverhältnis beendet ist. Die Einbeziehung des Vorstadiums eines Beschäftigungsverhältnisses und seiner Abwicklung folgt an sich schon aus allgemeinen Grundsätzen; insoweit hat Nr. 7 nur klarstellende Funktion. Auch bisher

7 Zur Abgrenzung im Einzelnen siehe Wohlgemuth, in: Wohlgemuth/Lakies u. a., BBiG, Erläuterungen zu § 1.

8 BAG NZA 1992, 643, 644; BAG NZA 1999, 1295.

9 Einzelheiten bei Däubler, Arbeitsrecht 2, Rn. 2116; Schaub-Linck § 186 Rn. 151 ff.

10 BGBl I S. 842.

11 Däubler, Arbeitsrecht 2, Rn. 2093 ff.

12 BAG NZA 1991, 239, 241.

13 Däubler, Arbeitsrecht 2, Rn. 2110 ff.

ging man beispielsweise davon aus, dass das Erheben von Informationen bei Bewerbern einer Legitimation (etwa durch § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 – »vertragsähnliches Vertrauensverhältnis«) bedarf. Dass auch die Daten von Rentnern und Pensionären oder anderen früheren Beschäftigten nicht schutzlos sind, sondern im Gegenteil nur noch im Rahmen des »Abwicklungszwecks« verarbeitet werden dürfen, ist gleichfalls unbestritten.

- Nr. 8: Beamtinnen, **Beamte**, Richterinnen **und Richter** des Bundes, Soldatinnen und Soldaten sowie Zivildienstleistende. Der hier erfasste Personenkreis steht in einem öffentlich-rechtlichen Beschäftigungsverhältnis, dessen Vorliegen im Einzelfall so gut wie nie Zweifel hervorruft. Insoweit sind nähere Erläuterungen nicht erforderlich. Da das Vorwie das Abwicklungsstadium gleichfalls erfasst sind, hätte Nr. 7 konsequenterweise ans Ende der Aufzählung gestellt werden müssen. Die §§ 106 ff. BBG und entsprechende Vorschriften des Landesrechts gehen dem § 32 innerhalb ihres Anwendungsbereichs vor (§ 1 Abs. 3 Satz 1 BDSG), so dass dieser insbesondere dann eingreift, wenn es sich nicht um »Personalaktendaten« im Sinne des § 106 Abs. 1 Satz 4 BBG handelt.

b) Verzicht auf das Dateierfordernis

§ 32 Abs. 2 bezieht in Abweichung von § 27 Abs. 1 auch ausschließlich manuell erhobene, verarbeitete oder genutzte Beschäftigtendaten mit ein. § 32 Abs. 1 gilt somit auch für **traditionelle Personalakten** sowie beispielsweise für eine Liste, in der die Anwesenheit auf einer bestimmten Sitzung vermerkt ist. Auch Ergebnisse von persönlichen Befragungen einzelner Beschäftigter werden erfasst.¹⁴ Ausdrücklich ist eine solche Erstreckung datenschutzrechtlicher Grundsätze nur für Abs. 1 angeordnet, doch sollte man sich an anderen Vorschriften des BDSG orientieren, wenn allgemeine arbeitsrechtliche Grundsätze keinen ausreichenden Schutz gewährleisten. So sind zwar durch den Grundsatz der Vertraulichkeit der Personalakte der Weitergabe von Daten an Dritte enge Grenzen gesetzt, doch stellt sich in Anlehnung an § 9 BDSG die Frage, durch welche organisatorischen Sicherungen ein Zugriff Unbefugter verhindert werden kann.

Unberührt bleibt die Vorschrift des § 27 Abs. 1 Satz 2 BDSG, wonach das Gesetz keine Anwendung findet, wenn die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung der Daten »**ausschließlich für persönliche oder familiäre Tätigkeiten**« erfolgt. Nicht erfasst von dieser Ausnahme sind Aufzeichnungen, die ein Vorgesetzter auf eigene Faust über das Verhalten seiner Untergebenen macht; insoweit ist immer ein beruflicher Verwendungszweck gegeben, der jenseits der rein persönlichen Zwecke liegt.¹⁵

3. Verhältnis zu anderen Vorschriften

Seinem Wortlaut und Sinn nach enthält § 32 Abs. 1 Satz 1 eine Sonderregelung für alle die Verträge und Anbahnungsverhältnisse, die zu einem »Beschäftigungsverhältnis« führen. Insoweit kann § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 keine Anwendung mehr finden, da er sich ganz

¹⁴ Vogel/Glas DB 2009, 1749.

¹⁵ Zur Unzulässigkeit s. Däubler, Gläserne Belegschaften? Rn. 827.

allgemein auf die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses bezieht.¹⁶

- 8 Sehr viel weniger eindeutig ist das Verhältnis zu § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3. Der vierte Absatz der amtlichen Begründung führt dazu aus.¹⁷

»Werden personenbezogene Daten eines Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erhoben, verarbeitet oder genutzt, findet § 28 Abs. 1 keine Anwendung mehr. Für andere Zwecke können auch im Verhältnis von Arbeitgeber und Beschäftigten die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes und anderer Gesetze, die eine Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung erlauben oder anordnen, weiterhin Anwendung finden. Dazu gehören die Regelungen über die Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung zur Wahrung berechtigter Interessen des Arbeitgebers (§ 28 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2) und über die Datenübermittlung und -nutzung zur Wahrung berechtigter Interessen eines Dritten (§ 28 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1).«

Daraus muss man den Schluss ziehen, dass der durch den Arbeitsvertrag bzw. andere »Beschäftigungsverträge« gezogene Rahmen Verbindlichkeit beansprucht, also nicht durch Rückgriff auf die Nummern 2 und 3 erweitert werden kann. Verfolgt der Arbeitgeber mit der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung von Daten jedoch andere Zwecke, will er beispielsweise Verhandlungen mit einem potentiellen Betriebsratherr durch Rückgriff auf Mitarbeiterdaten fördern, so richtet sich die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2. Dasselbe gilt für die Befragung von Arbeitnehmern in Bezug auf ein Fehlverhalten anderer Beschäftigter.¹⁸ Weiter richtet sich der Rückgriff auf allgemein zugängliche Daten nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3: Auch sie dürfen nicht für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses verwendet werden, doch steht es dem Arbeitgeber selbstredend frei, in anderem Zusammenhang auf sie zurückzugreifen. So kann er dem örtlichen Tierschutzverein eine Spende gewähren, weil er aus dem Internet erfahren hat, dass einer seiner Prokuristen dort im Vorstand tätig ist. Anwendbar bleiben weiter die Vorschriften über die ausnahmsweise zulässige »Zweckentfremdung« nach § 28 Abs. 2. Aus dem ausdrücklich genannten § 28 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 ist nunmehr § 28 Abs. 2 Nr. 2 Buchstabe a geworden.

- 9 Wenig nachvollziehbar ist die gleichfalls in der amtlichen Begründung enthaltene These, § 32 Abs. 1 Satz 1 habe auch Vorrang gegenüber **§ 28 Abs. 1 Satz 2**, wonach bei der Erhebung personenbezogener Daten die Zwecke, für die sie verarbeitet oder genutzt werden sollen, konkret festzulegen sind.¹⁹ Mit Rücksicht auf den vorgegebenen Zweck »Beschäftigungsverhältnis« bedürfe es keiner weiteren konkreten Festlegung der Zwecke durch den Arbeitgeber mehr. Damit wird verkannt, dass es Zwecke mit hohem Abstraktionsgrad gibt und § 28 Abs. 1 Satz 2 gerade in solchen Fällen für Transparenz und Berechenbarkeit sorgen will. Wird beispielsweise ein Zugangskontrollsystem nur zu dem Zweck eingerichtet, den Zutritt Unbefugter zu verhindern, werden die erhobenen Daten dann aber zur Pünktlichkeitskontrolle verwendet, so dient beides der »Durch-

16 Ebenso die amtliche Begründung BT-Drucksache 16/13657 S. 34.

17 AaO, S. 35.

18 Vogel/Glas DB 2009, 1750.

19 BT-Drucksache 16/13657 S. 34 f.

führung des Beschäftigungsverhältnisses«. Die »Umwidmung« kann aber trotz dieses »Daches« nicht beliebig, sondern nur unter den Voraussetzungen einer Zweckänderung nach § 28 Abs. 2 erfolgen. Diesen spezifischen Schutz von Beschäftigtendaten zu beseitigen, würde das grundsätzliche Anliegen des Gesetzgebers in sein Gegenteil verkehren. Die Begründung beruht insoweit auf einem Irrtum. Im Wortlaut selbst hat sich dieser jedoch nicht niedergeschlagen: Die Formulierung des § 32 Abs. 1 Satz 1 spricht nur für eine Spezialität gegenüber § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, berührt jedoch die in § 28 Abs. 1 Satz 2 angesprochene Konkretisierung von Zwecken nicht.²⁰

Weniger Probleme ergeben sich in Bezug auf die **Sonderregeln über sensitive Daten** nach § 3 Abs. 9 BDSG. Sie bleiben als Sondernormen auch nach der amtlichen Begründung bestehen.²¹ Alles andere würde einen ungewollten Rückschritt bedeuten, der sich überdies nicht mit Art. 8 Abs. 2 lit. a der EG-Datenschutzrichtlinie vereinbaren ließe.²²

Der im Verhältnis zu Bewerbern bedeutsame Grundsatz der Direkterhebung nach § 4 Abs. 2 BDSG bleibt ebenfalls unberührt, obwohl er in der amtlichen Begründung keine Erwähnung gefunden hat. Ausdrücklich wird dagegen hervorgehoben, dass eine Daten-erhebung oder -verwendung auf der Grundlage einer »freiwillig erteilten **Einwilligung des Beschäftigten**« nach § 4a BDSG weiter möglich sein soll.²³

Als Teil des BDSG tritt auch § 32 gegenüber anderen Rechtsvorschriften des Bundes zurück, die sich auf personenbezogene Daten und ihre Veröffentlichung beziehen (§ 1 Abs. 3 – dazu oben § 1 Rn. 12 ff.). Die Grundsätze über das Fragerecht des Arbeitgebers gegenüber Bewerbern und Beschäftigten sind daher auch in Zukunft anzuwenden. Dass die Beteiligungsrechte des Betriebsrats und des Personalrats unberührt bleiben, ist im Grunde selbstverständlich,²⁴ jedoch in Abs. 3 gleichwohl ausdrücklich hervorgehoben worden. Dasselbe gilt für Beteiligungsrechte anderer Gremien wie z. B. der kirchlichen Mitarbeitervertretungen.

4. Erhebung und Speicherung von Bewerberdaten

a) Allgemeiner Rahmen

Nach § 32 Abs. 1 Satz 1 dürfen personenbezogene Daten eines Beschäftigten »für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses« erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses »erforderlich« ist. § 3 Abs. 11 Nr. 7 zählt ausdrücklich auch die Bewerber zu den »Beschäftigten«. Der Terminus »erforderlich« geht **über die bisher anzuwendende Rechtsgrundlage** des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG **hinaus**, weil dort nur verlangt wurde, dass das Erheben der Daten der Zweckbestimmung des Vertragsverhältnisses oder des vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses mit dem Betroffenen »dienen« musste. Vom Wortlaut her eröffnete

20 Ebenso im Ergebnis Thüsing, NZA 2009, 865. Unreflektiert Roßnagel NJW 2009, 2721.

21 BT-Drucksache 16/13657 S. 35.

22 Ebenso Deutsch/Diller DB 2009, 1462, 1465; Thüsing NZA 2009, 865 ff.

23 BT-Drucksache 16/13657, S. 35; zur Freiwilligkeit s. § 4a Rn. 20 ff.

24 So auch Thüsing NZA 2009, 865 ff.

dies der verantwortlichen Stelle größere Spielräume, obwohl auch nach bisherigem Recht der Standpunkt vertreten wurde, nur für den verfolgten Zweck »erforderliche« Daten dürften erhoben werden.²⁵ Nunmehr ist die Kontroverse auch außerhalb des Beschäftigtendatenschutzes erledigt, weil der neu gefasste § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 gleichfalls verlangt, dass die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der Daten für die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses mit dem Betroffenen »erforderlich« sein muss.

- 14 Der Gesetzgeber hat mit dieser Entscheidung **verfassungsrechtlichen Vorgaben** entsprochen. Im Zusammenhang mit der Einwilligung in die Datenverarbeitung hat das Bundesverfassungsgericht für Rechtsverhältnisse, die durch ein Machtgefälle gekennzeichnet sind, restriktive Bedingungen aufgestellt. Danach darf die Preisgabe von Daten nur zugelassen werden, wenn sie unter Beachtung der Interessen beider Seiten »erforderlich« ist.²⁶ Im Rahmen der Begründung vertraglicher Beziehungen kann nichts anderes gelten, wenn für den schwächeren Teil eine zumutbare Alternative nicht verfügbar ist. Würde man schon die »Dienlichkeit« in Bezug auf den Vertragszweck genügen lassen, wäre das informationelle Selbstbestimmungsrecht des schwächeren Teils in unverhältnismäßiger Weise beeinträchtigt.²⁷ Entsprechende Grundsätze hat das BVerfG im Zusammenhang mit den Informationspflichten des Mieters entwickelt.²⁸
- 15 Die »Erforderlichkeit« erstreckt sich nach Absatz 2 auch auf solche Angaben, die nicht-dateimäßig erfasst werden. Eine Frage, die bei einem Bewerbungsgespräch seitens des Arbeitgebers »außerhalb der Tagesordnung« gestellt wird, muss sich daher an Abs. 1 Satz 1 messen lassen. Dies gilt sogar dann, wenn sich der Fragende die Antwort lediglich merkt, sie aber nirgends schriftlich niederlegt. Die dabei im Streitfall entstehenden Beweisschwierigkeiten sind auch bei Vier-Augen-Gesprächen keineswegs unüberwindlich, da es die Rechtsprechung zulässt, den Bewerber bzw. den Arbeitnehmer in einem solchen Fall wie einen Zeugen zu vernehmen.²⁹ Steht eine Diskriminierung in Frage, kommt die Beweiserleichterung des § 22 AGG zum Zuge.

b) Fragerecht des Arbeitgebers

- 16 Das BAG vertritt in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, der Arbeitgeber dürfe nur nach Tatsachen fragen, an deren Kenntnis er ein »berechtigtes, billigenwertes und schutzwürdiges Interesse« hat.³⁰ Dies ist nur dann anzunehmen, wenn sein Informationsbedürfnis so gewichtig ist, dass es den Vorrang vor dem Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers beanspruchen kann.³¹ Das entspricht der »Erforderlichkeit« im Sinne des § 32 Abs. 1 Satz 1 – ein nicht ganz selbstverständliches Ergebnis, wurde dieser Grundsatz doch bereits in den 1950er Jahren und damit zu einer Zeit entwickelt, in der der Begriff

25 Nachweise bei Thüsing NZA 2009, 865 ff.

26 BVerfG JZ 2007, 576 = RDV 2007, 20; näher oben § 4a Rn. 2a.

27 Näher Däubler, Gläserne Belegschaften? Rn. 110 ff.

28 BVerfG CR 1992, 368.

29 BAG NZA 2007, 885; BVerfG NJW 2001, 2531.

30 Grundlegend BAG AP Nr. 2 zu § 123 BGB; zuletzt BAG DB 2003, 396.

31 Thüsing/Lambrich BB 2002, 1146.

»Datenschutz« überhaupt noch nicht existierte. Aus diesem Grund kommt es nicht entscheidend darauf an, ob man die Grundsätze über das Fragerecht als richterrechtliche oder gewohnheitsrechtliche arbeitsrechtliche Norm begreift, die nach § 1 Abs. 3 Satz 1 dem BDSG vorgeht, oder ob man unmittelbar auf § 32 Abs. 1 Satz 1 zurückgreift. Obwohl mehr für die erste Variante sprechen dürfte, ist das Ergebnis dasselbe.

Die Rechtsprechung hat zahlreiche Fallgruppen gebildet, die hier skizziert werden sollen.

aa) Privatleben

Für das Beschäftigungsverhältnis ohne Bedeutung müssen Freizeitbeschäftigungen des Bewerbers bleiben. Arbeit und sonstiges Leben zu trennen, gehört nach europäischem Verständnis zu den Errungenschaften eines modernen Arbeitsrechts.³² Verwandte und Bekannte dürfen den Arbeitgeber daher ebenso wenig interessieren wie Ess- und Trinkgewohnheiten oder Hobbys.³³ Auch die privaten Vermögensverhältnisse sind grundsätzlich »tabu«. Überschuldung und hohe Unterhaltsverpflichtungen dürfen dann erfragt werden, wenn der in Aussicht genommene Arbeitsplatz beträchtliche finanzielle Spielräume eröffnet. Dies ist etwa bei einem Finanzdirektor, nicht aber bei einem Kassierer der Fall.³⁴ Die Familienplanung darf erst recht keine Rolle spielen.³⁵ 17

bb) Mitteilungspflichten des Bewerbers

Die Rechtsprechung sieht einen Bewerber als verpflichtet an, unaufgefordert alle Umstände zu erwähnen, die die Durchführung des Vertrages unmöglich oder unzumutbar machen würden. Ein Kraftfahrer muss daher darauf hinweisen, dass ihm derzeit die Fahrerlaubnis entzogen ist; das BAG³⁶ nimmt sogar eine Pflicht an, die fehlende Fahrpraxis in den letzten zehn Jahren zu erwähnen. Genauso ist der Fall zu behandeln, dass der Bewerber durch die Aufnahme der Tätigkeit gegen ein Wettbewerbsverbot verstoßen würde. In allen diesen Fällen kann der Arbeitgeber selbstredend die möglichen Hinderungsgründe auch von sich aus ansprechen, etwa nach dem Führerschein oder einem Wettbewerbsverbot fragen. 18

cc) Berufliche Fähigkeiten und Erfahrungen sowie zeitliche Verfügbarkeit

Der Arbeitgeber hat ein berechtigtes Interesse daran, die Qualifikation eines Bewerbers kennen zu lernen, die sich in absolvierten Prüfungen, in der bisherigen beruflichen Tätigkeit und ggf. in Zeugnissen niederschlägt. Allerdings gilt dies nur, wenn die in Aussicht genommene Funktion besondere Fähigkeiten und Kenntnisse voraussetzt.³⁷ In weiter Vergangenheit liegende Details können nicht abgefragt werden, weil sie keine Rückschlüsse auf die aktuelle Eignung mehr zulassen. So interessiert es nicht, ob sich der Bewerber vor 19

32 Näher Däubler, Arbeitsrecht 2, Rn. 559 ff.

33 Künzl BB 1993, 1583; Wisskirchen/Bissels NZA 2007, 171.

34 Däubler, Gläserne Belegschaften? Rn. 211.

35 Schaub-Schaub § 26 Rn. 19; Schierbaum AiB 1995, 591.

36 AP Nr. 74 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers.

37 BAG AP Nr. 17 zu § 123 BGB.

15 Jahren friedlich oder höchst unfriedlich von seinem damaligen Arbeitgeber getrennt hat. Erst recht kann es bei einem Rechtsanwalt keine Rolle mehr spielen, welche Examensnote er vor 25 Jahren erreicht hatte. Auf der anderen Seite kann je nach den Anforderungen der Tätigkeit nach der zeitlichen Verfügbarkeit gefragt werden. Wer häufig Auswärtstermine wahrzunehmen oder längere Dienstreisen zu absolvieren hat, darf gefragt werden, ob dies mit seinen Lebensumständen in Einklang zu bringen ist.

dd) Bisherige Vergütung

- 20 Die bisherige Vergütung kann dann in die Verhandlungen eingehen, wenn der Bewerber sie bewusst »als Minimum« ins Spiel bringt. Tut er dies nicht, würde eine entsprechende Frage lediglich die Verhandlungsposition des Arbeitgebers verbessern, weshalb sie als unzulässig angesehen wird.³⁸ Dahinter steht die Wertung, dass das typischerweise bestehende Verhandlungsungleichgewicht nicht noch stärker zu Gunsten des Arbeitgebers verschoben werden soll. Abgelehnt wird in der Literatur auch die Frage nach Lohn- und Gehaltspfändungen, da es insoweit an einem ausreichend engen Bezug zu der in Aussicht genommenen Tätigkeit fehlt.³⁹

ee) »Diskriminierungsverdächtige« Tatsachen

- 21 Um die Diskriminierungsverbote des AGG von der verfahrensrechtlichen Seite her abzusichern, darf grundsätzlich nicht nach dem Vorliegen eines der »verpönten« Merkmale nach § 1 AGG oder den damit zusammenhängenden Eigenschaften und Verhaltensweisen gefragt werden.⁴⁰ Im Einzelnen gilt Folgendes.

Die Frage nach **Rasse und ethnischer Herkunft** ist grundsätzlich ausgeschlossen.⁴¹ Der Arbeitgeber darf sich also nicht danach erkundigen, ob der Bewerber z. B. Sinti oder Türke ist. Ein berechtigtes Interesse besteht nur in den Fällen des § 8 Abs. 1 AGG.⁴²

- 22 Das Verbot der Diskriminierung wegen des **Geschlechts** wirkt sich in erster Linie bei der Frage nach der Schwangerschaft aus. Diese ist heute generell unzulässig. Das BAG hatte unter der Geltung des § 611a BGB den Standpunkt vertreten, sie sei dann möglich, wenn eine schwangere Frau auf dem in Aussicht genommenen Arbeitsplatz gar nicht eingesetzt werden könne, weil insoweit ein Beschäftigungsverbot nach dem MuSchG bestehe. Dies wurde von der Rechtsprechung des EuGH zunächst für den Fall der unbefristeten Einstellung korrigiert; wegen des Beschäftigungsverbots könne die Einstellung nicht abgelehnt werden.⁴³ Damit war sinngemäß auch eine entsprechende Frage ausgeschlossen. Kurz darauf entschied der EuGH in gleicher Weise in Bezug auf ein befristetes Arbeitsverhältnis, das wegen der Schwangerschaft der Bewerberin zu einem wesent-

38 Fitting § 94 Rn. 21; vgl. auch BAG DB 1984, 298.

39 DKKW-Klebe § 94 Rn. 19; Fitting § 94 Rn. 21; GK-BetrVG-Kraft/Raab § 94 Rn. 32; a. A. Richardi-Thüsing § 94 Rn. 27.

40 ErfK-Schlachter § 2 AGG Rn. 4; HWK-Thüsing § 123 BGB Rn. 7; Küttner-Kania Diskriminierung Rn. 83; Wisskirchen DB 2006, 1494; Wisskirchen/Bissels NZA 2007, 170.

41 HWK-Thüsing § 123 BGB Rn. 33; GK-BetrVG-Kraft/Raab § 94 Rn. 37.

42 Weitere Einzelheiten bei Däubler/Bertzbach-Däubler § 7 Rn. 22 ff.

43 EuGH NZA 2000, 255 – Mahlburg.

lichen Teil gar nicht erfüllt werden konnte.⁴⁴ § 8 Abs. 1 AGG dürfte jedoch dann eingreifen und die Frage zulässig sein, wenn es um die Vertretung einer Arbeitnehmerin geht, die wegen Schwangerschaft ihre Tätigkeit nicht fortsetzen konnte: Die Bewerberin weiß hier, dass das Nichtschwangersein wesentliche und entscheidende Anforderung für die Ausübung der fraglichen Tätigkeit ist.⁴⁵

Potentiell diskriminierenden Charakter hat auch die Frage, **wer** denn die **Kinder** eines Bewerbers bzw. einer Bewerberin **betreue**. Nach aller Erfahrung wird dabei bei Frauen sehr viel häufiger als bei Männern der Fall einer »Doppelbelastung« auftreten, die eingeschränkte Verfügbarkeit signalisiert.⁴⁶ **23**

Die Frage, ob bereits **Wehr- oder Zivildienst abgeleistet** wurde, kann sich nur an Männer richten und hat von daher diskriminierenden Charakter.⁴⁷ Insofern müssen dieselben Grundsätze wie bei der Schwangerschaft gelten. Auch eine bevorstehende Einberufung muss daher nicht mitgeteilt werden, zumal die dadurch auf den Arbeitgeber zukommenden Belastungen nach dem Arbeitsplatzschutzgesetz sehr viel geringer als bei einer Schwangerschaft sind. **24**

Nach der Rechtsprechung des EuGH stellt es eine Diskriminierung wegen des Geschlechts dar, wenn eine **Geschlechtsumwandlung** Anlass für eine Benachteiligung ist.⁴⁸ Die Tatsache, dass Kunden oder Geschäftspartner des Arbeitgebers gegenüber »so einem Transsexuellen« möglicherweise Vorbehalte haben, ist ohne Bedeutung. Der Arbeitgeber muss deshalb die betreffende Person so nehmen, wie sie ist, und darf trotz entsprechender Anhaltspunkte nicht nach einem abweichenden früheren Geschlecht fragen.⁴⁹ **25**

Nach der **Religionszugehörigkeit** zu fragen, ist dem Arbeitgeber traditionellerweise untersagt; hier fehlt in aller Regel bereits der Zusammenhang mit dem Beschäftigungsverhältnis.⁵⁰ Eine Ausnahme ist nur dann zulässig, wenn es um die Einstellung durch eine Kirche geht (§ 9 AGG). **26**

Das Problem der Benachteiligung wegen einer bestimmten **Weltanschauung** kann insbesondere bei der Frage nach früherer Stasi-Mitarbeit und nach einer Tätigkeit in der SED praktisch werden.⁵¹ Sie ist nunmehr grundsätzlich unzulässig, zumal angesichts der großen zeitlichen Distanz keine Rückschlüsse auf aktuelles oder künftiges Verhalten mehr möglich sind. So hat das BVerfG⁵² die Frage nach Umständen untersagt, die sich vor 1970 abgespielt hatten, also bei einer zeitlichen Distanz von 20 Jahren der Vergangenheit keine **27**

44 EuGH NZA 2001, 1241 – Tele Danmark.

45 Für Rückgriff auf den Missbrauchsgedanken in einem solchen Fall Thüsing/Lambrich BB 2002, 1146.

46 KDZ-Däubler §§ 123, 124 BGB Rn. 13; Fitting § 94 Rn. 20; a. A. GK-BetrVG-Kraft/Raab § 94 Rn. 35.

47 DKK-Klebe § 94 Rn. 20; GK-BetrVG-Kraft/Raab § 94 Rn. 28; HWK-Thüsing § 124 BGB Rn. 27 m. w. N.

48 EuGH NZA 1996, 695.

49 So grundsätzlich auch BAG DB 1991, 1934.

50 Däubler, Gläserne Belegschaften? Rn. 212; GK-BetrVG-Kraft/Raab § 94 Rn. 37; HWK-Thüsing § 123 BGB Rn. 16.

51 Vgl. BAG DB 2005, 892.

52 EuGRZ 1997, 279 ff.

Bedeutung mehr beigemessen. Ein entsprechender Zeitraum ist seit dem Umbruch 1989/90 inzwischen verflissen, so dass entsprechende Fragen unzulässig geworden sind. Auch eine früher begangene »Fragebogenlüge« kann nicht mehr ins Gewicht fallen, da die Frage heute unrichtig beantwortet werden dürfte.

- 28** Kann **Scientology** nicht als Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft betrachtet werden,⁵³ scheitert eine entsprechende Frage nicht am Verbot der Diskriminierung wegen Religion und Weltanschauung. Soweit man von einem vorwiegend kommerziellen Unternehmen ausgeht, ist ein berechtigtes Informationsinteresse allerdings nur bei Vertrauensstellungen vorhanden, bei denen sich Loyalitätskonflikte ergeben können.
- 29** Im diskriminierungsrechtlichen Sinne ist der Begriff »Weltanschauung« weiter als üblicherweise angenommen und umfasst **jede ernsthafte Überzeugung**; auch ein engagierter Tierschützer hat daher eine »Weltanschauung«. Das weite Begriffsverständnis hängt damit zusammen, dass die zugrundeliegende EG-Richtlinie nur in der deutschen Fassung von »Weltanschauung« spricht; die genauso maßgebenden anderen sprachlichen Fassungen wählen durchweg weitere Begriffe wie »Überzeugung« oder »persönliche Überzeugung«.⁵⁴ Legt man dies zugrunde, so darf schon deshalb nicht nach politischen und gewerkschaftlichen Auffassungen gefragt werden.
- 30** Der Arbeitgeber ist befugt, die gesundheitliche Eignung des Arbeitnehmers für die in Aussicht genommene Tätigkeit zu erkunden. Ergeben sich hier Defizite, ist mit einer Überforderung oder einem häufigen Ausfall zu rechnen, so kann er ohne Verstoß gegen Diskriminierungsverbote einen anderen Bewerber einstellen oder auf die Besetzung der Stelle verzichten. Davon ist das Problem zu unterscheiden, ob nach der **Anerkennung als Schwerbehinderter** bzw. einer Gleichstellung gefragt werden darf. Dies war nach der überkommenen Rechtsprechung des BAG zulässig,⁵⁵ doch wird es mittlerweile in der Literatur fast allgemein abgelehnt.⁵⁶ In der Tat verstößt eine solche Frage nicht anders als die nach den übrigen verpönten Merkmalen gegen § 7 Abs. 1 in Verbindung mit § 1 AGG. Bei einfachen Behinderungen im Sinne des § 2 Abs. 1 SGB IX gilt nichts anderes. Wenn die Eignung für den Arbeitsplatz nicht beeinträchtigt ist, darf sich der Arbeitgeber für sie nicht interessieren.
- 31** Will der Arbeitgeber **gezielt Behinderte fördern** und enthält z. B. die Ausschreibung eine entsprechende Absichtserklärung, so ist dies nach § 5 AGG zulässig. In diesem Fall darf er auch nach einer entsprechenden Eigenschaft fragen.⁵⁷ Gibt ein Bewerber diese dennoch nicht preis und wird er eingestellt, weil sich kein ausreichend qualifizierter

53 Verneint für Scientology-Kirche Hamburg e. V. von BAG NZA 1995, 823.

54 Einzelheiten bei Däubler NJW 2006, 2608 ff.

55 S. etwa BAG AP Nr. 40 zu § 123 BGB.

56 Brors DB 2003, 1734 ff.; Deinert, in: V. Neumann [Hrsg.], § 17 Rn. 7 ff.; DKK-Klebe § 94 Rn. 13; Düwell BB 2001, 1527, 1529 und BB 2006, 1741, 1743; GK-BetrVG-Kraft/Raab § 94 Rn. 29; Jousen NZA 2007, 177; von Koppenfels-Spies AuR 2004, 43, 45; Rolfs/Paschke BB 2002, 1260, 1261 u. a.

57 Jousen NZA 2007, 177 f.

(»deklariertes«) Behinderter finden ließ, so darf der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag nicht anfechten, da es an der Kausalität der Täuschung für den Vertragsabschluss fehlt.⁵⁸

Die Frage nach dem **Alter** ist nur dort zulässig, wo dieses Kriterium bei der Einstellung Berücksichtigung finden darf. Im Regelfall ist sie daher ausgeschlossen.⁵⁹ Dies verhindert selbstredend nicht, dass sich der Arbeitgeber beim Bewerbungsgespräch ein ungefähres Bild vom Alter des Bewerbers macht.⁶⁰ **32**

Eine Frage nach der **sexuellen Identität** ist nur in den Extremfällen zulässig, in denen es auf diese Eigenschaft für eine bestimmte Tätigkeit ankommt.⁶¹ Im Normalfall darf auch nicht danach gefragt werden, ob jemand in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft lebt.⁶² Ob die Frage nach dem Verheiratet-Sein weiter zulässig ist, kann man in Frage stellen, da jedenfalls die positive Antwort zugleich die heterosexuelle Ausrichtung verdeutlicht.⁶³ **33**

§ 2 Abs. 3 AGG lässt sonstige Diskriminierungsverbote unberührt. Die bisherige Rechtsprechung, die die Frage nach der **Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft** und nach der Parteizugehörigkeit im Grundsatz ausschließt, bleibt daher aufrechterhalten.⁶⁴ Eine Ausnahme greift nur dann Platz, wenn es gerade um die Anstellung bei einer Kirche, einer Partei oder einer Gewerkschaft geht. Allerdings darf die Kirche nicht nach der Gewerkschaftszugehörigkeit und die Gewerkschaft nicht nach der Konfession fragen; es geht allein um die auch für den Arbeitgeber charakteristische Eigenschaft. **34**

ff) Vorstrafen

Schon in den 1950er Jahren hat das BAG für die Frage nach Vorstrafen eine recht plausible Lösung entwickelt: Der Arbeitgeber darf sich nur nach **einschlägigen** Vorstrafen erkundigen, die sich am vorgesehenen Arbeitsplatz wiederholen könnten. Alle anderen Vorstrafen sind »Privatsache« des Bewerbers.⁶⁵ Der Kraftfahrer darf also nach Verkehrsdelikten, der Jugendpfleger nach Sittlichkeitsdelikten, der Kassierer nach Vermögensdelikten gefragt werden.⁶⁶ **35**

Dieser Grundsatz wird durch § 53 BZRG weiter spezifiziert. Danach darf sich ein Verurteilter u. a. dann als unbestraft bezeichnen, wenn die Strafe aus dem Register zu tilgen ist. Auch eine »**einschlägige**« Vorstrafe braucht dann **nicht mehr** angegeben zu werden. Dasselbe gilt, wenn sie der »beschränkten Auskunft« unterliegt bzw. nicht in ein Führungszeugnis aufzunehmen ist.⁶⁷ Das polizeiliche Führungszeugnis selbst würde auch **36**

58 Düwell BB 2006, 1741, 1743.

59 Wisskirchen DB 2006, 1494.

60 Wisskirchen/Bissels NZA 2007, 172.

61 Richardi/Thüsing § 94 Rn. 11.

62 Fitting § 94 Rn. 20; HWK-Thüsing § 123 BGB Rn. 18; Wisskirchen DB 2006, 1494.

63 Bedenken deshalb bei Wisskirchen DB 2006, 1494.

64 BAG AP Nr. 27 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung; Fitting § 94 Rn. 17.

65 BAG AP Nr. 2 zu § 123 BGB, bestätigt durch BAG BB 1984, 534.

66 DKK-Klebe § 94 Rn. 16; Fitting § 94 Rn. 19; Leipold AuR 1971, 166.

67 ArbG Hamburg BB 1980, 316.