

# Datenschutz bei Bewerbung und Einstellung – Grundlagen

Bruno Schierbaum // BTQ Niedersachsen

## HIER LESEN SIE:

- auf welchen rechtlichen Grundlagen Befragungen im Rahmen von Einstellung und Bewerbung stattfinden dürfen
- welche Probleme mit der oft geforderten Einwilligung von Bewerbern in Befragungen und Tests verbunden sind
- welche Grenzen dem Fragerecht des Arbeitgebers ebenso gesetzt sind, wie der Mitbestimmung durch den Betriebsrat oder der Einwilligung durch den Betroffenen



**Die Erhebung personenbezogener Daten im Rahmen von Bewerbungen und Einstellungen steht bei Betriebs- und Personalräten längst nicht so im Blickpunkt wie der Einsatz von IKT-Systemen und die damit möglichen Leistungs- und Verhaltenskontrollen. Belegschaftsvertretungen wären schon deshalb gut beraten, diese Praxis zu überdenken, weil gerade in dieser Phase eines (sich anbahnenden) Arbeitsverhältnisses personenbezogene Daten erhoben werden, die später dann Grundlage aller möglichen und unmöglichen Datenauswertungen sind – ganz abgesehen davon, dass oft schon die Erhebung vieler dieser Daten rechtlich unzulässig ist.**

Wenn im Rahmen von Bewerbung und Einstellung personenbezogene Daten erhoben werden, scheint der Datenschutz eine eher untergeordnete Rolle zu spielen, was auch durch eine Befragung zum Datenschutz eindringlich belegt wird (zu den Ergebnissen siehe den Kasten ab Seite 10). Das ist umso bedauerlicher, als gerade Bewerber und auch neueingestellte Beschäftigte im Hinblick auf die Wahrung ihrer Persönlichkeitsrechte relativ schutzlos sind.

## Die rechtlichen Grundlagen

Dass mit der Novellierung des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) im Jahr 2001 die

Erhebung personenbezogener Daten nun weitgehend dort geregelt wird, scheint in der Fachliteratur und erst recht in der Praxis noch nicht durchgedrungen zu sein – was auch daran liegen mag, dass sich das BDSG nicht gerade durch Benutzungsfreundlichkeit auszeichnet.

Im Zusammenhang mit unserem Thema ist natürlich vor allem die Datenerhebung von Interesse. Und darunter ist nach BDSG „das Beschaffen von Daten über den Betroffenen“ zu verstehen (§ 3 Abs. 3 BDSG). Diese Datenbeschaffung fällt allerdings nur dann unter die Bestimmungen des BDSG, wenn die erhobenen Daten elektronisch gespeichert werden sollen oder wenn sie in „nicht-automatisierten“ Dateien festgehalten wer-

den. Nicht-automatisierte Dateien sind z.B. Karteikartensysteme, aber auch manuell geführte Personalakten oder systematisierte Listen, in die Daten von interviewten Bewerbern eingetragen werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn diese Listen gleichartig aufgebaut und nach bestimmten Merkmalen zugänglich und auswertbar sind – was z.B. bei der Verwendung einheitlicher Formulare immer anzunehmen ist.<sup>1</sup>

Nun wird man davon ausgehen müssen, dass in den meisten Unternehmen die Bewerberauswahl heutzutage mit Hilfe der Informations- und Kommunikationstechnik (IKT) abläuft. In großen Unternehmen sind Bewerbungen oft sogar nur noch „online“ (also etwa über das Internet) möglich.

**BESONDERS SCHUTZWÜRDIGE „SENSITIVE“ PERSONENDATEN**

§ 75 Abs. 1 BetrVG	Art. 3 Abs. 3 GG	AGG	§ 3 Abs. 9 BDSG
Rasse oder ethnische Herkunft	Rasse	Rasse oder ethnische Herkunft	rassische/ethnische Herkunft
Abstammung oder sonstige Herkunft	Abstammung	—	—
Heimat und Herkunft	—	—	—
—	—	Geschlecht	—
—	Sprache	—	—
Nationalität	—	—	—
Religion oder Weltanschauung	Glaube	—	—
religiöse und politische Anschauungen	Religion oder Weltanschauung	religiöse oder philosophische Überzeugungen	—
Behinderung	Behinderung	Behinderung	—
Alter	—	Alter	—
politische oder gewerkschaftliche Betätigung oder Einstellung	—	—	Gewerkschaftszugehörigkeit
politische Meinungen	—	—	—
Geschlecht oder sexuelle Identität	Geschlecht	sexuelle Identität	Sexualleben

Zusammengenommen heißt das, dass in so gut wie allen Unternehmen das BDSG zur Anwendung kommt, wenn personenbezogene Daten von Bewerbern und Beschäftigten abgefragt oder sonstwie erhoben werden.

Damit unterliegt diese Datenerhebung (wie jede Erhebung, Speicherung und Nutzung personenbezogener Daten) dem sogenannten „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ (§ 4 BDSG). Werden dabei besondere Arten personenbezogener Daten erhoben, verarbeitet oder genutzt, gilt für diese Daten noch ein besonderer Schutz – dazu später noch mehr.

Bezogen auf sämtliche personenbezogenen Daten ist deren Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung laut § 4 Abs. 1 BDSG jedenfalls nur dann zulässig, wenn ...

- das BDSG selbst oder
- eine andere Rechtsvorschrift dieses erlaubt/anordnet oder
- der Betroffene selbst freiwillig und ausdrücklich eingewilligt hat.

Schließen Arbeitgeber und Betriebsrat zur Erhebung von Daten eine Betriebsver-

einbarung ab (z.B. zu Personalfragebogen), dann ist diese Vereinbarung eine „andere Rechtsvorschrift“ im Sinne des § 4 BDSG. Gibt es eine Betriebsvereinbarung oder eine andere „andere Rechtsvorschrift“ (z.B. einen Tarifvertrag) nicht, bleiben dem Arbeitgeber also zwei Möglichkeiten:

(1) Er muss sich bei einer Datenerhebung auf das BDSG selbst (und zwar auf § 28 Abs. 1 BDSG) stützen. Das heißt: Er muss bereits bei der Informationserhebung prüfen, ob sich diese aus der Zweckbestimmung des Arbeitsvertrags oder – bei Bewerbern – aus dem „vertragsähnlichen Vertrauensverhältnis“ rechtfertigt, das während des Bewerbungsprozesses angenommen wird.

Anders ausgedrückt: Es dürfen nur Datenerhebungen stattfinden, die im Rahmen des „Anbahnungs“- oder des Arbeitsvertragsverhältnisses zwingend erforderlich sind!

(2) Ist dies nicht der Fall, dann bleibt als Möglichkeit nur die Einwilligung durch jeden einzelnen Betroffenen, also durch jeden Bewerber und jeden eingestellten Arbeitnehmer.

## Einwilligung der Betroffenen

Das Einholen einer Einwilligung sowohl bei einem Bewerber als auch bei einem Beschäftigten ist prinzipiell immer problematisch, da sowohl in dem einen wie dem anderen Fall ein besonderes Abhängigkeitsverhältnis besteht, was mit den gesetzlichen Anforderungen an eine Einwilligung nicht ohne weiteres in Einklang zu bringen ist. Denn wenn mit einer Einwilligung gearbeitet werden soll, um eine rechtmäßige Erhebung von Daten zu gewährleisten, sind gemäß § 4 a BDSG folgende Anforderungen zu erfüllen:

- Die Einwilligung ist nur wirksam, wenn sie auf der freien Entscheidung des Betroffenen beruht.
- Der Betroffene ist auf den vorgesehenen Zweck der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung hinzuweisen.
- Der Betroffene ist auf die Folgen der Verweigerung einer Einwilligung hinzuweisen.
- Die Einwilligung bedarf der Schriftform, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist.

■ Soll die Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen abgegeben werden, ist sie besonders hervorzuheben.

■ Soweit besondere Arten personenbezogener Daten erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, muss die Einwilligung darüber hinaus ausdrücklich diese Daten nennen.

Vor allem aber ist zu beachten, dass es selbstverständlich nicht zulässig ist, die Einwilligung zu einer Datenerhebung zu verlangen, die gegen zwingende Schutznormen oder gegen die von der Rechtsprechung gezogenen Grenzen des Fragerechts verstoßen.<sup>2</sup>

Dazu ein Beispiel: Die Frage nach der Schwangerschaft wird nicht etwa dadurch zulässig, dass sich eine Bewerberin damit einverstanden erklärt hat, wahrheitsgemäß darauf zu antworten.

Oder ein zweites Beispiel: Holen Arbeitgeber von Bewerbern oder neu eingestellten Arbeitnehmern die Einwilligung ein, Arbeitsunfähigkeitszeiten und Krankheitsdiagnosen bei der Krankenkasse erheben zu dürfen, so ist auch diese meist nicht nur deshalb unwirksam, weil sie die Grenzen des

Fragerechts überschreitet, sondern auch weil die Einwilligung wegen des bestehenden Abhängigkeitsverhältnisses mutmaßlich nicht wirklich freiwillig erteilt worden ist. Die Krankenkassen dürfen den Arbeitgebern deshalb in solchen Fällen keine entsprechende Daten übermitteln.<sup>3</sup>

Eine nachträgliche Einwilligung genügt den Anforderungen des § 4 a BDSG übrigens nicht und würde nichts an der Rechtswidrigkeit einer bereits erfolgten Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten ändern.<sup>4</sup> Außerdem stellt die Einholung einer Einwilligung (die ja stets schriftlich zu erfolgen hat!) immer auch einen nach § 94 Abs. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtigen Personalfragebogen dar.<sup>5</sup>

## Das Prinzip der Direkterhebung

Und selbst wenn der Arbeitgeber alle oben genannten Anforderungen erfüllt hat, kann es dennoch sein, dass eine Datenerhebung rechtswidrig ist. Dieses ist immer dann der Fall, wenn gegen die Verpflichtung zur Direkterhebung verstoßen wird. Denn nach § 4 Abs. 2 BDSG sind personenbezogene Daten stets beim Betroffenen zu erheben. Das heißt, dass die Daten mit Mitwirkung und Kenntnis des Bewerbers/Arbeitnehmers erhoben werden müssen und nicht etwa „hinter seinem Rücken“ beschafft werden dürfen.

Von dem Gebot der Direkterhebung kann allerdings (gemäß den Ausnahmen des § 4 Abs. 2 Satz 2 BDSG) abgewichen werden, wenn ...

- eine Rechtsvorschrift dies vorsieht oder zwingend vorschreibt, oder
- die Verwaltungsaufgabe oder der Geschäftszweck eine Erhebung bei anderen Personen erforderlich macht, oder
- die Erhebung beim Betroffenen einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde.

Auf diese Ausnahmen kann sich der Arbeitgeber allerdings nur berufen, wenn er vorher geprüft hat, ob es nicht einen Grund gibt anzunehmen, dass das Interesse des Betroffenen an einer Nichtverwendung seiner Daten schwerer wiegt als seine mit der Datennutzung verbundenen Interessen. Alles in allem dürften diese Ausnahmen

## BETEILIGUNGSRECHTE DES BETRIEBSRATS ...

### ... bei der Erhebung von Daten im Rahmen des Bewerbungs- und Einstellungsverfahrens

BetrVG	Inhalt
§ 80 Abs. 2	rechtzeitige und umfassende Information
§ 80 Abs. 1 Nr. 1	Überwachung der Einhaltung bestehender Gesetze, Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen
§ 75 Abs. 1	Grundsätze der Behandlung von Betriebsangehörigen
§ 75 Abs. 2	Schutz und Förderung der freien Entfaltung der Persönlichkeit
§ 94 Abs. 1	Mitbestimmung beim Inhalt von Personalfragebogen
§ 94 Abs. 2	Mitbestimmung bei Beurteilungsgrundsätzen
§ 95	Mitbestimmung bei Auswahlrichtlinien
§ 87 Abs. 1 Nr. 6	Mitbestimmung bei technischen Überwachungseinrichtungen

im Bewerbungs- und Einstellungsverfahren aber wohl nicht zum Tragen komme.<sup>6</sup>

## Grenzen des Arbeitgeberfragerechts

Das sogenannte Arbeitgeberfragerecht – neben dem BDSG – von zentraler Bedeutung bei der Datenerhebung im Rahmen von Bewerbung und Einstellung. Denn diesem Recht des Arbeitgebers, Fragen an den Bewerber/Beschäftigten zu stellen, sind Grenzen gesetzt. Diese stützen sich auch auf die besondere Zwangssituation, in der sich vor allem der Bewerber um einen Arbeitsplatz befindet. Das Angewiesensein auf einen Arbeitsplatz lässt ihm eigentlich keine Wahl: Verweigert er die Beantwortung einer Frage, so läuft er Gefahr, schon deshalb nicht eingestellt zu werden. Es gilt also zu verhindern, dass diese Zwangssituation einen Befragten veranlasst, auf Fragen einzugehen, die sich mit dem Respekt gegenüber seiner Person, also insbesondere seinem Persönlichkeitsrecht und dem Recht auf **informationelle Selbstbestimmung** nicht vertragen.

Deshalb gesteht das Bundesarbeitsgericht (BAG) dem Arbeitgeber nur dann ein Fragerecht zu, wenn er ein „berechtigtes, billigenwertes und schutzwürdiges Interesse“ an der Beantwortung dieser Frage hat.<sup>7</sup> Das heißt konkret, dass sich die Fragen auf Informationen beschränken müssen, die einen unmittelbaren Bezug zum (zukünftigen) Arbeitsverhältnis haben. Dabei ist jedes Überschreiten der Grenzen

des Fragerechts rechtswidrig – nicht einmal eine eventuelle Zustimmung des Betriebsrats könnte daran etwas ändern.

Und auch eine Verpflichtung, bestimmte Informationen von sich aus (also ohne eine entsprechende Frage des Arbeitgebers) mitzuteilen, kann es nur ausnahmsweise geben, z.B. dann, wenn ein Bewerber oder Arbeitnehmer eine angebotene Arbeit gar nicht erledigen könnte, oder wenn er erkennen muss, dass bei ihm etwas vorliegt (z.B. eine spezielle Allergie), das für den vorgesehenen Arbeitsplatz von ausschlaggebender Bedeutung ist.

## Betriebsrat und Arbeitnehmerdatenschutz

Auch wenn es natürlich immer zu den Aufgaben eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten gehört, auf die Rechtmäßigkeit einer Datenerhebung hinzuwirken, kann der Schutz der Persönlichkeitsrechte von Bewerbern und Arbeitnehmern über die Beteiligungsrechte von Betriebsräten am ehesten umgesetzt werden (siehe dazu den Kasten oben). Im Rahmen der Bewerbungs- und Einstellungsphase kommen dabei vor allem die Mitbestimmungsrechte bei Personalfragebogen, Beurteilungen und Auswahlrichtlinien zur Anwendung.

Vorher allerdings ist der Betriebsrat vom Arbeitgeber über die im Rahmen einer Einstellung verwendeten Verfahren und Methoden zu informieren. Er hat also den Betriebsrat nach § 80 Abs. 2 BetrVG unaufgefordert (!) unter anderem über die Perso-

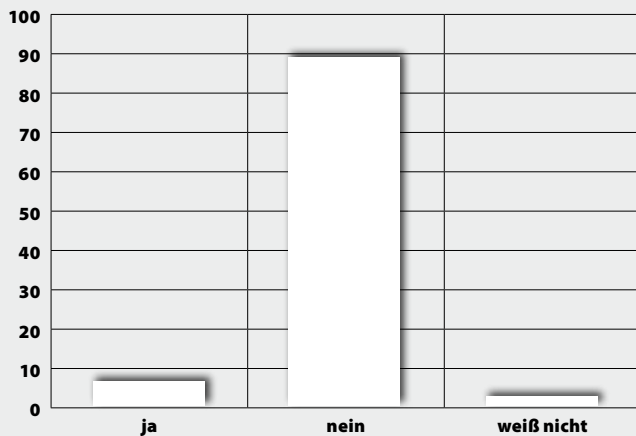
**UMFRAGE ZUR ERHEBUNG PERSONENBEZOGENER DATEN**

Im Auftrag des ver.di-Bundesvorstands (Ressort 4, Innovations- und Technologiepolitik) hat die BTQ Niedersachsen Anfang 2007 eine Befragung zum Beschäftigten-Datenschutz durchgeführt.

Es wurden 5408 Fragebogen per Post an Interessenvertretungen und Datenschutzbeauftragte verschickt. Zudem wurde den 2526 Abonnenten des ver.di-innotec-Newsletter der Fragebogen zur Verfügung gestellt. 618 Fragebögen wurden zurückgeschickt, was für diese Befragungsmethode eine gute Rücklaufquote von 7,8 % bedeutet.

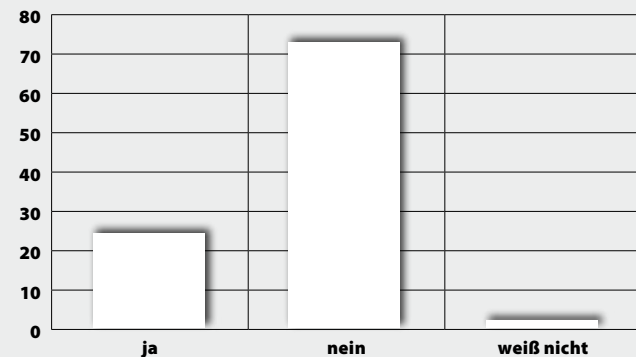
Schwerpunkt der Befragung war die Erhebung personenbezogener Daten in der Bewerbungs- und Einstellungsphase, ergänzt durch Fragen zum Technikeinsatz und zum Datenschutz. Die Ergebnisse der Befragung können als PDF-Datei heruntergeladen werden (► [www.btq.de](http://www.btq.de) → *Aktuelles*).

**1. Gibt es in Ihrem Unternehmen eine Betriebsvereinbarung zur Erhebung von Bewerberdaten?**



Der Anteil der Unternehmen ohne eine Betriebsvereinbarung zur Erhebung von Bewerberdaten ist sehr hoch. In diesen Fällen besteht immer Anlass für die Befürchtung, dass im Rahmen der Einstellungsverfahren stark in die Persönlichkeitsrechte der Bewerber eingegriffen wird.

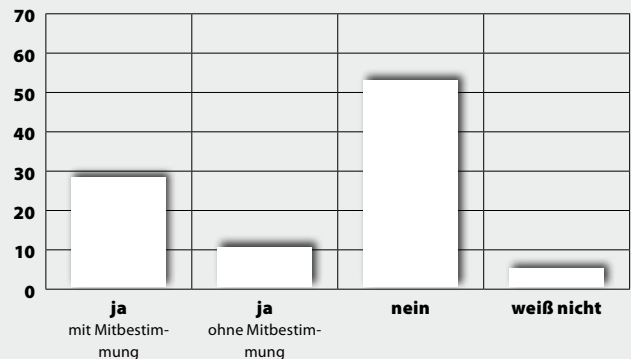
**2. Gibt es in Ihrem Unternehmen eine Betriebsvereinbarung zur Erhebung von Beschäftigendaten?**



Bei der Erhebung von Beschäftigendaten verhält es sich nicht so viel anders, als bei der Erhebung von Bewerberdaten. Nur etwa

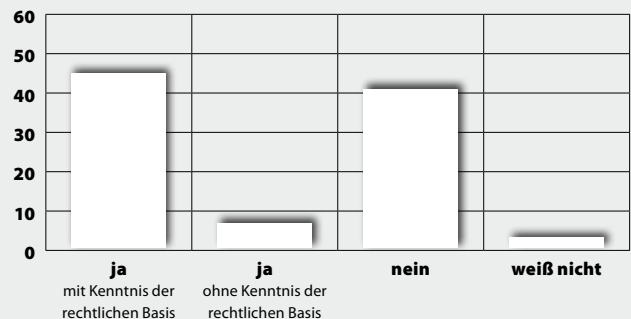
ein Viertel der an der Befragung teilnehmenden Unternehmen hat eine Betriebsvereinbarung zur Erhebung von Beschäftigten-daten abgeschlossen.

**3. Wird bei der Einstellung von Mitarbeitern in Ihrem Unternehmen ein Fragebogen eingesetzt?**



Über die Hälfte der Befragten gab an, dass bei Einstellungen kein Fragebogen eingesetzt wird. Ob das tatsächlich immer so ist, kann aber bezweifelt werden, wenn man bedenkt, dass ein mitbestimmungspflichtiger Personalfragebogen nicht nur der klassische Bogen ist, den der Bewerber oder der Beschäftigte ausfüllt, sondern auch jede Art von Checklisten (z.B. auf dem Bildschirm auszufüllen). Und immerhin rund 10 % setzen einen Fragebogen ein ohne jede Mitbestimmung, was bedeutet, dass hier unzulässige Datenerhebung stattfindet.

**4. Werden die Bewerber vor Abschluss des Arbeitsvertrags einer ärztlichen Untersuchung unterzogen?**



Gut die Hälfte der an der Befragung teilnehmenden Unternehmen lässt ihre Bewerber vor Abschluss des Arbeitsvertrags ärztlich untersuchen. Immerhin 7,6 % tun dies aber ohne die Bewerber über die rechtliche Basis dieser Untersuchungen zu informieren. Und das, obwohl es für ärztliche Untersuchungen an Bewerbern vor Abschluss des Arbeitsvertrags – abgesehen vom JArbSchG und wenigen Regelungen in Tarifverträgen – keine gesetzlichen Vorgaben gibt.

Deshalb muss vermutet werden, dass ein großer Teil der Unternehmen diese ärztlichen Untersuchungen ohne gesetzliche Basis durchführt. In jedem Fall bedarf die Erhebung und Verarbeitung von Gesundheitsdaten nach § 28 Abs. 6 BDSG der Einwilligung des Betroffenen.

## 5. Weitere Einzelfragen

Familienstand	<b>61,0%</b>
Anzahl der Kinder	<b>54,0%</b>
Ableistung von Wehr-/Ersatzdienst	<b>31,0%</b>
Vorstrafen	<b>21,0%</b>
Lohn-/Gehaltspfändungen	<b>10,0%</b>
Schwangerschaft	<b>3,0%</b>
Parteizugehörigkeit	<b>0,3%</b>

Das Stellen all dieser Fragen ist Bewerbern gegenüber, von wenigen speziellen Ausnahmen abgesehen, stets unzulässig. Auch Tests greifen in der Regel stark in die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen ein und bedürfen daher der Zustimmung des Bewerbers. Vor dem Hintergrund hoher Arbeitslosigkeit würden allerdings viele Bewerber jeden Test mitmachen, um einen Arbeitsplatz zu erhalten. Folgende Tests wurden in den befragten Unternehmen durchgeführt:

Assessmentcenter	<b>11,0%</b>
Psychologische Tests	<b>7,0%</b>
Drogentests	<b>1,0%</b>
Alkoholtest	<b>1,0%</b>

Genests werden laut Befragung (noch) nicht durchgeführt.

ber zu wachen, dass jede Benachteiligung von Personen unterbleibt, insbesondere aus folgenden Gründen:

- Rasse oder ethnische Herkunft,
- Abstammung oder sonstige Herkunft,
- Nationalität,
- Religion oder Weltanschauung,

- Behinderung,
- Alter,
- politische/gewerkschaftliche Betätigung oder Einstellung,
- Geschlecht oder sexuelle Identität.

Daten, die sich auf diese Punkte beziehen, werden vom Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) in § 3 Abs. 9 BDSG als „beson-

dere“ Arten personenbezogener Daten bezeichnet.

## Schutz für Daten der „besonderen Art“

Wenn nun Daten dieser „besonderen Art“ (hier „sensitive Daten“ genannt) erhoben und verarbeitet werden sollen und wenn dafür – weil es eine andere Rechtsgrundlage nicht gibt – die Einwilligung des Bewerbers/Arbeitnehmers erforderlich ist, dann muss sich diese Einwilligung ausdrücklich auf diese sensiblen Daten beziehen (§ 4 a Abs. 3 BDSG), sie müssen also in einem etwaigen Formular konkret benannt sein.

Vor allem aber unterliegen sensitive Daten nach § 28 Abs. 6 bis 9 BDSG strengeren Anforderungen an die Zulässigkeit ihrer Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung – und das sowohl in der Bewerbungsphase als auch im Arbeitsverhältnis selbst. Dabei ist insbesondere der § 28 Abs. 6 BDSG von Bedeutung. Er besagt, dass das Erheben, Verarbeiten und Nutzen sensibler Daten für eigene Geschäftszwecke ohne Einwilligung des Betroffenen nur dann zulässig ist, ...

- wenn dies zum Schutz lebenswichtiger Interessen des Betroffenen oder eines Dritten erforderlich ist, *und* wenn der Betroffene aus physischen oder rechtlichen Gründen außerstande ist, selbst seine Einwilligung



## FRISCH GELESEN

**Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)** hat im Vorfeld für eine Menge Unruhe und Befürchtungen gesorgt, die sich so ziemlich allesamt nicht bewahrheitet haben. Nun könnte die Jammerei von Neuem losgehen, denn die EU-Kommission mahnt an, was Kritiker schon vor Verabschiedung des AGG dem deutschen Gesetzgeber ins Poesiealbum geschrieben hatten: Das Gesetz ist in seiner jetzigen Fassung teilweise zu lasch und verstößt damit gegen EU-Recht. Was bemängelt wird und von Berlin nachgebessert werden muss, kann in der Fachzeitschrift „Arbeitsrecht im Betrieb“ (AiB 4/08) nachgelesen werden.

**Beruf oder Familie?** Diese Frage stellen sich viele (und durchaus nicht nur weibliche) Beschäftigte. Die Antwort muss lauten: Beruf und Familie! Das jedenfalls ist die zentrale Aussage des Schwerpunktthemas in der Aprilausgabe der Fachzeitschrift „guteArbeit“. Und in der Tat ist es für Betriebs- und Personalräte von großer Wichtigkeit, sich mit diesem Thema ernsthaft zu befassen, denn für einen großen Teil der Beschäftigten stimmt die Balance zwischen Arbeit und Familie ganz und gar nicht. Unter anderem berichtet die „guteArbeit“ über Möglichkeiten einer „familienbewussten Personalpolitik“ und es wird untersucht, wie das Thema „Beruf und Familie“ in Betriebsvereinbarungen behandelt wird.

**Gewerkschaftlicher Rechtsschutz und Prozessvertretung** sind ein gewichtiges Argument für die Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft. Zum 1. Juli 2008 soll nun ein neues Rechtsdienstleistungsgesetz inkraft treten, das nicht nur die Möglichkeiten der Rechtsberatung durch karitative Einrichtungen verändern wird, sondern auch die der DGB-Rechtsstellen. Näheres ist zu finden in der Fachzeitschrift „Soziale Sicherheit“, Ausgabe 3/08.

## Bestellhinweis

**Einzelexemplare** der hier genannten Zeitschriften können bestellt werden bei: BDK Bücherdienst, PF 90 01 20, 51119 Köln, fon 02203 1002-453, bundverlag@b-d-k.de

zu geben (was etwa im Rahmen von Unfallbehandlungen zutreffen könnte);

■ wenn es sich um Daten handelt, die der Betroffene selbst bereits offenkundig bekannt gemacht hat (z.B. wenn sie bereits auf einer persönlichen Website stehen);

■ wenn die Datennutzung erforderlich ist, um rechtliche Ansprüche (z.B. im Rahmen eines Arbeitsvertrags) geltend zu machen, sie auszuüben oder zu verteidigen – das gilt allerdings nur dann, wenn es keinen Grund gibt anzunehmen, dass das Interesse des Betroffenen an einer Nichtverwendung seiner Daten schwerer wiegt als die mit ihrer Nutzung verbundenen Interessen;

■ wenn die Datennutzung zur Durchführung wissenschaftlicher Forschung erforderlich und auch alternativlos ist.

Für unser Thema – die Datenverarbeitung im Rahmen eines Bewerbungs- und Einstellungsverfahrens – kommt lediglich die Nummer 3 der genannten vier Alternativen zum Tragen. Demnach soll eine Verarbeitung sensibler Daten (ohne ausdrückliche Einwilligung des Betroffenen) nur dann zulässig sein, wenn dies für die Wahrnehmung eines „rechtlichen Anspruchs“ erforderlich ist. Ein solcher Anspruch kann sich herleiten aus einem Gesetz, einer Gerichtsentscheidung oder einem (Arbeits-)Vertrag.

Und damit stellt sich die Frage, ob im Bereich der Gesundheitsdaten das bislang von der Rechtsprechung als zulässig angesehene Fragen des Arbeitgebers nach Erkrankungen und Schwerbehinderung wirklich zulässig sein kann.

Soweit diese Fragen in einem bestehenden Arbeitsverhältnis gestellt werden, ist das wohl auch so.<sup>8</sup> Vor Abschluss des Arbeitsvertrags stellt sich aber die Frage, welche rechtlichen (!) Ansprüche ein Arbeitgeber durch die Kenntnis von Erkrankungen oder Schwerbehinderungen erfüllen will.<sup>9</sup>

Um arbeitsvertragliche Ansprüche kann es sich dabei jedenfalls nicht handeln, da zu diesem Zeitpunkt ja noch gar kein Arbeitsvertrag besteht. Es könnte sich also höchstens um Ansprüche handeln, die erst in einem eventuellen *späteren* Arbeitsverhältnis entstehen. Und meist wird auch davon ausgegangen, dass die Erlaubnis des § 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG nicht nur im Rahmen bestehender Arbeitsverhältnisse gilt, sondern sich ebenfalls darauf erstreckt, Infor-

mationen zu erheben, die benötigt werden, um das mögliche Entstehen zukünftiger Ansprüche auszuloten.<sup>10</sup>

Tatsächlich verhält es sich jedoch so, dass die Erlaubnis des § 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG im Bewerbungs- und Einstellungsverfahren *nicht* gilt! Und das heißt, dass der Arbeitgeber sensitive Daten vor Abschluss des Arbeitsvertrags nur mit Einwilligung des Betroffenen erheben kann.<sup>11</sup>

Dass die Mehrzahl der sensitiven Daten nur ausnahmsweise als Grundlage einer Personalentscheidung erhoben, verarbeitet oder genutzt werden darf, ergibt sich auch aus den Diskriminierungsverboten des seit August 2006 geltenden Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG). Laut § 1 AGG ist es verboten, Menschen aufgrund ihrer Rasse oder ethnischen Herkunft, ihrer Religion oder Weltanschauung, ihres Alters, ihres Geschlechts, einer Behinderung oder der sexuellen Identität ungleich zu behandeln oder zu benachteiligen.

## Autor

**Bruno Schierbaum** ist Technologie- und Datenschutzberater bei der BTQ Niedersachsen, Donnerschweerstraße 84, 26123 Oldenburg, fon 0441 82068, schierbaum@btq.de, www.btg.de

## Lexikon

**informationelle Selbstbestimmung** ► durch Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (im „Volkszählungsurteil“ von 1983) formuliertes Grundrecht jedes Menschen, über Verbleib und Nutzung der über ihn gespeicherten Daten prinzipiell selbst bestimmen zu können

## Fußnoten

- 1 Vergl. Thüsing/Lambrich: Das Fragerecht des Arbeitgebers; in: Betriebs-Berater 22/02, Seite 1150
- 2 Vergl. Gola/Schomerus: Bundesdatenschutzgesetz, Beck-Verlag 2007, § 4a Rand-Nr. 15.
- 3 Vergl. Gola/Wronka: Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, Datakontext 2008, Seite 79; Thüsing/Lambrich, Seite 1150; Däubler/Kittner/Klebe/Wedde/Weichert: Bundesdatenschutzgesetz, Bund-Verlag 2007, § 4a Rand-Nr. 29 f.
- 4 Vergl. Gola/Wronka, Seite 79
- 5 Vergl. Fitting/Engels/Schmidt/Trebinge/Linsenmaier: Betriebsverfassungsgesetz, Vahlen Verlag 2008, § 94 Rand-Nr. 12; Däubler/Kittner/Klebe: Betriebsverfassungsgesetz, Bund-Verlag 2008, § 94 Rand-Nr. 27
- 6 Vergl. Gola/Wronka, Seite 144
- 7 Vergl. BAG vom 7.6.1984 – 2 AZR 270/83
- 8 Gola/Wronka, Seite 138
- 9 Gola/Wronka, Seite 138
- 10 Gola/Wronka, Seite 96
- 11 anderer Auffassung sind: Gola/Wronka, Seite 137; Franzen: Die Zulässigkeit der Erhebung und Speicherung von Gesundheitsdaten ..., in: Recht der Datenverarbeitung 3/07, Seite 3