

## Aufsätze

### Datenschutzrecht

Rechtsanwältin Nina Diercks

# Datenschutz im Beschäftigtenverhältnis – Teil 1

Zeit, mit den Mythen aufzuräumen und endlich das Notwendige zu tun!

## I. Einleitung

Datenschutz im Beschäftigungsverhältnis, das ist an sich nichts Neues. Schließlich ist der Beschäftigtendatenschutz bereits seit 2009 explizit geregelt und hat materiell auch mit der DSGVO keine wesentlichen Änderungen erfahren. Dazu betrifft der Datenschutz alle Arbeitgeber, gleich welcher Branche. Dennoch manifestierte sich der Eindruck, dass viele Personalabteilungen erst mit den Regelungen aus Art. 88 DSGVO in Verbindung mit § 26 BDSG, die am 25.5.2018 Geltung erlangten, dem Beschäftigtendatenschutz die notwendige Aufmerksamkeit schenken, um im unmittelbaren Anschluss nahezu in Entsetzen zu verharren.

Für die diesbezügliche Schockstarre des einen oder anderen Unternehmens gibt es zwei maßgebliche Gründe:

Ein Grund ist die massive Unsicherheit im Hinblick auf die Rechtslage. Schnell wurde zwar klar, dass Datenschutzverstöße keine Kavaliersdelikte mehr sind, sondern mit Bußgeldern von bis zu 20 Millionen EUR oder 4 % des weltweiten Jahresumsatzes bewehrt sind. Doch wann ein Datenschutzverstoß genau vorliegt, damit hatten sich die wenigsten Personalabteilungen bislang beschäftigt. Und nun hieß es etwa, man müsse Einwilligungen von Bewerbern einholen, moderne Personalauswahlverfahren wie Online-Assessments dürften nicht mehr durchgeführt werden, Beschäftigte müssten Datenschutzerklärungen unterschreiben und der Dokumentationsaufwand steige daneben ins Unermessliche.

Der zweite Grund für das Entsetzen der PersonalerInnen ist, dass eben diese Verunsicherung bezüglich der juristischen Bewertung von Personalprozessen in eine Zeit fällt, in denen das Wort „Fachkräftemangel“ keine Geschichte

am Kaminfeuer ist, sondern ein handfestes Problem für Unternehmen und die Wirtschaft darstellt und folglich potentiellen Bewerbern attraktive Rekrutierungsprozesse geboten werden müssen.<sup>1</sup> Ersichtlich war das schon mit der „Arbeitsmarktprognose 2030“ des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, die bereits im Jahr 2013 klarstellte, dass der demografische Wandel den deutschen Arbeitsmarkt vor große Herausforderungen stellt, da die Anzahl der Erwerbstätigen um bis zu 6 Millionen bis zum Jahr 2030 sinken werde.<sup>2</sup> In der Staufenbiel-Studie „Recruiting Trends 2017“ erklärten bereits 55 % der Unternehmen, sie spürten den Fachkräftemangel stark bis sehr stark.<sup>3</sup> 96 % der Unternehmen glauben, dass dieser Druck wenigstens gleich bleiben (37 %) bzw. noch weiter ansteigen wird (59 %).<sup>4</sup> Dabei geht es schon lange nicht mehr nur um IT-Spezialisten oder Ingenieure. Aktuell sind im deutschen Handwerk etwa 25.000 Stellen (davon 17.000 Ausbildungsplätze) unbesetzt. Die Situation gestaltet sich derart schwierig, dass (nicht nur) diese Branche bereits die Politik um Hilfe bittet.<sup>5</sup>

Vor diesem Hintergrund ist es Zeit, mit den Mythen zur DSGVO im Beschäftigtenverhältnis aufzuräumen, die Panik

<sup>1</sup> Sogenannte „Candidate Experience“, vgl. dazu ausführlich: Verhoeven, Candidate Experience – Ansätze für eine positiv erlebte Arbeitgebermarke im Bewerbungsprozess und darüber hinaus, 2015.

<sup>2</sup> Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Arbeitsmarktprognose 2030, 2013, [http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/a756-arbeitsmarktprognose-2030.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/a756-arbeitsmarktprognose-2030.pdf?__blob=publicationFile).

<sup>3</sup> Staufenbiel, Institut/Kienbaum, Recruiting Trends 2017, [https://www.staufenbiel.de/fileadmin/fm-dam/PDF/Studien/RecruitingTrends\\_2017.pdf](https://www.staufenbiel.de/fileadmin/fm-dam/PDF/Studien/RecruitingTrends_2017.pdf), S. 6.

<sup>4</sup> Staufenbiel, Institut/Kienbaum, a.a.O. (Fn 2), S. 6.

<sup>5</sup> Faz.net (dpa), Fachkräftemangel ist „Mega-Thema“ für Handwerk, 29.4.2019, <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/fachkraeftemangel-ist-mega-thema-fuer-handwerk-16163085.html>.

sein zu lassen, die Schockstarre zu überwinden und das Notwendige in der Personalabteilung anzugehen.

In diesem ersten Teil des zweiteiligen Beitrages wird es darum gehen, gängige Mythen auf den Boden der Tatsachen zu stellen, um sich im Anschluss im zweiten Teil mit ruhigem Blick den tatsächlich notwendigen Maßnahmen im Umgang mit den Beschäftigten zuwenden zu können.

## II. Mythen zur Einstellungsphase

Schon rund um die Einstellungsphase ranken sich zahlreiche Mythen. Diese sind zwar grundfalsch, sind aber scheinbar umso schwieriger aus der Welt zu bekommen.

### 1. Eine Einwilligung in die Verarbeitung von Bewerbungsdaten ist zwingend!

Es beginnt damit, dass es mit Geltung der DSGVO hieß, Bewerbungsdaten dürften nur noch mit der Einwilligung des Bewerbers verarbeitet werden.<sup>6</sup> Schnell reagierten die Unternehmen und fügten entweder selbst Opt-In-Kästchen am Ende der Online-Bewerbungsformulare ein oder die von Unternehmen genutzten Bewerbersysteme implementierten diese aufgrund der „neuen Anforderungen der DSGVO“.

Typische Beispiele für Einwilligungs-Abfragen in digitalen Bewerbungsprozessen:

Ich bestätige, dass die von mir gemachten Angaben der Wahrheit entsprechen und vollständig sind.  
Ich akzeptiere weiterhin die elektronische Speicherung meiner Daten gemäß der Datenschutzerklärung: [Datenschutzerklärung](#).

Einverständniserklärung:    
 akzeptiert

<https://bewerbung.badambiente.de/dbv3/web/StartApply.do>

Ich akzeptiere die **Datenschutzerklärung** und stimme der elektronischen Verarbeitung und Speicherung meiner Daten und Unterlagen zum Zweck der Bearbeitung meiner Bewerbung zu. \*

<sup>6</sup> So etwa: Dechent, Datenschutz bei Bewerbungen/2 Online-Bewerbungen – Einwilligung und Aufklärung, Haufe Personal Office Platin, [https://www.haufe.de/personal/haufe-personal-office-platin/datenschutz-bei-bewerbungen-2-online-bewerbungen-einwilligung-und-aufklaerung\\_idesk\\_PI42323\\_HI3727036.html](https://www.haufe.de/personal/haufe-personal-office-platin/datenschutz-bei-bewerbungen-2-online-bewerbungen-einwilligung-und-aufklaerung_idesk_PI42323_HI3727036.html).

<https://www.optovision.com/nc/unternehmen/jobs-karriere/bewerbung.html?application%5Bjob%5D=164>

Unternehmen, die noch schriftliche Bewerbungen erhalten, hinterfragen, wie sie denn bloß die Einwilligung einholen sollten und ob sie denn nun jedem Bewerber ein Einwilligungsformular übersenden müssten.

Die Antwort lautet: Grundsätzlich müssen – wie bislang auch – weder digital noch analog Einwilligungen zur Verarbeitung von Bewerberdaten eingeholt werden.

Wie schon nach § 32 BDSG-alt dürfen auch nach § 26 BDSG<sup>7</sup> „personenbezogene Daten von Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses verarbeitet werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses ... erforderlich ist.“ Bewerber fallen gemäß § 26 Abs. 8 S. 2 BDSG unter den Beschäftigtenbegriff. Somit existiert natürlich auch unter der DSGVO eine Rechtsgrundlage zur Verarbeitung von Bewerberdaten.

Hieran gibt es auch nichts zu deuten. Ausdrückliches Ziel des Gesetzgebers war es, die Rechtslage nach § 32 BDSG-alt fortzuführen und so wurde § 32 BDSG-alt mit leichten sprachlichen Korrekturen und punktuellen Ergänzungen in die neue Vorschrift übernommen.<sup>8</sup>

Richtig ist zwar, dass in § 26 Abs. 2 BDSG nunmehr eine Norm zur Einwilligung im Beschäftigungsverhältnis existiert. Mit dieser wird jedoch nur klargestellt, dass unter den dort normierten Umständen neben der gesetzlichen Erlaubnisnorm auch die Einwilligung eines Beschäftigten eine Erlaubnisgrundlage darstellen kann. Dies war zuvor stark umstritten. Die wohl herrschende Meinung in der Literatur ging davon aus, dass es im Beschäftigtenverhältnis aufgrund des Unter- und Überordnungsverhältnisses von Arbeitgeber und Arbeitnehmer per se am Freiwilligkeitskriterium mangle.<sup>9</sup> Mit § 26 Abs. 2 BDSG wurde diesem Grundsatz – zu Recht<sup>10</sup> – eine Absage erteilt.

Und richtig ist weiter auch, dass der Bewerber gemäß Art. 12, 13 über die Datenverarbeitung informiert werden muss. Dies bedeutet aber eben nur, dass der Bewerber

<sup>7</sup> Via Art. 6 Abs. 1 b), Art. 88 DSGVO.

<sup>8</sup> BeckOK-DatenschutzR/Riesenhuber, 27. Ed. 1.11.2018, BDSG § 26 Rn 5 m. w.N.

<sup>9</sup> BeckOK-DatenschutzR/Kühling, 23. Ed. 1.2.2018, BDSG § 4a a.F. Rn 65 m.z. w.N.; Simitis/Spiros, BDSG, 7. Aufl. 2011, § 4a a.F., Rn 62.

<sup>10</sup> So auch: LfDi Baden-Württemberg, Ratgeber Beschäftigtendatenschutz, 2. Aufl., März 2019, S. 19; Gola/Heckmann/Gola, 13. Aufl. 2019, BDSG § 26 Rn 131.

Informationen zur Datenverarbeitung<sup>11</sup> (IDV) erhalten können muss, und nicht etwa, dass er zu diesen IDV „einwilligen“ oder sein „Einverständnis erklären“ müsste. Es handelt sich ausschließlich um eine Informationspflicht des Verantwortlichen, also des einstellenden Unternehmens. Und dieser Informationspflicht kommt das Unternehmen nach, wenn es eben diese Informationen in einem Abschnitt der IDV, etwa auf der Karrierewebseite vorhält und in der Stellenanzeige oder im Bewerberformular auf eben diese hinweist.<sup>12</sup>

Kurz: Weder die in § 26 Abs. 2 BDSG genannte Möglichkeit der Einwilligung noch die Informationspflichten aus Art. 12, 13 DSGVO führen zu einem Erfordernis der Einwilligung bei Bewerberdaten. Die Verarbeitung von Bewerberdaten erfolgt schlicht auf Grundlage von § 26 Abs. 1 BDSG.

Etwas anderes gilt nur dann, wenn Daten (weiter) verarbeitet werden sollen, die nicht erforderlich im Sinne des § 26 Abs. 1 BDSG sind. So zum Beispiel ist es nicht erforderlich, Daten eines Bewerbers über den Stellenbesetzungsprozess hinaus längerfristig zum Aufbau eines Talentpools aufzubewahren. Hierzu bedarf es der Einwilligung des Bewerbers.<sup>13</sup>

## 2. Sourcing ist unter der DSGVO nicht mehr möglich!

Unternehmen, die Bedarf an neuen Mitarbeitern in fachlichen und/oder lokalen Engpassmärkten haben, stehen allerdings vor noch anderen Problemen als den Fragen nach dem richtigen Umgang mit klassischen Bewerberdaten. Denn sie bekommen schlicht keine Bewerbungen mehr und müssen selbst aktiv rekrutieren oder durch Dienstleister rekrutieren lassen. „Sourcing“ wird diese aktive Suche nach potentiellen Kandidaten genannt. Hierbei werden in Business-Netzwerken, Fachforen oder sonstigen Social-Media-Plattformen und/oder mittels Suchmaschinen wie Google potentielle Kandidaten identifiziert, Vorauswahllisten angelegt und Kandidaten angesprochen, in der Hoffnung, deren Interesse für ein weiteres Kennenlernen zu erwecken.

Nun ist ein solcher potentieller Kandidat kein Bewerber im Sinne von § 26 BDSG. Schließlich besteht noch kein

„vertragsähnliches Vertrauensverhältnis“ zwischen dem Kandidaten und dem verantwortlichen Unternehmen.<sup>14</sup> Der Kandidat weiß schließlich noch nicht einmal, dass sich ein Unternehmen für ihn interessiert, solange er nicht angesprochen wird.

### a) Rechtsgrundlagen für das Sondieren von Kandidaten und das Anlegen von Vorauswahllisten

Unter dem BDSG-alt war das Sourcing, also das Sondieren von potentiellen Kandidaten und die Anlage der ersten Vorauswahllisten, nach herrschender Meinung auf § 28 Abs. 1 Nr. 3 BDSG-alt zu stützen.<sup>15</sup> Demnach war es erlaubt, zu eigenen Geschäftszwecken allgemein zugängliche Daten zu verarbeiten und zu nutzen, wenn nicht schutzwürdiges Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung gegenüber dem berechtigten Interesse der verantwortlichen Stelle offensichtlich überwog.

Weder die DSGVO noch das BDSG kennen eine entsprechende Norm – dies mag der Grund dafür gewesen sein, dass es zuweilen hieß, ein Sourcing sei nun nicht mehr rechtskonform möglich.<sup>16</sup>

Doch die DSGVO enthält die Erlaubnisnorm des Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO, wonach die Datenverarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen (oder eines Dritten) zulässig ist, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen. Es handelt sich um eine Abwägungsklausel, mit der die Interessen von Unternehmen sowie Betroffenen in einen vernünftigen Ausgleich gebracht werden sollen.<sup>17</sup>

Das berechtigte Interesse der Unternehmen ist in diesem Fall in der Personalgewinnung zu sehen. Schließlich zählen zu den „berechtigten Interessen“ nicht nur rechtliche, sondern auch tatsächliche, wirtschaftliche oder ideelle Interessen.<sup>18</sup>

<sup>11</sup> Besser bekannt als „Datenschutzerklärung“, dem Begriff aus § 13 TMG.

<sup>12</sup> Ein solcher Medienbruch bzw. „Layered Approach“ wird von der Art. 29 Data Protection Working Party, WP 260, 11.4.2018 S. 19 f. nicht nur als erlaubt angesehen, sondern ausdrücklich empfohlen, um eine „information fatigue“ zu vermeiden. Dem ursprünglich gegen den Medienbruch angeführten Argument, es sei nicht mit der Anforderung des „leichten Zugangs“ aus Art. 12 zu vereinigen, ist damit eine klare Absage erteilt.

<sup>13</sup> Siehe dazu: Datenschutz im Beschäftigtenverhältnis – Teil 2, erscheint mit der Ausgabe 4/2019.

<sup>14</sup> BeckOK-DatenschutzR/Schild, 23. Ed. 1.2.2018, BDSG § 3 a.F. Rn 170.

<sup>15</sup> Göpfert/Dußmann, 2016, 41, 43; Bissels/Ziegelmayer/Kiehn, BB 2013, 2869, 2870; Diercks, Diercks Digital Recht, 23.4.2013, <https://diercks-digital-recht.de/2013/04/active-sourcing-talent-relationship-management-trm-rechtlich-betrachtet-part-i/>; Kania/Sansone, NZA 2010, 429.

<sup>16</sup> Eine originäre Quelle, die besagt, dass Sourcing unter der DSGVO verboten sei, kann die Verfasserin leider nicht nennen. Die Verfasserin berät allerdings zahlreiche Mandanten im Personalwesen, die mit eben jener Fragestellung auf sie zukamen und stets betonten, sie hätten gehört, dass Sourcing nun nicht mehr möglich sei.

<sup>17</sup> Vgl. BeckOK-DatenschutzR/Albers/Veit, 27. Ed. 1.5.2018, DSGVO Art. 6 Rn 45.

<sup>18</sup> Kühling/Buchner/Buchner/Petri, 2. Aufl. 2018, DSGVO Art. 6 Rn 146.

Die DSGVO bietet weiter mit Erwägungsgrund 47 sogleich Anhaltspunkte für die Abwägungskriterien. Zu berücksichtigen sind demnach insbesondere die vernünftige Erwartungshaltung der betroffenen Person (reasonable expectations) bzw. die Absehbarkeit (Branchenüblichkeit) der Verarbeitung sowie ihre Beziehung zu dem Verantwortlichen.<sup>19</sup>

Personen stellen berufsbezogene Informationen wie etwa Qualifikationen und Fachbeiträge an verschiedensten Stellen im Internet wie in Blogs, Fachforen und sozialen Netzwerken ein, um ihre Expertise sichtbar zu machen. Dabei besteht natürlich das Bewusstsein, dass damit und dadurch interessierte Personaler und Headhunter auf sie aufmerksam werden könn(t)en. Und zwar vollkommen unabhängig davon, ob ein soziales Netzwerk vermeintlich freizeit- oder berufsorientiert ist.<sup>20</sup> In Zeiten des absoluten Fachkräftemangel ist eine solche Aufmerksamkeit und die daraus folgende mögliche Verarbeitung für einen durchschnittlichen Betroffenen also ebenso vernünftig erwartbar wie auch absehbar.

Eine Beziehung zwischen dem Verantwortlichen und dem Betroffenen besteht allerdings sinnlogisch im Moment des Sourcing noch nicht. Dennoch folgt daraus allein kein überwiegendes, entgegenstehendes Interesse des Betroffenen. Schließlich hat dieser – wie gerade ausgeführt – berufsbezogene Daten gerade ins Internet gestellt, damit seine Expertise sichtbar wird.

Hinzu kommt, dass die DSGVO im Hinblick auf Kategorien von besonderen personenbezogenen Daten mit Art. 9 Abs. 2 e) DSGVO den Grundsatz kennt, dass vom Betroffenen offensichtlich öffentlich gemachte Daten verarbeitet werden dürfen. Denn ein Betroffener, der seine Daten ausdrücklich der Öffentlichkeit bereitstellt, verzichtet auf den spezifischen Schutz und die hierdurch zugesicherte enge Zweckbindung.<sup>21</sup> Wenn dies nach Art. 9 Abs. 2 e) DSGVO schon für Kategorien besonderer Daten (wie Gesundheitsdaten, Daten zur sexuellen Orientierung etc.) gilt, dann muss dies im Rahmen der Abwägung nach Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO erst recht für vom Betroffenen selbst offensichtlich öffentlich gemachten Daten aus einem berufsbezogenen Kontext gelten.

Folglich kann unter der DSGVO die Verarbeitung von Daten von potentiellen Kandidaten im Rahmen des

Sourcing auf Grundlage von Art. 6 Abs. 1 f) i.V.m. Art. 9 Abs. 2 e) DSGVO erfolgen.

Die Voraussetzungen für ein rechtskonformes Sourcing sind also:

- ein berechtigtes Interesse in Form eines Personalgewinnungsinteresses auf Seiten des Unternehmens bzw. Personalberaters,
- kein entgegenstehendes, überwiegendes Interesse auf Seiten des Kandidaten,
- durch den Kandidaten selbst offensichtlich öffentlich gemachte Daten.

Die Frage, in welchem Fall Daten „öffentlich“ sind, beantwortet die DSGVO nicht explizit. Zu Recht wird aber davon ausgegangen, dass nicht nur Daten, die frei im Internet per Suchmaschinen auffindbar sind, öffentlich sind, sondern auch solche Daten, die in sozialen Netzwerken nicht durch besondere Privatsphäre-Einstellungen geschützt sind und die vom Betroffenen selbst (d.h. mittels seines Profils) eingestellt wurden.<sup>22</sup>

#### **b) Rechtsgrundlagen für die Ansprache von Kandidaten**

Doch das Sondieren von Kandidaten und die Anlage von Vorauswahllisten allein führt nicht zu einem unterschriebenen Arbeitsvertrag. Hierzu muss der Kandidat von dem Interesse des Arbeitgebers zunächst einmal in Kenntnis gesetzt, ergo angesprochen werden, um sodann den weiteren – ab hier: „klassischen“ – Bewerbungsprozess durchlaufen zu können.

Die Ansprache ist kein Problem der DSGVO. Schließlich dürfen Unternehmen – wie hier soeben ausgeführt – personenbezogene Daten von potentiellen Kandidaten nach Art. 6 Abs. 1 f) i.V.m. Art. 9 Abs. 2 e) verarbeiten. Und der weite Verarbeitungsbegriff nach Art. 4 Abs. 2 DSGVO umfasst auch das Verwenden der Daten. Verwenden meint letztlich alle Arten des zweckgerichteten Gebrauches oder der internen Nutzung von Daten.<sup>23</sup> Die Nutzung einer E-Mail-Adresse oder einer Direct-Messaging-Funktion in einem sozialen Netzwerk zu Zwecken der Kontaktaufnahme ist der zweckgerichtete Gebrauch eines solchen Datums.

<sup>19</sup> BeckOK-DatenschutzR/Albers/Veit, 27. Ed. 1.5.2018, DSGVO Art. 6 Rn 53.

<sup>20</sup> Diese beabsichtigte Unterscheidung aus dem BDSG-E aus dem Jahr 2010 hat sich aus gutem Grund nicht durchgesetzt und ist irrelevant. So im Ergebnis auch: Bissels/Ziegelmayr/Kiehn, BB 2013, 2869, 2870.

<sup>21</sup> Kühling/Buchner/Weichert, 2. Aufl. 2018, DS-GVO Art. 9 Rn 77.

<sup>22</sup> So im Ergebnis auch: Ehmann/Selmayr/Schiff, 2. Aufl. 2018, DSGVO Art. 9 Rn 45; Gola/Schulz, DS-GVO, Art. 9 Rn 24; Kühling/Buchner/Weichert, 2. Aufl. 2018, DSGVO Art. 9 Rn 79.

<sup>23</sup> Paal/Pauly/Ernst, 2. Aufl. 2018, DS-GVO Art. 4 Rn 29.

Neben der DSGVO ist bei der Direktansprache von Kandidaten jedoch auch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), hier konkret § 7 UWG zu beachten.<sup>24</sup>

Daneben muss ein Unternehmen selbstverständlich auch im Fall des Sourcing seinen Informations- und Dokumentationspflichten nachkommen.<sup>25</sup>

### 3. Moderne Personalauswahlverfahren sind nur nützlich, aber nicht erforderlich und können deswegen unter der DSGVO nicht mehr eingesetzt werden!

Hat ein Unternehmen potentielle Arbeitnehmer identifiziert – gleich, ob im Rahmen des Sourcing oder des klassischen Bewerbungsverfahrens –, so geht es im weiteren Bewerbungsprozess darum, die Eignung der Kandidaten zu prüfen. An dieser Stelle hält sich aber ein weiterer Mythos hartnäckig. Nämlich der, dass moderne Personalauswahlverfahren wie Video-Interviews, Online-Assessments oder Kulturmatcher<sup>26</sup> unzulässig seien, da solche als „nützlich, aber nicht erforderlich“ einzuordnen seien.

Dieser Mythos hat zwar an sich nichts mit der DSGVO zu tun, wächst jedoch wie ein Scheinriese mit eben jener, da nun vermeintlich die drakonischen Bußgelder aus Art. 83 DSGVO bei dem (angeblich unzulässigen) Einsatz von modernen Personalauswahlverfahren drohen.

Dieser von der DSGVO beflügelte Mythos der Unzulässigkeit moderner Personalauswahlverfahren speist sich letztlich aus zwei Quellen. Zum einen ist in der aktuellen datenschutz- wie arbeitsrechtlichen Literatur immer noch das Abwägungskriterium der eben schon angesprochenen „reinen Nützlichkeits“ zu finden, welches auf die schlicht rechtshistorische Norm des § 28 BDSG (a.F. 2001) zurückgeht. Zum anderen meinen offensichtlich einige dieser Kommentatoren, dass die persönliche Erfahrung in Sachen Personalauswahl die umfängliche eignungsdiagnostische

Wissenschaft bei der rechtlichen Beurteilung hinreichend ersetze.

All dies führt dazu, dass Unternehmen, die angesichts der Personalsituation dringend gerne moderne Auswahlverfahren einsetzen würden, dies aus der Befürchtung heraus, datenschutzrechtlichen Sanktionen ausgesetzt zu sein, unterlassen.

Nachfolgend wird nun aber der Reihe nach erläutert, warum diese Befürchtungen im Jahr 2019 unbegründet sind.

#### a) Die Zulässigkeit von Personalauswahlverfahren nach § 26 BDSG

Dem Grund nach ist die Sach- und Rechtslage im Hinblick auf die Zulässigkeit von Personalauswahlverfahren einfach. Personenbezogene Daten von Beschäftigten können nach § 26 BDSG (wie bisher unter § 32 BDSG-alt) verarbeitet werden, wenn dies zur Begründung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist.

Dabei geht das Bundesarbeitsgericht bereits seit 2004 in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei der Verarbeitung von Beschäftigtendaten den hier entscheidenden Prüfungsmaßstab stellt.<sup>27</sup> Im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung im Rahmen von § 26 BDSG ist damit sachorientiert zu fragen, ob die Datenverarbeitung einen legitimen Zweck verfolgt, der nicht mit einem gleich geeigneten, aber milderem Mittel erreicht werden kann, und ob diese verhältnismäßig im engeren Sinne ist.<sup>28</sup>

aa) Gründe für den Mythos der Unzulässigkeit – Bewertung des geeigneten Mittels ohne Sachkenntnisse  
Eine Bewertung von Personalauswahlverfahren ohne Kenntnisse der Eignungsdiagnostik muss damit fehlgehen. Denn auch im juristischen Sinne kann eine Geeignetheit eines Mittels ohne jegliches Verständnis der Sachmaterie nicht bestimmt werden.

<sup>24</sup> Die Ausführungen würden an dieser Stelle jedoch zu weit führen, siehe deswegen dazu ausführlich: Diercks, Diercks Digital Recht, Artikel vom 29.4.2013, <https://diercks-digital-recht.de/2013/04/active-sourcing-talent-relationship-management-rechtlich-betrachtet-part-ii/>.

<sup>25</sup> Siehe dazu unter: Diercks, Diercks Digital Recht, Artikel vom 21.6.2017, <https://diercks-digital-recht.de/2017/06/active-sourcing-und-talent-relationship-management-trm-unter-der-datenschutzgrundverordnung-i-teil-9-zur-eu-dsgvo/>.

<sup>26</sup> Ein Kulturmatcher ist ein Testverfahren, das unternehmenskulturelle Merkmale messen und quantifizieren kann; es handelt sich hierbei um ein wissenschaftlich entwickeltes und valides Test- und Messverfahren, L. J. Adler/K. Kupka/J. Diercks, Kulturmatcher: Wie ein Test die Passung von Kandidaten und Unternehmen messen kann, Wirtschaftspsychologie aktuell, 1/2019, 38.

<sup>27</sup> BAG, Urt. v. 29.6.2004 – 1 ABR 21/03, <http://tlmd.in/u/416>; BAG Urt. v. 27.7.2017, 2 AZR 681/16, mzwN, [http://juris.bundesarbeitsgericht.de/zweitesformat/bag/2017/2017-09-29/2\\_AZR\\_681-16.pdf](http://juris.bundesarbeitsgericht.de/zweitesformat/bag/2017/2017-09-29/2_AZR_681-16.pdf).

<sup>28</sup> BAG, Urt. v. 23.8.2018 – 12 AZR 133/18 m.w.N. im Hinblick auf § 32 BDSG-alt, [https://juris.bundesarbeitsgericht.de/zweitesformat/bag/2018/2018-10-10/2\\_AZR\\_133-18.pdf](https://juris.bundesarbeitsgericht.de/zweitesformat/bag/2018/2018-10-10/2_AZR_133-18.pdf).



Nach den wissenschaftlich gesicherten Erkenntnissen der Eignungsdiagnostik weisen allgemeine Intelligenztests den höchsten Validitätskoeffizienten hinsichtlich der Eignung eines Bewerbers auf, während Lebensläufe und Zeugnisse den geringsten Validitätskoeffizienten erkennen lassen.<sup>29</sup> Dies ist unter Eignungsdiagnostikern ebenso wenig umstritten wie die Tatsache, dass bei einem multimodalen Ansatz, also der Anwendung mehrerer sich ergänzender Auswahlverfahren, die prognostische Sicherheit stets steigt.<sup>30</sup> Dabei ist die Eignungsdiagnostik keine Glaubens- oder esoterische Pseudowissenschaft, sondern ein Teilbereich der Psychologie und damit eine empirische Wissenschaft, die ihre Nachweise anhand von mathematischen Modellen erarbeitet und erbringt. Damit stellt die Eignungsdiagnostik wissenschaftlich fundierte Prinzipien, Methoden und Messinstrumente für die diagnostischen Aufgaben im Personalwesen, insbesondere für die Personalauswahl, bereit.<sup>31</sup>

Das hindert jedoch KollegInnen nicht daran, etwa kognitive Leistungstests („Intelligenztests“) wegen „eines übermäßigen Eingriffs in die Persönlichkeitssphäre des Arbeitnehmers“ für generell unzulässig zu erklären<sup>32</sup> oder die Behauptung aufzustellen, die „Gesamtheit dieser Daten [fachliche und persönliche Qualifikationen] ist üblicherweise in einem Lebenslauf enthalten und durch Zeugnisse belegt“.<sup>33</sup>

All dies führt zu dem bedauerlichen Ergebnis, dass in diesen Fällen die Geeignetheit von Mitteln, hier der Personalauswahlverfahren, ebenso wenig sach- und faktenorientiert bestimmt wird wie die Frage, ob ein milderes, aber

gleich geeignetes Mittel zur Verfügung steht<sup>34</sup> – und dies leider nicht nur in der Theorie, sondern zuweilen (zunächst) auch von Aufsichtsbehörden.<sup>35</sup>

bb) Gründe für den Mythos der Unzulässigkeit – Bewertung nach rechtshistorischen Abwägungskriterien  
Daneben wird erstaunlicherweise auch in jüngerer Literatur noch geschrieben, dass Datenverarbeitungen zu Zwecken des Beschäftigungsverhältnisses nur erlaubt seien, wenn diese „für das Arbeitsverhältnis geboten“ seien bzw. diese „dem Arbeitsverhältnis dienen“.<sup>36</sup> Zurück gehen diese Kriterien auf den ehemaligen § 28 BDSG-alt in der Fassung von 2001, in welchem es hieß: Die Erhebung personenbezogener Daten ist für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke zulässig, wenn es der „Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses mit dem Betroffenen dient“. Aus diesem „dienen“ wurde herausgelesen, der Gesetzgeber habe die Zweckbestimmung eng fassen und eine reine „Nützlichkeit“ der Datenerhebung nicht ausreichen lassen wollen, so dass die „Erforderlichkeit über eine Nützlichkeit“ hinausgehen müsse.<sup>37</sup>

Das Vorstehende ist schon seit 2009 mit der Einführung des § 32 BDSG-alt rechtshistorisch. Dennoch führt es immer noch dazu, dass KollegInnen meinen, nach diesen Kriterien und der eigenen subjektiven Erfahrung im Bereich der Personalauswahl konstatieren zu können, wann eine Methodik „nützlich, aber nicht erforderlich“ sei. So sei etwa ein Online-Assessment zwar nützlich, aber nicht erforderlich, da man in der eigenen Kanzlei auch nur nach Bewerbungsunterlagen entscheide.<sup>38</sup>

Dem ist nicht nur entgegenzuhalten, dass nach einer „Nützlichkeit“ seit 2009 überhaupt nicht mehr zu fragen ist. Es ist auch ungenügend, eine Methode schon deswegen als nicht erforderlich einzustufen, weil dies dem subjektiven Empfinden entspricht. Eine persönliche Bewertung losgelöst von den normativen Voraussetzungen

<sup>29</sup> Schmidt/Oh/Shaffer, The Validity and Utility of Selection Methods in Personnel Psychology: Practical and Theoretical Implications of 100 Years of Research Findings, Working Paper October 2016; [https://www.researchgate.net/publication/309203898\\_The\\_VValidity\\_and\\_Utility\\_of\\_Selection\\_Methods\\_in\\_Personnel\\_Psychology\\_Practical\\_and\\_Theoretical\\_Implications\\_of\\_100\\_Years\\_of\\_Research\\_Findings](https://www.researchgate.net/publication/309203898_The_VValidity_and_Utility_of_Selection_Methods_in_Personnel_Psychology_Practical_and_Theoretical_Implications_of_100_Years_of_Research_Findings).

<sup>30</sup> Siehe dazu ausführlich m.w.N. Schuler/Höft/Hell, in: Schuler/Kanning, Lehrbuch der Personalpsychologie, S. 149–324.

<sup>31</sup> Vgl. Kanning, Standards der Personaldiagnostik, S. 12.

<sup>32</sup> ErfK/Franzen, 19. Aufl. 2019, BDSG § 26 Rn 13; BeckOK-DatenschutzR/Riesenhuber, 26. Ed. 1.11.2018, BDSG § 26 Rn 95 mit Verweis auf ErfK/Preis, BGB § 611, 17. Aufl. 2017, Rn 309, der auch noch behauptet: „Der vom Gesetzgeber für die Bestimmung der Zulässigkeit nunmehr wieder gewählte Begriff der Erforderlichkeit ändert nichts an der bisherigen Rechtslage ... Erlaubt sind die Verarbeitungen, die für das Arbeitsverhältnis als geboten und nicht nur als ‚nützlich‘ zu bewerten sind.“

<sup>33</sup> BeckOK-Datenschutzrecht/Wolff/Brink/Riesenhuber, 27. Edition, § 26 Rn 76.

<sup>35</sup> So hielt bspw. die LfDI NRW zunächst die Auswertung von Bewerbungsunterlagen für ein „gleich geeignetes, aber milderes Mittel“ im Verhältnis zu Video-Interviews, vgl. noch 23. Tätigkeitsbericht 2017 (52, 53) des LfDI.

<sup>36</sup> Gola/Klug/Körffer, in: Gola/Schomerus, BDSG 2015, § 32 Rn 16; Schröder, Datenschutzrecht für die Praxis, 2016, Ziffer 3 III 1. a); Rockstroh/Leuthner, ZD 2013, 497, 498; BeckOK-DatenschutzR/Riesenhuber, 26. Ed. 1.11.2018, BDSG § 26 Rn 95 mit Verweis auf ErfK/Preis, BGB § 611, 17. Aufl. 2017, Rn 309, der auch noch behauptet: „Der vom Gesetzgeber für die Bestimmung der Zulässigkeit nunmehr wieder gewählte Begriff der Erforderlichkeit ändert nichts an der bisherigen Rechtslage ... Erlaubt sind die Verarbeitungen, die für das Arbeitsverhältnis als geboten und nicht nur als ‚nützlich‘ zu bewerten sind.“

<sup>37</sup> Ursprünglich: Däubler, NZA, 2001, 874 ff.

<sup>38</sup> Vertreten von einem renommierten Arbeitsrechtler im Jahr 2017 auf den Kölner Tagen zum Datenschutzrecht.

der Verhältnismäßigkeitsprüfung entspricht nicht einer sachorientierten Prüfung im Sinne von § 26 BDSG.

cc) Der Mythos wird (langsam) entzaubert

Nach diesen eher unerfreulichen Feststellungen im Jahr 2019 muss allerdings zugestanden werden, dass langsam Licht in das Dunkel der arbeits- und datenschutzrechtlichen Kommentarliteratur fällt. So ist etwa in der aktuellen Ausgabe des Gola/Heckmann zum BDSG keine Rede mehr davon, dass Datenverarbeitungen dem Beschäftigungsverhältnis „dienen“ müssten, sondern es wird einzig auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach dem BAG abgestellt.<sup>39</sup> Weiter wird auch von Kollegen in Fachaufsätzen statuiert, dass die wohl noch h.M., welche allgemeinen Intelligenztests die nötige Spezifität abspreche, nicht mehr der aktuellen Forschungslage entsprechen, da auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen ist und Intelligenz ein relativ aussagekräftiger Prädiktor für beruflichen Erfolg ist.<sup>40</sup>

Es ist jedoch weiter dafür zu streiten, dass die Zulässigkeit von Personalauswahlverfahren auch in der arbeits- und datenschutzrechtlichen Literatur nicht mehr zunächst nach rechtshistorischen Kriterien und/oder subjektivem Bauchgefühl, sondern ausschließlich anhand der Kriterien des § 26 Abs. 1 BDSG sachorientiert bewertet wird.<sup>41</sup>

#### b) Die Kriterien der Zulässigkeit von Personalauswahlverfahren nach § 26 BDSG

Es bleibt festzuhalten, dass die einzigen maßgeblichen Zulässigkeitskriterien für die Datenverarbeitung in Personalauswahlverfahren in § 26 Abs. 1 BDSG statuiert sind. Dies bedeutet, dass diese Datenverarbeitungen einen legitimen Zweck verfolgen müssen, der nicht mit einem gleich geeigneten, aber milderen Mittel erreicht werden kann, und dass diese verhältnismäßig im engeren Sinne sein müssen.<sup>42</sup> Anders ausgedrückt: Prüfungsmaßstab für die Zulässigkeit einer Personalauswahlmethode ist ausschließlich die Erforderlichkeit im Sinne von § 26 BDSG und damit die normativen Maßstäbe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, welche auf die konkrete Auswahlmethode unter Berücksichtigung wissenschaftlicher Erkenntnisse zur Sachlage anzuwenden sind.

<sup>39</sup> Gola/Heckmann/Gola, 13. Aufl. 2019, BDSG § 26 Rn 16.

<sup>40</sup> Vgl. BeckOK-DatenschutzR/Wolf/Brink/Riesenhuber, 26. Ed. 1.11.2018, BDSG § 26 Rn 95 unter Verweis auf Franzen, NZA 2013, 1 und Bausewein, ZD 2014, 443.

<sup>41</sup> Ausführlich zu diesem gesamten Themenkomplex: Diercks, Video-Interviews in Personalauswahlverfahren – Kriterium der Erforderlichkeit nach § 32 BDSG (§ 26 BDSG-neu), DuD Datenschutz und Datensicherheit, 2017, 750 ff.

<sup>42</sup> BAG, Urt. v. 23.8.2018 – 12 AZR 133/18 m.w.N. im Hinblick auf § 32 BDSG-alt, [https://juris.bundesarbeitsgericht.de/zweitesformat/bag/2018/2018-10-10/2\\_AZR\\_133-18.pdf](https://juris.bundesarbeitsgericht.de/zweitesformat/bag/2018/2018-10-10/2_AZR_133-18.pdf).

Als Faustregel kann dabei festgehalten werden: Ist ein Personalauswahlverfahren unter eignungsdiagnostischen Gesichtspunkten geeignet, wird es voraussichtlich auch erforderlich im Sinne des § 26 BDSG sein. Diese Daumenregel entbindet aber natürlich nicht von der strukturierten Prüfung der gewünschten Auswahlmethode nach § 26 BDSG.

### III. Mythen zur Beschäftigungsphase

Die Mythen zum Thema DSGVO und Beschäftigte enden jedoch nicht mit der Bewerbungsphase. Auch im Hinblick auf das konkrete Beschäftigungsverhältnis existieren so manche Missverständnisse.

#### 1. Beschäftigte müssen die Informationen zur Datenverarbeitung unterschreiben

Wie schon im Zusammenhang mit den Informationspflichten gegenüber Bewerbern kurz erläutert, handelt es sich bei den Informationspflichten nach Art. 12, 13 DSGVO um genau das: Pflichten zur Information. Nicht mehr und nicht weniger.

Dennoch kommt es immer wieder vor, dass Unternehmen nicht nur meinen, dass Bewerber in die Verarbeitung ihrer Bewerberdaten, sondern auch Beschäftigte in die Datenverarbeitung, die zu Zwecken der Beschäftigung erforderlich ist, einwilligen müssten.

Im Zuständigkeitsbereich des Landesdatenschutzbeauftragten Baden-Württemberg drohte offenbar nicht nur ein Unternehmen seinen Mitarbeitern mit der Kündigung, wenn diese nicht umgehend die Informationen zur Datenverarbeitung unterschrieben.<sup>43</sup> Der LfDI Baden-Württemberg machte in diesem Zusammenhang in seinem Tätigkeitsbericht noch einmal sehr deutlich, dass Informationen eben nur den Mitarbeitern zur Kenntnis zu geben sind. Sei es per Papierform, per E-Mail oder im Intranet. Gezeichnet werden müssen diese nicht.<sup>44</sup>

#### 2. Personalmanagement-Systeme können unproblematisch eingesetzt werden

Während – wie schon aufgezeigt – an jeder Ecke des täglichen Personallebens nahezu unumschiffbare Klippen der DSGVO gesehen werden, gibt es einen Bereich, der diesbezüglich in einem toten Winkel liegen muss. Die Rede

<sup>43</sup> 34. Tätigkeitsbericht des Landesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit, S. 32.

<sup>44</sup> 34. Tätigkeitsbericht des Landesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit, S. 32.

ist von Personal- oder Bewerber-Management-Systemen (P-/BMS).

Natürlich können solche eingesetzt werden. Aber sie müssen den Vorgaben der DSGVO und § 26 BDSG entsprechen. Das heißt etwa, die Software muss den Vorgaben des Art. 25 DSGVO im Hinblick auf privacy by design & default entsprechen und die Software muss Datensicherheit über entsprechende technische Maßnahmen gewährleisten.

Weiter gehört in großer Regelmäßigkeit dazu, dass ein Auftragsverarbeitungsvertrag nach Art. 28 DSGVO abgeschlossen werden muss. Denn schließlich werden inzwischen die wenigsten P-/BMS hart implementiert, sondern im Rahmen von Software-as-a-Service-Lösungen (SaaS) angeboten und genutzt. Dies bedeutet, dass der Anbieter die Daten im Auftrag verarbeitet. Der Auftraggeber, also das nutzende Unternehmen, ist und bleibt dabei der Verantwortliche für die Datenverarbeitung. Das heißt, er muss sicherstellen, dass die Vorgaben der DSGVO eingehalten werden.

Obwohl dies an sich allseits bekannt ist (jedenfalls bekannt sein müsste), geschieht es dennoch in schönster Regelmäßigkeit, dass vor der Beschaffung neuer Unternehmenssoftware wie einem P-/BMS ausschließlich die Fachabteilung nach ihrem Eindruck, aber weder die IT- noch die Data Protection/Legal-Abteilung einmal befragt wurde, ob datensicherheitstechnisch und datenschutzrechtlich überhaupt eine konforme An- und Einbindung stattfinden könne.

Nicht nur ein Unternehmen hat – wie der Verfasserin aufgrund ihrer anwaltlichen Tätigkeit bekannt ist – aufgrund einer solchen mangelnden Prüfung teure Software-Verträge wahlweise nutzlos oder mit sehr viel Ärger verbunden (aka zeitlichen und finanziellen Ressourcen) vorliegen.

### 3. Betriebliche Altersvorsorge ist wegen der Löschfristen von Beschäftigtendaten quasi unmöglich

Die letzte Geschichte aus der Yucca-Palme an dieser Stelle, die ebenfalls im Rahmen der anwaltlichen Tätigkeit der Verfasserin ins Licht trat, handelt von der betrieblichen Altersvorsorge.

Ein Fragesteller sorgte sich, dass er seinen Mitarbeitern keinerlei betriebliche Altersvorsorge mehr anbieten könne, da die DSGVO doch derart strikte Verpflichtungen zur Datenlöschung vorsehe. Infolgedessen müsse er doch alle

Daten von ehemaligen Mitarbeitern lange löschen, bevor deren Anspruch auf Zahlung der Betriebsrente überhaupt entstünde. Jedenfalls aber lägen doch in der Personalakte nicht nur Daten zur Betriebsrente, sondern alle Personal-daten und die dürfe er doch nicht so lange aufbewahren.

In aller Kürze: Es ist natürlich grober Unsinn, dass aufgrund der Löschpflichten aus der DSGVO Betriebe keine Altersvorsorge mehr anbieten könnten. Denn selbstverständlich besteht hinsichtlich eines laufenden Vertrages oder aber bei gesetzlichen Verpflichtungen zur Aufbewahrung von Daten – wie es nun mal im Rahmen der betrieblichen Altersvorsorge der Fall ist – keine Pflicht zur Löschung der Daten, sondern eben ein Recht zur Aufbewahrung.

Ein zweite Frage ist, ob ein Unternehmen Daten derart verarbeitet, dass eine Löschung von unterschiedlichen Kategorien von Daten entsprechend der Löschfristen dieser Kategorien (z.B. Abmahnungen, Gehaltsabrechnungen, Daten zur betrieblichen Altersvorsorge) auch möglich ist. Dies ist aber weniger eine Frage der DSGVO an sich, sondern der konkreten Datenverarbeitung im Unternehmen, der Verarbeitungszwecke und der (hoffentlich vorhandenen) Löschkonzepte.

## IV. Fazit

Mit dem letzten Absatz ist dann auch die Überleitung für dieses (Zwischen-)Fazit gemacht:

Während in diesem ersten Teil zahlreiche Mythen aus dem Bereich des Beschäftigtendatenschutzes in das Reich derselbigen zurückgeschickt wurden, werden im zweiten Teil in aller Ruhe und äußerst unaufgeregt diejenigen Maßnahmen erläutert, die Unternehmen helfen, den Beschäftigtendatenschutz im Sinne der DSGVO pragmatisch zu implementieren.



Nina Diercks

Rechtsanwältin [Nina Diercks](#), M. Litt (University of Aberdeen) führt die Anwaltskanzlei Diercks sowie den Blog Diercks Digital Recht (bis 2017: Social Media Recht Blog). In ihrer täglichen Arbeit beschäftigt sie sich mit all den juristischen Fragen, denen sich Unternehmen im Zusammenhang mit der fortlaufenden Verschränkung der analogen und digitalen Welt auseinandersetzen müssen. Ihre Tätigkeitsschwerpunkte liegen in der Beratung, Vertragsgestaltung und Vertretung auf dem Gebiet des IT-, Medien-, Datenschutz- und Arbeitsrechts. Daneben ist die Anwältin als Referentin sowie als Interviewpartnerin und (Gast-) Autorin gefragt und steht für alle diese Tätigkeiten gern zur Verfügung.