(K)ein neuer Katalog zulässiger Arbeitgeberfragen

Thilo Weichert

Landesbeauftragter für Datenschutz
Schleswig-Holstein, Leiter des ULD

35. DAFTA „Neues Datenschutzrecht aus Brüssel und Berlin“

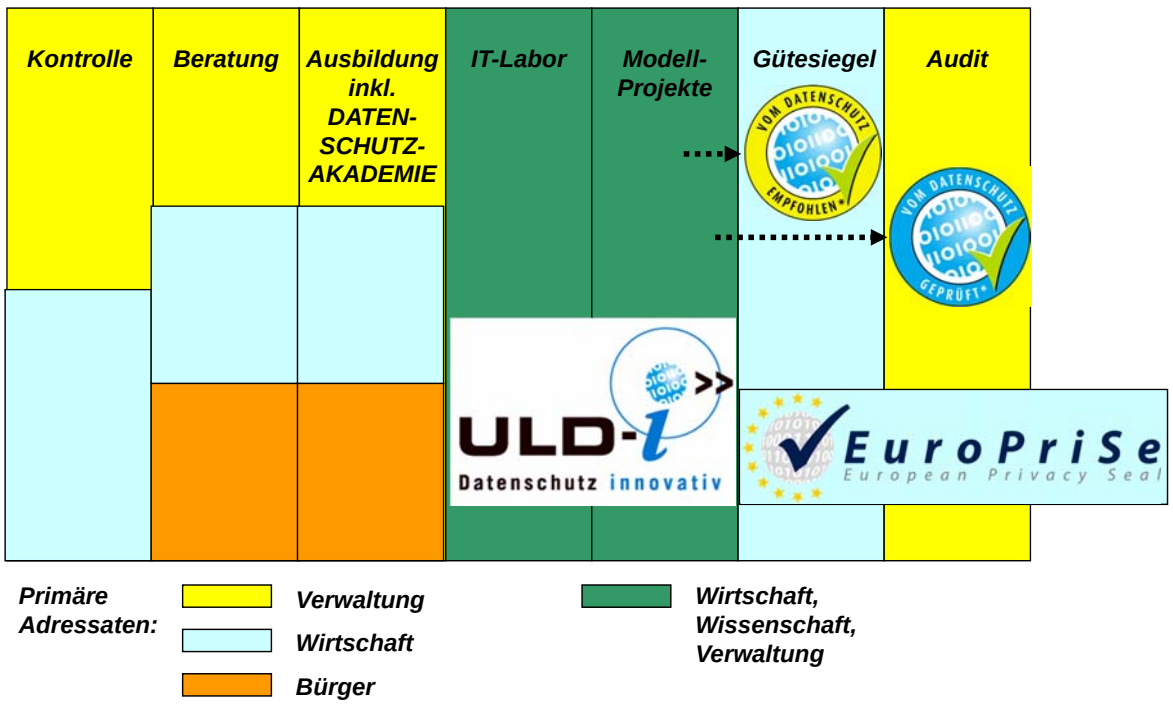
Köln 17. 11.2011

ULD
Unabhängiges Landeszentrum für
Datenschutz Schleswig-Holstein

Inhalt

- Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG)
- Rechtsgrundlagen und Regelungsvorschläge
- Alternative: Anonyme (pseudonyme) Bewerbung
- Individual- und arbeitsrechtliche Folgen
- Perspektiven?

Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz



BVerfG, U.v. 15.12.1983 (1 BvR 09/83 u.a.)

„Unter den Bedingungen der modernen Datenverarbeitung wird der Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten vom **allgemeinen Persönlichkeitsrecht** ... umfasst. Das Grundrecht gewährleistet insoweit die Befugnis des Einzelnen grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen."

„Einschränkungen dieses **Rechts auf ´informationelle Selbstbestimmung`** sind nur im überwiegenden Allgemeininteresse zulässig."

BVerfG , B.v. 23.10.2003 (1 BvR 2027/02)

„Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ... entfaltet als Norm des objektiven Rechts seinen Rechtsgehalt **auch im Privatrecht**."

„Ist ersichtlich, dass in einem Vertragsverhältnis ein Partner ein solches Gewicht hat, dass er den **Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen** kann, ist es Aufgabe des Rechts, auf die Wahrung der Grundrechtspositionen beider Vertragspartner hinzuwirken, um zu verhindern, dass sich für einen Vertragsteil die Selbstbestimmung in eine Fremdbestimmung verkehrt."

Rechtsgrundlagen

- Seit 1978 Bundesdatenschutzgesetze (BDSG)
- Seit Anfang 80er Forderungen nach einem ArbeitnehmerDSG
- Seit Mitte 80er Koalitionsvereinbarungen für ArbNDSG
- 2001 EU-Konsultationsverfahren ArbnDS-Recht (1. Stufe)
- 2002 2. Stufe der Konsultation
- 7/2009: § 32 BDSG
- 9/2009: Entwurf des BMArbeit
- 15.10.2010: Regierungsentwurf BT-Drs. 17/4230, zuletzt Anhörung im Innen- und Rechtsausschuss am 23.05.2011

§ 32 BDSG

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.

Vorschläge zum Arbeitnehmerdatenschutz

- Berufsverband der Datenschutzbeauftragten Deutschlands (BvD) von Juni 2008
- Referentenentwurf des Bundesarbeitsministeriums vom August 2009 = SPD-Entwurf von November 2009 (BT-Drs. 17/69) (BeschDSG)
- DGB-Entwurf von Juni 2010 (AuR 2010, 315) (ArbNDSG)
- Regierungsentwurf vom 15.10.2010 (BT-Drs. 17/4230) (BDSGÄG)
- Entwurf Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vom 22.02.2011 (BT-Drs. 4853)

Mitwirkung u. Mitbestimmung Betriebsrat

- § 75 Abs. 2 BetrVG: Wahrung der Persönlichkeitsrechte als gemeinsame Aufgabe von Arbeitgeber und BR
- § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG: Überwachung aller zugunsten von Arbeitnehmern geltenden Gesetzen
- § 94 Abs. 1 BetrVG: Mitbestimmung bei Fragebogengestaltung

- § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG: Mitbestimmungsrecht bzgl. technischer Einrichtungen
- § 90 Nr. 2 BetrVG: Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers über die Planung von technischen Anlagen

DGB-Regelungsvorschlag I

§ 6 Fragerecht des Arbeitgebers

(1) AG dürfen ... im Zusammenhang mit der Einstellung, Beförderung oder anderweitigen arbeitsrechtlichen Veränderungen nur Fragen stellen, deren wahrheitsgemäße Beantwortung für die **konkret zu verrichtende Tätigkeit** unverzichtbar ist. Dies gilt ... einschließlich der Auswertung öffentlich zugänglicher Informationen.

(2) Unzulässig sind insbes. direkte oder indirekte Fragen nach

1. einer Schwangerschaft,
2. der Familienplanung,
3. der Wahrnehmung familiärer Aufgaben,
4. der Anerkennung als Schwerbehinderter,
5. einer Krankheit oder Behinderung, es sei denn ...
6. der sexuellen Orientierung,
7. religiösen Anschauungen, es sei denn ...
8. Vorstrafen und laufenden Ermittlungen ... (Verweis auf BZRG)
9. der Zugehörigkeit zu einer Partei oder Gewerkschaft. ...

(3) Die **unrichtige Beantwortung** einer unzulässigen Frage berechtigt weder zur Anfechtung ... noch zu sonstigen arbeitsrechtlichen Konsequenzen.

DGB-Regelungsvorschlag II

§ 7 Ärztliche und psychologische Untersuchungen

(1) Die Anforderung oder die Entgegennahme einer **medizinischen oder sonstigen Untersuchung**, einschließlich Drogen- und Alkoholtests, ist unzulässig. Ausnahmen aufgrund spezieller gesetzlicher Regelungen bleiben unberührt. Die Durchführung von Gentests oder die Entnahme ihrer Ergebnisse ist unzulässig. Soweit ärztliche Untersuchungen gesetzlich vorgeschrieben sind, besteht das Recht der freien Arztwahl.

(2) **Psychologische Untersuchungen** und Verfahren dürfen nur arbeitsnotwendige Fähigkeiten zum Gegenstand haben. Rückschlüsse auf Charaktermerkmale und persönlich Einstellungen sind unzulässig und dürfen nicht verwendet werden. Die Untersuchungen und Verfahren dürfen nur auf der Grundlage gesicherter Erkenntnisse und unter fachkundiger Leitung und nur mit Einwilligung der Betroffenen durchgeführt werden.

(3) **Simulierte Stresssituationen** sind kein zulässiges Mittel, um die Eignung von Bewerberinnen und Bewerbern zu bestimmen.

Grüner Regelungsvorschlag I

§ 6 Datenverarbeitung vor Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses

(1) Personenbezogen Daten sind unmittelbar bei Bewerbenden und Beschäftigten (BuB) zu erheben. Im Einzelfall ist die Einholung von Informationen bei Dritten oder durch Dritte zulässig, wenn diese für die Verwendung auf dem vorgesehenen **Arbeitsplatz wesentlich** und entscheidend ist und die Betroffenen dem Verfahren schriftlich zugestimmt haben. BuB sind über den Inhalt der Informationen zu unterrichten.

(2) Kommt ein neues Beschäftigungsverhältnis oder eine vergleichbare Veränderung bei dem gleichen Arbeitgebenden nicht zustande, sind die Unterlagen den BuB binnen zwei Monaten nach Abschluss des Bewerbungsverfahrens zu übergeben. Gespeicherte personenbezogene Daten sind zu löschen und **Aufzeichnungen zu vernichten**. Satz 1 findet keine Anwendung, wenn die BuB in eine längere Aufbewahrung ausdrücklich einwilligt haben. Der Beschäftigte ist über den Inhalt der Informationen zu unterrichten. § 4 Absatz 2 Nummer 2 des Bundesdatenschutzgesetzes findet keine Anwendung.

Grüner Regelungsvorschlag II

(3) Gibt der Arbeitgebende auf der eigenen Internetseite Gelegenheit, elektronische Bewerbungen durchzuführen, ist diese **Internetverbindung zu verschlüsseln**. Die gespeicherten Daten sind durch besondere technische Sicherungsmaßnahmen zu schützen. Die Nutzung der übermittelten Daten ist ausschließlich auf das Bewerbungsverfahren beschränkt.

(4) Der Arbeitgebende hat keinen Anspruch auf Auskunft über **medizinische Diagnosen** und Befunde der Bewerbenden bzw. Beschäftigten.

(5) Der Arbeitgebende hat bei sonstigen **Tests**, die Fähigkeiten und Kenntnisse der Bewernden bzw. Beschäftigten erfassen, über Methoden, Ergebnisse und weitere Auswirkungen dieser Verfahren die Beschäftigten bzw. Bewerbenden umfassend zu unterrichten Die Erstellung von Profilen, die über die Eignungsfeststellung für konkrete Tätigkeiten unbedingt erforderlichen Informationen hinausgehen, ist unzulässig.

(6) (besondere Arten von Daten)

(7) Nach Abschluss des Beschäftigungsverhältnisses sind alle personenbezogenen Daten und Akten der ausgeschiedenen Beschäftigten zu löschen oder **vernichten**, soweit ...

(8) (Vorabkontrolle)

(9) (Verwertungsverbot bei unzulässiger Erhebung)

Regierungsvorschlag I

§ 32 Datenerhebung vor Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses

(1) Stammdaten, soweit erforderlich, „um die Eignung des Beschäftigten für die vorgesehenen Tätigkeiten festzustellen“.

(2) „Daten eines Beschäftigten über die rassische und ethnische Herkunft, die Religion oder Weltanschauung, die sexuelle Idetnität, die Gesundheit, die Vermögensverhältnisse oder laufende Ermittlungsverfahren dürfen“ nach **§ 8 Abs. 1 AGG** erhoben werden.

(3) Keine Auskunftspflicht bzgl. **Schwerbehinderung** nach SGB IX

(4) Religionszugehörigkeit, wenn diese „eine gerechtfertigte berufliche Anforderung“

(5) „... Daten über die politische Meinung und Gewerkschaftszugehörigkeit ... Ein Arbeitgeber, ... auf die **Art. 5 Abs. 1 S. 2 des Grundgesetzes** ..., darf Daten über die religiöse Überzeugung ... soweit ... eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt.“

Regierungsvorschlag II

§ 32 Datenerhebung vor Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses

(6) Beschäftigtendaten sind unmittelbar bei dem Beschäftigten zu erheben. Wenn der Arbeitgeber den Beschäftigten vor der Erhebung hierauf hingewiesen hat, darf der Arbeitgeber **allgemein zugängliche Daten** ohne Mitwirkung des Beschäftigten erheben, es sei denn, dass das schutzwürdige Interesse des Beschäftigten an dem Ausschluss der Erhebung das berechtigte Interesse des Arbeitgebers überwiegt. Bei Daten aus **sozialen Netzwerken**, die der elektronischen Kommunikation dienen, überwiegt das schutzwürdige Interesse des Beschäftigten; dies gilt nicht für soziale Netzwerke, die zur Darstellung der beruflichen Qualifikation ihrer Mitglieder bestimmt sind. Mit Einwilligung des Beschäftigten darf der Arbeitgeber auch bei sonstigen Dritten personenbezogene Daten des Beschäftigten erheben; dem Beschäftigten ist auf Verlangen über den Inhalt der erhobenen Daten Auskunft zu erteilen. Die Absätze 1 bis 5 sowie § 32a bleiben unberührt.

(7) Die Datenerhebung ist nur zulässig, wenn Art und Ausmaß im Hinblick auf den Zweck **verhältnismäßig** sind.

Regierungsvorschlag III

§ 32a **Ärztliche Untersuchungen** und **Eignungstests** vor Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses

(1) Der Arbeitgeber darf die Begründung des Beschäftigungsverhältnisses von einer ärztlichen Untersuchung abhängig machen, wenn ... gesundheitlicher Voraussetzungen wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende **berufliche Anforderung** zum Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme darstellt. Der Beschäftigte muss in die Untersuchung nach **Aufklärung** über deren Art und Umfang sowie in die Weitergabe des Untersuchungsergebnisses an den Arbeitgeber **eingewilligt** haben. Dem Beschäftigten ist das vollständige Untersuchungsergebnis mitzuteilen. Dem Arbeitgeber darf nur mitgeteilt werden, ob der Beschäftigte nach dem Untersuchungsergebnisfür die vorgesehenen Tätigkeiten geeignet ist.

(2) Der Arbeitgeber darf ... von einer sonstigen Untersuchung oder Prüfung abhängig machen, wenn die Untersuchung oder Prüfung wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung **erforderlich** ist, um festzustellen, ob der Beschäftigte zum Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme für die vorgesehenen Tätigkeiten geeignet ist (Eignungstest). Der Beschäftigte muss ... eingewilligt haben. Der Eignungstest ist nach **wissenschaftlich anerkannten Methoden** durchzuführen, sofern solche bestehen. Dem Beschäftigten ist das Ergebnis des Eignungstests mitzuteilen. Sind Eignungstests ganz oder teilweise durch Personen durchzuführen, die einer beruflichen Schweigepflicht unterliegen, darf dem Arbeitgeber insoweit nur mitgeteilt werden, ob der Beschäftigte nach dem Ergebnis des Eignungstests für die vorgesehenen Tätigkeiten geeignet ist.

Regierungsvorschlag IV

§ 32b Datenverarbeitung und -nutzung vor Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses

(1) Der Arbeitgeber darf Beschäftigtendaten, die er nach den §§ 32 oder 32a erhoben hat, verarbeiten und nutzen, soweit dies erforderlich ist, um die Eignung des Beschäftigten für die vorgesehenen Tätigkeiten festzustellen oder um über die Begründung des Beschäftigungsverhältnisses zu entscheiden.

(2) Beschäftigtendaten, die der Arbeitgeber ohne Datenerhebung nach den §§ 32 oder 32a erhalten hat, darf er nur verarbeiten und nutzen, soweit

1. dies erforderlich ist, um die Eignung des Beschäftigten für die vorgesehenen Tätigkeiten festzustellen oder um über die Begründung des Beschäftigungsverhältnisses zu entscheiden, und

2. er diese Daten nach §§ 32 oder 32a hätte erheben dürfen.

Satz 1 Nummer 2 gilt nicht, wenn der Beschäftigte die Daten dem Arbeitgeber übermittelt hat, ohne dass der Arbeitgeber hierzu Veranlassung gegeben hat.

(3) Steht fest, dass ein Beschäftigungsverhältnis nicht begründet wird, sind die Beschäftigtendaten gemäß § 35 Absatz 2 Satz 2 zu löschen, es sei denn, dass der Beschäftigte in die weitere Speicherung eingewilligt hat.

Alternative: Anonyme (pseudonyme) Bewerbung

- Zweck: Vermeidung von Diskriminierung, Durchführung des AGG
- Verzicht im ersten Durchlauf auf Name, Geschlecht, Alter, Herkunft, Familienstand und Foto
- Danach persönliche Vorstellung und evtl. individueller identifizierter Vertragsabschluss
- Positive Erfahrungen in den USA oder in Frankreich
- Seit 11/2010: Pilotverfahren in Deutschland bei Post, Telekom u. a. (Abschluss 3/2012)

Individual- und arbeitsrechtliche Folgen

- Betroffenenrechte: Auskunft, Einsicht in Auswertungsberichte, Sperrung, Löschung, Unterlassung und Beseitigung, evtl. angemessene Geldentschädigung (Schadenersatz, Schmerzensgeld)
- Evtl. Anfechtung von Willenserklärung (z. B. Kündigung) bei Täuschung über Legalität (§ 123 BGB)
- Verwertungsverbot bei Kündigung
- Evtl. Bußgeld od. Untersagungsverfügung bei datenschutzwidriger Érhebung und Verarbeitung

Perspektiven ?

Wer weiß ?

(K)ein neuer Katalog zulässiger Arbeitgeberfragen

Dr. Thilo Weichert

Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein (ULD)

Holstenstr. 98, 24103 Kiel

mail@datenschutzzentrum.de

https://www.datenschutzzentrum.de