

Regelungen zum Fragerecht bei Einstellungen und zu Untersuchungen

AN-Datenschutz im Dritten
Abschnitt Zweiter Untertitel des
BDSG

Ziele des BMI Entwurfs

- Praxisgerechte Regelungen schaffen.
- Es sollen für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses nur solche Daten verarbeitet werden dürfen, die für dieses Verhältnis erforderlich sind.
- Datenverarbeitungen, die sich beispielsweise auf für das Beschäftigungsverhältnis nicht relevantes außerdienstliches Verhalten oder auf nicht dienstrelevante Gesundheitszustände beziehen, sollen (zukünftig) ausgeschlossen sein.

Persönliche Geltung für

- 1. Beschäftigte im Sinne des § 3 Absatz 11 BDSG.
- 2. Arbeitgeber im Sinne § 3 Absatz 13 (neu)
- 3. Dritte im Sinne von § 3 Absatz 8, die, ohne Auftragsdatenverarbeiter zu sein, für den Arbeitgeber tätig sind. Für Auftragsdatenverarbeiter gilt weiterhin § 11.

§ 3 Abs. 11 definiert Beschäftigte:

- 1. Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer,
- 2. zu ihrer Berufsbildung Beschäftigte,
- 3. Teilnehmerinnen und Teilnehmer an Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben sowie an Abklärungen der beruflichen Eignung oder Arbeitserprobung (Rehabilitandinnen und Rehabilitanden),
- 4. in anerkannten Werkstätten für behinderte Menschen Beschäftigte,
- 5. nach dem Jugendfreiwilligendienstgesetz Beschäftigte,

Weitere Beschäftigte

- 6. Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind; zu diesen gehören auch die in Heimarbeit Beschäftigten und die ihnen Gleichgestellten,
- 7. Bewerberinnen und Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis sowie Personen, deren Beschäftigungsverhältnis beendet ist,
- 8. Beamtinnen, Beamte, Richterinnen und Richter des Bundes, Soldatinnen und Soldaten sowie Zivildienstleistende.

Spezialregelung für Beschäftigtendaten

- Anhang an § 3 BDSG „(12) Beschäftigtendaten sind personenbezogene Daten von Beschäftigten.
- § 12 Absatz 4 BDSG wird wie folgt gefasst: „(4) Werden personenbezogene Daten für frühere, bestehende oder zukünftige Beschäftigungsverhältnisse erhoben, verarbeitet und genutzt, gelten die §§ 32 bis 34 Absatz 1 Satz 1 und 2, § 34 Absatz 6 bis 9 und § 35 anstelle der §§ 13 bis 16 und 19 bis 20.“

Was bleibt unberührt?

- Spezialgesetzliche Regelungen der Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung in sonstigen Rechtsvorschriften, wie z.B. in § 9 Absatz 1 Nummer 2 BVerfSchG, § 2 Absatz 1 Nummer 1 BNDG, § 5 Absatz 1 Nummer 2 MADG, bleiben unberührt.

Was wird einbezogen?

- § 32 Abs.1 Satz 1 ist auch anzuwenden, wenn Beschäftigtendaten 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.
- Der Anwendungsbereich ist also nicht auf automatisierte Daten beschränkt, sondern erfasst auch den Umgang mit z.B. papiergebundenen Beschäftigtendaten, wie Personalakten und Fragebogen. War schon in der letzten Novelle an anderem Ort geschehen.

Zweiter sachlicher Spezialitätsgrundsatz

- § 32 (2) neu: „Soweit die Regelungen dieses Unterabschnitts spezieller sind, gehen sie den übrigen Regelungen dieses Gesetzes vor.“

Sinn von doppelt gemoppelt

- Einerseits Bekräftigung des Vorrangs vor § 28 Absatz 1 Nummer 1.
- Andererseits Klargestellung, dass insbesondere die allgemeinen und gemeinsamen Bestimmungen sowie die Vorschriften über die Rechte der Betroffenen grundsätzlich auch für den Beschäftigtendatenschutz gelten.
- Hierzu zählt der Auskunftsanspruch des Betroffenen nach § 34, wonach dem Betroffenen auf Verlangen unter anderem Auskunft über die zu seiner Person gespeicherten Daten, auch soweit sie sich auf die Herkunft dieser Daten beziehen, zu erteilen ist.

Besonderheit

- Als von den allgemeinen und gemeinsamen Vorschriften abweichende und damit als speziellere Vorschrift vorgehende Regelung ist insbesondere § 32I zur Einwilligung zu beachten.

§ 321 Einwilligung

- Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Beschäftigtendaten durch den Arbeitgeber auf Grund einer Einwilligung des Beschäftigten ist abweichend von § 4 Absatz 1 nur zulässig,
- soweit dies in den Vorschriften dieses Unterabschnitts ausdrücklich vorgesehen ist.

Anwendungsbereich

- **§ 32 nF Anwendungsbereich**
- (1) Für das Erheben, Verarbeiten und Nutzen von Beschäftigten durch den Arbeitgeber für Zwecke eines früheren, bestehenden oder zukünftigen Beschäftigungsverhältnisses gelten die Vorschriften dieses Unterabschnitts; für Dritte, die für den Arbeitgeber tätig werden, gelten die Vorschriften entsprechend.
- Damit werden auch Dienstleister erfasst, die zwischen Bewerber und Arbeitgeber geschaltet werden. Das entspricht dem Stand der Rspr. vgl. BAG 17.12.2009 - 8 AZR 670/08 - NZA 2010, 383

Gesetzgebungskompetenz des Bundes

- Sachmaterien Arbeitsrecht (Artikel 74 Absatz 1 Nummer 12 Grundgesetz) und das Recht der Wirtschaft (Artikel 74 Absatz 1 Nummer 11 Grundgesetz) sind Gegenstände der konkurrierenden Gesetzgebung.
- Die Berechtigung des Bundes zur Inanspruchnahme der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Wirtschaft ergibt sich aus Artikel 72 Absatz 2 Grundgesetz.
- Eine bundesgesetzliche Regelung des Datenschutzes von Beschäftigten ist zur Wahrung der Rechtseinheit im Bundesgebiet im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich.

Neuer Arbeitgeberbegriff

- § 3 (13) Arbeitgeber:
- sind öffentliche und nicht öffentliche Stellen, die Personen nach Absatz 11 beschäftigen oder beschäftigen oder die beabsichtigen, Personen nach Absatz 11 zu beschäftigen.
- Bei in Heimarbeit Beschäftigten und den ihnen Gleichgestellten sind Arbeitgeber die Auftraggeber oder Zwischenmeister im Sinne des Heimarbeitsgesetzes,
- bei Beschäftigten, die einem Dritten zur Arbeitsleistung überlassen werden, auch der Dritte (= Entleiher).

Bereichsspezifische Lösung im Dritten Abschnitt

- Nach § 31 wird folgende Überschrift eingefügt: „Zweiter Unterabschnitt: Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses“
- Damit soll die Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses im Zusammenhang geregelt wird.

§ 32a Datenerhebung vor Beschäftigungsverhältnis

- (1) Der Arbeitgeber darf Beschäftigendaten vor Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses erheben,
- soweit deren Kenntnis erforderlich ist, um die Eignung des Beschäftigten für eine in Betracht kommende Tätigkeit festzustellen.
- Er darf zu diesem Zweck insbesondere Daten über die fachlichen und persönlichen Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen sowie über die Ausbildung und den bisherigen beruflichen Werdegang des Beschäftigten erheben.

Erläuterung

- Nach Absatz 1 ist die Erhebung von Daten zulässig, wenn und soweit deren Kenntnis für die Feststellung der fachlichen und persönlichen Eignung des Bewerbers erforderlich ist. Das entrichtet dem bisherigen Rechtsstand 2009.
- Notwenig ist ein stärkere Arbeitsplatzbezug und Vorkehrungen gegen überspannte Eignungsvoraussetzungen

Eignungsmerkmale

- Welche Daten dieses im Einzelfall sein können, richtet sich nach objektiven beruflichen Kriterien und dem vom Arbeitgeber festgelegten Anforderungsprofil. Problematisch ist jedoch, ob der Arbeitgeber zu hohe Anforderungen aufstellen darf, um Förderungspflichten zu umgehen
- Beispiel: schwerbehinderte Arbeitssuchende ausschließen, obwohl der Arbeitgeber nach § 81 Abs. 3 SGB IX besondere Pflicht zur Sicherstellung der Mindestbeschäftigung hat

Stand der Rspr

- Die Neuregelung entspricht der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, das ein Fragerecht des Arbeitgebers bei den Einstellungsverhandlungen nur insoweit anerkennt, als der Arbeitgeber ein berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung seiner Frage im Hinblick auf das Arbeitsverhältnis hat.
- Besser: Abstellen auf § 8 AGG „wesentliche und angemessene berufliche Anforderung“

Zu neugierige Fragen nach Erkrankungen sind gefährlich

- Aus der Frage nach bestimmten Erkrankungen oder Leiden kann je nach den Einzelfallumständen auch auf eine Erkundigung nach einer Behinderung geschlossen werden.
- Spätestens seit dem Inkrafttreten des AGG ist zu berücksichtigen, dass Fragen nach Erkrankungen im Hinblick auf das Vorliegen einer Behinderung diskriminierungsrelevant sein können.
- Vgl. Entschädigung wegen Benachteiligung bei der Stellenbesetzung aufgrund angenommener Behinderung
- BAG 17.12.2009 - 8 AZR 670/08 - NZA 2010, 383

§32a Frage nach bestimmten sensiblen Merkmalen

- (2) Der Arbeitgeber darf Daten eines Beschäftigten über die rassische oder ethnische Herkunft, eine Behinderung, die Gesundheit, die sexuelle Identität, die Vermögensverhältnisse, Vorstrafen oder laufende Ermittlungsverfahren nur erheben, wenn und soweit diese Daten wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen oder Hindernisse darstellen.
- DGB: statt oder (alternativ) und (kumulativ!)

Anlehnung an § 8 AGG

- Die aufgeführten sensiblen Daten darf der Arbeitgeber grundsätzlich nur unter den dort genannten strengen Voraussetzungen erheben. Maßgebend für die Zulässigkeit der Erhebung dieser Daten, die überwiegend auch dem Benachteiligungsverbot nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz unterliegen, sind die aus objektiver Sicht zu bestimmenden wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderungen.

Erweiterung

- Diese können sich auch aus einem unternehmerischen Konzept ergeben, wenn sie einen engen Tätigkeitsbezug aufweisen, der den Erfolg der Tätigkeit wesentlich bestimmt.

Resozialisierung

- Hinsichtlich der Frage nach Vorstrafen bleiben die Regelungen des Bundeszentralregistergesetzes unberührt.
- Hier wäre aber Klarstellung notwendig, dass wer sich als nichtvorbestraft bezeichnen darf, auch die Vorstrafen leugnen darf.
- Was ist mit dem Führungszeugnis?

§ 32a (3)

- Satz 1: Unter den in Absatz 2 genannten Voraussetzungen darf der Arbeitgeber die Begründung des Beschäftigungsverhältnisses auch von einer gesundheitlichen Untersuchung abhängig machen.

Erstmalige Regelung

- Absatz 3 regelt die Voraussetzungen für eine gesundheitliche Untersuchung zur Feststellung der Eignung des Bewerbers für die vorgesehenen Tätigkeiten sowie den Umgang mit dem dabei ermittelten Ergebnis.
- Die Untersuchung unterliegt den strengen Voraussetzungen des Absatzes 2.
- Für gendiagnostische Untersuchungen gelten die spezielleren Vorschriften des Gendiagnostikgesetzes.

§ 32 a (3) Einwilligung

- Satz 2: Der Beschäftigte muss in die Untersuchung nach Aufklärung über deren Art und Umfang sowie in die Weitergabe des Untersuchungsergebnisses an den Arbeitgeber eingewilligt haben.

§32a (3) Durchführung

- Satz 3-5: Die Untersuchung ist nach den Regeln der Fachkunde durchzuführen. Dem Beschäftigten ist das Ergebnis der Untersuchung mitzuteilen. Dem Arbeitgeber darf nur mitgeteilt werden, ob der Beschäftigte nach dem Ergebnis der Untersuchung für die vorgesehenen Tätigkeiten geeignet ist.

§32a (4) Test

- Satz 1: Der Arbeitgeber darf die Begründung des Beschäftigungsverhältnisses von einer sonstigen Untersuchung oder Prüfung (Eignungstest) abhängig machen, wenn der Eignungstest zur Feststellung erforderlich ist, ob der Beschäftigte zum Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme für die vorgesehenen Tätigkeiten geeignet ist.

§32a (4)

- Satz 2: Der Beschäftigte muss in den Eignungstest nach Aufklärung über dessen Art und Umfang sowie in die Weitergabe des Ergebnisses des Eignungstests an den Arbeitgeber eingewilligt haben.

§ 32a (4) Durchführung

- Satz 3 -5: Der Eignungstest ist nach den Regeln der Fachkunde 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

§32a Frage nach Schwerbehinderung

- (5) Der Arbeitgeber darf von dem Beschäftigten keine Auskunft darüber verlangen, ob eine Schwerbehinderung oder Gleichstellung nach den §§ 68 und 69 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch vorliegt.
- Und was ist mit Frage nach Behinderung?

§ 32a Frage nach Religion

- (6) Soll eine Beschäftigung bei einer Religionsgemeinschaft, einer ihr zugeordneten Einrichtung oder bei einer Vereinigung erfolgen, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Religion oder Weltanschauung zur Aufgabe gemacht hat, darf der Arbeitgeber auch Daten über die Religion oder Weltanschauung des Beschäftigten erheben, wenn diese unter Beachtung des Selbstverständnisses der jeweiligen Religionsgemeinschaft oder Vereinigung im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht oder nach der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt.

§32a Frage nach Gewerkschaft und Weltanschauung

- (7) Ein Arbeitgeber, dessen Tätigkeit unmittelbar und überwiegend politisch oder koalitionspolitisch ausgerichtet ist oder der Zwecke der Berichterstattung oder Meinungsäußerung verfolgt, auf die Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 des Grundgesetzes Anwendung findet, darf auch Daten über die politische Meinung, Gewerkschaftszugehörigkeit und Weltanschauung des Beschäftigten erheben, wenn diese im Hinblick auf die Ausrichtung und die Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellen.

§32a (8) Datenquellen

- Satz 1: Beschäftigtendaten sind unmittelbar bei dem Beschäftigten zu erheben, soweit sie nicht allgemein zugänglich sind.
- Satz 2: Mit Einwilligung des Beschäftigten darf der Arbeitgeber auch bei Dritten Beschäftigtendaten erheben; der Beschäftigte ist auf Verlangen über den Inhalt der erhobenen Daten zu unterrichten.
- Satz 3: Die Absätze 1 bis 7 bleiben unberührt.

Allgemein zugängliche Quellen

- Allgemein zugänglich sind Daten z. B. dann, wenn sie der Presse oder dem Rundfunk zu entnehmen sind. Auch im Internet bei bestimmungsgemäßer Nutzung für jeden abrufbare Daten sind grundsätzlich allgemein zugänglich. Dieses gilt auch für soziale Netzwerke, soweit lediglich eine Mitgliedschaft, die jeder erlangen kann, Voraussetzung für den Datenabruf ist.
- Sind die eingestellten Daten dagegen nur einem beschränkten Personenkreis zugänglich, z. B. ausgewählten Freunden, liegt eine allgemeine Zugänglichkeit nicht vor.

Einwilligung

- Satz 2 beschränkt die Datenerhebung bei Dritten auf den Fall der Einwilligung des Beschäftigten. Dem Transparenzgebot folgend, gibt der 2. Halbsatz des Satzes 2 dem Beschäftigten einen Anspruch auf Information über die bei Dritten erhobenen Daten.

Keine Erweiterung des Inhalts und Umfangs der Datenerhebung

- § 32a Abs.8 Satz 3 stellt klar, dass die Regelungen nur festlegen, aus welchen Quellen die in den Absätzen 1 bis 7 näher bestimmten Daten erhoben werden dürfen, nicht jedoch Inhalt und Umfang der Datenerhebung erfassen.
- Diese richten sich in jedem Fall nach den Absätzen 1 bis 7. Die dort gesetzten Grenzen werden durch Absatz 8 nicht erweitert.

Einwilligung erweitert nur Quellen nicht Fragerecht

- Die Einwilligung erweitert nicht die Grenzen des Inhalts oder Umfangs der Daten.
- Sie legitimiert lediglich die Datenerhebung bei dem Dritten, nicht aber ein über die Absätze 1 bis 7 hinaus gehendes Fragerecht des Arbeitgebers.
- Sie gibt kein Recht zur Aufforderung zur Vorlage einer unbeschränkten Selbstauskunft nach den §§ 19, 34 BDSG.

§ 4 BDSG

- (1) Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten sind nur zulässig, soweit dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene eingewilligt hat.
- (2) Personenbezogene Daten sind beim Betroffenen zu erheben. Ohne seine Mitwirkung dürfen sie nur erhoben werden, wenn
 - 1. eine Rechtsvorschrift dies vorsieht oder zwingend voraussetzt oder
 - 2.
 - a) die zu erfüllende Verwaltungsaufgabe ihrer Art nach oder der Geschäftszweck eine Erhebung bei anderen Personen oder Stellen erforderlich macht oder
 - b) die Erhebung beim Betroffenen einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde
 - und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass überwiegende schutzwürdige Interessen des Betroffenen beeinträchtigt werden.

§ 32a Verhältnismäßigkeitsprinzip

- (9) Die Datenerhebung ist nur zulässig, wenn Art und Ausmaß im Hinblick auf den Zweck nicht unverhältnismäßig sind.