

2 Entwicklung eines Forschungsdesigns

Im Kapitel zuvor wurde festgestellt, dass PES in der betrieblichen Praxis relevant ist. In diesem Kapitel wird das Forschungsdesign für die Untersuchung entwickelt. Diese Untersuchung fokussiert sich auf das Zusammenspiel von Bewerberdatenschutz, öffentlich-rechtlichen Eingriffen und PES. Dabei stellen sich bei der Entwicklung des Forschungsdesigns mehrere Fragen in der Vorüberlegung:

Was ist Bewerberdatenschutz? Dies wird in Kapitel 2.1 anhand eines Beispiel-Sachverhalts erläutert. Weiterhin stellt sich die Frage, welche rechtliche Motivation zur Durchführung eines PES es gibt. Dies wird anhand von zwei Annäherungen in Kapitel 2.2 bestimmt. In der ersten Annäherung wird hinterfragt, was der Hintergrund für die häufige Nutzung in den USA ist, da dies als Vorbild für die deutschen PES-Maßnahmen gelten könnte. In der zweiten Annäherung wird nicht die Notwendigkeit des PES direkt bestimmt, sondern die Fragen gestellt, ob es zulässig wäre, auf ein PES zu verzichten, und welche Konsequenzen sich daraus ergäben. Anschließend werden in Kapitel 2.3 die juristische Aufsatzliteratur zum PES gesichtet und dabei die wesentlichen Diskussionen zur Begriffsdefinition dargestellt. Aus dieser Diskussion wird in Kapitel 2.4 eine Definition vorgestellt, was im Sinne dieser Untersuchung als PES verstanden wird. Aus den Vorüberlegungen wird in Kapitel 2.5 eine Problembeschreibung abgeleitet, die in Kapitel 2.6 zu einem Forschungsdesign und zum Gang der Untersuchung führt.

2.1 Bewerberdatenschutz

Es ist evident, dass das PES datenschutzrechtliche Fragen aufwirft. Seit 2018 ist das Thema Datenschutz durch die DSGVO in den Fokus der Aufmerksamkeit geraten. Die Auseinandersetzung mit dem Thema Datenschutz in Deutschland ist jedoch um einiges älter: So gab es schon im Jahr 1970 unterschiedliche Datenschutzgesetze.⁶⁵ Richtungsweisend war insofern das sogenannte Volkszählungsurteil 1983, in dem das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als Grundrecht entwickelt wurde.⁶⁶ Es wird damit die Befugnis des Einzelnen gewährleistet, grundsätzlich selbst über die Preis-

⁶⁵ Zum Beispiel DSG Hessen vom 13.10.1970, DSG-RLP 1974, BDSG vom 01.01.1979.

⁶⁶ BVerfGE 65,1; in der Formulierung des Volkszählungsurteils zeigt sich besonders markant zu Beginn die Tragweite (BVerfGE 65, 2): „Die durch dieses Gesetz angeordnete Datenerhebung hat Beunruhigung auch in solchen Teilen der Bevölkerung ausgelöst, die als loyale Staatsbürger das Recht und die Pflicht des Staates respektieren, die für rationales und planvolles staatliches Handeln erforderlichen Informationen zu beschaffen.“

gabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.⁶⁷ Dies bedeutet nicht, dass eine absolute, uneingeschränkte Herrschaft über die eigenen Daten besteht. Der Einzelne ist vielmehr eine sich innerhalb einer sozialen Gemeinschaft entfaltende und auf Kommunikation angewiesene Persönlichkeit. Als Abbild seiner sozialen Realität sind die Daten somit nicht ausschließlich dem Betroffenen zuzuordnen und unterliegen dadurch einem Abwägungsvorbehalt im Spannungsfeld Individuum und Gemeinschaft im Sinne einer Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit.⁶⁸

Konkretisierung erfuhr der Datenschutz nach dem Volkszählungsurteil durch die Neufassungen des BDSG von 1990, 2001 und 2009; das StUG von 1991; die EG-Datenschutzrichtlinie 95/46/EG; die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation 2002/58/EG; das IFG von 2006; die EU-DSGVO 2016/679 und RL EU 2016/280. In der Folge wurden anlässlich des von der DSGVO gesetzten Stichtages zum 25.05.2018 Landes- und Bundesdatenschutzgesetze neu gefasst.⁶⁹

Es gibt somit eine Reihe grundrechtlich geschützter Regelungen, die dem Bürger einen gewissen Schutz seiner persönlichen Daten zugestehen. Besonderheiten existieren im Kontext beruflicher Situationen. Eine gesetzliche Definition des Bewerberdatenschutzes existiert nicht. Diesem Umstand sollte mit dem Beschäftigtendatenschutzgesetz abgeholfen werden, was aber nicht umgesetzt und zugunsten der dabei in Aussicht gestandenen Regulierung durch die DSGVO aufgegeben wurde.⁷⁰ In der DSGVO ist nun in Erwägungsgrund 155 und in Art. 88 eine Öffnungsklausel erwähnt, die es den EU-Mitgliedsstaaten ermöglicht, spezifische Vorschriften für die Verarbeitung personenbezogener Daten im Beschäftigungskontext vorzusehen.⁷¹

67 BVerfGE 65, 1, Rn. 147.

68 BVerfGE 65, 1, Rn. 148.

69 Davor: (Bund) BDSG durch GVBl. I S. 2097 vom 30.06.2017, (Bayern) BayDSG durch GVBl. S. 230 a zum 15.05.2018; danach: (Baden-Württemberg) LDSG durch GVBl. S. 173 am 21.06.2018; dabei wurden auch Ausfüllungen von Spezifizierungsklauseln vorgenommen, die voraussichtlich europarechtswidrig sind; Bsp.: Art. 6 Abs. 3 DSGVO gestattet, dass Erlaubnisatbestände nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 Buchstabe e DSGVO durch den nationalen Gesetzgeber ausgefüllt werden; mit § 4 BDSG wurde die Videoüberwachung geregelt und damit nicht nur die Ausfüllungen nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 Buchstabe e, sondern auch nach Buchstabe f erfasst; es ist damit noch mit Anpassungen zu rechnen; beachte Art. 288 Abs. 2 AEUV: Anwendungsvorrang der DSGVO vor nationalen Regelungen.

70 BT-Drs. 17/69; BT-Drs. 17/4230; Entwicklungsgeschichte Beschäftigtendatenschutzgesetz: <https://bit.ly/3pcYyK6>; Gesetzentwurf erledigte sich am 22.10.2013 mit Ablauf der Wahlperiode (Grundsatz der Diskontinuität); vgl. *Düwell* in *Weth/Herberger/Wächter/Sorge*, 2019, A. I.1.h., Rn. 25–34.

71 Ebenfalls Kollektivvereinbarungen (einschließlich Betriebsvereinbarungen); vgl. dabei zur Verantwortlichkeit von Arbeitgeber und Betriebsrat *Kleinebrink*, 2018, S. 2566–2571.

Dies gilt insbesondere für Zwecke der Einstellung.⁷² Ein ursprünglich ausführlicher Katalog mit konkreten Mindeststandards scheiterte an den sehr auseinanderliegenden Ansichten der Mitgliedsstaaten.⁷³ Die Bundesrepublik Deutschland machte von der Öffnungsmöglichkeit, namentlich in Gestalt des § 26 BDSG, Gebrauch. Dabei wurde jedoch nicht der Bewerberdatenschutz definiert, sondern nur eine Rechtsgrundlage zur Verarbeitung personenbezogener Daten geschaffen. Aus dieser geht hervor, dass bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses personenbezogene Daten von Beschäftigten verarbeitet werden dürfen.⁷⁴ Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis gelten dabei als Beschäftigte.⁷⁵ Durch das grundsätzliche Verbot der Verarbeitung personenbezogener Daten handelt es sich somit um ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.⁷⁶

Im Koalitionsvertrag der aktuellen Regierung wird angeführt, dass die 2020 fällige Evaluation der DSGVO dazu genutzt werden sollte, die Probleme des BDSG erneut aufzugreifen, was jedoch durch die Existenz der europäischen Regelungen kaum mehr in Deutschland allein zu klären sein wird.⁷⁷ Der Beschäftigtendatenschutz pendelt somit aktuell nur in den Bereichen der bereichsspezifischen Regelungsräume aus Kapitel IX DSGVO, dabei insbesondere Art. 88 DSGVO, und den Regelungen zur Rechtmäßigkeit der Verarbeitung aus Art. 6 DSGVO sowie den Beschränkungen nach Art. 23 DSGVO.⁷⁸

Im Kern handelt es sich bei der Bestimmung des Bewerberdatenschutzes um eine Diskussion um die Reichweite des § 26 BDSG.⁷⁹ Diese wurde noch nicht abschließend geführt und ist in Zielrichtung, wesentlichen Themenstellungen und darin festgestellten Problemen noch nicht ausdifferenziert.⁸⁰

Durch die Regelungsstruktur des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt liegt der Fokus dieser Untersuchung somit nicht darauf, die Reichweite des Bewerberdatenschutzes zu bestimmen. Vielmehr erscheint es notwendig, die sich nicht direkt aus dem Datenschutzrecht ergebenden Eingriffe in den Bewerberdatenschutz zu betrachten, wodurch sich im Umkehrschluss die Reichweite des Beschäftigtendatenschutzes ergibt.

⁷² Art. 88 Abs. 1 DSGVO.

⁷³ *Albrecht/Jotzo*, 2017, Teil 9, C, Rn. 6.

⁷⁴ § 26 Abs. 1 BDSG.

⁷⁵ § 26 Abs. 8 S. 2 BDSG.

⁷⁶ *Dendorfer-Ditges* in Moll, 2021, Teil G, § 35, Rn. 251.

⁷⁷ *Hanloser* in Forgó/Helfrich/Schneider, 2019, Rn. 42/43.

⁷⁸ Beachte Art. 6 Abs. 2 u. 3 DSGVO; vgl. *Hanloser* in Forgó/Helfrich/Schneider, 2019, V.1.B, Rn. 5–7, beachte bei Art. 23 Abs. 1 DSGVO insbesondere c–e.

⁷⁹ *Düwell* in Weth/Herberger/Wächter/Sorge, 2019, Teil A, Kap. I, 3, c, Rn. 67–73a.

⁸⁰ Vgl. *Bettinghausen/Wiemers*, 2018, S. 1277–1283; *Dendorfer-Ditges*, in Moll, 2021, Teil G, Rn. 253–282; *Riesenhuber*, in Wolff/Brink, 2020, BDSG, § 26, Rn. 61; *Reiserer/Christ/Heinz*, 2018, 1501–1508, Punkt 5.2.4.

Dies wird anhand des folgenden fiktiven Sachverhalts veranschaulicht:

Person V möchte Vorstand des Kreditinstituts K werden und bewirbt sich auf eine entsprechende Stellenausschreibung. Das Institut führt Tätigkeiten i. S. d. § 32 Abs. 1 S. 1 KWG aus und bedarf mithin der Erlaubnis gem. § 32 KWG. Die Erlaubnis wird versagt, wenn die in § 33 Abs. 1 Nr. 2, 4, 4a, 4b KWG aufgezählten Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Diese korrespondieren mit den Pflichten des Geschäftsleiters aus § 25c KWG im Sinne des § 1 Abs. 2 KWG. Demnach darf eine Person nur zum Geschäftsleiter eines Instituts bestimmt werden, wenn sie für die Leitung des Instituts fachlich geeignet sowie zuverlässig ist und der Wahrnehmung der Aufgaben ausreichend Zeit widmen kann.⁸¹

Das Institut hat der Aufsichtsbehörde, hier der BaFin, und der Deutschen Bundesbank die Absicht der Bestellung eines Geschäftsleiters unverzüglich mitzuteilen. Anzugeben sind dabei diejenigen Tatsachen, die für die Beurteilung der Zuverlässigkeit, der fachlichen Eignung und der ausreichenden zeitlichen Verfügbarkeit für die Wahrnehmung der jeweiligen Aufgaben wesentlich sind, sowie das Ergebnis der Beurteilung dieser Kriterien durch das anzeigende Institut.⁸² Dabei ist sowohl das Einreichungsverfahren als auch der Inhalt festgelegt.⁸³

Es wird zudem detailliert vorgeschrieben, welche Inhalte und Darstellungen der der Meldung beigelegte Lebenslauf des zu bestellenden Geschäftsleiters haben muss.⁸⁴ Im Lebenslauf müssen die internen Entscheidungskompetenzen bei allen bisherigen im Berufsleben vorhandenen Arbeitstätigkeiten aufgeführt werden.⁸⁵ Es ist eine ausführliche Erklärung zur Freiheit von Verfahren in straf-, ordnungs-, gewerbe- und insolvenzrechtlicher Hinsicht abzugeben, die über das Maß dessen hinausgeht, was nach § 53 BZRG nicht angegeben werden müsste.⁸⁶ Dabei müssen Auszüge aus dem polizeilichen Führungszeugnis und aus dem Gewerbezentralregister vorgelegt werden.⁸⁷ Es erscheint aus Sicht des Gesetzgebers zwingend notwendig, Sippenangaben zu machen. Diese erfolgen durch Erklärungen, welche die Person abzugeben hat.⁸⁸ Dies betrifft Verbindungen mit Angehörigen in Leitungs- und Aufsichtsfunktionen bei Mutter- und Tochterunternehmen.⁸⁹ Der Geschäftsleiter muss Mandate und weitere Tätigkeiten bei

81 § 25c Abs. 1 S. 1 KWG.

82 § 24 Abs. 1 Nr. 1 KWG.

83 § 24 Abs. 4 KWG i. V. m. §§ 1 ff. AnzV; vgl. zur Privilegierung der Meldungen bei Instituten im genossenschaftlichen Prüfungsverband § 1 Abs. 2 AnzV.

84 § 5a Abs. 1 u. 2 AnzV.

85 § 5a Abs. 3 AnzV.

86 § 5b Abs. 1 S. 2 AnzV.

87 § 5c Abs. 1 AnzV; § 5d Abs. 1 AnzV.

88 § 5b Abs. 2 Nr. 1 u. 2 AnzV.

89 Ebenda.

anderen Unternehmen offenlegen und Angaben zu Tatsachen machen, die zur Beurteilung der zeitlichen Verfügbarkeit für die Wahrnehmung der Tätigkeit wesentlich sind; dies schließt auch Ehrenämter ein.⁹⁰ Es ist somit eine Reihe an Anforderungen vorhanden, die sowohl der Geschäftsleiter V, das Institut K als auch die Angehörigen A des Geschäftsleiters zwingend hinzunehmen haben.

Dass dies unproblematisch ist, darf bezweifelt werden. Ausweislich Art. 7 DSGVO muss der Verantwortliche nachweisen können, dass die betroffene Person in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten eingewilligt hat. Die rechtliche und die praktische Möglichkeit der Verweigerung der Einwilligung unter Aufrechterhaltung des Ziels der Beschäftigung in dieser Position schließen sich gegenseitig aus, sodass eine tatsächliche Freiwilligkeit zweifelhaft ist.⁹¹

Dem Argument, dass in zeitlichen Vorgriff einer noch durchzuführenden Meldepflicht ein PES zumindest zu diesen Inhalten vorgenommen wird, kann aus Bewerberdatenschutzsicht kaum widersprochen werden. Anders verhält es sich, wenn noch mehrere Bewerber für die Stelle vorgesehen sind und die Bindungswirkung zwischen PES und Meldepflicht unbestimmter ist. Es wäre damit das Argument möglich, dass die Datenerhebung der Behörde aufgrund der Meldepflicht die zulässigen Möglichkeiten der Datenerhebung in einem PES erweitert. Das heißt, dass bei der Prüfung der Wirkung des Bewerberdatenschutzes vorrangig zu prüfen ist, welche öffentlich-rechtlichen Eingriffe im jeweiligen Beruf oder in der jeweiligen Tätigkeit vorliegen. Damit ergibt sich die Frage, was als ein solcher Eingriff in einem Bewerbungsverfahren gesehen werden könnte.

2.2 Rechtliche Motivation für ein PES

2.2.1 Negligent Hiring als Auslöser von PES in den USA

In den USA ist das PES wie bereits erwähnt eine Standardmaßnahme.⁹² Dabei unterliegen Unternehmen dem Haftungsregime der fahrlässigen Einstellung, dem sog. Negligent Hiring.⁹³ Nach US-amerikanischem Recht haftet der Arbeitgeber als Geschäftsherr, wenn ein von ihm nicht eingehend geprüfter und mithin fahrlässig eingestellter Mitarbeiter einen Schaden verursacht.⁹⁴

Eine fahrlässige Einstellung zu verhindern wird in Befragungen als Hauptgrund genannt, wieso ein PES durchgeführt wird und indiziert auch

⁹⁰ § 5b Abs. 2 Nr. 3–5 AnzV.

⁹¹ Kania/Sansone, 2012, S. 360–364; ausführlicher zur Einwilligung des Bewerbers: Forst, 2010, S. 427–430, Riesenhuber, 2011, S. 257–261.

⁹² Vgl. Kap. 1.1.

⁹³ Kuzmits et al., 1991, S. 203.

⁹⁴ Fay/Patterson, 2018, Kap. 14, S. 276.