

Inhaltsverzeichnis

<i>Vorwort</i>	17.
<i>Übersicht der verkürzt zitierten Kommentarliteratur</i>	19

KAPITEL I

Die bei der Personalgewinnung ineinandergreifenden Regelungsbereiche

21

A Der zu betrachtende Rechtsrahmen

21

1 Berufsfreiheit für Arbeitnehmer und Arbeitgeber

21

2 Persönlichkeits-, Wettbewerbs-, Diskriminierungs- und Verbraucher- schutz

22

2.1 Das Miteinander der Schutznormen

22

2.2 Nachfragewerbung (active sourcing)

24

3 Konkurrentztätigkeit und arbeitsvertragliche Treuepflicht

25

3.1 Konkurrenzverbot während des Beschäftigungsverhältnisses

25

3.2 Vertragliche Absicherung des Konkurrenzverbots

26

3.3 Konkurrenzverbot nach Ende des Beschäftigungsverhältnisses

26

B Einschränkungen von Datenverwendungen beim Arbeitgeber- wechsel infolge Geheimhaltungspflichten

27

1 Allgemeines

27

2 Geheimhaltungspflichten des Beschäftigten im Interesse des ehemaligen Arbeitgebers

27

2.1 Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse (GeschGehG)

27

2.2 Verwendung erworbener spezifischer Berufserfahrung

28

2.3 Das UrhG

29

2.4 Das Dienstgeheimnis (u. a. § 67 BBG)

29

3 Geheimhaltungspflichten im Interesse von Betroffenen

29

3.1 Allgemeines

29

3.2 Das Datengeheimnis (§ 53 BDSG)

30

3.2.1 Regelung der Vertraulichkeitspflicht

30

3.2.2 Umfang der Vertraulichkeitspflicht

30

3.2.3 Durchführung der Verpflichtung

31

3.3 Im Schutzinteresse des Betroffenen bestehende Berufsgeheimnisse (§203 StGB)

31

3.4 Das Fernmeldegeheimnis (§ 3 TDDSG)

32

3.5	Weitere zu wahrende »Geheimnisse«	32
C	Zulässigkeitsvorgaben bei An-/Abwerbung von Personal nach der DS-GVO und dem BDSG	33
1	Allgemeines	33
2	Verbot mit Erlaubnisvorbehalt	33
2.1	Allgemeines	33
2.2	Datenschutz bei active sourcing nach Art. 6 DS-GVO	34
2.3	Die Subsidiarität des § 26 BDSG (§ 1 Abs. 2 S. 1 BDSG)	36
3	Zulässigkeit der Verarbeitung besonderer Kategorien von Beschäftigtendaten (Art. 9 Abs. 2 lit. h und 10 DS-GVO; § 26 Abs. 1 S. 2 und Abs. 3 S. 1 BDSG; § 75 Abs. 1 BetrVG; § 1 AGG)	37
3.1	Allgemeines	37
3.2	Besondere Kategorien nach Art. 9 Abs. 2 lit. h, Art. 6 DS-GVO und § 26 Abs. 1 S. 2 und Abs. 3 S. 1 BDSG	38
3.3	Sonderregelung für Vorstrafen in Art. 10 DS-GVO und § 26 Abs. 1 S. 2 BDSG	39
3.4	Diskriminierungsschutz nach dem AGG	40
3.4.1	Allgemeines	40
3.4.2	Mitteilung der Ablehnungsgründe	41
3.4.3	AGG-Hopping	42
3.5	Der Schutzauftrag des Betriebsrats	43
3.5.1	§ 75 BetrVG	43
3.5.2	Datenschutzaufträge nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ...	46
3.5.3	Mitbestimmung nach BetrVG bzw. kollektiv-rechtlicher Vereinbarung	46
D	Beschäftigten-/Verbraucherschutz bei der An-/Abwerbung nach UWG und UklaG	48
1	Allgemeines	48
2	Verbraucher-/Beschäftigtendatenschutz nach dem UWG	49
2.1	Allgemeines	49
2.2	UWG-Verbote haben Vorrang vor DS-GVO-Erlaubnissen	49
2.3	Keine Individualabwehransprüche von Beschäftigten aus dem UWG	50
2.4	Der Schutzauftrag an die Gewerkschaften	50
3	Verbraucher-Beschäftigtendatenschutz nach dem UKlaG	51
3.1	Allgemeines	51
3.2	Vorgehen gegen Datenschutzverstöße	52
4	Europarechtskonformität von Verbandsklagen	52

KAPITEL II

Einzelaspekte der Gewinnung und Auswahl von Bewerbern	53
A Datenverarbeitungen im Vorfeld des »active sourcings«	53
1 Art. 6 DS-GVO als Erlaubnistatbestand	53
2 Nutzung zur Anwerbung bestimmter Daten	53
3 Nutzung von mit anderweitiger Zweckbestimmung gespeicherten Daten	55
4 Bewertungsportale	56
4.1 Allgemeines	56
4.2 Bewertungsportale für Beschäftigte	57
5 Die Widerspruchs-/Untersagungsrechte nach Art. 21 DS-GVO	58
5.1 Allgemeines	58
5.2 Allgemeines Widerspruchsrecht bei Verarbeitungen nach Art. 6 Abs. 1 lit. e und f DS-GVO (§ 21 Abs. 1 BDSG)	58
5.3 Widerspruchsrecht bei Datenverarbeitung zwecks Direktwerbung (Art. 2 Abs. 2 DS-GVO)	59
5.4 Informationspflicht über das Widerspruchsrecht (Art. 21 Abs. 4 DS-GVO)	60
5.4.1 Allgemeines	60
5.4.2 Zeitpunkt der Information	60
B Bewerberdatenverarbeitungen kraft Einwilligung (Art. 4 Nr. 11; Art. 7 DS-GVO; § 26 Abs. 2 BDSG)	60
1 Vorgaben der DS-GVO	60
1.1 Allgemeines	60
1.2 Einwilligung als doppelte Absicherung	61
1.3 Widersprüchliches Verhalten	61
1.4 Hinweis auf die Folgen der Verweigerung	62
1.5 Beendigung der Einwilligung	62
1.6 Ausschluss der Einwilligung	62
2 Anforderungen im Beschäftigungsverhältnis (§ 26 Abs. 2 BDSG)	63
2.1 Grundsätzliche Zulässigkeit	63
2.2 Ergänzende Anforderungen für Beschäftigtendatenverarbeitungen	63
2.2.1 Allgemeines	63
2.2.2 Form der Erklärung im Beschäftigungsverhältnis	63
2.2.3 Information über Zweck und Widerrufsrecht	64
2.3 Freiwilligkeit im Beschäftigungsverhältnis	64

3	Nicht einwilligungsfähige Tatbestände	65
3.1	Allgemeines	65
3.2	Künstliche Intelligenz	66
4	Entgegenstehende Betriebsvereinbarung	67
5	Die Einwilligung als »conditio sine qua non« der arbeitsvertraglichen Beziehungen	67
C	Das Anbahnungsverhältnis als vorvertragliches Schuldverhältnis	68
1	Allgemeines	68
1.1	Das vorvertragliche Schuldverhältnis	68
1.2	Generelles zum Informationsbedarf des Arbeitgebers (§ 26 BDSG)	68
1.3	Die Eignung als maßgebendes Auswahlkriterium	69
1.4	Zeitpunkte der Erforderlichkeit der Datenerhebung	70
1.5	Informationsinteresse vor und nach der Begründung des Beschäftigungsverhältnisses	70
1.6	Die »subjektive« Personalentscheidung	71
1.6.1	Der Spielraum der Vertragsfreiheit	71
1.6.2	Beispiele	71
2	Die rechtlichen Vorgaben bei der Datenerhebung	72
2.1	Fragerecht und Offenbarungspflicht	72
2.1.1	Die Frage-/Datenerhebungsbefugnis	72
2.1.2	Offenbarungspflichten	73
2.2	Freiwillig ungefragt (aufgedrängt) zur Verfügung gestellte Daten	75
2.2.1	Stillschweigende Einwilligung	75
2.2.2	Unzulässige indirekte Diskriminierung	75
3	Anfechtung und Recht zur Unwahrheit	75
3.1	Allgemeines	75
3.2	Anfechtung des Abschlusses eines Arbeitsvertrags	76
3.3	Wegfall der Anfechtungsmöglichkeit	77
3.4	Recht zur Unwahrheit	78
D	Die Digitalisierung der Bewerbung	78
1	Allgemeines	78
2	E-Recruiting	79
3	Datenpool an potenziell Einzustellenden	80
4	Videointerviews	81
4.1	Allgemeines	81

4.2	Zeitversetztes, automatisiert geführtes Interview mit Aufzeichnung	81
4.3	Sprachgebrauchsanalyse (Keywordspotting)	82
4.3.1	Allgemeines.	82
4.3.2	Profiling per Sprachanalyse.	82
E	Transparenz bei Direkt- und Dritterhebung (Art. 13, 14, 34 DS-GVO, § 4 BDSG).....	84
1	Allgemeines	84
1.1	Vorrang der Direkterhebung	86
2	Der Vorgang der »Erhebung« von Daten.....	86
3	Die Informationspflichten im Einzelnen.....	87
3.1	Die Grundinformation bei der Direkterhebung (Art. 13 Abs. 1 DS-GVO)	87
3.2	Zusatzinformationen bei der Direkterhebung (Art. 13 Abs. 2 DS-GVO)	89
3.3	Informationen bei der Dritterhebung (Art. 14 DS-GVO).	91
3.4	Informationen bei Zweckänderung und Übermittlung (Art. 13 Abs. 3; Art. 14 Abs. 4 DS-GVO)	91
3.4.1	Direkterhebung	92
3.4.2	Dritterhebung.	93
3.5	Nachweispflicht	94
3.6	Die Information als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung	94
3.7	Sanktionen	95
4	Ausnahmen von den Informationspflichten	95
4.1	Ausnahmen nach der DS-GVO	95
4.2	Ergänzende Ausnahmen nach dem BDSG	96
4.2.1	Die im Beschäftigungsverhältnis relevanten Ausnahmen nach § 29 BDSG	96
4.2.2	Die im Beschäftigungsverhältnis relevanten Ausnahmen nach § 32 BDSG	97
4.2.3	Die im Beschäftigungsverhältnis relevanten Ausnahmen von Art. 14 DS-GVO in § 33 BDSG.	99
F	Die Beendigung des Bewerbungsverhältnisses	100
1	Verfahren mit den Bewerbungsunterlagen	100
1.1	Verarbeitung im Bewerbungsverfahren	100
1.1.1	Allgemeines.	100
1.1.2	Weitergabe im Konzern.	100
1.2	Positiver Ausgang der Bewerbung.	101
1.3	Nichtzustandekommen der Einstellung	102
1.3.1	Allgemeines.	102

1.3.2	Recht auf Datenübertragung	103
1.3.3	Initiativbewerbung	104
1.4	Begründung der Nichteinstellung	104
1.5	Vorlage an den Betriebsrat	105
2	Vereinbarte Aufrechterhaltung der Bewerbung für zukünftige Stellenbesetzungen	106
2.1	Allgemeines	106
2.2	Bewerberpool und Bewerbungsportal	106
2.3	Bewerbermanagementsystem	107
 KAPITEL III 		
	Unlautere wettbewerbliche Handlungen bei der Personalgewinnung nach dem UWG	111
A	Unzulässigkeit der Ab-/Anwerbung nach dem UWG	111
1	Allgemeines	111
1.1	Verhaltensregelungen nach DS-GVO, UWG und UKlaG	111
1.1.1	Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten	111
1.1.2	Das UWG	112
1.1.3	Das UKlaG	112
1.1.4	DS-GVO und UWG	112
1.2	Die Unlauterkeitstatbestände des UWG	114
1.2.1	Verwerfliche Zwecke	114
1.2.2	Verwerfliche Mittel und Methoden	115
1.3	Unzulässige »belästigende« Ansprache am Arbeitsplatz (§ 7 UWG)	116
1.3.1	Allgemeines	116
1.3.2	Konsequenzen gegenüber dem »Abwerber«	117
2	Die vom UWG »Geschützten«	119
2.1	Allgemeines	119
2.2	Beschäftigte in der Funktion als Verbraucher	119
2.2.1	Der Regelfall	119
2.2.2	Ausnahme: Sonstige Marktteilnehmer	119
2.3	Schutz des Arbeitgebers als Mitbewerber	120
2.3.1	Eingriffe in Rechtspositionen	120
2.3.2	Beispiele	121
2.4	Abwerbung durch abwanderungswillige Kollegen	121

B Die Arten der werblichen Ansprache und ihre wettbewerbsrechtliche Bewertung im Einzelnen	122
1 Allgemeines	122
2 Die persönliche, unmittelbare Kontaktaufnahme	122
2.1 Ansprechen in der Öffentlichkeit	122
2.2 Aufsuchen in der Wohnung	123
2.3 Aufsuchen am Arbeitsplatz	123
3 Brieflicher Kontakt	124
3.1 Umadressierte Post (Briefkastenwerbung)	124
3.2 Adressierte Briefkastenwerbung	124
3.2.1 Allgemeines	124
3.2.2 Briefwerbung an die Privatadresse	124
3.2.3 Briefwerbung an die dienstliche Adresse	124
4 Telefonische Kontaktaufnahme (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG)	125
4.1 Allgemeines	125
4.2 Beschäftigte als Marktteilnehmer	125
4.2.1 Anruf bei zu vermutender Einwilligung	125
4.2.2 Die mutmaßliche Einwilligung	126
5 Werbung mit automatischen Anrufmaschinen, Faxgeräten oder elektronischer Post (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG)	127
5.1 Erforderlichkeit der Einwilligung	127
5.2 Möglichkeit der Einholung der Einwilligung	128
5.3 Keine elektronische Ansprache zwecks Abgabe der Einwilligung ...	128

KAPITEL IV

Gesetzliche und vertragliche Verbote von Konkurrenztätigkeit nach BGB und HGB

A Konkurrenzverbote für Beschäftigte	131
1 Gesetzliches Wettbewerbsverbot im laufenden Arbeitsverhältnis	131
1.1 Die arbeitsvertragliche Treuepflicht	131
1.2 Umfang und Konsequenz des Wettbewerbsverbots	132
1.2.1 Die Allgemeine Verhaltenspflicht	132
1.2.2 Verbot von »Nebentätigkeiten« aus Gründen des Gesundheitsschutzes	135
1.3 Fortgeltung nach Kündigung mit Freistellung	135
1.4 Fortbestand bei »schwebender« Vertragsgeltung	135
1.5 Das Ausscheiden vorbereitende Handlungen	136

1.6	Fortführung des gesetzlichen Wettbewerbsverbots nach Ende des Beschäftigungsverhältnisses	137
1.7	Vorvertragliche Option auf Erteilung eines Wettbewerbsverbots	137
1.8	Bedingtes Wettbewerbsverbot	138
1.9	Aufhebung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes	139
1.9.1	Einvernehmliche Regelung	139
1.9.2	Beendigung durch den Beschäftigten	139
1.9.3	Beendigung durch den Arbeitgeber.	139
2	Nachvertragliches Wettbewerbsverbot	140
2.1	Vorbemerkungen	140
2.1.1	Allgemeines.	140
2.1.2	Verbot nachvertraglicher Wettbewerbsverbote für Auszubildende.	141
2.1.3	Nichtige und unverbindliche nachvertragliche Wettbewerbsvereinbarungen.	141
2.2	Rechtliche Anforderungen an ein verbindliches Wettbewerbsverbot	143
2.2.1	Allgemeines.	143
2.2.2	Zweifelsfreie, eindeutige Regelung.	143
2.2.3	Interessenabwägung	143
2.2.4	Wettbewerbsverbot ohne eindeutige Regelung.	144
3	Der Bestand nachvertraglicher Wettbewerbsverbote.	145
3.1	Allgemeines	145
3.2	Lossagung durch den Arbeitnehmer	145
3.3	Kündigung durch den Arbeitgeber.	146
3.4	Verstoß des Arbeitgebers gegen seine Pflicht aus dem Wettbewerbsverbot.	146
4	Vereinbarung einer Vertragsstrafe.	146
B	Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots mit dem konkurrierenden Mitbewerber	147
1	Beschäftigung unter Verstoß gegen das für den Beschäftigten bestehende Wettbewerbsverbot.	147
2	Vereinbarung der Nichtbeschäftigung mit dem Mitbewerber.	148
3	Ansprüche des Arbeitgebers gegen den »Abwerber«	149
3.1	Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche.	149
3.2	Schadenersatzansprüche.	149
3.3	Beschäftigungsverbot.	149

KAPITEL V

Das Geschäftsgeheimnis bei der An-/ Abwerbung von Geheimnisträgern	151
A Gegenstand und Schutzziel des GeschGehG (§ 2 Nr. 1 GeschGehG)	151
1 Allgemeines	151
2 Der Schutzgegenstand	152
2.1 Abgrenzungen	152
2.2 Die Geheimhaltung	154
2.3 Die Gewichtung der Abwehrmaßnahmen	154
3 Die Schutzmaßnahmen	155
3.1 Allgemeines	155
3.2 Das Maßnahmenziel	155
4 Der Schutz- und Abwehrmaßnahmenkatalog	156
5 Parallelitäten mit der DS-GVO	157
B Umsetzung und Absicherung der Vertraulichkeits- verpflichtung	158
1 Verdeutlichung des Schutzwillens	158
2 Haftung des Rechtsverletzers	159
2.1 Zivilrechtliche Haftung	159
2.2 Strafrechtliche Konsequenzen	159
2.3 Lauterkeitsrechtliche Sanktion	159
C Strafrechtliche Konsequenzen des Geschäftsgeheimnisverrats im Einzelnen	160
1 Allgemeines	160
2 Zum Regelungsinhalt des § 23 UWG	161
2.1 Relatives Antragsdelikt (Abs. 8)	161
2.2 Geheimnisverletzung (Abs. 1)	162
2.3 Geheimnishehlerei (Abs. 2)	162
D Kein Geschäftsgeheimnisschutz vor Whistleblowern	162
1 Ausnahmen	162
2 Aufdeckung von Fehlverhalten/Whistleblower (§ 5 Nr. 2)	163

KAPITEL VI

Der für die Verarbeitung von Bewerberdaten nach DS-GVO, BDSG, BBG, AGG, GenDG, GeschGehG sowie BetrVG/BPersVG relevante Datenkatalog.

165

A Gesetzliche Vorgaben. 165

1 Allgemeines 165

2 § 26 BDSG 166

3 Einschaltung der Arbeitsverwaltung oder von Headhuntern 166

3.1 Bewerberstatus bei Headhuntervermittlungen 166

3.2 Zusammenführung von Arbeitgeber und Bewerber 167

3.3 Fazit 167

4 Datenquellen 167

5 Verfahrensangepasstes Vorgehen 168

6 Background-Checks 168

6.1 Erforderlichkeit 168

6.2 Keine Ausweitung des Datenerhebungsrechts 168

7 Transparenz/Vertraulichkeit 170

8 Ablauf des Personalauswahlverfahren 170

9 Rechtsmissbrauch 171

B Der Katalog der für die Einstellungsentscheidung relevanten Datenerhebungen (geordnet in alphabetischer Reihenfolge) 172

1 Adresse/Kontaktdaten 173

2 Alkohol-/Drogenabhängigkeit 173

3 Alter 175

4 Arbeitgeberauskünfte 176

5 Ärztliche Untersuchung 178

6 Astrologie 179

7 Aussehen/Lichtbild 179

8 Besondere Kategorien personenbezogener Daten (Art. 9 DS-GVO; § 26 Abs. 3 BDSG) 180

9 Biometrische Daten	181
10 Branchenankunftsdienste	182
11 Corona-Test/Impfstatus	183
12 Ehrenämter/Hobbys/Freizeitbetätigung	185
13 Elternzeit	186
14 Empfehlungsschreiben	187
15 Ethnische Herkunft/Deutsche Sprachkenntnis	187
16 Familienstand/Kinder	188
17 Freiheitsstrafe, anzutretende	189
18 Führerschein/sonstige arbeitsbedingte Prüfungen/Erlaubnisse	189
19 Gehalt	190
20 Genetische Merkmale	191
21 Geschlecht	192
22 Gesundheit/bevorstehende Fehlzeiten	194
23 Gewerkschaftsmitglied	195
24 Grafologie	195
25 HIV-Test	196
26 Lebenslauf	197
27 Mobilität	198
28 Motive für die Bewerbung	198
29 Nebentätigkeiten	199
30 Persönliche Stärken und Interessen	199
31 Politische Betätigung	199
32 Psychologische Testverfahren	200
33 Referenzen	201

34 Religion/Weltanschauung	201
35 Scientology	203
36 Schufa-Auskunft/Auskunfteien	203
37 Schwangerschaft /Elternzeit	204
38 Schwerbehinderteneigenschaft	205
39 Sprachanalysen	208
40 Staatliche Sicherheits- und Zuverlässigkeitsprüfungen	209
41 Terrorlisten und Bewerber screening	210
42 Vermögensverhältnisse	211
43 Vorbeschäftigungen	212
44 Vorstrafen	212
45 Wettbewerbsverbote	214
46 Wohnsitz und Arbeitsort	215
47 Zeugnisse/Auskünfte	215

217

Anhang

<i>Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Verarbeitung von Arbeitnehmerdaten im Vorfeld der Einstellung</i>	217
<i>Stichwortverzeichnis</i>	235