

III. Das PES-Modell im deutschen Recht

Die praktische Umsetzung des risikobasierten PES-Modells wirft unweigerlich rechtliche Fragen auf. Diese sind im Folgenden zur aktuellen Rechtslage in Deutschland dargestellt. Dabei wurde der Weg gewählt, den PES-Prozess nach einer kurzen rechtlichen Einordnung, Schritt für Schritt aus juristischer Sicht zu beleuchten, um systematisch den im jeweiligen Prozessschritt „Prepare“, „Plan“, „Search“, „LÖOp“ und „Decide“ auftretenden Rechtsfragen nachgehen zu können.

1. Rechtliche Einordnung

Das deutsche Arbeitsrecht als Sonderprivatrecht der Arbeitnehmer ist nicht kodifiziert. Das bedeutet, dass es kein einheitliches „Arbeitsgesetzbuch“ gibt, es ist auf eine Vielzahl von Gesetzen zurückzugreifen. Grundsätzlich lässt sich das Arbeitsrecht in drei große Bereiche einteilen:

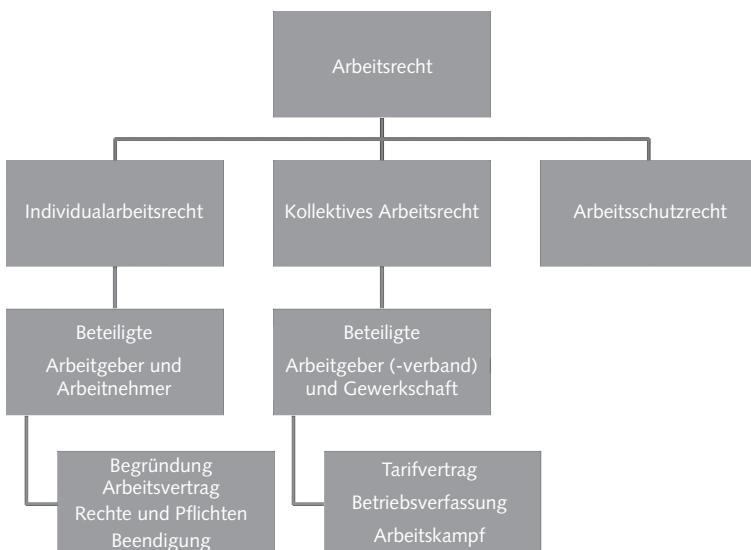


Abbildung 5: Strukturelle Übersicht Arbeitsrecht

III. Das PES-Modell im deutschen Recht

Schon die Aufnahme von (Arbeits-)vertragsverhandlungen begründet nach § 311 Abs. 2 BGB ein sogenanntes vorvertragliches Schuldverhältnis. Es entstehen schon jetzt für beide Seiten nach § 241 Abs. 2. BGB Pflichten. Insbesondere sind hier auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des jeweils anderen Teils Rücksicht zu nehmen. Bei einer Verletzung dieser Pflichten können Schadenersatzansprüche geltend gemacht werden. Es ist gängige Rechtsprechung, dass die speziell arbeitsvertraglichen Schutzpflichten und die arbeitsrechtlichen Haftungsgrundsätze anwendbar sind.³² Gerade die Bewerbungsphase ist von gegenläufigen Interessen geprägt. Der Arbeitgeber hat ein virales Interesse daran, möglichst alles über den potentiellen Kandidaten zu erfahren, während der Bewerber seine Privatsphäre schützen will bzw. sich im besten Licht darstellen möchte. Die Arbeitsrechtsprechung hat hier ein gut austariertes System von zulässigen und unzulässigen Fragen entwickelt. Auf eine unzulässige Frage gibt es das „Recht auf Lüge“. Umgekehrt, auf eine zulässige Frage muss auch wahrheitsgemäß geantwortet werden. Gerade im Bereich des PES stellen sich besondere datenschutzrechtliche Fragen und Probleme, die im Folgenden anhand der einzelnen Phasen des PES dargestellt werden.

2. Prepare: Betriebsverfassung und Einwilligung

In der zu erstellenden Screeningdirektive müssen die rechtlichen Grundlagen, insbesondere die des Datenschutzes aber auch die Besonderheiten der Betriebsverfassung beachtet werden.

2.1 Betriebsverfassung

Das Ziel von PES ist es, das „menschliche“ Risiko für sensitive und verantwortungsvolle Positionen im Unternehmen zu minimieren. Im weitesten Sinne ist daher PES verantwortungsvolle Unternehmensführung. Es stellt sich damit die Frage, ob und inwieweit Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates existieren. Die Einführung von PES könnte als Unternehmensphilosophie ausgelegt werden. Nach gefestigter Literatur- und Rechtsprechungsmeinung unterliegen solche Richtlinien nicht der Mitbestimmung.³³ Die Entscheidung PES einzuführen geht jedoch über die allgemeinen Unternehmensziele hinaus. Richtlinien über die personelle Auswahl bei

32 Vgl. BAG, Urteil v. 24.1.1974, 3 AZR 488/72.

33 Vgl. Reinhard, (Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei der Implementierung von Unternehmens-, insbesondere Verhaltensrichtlinien) NZA 2016, 1233, 1234 m. w. N.

Einstellungen, Versetzungen, Umgruppierungen und Kündigungen sind gemäß § 95 BetrVG mitbestimmungspflichtig.³⁴ Solche abstrakt-generellen Bestimmungen dienen dazu, die fachlichen, persönlichen und sozialen Gesichtspunkte zu gewichten und so diejenigen Bewerber zu ermitteln, die eingestellt werden sollen. Im Umkehrschluss bedeutet dies aber, dass eine Entscheidung, im konkreten Einzelfall PES durchzuführen, nicht mitbestimmungspflichtig ist.

2.2 Zeitpunkt der Einwilligung

Insbesondere sind hier die Eckpunkte der erforderlichen Einwilligung der Bewerber festzuschreiben. Nach § 4 Abs. 1 i. V. m. § 4 a BDSG ist eine Erhebung personenbezogener Daten dann zulässig, wenn der Betroffene einwilligt. Dies gilt auch bezüglich der besonderen Daten des § 3 Abs. 9 BDSG.

Einwilligung bedeutet vorherige Zustimmung. Dies hat bei einer Bewerbung zur Folge, dass bevor das PES durchgeführt werden kann, die Einwilligung einzuholen ist.

2.3 Schriftform

Allerdings ist Schriftform erforderlich. Bei einer Online-Bewerbung ist dieses Formerfordernis nicht gegeben. Das bedeutet, dass die Einwilligungserklärung zum Download bereitgestellt werden muss, die der Bewerber sodann unterschrieben übermittelt. Eine PDF-Datei oder Faxrücksendung reicht nicht aus.

2.4 Inhalt

Der Bewerber muss im Einzelnen wissen, in was er einwilligt. Daher müssen die vorhandenen Informationen ausreichend sein, um die Bewerber in die Lage zu versetzen, die verlangte Erklärung einordnen und deren Bedeutung überblicken zu können.³⁵ Die Bewerber sind also auf den vorgesehenen Zweck der Erhebung, die Verarbeitung oder die Nutzung sowie – so weit nach den Umständen des Einzelfalles erforderlich oder auf Verlangen – auf die Folgen der Verweigerung der Einwilligung hinzuweisen. Es müssen also insbesondere Intensität und Reichweite einer Recherche in Social Media dargestellt und erläutert werden. Soweit besondere Arten personen-

34 Vgl. Mengel in: (Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 2016) § 39 Rn. 81.

35 Vgl. Hexel in: (Thüsing/Wurth, Social Media im Betrieb, 2016) III. Nutzungen durch den Arbeitgeber, Rn. 23.

bezogener Daten erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, muss sich die Einwilligung darüber hinaus ausdrücklich auf diese Daten beziehen. Hierunter fallen etwa Angaben über politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen, Gewerkschaftsangehörigkeit und die Gesundheit.³⁶

2.5 Freiwilligkeit

In der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr wird unter Einwilligung jede Willensbekundung, die ohne Zwang für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt, bezeichnet. Freiwilligkeit insoweit bedeutet damit eine Erklärung ohne Zwang.

Diese Interpretation ist jedoch zu eng. Hierzu gibt es verschiedene Stellungnahmen der deutschen und europäischen Datenschutzbehörden, wonach eine Einwilligungserklärung dann nicht freiwillig ist, wenn ein faktisches Ungleichgewicht besteht.³⁷ Ob in einer Bewerbungssituation ein solches Ungleichgewicht besteht, ist durchaus denkbar. Gerade die Sorge des Bewerbers, bei einer Verweigerung der Einwilligung im weiteren Bewerbungsverfahren nicht berücksichtigt zu werden, darf bei der Abwägung nicht außen vor bleiben. Das Ergebnis einer solchen Auslegung würde aber dazu führen, die Wirksamkeit einer Einwilligung in PES zu verneinen. Dies lässt die Interessen des Arbeitgebers unberücksichtigt und geht an der Wirklichkeit vorbei. Mithin ist zu dem Schluss zu gelangen, dass zumindest an der Freiwilligkeit die Wirksamkeit der Einwilligung in PES nicht scheitert.

3. Plan

Im Schritt „Plan“ wird ein Risikoprofil der zu besetzenden Positionen erstellt. Aus diesem Risikoprofil werden die Breite und die Tiefe des Screenings abgeleitet. Zudem werden Red Flags festgelegt. Daher ist die Kenntnis, welche „Lebensbereiche“ (Risikodimensionen) durchleuchtet werden dürfen unabdingbar.

36 Vgl. Forst (Bewerberauswahl über soziale Netzwerke im Internet) NZA 2010, 427, 429.

37 Vgl. Hexel in: (Thüsing/Wurth, Social Media im Betrieb, 2016) III. Nutzungen durch den Arbeitgeber, Rn. 24.

3.1 Allgemeines Persönlichkeitsrecht

Das nach den Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht (APR) umfasst den Schutz der engeren persönlichen Lebenssphäre, also die Privat- und Intimsphäre.³⁸ Die Grundrechte, konzipiert als Abwehrrechte gegen den Staat, entfalten gerade im Arbeitsrecht eine mittelbare Drittewirkung.³⁹ Das bedeutet, dass sich arbeitsrechtlicher und verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz gegenseitig ergänzen und nicht strikt voneinander getrennt werden können.⁴⁰ Dies zwingt den Arbeitgeber zu einer Abwägung kollidierender Grundrechte der Bewerber.

3.2 Informationelle Selbstbestimmung

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist eine besondere Ausformung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Es handelt sich hierbei um ein Selbstbestimmungsrecht über personenbezogene Informationen.⁴¹ Jeder Menschen steht hiernach die Befugnis zu, grundsätzlich selbst über Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen. Da der Grundrechtsschutz, wie ausgeführt, nur gegen Eingriffe des Staates gerichtet ist, stellt sich die Frage, inwieweit das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gegenüber Privaten gilt. Zudem ist die Sammlung von Informationen durch Private ja ebenfalls grundrechtlich geschützt.⁴² Um dieses Dilemma aufzulösen, hat der Gesetzgeber das BDSG erlassen.

In § 1 Abs. 1 BDSG heißt es:

„Zweck dieses Gesetzes ist es, den Einzelnen davor zu schützen, dass er durch den Umgang mit seinen personenbezogenen Daten in seinem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt wird.“

3.3 Bundesdatenschutzgesetz⁴³

Es gibt weder für die Nutzung von Social Media noch für PES spezielle datenschutzrechtliche Bestimmungen. Es gab zwar Bestrebungen für ein

38 Vgl. Di Fabio (Maunz/Dürig, Grundgesetz 2016) Art. 2 Rn. 149.

39 Begründet durch: BVerfGE 7, 198 (203 ff.).

40 Vgl. Di Fabio (Maunz/Dürig, Grundgesetz 2016) Art. 2 Rn. 138.

41 Vgl. Di Fabio (Maunz/Dürig, Grundgesetz 2016) Art. 2 Rn. 175.

42 So auch: Di Fabio (Maunz/Dürig, Grundgesetz 2016) Art. 2 Rn. 189 m. w. N.

43 Zeitgleich mit der EU-DSGVO tritt am 25.05.2018 das neue BDSG in Kraft, das die EU-DSGVO konkretisieren soll. Inhaltlich ändert sich nichts an den vorliegenden Ausführungen.

III. Das PES-Modell im deutschen Recht

Beschäftigtendatenschutzgesetz, das jedoch nicht in Kraft getreten ist. Damit müssen auf PES die allgemeinen Bestimmungen des BDSG angewandt werden.⁴⁴

Auf Internetrecherchen im Zuge von PES finden die Vorschriften des BDSG mithin Anwendung. Nach § 4 Abs. 1 BDSG ist die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten nur dann zulässig, wenn und so weit dies durch das BDSG oder eine andere Rechtsvorschrift erlaubt ist oder der Betroffene eingewilligt hat. Allerdings müssen im Rahmen von PES tatsächlich personenbezogene Daten erhoben, verarbeitet bzw. genutzt werden. Laut § 3 Abs. 1 BDSG handelt es sich bei personenbezogenen Daten um Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person. Da sich bei PES die Recherche gerade auf den individuellen Bewerber bezieht, ist es unzweifelhaft, dass es sich um personenbezogene Daten im Sinne des § 3 BDSG handelt. Erfasst sind sämtliche Handlungen, die sich auf die Erhebung und Verwendung dieser Daten beziehen. Wichtig hierbei ist, dass vor allen Dingen der Beschaffungsvorgang im Fokus steht.⁴⁵ Damit ist das BDSG schon beim bloßen Ansehen und Berücksichtigen der Ergebnisse bei Personalentscheidungen anwendbar, unabhängig davon, ob diese dann intern weiter erfasst und weiter verarbeitet werden.⁴⁶

Das Problem von PES ist, dass es sich hierbei um eine Datenerhebung bei Dritten (Suchmaschinen etc.) handelt. Dies widerspricht zunächst dem Grundsatz des § 4 Abs. 2 S. 1 BDSG, wonach Daten beim Betroffenen selbst zu erheben sind. Ausnahmsweise dürfen personenbezogene Daten ohne Mitwirkung des Bewerbers nach § 4 Absatz 2 S. 2 BDSG erhoben werden, wenn (Nr. 1) eine Rechtsvorschrift dies vorsieht oder zwingend voraussetzt, (Nr. 2 a) die zu erfüllende Verwaltungsaufgabe ihrer Art nach oder der Geschäftszweck eine Erhebung bei anderen Personen oder Stellen erforderlich macht, oder (Nr. 2 b) die Erhebung beim Betroffenen einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass überwiegende schutzwürdige Interessen des Betroffenen beeinträchtigt werden. Grundsätzlich kann § 32 BDSG als Rechtfertigung herangezogen werden, da diese Vorschrift erlaubt, zur Begründung von Arbeitsverhältnissen personenbezogene Daten zu erheben, wenn dies erforderlich ist. Da eine Internetrecherche im Zuge von PES jedoch weitreichende Einblicke

44 Vgl. Hexel in: (Thüsing/Wurth, Social Media im Betrieb, 2016) III. Nutzungen durch den Arbeitgeber, Rn. 3.

45 Vgl. Hexel in: (Thüsing/Wurth, Social Media im Betrieb, 2016) III. Nutzungen durch den Arbeitgeber, Rn. 11.

46 Vgl. Plath (Plath, BDSG, 2016) § 32 Rn. 7.

in eine Vielzahl von Daten gewährt, die für die Einstellungsentscheidung keine Rolle spielen, fehlt es einer solchen Datenerhebung grundsätzlich an der Erforderlichkeit in diesem Sinne.⁴⁷

Nach der herrschenden Meinung ist § 28 Abs. 1 Nr. 3 BDSG als Rechtfertigung heranzuziehen.⁴⁷ Danach ist eine Datenerhebung für eigene Geschäftszwecke zulässig, wenn die Daten allgemein zugänglich sind und das schutzwürdige Interesse des Bewerbers an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung gegenüber dem berechtigten Interesse des potentiellen Arbeitgebers nicht offensichtlich überwiegt. Von vornherein muss die Abwägung zugunsten des Bewerbers ausfallen, wenn es sich nach § 3 Abs. 9 BDSG um besondere Arten personenbezogener Daten handelt, wie z. B.:

- die rassische und ethnische Herkunft,
- politische Meinungen,
- religiöse oder philosophische Überzeugungen,
- Gewerkschaftszugehörigkeit,
- Gesundheit oder
- Sexualleben.

4. Search

In der Phase „Search“ muss dokumentiert festgelegt werden, welche Quellen genutzt werden dürfen und welche nicht.

4.1 Einsatz von Suchmaschinen

Allgemein zugänglich sind Informationen, die über Suchmaschinen ohne Anmeldung gefunden werden können. Soweit der Bewerber diese Daten selbst ins Netz gestellt hat, verzichtet er implizit auf den Vertraulichkeits- schutz.⁴⁸ Das gilt auch, soweit die Daten zwar in sozialen Netzwerken gespeichert sind, aber auch über das Internet zugänglich sind. Dies ist immer dann der Fall, wenn der Bewerber solche Einträge in den sozialen Netzwerken für die Öffentlichkeit freigegeben hat. In diesen Fällen kann das Interesse des Bewerbers nicht offensichtlich überwiegen.⁴⁷ Es sind aber auch Informationen im Internet frei zugänglich, die der Bewerber selbst nicht eingestellt hat. Daher ist es fraglich, ob hier von einem Verzicht der Vertrau-

⁴⁷ Vgl. Kania/Sansone (Möglichkeiten und Grenzen des Pre-Employment-Screenings) NZA 2012, 360, 363.

⁴⁸ Vgl. Thüsing in: (Thüsing/Wurth, Social Media im Betrieb, 2016) I. Arbeitnehmerkommunikation zwischen Persönlichkeitsentfaltung und Unternehmensinteressen, Rn. 12.

lichkeit im obigen Sinne ausgegangen werden kann. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber grundsätzlich nicht erkennen kann, wer diese Informationen verbreitet hat. Zum anderen muss in der heutigen Zeit von jedem verlangt werden können, sich selbst um Daten seiner Person im Internet zu kümmern. Es ist auch möglich und zumutbar, die Verfügbarkeit seiner Daten im Internet zu steuern und seinen eigenen Auftritt im Internet zu beobachten und auf Fehlentwicklungen zu reagieren.⁴⁹

Etwas anderes gilt jedoch, wenn für den Arbeitgeber aus dem Suchergebnis heraus eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts offensichtlich ist.⁴⁷ Dies gilt insbesondere bei den besonderen Daten des § 3 Abs. 9 BDSG. Darüber hinaus sind die Grundsätze der unzulässigen Fragen heranzuziehen.

Vorsicht ist auch geboten, wenn Suchwerkzeuge oder Data-Mining-Techniken eingesetzt werden, die Informationen zu Tage fördern, die der Bewerber so nie offenlegen wollte. Auch kommerzielle Dienste, die Daten zusammenführen, stehen Bewerbern regelmäßig nicht zur Verfügung. Sein Profil kann der Bewerber insofern nicht kontrollieren.⁵⁰ Stößt der potentielle Arbeitgeber bei der Suchmaschinenrecherche auf solche Daten, dürfen diese weder gespeichert noch verwertet werden.

4.2 Soziale Netzwerke

Den sozialen Netzwerken ist gemein, dass sich zur Informationsbeschaffung eingeloggt bzw. angemeldet werden muss. Darüber hinaus regeln viele soziale Netzwerke in ihren AGB, dass eine Nutzung der Plattform nur für private Zwecke zulässig ist. Daher verstößt ein Arbeitgeber, der sich zu Recherchezwecken registriert, gegen diese Nutzungsbestimmung.⁴⁷ Bei der Frage, welche Folge dieser Verstoß nach sich zieht, ist jedoch zu differenzieren. Bei reinen Freizeitplattformen, wie z. B. Facebook, Instagram usw. ist offensichtlich, dass es sich hier um die Privatsphäre der jeweils Betroffenen handelt und somit die Nutzung dieser Daten per se ausgeschlossen ist. Zu einer anderen Bewertung muss man bei den beruflich ausgerichteten Netzwerken, wie Xing oder LinkedIn kommen. Hier handelt es sich gerade nicht um die reine Privatsphäre, sondern um einen Austausch über beruflich relevante Informationen. Daher sind die hier gefundenen Erkenntnisse – natürlich in den Grenzen der Abwägung – zulässig und auch verwertbar.⁴⁹

⁴⁹ So auch: Thüsing in: (Thüsing/Wurth, Social Media im Betrieb, 2016) I. Arbeitnehmerkommunikation zwischen Persönlichkeitsentfaltung und Unternehmensinteressen Rn. 13.

⁵⁰ Vgl. Thüsing in: (Thüsing/Wurth, Social Media im Betrieb, 2016) I. Arbeitnehmerkommunikation zwischen Persönlichkeitsentfaltung und Unternehmensinteressen Rn. 21.

4.3 Besonderheit Terroristenscreening

Aufgrund der EU-Anti-Terror-Verordnungen sind allen in der EU tätigen Unternehmen Geschäftskontakte zu terroristischen Personen und Vereinigungen verboten. Dies betrifft insbesondere Geldzuwendungen an solche Personen und Vereinigungen und das wiederum tangiert die Arbeitsverhältnisse unmittelbar, da unter Geldzuwendung auch das Gehalt zu subsumieren ist.⁵¹ Sinn eines solchen Screening kann z. B. sein, die Zertifizierung als „Authorized Economic Operator“ zu erlangen oder generell eine Strafbarkeit nach dem Außenwirtschaftsgesetz zu vermeiden. Die Herleitung der rechtlichen Zulässigkeit des Terroristenscreening ist umstritten. Einigkeit herrscht jedoch insoweit, dass datenschutzrechtlich das Interesse des Arbeitgebers an der Erlangung von Zollerleichterungen und der Vermeidung von Bußgeldern und Strafen überwiegt.⁵²

5. LUÖP: Fragerecht des Arbeitgebers

Selbstverständlich ist der Arbeitgeber berechtigt, beim Bewerbungsgespräch Fragen zu stellen und das entsprechende Interview zu führen. Jedoch sind diesem Fragerecht Grenzen gesetzt. Die Bestimmung von Umfang und Grenzen des Fragerechts ist deswegen von Bedeutung, weil der Stellenbewerber nur auf zulässige Fragen wahrheitsgemäß antworten muss.⁵³ Wichtig ist, dass der potentielle Arbeitgeber ein berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse an der wahrheitsmäßigen Beantwortung der Frage hat.⁵⁴ Ein solches berechtigtes Interesse ist nur dann gegeben, wenn das Interesse des Arbeitgebers so gewichtig ist, dass das Interesse des Arbeitnehmers am Schutz seines Persönlichkeitsrechts und der Unverletzlichkeit seiner Individualsphäre zurücktreten muss.⁵⁵ Schon in den frühen 60er Jahren des vorigen Jahrhunderts haben Rechtsprechung und Lehre ein ausgeklügeltes System der Abwägung der Interessen des Arbeitgebers mit den Interessen des Bewerbers entwickelt.⁵⁶ Abwägungsgrundlagen waren hier das grundrechtlich geschützte Allgemeine Persönlichkeitsrecht auf der

⁵¹ Vgl. Byers/Fetsch (Vorsicht, Terrorist im Betrieb – Was nun?) NZA 2015, 1364.

⁵² Vgl. Byers/Fetsch (Vorsicht, Terrorist im Betrieb – Was nun?) NZA 2015, 1364, 1365.

⁵³ Vgl. von Hoyningen-Huene in: (MüKoHGB 2016) HGB § 59 Rn. 103.

⁵⁴ Vgl. Koch in: (Schaub, Arbeitsrecht A-Z 2016) Stichwort: Fragerecht des Arbeitgebers.

⁵⁵ Vgl. Thüsing in: (MüKoBGB 2016) AGG § 11 Rn. 16.

⁵⁶ Siehe BAG Urteil vom 22.09.1961–1 AZR 241/60; Thüsing in: (MüKoBGB 2016) AGG § 11 Rn. 16.

einen Seite und die Unternehmerfreiheit aus Art. 14 Abs. 1 GG auf der anderen Seite.

Beispiele für zulässige Fragen:

- Fragen nach dem Wohnort,
- der Schulausbildung, Qualifikationen und beruflichem Werdegang,
- Ausbildungs- und Weiterbildungszeiten,
- Sprachkenntnisse, wenn sie für den Arbeitsplatz von Bedeutung sind,
- Zweitbeschäftigungen,
- zeitlicher Flexibilität und Versetzungsbereitschaft,
- Bereitschaft zum Schichtdienst,
- Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis,
- bestehenden nachvertraglichen Wettbewerbsverboten,
- Vorstrafen, die für die angestrebte Tätigkeit einschlägig sind (z. B. wegen Unterschlagung vorbestrafter Kassierer, Rechtsanwalt etc.).

Beispiele für unzulässige Fragen:

- Fragen nach bestehender Ehe oder Partnerschaft,
- Eheschließung in absehbarer Zeit,
- der Familienplanung,
- einer Schwangerschaft,
- einer Gewerkschaftszugehörigkeit,
- der religiösen oder politischen Meinung,
- nach genetischen Veranlagungen,
- Nichtrauchereigenschaft,
- privaten Hobbys,
- Wehrdienst.

Natürlich gibt es auch Ausnahmen, so z. B. für sogenannte Tendenzbetriebe, wie politische Parteien oder kirchlicher Arbeitgeber. Hier ist die Frage nach der politischen oder religiösen Ausrichtung zulässig.

Grundsätzlich darf auch beim alten Arbeitgeber nachgefragt werden. Die Grenzen der Zulässigkeit werden durch die oben dargestellten Grundsätze gesetzt. Der frühere Arbeitgeber ist aber nicht verpflichtet, Auskunft zu erteilen.⁵⁷

Häufig nutzt ein Unternehmen sogenannte Personalfragebögen. Nach dem Bundesarbeitsgericht (BAG) sind Personalfragebögen die formularmäßige Zusammenfassung von Fragen über die persönlichen Verhältnisse, Kenntnisse und Fähigkeiten einer Person. Nach § 94 Abs. 1 BetrVG bedürfen Personalfragebögen der Zustimmung des Betriebsrates. Stellenbeschreibun-

⁵⁷ von Hoyningen-Huene (MüKoHGB 2016) HGB § 59 Rn. 112.

gen und Anforderungsprofile sind grundsätzlich von der Mitbestimmung nicht erfasst. Dies gilt jedoch nicht, wenn personenbezogene Fragen erhoben werden, die objektiv geeignet sind, Rückschlüsse auf Leistung oder Eignung des Bewerbers zulassen; hierbei handelt es sich um einen zustimmungsbedürftigen Personalfragebogen.

Diese herrschende Lehre und Rechtsprechung wird heute durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) und das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) konkretisiert.

Zusammenfassend lässt sich also merken:

Eine Frage ist dann zulässig und muss wahrheitsgemäß beantwortet werden, wenn die Beantwortung der Frage für den angestrebten Arbeitsplatz und die zu verrichtende Tätigkeit selbst von Bedeutung ist. Je weniger die Frage hiermit in Zusammenhang steht und je mehr sie die Person selbst ausforscht, desto eher ist sie als unzulässig einzustufen.⁵⁸

6. Decide

In dieser Phase wird eine Empfehlung ausgesprochen, ob der Bewerber aus Security-Sicht geeignet ist oder nicht.

6.1 Haftung Personalentscheidungen nach PES

Die Implementierung eines funktionierenden und rechtskonformen PES dient dazu, Schäden und Risiken für das Unternehmen zumindest zu minimieren. Damit ist es Teil des Risiko- bzw. Compliance-Management-Systems. Seit der sogenannten „Neubürger-Entscheidung“ des Landgerichts München I, ist allgemein anerkannt, dass die Einrichtung und Überwachung eines funktionierenden Compliance-Management-Systems zu den originären Pflichten der Geschäftsleitung gehört.⁵⁹ Diese Verpflichtung folgt zum einen aus § 91 AktG und zum anderen aus den Treuepflichten der Geschäftsleitung.

Bei Verletzung dieser Pflicht kann es zu Schadensersatzforderungen des Unternehmens gegen die Geschäftsleitung kommen. Eine Haftung nach außen, also den Kunden und Vertragspartnern gegenüber, ist allerdings

⁵⁸ Vgl. Schaub (Arbeitsrechtshandbuch 2015) III. Buch. Die Begründung des Arbeitsverhältnisses § 26. Vertragsanbahnung und Fragerecht des Arbeitgebers Rn. 16.

⁵⁹ LG München I, Urteil vom 10.12.2013 (5 HK O 1387/10).