

# Personalrecruiting (bald) ein risikoreiches Geschäft?

*Die größte Reform des europäischen Datenschutzrechtes seit 1995 wird in den nächsten Jahren zu großen Umstellungen im betrieblichen Alltag führen. Im Recruiting entstehen zusätzliche Informationspflichten gegenüber Bewerbern, die zusammen mit den erweiterten Rechten an den eigenen Daten zu zahlreichen Stolpersteinen führen können. Durch die erhöhten Transparenzpflichten können Bewerbern Informationen in die Hände gelangen, die in gerichtlichen oder aufsichtsbehördlichen Verfahren gezielt gegen Unternehmen eingesetzt werden können.*

## 1 Einleitung

Der 15. Dezember 2015 markiert den Höhepunkt eines bemerkenswerten Gesetzesvorhabens, das Unternehmen aller Größen und Branchen sowie Vereine, Verbände und auch die öffentliche Verwaltung betrifft. Mehr als 3.000 Änderungsanträge,<sup>1</sup> intensive Lobby-Arbeit und lange Verhandlungen begleiteten das Vorhaben, dem der Film „Democracy – Im Rausch der Daten“<sup>2</sup> ein Denkmal gesetzt hat. Das Gesetz ist aus zwei Gründen bemerkenswert:

- Zum ersten Mal regelt die EU ein Rechtsgebiet unmittelbar fast abschließend und
- beansprucht Geltung auch für aus dem Ausland heraus auf dem europäischen Markt operierende Unternehmen.

Die unmittelbare Geltung bedeutet, dass der nationale Gesetzgeber keine Umsetzung oder Anpassung an nationales Recht mehr vornehmen darf. Der EU-Gesetzestext gilt unmittelbar. Die bisher bestehenden konkretisierenden nationalen Regelungen werden obsolet.

Der Gesetzestext, „Datenschutz-Grundverordnung“ (kurz: DS-GVO) genannt, liegt als Verhandlungsergebnis zwischen EU-Kommission, EU-Parlament und EU-Rat vor.<sup>3</sup> Er wird vor der in Kürze erwarteten offiziellen Verabschiedung durch das EU-Parlament und den EU-Rat redaktionell überarbeitet und übersetzt. Inhaltliche Änderungen sind erfahrungsgemäß nicht zu erwarten.

Nach der offiziellen Verabschiedung durch das EU-Parlament und den EU-Rat tritt die DS-GVO 20 Tage nach Verkündung im Amtsblatt in Kraft. Vollzogen wird sie jedoch erst zwei Jahre später. In dieser Übergangszeit gilt das bisherige Datenschutzrecht, insbesondere das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), unverändert weiter.

## 2 Zwei Jahre bis zum Vollzug – eine knappe Zeitspanne

Eine zweijährige Übergangsfrist erscheint üppig bemessen und lädt ein, die Beschäftigung mit der DS-GVO um 23 Monate zu verschieben. Dies ist gleichsam ein gefährlicher Trugschluss, da die DS-GVO Änderungen in zahlreichen Bereichen der betrieblichen Organisation notwendig machen wird:

- Rechtsgrundlagen (Welche Datenverarbeitung ist erlaubt und welche verboten?),
- Rechte der Bewerber und Mitarbeiter,
- Dokumentationspflichten,
- IT-Sicherheit,
- Beziehungen zu Dienstleistern und
- Haftung & Bußgelder.

Ein vollständiger Überblick würde den Rahmen des Beitrags – sogar des Heftes – sprengen, deshalb konzentriert sich dieser Beitrag auf ausgewählte Auswirkungen für

das Recruiting. Die Ausführungen gelten grundsätzlich analog auch für das Arbeitsverhältnis und sind relevant beispielsweise für

- Arbeitgeber,
- Hersteller von Personalinformationssystemen und
- Personaldienstleister.

## 3 Insolvenz durch Recruiting?

Die DS-GVO vollzieht im Vergleich zum bisher geltenden BDSG einen Paradigmenwechsel. Das BDSG stellt die rechtskonforme Datenverarbeitung in den Mittelpunkt. Die Bußgelder in Höhe bis zu 50.000 bzw. 300.000 Euro adressieren deshalb ausgewählte Verstöße gegen das BDSG. Im Zentrum der DS-GVO steht dagegen die Befol-

1 Jan Philipp Albrecht, Alles Wichtige zur Datenschutzreform, <https://www.janalbrecht.eu/themen/datenschutz-und-netzpolitik/alles-wichtige-zur-datenschutzreform.html>; zuletzt besucht am 24.02.2016.

2 Offizielle Homepage: <http://www.democracy-film.de/>

3 Ergebnis des Trilogs vom 15.12.2015, 15039/15. URL: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST\\_5455\\_2016\\_INIT&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_5455_2016_INIT&from=EN). Die im Beitrag genannten Artikel aus der DS-GVO beziehen sich auf diese Fassung. Änderungen insbesondere in der Nummerierung können sich in der verabschiedeten Fassung ergeben.

gung ihrer gesamten Vorschriften. Beispiele für Verstöße, die ein Bußgeld auslösen können:

- fehlende Dokumentation bzw. Verschweigen,
- eine unerlaubte Frage an einen Bewerber,
- unterlassene Information der Bewerber,
- unterlassene regelmäßige Überprüfung der Sicherheit von HR-Systemen,
- fehlende Vertragsinhalte beim Einkauf von HR-Dienstleistungen oder
- zu langsame Bearbeitung eines Auskunftsanspruches.

Der Bußgeldrahmen steigt auf bis zu 10 Mio. Euro oder zwei Prozent des weltweiten Umsatzes des Vorjahres. Der höhere Wert ist maßgeblich. Die DS-GVO legt verschiedene Kriterien für die Ermäßigung des Bußgeldes fest, ohne jedoch die Höhe der Reduktion zu quantifizieren. Selbst eine Reduktion der Bußgeldhöhe um 99 Prozent bedeutet immer noch eine Zahlung von 100.000 Euro. Diese Höhe ist für viele mittelständische Unternehmen existenzbedrohend. Auf ausgewählte Verstöße steht das „große“ Bußgeld von 20 Mio. Euro oder vier Prozent des weltweiten Umsatzes des Vorjahres.

Darüber hinaus steht einer betroffenen Person, z. B. einem Bewerber, zukünftig Schadensersatz nicht nur für materielle, sondern auch für immaterielle Schäden zu. Angesichts der deutlich zunehmenden Risiken lohnt sich eine frühzeitige Beschäftigung mit der DS-GVO, um die Übergangszeit zu nutzen und die eigenen Abläufe rechtskonform zu gestalten.

## 4 Informationspflichten im Bewerbungsprozess

Das BDSG sieht heute schon vor, dass Bewerber und Mitarbeiter über eine Datenspeicherung informiert werden müssen. Zahlreiche Ausnahmen lassen eine explizite Information in der Praxis eher zur Ausnahme werden. Bewerber müssen bisher beispielsweise nicht explizit informiert werden, da diese durch Abgabe einer elektronischen Bewerbung damit rechnen müs-

sen, dass die Bewerbung für die Entscheidungsfindung gespeichert wird.<sup>4</sup>

Die Ausnahmen entfallen in der DS-GVO weitestgehend. Als einzige Ausnahme bleibt übrig, dass der Bewerber oder Mitarbeiter bereits über die Informationen verfügt.<sup>5</sup> Ein Blick in die Liste der zu machenden Angaben zeigt, dass im Regelfall der Bewerber beispielsweise keine Kenntnis über die Kontaktdaten des Datenschutzbeauftragten oder die Speicherfrist der Daten hat, so dass die Informationspflicht auflebt. Der Bewerber muss zum Zeitpunkt der Erhebung informiert werden.<sup>6</sup> Eine spätere Information ist nicht zulässig. Eine frühere Information ist nicht explizit verboten. Getragen von dem Schutzgedanken der DS-GVO, eine transparente Datenverarbeitung gegenüber dem Bewerber zu gewährleisten,<sup>7</sup> dürfte eine Information vor der Erhebung zulässig sein. Als Zeitpunkt der Erhebung im Bewerbungsprozess kommt bei Bewerbungen auf Stellenanzeigen der Eingang der Bewerbung in Betracht, da zu diesem Zeitpunkt das Unternehmen Kenntnis von den personenbezogenen Daten des Bewerbers erhält. Denkbare praktische Umsetzungen sind

- im Rahmen einer (automatisch) generierten Eingangsbestätigung oder
- innerhalb einer softwaregestützten Dateneingabe vor dem Absenden an das Unternehmen.

Die Information kann schriftlich oder in einer anderen, d. h. auch elektronischen Form erfolgen. Mündlich darf ausschließlich auf Verlangen des Bewerbers informiert werden.<sup>8</sup> Aus Beweisgründen empfiehlt sich die mündliche Information indes nicht. Die Darstellung muss in präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form sowie in einer klaren und einfachen Sprache erfolgen.<sup>9</sup> Das bedeutet, dass die Sprache den Verständnishorizont des Bewerbers einbeziehen muss. Soll sich die Information an Bewerber sowohl auf Schülerpraktika als auch auf Positionen in der Rechtsabteilung beziehen – was zulässig wäre –, ist eine Orientierung an den Schülern empfehlenswert.

4 § 33 Abs. 2 Nr. 1 BDSG

5 Art. 14 Abs. 5 DS-GVO

6 Art. 14 Abs. 1 DS-GVO

7 vgl. Art. 5 Abs. 1 Lit. a, sowie DS-GVO Erwägungsgründe 48 und 49 der DS-GVO

8 Art. 12 Abs. 1 DS-GVO

9 Art. 12 Abs. 1 DS-GVO

Inhalt	Direkterhebung	Indirekte Erhebung <sup>14</sup>
<b>Firmierung des Unternehmens</b>	X	X
<b>Kontaktdaten des Unternehmens</b>	X	X
<b>Name der Vertreter (nur bei Unternehmen ohne Niederlassung/Sitz in der EU)</b>	X	X
<b>Name und Kontaktdaten des Datenschutzbeauftragten (sofern vorhanden)</b>	X	X
<b>Alle Zwecke der Datenverarbeitung</b>	X	X
<b>Gesetzliche Legitimation, die Daten zu verarbeiten</b>	X	X
<b>Bei Interessenabwägungen nach Art. 6 Abs.1 Lit. f DS-GVO:</b>	X	X
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Berechtigte Interessen des Unternehmens oder Dritter und</li> <li>• Hinweis auf Widerspruchsrecht gegen die Interessensabwägung im Einzelfall</li> </ul>		
<b>Empfänger der Daten</b>	X	X
<b>Bei Transfer außerhalb des EWR:</b>	X	X
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Existenz oder Fehlen einer Angemessenheitsentscheidung der EU-Kommission und</li> <li>• Verwendete Standardverträge oder Binding Corporate Rules inkl. Angabe, wie eine Kopie erhalten werden kann, und</li> <li>• Bei Interessenabwägungen ohne angemessene Schutzmaßnahmen (Angemessenheitsentscheidung, EU-Standardverträge, Binding Corporate Rules): Tatsache des Drittstaatentransfer und die legitimen Interessen des Unternehmens</li> </ul>		
<b>Speicherfrist oder Kriterien, um die Frist zu bestimmen</b>	X	X
<b>Hinweis auf die Rechte auf Auskunft, Berichtigung, Löschung, Beschränkung, Widerspruch, Datenportabilität</b>	X	X
<b>Bei Einwilligungen: Widerrufsmöglichkeit</b>	X	X
<b>Hinweis auf das Beschwerderecht gegenüber der Datenschutzaufsichtsbehörde</b>	X	X
<b>Datenquellen</b>		X
<b>Angabe, ob die Datenquelle öffentlich zugänglich ist</b>		X
<b>Ob die Angabe der Daten eine gesetzliche oder vertragliche Pflicht ist oder notwendig, einen Vertrag zu schließen</b>	X	
<b>Ob die Angabe der Daten verpflichtend ist oder nicht und was die Konsequenzen bei Nichtangabe sind</b>	X	
<b>Bei automatischen Entscheidungen nach Art. 20 Abs. 1, 3 DS-GVO:</b>	X	X
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Existenz des Entscheidungsmechanismus und</li> <li>• Aussagekräftige Darstellung der Entscheidungslogik und</li> <li>• Bedeutung und Konsequenzen für den Bewerber</li> </ul>		
<b>Widerspruchsrecht gegen Direktmarketingmaßnahmen</b>	X	Offen
<b>Bei gemeinsamer Verantwortung mehrere Unternehmen („Joint Contollership“):<sup>15</sup></b>	X	Offen
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Kern der Vereinbarung zwischen den Unternehmen und</li> <li>• Kontaktstelle für den Bewerber (sofern festgelegt)</li> </ul>		

Tabelle 1: Übersicht über die Inhalte der Informationspflicht<sup>13</sup>

Bildsymbole („Icons“) dürfen ausdrücklich verwendet werden.<sup>10</sup> Elektronische Icons müssen in maschinenlesbarer Form vorliegen, die eine automatische Auswertung erlaubt.<sup>11</sup> Ein bloßes Einbinden von Bildern, ohne dass deren Bedeutung standardisiert oder auswertbar ist, dürfte damit nicht zu-

lässig sein. Die EU-Kommission ist ermächtigt, die Icons zu standardisieren.<sup>12</sup> Ein „Verstecken“ in anderen Texten, Vereinbarungen oder auch eine sehr komplizierte Darstellung dürfte eher unzulässig sein. Es handelt sich um eine Bringschuld, d. h. das Unternehmen muss aktiv informieren und

darf nicht erst auf Nachfrage des Bewerbers tätig werden.

Tabelle 1 zeigt, welche Angaben zu machen sind. Die Spalte „Direkterhebung“ markiert die zu gebenden Informationen für Daten, die vom Bewerber erfragt, d. h. erhoben werden. Werden Daten z. B. bei Dritten erhoben, müssen die in der Spalte „indirekte Erhebung“ markierten Informationen dem Bewerber mitgeteilt werden. Beispiele für eine solche Erhebung sind

- Echtheitsprüfung von Zeugnissen durch Rücksprache mit der ausstellenden Stelle,
- Annahme von Bewerbungsunterlagen durch Personaldienstleister,
- Gespräche mit früheren Arbeitgebern,
- Bonitätsprüfung,
- Sicherheitsüberprüfungen und
- Abgleich mit Terrorlisten.

Initiativbewerbungen fallen ebenfalls unter die „indirekte Erhebung“, da die Daten nicht durch eine Stellenanzeige „erfragt“, sondern ungefragt aufgedrängt werden. Der Eingang einer Initiativbewerbung lässt sich nicht durch das Unternehmen beeinflussen. Gleiches gilt auch für andere aufgedrängte Informationen.

Auch die Abfrage des Xing- oder Facebook-Profiles des Bewerbers kann unter die indirekte Erhebung fallen, sofern der Bewerber in seiner Bewerbung nicht explizit auf sein Profil verweist. Unter die Erhebung direkt beim Bewerber fallen Angaben, die der Bewerber im Rahmen der Bewerbung insbe-

10 Art. 12 Abs. 4b DS-GVO

11 Art. 12 Abs. 4b DS-GVO

12 Art. 12 Abs. 4c DS-GVO

13 Zusammengestellt aus Art. 14, 14a, 19 Abs. 2b neu, 24 Abs. 3 DS-GVO

14 Unter die indirekte Erhebung fallen alle Erhebungsformen, die nicht beim Bewerber ansetzen, sondern bei Dritten, oder Informationen, die der Bewerber aufdrängt.

15 Beispiele sind gemeinsame Stammdatenverwaltung im Konzern, Warndateien

sondere auf Nachfrage dem Unternehmen preisgibt.

Für indirekte Erhebungen räumt die DSGVO eine angemessene Frist von maximal einem Monat ein, innerhalb der der Bewerber informiert worden sein muss.<sup>16</sup> Werden die bei der indirekten Erhebung erlangten Daten für die Kommunikation mit dem Bewerber verwendet, muss der Bewerber auch früher – nämlich spätestens bei der ersten Kommunikation – informiert werden.<sup>17</sup> Bei Initiativbewerbungen ist die erste Kommunikation häufig die Eingangsbestätigung oder die sofortige Absage. Sollen die erhobenen Daten anderen Unternehmen, z. B. innerhalb eines Konzerns, übermittelt werden, so muss der Bewerber spätestens vor der Übermittlung informiert werden.<sup>18</sup>

Funktionspostfächer, die von verschiedenen Unternehmen innerhalb eines Konzerns gelesen oder automatisch an diese weitergeleitet werden, stellen im Regelfall eine Übermittlung dar. Je nach technischer Umsetzung schrumpft der Zeitraum zwischen dem Eingang der Initiativbewerbung und ihrer Übermittlung auf wenige Millisekunden.

Da sich die Inhalte der Informationspflicht nur unwesentlich zwischen der Direkterhebung und der indirekten Erhebung unterscheiden, bietet sich eine kombinierte Information des Bewerbers zum frühestmöglichen Zeitpunkt an.

Auf eine Information bei indirekten Erhebungen kann verzichtet werden, wenn<sup>19</sup>

- der Bewerber alle Informationen hat (wie auch schon bei der Direkterhebung),
- das Informieren unmöglich oder unverhältnismäßig aufwendig ist,
- die Erhebung oder auch die Weitergabe der Daten explizit gesetzlich vorgeschrieben ist oder
- in Fällen, wo die Daten unter ein Berufsgeheimnis fallen.

Die Ausnahme „unverhältnismäßiger Aufwand“ oder Unmöglichkeit dürfte bei Bewerbern eher keine Rollen spielen, da der Bewerber namentlich bekannt ist. Der Abgleich mit EU-Terrorlisten käme als Ausnah-

me in Betracht, da die EG-Verordnung Nr. 881/2002 diesen vorschreibt. Rechtsanwälte sind Berufsgeheimnisträger, weshalb das Einschalten eines Anwaltes dem Bewerber nicht angezeigt werden muss.

## 5 Informationspflichten bei neuen Zwecken

Sobald Daten für andere Zwecke als für diejenigen, für die sie ursprünglich erhoben wurden, verarbeitet werden sollen, lebt die oben diskutierte Informationspflicht wieder auf.<sup>20</sup> Ob die Daten ursprünglich direkt oder indirekt erhoben wurden, ist dabei unerheblich. Beispiele für neue Zwecke sind:

- Auswertung von Stellenbörsen nach Bewerberqualität,
- Messung der durchschnittlichen Dauer des Bewerbungsprozesses oder
- nachträgliche Aufnahme in einen Bewerbungsprozess.

Eine Information der (ehemaligen) Bewerber über Zweckänderungen zieht nicht nur Kosten nach sich, sondern führt schnell zu Widersprüchen oder Beschwerden. Aus diesem Grund empfiehlt es sich, genau zu prüfen und festzulegen, für welche Zwecke die Daten verwendet werden sollen, und die Zwecke, wie in Abschnitt 4 skizziert, vollständig aufzuführen. Das Aufzählen aller denkbaren Zwecke ist jedoch nicht empfehlenswert, da ein Verstoß gegen das Gebot zur Transparenz droht.<sup>21</sup> Der Bewerber soll sich ein Bild über die tatsächliche Datenverarbeitung machen können.

## 6 Sicherheitsüberprüfungen und polizeiliche Führungszeugnisse

Angaben über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten oder damit zusammenhängende Sicherungsmaßnahmen dürfen zukünftig nur noch dann von Unternehmen erhoben und verarbeitet werden, wenn dieses explizit durch ein europäisches oder deutsches Gesetz erlaubt wird.<sup>22</sup> Bisher dürfen Vorstrafen, die für die Position, auf die sich der Bewerber beworben hat, relevant sind, vom Bewerber erfragt werden.<sup>23</sup>

Ein Beispiel für eine gesetzlich vorgeschriebene Überprüfung stellt § 30a BZRG dar, der bestimmten Arbeitgebern die Überprüfung von Bewerbern für „kinder- und jugendnahe Tätigkeiten“ vorgibt. Ob der deutsche Gesetzgeber weitere Erlaubnistatbestände schafft, bleibt abzuwarten.

## 7 Automatisierte Entscheidungen und Profiling

Auch zukünftig darf in engen Grenzen die Entscheidung, einen Bewerber einzustellen oder abzulehnen, automatisch getroffen werden.<sup>24</sup> Dabei ist zukünftig [K4]dem Bewerber eine Widerspruchsmöglichkeit, die zu einer Überprüfung der Entscheidung durch einen Mitarbeiter führt, einzuräumen sowie die Darlegung des eigenen Standpunktes zu ermöglichen. Inwieweit bestehende Anwendungen mit automatischen Entscheidungen oder Profilbildungen zukünftig zulässig bleiben, bedarf einer Betrachtung im Einzelfall.

16 Art. 14a Abs. 3 Lit. a DS-GVO

17 Art. 14a Abs. 3 Lit. b DS-GVO

18 Art. 14a Abs. 3 Lit. c DS-GVO

19 Art. 14a Abs. 4 DS-GVO: Eine gemeinsame Verantwortung kann beispielsweise dann vorliegen, wenn eine Bewerbung von unterschiedlichen Konzerngesellschaften im eigenen Interesse verarbeitet wird.

20 Art. 14 Abs. 1b DS-GVO und Art. 14a Abs. 3a DS-GVO

21 Art. 5 Abs. 1 Lit. a DS-GVO

22 Art. 9a DS-GVO

23 Vgl. Gola, Peter/Wronka, Georg: Handbuch Arbeitnehmerdatenschutz. Heidelberg, ; Hamburg [u. a.]: 6., überarb. und erw. Aufl. Datakontext, Verl.-Gruppe Hüthig, Jehle, Rehm, 2013, Rn.: 552 ff.

24 Vgl. für die aktuelle Rechtslage: Gola, Peter/Wronka, Georg: Handbuch Arbeitnehmerdatenschutz. Heidelberg, ; Hamburg [u. a.]: 6., überarb. und erw. Aufl. Datakontext, Verl.-Gruppe Hüthig, Jehle, Rehm, 2013, Rn.: 370 ff. Zukünftig gilt Art. 20 DS-GVO.

## 8 Neue Rechte für Bewerber („Betroffenenrechte“)

Die bereits heute existierenden Rechte<sup>25</sup> auf Auskunft, Berichtigung und Löschung von Daten erfahren durch die DS-GVO eine weitere Ausgestaltung.<sup>26</sup> Zusätzlich erhalten Bewerber neue Rechte, die zusammengefasst üblicherweise „Betroffenenrechte“ genannt werden:

- Vervollständigung<sup>27</sup> (siehe Abschnitt 8.1),
- Beschränkung<sup>28</sup> (siehe Abschnitt 8.2),
- Datenportabilität<sup>29</sup> (siehe Abschnitt 8.3).

Im Unterschied zum BDSG macht die DS-GVO Vorgaben zur Prozessgestaltung. Ist heute die Nichtgewährung dieser Rechte ein Bußgeldtatbestand, so wird zukünftig zusätzlich auch eine erfolgte, aber nicht fristgerechte Reaktion bußgeldfähig.

Im Regelfall müssen die Betroffenenrechte „ohne unangemessene Verzögerung“ nach Eingang des Begehrs erfüllt werden, d. h. z. B. die Auskunft erteilt, die Daten berichtigt oder gelöscht werden.<sup>30</sup> Als Frist nennt die DS-GVO einen Monat, die auf insgesamt drei Monate verlängert werden kann, sofern dieses aufgrund der Komplexität der Anfrage oder der Anzahl an Anfragen notwendig ist. Die Fristverlängerung ist in der DS-GVO als Ausnahme angelegt, d. h. im Regelfall muss das Begehrt innerhalb eines Monats abschließend umgesetzt sein. Innerhalb eines Monats muss der Bewerber über die Fristverlängerung unter Angabe der Gründe informiert werden.

Stellt der Bewerber seinen Antrag in elektronischer Form, muss – sofern möglich – die Antwort ebenfalls elektronisch erfolgen, es sei denn, der Bewerber hat eine andere Form gewünscht. Meldet sich der Bewerber postalisch, ist das Unternehmen in der Wahl der Antwortform frei.<sup>31</sup>

Das Unternehmen muss prüfen, ob die gespeicherten Daten zu der sich meldenden Person passen, d. h. die Identität muss festgestellt werden. Verlangt beispielsweise Hans Müller Auskunft, welche Daten über ihn gespeichert sind, muss durch Abgleich weiterer Daten wie z. B. der Adresse geprüft

werden, ob der Datensatz „Hans Müller“ zu dieser Person passt. Im Unterschied zum BDSG erlaubt die DS-GVO ausdrücklich, weitere Daten vom Bewerber zwecks Identifikation einzufordern.<sup>32</sup> In der praktischen Umsetzung empfiehlt es sich, festzulegen, welche Daten zur Identifikation herangezogen werden sollen. Zwei Risiken sollte eine solche Festlegung berücksichtigen:

- Eine Verwechslung stellt einen bußgeldbewehrten Datenschutzverstoß dar.
- Die unberechtigte Ablehnung ist ebenfalls ein bußgeldbewehrter Datenschutzverstoß.

Im Unterschied zur heutigen Rechtslage darf für die Erfüllung der Betroffenenrechte zukünftig in bestimmten Fällen ein „angemessenes Entgelt“ verlangt werden oder auf die Erfüllung des Begehrs verzichtet werden.<sup>33</sup> Dieses ist der Fall bei

- offenkundig unbegründeten oder
- unverhältnismäßig vielen Anträgen einer Person.

Den Nachweis hat das Unternehmen zu erbringen. Welche Anforderungen Aufsichtsbehörden und Gerichte an die „Unbegründetheit“ und „Unverhältnismäßigkeit“ in der Praxis stellen werden, wird die Zukunft zeigen.

Wenn dem Begehrt nicht stattgegeben wird, muss das Unternehmen „ohne unangemessene Verzögerung“, spätestens innerhalb eines Monats, den Bewerber benachrichtigen unter

- Angabe der Ablehnungsgründe und
- mit Hinweis auf das Beschwerderecht gegenüber der Datenschutzaufsichtsbehörde sowie
- auf das Klagerecht vor Gericht.<sup>34</sup>

Die oben erwähnte Möglichkeit zur Fristverlängerung steht bei der Ablehnung nicht zur Verfügung, d. h. spätestens innerhalb der Monatsfrist muss die Entscheidung gefallen sein, ob dem Begehrt des Bewerbers stattgegeben werden soll. Damit verschafft die Fristverlängerung lediglich Zeit für die Umsetzung von Löschungen, Auskünften, Sperrungen usw. und nicht für die Entscheidung.

### 8.1 Recht auf Vervollständigung

Das Recht auf Vervollständigung ergänzt zukünftig das Recht auf Berichtigung. Bezieht sich das Recht auf Berichtigung auf die Korrektur vorhandener falscher Angaben, gibt das Recht auf Vervollständigung dem Bewerber die Möglichkeit, „die Vervollständigung unvollständiger personenbezogener Daten – auch mittels einer ergänzenden Erklärung – zu verlangen“<sup>35</sup>.

Besondere Bedeutung bekommt das Recht auf Vervollständigung bei Bewerbungen, die über eine konkrete Stelle hinaus über einen längeren Zeitraum aufrechterhalten werden. Das Einreichen eines neuen Zeugnisses wäre ein Beispiel, das Recht auf Vervollständigung auszuüben. Auch wenn es auf den ersten Blick im Interesse der Bewerber liegt, ihre Bewerbung aktuell zu halten, nimmt die DS-GVO das Unternehmen direkt in die Pflicht. Es hat sicherzustellen, dass die verarbeiteten personenbezogenen Daten sachlich richtig und soweit erforderlich auf dem neuesten Stand sind. Alle angemessenen Maßnahmen sind zu treffen, damit unzutreffende Angaben unverzüglich gelöscht oder berichtigt werden.<sup>36</sup>

25 §§ 34 und 35 BDSG

26 Art. 15, 16, 17 DS-GVO

27 Art. 16 DS-GVO

28 Art. 17a DS-GVO

29 Art. 18 DS-GVO

30 Art. 12 Abs. 2 DS-GVO

31 Art. 12 Abs. 2 DS-GVO

32 Art. 12 Abs. 4a DS-GVO

33 Art. 12 Abs. 4 DS-GVO

34 Art. 12 Abs. 3 DS-GVO

35 Art. 16 DS-GVO

36 Art. 5 Abs. 1 Lit. d DS-GVO

## 8.2 Recht auf Beschränkung der Verarbeitung

Die DS-GVO gibt mit dem Recht auf Beschränkung der Verarbeitung dem Bewerber ein Instrument an die Hand, in die Datenverarbeitung zu seinen Gunsten einzugreifen. Im bisherigen Recht gibt es mit der „Sperrung“<sup>37</sup> einen Vorläufer, dessen Anwendungsfeld durch die DS-GVO erweitert wird.

Eine Beschränkung kann verlangt werden,

1. für den Zeitraum, den das Unternehmen benötigt, um die vom Bewerber bestrittene Richtigkeit der Daten zu prüfen,<sup>38</sup>
2. wenn die Verarbeitung unrechtmäßig erfolgt und der Bewerber anstelle der Löschung die Beschränkung verlangt,<sup>39</sup>
3. wenn das Unternehmen die Daten für seine Zwecke nicht mehr braucht, der Bewerber diese aber zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen benötigt,<sup>40</sup> oder
4. wenn der Bewerber Widerspruch gegen eine automatisierte Verarbeitung (Abschnitt 7) eingelegt hat, solange noch nicht feststeht, ob die berechtigten Gründe des Unternehmens überwiegen.<sup>41</sup>

Der erste Fall, falsche Daten, kommt in der Praxis eher selten vor, da die Daten direkt vom Bewerber stammen. Eine unrechtmäßige Verarbeitung liegt regelmäßig dann vor, wenn eine Bewerbung nach der Absage und dem Ablauf von Klagefristen ohne die Einwilligung des Bewerbers weiter gespeichert wird.

Plant ein bei der Einstellung nicht berücksichtigter Bewerber, gegen die Entscheidung gerichtlich vorzugehen, kann er zukünftig die Löschung der Bewerbungsdaten, d. h. der „Beweismittel“, verhindern, indem er die Beschränkung der Verarbeitung verlangt. Hiervon sind alle im Zusammenhang mit dem Bewerber gespeicherten Daten, d. h. auch interne Vermerke, betroffen. Wenn er anschließend von seinem Auskunftsrecht<sup>42</sup> Gebrauch macht, erhält er alle im Zusammenhang mit seiner Person stehenden Daten auch zur Verwendung vor Gericht.

Der vierte Fall bedeutet, dass die während der Prüfphase verarbeiteten Daten nicht für die (automatische) Entscheidung herangezogen werden dürfen. Ob die Stellenbesetzung dadurch verzögert wird oder ob der Bewerber lediglich nicht zu berücksichtigen ist, muss sich noch zeigen.

Eine Beschränkung der Verarbeitung zieht für das Unternehmen verschiedene Konsequenzen nach sich:

- Bis auf die Speicherung dürfen Daten nur mit Einwilligung des Bewerbers, zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen oder zum Schutz der Rechte einer anderen natürlichen oder juristischen Person verwendet werden.<sup>43</sup>
- Ehe die Beschränkung aufgehoben wird, muss das Unternehmen den Bewerber informieren.<sup>44</sup>
- Das Unternehmen muss alle Empfänger dieser Daten, z. B. Kundenunter-

nehmen bei Personaldienstleistern, informieren, dass die Verarbeitung beschränkt wurde, sofern dies nicht

37 Nach § 35 BDSG

38 Art. 17a Abs. 1 Lit. a DS-GVO. Entspricht im Wesentlichen der bisherigen Rechtslage (§ 35 Abs. 4 BDSG).

39 Art. 17a Abs. 1 Lit. ab DS-GVO

40 Art. 17a Abs. 1 Lit. b DS-GVO. Entspricht in Grundzügen der bisherigen Rechtslage (§ 35 Abs. 3 Nr. 2 BDSG).

41 Art. 17a Abs. 1 Lit. c DS-GVO

42 nach Art. 15 DS-GVO

43 nach Art. 17a Abs. 2 DS-GVO

44 nach Art. 17a Abs. 3 DS-GVO



unmöglich oder mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden ist.<sup>45</sup>

Der Bewerber kann verlangen, über die Datenempfänger informiert zu werden.<sup>46</sup> Dies bedeutet, dass die Empfänger einer Datenübermittlung zu protokollieren sind. Beispiel: Schickt ein Personaldienstleister eine Bewerbung an drei Kunden, könnten deren Namen beim Datensatz des Bewerbers als Empfänger eingetragen werden.

Die DS-GVO sieht keine Höchstfrist vor, wie lange die Verarbeitung beschränkt werden darf. Während der Beschränkung müssen die Daten gespeichert bleiben, d. h. sie müssen z. B. im Rahmen von Softwaremigrationen „mitgenommen“ werden und dürfen nicht zusammen mit dem Altsystem „entsorgt“ werden. Softwareseitig ist sicherzustellen, dass beschränkte Daten ohne vorherige Einwilligung des Bewerbers z. B. nicht für statistische Auswertungen herangezogen werden, da dieses eine verbotene Verarbeitung darstellen würde.

### 8.3 Recht auf Datenportabilität

Wenn eine Datenverarbeitung durch eine Einwilligung legitimiert wird oder der Erfüllung eines Vertrags dient, besteht das Recht, die Daten in einem strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format zu erhalten, um sie einem anderen Unternehmen auszuhändigen.<sup>47</sup> Für die Bewerbungsphase ist die Bedingung „Vertrag“ relevant. Der Wortlaut von Art. 18 Abs. 2 DS-GVO stellt explizit auf den geschlossenen Vertrag ab, d. h. für die Anbahnung des Arbeitsverhältnisses besteht kein Recht auf Datenportabilität. Allerdings steht einem Mitarbeiter dieses Recht in einem bestehenden oder beendeten Arbeitsverhältnis zu.

Bewerbungen in elektronischen Bewerbungsportalen oder bei Personalvermittlern für zukünftige Stellenbesetzungen werden regelmäßig auf Grundlage einer Einwilligung gespeichert und verarbeitet. Auf diese Bewerbungen findet das Recht auf Datenportabilität auch Anwendung.

Das Recht erstreckt sich auf alle Daten, die die Person selbst dem Unternehmen mitgeteilt hat (z. B. Stammdaten, Zeugnisse früherer Arbeitgeber). Im Rahmen des Arbeitsverhältnisses erzeugte Daten, wie z. B. Beurteilungen oder durch das Personalinformationssystem erzeugte Daten, wie z. B. Schlüssel, müssen nicht ausgehändigt werden. Bei dem Überlassen der Daten ist sicherzustellen, dass keine Daten anderer Personen übermittelt werden, z. B. die Namen von HR-Sachbearbeitern oder Vorgesetzten in Freitextfeldern.<sup>48</sup> Dies gilt nicht, wenn eine andere Rechtsgrundlage für diese Übermittlung vorliegt.

<sup>45</sup> nach Art. 17b S. 1 DS-GVO

<sup>46</sup> nach Art. 17b S. 2 DS-GVO

<sup>47</sup> Art. 18 Abs. 2 DS-GVO

Aus heutiger Sicht erscheint eine Datenportabilität im Arbeitsverhältnis eher unnötig zu sein. Allerdings eröffnen sich Einsparpotenziale, denn Bewerbungs- oder Mitarbeiterdaten könnten anstelle der manuellen Eingabe – auf Kosten des vorherigen Arbeitgebers – automatisch übernommen werden. Gleiches gilt auch für Freelancer, die im Vergleich zu Festangestellten häufiger Auftraggeber und Vermittler wechseln.

## 9 Fazit

Der Bereich HR ist wie alle Unternehmensbereiche von der DS-GVO betroffen. Es ergeben sich für HR besondere Herausforderungen, da die gesetzlich geforderte Transparenz der Verarbeitung schneller als bisher Defizite offenlegt, die auch im Rahmen von Auseinandersetzungen „instrumentalisiert“ werden können.

Werden heute Daten nicht wie gesetzlich vorgeschrieben gelöscht, erfährt das u. U. kaum ein Mitarbeiter außerhalb der Personalabteilung oder gar der Betriebsrat. Die Informationspflichten der DS-GVO verlangen die Angabe der Löschfrist. Jeder Bewerber und Mitarbeiter kann ganz einfach durch das Auskunftsrecht nach Ablauf der angegebenen Löschfrist prüfen, ob die Löschung tatsächlich erfolgte. Dem Mitarbeiter fällt damit der Nachweis eines bußgeldbewehrten Gesetzesverstößes gegenüber der Datenschutzaufsichtsbehörde wesentlich leichter als heute. Auf diese Beschwerdemöglichkeit muss zudem der Bewerber oder Mitarbeiter auch noch hingewiesen werden. Die Löschpflicht bemisst sich pro Datenfeld und nicht pauschal an dem Be-

schäftigungsverhältnis, so dass Konfliktpotenzial entsteht.

Ein Betriebsrat erhält ebenfalls indirekt mehr Transparenz über die Datenverarbeitung.

Es empfiehlt sich deshalb, den Anpassungsbedarf für HR-Prozesse und die verwendete Software an die DS-GVO zügig zu bestimmen und mit der Umsetzung zu beginnen. Die Informationspflichten und auch die Umsetzung der Betroffenenrechte können beispielsweise bereits jetzt erfolgen, da das BDSG dem nicht grundsätzlich im Wege steht.

45 nach Art. 17b S. 1 DS-GVO

46 nach Art. 17b S. 2 DS-GVO

47 Art. 18 Abs. 2 DS-GVO

48 Art. 18 Abs. 2aa DS-GVO

49 Art. 17 Abs. 2a new DS-GVO

50 Art. 18 Abs. 2 DS-GVO

**DR. NIELS LEPPERHOFF**  
Geschäftsführer der Xamit Bewertungsgesellschaft mbH und der DSZ Datenschutz Zertifizierungsgesellschaft mbH



Sofern ein direkter Datentransfer zu empfangenden Unternehmen möglich ist, kann die Person diesen Transfer verlangen.<sup>49</sup> Eine Pflicht, eine solche Schnittstelle einzurichten oder auch Daten auf diese Weise entgegenzunehmen, ist nicht erkennbar.

Weiterhin muss die Verarbeitung automatisch erfolgen, d. h. z. B. innerhalb eines Personalinformationssystems. Papierakten oder auch manuell abgelegte Scans sind ausgenommen. Personalinformationssysteme sollten deshalb über eine Exportfunktion verfügen. Werden Daten in verschiedenen Anwendungen verarbeitet, so müssen alle Anwendungen Daten exportieren können. Eine Pflicht, die Daten vor Weitergabe zu konsolidieren, ist in der DS-GVO nicht erkennbar. Als allgemein gebräuchliche Formate kommen u. a. CSV oder XML in Betracht. Bildschirmkopien sind hingegen nicht zulässig, da die Daten nicht strukturiert<sup>50</sup> im Sinn von Schlüssel-Wert-Paaren, sondern als Bild abgespeichert sind.