

Prof. Dr. Gregor Thüsing LL.M. – Die Normierung des Arbeitnehmerbegriffs –  
und was der Gesetzgeber sich dabei gedacht hat

Klare Worte also. Sie haben als letzte Äußerung des Bundestags in diesem Gesetzgebungsverfahren **besonderes Gewicht** für die Gesetzesinterpretation.<sup>5</sup> Die Beschlussempfehlung gehört zu den Gesetzgebungsmaterialien, die zur Ermittlung des **Willens des Gesetzgebers** zwingend herangezogen werden muss.

Der Gesetzgeber erkennt, dass auch in der Personalarbeit **Augenmaß** gefragt ist. Wer selbständig ist, der darf auch so behandelt werden. Gerade die Bezugnahme auf die **Artistenentscheidung** des BAG zeigt das deutlich. Hier hatte das BAG die Selbständigkeit einer Artistengruppe bestätigt im Gegensatz zur Vorinstanz, obwohl die Tätigkeit vollständig im (Zirkus-)Betrieb des Auftraggebers ausgeführt wurde in Zusammenarbeit mit anderen Artisten und ohne jeden Entscheidungsspielraum hinsichtlich Inhalt und Zeitpunkt der Dienstleistung durch den Artisten.<sup>6</sup> Die Rechtsprechung hat noch einmal den gesetzgeberischen Ritterschlag erfahren. Und was für den Artisten gilt, das kann dem Berater und IT-Ingenieur nur recht sein.

Es bleibt also dabei: Maßgeblich ist die **persönliche Abhängigkeit**, die typologisch anhand von Hilfsindizien be-

gründet werden muss. Es gibt keine notwendigen und keine hinreichenden Kriterien. Und: Die Sichtung des **Einzelfalls** ist erforderlich: „Es gibt keine abstrakten, für alle Arten von Arbeitnehmern schlechthin geltenden Kriterien.“<sup>7</sup> Schon Alfred Hueck stellte vor mehr als 80 Jahren zum Kriterium der persönlichen Abhängigkeit fest, es sei zuzugeben, „dass dieses Merkmal nicht ein ganz scharfes ist“ doch an ihm festzuhalten sei, weil „ein besseres Kriterium bisher nicht nachgewiesen ist“.<sup>8</sup> Das gilt auch heute noch. Das neue Recht hat dabei die Chance, hilfreicher Anker für die Fortentwicklung der künftigen Rechtsprechung zu sein.

5 Zur Bedeutung von Gesetzesmaterialien bei der Auslegung sehr anschaulich jüngst *Würdinger*, JuS 2016, S. 1. Ganz anders das britische Recht, wo Materialien grds. nicht zur Auslegung herangezogen werden, s. z.B. *Henninger*, Europäisches Privatrecht und Methode, 2009, S. 213.

6 BAG v. 11.08.2015 – 9 AZR 98/14 –, NZA-RR 2016, 288; Vorinstanz LAG Sachsen-Anhalt v. 09.01.2014 – 3 Sa 44/12 –, n.v.

7 BAG v. 15.03.1978 – 5 AZR 819/76 –, DB 1978, 1035.

8 *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht I, 1. Aufl. 1928, 37.

## Speicherung von Bewerberdaten

Rechtsanwalt/Fachanwalt für Arbeitsrecht Sebastian Juli, vangard Arbeitsrecht, Düsseldorf  
Rechtsanwältin Prof. Dr. Christine Gömöry, Hochschule Fresenius, Köln

Der Bewerbungsprozess birgt in rechtlicher Hinsicht seine Tücken. Fehler ziehen oftmals kostspielige Konsequenzen nach sich. Die klassischen Fehler im Zusammenhang mit nicht diskriminierungsfrei ausgeschriebenen Stellen, Formfehlern bei der Befristung und unzulässigen Fragen im Bewerbungsgespräch sind bekannt. Doch ein Blick in die aktuelle Rechtsprechung und Gesetzesänderungen zeigt, dass stets neue Klippen hinzukommen, die es zu umschiffen gilt. Genannt seien hier beispielsweise (a) die Änderung des § 309 Nr. 13 BGB<sup>1</sup> – mit der Folge, dass Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen nicht mehr „Schriftform“, sondern nur noch „Textform“ für die Geltendmachung von Ansprüchen vorsehen sollten, (b) die unterlassene Beteiligung der Agentur für Arbeit bei einer ausgeschriebenen Stelle gemäß § 81 Abs. 1 SGB IX<sup>2</sup> und (c) die geplanten Änderungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes. Der Beitrag legt den Fokus auf einen in der Praxis oft nicht ausreichend bekannten Stolperstein – den vor dem Hintergrund des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) richtigen Umgang mit Bewerberdaten. Auch hier können Fehler angesichts der drohenden Bußgelder kostspielig sein.<sup>3</sup>

Die folgenden Ausführungen folgen den drei „Stapeln“, die der Personaler am Ende seines Bewerbungsprozesses vor sich liegen hat:

- Stapel 1: die Bewerbung des Bewerbers/der Bewerberin, mit der ein Arbeitsvertrag abgeschlossen wird;
- Stapel 2: die Bewerbungen der Bewerber/-innen, denen abgesagt wird und

1 Siehe hierzu sehr instruktiv und mit Formulierungsbeispielen *Lüthge*, PuR 2016, 179 ff.

2 Siehe hierzu BAG v. 26.06.2016 – 8 AZR 547/13 –, ZTR 2014/731, so kann aus der Verletzung von Verfahrens- und Förderpflichten zu Gunsten schwerbehinderter Menschen des SGB IX die Vermutungswirkung des § 22 Halbs. 1 AGG abgeleitet werden.

3 Vgl. § 43 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 BDSG: Bußgelder bis EUR 300.000; Dix in: *Sistimis*, Bundesdatenschutzgesetz, 8. Auflage 2014, § 35 Rn. 69; *Brinck* in: *Wolff/Brinck*, Beck'scher Onlinekommentar Datenschutzrecht, 17. Edition 2016, § 35 BDSG Rn. 32.

- Stapel 3: die Bewerbungen der Bewerber/-innen, die man gerne in einer Bewerberdatenbank speichern möchte, um bei Bedarf später noch einmal auf sie zukommen zu können.
- § 257 Abs. 1, Abs. 4 HGB (Speicherung von Lohn- und Rentenversicherungsunterlagen),
- § 19 Abs. 2 MuSchG (zweijährige Speicherung von Mutterschutzunterlagen),
- Dokumentationspflichten nach § 17 MiLoG sowie
- § 16 Abs. 2 ArbZG (zweijährige Speicherung von Arbeitszeitnachweisen).<sup>9</sup>

### Erhebung von Daten im Bewerbungsprozess

Im Rahmen eines typischen Bewerbungsprozesses erhält der Arbeitgeber zahlreiche Informationen über die Bewerber, wie insbesondere Namen, Kontaktdaten, Qualifikationen, Abschlüsse, Hobbys sowie weitere Angaben aus dem Bewerbungsprozess beispielsweise über die sich im Gespräch oder Assessment Center gezeigte Persönlichkeit des Bewerbers.

#### Beachten Sie

Diese Daten über Bewerber sind personenbezogen und unterfallen dem Anwendungsbereich des BDSG, das eine Erhebung, Verarbeitung und Nutzung nur gestattet, wenn dies durch eine Rechtsvorschrift erlaubt oder angeordnet wird oder der Betroffene seine Einwilligung erteilt hat.<sup>5</sup>

§ 32 Abs. 1 BDSG bestimmt, dass dies für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses gegeben ist, sofern die Erforderlichkeit für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses für dessen Durchführung oder Beendigung vorliegt. Freilich gilt dies nicht für Daten, die bei Entscheidungen im Hinblick auf das Beschäftigtenverhältnis nicht berücksichtigt werden dürfen.<sup>6</sup>

#### Beachten Sie

„Erforderlich“ im Sinne von § 32 Abs. 1 BDSG ist im Bewerbungsprozess typischerweise die Speicherung von E-Mails, das Einscannen von übersandten Unterlagen sowie die Vervielfältigung von Bewerbungsunterlagen, um sie an die mit der Personalauswahl beschäftigten Personen weiterzugeben, sowie die Systematisierung der Einzeldaten aus Gründen der Übersichtlichkeit z. B. in Tabellenform.<sup>7</sup>

### Bewerbungsunterlagen des eingestellten Bewerbers

Die soeben dargestellten Daten des eingestellten Bewerbers dürfen für die Dauer der Beschäftigung gespeichert werden.<sup>8</sup> Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses kann sich aus einigen Vorschriften die Pflicht des Arbeitgebers ergeben, einige Daten weiterhin zu speichern. Genannt seien z. B.

Das Auskunftsrecht des ehemaligen Arbeitnehmers bezüglich dieser Daten kann sich aus § 34 BDSG ergeben. Nach Ablauf der genannten Fristen sind die Unterlagen zu löschen bzw. zu vernichten.

### Bewerbungsunterlagen abgelehnter Bewerber

Entscheidet sich der Arbeitgeber für die Einstellung eines Kandidaten, stellt sich die Frage, ob die Daten der nicht eingestellten Bewerber unverzüglich zu löschen sind. Ein Interesse an der Speicherung kann sich insbesondere aus zwei Gründen ergeben.

Zum einen ist dem Arbeitgeber zuzubilligen, noch eine nach der Berufs- und Lebenserfahrung angemessene Zeit abzuwarten, ob der Kandidat, mit dem der Vertrag unterzeichnet wurde, sich nicht doch noch anders entscheidet und auf einen zuvor abgelehnten Bewerber zurückgegriffen wird.<sup>10</sup>

Der deutlich wichtigere Grund für eine Speicherung ist das Risiko, sich eines Anspruchs eines abgelehnten Bewerbers aus § 15 Abs. 2 AGG ausgesetzt zu sehen.

#### Beachten Sie

Der Arbeitgeber sollte im Falle der Geltendmachung eines solchen Anspruchs und dem ggf. folgenden arbeitsgerichtlichen Verfahren in der Lage sein, die Bewerberauswahl begründen zu können. Dafür sind die erhaltenen Daten über die Bewerber erforderlich.

<sup>4</sup> Vgl. § 3 Abs. 1, Abs. 11 Nr. 7 BDSG.

<sup>5</sup> § 4 Abs. 1 BDSG.

<sup>6</sup> Riesenhuber in: Wolff/Brinck, Beck'scher Onlinekommentar Datenschutzrecht, 17. Edition 2016, § 32 BDSG Rn. 56; siehe auch die gute Übersicht bei Brink in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht, 1. Auflage 2016, § 32 BDSG Rn. 43 ff. sowie bei Franzen in: Erfurter Kommentar 16. Auflage 2016, § 32 BDSG Rn. 9 ff.

<sup>7</sup> Riesenhuber in: Wolff/Brinck, Beck'scher Onlinekommentar Datenschutzrecht, 17. Edition 2016, § 32 BDSG Rn. 90; Brink in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht, 1. Auflage 2016, § 32 BDSG Rn. 77.

<sup>8</sup> Riesenhuber in: Wolff/Brinck, Beck'scher Onlinekommentar Datenschutzrecht, 17. Edition 2016, § 32 BDSG Rn. 95.

<sup>9</sup> Ferner wird man eine Speicherung der Stammdaten im Hinblick auf § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG wohl für drei Jahre annehmen können – da die Frage, ob dieses Verbot und die Begrenzung des Vorbeschäftigungsverbots durch das BAG drei Jahre verfassungsgemäß ist, derzeit beim BVerfG (1 BvR 1375/14) anhängig ist, bleibt hier die weitere Entwicklung abzuwarten.

<sup>10</sup> Riesenhuber in: Wolff/Brinck, Beck'scher Onlinekommentar Datenschutzrecht, 17. Edition 2016, § 32 BDSG Rn. 95.

Für die Frage nach der Dauer sind § 15 Abs. 4 AGG (Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen innerhalb von zwei Monaten nach Zugang der Ablehnung) sowie die anschließende Frist zur Klageerhebung gemäß § 61b ArbGG von drei Monaten ab schriftlicher Geltendmachung heranzuziehen, zuzüglich eines gewissen Aufschlags, da die Zustellung der Klage an den Arbeitgeber nicht zwingend sofort, sondern lediglich „demnächst“ zu erfolgen hat, vgl. § 167 ZPO.<sup>11</sup> Wird gegen den Arbeitgeber tatsächlich ein Anspruch aus § 15 Abs. 2 AGG geltend gemacht, ist die Aufbewahrung der Daten des Anspruchsstellers sowie sämtlicher Bewerber, deren Bewerbungen möglicherweise für den Rechtsstreit von Bedeutung sein können, für die Dauer des Rechtsstreits erforderlich.

### Beachten Sie

*Vor dem Hintergrund einer effektiven Anspruchsabwehr sollten Daten der abgelehnten Bewerber nicht vorschnell gelöscht werden.*

Auf eine Betriebsvereinbarung, die eine längere Speicherung gestattet, kann sich der Arbeitgeber regelmäßig nicht berufen, da sich die Betriebsvereinbarung nicht auf Bewerber erstreckt, die nicht dem Betrieb angehören.<sup>12</sup>

### Bewerbungsunterlagen für eine Bewerberdatenbank

Oftmals ist der Arbeitgeber in der luxuriösen Situation, Bewerbungen von mehreren interessanten Kandidaten zu erhalten. Um ihren Lebenslauf später bei Bedarf „griffbereit“ zu haben, ist die Aufnahme in eine Bewerberdatenbank sinnvoll. Doch auch hier ist Vorsicht geboten.

### Beachten Sie

*Allein die Vorstellung, man handle im Interesse des job-suchenden Bewerbers, rechtfertigt keine Speicherung!*

Die Bewerber müssen in die Nutzung ihrer Daten über die soeben dargestellte zulässige Speicherdauer hinaus freiwillig und schriftlich einwilligen.<sup>13</sup> Besonderes Augenmerk ist auf die ausreichende Information des Einwilligenden bezüglich der gesamten beabsichtigten Verwendung der Daten sowie auf die ausreichende Bestimmtheit der Einwilligung zu legen.

### Beachten Sie

*Auch hier ist eine entsprechende Betriebsvereinbarung nicht ausreichend. Eine pauschale Einwilligung „zum Zwecke des Bewerbermanagements“ genügt ebenfalls nicht.*

Die Einwilligung muss vielmehr die Daten benennen, die gespeichert werden (z. B. Name, Anschrift, E-Mail-Adresse, Motivationsschreiben, Lebenslauf, Zeugnisse), den Verwendungszweck (z. B. Kontaktaufnahme zu einer möglichen Berücksichtigung bei der Besetzung einer Stelle beim Arbeitgeber xy) sowie einen Hinweis auf den jederzeit möglichen, grundlosen Widerruf und die dann erfolgende Löschung.<sup>14</sup> Bitte denken Sie daran, diese Einwilligungserklärung, sofern sie zusammen mit anderen Erklärungen erteilt wird, **drucktechnisch deutlich hervorzuheben.**<sup>15</sup>

- 11 So auch *Riesenhuber* in: Wolff/Brinck, Beck'scher Onlinekommentar Datenschutzrecht, 17. Edition 2016, § 32 BDSG Rn. 96; *Greiflin*, BB 2015, 117, 118; *Franzen* in: Erfurter Kommentar 16. Auflage 2016, § 32 BDSG Rn. 16 (sechs Monate ab Zugang des Ablehnungsschreibens beim Bewerber; enger (nur zwei Monate ab Zugang des Ablehnungsschreibens *Brink* in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht, 1. Auflage 2016, § 32 BDSG Rn. 83.
- 12 Vgl. zum personellen Anwendungsbereich von Betriebsvereinbarungen etwa *Kania* in: Erfurter Kommentar, 16. Auflage 2016, § 77 BetrVG Rn. 32.
- 13 Allgemein zur Einwilligung: § 4a BDSG; es genügt wohl auch die elektronische Einwilligung, siehe *Greiflin*, BB 2015, 117, 121.
- 14 Siehe allgemein zur Bestimmtheit *Kühling*, in: Wolff/Brinck, Beck'scher Onlinekommentar Datenschutzrecht, 17. Edition 2016, § 4a BDSG Rn. 44.
- 15 Vgl. § 4a Abs. 1 Satz 4 BDSG; *Franzen* in: Erfurter Kommentar, 16. Auflage 2016, § 4a BDSG Rn. 2.

### Werben Sie in der PuR

## Personal + praxis + Recht

- Für Unternehmen, Verlage, Seminarveranstalter besteht die Möglichkeit, in der PuR zu werben.
- Die PuR wird von zahlreichen Unternehmen, Arbeitgeberverbänden, Personalverantwortlichen, Rechtsanwälten etc. bezogen.
- Die PuR bietet damit eine ideale Werbepattform insbesondere für Verlagsprodukte, Seminarveranstaltungen und Dienstleistungen von Unternehmen.

Bei Interesse wenden Sie sich bitte an:  
Frau Helga Albrand, Tel.: 0211-4573-268,  
E-Mail: h.albrand@unternehmernrw.net