

# DATENSCHUTZ

## KONKRET

**Recht | Projekte | Lösungen**

Chefredaktion: Rainer Knyrim

### Betroffenen- und Mitarbeiterrechte

**Datenschutzthemen sind nichts für Theoretiker**

*Interview mit Josef Souhrada, Hauptverband Sozialversicherungsträger*

**Background-Checks bei Bewerbern**

*Edina Dolamic*

**Einsichtsrecht des Betriebsrats in Arbeitsverträge?**

*Monika Drs*

**Praxisprojekt: Umsetzung der Informationspflichten in einer Bank**

*Barbara Wagner und Janine Pallanitz*

**DSGVO: Recht auf Widerspruch und Informationspflichten**

*Viktoria Haidinger*

**DSGVO: Das Recht auf Datenübertragbarkeit**

*Reinhard Hübelbauer*

**Judikaturrückblick Management-Versäumnisse**

*Ernst M. Weiss*

**Checkliste Meldepflicht von Datenschutzverletzungen**

*Hans-Jürgen Pollirer*

Edina Dolamic

Rechtsanwaltsanwarterin bei Knyrim Trieb Rechtsanwältinnen OG

# Background-Checks bei Bewerbern

**Internetrecherchen in Xing und Facebook, Führungszeugnis und Arbeitszeugnisse.** Mit Inkrafttreten der DSGVO und dem DSGVO (neu) wird das Datenschutzrecht in Österreich auf eine ganz neue Grundlage gestellt. Welche allgemeinen datenschutzrechtlichen Fragestellungen bei Background-Checks von Bewerbern ergeben sich dadurch?

## Neuerungen durch die DSGVO

Die DSGVO vereinheitlicht weitgehend das Datenschutzrecht in der EU. Allerdings enthält sie eine Reihe von Öffnungsklauseln, die es den Mitgliedstaaten ermöglichen, national besondere Regelungen zu treffen. Im Arbeitsbereich sieht Art 88 DSGVO vor, dass die Mitgliedstaaten durch nationale Rechtsvorschriften oder Kollektivvereinbarungen spezifische Vorschriften zur Gewährleistung des Schutzes der Rechte und Freiheiten hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext vorsehen können, insb für Zwecke der Einstellung, der Erfüllung des Arbeitsvertrags und für Zwecke der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses. Nach § 11 DSGVO (neu) gilt das Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG) als eine solche Vorschrift iSd Art 88 DSGVO. Die Gleichstellung des ArbVG mit dem neuen Datenschutzrecht hat insb im Hinblick auf den Sanktionsmechanismus der DSGVO große Bedeutung für den Arbeitnehmerdatenschutz.

## Grundsätze für die Datenerhebung

Die Recherche und Verwendung von Informationen im Laufe eines Bewerbungsverfahrens durch den Arbeitgeber ist eine Datenverarbeitung iSd Art 4 Z 2 DSGVO. Eine solche Datenverarbeitung ist gem Art 5 DSGVO nur dann erlaubt, wenn sie auf rechtmäßige Weise, nach Treu und Glauben und für festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke erfolgt. Dies bedeutet, dass Daten über einen Bewerber nur dann verwendet werden dürfen, wenn sie für die Entscheidung über die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Arbeitsverhältnisses erforderlich und angemessen sind.

Die **Erforderlichkeit** ist dann gegeben, wenn die Daten für das Bewerbungsverfahren benötigt werden und die berechtigten Informationsinteressen nicht auf andere Art und Weise befriedigt werden können. IdR wird man allerdings die erforderlichen

Informationen durch ein Vorstellungsgespräch mit dem Bewerber erhalten können, sodass eine Erforderlichkeit für die Erhebung relevanter Informationen für das Bewerbungsverfahren auf andere Weise wohl nicht vorliegen wird.

## Einzelne Maßnahmen bei Background-Checks Internetrecherchen

Eine Internetrecherche könnte im Hinblick auf die allgemeinen Ausführungen dann zulässig sein, wenn Informationen im Internet recherchiert werden, die allgemein verfügbar sind (§ 1 Abs 1 DSGVO [neu]) oder die der Betroffene offensichtlich öffentlich gemacht hat (Art 9 Abs lit e DSGVO). Allgemein verfügbar werden in der Regel Informationen auf öffentlich zugänglichen Webseiten sein. Hinsichtlich sozialer Netzwerke ist aber dahingehend zu unterscheiden, wie die Profileinstellungen getroffen sind. Informationen in sozialen Netzwerken sind nur dann allgemein verfügbar, wenn sie nicht nur einem begrenzten Kreis offenstehen, sondern der gesamten Öffentlichkeit. Allgemeine Internetrecherchen über Bewerber sind daher grundsätzlich zulässig.

## Informationen aus freizeitorientierten sozialen Netzwerken dürfen im Bewerbungsverfahren nicht verwendet werden.

Aufgrund des Zweckbindungsprinzips dürfen aber nicht alle öffentlich verfügbaren Informationen zu einem Bewerber im Rahmen des Bewerbungsverfahrens verwendet werden, sondern nur solche, mit denen die Eignung des Bewerbers für die auszuübende Tätigkeit ermittelt werden kann. Dies bedeutet, dass die Verwendung von Informationen aus berufsorientierten sozialen Netzwerken (zB Xing) zulässig ist. Recherchiert der Arbeitgeber hingegen in freizeitorientierten sozialen Netzwerken (zB Face-

book), so verarbeitet er mitunter auch Informationen über den Bewerber, die mit der vorgesehenen Tätigkeit nichts zu tun haben. Die angegebenen Informationen in solchen freizeitorientierten sozialen Netzwerken (bspw politische Einstellung, sexuelle Orientierung und Hobbys) sind dem höchstpersönlichen Lebensbereich zuzuordnen und dürfen daher im Bewerbungsverfahren nicht verwendet werden.

## Polizeiliches Führungszeugnis

Die Vorlage eines polizeilichen Führungszeugnisses durch den Bewerber kann von einem privaten Arbeitgeber nur in bestimmten Fällen verlangt werden. Grundsätzlich dürfen Vorstrafen von Personen nur dann Berücksichtigung im Bewerbungsverfahren finden, wenn diese mit der Art der auszuübenden Tätigkeit in Zusammenhang stehen. Es ist daher zulässig, ein polizeiliches Führungszeugnis im Hinblick auf Vorstrafen betreffend Vermögensdelikte zu verlangen, wenn die auszuübende Tätigkeit im Umgang mit oder im Zugang zu erheblichen Vermögensgegenständen besteht. Getilgte Vorstrafen dürfen aber nie abgefragt und verarbeitet werden.

## Nachfragen beim ehemaligen Arbeitgeber

Grundsätzlich ist die Vorlage von Arbeitszeugnissen, die Auskunft über die Ausbildung, berufliche Qualifikation sowie die ausgeübte Tätigkeit bei ehemaligen Arbeitgebern widerspiegeln, für die Zwecke eines Bewerbungsverfahrens ausreichend. Eine konkrete Nachfrage beim ehemaligen Arbeitgeber kommt daher in der Regel nur dann in Betracht, wenn der Bewerber dazu eingewilligt hat. Die Einwilligung eines Bewerbers kann aufgrund des Koppelungsverbots<sup>1</sup> problematisch sein. Ohne Einwilligung des Bewerbers kann eine Nachfrage

<sup>1</sup> Siehe auch Gerhartl, Die Einwilligung des Arbeitnehmers als Rechtsgrundlage einer Datenverarbeitung nach der DSGVO, Doko 2017/33, sowie die Entscheidungsbesprechung zu DSB 22. 5. 2017, DSB-D216.396/0003-DSB/2017, von Haidinger, Doko 2017/97.

beim ehemaligen Arbeitgeber nur dann in Betracht kommen, wenn der Arbeitgeber berechnete Zweifel am Wahrheitsgehalt der Aussagen des Bewerbers hat.

### Sonstige Background-Checks

Über die genannten Maßnahmen hinausgehende Background-Checks über Bewerber sind idR nur mit deren Einwilligung zulässig. Dies steht aber mit dem Zweck der Background-Checks, die in aller Regel ohne Wissen des Bewerbers durchgeführt werden sollen, in Widerspruch. „Heimliche“ Background-Checks sind nur bei Verdacht einer unrichtigen Beantwortung zulässiger Fragen erlaubt, sofern sie zur Behandlung der Bewerbung unbedingt erforderlich sind. In diesem Fall ist allerdings gem Art 6 Abs 1 lit f DSGVO eine Interessenabwägung vorzunehmen.

### Zusammenfassung

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die DSGVO und das DSG (neu) wenige Neuerungen im Hinblick auf Background-Checks von Bewerbern bringen. Aufgrund des Sanktionsmechanismus der

DSGVO, welcher künftig auch im Beschäftigungskontext Anwendung findet, haben die allgemeinen arbeits- und datenschutzrechtlichen Grundsätze allerdings größere Bedeutung erlangt.

Dako 2017/65

### Zum Thema

#### Über die Autorin

Mag. Edina Dolamic ist Rechtsanwaltsanwältin bei Knyrim Trieb Rechtsanwälte OG und seit 2009 auf Datenschutz-, IT- und Telekommunikationsrecht spezialisiert. E-Mail: ed@kt.at

#### Literatur

- *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG<sup>2</sup> § 1;
- *Pollirer/Weiss/Knyrim/Haidinger*, DSGVO Art 4 ff;
- *Kort*, Eignungsdiagnose von Bewerbern unter der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO), NZA-Beilage 2016, 62;
- *Hoormann*, Beschäftigtendatenschutz und Social Media, DSRI-Tagungsband 2011, 577;
- *Dzida*, Big Data und Arbeitsrecht, NZA-Beilage 2017, 541.