

Fragerecht des Arbeitgebers, Datenschutz und AGG – ein dogmatisches Update

Jun.-Prof. Dr. Stephan Gräf, Universität Konstanz

A. Einführung

Die Grundsätze des Fragerechts des Arbeitgebers¹ gehören zu den klassischen Besonderheiten des Arbeitsrechts. Im Wesentlichen beruhen sie auf der Rechtsprechung des BAG, also auf richterrechtlichen Grundsätzen, die im Laufe der Zeit nur punktuell mit spezialgesetzlichen Normen angereichert wurden (s. z.B. § 53 Abs. 1 BZRG, § 7 Abs. 2 BGleG, § 23a S. 1 IfSG). Darüber, welche Fragen der Arbeitgeber dem Bewerber im Vorstellungsgespräch konkret stellen darf und welche nicht, wurde und wird zuweilen intensiv gestritten, aktuell etwa über die Frage nach dem Impfstatus.²

Um solche Einzelfragen soll es im Folgenden nicht gehen, sondern um die Dogmatik des Fragerechts. Unklar ist zunächst, inwieweit die Grenzen des Fragerechts inzwischen durch das Datenschutzrecht dominiert werden. Vielfach wird davon ausgegangen, dass die beiden Bereiche nebeneinanderstehen, ohne dass man dabei aber zu unterschiedlichen Ergebnissen komme. Schon die These des Parallelschutzes erscheint jedoch zweifelhaft (dazu C.); gleiches gilt für die Annahme, die Zulässigkeitsanforderungen seien vollständig deckungsgleich (dazu D.). Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie sich das Diskriminierungsverbot des AGG in die Fragerechtsdogmatik einfügt (dazu E.).

1 Die Verwendung des generischen Maskulinums im Folgenden erfolgt aus Gründen vereinfachter Lesbarkeit; gemeint sind stets alle Geschlechter.

2 Dazu Gräf, Der Impfstatus im Arbeitsverhältnis, NZA 2021, 1361 (1363 ff).

B. Die richterrechtlich entwickelten Grundsätze über das Fragerecht

Zu Beginn müssen allerdings die hergebrachten Grundsätze des Fragerechts in Erinnerung gerufen werden. Dabei sind zwei Komponenten zu unterscheiden.

I. Grenzen des Fragerechts

Stellt der Arbeitgeber im Einstellungsverfahren Fragen an einen Bewerber,³ unterliegt er dabei Beschränkungen, für die sich der Begriff „Grenzen des Fragerechts“ eingebürgert hat. Woraus sich diese Grenzen dogmatisch ergeben, hat das BAG zunächst offengelassen;⁴ später hat es sie aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG) abgeleitet.⁵ Die gängige Formel des BAG lautet, dass nur solche Fragen zulässig sind, an deren Beantwortung der Arbeitgeber ein „berechtigtes, billigenwertes und schutzwürdiges Interesse“ hat.⁶

II. „Recht zur Lüge“

Stellt der Arbeitgeber eine unzulässige Frage, ist der Bewerber nicht verpflichtet, sie zu beantworten. Allerdings ist das Schweigen auf eine solche Frage für ihn auch keine sinnvolle Option; denn daraus könnte der Arbeitgeber Schlüsse ziehen und den Bewerber ablehnen. Deswe-

3 Gleiches gilt für den Einsatz von Fragebögen oder modernen Befragungstechnologien wie Chatbots etc.; vgl. hierzu *Freyler*, Robot-Recruiting, Künstliche Intelligenz und das Antidiskriminierungsrecht, NZA 2020, 284 (286).

4 Vgl. BAG NJW 1958, 516 (517).

5 BAG NJW 1985, 645. Ebenso die h.Lit., siehe statt vieler *Degener*, Das Fragerecht des Arbeitgebers gegenüber Bewerbern (Berlin 1975) 60 ff; *Wiese*, Der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber, ZfA 1971, 273 (300 f); dabei wird zuweilen auf § 242 BGB als normativen Anknüpfungspunkt abgestellt, siehe *Hofmann*, Zur Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers, ZfA 1975, 1 (7 ff).

6 Siehe nur BAG NJW 1985, 645; aus neuerer Zeit BAG NZA 2014, 1131 (1134 f).

gen wird dem Bewerber ein „Recht zur Lüge“ eingeräumt.⁷ Dogmatisch wird darin teilweise die Ausübung eines Notwehrrechts des Bewerbers (§ 227 BGB) wegen eines Angriffs auf sein allgemeines Persönlichkeitsrecht gesehen.⁸ Der Rückgriff auf § 227 BGB erscheint allerdings verzichtbar, da es beim „Recht zur Lüge“ allein darum geht, mögliche negative Folgen der wahrheitswidrigen Antwort auf eine unzulässige Frage auszuschließen. Dies lässt sich durch Auslegung der entsprechenden Rechtsfolgennormen erreichen.⁹

So soll im Falle einer berechtigten Lüge insbesondere das Recht des Arbeitgebers, den infolge einer Lüge abgeschlossenen Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung anzufechten, ausgeschlossen sein. Dazu wird das – explizit nur für § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB normierte – Merkmal der Widerrechtlichkeit in den Täuschungstatbestand hineingelesen.¹⁰ Methodisch handelt es sich dabei um eine teleologische Reduktion des § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB.¹¹ Ebenso scheidet im Fall einer berechtigten Lüge eine Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB (mangels Irrtums über eine „verkehrswesentliche“ Eigenschaft des Bewerbers) und eine verhaltensbedingte Kündigung (mangels vorvertraglicher Pflichtverletzung nach § 241 Abs. 2 i. V. mit § 311 Abs. 2 Nr. 1 oder 2 BGB) aus.¹²

7 Grdl. *Nikisch*, Arbeitsrecht, Band I (1961) 815; vom BAG wurde der Begriff erstmals in einer Entscheidung vom 22.9.1961 verwendet (BAG NJW 1962, 74 [75]).

8 Ausf. *Neumann-Duesberg*, Fragebogen als Persönlichkeitsrechtsverletzung und Lüge als Notwehr, UFITA 36 (1962) 101 ff.

9 Vgl etwa *Hofmann*, Zur Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers, ZfA 1975, 1 (61 f.).

10 So die heute h.M., siehe statt vieler etwa *Hausmann*, Die Reaktion auf Willensmängel beim Arbeitsvertragsschluss (München 2008) 68 f. Früher hat das BAG den Anfechtungsausschluss – dogmatisch wenig überzeugend – am Merkmal der „Arglist“ festgemacht (BAG NJW 1958, 516 [517]). Nach wieder a.A. steht der Anfechtung der Einwand unzulässiger Rechtsausübung (§ 242 BGB) entgegen, so *Beck*, „Fragerecht“ und „Recht zur Lüge“ (Frankfurt a.M. u.a. 2003) 234 ff.

11 So zutr. etwa *Hofmann*, ZfA 1975, 1 (61); *Preis*, in Erfurter Kommentar, 21. Aufl. (München 2021) § 611a BGB Rn 361.

12 Siehe etwa *Kaehler*, Das Arbeitgeberfragerecht im Anbahnungsverhältnis: Kritische Analyse und dogmatische Grundlegung, ZfA 2006, 519 (540).

C. Erfassung und Erweiterung der Grundsätze des Fragerechts durch das Datenschutzrecht

Blickt man im Vergleich dazu auf die Rechtsgrundlagen des Beschäftigtendatenschutzes, so liegt der Ausgangspunkt in der DSGVO. Art. 6 Abs. 1 DSGVO regelt ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Die Verarbeitung personenbezogener Daten ist danach nur dann zulässig, wenn sie durch eine in der DSGVO vorgesehene Erlaubnisnorm oder durch eine nach Maßgabe der DSGVO wirksame Einwilligung des Betroffenen gedeckt ist. Die Öffnungsklausel in Art. 88 DSGVO ermöglicht es den Mitgliedstaaten jedoch, auf nationaler Ebene „spezifischere Rechtsvorschriften“ für die „Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext“ zu erlassen. Von dieser Option hat der deutsche Gesetzgeber in § 26 BDSG Gebrauch gemacht.

Darüber, wie sich die arbeitsrechtlichen Grundsätze des Fragerechts zum Datenschutzrecht verhalten, besteht nach wie vor Unsicherheit. Vereinzelt wird in Rechtsprechung und Literatur nach wie vor allein auf die hergebrachten Rechtsprechungsgrundsätze abgestellt,¹³ vereinzelt nur auf das Datenschutzrecht.¹⁴ Zumeist wird aber – wie bereits erwähnt – von einem grundsätzlichen Nebeneinander der beiden Bereiche ausgegangen; das Fragerecht sei doppelt beschränkt.¹⁵

13 Siehe etwa LAG BW BeckRS 2019, 5479; Jousen, in BeckOK Arbeitsrecht, 61. Ed. (1.9.2021) § 611a Rn 102 ff.

14 Siehe insb. Riesenhuber, Kein Fragerecht des Arbeitgebers, NZA 2012, 771 (775).

15 Siehe etwa Däubler, in Däubler/Wedde/Weichert/Sommer (Hg), EU-DSGVO/BDSG, 2. Aufl. (Frankfurt a.M. 2020) § 26 BDSG Rn 22 (Fn 33); Preis (Fn 11) § 611a BGB Rn 271; siehe auch Kort, Eignungsdiagnose von Bewerbern unter der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), NZA-Beil. 2/2016, 62 (66 f): „Parallelschutz“; ebenso Gola, Handbuch Beschäftigtendatenschutz, 8. Aufl. (2019) Rn 63 ff; vgl auch BAG NZA 2013, 1087 Rn 24 (Grenzen des Fragerechts könnten sich aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht oder dem Datenschutzrecht ergeben).

I. Divergenz der Schutzzwecke?

Für ein solches Nebeneinander könnte zunächst ein Vergleich der jeweiligen Schutzzwecke sprechen.¹⁶

Betrachtet man nämlich auf der einen Seite die Funktion der vom BAG entwickelten Grundsätze, so stellt man fest, dass es dabei nicht primär um das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung geht, also den Geheimnisschutz als solchen, sondern vor allem um den „Schutz der Persönlichkeit [...] vor Ausgrenzung im Rechtsverkehr“,¹⁷ also um den Erhalt der *Marktzugangschancen*. Man könnte von einem *vorgezogenen Diskriminierungsschutz* sprechen.¹⁸ Aufgrund derartiger Überlegungen haben prominente Stimmen die These der h. M., die Beschränkung des Fragerechts diene primär dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts,¹⁹ sogar insgesamt zurückgewiesen.²⁰

Demgegenüber scheint es beim Datenschutzrecht, das vielfach in der Tradition des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung gesehen wird, gerade um den *Geheimnisschutz als solchen* zu gehen – um den „Datenschutz als Selbstzweck“.²¹ Dies ist bei genauerer Betrachtung aber nicht der Fall – jedenfalls nicht mehr auf Basis der DSGVO. Bei

16 I.d.S. *Hanloser*, in: Forgó/Helfrich/Schneider (Hg), *Betrieblicher Datenschutz*, 3. Aufl. (München 2019) Teil V Kap. 1 Rn 54.

17 *Wagner*, Lügen im Vertragsrecht, in: Zimmermann (Hg), *Störung der Willensbildung bei Vertragsschluss* (Tübingen 2007) 59 (97) mit Verw. auf BVerfGE 96, 171 (186 ff.).

18 In diese Richtung *Buchner*, in: *Münchener Handbuch Arbeitsrecht*, 2. Aufl. (München 2000) § 41 Rn 3, 5; explizit *Hanloser* (Fn 16), Teil V Kap. 1 Rn 54: „Die arbeitsrechtliche Beschränkung des Fragerechts – spiegelbildlich ergänzt um ein anfechtungsausschließendes Recht zur Lüge – dient dem Diskriminierungsschutz“; siehe auch *Riesenhuber*, *Fragerecht* (Fn 14) 775 zum „diskriminierungsrechtlichen Recht zur Lüge“.

19 Siehe die Nachw. in Fn 5.

20 *Raab*, *Das Fragerecht des Arbeitgebers nach schwebenden Strafverfahren und die Unschuldsvermutung des Bewerbers*, RdA 1995, 36 (39); *Wiedemann*, *Zur culpa in contrahendo beim Abschluss des Arbeitsvertrags*, in: Hanau (Hg), *Festschrift für Wilhelm Herschel* (München 1982) 463 (469 f). Zu weitgehend *Leipold*, *Einstellungsfragebögen und das Recht auf Arbeit*, AuR 1971, 161 (163 ff): Grenzen des Fragerechts als Ausfluss eines „Rechts auf Arbeit“.

21 In diesem Sinne wird nach der Beobachtung von *Veil* (Die Datenschutz-Grundverordnung: des Kaisers neue Kleider, NVwZ 2018, 686 [690]) die Funktion des Datenschutzrechts v.a. unter deutschen Datenschützern verstanden. Vgl. auch

aller Unsicherheit über die genauen Schutzgüter der DSGVO finden sich dort klare Anhaltspunkte dafür, dass – zumindest auch – der Schutz vor wirtschaftlichen Nachteilen für die von der Datenverarbeitung Betroffenen angestrebt wird.²² Dafür spricht etwa die Regelung zum Profiling in Art. 22 DSGVO, die vor „erheblichen Beeinträchtigungen“ schützt. Die Verweigerung eines Vertragsschlusses ist als eine solche „erhebliche Beeinträchtigung“ zu werten.²³ Und die Erwägungsgründe 71, 75 und 85 erwähnen sogar ausdrücklich den Diskriminierungsschutz.

Insofern bestehen aus teleologischer Sicht keine Bedenken gegen eine Integration der Fragerechtsgrundsätze in das Datenschutzrecht.

II. Anwendungsbereich des Beschäftigtendatenschutzes

Die Grundsätze zum Fragerecht müssten aber auch formal in den Anwendungsbereich des Datenschutzrechts fallen.

1. Persönlicher Anwendungsbereich

Unproblematisch zu bejahen ist dies zunächst für den *persönlichen* Anwendungsbereich. Dieser wird durch den in § 26 Abs. 8 BDSG normierten datenschutzrechtlichen Beschäftigtenbegriff, der nach Satz 2 ausdrücklich auch Stellenbewerber erfasst, sogar noch erweitert.

Zu einer Schutzbereichserweiterung kommt es bereits im Hinblick auf die in § 26 Abs. 8 S. 1 Nr. 1 BDSG genannten „Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer“. Damit ist nicht lediglich der (enge) deutsche Arbeitnehmerbegriff in § 611a BGB gemeint. Denn § 26 BDSG beruht auf der Öffnungsklausel des Art. 88 Abs. 1 DSGVO; der dort enthaltene Beschäftigtenbegriff ist unionsrechtlich-autonom – also weit – zu inter-

Hanloser (Fn 16) Teil V Kap. 1 Rn 54: „Diskriminierungsschutz [...] allenfalls ein wünschenswerter Reflex“ des Datenschutzrechts.

22 Vgl. Veil, DSGVO (Fn 21) 691 ff m.w.N.

23 Buchner, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. (München 2020) Art. 22 DSGVO Rn 26a.

pretieren.²⁴ Es ist im Zweifel davon auszugehen, dass der deutsche Gesetzgeber in § 26 Abs. 8 S. 1 Nr. 1 BDSG die ihm durch Art. 88 Abs. 1 DSGVO eingeräumte Konkretisierungsbefugnis umfassend, d. h. im Hinblick auf den gesamten personellen Geltungsbereich des Art. 88 Abs. 1 DSGVO, ausüben wollte. Damit sind im Hinblick auf die *Danosa*-Rechtsprechung des EuGH²⁵ etwa auch GmbH-Fremdgeschäftsführer erfasst,²⁶ die nach nationalem Verständnis in der Regel nicht als Arbeitnehmer zu qualifizieren sind. Darüber hinaus erstreckt § 26 Abs. 8 S. 1 BDSG (wie schon § 3 Abs. 11 BDSG a. F.) den persönlichen Anwendungsbereich auf weitere Beschäftigtenkategorien, so etwa auf die zur Berufsausbildung Beschäftigten (Nr. 2), auf Freiwillige im Jugend- oder Bundesfreiwilligendienst (Nr. 5) und auf arbeitnehmerähnliche Personen (Nr. 6).²⁷ Diese Erweiterungen erscheinen auch im Kontext des Fragerechts interessengerecht; denn auch bei Begründung nicht-arbeitsrechtlicher Beschäftigungsverhältnisse geht es typischerweise um Situationen, in denen sich das Informationsinteresse in besonderem Maße auf die Person des Bewerbers bezieht – in denen die Person quasi den „Vertragsgegenstand“²⁸ bildet. Was die Zulässigkeitsmaßstäbe und die Bewertung bestimmter Fragen betrifft, können freilich Differenzierungen zwischen den einzelnen Beschäftigtenkategorien geboten sein.²⁹

24 *Seifert*, in Simitis/Hornung/Spiecker (Hg), Datenschutzrecht (Baden-Baden 2019) Art. 88 Rn 17 f; a.A. *Maschmann*, in Kühling/Buchner (Hg), DSGVO/BDSG, 3. Aufl. (München 2020) Art. 88 DSGVO Rn 13.

25 EuGH NZA 2011, 143 – *Danosa*.

26 So auch *Zöll*, in Taeger/Gabel (Hg), DSGVO/BDSG, 3. Aufl. (Frankfurt a.M. 2019) § 26 BDSG Rn 104; i.E. auch *Seifert* (Fn) Art. 88 Rn 18, 62; a.A. *Maschmann* (Fn) Art. 88 DSGVO Rn 13.

27 Unklar ist allerd., ob § 26 Abs. 8 Nr. 6 BDSG noch von Art. 88 Abs. 1 DSGVO abgedeckt ist; verneinend *Seifert* (Fn) Art. 88 Rn 19, 67. Ggf. wäre allein die DSGVO anwendbar und man müsste die Grenzen des Fragerechts in Bezug auf arbeitnehmerähnliche Personen auf Basis insb. der Erlaubnisnorm in Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO diskutieren.

28 So plastisch *Däubler*, Gläserne Belegschaft, 9. Aufl. (Frankfurt a.M. 2021) Rn 208.

29 Vgl das – allerdings nicht mehr aktuelle – Bsp. bei *Schubert*, Der Schutz arbeitnehmerähnlicher Personen (München 2004) 201: stärkere Beschränkung des Fragerechts nach der Schwerbehinderung bei der Einstellung arbeitnehmerähnlicher Personen, weil an die Schwerbehinderung anknüpfende Pflichten des Fragestellers an das Arbeitsverhältnis anknüpfen.

Die Öffnung des § 26 BDSG für zusätzliche Beschäftigtenkategorien gilt allerdings unmittelbar zunächst nur für die *Grenzen* des Fragerechts. Damit ist noch nicht gesagt, dass sich auch das „Recht zur Lüge“ (Ausschluss der Anfechtung) auf sämtliche Beschäftigtenkategorien erstreckt. Zweifel könnten insofern bestehen, als das „Recht zur Lüge“ als Spezifikum des Arbeitsrechts entwickelt wurde und ähnliches ansonsten nur noch im Mietrecht anerkannt ist,³⁰ im sonstigen Zivilrecht hingegen überwiegend abgelehnt wird.³¹ Gemein ist dem Arbeits- und dem Mietvertrag die strukturelle Besonderheit, dass der Befragte typischerweise aus existenziellen Gründen auf den Vertragsschluss angewiesen ist. Stellte man allein auf diesen Gesichtspunkt ab, ließe sich das Recht zur Lüge zwar auf arbeitnehmerähnliche Personen (Nr. 6) und zur Berufsbildung Beschäftigte (Nr. 2) übertragen,³² nicht aber auf andere Beschäftigtenkategorien wie den Jugend- oder Bundesfreiwilligendienst (Nr. 5). Jedoch liegt die entscheidende Begründung für das „Recht zur Lüge“ weniger in der existenziellen Bedeutung des Vertragsabschlusses für den Bewerber – letztere kann bei den Grenzen des Fragerechts im Rahmen der Interessenabwägung Berücksichtigung finden – als vielmehr in dem Umstand, dass der Fragesteller aufgrund seiner typischen strukturellen Überlegenheit in der Regel einen anderen Bewerber zum Zuge lassen kommen kann, wenn der Befragte die Antwort verweigert. Dieses Dilemma droht Bewerbern in allen (privatrechtlichen³³) Beschäftigtenkategorien i. S. des § 26 Abs. 8 S. 1 BDSG. Die „Recht-zur-Lüge“-Rechtsprechung deckt damit den gesamten persönlichen Anwendungsbereich des (privatrechtlichen) Beschäftigtendatenschutzes ab.

30 Siehe dazu *Arnold*, in Erman, BGB, 16. Aufl. (Köln 2020) § 123 Rn 22; *Singer/Finckenstein*, in Staudinger, BGB, Neubearb. (2017) § 123 Rn 47.

31 Siehe zur Diskussion *Wagner* (Fn 17) 59 ff.

32 Für eine entsprechende Anwendung der Grundsätze über das Fragerecht auf arbeitnehmerähnliche Personen auch schon bisher *Schubert* (Fn 29) 199 ff; ebenso für die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten (vgl § 10 Abs. 2 BBiG) *Benecke*, in Benecke/Hergenröder, BBiG, 2. Aufl. (München 2021) § 10 Rn 11.

33 Zur Nicht-Geltung des BDSG für die von § 26 Abs. 8 S. 1 Nr. 7 BDSG ebenfalls erfassten Beamten etc. *Seifert* (Fn) Art. 88 Rn 68.

2. Sachlicher Anwendungsbereich

a) „Automatisierte“ Verarbeitung bzw. Speicherung „in einem Dateisystem“

Die DSGVO gilt grundsätzlich nicht für jede Form der Verarbeitung personenbezogener Daten, sondern nach deren Art. 2 Abs. 1 nur für die ganz oder teilweise *automatisierte Verarbeitung* personenbezogener Daten sowie für die nichtautomatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die in einem *Dateisystem* gespeichert sind oder gespeichert werden sollen.³⁴ Jedoch erweitert § 26 Abs. 7 BDSG (wie bereits § 32 Abs. 2 BDSG a. F.) den sachlichen Anwendungsbereich speziell für den Beschäftigtendatenschutz auf *sämtliche* Formen der Verarbeitung personenbezogener Daten.³⁵ Daher sind auch handschriftliche Notizen, die der Fragesteller im Vorstellungsgespräch anfertigt,³⁶ und sogar die rein gesprochene Befragung³⁷ vom Datenschutzrecht erfasst. Soweit § 26 Abs. 7 BDSG auf rechtspolitische Kritik gestoßen ist,³⁸ kann dieser jedenfalls für den Bereich des Fragerechts im Vertragsanbahnungsstadium nicht gefolgt werden. Die hier typische Gefährdungslage, also das oben skizzierte Bewerber-Dilemma, besteht nämlich unabhängig von der Form der Datenverarbeitung. Daher erscheint es sinnvoll, auf ein-

34 Das BDSG übernimmt diese Einschränkung in § 1 Abs. 1 S. 2 BDSG allerdings nur für die Verarbeitung durch nichtöffentliche Stellen. Für öffentliche Arbeitgeber gilt die Einschränkung nach § 1 Abs. 1 S. 1 BDSG von vornherein nicht.

35 Entgegen seinem Wortlaut und seiner systematischen Stellung erweitert § 26 Abs. 7 BDSG nicht nur die Erlaubnisnorm des § 26 BDSG, sondern auch die Verbotsnorm des Art. 6 Abs. 1 DSGVO (sowie die weiteren im Beschäftigtenkontext relevanten Regelungen der DSGVO, im Einzelnen str.); treffend *Riesenhuber*, in BeckOK Datenschutzrecht, 37. Ed. (1.2.2021) § 26 BDSG Rn 41: Ansonsten würde § 26 BDSG „etwas erlauben, was in Art. 6 DSGVO gar nicht verboten ist“.

36 Allerdings ist umstr., unter welchen Voraussetzungen bereits eine Personalakte ein „Dateisystem“ i. S. des Art. 4 Nr. 6 DSGVO darstellt; ein weites Verständnis würde die praktische Bedeutung des § 26 Abs. 7 BDSG reduzieren; siehe dazu *Riesenhuber* (Fn 35) § 26 BDSG Rn 38 f m.w.N.

37 Dazu, dass nach hier vertretener Ansicht bereits die Befragung selbst (nicht erst das Vernehmen oder Niederlegen der Antwort) unter den Verarbeitungsbegriff fällt, sogleich b).

38 Siehe etwa *Franzen*, Arbeitnehmerdatenschutz – rechtspolitische Perspektiven, RdA 2010, 257 (258 f) zu § 32 Abs. 2 BDSG a. F.

heitliche Bewertungsgrundlagen für die Klärung der Zulässigkeit einer Frage abzustellen.

Die Erweiterung in § 26 Abs. 7 BDSG verstößt auch nicht etwa gegen die Vorgaben der – vollharmonisierenden – DSGVO, und zwar unabhängig davon, wie weit man die Grenzen der Konkretisierungsbefugnis der nationalen Gesetzgeber im Rahmen des Art. 88 Abs. 1 DSGVO ziehen möchte³⁹. Denn mit § 26 Abs. 7 BDSG bewegt sich der deutsche Gesetzgeber von vornherein außerhalb des Anwendungsbereichs der DSGVO;⁴⁰ hier ist er frei von unionsrechtlichen Bindungen. Allerdings führt dies möglicherweise zu Friktionen im Hinblick auf das einschlägige Grundrechts-regime.⁴¹

b) Frage als „Verarbeitung“ personenbezogener Daten?

Im Rahmen des sachlichen Anwendungsbereichs stellt sich ein dogmatisches Problem, das bisher – soweit ersichtlich – unbeachtet geblieben ist. Dieses betrifft den *Begriff der Verarbeitung selbst*. Nach der Legaldefinition in Art. 4 Nr. 2 DSGVO fällt darunter auch das *Erheben* personenbezogener Daten, worunter sich scheinbar zwanglos die Befragung im Bewerbungsgespräch subsumieren lässt. Ein „Erheben“ liegt nach allgemein anerkanntem Begriffsverständnis allerdings erst dann vor, wenn das betroffene Datum – infolge eines gezielten Handelns des Verantwortlichen – in den *Verfügungsbereich des Verantwortlichen* gelangt ist;⁴² erst an diesen Vorgang setzt die datenschutzrechtliche Kontrolle an. Angewendet auf das Vorstellungsgespräch liegt danach eine „Verarbeitung“ nicht schon dann vor, wenn die Frage geäußert wird, sondern frühestens dann, wenn der Bewerber die *Antwort gegeben* und der *Frage-*

39 Siehe dazu noch Fn 81.

40 Zutr. Seifert (Fn) Art. 88 Rn 71.

41 Dazu unten D. III. 1. (bei Fn 84 f).

42 Siehe nur Arning/Rothkegel, in Taeger/Gabel (Hg), DSGVO/BDSG, 3. Aufl. (Frankfurt a.M. 2019) Art. 4 DSGVO Rn 71; Herbst, in Kühling/Buchner (Hg), DSGVO/BDSG, 3. Aufl. (München 2020) Art. 4 Nr. 2 DSGVO Rn 21; Roßnagel, in Simitis/Hornung/Spiecker (Hg), Datenschutzrecht, (Baden-Baden 2019) Art. 4 Nr. 2 Rn 15; siehe auch zu § 3 Abs. 3 BDSG a. F. Damman, in Simitis (Hg), Bundesdatenschutzgesetz, 8. Aufl. (Baden-Baden 2014) § 3 Rn 107.

steller diese vernommen hat, in der Regel sogar erst dann, wenn die Antwort (schriftlich oder digital) festgehalten wird.⁴³

Dies passt aber nicht zur Logik der Fragerechtsdogmatik: Denn es muss schon in dem Zeitpunkt, in dem die überzogene Frage selbst geäußert wurde, das Verdikt der Rechtswidrigkeit (Art. 6 Abs. 1 DSGVO) gegeben sein. Andernfalls würde bei Äußerung einer überzogenen Frage das „Recht zur Lüge“ erst in dem Moment entstehen, in dem die wahrheitswidrige Antwort vom Befragten bereits abgegeben ist (und zur Kenntnis des Fragestellers gelangt bzw. von diesem festgehalten wird).

Auf den ersten Blick könnte man dies für ein rein begriffliches Problem halten. Denn beim „Recht zur Lüge“ geht es – wie erwähnt – schließlich nur darum, für den Bewerber negative Rechtsfolgen einer wahrheitswidrigen Antwort auszuschließen, insbesondere die Anfechtung des Arbeitsvertrags. Insofern scheint es denkbar, als maßgeblichen Verarbeitungsvorgang doch – entsprechend dem allgemeinen Verständnis des „Erhebens“-Begriffs – auf das Vernehmen bzw. die Niederlegung der vom Befragten abgegebenen Lüge⁴⁴ abzustellen; in diesen Vorgängen könnte durchaus auch die Täuschung i. S. des § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB gesehen werden, um deren Legalisierung es geht. Dabei würde man aus teleologischer Sicht aber auf den *falschen Kontrollgegenstand* abstellen: Es ist nicht das Vernehmen bzw. Niederlegen der vom Bewerber wahrheitswidrig abgegebenen Antwort, die dessen Persönlichkeitsrecht bedroht – im Gegenteil: Gerade diese Lüge *sichert* ihm ja die Chance auf die Einstellung. Die entscheidende (und damit datenschutzrechtlich kontrollbedürftige) Bedrohung des Persönlichkeitsrechts tritt vielmehr bereits mit *Ausspruch der Frage selbst* ein.⁴⁵ Bereits diese führt zu dem eingangs skizzierten Dilemma und der Gefährdung seiner Einstellungschance.

43 Das Datum muss nämlich gerade in den Verfügungsbereich des *Verantwortlichen* i. S. des Art. 4 Nr. 7 DSGVO gelangen (siehe Nachw. in Fn 42); dies ist häufig nicht die Person, die das Vorstellungsgespräch führt.

44 Dass es sich um eine inhaltlich unzutreffende Information handelt, ist für sich genommen unschädlich; für den Begriff des „personenbezogenen“ Datums i. S. des Art. 4 Nr. 1 DSGVO kommt es auf den Wahrheitsgehalt nämlich nicht an, siehe nur *Klar/Kühling*, in Kühling/Buchner (Hg), DSGVO/BDSG, 3. Aufl. (München 2020) Art. 4 Nr. 1 DSGVO Rn 8.

45 So bereits in Bezug auf die traditionellen Fragerechtsgrundsätze *Degener*, Fragerecht (Fn 5) 54 f, 64 f; a.A. *Wiese*, Persönlichkeitsschutz (Fn 5) 300 f.

Der „Verwendungs-“ bzw. „Erhebens“-Begriff nach allgemeiner Lesart versagt jedenfalls dann, wenn der Befragte von der Option gebraucht macht, die inkriminierte *Frage unbeantwortet* zu lassen.⁴⁶ Zieht der Arbeitgeber hieraus Schlüsse und lehnt er den Bewerber deswegen ab, muss der Arbeitgeber wertungsmäßig denselben Rechtsfolgen unterliegen wie im Fall der Ablehnung des Bewerbers infolge wahrheitsgemäßer Beantwortung der inkriminierten Frage; in Betracht kommen insbesondere Schadensersatzansprüche des abgelehnten Bewerbers.⁴⁷ Soll sich die hierfür erforderliche Pflicht- bzw. Rechtswidrigkeit des Arbeitgeberverhaltens aus dem Datenschutzrecht ergeben, setzt dies konstruktiv wiederum das Vorliegen einer unzulässigen Datenverarbeitung voraus. Im Fall des Schweigens ist es allerdings – folgt man dem allgemeinen Verständnis des Erhebens-Begriffs – nie zur Verwendung eines personenbezogenen Datums gekommen; damit fehlt die Grundlage für das Verdikt der Rechtswidrigkeit nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO und des Schadensersatzanspruchs aus Art. 82 DSGVO.

Deswegen ist es vorzugswürdig, den Verwendungs-Begriff speziell für den Bereich des Fragerechts modifizierend zu interpretieren und hier bereits *in der Frage selbst* – als in dem auf Informationsgewinnung gerichteten Vorgang – eine „*Verarbeitung*“ zu sehen. Man kann dazu entweder einen unbenannten Fall der Verarbeitung i. S. des Art. 4 Nr. 2 DSGVO annehmen oder – was vorzugswürdig erscheint – den „Erhebens“-Begriff in Art. 4 Nr. 2 DSGVO einer entsprechenden teleo-logisch-extensiven Auslegung unterziehen. Der Wortlaut ist hierfür durchaus offen, auch in den anderen Sprachfassungen („collection“, „la collecte“ etc.). Da es sich um eine Gefährdungslage handelt, die nicht spezifisch die deutsche Rechtsordnung betrifft,⁴⁸ steht das Gebot der unionsrechtlich-autonomen Interpretation der Rechtsbegriffe der DSGVO dieser Modifikation nicht entgegen.

46 Dies ist v.a. in Grenzfällen denkbar, wenn sich der Befragte bzgl. der Zulässigkeit der Frage nicht sicher ist und er nicht das mit einer Lüge verbundene Anfechtungsrisiko eingehen möchte.

47 Dazu sogleich noch III. 1.

48 Vgl etwa für das österreichische Recht OGH DRdA 1995, 397.

3. Zwischenergebnis

Es lässt sich festhalten: Sämtliche Konstellationen, in denen die von der Rechtsprechung entwickelten Grenzen des Fragerechts Geltung beanspruchen, werden vom sachlichen Anwendungsbereich des Datenschutzrechts erfasst. In persönlicher Hinsicht führt das Datenschutzrecht sogar zu einer Schutzbereichserweiterung. Mit der skizzierten Modifikation des „Verwendungs“-Begriffs in Art. 4 Nr. 2 DSGVO fügt sich das Datenschutzrecht zudem in die Logik des in der deutschen Rechtsprechung anerkannten „Rechts zur Lüge“ ein.

III. Rechtsfolgen unzulässiger Fragen

Auch was die Rechtsfolgen einer unzulässigen Bewerberbefragung betrifft, bleibt das Datenschutzrecht nicht hinter denjenigen zurück, die von der Rechtsprechung aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitet wurden. Dass das „Recht zur Lüge“ unangetastet bleibt, lässt sich den Rechtsgedanken des Art. 84 Abs. 1 DSGVO bzw. des EG 146 S. 4 entnehmen. Die DSGVO sieht aber noch darüber hinausgehende Sanktionen vor.

1. Schadensersatzansprüche des (abgelehnten) Bewerbers

Im Vordergrund steht dabei der Schadensersatzanspruch aus Art. 82 DSGVO. Dieser wird beim Fragerecht vor allem dann relevant, wenn der Bewerber auf eine rechtswidrige Frage hin wahrheitsgemäß geantwortet oder die Antwort verweigert hat und er vom Arbeitgeber infolgedessen nicht eingestellt wird. Als *Vermögensschaden* kann der Bewerber den Lohnausfallschaden geltend machen. Dass dieser Schaden vom Schutzzweck der Norm erfasst ist, folgt aus den obigen Überlegungen zur Teleologie der DSGVO.⁴⁹ In der Praxis hat der abgelehnte Bewerber dabei aber das Problem, dass er die *Kausalität* nachweisen muss, also darlegen und nötigenfalls beweisen muss, dass die unzulässige Frage zumindest mitursächlich für seine Nichteinstellung war. Das wird ihm

⁴⁹ Vgl. oben C. I.

in der Regel nicht gelingen.⁵⁰ Auf die Beweislastumkehr des § 22 AGG kann sich der abgelehnte Bewerber nur dann berufen, wenn im Einzelfall zugleich eine Diskriminierung aufgrund eines AGG-Merkmals vorliegt.⁵¹

Soweit der Kausalitätsnachweis nicht gelingt, kommt für den unzulässig befragten Bewerber aber immerhin ein Anspruch auf Ersatz des *immateriellen Schadens* in Betracht (Art. 82 Abs. 1 Alt. 2 DSGVO). Insofern hat die DSGVO eine entscheidende Neuerung gebracht; denn § 7 S. 1 BDSG a. F. gewährte lediglich Ersatz für materielle Schäden.⁵² Zwar kam auch eine zivilrechtliche Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB i. V. mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht in Betracht; diese setzt allerdings einen „(besonders) schwerwiegenden“ Eingriff in das Persönlichkeitsrecht voraus.⁵³ Im Falle einer bloßen – wenn auch unzulässigen – *Frage* ist dies regelmäßig zu verneinen. Demgegenüber ist nach Art. 82 DSGVO *jeder* immaterielle Schaden zu ersetzen. Selbst wenn man bei Art. 82 DSGVO eine Bagatellgrenze befürwortete,⁵⁴ wäre diese zumindest deutlich unter der Mindestschwere anzusetzen, die im deutschen Zivilrecht im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB gilt,⁵⁵ und jedenfalls bei einer Bewerberbefragung, die materiell (d. h. nicht lediglich im Hinblick auf Formfragen) datenschutzrechtswidrig ist,⁵⁶ überschritten. Dass bereits in der unzulässigen Frage selbst ein „Verstoß gegen diese Verordnung“ (Art. 82 Abs. 1 DSGVO) bzw. eine „nicht dieser Verordnung entsprechende Verarbeitung“ (Art. 82 Abs. 2 S. 1 DSGVO) liegt,

50 Insofern gilt nichts anderes als bisher im Rahmen der Ansprüche aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, 2, 241 Abs. 2 BGB oder § 823 Abs. 1 i. V. mit Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG; vgl. hierzu *Däubler*, Schadensersatz bei DSGVO-Verstößen, CuA 2017, 29 (30): Nachweis „lediglich in besonderen Glücksfällen möglich“.

51 Dazu unten noch E.

52 *Simitis*, in *Simitis* (Hg), Bundesdatenschutzgesetz, 8. Aufl. (Baden-Baden 2014) § 7 Rn 32.

53 Vgl. nur BGH NJW 2005, 215 (217); BAG NZA 2015, 994 (Rn 13 ff).

54 Str., siehe zum Meinungsstand *Bergt*, in Kühling/Buchner (Hg), DSGVO/BDSG, 3. Aufl. (München 2020) Art. 82 DSGVO Rn 18a; siehe den Überblick zur Rspr. bei *Korch*, Schadensersatz für Datenschutzverstöße, NJW 2021, 978 (979 f); zur Vorlagebedürftigkeit der Frage BVerfG NJW 2021, 1005.

55 *Moos/Schefzig*, in Taeger/Gabel (Hg), DSGVO/BDSG, 3. Aufl. (Frankfurt a.M. 2019) Art. 82 DSGVO Rn 31.

56 Vgl. *Bergt* (Fn 54) Art. 82 DSGVO Rn 18a.

ergibt sich aus dem oben Gesagten.⁵⁷ Bei der Bemessung der Entschädigungshöhe ist zu berücksichtigen, dass EG 146 S. 6 eine effektive Sanktionierung verlangt. Soweit man Art. 82 DSGVO eine generalpräventive Funktion zuschreiben möchte,⁵⁸ wäre diese gerade auch für eine unzulässige Bewerberbefragung relevant und bei der Anspruchshöhe zu berücksichtigen.⁵⁹

2. Bußgeldandrohung

Zudem können unzulässige Fragen nach Art. 83 Abs. 1, 5 lit. a DSGVO auch mit Bußgeld sanktioniert werden. Bei einzelnen Verstößen dürfte dies freilich kaum praktisch relevant werden.⁶⁰ In der Praxis vorstellbar ist die Verhängung eines Bußgelds aber in größeren Unternehmen, wenn dort in den Einstellungsverfahren flächendeckend Fragebögen oder Chatbots mit unzulässigen Fragen verwendet werden.

IV. Folgerungen für die richterrechtlichen Grundsätze des Fragerechts

Aus alledem folgt, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht als die bisherige normative Grundlage für die Einschränkung des Fragerechts vollständig durch das Datenschutzrecht abgelöst ist.

Dies gilt zunächst für die *Grenzen des Fragerechts*, also die Unterscheidung zwischen zulässigen und unzulässigen Fragen. Wenn demgegen-

57 Siehe oben C. II. b). Die Verarbeitung (das Stellen der unzulässigen Frage) ist i.Ü. auch regelmäßig dem Arbeitgeber als Anspruchsgegner („Verantwortlicher“) zuzurechnen, selbst dann, wenn er Mitarbeiter (leitender Angestellter, Mitarbeiter der Personalabteilung etc.) zur Bewerberbefragung einsetzt. Denn der Verantwortliche haftet im Rahmen des Art. 82 DSGVO grds. – jedenfalls soweit kein Exzess vorliegt (str.) – auch für das Verhalten seiner Mitarbeiter, siehe nur *Bergt* (Fn 54) Art. 82 DSGVO Rn 55.

58 So etwa *Moos/Schefzig* (Fn 55) Art. 82 DSGVO Rn 5.

59 Vgl dazu den aktuellen Vorlagebeschluss des BAG (Az. 8 AZR 253/20 [A]), Vorlagefrage 4: „Hat Art. 82 Abs. 1 DSGVO spezial- bzw. generalpräventiven Charakter und muss dies bei der Bemessung der Höhe des zu ersetzenden immateriellen Schadens auf der Grundlage von Art. 82 Abs. 1 DSGVO zulasten des Verantwortlichen [...] berücksichtigt werden?“

60 Vgl auch *Däubler*, Gläserne Belegschaft (Fn 28) Rn 225a: Bußgeld würde sich „am unteren Rand“ bewegen.

über von einem „Parallelschutz“ durch das Datenschutzrecht und das allgemeine Persönlichkeitsrecht ausgegangen wird,⁶¹ ist dem zweierlei entgegenzuhalten: Erstens gilt der Vorrang des Unionsrechts. Soweit man dem deutschen allgemeinen Persönlichkeitsrecht im Einzelfall strengere Grenzen entnehmen möchte, würde man den vollharmonisierenden Charakter der DSGVO konterkarieren. Man wird das allgemeine Persönlichkeitsrecht bzw. die zivilrechtlichen Generalklauseln, innerhalb derer dieses zum Zuge kommt, auch kaum als „spezifischere Rechtsvorschrift“ im Sinne der Öffnungsklausel des Art. 88 Abs. 1 DSGVO ansehen⁶² und auf diesem Wege zum Zuge kommen lassen können. Für einen Parallelschutz durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht wäre aus unionsrechtlicher Sicht nur dann Raum, wenn ausnahmsweise nicht der Anwendungsbereich der DSGVO eröffnet ist, sondern ausschließlich der des § 26 BDSG (nämlich bei nicht automatisierter Datenverarbeitung ohne Beteiligung eines Dateisystems, vgl. § 26 Abs. 7 BDSG). Hier greift aber – zweitens – aus der Perspektive des deutschen Zivilrechts der Einwand, dass es sich beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht nur um einen Auffangtatbestand handelt, der subsidiär hinter gesetzlichen Regelungen zurücktritt, welche die betroffenen Aspekte des Persönlichkeitsrechts konkret ausgestalten. Genau dies tut das Datenschutzrecht.⁶³

Gleiches gilt im Ergebnis für die *Rechtsfolge*seite. Auf Grundlage des früheren BDSG war zwar zu Recht darauf hingewiesen worden, dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht könne im Hinblick auf zusätzliche, vom BDSG nicht geregelte Anspruchsziele noch eine Ergänzungsfunktion zukommen.⁶⁴ Das im Rahmen der §§ 7 und 8 BDSG a. F. bestehende Defizit (das Fehlen eines Ersatzanspruchs für immaterielle Schäden jenseits öffentlicher Arbeitgeber) wurde durch Art. 82 DSGVO jedoch beseitigt. Die Ergänzungsfunktion mag in anderen Bereichen des Beschäftigtenschutzes zwar noch eine Rolle spielen, etwa im Hinblick auf

61 Vgl. die Nachw. in Fn 15.

62 Vgl. *Maschmann* (Fn 24) Art. 88 DSGVO Rn 23: ständige höchstrichterliche Rspr. nicht ausreichend; a.A. *Franzen*, Datenschutz-Grundverordnung und Arbeitsrecht, EuZA 2017, 313 (347).

63 Zutr. *Riesenhuber*, Fragerecht (Fn 14) 775 m. Rspr.-Nachw.

64 *Riesenhuber*, Fragerecht (Fn 14) 775.

quasi-negatorische Unterlassungsansprüche;⁶⁵ für den Bereich des Fragerechts im Einstellungsverfahren haben diese aber keine praktische Bedeutung. Auch insofern greift also die Subsidiarität des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.⁶⁶ Selbst wenn man noch Parallelansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB i. V. mit Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG zuließe, würde sich die für die Haftung maßgebliche Beurteilung, ob die betroffene Frage unzulässig ist, allein nach den Maßstäben des Datenschutzes richten.⁶⁷ Ein darüber hinausgehender Schutz durch § 823 Abs. 1 BGB würde wiederum der Subsidiarität des allgemeinen Persönlichkeitsrechts widersprechen.

D. Veränderte Maßstäbe im Rahmen der Zulässigkeitsanforderungen nach § 26 BDSG?

Kommt es nach dem Gesagten für die Grenzen des Fragerechts des Arbeitgebers allein auf das Datenschutzrecht an, wird die Frage interessant, ob sich dadurch etwas an den Zulässigkeitsmaßstäben geändert hat. Vielfach wird dies verneint und davon ausgegangen, im Datenschutz würden schlicht die bisherigen Maßstäbe fortgelten.⁶⁸ Dafür spricht *prima facie*, dass das in § 26 Abs. 1 BDSG normierte datenschutzrechtliche Erforderlichkeitskriterium laut Hinweisen in den Gesetzgebungsmaterialien zum BDSG im Einklang mit den bisherigen Rechtsprechungsgrundsätzen stehen soll⁶⁹ und dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht ohnehin inzident bei der Konkretisierung der Erlaubnistatbestände des § 26 BDSG im Rahmen der hier durchzuführenden

65 DSGVO und BDSG sehen keinen Unterlassungsanspruch vor; insofern zutr. Gola (Fn 15) Rn 68.

66 Der Vorrang des Unionsrechts greift insofern allerdings nicht, vgl. Art. 84 DSGVO und EG 146 S. 4.

67 Vgl. in anderem Kontext BAG NZA 2015, 994 (Rn 19).

68 Siehe etwa Däubler (Fn 15) § 26 BDSG Rn 22 (Fn 33); Kort, Eignungsdiagnose (Fn 15) 66 f.; Gola, in Gola/Heckmann (Hg.), BDSG, 13. Aufl. (München 2019) § 26 Rn 21; abw. Preis (Fn 11) § 611a BGB Rn 271 (keine wesentlich strengeren Anforderungen nach Datenschutzrecht als nach allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen).

69 Siehe zu § 32 BDSG a.F. BT-Drs. 16/13657, 20 f.; siehe hierzu Riesenhuber (Fn 35) § 26 BDSG Rn 7: „Merkposten-Regelung“. Mit § 26 BDSG n.F. wollte der Gesetzgeber diese Regelung erklärtermaßen fortsetzen, siehe BT-Drs. 18/11325, 96 f.

Interessenabwägung zu berücksichtigen ist⁷⁰. Bei genauerer Betrachtung bestehen an der Deckungsgleichheits-These allerdings in mehrfacher Hinsicht Zweifel.

I. Datenschutzrechtliche Einwilligung?

Zu einer Verschiebung der Zulässigkeitsmaßstäbe könnte es zunächst durch das Institut der datenschutzrechtlichen Einwilligung (Art. 6 Abs. 1 lit. a, Art. 7, Art. 4 Nr. 11 DSGVO) kommen. Die Einwilligungsoption ist – im Gegensatz zu dem (nicht verwirklichten) Entwurf der Bundesregierung für eine Beschäftigtendatenschutz-Reform aus dem Jahr 2010⁷¹ und auch zu DSGVO-Vorentwürfen⁷² – im geltenden Recht auch für den Bereich des *Beschäftigtendatenschutzes* nicht ausgeschlossen.

Für die Einwilligung eines Beschäftigten hat der deutsche Gesetzgeber zunächst besondere Formvorgaben (§ 26 Abs. 2 S. 3 und 4, Abs. 3 S. 2 BDSG) normiert. Die entscheidende Hürde ist allerdings das Erfordernis der *Freiwilligkeit*. § 26 Abs. 2 S. 1 BDSG sieht vor, dass bei deren Prüfung „insbesondere die im Beschäftigungsverhältnis bestehende Abhängigkeit der beschäftigten Person sowie die Umstände, unter denen die Einwilligung erteilt worden ist, zu berücksichtigen“ sind. Dabei soll es u. a. auf den Zeitpunkt der Einwilligung ankommen.⁷³ Die Begründung des Regierungsentwurfs führt hierzu zutreffend aus: „Vor Abschluss eines (Arbeits-)Vertrages werden Beschäftigte regelmäßig einer größeren Drucksituation ausgesetzt sein, eine Einwilligung in eine Datenverarbeitung zu erteilen.“⁷⁴ Allerdings soll danach selbst im Vertragsanbahnungsstadium eine Einwilligung gerade nicht vollständig ausgeschlossen sein.⁷⁵

70 Vgl. *Riesenhuber* (Fn 35) § 26 BDSG Rn 72.1.

71 Vgl. § 321 Abs. 1 BDSG-E (BT-Drucks. 17/4330, 10).

72 Siehe hierzu *Gola*, Beschäftigtendatenschutz und EU-Datenschutz-Grundverordnung, EuZW 2012, 333 (335).

73 BT-Drucks. 18/11325, 97.

74 BT-Drucks. 18/11325, 97.

75 Siehe etwa *Kainer/Weber*, Datenschutzrechtliche Aspekte des „Talentmanagements“, BB 2017, 2740 (2742): „regelmäßiger“ Ausschluss der Einwilligung in der Bewerbungssituation.

Gleichwohl ist in der Bewerbungssituation die Freiwilligkeit *generell zu verneinen*, soweit sich die Einwilligung auf Daten bezieht, die der Arbeitgeber erkennbar *zum Zwecke der Entscheidung über das „Ob“ der Einstellung* erheben möchte.⁷⁶ Denn ansonsten würde man letztlich das „Recht zur Lüge“ unterlaufen: Legt der Arbeitgeber dem Bewerber zu Beginn des Vorstellungsgesprächs ein Formular vor, in dem er dessen (wie auch immer konkretisierte) Einwilligung erbittet, tritt für den Bewerber dasselbe Dilemma ein, wie im Hinblick auf die Frage selbst. Lehnt dieser die Erklärung der Einwilligung ab, muss er damit rechnen, dass der Arbeitgeber auf eine Einstellung verzichtet und auf einen anderen Bewerber ausweicht, der zur Einwilligung bereit ist. Dieses Dilemma ist analog zum „Recht zur Lüge“ aufzulösen: Es muss dem Bewerber im ersten Schritt möglich sein, die Einwilligung zu erteilen und dadurch seine Einstellungschancen zu wahren. Die Einwilligung darf für ihn dann aber keine negativen Folgen haben, d. h. ihr ist die legalisierende Wirkung zu versagen. Dem stehen die unionsrechtlichen Vorgaben der DSGVO nicht entgegen. Denn nach EG 42 S. 5 soll Freiwilligkeit nur dann zu bejahen sein, wenn die betroffene Person „eine echte oder freie Wahl hat und in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden“. Für die hier vertretene Ansicht sprechen auch die eingangs skizzierten Schutzzwecke der DSGVO, die gerade auch einen Schutz vor einer diskriminierenden Vertragsabschlussverweigerung umfassen.⁷⁷

Es lässt sich damit festhalten: Im Hinblick auf die vermeintliche Option der datenschutzrechtlichen Einwilligung ist keine Verschiebung der bisherigen Zulässigkeitsmaßstäbe beim Fragerecht des Arbeitgebers im Einstellungsverfahren zugunsten des Arbeitgebers festzustellen. Die Zulässigkeit einer Frage ist allein anhand der einschlägigen Erlaubnisnormen zu bestimmen.

76 Strenger wohl *Däubler*, Gläserne Belegschaft (Fn 28) Rn 158, 209c., der in der Einstellungssituation die Einwilligung in *jegliche* Datenverarbeitung abzulehnen scheint; großzügiger wohl *Maschmann* (Fn 24) Art. 88 DSGVO Rn 62: keine Freiwilligkeit, wenn die Einwilligung „zur conditio sine qua non für den Abschluss des Arbeitsvertrags [...] erhoben wird“.

77 Vgl oben C. I.

II. Enger Zuschnitt der Erlaubnisnormen in Bezug auf die Verarbeitung sensibler Daten

Zu einer Maßstabsverschiebung könnte es dabei aber speziell in Bezug auf sog. sensitive Daten i. S. des Art. 9 Abs. 1 DSGVO (politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen, Gewerkschaftszugehörigkeit etc.) kommen. Für diesen Bereich war bislang – auf Basis der hergebrachten Fragerechtsgrundsätze – anerkannt, dass hierauf bezogene Fragen an Stellenbewerber ausnahmsweise zulässig sein könnten, etwa dann, wenn es sich beim Arbeitgeber um ein Tendenzunternehmen (Partei, Gewerkschaft, Arbeitgeberverband etc.) handelt.⁷⁸ Ob daran unter dem Regime der DSGVO festgehalten werden kann, erscheint fraglich. Denn für die Abfrage sensibler Daten gelten Erlaubnisnormen mit besonders engem tatbestandlichen Zuschnitt (Art. 9 Abs. 2 lit. b DSGVO/§ 26 Abs. 3 S. 1 BDSG), die über das allgemeine Erforderlichkeitskriterium (§ 26 Abs. 1 S. 1 BDSG) hinausgehen. Danach muss die Datenverarbeitung gerade „zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht, dem Recht der sozialen Sicherheit und des Sozialschutzes erforderlich“ sein. Ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen diese Anforderungen in Bewerbungssituationen bejaht werden können, wird noch an anderer Stelle eingehend untersucht.⁷⁹

III. Veränderte grundrechtliche Rahmenbedingungen

Darüber hinaus ist zu bedenken, dass die hergebrachten Rechtsprechungsgrundsätze zu den Grenzen des Fragerecht auf einem Ausgleich kollidierender Grundrechte des *nationalen* Rechts beruhen, also von Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG (allgemeines Persönlichkeitsrecht) einerseits und Art. 12 Abs. 1 GG (Unternehmerfreiheit) andererseits. Demgegenüber ist § 26 BDSG *unionsrechtlich* überlagert. § 26 BDSG konkretisiert die DSGVO im Rahmen des Art. 88 Abs. 1 DSGVO. Es handelt sich damit um die „Durchführung des Rechts der Union“ im Sinne des Art. 51 Abs. 1 GRCh, sodass der Anwendungsbe-

78 Siehe nur *Richardi/Fischinger*, in Staudinger, BGB, Neubearb. (2020) § 611a Rn 566 f.

79 Dazu Gräf, Tendenzschutz im Individualarbeitsrecht (im Entstehen).

reich der Unionsgrundrechte eröffnet ist. Es sind damit das Datenschutzgrundrecht nach Art. 8 GRCh einerseits und die Unternehmerfreiheit nach Art. 16 GRCh andererseits einschlägig.

1. Maßgebliches Grundrechtsregime

Dies wirft zunächst die grundlegende Frage nach dem Verhältnis nationaler Grundrechte zu den Unionsgrundrechten auf. Hierzu hat das BVerfG in seinen Entscheidungen „Recht auf Vergessen I und II“, die im Übrigen gerade auch datenschutzrechtliche Fallgestaltungen betreffen, ausführlich Stellung bezogen. In „Recht auf Vergessen I“ hat das BVerfG eine Prüfung allein anhand des GG vorgenommen, da es dort um einen unionsrechtlich nicht determinierten Bereich ging.⁸⁰ Allerdings ist diese Entscheidung auf die hiesige Konstellation wohl nicht übertragbar. Dort war nämlich das sog. Medienprivileg in Art. 85 Abs. 2 DSGVO einschlägig; dieses erlaubt ausdrücklich „Ausnahmen“ und „Abweichungen“ von der DSGVO durch das mitgliedstaatliche Recht. Im Kontrast dazu steht die Formulierung des Art. 88 Abs. 1 DSGVO für den Beschäftigtendatenschutz, die nur „spezifischere Regelungen“ („more specific rules“, „règles plus spécifiques“) gestattet. Das wird von einem Teil des Schrifttums als bewusste Entscheidung des Verordnungsgebers gedeutet, beim Beschäftigtendatenschutz keine substanziellen Abweichungen von der DSGVO zuzulassen, sondern nur Konkretisierungen bzw. Typisierungen.⁸¹ Folgt man dem, so dürfte der Beschäftigten-datenschutz eher in die Kategorie der unionsrechtlichen Determinierung fallen, die in der BVerfG-Entscheidung „Recht auf Vergessen II“ einschlägig war⁸² und in der das BVerfG allein die GRCh zum Zuge kommen lässt.⁸³

80 BVerfGE 152, 152 (168 ff) – *Recht auf Vergessen I*.

81 Siehe nur *Maschmann* (Fn 24) Art. 88 DSGVO Rn 32 ff; nach a.A. besteht eine (begrenzte) Abweichungsbefugnis „nach oben“, so etwa *Seifert* (Fn) Art. 88 Rn 23 – beide m.w.N. zum Streit.

82 Das BVerfG hat in „Recht auf Vergessen II“ zwar darauf hingewiesen, dass die DSGVO den Mitgliedstaaten auch jenseits des Medienprivilegs „in verschiedenen Hinsichten die Schaffung von [...] punktuell abweichenden Regelungen“ ermögliche, die dem nicht determinierten Bereich zuzuordnen seien (BVerfGE 152, 216 [223]); Art. 88 DSGVO wird hier aber nicht explizit genannt.

83 Ausf. BVerfGE 152, 216 (246 ff) – „Recht auf Vergessen II“.

Das soeben Gesagte betrifft wohlgermerkt nur die *automatisierte* Verarbeitung personenbezogener Daten bzw. die Verarbeitung mittels *Datensystem*. Erfolgt die Bewerberbefragung auf sonstige Weise, ist § 26 BDSG nach dessen Abs. 7 zwar anwendbar; hier bewegt sich der deutsche Gesetzgeber aber außerhalb des Anwendungsbereichs der DSGVO und damit des Unionsrechts.⁸⁴ Um die „Durchführung von Unionsrecht“ i. S. des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh handelt es sich – auch wenn die hierzu ergangene EuGH-Rechtsprechung seit der *Fransson*-Entscheidung nicht ganz einheitlich ist – dabei nicht.⁸⁵ Damit sind in diesem Bereich an sich auch nicht die Unionsgrundrechte einschlägig. Dies würde aber zu dem seltsamen Ergebnis führen, dass im „analogen“ und im „digitalen“ Vorstellungsgespräch unterschiedliche Maßstäbe gelten: in dem einen Fall nur die GRCh, im anderen nur das GG. Die Zulässigkeit einer Arbeitgeberfrage sollte aber letztlich nicht davon abhängen, ob der Arbeitgeber die Antworten des Bewerbers in eine Excel-Tabelle einträgt oder nur handschriftlich notiert. Dies kann auch der deutsche Gesetzgeber nicht gewollt haben. Er wollte mit § 26 Abs. 7 BDSG die – untechnisch gesprochen – „analoge“ Datenverarbeitung der „digitalen“ offenkundig *umfassend* gleichstellen, also auch im Hinblick auf die Zulässigkeitsmaßstäbe. Daher wird man § 26 BDSG dahingehend auslegen müssen, dass die im „digitalen“ Bereich auf Basis der GRCh geltenden Abwägungsmaßstäbe von den deutschen Gerichten auf den „analogen“ Bereich (§ 26 Abs. 7 BDSG) zu übertragen sind. Der deutsche Gesetzgeber unterwirft damit auf einfachgesetzlichem Wege den an sich nationalen „analogen“ Bereich den Maßstäben der GRCh. Es bleibt damit zwar bei der Unanwendbarkeit der GRCh; die im „digitalen“ Bereich aus der GRCh abgeleiteten Wertungen sind aber aufgrund der „Gleichstellungsanordnung“ in § 26 Abs. 7 BDSG auch für den „analogen“ Bereich maßgeblich.

84 Siehe oben C. II. 2. a) (bei Fn 40).

85 Vgl zur ähnlichen Situation im Befristungsrecht BAG NZA 2013, 1352 (1356): keine Anwendung der GRCh auf die Erstbefristung, da diese von der Befristungs-RL nicht erfasst ist.

2. Ausblick: Neue Impulse durch den EuGH?

Ist somit für die Interessenabwägung im Bereich des Fragerechts nunmehr allein die GRCh (direkt oder über den „Umweg“ des § 26 Abs. 7 DSGVO) maßgeblich, kann dies durchaus zu einer Veränderung der bisherigen Zulässigkeitsmaßstäbe führen. Insofern wird es vor allem auf die Rechtsprechung des EuGH ankommen.⁸⁶ Konkrete Judikate zu diesem Bereich liegen zwar noch nicht vor, es ist aber durchaus möglich, dass der EuGH zukünftig auch im Bereich des Fragerechts gestaltend tätig wird und für neue Impulse sorgt. Dies gilt übrigens in beide Richtungen:

Einerseits könnte für eine stärkere Begrenzung des Fragerechts sprechen, dass in der Rechtsprechung des EuGH zum Datenschutzgrundrecht ein relativ strenger Kontrollmaßstab zu beobachten ist.⁸⁷ Zwar hat der EuGH in seiner Rechtsprechung zu Art. 8 GRCh gerade bei multipolaren Grundrechtsverhältnissen zuletzt auch Zurückhaltung geübt.⁸⁸ Im Bereich des Fragerechts ist aber – und zwar nicht nur, was die sensitiven Daten i. S. des Art. 9 Abs. 1 DSGVO angeht – die Nähe des Datenschutzrechts zum Antidiskriminierungsrecht⁸⁹ zu berücksichtigen, bei dessen Interpretation der EuGH in der Tendenz von einem hohen Schutzstandard zugunsten der Betroffenen ausgeht.

Andererseits ist aber auch denkbar, dass der EuGH punktuell die Unternehmerfreiheit in Art. 16 GRCh stärker gewichtet, als dies bisher die deutsche Rechtsprechung im Rahmen des Art. 12 Abs. 1 GG getan hat. In der EuGH-Rechtsprechung zum Arbeitsrecht gibt es dafür durchaus bemerkenswerte Beispiele. Man denke nur an die jüngsten Urteile zum Kopftuchverbot in privaten Unternehmen⁹⁰ oder die *Alemo-Heron-Ent-*

86 Der EuGH hat zwar für den „analogen“ Bereich (§ 26 Abs. 7 DSGVO) keine Auslegungskompetenz; die deutschen Gerichte haben aber die vom EuGH zur „digitalen“ Datenverarbeitung getroffenen Entscheidungen auf den „analogen“ Bereich zu übertragen.

87 Vgl. Die Rspr.-Analyse und -Bewertung bei *Kühling/Raab*, in: Kühling/Buchner (Hg.), DSGVO/BDSG, 3. Aufl. (München 2020) Einführung Rn 10, 31 ff.; *Streinz*, in: Streinz (Hg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. (München 2018) Art. 8 EU-Grundrechte-Charta 2000 Rn 12 ff.

88 Vgl. insb. EuGH NJW 2019, 3499 (Rn 67 ff.) – Google LLC/CNIL.

89 Siehe oben Ausf. bei Fn 17 ff.

90 EuGH NZA 2017, 373 (Rn 38 ff.) – Achbita; allerdings relativiert durch EuGH NZA 2021, 1085 (Rn 83 ff.) –IX/WABE e.V.

scheidung im Betriebsübergangsrecht⁹¹. Überraschungsjudikate des EuGH sind beim Fragerecht auch in diese Richtung nicht ausgeschlossen.

E. Einbettung des AGG in die Fragerechtsdogmatik

Abschließend soll ein kurzer Blick auf die Frage geworfen werden, wie sich das AGG in die skizzierte datenschutzrechtliche Fragerechtsdogmatik einfügt.

I. „Diskriminierende“ Frage als Verstoß gegen das AGG?

Vielfach wird vertreten, dass eine *Frage*, die in ungerechtfertigter Weise auf ein Diskriminierungsmerkmal des § 1 AGG zielt, bereits *selbst* eine *diskriminierende Maßnahme* i. S. des § 7 Abs. 1 i. V. mit §§ 1, 3 AGG darstelle.⁹² Zwar wird man in der Frage – obwohl es sich um eine bloße Informationserhebungsmaßnahme handelt – unter teleologischen Gesichtspunkten und unter Berücksichtigung der Richtlinien-Vorgaben noch eine „Bedingung“ für den Zugang zur Erwerbstätigkeit i. S. des § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG sehen können.⁹³ Jedoch liegt in der Frage selbst regelmäßig keine „Benachteiligung“ i. S. des § 3 Abs. 1 AGG, insbesondere dann nicht, wenn allen Bewerbern dieselbe Frage gestellt wird.⁹⁴

Zu einer Benachteiligung kommt es in der Regel erst dann, wenn der *Bewerber später nicht eingestellt* wird. Hier kann eine „diskriminierende“ Frage als *Indiz* i. S. des § 22 AGG für die Kausalität des einschlägigen Diskriminierungsmerkmals für die Benachteiligung zu werten

91 EuGH NZA 2013, 835 – Alemo Herron.

92 So etwa Plum, in Schleusener/Suckow/Plum (Hg), AGG, 5. Aufl. (Köln 2019) § 3 Rn 36; Preis (Fn 11) § 611a BGB Rn 272.

93 Vgl auch Baumgärtner, in BeckOGK AGG, Stand 15.9.2021, § 2 Rn 28: „alle Umstände [erfasst], die sich auf den Zugang zu einer Erwerbstätigkeit auswirken können“.

94 Zutr. Bennecke, in Münchener Handbuch Arbeitsrecht, Band 1, 5. Aufl. (München 2021) § 33 Rn 163 (für die Frage nach dem Alter); siehe auch Wisskirchen/Bissels, Das Fragerecht des Arbeitgebers bei Einstellung unter Berücksichtigung des AGG, NZA 2007, 169 f.

sein.⁹⁵ Dabei ist allerdings zu differenzieren: Wird unmittelbar nach einem Diskriminierungsmerkmal gefragt, ist regelmäßig von einer Indizwirkung auszugehen; dasselbe gilt bei der Frage nach Informationen, die mit einem Diskriminierungsmerkmal in untrennbarem Zusammenhang stehen.⁹⁶ Knüpft die Frage nur mittelbar an ein Diskriminierungsmerkmal an, kommt eine Indizwirkung zwar ebenfalls in Betracht; es ist aber stets eine Einzelfallbetrachtung erforderlich.⁹⁷ In allen Fällen scheidet die Indizwirkung in der Regel aus, wenn der Arbeitgeber die Stelle mit einem Angehörigen der benachteiligten Gruppe besetzt.⁹⁸ Zudem kann eine benachteiligende Nichteinstellung unter den Voraussetzungen der §§ 8 bis 10 AGG gerechtfertigt sein⁹⁹, etwa wenn die Schwerbehinderung, nach welcher der Arbeitgeber gefragt hat, aufgrund der Art der Tätigkeit eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung i. S. des § 8 Abs. 1 AGG darstellt.

Auf Rechtsfolgenseite folgt daraus, dass Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche nach § 15 Abs. 1 und 2 AGG nur im Falle einer diskriminierenden Nichteinstellung in Betracht kommen. Die „diskriminierende“ Frage selbst kann solche Ansprüche nach dem soeben Gesagten regelmäßig nicht auslösen. Ein „diskriminierend“ befragter Bewerber, der gleichwohl eingestellt wird (z. B. weil er von seinem „Recht zur Lüge“¹⁰⁰ Gebrauch gemacht hat), kann damit nicht etwa eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG allein aufgrund der Befragung verlangen (wohl aber Ersatz des immateriellen Schadens nach Art. 82 DSGVO¹⁰¹). Gleiches gilt, wenn der Bewerber zwar abgelehnt wird, wenn es dem Arbeitgeber aber im Einzelfall gelingt, die Indizwirkung

95 Siehe statt vieler *Bauer/Krieger/Günter*, AGG, 5. Aufl. (München 2018) § 22 Rn 11; *Bennecke* (Fn 94) § 33 Rn 162.

96 Zur „Untrennbarkeit“ als maßgeblichem Kriterium zur Abgrenzung zwischen einer sog. unmittelbaren „versteckten“ und einer mittelbaren Benachteiligung vgl. EuGH NZA 2019, 1634 (Rn 57) m.w.N.

97 Vgl. BAG NZA 2013, 840 (Rn 54) zur Frage nach einem Bedarf an Hilfsmitteln gegenüber einem schwerbehinderten Arbeitnehmer.

98 Vgl. im Hinblick auf Stellenausschreibungen *Bauer/Krieger/Günter* (Fn 95) § 22 Rn 11.

99 Insofern wohl anders *Bennecke* (Fn 94) § 33 Rn 162: Bei einer Rechtfertigung der Frage (§§ 8–10 AGG) scheide die Indizwirkung aus. Wenn allerdings die Benachteiligung erst in der Nichteinstellung liegt, sollte auch erst hieran die Rechtfertigungsprüfung anknüpfen.

100 Dazu sogleich noch II.

101 Auch dazu sogleich noch II.

der „diskriminierenden“ Frage (§ 22 AGG) zu widerlegen oder wenn die benachteiligende Nichteinstellung nach §§ 8 bis 10 AGG gerechtfertigt ist. Dieses Ergebnis passt zur vergleichbaren Situation bei „diskriminierenden Ausschreibungen“ i. S. des § 11 AGG. Das BAG geht zu Recht davon aus, dass an einen Verstoß gegen § 11 AGG keine unmittelbaren Rechtsfolgen geknüpft sind, also auch keine Entschädigungspflicht nach § 15 Abs. 2 AGG.¹⁰²

II. „Diskriminierende“ Frage als Verstoß gegen das Datenschutzrecht

Dieser Befund zum AGG fügt sich scheinbar nicht in das System des Datenschutzrechts ein; denn es wurde ja gerade festgestellt, dass die datenschutzrechtliche Zulässigkeitskontrolle und das damit verbundene „Recht zur Lüge“ bereits an die Frage selbst anknüpft. Tatsächlich wird teilweise davon ausgegangen, dass eine i. S. des AGG „diskriminierende“ Frage kein „Recht zur Lüge“ auslöst und der Bewerber solche Fragen – anders als „nur“ datenschutzrechtswidrige Fragen – wahrheitsgemäß zu beantworten hat.¹⁰³ Demgegenüber bejaht die überwiegende Ansicht auch bei „diskriminierenden“ Fragen ein „Recht zur Lüge“.¹⁰⁴ Der h. M. ist im Ergebnis zuzustimmen. Denn bei näherer Betrachtung zeigt sich, dass eine solche Frage stets als Verstoß gegen das Datenschutzrecht zu werten ist:

Zunächst ist zu berücksichtigen, dass sich die in § 1 AGG genannten Diskriminierungsmerkmale überwiegend im Kanon der bereits erwähnten sog. sensitiven Daten i. S. des Art. 9 Abs. 1 DSGVO wiederfinden, deren Verarbeitung nur unter besonders strengen Voraussetzungen zulässig ist (Art. 9 Abs. 2 lit. b DSGVO/§ 26 Abs. 3 S. 1 BDSG).¹⁰⁵ Selbst diejenigen Fragen, die nur versteckt oder mittelbar auf ein Merkmal i. S. des § 1 AGG abzielen,¹⁰⁶ dürften meist unter Art. 9 Abs. 1 DSGVO fallen. Denn nach überwiegender Ansicht erfasst Art. 9 Abs. 1

102 Vielmehr soll der Verstoß auch hier nur ein Indiz i. S. des § 22 AGG in Bezug auf die spätere Ablehnung begründen können; st. Rspr., siehe nur BAG NZA 2020, 851 (Rn 43) m.w.N.

103 Bauer/Krieger/Günter (Fn 95), § 2 AGG Rn 23a.

104 Siehe etwa Bennecke (Fn 94) § 33 Rn 25a; Wisskirchen/Bissels, Fragerecht (Fn 94) 170.

105 Dazu oben bereits D. II.

106 Vgl. oben Rn 96 und 97.

DSGVO auch die Verarbeitung von Informationen, die nur indirekt bzw. mit einer gewissen statistischen Wahrscheinlichkeit Aufschluss über die in der Norm genannten Daten geben.¹⁰⁷

Selbst wenn sich eine i. S. des AGG „diskriminierende“ Frage im Einzelfall nicht unter Art. 9 Abs. 1 DSGVO/§ 26 Abs. 3 BDSG subsumieren lässt, ist jedenfalls ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 DSGVO i. V. mit § 26 Abs. 1 BDSG (i. V. mit Art. 88 Abs. 1 DSGVO) zu bejahen. Denn die Wertungen des AGG sind zumindest im Rahmen des datenschutzrechtlichen *Erforderlichkeitskriteriums* zu berücksichtigen;¹⁰⁸ dieses ist nicht nur bei der Verarbeitung sensibler Daten, sondern auch bei der Verarbeitung „einfacher“ personenbezogener Daten zu beachten (§ 26 Abs. 1 BDSG). Für ein Verneinen der Erforderlichkeit der Frage (und ein Bejahen des „Rechts zur Lüge“) genügt es – anders als für die bloße Indizwirkung nach § 22 AGG in Bezug auf die spätere Nichteinstellung – freilich nicht, dass die Frage nur (unmittelbar oder mittelbar) auf ein Merkmal i. S. des § 1 AGG bezogen ist. Vielmehr bedarf es hier einer Prüfung des vollständigen Diskriminierungstatbestands unter Einschluss der Rechtfertigungsebene. Da es bei dieser Prüfung an einer konkreten Benachteiligung als Anknüpfungspunkt fehlt, kann es sich nur um eine hypothetische Prüfung handeln, die an eine gedachte Nichteinstellung des Befragten anknüpft. Dahinter steht folgende Überlegung: Dürfte der Arbeitgeber die Einstellungsentscheidung im konkreten Fall nach § 7 Abs. 1 i. V. mit §§ 1, 3 AGG nicht von dem abgefragten Datum abhängig machen, ist die Frage auch nicht erforderlich i. S. des § 26 BDSG.¹⁰⁹ Diese Verknüpfung hat nicht nur eine wertungsmäßige, sondern auch eine dogmatische Berechtigung. Das datenschutzrechtliche Erforderlichkeitskriterium und die antidiskriminierungsrechtliche Rechtfertigungsprüfung gehen dogmatisch nämlich insofern Hand in Hand, als es in beiden Fällen letztlich um die Kontrolle der Legitimität des Anforderungsprofils geht, das der Arbeitgeber – in Ausübung seiner Unternehmerfreiheit – für die betroffene Stelle festge-

107 Im Einzelnen str., s. zum Meinungsstand *Petri*, in Simitis/Hornung/Spiecker (Hg), Datenschutzrecht (Baden-Baden 2019) Art. 9 Rn 11 f; *Weichert*, in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. (München 2020) Art. 9 DSGVO Rn 22 ff.

108 So zutr. *Riesenhuber*, Fragerecht (Fn 14) 775: „datenschutzrechtliche Reflexwirkung des AGG“.

109 *Riesenhuber*, Fragerecht (Fn 14) 775.

legt hat.¹¹⁰ Die Legitimität des Anforderungsprofils richtet sich in beiden Fällen – freilich nach unterschiedlich strengen Maßstäben – nach der Art der Tätigkeit auf der zu besetzenden Stelle.¹¹¹

Eine in diesem Sinne „diskriminierende“ Frage führt damit stets – jedenfalls nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO i. V. mit § 26 Abs. 1 BDSG (i. V. mit Art. 88 Abs. 1 DSGVO) – zur datenschutzrechtlichen Unzulässigkeit. Auf Rechtsfolgenrechte steht dem „diskriminierend“ befragten Bewerber in der Konsequenz nicht nur ein „Recht zur Lüge“ zu; es kommen vielmehr auch – zumindest in der Theorie – die sonstigen Rechtsfolgen der DSGVO in Betracht, nämlich eine Bußgeldsanktion nach Art. 83 DSGVO und Ansprüche auf materiellen bzw. immateriellen Schadensersatz nach Art. 82 DSGVO. Letztere sind im AGG-Kontext freilich von praktisch untergeordneter Bedeutung: Wird ein „diskriminierend“ befragter Bewerber abgelehnt, wird er sich regelmäßig bereits – im Hinblick auf die Nichteinstellung – auf die Ansprüche aus § 15 Abs. 1 und 2 AGG berufen können; denn hier kommt dem abgelehnten Bewerber hinsichtlich der Kausalität die Beweislastumkehr des § 22 AGG zugute.¹¹² Und wird der Bewerber trotz der „diskriminierenden“ Befragung eingestellt (etwa weil er von seinem „Recht zur Lüge“ Gebrauch gemacht hat), wird er den Anspruch auf immateriellen Schadensersatz aus Art. 82 DSGVO kaum jemals geltend machen.

F. Fazit

Die Fragerechtsdogmatik lässt sich teleologisch und – auf Grundlage einer modifizierten Interpretation des „Verwendungs“-Begriffs – auch

110 Vgl. zum traditionellen Fragerecht bereits *Buchner*, Freiheit und Bindung des Arbeitgebers bei Einstellungsentscheidungen, NZA 1991, 577 (579 f): Unzulässigkeit der Frage, wenn das Anforderungsprofil, auf das die Frage abziele, „keinerlei sachlichen und vernünftigen Erwägungen“ mehr folge. Vgl. zum Antidiskriminierungsrecht den Wortlaut des § 8 Abs. 1 AGG: „wesentliche und entscheidende *berufliche Anforderung*“ (Hervorheb. durch Verf.).

111 Siehe einerseits zum Datenschutzrecht *Riesenhuber* (Fn 35) § 26 BDSG Rn 75; vgl. andererseits zum Antidiskriminierungsrecht erneut den Wortlaut des § 8 Abs. 1 AGG: „wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit [...] eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ (Hervorh. durch Verf.).

112 Siehe demgegenüber zu den Beweisproblemen bei Art. 82 DSGVO oben bereits C. III. 1. (bei Fn 50 f).

formal vollständig in das Recht des Beschäftigtendatenschutzes einpassen. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist als normative Grundlage für die Grenzen des Fragerechts des Arbeitgebers vollständig verdrängt; die These vom „Parallelschutz“ ist abzulehnen. Dies gilt auch für die Rechtsfolgende. Mit der Einführung der DSGVO ist es hier sogar zu einer Schutzerweiterung gekommen, da nunmehr – auch in Fällen nicht nachweisbarer Kausalität zwischen Frage und Nichteinstellung – ein Anspruch auf immateriellen Schadensersatz geltend gemacht werden kann (Art. 82 Abs. 1 Alt. 2 DSGVO); hinzu kommt – zumindest bei flächendeckenden Verstößen – die Bußgeldsanktion nach Art. 83 Abs. 1, 5 lit. a DSGVO.

Was die Abgrenzung zwischen zulässigen und unzulässigen Fragen betrifft, kann die nunmehr ausschließlich datenschutzrechtliche Verortung zu Grenzverschiebungen führen. Dies folgt zwar nicht aus der Option der datenschutzrechtlichen Einwilligung; denn bei Fragen, die sich auf das „Ob“ der Einstellung beziehen, ist generell von einer fehlenden Freiwilligkeit auszugehen. Jedoch können die – nunmehr allein maßgeblichen – Grundrechte des Unionsrechts bei der Interpretation der datenschutzrechtlichen Erlaubnisnormen für neue Impulse sorgen.

Das AGG knüpft an eine „diskriminierende“ Frage selbst keine eigenständigen Rechtsfolgen, sondern kommt unmittelbar erst bei Ablehnung des Bewerbers zum Zuge (§ 15 Abs. 1 und 2 AGG). Jedoch ist eine „diskriminierende“ Frage stets datenschutzrechtlich unzulässig. Über die „Brücke“ des Datenschutzrechts können bei „diskriminierenden“ Fragen damit auch das „Recht zur Lüge“, die Bußgeldandrohung des Art. 83 Abs. 1, 5 lit. a DSGVO und – wenn auch nur theoretisch – die Ersatzansprüche aus Art. 82 DSGVO zum Zuge kommen.

