

## Zum Thema

### Über die Autorin

Mag. Jennifer Maria Held ist Rechtsanwaltsanwältin bei bpv Hügel Rechtsanwälte GmbH, Wien.  
E-Mail: jennifer.held@bpv-huegel.com, Internet: www.bpv-huegel.com

### Hinweis

Dieser Beitrag ist der 15. Teil der Serie zum neuen EU-Datenschutzrecht. Bisher erschienen sind:

- Knyrim, Die Datenschutz-Grundverordnung: Entwicklung und Anwendungsbereich, Dako 2015/21;
- Pollirer, Die Datenschutz-Grundverordnung: Der Datenschutzbeauftragte, Dako 2015/37;
- Pollirer, Die Datenschutz-Grundverordnung: Die Datenschutz-Folgenabschätzung, Dako 2015/47;
- Wagner, Die Datenschutz-Grundverordnung: Die Betroffenenrechte, Dako 2015/59;
- Knyrim, Die Datenschutz-Grundverordnung: Die neuen Pflichten, Dako 2016/6;
- Leissler/Wolfbauer, Die Datenschutz-Grundverordnung: Das „One-Stop-Shop“-Prinzip, Dako 2016/23;
- Haidinger, Geltendmachung der Betroffenenrechte und das Auskunftsrecht nach der Datenschutzgrundverordnung, Dako 2016/73;
- Oman, Die Handhabung von Datenpannen iSd DSGVO, Dako 2017/3;
- Pilgermair, Datenschutz-Grundverordnung: Der neue Kinderschutz, Dako 2017/4;
- Schwaiger, Die Datenschutz-Grundverordnung: Benötigt Ihr Unternehmen ab 25. 5. 2018 einen Datenschutzbeauftragten? Dako 2017/20;
- Haidinger, Datenschutz-Grundverordnung: Die Rechte auf Löschung, Berichtigung, Einschränkung und Datenübertragbarkeit, Dako 2017/34;
- Haidinger, Widerspruch, automatisierte Einzelentscheidungen und Informationspflichten nach der DSGVO, Dako 2017/63;
- Hübelbauer, DSGVO: Das Recht auf Datenübertragbarkeit, Dako 2017/64;
- Schweiger, Löschen in Backups – Anforderungen und rechtliche Möglichkeiten nach der DSGVO, Dako 2018/7.

Bernhard Maier  
Berufsdetektiv

# Datenschutzrechtliche Zulässigkeit von Background-Checks bei Bewerbern

**Security- und Risikomanagement; internes Kontrollsystem; Fürsorgepflicht.** Dieser Beitrag nimmt Bezug auf die Beiträge von Dolamic (Background-Checks bei Bewerbern, Dako 2017/65) und die Replik von Hitz (Internet-Recherchen über BewerberInnen – warum und in welcher Form Background-Checks doch möglich sind, Dako 2018/8). In den folgenden Zeilen werden Standpunkte des Security- und Risikomanagements in die Diskussion eingebracht und dargelegt, in welchen Fällen die Verarbeitung von Daten, die durch Background-Checks gewonnen werden, als erforderlich anzusehen ist und wie umfangreich die Verarbeitung durchgeführt werden darf.

## Background-Check als Instrument des Security- und Risikomanagements

Zunächst ist festzuhalten, welchem Zweck Background-Checks bei Bewerbern dienen. Sie sind ein anerkanntes Instrument des Security- und Risikomanagements, weshalb mehrere internationale Normen und Richtlinien deren Durchführung vorsehen.<sup>1</sup> Es werden beim Background-Check Informationen über einen Bewerber eingeholt, um zu überprüfen, ob dieser ein Sicherheitsrisiko für den prospektiven Arbeitgeber darstellt.

Dolamics Feststellung,<sup>2</sup> die Einwilligung des Bewerbers zum Background-Check stehe im Widerspruch zum Zweck des

Background-Checks, ist unzutreffend. Wie oben ausgeführt, beabsichtigt der Background-Check **Risikoreduktion**. Es ist nicht erkennbar, inwiefern diese Absicht dadurch vereitelt wird, den Bewerber über die Nachforschungen zu seiner Person in Kenntnis zu setzen.

## Angaben lassen sich nachträglich nur schwer manipulieren.

Die **Manipulationsmöglichkeiten** eines durch ein angekündigtes Screening alarmierten Bewerbers, der die Enttarnung seines Schwindels vereiteln will, sind sehr be-

schränkt. Schnell möglich wäre das Entfernen von Information aus sozialen Medien. Andere Dinge wie Kommentare in Foren oder Nennungen des Bewerbers in den Medien sind nur schwer zu löschen. Bei beschönigenden Angaben zu ehemaligen Dienstverhältnissen (zB Dauer, Position, Verantwortungsbereich) müsste der Bewerber den ehemaligen Arbeitgeber einbinden und ihn um tatsächenswidrige Bestätigung bitten. Üblicherweise wird dies nicht passieren. Ähnlich verhält es sich mit gefälschten Ausbildungsabschlüssen. Unmöglich ist die Manipulation von Einträgen in öffentlichen

<sup>1</sup>ISO 37001 Anti-Bribery Management System, „Fit and Proper“ Best-Practice-Empfehlungen der IOSCO und Empfehlungen der FATF zur Geldwäscheprevention. <sup>2</sup>Dako 2017/65 (110).

Registern wie Firmenbuch, Grundbuch, Melderegister, Insolvenzdatei oder Vereinsregister.

Die Zustimmung des Bewerbers zur Überprüfung ist aus den oben genannten Gründen also im Regelfall nicht hinderlich und stellt in der Praxis sogar einen Vorteil dar, da sie Zugang zu Informationen ermöglicht, die nicht öffentlich sind,<sup>3</sup> und die Täuschungshemmschwelle des Bewerbers erhöht.

### Background-Check zwecks Überprüfung der Angaben eines Bewerbers

*Dolamic* argumentiert,<sup>4</sup> das berechtigte Informationsinteresse des prospektiven Arbeitgebers könne durch ein Vorstellungsgespräch mit dem Bewerber befriedigt werden. Aus diesem Grund liege im Regelfall keine Erforderlichkeit zur Datenerhebung vor, weshalb ein Background-Check unzulässig sei.

Diese Argumentation baut auf der irri- gen Annahme auf, ein Background-Check diene ausschließlich der Ermittlung neuer Information. Dies ist unzutreffend, da ein wesentlicher Bestandteil des Background-Checks die Überprüfung der Angaben des Bewerbers (zB Ausbildungsabschlüsse, Berufserfahrung bei früheren Arbeitgebern) darstellt. Wie *Hitz*<sup>5</sup> in seinen Ausführungen gezeigt hat, ist die Pflicht des Bewerbers zu wahrheitsgetreuen Angaben nur „moralisch“, aber nicht rechtlich verankert, was zum Anreiz für Unehrlichkeit in der Bewerbung werden kann.

### Erfüllungsgehilfenhaftung und unternehmerische Sorgfalt rechtfertigt Background-Check

Die Zulässigkeit, die Angaben eines Bewerbers zu verifizieren oder zumindest zu plausibilisieren, beruht auf der Erfüllungsgehilfenhaftung des Arbeitgebers (§ 1313 a ABGB<sup>6</sup>). Verursacht ein Mitarbeiter schuldhaft Schaden bei der Verrichtung der Arbeit, so hat der Arbeitgeber dafür zu haften. Häufig sind verantwortungsvolle Positionen, also solche, die ein hohes Schadenspotenzial bergen, an besondere Ausbildungskriterien gekoppelt. Wird dem Arbeitgeber das **Haftungsrisiko** aufgebürdet, so müssen ihm auch **Maßnahmen zur Risikoreduktion** zugestanden werden. Die erste und naheliegende Maßnahme ist Überprüfung der vom Bewerber behaupteten Qualifikationen.

## Blindes Vertrauen auf die Ehrlichkeit steht im Widerspruch zur unternehmerischen Sorgfaltspflicht.

Insb bei Besetzung verantwortungsvoller Positionen steht das blinde Vertrauen auf die Ehrlichkeit eines Bewerbers oder die Echtheit eines vorgelegten Dokuments (Diplom, Zeugnis etc) im Widerspruch zur unternehmerischen **Sorgfaltspflicht** (§ 347 UGB<sup>7</sup>), die in der Regel auf Arbeitgeber bzw deren Organe anzuwenden ist. Es ist im Geschäftsleben üblich, die Bonität eines Kunden vor einem wichtigen Vertragsabschluss zu überprüfen und das Zustandekommen des Vertrags oder Vertragsmodalitäten (zB Vorauskasse) vom Prüfungsergebnis abhängig zu machen. Dies entspricht unternehmerischer Sorgfalt. Es gibt keinen erkennbaren Grund, diese Sorgfalt bei Bewerbern nicht walten zu lassen, zumal Mitarbeiter in vielen Fällen umfangreichere Möglichkeiten zur Schädigung des Arbeitgebers haben als zahlungssäumige Kunden.

### Background-Check auf Grund der IKS-Pflicht

§ 82 AktG<sup>8</sup> und § 22 GmbHG verpflichten Vorstand bzw Geschäftsführer von Kapitalgesellschaften zur Implementierung eines internen Kontrollsystems (IKS), das den Anforderungen des Unternehmens entspricht. Unter einem IKS ist ein Bündel an technischen und organisatorischen Maßnahmen zu verstehen, die dazu dienen, „das Vermögen zu sichern, die Genauigkeit und Zuverlässigkeit der Abrechnungsdaten zu gewährleisten und die Einhaltung der vorgeschriebenen Geschäftspolitik zu unterstützen“<sup>9</sup>, also auch um wirtschaftskriminellen Handlungen vorzubeugen. Die Bezeichnung des Kontrollsystems als ein internes darf nicht zur irri- gen Annahme führen, externe Personen wie Bewerber seien davon nicht betroffen. Das IKS führt seinen Namen deshalb, weil es sich auf **unternehmensinterne Abläufe** bezieht. Eine Bewerbung ist ein interner Ablauf und unterliegt daher dem Kontrollsystem. Background-Checks stellen ein Element eines IKS dar und gelten als anerkanntes Mittel zur Vermeidung von Wirtschaftskriminalität. Demnach kann die aus § 82 AktG und § 22 GmbHG resultierende IKS-Pflicht die Vornahme eines Background-Checks rechtfertigen und die Datenverarbeitung erforder-

lich machen. Zu achten ist auf die **Ange- messenheit**, da die Kontrollen den Anforderungen des Unternehmens anzupassen sind. Zumindest bei der Besetzung verantwortungsvoller Positionen wird die Zulässigkeit des IKS-Instruments Background-Check wohl bestehen.

### Fürsorgepflicht des Arbeitgebers rechtfertigt Background-Check

*Hitz*<sup>10</sup> erwähnt in seinem Beitrag die Fürsorgepflicht eines Arbeitgebers (§ 18 AngG; § 1157 ABGB) aus der Sicht eines ehemaligen Arbeitgebers. Da die Fürsorgepflicht nachwirkt, hat der ehemalige Arbeitgeber unvorteilhafte Auskünfte gegenüber dem prospektiven Arbeitgeber, der einen Background-Check durchführt, zu unterlassen.

Dem ist zuzustimmen. Die Fürsorgepflicht muss auch aus der Sicht des prospektiven Arbeitgebers betrachtet werden. Ein Background-Check bei einem Bewerber kann ein taugliches Mittel darstellen, dieser **Pflicht gegenüber bereits beschäftigten Arbeitnehmern** nachzukommen. Nachdem der Arbeitgeber für die körperliche Unversehrtheit seiner Dienstnehmer Sorge zu tragen hat, hat er bei gefährlichem Arbeitsumfeld risikomindernde Maßnahmen zu ergreifen. Dies trifft auf technische Einrichtungen und organisatorische Abläufe ebenso zu wie auf die Sicherstellung des Einsatzes von verlässlichen und qualifizierten Kräften, die für ihre Kollegen nicht zur Gefahr werden.

### BEISPIEL

**Man bedenke, welchen Sach- oder Personenschaden der unsachgemäße Einsatz von Maschinen oder Fahrzeugen auf einer Baustelle herbeiführen kann. Daher kann vom Arbeitgeber erwartet werden, Bewerber zu überprüfen, die Positionen mit Gefährdungspotenzial anstreben; dies träfe auf einen Kranführer oder Baggerfahrer zu. Ein Background-Check mit dem Ziel, herauszufinden, ob der Bewerber über die Berechtigung zum Führen solcher Maschinen bzw über eine geforderte Arbeitspraxis verfügt, kann**

<sup>3</sup> Universitäten bspw geben häufig nur bei vorliegendem Einverständnis Auskunft über Studienzeit von Bewerbern. <sup>4</sup> *Dako* 2017/65, 109. <sup>5</sup> *Dako* 2018/8, 13. <sup>6</sup> *Siehe* Schacherreiter in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>104</sup> § 1313 a Rz 30 ff (Stand 1. 10. 2016, rdb.at). <sup>7</sup> *Zur* Kasuistik über das Ausmaß der Sorgfaltspflicht siehe *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I<sup>4</sup> § 347 Rz 23 ff (Stand 1. 12. 2017, rdb.at). <sup>8</sup> *Siehe* *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II<sup>8</sup> § 84 AktG Rz 15 ff (Stand 1. 3. 2010, rdb.at). <sup>9</sup> *Unger* in *Straube*, WK GmbHG § 22 Rz 23 (Stand 1. 8. 2013, rdb.at). <sup>10</sup> *Dako* 2018/8, 14.

hier ein geeignetes Mittel zu Risikoreduktion sein.

### Risiko bestimmt Umfang des Background-Checks

Nachdem aus den oben genannten Gründen in zahlreichen Fällen die Zulässigkeit von Background-Checks besteht, weil die Datenverarbeitung erforderlich ist, stellt sich im nächsten Schritt die Frage, in welchem Umfang Daten verarbeitet werden dürfen. Das Bestehen der datenschutzrechtlichen Anforderlichkeit stellt keinen Freibrief zur vollkommenen „Durchleuchtung“ eines Bewerbers dar, zumal der Grundsatz der Datenminimierung (Art 5 Z 1 DSGVO) gilt. Dieser gebietet Datenverarbeitung auf das dem „Zwecke der Verarbeitung notwendige Maß“ zu beschränken. Wie bereits mehrfach erwähnt, bezweckt der Background-Check Risikoreduktion. Daher erscheint es schlüssig, als Messlatte für das zulässige Ausmaß der Datenverarbeitung jenes Risiko heranzuziehen, mit dem die zu besetzende Position behaftet ist. Verantwortungsvolle Positionen, die hohes Schadenspotenzial bergen, rechtfertigen umfangreichere Maßnahmen der Informationsbeschaffung und -verarbeitung als Positionen mit geringerer Verantwortung.

#### BEISPIEL

Ein Mitarbeiter im Bereich der Beschaffung (Auswahl von Lieferanten oder Subunternehmern) hat Einfluss auf die Verwendung von Unternehmensgeldern. Dementsprechend wird ein Bewerber für diese Position die Überprüfung seiner finanziellen Verhältnisse, seiner wirtschaftlichen Verflechtungen sowie jener des nahen Verwandtenkreises akzeptieren müssen. Für eine Sekretariatskraft, die mit der Verwaltung von Personalakten befasst ist und geringe Entscheidungsbefugnisse hat, wird dies nicht zutreffen.

Ein Arbeitgeber, der Bewerber einem Background-Check unterziehen will, ist demnach gefordert, eine Risikobeurteilung der zu besetzenden Position durchzuführen, um daraus den Umfang des Background-Checks abzuleiten. Es würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen, auf dieses Verfah-

ren genauer einzugehen. Zum Verständnis sei hier nur angemerkt, dass dabei finanzielle Schäden, Sachschäden, Reputationschäden und körperlicher Schäden bedacht werden, die von einem Mitarbeiter in der betreffenden Position zum Nachteil des Arbeitgebers, von Betriebsangehörigen oder externen Dritten verursacht werden können.

### Unterscheidung freizeit- und berufsorientierte soziale Medien nicht zeitgemäß

Die Ansicht von *Dolamic*<sup>11</sup>, die Verarbeitung von Informationen aus berufs-, nicht aber aus freizeitorientierten sozialen Medien sei zulässig, hat *Hitz*<sup>12</sup> kritisiert, indem er auf den möglichen Zusammenhang von privaten Postings und dem Dienstverhältnis hinweist. Dem ist hinzuzufügen, dass eine klare Trennlinie zwischen sozialen Medien mit Berufs- und Freizeitorientierung nicht (mehr) gezogen werden kann. Zahlreiche Unternehmen sind bereits auf den „freizeitorientierten“ Plattformen YouTube, Facebook, Twitter und Instagram vertreten. Zudem nutzen Blogger und Influencer diese Kanäle, um mit kommerziellen Absichten ihr Privatleben öffentlich zu machen.

### Blogger machen auf Facebook & Co ihr Privatleben aus kommerziellen Gründen öffentlich.

Nachdem bei sozialen Medien eine Einteilung nach dem Gesichtspunkt der Freizeit- oder Berufsausrichtung nicht exakt möglich ist, kann sie nicht als Kriterium für die Zu-

lässigkeit oder Unzulässigkeit der Informationsverarbeitung dienen. Vielmehr kommt es auf den Charakter der über soziale Medien transportierten Information an. Besteht berufliche Relevanz, so kann die Erforderlichkeit zur Verarbeitung gegeben sein.

### Zusammenfassung

Arbeitgeber, die Bewerber Background-Checks unterziehen, können die datenschutzrechtliche Erforderlichkeit der Datenverarbeitung mit unternehmerischer Sorgfalt und der Reduktion von Haftungsrisiko (Erfüllungsgehilfenhaftung) begründen. Eine weitere Begründung kann die Verpflichtung von Kapitalgesellschaften zu internen Kontrollen sein. Schließlich kann die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers als Begründung herangezogen werden, da Background-Checks geeignet sind, Mitarbeiter vom Unternehmen fernzuhalten, die zur Gefahr für ihr Arbeitsumfeld werden können.

Ist die Durchführung eines Background-Checks legitim, so ist er in seinem Umfang zu begrenzen. Mit dem Grad der Verantwortung der zu besetzenden Position erweitert sich der Umfang der zulässigen Überprüfung.

Die Zulässigkeit der Verarbeitung von Informationen über Bewerber aus sozialen Medien kann nicht kategorisch anhand der Ausrichtung (freizeitorientiert wie Facebook oder berufsorientiert wie LinkedIn) beurteilt werden, da eine klare Trennung nicht möglich ist.

Dako 2018/65

<sup>11</sup>Dako 2017/65, 109. <sup>12</sup>Dako 2018/8, 13.

### Zum Thema

#### Über den Autor

Mag. Bernhard Maier, MA, CFE, ist Berufsdetektiv, gerichtlich beeideter Sachverständiger und zertifizierter Risikomanager. E-Mail: office@bm-investigations.at

#### Literatur zum Thema Background-Checks

- *Dolamic*, Background-Checks bei Bewerbern, Dako 2017/65;
- *Hitz*, Internet-Recherchen über BewerberInnen – warum und in welcher Form Background-Checks doch möglich sind, Dako 2018/8;
- *Maier/Berens/Schweitzer*, Pre-Employment-Screening: Ein risikobasierter Praxisleitfaden zur Bewerberüberprüfung im Personalauswahlverfahren (2017).