

CB-ENTSCHEIDUNG

BAG: Frage an Bewerber nach erledigtem Ermittlungsverfahren

BAG, Urteil vom 15.11.2012 – 6 AZR 339/11

AMTLICHER LEITSATZ

An der Informationsbeschaffung durch die un spezifizierte Frage nach eingestellten Ermittlungsverfahren an den Stellenbewerber besteht grundsätzlich kein berechtigtes Interesse des potenziellen Arbeitgebers. Eine solche Frage ist damit im Regelfall nicht erforderlich iSv. § 29 Abs. 1 S. 1 DSGVO NRW (juris: DSGVO NW 2000). Das ergibt sich aus den Wertentscheidungen des § 53 BZRG. Eine allein auf die wahrheitswidrige Beantwortung einer solchen Frage gestützte Kündigung verstößt deshalb gegen die objektive Wertordnung des Grundgesetzes, wie sie im Recht auf informationelle Selbstbestimmung zum Ausdruck kommt, und ist nach § 138 Abs. 1 BGB unwirksam.

§§ 138 BGB, 53 BZRG

CB-Online www.compliance-berater.de

Volltext: CBL2013-212-1

SACHVERHALT

Die Parteien streiten noch über die Wirksamkeit einer ordentlichen Arbeitgeberkündigung in der Wartezeit, die erklärt worden ist, weil der Kläger im Bewerbungsverfahren wahrheitswidrig versichert hat, es lägen keine eingestellten Ermittlungsverfahren vor.

Der 1961 geborene, geschiedene Kläger ist ausgebildeter Diplomingenieur. Er bewarb sich am 17.7.2009 bei der Bezirksregierung D als sog. Seiteneinsteiger für eine Tätigkeit als Lehrer an einer Hauptschule des beklagten Landes. Dieses teilte dem Kläger mit, er werde ein Einstellungsangebot erhalten und forderte ihn auf, das Formular „Einstellung in den öffentlichen Dienst – Belehrung und Erklärung –“ auszufüllen und zu unterschreiben. Ziff. 2 „Vorstrafen und anhängige Straf- oder Ermittlungsverfahren“ dieses Formulars lautet:

„2.1 Belehrung

Nach § 51 des Bundeszentralregistergesetzes darf sich ein/e Bewerber/in als unbestraft bezeichnen und braucht er/sie den einer Verurteilung zu Grunde liegenden Sachverhalt nicht zu offenbaren, wenn die Verurteilung nicht in ein Führungszeugnis oder nur in ein solches für Behörden aufzunehmen oder im Zentralregister zu tilgen ist.

Ein/e Bewerber/in ist verpflichtet, gegenüber einer obersten Landesbehörde auch über diejenigen Verurteilungen Auskunft zu geben, die nicht in ein Führungszeugnis oder nur in solche für Behörden aufzunehmen sind.

2.2 Erklärung

Ich versichere hiermit, dass ich – nicht *) – wie folgt *) vorbestraft bin:

2.3 Erklärung

Ich versichere, dass gegen mich kein gerichtliches Strafverfahren und kein Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft wegen eines Vergehens oder Verbrechens anhängig ist oder innerhalb der letzten 3 Jahre anhängig gewesen ist.

Ohne zu Ziff. 2.2 oder Ziff. 2.3 Angaben zu machen, unterschrieb der Kläger die Erklärung am 7.9.2009.

Das Gesetz zum Schutz personenbezogener Daten in Nordrhein-Westfalen (Datenschutzgesetz Nordrhein-Westfalen – DSGVO NRW) i. d. F. der Bekanntmachung vom 9.6.2000 bestimmt zur Zulässigkeit der Datenverarbeitung in Arbeitsverhältnissen:

„§ 1 Aufgabe

Aufgabe dieses Gesetzes ist es, den Einzelnen davor zu schützen, dass er durch die Verarbeitung personenbezogener Daten durch öffentliche Stellen in unzulässiger Weise in seinem Recht beeinträchtigt wird, selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner Daten zu bestimmen (informationelles Selbstbestimmungsrecht).

§ 2 Anwendungsbereich

(1) Dieses Gesetz gilt für die Behörden, Einrichtungen und sonstigen öffentlichen Stellen des Landes ... soweit diese personenbezogene Daten verarbeiten. ...

(3) Soweit besondere Rechtsvorschriften auf die Verarbeitung personenbezogener Daten anzuwenden sind, gehen sie den Vorschriften dieses Gesetzes vor.

§ 4 Zulässigkeit der Datenverarbeitung

(1) Die Verarbeitung personenbezogener Daten ist nur zulässig, wenn a) dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift sie erlaubt oder b) die betroffene Person eingewilligt hat.

§ 29 Datenverarbeitung bei Dienst- und Arbeitsverhältnissen

(1) Daten von Bewerbern und Beschäftigten dürfen nur verarbeitet werden, wenn dies zur Eingehung, Durchführung, Beendigung oder Abwicklung des Dienst- oder Arbeitsverhältnisses oder zur Durchführung organisatorischer, personeller und sozialer Maßnahmen, insbesondere auch zu Zwecken der Personalplanung und des Personaleinsatzes, erforderlich ist oder eine Rechtsvorschrift, ein Tarifvertrag oder eine Dienstvereinbarung dies vorsieht. ...

Am 8.9.2009 begründeten die Parteien ein vom 15.9.2009 bis zum 14.9.2010 zur Erprobung befristetes Arbeitsverhältnis. Sie vereinbarten die Geltung des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) sowie eine Probezeit von sechs Monaten. Am 15.9.2009 nahm der Kläger die Tätigkeit auf. Im Oktober 2009 ging ein anonymes Schreiben bei der Schule des Klägers und der zuständigen Bezirksregierung ein, in dem darauf hingewiesen wurde, der Kläger stehe unter dem Verdacht des Kindesmissbrauchs. Mit Schreiben vom 22.10.2009 leitete die Bezirksregierung dieses Schreiben an die Staatsanwaltschaft mit der Bitte weiter, strafrechtsrelevante Vorfälle mitzuteilen. Die daraufhin übersandte Vorgangsliste vom 3.11.2009 enthielt folgende Angaben:

Aktenzeichen/ Eingangsdatum	Delikt	Tatzeit Tatort	Erledigung/ Entscheidung	Erled. Datum
271 Js 1046/09 02.09.2009	§ 240 StGB	27.08.2009 Borchten	Einst.- § 153 I StPO Einstellung – § 153 I StPO (Geringfügigkeit)	03.09.2009
111 Js 559/08 15.08.2008	§ 266 a Abs. 1 StGB	00.00.2003 Borchten	e.E. – § 153 a I S. 2 Nr. 2 StPO end. Einst. § 153 a I S. 2 Nr. 2 StPO (Geldbetrag für gemeinnützige Einrichtung oder Staatskasse)	31.10.2008
271 Js 301/08 18.03.2008	§ 123 StGB	28.02.2008 Borchten	Einst. – Verweisung auf Privatklage Einstellung – Verweisung auf Privatklage	07.04.2008
271 Js 304/08 18.03.2008	§ 123 StGB	11.03.2008 Borchten	Sonstige Erledigung	04.04.2008
271 Js 109/08 29.01.2008	§ 223 StGB	28.11.2007 Borchten	e.E.- § 153 a I S. 2 Nr. 2 StPO endg. Einst. § 153 a I S. 2 Nr. 2 StPO (Geldbetrag für gemeinnützige Einrichtung oder Staatskasse)	19.06.2008

Von den Ermittlungsverfahren – 271 Js 301/08 – und – 271 Js 304/08 – hatte der Kläger keine Kenntnis.

Nach Zustimmung des Personalrats kündigte das beklagte Land mit Schreiben vom 12.11.2009 das Arbeitsverhältnis außerordentlich mit sofortiger Wirkung. Hilfsweise erklärte es die Anfechtung des Arbeitsvertrags und ebenfalls Hilfsweise die ordentliche Kündigung innerhalb der Probezeit zum 30. November 2009. Dagegen hat der Kläger rechtzeitig Klage erhoben.

Der Kläger hat gemeint, er habe die abgeschlossenen und eingestellten Ermittlungsverfahren nach den Wertungen des Bundeszentralregistergesetzes nicht angeben müssen.

Mit dem Hinweis, der Antrag sei als Kündigungsschutzantrag nach § 4 KSchG zu verstehen, hat der Kläger – soweit für die Revision von Interesse – zuletzt beantragt

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien über den 30.11.2009 zu unveränderten Bedingungen fortbesteht.

Das beklagte Land hat zur Begründung seines Klageabweisungsantrags angeführt, das Vertrauensverhältnis zum Kläger sei zerstört, weil er im Einstellungsverfahren die gegen ihn geführten Ermittlungsverfahren wahrheitswidrig verschwiegen habe. Die Frage nach Vorstrafen und Ermittlungsverfahren sei nicht zu beanstanden. Für die Beurteilung der Eignung eines Bewerbers sei es unerheblich, ob das Ermittlungsverfahren beendet sei oder nicht. Maßgeblich sei, welcher Sachverhalt dem Verfahren zugrunde liege.

Das Arbeitsgericht hat angenommen, das Arbeitsverhältnis sei weder durch die außerordentliche Kündigung noch die Anfechtung beendet worden. Die ordentliche Kündigung hat es für wirksam gehalten. Hiergegen hat nur der Kläger Berufung eingelegt. Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis auch durch die Hilfsweise ordentliche Kündigung vom 12.11.2009 nicht aufgelöst worden ist. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision erstrebt das beklagte Land die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

AUS DEN GRÜNDEN

- 12 Die Revision des beklagten Landes ist unbegründet. Die Kündigung des beklagten Landes vom 12.11.2009 ist gem. § 138 BGB unwirksam.

• Die Nichtigkeit der Kündigung resultiert nicht bereits aus § 612a BGB i. V. m. § 134 BGB

I. Die Kündigung vom 12.11.2009 ist nicht bereits gem. § 612a BGB i. V. m. § 134 BGB nichtig. Im Zeitpunkt der Frage nach laufenden oder abgeschlossenen Ermittlungsverfahren war der Kläger noch nicht Arbeitnehmer, sondern Stellenbewerber. Das Maßregelungsverbot des § 612a BGB erfasst nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes nur Arbeitnehmer (vgl. BAG 15.2.2005 – 9 AZR 116/04 – zu B II 2 b ee (1) der Gründe, BAGE 113, 327, BB 2006, 1391). Es soll nach dem Willen des Gesetzgebers die geltende Rechtslage klarstellen und das Maßregelungsverbot insbesondere bei Kündigungen auf alle Arbeitnehmer erstrecken, also auch auf solche, für die das Kündigungsschutz- oder Betriebsverfassungsgesetz nicht gilt (BT-Drucks. 8/3317 S. 10, 16). Auf Stellenbewerber findet § 612a BGB damit keine Anwendung (LAG Berlin-Brandenburg 21.7.2008 – 10 Sa 555/08 – Rn. 36; APS/Linck 4. Aufl. § 612a Rn. 4; MünchKommBGB/Müller-Glöge 6. Aufl. § 612a Rn. 4, 14; KR/Treber 10. Aufl. § 612a BGB Rn. 3c; Wilken Regelungsgehalt des Maßregelungsverbots gem. § 612a BGB S. 162f.; Faulenbach Das arbeitsrechtliche Maßregelungsverbot S. 55). Dies gilt auch dann, wenn die Rechtsausübung wie im vorliegenden Fall noch im Anbahnungsverhältnis, die nachteilige Maßnahme aber erst im später geschlossenen Arbeitsverhältnis erfolgt. Das Maßregelungsverbot soll verhindern, dass Arbeitnehmerrechte deshalb nicht wahrgenommen werden, weil der Arbeitnehmer mit Benachteiligungen rechnen muss (BAG 16.2.1989 – 2 AZR 299/88 – zu B III 3 b der Gründe, BAGE 61, 131, BB 1989, 2118). Es soll den Arbeitnehmer in seiner Willensfreiheit bei der Entscheidung darüber schützen, ob er ein Recht ausüben will oder nicht (BAG 21.9.2011 – 7 AZR 150/10 – Rn. 32 m. w. N., EzA BGB 2002 § 612a Nr. 7). Der Fall der Rechtsausübung vor Begründung des Arbeitsverhältnisses, die erst im späteren Arbeitsverhältnis zu Nachteilen führt, wird demnach vom Schutzzweck des § 612a BGB nicht erfasst.

• Die Unwirksamkeit der Kündigung ergibt sich vielmehr aus § 138 Abs. 1 BGB

II. Die Kündigung ist jedoch gem. § 138 Abs. 1 BGB unwirksam. Die im Formular „Einstellung in den öffentlichen Dienst – Belehrung und Erklärung –“ abgefragten Informationen zu abgeschlossenen Ermittlungsverfahren waren für die Bewerbung des Klägers um eine Stelle als Lehrer nicht erforderlich und damit nicht durch § 29 DSGVO

gestattet. Die nach den nicht angegriffenen und für den Senat damit bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts allein auf die wahrheitswidrige Beantwortung der unspezifizierten Frage nach staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren, die in den letzten drei Jahren anhängig gewesen sind, gestützte Kündigung vom 12.11.2009 verstieß deshalb gegen die objektive Wertordnung des Grundgesetzes, wie sie im Recht auf informationelle Selbstbestimmung, bei dem es sich um eine Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts handelt, zum Ausdruck kommt.

- **§ 138 BGB ist am Maßstab von Wertvorstellungen des Grundgesetzes zu konkretisieren, ...**

- 15 1. In den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes verkörpert sich eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt und der v. a. auch bei der Interpretation zivilrechtlicher Generalklauseln maßgebliche Bedeutung zukommt. Bei der Auslegung und Anwendung dieser Generalklauseln müssen deshalb die Zivilgerichte die Grundrechte als „Richtlinien“ beachten. § 138 BGB als eine dieser Generalklauseln ist darum am Maßstab von Wertvorstellungen, die in erster Linie von den Grundsatzentscheidungen der Verfassung bestimmt werden, zu konkretisieren (BVerfG 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89 – BVerfGE 89, 214; vgl. auch BAG 23.6.1994 – 2 AZR 617/93 – BAGE 77, 128, BB 1995, 204).

- **... zu denen auch das informationelle Selbstbestimmungsrecht zählt**

- 16 2. Zu den nach diesen Grundsätzen für die Anwendung des § 138 BGB maßgeblichen Wertvorstellungen des Grundgesetzes gehört auch das informationelle Selbstbestimmungsrecht als Ausprägung des durch Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Die gesetzlichen Anforderungen an eine zulässige Datenverarbeitung im DSGVO konkretisieren und aktualisieren den Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts und regeln, in welchem Umfang Eingriffe in dieses Recht zulässig sind (vgl. Simitis in Simitis BDSG 7. Aufl. § 1 Rn. 28). Dies stellt § 1 DSGVO ausdrücklich klar. Hat wie hier der Betroffene nicht in die Datenverarbeitung eingewilligt, ist nach dem Gesamtkonzept des DSGVO die Datenverarbeitung nur zulässig, wenn dies durch eine verfassungsgemäße Rechtsvorschrift erlaubt ist. Fehlt es an der danach erforderlichen Ermächtigungsgrundlage oder liegen deren Voraussetzungen nicht vor, ist die Erhebung, Verarbeitung und/oder Nutzung personenbezogener Daten verboten. Dieser das deutsche Datenschutzrecht prägende Grundsatz ist in § 4 Abs. 1 S. 1 DSGVO kodifiziert (vgl. für das BDSG Sokol in Simitis BDSG § 4 Rn. 2 f.; Gola/Schomerus BDSG 11. Aufl. § 4 Rn. 3). Die der Argumentation des beklagten Landes zugrunde liegende Annahme, Fragen nach bestimmten Sachverhalten vor der Einstellung seien erlaubt, sofern es keine Vorschrift gebe, die eine solche Frage untersage, ist demnach unzutreffend.

- **Der Kläger durfte die eingestellten Ermittlungsverfahren verschweigen**

- 17 3. Die nach dem Datenschutzrecht erforderliche Erlaubnis für die Erhebung von Daten über abgeschlossene staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren durch die unspezifizierte Frage nach solchen Verfahren im Einstellungsfragebogen lässt sich der allein als Ermächtigungsgrundlage in Betracht kommenden Vorschrift des § 29 Abs. 1 S. 1 DSGVO nicht entnehmen. Die unspezifizierte Frage

nach abgeschlossenen Ermittlungsverfahren war für die Begründung und Durchführung des Arbeitsverhältnisses des Klägers mit dem beklagten Land nicht erforderlich im Sinne dieser Vorschrift und damit nicht gestattet. Dies folgt aus den Wertentscheidungen des Gesetzgebers in § 53 BZRG. Der Kläger durfte deshalb die eingestellten Ermittlungsverfahren verschweigen. Das hat das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen.

- a) Die Bezirksregierung D ist als Landesmittelbehörde (§ 7 Abs. 2 Landesorganisationsgesetz NRW – LOG NRW) eine Behörde, die gem. § 2 Abs. 1 DSGVO die Vorschriften des DSGVO zu achten hat. Die Frage nach abgeschlossenen Ermittlungsverfahren ist als Beschaffen von personenbezogenen Daten eine Erhebung von Daten und damit eine Datenverarbeitung i. S. v. § 3 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 Nr. 1 DSGVO. Auch nicht automatisierte Datenerhebungen werden gem. § 3 Abs. 2 S. 2 vom DSGVO erfasst. 18
- b) § 29 DSGVO stellt eine eigenständige Regelung zum Bewerber- und Beschäftigtendatenschutz im öffentlichen Dienst des Landes Nordrhein-Westfalen dar, die gem. § 1 Abs. 2 Nr. 2 BDSG den seit dem 1.9.2009 geltenden § 32 BDSG in ihrem Anwendungsbereich verdrängt und die ausdrücklich auch Bewerber und damit die Zulässigkeit von Fragen im Bewerbungs- und Einstellungsverfahren erfasst. 19
- c) Das DSGVO legt allerdings nicht selbst fest, wann eine solche Datenverarbeitung durch Fragen des potentiellen Arbeitgebers im Bewerbungs- und Einstellungsverfahren erforderlich und damit zulässig ist. 20

- **Es besteht ein grundsätzliches Frageverbot, das nur dann in ein von § 29 DSGVO gedecktes Fragerecht umschlägt, wenn die Datenerhebung erforderlich ist**

- aa) Zur Ausfüllung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs kann auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Fragerecht des Arbeitgebers im Bewerbungsverfahren zurückgegriffen werden. Mit der Anknüpfung an den Begriff der „Erforderlichkeit“ wird die bis dahin vorwiegend richterrechtlich geprägte Rechtslage nicht geändert, sondern lediglich konkretisiert und kodifiziert (vgl. Stähler Datenschutzgesetz Nordrhein-Westfalen 2. Aufl. Teil E Erl. § 29 Rn. 3; vgl. für § 32 BDSG Riesenhuber NZA 2012, 771, 776; ErfK/Franzen 13. Aufl. § 32 BDSG Rn. 1; Seifert in Simitis BDSG 7. Aufl. § 32 Rn. 22). Ausgehend von dem unter Rn. 16 bereits dargelegten Gesamtkonzept des DSGVO NRW besteht damit ein grundsätzliches Frageverbot, das nur ausnahmsweise, nämlich dann, wenn die Datenerhebung erforderlich ist, in ein von § 29 DSGVO gedecktes Fragerecht umschlägt (Riesenhuber a. a. O. S. 775 f.). Dabei sind an das Vorliegen der Erforderlichkeit nach dem Willen des Gesetzgebers strenge Anforderungen zu stellen (Drucksache des Landtags Nordrhein-Westfalen 10/1565 S. 64). 21

- **Bei der Frage der Erforderlichkeit darf das Interesse des Arbeitnehmers an der Geheimhaltung seiner Daten das Interesse des Arbeitgebers an der Erhebung dieser Daten nicht überwiegen**

- bb) Fragen nach personenbezogenen Daten vor der Eingehung eines Arbeitsverhältnisses sind danach nur dann i. S. v. § 29 Abs. 1 S. 1 DSGVO erforderlich, wenn der künftige Arbeitgeber ein berechtigtes, billigenwertes und schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung seiner Frage bzw. der Informationsbeschaffung im Hinblick auf die Begründung des Arbeitsverhältnisses hat und das Interesse des Arbeitnehmers an der Geheimhaltung seiner Daten das Interesse 22

des Arbeitgebers an der Erhebung dieser Daten nicht überwiegt (vgl. BAG 16.2.2012 – 6 AZR 553/10 – Rn. 12 f., 26, AP SGB IX § 85 Nr. 9 = EzA AGG § 3 Nr. 7). Bei der erforderlichen Abwägung ist Art. 33 Abs. 2 GG zu beachten, soweit es um die Einstellung in den öffentlichen Dienst geht. Geeignet i. S. v. § 33 Abs. 2 GG ist nur, wer dem angestrebten Amt in körperlicher, psychischer und charakterlicher Hinsicht gewachsen ist. Zur Eignung gehören die Fähigkeit und innere Bereitschaft, die dienstlichen Aufgaben nach den Grundsätzen der Verfassung wahrzunehmen, insbesondere die Freiheitsrechte der Bürger zu wahren und rechtsstaatliche Regeln einzuhalten (vgl. BAG 27.7.2005 – 7 AZR 508/04 – zu I 1 b bb (1) der Gründe, BAGE 115, 296).

- 23 cc) Das Bundesarbeitsgericht hat nach diesen Grundsätzen ein berechtigtes Interesse des öffentlichen Arbeitgebers anerkannt, sich bei einem Bewerber um ein öffentliches Amt nach anhängigen Straf- und Ermittlungsverfahren zu erkundigen, wenn bereits ein solches Verfahren Zweifel an der persönlichen Eignung des Bewerbers für die in Aussicht genommene Tätigkeit begründen kann (vgl. BAG 27.7.2005 – 7 AZR 508/04 – zu I 1 b bb (1) der Gründe, BAGE 115, 296; 20.5.1999 – 2 AZR 320/98 – zu B I 1 b cc der Gründe, BAGE 91, 349, BB 1999, 2249).
- 24 dd) An der Informationsbeschaffung durch die unspezifizierte Frage nach eingestellten Ermittlungsverfahren an den Stellenbewerber besteht dagegen grundsätzlich kein berechtigtes Interesse des potentiellen Arbeitgebers. Eine solche Frage ist damit im Bewerbungsverfahren im Regelfall nicht erforderlich i. S. v. § 29 Abs. 1 S. 1 DSGVO NRW (vgl. Milthaler Das Fragerecht des Arbeitgebers nach den Vorstrafen des Bewerbers S. 175 f. m. w. N.; ErfK/Preis 13. Aufl. § 611 BGB Rn. 281; Adam ZTR 2003, 158, 162; Linnenkohl ArbuR 1983, 129, 140; demgegenüber Ausnahmen für nach §§ 153, 153a StPO eingestellte Verfahren ohne weitere Begründung für möglich haltend: HWK/Thüsing 5. Aufl. § 123 BGB Rn. 13). Dies ergibt sich aus den Wertentscheidungen des § 53 BZRG (BAG 6.9.2012 – 2 AZR 270/11 – zu I 1 a aa der Gründe; 21.2.1991 – 2 AZR 449/90 – zu II 1 b der Gründe, AP BGB § 123 Nr. 35 = EzA BGB § 123 Nr. 35, BB 1991, 2014). Das übersieht die Revision, wenn sie anhängige und abgeschlossene Ermittlungsverfahren gleichsetzen und nur auf den den Ermittlungen zugrunde liegenden Sachverhalt abstellen will.

• Zu den Wertentscheidungen des § 53 BZRG

- 25 (1) Nach § 53 Abs. 1 BZRG dürfen Verurteilte sich als unbestraft bezeichnen und brauchen den der Verurteilung zugrunde liegenden Sachverhalt nicht zu offenbaren, wenn die Verurteilung nicht in das Führungszeugnis oder nur in ein Führungszeugnis nach § 32 Abs. 3, Abs. 4 BZRG aufzunehmen ist. Das Verschweigerecht besteht nach entsprechender Belehrung des Verurteilten gem. § 53 Abs. 2 BZRG allerdings nicht, soweit Gerichte oder Behörden hinsichtlich nicht getigelter Verurteilungen ein Recht auf unbeschränkte Auskunft haben. Anspruch auf unbeschränkte Auskunft nach dem Register haben die in § 41 BZRG genannten Behörden. Auch diesen Stellen ist im von § 41 BZRG geregelten Umfang jedoch nur Auskunft über die in das Register eingetragenen Sachverhalte zu gewähren. Nach § 3 BZRG i. V. m. mit §§ 4 bis 8 BZRG ist im hier interessierenden Zusammenhang auch in den Fällen des § 53 Abs. 2 BZRG nur Auskunft über strafgerichtliche Verurteilungen zu erteilen. Eingestellte staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren sind in diesen Vorschriften nicht aufgeführt. Solche Verfahren sind nicht in das Register einzutragen. Für diese Entscheidung des Gesetzgebers waren rechtsstaatliche Bedenken

ausschlaggebend. Ohne Schuldnachweis erschienen dem Gesetzgeber die aus einer Eintragung möglicherweise folgenden nachteiligen Wirkungen nicht vertretbar (KK/Schoreit StPO 6. Aufl. § 153a Rn. 45; Meyer-Goßner StPO 55. Aufl. § 153a Rn. 60). Eingestellte Ermittlungsverfahren sind daher weder in ein Führungszeugnis aufzunehmen noch ist über sie gegenüber Gerichten und Behörden iSv. § 53 Abs. 2 BZRG Auskunft zu erteilen. Besteht aber ein Verschweigerecht bereits in den von § 53 BZRG ausdrücklich geregelten Fällen, ist ein solches Recht erst recht anzunehmen, wenn nach Vorgängen gefragt wird, die von vornherein nicht in ein Führungszeugnis aufzunehmen sind und über die selbst den in § 53 Abs. 2 BZRG genannten Stellen keine Auskunft erteilt werden kann (in diesem Sinn Hase BZRG § 53 Rn. 2; Milthaler Das Fragerecht des Arbeitgebers nach den Vorstrafen des Bewerbers S. 176; für eine analoge Anwendung auf Verfahrenseinstellungen: Rebmann/Uhlig BZRG § 53 Rn. 3).

(2) Unerheblich ist nach diesen Grundsätzen entgegen der Auffassung der Revision, welcher Sachverhalt den Ermittlungen zugrunde lag. Endet ein Strafverfahren durch Einstellung nach §§ 153 ff. StPO, kann der Betroffene ohne strafähnliche Sanktion resozialisiert werden (vgl. Meyer-Goßner StPO 55. Aufl. § 153a Rn. 12 f.). Er steht weiter unter dem Schutz der Unschuldsvermutung (vgl. zu einer Verfahrenseinstellung nach § 154 StPO BVerfG 30.11.2007 – 2 BvR 2497/07 – Rn. 4). Diese Vermutung hat als besondere Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips Verfassungsrang und ist kraft Art. 6 Abs. 2 EMRK zugleich Bestandteil des positiven Rechts der Bundesrepublik Deutschland. Sie schützt den Beschuldigten auch vor Nachteilen, die Schuldspruch oder Strafe gleichkommen, denen aber kein rechtsstaatliches prozessordnungsgemäßes Verfahren zur Schuldfeststellung vorausgegangen ist. Bis zum gesetzlichen Nachweis der Schuld wird seine Unschuld vermutet (BVerfG 29.5.1990 – 2 BvR 254/88, 2 BvR 1343/88 – zu C I 1 der Gründe, BVerfGE 82, 106). Kommt es nicht zu einem richterlichen Schuldspruch, gilt die Unschuldsvermutung fort (BVerfG 16.5.2002 – 1 BvR 2257/01 – NJW 2002, 3231). Im Unterschied zu laufenden Ermittlungsverfahren, bei denen die Rechtsprechung die Frage nach solchen Verfahren zulässt, weil noch ungewiss ist, ob dem Bewerber ein Verschweigerecht nach § 53 BZRG zukommen wird (vgl. BAG 27.7.2005 – 7 AZR 508/04 – zu I 1 b bb (2) der Gründe, BAGE 115, 296), steht nach Einstellung des Ermittlungsverfahrens aufgrund der Unschuldsvermutung dem Betroffenen das Verschweigerecht nach § 53 BZRG zu.

(3) Dem steht nicht entgegen, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei Einstellungen nach §§ 153 ff. StPO der Straftatverdacht nicht notwendig ausgeräumt ist (BVerfG 16.5.2002 – 1 BvR 2257/01 – NJW 2002, 3231) und deshalb Nachteile durch ein Ermittlungsverfahren nicht schlechthin ausgeschlossen sind (vgl. BAG 27.7.2005 – 7 AZR 508/04 – zu I 1 b bb (1) der Gründe, BAGE 115, 296). ...

• Das Interesse des Klägers an der Geheimhaltung der eingestellten Ermittlungsverfahren überwog das Interesse an der Erhebung dieser Daten

ee) Nach diesen Grundsätzen war die Frage nach eingestellten Ermittlungsverfahren vor der Einstellung des Klägers durch das beklagte Land nicht erforderlich i. S. v. § 29 Abs. 1 DSGVO NRW. Das Interesse des Klägers an der Geheimhaltung der eingestellten Ermittlungsverfahren überwog das Interesse des beklagten Landes an der Erhebung dieser Daten. Der Kläger durfte deshalb die eingestellten Ermittlungsverfahren – soweit sie ihm überhaupt bekannt waren – verschweigen. ...

CB-KOMMENTAR

KERNSÄTZE (DES KOMMENTATORS)

- 1. Gegenüber Arbeitnehmern gilt die verfassungsmäßig und in Art. 6 Abs. 2 EMRK garantierte Unschuldsvermutung. Wenn – sei es nach § 172 oder §§ 153 ff. StPO – ein Ermittlungsverfahren eingestellt wird, hat keine durch ein ordentliches Strafverfahren legitimierte Schuldfeststellung stattgefunden. Umso mehr gilt dann auch in diesen Fällen die Unschuldsvermutung.**
- 2. Auch wegen der Unschuldsvermutung besteht i. d. R. kein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers daran, das Vorliegen abgeschlossener Ermittlungsverfahren (anders bei noch laufenden Verfahren) in Erfahrung zu bringen. Eine entsprechende Datenerhebung, etwa durch Befragung des Stellenbewerbers, ist demnach i. d. R. unzulässig.**
- 3. Kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis, weil ein Arbeitnehmer auf die unzulässige Frage nach abgeschlossenen Ermittlungsverfahren gelogen hat, ist diese Kündigung wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB unwirksam.**

PROBLEM

Das Land Nordrhein-Westfalen hatte einen Lehrer eingestellt. Im Verlauf dessen Bewerbungsverfahrens hatte das Land nach abgeschlossenen Ermittlungsverfahren gefragt, der Bewerber auf dem dafür vorgesehenen Blatt jedoch keine Angaben dazu gemacht, sondern versichert, dass ein Ermittlungsverfahren weder anhängig noch abgeschlossen war. Nach der Einstellung erhielt das Land NRW ein anonymes Schreiben, wonach gegen den Lehrer wegen Kindesmissbrauchs ermittelt werde. Die Nachfrage der Landesschulbehörde bei der Staatsanwaltschaft ergab eine ganze Reihe von laufenden und abgeschlossenen Ermittlungsverfahren wegen diverser Delikte (Hausfriedensbruch, Körperverletzung usw.), nicht aber wegen Kindesmissbrauchs. Das Land hörte daraufhin den Personalrat an und kündigte außerordentlich und fristlos und hilfsweise ordentlich in der Probezeit. Zudem erklärte das Land hilfsweise die Anfechtung des Arbeitsverhältnisses. In erster Instanz wurde die hilfsweise Probezeitkündigung für wirksam erachtet, das LAG hielt auch diese für unwirksam. Mit der Revision begehrte das Land die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

ZUSAMMENFASSUNG

Das BAG schloss sich der Auffassung des LAG an und hielt ebenfalls (auch) die Probezeitkündigung für unwirksam. Überraschend detailliert setzt sich das BAG mit den Bestimmungen des Datenschutzgesetzes NRW auseinander. Diese hielt es für eine Konkretisierung der bisherigen Rechtsprechung zum Fragerecht des Arbeitgebers. Danach dürfen Fragen nur dann gestellt und müssen nur dann (wahrheitsgemäß) beantwortet werden, wenn die damit erhobene Information für die Einstellungsentscheidung erforderlich ist. Das sei bei der generellen Frage nach abgeschlossenen Ermittlungsverfahren – ohne Bezug zu konkreten Deliktsworwürfen – nicht der Fall. Zudem ergebe sich aus § 53 BZRG, dass sich sogar Verurteilte bei fehlender Eintragung dieses Umstandes in das Führungszeugnis als

unbestraft bezeichnen dürfen. Dies gelte noch stärker bei Einstellungen nach §§ 172 oder 153 ff. StPO. Diese rechtfertigen – mangels eines geordneten Strafverfahrens – die mit einer Eintragung in das Führungszeugnis verbundenen Nachteile nicht und müssen folglich auch nicht in einem Bewerbungsverfahren offengelegt werden. Dabei sei im Übrigen auch unbeachtlich, dass Einstellungen nach §§ 153 ff. StPO keine Feststellung der Unschuld – ebenso wenig wie der Schuld in einem gerichtlichen Verfahren – beinhalten. Folgerichtig habe der Bewerber im konkreten Fall auf die Frage nicht wahrheitsgemäß antworten müssen. Konsequenterweise dürfe das Land Nordrhein-Westfalen auch keine Kündigung wegen der Falschauskunft aus dem Bewerbungsverfahren aussprechen. Eine solche Kündigung sei sittenwidrig, da sie gegen die datenschutzrechtlichen Bestimmungen verstoße und letztlich das verfassungsrechtlich garantierte Recht auf informationelle Selbstbestimmung gefährde.

PRAXISFOLGEN

Das BAG erteilt der pauschalen Neugierde in Bewerbungsverfahren eine Absage. Jede Frage soll – wie auch der mehrfach geänderte Entwurf des BDSG fordert – streng am Erforderlichkeitsmaßstab gemessen werden. Nur was der Arbeitgeber für die Auswahlentscheidung wissen muss, darf er auch fragen bzw. muss der Arbeitnehmer wahrheitsgemäß beantworten. Das ist eine fühlbare Einengung des Fragerechts.

Die Absage des BAG an die Frage nach abgeschlossenen Ermittlungsverfahren ist weniger gravierend als es scheint. Nach laufenden Verfahren darf (explizit) weiter gefragt werden. Bei abgeschlossenen Verfahren ist – wie so oft – Kreativität gefragt. Zunächst ist zu überlegen, welche Ermittlungsverfahren wegen welcher Delikte von Bedeutung für die Auswahlentscheidung wären? Hier muss eine klare Konnexität zu dem ausgeschriebenen Arbeitsplatz bestehen. Dann ließe sich nämlich ggf. ein Frageinteresse begründen (Diebstahl beim Bankangestellten).

Im konkreten Fall hält das BAG dem Land Nordrhein-Westfalen zudem noch vor, dass dieses ja nur wegen der Lüge im Einstellungsverfahren gekündigt habe. Aus anderen Gründen, etwa der fehlenden Eignung eines Lehrers, gegen den bereits mehrfach Ermittlungsverfahren wegen Körperverletzung – teils mit Auflagen – eingestellt wurden, wäre eine denkbare Alternative gewesen. Denkbar wäre es auch gewesen, eine einfache Probezeit wegen des Eindrucks, dass diese nicht bestanden wurde, auszusprechen. Wegen des Grundsatzes der subjektiven Determinierung wäre diese Kündigung wohl nicht unzulässig gewesen.

Bedenklich stimmt an dem Fall gerade in diesen Tagen der Umstand, dass die für die Schulverwaltung zuständige Bezirksregierung durch ein einfaches Schreiben an die Staatsanwaltschaft Kenntnis von Verfahren erhielt, die gerade nicht in einem Führungszeugnis genannt werden sollten. Darin liegt ein eklatanter Verstoß der Staatsanwaltschaft gegen das BDSG und die Wertungen des BZRG. Aber Staatsanwälte scheinen heute ja kein Interesse mehr an Datenschutz zu haben.



AUTOR

Bernd Weller, RA, ist Partner und Fachanwalt für Arbeitsrecht in der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek. Er leitet dort das arbeitsrechtliche Dezernat im Büro Frankfurt a. M. Sein Schwerpunkt liegt in der Beratung von Unternehmen in betriebsverfassungsrechtlichen Fragen.