Kerstin Kühn / Doris Liebscher / Alexander Klose

Expertise zu den rechtlichen Aspekten sozialwissenschaftlicher Testing-Verfahren im Rahmen der vom SVR geplanten Studie „Diskriminierung am Ausbildungsmarkt?“

Eingereicht von

Alexander Klose

Büro für Recht und Wissenschaft
Binger Straße 71
14197 Berlin
(030) 6482 1497
0176 400 20 237
mail@recht-wissenschaft.de
www.recht-wissenschaft.de

Stand: Februar 2013

Inhaltsverzeichnis

1. EINLEITUNG 3

2. STRAFRECHTLICHE GRENZEN VON SCHRIFTLICHEN TESTING-VERFAHREN .. 4

2.1. URKUNDENFÄLSCHUNG, § 267 STGB 4

2.2.1. Anschreiben und Lebenslauf 4

2.2.2. Zeugnisse 10

2.2.3. Verantwortlichkeit bei mehreren Personen 13

2.2. FÄLSCHUNG BEWEISERHEBLICHER DATEN, § 269 ABS. 1 STGB 14

2.3. BETRUG, § 263 ABS. 1 STGB 15

3. ZIVILRECHTLICHE GRENZEN VON SCHRIFTLICHEN TESTING-VERFAHREN .. 16

3.1. ANSPRÜCHE DES GETESTETEN UNTERNEHMENS BZW. DESSEN INHABER_IN 16

3.1.1. Ansprüche auf Schadensersatz aus vorvertraglicher Pflichtverletzung 16

3.1.1.1. Schadensposten nutzlos aufgewendete Arbeitszeit 18

3.1.1.2. Schadensposten Durchführung eines neuen Bewerbungsverfahrens 18

3.1.1.3. Schadensposten verspätete Besetzung des Postens 19

3.1.2. Unterlassungsansprüche 19

3.1.3. Ansprüche aus Datenschutzrecht 20

3.1.3.1. Keine Anwendbarkeit des BDSG je nach Forschungsdesign 20

3.1.3.2. Rechtslage bei Anwendbarkeit des BDSG 21

3.2. ANSPRÜCHE VON MITBEWERBER_INNEN 23

3.3. ANSPRÜCHE VON SCHULEN ODER UNTERNEHMEN 24

3.3.1. Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche aus Marken- und Namensrecht 24

3.3.2. Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung, 823 BGB 25

3.3.3. Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch aus § 1004 BGB analog 27

4. ETHISCHE ANFORDERUNGEN AN TESTING-VERFAHREN 29

BIBLIOGRAPHIE 32

1. Einleitung

In den letzten Jahrzehnten sind sozialwissenschaftliche Testing-Studien international zu einem wichtigen Mittel zur empirischen Erforschung von Diskriminierung geworden. Diese Forschung ist wichtige Grundlage für rechtspolitische Initiativen zur Bekämpfung von Diskriminierung und damit zur Verwirklichung von Grund- und Menschenrechten der von Diskriminierung betroffenen Personen und zur Stärkung des gesamtgesellschaftlichen Zusammenhalts.

In Deutschland gibt es bislang nur eine veröffentlichte Testing-Studie,[1] die sich auf Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft beim Zugang zum Praktikumsmarkt für Studierende der Wirtschaftswissenschaften beschränkt. Neben der vom Sachverständigenrat Deutscher Stiftungen geplanten Studie sind in der näheren Zukunft weitere Testing-Studien in Deutschland zu erwarten.

Dieses Gutachten soll die rechtlichen Grenzen und Risiken sozialwissenschaftlicher Testing-Studien spezifisch für Deutschland beleuchten und damit eine Grundlage für mehr Rechtssicherheit und Aktivität in diesem Bereich sein.

Testings werden auch in konkreten Einzelfällen zum Nachweis von Diskriminierung und Durchsetzung von daraus erwachsenden Rechtsansprüchen verwendet. Hierbei stellen sich eine Reihe ähnlicher, aber auch eine Reihe anderer Fragen als bei wissenschaftlichen Testing-Studien.[2]

Gesetzlich sind weder wissenschaftliche noch einzelfallbezogene Testings speziell geregelt.[3] Es finden also die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften Anwendung.

Das Grundgesetz schützt in Artikel 5 Abs. 3 die Forschungsfreiheit. Dies ist eine Grundentscheidung, die, wie wir sehen werden, die Durchführung wissenschaftlicher Testing-Studien rechtlich begünstigt.

Wir bedanken uns ganz herzlich bei Gisela Liebscher für das Lektorat.

[1] *Kaas/Manger*, IZA Discussion Paper Nr. 4741.

[2] Zu einzelfallbezogenen Testings und deren Bedeutung in Gerichtsprozessen vgl. *Kühn/Klose*.

[3] Lediglich in der Gesetzesbegründung von § 22 AGG findet sich der Hinweis, dass ein Testing ein Indiz im Sinne des § 22 AGG sein kann und damit im Rahmen des Indizienbeweises verwendet werden kann (BT-Drs. 16/1780, S. 47). Über die konkrete Ausgestaltung möglicher Testings und deren Zulässigkeit ist damit aber noch nichts gesagt.

2. Strafrechtliche Grenzen von schriftlichen Testing-Verfahren

2.1. Urkundenfälschung, § 267 StGB

„Wer zur Täuschung im Rechtsverkehr eine unechte Urkunde herstellt, eine echte Urkunde verfälscht oder eine unechte oder verfälschte Urkunde gebraucht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft." (§ 267 Absatz 1 Strafgesetzbuch)

In besonders schweren Fällen, beispielsweise wenn durch eine große Zahl von unechten oder verfälschten Urkunden die Sicherheit des Rechtsverkehrs erheblich gefährdet wird, liegt die Strafe gemäß § 267 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 StGB in der Regel bei Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Eine große Anzahl ist ab ca. 20 Urkunden gegeben.[4]

Zur Vermeidung dieser erheblichen Strafrisiken darf bei schriftlichen Testing-Verfahren zu keinem Zeitpunkt eine unechte oder verfälschte Urkunde hergestellt oder gebraucht werden.

2.2.1. Anschreiben und Lebenslauf

Bei Testings im Bewerbungsverfahren werden je nach Forschungsdesign Anschreiben und Lebensläufe von echten oder fiktiven Personen erstellt und im Original, mit einer Unterschrift versehen, eingeschickt. Solche Anschreiben und Lebensläufe sind Urkunden im strafrechtlichen Sinne.
Werden Anschreiben und Lebensläufe nur als eingescannte Abschriften per E-Mail verschickt, sind die geschickten Dateien keine Urkunden. Die Anfertigung der Vorlage für einen solchen Scan kann aber eine Urkundenfälschung durch Herstellen einer unechten Urkunde sein (vgl. S. 8 unten). Hierzu sind die folgenden sowie die Ausführungen zur Fertigung von Zeugniskopien ohne Herstellung einer Originalurkunde entsprechend heranzuziehen.

Unecht ist eine Urkunde, wenn sie über die Identität der ausstellenden Person, d.h. der Person, die als geistige Urheberin für den Inhalt der Urkunde einsteht, **täuscht**.[5] Der unwahre

[4] *Fischer*, § 267, Rn. 54.
[5] *Cramer/Heine* in: Schönke/Schröder, § 267, Rn. 48.

Inhalt einer Urkunde berührt deren Echtheit dagegen nicht, sondern stellt nur eine straflose Lüge dar. [6]

Eine **real existierende Person** kann also **im eigenen Namen** ohne Strafbarkeit nach § 267 StGB eine **inhaltlich falsche Erklärung** (z.B. Interesse an einer Stelle, Qualifikationen und Werdegang) abgeben.
Die Grenze zur als Urkundenfälschung strafbaren Identitätstäuschung liegt bei Falschangaben dort, wo die Identität der ausstellenden Person nicht mehr klar zuzuordnen ist. Dabei kommt es auch auf die Umstände an, für welche die Urkunde gebraucht werden soll und welche Angaben im Einzelfall der Identifikation der ausstellenden Person dienen und damit richtig sein müssen.
Bei Versandhäusern, welche die automatisierte Identifikation von Kund_innen nicht nur über den Namen, sondern auch über dessen Schreibweise, das Geburtsdatum und die Anschrift durchführen, sind falsche Angaben bezüglich dieser (Identifikations-)Tatsachen laut Bundesgerichtshof (BGH) Identitätstäuschungen und strafbar.[7]
Bei Bewerbungsverfahren für eine Stelle wird die Grenze wohl enger zu fassen sein. Soweit ersichtlich ist diese Frage in der Rechtsprechung und Literatur bisher nicht behandelt worden. Arbeitgebende werden sich zur Identifikation vorrangig des Namens des_der Bewerbers_in bedienen. Die Kontaktdaten werden wohl lediglich für die Kontaktaufnahme, nicht aber zur Identifikation, von Bedeutung sein und müssen daher nicht denen der Person mit dem Namen entsprechen. Etwas anderes mag in einem überregionalen Bewerbungsverfahren der Fall sein, da dort der Name allein zur Identifikation nicht ausreicht, so dass zusätzlich die Kontaktdaten – vor allem die Postadresse – oder das Geburtsdatum als Identifikationsmerkmal relevant sind. Eine E-Mail-Adresse ist außer im Kontext automatisierter Erfassungsprogramme und im Internet kein übliches Identifikationsmerkmal, erst recht nicht die Telefonnummer. Angaben über den schulischen oder beruflichen Werdegang dienen dagegen nicht der Identifikation, sondern der Frage, ob die Person für die Stelle in Frage kommt. Fotos in Bewerbungen, zumindest bei überregionalen Bewerbungsverfahren, dienen ebenfalls nicht der Identifikation, sondern der (antidiskriminierungsrechtlich nicht unproblematischen) Bildung eines ersten Eindrucks.

[6] BGHSt 9, 44; ständige Rechtsprechung.
[7] BGHSt 40, 203.

Wollen die Wissenschaftler_innen einer Testing-Studie nicht ihre eigenen Namen verwenden und gibt es **reale Personen**, die ihre **Namen und o.g. Kontaktdaten** als Namen für die Testpersonen **zur Verfügung stellen** und für den (falschen) Inhalt der verschickten Dokumente einstehen, liegt ein Fall des **Handelns unter fremdem Namen** vor.
Darin liegt nur dann keine Urkundenfälschung durch die unter fremdem Namen handelnde Person, wenn die namenstragende Person sich tatsächlich vertreten lassen will und nicht nur den Gebrauch ihres Namens gestattet, damit der_die Ausstellerin einen Schein erwecken kann.[8] Die Rechtsprechung hat hierfür folgende drei Kriterien herausgearbeitet: der_die Aussteller_in muss die Befugnis zur rechtlichen Vertretung der namenstragenden Person haben, der_die Aussteller_in muss die namenstragende Person tatsächlich vertreten wollen und der_die Namensträger_in muss die Wirkung solchermaßen abgegebener Erklärungen tatsächlich gegen sich gelten lassen, d.h. vertreten werden wollen.[9] Diese Kriterien und ihre unklare Anwendung durch die Rechtsprechung sind in der Literatur kritisiert worden, weil sie nicht den zivilrechtlichen Regelungen darüber entsprechen, wann eine Person für eine unter ihrem Namen abgegebene Erklärung zivilrechtlich haftet.[10] Die Abgrenzung ist bei Anschreiben und Lebenslauf zusätzlich schwierig, weil diese Erklärungen keine direkte Rechtsbindung entfalten, wie es z.B. ein Vertragsangebot oder eine andere Willenserklärung täte. Daher ist nicht ganz klar, was die Rechtsprechung in diesem Fall unter „gegen sich gelten lassen wollen“ verstehen würde. Im Ergebnis wird es wohl notwendig sein, dass die Personen, deren Namen genutzt werden, nicht nur ihren Namen für die Studie hergeben, sondern auch erklärtermaßen hinter der Studie stehen und sich die Erstellung der Lebensläufe und Anschreiben innerlich so zu Eigen machen, als hätten sie selbst die Studie durchgeführt. Das heißt, dass sie in Zwischenentscheidungen einbezogen werden (z.B. über die genaue Ausgestaltung der Bewerbungsunterlagen), von Zwischenergebnissen informiert werden und selbst ein Interesse an der Durchführung und dem Ausgang der Studie haben.

Anderenfalls oder bei unbefugter Nutzung eines realen, aber fremden Namens wird durch die Wissenschaftler_innen eine unechte Urkunde hergestellt. Das ist auch dann der Fall, wenn ein so üblicher fremder Name benutzt wird, dass die vermeintlich ausstellende Person allein aufgrund des Namens gar nicht identifiziert werden könnte.[11] Die Namensträger_innen

[8] BGHSt 33, 159; BayObLG NJW 1989, 2142.
[9] BGHSt 33, 159.
[10] *Puppe* (1986), S. 25; *Puppe* (1989), S. 361; *Ennuschat*, S. 103 f.
[11] BGHSt 5, 151.

machen sich durch das Hergeben ihres Namens nicht strafbar[12], soweit sich die falschen Angaben innerhalb der oben für das Handeln unter eigenem Namen aufgestellten Grenzen einer bloßen straflosen Lüge bewegen.

Werden keine echten, sondern **fiktive Namen** als vermeintliche Aussteller_innen benutzt, liegt hierin **nach Ansicht der Rechtsprechung grundsätzlich die Herstellung einer unechten Urkunde**.
Zwar ist eine bloße Namenstäuschung straflos.[13] Eine bloße Namens- und keine strafbare Identitätstäuschung soll nach der Rechtsprechung des BGH vorliegen, wenn trotz des falschen Namens an der Identität der Person allgemein, in bestimmten Personenkreisen oder unter bestimmten Umständen keine Zweifel bestehen[14] oder wenn die Richtigkeit der Namensangabe unter den konkreten Umständen für den Verwendungszweck der Urkunde ohne Bedeutung ist.[15] Beide Voraussetzungen sind bei einem überregionalen Bewerbungsverfahren nicht gegeben, so dass nach der Rechtsprechung eine Identitätstäuschung und damit der objektive Tatbestand der Urkundenfälschung vorlägen.
Teile der juristischen Literatur sind, anders als die Rechtsprechung, der Ansicht, dass das Erfinden eines_r fiktiven Ausstellers_in keine Urkundenfälschung sei, da eine Urkunde von vornherein nicht geeignet sei, Beweis für die Existenz der ausstellenden Person zu bieten und daher keine Täuschung hierüber vorliegen könne.[16] Die Rechtsprechung des BGH ist in dieser Frage aber eindeutig: ob der_die vermeintliche Aussteller_in existiert oder nicht, spielt keine Rolle, solange eine Identitätstäuschung und keine bloße Namenstäuschung vorliegt.[17] Nach dem im vorgehenden Abschnitt Gesagten läge bei Testing-Studien in Bewerbungsverfahren eine Identitätstäuschung gegeben.

[12] In Konstellationen, in denen ein Vermögensnachteil der getäuschten Person herbeigeführt wird, kann Betrug vorliegen. Bei Testing-Studien ist dies aber nicht der Fall, siehe unten.
[13] BGHSt 1, 117; BGHSt 33, 159.
[14] BGHSt 1, 117; BGHSt 40, 203; BGHSt 33, 159; BGH StraFo 2003, 253 (in diesem Fall waren ein Mietvertrag und eine Selbstauskunft mit falschem Namen unterzeichnet worden, die Person des Mieters war dem Vermieter aber bekannt). Weiteres Beispiel ist die ständige Verwendung eines falschen Namens, so dass dieser zum Identitätsmerkmal wird (so in BGH NStZ-RR 1997, 358).
[15] BGHSt 33, 159; BGHSt 40, 203.
[16] So *Hoyer* in: SK-StGB, § 267, Rn. 60 mit weiteren Nachweisen.
[17] BGHSt 1, 117; NStZ-RR 2003, 22.

Die Strafbarkeit wegen Urkundenfälschung erfordert weiterhin die Herstellung bzw. das Gebrauchen einer unechten Urkunde **zur Täuschung im Rechtsverkehr**.[18] Das bedeutet, dass die mit der Urkunde getäuschte Person zu einem rechtlich erheblichen Verhalten bestimmt werden soll.[19] Unmittelbares Ziel einer Testing-Studie im Bewerbungsverfahren ist es, dass die angeschriebenen Arbeitgeber_innen mit einer Zu- oder Absage bezüglich der Einladung zu einem Vorstellungsgespräch auf die vermeintlich von der Testperson und nicht einer Forschungseinrichtung stammende Bewerbung reagieren. Ob eine solche Zu- oder Absage rechtlich erhebliches Verhalten darstellt, ist fraglich. Der Begriff ist ungenau und wird meist nur anhand von Beispielen erklärt.[20] Es könnte dahingehend argumentiert werden, dass an eine Einladung zum Vorstellungsgespräch oder eine Absage keine direkten rechtlichen Folgen geknüpft sind. Die bloße Tatsache, dass in einer Zu- oder Absage eine Diskriminierung im Sinne des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) liegen kann, macht die Erklärungen nicht zu einem rechtlich erheblichen Verhalten, denn eine Diskriminierung kann durch jedes beliebige Verhalten geschehen, wenn es eine Ungleichbehandlung gegenüber einer anderen Person aufgrund eines in § 1 AGG genannten Diskriminierungsmerkmals ist. Eine bloße Einladung zum Vorstellungsgespräch begründet auch noch keinen zivilrechtlichen Haftungstatbestand, z.B. beim späteren Abbruch der Vertragsverhandlungen. Ein vorvertragliches Schuldverhältnis wird schon vorher, nämlich mit der Stellenausschreibung begründet.[21] Eine Einladung zum Gespräch bedeutet im Regelfall nicht einmal, dass anderen Bewerber_innen abgesagt wird. Wenn die Einladung von der Testperson alsbald abgelehnt wird, können alternativ andere Bewerber_innen eingeladen werden.

Ob es bei der Frage, ob eine Täuschung im Rechtsverkehr vorliegt, auf eine **Güterabwägung** zwischen einem spezifischen Interesse an der Vermeidung der Täuschung und einem eventuell schutzwürdigen Interesse des Täuschenden ankommt, ist in der Literatur **umstritten**.[22] Die Rechtsprechung hat sich, soweit ersichtlich, zu dieser Frage noch nicht geäußert.

[18] Dogmatisch ist umstritten, ob damit die subjektive Absicht, einfacher direkter Vorsatz oder eine objektiv-subjektive Funktion des Verhaltens (so *Freund*, S. 87) gemeint ist.
[19] *Cramer/Heine* in: Schönke/Schröder, § 267 Rn. 85 mit weiteren Nachweisen.
[20] Vgl. Kasuistik bei *Zieschang* in: Leipziger Kommentar, § 267, Rn. 263f.
[21] *Wisskirchen/Bissels* in: Tschöppe, Teil 1 c, Rn. 10d
[22] Dafür *Freund*, S. 87ff., dagegen z.B. *Cramer/Heine* in: Schönke/Schröder, § 267, Rn. 93.

Bei einer Abwägung würden auch die Beweggründe des_der Täuschenden eine Rolle spielen.[23] In der antidiskriminierungsrechtlichen Literatur wird von Klose/Kühn[24] im Kontext von einzelfallbezogenen Testings vertreten, dass das Interesse an der Aufdeckung von Diskriminierungen und damit von Rechtsverstößen schützenswert ist und Testings zu diesem Zweck straffrei sein müssen. Bei sozialwissenschaftlichen Testings mit aggregierter Datenauswertung ist eine Aufdeckung von Rechtsverstößen im Einzelfall aber gerade nicht beabsichtigt. Vielmehr wird eine statistische Aussage angestrebt, die sich in politische Handlungsstrategien zur Vermeidung von Diskriminierung umsetzen lässt. Schwerpunkt einer solchen Studie ist also eher der empirische, wissenschaftliche Erkenntnisgewinn als die Aufdeckung von Rechtsverstößen. Daneben haben jedoch auch sozialwissenschaftliche Studien das Anliegen, Rechtsverstöße in der Zukunft zu vermeiden. Daher kann die Argumentation, wenn auch nur begrenzt, auf wissenschaftliche Studien mit präventiven Zwecken übertragen werden.

Bei wissenschaftlichen Studien muss außerdem auf die **grundrechtlich geschützte Forschungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 Grundgesetz** abgestellt werden. Dieser Aspekt kann dogmatisch im Punkt „zur Täuschung im Rechtsverkehr“ oder durch eine verfassungskonforme Auslegung der Strafgesetze berücksichtigt werden.
Die Forschungsfreiheit schützt die Wahl der Fragestellung, Methodik und die gesamte Durchführung eines Forschungsprojekts.[25] Die Forschungsfreiheit kann zugunsten anderer Verfassungsgüter, beispielsweise des Lebens, der Gesundheit,[26] des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, des Tierschutzes oder der Menschenwürde eingeschränkt werden.[27] Die Sicherheit des Beweisverkehrs, welche der Schutzzweck des § 267 StGB ist, ist aber kein Rechtsgut von Verfassungsrang und kann daher eine Einschränkung der Wissenschaftsfreiheit nicht begründen. Eine schonend konzipierte Testing-Studie verletzt auch keine anderen Rechtsgüter von Verfassungsrang. In Betracht kämen das Allgemeine Persönlichkeitsrecht von Personen, deren Name oder Identität für die Testpersonen unbefugt genutzt wird sowie das Grundrecht auf Berufsfreiheit oder Eigentum der getesteten Unternehmen. Diese könnten eventuell als hinter dem Schutz der Sicherheit des Beweisverkehrs stehende

[23] Vgl. *Freund*, S. 87ff.
[24] *Klose/Kühn*, S. 24 f.
[25] *Jarass* in: Jarass/Pieroth, Art. 5, Rn. 122a
[26] BVerfGE 47, 327, 367.
[27] *Jarass* in: Jarass/Pieroth, Art. 5, Rn. 132.

Verfassungsgüter, deren Schutz indirekt bezweckt ist, verstanden werden. Hinzu kommt noch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht der getesteten Personen, über die ohne ihr Wissen Daten erhoben werden. Verfassungsgüter sind gegeneinander abzuwägen und durch die Gesetze und die Rechtsprechung in schonenden Ausgleich zu bringen. Die Forschungsfreiheit darf nur auf verhältnismäßige Weise eingeschränkt werden. Dabei wäre zu berücksichtigen, wie schwer die Beeinträchtigung der Rechtsgüter Allgemeines Persönlichkeitsrecht und Berufs-/Eigentumsfreiheit durch das Testing ist. Diese ist im Ergebnis gering, insbesondere bei schonend konzipierten Studien.[28] Weiter müsste berücksichtigt werden, ob es andere methodische Wege gibt, die konkreten Forschungsergebnisse zu erzielen. Dies muss bei Testings zum Nachweis von Diskriminierungen wohl verneint werden, so dass Testing-Verfahren im Rahmen der Forschungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG grundrechtlich geschützt und vom Verbot der Urkundenfälschung nicht umfasst wären. Der Tatbestand des § 267 StGB wäre dementsprechend verfassungskonform einzuschränken.

2.2.2. Zeugnisse

Bei Testing-Verfahren zum Nachweis von Diskriminierungen in Bewerbungsverfahren müssen regelmäßig Schulzeugnisse oder Arbeitszeugnisse in Kopie beigelegt werden.

Zeugnisse **im Original** sind Urkunden im Sinne des § 267 StGB. Bei diesen ist die als Ausstellerin des Zeugnisses erkennbare Person, anders als bei Anschreiben und Lebensläufen, nicht der_die Bewerber_in, sondern das ausstellende Unternehmen oder die Schule. Damit gestaltet sich die strafrechtliche Bewertung anders. Wird der Inhalt eines Zeugnisses manipuliert, ist die so hergestellte Urkunde unecht, denn die manipulierende Person ist die tatsächliche Ausstellerin, die scheinbare Ausstellerin ist aber die Person, die ursprünglich das echte Zeugnis unterschrieben hatte. Bei der Vorbereitung eines Testing-Verfahren muss daher zur Vermeidung strafbaren Verhaltens die Herstellung (und Verwendung) einer unechten Urkunde vermieden werden.

[28] Beispiele für eine schonende Konzeption können sein, dass bei der Schaffung fiktiver Personen darauf geachtet wird, dass keine Verwechslung mit echten Personen nahe liegt oder dass Unternehmen gesucht werden, die der Nutzung ihrer Logos für die Erstellung von Zeugnissen zustimmen, dass an die einzelnen getesteten Unternehmen nur eine geringe Anzahl von Testbewerbungen geschickt werden und diese, je nach Möglichkeit im Forschungsdesign, so schnell wie möglich zurückgezogen werden, dass Daten über die getesteten Personen schonend behandelt und sobald als möglich anonymisiert oder gelöscht werden etc.

Bei Bewerbungen werden üblicherweise nur **Kopien von Zeugnissen** beigelegt oder per E-Mail als Scan-Datei mitgeschickt. Nach der Rechtsprechung des BGH ist eine Kopie bzw. eine (ausgedruckte) Scan-Datei keine Urkunde, wenn sie nicht wie ein Originaldokument, sondern wie die Reproduktion eines Originals aussieht. Denn Kopien und Scans haben keine Beweisfunktion und der_die Aussteller_in der Reproduktion ist nicht erkennbar.[29] Das strafbare Gebrauchmachen von einer unechten oder verfälschten Urkunde kann durch Gebrauch von (als Kopie erkennbaren) Kopien also vermieden werden.

Schon im Prozess der Herstellung der Kopie kann aber die Urkundenfälschung durch Herstellen einer unechten Urkunde erfüllt sein. **Das Herstellen einer unechten Urkunde und die Verfälschung einer echten Urkunde erfüllen selbst dann den Tatbestand des § 267 Abs. 1 StGB, wenn später nur eine Kopie nach außen verwendet wird.**[30] Wenn bei der Vorbereitung einer zu verschickenden Kopie zu keinem Zeitpunkt ein Dokument hergestellt wird, das den Eindruck eines Originalzeugnisses erweckt, ist der Tatbestand der Urkundenfälschung nicht erfüllt.

Aus der Rechtsprechung des BGH ergibt sich, dass die folgende Vorgehensweise nicht strafbar sein soll. Wird eine **Papier-Collage** aus mehreren jeweils auf getrennten Blättern ausgedruckten Dokumenten hergestellt, z.B. dem Briefkopf oder Logo einer Schule und einer selbst erstellten Notenaufstellung mit eigener Unterschrift oder einem getrennten Dokument mit einer fiktiven Unterschrift, handelt es sich dann nicht um die Herstellung einer unechten Urkunde, wenn die Collage selbst nicht den Eindruck einer Urkunde macht. Ist die Collage entweder nur lose zusammengelegt oder einfach verklebt, erweckt eine Collage nicht den Eindruck einer Urkunde. Außerdem dürfen die einzelnen Teile einer Collage nicht für sich genommen unechte Urkunden sein. Bei einer fiktiven Unterschrift ist daher zu beachten, dass diese auf einem leeren Blatt Papier ohne weitere Erklärungen gezeichnet werden sollte. Wird die eigene Unterschrift verwendet, kann sie mit anderen inhaltlichen Angaben (z.B. einer Notenaufstellung) zusammenstehen, da es sich bei der Unterschrift mit falschem Inhalt nur um eine straflose Lüge handelt. Das Logo oder der Stempel einer Firma oder Schule muss stets getrennt von den anderen Angaben sein. Denn selbst bei Verbindung einer echten Unterschrift mit einem Firmen- oder Schulstempel (oder Logo) erscheint als Ausstellerin

[29] Ständige Rechtsprechung, vgl. BGHSt 20, 17, 18 f., BGHSt 24, 140, 141 f. Anders ist dies bei beglaubigten Kopien, diese sind Urkunden. Die vermeintliche Ausstellerin ist die beglaubigende Stelle.
[30] BGH wistra 2001, 339; BayObLG NJW 1991, 2163.

nicht die mit ihrer echten Unterschrift unterzeichnende Person, sondern die Firma oder Schule. Der_die Unterzeichner_in erscheint als Vertreter_in.[31]
Wird die Collage dann kopiert oder eingescannt, können auch die Verklebungen oder Knicke am Computer unsichtbar gemacht werden; Text sollte am Computer aber nicht mehr verändert werden. Solange es sich bei der Kopie oder der Scan-Datei und ihrem Ausdruck offensichtlich nur um eine Reproduktion einer vermeintlich existierenden Urkunde handelt, liegt keine strafbare Herstellung einer unechten Urkunde vor.[32] Die Unterschrift muss bei der Collage mit dem Rest der Collage gemeinsam kopiert oder gescannt werden. Strafrechtlich problematisch wäre es, eine gescannte Unterschrift erst am Bildschirm zur ansonsten fertigen Scan-Datei hinzuzufügen, da Dokumente mit gescannter Unterschrift als Originale und damit als Urkunden angesehen werden.[33]
Bei dieser Vorgehensweise wird zu keinem Zeitpunkt eine (unechte) Urkunde hergestellt, gebraucht oder eine echte Urkunde verfälscht. Auch die Ausdrucke der so hergestellten Datei sind keine Urkunden, sondern Reproduktionen einer vermeintlich existierenden Originalurkunde. Eine Strafbarkeit nach § 267 StGB scheidet bei dieser Vorgehensweise aus.

Diese Grundsätze zur Vermeidung der Herstellung einer unechten Urkunde bleiben auch in Testing-Studien relevant, in denen **Unternehmen oder Schulen sich zur Unterstützung der Studie bereit erklären, ihr Logo zur Verfügung zu stellen.** Zum Ausschluss zivilrechtlicher Risiken und um der Möglichkeit zu begegnen, dass potentielle Arbeitgeber_innen sich bei vorherigen Arbeitgeber_innen spontan erkundigen, kann diese Vorgehensweise sehr sinnvoll sein. Strafrechtlich schließt ein solches Handeln unter fremdem Namen (also als Schule oder Unternehmen) den Tatbestand der Urkundenfälschung aber nur dann aus, wenn der_die Aussteller_in die Befugnis zur rechtlichen Vertretung der namenstragenden Person hat, der_die Aussteller_in tatsächlich die namenstragende Person vertreten will und wenn der_die Namensträger_in die Wirkung solchermaßen abgegebener Erklärungen tatsächlich gegen sich gelten lassen, d.h. vertreten werden will.[34] Diese Vertretung ist abzugrenzen von einer bloßen Gestattung, einen fremden Namen zu benutzen.

[31] BGHSt 17, 11.
[32] So war der Sachverhalt in BGH wistra 2003, 231. Der Angeklagte hatte von einem medizinischen Befundbericht den Briefkopf des Labors nach hinten geknickt und legte stattdessen den Briefkopf eines anderen Unternehmens darüber, so dass der Befund von diesem zu stammen schien. Diese Collage kopierte er. Bzgl. der Urkundenfälschung wurde er frei gesprochen.
[33] *Fischer*, § 267, Rn. 22.
[34] BGHSt 33, 159.

Bei einer bloßen Gestattung liegt in der Verwendung des Namens dennoch eine Urkundenfälschung.[35] Bei Testings werden (vermeintlich) von Schulen oder Unternehmen Erklärungen über Leistungen der Testpersonen abgegeben. Wie oben für das Handeln unter fremdem Namen erläutert**,** müsste der Wille der Schulen und Unternehmen dahin gehen, sich tatsächlich durch die Projektleitung der Studie vertreten zu lassen. Das wird wohl nur bei enger Beteiligung der Unternehmen oder Schulen an der Studie der Fall sein. Bei öffentlichen Schulen ist zudem problematisch, dass diese durch das Grundgesetz zu rechtmäßigem Handeln verpflichtet sind und es für sie problematisch wäre, unwahre Zeugnisse auszustellen. Diese Überlegung spricht gegen den Willen einer kooperierenden öffentlichen Schule, die in ihrem Namen abgegebene Erklärung tatsächlich gegen sich gelten zu lassen. Welche Kriterien ein Gericht hier anlegen würde, kann anhand der vorliegenden Rechtsprechung und Literatur nicht eindeutig beantwortet werden. Daher muss auch bei Vorliegen des Einverständnisses einer Schule oder eines Unternehmens die Herstellung einer Urkunde vermieden werden.

Das oben zum Erfordernis der Täuschung im Rechtsverkehr Gesagte gilt selbstverständlich auch für Zeugnisse.

2.2.3. Verantwortlichkeit bei mehreren Personen

In Forschungsgruppen mit arbeitsrechtlichen Hierarchien, wo z.B. eine Projektleitung und wissenschaftliche oder studentische Mitarbeitende und darüber hinaus eine Institutsleitung existieren, stellt sich die Frage, wer strafrechtlich für eine Urkundenfälschung verantwortlich ist. Beispielsweise können es die Projektleitung und die wissenschaftlichen Mitarbeitenden sein, die das Forschungsdesign und die Durchführung konzipieren, während die studentischen Hilfskräfte die Ausführung übernehmen und bei Testing-Studien die Lebensläufe und Anschreiben mit einer fiktiven Unterschrift versehen.
Strafrechtlich ist Täter_in, wer den Tatbestand erfüllt und dabei die Tat subjektiv als eigene will bzw. vom Willen getragene objektive Tatherrschaft hat. Arbeitsrechtliche Hierarchien entbinden den_die Angestellte_n nicht von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit.
Erstellt und unterschreibt ein_e Angestellte_r eine unechte Urkunde, stellt er_sie diese her und wäre bei Bejahung der restlichen Tatbestandsmerkmale Täter_in der Urkundenfälschung.

[35] BGHSt 33, 159; BayObLG NJW 1989, 2142; *Cramer/Heine* in: Schönke/Schröder, § 267, Rn. 60; *Fischer*, § 267, Rn. 28; *Lackner/Kühl*, § 267, Rn. 18.

Ob er_sie selbst danach im Rechtsverkehr täuschen soll oder die Projektleitung, ist unerheblich.[36] Die bloße Tatsache, dass im Rahmen eines Angestelltenverhältnisses gehandelt wird, bedeutet nicht, dass die Tat nicht als eigene, sonders als fremde Tat gewollt ist. In dieser Konstellation wird die Projektleitung, deren Anweisungen bei Herstellung der Urkunde ausgeführt wurden und die damit den Tatentschluss der Mitarbeitenden hervorgerufen hat, als Anstifterin strafbar sein.

Unterschreibt die Projektleitung selbst alle unechten Urkunden, ist auch nur sie als Täterin strafbar. Ein_e Angestellte_r, der_die z.B. den Text und die Urkunde vorbereitet, kann dadurch aber Beihilfe leisten, wenn er_sie objektiv die Tat fördert.

Die Institutsleitung macht sich nur dann strafrechtlich als Anstifterin strafbar, wenn sie den Entschluss zur konkreten Tat bei der Projektleitung oder den Mitarbeitenden hervorgerufen hat. Eine Beihilfe durch die Institutsleitung kommt in Betracht, wenn die Tat gefördert wurde. Für die Förderung ist mehr nötig als bloßes wissentliches Gewährenlassen der Projektgruppe. Es muss sich um irgendeine Art aktiver Förderung handeln, die jedoch auch in psychischer Unterstützung liegen kann, soweit diese die konkrete Tat erleichtert hat. Für einen Gehilfenvorsatz der Institutsleitung kommt es darauf an, wie gut sie das Forschungsvorhaben und insbesondere seine strafrechtlich relevanten Aspekte kennt. Der Vorsatz ist gegeben, wenn sie die strafbaren Aspekte im Wesentlichen kannte, Kenntnis jedes Details ist nicht erforderlich.

Auch wenn es im Einzelnen für Strafverfolgungbehörden vielleicht nicht ganz einfach nachzuvollziehen ist, wer welche Urkunde mit einer fiktiven Unterschrift versehen hat, bleibt das Risiko, dass über Arbeitspläne, Zuständigkeitsbereiche, Zeugen_innen o.ä. die Urheberschaft der Urkunden festgestellt werden kann. Die Risiken sollten also allen Projektbeteiligten vor Augen geführt werden.

2.2. Fälschung beweiserheblicher Daten, § 269 Abs. 1 StGB

„Wer zur Täuschung im Rechtsverkehr beweiserhebliche Daten so speichert oder verändert, dass bei ihrer Wahrnehmung eine unechte oder verfälschte Urkunde vorliegen würde, oder derart gespeicherte oder veränderte Daten gebraucht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

[36] *Zieschang* in: Leipziger Kommentar, § 267, Rn. 252.

Der gesamte Tatbestand und insbesondere der Datenbegriff des § 269 StGB, welcher die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Beweisverkehrs speziell im Computerzeitalter schützen soll, ist in der juristischen Literatur höchst umstritten. Rechtsprechung zu diesem relativ neuen Straftatbestand gibt es noch kaum. Daher bewegt sich z.B. die Manipulation eingescannter Urkunden in einem Bildbearbeitungsprogramm in einem rechtlichen Graubereich. Ihre Strafbarkeit kann unter den aktuellen Bedingungen kaum verlässlich bewertet werden, weshalb von ihr abzuraten ist. Der BGH hat zwar in zwei Fällen, bei denen echte Urkunden eingescannt, am Bildschirm manipuliert und dann als Reproduktion (Scan als Reproduktion entsprechend einer Kopie) gebraucht worden sind, eine Strafbarkeit wegen Urkundenfälschung (§ 267 Abs. 1 StGB) abgelehnt und auch keine Strafbarkeit nach § 269 StGB geprüft.[37] Die Strafbarkeit nach § 269 StGB hat der BGH in diesen Fällen aber deshalb nicht zu prüfen gehabt, weil in einem Fall nicht bewiesen werden konnte, dass der Angeklagte die Manipulation am Computer selbst durchgeführt hat, und im anderen Fall die Manipulation durch eine andere Person als den Angeklagten erfolgt war.

2.3. Betrug, § 263 Abs. 1 StGB

„Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, dass er durch Vorspiegelung falscher (...) Tatsachen einen Irrtum erregt (...), wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

Ein Betrug setzt einen täuschungs- und irrtumsbedingten objektiven Vermögensschaden des Opfers und eine subjektive Bereicherungsabsicht voraus.
Der einzige Vermögensbestandteil, der im Rahmen eines Testings im Bewerbungsverfahren, welches unmittelbar nach der ersten Reaktion der getesteten Person auf ein Bewerbungsschreiben abgebrochen wird, in Frage kommt, ist ein im Minutenbereich anzusiedelnder Verlust von Arbeitszeit der getäuschten Person. Diese verwendet ihre Arbeitszeit in der noch vagen Erwartung, dass aus dem Kontakt Vertragsverhandlungen und ein etwaiger Vertrag entstehen können. Dies ist ein Irrtum, denn von der Testperson sind

[37] So waren die Sachverhalte in BGH wistra 2010, 184 und BGH wistra 2011, 307. Die Angeklagten hatten im einen Fall einen notariell beurkundeten Vertrag, im anderen Personalausweise und EC-Karten eingescannt. Die Scan-Dateien wurden am Computer manipuliert (wenn auch jeweils nicht vom Angeklagten selbst) und die Ausdrucke als ausgedruckte Scans vermeintlich echter Urkunden nach außen verwendet.

ernsthafte Vertragsverhandlungen und ein Vertragsabschluss von Anfang an nicht gewollt. Arbeitszeit gilt aber nur dann als Vermögen im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB, wenn sie unter Umständen eingesetzt wird, die im Geschäftsleben üblicherweise von der Person, welche die Leistung in Anspruch nimmt, eine Gegenleistung (insbesondere Bezahlung) bedingen.[38] Dies ist bei Bewerbungsverfahren nicht der Fall: Bewerber_innen zahlen den_die potentielle_n Arbeitgeber_in nicht für die Durchsicht ihrer Bewerbung und die Entscheidung, ob sie in ein Vorstellungsgespräch eingeladen werden. Eine bloße enttäuschte Hoffnung der getesteten Person auf eine spätere Gegenleistung[39] für den Fall, dass es zum Abschluss eines Vertrags kommt, ist kein Vermögensschaden.[40]
Bei Testing-Studien fehlt zudem die Absicht rechtswidriger Bereicherung. Eine Strafbarkeit wegen Betrugs ist demnach nicht zu befürchten.

3. Zivilrechtliche Grenzen von schriftlichen Testing-Verfahren

Im Gegensatz zum Strafrecht, das von der Staatsanwaltschaft als Anklagebehörde auch ohne Initiative von Privatpersonen durchgesetzt werden kann, bedarf es im Zivilrecht einer Privatperson oder eines Unternehmens, die Ansprüche gegen den Projektträger oder die Wissenschaftler_innen außergerichtlich oder gerichtlich geltend machen. Die Risiken sind im Zivilrecht vor allem finanzieller Natur, da insbesondere Ansprüche auf Unterlassung oder Schadensersatz sowie Prozesskosten in Frage kommen.

3.1. Ansprüche des getesteten Unternehmens bzw. dessen Inhaber_in

3.1.1. Ansprüche auf Schadensersatz aus vorvertraglicher Pflichtverletzung

Ein Anspruch auf Ersatz materieller Schäden aus dem Bewerbungsverfahren könnte sich aus einer Pflichtverletzung in einem vorvertraglichen Schuldverhältnis (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB) ergeben. Die Bewerbung auf eine Stellenanzeige hin müsste ein vorvertragliches Schuldverhältnis und damit die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die

[38] *Cramer/Heine* in Schönke/Schröder, § 263, Rn. 96.
[39] Z.B. in Form von Arbeitsleistung der_des neuen Angestellten.
[40] *Fischer*, § 263, Rn. 100.

Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils begründen. Ein solches Schuldverhältnis entsteht nach § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB schon durch die Anbahnung eines Vertrags. Gemeint sind damit z.B. Vorgespräche oder der Austausch schriftlicher Positionen vor der Aufnahme der eigentlichen Vertragsverhandlungen[41] oder das Betreten eines Geschäfts durch eine_n potentielle_n Kund_in.[42] Spätestens mit der Bewerbung auf eine öffentliche Stellenanzeige entsteht ein solches Schuldverhältnis zwischen Bewerber_in und Arbeitgeber_in.[43]

Es müsste weiter die Pflicht zur Rücksichtnahme verletzt sein. Das bloße Abbrechen von Vertragsverhandlungen bzw. der Anbahnung eines Vertrags ist keine Pflichtverletzung, da bis zum tatsächlichen Vertragsschluss die Privatautonomie der Parteien, d.h. die Freiheit, sich vertraglich zu binden oder nicht, besteht. Etwas anderes gilt nur, wenn der_die Abbrechende einen besonderen Vertrauenstatbestand auf das Zustandekommen eines Vertrags gesetzt hat[44], was in einem so frühen Stadium der Anbahnung eines Vertrags jedoch nicht anzunehmen ist.

Dass eine ernst erscheinende Bewerbung ohne jegliches Interesse an der Stelle per se die Rücksichtnahmepflicht verletzt, ist in Literatur und Rechtsprechung bisher nicht behauptet worden. Insbesondere, wenn die Bewerbung berechtigten Interessen der Forschung dient und nicht darauf abzielt, das Unternehmen zu schädigen, dürfte darin keine Pflichtverletzung liegen.

Eine Pflicht zur Aufklärung über Umstände, die für das Zustandekommen des Arbeitsverhältnisses erheblich sind, besteht, wenn sonst Gefahren für Rechtsgüter oder Interessen der_des Anderen bestehen.[45] Damit könnte eine Pflicht der Testperson bestehen, über ihren in Wirklichkeit fehlenden Willen zum Abschluss eines Vertrags aufzuklären. Die Gefahr für Rechtsgüter und Interessen des Unternehmens liegt hier lediglich in der in den folgenden Abschnitten erläuterten kaum bezifferbaren nutzlos aufgewendeten Arbeitszeit und den minimalen Verzerrungen des Bewerbungsverfahrens. Damit dürfte die Interessenverletzung so gering sein, dass zumindest bis zum Zeitpunkt der ersten Reaktion des Unternehmens auf die Bewerbung keine Aufklärungspflicht besteht.

[41] *Löwisch/Feldmann* in: Staudinger, § 311, Rn. 104.
[42] *Grüneberg* in: Palandt, § 311 Rn. 23.
[43] *Becker* in: Killner/Zwanziger/Deinert, S. 422.
[44] *Grüneberg* in: Palandt, § 311 Rn. 30 f.
[45] Bundesarbeitsgericht (BAG) NZA 2005, 1298.

3.1.1.1. Schadensposten nutzlos aufgewendete Arbeitszeit

Ein Schadensersatzanspruch wegen umsonst aufgewendeter Arbeitszeit ist zuletzt auch deshalb abzulehnen, weil darin kein ersatzfähiger Schaden liegt. Der Schadensersatzanspruch soll die geschädigte Person so stellen, wie sie stünde, wenn sie nicht auf die ordnungsgemäße Durchführung des Bewerbungsverfahrens, d.h. hier das Vorhandensein ernsthaften Interesses an der Stelle, vertraut hätte. Wüsste das Unternehmen von dem fehlenden Interesse der Testperson, würde es entweder gar nicht auf die Bewerbung reagieren oder eine sofortige Absage schicken. Die für das Lesen der Bewerbung, das Abwägen mit anderen Bewerbungen und das Erstellen und Versenden einer Einladung zum Vorstellungsgespräch bzw. einer Absage aufgewendete Arbeitszeit stellt also den Schaden dar. Der hierfür notwendige Zeitaufwand bei lediglich zwei Testbewerbungen wird minimal und im Detail kaum zu beziffern sein, weil in den meisten Fällen mehrere Bewerbungen zusammen bearbeitet werden. Die Belastung von Unternehmen mit solchen wissenschaftlichen Testbewerbungen ist, wenn diese sich vom Aufwand für die Unternehmen im Rahmen halten, wohl als allgemeines Lebensrisiko hinzunehmen. Die Arbeitszeit wird bei der Bewerber_innenauswahl in dem Bewusstsein aufgewendet, dass intensive Vertragsverhandlungen und erst recht der tatsächliche Vertragsschluss zu Anfang des Bewerbungsverfahrens noch höchst unsicher sind. Arbeitgeber_innen müssen von vornherein damit rechnen, dass sie eine Vielzahl von Bewerbungen durchsehen und meistens mehrere Bewerber_innen zu einem Vorstellungsgespräch einladen müssen, um eine Stelle zu besetzen. Es muss unter anderem mit Absagen von Bewerber_innen gerechnet werden, die sich parallel auf mehrere Stellen bewerben oder ihr Interesse verlieren. Bei einer zeitigen Absage durch den_die Testbewerber_in unterscheidet sich die Lage der Unternehmen im Ergebnis nicht wesentlich von der Situation eines Bewerbungsverfahrens ohne Teilnahme von Testpersonen.
Ein Schadensersatzanspruch wegen der verwendeten Arbeitszeit ist also nicht bzw. allenfalls in sehr geringer Höhe gegeben.[46]

3.1.1.2. Schadensposten Durchführung eines neuen Bewerbungsverfahrens

Die Notwendigkeit einer erneuten Durchführung eines Bewerbungsverfahrens kann in Fällen, in denen nur wenige (z.B. zwei) Testpersonen an einem Bewerbungsverfahren teilnehmen und diese unmittelbar nach Erhalt der ersten Rückmeldung von ihrer Bewerbung Abstand nehmen,

[46] Wenn ein Schadensersatzanspruch gerichtlich geltend gemacht wird und vom Gericht anerkannt wird, entstehen der unterliegenden Partei Prozesskosten.

nicht allein auf die Verzerrung des Bewerbungsverfahren durch das Testing zurückgeführt werden. Die Verzerrung ist in der beschriebenen Konstellation minimal. Selbst ohne das Testing könnte sich ein_e Arbeitgeber_in nicht darauf verlassen, dass die beiden aufgrund der schriftlichen Bewerbung Präferierten zu einem Vorstellungsgespräch kommen bzw. sich nicht in dem Vorstellungsgespräch Gründe für den Nichtabschluss eines Vertrags ergeben und daraufhin andere Bewerber_innen berücksichtigt werden müssen oder eine neue Ausschreibung erfolgen muss. Im Regelfall wird der_die Arbeitgeber_in mit mehreren Bewerber_innen parallel kommunizieren und darauf achten, zur Vermeidung einer zweiten Ausschreibung nicht zu vielen Kandidat_innen zu früh abzusagen. Tut sie dies nicht, trägt sie zumindest Mitverschulden für die Notwendigkeit eines zweiten Bewerbungsverfahrens. Der Beweis, dass die Notwendigkeit einer zweiten Bewerbungsrunde maßgeblich[47] oder gar überhaupt auf die Beteiligung zweier Testpersonen zurückzuführen ist, wird im Regelfall, insbesondere, wenn diese sich frühzeitig aus dem Verfahren zurückziehen, nicht gelingen.

3.1.1.3. Schadensposten verspätete Besetzung des Postens

Entsprechendes wie für die Kosten eines erneuten Bewerbungsverfahrens gilt für den Schaden aus einer verspäteten Besetzung der Stelle.

3.1.2. Unterlassungsansprüche

Denkbar wäre ein Anspruch der getesteten Person oder des Unternehmens auf Unterlassen des Zusendens nicht ernst gemeinter Bewerbungen. Dieser könnte sich aus §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB analog ergeben.[48]

In Frage kommt ein Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb durch Zusenden solcher Bewerbungen. Ein Eingriff in dieses Recht muss aber ein betriebsbezogener sein, also eine unmittelbare Beeinträchtigung des Betriebs als solchen bzw. eine Bedrohung seiner Grundlagen und über eine bloße Belästigung hinausgehen.[49] Das Zuschicken zweier falscher Bewerbungen dürfte lediglich eine Belästigung und damit kein Eingriff sein. Wird ein Eingriff bejaht, muss die Rechtswidrigkeit des Eingriffs durch

[47] Ausschließliche Verursachung des Schadens ist nicht nötig, es könnte auch ein Mitverschulden (§ 254 BGB) angenommen werden; in diesem Fall wären Schäden proportional zum Anteil des Mitverschuldens zu ersetzen.
[48] Ein Unterlassensanspruch aus Wettbewerbsrecht kommt bei einer Testing-Studie, die von einer wissenschaftlichen Einrichtung durchgeführt wird, nicht in Betracht, da ein solcher Anspruch sich nur gegen eine_n Wettbewerber_in des getesteten Unternehmens richten könnte.
[49] *Sprau* in: Palandt, § 823, Rn. 128.

Interessen- und Güterabwägung festgestellt werden. In diese Abwägung fließen die Forschungsfreiheit und das Interesse an der Verwirklichung einer diskriminierungsfreien Gesellschaft zugunsten der Zulässigkeit von Testing-Studien ein und werden letztlich überwiegen. Unterlassensansprüche der getesteten Unternehmen sind also nicht zu befürchten.

3.1.3. Ansprüche aus Datenschutzrecht

Zweck des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) ist es, den Einzelnen vor Beeinträchtigungen seines Persönlichkeitsrechts durch den Umgang mit personenbezogenen Daten zu schützen. Bei Testing-Verfahren werden je nach Forschungsdesign personenbezogene Daten der getesteten Arbeitgebenden erhoben und verarbeitet. Das Datenschutzrecht sieht in gewissen Fällen eine Benachrichtigungspflicht (§ 33 BDSG) vor. Außerdem können der betroffenen Person ein Auskunftsanspruch (§ 34 BDSG) und bei einem unzulässigen Umgang mit ihren personenbezogenen Daten Ansprüche auf Löschung oder Sperrung der Daten (§ 35 BDSG) und auf Schadensersatz (§ 7 BDSG) zustehen. Zudem beinhaltet das BDSG Straf- und Bußgeldvorschriften (§§ 43 f. BDSG).

3.1.3.1. Keine Anwendbarkeit des BDSG je nach Forschungsdesign

Gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG findet das Gesetz Anwendung auch auf nicht-öffentliche Stellen, „soweit sie Daten unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen verarbeiten, nutzen oder dafür erheben oder die Daten in oder aus nicht automatisierten Dateien verarbeiten, nutzen oder dafür erheben“, es sei denn, es handelt sich nur um persönliche oder familiäre Tätigkeiten.

Der Schutz des BDSG gilt nur für personenbezogene Daten. Das sind gemäß § 3 Abs. 1 BDSG Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person. Angaben lediglich über Unternehmen ohne Rückschlussmöglichkeit auf die Person, die konkret gehandelt hat, dürften nicht hierunter fallen, soweit es sich nicht um einen Einpersonenbetrieb handelt. Anonymisierte Daten[50] sind

[50] Definiert in § 3 Abs. 6 BDSG: „Anonymisieren ist das Verändern personenbezogener Daten derart, dass die Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse nicht mehr oder nur mit einem unverhältnismäßigen Aufwand an Zeit, Kosten und Arbeitskraft einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person zugeordnet werden können.“

ebenfalls keine personenbezogenen Daten.[51] Ebenso wenig sind aggregierte Daten personenbezogen, wenn ein Rückschluss auf bestimmbare Personen nicht möglich ist.[52]
Werden personenbezogene Daten erhoben, aber schon vor der Speicherung in einem Datenverarbeitungssystem oder einer nicht automatisierten Datei anonymisiert oder aggregiert, ist das BDSG nach § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG auf nicht-öffentliche Stellen nicht anwendbar (siehe oben).
Werden also bei einer Testing-Studie eingehende Antworten der Unternehmen nur anonymisiert gespeichert und quantitativ ausgewertet, ohne dass irgendwo vermerkt wird, welche Personen (oder bei Einpersonenbetrieben welche Unternehmen) sich zurückgemeldet haben und welche nicht, ist das BDSG nicht anwendbar.

3.1.3.2. Rechtslage bei Anwendbarkeit des BDSG

Eine **Datenerhebung und –verarbeitung** durch nicht-öffentliche Stellen ohne Einwilligung der betroffenen Person ist unter anderem „**zulässig**, soweit es zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung überwiegt“ (§ 28 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 6 Nr. 4 BDSG). Forschungsinteressen fallen unter den Begriff der berechtigten Interessen und sind als gewichtiges, grundrechtlich geschütztes Interesse in die im Einzelfall durchzuführende Abwägung einzustellen. Die Erforderlichkeit schränkt die Zulässigkeit der Erhebung und Verarbeitung der personenbezogenen Daten ein. Speziell für die Datenerhebung und –verarbeitung im Rahmen wissenschaftlicher Forschung gibt § 40 Abs. 2 BDSG vor, dass personenbezogene Daten zu anonymisieren oder mindestens zu pseudonymisieren[53] sind, sobald dies mit Rücksicht auf den Forschungszweck möglich ist. Anonymisierte Daten sind keine personenbezogenen mehr und können nach Belieben verarbeitet werden. Werden sie reidentifiziert, sind sie wieder personenbezogene Daten.[54]
Die **Erhebung und Verarbeitung allgemein zugänglicher Daten**, wie der Adressen von Unternehmen, denen eine Bewerbung geschickt werden soll, ist gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BDSG **zulässig**, wenn nicht schutzwürdige Interessen betroffener Personen dem Interesse

[51] *Weichert* in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 3, Rn. 49.
[52] *Tinnefeld/Ehmann/Gerling*, S. 286.
[53] Definiert in § 3 Abs. 6a BDSG: „Pseudonymisieren ist das Ersetzen des Namens und anderer Identifikationsmerkmale durch ein Kennzeichen zu dem Zweck, die Bestimmung des Betroffenen auszuschließen oder wesentlich zu erschweren.“
[54] *Weichert* in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 3, Rn. 49.

der verantwortlichen Stelle offensichtlich überwiegen. Im Rahmen eines sozialwissenschaftlichen Studie und wenn es sich um relativ unsensible Daten wie die Kontaktdaten einer_eines Personalverantwortlichen eines Unternehmens handelt, wird das Interesse der Betroffenen nicht offensichtlich überwiegen.

Ist die Datenerhebung oder –verarbeitung unzulässig, hat die betroffene Person u.a.[55] **Ansprüche auf Löschung (§ 35 Abs. 2 BDSG) und auf Schadensersatz (§ 7 BDSG)**. Die unzulässige Datenerhebung oder –verarbeitung ist außerdem eine **Ordnungswidrigkeit** (§ 43 Abs. 2 Nr. 1 BDSG). Wer eine unzulässige Datenerhebung oder –verarbeitung vorsätzlich und gegen Entgelt durchführt, handelt außerdem gemäß § 44 Abs. 1 BDSG **strafbar**.[56]

Auch bei einer zulässigen Datenerhebung oder –verarbeitung, entsteht bei erstmaliger Speicherung[57] personenbezogener Daten für eigene Zwecke ohne Kenntnis der betroffenen Person gemäß § 33 Abs. 1 Satz 1 BDSG eine **Pflicht zur Benachrichtigung** der Person über die Speicherung, die Art der Daten, die Zweckbestimmung der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung und die Identität der verantwortlichen Stelle. Eine **Ausnahme** davon sieht § 33 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 BDSG für die für Zwecke der **wissenschaftlichen Forschung** erforderliche Speicherung vor, wenn eine Benachrichtigung einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde. Für die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit ist der Aufwand der Benachrichtigung mit dem Informationsinteresse der betroffenen Person in Verhältnis zu setzen. Letzteres ist insbesondere dann groß, wenn die Daten noch weiter verwendet oder übermittelt werden sollen. Der Aufwand der Benachrichtigung wiederum ist durch automatisierte Prozesse oft auch bei einer größeren Anzahl Betroffener relativ gering. Im Zweifel sollte eine Benachrichtigung erfolgen.[58] Eine weitere Ausnahme sieht § 33 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 a) BDSG für aus **allgemein zugänglichen Quellen entnommene Daten** vor, wenn eine Benachrichtigung wegen der Vielzahl der betroffenen Fälle unverhältnismäßig ist. Die juristische Literatur spezifiziert nicht, ob welcher Zahl eine Benachrichtigung unverhältnismäßig ist. Im Zweifel sollte eine Benachrichtigung erfolgen. § 33 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 b) BDSG enthält eine weitere Ausnahme für Fälle, in denen eine Benachrichtigung die

[55] Der Anspruch auf Sperrung wird hier mangels Relevanz für Testing-Studien nicht behandelt.
[56] Hierbei ist die Person strafbar, welche die Daten erhoben oder verarbeitet hat. Entgelt ist § 11 Abs. 1 Nr. 9 StGB jede in einem Vermögensvorteil bestehende Gegenleistung.
[57] D.h. Erfassung auf Datenträgern, § 3 Abs. 4 Nr. 1 BDSG.
[58] *Dix* in: Simitis, § 33, Rn. 71.

Geschäftszwecke der verantwortlichen Stelle erheblich **gefährden** würde, es sei denn, das Interesse an der Benachrichtigung überwiegt (Nr. 7 b). Eine erhebliche Gefährdung wird z.B. bei Vertragsverhandlungen angenommen, wenn ein Abbruch droht, wenn ein_e Vertragspartner_in der_dem andere_n über die Einholung einer Bankauskunft benachrichtigt. Auf Testing-Studien übertragen gefährdet eine frühzeitige Information eines Unternehmens über die Erhebung und Speicherung seiner Kontaktdaten die Aussagekraft späterer Testbewerbungen bei diesem Unternehmen und damit die gesamte Testing-Studie. Für diese Daten besteht damit eine Ausnahme von der Benachrichtigungspflicht. Bezüglich der Daten über die Reaktion des Unternehmens auf die Bewerbungen, wenn diese als persönliche Daten gespeichert werden, lässt sich die Gefährdung des Geschäftszwecks weniger einfach begründen. Die Gefährdung könnte höchstens in der Vermutung liegen, dass eine Benachrichtigung der Unternehmen zukünftige Testing-Studien weniger aussagekräftig machen könnte. Dieses Risiko wird für eine erhebliche Gefährdung nicht konkret genug sein.
Ist eine Benachrichtigung erforderlich, muss sie unverzüglich, d.h. innerhalb von 14 Tagen nach der Speicherung, und unabhängig von einem Auskunftsersuchen der betroffenen Person erfolgen.[59] Unterbleibt die korrekte Benachrichtigung liegt eine Ordnungswidrigkeit nach § 43 Abs. 1 Satz 8 BDSG vor, die mit Bußgeld geahndet werden kann.
Besteht eine Benachrichtigungspflicht, hat die betroffene Person auf ihr Verlangen auch einen **Auskunftsanspruch** nach § 34 BDSG bezüglich der gespeicherten Daten, ihrer Herkunft und dem Zweck der Speicherung. Die Erfüllung dieses Anspruchs ist durch die Bußgeldvorschrift des § 43 Abs. 1 Nrn. 8 a-c BDSG abgesichert.

Bei Erforderlichkeit der Datenerhebung/-verarbeitung für wissenschaftliche Forschungszwecke sowie früher Anonymisierung der Daten oder guter Begründung eines Forschungsdesigns mit längerer Erforderlichkeit der Identifizierbarkeit sind die Anforderungen des Datenschutzrechts gewahrt.
Die Benachrichtigungspflicht und der Auskunftsanspruch können je nach Umfang des Forschungsvorhabens ebenfalls entfallen.

3.2. Ansprüche von Mitbewerber_innen

[59] *Däubler* in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 33, Rn. 15.

Zivilrechtliche Ansprüche von Mitbewerber_innen entstehen weder gegenüber dem Projektträger oder den Durchführenden des Forschungsprojekts noch gegenüber den Ausbildungsbetrieben. Wenn im Fall einer positiven Rückmeldung auf die im Rahmen eines Forschungsprojekts erstellten Bewerbungen sehr zügig, am besten innerhalb eines Werktages ein Ablehnungsschreiben versendet wird, ist eine gegenüber anderen Mitbewerber_innen benachteiligende Auswahl oder sonstige wesentliche Verzerrung des Bewerbungsprozesses ausgeschlossen.

3.3. Ansprüche von Schulen oder Unternehmen

Fraglich ist, ob Dritten, z.B. Schulen, Organisationen und Unternehmen, die als Referenzen in den Bewerbungsunterlagen angegeben werden, Ersatz- oder Unterlassungsansprüche entstehen. Ansprüche Dritter könnten einerseits durch deren Erwähnung im Lebenslauf entstehen, andererseits durch Verwendung von Schul- oder Firmenbezeichnungen bzw. –logos sowie die Verwendung von fiktiven Unterschriften im Zusammenhang mit diesen Schulen oder Firmen auf beigefügten fiktiven Zeugnissen.

3.3.1. Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche aus Marken- und Namensrecht

Zunächst kommen Ansprüche aus Markenrecht in Betracht. Nach § 5 MarkenG sind geschäftliche Bezeichnungen geschützt. Dazu zählen gemäß § 5 Abs. 2 MarkenG sogenannte Unternehmenskennzeichen, also der im geschäftlichen Verkehr verwendete Name, aber auch Firmenlogos, die als Kennzeichen des Geschäftsbetriebs gelten. Darunter fallen auch private Schulen und private Hochschulen, jedoch keine staatlichen Schulen und Unternehmen.[60] Nach § 15 Abs. 2 MarkenG ist es Dritten untersagt, die geschäftliche Bezeichnung oder ein ähnliches Zeichen im geschäftlichen Verkehr unbefugt in einer Weise zu benutzen, die geeignet ist, Verwechslungen mit der geschützten Bezeichnung hervorzurufen. § 15 Abs. 4 MarkenG formuliert für diese Fälle einen Unterlassungsanspruch, § 15 Abs. 5 MarkenG einen Anspruch auf Ersatz des daraus entstandenen Schadens.

[60] KG Berlin, 18.04.2000, Az. 5 U 9327/98, NJ 2000, 548.

Bei der Verwendung zum Zweck einer Testing-Studie fehlt es jedoch bereits an einer Ingebrauchnahme im geschäftlichen Verkehr.[61] Abzustellen ist dabei auf die tatsächliche Handlung. Diese muss der Förderung eines beliebigen eigenen oder fremden Geschäftszwecks dienen.[62] Rein wissenschaftliche Tätigkeiten fallen nicht darunter[63]. Eine mittelbare Förderung der eigenen Berufsausübung durch Erschleichung eines Ausbildungsplatzes scheidet mangels einer realen Bewerberperson ebenfalls aus. Werden fiktive Logos erdacht, kann darin ohnehin keine Markenrechtsverletzung liegen.

Fraglich ist weiterhin, ob eine Verletzung des in § 12 BGB geschützten Namensrechts vorliegt. Danach besteht ein Unterlassungsanspruch im Fall der Namensleugnung sowie der Namensanmaßung. Letztere liegt vor, wenn eine andere als die dazu berechtigte Person unbefugt den gleichen Namen gebraucht. Geschützt sind auch die Namen juristischer Personen, also von Schulen und Unternehmen. Namensanmaßung ist jeder unbefugte Gebrauch eines gleichen fremden Namens, durch den schutzwürdige Interessen des_der berechtigten Namensträgers_in verletzt werden.[64] Geschützt ist also die Funktion des Namens als Identitätsbezeichnung. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH stellt jedoch nicht jede Form der Verwendung eines fremden Namens ein Gebrauchen im Sinne von § 12 BGB dar, vielmehr sind nur solche Namensanmaßungen unbefugt, die geeignet sind, eine namensmäßige Zuordnungsverwirrung hervorzurufen[65]. Dem liegt zugrunde, dass die Vorschrift nur den Schutz des gleichen Namens in seiner Funktion als Identitätsbezeichnung der ihn tragenden Person zum Ziel hat. Die Nennung der richtigen Person mit ihrem richtigen Namen – zum Beispiel in falschen Zeugnissen oder Lebensläufen – ist demgegenüber keine Verletzung des Namensrechts.[66] Bei Testing-Verfahren wird das Namensrecht der genannten Personen also nicht verletzt.

3.3.2. Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung, 823 BGB

[61] Daher scheiden auch die markenrechtlichen Straftatbestände und Ordnungswidrigkeiten der §§ 143 ff. MarkenG aus.
[62] *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, § 14, Rn 73.
[63] *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, § 14, Rn 81.
[64] *Martinek* in: jurisPK-BGB, § 12, Rn 66.
[65] BGHZ 81, 75, 78; BGH NJW-RR 2002, 1401-1403; *Eilenberger* in: Palandt, § 12, Rn 23.
[66] *Martinek* in: jurisPK-BGB, § 12, Rn. 72 m.w.N.

Eine Schadensersatzpflicht aus § 823 BGB ergibt sich, wenn durch die Referenz auf Schulen oder Unternehmen vorsätzlich oder fahrlässig deren Eigentum oder ein sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB widerrechtlich verletzt wurde (Abs.1) oder dadurch gegen ein den Schutz dieser Schulen oder Unternehmen bezweckendes Gesetz verstoßen wurde (Abs. 2).

Ein Eingriff in das Eigentumsrecht liegt bei der Erwähnung im Lebenslauf oder der Verwendung von Logos schon deshalb nicht vor, weil dafür die Gebrauchsbeeinträchtigung infolge einer unmittelbaren Einwirkung auf *eine Sache* erfolgen und als nicht unerheblich zu werten sein müsste.[67] Da die im Rahmen des Testings eingesetzten Kopien und Lebensläufe nicht echt sind und als solche nicht im Eigentum der sie scheinbar ausstellenden Schulen oder Unternehmen stehen, scheidet ein Anspruch wegen Eigentumsverletzung aus.

Das Recht an der ausschließlichen Verwendung einer Marke oder Geschäftsbezeichnung ist zwar ein sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB, als spezielles und abschließend gemeintes Gesetz geht das MarkenG (hierzu s.o.) aber vor und schließt die Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB hierauf aus.[68]

Als weiteres sonstiges Recht ist das „Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ anerkannt, welches das existierende Unternehmen sowohl in seinem Bestand als auch in seiner Betätigung umfasst.[69] Geschützt wird das Recht auf störungsfreie Entfaltung des gesamten unternehmerischen Tätigkeitskreises[70], wobei der BGH den Schutz dahingehend einschränkt, als es sich gerade um dem Unternehmen in seiner wirtschaftlichen und wirtschaftenden Tätigkeit wesensgemäße und eigentümliche Erscheinungsformen, Betätigungen und Beziehungen handeln muss.[71] Vom Betrieb ablösbare, anderweitig geschützte Rechte und Rechtsgüter, wie es das Logo als Geschäftsbezeichnung bzw. Marke ist, fallen nicht hierunter.[72]

Auch ein Eingriff in das durch § 823 Abs. 1 BGB geschützte Allgemeine Persönlichkeitsrecht der Unterzeichnenden scheidet aus. Ein solcher Eingriff könnte in den Unterschriften unter den beigefügten (kopierten) Zeugnissen liegen. Sind die Unterschriften fiktiv, kann niemand in seinem_ihrem Persönlichkeitsrecht verletzt sein. Wurde die Unterschrift einer tatsächlich existierenden Person gefälscht, könnte eine Persönlichkeitsrechtsverletzung darin liegen, dass

[67] *Lange/Schmidbauer* in: jurisPK-BGB, § 823, Rn. 15 m.w.N.
[68] *Sprau* in: Palandt, § 823, Rn. 15 und Einf. 9 vor § 823.
[69] BGHZ 3, 270-285; Lange/Schmidbauer in: jurisPK-BGB, § 823, 38.
[70] Ebd.
[71] BGHZ 29, 65-75.
[72] *Sprau* in: Palandt, § 823, Rn. 128.

der Eindruck entsteht, diese Person habe falsche Zeugnisse ausgestellt. Dieser Eindruck kann bei der_dem getesteten Arbeitgeber_in nicht entstehen, wenn das Testing nicht offengelegt wird. Wird nach dem Testing über die Durchführung der Studie aufgeklärt, so wird auch die Fiktivität der Zeugnisse offen gelegt, so dass auch hier keine Persönlichkeitsrechtsverletzung eintreten kann. Bezüglich der Benutzung des Namens einer echten Person als Unterzeichnerin der Zeugnisse wurde schon oben eine Rechtsverletzung des Namensrechts abgelehnt.
Die Verletzung eines Schutzgesetzes im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB ist nicht ersichtlich.

Ein Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 Abs. 1 BGB scheitert schließlich auch daran, dass es sich nicht um eine rechtswidrige Handlung handelt.
Die Rechtswidrigkeit setzt zunächst voraus, dass der_die Rechtsinhaber_in nicht in die Handlung, bspw. die Verwendung eines fremden Logos, eingewilligt hat. Empfehlenswert ist daher ein Forschungsdesign, das sich um die Einwilligung von Unternehmen und Schulen zur Nutzung ihrer Logos bemüht.
Liegt keine Einwilligung vor, muss sich die Rechtswidrigkeit bei den „offenen Tatbeständen“ des § 823 Abs. 1 BGB, zu denen das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und das Allgemeine Persönlichkeitsrecht gehören, aus einer Güter- und Interessenabwägung ergeben.[73] In der Interessen- und Güterabwägung dürften die Interessen an der Durchführung einer wissenschaftlichen Testing-Studie zum Nachweis von Diskriminierungen den Interessen der Schulen und Unternehmen überwiegen. Zum einen dient eine solche Studie der Aufdeckung von Rechtsverstößen, respektive Verstößen gegen einfachgesetzliche (AGG), verfassungsrechtliche (Art. 3 GG), europarechtliche (RL 2000/43 EG; Art. 21 EU Grundrechte Charta) und internationale menschenrechtliche Diskriminierungsverbote – in anonymisierter Form und damit zur Sensibilisierung für und Prävention gegen Diskriminierung sowie gegen Wettbewerbsverzerrung auf dem Arbeitsmarkt. Zum anderen ist sie durch die grundrechtlich in Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Wissenschaftsfreiheit geschützt (hierzu s.o.). In der Interessenabwägung werden diese Interessen gegenüber denen der Unternehmen und Schulen an der ausschließlichen Verwendung ihrer Namen, Logos und Unterschriften überwiegen.

3.3.3. Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch aus § 1004 BGB analog

[73] *Sprau* in: Palandt, § 823, Rn. 25.

§ 1004 BGB schützt in seiner analogen Anwendung vor Beeinträchtigungen derselben Rechtsgüter wie § 823 Abs. 1 BGB[74] und versieht den_die Inhaber_in der Rechtsgüter mit einem Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch gegen den_die Störer_in. Wie oben erläutert wird durch eine schriftliche Testing-Studie kein solches Rechtsgut verletzt. Ein Anspruch nach § 1004 BGB analog erfordert zusätzlich gemäß seinem Abs. 2 die Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung. Auch diese wäre aus denselben Erwägungen wie bei § 823 BGB nicht gegeben.

Nach alledem sind Ansprüche der Schulen und Unternehmen, deren Namen und Logos für der Bewerbung (in Kopie) beizufügende Zeugnisse verwendet werden, nicht gegeben.

[74] *Ehlers* in : jurisPK-BGB, § 1004, Rn 9 m.w.N; *Bassenge* in: Palandt, § 1004, Rn 4.

4. Ethische Anforderungen an Testing-Verfahren

Jenseits rechtlicher Grenzen sind schließlich ethische Anforderungen an Testing-Verfahren zu bedenken, die auch relevant für die gesellschaftspolitische Akzeptanz ihrer Ergebnisse sein können.

Hierbei ist **bezüglich der getesteten Person und** Unternehmen eine möglichst weitgehende Schonung deren zeitlichen und materiellen Ressourcen zu fordern. Daher ist ein unter Berücksichtigung der Erreichung des Forschungszwecks frühestmöglicher Abbruch des Test-Verfahrens gegenüber den einzelnen getesteten Personen ebenso zu fordern wie die Begrenzung der Anzahl an Testbewerbungen pro getesteter Person.

Dass die getestete Person über die Urheberschaft der Testbewerbungen und deren Motivation getäuscht wird, ist bei einer Testing-Studie nicht zu vermeiden. Eine solche Täuschung und die Teilnahme einer Person an einem wissenschaftlichen „Experiment“ ohne ihre Kenntnis und Einwilligung widersprechen grundsätzlich forschungsethischen Standards. Für die Erforschung des Ausmaßes tatsächlich stattfindender Diskriminierung sind Testing-Studien jedoch unverzichtbar, da bei allen anderen Methoden mit einem großen Maß an sozial erwünschtem Verhalten und daraus resultierenden Verzerrungen der Forschungsergebnisse zu rechnen ist. Um das große „Dunkel“feld[75] von Diskriminierungen zu erforschen und damit auch Handlungsempfehlungen für politische und rechtliche Maßnahmen gegen Diskriminierungen geben zu können, ist diese Art Forschung ausnahmsweise zulässig, wenn dabei die gegenläufigen Interessen in schonenden Ausgleich gebracht werden.

Zum Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts der getesteten Personen sollten die Ergebnisse einer Testing-Studie, also die Rückmeldungen, von vornherein so gespeichert werden, dass kein Rückschluss auf das Antwortverhalten einer konkreten getesteten Person möglich ist. Eine frühestmögliche Anonymisierung erhobener Daten ist auch ethisch geboten.

Im Anschluss an ein Testing besteht die Möglichkeit, die getesteten Personen über ihre unwissentliche Teilnahme an der Studie aufzuklären. Dafür spricht, dass der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht einer Person, der in der unwissentlichen Teilnahme liegt, durch eine nachträgliche Information gelindert wird. Dieser Gedanke wurde auch im Anwendungsbereich des Datenschutzrechts mit der Benachrichtigungspflicht und dem

[75] „Dunkel“ wurde in Anführungszeichen gesetzt, weil die Verwendung der Dichotomie dunkel – hell rassistische Konnotationen hat. Für weitergehende Informationen zu rassistischer Sprache vgl. z.B. Arndt/Ofuatey-Alazard.

Auskunftsanspruch rechtlich umgesetzt. Zudem könnte eine Studie die nachträgliche Information auch um Sensibilisierungsmaßnahmen für die getesteten Personen erweitern. Dies ist hoher zusätzlicher Aufwand, kann aber ein wertvoller praktischer Beitrag der Studie zur gesellschaftspolitischen Debatte sein. Solche Maßnahmen sollten als Angebote konzipiert sein und allen getesteten Personen offen stehen. Ob die Person die Testbewerbungen gleich oder unterschiedlich behandelt hat, sollte in diesem Stadium der Studie nicht mehr nachzuvollziehen sein. Gegen die nachträgliche Information der getesteten Personen wird angeführt, dass die Aussagekraft zukünftiger Testing-Studien durch die Information und eine darauf folgende Verstärkung des Phänomens des sozial erwünschten Verhaltens negativ beeinflusst werden könnte. Das Risiko, dass eine nachträglich informierte Person rechtlich gegen den Projektträger der Studie vorgeht, ist hingegen kein taugliches Gegenargument, denn dies ist ihr gutes Recht. Bei Testing-Studien, die sich an die hier aufgezeigten Vorgaben halten, dürfte ein solches Vorgehen aber keinen Erfolg haben.

Auch **in Bezug auf die Mitbewerber_innen** in einem Bewerbungsverfahren sind ein schnellstmöglicher Abbruch und eine möglichst geringe Verzerrung des Bewerbungsverfahrens aus ethischen Gründen zu fordern. Ein vollständiger Ausschluss der Verzerrung des Bewerbungsverfahrens ist jedoch nicht möglich.

Werden Testing-Studien mit **realen Testpersonen** durchgeführt, ist ferner darauf zu achten, dass sich die Testpersonen, die zu einer (wie im Rahmen der Studie zu testen sein wird) von Diskriminierung betroffenen sozialen Gruppe gehören, im Rahmen der Studie einer erneuten Diskriminierung und damit einer Verletzung ihres Persönlichkeitsrechts aussetzen. Es ist daher auf genaue vorherige Aufklärung der Testpersonen zu achten. Außerdem sind nachträgliche Angebote zum Verarbeiten der Erfahrung zu empfehlen. Bei fiktiven Testpersonen besteht dieses Risiko jedoch nicht.

In Bezug auf Schulen oder Unternehmen, deren Erklärungen zur Unterstützung einer Testbewerbung verwendet werden, ist die ethisch unbedenklichste Variante, entweder fiktive Schulen oder Unternehmen zu erfinden oder mit echten Schulen und Unternehmen in Austausch zu treten und eine Erlaubnis zur Nutzung ihrer Namen und Logos einzuholen. Ist beides nicht möglich, ist es ethisch sicher vertretbar, unbefugt Namen und Logos zu benutzen.

Bibliographie

Arndt, Susan / Ofuatey-Alazard, Nadja (Hrg.), Wie Rassismus aus Wörtern spricht – (K)Erben des Rassismus im Wissensarchiv deutsche Sprache. Ein kritisches Nachschlagewerk, Münster 2011, zitiert: Arndt/Ofuatey-Alazard

Däubler, Wolfgang / Klebe, Thomas / Wedde, Peter / Weichert, Thilo, Bundesdatenschutzgesetz Kompaktkommentar zum BDSG, 3. Auflage, Frankfurt am Main 2010, zitiert: Bearbeiter_in in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, §, Rn.

Ennuschat, Kirsten, Der Einfluß des Zivilrechts auf die strafrechtliche Begriffsbestimmung am Beispiel der Urkundenfälschung gemäß § 267 StGB, Dissertation, Frankfurt am Main 1997, zitiert: Ennuschat, Seite

Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 60. Auflage, München 2013, zitiert: Fischer, §, Rn.

Freund, Georg, Urkundenstraftaten, 2. Auflage, Berlin und Heidelberg 2010, zitiert: Freund, Seite

Herberger, Maximilian / Martinek, Michael u.a. (Hrg.), juris Praxiskommentar BGB, Saarbrücken, 6. Auflage 2012, zitiert: Bearbeiter_in in: jurisPK-BGB, §, Rn.

Ingerl, Reinhard / Rohnke, Christian, Kommentar zum Markengesetz, 3. Auflage Münschen 2010, zitiert: Ingerl/Rohnke, MarkenG, §, Rn.

Jarass, Hans / Pieroth, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 12. Auflage, München 2012, zitiert: Bearbeiter_in in: Jarass/Pieroth, Art., Rn.

Kaas, Leo / Manger, Christian, Ethnic Discrimination in Germany's Labour Market: A Field Experiment, IZA Discussion Paper Nr. 4741, 2010, zitiert: Kaas/Manger, IZA Discussion Paper Nr. 4741

Killner, Michael / Zwanziger, Bertram / Deinert, Olaf (Hrg.), Arbeitsrecht Handbuch für die Praxis, 6. Auflage, Frankfurt am Main 2011, zitiert: Bearbeiter_in in: Killner/Zwanziger/Deinert, Seite

Klose, Alexander/Kühn, Kerstin, Die Anwendbarkeit von Testing-Verfahren im Rahmen der Beweislast, § 22 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Herausgeber: Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Berlin 2010, zitiert: Klose/Kühn, Seite

Lackner, Karl / Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Auflage, München 2011, zitiert: Lackner/Kühl, §, Rn.

Laufhütte, Heinrich Wilhelm / Rissing-van Saan, Ruth / Tiedemann, Klaus, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar Großkommentar, 12.Auflage, Berlin 2009, zitiert: Bearbeiter_in in: Leipziger Kommentar, §, Rn.

Palandt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 60. Auflage, München 2011, zitiert: Bearbeiter_in in: Palandt, §, Rn.

Puppe, Ingeborg, Zur Abgrenzung von Urkunden-„Echtheit“ und Urkundenwahrheit in Fällen von Namenstäuschung – BGH-Beschl. v. 21.3.1985 – 1 StR 520/84, in: Jura 1986, 22, zitiert: Puppe (1986), Seite

Puppe, Ingeborg, Urkundenechtheit bei Handeln unter fremden Namen und Betrug in mittelbarer Täterschaft – BayObLG, NJW 1988, 1401, in: Juristische Schulung 1989, 361, zitiert: Puppe (1989), Seite

Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Auflage, München 2010, zitiert: Bearbeiter_in in: Schönke/Schröder, §, Rn.

Simitis, Spiros (Hrg.), Bundesdatenschutzgesetz, 7. Auflage, Baden-Baden 2011, zitiert: Bearbeiter_in in: Simitis, §, Rn.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 2013, zitiert: Bearbeiter_in in: Staudinger, §, Rn.

Tinnefeld, Marie-Theres / Ehmann, Eugen / Gerling, Rainer W., Einführung in das Datenschutzrecht, 4. Auflage, München 2005, zitiert: Tinnefeld/Ehmann/Gerling, Seite

Tschöppe, Ulrich (Hrg.), Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht, 7. Auflage, Köln 2011, zitiert: Bearbeiter_in in: Tschöppe, Teil, Rn.

Wolter, Jürgen (Hrg.), SK-StGB Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Loseblatt 131. Lieferung, Köln 2012, zitiert: Bearbeiter_in in: SK-StGB, §, Rn.