



Fachbereich WD 3

**Datenschutzrechtliche Zulässigkeit von Angaben zum
Migrationshintergrund in Auswahlverfahren im öffentlichen Dienst**

Datenschutzrechtliche Zulässigkeit von Angaben zum Migrationshintergrund in Auswahlverfahren im öffentlichen Dienst

Aktenzeichen: WD 3 - 3000 - 048/26
Abschluss der Arbeit: 24.06.2026, zugleich letzter Abruf der zitierten Internetquellen
Fachbereich: WD 3: Verfassung und Verwaltung

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	4
2.	Datenschutzrechtliche Zulässigkeit	4
2.1.	Öffnungsklausel Art. 88 DS-GVO (Beschäftigtendatenschutz)	5
2.1.1.	Beschäftigtenbegriff	5
2.1.2.	Spezifischere Vorschriften	6
2.1.2.1.	§ 26 Abs. 1 Satz 1 1. Fall BDSG (Begründung eines Arbeitsverhältnisses)	7
2.1.2.2.	§ 106 Abs. 4 Satz 1 BBG (Begründung eines Dienstverhältnisses)	7
2.1.2.3.	§ 26 Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 BDSG (Einwilligung)	8
2.1.2.4.	Zwischenergebnis zu Art. 88 DS-GVO	9
2.2.	Verarbeitung in Wahrnehmung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse, Art. 6 Abs. 1 Buchst. e) DS-GVO	10
2.2.1.	Erforderlichkeit für die Wahrnehmung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse, Art. 6 Abs. 1 Buchst. e) DS-GVO	10
2.2.2.	Unionsrechtliche oder mitgliedstaatliche Rechtsgrundlage, Art. 6 Abs. 3 DS-GVO	12
2.3.	Verarbeitung auf Grundlage einer Einwilligung, Art. 6 Abs. 1 Buchst. a) DS-GVO	13
2.4.	Zwischenergebnis zur Zulässigkeit der Datenverarbeitung	14
3.	Fehlerfolgen und Rechtsschutz	14
3.1.	Folgen fehlerhafter Auswahlentscheidungen	15
3.2.	Rechtsschutz	15

1. Einleitung

Dieser Sachstand untersucht die **datenschutzrechtliche Zulässigkeit** einer Erhebung und Verwendung von **Angaben zum Migrationshintergrund** der Bewerberinnen und Bewerber in **Auswahlverfahren im öffentlichen Dienst** (vgl. Ziff. 2) und zeigt die **Folgen fehlerhafter Auswahlentscheidungen** sowie die zur Verfügung stehenden **Rechtsschutzmöglichkeiten** auf (vgl. Ziff. 3).

Der Begriff des Migrationshintergrunds ist auf Ebene des Bundesrechts nicht legaldefiniert. Das Statistische Bundesamt und das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) verwenden in ihrer behördlichen Praxis jedoch eine Begriffsdefinition, die auf den Vorgaben des § 6 Abs. 1 Nr. 4 Mikrozensusgesetz (MZG)¹ zur Erhebung des Migrationshintergrundes beruht.² Gemäß dieser Definition verfügt eine Person dann über einen **Migrationshintergrund**, wenn sie **selbst** oder **mindestens ein Elternteil** die **deutsche Staatsangehörigkeit nicht durch Geburt** besitzt. Angaben zum Migrationshintergrund sind demnach insbesondere Angaben zu den **durch Geburt erworbenen Staatsangehörigkeiten** der Bewerberinnen und Bewerber sowie ihrer jeweiligen Eltern. Zu den Personen, die nach diesem Verständnis einen Migrationshintergrund besitzen, gehören zugewanderte und nicht zugewanderte Ausländerinnen und Ausländer, zugewanderte und nicht zugewanderte Eingebürgerte, (Spät-)Aussiedlerinnen und (Spät-)Aussiedler sowie die als Deutsche geborenen Nachkommen dieser Gruppen.

Die Darstellung beschränkt sich auf die Rechtslage bei **Auswahlverfahren im öffentlichen Dienst auf Bundesebene**, landesrechtliche Regelungen werden nicht geprüft. Soweit dabei nicht ausdrücklich zwischen Personen, die sich um eine **beamtenrechtliche Planstelle** bewerben, und Bewerberinnen und Bewerbern für eine **tarifliche Anstellung** differenziert wird, gelten die Ausführungen für beide Fallgruppen. Gegenstand dieser Arbeit ist allein die Frage, ob die Berücksichtigung von Angaben zum Migrationshintergrund in Auswahlverfahren des öffentlichen Dienstes in **datenschutzrechtlicher Hinsicht** zulässig ist. Die Vereinbarkeit der Berücksichtigung dieser Angaben bei der Besetzung von Stellen im öffentlichen Dienst mit dem (nicht datenschutzrechtlichen) Unionsrecht und dem deutschen Verfassungsrecht wurde bereits in früheren Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste untersucht, auf die insoweit verwiesen wird.³

2. Datenschutzrechtliche Zulässigkeit

Erhebt und verwendet ein öffentlicher Arbeitgeber in Auswahlverfahren Angaben zu den Staatsangehörigkeiten, die Bewerberinnen und Bewerber sowie deren Eltern von Geburt an besitzen, so richtet sich die datenschutzrechtliche Zulässigkeit nach den Vorschriften der Daten-

1 Mikrozensusgesetz (MZG) vom 07.12.2016 (BGBl. I S. 2826), zuletzt geändert durch Art. 11 Abs. 3 des Gesetzes vom 16.04.2026 (BGBl. 2026 I Nr. 107).

2 Vgl. Angaben auf der Webseite des [Statistischen Bundesamtes](#) bzw. des [BAMF](#).

3 Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Einzelfragen zu Einstellungsvorgaben im öffentlichen Dienst und der privaten Wirtschaft, Ausarbeitung, 05.10.2022, [WD 6 - 3000 - 055/22](#); Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Einzelfragen zur Förderung der Diversität im öffentlichen Dienst, Ausarbeitung, 31.10.2022, [WD 6 - 3000 - 083/22](#); [WD 3 - 3000 - 139/22](#).

schutz-Grundverordnung (DS-GVO)⁴, des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG)⁵ und des Bundesbeamtenengesetzes (BBG).⁶

Grundsätzlich gilt die DS-GVO für die ganz oder teilweise automatisierte **Verarbeitung personenbezogener Daten** sowie für die nichtautomatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen (vgl. Art. 2 Abs. 1 DS-GVO). Diese Voraussetzungen liegen bei der Erhebung und Verwendung von Angaben zum Migrationshintergrund in Auswahlverfahren im öffentlichen Dienst vor. **Angaben zu den durch Geburt erworbenen Staatsangehörigkeiten** der Bewerberinnen und Bewerber sowie ihrer Eltern stellen als Informationen über identifizierte natürliche Personen gemäß Art. 4 Nr. 1 DS-GVO **personenbezogene Daten** dar. Das **Erheben und Verwenden der Daten** ist gemäß Art. 4 Nr. 2 DS-GVO eine **Verarbeitung**. Somit ist die **DS-GVO** vorliegend **grundsätzlich anwendbar**.

2.1. Öffnungsklausel Art. 88 DS-GVO (Beschäftigtendatenschutz)

Für den Bereich des Beschäftigtendatenschutzes räumt die DS-GVO den Mitgliedstaaten unter bestimmten Bedingungen ausdrücklich die Möglichkeit ein, eigene und von den allgemeinen Bestimmungen der DS-GVO abweichende Regelungen zu erlassen. So können die Mitgliedstaaten gemäß der bereichsspezifischen Öffnungsklausel des **Art. 88 Abs. 1 DS-GVO** u.a. durch Rechtsvorschriften **spezifischere Vorschriften** zur Gewährleistung des Schutzes der Rechte und Freiheiten Betroffener bei der Verarbeitung **personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext**, insbesondere für **Zwecke der Einstellung** vorsehen. Soweit solche spezifischeren Vorschriften vorliegen, gehen sie den Regelungen der DS-GVO vor, im Übrigen ist die DS-GVO ergänzend anzuwenden.

2.1.1. Beschäftigtenbegriff

Obwohl Art. 88 Abs. 1 DS-GVO im Weiteren Bezug auf die „Erfüllung des Arbeitsvertrages“ nimmt, sind auch Personen ohne spezifisch arbeitsvertragliches Beschäftigungsverhältnis wie **beispielsweise Beamtinnen und Beamte** vom Anwendungsbereich dieser Vorschrift erfasst.⁷ Art. 88 Abs. 1 DS-GVO erwähnt die Bezugnahme auf Arbeitsverträge lediglich neben anderen konkreten Verarbeitungszwecken in einer nicht abschließenden Aufzählung („insbesondere“) als Beispiele für die Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext.

4 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.04.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung – DS-GVO), ABL. L 119 vom 04.05.2016, S. 1 - 88.

5 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) vom 30.06.2017 (BGBl. I S. 2097), zuletzt geändert durch Art. 7 des Gesetzes vom 06.05.2024 (BGBl. 2024 I Nr. 149).

6 Bundesbeamtenengesetz (BBG) vom 05.02.2009 (BGBl. I S. 160), zuletzt geändert durch Art. 8 des Gesetzes vom 11.01.2026 (BGBl. 2026 I Nr. 6).

7 EuGH (Erste Kammer), Urt. v. 30.03.2023 – C-34/21 (= NZA 2023, 487 (Rn. 46 ff.)); Pauly, in: Paal/Pauly, DS-GVO/BDSG, 4. Auflage 2026, DS-GVO, Art. 88 Rn. 7a; Riesenhuber, in: Wolf/Brink/v. Ungern-Sternberg (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht, 55. Ed. 01.02.2026, DS-GVO, Art. 88 Rn. 31; a.A. Maschmann, in: Kühlung/Buchner, 4. Auflage 2024, DS-GVO, Art. 88 Rn. 13.

Zu den weiteren Verarbeitungszwecken zählt u. a. die Diversität am Arbeitsplatz.⁸ Der Europäische Gerichtshof (EuGH) definiert **Beschäftigte** als Personen, die ihre **Arbeit im Rahmen eines Unterordnungsverhältnisses zu ihrem Arbeitgeber** verrichten und daher unter dessen Kontrolle erledigen.⁹ Kennzeichnend für den Beschäftigungskontext ist nach Ansicht des EuGH, dass eine Person während einer bestimmten Zeit für eine andere nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält.¹⁰ Dabei verwendet der EuGH den Begriff der Gegenleistung in einem weiten und eher untechnischen Sinn und unterscheidet nicht zwischen Gegenleistungen wie einerseits einem Arbeitslohn und andererseits der Alimentation von Beamtinnen und Beamten, sondern erstreckt den Anwendungsbereich des Art. 88 Abs. 1 DS-GVO einheitlich **auf die im öffentlichen Sektor berufstätigen Personen**.¹¹ Die **Einstellung**, die als Verarbeitungszweck exemplarisch in Art. 88 Abs. 1 DS-GVO aufgeführt wird, erstreckt sich von der Phase der Ausschreibung und der gezielten Bewerberansprache über die Bewerbung und den Umgang mit Bewerbungsunterlagen, das Vorstellungsgespräch und Auswahltests bis zu medizinischen, psychologischen und arbeitswissenschaftlichen Untersuchungen.¹² **Art. 88 Abs. 1 DS-GVO gilt demnach grundsätzlich auch für Personalauswahlverfahren im öffentlichen Dienst.**

2.1.2. Spezifischere Vorschriften

Art. 88 Abs. 1 DS-GVO erlaubt den Mitgliedstaaten u.a. den **Erllass spezifischerer Rechtsvorschriften zur Gewährleistung des Schutzes der Rechte und Freiheiten Betroffener** bei der Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext. Unter spezifischeren Vorschriften, sog. Bereichsausnahmen¹³, versteht der EuGH solche Bestimmungen, die einen zu dem geregelten Bereich passenden Regelungsgehalt haben müssen, der sich von den allgemeinen Regeln der DS-GVO unterscheidet.¹⁴ Dabei gesteht der EuGH den Mitgliedstaaten grundsätzlich ein **weites Ermessen** hinsichtlich der Verarbeitungsvorgänge, die sie diesen spezifischeren Vorschriften unterwerfen möchten, zu.¹⁵

Art. 88 Abs. 2 DS-GVO sieht vor, dass die auf der Grundlage von Art. 88 Abs. 1 DS-GVO erlassenen Vorschriften geeignete und besondere Maßnahmen zur Wahrung der menschlichen Würde, der berechtigten Interessen und der Grundrechte der betroffenen Person, insbesondere im Hinblick auf die Transparenz der Verarbeitung, die Übermittlung personenbezogener Daten inner-

8 EuGH, ebd.

9 EuGH (Erste Kammer), Urt. v. 30.03.2023 – C-34/21 (= NZA 2023, 487 (Rn. 42)); ebenso mit Verweis auf die soeben zitierte Entscheidung und im Hinblick auf die nationale Regelung des § 26 BDSG (Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses): EuGH, Urt. v. 19.12.2024 – C-65/23 (= NJW 2025, 637 (Rn. 40)).

10 EuGH (Erste Kammer), Urt. v. 30.03.2023 – C-34/21 (= NZA 2023, 487 (Rn. 43)).

11 EuGH (Erste Kammer), Urt. v. 30.03.2023 – C-34/21 (= NZA 2023, 487 (Rn. 44)).

12 Riesenhuber, in: Wolf/Brink/v. Ungern-Sternberg (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht, 55. Ed. 01.02.2026, DS-GVO, Art. 88 Rn. 56.

13 Maschmann, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 4. Auflage 2024, DS-GVO, Art. 88 Rn. 15.

14 EuGH (Erste Kammer), Urt. v. 30.03.2023 – C-34/21 (= NZA 2023, 487 (Rn. 61)).

15 EuGH (Erste Kammer), Urt. v. 30.03.2023 – C-34/21 (= NZA 2023, 487 (Rn. 63)).

halb einer Unternehmensgruppe oder einer Gruppe von Unternehmen, die eine gemeinsame Wirtschaftstätigkeit ausüben, und die Überwachungssysteme am Arbeitsplatz, umfassen müssen. Art. 88 Abs. 1, Abs. 2 DS-GVO setzen dem mitgliedstaatlichen Ermessen nach Ansicht des EuGH dahingehend einen Rahmen, dass diese Vorschriften sich **nicht auf eine Wiederholung der Bestimmungen der DS-GVO beschränken dürfen**, sondern auf den **Schutz der Rechte und Freiheiten der Beschäftigten** hinsichtlich der **Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten im Beschäftigungskontext** abzielen und **geeignete und besondere Maßnahmen zur Wahrung der menschlichen Würde, der berechtigten Interessen und der Grundrechte der betroffenen Person** umfassen müssen.¹⁶

2.1.2.1. § 26 Abs. 1 Satz 1 1. Fall BDSG (Begründung eines Arbeitsverhältnisses)

Als **mitgliedstaatliche Vorschrift im Bereich des Beschäftigtendatenschutzes** für Auswahlverfahren im öffentlichen Dienst auf Bundesebene kommt zunächst **§ 26 Abs. 1 Satz 1 1. Fall BDSG** in Betracht. Danach dürfen personenbezogene Daten von Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses verarbeitet werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist. Der EuGH hat in seinem Urteil vom 30. März 2023¹⁷ jedoch Art. 88 DS-GVO ausgelegt und eine Regelung des hessischen Landesdatenschutzrechts, die denselben Wortlaut aufweist wie § 26 Abs. 1 Satz 1 1. Fall BDSG, für unanwendbar erklärt.¹⁸ Zur Begründung führte der EuGH aus, dass die mitgliedstaatliche Vorschrift für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung den **Charakter einer Generalklausel** aufweise und **im Wesentlichen** auf die **Erforderlichkeit der Verarbeitung** abstelle und damit eine bereits in **Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DS-GVO**¹⁹ geforderte Bedingung für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung **wiederhole**.²⁰ Die landesrechtliche Vorschrift bzw. **§ 26 Abs. 1 Satz 1 1. Fall BDSG** ist daher **keine „spezifische Vorschrift“** i.S.d. Art. 88 Abs. 1 DS-GVO.²¹

2.1.2.2. § 106 Abs. 4 Satz 1 BBG (Begründung eines Dienstverhältnisses)

Gleiches dürfte auch für die beamtenrechtliche Vorschrift des **§ 106 Abs. 4 Satz 1 BBG** gelten. Danach darf der Dienstherr personenbezogene Daten über Bewerberinnen, Bewerber, Beamtinnen und Beamte sowie über ehemalige Beamtinnen und ehemalige Beamte nur erheben, soweit dies zur Begründung, Durchführung, Beendigung oder Abwicklung des Dienstverhältnisses oder zur Durchführung organisatorischer, personeller oder sozialer Maßnahmen, insbesondere zu Zwe-

16 EuGH (Erste Kammer), Urt. v. 30.03.2023 – C-34/21 (= NZA 2023, 487 (Rn. 65)).

17 EuGH (Erste Kammer), Urt. v. 30.03.2023 – C-34/21 (= NZA 2023, 487).

18 EuGH (Erste Kammer), Urt. v. 30.03.2023 – C-34/21 (= NZA 2023, 487 (Rn. 83)).

19 Anm. d. Verf.: Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DS-GVO betrifft vor allem Bewerbungs-/Einstellungsverfahren durch Private. Die Erforderlichkeit der Verarbeitung ist aber ebenso Bedingung in Art. 6 Abs. 1 Buchst. e) DS-GVO, der für Auswahlverfahren im öffentlichen Dienst einschlägig ist.

20 EuGH (Erste Kammer), Urt. v. 30.03.2023 – C-34/21 (= NZA 2023, 487 (Rn. 81)).

21 So i.E. im Hinblick auf § 26 Abs. 1 BDSG auch BAG, Urt. v. 08.05.2025, 8 AZR 209/21 (= NJW 2025, 3250 (Rn. 17)), Seifert, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, 2. Auflage 2025, BDSG, § 26 Rn. 5; Maschmann, in: Kühling/Buchner, 4. Auflage 2024, DS-GVO, Art. 88 Rn. 63 ff.

cken der Personalplanung oder des Personaleinsatzes, erforderlich ist oder eine Rechtsvorschrift dies erlaubt. Wie schon § 26 Abs. 1 Satz 1 1. Fall BDSG besitzt auch § 106 Abs. 4 Satz 1 BBG den **Charakter einer Generalklausel** und macht die Erlaubnis zur Erhebung personenbezogener Daten **im Wesentlichen** von der **Erforderlichkeit** zur Begründung eines Dienstverhältnisses abhängig. Auch **§ 106 Abs. 4 Satz 1 BBG** wiederholt also eine Bedingung aus Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DS-GVO und dürfte daher **nicht** als „spezifischere Vorschrift“ i.S.d. Art. 88 Abs. 1 DS-GVO angesehen werden können.

2.1.2.3. § 26 Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 BDSG (Einwilligung)

Wenn die Angabe der Staatsangehörigkeiten freiwillig erfolgt, könnte jedoch **§ 26 Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 BDSG** eine solche „spezifischere Vorschrift“ darstellen. § 26 Abs. 2 BDSG regelt Einzelheiten der Verarbeitung von Beschäftigtendaten auf Grundlage einer **Einwilligung**. § 26 Abs. 3 Satz 2 BDSG stellt klar, dass diese Regelung auch für die Einwilligung in die Verarbeitung **besonderer Kategorien personenbezogener Daten** i.S.d. Art. 9 DS-GVO gilt. Stellt § 26 Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 BDSG eine „spezifischere Vorschrift“ i.S.d. Art. 88 Abs. 1 DS-GVO dar, so kann sie, ggf. in Verbindung mit den Regeln der DS-GVO, als Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung dienen. Erfüllt § 26 Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 BDSG die Anforderungen an eine „spezifischere Vorschrift“ hingegen nicht, so kann die Datenverarbeitung nur auf die allgemeinen Regeln der DS-GVO gestützt werden.

Ob auf **§ 26 Abs. 2 BDSG** als **Bereichsausnahme i.S.d. Art. 88 DS-GVO** zurückgegriffen werden kann, wird im juristischen Schrifttum **unterschiedlich beurteilt**. Die **überwiegende Meinung** nimmt an, dass § 26 Abs. 2 BDSG das Merkmal der Freiwilligkeit der Einwilligung in einer Weise konkretisiere, die deutlich über den Regelungsgehalt der DS-GVO (Art. 7 Abs. 4 DS-GVO) hinausgehe, und deshalb eine „spezifischere Vorschrift“ i.S.d. Art. 88 Abs. 1 DS-GVO darstelle.²² **Ver-einzelt** wird dies mit dem Hinweis bezweifelt, dass fraglich sei, ob die in § 26 Abs. 2 Satz 3 BDSG vorgeschriebene schriftliche oder elektronische Form der Einwilligung ausreiche, um die von Art. 88 Abs. 2 DS-GVO geforderte Transparenz der Verarbeitung zu gewährleisten; § 26 Abs. 2 BDSG entspreche insoweit nicht den Vorgaben des Art. 88 Abs. 2 DS-GVO, weshalb die Vorschrift unwirksam und somit unanwendbar sei.²³ Folgt man dieser Einzelansicht, so könnte eine Verarbeitung von Angaben zur Staatsangehörigkeit auf Grundlage einer Einwilligung nicht auf § 26 Abs. 2 BDSG, sondern nur auf den allgemeinen Erlaubnistatbestand des Art. 6 Abs. 1 Buchst. a) DS-GVO gestützt werden.

Hält man **§ 26 Abs. 2 BDSG** dagegen mit der überwiegenden Ansicht für eine **anwendbare Bereichsausnahme i.S.d. Art. 88 DS-GVO**, so kann die Vorschrift als Teil der **Rechtsgrundlage** für

22 Riesenhuber, in: Wolff/Brink/v. Ungern-Sternberg (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht, 55. Edition Stand: 01.02.2026, BDSG, § 26 Rn. 43; Jens Ambrock, in: Jandt/Steidle, Datenschutz im Internet, 2. Auflage 2025, Kapitel II. Rn. 61; Thüsing/Rombey/Jaspers/Pabst, in: Schwartmann/Benedikt/Reif, Datenschutz im Internet, 1. Auflage 2025, Kapitel 25 Rn. 24; Kaufmann/Wegmann/Wieg, Beschäftigtendatenschutz – Spielräume und Herausforderungen mitgliedstaatlicher Regelungen, NZA 2023, 740 (742); Thüsing/Peisker, Datenschutzrechtliches Glasperlenspiel?, NZA 2023, 213 (215).

23 Schild, Anmerkung zu EuGH (Urt. v. 30.03.2023 – C-34/21), ZD 2023, 391 (395); Sandvoß/Schild, Neue Entwicklungen des Beschäftigtendatenschutzes im Lichte der Rechtsprechung des EuGH vom 30.3.2023, NJOZ 2023, 1056 (1058).

die Verarbeitung von Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext herangezogen werden. Soweit mitgliedstaatliche Bestimmungen (wie § 26 Abs. 2 BDSG) keine erkennbar abschließenden Regelungen treffen, ist **ergänzend** auf die DS-GVO zurückzugreifen.²⁴ Dabei kann neben **Art. 6 Abs. 1 Buchst. a) DS-GVO**, der die Verarbeitung personenbezogener Daten auf Grundlage einer Einwilligung erlaubt, auch **Art. 9 DS-GVO** zu berücksichtigen sein. Art. 9 Abs. 1 DS-GVO verbietet zunächst pauschal die Verarbeitung besonderer Kategorien von Daten, enthält in Abs. 2 jedoch eine Reihe von Ausnahmen von diesem Verbot. So erlaubt **Art. 9 Abs. 2 Buchst. a) DS-GVO** die Verarbeitung **besonderer Kategorien von Daten** mit Einwilligung der Betroffenen. Ob diese Vorschriften zu berücksichtigen sind, hängt davon ab, ob Daten i.S.d. Art. 9 DS-GVO verarbeitet werden sollen. Zum Kreis dieser Daten gehören gemäß Art. 9 Abs. 1 DS-GVO u.a. Angaben, aus denen die **ethnische Herkunft einer Person** hervorgeht. Der Begriff der ethnischen Herkunft beruht auf dem Gedanken, dass gesellschaftliche Gruppen insbesondere durch eine **Gemeinsamkeit der Staatsangehörigkeit, Religion, Sprache, kulturellen und traditionellen Herkunft und Lebensumgebung** gekennzeichnet sind.²⁵ Ebenso kann das **Geburtsland einer Person** für deren ethnische Herkunft von Bedeutung sein.²⁶ Jedoch kann die ethnische Herkunft **nicht allein** aufgrund eines **einzigsten Kriteriums**, sondern nur anhand eines **Bündels aus subjektiven und objektiven Indizien** festgestellt werden.²⁷ Vorliegend sollen Angaben zu den **mit der Geburt erworbenen Staatsangehörigkeiten** der Bewerberinnen und Bewerber sowie ihrer Eltern verarbeitet werden. Die Staatsangehörigkeit reicht als alleiniges Kriterium nicht aus, um die ethnische Herkunft einer Person zu bestimmen, so dass der **Anwendungsbereich von Art. 9 DS-GVO** insoweit **nicht eröffnet** ist.²⁸ Werden in Auswahlverfahren des öffentlichen Dienstes personenbezogene Daten auf Grundlage einer **Einwilligung** verarbeitet, so stellen daher **§ 26 Abs. 2 BDSG i.V.m. Art. 88 Abs. 1, 6 Abs. 1 Buchst. a) DS-GVO** die dafür **erforderlichen Rechtsgrundlagen** dar.

2.1.2.4. Zwischenergebnis zu Art. 88 DS-GVO

Erfüllen mitgliedstaatliche Bestimmungen zum Beschäftigtendatenschutz die Anforderungen an eine „spezifischere Vorschrift“ i.S.d. **Art. 88 Abs. 1 DS-GVO** nicht, so kann auf diese im Rahmen des Art. 88 Abs. 1 DS-GVO nicht zurückgegriffen werden.²⁹ Wie gezeigt erfüllen weder § 26 Abs. 1 Satz 1 1. Fall BDSG (vgl. Ziff. 2.1.2.1.) noch § 106 Abs. 4 Satz BBG (vgl. Ziff. 2.1.2.2.) die Vorgaben des Art. 88 Abs. 1 DS-GVO. Soweit keine passenden mitgliedstaatlichen Vorschriften

24 Gräber/Nolden/Schmidt, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 4. Auflage 2026, BDSG, § 26 Rn 12.

25 EuGH, Urt. v. 06.04.2017 – C-668/15 (= NJW 2017, 3139 (Rn. 17)).

26 EuGH, Urt. v. 06.04.2017 – C-668/15 (= NJW 2017, 3139 (Rn. 18)).

27 EuGH, Urt. v. 06.04.2017 – C-668/15 (= NJW 2017, 3139 (Rn. 19)).

28 Schulz, in: Gola/Heckmann, DS-GVO BDSG, 3. Auflage 2022, DS-GVO, Art. 9 Rn. 14; Weichert, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 4. Auflage 2024, DS-GVO, Art. 9 Rn. 26; Petri, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, 2. Auflage 2025, DS-GVO, Art. 9 Rn. 16; Kampert, in: Sydow/Marsch, DS-GVO-BDSG, 3. Auflage 2022, DS-GVO, Art. 9 Rn. 6.

29 EuGH (Erste Kammer), Urt. v. 30.03.2023 – C-34/21 (= NZA 2023, 487 (Rn. 82 f.)).

i.S.d. Art. 88 Abs. 1 DS-GVO vorliegen, richtet sich die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten **unmittelbar nach der DS-GVO** (siehe dazu unten Ziff. 2.1.3.).³⁰

Wie gezeigt stellt **§ 26 Abs. 2, Abs 3 Satz 2 BDSG** eine „spezifischere Vorschrift“ i.S.d. Art. 88 Abs. 1 DS-GVO dar (vgl. Ziff. 2.1.2.3.), so dass sie, **ergänzt durch die allgemeinen Vorschriften der DS-GVO**, als Rechtsgrundlage für **einwilligungsbasierte** Verarbeitung herangezogen werden kann (siehe dazu unten Ziff. 2.3.).

2.2. Verarbeitung in Wahrnehmung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse, Art. 6 Abs. 1 Buchst. e) DS-GVO

In Ermangelung „spezifischerer Vorschriften“ i.S.d. Art. 88 Abs. 1 DS-GVO kommt, soweit man nicht auf eine Einwilligung abstellt, für Auswahlverfahren im öffentlichen Dienst insbesondere der Erlaubnistatbestand des **Art. 6 Abs. 1 Buchst. e) DS-GVO** als Rechtsgrundlage in Betracht.³¹ Danach ist die Verarbeitung rechtmäßig, wenn sie „für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich ist, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde“. Gemäß **Art. 6 Abs. 3 Satz 1 DS-GVO** wird die **Rechtsgrundlage** für diese Verarbeitungen durch das **Unionsrecht** oder das **Recht der Mitgliedstaaten** festgelegt. Als mitgliedstaatliche Rechtsgrundlage i.S.v. Art. 6 Abs. 3 DS-GVO können dabei **auch gesetzliche Bestimmungen** herangezogen werden, die **zwar nicht den Vorgaben von Art. 88 Abs. 1, 2 DS-GVO** entsprechen, **im Übrigen aber den Anforderungen der DS-GVO genügen**.³²

2.2.1. Erforderlichkeit für die Wahrnehmung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse, Art. 6 Abs. 1 Buchst. e) DS-GVO

Die Verarbeitung personenbezogener Daten ist gemäß **Art. 6 Abs. 1 Buchst. e) DS-GVO** rechtmäßig, wenn die Verarbeitung für die **Wahrnehmung einer Aufgabe**, die im **öffentlichen Interesse** liegt oder in **Ausübung** dem Verantwortlichen übertragener **öffentlicher Gewalt** erfolgt, **erforderlich** ist.

Die Besetzung von Stellen im öffentlichen Dienst dient der **hinreichenden personellen Ausstattung des Staates** zur Erfüllung seiner Aufgaben. Daher liegt die Durchführung der dafür nötigen **Auswahlverfahren im öffentlichen Interesse**.

Mit dem Merkmal der **Erforderlichkeit** soll die Verarbeitung personenbezogener Daten **auf das absolut Notwendige beschränkt** werden.³³ Es setzt zunächst voraus, dass die Aufgabe ohne die

30 EuGH (Erste Kammer), Urt. v. 30.03.2023 – C-34/21 (= NZA 2023, 487 (Rn. 85)).

31 EuGH, ebd.; Seifert, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, 2. Auflage 2025, BDSG, § 26 Rn. 7; Anm. d. Verf.: Auf den Erlaubnistatbestand der Verarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten i.S.d. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. f) DS-GVO können Behörden für Verarbeitungen, die sie in Erfüllung ihrer Aufgaben vornehmen, gemäß Art. 6 Abs. 1 Satz 2 DS-GVO nicht zurückgreifen.

32 EuGH (Erste Kammer), Urt. v. 30.03.2023 – C-34/21 (= NZA 2023, 487 (Rn. 88 f.)).

33 EuGH (Zweite Kammer), Urt. v. 04.05.2017 – C-13/16 (= BeckRS 2017, 108615 (Rn. 30)); Heberlein, in: Ehmman/Selmayr, DS-GVO, 3. Auflage 2024, Art. 6 Rn. 37.

Verarbeitung **nicht, nicht vollständig oder nicht in rechtmäßiger Weise** erfüllt werden kann.³⁴ Zudem verlangt der EuGH, dass das verfolgte, im öffentlichen Interesse liegende Ziel nicht in zumutbarer Weise **ebenso wirksam mit anderen Mitteln erreicht werden** kann, die **weniger stark** in die **Grundrechte** der betroffenen Personen, insbesondere die Rechte auf Achtung des Privatlebens und auf Schutz personenbezogener Daten, **eingreifen**.³⁵ Bezugspunkt der Erforderlichkeit ist im Übrigen nicht das öffentliche Interesse oder die öffentliche Aufgabe selbst, sondern der näher bestimmte Verarbeitungs- und Verwendungszweck.³⁶

Die Verarbeitung von Angaben zur Staatsangehörigkeit der Bewerberinnen und Bewerber sowie ihrer Eltern müsste also für die Besetzung von Stellen im öffentlichen Dienst erforderlich sein. Die Auswahl von Bewerberinnen und Bewerbern bei der Besetzung von Stellen im öffentlichen Dienst darf nach dem in Art. 33 Abs. 2 GG verankerten Prinzip der Bestenauslese³⁷ nur anhand der Kriterien Eignung, Befähigung und fachliche Leistung erfolgen.³⁸ Welche Staatsangehörigkeiten Bewerberinnen und Bewerber bzw. deren Eltern bei der Geburt erworben haben, dürfte in dieser Hinsicht regelmäßig irrelevant sein. Je nach Anforderungsprofil der zu besetzenden Stelle könnten allenfalls Gesichtspunkte wie etwa bestimmte sprachliche oder interkulturelle Kompetenzen zulässige Eignungskriterien im Rahmen der Bestenauslese darstellen.³⁹ Nach allgemeiner Ansicht ist es jedoch zulässig, bei gleicher Eignung mehrerer Bewerberinnen und Bewerber auf nicht leistungsbezogene Kriterien zurückzugreifen.⁴⁰ Welche Hilfskriterien dabei im Einzelnen zulässig sind, wird unterschiedlich beurteilt.⁴¹ Während die Rechtsprechung und Teile des Schrifttums sachlich gerechtfertigte Hilfskriterien ausreichen lassen⁴², wird im Schrifttum überwiegend verlangt, dass den Hilfskriterien Verfassungsrang zukommen müsse⁴³. Verfassungsrang wird dem Merkmal des Migrationshintergrundes dabei teils unter Hinweis auf das Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG oder die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG mit dem Ar-

34 Albers/Veit, in: Wolff/Brink/v. Ungern-Sternberg (Hrsg.), Datenschutzrecht, 55. Edition Stand 01.02.2026, DSGVO, Art. 6 Rn. 19.

35 EuGH, Urt. v. 01.08.2022 – C-184/20 (= LTZ 2023, 50 (Rn. 85)).

36 Albers/Veit, in: Wolff/Brink/v. Ungern-Sternberg (Hrsg.), Datenschutzrecht, 55. Edition Stand 01.02.2026, DSGVO, Art. 6 Rn. 17.

37 Brosius-Gersdorf, in: Dreier, GG, 3. Auflage 2015, Art. 33 Rn. 73.

38 Zu den Einzelheiten des Prinzips der Bestenauslese und zur Zulässigkeit von Hilfskriterien vgl. die ausführliche Darstellung bei: Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Einzelfragen zur Förderung der Diversität im öffentlichen Dienst, Ausarbeitung, 31.10.2022, [WD 6 - 3000 - 083/22](#); [WD 3 - 3000 - 139/22](#), S. 6 ff.

39 Majer/Pautsch, „Positive Diskriminierung“ – Verfassungsrechtliche Zulässigkeit von „Migrantenquoten“ und Bevorzugung wegen Migrationshintergrundes beim Zugang zum öffentlichen Dienst, ZAR 2020, 414 (417).

40 Brosius-Gersdorf, in: Dreier, GG, 3. Auflage 2015, Art. 33 Rn. 116 (m.w.N.).

41 Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Einzelfragen zur Förderung der Diversität im öffentlichen Dienst, Ausarbeitung, 31.10.2022, [WD 6 - 3000 - 083/22](#); [WD 3 - 3000 - 139/22](#), S. 9 (m.w.N.).

42 Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Einzelfragen zur Förderung der Diversität im öffentlichen Dienst, Ausarbeitung, 31.10.2022, [WD 6 - 3000 - 083/22](#); [WD 3 - 3000 - 139/22](#), S. 9 (Fußnote 25).

43 Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Einzelfragen zur Förderung der Diversität im öffentlichen Dienst, Ausarbeitung, 31.10.2022, [WD 6 - 3000 - 083/22](#); [WD 3 - 3000 - 139/22](#), S. 9 (Fußnote 26).

gument beigemessen, diesen Regelungen könne das Ziel entnommen werden, die gesellschaftliche Vielfalt im öffentlichen Dienst abzubilden und damit strukturell bestehenden Nachteilen entgegenzuwirken.⁴⁴ Andere Literaturstimmen halten einen Rückgriff auf Art. 3 Abs. 3 GG in diesem Zusammenhang für unzulässig, da die Bevorzugung einer gesellschaftlichen Gruppe stets die Benachteiligung einer anderen bedinge.⁴⁵ Darüber hinaus wird vereinzelt angenommen, dass die gebotenen verfassungsrechtlichen Abwägungen durch eine gesetzliche Regelung konkretisiert werden müssen.⁴⁶

Soweit man nach dem Vorgesagten den Migrationshintergrund einer Person **als zulässiges Hilfskriterium** für die Auswahlentscheidung beim Zugang zum öffentlichen Dienst **ansieht**, dürfte die Verarbeitung von Angaben zu den bei Geburt erworbenen Staatsangehörigkeiten der Bewerberinnen und Bewerber sowie ihrer Eltern auch erforderlich i.S.d. Art. 6 Abs. 1 Buchst. e) DS-GVO sein, da es auf andere Weise nicht möglich wäre, diese Angaben bei der Auswahl zu berücksichtigen.

Die Prüfung der Erforderlichkeit umfasst nach Ansicht des EuGH darüber hinaus auch die Einhaltung des **Grundsatzes der Datenminimierung aus Art. 5 Abs. 1 Buchst. c) DS-GVO**.⁴⁷ Die Verarbeitung personenbezogener Daten muss daher dem Zweck angemessen und erheblich sowie auf das für die Zwecke der Verarbeitung notwendige Maß beschränkt sein.⁴⁸

2.2.2. Unionsrechtliche oder mitgliedstaatliche Rechtsgrundlage, Art. 6 Abs. 3 DS-GVO

Gemäß Art. 6 Abs. 3 Satz 1 DS-GVO bedarf die Verarbeitung gemäß Art. 6 Abs. 1 Buchst. e) DS-GVO einer **Rechtsgrundlage** im **Unionsrecht** oder im **Recht der Mitgliedstaaten**. Diese Rechtsgrundlage muss zudem den Anforderungen von Art. 6 Abs. 3 Satz 2 - 4 DS-GVO genügen. Das bedeutet insbesondere, dass der **Zweck der Verarbeitung** in der Rechtsgrundlage **festgelegt** sein oder hinsichtlich der Verarbeitung für die Erfüllung der Aufgabe im öffentlichen Interesse erforderlich sein muss (vgl. Art. 6 Abs. 3 Satz 2 DS-GVO). Ferner muss die Rechtsgrundlage ein **im öffentlichen Interesse liegendes Ziel** verfolgen und in einem **angemessenen Verhältnis** zu dem verfolgten legitimen Zweck stehen (vgl. Art. 6 Abs. 3 Satz 4 DS-GVO). Dabei muss nach Erwägungsgrund 45 der DS-GVO nicht für jede einzelne Verarbeitung eine spezifische gesetzliche Grundlage bestehen, vielmehr kann ein Gesetz als Grundlage für mehrere Verarbeitungsvorgänge ausreichend sein, wenn die Verarbeitung zur Wahrnehmung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erforderlich ist. Darüber hinaus kann die Rechtsgrundlage weitergehende spezifische Bestimmungen zur Anpassung der Anwendung der Vorschriften der

44 Kaiser, in: Huber/Voßkuhle, GG, 8. Auflage 2024, Art. 33 Rn. 20 (m.w.N. Fußnote 194).

45 Langenfeld, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Werkstand: 109 EL Januar 2026, Art. 3 Abs. 3 Rn. 30.

46 Kaiser, in: Huber/Voßkuhle, GG, 8. Auflage 2024, Art. 33 Rn. 20.

47 EuGH (Erste Kammer), Urt. v. 09.01.2025 – C-394/23 (= EuZW 2025, 435 (Rn. 49)).

48 EuGH, ebd.

DS-GVO i.S.v. Art. 6 Abs. 3 Satz 3 in Verbindung mit Erwägungsgrund 45 der DS-GVO enthalten.⁴⁹

Soweit es um die Auswahl von Bewerberinnen und Bewerbern für ein **Anstellungsverhältnis im öffentlichen Dienst** geht, sieht **§ 26 Abs. 1 Satz 1, 1. Fall BDSG** vor, dass personenbezogene Daten von Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses u.a. dann verarbeitet werden dürfen, wenn dies für die **Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses** erforderlich ist. Im Fall von **beamtenrechtlichen** Auswahlverfahren ermächtigt **§ 106 Abs. 4 Satz 1 BBG** den Dienstherrn zur Erhebung personenbezogener Daten über Bewerberinnen und Bewerber sowie Beamtinnen und Beamte, soweit dies u.a. zur Begründung des Dienstverhältnisses oder zur Durchführung organisatorischer, personeller oder sozialer Maßnahmen, insbesondere zu Zwecken der Personalplanung oder des Personaleinsatzes, erforderlich ist. Beide mitgliedstaatlichen Rechtsgrundlagen legen, wie von Art. 6 Abs. 3 Satz 2 DS-GVO gefordert, ausdrücklich den Zweck der Verarbeitung fest. Die Vorschriften sollen die Durchführung von Auswahlverfahren ermöglichen, mittels derer staatliche Stellen eine hinreichende Personaldecke zur Erfüllung ihrer Aufgaben aufbauen können. Die Vorschriften dienen daher, wie von Art. 6 Abs. 3 Satz 4 DS-GVO gefordert, einem im öffentlichen Interesse liegenden Ziel.

Für die in **§ 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG** und **§ 106 Abs. 4 Satz 1 BBG** vorausgesetzte **Erforderlichkeit** für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses gelten die Ausführungen zur Erforderlichkeit i.S.d. Art. 6 Abs. 1 Buchst. e) DS-GVO (vgl. oben Ziff. 2.2.1.) entsprechend. Somit dürfte die Verarbeitung von Angaben zu den bei Geburt erworbenen Staatsangehörigkeiten der Bewerberinnen und Bewerber sowie ihrer Eltern erforderlich **im Sinne dieser Normen sein, soweit** man den Migrationshintergrund einer Person **als zulässiges Hilfskriterium** für die Auswahlentscheidung beim Zugang zum öffentlichen Dienst **ansieht**.

2.3. Verarbeitung auf Grundlage einer Einwilligung, Art. 6 Abs. 1 Buchst. a) DS-GVO

Wie oben darlegt, kommen **§ 26 Abs. 2 BDSG, Art. 6 Abs. 1 Buchst. a), 88 Abs. 1 DS-GVO** als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung von Angaben zur Staatsangehörigkeit auf Grundlage einer **Einwilligung** in Betracht.

Gemäß Art. 6 Abs. 1 Buchst. a) DS-GVO ist die Verarbeitung personenbezogener Daten zulässig, wenn die betroffenen Personen ihre **Einwilligung** zu der Verarbeitung **für einen oder mehrere bestimmte Zwecke** gegeben haben. Sollen auf dieser Grundlage Angaben zu den bei Geburt erworbenen Staatsangehörigkeiten der Bewerberinnen und Bewerber sowie ihrer Eltern verarbeitet werden, müssen demnach **sowohl die Bewerberinnen und Bewerber als auch deren Eltern** in die Verarbeitung eingewilligt haben.

Die **Bedingungen** für eine wirksame Einwilligung werden in **Art. 7 DS-GVO** näher bestimmt. Zentrale Voraussetzung für eine wirksame Einwilligung ist gemäß Art. 7 Abs. 4, 4 Nr. 11 DS-GVO, dass sie **freiwillig** erfolgt. Freiwillig ist die Einwilligung, wenn sie **ohne jeden Druck oder Zwang** abgegeben wird.⁵⁰ Wegen des in Arbeitsverhältnissen häufig anzutreffenden sozialen Ab-

49 BAG, Beschl. v. 09.05.2023 – 1 ABR 14/22 (= BAGE 181, 1 (Rn. 65)).

50 Schulz, in: Gola/Heckmann, DS-GVO BDSG, 3. Auflage 2022, DS-GVO, Art. 7 Rn. 19.

hängigkeitsverhältnisses wurde die Freiwilligkeit der Einwilligung in diesen Situationen ursprünglich häufig angezweifelt.⁵¹ Nach jüngerer Ansicht spricht das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses oder einer Bewerbungssituation jedoch nicht gegen eine Freiwilligkeit, vielmehr soll grundsätzlich von einer Freiwilligkeit auszugehen sein.⁵² Als spezifischere mitgliedstaatliche Vorschrift i.S.d. Art. 88 Abs. 1 DS-GVO bestimmt zudem § 26 Abs. 2 Satz 1 BDSG, dass für die Beurteilung der Freiwilligkeit der Einwilligung insbesondere die im Beschäftigungsverhältnis bestehende Abhängigkeit der beschäftigten Person sowie die Umstände, unter denen die Einwilligung erteilt worden ist, zu berücksichtigen sind. Freiwilligkeit kann gemäß § 26 Abs. 2 Satz 2 BDSG insbesondere vorliegen, wenn für die beschäftigte Person ein rechtlicher oder wirtschaftlicher Vorteil erreicht wird oder Arbeitgeber und beschäftigte Person gleichgelagerte Interessen verfolgen. Im Zusammenhang mit der Erhebung der Staatsangehörigkeit zur Bestimmung des Migrationshintergrundes spricht für die Freiwilligkeit der Einwilligung daher insbesondere der Umstand, dass der Migrationshintergrund den Betroffenen in Fällen gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung potenziell nur zu einem Vorteil im Auswahlverfahren verhelfen wird.

Die Einwilligung hat gemäß § 26 Abs. 2 Satz 3 BDSG schriftlich oder elektronisch zu erfolgen, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. Der Arbeitgeber hat die beschäftigte Person über den Zweck der Datenverarbeitung und über ihr Widerrufsrecht nach § 26 Abs. 2 Satz 4 BDSG i.V.m. Art. 7 Abs. 3 DS-GVO in Textform aufzuklären.

2.4. Zwischenergebnis zur Zulässigkeit der Datenverarbeitung

Demnach ist festzuhalten, dass die Verarbeitung von Angaben zu den bei Geburt erworbenen Staatsangehörigkeiten der Bewerberinnen und Bewerber sowie deren Eltern, bei Auswahlverfahren im öffentlichen Dienst mit dem Ziel, im Fall eines Leistungspatts ergänzend einen eventuellen Migrationshintergrund der Bewerberinnen und Bewerber zu berücksichtigen, **in datenschutzrechtlicher** Hinsicht auf unterschiedliche Rechtsgrundlagen gestützt werden könnte. In Betracht kommt zum einen eine Verarbeitung zur Wahrnehmung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse gemäß Art. 6 Abs. 1 Buchst. e), Abs. 3 DS-GVO i.V.m. § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG bzw. § 106 Abs. 4 Satz 1 BBG. Zum anderen kann die Verarbeitung auch auf Grundlage einer Einwilligung gemäß § 26 Abs. 2 BDSG i.V.m. Art. 88 Abs. 1, 6 Abs. 1 Buchst. a) DS-GVO erfolgen.

3. Fehlerfolgen und Rechtsschutz

Entsprechend der **Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG** haben Bewerberinnen und Bewerber, die in einem Auswahlverfahren für eine Beamtenstelle oder für eine tarifliche Anstellung im öffentlichen Dienst unterlegen sind, die Möglichkeit, die Auswahlentscheidung gerichtlich da-

51 Pauly, in: Paal/Pauly. DS-GVO BDSG, 4. Auflage 2026, DS-GVO, Art. 88 Rn. 9 (m.w.N.).

52 BAG, Urt. v. 11.12.2014 – 8 AZR 1010/13 (= NJW 2015, 604 (Rn. 32)); Franzen, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 26. Auflage 2026, BDSG, § 26 Rn. 40.

rauf überprüfen zu lassen, ob die Entscheidung sie in ihrem **subjektiv-öffentlichen Recht auf ermessensfehlerfreie Auswahl aus Art. 33 Abs. 2 GG** verletzt.⁵³

3.1. Folgen fehlerhafter Auswahlentscheidungen

Aus einer fehlerhaften Auswahlentscheidung folgt für unterlegene Bewerberinnen und Bewerber regelmäßig **kein Anspruch auf Vergabe des begehrten Dienstpostens**; vielmehr können sie eine **erneute Entscheidung über ihre Bewerbung** beanspruchen, wenn ihre Auswahl möglich erscheint.⁵⁴ Dieses auch „Bewerbungsverfahrensanspruch“ genannte grundrechtsgleiche Recht garantiert Bewerberinnen und Bewerbern eine beurteilungs- und ermessensfehlerfreie Einbeziehung in das Auswahlverfahren.⁵⁵

3.2. Rechtsschutz

Für die gerichtliche Geltendmachung dieses Anspruchs ist zu beachten, dass gemäß **§ 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a) Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG)**⁵⁶ die **Gerichte für Arbeitssachen** ausschließlich zuständig sind für **bürgerliche Streitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern** aus dem **Arbeitsverhältnis**. Demgegenüber besteht mit § 126 Abs. 1 BBG für Bundesbeamte – bzw. § 54 Abs. 1 Beamtenstatusgesetz (BeamStG)⁵⁷ für Landesbeamte – für **beamtenrechtliche Streitigkeiten** eine aufdrängende Sonderzuweisung zur Verwaltungsgerichtsbarkeit. Ob eine Streitigkeit bürgerlicher oder beamtenrechtlicher Art vorliegt, ob also der Weg zu den Gerichten für Arbeitssachen oder der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist, richtet sich nach der **Natur des Rechtsverhältnisses**, aus dem der Klageanspruch abgeleitet wird.⁵⁸ Maßgeblich ist, ob der zur Klagebegründung vorgetragene Sachverhalt für die aus ihm hergeleitete Rechtsfolge von Rechtssätzen des bürgerlichen Rechts oder des öffentlichen Rechts geprägt wird, nicht dagegen, ob sich die klagende Partei auf eine zivilrechtliche oder öffentlich-rechtliche Anspruchsgrundlage beruft.⁵⁹ Der Bewerbungsverfahrensanspruch ist a priori **weder als öffentlich-rechtlich noch als bürgerlich-rechtlich** zu qualifizieren.⁶⁰ Er hat **nur dann** für alle Mitbewerberinnen und Mitbewerber – unabhängig von ihrem Status als Arbeitnehmer, Selbstständige oder Beamte – einen **einheitlichen öffentlich-rechtlichen Charakter**, wenn die von der Auswahlentscheidung nach Art. 33 Abs. 2 GG für ein

53 BAG, Urt. v. 18.09.2001 – 9 AZR 410/00 (= NZA 2002, 271 (272)); BVerfG, Beschl. v. 28.11.2011 – 2 BvR 1181/11 (= NVwZ 2012, 366 (Rn. 20)); Badura, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Werkstand: 108. EL August 2025, Art. 33 Rn. 37.

54 Badura, ebd.

55 Mehde, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Werkstand: 109. EL Januar 2026, Art. 33 Rn. 52 (m.w.N.).

56 Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 02.07.1979 (BGBl. I S. 853, 1036), zuletzt geändert durch Art. 7 des Gesetzes vom 20.05.2026 (BGBl. 2026 I Nr. 152).

57 Beamtenstatusgesetz ([BeamStG](#)) vom 17.06.2008 (BGBl. I S. 1010), zuletzt geändert durch Art. 5 des Gesetzes vom 20.12.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 389).

58 BAG, Beschl. v. 04.09.2018 – 9 AZB 10/18 (= BeckRS 2018, 32950 (Rn. 15)).

59 BAG, ebd.

60 BVerwG, Beschl. v. 17.3.2021 – 2 B 3/21 (= NJW 2021, 1237 (Rn. 19)).

Statusamt betroffene (unterlegene) Person entweder **selbst beamtet** ist oder als beamtete oder nichtbeamtete Person um Rechtsschutz gegen die **Auswahl der erfolgreichen beamteten Person** nachsucht, da in diesen Fällen der verfahrensrechtliche Sonderstatus einer zum Bewerberkreis um das öffentliche Amt gehörenden beamteten Person unmittelbar betroffen ist.⁶¹ Soll eine Stelle dagegen nur mit tariflichen **Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmern** besetzt werden, so ist der Bewerbungsverfahrensanspruch ungeachtet seiner Herleitung aus Art. 33 Abs. 2 GG bürgerlich-rechtlicher Natur⁶², so dass für Streitigkeiten in diesen Fällen die **Gerichte für Arbeitssachen** zuständig sind.⁶³

Für das **gerichtliche Vorgehen** gegen eine Auswahlentscheidung sind, sofern es sich um eine beamtenrechtliche Streitigkeit handelt, insbesondere **zwei Gesichtspunkte** maßgeblich:

Zum einen kommt es auf die **Rechtsnatur der Auswahlentscheidung** an. Qualifiziert man diese mit der herrschenden Meinung als Verwaltungsakt mit belastender Drittwirkung, der allen Bewerbern im Wege einer sog. Konkurrentenmitteilung bekanntzugeben ist, so folgt daraus, dass im **Hauptsacheverfahren** neben einer **Verpflichtungsklage** (§ 42 Abs. 1, 2. Fall Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)⁶⁴) auf **erneute Bescheidung** auch eine **Anfechtungsklage** (§ 42 Abs. 1, 1. Fall VwGO) gegen die **Auswahlentscheidung** erhoben werden muss, um deren Bestandskraft zu verhindern.⁶⁵

Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass nach der jüngeren Rechtsprechung auch die **Ernen-nung der Konkurrentin bzw. des Konkurrenten** für die unterlegenen Bewerberinnen und Bewerber einen **Verwaltungsakt mit belastender Drittwirkung** darstellt, der wegen des **Grundsatzes der Ämterstabilität** in der Regel **nicht mehr gerichtlich aufgehoben** werden kann.⁶⁶ Zudem könnte die ursprünglich ausgeschriebene Stelle unterlegenen Bewerberinnen und Bewerbern nach der Ernennung einer oder eines anderen nicht mehr übertragen werden, so dass ihnen bereits die nötige Klagebefugnis fehlen würde.⁶⁷ Dies soll jedoch nur dann gelten, wenn der Dienstherr den unterlegenen Bewerberinnen und Bewerbern die Entscheidung mitgeteilt und danach **mindestens zwei Wochen abgewartet** hat, um ihnen die Möglichkeit zu geben, gerichtlichen Rechtsschutz zu beantragen.⁶⁸ Solange die verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht abgeschlos-

61 BVerwG, Beschl. v. 17.3.2021 – 2 B 3/21 (= NJW 2021, 1237 (Rn. 20)).

62 BAG, Beschl. v. 26.04.2021 – 9 AZB 3/21 (=BeckRS 2021, 33569 (Rn. 12)).

63 Liebscher/Rinckhoff, Die Zukunft des Bewerberverfahrensanspruchs zwischen Beamtenrecht und Arbeitsrecht, öAT 2022, 177 (179).

64 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 19.03.1991 (BGBl. I S. 686), zuletzt geändert durch Artikel 12a des Gesetzes vom 23.04.2026 (BGBl. 2026 I Nr. 111).

65 Pietzcker/Marsch, in: Schoch/Schneider, VwGO, Werkstand: 48. EL Juli 2025, § 42 Abs. 1 Rn. 144a (m.w.N.).

66 Pietzcker/Marsch, in: Schoch/Schneider, VwGO, Werkstand: 48. EL Juli 2025, § 42 Abs. 1 Rn. 144b (m.w.N.).

67 Badura, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Werkstand: 108. EL August 2025, Art. 33 Rn. 38.

68 Pietzcker/Marsch, ebd.

sen sind, darf die Ernennung nicht erfolgen.⁶⁹ Für den **vorläufigen Rechtsschutz** bedeutet dies nach **überwiegender Ansicht in der Rechtsprechung**, dass es vor allem darauf ankomme, dem Dienstherrn die Ernennung des erfolgreichen Konkurrenten bis zur Entscheidung in der Hauptsache zu untersagen.⁷⁰ Statthaft ist demnach **nicht** ein **Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung** von Rechtsmitteln gegen die Auswahlentscheidung (vgl. § 80 Abs. 5 VwGO), sondern ein **Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung** gemäß **§ 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO**, mit dem Ziel, dem Dienstherrn die Ernennung des erfolgreichen Konkurrenten zu untersagen.⁷¹

Wird der Bewerbungsverfahrensanspruch vor den **Gerichten für Arbeitssachen** geltend gemacht, so wird in ähnlicher Weise, wenngleich mit anderer dogmatischer Herleitung, verfahren. Im **Hauptsacheverfahren** richtet sich die Klage üblicherweise auf die **erneute Durchführung des Auswahlverfahrens** unter Einbeziehung der klagenden Partei.⁷² Dabei muss anders als vor den Verwaltungsgerichten **nicht auf Neubescheidung**, sondern auf die **Wiederholung der Auswahlentscheidung** unter Beachtung der Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG geklagt werden.⁷³ Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass die **endgültige Besetzung einer Stelle** dazu führt, dass sich der **Bewerbungsverfahrensanspruch** der Mitbewerberinnen und Mitbewerber **erschöpft**, so dass zivilrechtlich ein Fall der **Unmöglichkeit** vorliegt.⁷⁴ Der **einstweilige Rechtsschutz** vor dem Arbeitsgericht zielt – ähnlich wie in beamtenrechtlichen Streitigkeiten vor dem Verwaltungsgericht – darauf ab, die **bevorstehende Besetzung** der ausgeschriebenen Stelle zu **untersagen**, um den im Hauptsacheverfahren verfolgten Bewerbungsverfahrensanspruch zu sichern.⁷⁵ Der Antrag richtet sich also gegen den Abschluss des Arbeitsvertrags.

Kommt ein öffentlicher Arbeitgeber der Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutz, egal ob in Fällen beamtenrechtlicher oder bürgerlich-rechtlicher Streitigkeit, zuvor, indem er die Stelle noch während des laufenden gerichtlichen Verfahrens besetzt, so führt dies nicht zum Erlöschen des Bewerbungsverfahrensanspruchs.⁷⁶ Im **verwaltungsgerichtlichen** Verfahren steht der Grundsatz der Ämterstabilität der **Aufhebung der Ernennung** des ursprünglich erfolgreichen Bewerbers deshalb nicht entgegen, wenn der unterlegene Bewerber daran gehindert worden ist, die Rechtsschutzmöglichkeiten zur Durchsetzung seines Bewerbungsverfahrensanspruchs vor der Ernennung auszuschöpfen. In diesem Fall ist die Ernennung mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben,

69 Pietzcker/Marsch, ebd.

70 Pietzcker/Marsch, ebd.

71 Pietzcker/Marsch, ebd.

72 Ahrendt, in: Schaub (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch, 21. Auflage 2025, § 183 Rn. 11.

73 Ahrendt, ebd.

74 Liebscher/Rinckhoff, Die Zukunft des Bewerberverfahrensanspruchs zwischen Beamtenrecht und Arbeitsrecht, öAT 2022, 177 (177).

75 Ahrendt, in: Schaub (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch, 21. Auflage 2025, § 183 Rn. 13.

76 Ahrendt, in: Schaub (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch, 21. Auflage 2025, § 183 Rn. 15; Kuhla, in: Posser/Wolff/Decker, BeckOK VwGO, 77. Edition Stand: 01.07.2025, § 123 Rn. 95c.4.

wenn sie gegen die Rechte des Klägers aus Art. 33 Abs. 2 GG verstößt.⁷⁷ Im **arbeitsgerichtlichen Verfahren** kann ein übergangener Bewerber **Schadensersatz** wegen der Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung verlangen, wenn ein an die Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG gebundener Arbeitgeber eine zu besetzende Stelle zu Unrecht an einen Konkurrenten vergibt, die bei ordnungsgemäßer Auswahl der Kläger erhalten hätte.⁷⁸ Nach der Wertung des § 839 Abs. 3 BGB kann ein zu Unrecht abgelehnter Stellenbewerber einen Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes zwar grundsätzlich nur dann auf Schadensersatz in Anspruch nehmen, wenn er sich im Vorfeld der Stellenbesetzung bemüht hat, seine Rechte aus Art. 33 Abs. 2 GG durch die Inanspruchnahme einstweiligen Rechtsschutzes zu wahren und dadurch den Eintritt des Schadens abzuwenden.⁷⁹ § 839 Abs. 3 BGB steht einem Schadensersatzanspruch aber nicht entgegen, wenn der öffentliche Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht tatsächlich in die Lage versetzt hat, Primärrechtsschutz in Anspruch zu nehmen.⁸⁰

77 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 (= BVerwGE 138, 102).

78 BAG, Urt. v. 01.12.2020 – 9 AZR 192/20 (= NJW 2021, 1180 (Rn. 28)).

79 BAG, Urt. v. 27.07.2021 – 9 AZR 326/20 (= NZA 2021, 1775 (Rn. 24 f.)).

80 BAG, Urt. v. 01.12.2020 – 9 AZR 192/20 (= NJW 2021, 1180 (Rn. 35)).