

Vorabkontrolle bei MIBS

Gutachtliche Stellungnahme
von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

I. Die Fragestellung

In der ver.di-Hauptverwaltung bestehen Meinungsverschiedenheiten über die Frage, ob das Arbeiten mit MIBS der Vorabkontrolle durch den betrieblichen Datenschutzbeauftragten nach § 4 d Abs. 5 BDSG unterliegt.

In zwei eingehenden Papieren vom 15.12.2001 bzw. vom 09.04.2002 hat Norbert Warga als betrieblicher Datenschutzbeauftragter die Notwendigkeit einer Vorabkontrolle bejaht. Mit Schreiben vom 8. November 2002 hat der Berliner Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit einen Vermerk übersandt, der die Position des betrieblichen Datenschutzbeauftragten jedenfalls im Ergebnis bestätigt.

Der Vorstand hat mich um eine Stellungnahme gebeten.

II. Der normative Ausgangspunkt

Nach § 4 d Abs. 5 Satz 1 BDSG ist eine sog. Vorabkontrolle durchzuführen, soweit automatisierte Verarbeitungen „besondere Risiken für die Rechte und Freiheiten der Betroffenen“ aufweisen. „Vorabkontrolle“ bedeutet in diesem Zusammenhang, dass „vor Beginn der Verarbeitung“ eine Rechtmäßigkeitsprüfung erfolgt. Diese liegt nach § 4 d Abs. 6 Satz 1 BDSG in der Hand des betrieblichen Datenschutzbeauftragten, der sich nach § 4 d

Abs. 6 Satz 3 BDSG in Zweifelsfällen an die Aufsichtsbehörde zu wenden hat.

§ 4 d Abs. 5 Satz 2 BDSG nennt Beispielsfälle, bei denen der Gesetzgeber davon ausgeht, dass die Voraussetzungen von Abs. 5 Satz 1 vorliegen, also besondere Risiken für die Rechte und Freiheiten der Betroffenen bestehen. Genannt wird dabei in Nr. 1 die Verarbeitung sog. besonderer Arten personenbezogener Daten nach § 3 Abs. 9 BDSG, die üblicherweise auch als „sensitive Daten“ bezeichnet werden. Zu ihnen gehört ausweislich des Wortlauts von § 3 Abs. 9 BDSG auch die Gewerkschaftszugehörigkeit.

Die damit an sich gegebene Notwendigkeit zur Vorabkontrolle kennt jedoch nach dem „Es sei denn“-Satz von § 4 d Abs. 5 Satz 2 drei Ausnahmen.

- Die Vorabkontrolle entfällt dann, wenn durch die Datenverarbeitung einer gesetzlichen Verpflichtung Rechnung getragen wird. Das ist im vorliegenden Fall ersichtlich nicht gegeben, so dass dieser Ausnahmetatbestand nicht näher betrachtet werden muss.

- Die Vorabkontrolle entfällt weiter dann, wenn der Betroffene in die fragliche Datenverarbeitung eingewilligt hat.

Dies könnte eher in Frage kommen und bedarf deshalb etwas eingehenderer Betrachtung.

- Schließlich entfällt die Vorabkontrolle dann, wenn das fragliche Verfahren der „Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses mit dem Betroffenen dient.“ Damit ist im konkreten Fall - wie auch die Stellungnahme des Berliner Datenschutzbeauftragten deutlich macht - auch das Mitgliedschaftsverhältnis angesprochen; wie weit der durch dieses gezogene Verarbeitungsrahmen reicht, bedarf eingehender Erörterung.

III. Vorliegen von Verarbeitungsprozessen

Die Vorabkontrolle nach § 4 d Abs. 5 setzt voraus, dass sich Gefahren für die Betroffenen aus „automatisierten Verarbeitungen“ ergeben. Werden Daten, die in einer Datei gespeichert sind, lediglich in eine andere Datei überführt, so stellt dies keine Verarbeitung im Rechtssinne, sondern nur eine schlichte Nutzung dar. Dies wird aus der Definition des § 3 Abs. 4 BDSG deutlich, wonach die Verarbeitung das „Speichern, Verändern, Übermitteln, Sperren und Löschen personenbezogener Daten“ umfasst. Das Speichern ist seinerseits wieder durch das „Erfassen, Aufnehmen oder Aufbewahren personenbezogener Daten auf einen Datenträger zum Zwecke ihrer weiteren Verarbeitung oder

Nutzung" umschrieben. Das reine „Umspeichern“ von einem System in ein anderes stellt keine Verarbeitung dar.

So Dammann, in: Simitis (Hrsg.), Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, 5. Aufl., Baden-Baden 2003, § 3 Rn. 123

Anders wird jedoch mit Rücksicht auf das Schutzbedürfnis des Betroffenen der Fall beurteilt, dass der Verwendungszusammenhang geändert oder die Verfügbarkeit der Daten durch die neue Speicherung erhöht wird.

Dammann, a. a. O.

Für den Gutachter ist aus den vorgelegten Papieren nicht erkennbar, in welchem „Aggregatzustand“ sich die Daten vor der Inbetriebnahme von MIBS befanden. Die Überführung in Excel führt nicht notwendigerweise dazu, dass ihre Verfügbarkeit vergrößert wird. Die ausdrücklich erwähnte Versandbarkeit per E-Mail ist z. B. unschwer auch aus einer Word-Datei heraus möglich.

Im Folgenden soll gleichwohl unterstellt werden, dass die Einschätzung des betrieblichen Datenschutzbeauftragten zutrifft, wonach die Daten der Gewerkschaftsmitglieder in weiterem Umfang als zuvor verknüpft und ausgewertet werden können, so dass die Grundsätze über die Datenverarbeitung eingreifen.

IV. Einwilligung der Betroffenen?

Denkbar wäre, dass die Vorabkontrolle deshalb entfällt, weil die betroffenen Gewerkschaftsmitglieder in die organisationsinterne Verarbeitung ihrer Daten eingewilligt haben. Davon kann jedoch unter den gegebenen Umständen nicht ausgegangen werden.

§ 4 a BDSG macht eine wirksame Einwilligung von einer Reihe von Voraussetzungen wie Schriftform und „Freiwilligkeit“ abhängig, die im vorliegenden Zusammenhang ohne Schwierigkeiten bejaht werden können. In Bezug auf die sog. sensitiven Daten nach § 3 Abs. 9 BDSG verlangt § 4 a Abs. 3 BDSG jedoch, dass sich die Einwilligung „ausdrücklich“ auf diese Daten bezieht. Sie muss also im Text der schriftlichen Einwilligungserklärung enthalten sein.

So ausdrücklich Däubler, Gläserne Belegschaften? Datenschutz in Betrieb und Dienststelle, 4. Aufl., Frankfurt/Main 2002, Rn. 175; Simitis, in: Ders. (Hrsg.), a. a. O., § 4 a Rn. 83

Ohne dass es auf den genauen Wortlaut aktueller Einwilligungserklärungen ankommen würde, ist diese Voraussetzung zumindest in all jenen Fällen nicht gegeben, in denen der Beitritt viele Jahre oder gar Jahrzehnte zurückliegt. In Bezug auf diese Mit-

glieder kann auch nicht auf § 45 BDSG zurückgegriffen werden, der lediglich die im Mai 2001 bereits laufenden Verarbeitungsprozesse vom Geltungsbereich des neuen Rechts für eine Übergangszeit von drei Jahren ausnimmt: Im vorliegenden Fall geht es um ein neues Verarbeitungsverfahren, dessen Zulässigkeit sich ausschließlich nach dem BDSG 2001 bestimmt.

In Übereinstimmung mit dem Berliner Datenschutzbeauftragten ist daher festzustellen, dass die Vorabkontrolle nicht etwa wegen Vorliegens einer Einwilligung seitens der Mitglieder entfallen kann.

V. Datenverarbeitung im Rahmen der Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses?

Das Vorliegen der dritten gesetzlich vorgesehenen Ausnahme von der Vorabkontrolle wird im Vermerk des Berliner Datenschutzbeauftragten vom 6. November 2002 mit folgenden Erwägungen abgelehnt:

„Das für die Datenverarbeitung durch ver.di in diesem Zusammenhang maßgebliche Vertragsverhältnis ist die Mitgliedschaft des einzelnen Gewerkschaftsmitglieds bei ver.di. Erforderlich im Sinne von § 4 d Abs. 5 Satz 2 zweiter Halbsatz BDSG ist die Datenverarbeitung insoweit, als Rechte (z. B. Rechtsberatung, Anspruch auf Streikgeld etc.) und Pflichten (z. B. Beitragszahlung) aus einer konkreten Mitgliedschaft betroffen sind.

Darüber hinausgehende Datenverarbeitungen, insbesondere solche, die für die Tätigkeit der Organisation erforderlich sind (§ 28 Abs. 9 Satz 1 BDSG), z. B. Vernetzung der Mitglieder hinsichtlich ihrer Funktionen oder Betriebszugehörigkeit, entsprechen nicht mehr dem Erforderlichkeitsgrundsatz nach § 4 d Abs. 5 Satz 2 BDSG. Zwar kann diese Art der Datenverarbeitung durch § 28 Abs. 9 BDSG legitimiert sein; ein Ausnahmetatbestand, von der nach § 4 d Abs. 5 BDSG durchzuführenden Vorabkontrolle liegt dann aber nicht mehr vor."

Zutreffend ist zunächst der Ausgangspunkt, dass auch die Mitgliedschaft wie ein Vertragsverhältnis zu behandeln ist. Fraglich ist deshalb allein, ob bestimmte Verarbeitungen der Zweckbestimmung der Mitgliedschaft dienen. Insoweit verfolgt der Vermerk eine sehr restriktive Linie, in dem ausschließlich auf Rechte und Pflichten im Verhältnis zwischen Mitglied und Organisation abgestellt wird. Dies verkennt die Natur der Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft wie auch in sonstigen Personenvereinigungen.

Im Falle der Gewerkschaft geht es darum, sich gemeinsam mit den übrigen Mitgliedern im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG für die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen einzusetzen. Dies kommt in den unterschiedlichsten Aktivitäten von der Verteilung von Flugblättern über die Diskussion in Mitgliederversammlungen bis hin zu einer eventuellen Urabstim-

mung zum Ausdruck. Rechtsbeziehungen bestehen daher nicht nur in „vertikaler“ Richtung hin zur Organisation als solcher, sondern auch im „horizontalen“ Verhältnis zwischen den Mitgliedern. Genauso wird im Gesellschafts- und im allgemeinen Vereinsrecht verfahren, wo der Beitritt unbestrittenermaßen Rechtsbeziehungen auch zu den übrigen Mitgliedern zur Entstehung bringt.

S. für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts statt aller Palandt-Sprau, BGB, 62. Aufl., München 2003, § 705 Rn. 3 ff. m. w. N.

Die Gemeinsamkeit der Zielverfolgung unterscheidet Gesellschaft und Verein vom traditionellen Austauschverhältnis. Genau deshalb trifft es vom Sinn der Mitgliedschaft her nicht zu, wenn man diese auf Ansprüche gegen die Organisation z. B. auf Rechtsberatung und Streikgeld und auf dieser gegenüber bestehende Pflichten (z. B. zur Beitragszahlung) reduziert. Vielmehr geht es gerade auch darum, dass sich Mitglieder vernetzen und dass der eine den Mitgliederstatus und das Engagement des anderen kennt. Wer einer Gewerkschaft beitrifft weiß, dass dies mangels abweichender Abrede auch den übrigen Gewerkschaftsmitgliedern im Betrieb bekannt wird und dass selbstverständlich die Organisation als solche einen Überblick darüber haben wird, wie viele Mitglieder in welchen Unternehmen ihr angehören und was sie dort für eine Funktion ausüben. Alle Be-

teiligten gehen von einem solchen Zweck des Mitgliedschafts-
verhältnisses aus.

§ 28 Abs. 9 BDSG bestätigt diese Sicht. Die sensitiven Daten
nach § 3 Abs. 9 BDSG unterfallen nach § 28 Abs. 6 - 9 BDSG re-
lativ engen Verarbeitungsvoraussetzungen, was ihrem spezifi-
schen Charakter Rechnung tragen soll.

Gola - Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz. Kommentar,
7. Aufl., München 2002 § 28 Rn. 67

Diese berechnigte Beschränkung soll jedoch nicht dazu führen,
dass Organisationen, die politisch, philosophisch, religiös
oder gewerkschaftlich ausgerichtet sind, ihre Zwecke nicht
oder nicht mehr vollständig verfolgen können, weil sie die Da-
ten ihrer Mitarbeiter nicht verarbeiten dürfen. § 28 Abs. 9
Satz 1 BDSG enthält deshalb eine Öffnung, wonach auch sensiti-
ve Daten erhoben, verarbeitet oder genutzt werden dürfen, „so-
weit dies für die Tätigkeit der Organisation erforderlich
ist“: Die von allen Beteiligten verfolgte Zwecksetzung darf
ersichtlich nicht mit Hilfe des Datenschutzrechts unterlaufen
werden. Jede andere Handhabung würde überdies zu einer sach-
lich nicht gerechtfertigten Schlechterstellung derartiger Zu-
sammenschlüsse gegenüber anderen Personenvereinigungen führen,
die außerhalb des § 3 Abs. 9 BDSG liegende Zwecke verfolgen.

§ 28 Abs. 9 enthält gleichzeitig in seinen Sätzen 2 und 3 zwei wichtige Beschränkungen. Sensitive Daten dürfen nur in Bezug auf solche Personen verarbeitet werden, die Mitglieder sind oder die regelmäßig Kontakte mit der Organisation unterhalten; eine Datei von „Gewerkschaftsfeinden“ anzulegen, die sich öffentlich negativ über Gewerkschaften geäußert haben, wäre von § 28 Abs. 9 Satz 1 BDSG deshalb nicht gedeckt. Weiter ist die Übermittlung sensibler Daten an Dritte, die außerhalb der Organisation stehen, nur mit ausdrücklicher Einwilligung des Mitglieds gemäß § 4 a Abs. 3 BDSG zulässig. Die Gewerkschaft wäre daher nicht befugt, beispielsweise Mitgliederlisten an eine Werbeagentur weiterzugeben, die bestimmte Anbieter von Waren und Dienstleistungen berät: Das sog. Listenprivileg des § 28 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BDSG findet in Bezug auf sensitive Daten keine Anwendung. Der Gesetzgeber geht ersichtlich davon aus, dass die Datenverarbeitung innerhalb der Organisation ausreicht, um deren Funktionsfähigkeit sicherzustellen.

So Simitis, in: Ders. (Hrsg.), a. a. O., § 28 Rn. 355

§ 28 Abs. 9 Satz 1 BDSG gibt unter diesen Umständen der durch Vertrag begründeten Mitgliedschaft eine bestimmte datenschutzrechtliche Bedeutung, die sich in aller Regel mit der Vorstellung der unmittelbar Beteiligten deckt. Der Gesetzgeber geht dabei wie im Gesellschafts- und Vereinsrecht davon aus, dass sich die geschaffene Rechtsbeziehung auf den gesamten organi-

satorischen Zusammenhang bezieht und sich nicht auf ein Austauschverhältnis reduzieren läßt. Dies muss auch im Rahmen des 4 d Abs. 5 Satz 2 letzter Halbsatz BDSG beachtet werden: Die durch Vertrag begründete Mitgliedschaft hat eben einen weiteren, umfassenderen Zweck als ein Kauf- oder auch ein Arbeitsvertrag. Was sich in dem durch § 28 Abs. 9 BDSG im Einzelnen umschriebenen (vereinigungs-)vertraglichen Rahmen bewegt, bedarf deshalb keiner Vorabkontrolle. Der Stellungnahme des Berliner Datenschutzbeauftragten kann insoweit nicht zugestimmt werden.

VI. Sanktionen

Die Vorabkontrolle hat den Sinn, durch frühzeitige Einschaltung des betrieblichen Datenschutzbeauftragten als sachkundiger Instanz das Risiko der Verletzung datenschutzrechtlicher Normen zu minimieren. Die Durchführung der Vorabkontrolle ist jedoch keine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für die Datenverarbeitung.

So ausdrücklich Gola-Schomerus § 4 d Rn. 15

Der betriebliche Datenschutzbeauftragte kann daher lediglich eine Stellungnahme abgeben, jedoch keine förmliche „Genehmigung“ einer beabsichtigten Datenverarbeitung aussprechen.

So ausdrücklich Walz, in: Simitis (Hrsg.), a. a. O., § 4 d Rn. 29

Die verarbeitende Stelle behält die volle und alleinige Verantwortlichkeit für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung; der betriebliche Datenschutzbeauftragte kann lediglich beraten, aber weder bestimmte Maßnahmen stoppen noch durch sein Ja-Wort einen „Persilschein“ ausstellen.

Walz, a. a. O.

Der Gesetzgeber hat deshalb auch davon abgesehen, die Nichtbeachtung der Vorabkontrolle als Ordnungswidrigkeit nach § 43 BDSG oder gar als Straftat nach § 44 BDSG zu behandeln.

Darauf verweisen ausdrücklich Gola-Schomerus § 4 d Rn. 15

Auch die Aufsichtsbehörde kann insoweit nur Beanstandungen aussprechen, jedoch keine verbindlichen Entscheidungen treffen.

Gola-Schomerus § 4 d Rn. 15

Die Vorabkontrolle entfaltet insbesondere dann erheblich praktische Bedeutung, wenn sich alle Beteiligten in kooperativem Stil um die Einhaltung des Datenschutzrechts bemühen. Dies schließt allerdings nicht aus, dass Meinungsverschiedenheiten

bestehen bleiben; in diesem Fall hat die verantwortliche Stelle die Aufgabe, nach bestem Wissen und Gewissen die von ihr für richtig erachtete Entscheidung zu treffen.