



Der Bundesbeauftragte
für den Datenschutz und
die Informationsfreiheit

POSTANSCHRIFT Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit,
Postfach 1468, 53004 Bonn

Verband der Chemischen Industrie e.V.
Frau K.

ausschließlich per E-Mail

HAUSANSCHRIFT Husarenstraße 30, 53117 Bonn
VERBINDUNGSBÜRO Friedrichstraße 50, 10117 Berlin

TELEFON (0228) 997799-216

TELEFAX (0228) 997799-550

E-MAIL Ref2@bfdi.bund.de

BEARBEITET VON Herr S.

INTERNET www.datenschutz.bund.de

DATUM Bonn, 02.11.2009

GESCHÄFTSZ. II-234 II#0143

Bitte geben Sie das vorstehende Geschäftszeichen bei
allen Antwortschreiben unbedingt an.

Heute schon diskutiert? Das
neue Datenschutzforum
www.datenschutzforum.bund.de

BETREFF **Datenabgleich im Rahmen des zugelassenen Wirtschaftsbeteiligten**

BEZUG Ihre Eingabe vom 22.04.2009

Sehr geehrte Frau K.,

Ihrem Wunsch entsprechend, habe ich die Rechtsauffassung und -praxis der Zollbehörden bei der Bewilligung des zollrechtlichen Status eines zugelassenen Wirtschaftsbeteiligten („Authorised Economic Operator“—nachfolgend: „AEO“) datenschutzrechtlich geprüft. Ich bitte die lange Bearbeitungszeit zu entschuldigen, die zum Teil auch auf der Einholung von Stellungnahmen des Bundesministeriums der Finanzen (BMF) basiert.

1. Zusammenfassung

Nach meiner Auffassung bestehen erhebliche datenschutzrechtliche Bedenken hinsichtlich der Rechtsauffassung und -praxis der Zollbehörden, die Bewilligung des AEO-Status von dem flächendeckenden und systematischen Abgleich der Mitarbeiter- und Bewerberdaten mit den Listen verdächtiger Personen nach den EG Anti-Terrorverordnungen abhängig zu machen. Für einen solchen Abgleich besteht keine Rechtsgrundlage nach § 4 Abs. 1 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG). Nach dieser Norm ist die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von personenbezogenen Daten nur zulässig, soweit eine Rechtsvorschrift dies erlaubt oder der Betroffene eingewilligt hat.



Weder das europäische noch das nationale Recht enthalten eine solche Rechtsgrundlage für den systematischen Datenabgleich mit den EG Anti-Terrorverordnungen im Rahmen des AEO-Zertifizierungsverfahrens:

- (i) Die einschlägige EG Durchführungsverordnung zum Zollkodex und die Leitlinien der Europäischen Kommission enthalten keine Bestimmung, die den Abgleich der Mitarbeiter- und Bewerberdaten mit den EG Anti-Terrorlisten im Rahmen der AEO-Zertifizierung legitimiert.
- (ii) Auch die EG Anti-Terrorverordnungen stellen aufgrund ihrer Unbestimmtheit keine wirksame Rechtsgrundlage i.S. von § 4 Abs. 1 BDSG für einen Datenabgleich im Rahmen der AEO-Zertifizierung dar. Unabhängig davon, widerspricht es rechtsstaatlichen Grundsätzen, wenn die Nichteinhaltung der in den EG Anti-Terrorverordnungen enthaltenen Verbote oder Gebote mit der Nichtgewährung des AEO-Status sanktioniert wird.
- (iii) Die vom BMF erlassene Dienstanweisung „Zugelassene Wirtschaftsbeteiligte — AEO“, die eine Verpflichtung zum systematischen Listenabgleich enthält, ist aufgrund der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes sowie der Wesentlichkeitstheorie nicht ausreichend, um den durch den Abgleich bewirkten Grundrechtseingriff bei den Betroffenen zu rechtfertigen.
- (iv) Der Datenabgleich ist auch nicht nach § 28 bzw. § 32 BDSG zulässig, da er nicht der Zweckbestimmung des Vertragsverhältnisses bzw. des Arbeitsverhältnisses dient. Im Übrigen überwiegen die Interessen der betroffenen Mitarbeiter bzw. Bewerber am Schutz ihrer Persönlichkeitsrechte.

Des Weiteren kommt auch eine Einwilligung der Betroffenen nach § 4a BDSG als Rechtsgrundlage nicht in Betracht. Dies hätte eine Umgehung der spezialgesetzlich —z.B. im Sicherheitsüberprüfungs- oder Luftsicherheitsgesetz —abschließend normierten Voraussetzungen für eine Überprüfung zur Folge (vgl. Entschließung der 75. Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder am 3. und 4. April 2008 in Berlin). Ungeachtet dessen ist zweifelhaft, ob die für die Wirksamkeit der Einwilligung notwendige Voraussetzung der „Freiwilligkeit“ der Einwilligungserklärung gegeben ist (vgl. Beschluss der obersten Aufsichtsbehörden für den Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich am 23. und 24. April 2009 in Schwerin).



2. Datenschutzrechtliche Bewertung

Für den systematischen Abgleich der Mitarbeiter- und Bewerberdaten im Rahmen der Beantragung eines AEO-Zertifikats besteht keine (spezialgesetzliche) Rechtsgrundlage im Sinne von § 4 Abs. 1 BDSG.

2.1. Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von personenbezogenen Daten

Der systematische Datenabgleich im Rahmen der AEO-Zertifizierung mit den EG Anti-Terrorlisten stellt eine Erhebung bzw. Nutzung von personenbezogenen Daten von Mitarbeitern und Bewerbern dar. Insbesondere werden der Name und ggf. weitere Identifikationsmerkmale (z.B. Geburtsdatum, Anschrift) von Mitarbeitern und Bewerbern durch das antragstellende Unternehmen mit den EG Anti-Terrorlisten abgeglichen und auf Übereinstimmungen überprüft. Dabei ist es unerheblich, dass personenbezogene Daten der mutmaßlichen Unterstützer von Terrorgruppen in den EG Anti-Terrorlisten öffentlich zugänglich gemacht wurden. Für die Bewertung als personenbezogene Daten ist vielmehr entscheidend, dass der Abgleich der Identifikation einzelner Mitarbeiter bzw. Bewerber als diejenigen Personen, die in den EG Anti-Terrorlisten genannt bzw. nicht genannt sind, dienen soll und das Ergebnis der Prüfung —positiv wie negativ—im Rahmen der Beantragung des AEO-Status nachzuweisen ist.

2.2 Keine Rechtsgrundlage aufgrund europäischen Rechts

Das europäische Recht enthält keine Rechtsgrundlage für den systematischen Abgleich von Mitarbeiter- und Bewerberdaten mit den EG Anti-Terrorlisten im Rahmen der AEO-Zertifizierung. Als solche Rechtsgrundlage käme allein das Rechtsinstrument der Verordnung in Betracht, die nach Artikel 249 Abs. 2 EG-Vertrag in allen ihren Teilen verbindlich ist und unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gilt. Eine Umsetzung in nationales Recht ist nicht erforderlich. Eine Verpflichtung zum Datenabgleich als Voraussetzung für die Gewährung des AEO-Status lässt sich jedoch weder der hier vorrangig zu beachtenden EG Durchführungsverordnung zum Zollkodex entnehmen noch allgemein aus den EG Anti-Terrorverordnungen ableiten.

2.2.1 EG Durchführungsverordnung zum Zollkodex

Die Voraussetzungen und das Verfahren zur Gewährung eines AEO-Zertifikats sind in der EG Durchführungsverordnung zum Zollkodex Nr. 1875/2006 vom 18. Dezember 2006 (ABl. 2006/L 360/64) (ZK-DVO) geregelt. Artikel 14k ZK-DVO bestimmt die Voraussetzungen, unter denen die für die Zulassung als Wirtschaftsbeteiligter zu erfüllenden Sicherheitsstandards des antragstellenden Unternehmens als angemessen gelten.



Mit Blick auf die personenbezogenen Sicherheitsüberprüfungen legt Artikel 14k Abs. 1 lit f) ZK-DVO fest, dass das antragstellende Unternehmen, soweit gesetzlich zulässig, in sicherheitsrelevanten Bereichen tätige Bedienstete einer Sicherheitsüberprüfung unterziehen und regelmäßig Hintergrundüberprüfungen vornehmen soll. Dieser Norm lässt sich nicht entnehmen, dass dazu ein Datenabgleich mit den EG Anti-Terrorlisten zwingend erforderlich ist.

Auch aus den „Leitlinien zu zugelassenen Wirtschaftsbeteiligten“ der Europäischen Kommission (TAXUD 2006/1450 vom 29. Juni 2007) ergibt sich nicht, dass der europäische Verordnungsgeber den systematischen Abgleich mit den EG Anti-Terrorlisten als Voraussetzung für die Gewährung des AEO-Status einführen wollte. Leitlinien der Kommission sind zwar nicht rechtsverbindlich, ihnen kommt jedoch eine maßgebliche Rolle bei der Auslegung und Anwendung der europäischen Rechtsvorschriften durch die Mitgliedstaaten zu.

Die „Leitlinien zu zugelassenen Wirtschaftsbeteiligten“ konkretisieren die Voraussetzungen der Sicherheitsüberprüfung und benennen beispielhaft Maßnahmen, die als angemessen i. S. der ZK-DVO gelten. Dazu zählen u. a. Nachforschungen auf Grundlage unbestreitbarer oder amtlicher Angaben zum bisherigen Werdegang sowie Referenzen. Für hohe oder unter Sicherheitsaspekten kritische Posten verweisen sie auf die Möglichkeit, u. U. ein polizeiliches Führungszeugnis einzuholen (siehe Leitlinien, I.2.5.12). Einen Abgleich mit den EG Anti-Terrorlisten sehen die Leitlinien jedoch gerade nicht vor.

2.2.2 EG Anti-Terrorverordnungen

Auch die Verordnungen (EG) Nr. 881/2002 vom 27. Mai 2002 (ABl. 2002/L 139/9) und Nr. 2580/2001 vom 27. Dezember 2001 (ABl. 2001/L 344/70) scheiden als taugliche Rechtsgrundlage für den Abgleich von Mitarbeiter- und Bewerberdaten im Rahmen des AEO-Zertifizierungsverfahrens aus. Sie stellen keine spezielle Rechtsgrundlage für einen systematischen Datenabgleich im Rahmen der AEO-Zertifizierung nach § 4 Abs. 1 BDGS dar (vgl. Beschluss der obersten Aufsichtsbehörden für den Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich am 23./24. April 2009, „Datenschutzrechtliche Aspekte des Mitarbeiter-Screenings in international tätigen Unternehmen“).

Dies ergibt sich insbesondere aus den nachfolgenden Gründen:

- Es ist zweifelhaft, ob die rechtsstaatlichen Anforderungen an das Zustandekommen der Anti-Terrorlisten beachtet wurden. Derartige Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte bedürfen jedoch einer speziellen, besonders begründeten und hinreichend klaren Normenstruktur (vgl. auch 22. Tätigkeitsbericht des BfDI für die Jahre 2007/08, Punkt 13. 6). Darüber hinaus sind die Rechtsschutzmöglichkeiten gegen das Listing ungenügend.



- Des Weiteren sind die Rechtsverordnungen zu unbestimmt, um einen Erlaubnistatbestand zur Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten darzustellen. Insbesondere regeln sie nicht, welche organisatorischen Maßnahmen die Unternehmen zur Umsetzung der EG Anti-Terrorverordnungen ergreifen müssen.
- Unterstellt, die EG Anti-Terrorverordnungen würden eine Verpflichtung zum Datenabgleich begründen (wovon hier nicht ausgegangen wird), liefe rechtsstaatlichen Grundsätzen zuwider, wenn die Nichterfüllung dieser Verpflichtung mit der Verweigerung des AEO-Status sanktioniert werden würde. Die Nichteinhaltung der in den EG Anti-Terrorverordnungen enthaltenen Gebote und Verbote hat der nationale Gesetzgeber nach § 34 Abs. 4 Nr. 2 Außenwirtschaftsgesetz (AWG) sanktioniert. Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes wäre verletzt, wenn außerdem die Nichtgewährung des AEO-Status eine Sanktion für die Nichterfüllung etwaiger Verpflichtungen aus den EG Anti-Terrorverordnungen darstellte.

2.2.3 Zwischenergebnis

Das europäische Recht enthält keine taugliche Rechtsgrundlage für den systematischen Abgleich von Mitarbeiter- und Bewerberdaten mit den EG Anti-Terrorlisten im Rahmen der AEO-Zertifizierung.

2.3 Keine Verpflichtung zum Datenabgleich aufgrund nationaler Rechtsvorschriften

Art. 14k Absatz 1 lit. f) ZK-DVO stellt die Sicherheits- und Hintergrundüberprüfung von Mitarbeitern und Bewerbern ausdrücklich unter den Vorbehalt der Zulässigkeit nach nationalem Recht („soweit gesetzlich zulässig“). Eine Rechtsgrundlage für den systematischen Datenabgleich besteht jedoch auch nach nationalem Recht nicht:

2.3.1 Dienstvorschrift des BMF

Das BMF hat die Dienstvorschrift „Zugelassener Wirtschaftsbeteiligter –AEO“ („AEO-DV“) erlassen, die in Absatz 252 die antragstellenden Unternehmen im Rahmen des AEO-Zertifizierungsverfahren zur Überprüfung ihrer Bediensteten anhand der EG Anti-Terrorverordnungen verpflichtet. Die AEO-DV beschränkt damit die nach Art. 14k Abs. 1 lit. f) bestehenden Möglichkeiten der Sicherheits- und Hintergrundüberprüfung der Bediensteten durch die Normierung einer Pflicht zur Durchführung systematischer Abgleiche mit den EG Anti-Terrorlisten und die Verpflichtung zu deren Nachweis. Diese Beschränkung ist ein Grundrechtseingriff, der aufgrund der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes und der Wesentlichkeitstheorie eines förmlichen, d.h. eines Parlamentsgesetzes als Rechtsgrundlage bedarf. Eine bloße Dienstvorschrift des BMF ist dafür jedoch nicht ausreichend.



2.3.2 Rechtsgrundlage nach dem BDSG

Der systematische Datenabgleich mit den EG Anti-Terrorlisten durch die antragstellenden Unternehmen kann auch nicht auf Ermächtigungsnormen nach BDSG gestützt werden:

- Nach dem zum 1. September 2009 eingeführten § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG dürfen personenbezogene Daten eines Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erhoben, verarbeitet oder benutzt werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach dessen Begründung für die Durchführung oder Beendigung erforderlich ist. Der neue § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG ersetzt für den Bereich der Beschäftigungsverhältnisse § 28 Abs. 1 Satz 1 BDSG als speziellere Norm (siehe BT-Drs. 16/13657, S. 34). Damit ist die Datenerhebung beim Beschäftigten nach der Einstellung nur zulässig, wenn der Arbeitgeber die Informationen zur Erfüllung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten gegenüber dem Beschäftigten benötigt, z.B. im Zusammenhang mit der Lohn- und Gehaltsabrechnung. Der Datenabgleich zum Zwecke der AEO-Zertifizierung dient jedoch nicht der Zweckbestimmung des Beschäftigungsverhältnisses. Entsprechendes gilt für den Abgleich von Bewerberdaten.
- Der Datenabgleich kann auch nicht auf § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG gestützt werden, der im Bereich der Beschäftigungsverhältnisse neben § 32 Abs. 1 BDSG anwendbar bleibt (siehe BT-Drs. 16/13657, S. 35). Danach ist das Erheben, Speichern, Verändern oder Übermitteln personenbezogener Daten als Mittel für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke 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:
 - Es erscheint bereits zweifelhaft, ob ein „berechtigtes Interesse“ des antragstellenden Unternehmens an dem systematischen Abgleich besteht. Wie oben bereits dargestellt, ergibt sich weder aus der ZK-DVO noch aus den Leitlinien der Kommission die Verpflichtung, im Rahmen des Verfahrens der AEO-Zertifizierung einen Abgleich der Mitarbeiter- und Bewerberdaten mit den EG Anti-Terrorlisten durchzuführen. Nach europäischem Recht genügen ausdrücklich andere Mittel der Überprüfung der Mitarbeiter. Ferner besteht kein formales nationales Gesetz, das einen Datenabgleich im Rahmen des AEO-Zertifizierungsverfahrens legitimiert. Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass ein mögliches Interesse der antragstellenden Unternehmen an einem systematischen Datenabgleich jedenfalls nicht berechtigt sein dürfte.
 - Unterstellt, man würde ein berechtigtes Interesse des antragstellenden Unternehmens bejahen, so dürften die schutzwürdigen Interessen der betroffenen Mitarbeiter und



Bewerber hier überwiegen. Dies gilt insbesondere vor dem bereits dargestellten Hintergrund, dass die Rechtsstaatlichkeit des Zustandekommens der Listen und das Bestehen ausreichender Rechtsschutzmöglichkeiten zumindest fraglich sind (vgl. Beschluss der obersten Aufsichtsbehörden für den Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich am 23. und 24. April 2009 in Schwerin).

- Die dargestellte Wertung wird letztlich auch durch den neuen § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG unterstrichen. Selbst im Fall der Aufdeckung von Straftaten ist eine Interessenabwägung vorzunehmen; insbesondere dürfen die Maßnahmen nach Art und Ausmaß im Hinblick auf den Sachverhalt nicht unangemessen sein. Von dieser Wertung ausgehend, dürfte der flächendeckende und systematische Abgleich von Mitarbeiter- und Bewerberdaten im Rahmen der AEO-Zertifizierung auch unverhältnismäßig sein.

2.3.3 Zwischenergebnis

Das nationale Recht enthält keine Rechtsgrundlage für den systematischen Abgleich von Mitarbeiter- und Bewerberdaten mit den EG Anti-Terrorlisten im Rahmen der AEO-Zertifizierung.

2.4 Ergebnis

Aufgrund des oben Dargestellten bestehen erhebliche datenschutzrechtliche Bedenken hinsichtlich der Rechtsauffassung und -praxis der Zollbehörden, die Bewilligung des AEO-Status von dem systematischen Abgleich der Mitarbeiter- und Bewerberdaten mit den Listen verdächtiger Personen nach den EG Anti-Terrorlisten abhängig zu machen. Dazu bedarf es einer speziellen gesetzlichen Rechtsgrundlage nach § 4 Abs. 1 BDSG, die sich derzeit weder im europäischen noch nationalem Recht findet.

Mit freundlichen Grüßen
Im Auftrag

B.