



Mitarbeiterscreening aufgrund Embargolisten?

Zulässigkeit der Prüfung von Mitarbeiterdaten gegen die Sanktionslisten? –
Eine (kritische) Ergänzung zum Beitrag von Pottmeyer in der AW-Prax 02/2010



Von Dr. Ulrich Möllenhoff und Dr. Talke Ovie, Möllenhoff
Rechtsanwälte, Münster, Hamburg (info@ra-moellenhoff.de)

Die Sanktionslistenprüfung zählt inzwischen in jeder Außenwirtschaftsprüfung zum Standardprüfungsumfang. Die Prüfer lassen sich teilweise die Funktionsfähigkeit etwaiger Überprüfungssoftware vorstellen

bzw. fragen nach organisatorischen Maßnahmen. Dabei lässt sich feststellen, dass große Unsicherheit sowohl in Bezug auf den Umfang, als auch auf die Häufigkeit der sogenannten „Screenings“ herrscht. Lässt sich doch aus keiner der einschlägigen Verordnungen direkt entnehmen, ob überhaupt ein Abgleich mit den Sanktionslisten erfolgen muss, geschweige denn, wie oft und wie umfangreich dies zu geschehen hat. Sicher ist nur eines: es ist verboten, z.B. Ahmed Mohammed Hamed Ali, alias ... geboren 1965 (oder 1967) in Ägypten (wer immer das sein mag!) oder den übrigen Personen und Organisationen auf den einschlägigen Listen wirtschaftliche Ressourcen (Geld oder Vermögenswerte) direkt oder indirekt zur Verfügung zu stellen. Auf arabische Namen abzustellen ist falsch. Auf den Listen befinden sich auch deutsche Namen und Unternehmen, auch wenn die Namen arabischer Herkunft deutlich überwiegen. Sicher ist auch: Wenn gegen dieses Verbot verstoßen wird, drohen hohe Strafen. Die einzige Möglichkeit für ein Unternehmen, diese Verstöße auch in Bezug auf Mitarbeiter zu verhindern ist, die Mitarbeiter ebenfalls einem Screening zu unterziehen. Pottmeyer hat in der AW-Prax 02/2010 über eine Stellungnahme der Landesbeauftragten für den Datenschutz und des Bundesbeauftragten für den Datenschutz berichtet. Dort wird die Zulässigkeit von Mitarbeiterscreenings abgelehnt. Er selbst hält sie für zulässig. Uns gegenüber hat sich auf Anfrage das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi) diesbezüglich geäußert. Über diese Stellungnahme berichten wir.

INHALT

- Problemaufriss
- Stellungnahme BMWi
- Beurteilung Stellungnahme BMWi und Lösungsversuch
- Resümee

Problemaufriss

In seinem Beitrag untersucht Pottmeyer, ob die Prüfung von Mitarbeiterdaten gegen „Terrorismustlisten“ (wahrscheinlich sind die wenigsten dort gelisteten Personen „Terroristen“) datenschutzrechtlich zulässig ist. Diese Prüfung werde von der Zollverwaltung von Unternehmen verlangt, die den

Status des Zugelassenen Wirtschaftsbeitrags (ZWB) erlangen wollen.

Das Problem ist vielschichtiger und betrifft nicht nur Unternehmen, die den ZWB beantragen. Es betrifft *alle* Unternehmen, die sich in Bezug auf die Exportkontrollregeln „compliant“ verhalten möchten und die daher für sich den Umfang eines Internal Compliance Programm prüfen, wie dies auch durch die neue EG Dual – Use VO gefordert wird.

Wenn die Landesbeauftragten für den Datenschutz und auch der Bundesbeauftragte für den Datenschutz dies am AEOAntrag festmachen, verkennen sie den Kern des Problems. Im Fragenbogen zum AEO wird nur abgefragt, ob ein Unternehmen die Vorschriften der

Exportkontrolle einhält. Dies muss das Unternehmen jedoch unabhängig vom AEO Zertifikat. Mit dem AEO hat dieses Problem nichts zu tun.

Auch Kreuder in AW-Prax 3/10 setzt hier den Schwerpunkt nicht richtig. Das Personalscreening findet nicht zum Zwecke des AEO statt und kann daher auch weder mit den Normen des Zollkodex oder der Zollkodex DVO noch mit etwaigen Beschlüssen und Veröffentlichungen der Behörden zum Thema AEO gerechtfertigt werden.

Pottmeyer hat Recht, dass die Frage der Prüfung von Mitarbeiterdaten gegen die Embargoliste eine in der Anwendung des Zoll- und Exportkontrollrechts umstrittene Frage ist. Dabei ist aber nicht allein nur Streitig, ob die Prüfung von Mitarbeiterdaten gegen die Embargolisten datenschutzrechtlich zulässig ist. Fraglich ist bereits, ob die Unternehmen überhaupt eine Pflicht haben, diese Prüfung vorzunehmen. Aus den Verordnungen lässt sich dies direkt nicht entnehmen.

Stellungnahme des BMWi

Da von Unternehmen und dort insbesondere von Betriebsräten und Gewerkschaftern sowie Datenschutzbeauftragten wiederholt die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Prüfung von Mitarbeiterdaten gegen die Embargolisten in Zweifel gezogen wurde, haben wir über Erich G. Fritz, MdB, eine Anfrage an das Bundeswirtschaftsministerium (BMWi) gestellt.

Diese Anfrage wurde uns vom BMWi gemeinsam mit den anderen in Fragen der Exportkontrolle zuständigen Behörden wie Auswärtiges Amt, Bundesministerium der Justiz, Bundesministerium des Innern und dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales beantwortet.

Die Antwort vom BMWi mit Datum vom 30.03.2009 ist eindeutig ausgefallen. Das BMWi vertritt folgende Auffassung:

„Nach Rechtsauffassung der Bundesregierung ist ein Abgleich der Namenslisten der Sanktions-Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft mit Mitarbeiterdaten zulässig. [...] Die Unternehmer sind, unter Strafandrohung, verpflichtet, die Verbote der EG-Sanktionsverordnungen einzuhalten. [...] Also muss auch ein Unternehmer im Verhältnis zu seinen Mitarbeitern die Einhaltung der Finanzsanktionen sicherstellen.“

Auch wenn damit die Stellungnahme des BMWi die Ansicht von *Pottmeyer* im Ergebnis bestätigt, begründet das BMWi seine rechtliche Auffassung anders.

Das BMWi stellt auf das Europarecht in Gestalt der Sanktionslisten (VO (EG) 2581/2001, VO (EG) 88172002 sowie VO (EG) 423/2007) ab. Diese stellen als EU-Verordnungen in Deutschland direkt anwendbares Recht dar und seien als höherrangiges EU-Recht für die Frage der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit nicht an den nationalen Datenschutzregeln (BDSG) und den nationalen Grundrechten zu überprüfen. Eine Überprüfung könne nur anhand der Datenschutzregeln und der Grundrechte der Europäischen Gemeinschaft erfolgen.

Der für die Prüfung von Rechtsakten der EU zuständige Europäische Gerichtshof habe in seiner ständigen Rechtsprechung aus Art. 8 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) sowie aus Art. 8 der Grundrechtscharta ein Recht auf Schutz personenbezogener Daten hergeleitet. Dieses europäische Grundrecht sei Maßstab für die Beurteilung der Zulässigkeit des Abgleichs von Mitarbeiterdaten mit den Sanktionslisten.

Daran gemessen ist nach Auffassung der Bundesregierung ein Abgleich von Mitarbeiterdaten gegen die Personenlisten auf den Sanktionslisten im gebotenen Umfang zulässig. Dies begründet das BMWi damit, dass sich eine *Pflicht* zur Prüfung der Mitarbeiterdaten gegen die Embargolisten aus den jeweiligen Sanktionsverordnungen ergeben soll. Alle Unternehmen seien *verpflichtet*, alle Verbote der Sanktionsverordnungen einzuhalten. Zu diesen Verboten

gehöre auch, dass gelisteten Personen kein Geld zur Verfügung gestellt werden darf, wozu auch das Gehalt eines Mitarbeiters gehört.

Die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Prüfung von Mitarbeiterdaten gegen die Embargolisten folge daraus, dass nur der Abgleich mit den Sanktionslisten die Einhaltung der Sanktion ermöglichen könne. Dies rechtfertige die Zulässigkeit der Abgleiche von Mitarbeiterdaten gegen die Embargolisten. Dies bedeutet:

Das BMWi bestätigt, dass die Lohnzahlung an Mitarbeiter, die auf einer der Embargolisten genannt sind, einen Verstoß gegen die Embargo-Verordnungen darstellt. Ein Unternehmen muss daher auch im Verhältnis zu seinen Mitarbeitern die Einhaltung der Verbote der Sanktionslisten sicherstellen.

Beurteilung der Stellungnahme des BMWi und Lösungsversuch

Die Stellungnahme des BMWi ist klar und eindeutig und vor diesem Hintergrund zu begrüßen. Insbesondere deswegen, weil es sich um eine Stellungnahme von „höchster“ Stelle handelt.

Dieser positive Aspekt kann und soll aber nicht über das bestehende Dilemma hinwegtäuschen, das sich auch am Ende der Stellungnahme des BMWi zeigt, wo ein Vorbehalt der anderweitigen Einschätzung durch Staatsanwaltschaft und Gerichte gemacht wird. Dies hat seinen Grund: Die Beantwortung der Frage der Zulässigkeit des Mitarbeiterdatenscreenings ist rechtlich alles andere als eindeutig.

Im Gegensatz zu der Untersuchung von *Pottmeyer* geht das BMWi davon aus, dass die Datenschutzregeln und die Grundrechtsstandards der Europäischen Gemeinschaft für die Frage der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit der Prüfung von Mitarbeiterdaten gegen die Embargolisten anzuwenden sind. Das BMWi verneint dadurch die Anwendung des nationalen Datenschutzrechts, insbesondere des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) aufgrund der Kollision mit höherrangigem Recht.

Da es sich hier in der Tat um EU – Verordnungen handelt, die einen Vorrang gegenüber dem nationalen Recht genießen, ist damit höchst fraglich, ob die Ansicht der Landesdatenschutzbeauftragten richtig ist, dass aufgrund der

Regelungen des BDSG ein Datenabgleich unzulässig sein dürfte.

Unterstellt man gleichwohl, dass die Regeln des BDSG Anwendung fänden, muss die Frage der Zulässigkeit der Nutzung von Mitarbeiterdaten zum Zwecke der Sanktionslistenprüfung in der Tat als zweifelhaft angesehen werden.

Wir folgen dem Ergebnis der Prüfung der Normen des BDSG von *Pottmeyer* nicht. Es ist herrschende Meinung der Kommentarliteratur zum BDSG, dass zum Zwecke von Compliance – Prüfungen eine Nutzung von Mitarbeiterdaten *unzulässig* ist. § 32 BDSG bietet gerade keine Grundlage für die Nutzung von personenbezogenen Daten für einen Abgleich von Mitarbeiterdaten mit den Sanktionslisten.

§ 32 BDSG gestattet die Nutzung von Mitarbeiterdaten, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses, für dessen Durchführung oder Beendigung *erforderlich* ist. Anders als *Pottmeyer* halten wir es für zweifelhaft, dass ein Mitarbeiterscreening für die Begründung oder Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist.

Es existiert derzeit keine Rechtsprechung zu der Frage, ob es für die Begründung oder Durchführung eines Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist, dass Mitarbeiterdaten gegen die Sanktionslisten geprüft werden. Der Abgleich von Mitarbeiterdaten mit anderen öffentlich zugänglichen Daten wird überwiegend für unzulässig gehalten. Dies gilt zum Beispiel für die Prüfung des Namens eines Bewerbers bei Google, Xing und/oder Facebook, was als datenschutzrechtlich unzulässig angesehen wird.

Selbst die Verhütung oder Entdeckung einer *Straftat* ist nur dann ein ausreichender Grund für die Mitarbeiterdatennutzung, „wenn zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass der Betroffene im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen hat, die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung nicht überwiegt und insbesondere Art und Ausmaß im Hinblick auf den Anlass nicht unverhältnismäßig sind“, § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die auf den Embargolisten genannten Personen nicht deswegen dort gelistet sind, weil sie Straftäter wären.

Auch bei den Mitarbeitern, deren Daten genutzt werden sollen, liegt kein Verdacht einer Straftat vor.

Selbst wenn die Voraussetzungen des BDSG als gegeben anzusehen wären, scheitert eine solch breite und sich ständig wiederholende Prüfung an der Verhältnismäßigkeit: Jüngste Fälle bei der Deutschen Bahn AG haben gezeigt, dass selbst die Absicht, konkrete Straftaten aufzudecken, als nicht ausreichend angesehen wird, ein dauerhaftes und breites Screening zu rechtfertigen. Es ist daher stark zu vermuten, dass ein ständig sich wiederholendes Screening von Daten von Mitarbeitern zum Zwecke des Abgleichs der Sanktionslisten, was ohne konkreten strafrechtlichen Hintergrund erfolgt, erst Recht nicht als zulässig angesehen wird.

Wie ist nun das Problem im Unternehmen zu lösen, wenn das BDSG für anwendbar gehalten wird? Mangels Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage fordern einzelne Kommentatoren die freiwillig zu äussernde Einwilligung des Arbeitnehmers in die Nutzung seiner Daten (außerhalb des Arbeitsvertrages).

Andere Kommentatoren regen eine Betriebsvereinbarung an, in der eine Nutzungsordnung von Daten für die Überprüfung festgelegt wird. Verwiesen wird auf § 87 Betriebsverfassungsgesetz, wonach eine Compliance-Maßnahme der Zustimmung des Betriebsrates bedürfe.

Hinsichtlich der Frage, wie überhaupt die Pflicht zum Screening von Mitarbeitern herzuleiten ist, ist die Stellungnahme des BMWi unseres Erachtens etwas zu kurz. Die Sanktionsverordnungen enthalten keine ausdrückliche Pflicht zur Prüfung von Mitarbeiterdaten gegen die Embargolisten.

Damit liegt *keine* ausdrückliche normierte *Rechtspflicht* vor, die einen Eingriff in den Datenschutz rechtfertigen könnte. Vertretbar wäre es, eine solche Konkretisierung in der Verordnung aufgrund des Eingriffscharakters der Prüfung von Mitarbeiterdaten in die Rechte der Unternehmen und dessen Mitarbeiter zu verlangen. Dies bestätigt auch eine neuere Stellungnahme des BMWi vom 23.11.2009.

In den Sanktionsverordnungen ist eine Unterlassungspflicht dahingehend normiert, dass betroffene Unternehmen unter Strafandrohung auf den Embar-

golisten gelisteten Personen keine wirtschaftlichen Ressourcen zur Verfügung stellen dürfen. Nach § 34 Abs. 4 AWG wird mit einer Haftstrafe von nicht unter 6 Monaten bestraft, wer gegen einen unmittelbar geltenden Rechtsakt der EU mit Lieferungs- und Dienstleistungsverbot verstößt.

Aus dieser Norm lässt sich unseres Erachtens eine *faktische Handlungspflicht* herleiten, nämlich nicht gegen entsprechende Verordnungen zu verstoßen. Dies zu verhindern ist nur möglich, wenn die Mitarbeiterdaten gegen die Sanktionslisten geprüft werden. Die Strafandrohung, die sehr konkret auf Liefer-, Zahlungs- und Dienstleistungsverbote Bezug nimmt, stellt unseres Erachtens im Zusammenhang mit den jeweiligen EU-Verordnungen die einzige tragfähige juristische Begründung dar, ein Screening zu rechtfertigen, auch wenn gewisse Zweifel im Bezug auf die konkrete Handlungsanweisung verbleiben. Insofern schließen wir uns letztlich der rechtlichen Begründung des BMWi an.

Da diese Lösung an in Deutschland direkt anwendbaren Verordnungen festmacht, ist ein Personenscreening von US Listen auch nach dieser Ansicht unzulässig, da die entsprechenden rechtlichen Grundlagen in Europa nicht gelten. Die Lösung des Problems kann für den Bankensektor in 25c Abs. 2 Kreditwesengesetz (KWG) gesehen werden. Danach haben Banken mittels einer entsprechenden IT-Ausstattung Screenings aller Geldtransaktionen (auch ihrer Kunden) durchzuführen, um Geldwäschevorgänge aufzudecken.

§ 25c Abs. 2 KWG lautet:

„Kreditinstitute haben angemessene Datenverarbeitungssysteme zu betreiben und zu aktualisieren, mittels derer sie in der Lage sind, Geschäftsbeziehungen und einzelne Transaktionen im Zahlungsverkehr zu erkennen, die auf Grund des öffentlich und im Kreditinstitut verfügbaren Erfahrungswissens über die Methoden der Geldwäsche, der Terrorismusfinanzierung und betrügerischer Handlungen zum Nachteil von Instituten als zweifelhaft oder ungewöhnlich anzusehen sind.“

Eine solche gesetzliche Regelung wäre die passende gesetzliche Grundlage, die auch nach dem BDSG ausreichend wäre, ein Personalscreening zu rechtfertigen. Leider existiert sie bisher nur für den Bankensektor.

Resümee

Das Ergebnis ist insbesondere für die betroffenen Unternehmen sowie deren Mitarbeiter unbefriedigend. Festzustellen ist, dass etwas von den Unternehmen verlangt wird, was unseres Erachtens gegen das deutsche Datenschutzrecht verstößt, gleichgültig ob dies anwendbar ist. Die Handlungspflicht lässt sich dabei nicht hinreichend konkret aus den jeweiligen EU-Verordnungen herleiten. Gleichzeitig stellt man einen Verstoß gegen diese Handlungspflicht unter eine Strafandrohung von einer Mindesthaftstrafe von 6 Monaten, was uns überhöht erscheint.

Hier besteht dringender Handlungsbedarf des Gesetzgebers. Entweder die Sanktionslisten, deren Sinnhaftigkeit man auch aus anderen Gründen durchaus in Frage stellen muss, werden auf europäischer Ebene angepasst und konkretisiert oder es sollte eine Überarbeitung des Datenschutzrechts auf nationaler Ebene stattfinden, die den (europarechtlichen) Anforderungen gerecht wird. Möglicherweise könnte man eine Norm vergleichbar § 25c KWG schaffen, die ein Screening dieser Art anordnet.

Der Fingerzeig des Bundesverfassungsgerichts in der jüngsten Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherung, die auch aufgrund europarechtlicher Vorgaben in Deutschland umgesetzt wurde, und gleichwohl als verfassungswidrig angesehen wurde, sollte Anlass genug sein, die rechtliche Situation gründlich zu überarbeiten.

All dies muss verbunden werden mit der gesellschaftlichen Diskussion zu der Frage, wie viel Überprüfung statzufinden hat, und welcher (vermeintliche) Grad an Sicherheit dadurch überhaup erreicht werden kann.

Bis zur (gerichtlichen) Klärung der Frage lautet unsere Empfehlung an Unternehmen:

1. mit den betroffenen Mitarbeitern Vereinbarungen über das Screening zu schließen,
 2. ggf. die Zustimmung des Betriebsrates einzuholen
- und bei vollständiger Ablehnung,
3. das Screening der Mitarbeiter durchzuführen, um der (scharfen) Strafandrohung des § 34 AWG zu entgehen.