

›Besondere Arten‹ personenbezogener Daten brauchen besonderen Datenschutz

Das klingt einleuchtend, hat aber doch seine Probleme: Denn jede Aufzählung ›sensitiver‹ Daten wird immer unvollständig bleiben müssen. Vor allem aber wird vernachlässigt, dass sich auch scheinbar harmlose Daten in einem entsprechend ›riskanten‹ Umfeld zu höchst sensitiven Inhalten wandeln können. Trotzdem: Betriebs- und Personalräte müssen die neuen Möglichkeiten kennen.

MIT DER NOVELLIERUNG des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) im Mai 2001 sind zum ersten Mal im deutschen Datenschutzrecht bestimmte Daten als besonders schützenswert erklärt und eingestuft worden.¹ Diese Daten werden im BDSG ›besondere Arten personenbezogener Daten‹ genannt. Im Allgemeinen werden sie aber auch als ›sensitive Daten‹ bezeichnet.

Nach § 3 Abs. 9 BDSG handelt es sich bei diesen Daten um Angaben über ...

- ▶ rassische und ethnische Herkunft,
- ▶ politische Meinungen,
- ▶ religiöse oder philosophische Überzeugungen,
- ▶ Gewerkschaftszugehörigkeit,
- ▶ Gesundheit oder Sexualleben.

Diese ›sensitiven Daten‹ unterliegen nun also strengeren Verarbeitungsanforderungen als andere personenbezogene Daten. Dabei entsprechen die Auflistung dieser Daten und deren in § 28 BDSG geregelten Verarbeitungsbedingungen zwar den Vorgaben der EG-Datenschutzrichtlinie, dennoch bedeutet ihre Einführung eine Abkehr von einem der bislang tragenden Grundsätze des deutschen Datenschutzrechts.² Denn das BDSG und auch die Landesdatenschutzgesetze

haben bislang eine Unterscheidung zwischen sensitiven und ›normalen‹ Daten aus guten Gründen *nicht* vorgenommen.

Die Auffassung im deutschen Datenschutzrecht war bis jetzt diese: Ob Daten ›sensitiv‹ oder ›trivial‹ (alltäglich, gewöhnlich) sind, lässt sich nicht aus den Daten selbst ableiten, sondern allein dem jeweils konkreten Verwendungs-/Verarbeitungszusammenhang entnehmen. Scheinbar ›harmlose‹ Daten wie zum Beispiel Name und Anschrift sind etwa dann als überaus sensitiv anzusehen, wenn sie in der Kartei einer Drogenbera-

tungsstelle auftauchen. Umgekehrt sind Krankheitsdaten in der Patientenkartei eines Arztes eher als unproblematisch anzusehen. Dieses gilt jedoch nicht für die gleichen Krankheitsdaten, wenn sie beim eigenen Arbeitgeber gespeichert würden ...

Besondere Arten der Daten

ZU DEN ANGABEN ÜBER die rassische und ethnische Herkunft gehören alle Angaben, die den Betroffenen \square als Angehörigen einer bestimmten Rasse, Volksgruppe oder Minderheit kenntlich machen. Unter politische Meinungen sowie religiöse oder philosophische Überzeugungen sind nicht nur die Mitgliedschaften in einer Partei, Religionsgemeinschaft oder Sekte zu fassen, sondern auch politische oder religiöse Einstufun-



1... Auch die Landesdatenschutzgesetze müssen entsprechende Regelungen enthalten, da in der EG-Datenschutzrichtlinie diese besonderen Kategorien von Daten vorgegeben sind.

2... Vergl. Simitis (Hrsg.): Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, § 3 Rand-Nr. 257; Gola/Schomerus: Bundesdatenschutzgesetz, § 3 Rand-Nr. 56

gen wie ›konservativ‹, ›links‹, ›Kirchengegner‹ oder ähnlich. Auch zählen hierzu Angaben über bestimmte Verhaltensweisen (›Kirchgänger‹, ›Berufsdemonstrant‹, ›Stasi-Spitzel‹) und bestimmte Aktivitäten oder Tätigkeiten wie zum Beispiel das Spenden für Parteien oder Kirchen.

Zu den Angaben über politische Meinungen oder religiöse Überzeugungen kann im Einzelfall aber auch die Tatsache des Abonnements einer bestimmten Zeitung oder Zeitschrift zählen. Zu den Daten über Gewerkschaftszugehörigkeit etwa gehören Angaben auch über den Bezug bestimmter gewerkschaftlicher oder gewerkschaftsnaher Zeitungen oder über die Teilnahme an Demonstrationen.

Zu den Angaben über Gesundheit zählen alle Informationen, die die körperlichen und geistigen Zustände eines Menschen und deren Bewertungen betreffen. Es sind also nicht nur gegenwärtige und vergangene Zustandsbeschreibungen (z.B. Größe, Gewicht) und Befunde (z.B. Röntgenbilder, Blutgruppe, Krankheiten, Beeinträchtigungen) sowie gegenwärtige Krankheiten, chronische Leiden oder Allergien gemeint. Auch Angaben über Abhängigkeit oder Missbrauch von Alkohol, Drogen oder Medikamenten gehören dazu, ebenso der dauernde oder vorübergehende Aufenthalt in Einrichtungen wie zum Beispiel Aids-, Krebs- oder Kurkliniken oder in Pflegeheimen. Und natürlich gehören Daten dazu, wie zum Beispiel genetische Daten (DNA-Analyse) oder auch die Schwerbehinderteneigenschaft.

Zu den Angaben über das Sexualleben schließlich gehören nicht nur Angaben über sexuelle Vorlieben und Neigungen (z.B. homosexuell, lesbisch), sondern alle Angaben, die sich in irgendeiner Weise auf das Sexualleben selbst beziehen.³

3... Vergl. hierzu Bergmann/Möhrle/Herb: Datenschutzrecht, § 3 Rand-Nr. 169 ff

4... Vergl. Simitis (Hrsg.): Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, § 3 Rand-Nr. 265

5... Der Berliner Beauftragte für den Datenschutz: Auszug aus dem Jahresbericht; abgedruckt in RDV 6/03, Seite 309

Die Aufzählung der sensitiven Daten in § 3 Abs. 9 BDSG ist übrigens abschließend. Dies führt häufig zu der Kritik, dass die Aufzählung gemessen an ihrem Zweck, Sonderbedingungen für die



Verarbeitung ›sensitiver‹ Daten festzuschreiben, ›willkürlich‹, ›antiquiert‹ und ›unvollständig‹ sei.⁴ Man könnte – so der Einwand – in gleicher Weise Daten zur finanziellen Lage, zu persönlichen Gewohnheiten, zu Familienbeziehungen oder zu physischen und psychische Auffälligkeiten ebenfalls als besonders zu schützende Daten deklarieren.

Aber unabhängig von dieser Frage gilt: Die Verarbeitung sensitiver Daten kann rechtmäßig erfolgen und zwar immer dann, wenn sie (1) auf der Grundlage eines anderen Gesetzes als des BDSG stattfindet oder (2) mit Einwilligung der betroffenen Person oder (3) auf der Basis des § 28 Abs. 6 bis 9 BDSG.

Die Einwilligung des ›Betroffenen‹

EINE EINWILLIGUNG in Bezug auf die Verwendung sensitiver Daten muss sich ausdrücklich auf diese Daten beziehen (§ 4a Abs. 3 BDSG). In § 4a BDSG werden bestimmte Anforderungen an eine Einwilligung gestellt:

- ▶ Die Einwilligung ist nur wirksam, wenn sie auf der freien Entscheidung des Betroffenen beruht.
- ▶ Der Betroffene ist auf den vorgesehenen Zweck der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung hinzuweisen.
- ▶ Der Betroffene ist auf die Folgen der Verweigerung einer Einwilligung hinzuweisen.
- ▶ Die Einwilligung bedarf der Schriftform, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist.
- ▶ Soll die Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen abgegeben werden, ist sie besonders hervorzuheben.

Soweit besondere Arten personenbezogener Daten erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, muss sich die Einwilligung dazu ausdrücklich auf diese sensitiven Daten beziehen. Und weil das so ist, scheidet eine so genannte konkludente Einwilligung aus.⁵ Gemeint ist damit, dass von einer Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten auch dann ausgegangen werden kann, wenn sich aus dem Verhalten einer Person ein solches Einverständnis ›schlüssig‹ ergibt. Dies gilt etwa dann, wenn man einen Kreditvertrag abschließt, dessen Bearbeitung die Erfassung bestimmter persönlicher Daten nun einmal zwingend voraussetzt.

Ob eine mündliche Einwilligung im Fall sensitiver Daten zulässig ist, ist umstritten. So vertritt der Berliner Datenschutzbeauftragte die Auffassung, dass eine solche mündliche Einwilligung nicht ausgeschlossen sei, soweit wegen besonderer Umstände eine andere Form als die Schriftform ›angemessen‹ erscheine. Demnach wären telefonische Meinungsbefragungen zu politischen Themen auch weiterhin möglich, sofern der Interviewer ausdrücklich auf die

Abfrage sensibler Daten hingewiesen und der Betroffene insoweit eine Einwilligung gegeben hat. Gola und Schomerus hingegen gehen davon aus, dass bei Einwilligungen in Bezug auf sensitive Daten in jedem Fall die Schriftform und die Benennung der Daten erforderlich ist...⁶

Zu einer möglichen Einwilligung im Arbeitsleben vertritt der Berliner Datenschutzbeauftragte folgende Auffassung: »Nach einhelliger Auffassung kann angesichts des besonderen Abhängigkeitsverhältnisses der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber die Verarbeitung sensibler Daten auch nicht auf die Einwilligung der Betroffenen gestützt werden, da die Freiwilligkeit der Einwilligung in diesem Fall grundsätzlich in Frage gestellt werden muss.«

Ausnahmen von einer Einwilligung

DER UMGANG MIT besonderen Arten personenbezogener Daten ist in § 28 Abs. 6 BDSG ausdrücklich geregelt. Demnach ist das Erheben, Verarbeiten und Nutzen sensibler Daten ohne Einwilligung für eigene Geschäftszwecke zulässig, wenn ...

- ▶ dies zum Schutz lebenswichtiger Interessen des Betroffenen oder eines Dritten erforderlich ist, sofern der Betroffene aus physischen oder rechtlichen Gründen außerstande ist, seine Einwilligung zu geben,
- ▶ es sich um Daten handelt, die der Betroffene offenkundig öffentlich gemacht hat,
- ▶ dies zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung rechtlicher Ansprüche erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen am Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung überwiegt, oder
- ▶ dies zur Durchführung wissenschaftlicher Forschung erforderlich ist, das wissenschaftliche Interesse an der Durchführung des Forschungsvorhabens das Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung erheblich überwiegt und der Zweck der Forschung

auf andere Weise nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand erreicht werden kann.

Ohne Einwilligung der Betroffenen ist die Verwendung sensibler Daten also nur in vier vom Gesetz ausschließlich und abschließend aufgezählten Fällen zulässig (§ 28 Abs. 6 Nr. 1 bis 4). Allen ist Eines gemeinsam: Sie beziehen sich auf außergewöhnliche Situationen, die es gerade wegen ihrer Besonderheit rechtfertigen sollen, die Bedenken gegen jede Verwendung sensibler Daten zurückzustellen.

Lebenswichtige Interessen

Zum Schutz lebenswichtiger Interessen ist die Verwendung sensibler Daten zulässig, vorausgesetzt der jeweils Betroffene ist aus physischen oder rechtlichen Gründen nicht in der Lage, eine Einwilligung abzugeben. Ob es dabei um die »lebenswichtigen« Belange des Betroffenen geht oder desjenigen, der die Daten bekommen und verwenden möchte, ist dabei nicht von Bedeutung. Das Gesetz bezieht sich hier nicht nur auf den Betroffenen selbst, sondern bezieht ausdrücklich »den Dritten« (irgendeinen Dritten) mit ein, so lange nur lebenswichtige Interessen auf dem Spiel stehen.

Zu denken ist hier zum Beispiel an spezielle Infektions-Fälle. Diese rechtfertigen es in der Tat, den Sonderstatus der Gesundheitsdaten, etwa bei der Übertragung von Viren, zu übergehen und eine Verwendung der Daten im Hinblick auf eine sofortige Impfung oder Behandlung zuzulassen

Das Gesetz akzeptiert also eine Verwendung sensibler Daten, aber nur dann, wenn der Betroffene selbst nicht fähig ist, die Verwendung dieser Daten zu billigen. Gemeint sind dabei wohl in erster Linie physische Gründe, wie etwa Bewusstlosigkeit oder eine schwere Erkrankung. Das Gleiche gilt, wenn der Betroffene aus tatsächlichen Gründen nicht um eine Einwilligung gebeten werden kann, etwa weil er sich auf einer Weltreise befindet oder unbekannt ver-zogen ist...⁹

Offenkundig öffentlich gemacht

Eine Verwendung sensibler Daten ist, zweitens, bei Angaben zulässig, die von dem Betroffenen *offenkundig* öffentlich

gemacht worden sind. Dabei reicht es nicht aus, dass die Daten in den Medien erscheinen, sondern es muss wirklich feststehen, dass die Veröffentlichung dieser Daten auf den Betroffenen zurückgeht. Das ist bei normalen Meldungen in einer Zeitschrift oder im Fernsehen nicht unbedingt der Fall (sie können ja auch gegen den Willen des Betroffenen in die Medien geraten sein). Bei einem Interview mit einem Betroffenen kann jedoch davon ausgegangen werden, dass er diese Daten »offenkundig« selbst öffentlich machen wollte.

Ausübung oder Verteidigung rechtlicher Ansprüche

Die Verwendung sensibler Daten ist, drittens, zulässig, wenn dies zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung rechtlicher Ansprüche erforderlich ist. Gleichzeitig darf aber kein Grund zu der Annahme bestehen, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen am Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung der entsprechenden sensiblen Daten überwiegt.

Diese Alternative ist auch die, die aus Arbeitnehmersicht vor allem von Bedeutung ist, denn sie ist die einzige, die im Rahmen von Vertragsbeziehungen (z. B. Arbeitsvertrag) zum Tragen kommen kann. Und gerade bei der Begründung und Durchführung von Arbeitsvertragsverhältnissen werden sensitive Daten in besonderem Maße erhoben, verarbeitet und genutzt. Bereits im Rahmen von Einstellungsverfahren – also vor Abschluss des Arbeitsvertrags – wird der Bewerber nach einer Schwerbehinderung oder auch nach gesundheitlichen Einschränkungen (oder auch Krankheiten) gefragt. Selbst Kirchen- oder Gewerkschaftszugehörigkeit gehören bei Einstellungen in bestimmten Tendenzbetrieben zum üblichen Fragenkatalog.

6... Gola/Schomerus: Bundesdatenschutzgesetz, § 3 Rand-Nr. 57

7... Der Berliner Beauftragte für den Datenschutz: Auszug aus dem Jahresbericht; abgedruckt in RDV 6/03, Seite 310

8... Vergl. Simitis (Hrsg.): Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, § 28 Rand-Nr. 327

9... Der Berliner Beauftragte für den Datenschutz: Auszug aus dem Jahresbericht; abgedruckt in RDV 6/03, Seite 310

In bestehenden Arbeitsverhältnissen dann erhält der Arbeitgeber über die Lohnsteuerkarte so oder so Angaben über religiöse Überzeugungen oder er bekommt Informationen über Erkrankungen des Mitarbeiters. Dennoch bleibt die Frage nach der Zulässigkeit ohne ausdrückliche Einwilligung des Betroffenen.

Das BDSG knüpft in § 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung sensibler Daten an die Wahrnehmung eines ›rechtlichen Anspruchs‹. Folgt man – wie von Gola/Wronka vorgeschlagen¹⁰ – der im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) enthaltenen Definition, so ist ein Anspruch das Recht einer Person, von einer anderen Person ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen. In Betracht kommen dabei Ansprüche gerichtlicher, gesetzlicher oder vertraglicher Art.

Damit stellt sich die Frage, ob etwa im Bereich der Gesundheitsdaten die bis-

lang von der Rechtsprechung als zulässig angesehenen Fragen des Arbeitgebers nach Erkrankungen und Schwerbehinderung weiterhin zulässig sein werden. Dies dürfte zu bejahen sein, soweit diese Fragen in einem bestehenden Arbeitsverhältnis gestellt werden. Der Arbeitgeber benötigt diese Informationen, um seinen Anspruch auf ordnungsgemäße Erfüllung der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers durchzusetzen.¹¹

Vor Abschluss des Arbeitsvertrags, also im Bewerbungsverfahren, stellt sich jedoch die Frage, »ob bzw. welche ›rechtlichen‹ Ansprüche der Arbeitgeber mit den hier stattfindenden Datenerhebungen verifizieren will.«¹² Um arbeitsvertragliche Ansprüche kann es sich nicht handeln, da zu diesem Zeitpunkt (noch) kein Arbeitsvertrag besteht. Es könnte sich also höchstens um Ansprüche handeln, die im angestrebten Arbeitsverhältnis erst noch entstehen werden. Und dabei ist dann von auszugehen, dass sich die Erlaubnis des § 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG (sensibler Daten ohne ausdrückliche Einwilligung des Betroffenen erheben zu können) auch darauf erstreckt, im Bewerbungsverfahren Informationen erheben zu dürfen, die benötigt werden, um das eventuelle Entstehen möglicher zukünftiger Ansprüche auszuloten.¹³

Eine Konsequenz der Neuregelung im BDSG wird hier deutlich: Die bisher vom Bundesarbeitsgericht verneinte

Einschränkung der Frage bei Bewerbern nach der Schwerbehinderteneigenschaft wird sich vor dem Hintergrund der neuen Vorgaben im BDSG nicht aufrecht erhalten lassen. Hinzu kommt, dass in § 81 Abs. 2 Sozialgesetzbuch (SGB) IX ausdrücklich ein Diskriminierungsgebot festgelegt ist. Danach darf der Arbeitgeber schwerbehinderte Beschäftigte wegen ihrer Behinderung nicht benachteiligen. So werden Arbeitgeber, die in Personalfragebogen eine generelle Frage nach Schwerbehinderung bei Bewerbern verankert haben, diese streichen müssen. Die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft wird bei Bewerbern nur noch sehr eng bezogen auf den zu besetzenden Arbeitsplatz gestellt werden dürfen.

Durchführung wissenschaftlicher Forschung

Eine Verwendung sensibler Daten ist, viertens, bei Angaben zulässig, die für die wissenschaftliche Forschung erforderlich sind. Zulässig ist sie jedoch nur bei Forschung für ›eigene Geschäftszwecke‹, also beispielsweise nur für Forschungsarbeiten zur Entwicklung eigener Produkte oder Fertigungsverfahren. Anders ausgedrückt: Die Erfassung, Verarbeitung und Nutzung sensibler Daten für ›Fremdforschung‹ ist auf der Basis des § 28 Abs. 6

10... Gola/Wronka: Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, Seite 95

11... Gola/Wronka: Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, Seite 96

12... Gola/Wronka: Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, Seite 96

13... So Gola/Wronka: Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, Seite 96

Nr. 4 BDSG nicht zulässig¹⁴, denn diese Datenverarbeitung findet dann nicht mehr für »eigene Geschäftszwecke« statt. Für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Forschungseinrichtungen kommen der § 40 BDSG und andere spezialgesetzliche Regelungen, wie etwa die Krebsregister-Gesetze zur Anwendung.

Generell ist die Verwendung sensibler Daten für Forschungszwecke an die gleichen Vorgaben gebunden, die auch sonst für eine Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung der Daten für Forschungszwecke gelten. So muss das Forschungsvorhaben wissenschaftlichen Ansprüchen genügen und gleichzeitig muss die Verwendung der sensiblen Daten zur Erreichung des Forschungszwecks erforderlich sein. Immer muss auch geprüft werden, ob das Interesse des Betroffenen am Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung der Daten nicht das Forschungsinteresse erheblich überwiegt. Geprüft werden muss auch, ob der Zweck der Forschung nicht auf andere Weise – sprich ohne Verarbeitung der sensiblen Daten – erreicht werden kann.

Weitere Ausnahmen von einer Einwilligung

DAS BDSG ENTHÄLT in § 28 Abs. 7 – 9 BDSG weitere Vorgaben, nach denen die Verwendung sensibler Daten auch ohne Einwilligung des jeweils Betroffenen erfolgen darf.

Gesundheitsvorsorge – § 28 Abs. 7 und 8 BDSG

Das Erheben von besonderen Arten personenbezogener Daten ist zulässig, wenn dies erforderlich ist zum Zweck ...

- ▶ der Gesundheitsvorsorge,
- ▶ der medizinischen Diagnostik,
- ▶ der Gesundheitsversorgung oder Behandlung oder
- ▶ für die Verwaltung von Gesundheitsdiensten.

¹⁵... Vergl. Simitis (Hrsg.): Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, § 28 Rand-Nr. 335

Dies kann aber nur dann der Fall sein, wenn die Verarbeitung der Daten durch ärztliches Personal oder durch sonstige Personen erfolgt, die einer entsprechenden Geheimhaltungspflicht unterliegen.

Datenverarbeitung durch Organisationen – § 28 Abs. 9 BDSG

Organisationen, die politisch, philosophisch, religiös oder gewerkschaftlich ausgerichtet sind und keinen Erwerbszweck verfolgen, dürfen besondere Arten personenbezogener Daten erheben, verarbeiten oder nutzen, soweit dies für die Tätigkeit der Organisation erforderlich ist.

Dies gilt natürlich nur für die personenbezogenen Daten der Organisationsmitglieder oder von Personen, die im Zusammenhang mit dem Tätigkeitszweck der jeweiligen Organisation regelmäßig Kontakte mit ihr unterhalten. Die Übermittlung dieser personenbezogenen Daten an Dritte ist allerdings immer nur mit ausdrücklicher Einwilligung nach § 4a BDSG zulässig.

Es bleibt festzuhalten: Vor allem betriebliche Datenschutzbeauftragte müssen sich verstärkt mit der Rechtmäßigkeit der Verarbeitung sensibler Daten beschäftigen. Dies gilt auch für Betriebsräte, soweit entsprechende Daten von Bewerbern oder Beschäftigten erhoben, verarbeitet oder genutzt werden sollen.

Bruno Schierbaum, BTQ Niedersachsen, Donnerschweer Straße 84, 26123 Oldenburg, schierbaum@btq.de



☞ **Betroffener = im Datenschutzrecht ist immer dann von »dem Betroffenen« die Rede, wenn der Mensch, um dessen persönliche Daten es jeweils geht, also der eigentliche »Besitzer« dieser Daten, gemeint ist**