Kein Screening ohne Betriebsrat

Abgleich von Mitarbeiterdaten mit fragwürdigen Terrorlisten

Achim Thannheiser, Vera Westermann

© Reinhard Alff

Immer mehr Unternehmen überprüfen, ob ihre Mitarbeiter auf EU-Anti-Terrorlisten stehen. Doch niemand kann so recht sagen, wie und warum Personen auf diese Listen gelangen. Es handelt sich bei den Betroffenen nicht um verurteilte Täter. Auch liegt der Listung kein Gerichtsbeschluss zugrunde. Interessenvertretungen müssen das Treiben nicht einfach so hinnehmen.

Darum geht es:

- Geheimdiensterkenntnisse reichen für das Erfassen und den Abgleich personenbezogener Daten nicht aus.
- EU-Verordnungen und das Außenwirtschaftsgesetz schließen die Mitbestimmung nicht aus.
- In Betriebsvereinbarungen lassen sich Schutzmechanismen für die Beschäftigten einbauen.

Viele Unternehmen halten sich für gesetzlich verpflichtet, Mitarbeiter-Screenings durchzuführen. Hintergrund sind hier vor allem die vom Rat der Europäischen Union (EU) erlassenen, unmittelbar in allen Mitgliedsstaaten geltenden Anti-Terror-Verordnungen.[1] Einer Person, die in den Anhängen zu diesen Verordnungen namentlich genannt wird, dürfen weder unmittelbar noch mittelbar Gelder oder wirtschaftliche Ressourcen zur Verfügung gestellt werden oder zugute kommen (das sogenannte Bereitstellungsverbot). Verstöße gegen diese Verordnungen können Straftaten gemäß § 17 ff. Außenwirtschaftsgesetz (AWG) darstellen.

International handelnde Unternehmen meinen aus zollrechtlichen Gründen – Anforderungen des EU-Zollkodex ▶ **AEO** – zum Screening verpflichtet zu sein. Dabei handelt es sich um zollrechtliche Verfahren, bei denen die zugelassenen Unternehmen für die Zoll-Formalitäten deutliche Vereinfachungen wie weniger Datenübermittlung oder einfachere Zollpapiere erhalten.[2] Der Zollkodex beinhaltet selbst keine Verpflichtung, einen Abgleich der Beschäftigten mit den EU-Terrorver-

1 EG VO 2580/2001 (Maßnahmen gegen sonstige Terrorverdächtige), EG VO 881/2002 (Maßnahmen gegen das Al Quaida-Netzwerk) und EG VO 753/2011(Maßnahmen gegen bestimmte Personen, Gruppen, Unternehmen und Einrichtungen angesichts der Lage in Afghanistan)

2 Ausführlich dazu Ruppert, Mitarbeiterüberprüfungen bei Zertifizierungen, in: CuA 11/2012, 31 ff.

dachtslisten durchzuführen, sondern nur die Durchführungsbestimmungen dazu sehen das vor.

Da diese Bestimmungen keine gesetzliche Grundlage darstellen und darüber hinaus die Teilnahme der Unternehmen freiwillig ist, besteht keine gesetzliche Regelung, die jegliche Mitbestimmung der betrieblichen Interessenvertretung aushebeln könnte.

Ominöse Terrorverdachtslisten

Die Listen enthalten die Namen von mehreren hundert Personen und werden durchschnittlich alle drei Wochen aktualisiert.[3] Es handelt sich dabei überwiegend um Personen, gegen die kein konkreter Verdacht der Unterstützung terroristischer Gruppen besteht. Mit welcher Begründung und aus welchem Anlass Menschen auf diese Listen kommen, ist nicht erkennbar. Es wird daher in der Literatur davon ausgegangen, dass vertrauliche geheimdienstliche Informationen vorliegen und die Namenslisten von NSA und CIA stammen.[4]

Das Entstehen der Listen ist somit völlig intransparent. Rechtsstaatsprinzipien wie die geltende Unschuldsvermutung bis zu einer gerichtlichen Verurteilung werden quasi geräuschlos und durch die Hintertür aufgehoben.[5] Gleichwohl werden den gelisteten Personen, trotz unsicherer Tatsachengrundlage und ohne gerichtliche Entscheidung, faktisch ihre elementaren Grundrechte entzogen und eine selbstbestimmte Existenz aufgrund der Entziehung sämtlicher wirtschaftlicher Ressourcen unmöglich gemacht.[6]

Die gelisteten Personen können ein kompliziertes Entlistungsverfahren beantragen und gegebenenfalls die Bereitstellung geringfügiger finanzieller Mittel zum Bestreiten des Lebensunterhalts beantragen. Bis zur Entlistung ist es aber tatsächlich so, dass diesen Menschen ihre Lebensgrundlage entzogen wird. Mit der Unschuldsvermutung in unserem Rechtsstatt verträgt sich das Screening überhaupt nicht.

Aktive Betriebsratsbeteiligung

Teilweise wird die Auffassung vertreten, das Screening sei nicht mitbestimmungspflichtig, da sich aus den rechtlichen Regelungen des AWG und der EG-Verordnungen eine Pflicht zum Abgleich ergebe. Weder im AWG noch sonst irgendwo sind jedoch rechtlich verpflichtende Vorgaben im Hinblick auf einen Datenabgleich mit den Anti-Terrorlisten geregelt, so dass die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats zu beachten sind.[7]

Die Bundesvereinigung der Arbeitgeberverbände (BDA) sieht kein Mitbestimmungsrecht, da es sich nur um außerbetriebliches Verhalten der Beschäftigten handelt.[8] Dabei wird jedoch verkannt, dass das Screening einen unverhältnismäßigen Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht darstellt, gegen die Unschuldsvermutung verstößt und damit insgesamt unzulässig ist.[9]

Darüber hinaus wird der Abgleich mit Daten der Beschäftigten durch den Arbeitgeber oder von ihm Beauftragte durchgeführt. Aus diesem Grunde ist die Arbeitnehmervertretung zu beteiligen, was schon aus dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit in § 2 BetrVG und dem Überwachungsauftrag in § 80 BetrVG für den Betriebsrat folgt.

Umfangreiche Informationsrechte

In welchem Umfang ist die Belegschaftsvertretung zu beteiligen? Nicht bestreitbar ist der allgemeine Informationsanspruch nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Danach hat der Betriebsrat die allgemeine Aufgabe, die Einhaltung der geltenden Schutzgesetze für die Beschäftigten zu prüfen.

Auf dieser Grundlage kann er beispielsweise die Vorlage von Rollen- und Berechtigungskonzepten für den Zugang zu Systemen oder auch von Verträgen mit Auftragsdatenverarbeitungsunternehmen verlangen. Weiterhin ist es möglich, Auskunft über den Stand technischer Sicherheitsmaßnahmen oder über nach § 11 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) erforderliche Löschungskonzepte einzufordern.

Damit ist die Prüfung von vorhandenen Listen zum Abgleich mit den Anti-Terrorlisten und auch das Löschen von fehlerhaften Listen möglich.[10]

Die Belegschaftsvertretung kann sich somit ein Bild von den verschiedenen Formen des Erhebens, Verarbeitens und Nutzens von Daten der Beschäftigten im Betrieb machen. Reichen die eigenen Fachkenntnisse für das Bewerten und Einordnen der vorliegenden Informationen nicht mehr aus, kann ein Betriebsrat nach § 80 Abs. 2 Satz 3 BetrVG auf das Wissen betrieblicher Auskunftspersonen und nach § 80 Abs. 3 BetrVG auf externen Sachverstand zurückgreifen.

Mitbestimmungspflichtige Anordnungen

Verbindliche Anordnungen des Arbeitgebers, die nicht ausschließlich das Arbeitsverhalten betreffen, unterliegen der Mitbestimmung. Es handelt sich dabei um sogenannte Regelungen zum Verhalten der Beschäftigten oder der Ordnung im Unternehmen gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Dort heißt es: »Der Betriebsrat hat, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, in folgenden Angelegenheiten mitzubestimmen: 1. Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb; [...]«

Daraus kann gefolgert werden, dass das »Wie« des Daten-Screenings mitbestimmungspflichtig ist, da es sich um eine personenbezogene Anordnung zum Datenabgleich handelt.[11] Es geht zusätzlich auch um das Verhalten der Beschäftigten

3 Däubler, Staatlicher Zugriff auf Arbeitnehmerdaten, in: Seminarunterlage zu »Arbeitsrecht in der schönen neuen digitalen Arbeitswelt, dtb/soliserv, 2015, 8 ff.

4 Rügemer, Daimler: 280.000 Mitarbeiter nach Terrorlisten überprüft, 2015, in: www.arbeitsunrecht.de

5 Däubler-Gmelin, Gläserne Arbeitnehmer, in: CuA 2/2015, 14 ff.

6 Däubler-Gmelin, Der Ärger geht weiter, in: CuA 2/2014, 13 ff. spricht vom »zivilen Tod« der Betroffenen

7 vgl. Schulze/Sticher, Die totale Überwachung. Mitarbeiter-Screening unter dem Deckmantel der Terrorbekämpfung, in: AiB 10/2012, 574 ff.; Ruppert, Mitarbeiter-Screening zur Terroristensuche, in: CuA 7-8/2012, 42 ff.

8 Rügemer, aaO.

9 Däubler, aaO.

10 Wedde, Der Betriebsrat als Datenschützer, in: CuA 3/2014, 15 ff.

11 Kronig, Immer unter Generalverdacht. Terrorabgleich bei der Softwareschmiede SAP, in: CuA 3/2015, 20 f.

außerhalb des Unternehmens, das überprüft wird.

Schließlich handelt es sich bei dem Screening um einen erheblichen Eingriff in das informelle Selbstbestimmungsrecht der Beschäftigten.[12]

Mitbestimmungspflichtige Überwachung

Der Betriebsrat hat nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG mitzubestimmen bei »der Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen«.

Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn personenbezogene Daten der Beschäftigten über EDV-Programme mit anderen Daten verknüpft werden. Im Rahmen eines Screenings werden zwar nur die Stammdaten abgefragt, allerdings erfolgt durch eine Verknüpfung ein Abgleich mit den Anti-Terrorlisten.[13] Das bezweckt, etwas über das Verhalten – potenzielle terroristische Aktivitäten oder die Beteiligung an diesen – der Beschäftigten herauszufinden und wird elektronisch durchgeführt.

Das Mitbestimmungsrecht wird bereits ausgelöst, wenn die Einrichtung dazu geeignet ist, die Kontrolle zu ermöglichen. Der Abgleich ist zumindest geeignet, das Verhalten der Beschäftigten zu überwachen. Verhalten ist hierbei jedes Tun oder Unterlassen im betrieblichen aber auch außerbetrieblichen Bereich, das für das Arbeitsverhältnis erheblich sein kann.[14]

Die Mitbestimmung ist sehr weitgehend und umfasst auch den Abgleich reiner Statusdaten wie etwa Name und Geburtsdatum, wenn diese Rückschlüsse auf das Verhalten der Beschäftigten zulassen.

Wahrscheinlich gibt es für die Einführung und Nutzung der IT-Software bereits eine Betriebsvereinbarung, jedoch wird diese kaum das Screening im Blick gehabt haben. Will der Arbeitgeber nun den Anwendungsbereich der Software erweitern, in dem er damit Screenings durchführt, muss er vorher den Betriebsrat ins Boot holen. Denn auch die Anwendung der IT-Software unterliegt der Mitbestimmung, nicht nur die Einführung.

Mitbestimmungspflichtige Fragebogen

Wenn Unternehmen zur Erhebung der Daten im Rahmen des Einstellungsgesprächs oder auch im bestehenden Beschäftigungsverhältnis Personalfragebogen verwenden, greift das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 94 Abs. 1 BetrVG.[15]

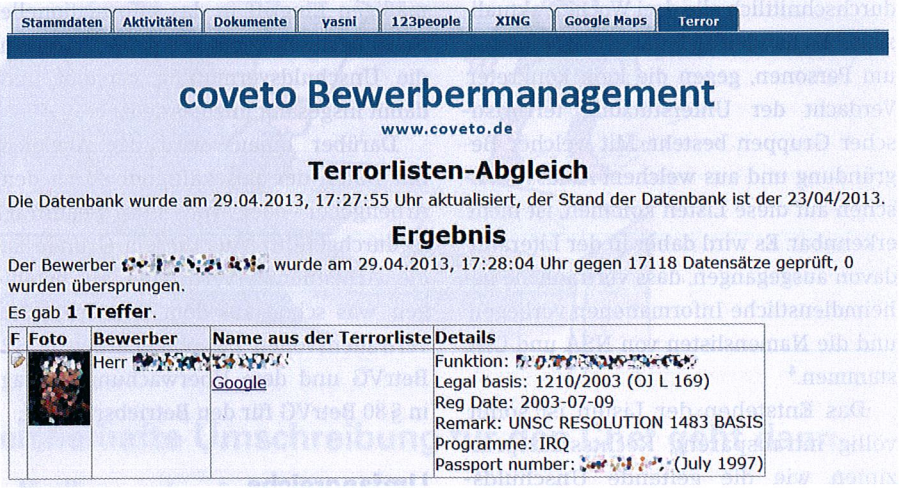
Ein Personalfragebogen in diesem Sinne liegt nach dem Bundesarbeitsgericht (BAG) vor, wenn Beschäftigte auf einem Formular Fragen beantworten müssen und dieser Fragebogen personenbeziehbar ist.[16] Es wird also erkennbar, wer konkret den Fragebogen ausgefüllt hat. Da das Screening nur Sinn ergibt, wenn Namen der Bewerber oder Beschäftigten genannt werden, ist dieses Formular mitbestimmungspflichtig.

Schützende Betriebsvereinbarung

Eine betriebliche Vereinbarung stellt keine Rechtsgrundlage für einen solchen Datenabgleich dar. So auch der Datenschutzbeauftrage von Rheinland-Pfalz, der insbesondere den Abgleich mit Sanktionslisten, die in Deutschland keine Rechtswirkung entfalten (US-Sanktionslisten) als Verstoß gegen § 32 und § 28 des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) ansieht und meint, dass daher jede Betriebsvereinbarung unwirksam wäre.[17] Dazu kommt, dass eine Vereinbarung keinen Verstoß gegen das grundgesetzlich geschützte Recht zur informationellen Selbstbestimmung der betroffenen Beschäftigten legitimieren kann.

Eine Rechtsgrundlage für ein Screening ohne Zustimmung der Betroffenen ist nicht in § 32 oder § 28 BDSG zu sehen, wonach unter bestimmten Voraussetzungen zur Aufdeckung von Straftaten personenbezogene Daten der Beschäftigten erhoben, verarbeitet oder genutzt werden dürfen. Voraussetzung ist nämlich, dass Tatsachen vorliegen, die den Verdacht begründen, dass der Beschäftigte im Arbeitsverhältnis eine Straftat begangen hat. Das Screening mit den Anti-Terrorlisten erfolgt aber ohne jeden Verdacht oder Anhaltspunkt in der Person.

Außerdem wäre eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen. Da es keinen Anfangsverdacht gibt, die »Erfolgsaussicht« minimal ist, dass auf den Listen mit mehreren hundert Personen Beschäftigte des Unternehmens sind und die Sicherheit des Erfolgs äußerst zweifelhaft ist (schon wegen der Unsicherheit bei der Schreibweise der in der Regel arabischen Namen), stellt der Abgleich einen unverhältnismäßigen und damit unzulässigen Eingriff in



Die Recruiting-Software coveto gleicht automatisiert Vor- und Nachnamen von Personen mit Anti-Terrorlisten ab.

12 Däubler-Gmelin, Gläserne Arbeitnehmer, aaO.; Ruppert, aaO.

13 Schulze/Sticher, aaO.

14 BAG vom 11.3.1986, Az.: 1 ABR 12/84

15 Vgl. Schulze/Sticher, aaO.

16 BAG vom 9.7.1991, Az.: 1 ABR 57/90

17 Rügemer, aaO.

das grundgesetzlich geschützte Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar.[18]

Die unterschiedlichen Übersetzungen von arabischen Namen, die vielen Alias-Namen und die fehlenden konkreten Daten zu Geburtsdatum oder Geburtsort, erschweren ein Screening und lassen die Ergebnisse fragwürdig erscheinen. Dazu kommt, dass in einigen arabischen Gegenden die Geburten in einem Jahr pauschal registriert werden, so dass alle Neugeborenen ein einheitliches Geburtsdatum je Jahr haben.[19]

Erforderliche Schutzmechanismen

Spezielle Betriebsvereinbarungen zum »Terrorlisten-Screening« können dabei helfen, die erheblich in die Grundrechte der Beschäftigten eingreifenden Maßnahmen, ohne konkrete Verdachtsmomente, zu kontrollieren.

Die Autoren haben für die Hans-Böckler-Stiftung einige der wenigen bereits existierenden Betriebsvereinbarungen ausgewertet und in einem Trendbericht dargestellt.[20]

Leider werden in den meisten Vereinbarungen die erforderlichen Schutzmechanismen für die Beschäftigten nicht eingebaut. Das mag daran liegen, dass die Verunsicherung über die Rechtslage dazu führte, dass die Vereinbarungen als freiwillige Regelungen angesehen wurden.

Wie in diesem Beitrag gezeigt, ist das Screening ohne Beteiligung der Interessenvertretung unzulässig. Diese kann sich auf die beschriebenen erzwingbaren Mitbestimmungsrechte berufen. Das bedeutet, dass ihr für eine solche Vereinbarung zum einen die Initiativrechte nach § 77 BetrVG zur Seite stehen und im Falle der Weigerung der Arbeitgeberseite würde eine Einigungsstelle abschließend entscheiden, § 76 Abs. 5 BetrVG.

Wesentliche Inhalte

Als Maßnahme gegen den »zivilen Tod« sollte im Falle eines »Treffers« die Freistellung des Betroffenen, die Zahlung des Lohns auf ein Treuhandkonto und die Aufforderung an ihn, das Entlistungsverfahren einzuleiten, in der Vereinbarung geregelt sein.

Bei erfolgreicher Entlistung wird der auf das Treuhandkonto gezahlte Lohn ausgekehrt und in der Zukunft dann normal weitergearbeitet. Wichtig sind auch Regelungen zur Rehabilitation der Beschäftigten, die unschuldig auf die Listen geraten sind oder verwechselt wurden.

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) können Betroffene zwar ohne vorheriges rechtliches Gehör in die Liste aufgenommen werden, aber verlangen, dass sie von den Listen gestrichen werden, wenn keine oder keine ausreichende Begründung vorliegt.[21] Kann eine solche nicht angeführt werden, sind spätestens nach drei Monaten die wirtschaftlichen Sanktionen aufzuheben.[22] Auch eine nachträgliche Feststellung, dass die Aufnahme in die Liste rechtswidrig war, kann von Betroffenen verlangt werden.[23]

Auch hier ist zu bedenken: Die Tatsache das ein Mensch gelistet ist, bedeutet nicht, dass er sich tatsächlich etwas hat zuschulden kommen lassen.

Ein Screening könnte womöglich ausschließlich auf Daten von Beschäftigten beschränkt werden, die in den sicherheitsrelevanten Bereichen des Unternehmens arbeiten, ein unbegleitetes Zugangsrecht haben oder dort künftig beschäftigt werden sollen. Dabei sind die sicherheitsrelevanten Bereiche genau zu beschreiben und räumlich abzugrenzen (Aufführen oder in einer Anlage benennen).

Leistungs- und Verhaltenskontrollen werden konsequent ausgeschlossen, ebenso die Weitergabe von Daten – also kein Datenabgleich durch Drittfirmen. Es werden die Daten beschrieben, die erfasst und abgeglichen werden sollen. Die Beschäftigten müssen vorher dem Datenabgleich zugestimmt haben, da die Betriebsvereinbarung keine Rechtsgrundlage dafür darstellt.

Der Prozess des Screenings wird beschrieben, die Häufigkeit des Abgleichs, die eingesetzte Software und der Umgang mit den Daten: Wo und wie werden die Daten gespeichert, an wen gegebenenfalls zur Auswertung übermittelt (oder die Übermittlung untersagen), wie werden die Daten geschützt und wann gelöscht.

Die Folgen eines erfolgreichen Abgleichs im obigen Sinne und eines fehlerhaften oder negativen Abgleichs werden vereinbart – so die Information der Beschäftigten, deren Rechte sowie die Unterstützung im Entlistungsverfahren. Diese Prozesse sind auch für Bewerbungsverfahren zu beschreiben.

Schließlich gehören die Kontrollmöglichkeiten der Belegschaftsvertretung und Regeln bei streitigen Entscheidungen in die betriebliche Vereinbarung.

Datenabgleich nur mit Betriebsrat

Durch ein umfassendes und verdachtsloses Screening der Beschäftigten wird in deren grundgesetzlich geschützte Persönlichkeitsrechte tief eingegriffen. Daher sollte die betriebliche Interessenvertretung einen Datenabgleich nicht ohne ihre Beteiligung durchführen lassen. Es empfiehlt sich, soweit ein Abgleich nicht gänzlich verhindert werden kann, eine Betriebsvereinbarung mit den vorgenannten Schutzregeln abzuschließen.

Autor und Autorin

Achim Thannheiser, Rechtsanwalt und Betriebswirt, und **Vera Westermann**, Rechtsanwältin; Rechtsanwaltskanzlei Thannheiser & Koll., Hannover, Rühmkorffstraße 18, 30163 Hannover, fon 0511 990490
» thannheiser@thannheiser.de
» www.thannheiser.de

Lexikon

Authorized Economic Operator (AEO) ▶ (deutsch: zugelassener Wirtschaftsbeteiligter) bezeichnet ein Verfahren zur Vereinfachung der zollrechtlichen Vorgänge für Unternehmen.

18 Däubler, aaO.

19 Hey, Der internationale Terror und die arbeitsrechtlichen Konsequenzen, 2015, www.platow.de

20 Thannheiser/Westermann, Terrorlisten-Screening und Mitbestimmung, Hans-Böckler-Stiftung – wird in Kürze kostenlos abrufbar sein: www.boeckler.de/53.htm

21 EuGH vom 3.9.2008, Az.: C-402/05P und C-415/05 P

22 EuGH vom 3.9.2008, aaO.

23 EuGH vom 28.5.2013, Az.: C-239/12 P