

*Alfred Büllsbach**

Datenschutz und Gleichbehandlung

Am 18.8.2006 trat das „Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung“ (AGG) in Kraft. Seine Auswirkungen auf den Datenschutz sind zum Teil positiv, aber auch negative Folgen für die informationelle Selbstbestimmung sind denkbar. Zunächst sollen in diesem Beitrag die rechtlichen Schnittstellen zwischen AGG und BDSG identifiziert werden. Die faktischen Auswirkungen lassen sich zum jetzigen Zeitpunkt nur in Thesen formulieren, die größtenteils ambivalent sind. Die tatsächlichen Wechselwirkungen werden sich erst mit der Anwendung des AGG im Laufe der Zeit zeigen, sie lassen sich jedoch durch einen bewussten Umgang mit Gleichbehandlung und Datenschutz beeinflussen.

Zunächst stellt sich die grundsätzliche Frage, in welchem Verhältnis das AGG und das BDSG normhierarchisch stehen. Hierdurch werden die Wechselwirkungen beider Regelungen entscheidend beeinflusst. Das BDSG gilt grundsätzlich als *lex generalis* nur, wenn nicht eine speziellere Norm dessen Anwendung verdrängt. Das AGG regelt die Zulässigkeit der Nutzung bestimmter Daten innerhalb der in § 2 eingegrenzten Anwendungsbereiche. Systematisch stellt das AGG für diese Merkmale zunächst ein spezielles Verwendungsverbot auf, das später durch einige Ausnahmeregelungen teilweise aufgehoben wird. Fraglich ist dann aber, inwieweit die Voraussetzungen des BDSG gelten, wenn das AGG zu keiner Verwendungseinschränkung des fraglichen Datums führt. Anders als das BDSG, dessen Schutzgut die informationelle Selbstbestimmung des Betroffenen ist, verwirklicht das AGG das Grundrecht auf Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 3 GG und setzt den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG um. Der Gesetzgeber formuliert dies in seiner Begründung zwar nicht, sondern gründet die in § 1 AGG verankerte Zielsetzung allein auf den Formalismus der Umsetzung entsprechender Europäischer Richtlinien.¹ Inhaltlich lässt sich die Zielsetzung in § 1 AGG aber auf Art. 3 GG zurückführen. Da das AGG folglich eine andere Zielsetzung hat als das BDSG und kein besonderes Datenschutzgesetz ist, kann es insoweit die Regeln des BDSG nicht verdrängen. Auch in Fällen, in denen das AGG eine Verwendungsbeschränkung ausspricht, kommt daneben das BDSG zur Anwendung. Zu Zwecken, die nicht in den Anwendungsbereich des AGG fallen, dür-

* Prof. Dr. jur. Dipl. Sc. pol. Alfred Büllsbach, Honorarprofessor an der Universität Bremen. 1995 bis 30.09.2006 Konzernbeauftragter für den Datenschutz bei DaimlerChrysler AG weltweit. 1999 bis 2005 Vorsitzender der Deutschen Gesellschaft für Recht und Informatik (www.dgri.de); <http://www.alfred-buellesbach.de/>

¹ Vgl. die Begründung zu § 1 AGG, BT-Drs. 16/1780, abgedruckt in: Beilage zu NJW 36/2006.

fen die fraglichen Merkmale deshalb in dem durch das BDSG gesetzten Rahmen erhoben und verarbeitet werden.

Das in § 1 AGG definierte Ziel, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse, der Herkunft, Geschlecht, etc. zu unterbinden, verbietet eine Heranziehung dieser Eigenschaften als Entscheidungsgrund. Dies kommt zunächst dem Datenschutz entgegen. Es nimmt der Erhebung dieser Daten die Erforderlichkeit und macht so schon die Erhebung zumindest für die konkrete Entscheidung unzulässig. Im Hinblick auf das Fragerecht des Arbeitgebers ergibt sich daraus eine Einschränkung, wie sie bereits für die Frage nach einer möglichen Schwangerschaft galt.² Dieses Erhebungsverbot verwirklicht das Prinzip der Datensparsamkeit und ist gleichzeitig ein Beleg dafür, dass aufgrund der Unkenntnis des Merkmals schon gar keine Diskriminierung erfolgen kann. Schwieriger ist die Situation aber, wenn die ausgeschlossenen Merkmale bereits bekannt oder für einen anderen Zweck gespeichert sind und lediglich die Nichtverwendung dieser Daten in Frage steht. Dies wird in der Praxis vermutlich einige Streitfälle provozieren. Es steht zu befürchten, dass in solchen Fällen künftig Datenbestände über die Erforderlichkeit für den ursprünglichen Zweck hinaus aufbewahrt werden, um später den Nachweis erbringen zu können, dass dieses Merkmal im Entscheidungsprozess keinen Nachteil bedeutete oder keine Rolle spielte. Insbesondere die Aufbewahrung von Bewerbungsunterlagen bis zum Ablauf der Ausschlussfrist für eine Klage abgelehnter Bewerber wird aus Beweisgründen in der Literatur zum AGG bereits empfohlen.³ Die verantwortliche Stelle würde ein solches Vorgehen in der Regel durch ein berechtigtes Interesse zu rechtfertigen suchen, mit dem Argument, dass der Beweis der Nichtbenachteiligung auch nicht den Interessen des Betroffenen zuwider laufen würde, sondern dessen Anliegen sogar entgegenkäme.

Viele der in § 1 AGG aufgeführten Merkmale sind gleichzeitig besondere Arten personenbezogener Daten im Sinne des § 3 Abs. 9 BDSG. Ihre Erhebung und Verarbeitung ist somit gemäß BDSG nur unter erschwerten Voraussetzungen zulässig. Beispielsweise decken sich die Merkmale rassische und ethnische Herkunft weitgehend mit den in § 1 AGG genannten „Gründen der Rasse“ und der „ethnischen Herkunft“. „Religiöse oder philosophische Überzeugungen“ aus § 3 Abs. 9 BDSG stimmen weitgehend überein mit Religion und Weltanschauung in § 1 AGG. *Däubler*⁴ hat hierzu überzeugend argumentiert, dass der Begriff „Weltanschauung“ in § 1 AGG aufgrund Vergleichs mit den weiteren Sprachversionen der zugrunde liegenden EU-Richtlinie ebenfalls besser durch den Begriff „Überzeugungen“ er-

² Siehe dazu *Gola*, Das AGG und der Arbeitnehmerdatenschutz, Computer-Fachwissen 9/2006, S. 28.

³ Vgl. *Wisskirchen*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – Herausforderung für die Personalpraxis, erhältlich unter <https://www.gdd.de/nachrichten/arbeitshilfen/agg-hrs.pdf>.

setzt werden sollte. Und auch das in § 3 Abs. 9 BDSG genannte Sexualleben findet sich, zumindest in einem Teilaspekt, als „sexuelle Identität“ in § 1 AGG wieder. Zwischen dem Begriff der „Gesundheit“ in § 3 Abs. 9 BDSG und den in § 1 AGG genannten Merkmalen „Behinderung“ und „Alter“ besteht schließlich nur noch eine sehr weite Verwandtschaft. § 1 AGG nennt außerdem das Geschlecht, § 3 Abs. 9 BDSG hingegen erweitert den Katalog um die Gewerkschaftszugehörigkeit. Eine Übereinstimmung der beiden Merkmalskataloge hat der Gesetz- bzw. schon der Richtliniengeber hier also offensichtlich nicht angestrebt, und nach der Gesetzesbegründung wohl auch nicht in Erwägung gezogen, obwohl hierfür schon wegen der oben erörterten Wechselwirkungen einiges gesprochen hätte.

Dass der Katalog des § 3 Abs. 9 BDSG abschließend ist, steht nicht in Frage,⁵ so dass bei allen nicht deckungsgleichen Merkmalen die oben erläuterte Gefahr einer Datenhaltung zu Beweis Zwecken denkbar erscheint. Aber ist umgekehrt eine Benachteiligung aufgrund Gewerkschaftszugehörigkeit zulässig, weil auch § 1 AGG einen abschließenden Katalog enthält? Die Verwendung der in § 3 Abs. 9 BDSG genannten besonderen Daten als Grundlage für eine dem Betroffenen nachteilige Entscheidung wird die besonderen Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Verarbeitung in vielen Fällen nicht erfüllen. Beispielsweise bei der Bewerberauswahl trifft in der Regel keine der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen zu, so dass die sensiblen Daten des § 3 Abs. 9 BDSG zu diesem Zweck schon aus datenschutzrechtlichen Gründen nicht erhoben, verarbeitet oder genutzt werden dürfen. Zu einer Benachteiligung kann es dann schon deshalb nicht kommen. Allerdings wäre in den meisten Fällen auch eine Aufbewahrung solcher Daten als Nachweis der Nichtbenachteiligung nicht zulässig.

§ 5 AGG erlaubt eine unterschiedliche Behandlung aufgrund der in § 1 genannten Merkmale ausnahmsweise dann, wenn sie zum Ausgleich bestehender Nachteile dienen. Datenschutzrechtlich wird in diesen Fällen auch die Erforderlichkeit der Verarbeitung dieses besonderen Datums zu bejahen sein. Inwieweit diese Regelung der Gefahr einer extensiven Nutzung unterworfen ist, lässt sich kaum voraussagen. Es ist aber denkbar, dass zum Zwecke des Abbaus von Benachteiligungen vermehrt solche sensiblen Datenbestände generiert werden. Gerade von Benachteiligung Betroffene werden vor dem Hintergrund von Anti-Diskriminierung dazu bereit sein, Angaben über diese Merkmale zu machen. Während diese Problematik beispielsweise beim Abbau von Benachteiligungen für Frauen keine Rolle spielte, da das Geschlecht regelmäßig schon anhand des Namens einer Person feststellbar ist, kommt bei Merkmalen, die zu ihrer Berücksichtigung einer expliziten Erhebung bedürfen, eine datenschutzrechtlich fragliche Komponente der Anti-Diskriminierung zum Tragen. Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber nicht definiert,

⁴ Vgl. *Däubler*, Weltanschauung auf europäisch, NJW 2006, 2608.

⁵ Vgl. *Walz*, in: Simitis, BDSG, § 3 Rdnr. 256.

wann von einem „bestehenden Nachteil“ auszugehen ist. Die Gesetzesbegründung liefert dazu nur wenige Anhaltspunkte und Beispiele.⁶ Die Zulässigkeit der Erhebung der in § 1 AGG genannten Informationen zum Zweck des Abbaus und der Verhinderung von Nachteilen hat letztendlich zur Folge, dass auf die Erhebung dieser Daten häufig nicht verzichtet werden wird. Schon um den Anschein einer Benachteiligung zu vermeiden, könnte es sinnvoll sein, gezielt für eine gewisse Streuung innerhalb einer ausgewählten Gruppe von Bewerbern bezüglich eines bestimmten Merkmals zu sorgen. Das Datum an sich würde dadurch nützlich. Entsprechend hoch ist die Notwendigkeit des Schutzes solcher Datenbestände vor Missbrauch.

Das AGG enthält z.B. in §§ 8 - 10 und § 20 auch eine Vielzahl von Ausnahmen, in denen eine Benachteiligung aus sachlichem Grund gerechtfertigt ist. Auch in solchen Fällen ist also die Erhebung und Verarbeitung des fraglichen Merkmals als persönliches Datum nicht durch das AGG untersagt. Das grundsätzliche Verhältnis des BDSG zum AGG wird gerade in solchen Fällen diskutiert werden müssen. Es stellt sich die Frage, ob das AGG mit der Ausnahme vom Verbot der Heranziehung eines Datums als Entscheidungsgrundlage gleichzeitig eine Legitimationsgrundlage für die Verarbeitung dieses Datums schafft. Die unterschiedliche Zielrichtung von BDSG und AGG spricht, wie oben erläutert, dafür, dass das BDSG durch das AGG nicht verdrängt wird. Somit gelten die Bestimmungen des BDSG unabhängig von denen des AGG. Damit ist allerdings die Frage nicht beantwortet, ob die Ausnahme als gesetzliche Legitimation für eine Verarbeitung im Sinne des § 4 Abs. 1 BDSG herangezogen werden kann. Die Begründung des AGG liefert hierzu keine Hinweise, sondern bezeichnet die Ausnahmeregelungen als Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung.⁷ Die genaue Eingrenzung der Zwecke einer ansonsten benachteiligend wirkenden Differenzierung spricht dafür. In der Regel wird – zumindest in den arbeitsrechtlichen Fällen – häufig eine weitere Ermächtigungsgrundlage aus § 28 BDSG erfüllt sein, so dass das Problem praktisch wohl kaum zum Tragen kommen wird.

Im Falle einer nachweisbaren Diskriminierung sieht das AGG in §§ 15 und 21 einen Entschädigungsanspruch vor. In einer solchen Benachteiligung aufgrund eines der in § 1 AGG genannten Merkmale wird in der Regel auch eine Datenverarbeitung oder –nutzung ohne rechtliche Grundlage zu sehen sein, die das BDSG in § 43 Abs. 2 mit einer Geldbuße bedroht. Das AGG schafft damit neben der ordnungsrechtlichen Sanktionierung durch das BDSG einen zivilrechtlichen Schadensausgleich zugunsten des Betroffenen.

⁶ Vgl. die Begründung zu § 5 AGG, BT-Drs. 16/1780, abgedruckt in: Beilage zu NJW 36/2006.

⁷ Siehe dazu BT-Drs. 16/1780, abgedruckt in: Beilage zu NJW 36/2006.

Es bleibt festzuhalten, dass die Auswirkungen des AGG auf den Datenschutz nicht nur positiv sind. Stattdessen sind bei unreflektiertem und undifferenziertem Umgang mit der Antidiskriminierungsthematik neue Gefährdungen denkbar, die gerade im Hinblick auf sensible Daten durch das AGG ausgelöst werden. Eine einseitige Blickrichtung, die allein auf die Umsetzung der Ziele des AGG ausgerichtet ist, muss daher unbedingt vermieden werden. Ansonsten droht eine Verletzung allgemeiner datenschutzrechtlicher Grundsätze. Letztendlich lässt sich dieses Wechselwirkungsverhältnis auf das Zusammenspiel der informationellen Selbstbestimmung aller durch eine Entscheidung Betroffenen als grundrechtsgleiches Recht mit dem Grundrecht der potentiell benachteiligten Gruppe auf Gleichbehandlung in Art. 3 GG zurückführen. Zwischen diesen beiden Rechtspositionen muss ein Ausgleich gefunden werden. Die Schwierigkeit besteht aber in einigen Fällen darin, dass auf Seiten der potentiell Benachteiligten auch ein inneres Gleichgewicht zwischen deren Interessen am Abbau von Nachteilen und deren informationeller Selbstbestimmung gefunden werden muss. Eine Gleichbehandlung auf Kosten des Datenschutzes liegt daher nicht im Interesse der Betroffenen.