

AKTIV

WIRTSCHAFTSZEITUNG

Deutschlands größte Wirtschaftszeitung für Arbeitnehmer



A large, stylized, textured 'S' symbol is positioned on the left side of a dark background. The background is filled with various characters, including letters and numbers, scattered across it. Another large 'S' symbol is visible on the right side of the background.

Thomas Hoeren

*Rechtsgutachten
Datenschutz und AKTIV*

© 2014 Thomas Hoeren, Münster (Westfalen)

Herausgegeben von der
Institut der deutschen Wirtschaft
Köln Medien GmbH
Geschäftsbereich Arbeitswelt
Leitung: Ulrich Brodersen
Redaktion: Michael Opferkuch
Gestaltung und Produktion:
IW Medien GmbH, Köln · Berlin
Titelfoto: Fotolia
Druck: Gebrüder Kopp, Köln
ISBN 978-3-602-14942-1 (Druckausgabe)
ISBN 978-3-602-45560-7 (E-Book | PDF)

Institut der deutschen Wirtschaft
Köln Medien GmbH
Postfach 101863, 50458 Köln
Konrad-Adenauer-Ufer 21, 50668 Köln
Telefon 0221 4981-441
Telefax 0221 4981-286
iwmedien@iwkoeln.de
www.iwmedien.de

Inhaltsverzeichnis

I	Einleitung	4
II	Sachverhalt	4
III	Datenschutzrechtliche Bewertung nach geltendem Recht	5
1	Anwendbarkeit des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG)	5
2	Zulässigkeit als Auftragsdatenverarbeitung in Abgrenzung zur Funktionsübertragung	5
2.1	Vorüberlegungen	5
2.2	Versand von <i>AKTIV</i> als Auftragsdatenverarbeitung und Datennutzung	6
2.3	Datennutzung zur Erfüllung arbeitsvertraglicher Aufklärungspflichten	7
2.4	Die Inhalte von <i>AKTIV</i>	7
3	Zulässigkeit der Datenübermittlung gemäß § 32 BDSG (Hilfsgutachten)	8
4	Zulässigkeit der Datenübermittlung gemäß § 28 BDSG (äußerst hilfswise)	8
4.1	Das Verhältnis von § 32 und § 28 BDSG	9
4.2	§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG und der Europäische Gerichtshof (EuGH)	9
4.3	Die geringe Sensitivität der Daten	10
4.4	Die Güterabwägung und <i>AKTIV</i>	11
4.4.1	Erforderlichkeit	11
4.4.2	Schutzinteressen der Arbeitnehmer	12
4.4.3	Rechte des Arbeitgebers	12
4.4.4	Schutz der Pressefreiheit	13
5	Verwaltungsrechtliche Betrachtung	14
5.1	Der Prüfbescheid von 1985 als feststellender Verwaltungsakt	14
5.2	Die Verwirkung	19
5.2.1	Das Rechtsinstitut der Verwirkung im Verwaltungsrecht	19
5.2.2	<i>AKTIV</i> und die Verwirkung im Datenschutzrecht	21
6	Zusammenfassung	22

I Einleitung

Der Herausgeber der Wirtschaftszeitung *AKTIV* bat mich um die datenschutzrechtliche Prüfung, ob und inwieweit die Zeitung an Privatadressen von Arbeitnehmern verschickt werden dürfe. Diese Zeitung erscheint seit vielen Jahren in der Institut der deutschen Wirtschaft Köln Medien GmbH (IW Medien) beziehungsweise ihren Vorläuferunternehmen. Das erbetene Gutachten habe ich abredgemäß weisungsfrei und unabhängig erstellt. Dem Gutachten zugrunde lag ein älteres Gutachten von Prof. Peter Gola (2003), eine Zusammenfassung dieses Gutachtens aus dem Jahre 2010 sowie Belegexemplare von aktuellen Ausgaben der Zeitung.

II Sachverhalt

Die Zeitschrift *AKTIV* wird seit 1972 von der Institut der deutschen Wirtschaft Köln Medien GmbH – IW Medien – herausgegeben und erscheint mit verschiedenen Regional- und Branchenausgaben in der Regel 14-tägig bis vierwöchentlich in einer Auflage von circa einer Million Exemplaren. Wesentliche Aufgabe der Zeitung ist es, Arbeitnehmer über die Entwicklungen der betreffenden Branche beziehungsweise Unternehmen zu informieren und mit Kommentaren um Verständnis für die Positionen von Arbeitgebern in zentralen Fragen der Arbeitswelt und der Wirtschafts- und

Gesellschaftspolitik zu werben.¹ Bei etwa 85 Prozent der Auflage abonniert der Arbeitgeber die Zeitschrift für seine Mitarbeiter und stellt deren Namen und Privatanschriften der IW Medien zur Verfügung, sodass der Versand unmittelbar an die Mitarbeiter erfolgt. Der andere Teil der jeweiligen Auflage wird in Betrieben ausgelegt.² Ein Auslegen der Exemplare in den Betrieben wird in vielen Fällen deshalb als nicht zielführend angesehen, weil etliche Arbeitnehmer aufgrund ihrer Arbeitsplatzsituation damit nicht erreicht werden können.³ Bei der erstmaligen Zusendung werden die Empfänger der Zeitung entsprechend einer zwischen dem Unternehmen und der IW Medien getroffenen Vereinbarung unter Beifügung eines Vordrucks darauf hingewiesen, dass sie durch Widerspruch gegenüber dem Unternehmen, alternativ gegenüber dem Verlag, die weitere Zusendung der Zeitung unterbinden können. Erfolgt der Widerspruch gegenüber dem Verlag, wird er dort als vertraulich behandelt. Die IW Medien übernimmt die Anschriften in eine besondere „Robinsonliste“ (Liste mit Anschriften, an die aufgrund des Widerspruchs nicht mehr geliefert wird) und gleicht diese bei einem Austausch der Versanddaten mit der von dem Unternehmen zur Verfügung gestellten Liste ab.⁴ Nach den diesem Verfahren zugrunde liegenden Datenschutzvereinbarungen zwischen der IW Medien und den jeweiligen Arbeitgebern sollen die Adressdaten von der IW Medien als „Auftragsdatenverarbeiter“ gemäß den Weisungen des Auftraggebers eingesetzt werden. Die IW Medien sichert ausdrücklich die Verwendung der Daten ausschließlich zum Zweck des Zeitungsversands zu.

¹ *Wronka*, Versand einer Wirtschaftszeitung an die Privatanschriften von Arbeitnehmern, RDV 2007, 202.

² *Gola*, Datenschutzrechtliche Fragestellungen beim Versand der Zeitung *AKTIV* an Privatadressen von Arbeitnehmern, 2010, abzurufen vom Archivserver der Deutschen Nationalbibliothek unter: <http://d-nb.info/1000189430/34>, S. 3.

³ Stellungnahme des Unabhängigen Landesentrums für Datenschutz Schleswig-Holstein zur Nutzung von Arbeitnehmerdaten für die Versendung einer Arbeitgeberzeitschrift, Februar 2007, abzurufen unter: <https://www.datenschutzzentrum.de/wirtschaft/20070201-arbeitnehmerdaten-arbeitgeberzeitschrift.htm> [30.4.2013].

⁴ Datenschutz und Datensicherheit, Management Abstract, 2010, abzurufen vom Archivserver der Deutschen Nationalbibliothek unter: <http://d-nb.info/1000189279/34>, S. 9.

III Datenschutzrechtliche Bewertung nach geltendem Recht

1 Anwendbarkeit des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG)

Die Erhebung der Daten durch den jeweiligen Arbeitgeber könnte sich nach dem BDSG richten. Gemäß §§ 1 Abs. 2, 2 BDSG findet das BDSG Anwendung auf die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten durch öffentliche und nichtöffentliche Stellen. Gemäß § 3 Abs. 1 BDSG sind personenbezogene Daten Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person (Betroffener). Bei dem Namen und der Anschrift des beschäftigten Mitarbeiters handelt es sich mithin um personenbezogene Daten. Gemäß § 2 Abs. 4 BDSG sind nichtöffentliche Stellen natürliche und juristische Personen, Gesellschaften und andere Personenvereinigungen des privaten Rechts, soweit sie nicht unter § 2 Abs. 1 bis 3 BDSG fallen. Bei dem jeweiligen Unternehmen, das die Daten erhebt, handelt es sich um eine nichtöffentliche Stelle im Sinne des § 2 Abs. 4 BDSG. Die Zulässigkeit der Erhebung richtet sich nach § 32 BDSG. Gemäß § 32 Abs. 1 BDSG dürfen personenbezogene Daten eines Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erhoben, verarbeitet und genutzt werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses für dessen Durchführung oder Beendigung erforderlich ist. Name und Anschrift des jeweiligen Arbeitnehmers dienen zweifelsfrei der Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses und können daher gemäß § 32 Abs. 1 BDSG erfasst werden. Fraglich ist aber, ob diese Daten zum Versand von *AKTIV* genutzt und an die IW Medien weitergegeben werden dürfen.

2 Zulässigkeit als Auftragsdatenverarbeitung in Abgrenzung zur Funktionsübertragung

Um die Zulässigkeit der Datenweitergabe an die IW Medien beurteilen zu können, ist zunächst zu klären, ob es sich bei dem angewandten Verfahren um eine Datenübermittlung gemäß § 3 Abs. 4 Nr. 3 BDSG – eine solche wäre grundsätzlich nur unter den Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 BDSG, das heißt nur mit Einwilligung des Arbeitnehmers oder bei Vorliegen der Erlaubnistatbestandsvoraussetzungen des § 32 Abs. 1 S. 1 oder § 28 Abs. 1 BDSG möglich – oder um eine Datennutzung in Verbindung mit einer im Auftrag des jeweiligen Arbeitgebers erfolgenden „Auftragsdatenverarbeitung“ im Sinne des § 11 BDSG handelt.

2.1 Vorüberlegungen

Kennzeichen einer Auftragsdatenverarbeitung ist, dass der „Auftraggeber“ eine andere Stelle damit beauftragt, bestimmte Datenverarbeitungsprozesse durchzuführen, die er andernfalls selbst durchführen müsste oder dürfte. Die Verantwortlichkeit für den Umgang mit den personenbezogenen Daten im Außenverhältnis verbleibt jedoch gänzlich beim Auftraggeber.⁵ In Abgrenzung zur Funktionsübertragung setzt die Auftragsdatenverarbeitung voraus, dass die verantwortliche Stelle den Umgang mit personenbezogenen Daten lediglich in ihrer „Hilfsfunktion“ für die Erfüllung ihrer eigenen Aufgaben und Geschäftszwecke auslagert.⁶ Erbringt der Datenverarbeiter über die technische Durchführung hinaus andere materielle vertragliche Leistungen mittels der Datenverarbeitung, erfüllt er überwiegend eigene Geschäftszwecke oder werden mit der Datenverarbeitung auch zugrunde liegende Aufgaben oder Geschäftszwecke (ganz oder teilweise) übertragen, ist er nicht mehr Auftragnehmer, sondern wird diesbezüglich

⁵ Petri, in: Simitis (Hrsg.), BDSG, 2014, 8. Auflage, § 11 Rn. 1; Gola/Klug/Körffler, in: Gola/Schomerus (Hrsg.), BDSG, 2012, 11. Auflage, § 11 Rn. 3; Plath, in: Plath (Hrsg.), BDSG, 2013, § 11 Rn. 3.

⁶ Plath, in: Plath (Hrsg.), BDSG, 2013, § 11 Rn. 27; Petri, in: Simitis (Hrsg.), BDSG, 2014, 8. Auflage, § 11 Rn. 22.

auch zur verantwortlichen Stelle.⁷ Sowohl die Kontaktaufnahme des Dienstleisters mit den betroffenen Personen im eigenen Namen als auch die Sicherstellung ihrer Rechte (Benachrichtigung, Auskunft, Löschung, Sperrung) durch den Dienstleister sind Indizien für eine Funktionsübertragung. Ein besonders starkes Indiz ist das finanzielle Eigeninteresse des Dienstleisters an dem konkreten Umgang mit personenbezogenen Daten.⁸

2.2 Versand von *AKTIV* als Auftragsdatenverarbeitung und Datennutzung

Teilweise wird für die vorliegende Konstellation die Auffassung vertreten, dass die Nutzung der Adressdaten primär im Eigeninteresse der IW Medien erfolge, da eigene Geschäftsinteressen des Verlags im Vordergrund stünden.⁹ So hatte auch die Aufsichtsbehörde Baden-Württemberg das Verfahren nur bei einer Einwilligung des Arbeitnehmers als zulässig angesehen.¹⁰ Dafür könnte zunächst der Umstand sprechen, dass der Verlag mit dem Produkt eigene journalistische Zwecke gegenüber den Arbeitnehmern – an die sich die Zeitschrift in erster Linie richtet – verfolgt. Ferner erfolgt mit der Zusendung des Formulars an den Empfänger eine unmittelbare Kontaktaufnahme mit diesem; schließlich handelt der Verlag bei Entgegennahme des Widerspruchs und Sperrung der Daten des widersprechenden Arbeitnehmers beziehungsweise deren Aufnahme in eine Liste – ohne eine entsprechende Unterrichtung des Unternehmens, bei dem der Arbeitnehmer beschäftigt ist – ausschließlich in eigener Verantwortung.

Von der Gegenansicht wird die Weitergabe der Adressdaten als Datennutzung im Auftrag des jeweiligen Arbeitgebers eingeordnet.¹¹ Eine solche sei nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Auftraggeber ein über das in der Regel finanzielle Interesse an der Durchführung des Auftrags hinausgehendes Eigeninteresse habe.¹² Dem ist zuzustimmen. Die Verantwortung für die Datenerhebung, Weitergabe und Löschung der Daten liegt grundsätzlich bei dem jeweiligen Arbeitgeber. Die Nutzung der Daten durch die IW Medien ist auf die Zusendung der Zeitschrift an die übermittelten Adressen beschränkt. Eine eigene Nutzung durch die IW Medien ist ausdrücklich untersagt. Es bestehen ausschließlich zwischen dem Verlag und dem Unternehmen, das die Zeitschrift abonniert hat, vertragliche Beziehungen; die IW Medien unterhält keinerlei vertragliche Beziehungen zu dem Empfänger der Zeitschrift. Eine eigene Datenpflege durch die IW Medien findet nicht statt. Zwar sperrt der Verlag bei einem Widerspruch die Daten des widersprechenden Arbeitnehmers; dem liegt aber eine entsprechende Vereinbarung zwischen dem Unternehmen und der IW Medien zugrunde. Letztlich stellt die unmittelbare Übersendung der Zeitschrift durch die IW Medien an die jeweiligen Arbeitnehmer nur eine Verkürzung des Versandweges dar, der sonst über den jeweiligen Arbeitgeber direkt erfolgen würde. Die Datenweitergabe an die IW Medien stellt nach der hier vertretenen Auffassung dementsprechend eine bloße Weitergabe im Rahmen einer Auftragsdatenverarbeitung und somit keine Datenübermittlung im Sinne des § 3 Abs. 4 Nr. 3 BDSG dar.

⁷ Petri, in: Simitis (Hrsg.), BDSG, 2014, 8. Auflage, § 11 Rn. 22; Gola/Klug/Körffer, in: Gola/Schomerus (Hrsg.), BDSG, 2012, 11. Auflage, § 11 Rn. 9.

⁸ Petri, in: Simitis (Hrsg.), BDSG, 2014, 8. Auflage, § 11 Rn. 23.

⁹ Walz, in: Simitis (Hrsg.), BDSG, 2006, 6. Auflage, § 11 Rn. 28.

¹⁰ Vierter Tätigkeitsbericht des Landesinnenministeriums Baden-Württemberg zum Datenschutz im nichtöffentlichen Bereich, 2007, abzurufen unter: <http://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/wp-content/uploads/2013/02/4.-Tätigkeitsbericht-des-Innenministeriums-2007.pdf> [8.7.2014], S. 90.

¹¹ So auch Gola/Klug/Körffer, in: Gola/Schomerus (Hrsg.), BDSG, 2012, 11. Auflage, § 11 Rn. 7a; Wronka, Versand einer Wirtschaftszeitung an die Privatanschriften von Arbeitnehmern, RDV 2007, 202, 203.

¹² Gola/Klug/Körffer, in: Gola/Schomerus, BDSG, 2012, 11. Auflage, § 11 Rn. 7a; Plath, in: Plath (Hrsg.), BDSG, 2013, § 11 Rn. 24; Gola, Datenschutzrechtliche Fragestellungen beim Versand der Zeitung *AKTIV* an Privatadressen von Arbeitnehmern, 2010, abzurufen vom Archivserver der Deutschen Nationalbibliothek unter: <http://d-nb.info/1000189430/34>, S. 6; Stellungnahme des Unabhängigen Landeszentrums für Datenschutz Schleswig-Holstein, Februar 2007, abzurufen unter: <https://www.datenschutzzentrum.de/wirtschaft/20070201-arbeitnehmerdaten-arbeitgeberzeitschrift.htm> [30.4.2013].

2.3 Datennutzung zur Erfüllung arbeitsvertraglicher Aufklärungspflichten

Es ist zu beachten, dass sich aus dem Arbeitsvertrag eine Fülle von nebenvertraglichen Aufklärungspflichten des Arbeitgebers ergeben, die ihn zu einer Nutzung der Beschäftigtendaten berechtigen. So hat der Arbeitgeber erhebliche Informationspflichten über Versorgungsleistungen im Bereich der betrieblichen Altersvorsorge zu erfüllen.¹³ Im Übrigen hat der Arbeitgeber nach § 12 Abs. 1 S. 2 Arbeitsschutzgesetz die Beschäftigten über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeit während ihrer Arbeitszeit ausreichend und angemessen zu unterweisen. Entsprechende Vorschriften sind sowohl in spezialgesetzlichen Regelungen (zum Beispiel der Gefahrstoffverordnung) als auch in anderen BG-Regeln enthalten. Daneben ergibt sich diese Verpflichtung auch aus § 81 Abs. 1 S. 2 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG). Nach § 81 Abs. 1 S. 2 BetrVG hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer über die Unfall- und Gesundheitsgefahren, denen dieser bei der Beschäftigung ausgesetzt ist, sowie über Maßnahmen und Einrichtungen zur Abwendung dieser Gefahren zu belehren. Der Unternehmer muss die Unterweisung nicht zwingend selbst vornehmen, er kann diese Unterweisung auch auf andere Personen übertragen. Im Übrigen besteht eine allgemeine Aufklärungspflicht aus § 241 Abs. 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Diese ist vor allem dann relevant, wenn erkennbare Informationsbedürfnisse des Arbeitnehmers den Arbeitgeber veranlassen sollten, naheliegende Hinweise an den sonst informationell benachteiligten Arbeitnehmer zu geben.¹⁴

2.4 Die Inhalte von *AKTIV*

Bislang haben die Aufsichtsbehörden den Inhalt der Zeitschrift *AKTIV* – soweit ersichtlich – noch nicht unter dem Gesichtspunkt der Erfüllung von Informationsobliegenheiten gegenüber den Beschäftigten rechtlich gewürdigt. Es ergibt sich aus dem Inhalt der Zeitschrift, dass *AKTIV* primär im Mitarbeiterinteresse geschrieben ist. Es geht hier nicht um eine allgemeine Wirtschafts-

zeitschrift, sondern um eine Arbeitgeberzeitschrift, die auch mit Fragen der Arbeitssicherheit und den beruflichen Qualifikationen von Mitarbeitern zu tun hat.

Dies lässt sich an einigen Beispielen illustrieren. In der Zeitschrift vom 3. August 2013 befindet sich auf Seite 2 ein längerer Beitrag über die Frage der Neuregelung der Radbeleuchtung, ein Thema, das gerade für Arbeitnehmer auf dem Weg zum Arbeitsplatz von zentraler Bedeutung ist. Seite 2 enthält Texte zur verbesserten Zeiteinteilung im Verhältnis Arbeit – Familie. Ähnlich wichtig für Arbeitnehmer in ihrem Arbeitsverhältnis sind Hinweise zur verbesserten Mobilität auf dem Weg zum Arbeitsplatz (Auto, Bus, Bahn und Fahrrad) auf Seite 4. Weiterhin arbeitsbezogen sind die Berichte zur Familienunternehmensstruktur bei Bree (S. 8) und zur Notwendigkeit der Investitionen in arbeitnehmerbezogene Bildung (S. 8).

Ein ähnliches Bild stellt sich bei der Zeitschrift *AKTIV* in der Ausgabe vom 28. September 2013 dar. Hier finden sich wichtige Beiträge zur Einordnung von Facebook in Bezug auf das Arbeitsleben (S. 2), zum Reformbedarf am Arbeitsmarkt (S. 2), zum Fachkräftemangel in Bezug auf Zuwanderer (S. 5), zur Bedeutung der Containerindustrie im Welthandel (S. 4), zur verbesserten Sicherheit gegen Autoklau (S. 4) oder zur verbesserten Kleinkindbetreuung (S. 7). Auch gibt es Hinweise zu Kindertagesstätten im Umfeld von Unternehmen (S. 8) und zu der Tätigkeit von Frauen in Gießereien (S. 8).

Die Ausgabe vom 12. Oktober 2013 zeigt ebenfalls klaren Arbeitsplatzbezug. Hier geht es um die Arbeitsmarktsituation (S. 1), die Erzeugung von Strom im unternehmenseigenen Kraftwerk (S. 2), die verbesserte Ausbildung von Jugendlichen (S. 3), den Datenschutz am Arbeitsplatz (S. 4), die verbesserte Ernährung von Arbeitnehmern (S. 6) und Rechtsfragen im Falle von Kündigungen (S. 7). Abgeschlossen wird die Ausgabe von Beiträgen zu Videokampagnen für Arbeitskräfte und zur Verkehrssicherheit (S. 8).

¹³ *Becker-Schaffner*, BB 1993, 1281, 1283.

¹⁴ BAG, Urteil vom 3.7.1990 – 3 AZR 382/89, NZA 1990, 971, 972.

Als weiteres Beispiel des Mitarbeiterbezugs sei auf die Zeitschrift vom 17. August 2013 verwiesen. Hier finden sich Arbeitsmarktzahlen (S. 1), Hinweise zur verbesserten Pflege von älteren Arbeitnehmern (S. 2), das Rauchen am Arbeitsplatz (S. 3), die Bedeutung der Erdgasförderung (S. 5), die verbesserte freiwillige Pflege (S. 7) und die Schwierigkeiten beim Einsatz sozialer Netzwerke am Arbeitsplatz (S. 7).

Überschlägt man den Anteil arbeitsplatzbezogener Themen in *AKTIV*, kann nach der hier vorgenommenen Wertung bei den hier vorliegenden Ausgaben von einem Anteil von über 70 Prozent ausgegangen werden.

Die Nutzung der Privatanschriften von Arbeitnehmern seitens des Arbeitgebers zum Versand der Zeitschrift *AKTIV* ist folglich im Rahmen von § 32 Abs. 1 BDSG erlaubt. Die Zeitschrift dient der allgemeinen arbeitsvertraglichen Aufklärung durch den Arbeitgeber im Rahmen seiner Aufklärungspflichten. Der Arbeitgeber bedient sich hierbei des Verlags im Rahmen der Auftragsdatenverarbeitung (§ 11 BDSG).

3 Zulässigkeit der Datenübermittlung gemäß § 32 BDSG (Hilfsgutachten)

Doch selbst wenn in diesem Punkt der gegenteiligen Auffassung gefolgt wird, ist – wie im Folgenden dargestellt – eine in diesem Fall vorliegende Datenübermittlung an die IW Medien zulässig.

Die Zulässigkeit der Datenübermittlung könnte sich aus § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG ergeben. Danach dürfen unter anderem personenbezogene Daten eines Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erhoben, verarbeitet oder genutzt und damit auch übermittelt werden, wenn dies für die Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist. Zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses bestimmt sind die Daten, die der Arbeitgeber zur Erfüllung seiner Pflichten, aber auch zur Wahrnehmung seiner Rechte gegenüber dem Arbeitnehmer vernünftigerweise benötigt.¹⁵ Teilweise wurde bisher vertreten, dass die Inhalte der Zeitung regelmäßig keinen Bezug zu dem konkreten Unternehmen haben.¹⁶ Mit der Unterrichtung über allgemeine Fragen der Arbeitswelt sowie Gesellschafts- und Wirtschaftspolitik erfülle der Arbeitgeber jedoch keine sich aus dem konkreten Arbeitsverhältnis ergebenden Pflichten oder nehme daraus Rechte wahr. Dem ist aber nicht so. Schaut man sich einzelne Ausgaben von *AKTIV* an, finden sich viele Artikel, die mit spezifischen Fragen des Arbeitsalltags zu tun haben und deren Kenntnis für eine effiziente Nutzung der Arbeitsressourcen wichtig ist (siehe Abschnitt III, 2.4). Die Übermittlung solcher Informationen ist vom arbeitsvertraglichen Treueverhältnis umfasst. § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG ist mithin anwendbar.

4 Zulässigkeit der Datenübermittlung gemäß § 28 BDSG (äußerst hilfsweise)

Selbst wenn man aber § 32 Abs. 1 BDSG für die Übermittlung der Adressen zum Versand von *AKTIV* nicht für anwendbar hält, könnte sich die Zulässigkeit aus § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BDSG ergeben.

¹⁵ Gola/Klug/Körffer, in: Gola/Schomerus (Hrsg.), BDSG, 2012, 11. Auflage, § 32 Rn. 11; Stamer/Kuhnke, in: Plath (Hrsg.), BDSG, 2013, § 32 Rn. 6.
¹⁶ Vierter Tätigkeitsbericht des Landesinnenministeriums Baden-Württemberg zum Datenschutz im nichtöffentlichen Bereich, 2007, abzurufen unter: <http://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/wp-content/uploads/2013/02/4.-Tätigkeitsbericht-des-Innenministeriums-2007.pdf> [8.7.2014], S. 89; Wronka, Versand einer Wirtschaftszeitung an die Privatanschriften von Arbeitnehmern, RDV 2007, 202, 203.

4.1 Das Verhältnis von § 32 und § 28 BDSG

Fraglich ist zunächst, ob § 28 BDSG im Hinblick auf die Spezialregelung in § 32 Abs. 1 BDSG überhaupt anwendbar ist. Nach allgemeiner Auffassung ist der speziellere § 32 Abs. 1 BDSG nur vorrangig vor § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG. Bei der Nutzung von Arbeitnehmerdaten für einen außerhalb des Beschäftigungsverhältnisses liegenden Zweck findet hingegen § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG grundsätzlich Anwendung.¹⁷

Die Zulässigkeit der Übermittlung von Beschäftigten-
daten nach dieser Vorschrift setzt voraus, dass der Arbeitgeber eigene berechtigte Interessen verfolgt, die Übermittlung zu deren Wahrung erforderlich ist und gegebenenfalls entgegenstehende Interessen der betroffenen Arbeitnehmer die Interessen des Arbeitgebers nicht überwiegen. Berechtigt ist jedes Interesse, das mit der Rechtsordnung in Einklang steht. Erforderlichkeit ist dann gegeben, wenn die Übermittlung der Daten für den legitimen Zweck geeignet und zweckmäßig ist und eine geeignete gleichwertige Alternative nicht besteht.¹⁸ Das Interesse der Arbeitgeber an einer Verbreitung der Zeitung unter ihrer Belegschaft liegt darin, diese über wirtschaftliche, arbeitsmarktpolitische und soziale Themen aus Arbeitgebersicht zu unterrichten und Verständnis für bestimmte, aus Arbeitgebersicht sinnvolle Entscheidungen zu wecken. Die Inhalte dienen der Motivation, der Pflege des Betriebsklimas und der Bindung an den Betrieb.¹⁹

4.2 § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG und der Europäische Gerichtshof (EuGH)

Nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG ist die Erhebung, Speicherung, Übermittlung, Veränderung oder Nutzung

personenbezogener Daten zulässig, wenn damit überwiegende berechtigte Interessen der verantwortlichen Stelle gewahrt werden sollen. Teilweise wird zu diesem Prinzip der Güterabwägung vertreten, dass eine möglichst restriktive Auslegung der berechtigten Interessen vorzunehmen sei.²⁰ Diese Auffassung ist unzutreffend. § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG ist ein Auffangtatbestand, der es ermöglicht, eine Verarbeitung selbst dann vorzunehmen, wenn die Verarbeitung als solche mit § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG nicht vereinbar ist.²¹

Schon vom Wortlaut her ist eine enge Auslegung nicht zu rechtfertigen. Die einzelnen Rechtfertigungsgrundlagen des § 28 Abs. 1 BDSG stehen gleichrangig nebeneinander. Sie werden nach der ausdrücklichen Regelung am Ende von § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG nur mit einem „oder“ verbunden. Genannt sind damit drei gleichrangige Erlaubnistatbestände, die in keinem Rangverhältnis untereinander stehen. Zu beachten ist ferner, dass § 28 BDSG die Umsetzung der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG ist. Insofern ist die Vorschrift europarechtskonform auszulegen. Dies gilt insbesondere für den Zusammenhang von § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG und Artikel 7 Buchst. f der Datenschutzrichtlinie. Artikel 7 sieht vor, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten unter anderem auch dann erlaubt ist, wenn die Verarbeitung „erforderlich zur Verwirklichung des berechtigten Interesses“ ist, „das von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen oder von dem beziehungsweise den Dritten wahrgenommen wird, denen die Daten übermittelt werden, sofern nicht das Interesse oder die Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die gemäß Artikel 1 Abs. 1 geschützt sind“, überwiegen. Hierzu ist Ende 2011 ein sehr wichtiges Auslegungsurteil des Europäischen Gerichtshofes ergangen.²²

¹⁷ BT-Drucksache 16/13657, S. 21; *Plath*, in: *Plath* (Hrsg.), *BDSG*, 2013, § 32 Rn. 8; *Seifert*, in: *Simitis* (Hrsg.), *BDSG*, 2014, 8. Auflage, § 32 Rn. 17; *Gola*, *Datenschutzrechtliche Fragestellungen beim Versand der Zeitung AKTIV an Privatadressen von Arbeitnehmern*, 2010, abzurufen vom Archivserver der Deutschen Nationalbibliothek unter: <http://d-nb.info/1000189430/34>, S. 9; *Wronka*, *Versand einer Wirtschaftszeitung an die Privatanschriften von Arbeitnehmern*, *RDV* 2007, 202, 203.

¹⁸ *Simitis*, in: *Simitis* (Hrsg.), *BDSG*, 2014, 8. Auflage, § 28 Rn. 108; *Gola/Klug/Körffer*, in: *Gola/Schomerus* (Hrsg.), *BDSG*, 2012, 11. Auflage, § 28 Rn. 15; *Plath*, in: *Plath* (Hrsg.), *BDSG*, 2013, § 28 Rn. 24.

¹⁹ *Wronka*, *Versand einer Wirtschaftszeitung an die Privatanschriften von Arbeitnehmern*, *RDV* 2007, 202, 203.

²⁰ *Simitis*, in: *Simitis*, *BDSG*, 2014, 8. Auflage, § 28 Rn. 98, 135.

²¹ So auch *Büser*, *BB* 1997, 217; anderer Ansicht *Simitis*, in: *Simitis*, *BDSG*, 2014, 8. Auflage, § 28 Rn. 134.

²² *EuGH*, Urteil vom 24.11.2011 – C 468/10, *CR* 2012, 29.

Der EuGH schreibt:

„Artikel 7 Buchst. f) der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, die für die Verarbeitung personenbezogener Daten, die zur Verwirklichung eines berechtigten Interesses, das von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen oder von dem beziehungsweise den Dritten wahrgenommen wird, denen diese Daten übermittelt werden, erforderlich ist, ohne Einwilligung der betroffenen Person nicht nur verlangt, dass deren Grundrechte und Grundfreiheiten nicht verletzt werden, sondern auch dass diese Daten in allgemein zugänglichen Quellen enthalten sind, und damit kategorisch und verallgemeinernd jede Verarbeitung von Daten ausschließt, die nicht in solchen Quellen enthalten sind.“

Diese Auslegung ist dahingehend zu verstehen, dass nach Meinung des EuGH die Interessen des Betroffenen zwingend immer mit den Interessen der verantwortlichen Stelle abzugleichen und in Einklang zu bringen sind. Generelle Verbote infolge einer fehlenden Abwägung verstoßen gegen Artikel 7 Buchst. f) der Datenschutzrichtlinie.

Heranzuziehen sind noch weitere Erwägungsgründe des EuGH. So schreibt er in Ziff. 34:

„Von dem Ermessen, über das die Mitgliedstaaten nach diesem Artikel 5 verfügen, kann also nur im Einklang mit dem von der Richtlinie 95/46/EG verfolgtem Ziel Gebrauch gemacht werden, ein Gleichgewicht zwischen dem freien Verkehr personenbezogener Daten und dem Schutz der Privatsphäre zu wahren.“

Daraus ergibt sich das Ziel des Datenschutzrechts, nicht nur einseitig den Schutz der Privatsphäre zu betonen, sondern eine praktische Konkordanz verschiedener gegeneinander abzuwägender Interessen vorzunehmen. Auch der freie Verkehr personenbezogener Daten ist ein Schutzgut nach dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union und dort als wesentlicher Bestandteil der Dienstleistungsfreiheit anzusehen. Nach der EU-Richt-

linie ist, wie der EuGH formuliert, „eine Abwägung der jeweiligen einander gegenüberstehenden Rechte und Interessen“ erforderlich (Ziff. 40). Diese hängt dann „grundsätzlich von den konkreten Umständen des betreffenden Einzelfalls“ ab (Ziff. 40). Die Mitgliedstaaten seien aufgefordert, „ein angemessenes Gleichgewicht zwischen den verschiedenen durch die Unionsrechtsordnung geschützten Grundrechten und Grundfreiheiten sicherzustellen“ (Ziff. 43). Diese Auslegung ist nicht neu. Der EuGH hat diese Auslegung auch schon in der Entscheidung Lindquist²³ vorgenommen.

Dort heißt es in Ziff. 88:

„Zwar erfordert der Schutz der Privatsphäre die Anwendung wirksamer Sanktionen gegen Personen, die personenbezogene Daten mit der Richtlinie 95/46/EG in nicht vereinbar Weise verarbeiten, doch müssen solche Sanktionen stets den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren. Das gilt umso mehr, als der Anwendungsbereich der Richtlinie 95/46/EG sehr weit ist und die den Personen, die personenbezogene Daten verarbeiten, obliegenden Verpflichtungen zahlreich und weitgehend sind.“

Der EuGH sah es als Aufgabe der nationalen Behörden und Gerichte an, „ein angemessenes Gleichgewicht zwischen den betroffenen Rechten und Interessen einschließlich der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung geschützten Grundrechte sicherzustellen“ (Ziff. 90).

4.3 Die geringe Sensitivität der Daten

Zu beachten ist bei der Güterabwägung des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 auch die Sensitivität der verwendeten Daten. Das BDSG differenziert verschiedene Kategorien von Daten. Nach § 28 Abs. 6 i. V. m. § 3 Abs. 9 BDSG gibt es „besondere Arten personenbezogener Daten“. Diese besonderen Arten personenbezogener Daten sind nach § 3 Abs. 9 BDSG Angaben über die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinung, religiöse oder philosophische Überzeugung, Gewerkschaftszugehörigkeit, Gesundheit oder Sexualleben. Von diesen sensitiven Daten werden im anderen Extrem Daten unterschieden, die nur

²³ EuGH, Urteil vom 6.11.2003 – C-101/01, MMR 2004, 95.

geringe Sensibilität aufweisen und früher als sogenannte freie Daten titulierte wurden. Diese sind in § 28 Abs. 3 S. 2 BDSG geregelt. Es handelt sich hierbei um listenmäßig oder sonst zusammengefasste Daten über Angehörige einer Personengruppe, die sich auf die Zugehörigkeit des Betroffenen zu dieser Personengruppe, seine Berufs-, Branchen- oder Geschäftsbezeichnung, seinen Namen, Titel, akademischen Grad, seine Anschrift und sein Geburtsjahr beschränken. Diese Daten wurden schon seit der Erstfassung des BDSG als relativ unproblematisch angesehen; insbesondere gab es hier keine Anhaltspunkte dafür, dass bei deren Verwendung regelmäßig das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegen soll. Die geringe Sensitivität dieser Daten gilt es auch bei § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG zu berücksichtigen. Wenn sich die Datenverarbeitung im vorliegenden Fall nur auf die genannten freien Daten beschränkt, wird man regelmäßig nicht davon ausgehen können, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegt. Die Zugehörigkeit zu der entsprechenden Personengruppe ist hier die Tatsache, dass ein Betroffener als Mitarbeiter eines Unternehmens erkennbar ist. Diese Information wird regelmäßig an den Verlag weitergegeben oder erschließt sich aus dem entsprechenden Datentransfer zwischen dem Unternehmen und dem Verlag. Die entsprechende Anschrift (gemeint sein kann nur die Privatanschrift) wird ebenfalls mitgeteilt. Mehr erfolgt nicht als Austausch von Daten, sodass es hier im vorliegenden Fall nur um freie Daten geht, die Gegenstand der Datenübermittlung sein sollen. Hier gilt es das Leitbild des BDSG zu beachten, das bei der Verwendung solcher freien Daten ein schutzwürdiges Interesse des Betroffenen typischerweise nicht anerkennt.

Selbst wenn die Weitergabe nicht durch § 32 BDSG legitimiert wäre, käme folglich § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2

BDSG zum Tragen. Die dortige Güterabwägung ist ein europarechtlich zwingend vorgegebenes Prinzip der Rechtfertigung datenschutzrechtlicher Verarbeitungs- und Nutzungsvorgänge. Im Rahmen dieser Güterabwägung ist zu berücksichtigen, dass Arbeitnehmerstatus und Privatanschrift kaum sensible Daten sind.

4.4 Die Güterabwägung und AKTIV

Fraglich ist, ob die Versendung an die Privatanschriften der Arbeitnehmer aus Arbeitgebersicht erforderlich ist.

4.4.1 Erforderlichkeit

Es wird im Wesentlichen argumentiert, dass mit einem bloßen Auslegen der Zeitung in den Betrieben nicht alle Arbeitnehmer (infolge von Urlaub, Krankheit, anderweitigem Einsatz und Ähnlichem) erreicht werden könnten.²⁴ Grundsätzlich sei auch eine intensivere Befassung mit der Zeitung bei einer Übersendung an die Privatanschrift der Arbeitnehmer zu erwarten. Ferner könnten sich Mitarbeiter – sollte die Zeitung lediglich im Betrieb ausgelegt werden – durch Kollegen etc. gehemmt sehen, die Zeitschrift zu lesen oder mitzunehmen. Außerdem würde sie zu einer Lektüre am Arbeitsplatz verleiten.²⁵ Nach anderer Ansicht ist eine Zusendung der Zeitschrift an die Heimadresse des Arbeitnehmers nicht erforderlich.²⁶ Erforderlichkeit bedeute nicht eine zwingende Notwendigkeit, sondern ein Angewiesensein bei vernünftiger Betrachtungsweise. Es müsse geprüft werden, ob nach den Gesamtumständen eine andere Möglichkeit sinnvoller wäre.²⁷ Insbesondere das Landesinnenministerium Baden-Württembergs vertritt die Ansicht, dass – wenn ein Arbeitnehmer am Inhalt der Zeitschrift interessiert sei – er diese bei einem Auslegen in dem Unternehmen problemlos mitnehmen könne.²⁸ Dagegen

²⁴ Gola, Datenschutzrechtliche Fragestellungen beim Versand der Zeitung AKTIV an Privatadressen von Arbeitnehmern, 2010, abzurufen vom Archivserver der Deutschen Nationalbibliothek unter: <http://d-nb.info/1000189430/34>, S. 10.

²⁵ Vgl. Vierter Tätigkeitsbericht des Landesinnenministeriums Baden-Württemberg zum Datenschutz im nichtöffentlichen Bereich, 2007, abzurufen unter: <http://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/wp-content/uploads/2013/02/4.-Tätigkeitsbericht-des-Innenministeriums-2007.pdf> [8.7.2014], S. 89, i. E. gegen Erforderlichkeit der Zusendung.

²⁶ Ebenda.

²⁷ Gola/Klug/Körffler, in: Gola/Schomerus (Hrsg.), BDSG, 2012, 11. Auflage, § 28 Rn. 15; Plath, in: Plath (Hrsg.), BDSG, 2013, § 28 Rn. 25.

²⁸ Vierter Tätigkeitsbericht des Landesinnenministeriums Baden-Württemberg zum Datenschutz im nichtöffentlichen Bereich, 2007, abzurufen unter: <http://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/wp-content/uploads/2013/02/4.-Tätigkeitsbericht-des-Innenministeriums-2007.pdf> [8.7.2014], S. 90.

spricht aber, dass ein Auslegen im Betrieb weniger effektiv ist, da – wie bereits dargelegt – etliche Mitarbeiter damit nicht erreicht werden können.²⁹ Im Übrigen fehlen oft Räume zur Auslage der Zeitschriften im Unternehmen. Ferner erreicht der Arbeitgeber nur über die direkte Versendung die Familien- und sonstigen Haushaltsangehörigen des Arbeitnehmers, die ja auch redaktionell Zielgruppe der Zeitschrift sind. Aus entsprechenden Gründen versenden auch die Gewerkschaften seit Jahren ihre Zeitschriften direkt an die Privatanschriften der Arbeitnehmer.

4.4.2 Schutzinteressen der Arbeitnehmer

Die Interessen der Arbeitnehmer könnten die Interessen der Arbeitgeber aber überwiegen. Die Erhebung und Nutzung von personenbezogenen Daten stellt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einen Eingriff in das von Artikel 2 Abs. 1 i. V. m. Artikel 1 Abs. 1 Grundgesetz (GG) geschützte Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar, wonach der Einzelne die Befugnis hat, „selbst über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten zu bestimmen“.³⁰ Der hier vorliegende Eingriff, die Verwendung der Adresse zum Versand der Zeitschrift, ist nicht als schwerwiegend anzusehen. Es wird insbesondere angeführt, dass, falls der Arbeitnehmer an der Zeitung kein Interesse hat, er diese – ebenso wie in Briefkästen gelegte Werbesendungen und Anzeigenblätter – ungelesen vernichten kann. Unabhängig davon könne er, falls er mit der weiteren Zusendung der Zeitung nicht einverstanden ist, sowohl gegenüber dem Arbeitgeber als auch gegenüber dem Verlag, ohne dass der Arbeitgeber davon Kenntnis erlange, Widerspruch einlegen.³¹

Nach Ansicht des Landesinnenministeriums Baden-Württemberg kommt es darauf aber nicht an, da zum

Zeitpunkt des Erhalts der Zeitung bereits eine Datennutzung erfolgt sei.³² Gegen die Zulässigkeit der Versendung wird außerdem angeführt, dass auch die Grundsätze der unverlangten Zusendung von Werbematerial für ein Überwiegen der schutzwürdigen Interessen der Arbeitnehmer sprechen. Das aus dem Selbstbestimmungsrecht folgende Recht des Einzelnen an dem Schutz seiner Individualität wird bei dem Einwurf von Postwurfsendungen gegen den ausdrücklich erklärten Willen des Empfängers als verletzt angesehen.³³ Nach diesen Grundsätzen dürfen auch keine Werbematerialien an Privathaushalte versandt werden, die vorgeben, es handele sich um einen privaten Brief an den Empfänger, damit dieser sich mit dem Inhalt näher befasst.³⁴ Diese Gefahr besteht allerdings im vorliegenden Fall nicht, da die Zeitung bereits ihrem äußeren Erscheinungsbild nach als solche zu erkennen ist und daher, falls der Empfänger sich mit ihr nicht näher befassen möchte, von diesem jederzeit entsorgt werden kann. Jedoch wird die gezielte Zusendung von Informations- und Werbematerial von den Empfängern zunehmend als Belastung empfunden. Der Einzelne hat ein schutzwürdiges Interesse daran, dass er nicht mit unerwünschten Sendungen überhäuft wird und er sich nicht gegen seinen Willen mit dem Inhalt von nicht gewünschten Zeitungen auseinandersetzen muss. Im vorliegenden Fall kann der Betroffene, wie bereits dargestellt, den weiteren Bezug der Zeitung durch einen einmaligen Widerspruch unterbinden. Dies ist zumutbar.

4.4.3 Rechte des Arbeitgebers

Die Rechte des Arbeitgebers könnten durch Artikel 12 GG geschützt sein. Durch Artikel 12 GG wird auch die

²⁹ *Wronka*, Versand einer Wirtschaftszeitung an die Privatanschriften von Arbeitnehmern, RDV 2007, 202, 204.

³⁰ *BVerfG*, Entscheidung vom 15.12.1983 – 1 BvR 209/83, NJW 1984, 419 – Volkszählungsurteil; *BVerfG*, Entscheidung vom 9.3.1988 – 1 BvL 49/86 = NJW 1988, 2031; *BVerfG*, Entscheidung vom 11.6.1991 – 1 BvR 239/90, NJW 1991, 2411.

³¹ *Gola*, Datenschutzrechtliche Fragestellungen beim Versand der Zeitung *AKTIV* an Privatadressen von Arbeitnehmern, 2010, abzurufen vom Archivserver der Deutschen Nationalbibliothek unter: <http://d-nb.info/1000189430/34>, S. 10.

³² *Vierter Tätigkeitsbericht des Landesinnenministeriums Baden-Württemberg zum Datenschutz im nichtöffentlichen Bereich*, 2007, abzurufen unter: <http://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/wp-content/uploads/2013/02/4.-Tätigkeitsbericht-des-Innenministeriums-2007.pdf> [8.7.2014], S. 90.

³³ *BGH*, Urteil vom 20.12.1988 – VI ZR 182/88, NJW 1989, 902.

³⁴ *Wronka*, Versand einer Wirtschaftszeitung an die Privatanschriften von Arbeitnehmern, RDV 2007, 202, 205.

Ausübung des Berufs geschützt, das heißt die gesamte berufliche Tätigkeit. Darunter fällt auch die berufliche Außendarstellung der Grundrechtsberechtigten einschließlich der beruflichen Werbung für die Inanspruchnahme ihrer Dienste.³⁵ Die in der Zeitung *AKTIV* veröffentlichten Artikel stehen jedoch in keinem konkreten Bezug zu dem jeweiligen Unternehmen. Sie befassen sich mit allgemeinen wirtschaftspolitischen und arbeitsmarktpolitischen Themen, ohne konkret auf das einzelne Unternehmen einzugehen. Artikel 12 GG ist mithin nicht anwendbar, da der einzelne Arbeitgeber nicht konkret für seine Dienste wirbt.

Die Weitergabe der Adressdaten könnte aber durch Artikel 5 Abs. 1 S. 1 GG gedeckt sein. Der Begriff Meinung ist weit zu verstehen. Er umfasst Werturteile und Tatsachenbehauptungen, jedenfalls dann, wenn sie Voraussetzung für die Bildung von Meinungen sind.³⁶ Es spielt keine Rolle, welche Themen berührt werden; die Meinungsfreiheit schützt die Kommunikation in allen Bereichen. Ebenso wenig ist von Bedeutung, ob mit der Meinung öffentliche, insbesondere politische oder private Zwecke verfolgt werden. Die Wirtschaftswerbung wird erfasst, soweit sie „einen wertenden, meinungsbildenden Inhalt hat oder Angaben enthält, die der Meinungsbildung dienen“.³⁷ Der Arbeitgeber verfolgt den Zweck, seine Belegschaft über wirtschaftliche, arbeitsmarktpolitische und soziale Themen zu unterrichten und bei dieser Verständnis für Arbeitgeberhandeln zu wecken. Er hat mithin das Ziel, seine beziehungsweise die in den veröffentlichten Zeitungsartikeln dargelegte, von ihm geteilte Meinung zu verbreiten. Dieses Recht ist von Artikel 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützt.

Neben Artikel 5 Abs. 1 S. 1 GG könnte die Weitergabe der Arbeitnehmerdaten auch durch das Grundrecht der Pressefreiheit gemäß Artikel 5 Abs. 1 S. 2 GG geschützt sein, da die Veröffentlichung durch ein Presseerzeugnis erfolgt. Die Pressefreiheit schützt die Gründung und Gestaltung von Presseerzeugnissen einschließlich der Schaffung der notwendigen Organisation.³⁸ Grundrechtsträger sind aber nur diejenigen Personen und Unternehmen, die die geschützte Tätigkeit vornehmen.³⁹ Der Arbeitgeber, der dem Verlag lediglich die Namen und Anschriften der Bezieher der Zeitung übersendet, aber sonst keinen inhaltlichen Beitrag leistet, ist mithin nicht von Artikel 5 Abs. 1 S. 2 GG geschützt.

4.4.4 Schutz der Pressefreiheit

Zu bedenken ist bei der Güterabwägung aber auch die besondere Stellung der IW Medien. Deren journalistische Aktivitäten schützt die Pressefreiheit gemäß Artikel 5 Abs. 1 S. 1 GG. Unter den Schutzbereich des Artikel 5 GG fallen alle zur Verbreitung an einen bestimmten Personenkreis geeigneten und bestimmten Druckerzeugnisse.⁴⁰ Sowohl die Berichterstattung als auch die Verbreitung eigener Meinungen sind ohne Rücksicht auf entsprechende Inhalte geschützt.⁴¹ Geschützt sind nicht nur die auf die direkte Pressearbeit gerichteten Aktivitäten etwa einer Redaktion, sondern auch die institutionellen und organisatorischen Rahmenbedingungen bei der Herstellung des Presseerzeugnisses.⁴² Insofern umfasst die Pressefreiheit auch Hilfsfunktionen von Presseunternehmen.⁴³ Geschützt ist insofern auch die neutrale Tätigkeit der Presse, sobald sie wegen der organisatorischen Verbindung zu einem

³⁵ *BVerfG*, Beschluss vom 11.2.1992 – 1 BvR 1531/90, NJW 1992, 2341; *BVerfG*, Beschluss vom 22.5.1996 – 1 BvR 744/88, NJW 1996, 3067; *BVerfG*, Beschluss vom 12.12.2007 – 1 BvR 1625/06, DSzR 2008, 1068.

³⁶ *BVerfG*, Beschluss vom 13.2.1996 – 1 BvR 262/91, NJW 1996, 1529; *BVerfG*, Beschluss vom 22.6.1982 – 1 BvR 1376/79, NJW 1983, 1415 m. Anm. v. d. Decken; *BVerfG*, Entscheidung vom 15.12.1983 – 1 BvR 209/83, NJW 1984, 419 – Volkszählungsurteil.

³⁷ *BVerfG*, Beschluss vom 23.3.1971 – 1 BvL 25/61, 3/62, NJW 1971, 1555.

³⁸ *BVerfG*, Beschluss vom 14.1.1998 – 1 BvR 1861/93, NJW 1998, 1381.

³⁹ *BVerfG*, Beschluss vom 6.2.1979 – 2 BvR 154/78, NJW 1979, 1400; *BVerfG*, Beschluss vom 25.1.1984 – 1 BvR 272/81, NJW 1984, 1741; *BVerfG*, Beschluss vom 6.6.1989 – 1 BvR 727/84, NJW 1989, 2877; *BVerfG*, Beschluss vom 8.10.1996 – 1 BvR 1183/9, NJW 1997, 386.

⁴⁰ *BVerfG*, Beschluss vom 8.10.1996 – 1 BvR 1183/90, NJW 1997, 386.

⁴¹ *BVerfG*, Beschluss vom 15.11.1982 – 1 BvR 108, 437, 438/80, NJW 1983, 1181.

⁴² *BVerfG*, Entscheidung vom 9.10.1991 – 1 BvR 1555/88, NJW 1992, 1439.

⁴³ *BVerfG*, Beschluss vom 13.1.1988 – 1 BvR 1548/82, NJW 1988, 1833 – Presse-Grosso; *BVerfG*, Beschluss vom 11.3.1969 – 1 BvR 665/62, 152/69, NJW 1969, 1019 – Buchhaltung; *BVerfG*, Beschluss vom 6.4.1989 – 1 BvR 33/87, NJW 1990, 701 – Chiffreanzeigen.

Presseunternehmen zu einer Hilfstätigkeit für die Presse wird.⁴⁴ Auch das Beschaffen von Leserdaten zählt daher zum Kernbereich der Presse und ist eine unmittelbare Hilfsfunktion für die Gewährleistung eines hinreichenden Leserkreises.

Nimmt man die verschiedenen schutzwürdigen Interessen zusammen, fällt auf, dass zumindest mit der Pressefreiheit der IW Medien sehr hohe Schutzgüter zugunsten der Verwendung der Adressdaten streiten. Natürlich ist auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Arbeitnehmer hoch anzusetzen. Aber es gilt bei der Güterabwägung eine praktische Konkordanz herzustellen, bei der alle betroffenen Schutzgüter zur möglichst optimalen Entfaltung gebracht werden können. Dabei gilt es zu bedenken, dass der IW Medien nur Daten mit geringer Sensibilität übermittelt werden. Die Anschrift eines Arbeitnehmers gehört oft schon zu den allgemein zugänglichen Daten, die nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BDSG großzügiger genutzt werden können. Auch lässt sich § 28 Abs. 3 S. 2 BDSG entnehmen, dass die Anschrift zu den sogenannten freien Daten gehört. Zusätzlich wird zwar noch eine allgemeine Angabe zur Unternehmenszugehörigkeit des Arbeitnehmers weitergegeben. Hier werden aber gerade nicht Daten zu den spezifischen Betriebstätigkeiten oder zur organisatorischen Zuordnung des Arbeitnehmers im Unternehmen genutzt; es handelt sich vielmehr nur um eine Angabe „zur Zugehörigkeit des Betroffenen zu einer Personengruppe“ im Sinne von § 28 Abs. 3 S. 2 BDSG.

Im Übrigen bestehen auch kaum Möglichkeiten zu einer anderweitigen effizienten Verbreitung der Zeitschrift. Das Auslegen im Betrieb führt zu hohen Redundanzen; die aufwendig produzierte Zeitschrift dürfte in vielen Fällen ungelesen im Betrieb liegen bleiben. Durch den jetzigen Vertriebsweg haben Arbeitgeber und IW Medien eine einfache, kaum datenschutzrelevante Möglichkeit gefunden, die Zeitschrift gut zu verbreiten. Schließlich steht es dem Mitarbeiter frei, die Zeitung einfach ungelesen zu Hause zu entsorgen. Der Vertriebsweg ent-

spricht im Übrigen den gängigen Formen der Versendung der Mitgliederzeitschriften – etwa des ADAC, der auch ohne Einwilligung seinen Mitgliedern das „ADAC Magazin“ zusendet, oder von ver.di, deren Zeitschrift „Publik“ an 3,5 Millionen Haushalte verschickt wird.

Im Ergebnis ist die jetzige Praxis der Verbreitung von *AKTIV* über die Privatanschrift von Arbeitnehmern rechtmäßig. Selbst wenn die Weitergabe nicht durch § 32 BDSG legitimiert wäre, käme § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG zum Tragen. Die dortige Güterabwägung ist ein europarechtliches zwingend vorgegebenes Prinzip der Legitimierung datenschutzrechtlicher Übermittlungsvorgänge. Im Rahmen dieser Güterabwägung ist zu berücksichtigen, dass Arbeitnehmerstatus und Privatanschrift wenig sensible Daten sind.

5 Verwaltungsrechtliche Betrachtung

5.1 Der Prüfbescheid von 1985 als feststellender Verwaltungsakt

Die Verwendung der Privatanschriften durch den Verlag war schon durch den Prüfbescheid des Kölner Regierungspräsidenten vom 8. Juli 1985 legalisiert. Wie im Weiteren zu zeigen sein wird, hat dieser Prüfbescheid als feststellender Verwaltungsakt Bindungswirkung für die Zukunft. Im Datenschutzrecht sind feststellende Verwaltungsakte nicht unbekannt. Nach § 38a Abs. 1 BDSG können Berufsverbände Entwürfe für Datenschutz-Verhaltensregeln der zuständigen Aufsichtsbehörde unterbreiten, die dann nach § 38a Abs. 2 BDSG die Vereinbarkeit der Entwürfe mit dem geltenden Datenschutzrecht überprüft. So werden Behördenäußerungen im Rahmen von § 38a BDSG bei Vorlage von Verhaltensregeln als feststellende Verwaltungsakte gesehen.⁴⁵ Ähnliches dürfte für die Vorabkontrolle nach

⁴⁴ Herzog, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, 2012, 67. Ergänzungslieferung, Artikel 5 Rn. 140.

⁴⁵ Bizer, in: Simitis, BDSG, 2011, 7. Auflage, § 38a Rn. 56.

§ 4d Abs. 5 BDSG gelten, bei der betriebliche Datenschutzbeauftragte nach § 4d Abs. 6 S. 3 BDSG gehalten sind, sich in Zweifelsfällen an die Aufsichtsbehörden zu wenden. Im Übrigen liegt ein Verwaltungsakt unstreitig auch bei Genehmigungen nach § 4c Abs. 2 BDSG vor.⁴⁶ Die genannten Regelungen sind nicht abschließend. Vor allem finden sich keine Anhaltspunkte im Gesetz oder den Gesetzgebungsmaterialien, dass feststellende Verwaltungsakte nur in den Fällen des § 38a BDSG ergehen könnten.

Für das Vorliegen eines Verwaltungsaktes im Sinne des § 35 S. 1 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) müsste es sich bei dem Prüfbescheid vom Juli 1985 um eine Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme handeln, die eine Behörde zur Regelung des Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Wirkung nach außen gerichtet ist. Einzig das Merkmal „Regelungscharakter“ ist fraglich. Eine Regelung ist eine behördliche Anordnung, die die Begründung, Aufhebung, Änderung oder Feststellung der Rechte ihres Adressaten bezweckt.⁴⁷ Damit stellt sich die Abgrenzungsfrage, ob in dem Prüfbescheid vom Juli 1985 ein sogenannter feststellender Verwaltungsakt mit Regelungscharakter oder ein schlichter Hinweis auf die Rechtslage, eine bloße Mitteilung oder eine Auskunft ohne Regelungscharakter (behördliche Wissenserklärung) zu sehen ist.⁴⁸

Feststellende Verwaltungsakte haben Regelungswirkung, durch die ein Rechtsverhältnis oder sich daraus ergebende Rechte oder Pflichten des Bürgers verbindlich festgestellt werden.⁴⁹ Sie dienen hauptsächlich der Präzi-

sierung der Rechtslage.⁵⁰ Entscheidend für die Abgrenzung zur Wissenserklärung ist ein erkennbarer Regelungswille der Behörde.⁵¹ Hauptsächlich kommt es dabei auf den Wortlaut des verfügenden Teils (Entscheidungsausspruch) der Äußerung der Behörde an. Begründungsteile entfalten nur nach Maßgabe einer besonderen gesetzlichen Anordnung Regelungswirkung beziehungsweise Bindungswirkung.⁵² Der Regelungszusammenhang der Verfügung insgesamt ist ebenso zu berücksichtigen.⁵³ Um Verfahrensklarheit für den Empfänger zu wahren, müssen der Bindungswirkung fähige Feststellungen eindeutig erkennbar sein, weil ihm insofern eine Anfechtungslast auferlegt wird.⁵⁴ Ausschlaggebend ist nicht der innere Wille der Behörde, sondern die äußere Form und wie der Adressat das Schreiben bei verständiger Würdigung verstehen konnte. Es gelten die allgemeinen Auslegungsgrundsätze für Willenserklärungen entsprechend § 133 BGB.⁵⁵ Wenn in einem Rechtsverhältnis aktuell einzelne Rechte oder Pflichten strittig oder klärungsbedürftig sind, dann stellt die abschließende behördliche Erklärung einen Verwaltungsakt dar.⁵⁶

Hier bedarf es einer genauen Analyse der Entscheidung des Kölner Regierungspräsidenten. Interessant ist dabei auch ein Vorgang derselben Behörde aus dem Jahre 1980. Der Regierungspräsident Köln schreibt hier unter dem Aktenzeichen 21.8.0003.8007 im Rahmen der Aufsicht gemäß §§ 30, 40 BDSG zu einer Eingabe eines Petenten aus Nürnberg. Dieser hatte sich offensichtlich über die Nutzung der Adressdaten von Arbeitnehmern beschwert. Der Regierungspräsident sah als Aufsichtsbehörde keinen Anlass, tätig zu werden. Er verwies darauf,

⁴⁶ Simitis, in: Simitis, BDSG, 2014, 8. Auflage, § 4c Rn. 37.

⁴⁷ BVerwG, Urteil vom 22.5.1980 – 2 C 30/78, NJW 1981, 67, 68; BVerwG, Urteil vom 20.5.1987 – 7 C 83/84, NJW 1988, 87, 88.

⁴⁸ Pietzcker, in: Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, 2013, 25. Ergänzungslieferung, § 42 Rn. 26.

⁴⁹ BVerwGE, 39, 346; 41, 277; 58, 39, 264, 346; 67, 165; 72, 232.

⁵⁰ Wolff/Brink, in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, § 35 Rn. 138.

⁵¹ Wolff/Brink, in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, § 35 Rn. 123, 139.

⁵² VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 8.5.2009 – 1 S 2859/06, Rn. 43, NVwZ-RR 2010, 270, 1. Leitsatz; BVerwG, Urteil vom 25.6.2003 – 6 C 17.02, NVwZ 2004, 233, 234.

⁵³ Wolff/Brink, in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, § 35 Rn. 139.

⁵⁴ VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 8.5.2009 – 1 S 2859/06, a.a.O.

⁵⁵ VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 22.12.1992 – 9 S 2018/90, NJW 1993, 1219; OVG Schleswig-Holstein, Urteil vom 7.7.1999 – 2 L 264/98, NJW 2000, 1059; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 2014, 8. Auflage, § 35 Rn. 71 m.W.n.

⁵⁶ VG Augsburg, Urteil vom 10.6.1986 – 1 K 85 A. 1090, NVwZ 1987, 258.

dass zunächst einmal geprüft werden müsse, ob die Personaldaten überhaupt aus Dateien stammen. Soweit dies der Fall sei, „wäre die Übermittlung nach § 24 BDSG zulässig, da sie zu Wahrung berechtigter Interessen der übermittelnden Stelle erforderlich ist und dadurch schutzwürdige Belange des Betroffenen nicht beeinträchtigt werden“. Als berechtigtes Interesse wird „das Grundrecht des Arbeitgebers auf freie Meinungsäußerung“ genannt. Dieses Grundrecht habe „Vorrang vor dem Interesse des Arbeitnehmers an der Geheimhaltung seiner Anschrift“. Im Übrigen fehle es seitens des Beschwerdeführers an einer Darlegung dazu, „dass Sie in Ihren schutzwürdigen Belangen beeinträchtigt worden sind“.

Im Jahre 1985 tauchte die Frage der datenschutzrechtlichen Einordnung der AKTIV-Vorgänge wieder auf. Mit Schreiben vom 14. Mai 1985 richtete sich der Regierungspräsident Köln in seiner Eigenschaft als Datenschutzaufsichtsbehörde an den Verlag, um eine Prüfung anzukündigen, wie weit der Vertrieb der Zeitschrift AKTIV als Auftragsdatenverarbeitung anzusehen sei. Das entsprechende Prüfungsgespräch fand am 10. Juni 1985 statt. Daraufhin erging der Bescheid vom 8. Juli 1985. In dem dortigen Schreiben wird zugunsten des Verlags unterstellt, dass hier eine Auftragsdatenverarbeitung vorliege. Der Prüfer der Datenschutzaufsicht schreibt, dass die Versendung der Zeitschrift als eine Tätigkeit im Sinne von § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BDSG a. F. anzusehen sei. Diese Vorschrift entspricht den heutigen Regelungen der Auftragsdatenverarbeitung im Sinne von § 11 BDSG.

Ferner heißt es dort weiter:

„Ihre Datenverarbeitung wird in diesem Bereich nicht als Hilfsmittel zur Erfüllung eigener Aufgaben, sondern zur Durchführung einer Dienstleistung eingesetzt. Dies ist gemäß § 37 BDSG [a. F. = § 11 BDSG n. F.] im Rahmen der Weisung der Auftraggeber gestattet, begründet aber Meldepflicht nach § 39 BDSG.“

Das Schreiben stellt also ausdrücklich fest, dass hier eine Auftragsdatenverarbeitung im Rahmen des heutigen § 11 BDSG vorliegt. Auftraggeber ist nach diesem Schreiben der jeweilige Arbeitgeber/das jeweilige Unter-

nehmen. Ausdrücklich wird auch darauf hingewiesen, dass aufgrund des Schreibens des Kölner Regierungspräsidenten die weitere Tätigkeit „gestattet“ sei. Damit konnte der Verlag ab 1985 davon ausgehen, dass er weiterhin bei unveränderter Sachlage datenschutzrechtlich im Rahmen der Auftragsdatenverarbeitung die Privatanschriften der Arbeitnehmer nutzen könne. Der Bescheid spricht ferner auch von der Tätigkeit eines Prüfers, der offensichtlich am 10. Juni 1985 vor Ort die Aktivitäten des Verlags in Bezug auf AKTIV geprüft hat. Insofern handelt es sich um einen Prüfungsbescheid, der zumindest als feststellender Verwaltungsakt anzusehen ist und damit auch die Versendung der Daten durch die das AKTIV-System nutzenden Unternehmen legitimiert.

Seit 1985 wurde der Verlag dementsprechend als Auftragnehmer in dem damals noch notwendigen Register der Auftragsdatenverarbeiter gemäß § 39 Abs. 2 BDSG a. F. geführt. Folglich wird der Verlag ab dem 29. Juli 1985 unter der Registernummer 21.8.209023 als Auftragnehmer bei der Versendung der Zeitschrift AKTIV registriert. Die letzte Änderung im Registerantrag ist laut Archiv am 5. November 1998 vorgenommen und bestätigt worden. Dort wird noch einmal als Auftragsdatenverarbeitungszweck aufgeführt: „Auftragsgemäße Datenverarbeitung im Zusammenhang mit der Versendung der Zeitschrift AKTIV.“

Insofern wurde von 1985 bis 2001, dem Zeitpunkt des Übergangs der Aufsicht vom Regierungspräsidenten auf den Landesbeauftragten für den Datenschutz, nachweislich seitens der zuständigen Aufsichtsbehörde überhaupt kein Anlass gesehen, gegen den Einsatz der Adressdaten von Arbeitnehmern vorzugehen. Vielmehr ging die Aufsichtsbehörde selbstverständlich davon aus, dass ein solcher Einsatz der Daten im Rahmen einer Auftragsdatenverarbeitung zulässigerweise erfolgt sei.

Die im Laufe des Verfahrens auf Anfrage des Verlags erteilte schriftliche Äußerung der Kölner Datenschutzaufsichtsbehörde, die Verwendung der Privatanschriften sei datenschutzrechtlich im Rahmen von § 11 BDSG n. F. nicht zu beanstanden, beruht also auf einem klärungsbedürftigen Rechtsverhältnis. Dafür spricht auch, dass das BDSG in seinen Regelungsstrukturen auf zahl-

reiche unbestimmte Rechtsbegriffe verweist. Dies gilt sowohl für die Anforderungen an die Einwilligung als auch für die gesetzlichen Zulässigkeitsbedingungen nach § 28 Abs. 1 BDSG. Hier besteht ein hoher Beurteilungsspielraum, der nur durch entsprechende Vorgaben der Datenschutzaufsichtsbehörden plan- und beherrschbar ist. In Bereichen, in denen ein komplexer Subsumtionsvorgang stattfindet, hat die Auskunft einer Behörde nicht nur unverbindlichen Feststellungs-, sondern auch Regelungscharakter. Solange die Behörde nicht explizit einen Regelungswillen ausschließt, spricht der für den Adressaten eindeutig erkennbare feststellende Charakter der schriftlichen Äußerung für eine Einordnung als feststellenden Verwaltungsakt. Die vorherige Anfrage bei der Datenschutzaufsichtsbehörde signalisiert ein Regelungsbedürfnis, welchem sich die Datenschutzaufsichtsbehörde annimmt. Mit deren Beantwortung bringt die Behörde den Regelungswillen zum Ausdruck.

Ein solcher Verwaltungsakt entfaltet volle Bestandskraft.⁵⁷ Er wird, sofern er nicht nichtig im Sinne des § 43 Abs. 3 VwVfG ist, mit seinem bekanntgegebenen Inhalt (§ 43 Abs. 1 VwVfG) wirksam und bleibt so lange wirksam und damit für die Behörde bindend, bis er aufgehoben oder sonst erledigt ist (§ 43 Abs. 2, 3 VwVfG). Der nicht nichtige feststellende Verwaltungsakt setzt sich also bis zu seiner Aufhebung oder Erledigung wie jeder andere Verwaltungsakt gegen nachfolgende Änderungen der Sach- oder Rechtslage durch. Vor allem können keine Bußgeldverfügungen entgegen der Feststellung im Prüfbescheid erlassen werden.

Hinsichtlich einer späteren Aufhebung gelten für feststellende Verwaltungsakte keine anderen Regeln als für gewährende Verwaltungsakte.⁵⁸ Insofern spielen eventuelle spätere Aussagen der Datenschutzaufsicht recht-

lich keine Rolle, sofern sich solche Äußerungen nicht an die Vorgaben des VwVfG NRW halten. Die Entscheidung über die Aufhebung eines Verwaltungsaktes ergeht in einem neuen Verwaltungsverfahren im Sinne des § 9 VwVfG NRW durch einen weiteren Verwaltungsakt. Mit der Aufhebung verliert der Ursprungsverwaltungsakt seine Wirksamkeit (§ 43 Abs. 2 VwVfG NRW). Einer Aufhebung sind mit §§ 48, 49 VwVfG NRW relativ enge Grenzen gesetzt. Nach dem allgemeinen Verwaltungsrecht kommt Verwaltungsakten ein erheblicher Schutz gegen die einseitige Aufhebung durch die Behörde zu. Die Aufhebung eines begünstigenden Verwaltungsaktes ist zusätzlich erschwert.⁵⁹ Dies begründet sich in dem auch im Verwaltungsrecht geltenden allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben.⁶⁰ Das Gebot der Widerspruchsfreiheit staatlichen Verhaltens ist wichtigstes Motiv für die Aufhebungsbeschränkungen.⁶¹ Der Staat darf nicht mit der einen Hand geben, was er mit der anderen Hand wieder nimmt.⁶² Insgesamt sind die §§ 48, 49 VwVfG Ausprägungen des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes sowie in der Sache betroffener Grundrechte.⁶³ Die Verwaltungsverfahrensgesetze unterscheiden bei der Aufhebung von Verwaltungsakten zwischen Rücknahme (§ 48 VwVfG) und Widerruf (§ 49 VwVfG).

Die Möglichkeit des Widerrufs besteht über den Wortlaut des § 49 Abs. 1, 2 VwVfG hinaus nicht nur bei rechtmäßigen, sondern auch bei rechtswidrigen Verwaltungsakten. Die Formulierung des § 49 VwVfG ist als klarstellende Betonung des gegenüber der Rücknahme weitergehenden Anwendungsbereichs zu verstehen.⁶⁴ Bei begünstigenden Verwaltungsakten im Sinne des § 48 Abs. 1 S. 2 VwVfG ist ein Widerruf nur für besondere Fälle gestattet.⁶⁵ So darf dieser gemäß § 49 Abs. 2 S. 1

⁵⁷ Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 2014, 8. Auflage, § 35 Rn. 219.

⁵⁸ Engel, Planungssicherheit für Unternehmen durch Verwaltungsakt, 1992, S. 13.

⁵⁹ Engel, Planungssicherheit für Unternehmen durch Verwaltungsakt, 1992, S. 5 ff.

⁶⁰ BVerwGE, 9, 155, 160; 3, 199, 203, 205; 5, 136, 140; 6, 111, 114.

⁶¹ Peine, JZ 1990, 201, 210; Domke, Rechtsfragen der Bestandskraft von Verwaltungsakten, 1989, S. 94.

⁶² Engel, Planungssicherheit für Unternehmen durch Verwaltungsakt, 1992, S. 9.

⁶³ Kopp/Ramsauer, VwVfG, 2013, 14. Auflage, § 48 Rn. 5 u. § 49 Rn. 3a; Müller, in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, Vorbemerkung § 48.

⁶⁴ Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 2014, 8. Auflage, § 49 Rn. 6.

⁶⁵ Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 2014, 8. Auflage, § 49 Rn. 2.

VwVfG, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft nur widerrufen werden,

- wenn der Widerruf durch Rechtsvorschrift zugelassen oder im Verwaltungsakt vorbehalten ist;
- wenn mit dem Verwaltungsakt eine Auflage verbunden ist und der Begünstigte diese nicht oder nicht innerhalb einer ihm gesetzten Frist erfüllt hat;
- wenn die Behörde aufgrund nachträglich eingetretener Tatsachen berechtigt wäre, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen, und wenn ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet würde;
- wenn die Behörde aufgrund einer geänderten Rechtsvorschrift berechtigt wäre, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen, soweit der Begünstigte von der Vergünstigung noch keinen Gebrauch gemacht oder aufgrund des Verwaltungsaktes noch keine Leistungen empfangen hat, und wenn ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet würde;
- um schwere Nachteile für das Gemeinwohl zu verhüten oder zu beseitigen.

Im vorliegenden Fall käme eine Anwendung von § 49 Abs. 2 S. 1 VwVfG in Betracht, wonach ein Verwaltungsakt mit Wirkung für die Zukunft nur widerrufen werden kann, wenn zum Beispiel die Behörde aufgrund nachträglich eingetretener Tatsachen berechtigt werde, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen und wenn ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet würde. Genau ein solcher Fall liegt nicht vor. Die Zeitschrift *AKTIV* wird seit 1985 unverändert an die Privatanschriften der Arbeitnehmer verschickt; unverändert ist auch die Tatsache, dass diese Privatanschriften über den Arbeitgeber an den Verlag weitergegeben werden. Insofern liegt kein veränderter Sachverhalt vor. Ein Meinungswechsel der Datenschutzaufsicht rechtfertigt einen Widerruf ebenso wenig wie der Druck anderer Datenschutzaufsichtsbehörden, etwa über den Düsseldorfer Kreis.

Zudem darf in den Fällen des § 49 Abs. 2 S. 1 VwVfG ohne den Widerruf das öffentliche Interesse nicht gefährdet sein. Dafür muss der Widerruf zur Abwehr einer

Gefährdung des öffentlichen Interesses erforderlich sein. Er muss also zur Beseitigung oder Verminderung eines sonst drohenden Schadens für den Staat, die Allgemeinheit oder für andere von der Rechtsordnung geschützte Rechte oder Rechtsgüter wie beispielsweise von Individualrechten geboten sein.⁶⁶ Es liegen hier keine Anhaltspunkte dafür vor, dass ohne die Aufhebung des Prüfbescheids ein Schaden für die Rechte etwa der Betroffenen bestünde. Die Datenumgangspraxis im *AKTIV*-Fall besteht seit mehr als 30 Jahren, ohne dass Aufsichtsbehörden Schäden für die Betroffenen angenommen hätten (siehe dazu auch unten). Im Übrigen scheidet eine Anwendung des § 49 VwVfG grundlegend daran, dass der „alte“ Prüfbescheid aus dem Jahre 1985 nie formell aufgehoben worden ist.

Die Vertrauensposition des Verlags ist stattdessen erweitert worden durch weitere Schreiben etwa der Regierung von Mittelfranken. Nach deren Schreiben vom 18. August 1986 bestehen keine datenschutzrechtlichen Bedenken gegen die Konstruktion, dass hier die Zeitungsversendung im Namen und im Auftrag des Arbeitgebers über den Verlag als weisungsgebundener Auftragsnehmer im Sinne des BDSG erfolge. Zu beachten sei lediglich, dass auf einen entsprechenden Widerspruch eines einzelnen Betroffenen hin die Zusendung der Zeitung *AKTIV* eingestellt werden müsse. Eine ähnliche Rechtsauffassung wurde vom Ministerium für Inneres und Sport in Saarbrücken bekräftigt. Die dortige Datenschutzaufsicht schrieb mit Schreiben vom 7. Juli 2000, dass gegen die Einbindung des Verlags beim Vertrieb von *AKTIV* an die Privatanschriften von Mitarbeitern keine Bedenken bestünden, da der Verlag als Auftragsdatenverarbeiter im Sinne des BDSG anzusehen sei. Dadurch ist ein enormer Vertrauensschutz zugunsten des Verlags eingetreten. Der Verlag konnte auf Grundlage dieser Schreiben darauf vertrauen, dass er datenschutzrechtlich zulässig die Zeitschriften an die Privatanschriften der Mitarbeiter zustellen kann.

Erst Ende 2002 und im August 2006 kam es zu Schreiben der Landesbeauftragten für Datenschutz Nordrhein-Westfalen (29. November 2002 und 2. Dezember 2002) und des Innenministeriums Baden-Württemberg (15. Au-

⁶⁶ Kopp/Ramsauer, VwVfG, 2013, 14. Auflage, § 49 Rn. 48 u. 53; Sachs, in: Stelken/Bonk/Sachs, VwVfG, 2014, 8. Auflage, § 49 Rn. 70.

gust 2006), die sich mit der Sachlage kritisch auseinandersetzen. Diese Schreiben sind aber gar nicht an den Verlag adressiert. Die Schreiben der Landesbeauftragten NRW waren an anfragende Personen gerichtet, nicht an den Verlag. Ähnlich ist das Schreiben aus Baden-Württemberg vom 15. August 2006 an ein Unternehmen gerichtet. Bei Letzterem ging es nicht um einen Prüfbescheid, sondern um einen Austausch von Rechtsmeinungen zu Feststellungen des Gola-Gutachtens. Die damalige Landesbeauftragte für den Datenschutz Nordrhein-Westfalen spricht von „meiner Ansicht nach“ (S. 1). Das Schreiben aus Baden-Württemberg spricht von einer „Rechtsauffassung“ (S. 1) und bezieht sich auf „unsere Haltung“ (S. 5). In einem Schreiben der IG Metall vom 20. September 2006 wurden die Verwaltungsstellen im IG Metall-Bezirk Baden-Württemberg darauf hingewiesen, dass die baden-württembergische Aufsicht früher die Rechtsauffassung vertreten habe, „dass die Weitergabe dieser Daten aus Gründen des Datenschutzes nicht zu beanstanden sei“, und jetzt aber ihre Rechtsmeinung geändert habe.

Im Ergebnis hat der Regierungspräsident Köln bereits 1985 bindend festgestellt, dass die Tätigkeit des Verlags und die Nutzung der Privatanschriften von Arbeitnehmern durch eine Auftragsdatenverarbeitung legitimiert sind. Dieser Verwaltungsakt ist auch heute noch bindend.

5.2 Die Verwirkung

Denkbar wäre auch, hier eine Verwirkung zugunsten des Verlags anzunehmen.

5.2.1 Das Rechtsinstitut der Verwirkung im Verwaltungsrecht

Die Verwirkung ist ein von der Verjährung zu unterscheidendes Rechtsinstitut, welches als Hindernis bei

der Durchsetzung von Ansprüchen wirkt. Während die Verjährung als gesetzlich geregelter, statischer Ausgleich zwischen dem Schutz vor einer Inanspruchnahme nach langer Zeit, wodurch Beweisnöte für den Schuldner entstehen können, und dem Interesse an der Erfüllung bestehender Verpflichtung der Rechtssicherheit und dem Rechtsfrieden dient,⁶⁷ hängt die Verwirkung von einer jeweils für den Einzelfall anhand fester Voraussetzungen vorzunehmenden Interessenabwägung ab. In der zivilrechtlichen Dogmatik wird die „Verwirkung“ als „illoyal verspätete Geltendmachung“ von Rechten verstanden. Sie stellt eine Fallgruppe des Handelns wider Treu und Glauben gemäß § 242 BGB (venire contra factum proprium) und damit ein Durchsetzungshindernis dar, welches im Gegensatz zur Verjährung von Amts wegen zu berücksichtigen ist.⁶⁸

Als Hindernisse für die Durchsetzbarkeit von Ansprüchen können auch im Verwaltungsrecht die Verjährung und die Verwirkung in Betracht kommen. Hinsichtlich der Verjährung von öffentlich-rechtlichen Ansprüchen wird die jeweils „sachnächste“ Verjährungsregelung analog herangezogen.⁶⁹ Die Verwirkung kann allerdings unter verschiedenen Gesichtspunkten relevant werden. Als Rechtsgrundlage dient zwar stets der auch im öffentlichen Recht geltende Grundsatz des Handelns nach „Treu und Glauben“ sowie des Vertrauensschutzes.⁷⁰ Allerdings sind zunächst spezielle Rechtsregime zu beachten. Im allgemeinen Verwaltungs- und Verwaltungsprozessrecht ist zwischen prozessualer Verwirkung von Rechtsbehelfen und materieller Verwirkung zu unterscheiden.⁷¹ Da nicht nur der Bürger, sondern insbesondere auch die Verwaltung an den Grundsatz von Treu und Glauben gebunden ist und der Vertrauensschutzgrundsatz ohnehin nur den Bürger schützt,⁷² kann die Verwirkung auch Rechte und Befugnisse öffentlicher Rechtsträger in ihren hoheitlichen Beziehungen zu Bürgern betreffen.⁷³

⁶⁷ Vgl. Grothe, in: MüKoBGB, 2012, 6. Auflage, Vorbemerkung §§ 194 ff. Rn. 6 ff.

⁶⁸ Grothe, in: MüKoBGB, 2012, 6. Auflage, Vorbemerkung §§ 194 ff. Rn. 13.

⁶⁹ BVerwG, Urteil vom 24.1.2007 – 3 A 2/05, NVwZ 2007, 1315, 1319.

⁷⁰ BVerwG, Urteil vom 22.1.1993 – 8 C 46/91, NVwZ 1993, 1102; BVerfG, Urteil vom 12.1.2004 – 3 B 101/03, NVwZ-RR 2004, 314;

Kopp/Ramsauer, VwVfG, 2013, 14. Auflage, § 53 Rn. 41; Oerder, in: Johlen/Oerder, MAH Verwaltungsrecht, 2012, 3. Auflage, § 20 Rn. 27b.

⁷¹ Ehlers, in: Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, 2012, Vorbemerkung § 40 Rn. 104.

⁷² Vgl. Grzeszick, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 2013, 69. Lieferung, Artikel 20 Rn. 27.

⁷³ BVerwG, Urteil vom 9.8.1990 – 4 B 95/90, NVwZ-RR 1991, 111; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 2013, 14. Auflage, § 53 Rn. 43.

Allgemeine Voraussetzung für eine Verwirkung ist, dass der Anspruchsinhaber im konkreten Fall ein Verhalten gezeigt hat, welches bei dem Schuldner die berechtigte Erwartung geweckt hat, von dem Recht oder der Befugnis werde kein Gebrauch mehr gemacht (sogenanntes Umstandselement), dass diese Erwartung über einen längeren Zeitraum entstanden ist oder bestanden hat (sogenanntes Zeit- oder Nachhaltigkeitsselement) sowie dass der Schuldner tatsächlich auf das Ausbleiben der Geltendmachung vertraut hat (sogenanntes Vertrauenselement).⁷⁴ Im Gefahrenabwehrrecht, also vor allem im Polizei- und Ordnungsrecht, allerdings auch im Bodenschutzrecht, wird teilweise versucht, die Verwirkung als Grenze der Verantwortlichkeit heranzuziehen. Dogmatisch soll dies als ein Hindernis für die Wahrnehmung der ordnungsbehördlichen Befugnis zur Inanspruchnahme des Störers konstruiert werden, welches im Rahmen der ordnungsgemäßen Ermessensausübung vor dem Hintergrund des Vertrauensschutzes zu berücksichtigen ist.⁷⁵

Im Bereich des Steuerrechts wird die Verwirkung vom Bundesfinanzhof (BFH) als möglicher Ausschluss der Steuerbeitreibung anerkannt.⁷⁶ Sie soll dann eintreten, wenn das Finanzamt in Kenntnis des Steueranspruchs längere Zeit dem Steuerpflichtigen gegenüber untätig bleibt und dieser sich infolge des Verhaltens des Finanzamts darauf einrichten darf, dass der Steueranspruch nicht mehr geltend gemacht wird.⁷⁷ Im Baurecht findet die Verwirkung, abgesehen vom Bauordnungsrecht, welches in den Bereich des Gefahrenabwehrrechts fällt und für das also die oben stehenden Ausführungen gelten, vor allem im Bereich der baurechtlichen Verträge

sowie der Erschließungsbeiträge gemäß § 135 Baugesetzbuch (BauGB) einen möglichen Anwendungsbereich. So wird grundsätzlich anerkannt, dass die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Erschließungsbeitragsrecht nicht schlechthin ausgeschlossen ist, sondern im Zusammenhang mit der Verwirkung als allgemeiner Grundsatz Beachtung finden kann.⁷⁸ Allerdings ist insbesondere im Bereich des widersprüchlichen Verhaltens § 135 Abs. 5 BauGB die speziellere Vorschrift.⁷⁹

Im Verwaltungsprozessrecht begegnet einem die Verwirkung im Rechtsschutzbedürfnis. Denn ein schutzwürdiges Interesse des Klägers ist zu verneinen, wenn er seinen Rechtsschutz in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise verzögert.⁸⁰ Sind die Voraussetzungen der Verwirkung erfüllt, ist der Rechtsbehelf unzulässig. Dabei ist jedoch zu beachten, dass eine Verwirkung nur dann vorstellbar ist, wenn keine Fristen existieren.⁸¹ Dies betrifft hauptsächlich den Rechtsschutz des Bürgers gegen Verwaltungsakte, wenn eine wirksame Bekanntgabe nicht oder nur mit einer fehlerhaften Rechtsbehelfsbelehrung stattgefunden hat. Denn in diesen Fällen besteht entweder keine oder eine Frist von einem Jahr, vgl. § 58 Abs. 2 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO). Allerdings bestehen auch im Bereich der verwaltungsgerichtlichen Leistungsklagen durch die Verwaltung selbst keine Fristen. Im allgemeinen Verwaltungsrecht können Behörden von einer Verwirkung nur in wenigen denkbaren Konstellationen betroffen sein, da dieses, abgesehen von der Verwirkung materieller Befugnisse in Spezialgesetzen (siehe oben), Verfahrensrechte beinhaltet. So existieren dort vor allem Vor-

⁷⁴ Vgl. VGH Kassel, Urteil vom 26.11.1992 – 5 UE 3446/90, NVwZ-RR 1993, 664; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 2013, 14. Auflage, § 53 Rn. 45 ff.

⁷⁵ VG Köln, Urteil vom 12.4.1994 – 14 K 6068/92, NVwZ 1994, 927, 930; w. N. bei Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 2010, § 9 Rn. 65.

⁷⁶ Pahlke, in: Pahlke/Koenig, AO, 2009, 2. Auflage, § 4 Rn. 39.

⁷⁷ BFH, Urteil vom 30.5.1973 – I R 35/71, BStBl II 73, 668; BFH, Urteil vom 14.9.1977 – II R 74/76, BStBl II 78, 168; BFH, Urteil vom 30.4.2009 – V R 3/08, DStRE 09, 1121.

⁷⁸ BVerwG, Urteil vom 17.6.1994 – 8 C 22/92, NVwZ 1995, 1213, 1215; vgl. OVG Münster, Urteil vom 12.4.1989 – 3 A 1637/88, NVwZ-RR 1990, 435.

⁷⁹ BVerwG, Urteil vom 17.6.1994 – 8 C 22/92, NVwZ 1995, 1213, 1215.

⁸⁰ Kopp/Schenke, VwGO, 2013, 19. Auflage, Vorbemerkung § 40 Rn. 53.

⁸¹ Ehlers, in: Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, 2012, Vorbemerkung § 40 Rn. 105.

schriften, welche selbst schon Ausprägungen des Instituts der Verwirkung darstellen und damit keine Anwendung mehr finden, vgl. § 48 Abs. 4 VwVfG.⁸²

5.2.2 *AKTIV* und die Verwirkung im Datenschutzrecht

Das bisherige Vertriebsmodell ist nie formell beanstandet worden. Es hat keine Untersagungsverfügungen gegeben, obwohl diese nach dem BDSG bei Zugrundelegung der Ansichten aus Baden-Württemberg und Nordrhein-Westfalen durchaus möglich gewesen wären. Immer wieder wurde nur auf entsprechende Anfragen insbesondere aus Unternehmerkreisen die Rechtsauffassung mitgeteilt, man halte das Vertriebsmodell für rechtlich problematisch. Fraglich ist, ob eine solche Vorgehensweise nach nunmehr fast 30 Jahren zulässig ist. Dabei gilt es zu bedenken, dass Unternehmen wie der hier vorliegende Verlag Planungssicherheit brauchen, um das hochsensible Produkt einer Wirtschaftszeitschrift effizient vertreiben zu können. Gegenüber dem Verlag liegen nur Stellungnahmen vor, die die Zulässigkeit des Vertriebsmodells bejahen. Die Aufsichtsbehörden waren im Übrigen nie gegenüber dem Verlag etwa im Wege von Beanstandungen tätig. Man kann insofern von einer stillschweigenden Duldung des Vertriebsmodells ausgehen.

Dieser Eindruck wird auch bei einer Analyse der einzelnen Schreiben der Aufsichtsbehörden bestätigt. Der Prüfbescheid aus Köln vom November 1985 (siehe oben) ist der einzige, der direkt an den Verlag gerichtet ist. Dieser Bescheid bejaht die Legitimität und Legalität des *AKTIV*-Konzepts im Rahmen einer Auftragsdatenverarbeitung. Ähnlich stellt die Regierung von Mittelfranken mit Bescheid vom 16. August 1986 auf die Frage ab, inwieweit eine Verarbeitung der Privatschriften von Mitarbeitern im Zusammenhang mit der Versendung der Zeitung *AKTIV* zulässig sei. Erwähnt wird, dass die Zeitungsversendung im Namen und im Auftrag des Arbeitgebers erfolge und der Verlag daher als weisungsgebundener Auftragnehmer tätig sei. Inso-

fern sei die Weitergabe der Adressdaten durch den Arbeitgeber keine Übermittlung im Sinne des BDSG. Erst auf einen Widerspruch des Betroffenen hin sei die Zusendung der Zeitung *AKTIV* unter Umständen einzustellen. Ähnlich sah die Rechtslage das Ministerium für Inneres und Sport im Saarland in deren Schreiben vom 7. Juli 2000. Auch hier wurde auf eine Auftragsdatenverarbeitung abgestellt und die Nutzung der Privatschriften über die Konstruktion eines „Lettershops“ ausdrücklich gebilligt.

Anders geprüft wurde die Rechtslage nur in zwei Schreiben, die aber nicht an den Verlag gerichtet sind. Im Schreiben des Landesbeauftragten für Datenschutz in Nordrhein-Westfalen vom 26. November 2002 wurde das Vorliegen einer Auftragsdatenverarbeitung abgelehnt. Entscheidend sei das Vorliegen einer „Ermächtigungsgrundlage über § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG“. Es reiche zur Interessenwahrung aus, wenn nur die Namen, Vornamen und Privatadressen derjenigen Belegschaftsmitglieder an den Verlag übermittelt werden, die den Wunsch nach einer Zusendung der Wirtschaftszeitung ausdrücklich geäußert haben. Erstaunlich ist bei diesem Schreiben, dass dies nur als Formulierung einer Rechtsansicht zu verstehen sein kann. Ausgangspunkt des Schreibens ist eine Anfrage von Herrn Hans Gliss, die von der nordrhein-westfälischen Datenschutzaufsicht entsprechend im Rahmen einer allgemeinen Rechtsauskunft beantwortet wird. Aus dem Schreiben heraus hat die Datenschutzaufsicht aber nie eine Konsequenz gezogen, insbesondere kein aufsichtsrechtliches Beanstandungsverfahren durchgeführt. Dabei ist zu beachten, dass die nordrhein-westfälische Datenschutzaufsicht über den Zeitraum von zehn Jahren seit dem genannten Schreiben auch keine weiteren Maßnahmen gegen den Verlag unternommen hat.

Ähnliches gilt für das Schreiben des Innenministeriums Baden-Württemberg als Aufsichtsbehörde vom 15. August 2006. Hier erklärt die Datenschutzaufsicht in Baden-Württemberg, dass es dem Arbeitgeber zumutbar sei, seine Interessen durch das Auslegen der Zeitschrift

⁸² OVG Berlin, Urteil vom 29.10.1982 – OVG 2 B 153/80, NJW 1983, 2156, 2157.

im Betrieb zu verfolgen. Dementsprechend könne auf eine Datennutzung im Wege der Weitergabe der Privatanschriften an einen Verlag verzichtet werden. Die Datenschutzaufsicht wurde auch daraufhin nicht tätig.

Und das ausführlichste Votum stammt von der normalerweise als sehr restriktiv bekannten Datenschutzbehörde in Schleswig-Holstein. In deren Schreiben vom 27. Februar 2007, erstellt vom dortigen Datenschutzbefragten Dr. Weichert, wird am ausführlichsten (im Vergleich zu den anderen Schreiben der Datenschutzaufsichtsbehörden) die Sach- und Rechtslage geprüft. Herr Weichert kommt dabei zur der Auffassung, dass die Nutzung der Adressdaten für Zwecke von AKTIV durch § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG legitimiert sei. Der Arbeitgeber habe ein berechtigtes Interesse an der Versendung von ihm geteilter Meinungen; eine Verletzung schutzwürdiger Interessen des Betroffenen sei nicht zu erkennen. Sofern eine Widerspruchsmöglichkeit generell vorgesehen sei, bestünden auch keine sonstigen Bedenken gegen die Vorgehensweise.

Dieses Schreiben war an die Mitglieder des Düsseldorfer Kreises gerichtet. Hier wird der Fall noch einmal skizziert und zwar mit Bezug auf eine Anfrage eines Unternehmens in Schleswig-Holstein, das wissen wollte, wie das ULD den vergleichbaren Sachverhalt für Schleswig-Holstein beurteilen würde. Das Schreiben schließt mit den Worten: „Ich wäre Ihnen, sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen im Düsseldorfer Kreis, dankbar, wenn Sie mir kurz mitteilen würden, ob Sie die oben dargestellte Position teilen“. Eine Rückmeldung darauf erfolgte, zumindest soweit nach außen bekannt, nie.

Dem Verlag gegenüber haben sich die Aufsichtsbehörden über nunmehr 30 Jahre hoheitlich nicht geäußert, außer im Prüfbescheid von 1985. Wenn überhaupt, wurden einzelne Arbeitgeber angeschrieben oder Rechtsansichten informell geäußert. Der Verlag konnte daher auch – mit erheblichen Investitionen – über Jahrzehnte unbeanstandet „seine“ Zeitschrift an die Privatanschriften der Arbeitnehmer liefern. Insofern liegen hier die Voraussetzungen einer Verwirkung vor.

6 Zusammenfassung

- Die Weitergabe der Privatanschriften von Arbeitnehmern an AKTIV erfolgt im Rahmen einer Auftragsdatenverarbeitung.
- Die Weitergabe der Daten ist seitens des Arbeitgebers im Rahmen von § 32 Abs. 1 BDSG legitimiert. Die Zeitschrift dient der allgemeinen arbeitsvertraglichen Aufklärung durch den Arbeitgeber im Rahmen seiner Aufklärungspflichten. Der Arbeitgeber bedient sich hierzu des Verlags lediglich im Rahmen der Auftragsdatenverarbeitung.
- Selbst wenn die Weitergabe nicht durch § 32 BDSG legitimiert wäre, käme § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG zum Tragen. Die dortige Güterabwägung ist ein europarechtlich zwingend vorgegebenes Prinzip der Legitimierung datenschutzrechtlicher Übermittlungsvorgänge. Im Rahmen dieser Güterabwägung ist zu berücksichtigen, dass Arbeitnehmerstatus und Privatanschrift wenig sensible Daten sind.
- Der Prüfbescheid des Regierungspräsidenten Köln vom November 1985 ist auch heute noch als feststellender Verwaltungsakt bindend.
- Nach mehr als 30 Jahren unbeanstandeter Tätigkeit ist der Datenschutzaufsicht eine Beanstandung des AKTIV-Modells aufgrund Verwirkung nicht mehr möglich.
- Sollte die Datenschutzaufsicht noch einmal informell die Tätigkeit von AKTIV beanstanden, sollte der Verlag der Aufsicht die obigen Überlegungen zur Kenntnis bringen. Im Falle einer formellen Beanstandung wäre der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, sodass der Verlag im Wege einer Anfechtungsklage der Beanstandung die obigen Überlegungen entgegenhalten könnte. Sollte die Aufsicht gegenüber einem Arbeitgeber/Unternehmen oder gar in der Öffentlichkeit entsprechende Kritik äußern, wäre eine Klage gegen die Aufsicht angezeigt.

AKTIV

WIRTSCHAFTSZEITUNG

*Deutschlands größte
Wirtschaftszeitung
für Arbeitnehmer*



Prof. Dr. jur. Thomas Hoeren, Lic. theol., lehrt Informationsrecht und Rechtsinformatik an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster. Er leitet dort die Zivilrechtliche Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht und forscht am European Research Center for Information Systems. Der langjährige Richter am OLG Düsseldorf beriet die Europäische Kommission im Legal Advisory Board on Information Technology und ist Mitglied der Task Force Group on Intellectual Property der Europäischen Kommission sowie Kuratoriumsmitglied des Research Center for Information Law der Universität St. Gallen. Er ist Research Fellow am Oxford Internet Institute (Balliol College), Mitglied des Fachausschusses Kommunikation der Deutschen UNESCO-Kommission, der Arbeitsgruppe „Neue Medien“ der Hochschulrektorenkonferenz und des Fachausschusses für Urheber- und Verlagsrecht der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht.

Stand der Information: August 2014

**Institut der deutschen Wirtschaft
Köln Medien GmbH**
Wirtschaftszeitung AKTIV
Konrad-Adenauer-Ufer 21
50668 Köln
Telefon 0221 4981-0
Telefax 0221 4981-533
E-Mail mail@aktiv-online.info

Vertrieb

Telefon 0221 4981-285
Telefax 0221 4981-286
E-Mail vertrieb@aktiv-online.info

Koordination Datenschutz

Telefon 0221 4981-441
E-Mail datenschutz@aktiv-online.info