

Diskussionsforum Teilhabe und Prävention

Herausgegeben von:

Dr. Alexander Gagel & Dr. Hans-Martin Schian

in Kooperation mit:

Prof. Dr. Wolfhard Kohte

Martin-Luther-Universität
Halle-Wittenberg

Prof. Dr. Ulrich Preis

Institut für Deutsches und
Europäisches Sozialrecht,
Universität zu Köln

Prof. Dr. Felix Welti

Hochschule Neubrandenburg

April 2008

Forum B

Schwerbehindertenrecht und betriebliches Gesundheitsmanagement
– Diskussionsbeitrag Nr. 7/2008 –

Rechtliche und organisatorische Aspekte des Datenschutzes im Betrieblichen Eingliederungsmanagement, Teil 2

von Marcus Schian und Dr. Ulrich Faber

Die Handhabung persönlicher Daten des Arbeitnehmers ist ein Schlüsselement der praktischen Umsetzung des Betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 84 Abs. 2 SGB IX, wie auch eine kürzlich veröffentlichte Studie von Prof. Mathilde Niehaus (Universität zu Köln) zeigt¹. Die diesbezügliche Gesetzes- und Interessenlage ist unübersichtlich, alltagstaugliche Orientierungsrahmen bestehen kaum. Dieser Beitrag versucht, ein wenig Licht ins Dunkel zu bringen. Im ersten Teil (vgl. Beitrag B 3-2008 in diesem Forum) wurde ein Überblick über die Grundnormen des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) und die unmittelbaren Auswirkungen des § 84 Abs. 2 SGB IX darauf dargestellt. Der vorliegende zweite Teil des Beitrags widmet sich der Frage, ob und wenn welche Bedeutung für den Umgang mit personenbezogenen Daten die Vorschrift des § 84 Abs. 2 SGB IX über das BDSG hinaus entfaltet. Unsere Thesen:

- 1. Insbesondere im Bereich gesundheitsbezogener Daten erfasst das BDSG gerade aufgrund der insoweit traditionell besonders geschützten Entscheidungshoheit des Dateninhabers über die Preisgabe solcher Informationen nicht alle regelungsbedürftigen Kollisionen zwischen Informationsinteressen des Arbeitgebers und Geheimhaltungsinteressen des Arbeitnehmers.**
- 2. Pflichten oder Obliegenheiten des Arbeitnehmers zur Einwilligung in die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung gesundheitsbezogener Daten finden ihren Grund in Normenkontexten außerhalb des BDSG.**
- 3. Aus § 84 Abs. 2 SGB IX lässt sich eine solche Pflicht oder Obliegenheit nicht herleiten.**

Marcus Schian
Dr. Ulrich Faber
Dr. Alexander Gagel
Dr. Hans-Martin Schian

Wir möchten Sie auch auf die Sammlung aller bisher erschienenen Diskussionsbeiträge im Internet unter www.iqpr.de aufmerksam machen und Sie herzlich einladen sich an der Diskussion durch eigene Beiträge und Stellungnahmen zu beteiligen.

¹ http://www.bmas.de/coremedia/generator/25370/f374_forschungsbericht.html.

3. Über den Regelungsbereich des BDSG hinausgehende Auswirkungen des § 84 Abs. 2 SGB IX auf persönliche Daten betreffende Rechte und Pflichten im Arbeitsverhältnis

Nachdem die - wenigen - unmittelbaren Wirkungen des § 84 Abs. 2 SGB IX auf das im BDSG geregelte Datenschutzrecht als Erlaubnisnorm iSd § 4 Abs. 1 BDSG bzw. Konkretisierung der (Erlaubnis-)Norm des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG aufgezeigt wurden (vgl. Beitrag B 2-2008 in diesem Forum, 2. Abschnitt), stellt sich im weiteren die Frage, ob und wenn welche sonstigen Auswirkungen das BEM auf persönliche Daten betreffende Rechten und Pflichten im Arbeitsverhältnis hat.

a. Notwendigkeit des Rückgriffs auf Normen außerhalb des BDSG, insbesondere bezüglich der Erhebung gesundheitsbezogener Daten

Zunächst ist festzuhalten, dass die Vorschriften des BDSG und somit die diesbezüglichen Rechtsfolgen des § 84 Abs. 2 SGB IX allein nicht ausreichen, um alle sich im Zusammenhang mit dem BEM ergebenden den Umgang mit persönlichen Daten betreffenden Fragen zu beantworten. Dies ergibt sich aus dem teilweise beschränkten Regelungsgehalt des BDSG.

aa. Konkretisierungsbedarf des BDSG

Nicht nur bedürfen seine Vorschriften schon angesichts der in § 28 Abs. 1, 2 und 6 BDSG häufigen Verweise auf unbestimmte Rechtsbegriffe (Zwecke, schützenswerte Interessen und rechtliche Ansprüche) **der Konkretisierung abhängig von der jeweiligen Situation**, in der eine Datenerhebung, -verarbeitung und/oder -nutzung ansteht. Die Konkretisierung erfolgt insbesondere durch in dieser Situation einschlägige Rechtsvorschriften, durch von der Rechtsprechung entwickelte Grundsätze zu Rechten und Pflichten im Arbeitsverhältnis und schließlich unter Berücksichtigung der oben unter 1. a. skizzierten Interessenlage. Mit Blick auf die reinen Ablaufdaten des BEM stellt § 84 Abs. 2 SGB IX wie gezeigt eine solche Konkretisierung des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 (oder Nr. 2) BDSG dar (vgl. 2. c.).

bb. Eingeschränkter Regelungsbereich des BDSG hinsichtlich der Erhebung gesundheitsbezogener Daten

Entscheidend ist, dass die Bestimmungen des BDSG nur einen Teilbereich der im Umgang mit persönlichen Daten im Arbeitsverhältnis relevanten Fragestellungen regeln. **Gerade hinsichtlich gesundheitsbezogener Daten**, also in Konstellationen, die bei der Umsetzung des BEM bisweilen besonders strittig sind, **werden nicht alle relevanten Fragen durch die Vorschriften des BDSG erfasst**.

Für **personenbezogene Daten besonderer Art nach § 3 Abs. 9 BDSG**, wozu insbesondere die im BEM relevanten **gesundheitsbezogenen Daten** zählen, findet sich lediglich in § 28 Abs. 6 BDSG eine Regelung für eine einwilligungslose und auch nicht von einer sonstigen Rechtsvorschrift gedeckte Erhebung, Verarbeitung und/oder Nutzung. Dieser sind, da es sich bei um Informationen zum Kernbereich der Intimsphäre handelt, zu Recht enge Grenzen gezogen.

Insbesondere mit Blick auf die Erhebung gesundheitsbezogener Daten sind damit aber nicht alle relevanten Fallkonstellationen erfasst. Denn was geschieht, wenn ohne Kenntniserlangung der Daten der Arbeitgeber andere gewichtige Pflichten z.B. zur Einhaltung sicherheitsrelevanter öffentlich-rechtlicher Bestimmungen nicht mehr erfüllen kann? Ist es dann nicht unbillig, wenn eine einfache Weigerung des Arbeitnehmers den Arbeitgeber an der Ausübung sonstiger Pflichten hindert? Besteht überspitzt formuliert ein Recht des Arbeitgebers eine Zwangsuntersuchung anzuordnen?

Das BDSG hilft hier nicht weiter. Die Nrn. 1, 2 und 4 des § 28 Abs. 6 BDSG sind hier offensichtlich nicht einschlägig. Auch die Norm des § 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG greift unseres Erachtens nicht, zumindest nicht hinsichtlich der Datenerhebung. Denn trotz eines dann hohen und rechtlich gestützten Arbeitgeberinteresses an den Informationen würde eine **einwilligungslose** Datenerhebung, -nutzung und/oder -verarbeitung durch den Arbeitgeber einen so **starken Eingriff in die Rechts- und Privatsphäre des Arbeitnehmers darstellen, dass seine schutzwürdigen Interessen dem im Sinne des § 28 Abs. 6 Nr. 3 2. HS BDSG entgegenstehen würden**. Gerade bei Daten zur Gesundheit hat der Gesetzgeber nämlich an vielen Stellen deutlich gemacht, dass die **Entscheidung über die Preisgabe** dieser Informationen **immer letztlich beim Eigentümer der Daten liegen soll**. Der hohe Wert, der der **höchstpersönlichen Entscheidung über die Preisgabe gesundheitlicher Daten** eingeräumt wurde, findet einen besonders deutlichen Ausdruck im strafrechtlich sanktionierten (§ 203 StGB), vom Zeugnisverweigerungsrecht (§ 53 StPO) flankierten **Arztgeheimnis** („Schweigepflicht“). Es ist unter anderem im ärztlichen Standesrecht (§ 9 MBO-Ä 2006) sowie in vielen Vorschriften des SGB (z.B.: §§ 15 Abs. 2, 202 SGB VII, § 277 SGB V oder auch § 69 Abs. 4 SGB X) näher ausgestaltet. In der Gesamtschau dieser Normen wird klar, dass der Dateninhaber **grundsätzlich das letzte Wort über die Preisgabe gesundheitlicher Daten** haben soll. Er kann sie auch in Situationen verweigern, in denen andere Interessen grundsätzlich höher als sein Geheimhaltungswunsch gewichtet werden - dann allerdings unter Inkaufnahme von Nachteilen (vgl. z.B. BAG, Urteil v. 13.07.2005 - 5 AZR 389/04 - Juris, zur Erfüllung der Darlegungs- und Beweislast des Arbeitnehmers im Prozess um Entgeltfortzahlung durch Entbindung des Arztes von der Schweigepflicht).

Angesichts dieses Befundes ist eine einwilligungslose und nicht durch Rechtsvorschrift erlaubten Erhebung gesundheitsbezogener Daten des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber also in aller Regel auch bei hohem und mittelbar durch Rechtsnormen gestützten Informationsinteresse des Arbeitgebers nicht etwa von § 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG gedeckt. Denn dies würde dem Grundgedanken, dass die Entscheidung über die Preisgabe gesundheitsbezogener Daten grundsätzlich immer beim Dateninhaber liegen soll, derart zuwiderlaufen, dass schon allein deshalb von einem schutzwürdigen Interesse des Arbeitnehmers auszugehen ist, das einer solchen Erhebung, Verarbeitung und/oder Nutzung im Sinne des § 28 Abs 6 Nr. 3 BDSG entgegensteht.

Zur Verdeutlichung folgendes **Beispiel**: Im Arbeitsverhältnis kann ein Arbeitgeber demnach nicht unter Berufung auf sein überwiegendes Interesse an der Information darüber, ob ein Arbeitnehmer, der mit Tätigkeiten, die für ihn selbst und Dritte erhebliches Gefährdungspotential haben, betraut ist, an Alkoholsucht leidet, dessen behandelnden Arzt anrufen und Auskunft verlangen oder den Arbeitnehmer in seiner Privatsphäre heimlich bespitzeln.

cc. Lösung: Rückgriff auf Normen außerhalb des BDSG, insbesondere hinsichtlich der Erhebung gesundheitsbezogener Daten

Die Lösung der zumindest hinsichtlich der Datenerhebung nicht von BDSG erfassten Situation besteht darin, dass der Arbeitnehmer **in derartigen Ausnahmefällen zur Auskunft über gesundheitliche Informationen in begrenzten Umfang verpflichtet sein kann und/oder ihn eine Obliegenheit zur Preisgabe der Daten trifft**, d.h. er im Falle der Weigerung (**arbeits-)rechtliche Konsequenzen** (z.B. Versetzung, Abmahnung, Kündigung) zu befürchten hat. So ist sichergestellt, dass eine Weigerung des Arbeitnehmers zur

Offenlegung der höchstpersönlichen gesundheitsbezogenen Daten in solchen Konstellationen nicht einseitig zu Lasten des Arbeitgebers oder ggf. auch der Allgemeinheit geht.

Diese Pflichten und/oder Obliegenheiten finden ihren Grund indes nicht im BDSG selbst, weshalb dieses Gesetz allein zur Handhabung aller relevanten Fragestellungen zum Umgang mit persönlichen Daten im BEM nicht ausreicht. Vielmehr sind sie teils verstreut in verschiedenen Regelungsmaterien **spezialgesetzlich** oder **vertraglich** (vgl. z.B. § 3 Abs. 4 TVöD) geregelt, teils als eine **Konkretisierung allgemeinerer Rechten und Pflichten** im Arbeitsverhältnis (vgl. beispielsweise BAG, Urteil v. 14.07.2005 - 8 AZR 300/04 - Juris) oder beispielsweise auch gar aus prozessrechtlichen Grundsätzen (vgl. z.B. BAG, Urteil v. 13.07.2005 5 AZR 389/04 - Juris; Einzelheiten im 4. Abschnitt dieses Beitrags) herzuleiten.

Die Regelungen des BDSG bieten demnach einen zwar **zwingend zu beachtenden**, teilweise durch § 84 Abs. 2 SGB IX konkretisierten **Rahmen** zur Beantwortung der anlässlich eines BEM anstehenden datenschutzrechtlichen Fragestellungen. Sie **regeln allerdings nicht alle im Arbeitsverhältnis und im BEM bedeutsamen Aspekte des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung**, insbesondere nicht hinsichtlich der Erhebung gesundheitsbezogener Daten. In Ermangelung ausdrücklicher Erlaubnisnormen im Sinne des § 4 Abs. 1 BDSG ist zur rechtlichen Erfassung der Situation bei Ablehnung der Preisgabe gesundheitsbezogener Daten durch den Arbeitnehmer ein Rückgriff auf Rechtsvorschriften und -prinzipien außerhalb des BDSG zu suchen.

dd. Bereits offenbarte gesundheitsbezogene Daten und einfache personenbezogene Daten

Hinsichtlich der Verarbeitung und Nutzung vom Arbeitnehmer **bereits offenbarter gesundheitsbezogener Daten** (vgl. BAG, Urteil v. 12.09.2006 – 9 AZR 271/06 – Juris) ergibt sich aus den vorgenannten Erwägungen eine etwas **andere Einschätzung der datenschutzrechtlichen Lage**. Da hier der Arbeitnehmer wie im vom BAG (aaO) entschiedenen Fall bereits von seiner alleinigen Entscheidungshoheit über die Preisgabe seiner gesundheitsbezogenen Daten Gebrauch gemacht hat, kann anders als bei der Erhebung solcher Daten nicht jede Verarbeitung oder Nutzung dieser Daten über § 28 Abs. 6 Nr. 3 2. HS BDSG ausgeschlossen werden. Hier bedarf es einer differenzierten Betrachtungsweise, die jeweils die konkrete Art der Verarbeitung bzw. Nutzung in Rechnung zu stellen hat. Dies ist im Wesentlichen eine Frage der Organisation des Datenschutzes im Unternehmen, weswegen auf Abschnitt 5. verwiesen wird.

Bei einfachen personenbezogenen Daten, die **nicht besonderer Art iSd § 3 Abs. 9 BDSG** sind, ist ein **Rückgriff auf Normen außerhalb des BDSG in aller Regel nicht erforderlich**, da ein den beschriebenen Regelungen zu gesundheitlichen Daten entsprechender Schutz der Privatsphäre des Arbeitnehmers bei Fehlen einer Erlaubnisnorm hier soweit erkennbar nicht besteht und die nicht durch Erlaubnisvorschriften erfassten Konstellationen insofern durch § 28 BDSG ganz überwiegend erfasst sind.

b. Pflicht/Obliegenheit zur Preisgabe gesundheitlicher Daten nach § 84 Abs. 2 SGB IX?

§ 84 Abs. 2 SGB IX selbst ist **keine Rechtsvorschrift**, die den Arbeitnehmer ausdrücklich **zur Preisgabe gesundheitlicher Daten verpflichtet** oder eine entsprechende Obliegenheit begründet.

Angesichts gänzlich fehlender Anhaltspunkte im Wortlaut wäre dies **allenfalls zu erwägen**, wenn eine **Mitwirkung am BEM selbst eine Pflicht oder aber zumindest eine**

Obliegenheit des Arbeitnehmers wäre. Dann könnte gegebenenfalls gefolgert werden, dass zur Erfüllung dieser Pflicht / Obliegenheit auch eine Preisgabe der im Zusammenhang mit dem BEM stehenden gesundheitsbezogenen Daten gehört.

Es besteht indes **weitestgehend Einigkeit**, dass den von längerer/häufiger AU Betroffenen Arbeitnehmer **keine Pflicht zur Mitwirkung** am BEM trifft. Der Wortlaut der Vorschrift („mit Zustimmung des Beschäftigten“) spricht eindeutig dagegen (vgl. auch *Wolf*, Diskussionsbeitrag B 1-2008 in diesem Forum).

Die bislang dagegen vorgebrachten Argumente der Mindermeinung (*Wetzling/Habel*, NZA 2007, S. 1129 - 1135, 1130f.) vermögen angesichts des klaren Normtextes nicht im Ansatz zu überzeugen. **Weder** die aus der allgemeinen arbeitsrechtlichen Treuepflicht abgeleitete **Schadensminderungspflicht** des Arbeitnehmers **noch die allgemeine arbeitsvertragliche Rücksichtnahmepflicht können als Begründung dienen**. Denn beides sind aus allgemeinen Erwägungen abgeleitete Konstrukte, denen lediglich eine Auffangfunktion zur Regelung der Sachverhalte zukommen kann, die durch gesetzliche Normen nicht erfasst sind. Allenfalls bei Unklarheiten gesetzlicher Regelungen sind diese allgemeinen Pflichten ergänzend heranzuziehen. Für den Fall längerer/häufigerer AU hat der Gesetzgeber mit § 84 Abs. 2 SGB IX eine Regelung getroffen, die zumindest in Bezug auf die Frage des Regelungsadressaten keine Zweifel lässt. Allein den Arbeitgeber trifft die Pflicht zum Tätigwerden, er darf dies nur mit Zustimmung des Arbeitnehmers. Eine Pflicht zu dieser Zustimmung ist nun gerade nicht geregelt. Sie würde auch dem in § 1 SGB IX verankerten Selbstbestimmungsrecht widersprechen. Diesen klaren Normenbefund vermögen die genannten allgemeinen Pflichtenkomplexe nicht zu ändern. Aus Ihnen eine **Mitwirkungspflicht am BEM** herzuleiten, hieße, **das Verhältnis zwischen klarer spezialgesetzlicher Regelung und allgemeinen Rechtsgrundsätzen auf den Kopf zu stellen**.

Auch eine Obliegenheit zur Mitwirkung am BEM und somit eventuell mittelbar zur Preisgabe gesundheitlicher Daten ist gegenwärtig nicht erkennbar (vgl. dazu *Wolf*, Diskussionsforum Teilhabe und Prävention, www.iqpr.de, Forum B, Beitrag Nr. 5/2008).

Da also weder Pflicht noch Obliegenheit des Arbeitnehmers zur Mitwirkung am BEM bestehen, geht auch die für diesen Fall zumindest theoretisch denkbare Erwägung, als Annex zu dieser könnte eine Pflicht bzw. Obliegenheit des Arbeitnehmers zur Preisgabe gesundheitsbezogener Daten aus § 84 Abs. 2 SGB IX hergeleitet werden, letztlich ins Leere. Somit kann § 84 Abs. 2 SGB IX vom Arbeitgeber nicht als Grund dafür herangezogen werden, vom Arbeitnehmer die Preisgabe gesundheitlicher Daten zu verlangen oder unter in-Aussicht-Stellung negativer Konsequenzen nahezulegen.

Allerdings kann sich das **BEM häufig vor dem Hintergrund konkreter Sachverhalte** abspielen, in denen **aufgrund anderer Vorschriften und Rechtsbeziehungen Offenbarungspflichten oder -obliegenheiten des Arbeitnehmers bzw. Datenerhebungs- und Verarbeitungsrechte oder gar Pflichten des Arbeitgebers** bestehen. Diese gründen dann allerdings allein auf diesen anderen Regelungen bzw. Rechtsverhältnissen und nicht auf § 84 Abs. 2 SGB IX. Insoweit ist das BEM allenfalls der Anlass, sich mit diesen aus anderen Gründen bestehenden Pflichten/Obliegenheiten bzw. Rechten genauer zu befassen (vgl. dazu 4. in der Fortsetzung dieses Beitrags).

Ihre Meinung zu diesem Diskussionsbeitrag ist von großem Interesse für uns. Wir freuen uns auf Ihren Beitrag.
