

# Schwerbehindertenvertretung und Datenschutz

von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Die Schwerbehindertenvertretung hat nach § 178 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB IX die Aufgabe, darüber zu wachen, dass die zugunsten der schwerbehinderten Menschen geltenden Gesetze eingehalten und durchgeführt werden. Nimmt sie dies ernst, so erfährt sie zahlreiche gesundheitsbezogene Daten. Als Beispiel mag das Eingliederungsmanagement stehen, soweit es sich auf eine schwerbehinderte Person bezieht. Geht es um eine behinderungsgerechte Einrichtung von Arbeitsplätzen nach § 164 Abs. 4 SGB IX, so setzt eine sinnvolle Entscheidung gleichfalls voraus, die Art der Behinderung zu kennen. Unterstützt die Schwerbehindertenvertretung (SBV) nach § 178 Abs. 1 Satz 3 SGB IX einen Antrag auf Feststellung einer Behinderung, so lässt sich dies gleichfalls nur unter Rückgriff auf medizinische Erkenntnisse über die betroffene Person realisieren.

Gesundheitsdaten gehören zu den „besonderen Kategorien personenbezogener Daten“, die man auch als „sensitive“ oder „sensible“ Daten bezeichnet und die einen besonderen Schutz genießen. Nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO ist ihre Erhebung und Verarbeitung vom Grundsatz her generell untersagt. Art. 9 Abs. 2 DSGVO enthält jedoch zahlreiche Durchbrechungen dieses Verbots. Art. 9 Abs. 4 ermächtigt die Mitgliedstaaten, zusätzliche Bedingungen für die Verarbeitung einzuführen, die Ausnahmen also enger zu bestimmen als Art. 9 Abs. 2. Der deutsche Gesetzgeber hat von dieser Ermächtigung in Bezug auf das Beschäftigungsverhältnis Gebrauch gemacht: Nach § 26 Abs. 3 Satz 1 BDSG-neu ist die Verarbeitung sensibler Daten zulässig, „wenn sie zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht (sowie dem Recht der sozialen Sicherheit und des Sozialschutzes) erforderlich ist.“ Dabei darf allerdings kein Grund zu den Annahme bestehen, dass das schutzwürdige Interesse der betroffenen Person an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegt. § 26 Abs. 3 Satz 2 BDSG-neu lässt auch die Einwilligung der betroffenen Person als Rechtsgrundlage zu, doch muss sich diese ausdrücklich auf die sensiblen Daten beziehen und außerdem nach den Maßstäben des § 26 Abs. 2 BDSG-neu freiwillig sein.

Die genaue Tragweite des § 26 Abs. 3 Satz 1 BDSG-neu ist noch nicht geklärt. Die Formulierung ist an Art. 9 Abs. 2 Buchstabe b DSGVO angelehnt, enthält allerdings den zusätzlichen Vorbehalt zugunsten der schutzwürdigen Interessen der betroffenen Person. Art.

9 Abs. 2 Buchstabe h DSGVO spricht jedoch weiter von einem Eingriff im Interesse der „Gesundheitsvorsorge“. Diese ist – soweit sie im Zusammenhang mit der Arbeit stattfindet – an sich Teil des Arbeitsrechts, doch betont der Regierungsentwurf des BDSG-neu, insoweit müsse auf § 22 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b BDSG-neu zurückgegriffen werden.<sup>1</sup> Im Ergebnis dürfte dies keinen Unterschied ausmachen.

Die Tatsache, dass der nationale Gesetzgeber die Verarbeitungsmöglichkeiten nur beschränken, nicht aber erweitern kann, macht die Rechtsanwendung nicht einfacher: Die allgemeine Formel von den Rechten und Pflichten aus dem Arbeitsrecht kann nur Anwendung finden, wenn keine der Ermächtigungen des Art. 9 Abs. 2 DSGVO überschritten ist. Wer sicher gehen will, muss daher beide Ermächtigungsgrundlagen als Maßstab heranzuziehen.

Welche konkreten Daten gewinnt nun die SBV und wie muss sie mit ihnen umgehen?  
Beginnen wir mit der eingangs genannten Überwachungsfunktion.

### **Verarbeitungsmöglichkeiten: Arbeitsschutz**

Das Arbeitsschutzgesetz und andere arbeitsschutzrechtliche Normen verpflichten den Arbeitgeber zu Maßnahmen, die nur auf der Grundlage bestimmter Beschäftigtendaten getroffen werden können. Dies gilt etwa für die ergonomische Ausgestaltung des Arbeitsplatzes, die die Körpergröße und sonstige physische Eigenheiten des dort tätigen Menschen berücksichtigen muss. Stehen dem Arbeitgeber verschiedene Umsetzungsmöglichkeiten zur Verfügung, so ist eine Abwägung zwischen den Interessen beider Seiten vorzunehmen. In der Regel wird das arbeitsschutzrechtlich wirksamere Mittel den Eingriff in die Persönlichkeitssphäre (z.B. die Ermittlung der Körpergröße und der Armlänge) rechtfertigen.<sup>2</sup>

Das Arbeitsschutzrecht sieht in zahlreichen Fällen Vorsorgeuntersuchungen vor.<sup>3</sup> Ihnen muss sich der Einzelne unterziehen; die Erhebung und Verarbeitung der dabei anfallenden Daten ist durch Art. 9 Abs. 2 Buchst. h DSGVO und durch § 22 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b BDSG-neu gerechtfertigt. Von ihrem Gegenstand her sind sie auf »arbeitsbezogene« Faktoren beschränkt

<sup>1</sup> Abrufbar unter <https://dsgvo.expert/wp/wp-content/uploads/2017/03/BDSG-RegE-Begr%C3%BCndung-Bundesrat-Synopse.pdf> (6.3.2018)

<sup>2</sup> Eingehend zu dieser Problematik Thüsing, Ergonomie, 2014

<sup>3</sup> Überblick bei Pieper, Arbeitsschutzrecht, 6. Aufl. 2017, § 11 ArbSchG Rn. 7 ff.

und dürfen sich deshalb – genau wie Einstellungsuntersuchungen – nicht auf alle denkbaren Aspekte der Gesundheit beziehen. Geschieht dies dennoch, könnte die SBV intervenieren.

### **Sonstige ärztliche Untersuchungen**

Nach der Rechtsprechung des BAG<sup>4</sup> kann der Arbeitnehmer auch kraft Tarifvertrags oder kraft arbeitsvertraglicher Nebenpflicht zur Mitwirkung an einer ärztlichen Untersuchung verpflichtet sein. Ohne eine solche Rechtsgrundlage ist der Arbeitnehmer nicht verpflichtet, z. B. routinemäßigen Blutuntersuchungen zuzustimmen. Da tarifliche Regelungen hier eine relativ geringe Rolle spielen, kommt es entscheidend auf das Vorliegen einer arbeitsvertraglichen Nebenpflicht an. Das BAG geht zutreffend davon aus, das allgemeine Persönlichkeitsrecht schütze grundsätzlich vor der Erhebung von Befunden über den Gesundheitszustand, die seelische Verfassung und den Charakter des Arbeitnehmers.<sup>5</sup> Außerdem sei dieser regelmäßig nicht verpflichtet, Blutentnahmen zu dulden, da sie einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit darstellten.<sup>6</sup> Für die Vornahme einer derartigen Untersuchung müsse ein besonderer Anlass wie z. B. eine öfters auftretende „Fahne“ bestehen. Auch müsse sich die Untersuchung auf die Abklärung des dadurch nahegelegten Krankheitsbildes beschränken.<sup>7</sup> Irgendwelche Vermutungen, der Arbeitnehmer sei wegen gesundheitlicher Probleme nicht mehr voll in der Lage, seine Aufgaben zu erfüllen, genügen nicht. Vielmehr muss es sich um Fakten handeln, die Zweifel an der Eignung aufkommen lassen.<sup>8</sup> Die Pflicht, einen Alkohol- oder Drogentest zu dulden, ist daher auf enge Ausnahmefälle beschränkt; eine Durchleuchtung der Belegschaft »auf Verdacht«, um »schwarze Schafe« herauszufiltern, ist unzulässig.<sup>9</sup> Dem entspricht eine BAG-Entscheidung aus dem Jahre 1964, wonach sich ein Omnibusfahrer wegen seines besonders auffälligen Verhaltens im Straßenverkehr einer psychologischen Untersuchung unterziehen musste.<sup>10</sup> Zulässig ist eine Untersuchung weiter dann, wenn der Arbeitnehmer eine neue Aufgabe übernehmen soll, die mit erheblich geänderten Anforderungsprofil im Vergleich zur bisherigen verbunden ist.

---

<sup>4</sup> 12.8.1999 – 2 AZR 44/99, DB 1999, 2369 = NZA 1999, 1209.

<sup>5</sup> BAG 12.8.1999 – 2 AZR 44/99, DB 1999, 2370 = NZA 1999, 1209.

<sup>6</sup> BAG, a.a.O., auch zum Folgenden.

<sup>7</sup> Ähnlich Fitting, § 94 Rn. 16, der ein überwiegendes berechtigtes Interesse des Arbeitgebers gegenüber dem Schutz des Arbeitnehmers verlangt.

<sup>8</sup> Behrens NZA 2014, 401, 404.

<sup>9</sup> Ebenso Fitting, § 94 Rn. 24; Diller/Powietzka, NZA 2001, 1227.

<sup>10</sup> BAG 13.2.1964 – 2 AZR 286/63, AP Nr. 1 zu Art. 1 GG.

## Krankenrückkehrgespräche und BEM

Wird der Arbeitnehmer nach Ende einer krankheitsbedingten Fehlzeit zu einem „Krankenrückkehrgespräch“ gebeten, so ist zunächst das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bzw. des Personalrats zu beachten.<sup>11</sup> Fehlt es an einer betrieblichen Interessenvertretung oder hat diese zugestimmt, so wird zwar der Arbeitnehmer der Aufforderung zu einem Gespräch Folge leisten, doch trifft ihn nach Auffassung des baden-württembergischen Datenschutzbeauftragten<sup>12</sup> keine Verpflichtung, über seine Krankheit zu sprechen.<sup>13</sup> Das EFZG geht bewusst davon aus, dass der Arbeitgeber lediglich Kenntnis vom Vorliegen der Arbeitsunfähigkeit, nicht aber von deren medizinischen Gründen erhält. Schon dies spricht gegen eine Auskunftspflicht des Arbeitnehmers, die den gesetzlichen Schutz unterlaufen würde. Daneben stehen datenschutzrechtliche Bedenken: Die Preisgabe von Gesundheitsdaten ist in dieser Situation nicht zur Geltendmachung oder Abwehr von Ansprüchen erforderlich. Häufen sich Erkrankungen und steht deshalb eine Kündigung wegen Krankheit zur Debatte, gibt es allerdings eine Obliegenheit des Arbeitnehmers, den behandelnden Arzt von der Schweigepflicht zu entbinden. Eine »Pflicht«, über die Krankheitsbilder zu berichten, besteht auch dann nicht, aber das den Streitfall entscheidende Arbeitsgericht wird im Kündigungsschutzverfahren eine negative Zukunftsprognose unterstellen, wenn der Arzt nicht von der Schweigepflicht entbunden wird.<sup>14</sup>

§ 167 Abs. 2 SGB IX sieht für alle Arbeitnehmer ein sog. betriebliches Eingliederungsmanagement vor, wenn sie im Laufe eines Jahres länger als sechs Wochen arbeitsunfähig erkrankt waren.<sup>15</sup> Dabei ist (auch) bei Schwerbehinderten unter Einschaltung der SBV zu klären, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt werden kann.<sup>16</sup> Erforderlichenfalls wird auch der Werkarzt hinzugezogen. Das Verfahren dient, wie der Schlussteil von § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX deutlich macht, der Erhaltung des Arbeitsplatzes.

---

<sup>11</sup> Vgl. Schaub-Koch, Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Aufl. 2017, § 235 Rn. 32.

<sup>12</sup> 18. TB, S. 87; ebenso der 30. TB, s. die Mitteilung in RDV 2013, 29.

<sup>13</sup> Ebenso Gola ZD 2013, 379, 380.

<sup>14</sup> LAG Berlin 27.11.1989 – 9 Sa 82/89, DB 1990, 1621 m.w.N.; Deinert, in: Däubler/Deinert/Zwanziger (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht, 10. Aufl. 2017, § 1 KSchG Rn. 154.

<sup>15</sup> Dabei handelt es sich nicht um das Kalenderjahr; vielmehr muss von der aktuellen Erkrankung an ein Jahr zurückgerechnet werden – s. die Nachweise bei Deinert, in: Däubler/Deinert/Zwanziger (Hrsg.), § 84 SGB IX Rn. 19

<sup>16</sup> Zur Pflicht des Arbeitgebers, dem Betriebsrat eine Namensliste mit den Personen zu übermitteln, die durch ihre Krankheitszeiten in den Anwendungsbereich des § 167 Abs. 2 SGB IX fallen, bejahend BAG 7.2.2012 – 1 ABR 46/10, NZA 2012, 744. Zustimmend Düwell CuA 5/2013 S. 17, 24.

Der Arbeitgeber ist – wenn der Arbeitnehmer seine Zustimmung erklärt – zu seiner Durchführung verpflichtet,<sup>17</sup> wobei bestimmte Verfahrensschritte als Minimum geboten sind.<sup>18</sup>

Trotz dieser Zielsetzung wird die betroffene Person häufig befürchten, dass der Arbeitgeber durch das Verfahren Material erhält, um leichter wegen Krankheit kündigen zu können.<sup>19</sup> Außerdem müssen bei der Erforschung der betrieblichen und persönlichen Ursachen sehr viele sensible Daten erhoben werden. § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX macht deshalb das ganze Verfahren von der Zustimmung der betroffenen Person abhängig. Sie muss als „Einwilligung“ vor Beginn des Verfahrens vorliegen und freiwillig erteilt werden. Möglich ist, dass die betroffene Person bestimmte Daten ausschließt, beispielsweise über die Natur ihrer Erkrankung keine genauen Angaben machen will; sie kann daher mitentscheiden, welche Dinge im Verfahren aufgegriffen werden.<sup>20</sup> Sie ist Herr des Verfahrens.<sup>21</sup> Dies wird dadurch erleichtert, dass die betroffene Person nach § 167 Abs. 2 Satz 3 SGB IX auf die Ziele des Verfahrens und auf Art und Umfang der hierfür zu erhebenden Daten hinzuweisen ist. Soweit es, wie häufig, um sensitive Daten geht, muss sie insoweit eine weitere Einwilligung geben. Bei den Gesprächen kann sie nach § 82 Abs. 2 Satz 2 BetrVG die Schwerbehindertenvertretung und ein Betriebsratsmitglied ihres Vertrauens hinzuziehen; häufig wird auch die Teilnahme eines Rechtsanwalts oder eines Gewerkschaftssekretärs von Nutzen sein.

Die Einwilligung in das BEM kann nach Art. 7 Abs. 3 DSGVO jederzeit widerrufen werden. Damit ist das Eingliederungsverfahren beendet. Bereits erhobene Daten sind zu löschen, weil der mit ihnen verfolgte Zweck weggefallen ist.<sup>22</sup>

### **Umgang der SBV mit den erhaltenen sensitiven Daten**

Bei den hier geschilderten Vorgängen wie auch erst recht dann, wenn eine Person beim Antrag auf Anerkennung als schwerbehinderter Mensch unterstützt wird, erhält die SBV

<sup>17</sup> ErfK-Rolfs, 18. Aufl. 2018, § 167 SGB IX Rn. 5; Schaub-Linck § 131 Rn. 6 ff.; Joussen ZD 2013, 546.

<sup>18</sup> Dazu LAG Hessen 3.6.2013 – 21 Sa 1456/12, RDV 2014, 46, 47. Eingehend Kiper/Schierbaum CuA 12/2012 S. 25ff.

<sup>19</sup> Für Unzulässigkeit einer solchen Zweckentfremdung Winkler, in: Deinert/Welti, Behindertenrecht, Stichwortkommentar, 2014, Nr. 38 Rn. 18ff., doch ändert dies nichts an den Befürchtungen.

<sup>20</sup> Gundermann/Oberberg AuR 2007, 19; ErfK-Rolfs § 167 SGB IX Rn. 5.

<sup>21</sup> Gagel NZA 2004, 1359, 1360.

<sup>22</sup> Gundermann/Oberberg AuR 2007, 19, 23. Ebenso Art. 17 Abs. 1 Buchst. a DSGVO

zahlreiche Arbeitnehmerdaten, häufig auch solche, die sich auf den Gesundheitszustand beziehen. Hierfür gibt es eine neue Rechtsgrundlage: § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG-neu regelt nicht nur wie die Vorgängervorschrift des § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG-alt die Erhebung und Verarbeitung von Daten im Arbeitsverhältnis. Erfasst ist vielmehr auch die Datenverarbeitung „zur Ausübung oder Erfüllung der sich aus einem Gesetz...ergebenden Rechte und Pflichten der Interessenvertretung der Beschäftigten.“ Dies meint auch die SBV, die ihre Rechtsgrundlage in den §§ 177 – 180 SGB IX hat und die mit Rücksicht auf ihre Aufgabenstellung nach § 178 Abs. 1 SGB IX als „Interessenvertretung“ zu qualifizieren ist.

Nicht anders als der Arbeitgeber im Arbeitsverhältnis oder der Betriebsrat darf auch sie Beschäftigtendaten nur insoweit erheben und verarbeiten, als dies für die Erfüllung ihrer Funktion erforderlich ist. Dies gilt ohne Rücksicht auf die Art und Weise der Speicherung; § 26 Abs. 7 BDSG-neu verzichtet ausdrücklich auf die Speicherung in einem „Dateisystem“. Dies bedeutet, dass nicht nur traditionell geführte Personalakten, sondern auch handschriftliche Notizen, Anwesenheitslisten u. ä. erfasst sind.<sup>23</sup>

Die Datenverarbeitung durch den Betriebsrat unterliegt nach der Rechtsprechung des BAG nicht der Kontrolle des betrieblichen Datenschutzbeauftragten.<sup>24</sup> Da dieser trotz der ggf. erfolgenden Einschaltung des Betriebsrats nach § 99 BetrVG ein Gewährsmann des Arbeitgebers ist, soll er dem „Gegenspieler Betriebsrat“ nicht in die Karten schauen können. Nicht anders verhält es sich mit der SBV: Diese besteht gleichfalls aus Arbeitnehmervertretern, die das Recht haben, ihre Aufgaben ohne unmittelbare oder mittelbare Kontrolle durch den Arbeitgeber zu erfüllen. Auch hier hat der Datenschutzbeauftragte keinen Zugriff.

Dies bedeutet aber nicht, dass Betriebsrat und SBV in einem rechtsfreien Raum tätig sein könnten. Auch sie müssen das Datenschutzrecht beachten und sind deshalb beispielsweise daran gehindert, Informationen in ein gerichtliches Verfahren einzubringen, die unter Verstoß gegen Datenschutzrecht erlangt wurden.<sup>25</sup> Auch sie unterliegen der Kontrolle durch die Aufsichtsbehörde und müssen sich deshalb bemühen, den neuen Anforderungen Rechnung zu tragen, die ab 25. Mai 2018 aufgrund DSGVO und BDSG-neu auf uns alle zukommen. Drei Problemkomplexe verdienen Beachtung.

---

<sup>23</sup> Däubler, Gläserne Belegschaften, 7. Aufl. 2017, Rn. 183e

<sup>24</sup> BAG 11.11.1997 – 1 ABR 21/97, DB 1998, 627. Zustimmend Kiesche/Wilke, CuA 11/2012 S. 19

<sup>25</sup> LAG Berlin-Brandenburg 15.5.2014 – 18 TaBV 828/12, ZD 2015, 591

Zum einen geht es um die Datensicherung, die unbefugte Zugriffe durch Dritte verhindern soll. Ihre Rechtsgrundlage ist nunmehr Art. 32 DSGVO. Aus pragmatischen Gründen sollte die Schwerbehindertenvertretung darauf verzichten, insoweit ein eigenes Konzept zu entwickeln. In vielen Fällen kann sie sich nämlich an der Praxis des Betriebsarztes orientieren, der vergleichbar sensitive Daten zu schützen hat. Soweit dies nicht machbar ist, sollte sich die SBV vom betrieblichen Datenschutzbeauftragten beraten lassen. Wichtig ist insbesondere, dass die Speicherung getrennt von anderen Systemen erfolgt.

Zum zweiten stellt sich das Problem, wann auf gespeicherte Daten zurückgegriffen werden darf. Hier kommt es entscheidend darauf an, inwieweit dies für die Ausübung der Aufgaben des SBV erforderlich ist. In Zweifelsfällen ist die betroffene Person um Einwilligung zu bitten.

Dritter Punkt ist die Löschung. Daten, die nicht mehr benötigt werden, müssen nach Art. 17 Abs. 1 Buchstabe a DSGVO unverzüglich gelöscht werden. Bei arbeitsmedizinischen Daten kann dies ein sehr langer Zeitraum sein: Unfälle und toxische Substanzen können eine Langfristwirkung haben, von der aktuell noch nichts zu spüren ist. Im Ernstfall kann es dann von großer Bedeutung sein, die konkreten Umstände zu kennen, um möglicherweise einen Kausalzusammenhang nachweisen zu können. Wie sehr man hier in langen Zeiträumen denken muss, wird an einem Beispiel deutlich. Als die Werft Bremer Vulkan AG aufgelöst wurde, wurden alle Daten, die sich auf gesundheitliche Belastungen am Arbeitsplatz bezogen, einem Treuhänder übergeben, der sie bis auf weiteres aufbewahren sollte: Nur dann konnte man auch später Erkrankungshäufigkeiten feststellen, die möglicherweise auf der Arbeit beruhten.<sup>26</sup> Entsprechende Überlegungen sollte auch die SBV anstellen.

---

<sup>26</sup> Näher Däubler, Gläserne Belegschaften, Rn. 489g.