

## **Datenschutz und Arbeitsschutz**

Der Beschäftigtendatenschutz ist ein Gebiet, das sich großer Aufmerksamkeit erfreut. Fast jedes denkbare Problem ist irgendwo angesprochen. Allerdings gibt es eine Ausnahme: Was datenschutzrechtlich im Arbeitsschutz zulässig ist, scheint nur wenig erörtert zu werden. Welche Ursachen dafür maßgebend sind und wann das Datenschutzrecht doch zur Wirkung kommt, soll im Folgenden behandelt werden.

Von **Wolfgang Däubler**

Unser Arbeitsschutz steht in einer bestimmten Tradition: Es geht in erster Linie um die Abwehr von gesundheitlichen Gefahren, die von der Technik ausgehen. Entstanden im Zeitalter der Industrialisierung, enthält das Arbeitsschutzrecht auch heute noch zahlreiche Vorschriften, denen dieser Zweck auf der Stirn geschrieben steht. Dies gilt etwa für die sog. Produktsicherheit,<sup>1</sup> wonach nur solche Produkte auf den Markt gebracht werden dürfen, durch die keine Gefahr für andere Menschen entsteht – eine präventiv wirkende Norm, die nicht anders als das Arbeitsschutzgesetz<sup>2</sup> die menschliche Gesundheit vor möglichen Beeinträchtigungen bewahren will. Konkretere Normen finden sich in Ausführungsverordnungen, wofür die Arbeitsstätten-Verordnung<sup>3</sup> als Beispiel stehen mag. Dort gibt es etwa einen Abschnitt „Maßnahmen zum Schutz vor besonderen Gefahren“<sup>4</sup>, die sich beispielsweise durch einen Sturz, durch Brand und blockierte Notausgänge sowie durch übermäßigen Lärm ergeben können. Die Gefahrstoff-Verordnung<sup>5</sup> regelt im Einzelnen, wie das Austreten von Schadstoffen und der Kontakt mit ihnen verhindert oder höchstens bis zu einem bestimmten Grenzwert hingenommen werden darf.

Bei allen diesen und bei vergleichbaren anderen Normen fallen keine personenbezogenen Daten an. Es geht um standardisierte Regeln, die auf den generellen Schutzbedarf aller Personen abstellen, die sich im Arbeitsprozess befinden. Besonders empfindliche oder

---

<sup>1</sup> Produktsicherheitsgesetz v. 8. November 2011, BGBl I S. 2178.

<sup>2</sup> v. 7. August 1996, BGBl I S. 1246

<sup>3</sup> v. 12. August 2004 (BGBl I S. 2179), zuletzt geändert durch Verordnung vom 18. Oktober 2017 (BGBl I S. 3584)

<sup>4</sup> Anhang Ziffer 2.

<sup>5</sup> v. 26. November 2010, BGBl I S. 1643

besonders robuste Personen spielen keine Rolle. In der Literatur ist deshalb auch von einem „kollektiven“ Arbeitsschutz die Rede,<sup>6</sup> was allerdings die Fehlvorstellung nahelegt, es handle sich um gemeinsam erreichtes, evtl. sogar erkämpftes Recht und nicht um Bestimmungen, die vom Staat oder von den Unfallversicherungsträgern erlassen wurden.

## **Die Individualisierung im Arbeitsschutz**

Die Entwicklung der letzten Jahrzehnte ist dadurch geprägt, dass immer stärker auf die Situation des Einzelnen abgestellt wird. Im Gesetz selbst ist dies nur ausnahmsweise sichtbar. Ein Beispiel dafür ist § 7 ArbSchG; danach hat der Arbeitgeber bei der Übertragung von Aufgaben auf Beschäftigte zu berücksichtigen, „ob diese befähigt sind, die für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz bei der Aufgabenerfüllung zu beachtenden Bestimmungen und Maßnahmen einzuhalten.“ Sehr viel häufiger ergibt es sich aus der Natur der Sache, so wenn es z. B. um die ergonomische Einrichtung von Bildschirmarbeitsplätzen geht, bei der notwendigerweise neben der Körpergröße eine Reihe weiterer persönlicher Merkmale zugrunde gelegt werden müssen.<sup>7</sup> Auch leuchtet es ein, dass Menschen mit einem Herzschrittmacher bei einer Arbeit in elektromagnetischen Feldern nicht gut aufgehoben sind. Die einschlägige Verordnung<sup>8</sup> würde sie unter die „besonders schutzbedürftigen Personen“ einreihen,<sup>9</sup> die nur an anderen Arbeitsplätzen beschäftigt werden können.

Das Abstellen auf den Schutzbedarf im Einzelfall liegt dann besonders nahe, wenn es um die Pflicht des Arbeitgebers aus § 618 BGB geht, Leben und Gesundheit der Arbeitnehmer zu schützen. Sie beziehen sich nicht nur auf das Arbeitsschutzrecht und übernehmen dessen Gebote in das Arbeitsverhältnis.<sup>10</sup> Vielmehr ist der Arbeitgeber auch verpflichtet, auf die besondere Krankheitsanfälligkeit eines Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen und ihm eine Arbeit zuzuteilen, bei der dies nicht (oder weniger) zur Geltung kommt.<sup>11</sup>

Die Individualisierung des Arbeitsschutzes wird noch deutlicher, wenn man nicht die inhaltlichen Schutzvorschriften als solche, sondern die Verfahrensvorschriften betrachtet,

---

<sup>6</sup> Vgl. Thüsing, Ergonomie im Spannungsfeld von Arbeits-, Daten- und Diskriminierungsschutz, Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin (Hrsg.), Dortmund/Berlin/Dresden 2014, S. 21

<sup>7</sup> Dazu Thüsing, a.a.O., S. 18.

<sup>8</sup> Arbeitsschutzverordnung zu elektromagnetischen Feldern – EMFV v. 15. November 2016, BGBl. I S. 2531, abgedruckt auch bei Pieper, Arbeitsschutzrecht. Kommentar für die Praxis, 6. Aufl. 2017, Anhang (S. 1219 ff.).

<sup>9</sup> Vgl. § 19 Abs. 1 Satz 3 Nr. 9 der Verordnung in Bezug auf Informationspflichten

<sup>10</sup> BAG, 12. August 2008 – 9 AZR 1117/06, NZA 2009, 102.

<sup>11</sup> Wank, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Aufl., 2019, § 618 BGB Rn. 13

durch die ein Schutzbedarf ermittelt werden soll. Bei Krankenrückkehrgesprächen, beim Betrieblichen Eingliederungsmanagement nach § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX und bei der Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG und nach anderen Vorschriften fallen typischerweise personenbezogene Daten an, deren Erhebung und Verarbeitung einer Rechtsgrundlage bedarf.<sup>12</sup>

### **Allgemeine Beschäftigtendaten und sensitive Daten**

Soweit es bei der Einrichtung eines Bildschirmarbeitsplatzes um allgemeine Angaben wie Körpergröße und Armlänge geht, liegt kein „sensitive“ Datum im Sinne des Art. 9 Abs. 1 DSGVO vor.<sup>13</sup> Erhebung und Verarbeitung sind daher im Rahmen des § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG zulässig, soweit sie – was regelmäßig der Fall sein wird - der Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses dienen, da zu diesem auch ein wirksamer Gesundheitsschutz gehört.<sup>14</sup> Sie müssen hierfür „erforderlich“ sein, so dass keine beliebigen Details ermittelt und gespeichert werden dürfen.

In den anderen Fällen, insbesondere bei den genannten Verfahren, geht es in erster Linie um Gesundheitsdaten, zu denen u. a. auch Fehlzeiten wegen Arbeitsunfähigkeit gehören. Sie sind sensitive Daten und fallen deshalb unter Art. 9 Abs. 1 DSGVO. Soweit ihre Erhebung und Verarbeitung zur Erfüllung arbeitsschutzrechtlicher Pflichten des Arbeitgebers erforderlich ist, findet sich hierfür eine Rechtsgrundlage in Art. 9 Abs. 2 Buchst. b DSGVO sowie in § 26 Abs. 3 BDSG. Wer in einem Bereich arbeiten muss, wo den Kunden das Rauchen gestattet ist,<sup>15</sup> kann durchaus danach gefragt werden, ob er Rauch verträgt oder insoweit besondere Probleme hat. Wer in elektromagnetischen Feldern arbeiten muss, kann nach einem Herzschrittmacher gefragt werden.

Die eigentlichen Datenschutzprobleme ergeben sich, wenn über ein bestimmtes Verfahren ein besonderer Schutzbedarf ermittelt werden soll.

---

<sup>12</sup> Überblick bei Kiesche CuA 7-8/2015 S. 10 ff.

<sup>13</sup> So wohl auch Thüsing, a.a.O., S. 47 ff.

<sup>14</sup> Däubler, Gläserne Belegschaften, 8. Aufl. 2019, Rn. 272a.

<sup>15</sup> Dies ist mit Rücksicht auf § 5 Abs. 2 ArbStättV durchaus denkbar. S. den Fall einer Spielbank: BAG 10.5.2015 – 9 AZR 347/15, NZA 2016, 1134 = Gute Arbeit 7-8/2016 S. 51.

## **Krankenrückkehrgespräche**

Wird der Arbeitnehmer nach Ende einer krankheitsbedingten Fehlzeit zu einem sog. Krankenrückkehrgespräch gebeten, so ist zunächst das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats zu beachten. Es ergibt sich in Bezug auf das Arbeitnehmerverhalten aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG;<sup>16</sup> soweit generell nach bestimmten Umständen am Arbeitsplatz oder im Umfeld gefragt wird, ist auch § 94 BetrVG anwendbar. Fehlt es an einer betrieblichen Interessenvertretung oder hat diese zugestimmt, so muss der Arbeitnehmer der Aufforderung zu einem Gespräch grundsätzlich Folge leisten. Nach zutreffender Auffassung des baden-württembergischen Datenschutzbeauftragten<sup>17</sup> ist er jedoch nicht verpflichtet, über seine Krankheit zu sprechen. Das Entgeltfortzahlungsgesetz 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 oder zur Erfüllung arbeitsrechtlicher Pflichten erforderlich (so die Voraussetzungen in Art. 9 Abs. 2 Buchst. b DSGVO und § 26 Abs. 3 BDSG). Ob Krankenrückkehrgespräche neben dem Betrieblichen Eingliederungsmanagement (BEM) noch zulässig sind, wird unterschiedlich beurteilt,<sup>18</sup> doch kann es letztlich dahinstehen, da sie in der Praxis gegenüber dem BEM stark in den Hintergrund getreten sind. Dies mag damit zusammen hängen, dass die Mitbestimmungsrechte beim BEM von der Rechtsprechung eher minimalisierend bestimmt werden, so dass der Arbeitgeber dort die geringeren Hindernisse sieht.

## **Betriebliches Eingliederungsmanagement**

§ 167 Abs. 2 SGB IX sieht für alle Arbeitnehmer, auch für solche in Kleinbetrieben, ein betriebliches Eingliederungsmanagement vor, wenn sie im Laufe eines Jahres länger als sechs Wochen arbeitsunfähig erkrankt waren. Dabei geht es nicht um das Kalenderjahr; vielmehr muss vom Ende der aktuellen Erkrankung an ein Jahr zurückgerechnet werden. Dabei ist zusammen mit dem Betriebsrat, dem Personalrat und bei Schwerbehinderten unter Einschaltung der Schwerbehindertenvertretung zu klären, wie die Arbeitsunfähigkeit

---

<sup>16</sup> BAG 8.11.1994 – 1 ABR 22/94, AuR 1995, 279 = NZA 1995, 857

<sup>17</sup> 18. Tätigkeitsbericht, S. 67; ebenso 30. Tätigkeitsbericht, dazu RDV 2013, 29.

<sup>18</sup> Für Unverhältnismäßigkeit Kiesche, AiB 2011, 619 ff.

möglichst überwunden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt werden kann. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, dem Betriebsrat eine Liste mit den Namen der Arbeitnehmer zu übermitteln, die diese Voraussetzung erfüllen.<sup>19</sup> Bei Bedarf wird auch der Werksarzt hinzu gezogen. Der Arbeitgeber muss von sich aus aktiv werden<sup>20</sup> und ist zur Durchführung dieses „Klärungsverfahrens“ verpflichtet, wenn der Arbeitnehmer seine Zustimmung erteilt. Inhaltlich geht es um einen „kooperativen Suchprozess“ für eine Verbesserung des Status quo.<sup>21</sup>

Trotz dieser Zielsetzung wird der Betroffene häufig befürchten, dass die erhobenen Daten die Vorbereitung einer krankheitsbedingten Kündigung erleichtern könnten.<sup>22</sup> Außerdem müssen bei der Erforschung der betrieblichen und persönlichen Ursachen sehr viele sensible Daten, insbesondere über den Gesundheitszustand, aber auch über die Beziehungen zu Arbeitskollegen und Vorgesetzten erhoben werden. § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX sieht deshalb vor, dass das ganze Verfahren von der Zustimmung des Betroffenen abhängt. Sie ist der entscheidende Hebel, um Nachteile für den Betroffenen zu vermeiden. Die Verweigerung der Einwilligung darf ihrerseits keine Schlechterstellung zur Folge haben.<sup>23</sup> Da die Einwilligung nach Art. 7 Abs. 3 Satz 1 DSGVO zu jedem Zeitpunkt ohne besondere Gründe widerruflich ist,<sup>24</sup> kann der Betroffene im Laufe des Verfahrens jederzeit bestimmte Daten von der Kenntnisnahme durch die Beteiligten ausschließen. Er kann z. B. festlegen, dass die Natur seiner Erkrankung nicht zur Sprache kommen darf und deshalb keine Rolle spielen kann. Der Betroffene ist so Herr des Verfahrens<sup>25</sup> und kann sich außerdem durch ein Betriebsratsmitglied (oder auch andere Personen) beraten lassen. Die Bedeutung des Datenschutzrechts im Gesamtverfahren ist insoweit evident.

## **Gefährdungsbeurteilung**

Nach § 5 Abs. 1 ArbSchG hat der Arbeitgeber mit Hilfe der Gefährdungsbeurteilung festzustellen, welche Maßnahmen des Arbeitsschutzes an einzelnen Arbeitsplätzen oder bei einer Gruppe gleichartiger Arbeitsplätze vorzunehmen sind. Das Gesetz zählt in § 5 Abs. 3

---

<sup>19</sup> BAG 7.2.2012 – 1 ABR 46/10, NZA 2012, 744. Zustimmend Düwell, CuA 5/2013 S. 17, 24.

<sup>20</sup> BAG 13.5.2015 – 2 AZR 565/14, NZA 2015, 1249.

<sup>21</sup> BAG 10.12.2009 – 2 AZR 400/08, NZA 2010, 398.

<sup>22</sup> Für Unzulässigkeit einer solchen Zweckentfremdung T. Beck NZA 2017, 81, 85; Winkler, in: Deinert/Welti (Hrsg.), Behindertenrecht. Stichwortkommentar, 2. Aufl. 2018, Nr. 40 Rn. 18 ff.

<sup>23</sup> Winkler, aaO, Nr. 40 Rn. 19

<sup>24</sup> Einzelheiten bei Däubler, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-Datenschutz-Grundverordnung und BDSG-neu. Kompaktkommentar, 2018, Art. 7 DSGVO Rn. 46 ff.

<sup>25</sup> Gagel, NZA 2004, 1359, 1360.

ArbSchG beispielhaft die zu ermittelnden Risikofaktoren auf, zu denen seit 2013 als Nr. 6 auch „psychische Belastungen bei der Arbeit“ gehören. In der Literatur wird betont, man könne und solle die wichtigsten Krankmacher ermitteln: „zu wenig Handlungsspielraum, fehlender Sinn bei der Arbeit, fehlende Transparenz, mangelnde Wertschätzung“<sup>26</sup>. Auch die Softwareergonomie ist einzubeziehen.<sup>27</sup> Zu den zu untersuchenden Auswirkungen der Arbeitsorganisation und der Arbeitsabläufe gehören auch Stress und andere psychische Drucksituationen, die sich negativ auf die Gesundheit auswirken können.

Als Methoden haben sich vor allem standardisierte Mitarbeiterbefragungen sowie Beobachtungsinterviews, die Analyse von Dokumenten sowie moderierte Analyseworkshops herausgebildet.<sup>28</sup> Dabei fallen personenbezogene Daten über den Inhaber des Arbeitsplatzes an, aber auch über Arbeitskollegen und Vorgesetzte, sobald es um deren Verhalten geht. Ähnlich wie beim Eingliederungsmanagement ist auch hier auf strikte Zweckbindung zu achten, so dass die erhobenen Daten z. B. nicht zur Leistungskontrolle verwendet werden dürfen. Auch ist dafür zu sorgen, dass der Personenbezug beseitigt wird, sobald auch anonymisierte Daten für Zwecke des Arbeitsschutzes genügen. Diese Situation kann schnell eintreten, muss es aber nicht: Ergibt sich etwa, dass ein Arbeitnehmer von seinem Vorgesetzten regelmäßig schikaniert wird, ist der Personenbezug so lange aufrecht zu erhalten, bis eine Lösung gefunden und eine der beiden beteiligten Personen versetzt ist.

## **Fazit**

Der Datenschutz ist überall dort von entscheidender Bedeutung, wo es um die Situation des einzelnen Menschen und die ihm drohenden Gefährdungen geht. Mit der Digitalisierung verstärkt sich dies. Als Beispiel mag der Einsatz von Wearables<sup>29</sup> wie „smart watches“ dienen, die Körperfunktionen wie Herzfrequenz und Blutdruck erfassen. Insoweit wird der Arbeitsschutz in der Zukunft nicht mehr ohne konsequent beachteten Datenschutz möglich sein.

---

<sup>26</sup> Kastner, Die Mitbestimmung, Heft 12/2013

<sup>27</sup> Martin, CuA 3/2014 S. 4 ff.

<sup>28</sup> Balikcioglu, NZA 2015, 1424. 1426.

<sup>29</sup> Dazu Weichert, NZA 2017, 565; Däubler, Digitalisierung und Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2018, § 10 Rn. 15 ff.