UNIVERSITÄT AUGSBURG
Universitätsbibliothek

OPEN ACCESS
OPUS AUGSBURG

Schutz besonders sensibler Daten

Benedikt Buchner, Tim Sperlich

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Buchner, Benedikt, and Tim Sperlich. 2018. “Schutz besonders sensibler Daten.” *Arbeitsrecht im Betrieb (AiB) EXTRA* 2018 (August): 56–59.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:
Deutsches Urheberrecht
Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:
https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/

Schutz besonders sensibler Daten

GESUNDHEITSDATEN *Die DSGVO überantwortet den Schutz besonders sensibler Daten im Arbeitsverhältnis weitestgehend dem nationalen Gesetzgeber. Die Umsetzung des Regelungsauftrags schafft indes keine Rechtssicherheit, vielmehr wirft sie eine Reihe neuer Fragen auf.*

VON **BENEDIKT BUCHNER** UND **TIM SPERLICH**

DARUM GEHT ES

1. DSGVO und BDSG 2018 bilden künftig den gemeinsamen Rechtsrahmen für die Verarbeitung besonders schutzwürdiger Beschäftigtendaten.

2. Die Einwilligung ist und bleibt eine zentrale Legitimationsgrundlage für die Verarbeitung von Gesundheitsdaten.

3. Die datenschutzrechtliche Maxime einer freiwilligen Einwilligung ist mit der arbeitsvertraglichen Realität oftmals nur schwer vereinbar.

Die Frage, ob das Datenschutzrecht abstrakt nach mehr und weniger schutzbedürftigen Daten differenzieren soll, ist immer wieder kontrovers diskutiert worden. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits in seinem Volkszählungsurteil betont, dass je nach Kontext der Datenverarbeitung auch ein für sich gesehen »belangloses« Datum einen neuen Stellenwert bekommen kann und es unter den Bedingungen der automatischen Datenverarbeitung keine belanglosen Daten mehr gibt. Gute Gründe sprechen daher dafür, die Schutzwürdigkeit personenbezogener Daten gerade nicht abstrakt, sondern stattdessen stets nur in Bezug auf den jeweiligen Verwendungszweck zu beurteilen. Dessen ungeachtet ist jedoch auch die europäische Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), wie schon die Vorgänger-Richtlinie, von der Idee geprägt, dass es bestimmte Kategorien personenbezogener Daten gibt, die »besonders sensibel« sind und die deshalb auch einen »besonderen Schutz [verdienen]« (Erwägungsgrund (ErwGr) 51 der DSGVO). Diese Differenzierung nach mehr oder weniger schutzwürdigen Daten gilt auch für den Beschäftigtendatenschutz. Welche Vorgaben hier künftig unter DSGVO und BDSG 2018 für die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten gelten werden, soll im Folgenden überblicksartig dargestellt werden.

Daten über den Gesundheitszustand eines Menschen sind besonders sensible Daten.

DSGVO und BDSG 2018: Alles neu im Datenschutzrecht?

Seit dem 25.5.2018 gilt für den Schutz personenbezogener Daten die DSGVO, ergänzt um ein neues BDSG und eine Vielzahl von bereichsspezifischen Datenschutzvorschriften. Immer wieder ist in diesem Zusammenhang vom »Beginn einer neuen Zeitrechnung« zu lesen, die den Datenschutz künftig prägen soll. In mancherlei Hinsicht trifft dies sicherlich zu, insbesondere was die Durchsetzungskraft des neuen Datenschutzrechts angeht. Verwiesen sei hier nur auf die Bußgeldnorm des Art. 83 DSGVO, die künftig Geldbußen in Millionen- und – je nach Unternehmensgröße – sogar in Milliardenhöhe ermöglichen wird. Was hingegen die materiell-rechtlichen Neuerungen beim Beschäftigtendatenschutz angeht, sind die Neuerungen, die mit DSGVO und BDSG 2018 einhergehen, eher überschaubar – egal, ob es um die Verarbeitung normaler oder be-

sonders sensibler Beschäftigtendaten geht. Auch beim Beschäftigtendatenschutz präsentiert sich die DSGVO als »atypisches Hybrid«[1] aus Verordnung und Richtlinie, das mittels zahlreicher Öffnungsklauseln den Mitgliedstaaten die Befugnis einräumt, im nationalen Recht weitere Regelungen zum Datenschutz zu treffen. Konkret für den Beschäftigtendatenschutz räumt die Öffnungsklausel des Art. 88 DSGVO den Mitgliedstaaten die Befugnis ein, »spezifischere Vorschriften zur Gewährleistung des Schutzes der Rechte und Freiheiten hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext« zu normieren. Und auch die Regulierung der Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten (wie etwa Gesundheitsdaten) hat die DSGVO in weitem Umfang dem nationalen Gesetzgeber überantwortet. Art. 9 Abs. 2 DSGVO, dessen Regelungsgegenstand die Zulässigkeit einer Verarbeitung von besonders schutzwürdigen Daten ist, sieht für viele und ganz zentrale Bereiche der Datenverarbeitung (insbesondere für den Arbeits-, Sozial- und Gesundheitsbereich) vor, dass insoweit in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen konkretisierende Regelungen getroffen werden (s. Art. 9 Abs. 2 lit. b, g, h, i, j DSGVO).

Bei einem Blick auf die Regelungen des BDSG 2018 kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass der deutsche Gesetzgeber mit dem durch die DSGVO eröffneten Regelungsspielraum nicht sonderlich viel anzufangen wusste. Von der Öffnungsklausel des Art. 88 DSGVO zum Beschäftigtendatenschutz hat der Bundesgesetzgeber dergestalt Gebrauch gemacht, dass die bisherige Regelung des § 32 BDSG a.F. zum Beschäftigtendatenschutz weitestgehend inhaltsgleich in die neue Regelung des § 26 BDSG 2018 überführt wurde. Und auch die neuen BDSG-Regelungen zur Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten muten nicht sonderlich innovativ an. An sich liegt den in Art. 9 Abs. 2 DSGVO normierten Öffnungsklauseln die Idee zugrunde, dass in der DSGVO der grundsätzliche datenschutzrechtliche Regelungsrahmen gezogen wird und darauf aufbauend dann im nationalen Recht die Regelungen weiter konkretisiert werden. Demgegenüber beschränkt sich jedoch der deutsche Gesetzgeber im neuen BDSG weitestgehend darauf, in § 22 Abs. 1 und § 26 Abs. 3 BDSG 2018 für den Arbeitsbereich die sehr allgemeinen Vorgaben des Art. 9 Abs. 2 DSGVO zu übernehmen.

Die Hoffnung, dass der Gesetzgeber hierzulande die DSGVO zum Anlass nimmt, das bisherige »Regelungswirrwarr«[2] beim Schutz besonders sensibler Daten aufzulösen und in einen konsistenteren und transparenteren Regelungsrahmen zu überführen, hat sich somit bislang nicht erfüllt. Im Gegenteil: Es steht zu befürchten, dass unter der DSGVO die Rechtsanwendung künftig nochmals komplizierter wird, da mit der DSGVO noch eine weitere Regelungsebene hinzutritt und in vielerlei Hinsicht ungeklärt ist, wie das Zusammenspiel zwischen DSGVO und nationalem Recht zukünftig aussehen wird.

Der Regelungsrahmen für die Verarbeitung besonders sensibler Daten

Art. 9 DSGVO, § 26 (insbes. Abs. 3) und § 22 BDSG 2018 regeln künftig den Beschäftigtendatenschutz im Fall der Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten. Ausgangspunkt ist Art. 9 DSGVO als zentrale Norm der DSGVO für die Verarbeitung sensitiver Daten. Art. 9 Abs. 1 DSGVO normiert ein grundsätzliches Verbot der Verarbeitung sensitiver Daten, wiederholt dem Grunde nach also lediglich das auch ansonsten im Datenschutzrecht geltende Verbotsprinzip (mit Erlaubnisvorbehalt). Der normative Aussagegehalt von Art. 9 Abs. 1 DSGVO beschränkt sich damit im Ergebnis auf eine Aufzählung der verschiedenen »Kategorien« besonders schutzwürdiger Daten.[3] Dazu gehören dann auch – ebenso wie schon unter der Richtlinie – die Gesundheitsdaten, definiert in Art. 4 Nr. 15 DSGVO als personenbezogene Daten, die sich auf die körperliche oder geistige Gesundheit einer natürlichen Person, einschließlich der Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen, beziehen und aus denen Informationen über deren Gesundheitszustand hervorgehen. Auch Schwangerschaft und die Anerkennung als Schwerbehinderter sind solche Gesundheitsdaten im Sinne von Art. 4 Nr. 15 DSGVO.[4]

Art. 9 Abs. 2 DSGVO normiert dann eine Vielzahl von Ausnahmen vom Verbot der Verarbeitung sensitiver Daten, überantwortet allerdings die nähere Ausgestaltung der Anforderungen an eine zulässige Datenverarbeitung für den Bereich des Arbeitnehmerdatenschutzes weitestgehend dem nationalen Gesetzge-

1 Kühling/Martini, EuZW 2016, 448 (449).

2 Weichert, DuD 2017, 538 (542).
3 Schulz in Gola, DSGVO, 2017, Art. 9 Rn. 2.
4 Däubler, Gläserne Belegschaften?, 7. Aufl. 2017, Rn. 194.

Biometrische Daten – wie der Fingerabdruck – unterliegen einem besonderen Datenschutzstandard.

»Der Beschäftigtendatenschutz bleibt bis auf Weiteres eine der größeren Baustellen des Datenschutzrechts.«

BENEDIKT BUCHNER, TIM SPERLICH

ber. In Ausfüllung dieses Regelungsspielraums erlaubt § 26 Abs. 3 BDSG 2018 eine Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses, »wenn sie zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht, dem Recht der sozialen Sicherheit und des Sozialschutzes erforderlich ist«. Damit wiederholt § 26 Abs. 3 BDSG 2018 zunächst einmal das, was schon Art. 9 Abs. 2 lit. b DSGVO in dieser Allgemeinheit normiert, ergänzt lediglich durch die Vorgabe einer Interessenabwägung (»und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse der betroffenen Person an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegt«). Noch minimalistischer präsentiert sich der Gesetzgeber mit der Vorschrift des § 22 BDSG 2018, die den Inhalt der in Art. 9 Abs. 2 DSGVO normierten Öffnungsklauseln zum Teil fast wortgetreu wiedergibt.[5] § 22 Abs. 1 lit. b BDSG 2018 erlaubt (in Umsetzung des Art. 9 Abs. 2 lit. h DSGVO) eine Verarbeitung besonders schutzwürdiger Daten u.a. »für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit des Beschäftigten«. Ebenso soll die Datenverarbeitung zur Beurteilung der Arbeitsfähigkeit aber ausweislich der Begründung des Gesetzesentwurfs zum neuen BDSG auch unter die Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses nach § 26 Abs. 3 BDSG 2018 fallen.[6] Sonderlich durchdacht wirkt dies alles nicht.

Insbesondere: Einwilligung als Erlaubnistatbestand

So oder so wird aber auch in Zukunft in vielen Konstellationen die Verarbeitung von besonders schutzwürdigen Daten wie Gesundheitsdaten nur auf Grundlage einer Einwilligung der betroffenen Person erfolgen können. Grundsätzlich kommt der Einwilligung auch im Beschäftigungsverhältnis die Rolle eines Erlaubnistatbestands für die Verarbeitung personenbezogener Daten zu – obwohl dies im Gesetzgebungsprozess zur DSGVO keineswegs unumstritten war. So hieß es im Kommissionsentwurf zur DSGVO noch, dass aufgrund eines klaren Ungleichgewichts im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Einwilligung »keine rechtliche Handhabe für die Verarbeitung personenbezogener Daten« liefern könne (s. ErwGr 34 des Entwurfs der Kommission). In die endgültige Fassung der DSGVO hat diese Sichtweise dann allerdings keinen Eingang mehr gefunden. Vielmehr beschränkt sich stattdessen ErwGr 155 auf die Feststellung, dass das mitgliedstaatliche Recht und Kollektivvereinbarungen im Rahmen des nach Art. 88 DSGVO bestehenden Regelungsspielraums insbesondere auch »Vorschriften über die Bedingungen, unter denen personenbezogene Daten im Beschäftigungskontext auf der Grundlage der Einwilligung des Beschäftigten verarbeitet werden dürfen«, vorsehen können.

In Ausfüllung dieses Regelungsspielraums regelt § 26 Abs. 2 BDSG 2018 (der nach Abs. 3 Satz 2 Hs. 1 auch für die Einwilligung in die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten gilt), dass für die Beurteilung der Freiwilligkeit einer Einwilligung »insbesondere die im Beschäftigungsverhältnis bestehende Abhängigkeit der beschäftigten Person sowie die Umstände, unter denen die Einwilligung erteilt worden ist, zu berücksichtigen«

5 Weichert, DuD 2017, 538 (542).

6 BT-Drs. 18/11325, S. 98.

sind. Viel gewonnen scheint mit dieser Aufforderung, die hinlänglich bekannte Abhängigkeit im Beschäftigungsverhältnis bei der Beurteilung der Freiwilligkeit zu berücksichtigen, nicht. Auch schon vor Geltung der DSGVO und des BDSG 2018 war ein bestehendes Ungleichgewicht zwischen Datenverarbeiter und Betroffenem bei der Frage nach der Freiwilligkeit einer Einwilligung zu berücksichtigen. An dem Umstand, dass die Freiwilligkeit einer datenschutzrechtlichen Einwilligung in vielen Fällen eine bloße Fiktion ist, hat dies kaum etwas geändert – egal, ob es um Schufa-Klausel, Schweigepflicht-Entbindungsklauseln oder eben auch um eine Einwilligung im Beschäftigungskontext geht. Verwiesen sei hier nur auf das Beispiel der Einstellungsuntersuchungen, die stets einer wirksamen Einwilligung des Bewerbers bedürfen.[7] Zu Recht wird in der Begründung des Gesetzesentwurfs zum neuen BDSG darauf hingewiesen, dass insbesondere vor Abschluss eines (Arbeits-)Vertrages Beschäftigte »regelmäßig einer größeren Drucksituation ausgesetzt« sind, ihre Einwilligung in eine Datenverarbeitung zu erteilen.[8] Gleichwohl wird auch künftig gelten, dass Einstellungsuntersuchungen zur Beurteilung der Arbeitsfähigkeit eines Arbeitsplatzbewerbers datenschutzrechtlich zulässig sind, wenn ein Bewerber eine entsprechende Einwilligung erteilt hat.[9] Der Widerspruch zwischen datenschutzrechtlicher Idealvorstellung und arbeitsvertraglicher Realität tritt hier offen zutage, weil auch künftig gilt, was in der Kommentarliteratur in fast schon entwaffnender Offenheit auf den Punkt gebracht wird: »Der Bewerber ist nicht verpflichtet, die Untersuchung durchführen zu lassen. Die Untersuchung kann nur auf freiwilliger Basis durchgeführt werden. Mit der Verweigerung der Einwilligung riskiert der Bewerber freilich seine sofortige Ablehnung.«[10]

Pauschale Informationsverbote

Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO sieht für den Fall der Verarbeitung besonders schutzwürdiger Daten die Möglichkeit vor, dass der nationale Gesetzgeber die Einwilligung als Legitimationsgrundlage für eine Datenverarbeitung ausschließt. Auch unter der DSGVO hat daher eine Regelung wie die des § 19 Gendiagnostikgesetz (GenDG) weiterhin Bestand, nach der für den Arbeitgeber ein umfassendes, pauschales Verbot der Verarbeitung von genetischen Daten gilt. Selbst wenn hier beispielsweise ein Bewerber seine informationelle Selbstbestimmung im Sinne einer bewussten und gewollten Entscheidung für eine Offenbarung »seiner« genetischen Daten ausüben wollte, bleibt eine Verwendung dieser Daten untersagt. Rechtfertigen lässt sich dieser Ausschluss der informationellen Selbstbestimmung vor allem damit, dass dadurch ein »Wettlauf nach unten« vermieden werden kann: Derjenige, der seine genetischen Daten nicht preisgeben möchte, soll auch nicht dadurch unter Druck geraten, dass andere – beispielsweise Mitbewerber – ihre Daten freiwillig preisgeben. Ein Schweigen soll dem Einzelnen nicht faktisch dadurch zum Nachteil gereichen, dass andere von ihrem Recht zum Schweigen keinen Gebrauch machen. Dass bei genetischen Daten (ebenso wie bei biometrischen und bei Gesundheitsdaten) im nationalen Recht nochmals ein höherer Datenschutzstandard normiert werden darf als in der DSGVO vorgesehen, stellt auch Art. 9 Abs. 4 DSGVO nochmals ausdrücklich klar.

Beschäftigtendatenschutz als Dauerbaustelle

Der Beschäftigtendatenschutz bleibt bis auf Weiteres eine der größeren Baustellen des Datenschutzrechts. Aufgrund der weitreichenden Öffnungsklauseln der DSGVO zur Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext liegt der Ball hier weiterhin beim nationalen Gesetzgeber. Gleich doppelt gefordert ist dieser beim Schutz besonders sensibler Beschäftigtendaten, da die DSGVO auch bei den sog. besonderen Kategorien personenbezogener Daten den mitgliedstaatlichen Gesetzgebern die Normierung spezifischer Vorgaben überlässt. Die Bedeutung der Einwilligung als Legitimationsgrundlage für eine Datenverarbeitung ist dabei nur einer von vielen offenen Punkten im Bereich des Beschäftigtendatenschutzes, der noch immer einer Klärung bedarf. ◁

Prof. Dr. Benedikt Buchner LL.M. (UCLA), Institut für Informations-, Gesundheits- und Medizinrecht (IGMR), Universität Bremen.

Tim Sperlich, Wissenschaftlicher Mitarbeiter Institut für Informations-, Gesundheits- und Medizinrecht (IGMR), Universität Bremen.

7 Kort, NZA-Beilage 2016, 62 (70).
8 BT-Drs. 18/11325, S. 97.
9 Kort, NZA-Beilage 2016, 62 (70).
10 Preis in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Aufl. 2018, § 611a BGB Rn. 294.