

# Inhaltsübersicht

A. Einführung	23
B. Strukturelemente und rechtliche Grundlagen des Schutzes gesundheitsbezogener Beschäftigtendaten	27
I. (Gesundheits-)Informationen im Beschäftigungsverhältnis und die beteiligten Akteure	27
II. Verfassungs- und europarechtlicher Rahmen des Schutzes gesundheitsbezogener Beschäftigtendaten	29
III. Zusammenfassung	35
C. Systematik des einfachgesetzlichen Gesundheitsdatenschutzes im Beschäftigungsverhältnis	37
I. Gesundheitsdatenschutz im Beschäftigungsverhältnis als Querschnittsmaterie	37
II. Gesundheitsdatenschutz und BDSG	39
III. Überblick über den Entwurf eines Beschäftigtendatenschutzgesetzes	79
IV. Der Beschäftigte im System des allgemeinen Medizinrechts und des Sozialdatenschutzes	81
V. Zusammenfassung	88
D. Zum Verhältnis von (Gesundheits-)Datenschutz und Diskriminierungsrecht	89
I. Schnittpunkte zwischen Datenschutz und Diskriminierungsrecht	89
II. Datenschutz als Teil des Diskriminierungsschutzes? Zur Daseinsberechtigung des informationellen Selbstbestimmungsrechts	94
III. Datenschutz und Diskriminierungsschutz als komplementäre Institute?	97
IV. Datenschutz und Diskriminierungsschutz als konfligierende Institute? Zu möglichen Wertungswidersprüchen	98
V. Zusammenfassung und Ausblick	99

E. Bedeutung der Einwilligung als Legitimationsgrundlage für den Umgang mit gesundheitsbezogenen Beschäftigendaten	101
I. Die Einwilligung im Beschäftigungsverhältnis als Ausdruck echter Selbstbestimmung?	102
II. Objektiver Bezug zum Beschäftigungsverhältnis als Grenze der Einwilligung	111
III. Ergebnis	114
F. Datenerhebung im vertraglichen Anbahnungsverhältnis	116
I. Fragerecht des Arbeitgebers und gesundheitsbezogenen Informationen	116
II. Allgemeine ärztliche Einstellungsuntersuchungen	144
III. Spezielle Tauglichkeits- und Eignungsuntersuchungen	159
IV. Gendiagnostik	166
V. Familienanamnese	196
VI. Zusammenfassung	199
G. Datenerhebung im bestehenden Beschäftigungsverhältnis	201
I. Fragerecht und Schwerbehinderteneigenschaft	201
II. Arbeitsmedizinische Untersuchungen nach ArbSchG, ASiG und ArbMedVV	205
III. Ärztliche Untersuchungen ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage	218
IV. Betriebliches Eingliederungsmanagement	235
V. Krankheit und „Fehlzeitenmanagement“	271
VI. Biometrische Zugangskontrolle	319
VII. Zusammenfassung	332
H. Umgang mit erhobenen Gesundheitsdaten	334
I. Verarbeitung von Gesundheitsdaten	334
II. Nutzung von Gesundheitsdaten und Zweckbindung	339
III. Zusammenfassung	351
I. Fazit	352
Literaturverzeichnis	357

# Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	23
B. Strukturelemente und rechtliche Grundlagen des Schutzes gesundheitsbezogener Beschäftigtendaten	27
I. (Gesundheits-)Informationen im Beschäftigungsverhältnis und die beteiligten Akteure	27
1. Arbeitsrechtliches Kontrollpotential und Arbeitgeberinteressen	27
2. Schutzbedürftigkeit des Beschäftigten	28
II. Verfassungs- und europarechtlicher Rahmen des Schutzes gesundheitsbezogener Beschäftigtendaten	29
1. Verfassungsrecht – Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung	29
a) Das Volkszählungsurteil des BVerfG als Grundlage	29
b) Wirkung zwischen Privaten	30
2. Internationales und Europarecht	31
a) Überblick	31
b) EG-Datenschutzrichtlinie	32
c) Ausblick: geplante Datenschutz-Grundverordnung und mögliche Auswirkungen auf das nationale Recht des Beschäftigtendatenschutzes	34
III. Zusammenfassung	35
C. Systematik des einfachgesetzlichen Gesundheitsdatenschutzes im Beschäftigungsverhältnis	37
I. Gesundheitsdatenschutz im Beschäftigungsverhältnis als Querschnittsmaterie	37
II. Gesundheitsdatenschutz und BDSG	39
1. Allgemeines und Entstehungsgeschichte	39
2. Anwendungsbereich	41
a) Personeller Anwendungsbereich	41

b)	Sachlicher Anwendungsbereich	43
aa)	Geltung auch für nicht automatisierte Verarbeitung	43
(1)	Bisherige Rechtslage	43
(2)	Neuer Anwendungsbereich	44
(3)	Vom Datenschutz zum umfassenden Persönlichkeitsschutz?	45
(4)	Nicht automatisierte Verarbeitung und sonstige Erlaubnistatbestände	47
bb)	Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses	48
3.	Zum Begriff der Gesundheitsdaten und ihrem bereichsspezifischen Schutz	52
a)	Schutz besonderer personenbezogener Daten nach § 3 Abs. 9 BDSG	52
aa)	Entstehungsgeschichte – Europarecht als Grundlage	52
bb)	Besondere personenbezogene Daten in der Systematik des BDSG	53
b)	Auslegung – Der Begriff „Gesundheit“	55
aa)	Unmittelbar erfasste Sachverhalte	55
bb)	Mittelbar erfasste Sachverhalte	56
c)	Kritik an der Regelungstechnik des § 3 Abs. 9 BDSG – Das Konzept des abstrakten „Sensitivitätskatalogs“	59
aa)	Einordnung des abstrakten „Sensitivitätskatalogs“	59
bb)	Klassifizierung von Daten vs. konkreter Verarbeitungszusammenhang	60
cc)	Verhältnis zu den abstrakten Persönlichkeitssphären nach BVerfG	61
dd)	Schutzlücken und unnötiger Schutz	62
(1)	Schutzlücken	62
(2)	Übermäßiger Schutz	64
ee)	Konsequenzen de lege ferenda	65
d)	Ergebnis	66
4.	BDSG und Abwägung	67
5.	Systematik: Verhältnis zwischen § 28 BDSG und § 32 BDSG	69
a)	Keine Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses	70
b)	Keine Erforderlichkeit	71

c) Verhältnis zu § 28 Abs. 6 bis 8 BDSG	71
6. Kritik an der Systematik des BDSG und Bewertung	75
a) Verbotsprinzip des BDSG und Beschäftigtendatenschutz	75
b) Zur systematischen Stellung des BDSG im Beschäftigtendatenschutz	77
7. Ergebnis	78
III. Überblick über den Entwurf eines Beschäftigtendatenschutzgesetzes	79
1. Entstehungsgeschichte	79
2. Gesundheitsbezogene Regelungen	81
IV. Der Beschäftigte im System des allgemeinen Medizinrechts und des Sozialdatenschutzes	81
1. Medizinrecht und ärztliche Schweigepflicht	82
a) Grundlagen des ärztlichen Geheimnisschutzes	82
b) Stellung des (Betriebs-)Arztes im Beschäftigtendatenschutz	84
2. Sozialgeheimnis und Sozialdatenschutz	85
3. Einordnung der bereichsspezifischen Schutznormen	87
V. Zusammenfassung	88
D. Zum Verhältnis von (Gesundheits-)Datenschutz und Diskriminierungsrecht	89
I. Schnittpunkte zwischen Datenschutz und Diskriminierungsrecht	89
1. Diskriminierungsschutz im Beschäftigungsverhältnis	90
2. Relevanz im Bereich der gesundheitsbezogenen Beschäftigtendaten	90
3. Das GenDG als Sonderfall und Anhaltspunkt	93
II. Datenschutz als Teil des Diskriminierungsschutzes? Zur Daseinsberechtigung des informationellen Selbstbestimmungsrechts	94
III. Datenschutz und Diskriminierungsschutz als komplementäre Institute?	97
IV. Datenschutz und Diskriminierungsschutz als konfligierende Institute? Zu möglichen Wertungswidersprüchen	98
V. Zusammenfassung und Ausblick	99

<b>E. Bedeutung der Einwilligung als Legitimationsgrundlage für den Umgang mit gesundheitsbezogenen Beschäftigtendaten</b>	<b>101</b>
<b>I. Die Einwilligung im Beschäftigungsverhältnis als Ausdruck echter Selbstbestimmung?</b>	<b>102</b>
1. Bedeutung der Einwilligung im Beschäftigtendatenschutz- und im Medizinrecht	102
a) Einwilligung in die ärztlicher Behandlung	102
b) Vergleich mit der datenschutzrechtlichen Einwilligung	104
2. Einwilligung und tatsächliche Mitwirkung des Beschäftigten	105
a) Tatsächliche Zustimmung oder „eingriffsmildernde“ Einwilligung?	105
b) Regelungslücke	106
3. Einwilligung und Willensfreiheit	108
a) § 4a BDSG: Selbstbestimmung und Verfahren	108
b) Freiwilligkeit und Beschäftigungsverhältnis – Einwilligung als taugliches Rechtfertigungsinstrument?	109
<b>II. Objektiver Bezug zum Beschäftigungsverhältnis als Grenze der Einwilligung</b>	<b>111</b>
1. Nichtigkeitsgründe nach dem BGB	111
2. Berechtigtes Arbeitgeberinteresse als Voraussetzung	112
<b>III. Ergebnis</b>	<b>114</b>
<b>F. Datenerhebung im vertraglichen Anbahnungsverhältnis</b>	<b>116</b>
<b>I. Fragerecht des Arbeitgebers und gesundheitsbezogenen Informationen</b>	<b>116</b>
1. Maßgebliche Rechtsgrundlagen	117
a) Fragerecht und Anwendbarkeit des BDSG	117
aa) Keine Antwort – Datenerhebung?	119
bb) Wahrheitswidrige Antwort – Personenbezug?	120
cc) Formulierung der Frage und Datenerhebung	122
dd) Bewertung	124
b) Dogmatische Grundlagen der Einschränkung des Fragerechts	126
aa) Diskriminierungsrechtlicher Ansatz	126
bb) Persönlichkeitsrechtlicher Ansatz	127

cc) Ergebnis	130
2. Fragerecht und Erforderlichkeit	131
a) Unterscheidung nach dem Gegenstand der Frage	131
b) Behinderung	132
aa) Begriff der Behinderung	132
bb) Zulässigkeit der Frage nach einer (Schwer-)Behinderung	133
(1) Bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	133
(2) Wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung	135
c) „Einfache“ Krankheit und allgemeiner Gesundheitszustand	137
d) Sonderfall HIV/Aids	139
aa) HIV-Infektion und Fragerecht	140
bb) Aids-Erkrankung und Fragerecht	141
3. Bewertung und Ausblick	142
II. Allgemeine ärztliche Einstellungsuntersuchungen	144
1. Durchführung und Umfang allgemeiner Einstellungsuntersuchung in der Praxis	144
2. Zulässigkeit allgemeiner Einstellungsuntersuchungen	144
a) Vorbemerkung	144
b) Maßgebliche Rechtsgrundlagen	145
c) Erforderlichkeit für die Begründung des Beschäftigungsverhältnisses	146
aa) Entsprechende Anwendung der Fragerechtsgrundsätze	146
bb) Berechtigtes Interesse	148
(1) Untersuchung und Anforderungsprofil	148
(2) Untersuchung und Alkohol- oder Drogenmissbrauch	149
(3) Untersuchung und allgemeine Gefahr der Arbeitsunfähigkeit	150
cc) Verhältnismäßigkeit im Übrigen	152
3. Mitteilung des Untersuchungsergebnisses	153
a) Begrenzte Information des Arbeitgebers	153
b) Umfassende Information des Beschäftigten	155
4. Zusammenfassung und Ausblick	156

III. Spezielle Tauglichkeits- und Eignungsuntersuchungen	159
1. Einordnung der verpflichtenden Untersuchungen	159
2. Fälle gesetzlich angeordneter Tauglichkeits- und Eignungsuntersuchungen	160
a) § 43 IfSG – Infektionsschutz	160
b) § 60 StrlSchV und § 37 RöV – Strahlenschutz	161
c) § 81 SeemannsG – Seedensttauglichkeit	162
d) § 32 JArbSchG – Schutz Jugendlicher	163
3. Umgang mit den erhobenen Gesundheitsdaten	164
4. Ergebnis und Bewertung des Schutzniveaus	165
IV. Gendiagnostik	166
1. Allgemeines und Grundlagen	167
a) Genetische Untersuchungen: Umfang und Aussagekraft der möglichen Ergebnisse	167
b) Gendiagnostik als Beispiel prognostischer und prädiktiver Untersuchungen im Einstellungsverfahren	168
c) Informationelles Selbstbestimmungsrecht und Recht auf Nichtwissen	169
2. Gesetzgebungsgeschichte und Systematik	172
a) Gesetzgebungsgeschichte und frühere Rechtslage	172
b) Systematik – Verhältnis des GenDG zum BDSG	173
3. Das Verbot genetischer Untersuchungen im Arbeitsleben und seine Ausnahmen	174
a) Grundsatz: Verbot	175
aa) Personeller Anwendungsbereich	176
bb) Sachlicher Anwendungsbereich und Inhalt des Verbots	177
(1) Verlangen	177
(2) Entgegennahme von Ergebnissen	178
(3) Verwendung von Ergebnissen.	179
b) Ausnahme: genetische Untersuchungen für Zwecke des Arbeitsschutzes	182
aa) Arbeitsmedizinische Indikation	183
bb) Untersuchungs- und Analysemethoden	184
cc) Subsidiarität	185
dd) Datenschutz im Übrigen	185
(1) Einwilligung	186
(2) Verzicht auf Aufklärung und Beratung	187



(3) Umgang mit genetischen Daten	190
(4) Widerruf der Einwilligung und Folgen	192
4. Ergebnis	193
a) Bewertung des Schutzniveaus des GenDG	193
b) Vergleich GenDG und BDSG	194
V. Familienanamnese	196
1. Umfang der Erkenntnismöglichkeiten	196
2. Rechtsgrundlage und Zulässigkeit	197
VI. Zusammenfassung	199
 G. Datenerhebung im bestehenden Beschäftigungsverhältnis	 201
I. Fragerecht und Schwerbehinderteneigenschaft	201
1. Bedeutung der Nachfrage als Erhebungsmethode im bestehenden Beschäftigungsverhältnis	201
2. Die Schwerbehinderteneigenschaft als Sonderfall	202
a) Datenerhebung und drohende Benachteiligung	202
b) Schwerbehinderteneigenschaft und Erforderlichkeit	203
3. Ausblick	204
II. Arbeitsmedizinische Untersuchungen nach ArbSchG, ASiG und ArbMedVV	205
1. Grundlagen und Systematik arbeitsmedizinischer Vorsorgeuntersuchungen	206
a) Freiwillige Untersuchungen gem. ASiG	207
b) Untersuchungsanspruch gem. ArbSchG	208
c) Pflichtuntersuchungen gem. ArbMedVV	208
2. Keine Verknüpfung mit allgemeinen Einstellungsuntersuchungen	209
3. Arbeitsmedizinische Untersuchungen und Beschäftigtendatenschutz	210
a) Datenerhebung	210
aa) Anwendbarkeit des BDSG	210
bb) Einwilligung	211
(1) Angebotsuntersuchungen	212
(2) Sonstige Untersuchungen	213
cc) Untersuchungspflicht außerhalb der gesetzlich geregelten Fälle?	214

b) Datenverarbeitung und -nutzung	214
aa) Übermittlung an den Arbeitgeber	214
(1) Eingeschränkte Übermittlungsbefugnis kraft Gesetzes	214
(2) Übermittlung kraft Einwilligung	215
bb) Speicherung und Nutzung	216
(1) Aufbewahrung	216
(2) Auswertung	216
4. Ergebnis	217
III. Ärztliche Untersuchungen ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage	218
1. Allgemeines und Untersuchungszwecke	218
2. Ärztliche Untersuchungen als vertragliche Nebenpflicht	219
a) Maßgebliche Rechtsgrundlagen	219
aa) Allgemeine Untersuchungspflicht und BDSG	219
bb) Nebenpflicht des Beschäftigten aus §§ 241 Abs. 2, 242 BGB	221
b) Pflicht zur Offenlegung von Gesundheitsdaten als Grundlage für die Substantiierung einer Kündigung durch den Arbeitgeber nach der Rechtsprechung	222
aa) Prozessuale Offenlegungspflicht?	224
bb) Vorprozessuale Offenlegungspflicht?	225
cc) Untersuchung kraft Nebenpflicht und Verhältnismäßigkeit	227
c) Fallgruppen	227
aa) Gefährdungen Dritter	227
bb) Alkohol- und Drogenscreenings	229
cc) Krankheitsbedingter Arbeitsausfall oder Leistungsminde- rung	231
dd) Wechsel der Tätigkeit	233
3. Umgang mit den Untersuchungsergebnissen	233
4. Ergebnis und Ausblick	234
IV. Betriebliches Eingliederungsmanagement	235
1. Bedeutung und Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements	235
a) Hintergrund und Relevanz für den Gesundheitsdatenschutz	235
b) Anwendungsbereich und Abgrenzung	237
aa) Geltungsbereich	237

bb) Krankenrückkehrgespräche und Fehlzeitenmanagement	238
cc) Arbeitsmedizinische Vorsorgeuntersuchungen	238
c) Betriebliches Eingliederungsmanagement und krankheitsbedingte Kündigung – Rechtsfolgen eines fehlenden betrieblichen Eingliederungsmanagements	239
2. Betriebliches Eingliederungsmanagement und Erhebung von Gesundheitsdaten	240
a) Arten der im Rahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements erhobenen Daten und Umstände der Erhebung	241
aa) Persönliche Daten des Betroffenen	241
bb) Ursachenforschung im Betrieb	243
cc) Datenerhebung bei Dritten	243
dd) Beteiligung des Betriebsarztes und der Interessenvertretung	244
ee) Gebot der Datensparsamkeit	244
b) Rechtfertigung der Erhebung, Speicherung und Verarbeitung von Daten beim Eingliederungsmanagement	245
aa) § 84 Abs. 2 SGB IX als eigenständiger Erlaubnistatbestand und sein Verhältnis zum BDSG	246
bb) § 84 Abs. 2 SGB IX als Rechtfertigungstatbestand und die EG- Datenschutzrichtlinie	249
cc) Das Zustimmungserfordernis nach § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX	251
(1) Zustimmungslöse Verfahrensschritte	251
(2) Anforderungen an die Zustimmung	252
(3) Informationspflicht	253
(4) Umfang der Zustimmung	255
(5) Freiwilligkeit des Verfahrens oder Pflicht zur Teilnahme?	258
(6) Der Widerruf und seine Folgen	259
c) Zweckbindung der erhobenen Daten und krankheitsbedingte Kündigung	260

3. Beteiligung der Interessenvertretung – Informationsanspruch	261
4. Datenschutzkonforme betriebliche Organisation des Eingliederungsmanagements	266
a) Personelle Beteiligung am Eingliederungsmanagement	266
b) Speicherung der anfallenden Gesundheitsdaten	267
aa) Eingliederungsmanagement und Personalakte	267
bb) Zulässige Speicherdauer	268
5. Zusammenfassung und Ausblick	269
V. Krankheit und „Fehlzeitenmanagement“	271
1. Nachweis der Arbeitsunfähigkeit	273
a) Allgemeines	273
aa) Allgemeine Anzeige- und Nachweispflichten des Beschäftigten	274
bb) Erweiterte Nachweispflicht	275
cc) Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung	277
b) Auswertung von Fehltagen	278
2. Prüfmöglichkeiten des Arbeitgebers	278
a) Ärztliche Zweitbegutachtung des arbeitsunfähigen Beschäftigten	279
aa) Medizinischer Dienst der Krankenkassen	279
(1) Aufgaben und Beauftragung des Medizinischen Dienstes der Krankenkassen	280
(2) Begutachtung durch den Medizinischen Dienst und Gesundheitsdatenschutz	282
(3) Gesundheitsdatenübermittlung durch den Medizinischen Dienst	284
(a) Keine Begutachtung	285
(b) Begutachtungsergebnis	285
(4) Ergebnis	286
b) Überwachung des krankgeschriebenen Beschäftigten	287
aa) Anrufe und Hausbesuche	288
(1) Unterschiedliche Motive des Arbeitgebers	288
(2) Erhebung von Beschäftigtendaten	290

(3) Aufdeckung von Straftaten nach § 32 Abs. 1	
Satz 2 BDSG	291
(a) Tatverdacht	291
(b) Erforderlichkeit	293
(c) Verhältnismäßigkeit im Übrigen	294
bb) Einsatz von Detektiven	294
(1) Erkenntnismöglichkeiten	294
(2) Rechtslage vor Geltung des § 32 Abs. 2	
BDSG	295
(3) Zulässigkeit nach dem BDSG	296
(a) Datenerhebung durch dritte Stellen	296
(b) Konkreter Tatverdacht	297
(c) Erforderlichkeit	299
(d) Verhältnismäßigkeit im Übrigen	303
cc) Bewertung	305
dd) Ausblick	305
3. Krankenrückkehrgespräche	306
a) Einordnung und mögliche Zielsetzungen	306
aa) Ablauf und Verbreitung	306
bb) Verhältnis zum betrieblichen	
Eingliederungsmanagement	307
b) Krankenrückkehrgespräche und Anwendbarkeit des	
BDSG	308
aa) Anlass des Gesprächs und Pflicht zur Teilnahme	308
bb) Erhebung von Beschäftigtendaten	310
c) Rechtfertigung des Krankenrückkehrgesprächs	311
aa) Rechtfertigung durch § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG	311
bb) Rechtfertigung durch Einwilligung	313
d) Protokollierung und Speicherung	314
e) Ergebnis	314
4. Betriebliches Gesundheitsmanagement	315
a) Allgemeines und Ablauf	315
b) Umgang mit gesundheitsbezogenen	
Beschäftigtendaten	317
VI. Biometrische Zugangskontrolle	319
1. Einführung	319
a) Funktionsweise biometrischer Systeme und	
Authentifizierungsmerkmale	319
b) Verbreitung und Einsatzzwecke	321

c) Risiken beim Einsatz biometrischer Systeme – insbesondere Gesundheitsrelevanz	322
2. Biometrie und BDSG	324
a) Verarbeitete Daten	324
aa) Personenbezug	324
bb) Gesundheitsbezug	326
b) Verhältnismäßigkeit	327
c) Einwilligung	329
3. Zusammenfassung und Ausblick	330
VII. Zusammenfassung	332
H. Umgang mit erhobenen Gesundheitsdaten	334
I. Verarbeitung von Gesundheitsdaten	334
1. Speicherung	334
a) Gesundheitsdaten und Speicherdauer	334
b) Gesundheitsdaten und Personalakte	335
2. Übermittlung von Gesundheitsdaten	336
a) Krankenkassen	337
b) Unternehmenskauf – Due Diligence und Betriebsübergang	338
II. Nutzung von Gesundheitsdaten und Zweckbindung	339
1. Zweckbindungsgrundsatz und Verbot der Zweckentfremdung	339
a) Zweckbindung nach § 28 Abs. 5 BDSG und § 39 BDSG	339
b) Informationelles Selbstbestimmungsrecht und Zweckbindung	340
2. Zusammenführung von Gesundheitsdaten und umfassendes Gesundheitsprofil	343
a) Gefahren durch die Zusammenführung von Gesundheitsdaten	344
b) Umfassendes Gesundheitsprofil	345
c) Schlussfolgerung	346
d) Gesamtbild über den Gesundheitszustand im Entwurf eines Beschäftigtendatenschutzgesetzes	347
aa) Genese	347
bb) Die automatisierte Zusammenführung	348
cc) Ergebnis	350

III. Zusammenfassung	351
I. Fazit	352
Literaturverzeichnis	357