

# Lidl: Gesundheitsdaten in öffentlicher Mülltonne

Bruno Schierbaum // BTQ Niedersachsen

## HIER LESEN SIE:

- unter welchen Umständen ausnahmsweise Gesundheitsdaten von Mitarbeitern erhoben, verarbeitet und genutzt werden dürfen
- wie Interessenvertretungen die Gesundheitsdaten der Beschäftigten effektiv schützen können



**Verstöße gegen den Datenschutz von Beschäftigten gehen in letzter Zeit verstärkt durch die Presse. Durch diese Veröffentlichungen wird aber wohl nur eine kleine „Spitze des Eisberges“ sichtbar, was Verstöße gegen den Arbeitnehmerdatenschutz angeht. So ist der Discounter Lidl erneut in die Schlagzeilen geraten. Hatte noch im letzten Jahr der „Stern“ berichtet, dass Lidl systematisch Detektive in Filialen geschickt hatte, um dort heimlich Mitarbeiter auszuspähen, berichtet jetzt der „Spiegel“ über einen weiteren Datenschutzskandal. Dieser zeigt auch, dass die im Herbst 2008 wegen der Datenschutzverstöße verhängte Geldstrafe von über einer Million Euro wohl eher wenig Wirkung bei den Verantwortlichen von Lidl gezeitigt hat ...**

Was ist aktuell passiert? – Oder genauer: Was ist aktuell „ans Licht gekommen“?<sup>1</sup>

Als eine Frau aus Bochum Anfang März ihr Auto in eine Waschanlage bringt, findet sie dort in einem Mülleimer interne Unterlagen von Lidl. Lohnabrechnungen, Kündigungsschreiben, Personalakten – und sogar Formulare mit der Aufschrift „Krankenstand“.

Unter anderem enthielten die rund 300 in der Mülltonne entsorgten Seiten Namenslisten aus einzelnen Filialen, in denen die Krankheiten der Mitarbeiter säuberlich notiert sind. „Von Grippe, Rückenleiden und Bluthochdruck bis zu Klinikaufenthalten, künstlichen Befruchtungen und

privaten Problemen ist die Rede.“<sup>2</sup> Alle gefundenen Dokumente stammen aus dem Zeitraum 2008 bis Anfang 2009.

Das verwendete Formular entstammt aus einer Datei, die den Namen „Krankenstand\_2.xls“ trägt. Dieses legt die Vermutung nahe, dass es sich hier um ein systematisches Erfassen von Krankheiten handelt und dass die Daten unter Umständen auch automatisiert verarbeitet wurden.

Der „Spiegel“ hat eine Verkäuferin daraufhin besucht und ihr die Unterlagen gezeigt. Als sie die Lidl-Notizen über ihre misslungene künstliche Befruchtung sieht, mag sie es kaum glauben. Die Frau habe sich nichts dabei gedacht, als sie damals

ihrem Verkaufsleiter den Grund ihrer Abwesenheit mitgeteilt hat. Aber dass das alles notiert und festgehalten wird, das war der Frau keineswegs klar.

Unstrittig liegt ein Verstoß gegen den Datenschutz vor, wenn die erwähnten Listen mit personenbezogenen Daten im öffentlichen Mülleimer entsorgt und damit Unbefugten zugänglich gemacht werden.

In Bezug auf die Listen mit den Krankheitsdaten könnte man die Auffassung vertreten, dass die Mitarbeiter diese Daten den Vorgesetzten freiwillig mitgeteilt haben und somit kein Verstoß gegen das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) bzw. den Schutz der Persönlichkeitsrechte vorliege. Dass

diese Auffassung so nicht richtig sein kann, zeigt ein Blick in das BDSG und soll nachfolgend dargestellt werden.

## Gesundheitsdaten – Vorgaben des BDSG

Im konkreten Fall wird man das BDSG anwenden müssen. Denn möglicherweise wurden die personenbezogenen Daten automatisiert verarbeitet. Bei manueller Datenverarbeitung, also dem Ausfüllen dieser Listen per Hand, wird dieses Gesetz ebenfalls anzuwenden sein, da es sich bei diesen Listen um so genannte „nicht-automatisierte Dateien“ handelt.

Mit dem systematischen Sammeln von Daten über Gesundheit und auch über das

hang entnehmen. Scheinbar „harmlose“ Daten wie etwa Name und Anschrift sind z. B. dann als überaus sensitiv anzusehen, wenn die Daten in der Kartei einer Drogenberatungsstelle auftauchen. Umgekehrt sind Krankheitsdaten in der Patientenkartei eines Arztes eher als unproblematisch anzusehen. Dieses gilt jedoch nicht für entsprechende Krankheitsdaten, wenn sie beim eigenen Arbeitgeber gespeichert werden.

## Daten zu Gesundheit und Sexualeben

Im Fall von Lidl sind Daten über die Gesundheit und das Sexualeben erhoben und aufgelistet worden. Zu den Angaben über die Gesundheit gehören alle Angaben, die die

**„In jedem Fall hätte der Betriebsrat vor der Sammlung der Gesundheitsdaten beteiligt werden müssen.“**

Sexualeben (künstliche Befruchtung) hat Lidl Daten gesammelt, die durch das BDSG besonders geschützt sind. Im BDSG werden diese Daten „besondere Arten personenbezogener Daten“ genannt, wobei man diese Daten auch als „sensible“ oder – besser – als „sensitive Daten“ bezeichnen kann. Nach § 3 Abs. 9 BDSG sind „besondere Arten personenbezogener Daten“ Angaben über:

- rassische und ethnische Herkunft,
- politische Meinungen,
- religiöse oder philosophische Überzeugungen,
- Gewerkschaftszugehörigkeit,
- Gesundheit oder Sexualeben.

Die Daten über Gesundheit und Sexualeben spielen im aktuellen Datenschutzskandal bei Lidl eine Rolle. Die sensitiven Daten unterliegen näher umschriebenen und damit verbundenen restriktiveren Verarbeitungsanforderungen als andere Daten.

Das BDSG und auch die Landesdatenschutzgesetze haben bislang die Unterscheidung zwischen sensitiven und „normalen“ Daten nicht vorgenommen. Das heißt, dass bis zur Novellierung des BDSG in 2001 Folgendes galt: Ob Daten „sensitiv“ oder „trivial“ sind, lässt sich nicht aus den Daten selbst ableiten, sondern allein dem Verwendungs-/Verarbeitungszusammen-

körperlichen und geistigen Zustände und Bewertungen eines Menschen betreffen.

Von diesem Begriff sind nicht nur gegenwärtige und vergangene Zustandsbeschreibungen (z. B. Größe, Gewicht) und Befunderhebungen (z. B. Röntgenbilder, Blutgruppe, Krankheiten, Beeinträchtigungen) und gegenwärtige Krankheiten, chronische Leiden oder Allergien umfasst. Es fallen darunter auch Angaben über Abhängigkeit oder Missbrauch von Alkohol, Drogen oder Medikamenten. Unter die Angaben über die Gesundheit fällt auch der dauernde oder vorübergehende Aufenthalt in Einrichtungen (z. B. in Aids-, Krebs- oder Kurkliniken oder Pflegeheimen). Natürlich gehören Daten dazu, wie etwa genetische Daten oder auch die Schwerbehinderteneigenschaft. Zu den Angaben über das Sexualeben gehören nicht nur Angaben über Vorlieben und Neigungen, sondern alle Angaben, die sich in irgendeiner Weise auf das Sexualeben selbst beziehen.

## Besondere personenbezogene Daten

Die Verarbeitung besonderer Arten personenbezogener Daten kann rechtmäßig erfolgen:

- auf der Grundlage eines anderen Gesetzes als das BDSG,
- mit ausdrücklicher Einwilligung der betroffenen Person oder
- auf der Basis des § 28 Abs. 6 bis 9 BDSG.

### Anderes Gesetz als das BDSG

Das BDSG ist ein so genanntes Auffanggesetz. Das heißt: Soweit andere Rechtsvorschriften auf personenbezogene Daten einschließlich deren Veröffentlichung anzuwenden sind, gehen diese den Vorschriften des BDSG vor (§ 1 Abs. 3 BDSG).

Damit können Gesundheitsdaten im Betrieb grundsätzlich auf der Basis einer anderen Rechtsvorschrift erhoben und gespeichert werden. Dieses kann z. B. auf Basis des Arbeitssicherheitsgesetzes erfolgen. So darf der Betriebsarzt Gesundheitsdaten erheben und auch speichern. Er wird diese jedoch nicht an den Arbeitgeber weitergeben dürfen.

Auch im Rahmen des „betrieblichen Eingliederungsmanagements“ nach § 84 Neuntes Buch des Sozialgesetzbuchs (SGB IX) wird der Arbeitgeber auswerten müssen, welche Mitarbeiter innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig waren. Aber hier wird der Arbeitgeber auf keinen Fall ärztliche Diagnosen erheben oder verarbeiten dürfen.

### Ausdrückliche Einwilligung

Eine rechtmäßige Datenerhebung und -verarbeitung kann grundsätzlich auch durch eine Einwilligung des jeweils Betroffenen erfolgen. Hier sind aber Besonderheiten zu beachten. Eine Einwilligung in Bezug auf die Verwendung sensitiver Daten muss sich ausdrücklich auf diese Daten beziehen (§ 4 a Abs. 3 BDSG). In § 4 a BDSG werden bestimmte Anforderungen an eine Einwilligung gestellt:

- Die Einwilligung ist nur wirksam, wenn sie auf der freien Entscheidung des Betroffenen beruht.
- Der Betroffene ist auf den vorgesehenen Zweck der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung hinzuweisen.
- Und der Betroffene ist auf die Folgen der Verweigerung einer Einwilligung hinzuweisen.

■ Die Einwilligung bedarf der Schriftform, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist.

■ Soll die Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen abgegeben werden, ist sie besonders hervorzuheben.

Soweit besondere Arten personenbezogener Daten erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, muss sich die Einwilligung darüber hinaus ausdrücklich auf diese Daten beziehen.

Weil das so ist, scheidet eine „konkludente“, also schlüssige, Einwilligung aus.<sup>3</sup> Einwilligungen in Bezug auf sensitive Daten bedürfen regelmäßig der Schriftform und der Benennung der Daten. Das heißt, dass das Mitteilen einer Krankheit durch den Mitarbeiter an den Vorgesetzten im Rahmen eines Gesprächs den Arbeitgeber nicht berechtigt, diese Daten in Listen aufzunehmen oder automatisiert zu verarbeiten.

Zur einer möglichen Einwilligung im Arbeitsleben vertritt der Berliner Datenschutzbeauftragte folgende Auffassung: „Nach einhelliger Auffassung kann angesichts des besonderen Abhängigkeitsverhältnisses der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber die Verarbeitung sensibler Daten auch nicht auf die Einwilligung der Betroffenen gestützt werden, da die Freiwilligkeit der Einwilligung in diesem Fall grundsätzlich in Frage gestellt werden muss.“<sup>4</sup>

### **Ausnahmen von einer Einwilligung**

Bei den sensiblen Daten kann der Arbeitgeber als so genannte verantwortliche Stelle sich nicht darauf berufen, dass die Erhe-

bung, Verarbeitung und Nutzung dieser Daten im Rahmen der Zweckbestimmung des Vertragsverhältnisses – in diesem Fall Arbeitsvertragsverhältnis – erforderlich ist.

Diese Regelung des § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG greift nur bei „normalen“ Daten. Man wird sich auf § 28 Abs. 6 BDSG stützen müssen. Denn hier ist hinsichtlich sensibler Daten geregelt, dass von einer Einwilligung abgesehen werden kann, wenn eine der vier im BDSG genannten Ausnahmen greift.

Das heißt, dass das Erheben, Verarbeiten und Nutzen von besonderen Arten personenbezogener Daten ohne Einwilligung für eigene Geschäftszwecke nur dann zulässig ist, wenn ...

■ dies zum Schutz lebenswichtiger Interessen des Betroffenen oder eines Dritten erforderlich ist, sofern der Betroffene aus physischen oder rechtlichen Gründen außerstande ist, seine Einwilligung zu geben,

■ es sich um Daten handelt, die der Betroffene offenkundig öffentlich gemacht hat,

■ dies zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung rechtlicher Ansprüche erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen am Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung überwiegt, oder

■ dies zur Durchführung wissenschaftlicher Forschung erforderlich ist, das wissenschaftliche Interesse an der Durchführung des Forschungsvorhabens das Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung erheblich überwiegt und der Zweck der Forschung

auf andere Weise nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand erreicht werden kann.

Allen diesen Ausnahmen ist eines gemeinsam: Sie beziehen sich auf außergewöhnliche Situationen, wobei die Gesetzesprache den absoluten Ausnahmecharakter unterstreicht.

#### *Nr. 1 – „lebenswichtige Interessen“*

Die Verwendung von sensiblen Daten ist, erstens, zum Schutz lebenswichtiger Interessen zulässig, vorausgesetzt die Betroffenen sind aus physischen oder rechtlichen Gründen nicht in der Lage, eine Einwilligung abzugeben. Ob es sich dabei um die Belange des Betroffenen oder eines Dritten handelt, ist dabei nicht von Bedeutung. Das Gesetz akzeptiert eine Verwendung sensibler Daten aber nur dann, wenn der Betroffene selbst nicht fähig ist, die Verwendung dieser Daten zu billigen.

Gemeint sind wohl in erster Linie physische Gründe, wie etwa Bewusstlosigkeit oder eine schwere Erkrankung. Das Gleiche gilt, wenn der Betroffene aus tatsächlichen Gründen nicht um eine Einwilligung gebeten werden kann, etwa weil er sich auf einer Weltreise befindet oder unbekannt verzo-gen ist.<sup>5</sup>

#### *Nr. 2 – „offenkundig öffentlich gemacht“*

Eine Verwendung sensibler Daten ist, zweitens, bei Angaben zulässig, die vom Betroffenen offenkundig öffentlich gemacht worden sind. „Offenkundig öffentlich“ gemacht bedeutet, dass der Betroffene seine Daten in öffentlichen Verzeichnissen oder in Medien

Forbit

öffentlich gemacht hat. Dabei reicht es nicht aus, dass die Daten in den Medien erscheinen, sondern es muss wirklich feststehen, dass die Veröffentlichung dieser Daten auf den Betroffenen zurückgeht. Das ist bei normalen Meldungen in einer Zeitschrift oder im Fernsehen nicht automatisch der Fall.

Bei einem Interview mit einem Betroffenen kann jedoch davon ausgegangen werden, dass er diese Daten offenkundig selbst öffentlich macht. Erzählt ein Mitarbeiter seinem Vorgesetzten über seine aktuelle Krankheit, macht er diese Daten nicht „offenkundig öffentlich“ im Sinne dieser Regelung.

**Nr. 3 – „Ausübung oder Verteidigung rechtlicher Ansprüche“**

Die Verwendung sensibler Daten ist, drittens, zulässig, wenn dies zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung rechtlicher Ansprüche erforderlich ist. Gleichzeitig darf kein Grund zur Annahme bestehen, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen am Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung der entsprechenden sensiblen Daten überwiegt.

Für die Datenverarbeitung im Rahmen von Vertragsbeziehungen (z.B. Arbeitsvertrag) kann – wenn überhaupt – nur diese der vier Alternativen zum Tragen kommen. Gerade bei der Begründung und Durchführung von Arbeitsvertragsverhältnissen werden sensitive Daten – auch über die Gesundheit – erhoben, verarbeitet und genutzt. Bereits im Rahmen von Einstellungsverfahren – also vor Abschluss des Arbeitsvertrages – wird der Bewerber auch nach gesundheitlichen Einschränkungen (bzw. Krankheiten) gefragt.

Über eine Krankmeldung selbst erhält der Arbeitgeber im bestehenden Arbeitsverhältnis auch Informationen über den behandelnden Arzt. Aber Diagnosen oder gar Daten über das Sexualleben der Mitarbeiter wird ein Arbeitgeber auch auf dieser Basis nicht erheben und verarbeiten dürfen.

**Nr. 4 – „Durchführung wissenschaftlicher Forschung“**

Eine Verwendung sensibler Daten ist, viertens, bei Angaben zulässig, die für die wissenschaftliche Forschung erforderlich sind.

Diese gesetzliche Regelung lässt jedoch die Datenverarbeitung sensibler Daten nur bei Forschung für eigene Geschäftszwecke also nur für Eigenforschung zu. Anders ausgedrückt sind sensitive Daten für „Fremdforschung“ unzulässig.

Die Verwendung der Daten ist jedoch an die gleichen Vorgaben gebunden, die auch sonst für eine Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung der Daten für Forschungszwecke gelten. So muss das Forschungsvorhaben wissenschaftlichen Ansprüchen genügen und gleichzeitig die Verwendung der sensiblen Daten erforderlich sein. Parallel muss geprüft werden, ob das Interesse des Betroffenen am Ausschluss der Erhebung Verarbeitung oder Nutzung der Daten nicht erheblich überwiegt. Zudem ist zu prüfen, ob der Zweck der Forschung nicht auf andere Weise – sprich ohne Verarbeitung der sensiblen Daten – erreicht werden kann.

Zwischenfazit: *Keiner* der in § 28 Abs. 6 BDSG genannten Gründe kann für die Rechtmäßigkeit der systematischen Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Krankheitsdaten einschließlich der Diagnose herangezogen werden.

**Weitere Ausnahmen von einer Einwilligung**

Das BDSG enthält in § 28 Abs. 7 und 8 BDSG weitere Vorgaben zur Erhebung und Nutzung sensibler Daten auch ohne Einwilligung des Betroffenen. Das Erheben von besonderen Arten personenbezogener Daten ist zulässig, wenn dies zum Zweck ...

- der Gesundheitsvorsorge,
- der medizinischen Diagnostik,
- der Gesundheitsversorgung oder Behandlung oder
- für die Verwaltung von Gesundheitsdiensten

... erforderlich ist. Die Erhebung darf aber nur dann erfolgen, wenn die Verarbeitung der Daten durch ärztliches Personal oder durch sonstige Personen erfolgt, die einer entsprechenden Geheimhaltungspflicht unterliegen.

Auch hier wird deutlich, dass diese Regelungen nicht für die rechtmäßige Verarbeitung von Krankheits- und Diagnosedaten der Beschäftigten durch den Arbeitgeber herangezogen werden können.

**Beteiligung des Betriebsrats**

In jedem Fall hätte der Betriebsrat vor der Sammlung der Gesundheitsdaten beteiligt werden müssen. Denn diese Maßnahmen unterliegen der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG „Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb“.

Sollen die Daten automatisiert verarbeitet werden, kommt das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ebenfalls zur Anwendung. Denn es kommen technische Einrichtungen zum Einsatz, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Arbeitgeber und Betriebsrat werden bei der Umsetzung des Mitbestimmungsrechts nicht hinter den Vorgaben des BDSG zurückbleiben können.

Zudem sind Arbeitgeber und Betriebsrat nach § 75 Abs. 2 BetrVG verpflichtet, nicht nur die freie Entfaltung der im Betrieb Beschäftigten zu schützen, sondern auch zu fördern. Die Beteiligung des Betriebsrats ist im konkreten Fall Lidl eher theoretisch, da laut Aussage des „Spiegels“ nur 8 der 3100 Filialen einen Betriebsrat haben.

*Autor*

**Bruno Schierbaum** (Technologie- und Datenschutzberater), BTQ Niedersachsen GmbH, Donnerschweer Straße 84, 26123 Oldenburg, fon 0441 82068, schierbaum@btq.de, www.btg.de

*Fußnoten*

- 1 Der Spiegel, Ausgabe Nr. 15 vom 6.4.2009, 78 ff.
- 2 Vgl. Der Spiegel, a.a.O., 79
- 3 Berliner Beauftragter für Datenschutz, Auszug aus dem Jahresbericht, abgedruckt in: RDV 6/2003, 309
- 4 Berliner Beauftragter für Datenschutz, a.a.O., 310
- 5 Vgl. Berliner Beauftragter für Datenschutz, a.a.O., 310