



## Ergonomie im Spannungsfeld von Arbeits-, Daten- und Diskriminierungsschutz

G. Thüsing

G. Thüsing

# **Ergonomie im Spannungsfeld von Arbeits-, Daten- und Diskriminierungsschutz**

**Analyse arbeitsrechtlicher Voraussetzungen zur  
Erfassung individual- oder gruppenbezogener Daten  
als Grundlage für angepasste Arbeitsplatzgestaltung  
in Unternehmen am Beispiel von Körpermaßen**

Dortmund/Berlin/Dresden 2014

Diese Veröffentlichung basiert auf dem Gutachten „Ergonomie im Spannungsfeld von Arbeits-, Daten- und Diskriminierungsschutz“ im Auftrag der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin.

Die Verantwortung für den Inhalt dieser Veröffentlichung liegt bei dem Autor.

Autor: Prof. Dr. Gregor Thüsing LL.M.  
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn  
Institut für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit  
Adenauerallee 8a, 53113 Bonn

Unter Mitarbeit von: Dr. Stephan Pötters LL.M.  
Tom Stiebert  
Dr. Johannes Traut  
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn  
Institut für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit  
Adenauerallee 8a, 53113 Bonn

Fachliche Begleitung: Dr. Sascha Wischniewski  
Dr. Lars Adolph  
Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin

Titelfoto: Elena Meyer  
Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin

Umschlaggestaltung: Susanne Graul  
Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin

Herstellung: Bonifatius GmbH, Paderborn

Herausgeber: Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin  
Friedrich-Henkel-Weg 1 – 25, 44149 Dortmund  
Telefon 0231 9071-0  
Fax 0231 9071-2454  
poststelle@buaa.bund.de  
www.buaa.de

Berlin:  
Nöldnerstr. 40 – 42, 10317 Berlin  
Telefon 030 51548-0  
Fax 030 51548-4170

Dresden:  
Fabricestr. 8, 01099 Dresden  
Telefon 0351 5639-50  
Fax 0351 5639-5210

Alle Rechte einschließlich der fotomechanischen Wiedergabe und des auszugsweisen Nachdrucks vorbehalten.



[www.buaa.de/dok/4794190](http://www.buaa.de/dok/4794190)

ISBN 978-3-88261-012-3

# Inhaltsverzeichnis

	Seite
Kurzreferat	7
Abstract	8
1	Arbeitsschutz als Rechtspflicht: Eine Hinführung zum Thema 9
1.1	Arbeitsschutzrecht im Spannungsfeld von Gesundheits-, Daten- und Diskriminierungsschutz 9
1.2	Rechtsgrundlagen des Arbeitsschutzes 10
1.2.1	Unionsrecht 11
1.2.1.1	Primärrecht (insb. Art. 31 GRC) 11
1.2.1.2	Sekundärrecht 11
1.2.2	ArbSchG 13
1.2.2.1	Rahmengesetz 13
1.2.2.2	Konkretisierung durch Verordnungen 15
1.2.3	ASiG 15
1.2.4	ArbMedVV 15
1.2.5	SGB VII 16
1.2.6	Die Rolle von DIN-Standards, TRBS und Empfehlungen der BAuA 16
1.2.7	Zivilrecht 16
1.3	Angepasste Arbeitsplatzgestaltung und Erfassung individueller Kenngrößen als Gebot des Arbeitsschutzes? 17
1.3.1	Die Körpergröße als ergonomische Kenngröße 17
1.3.1.1	Beispiel Bildschirmarbeit 18
1.3.1.2	Beispiel Fließbandarbeit 19
1.3.2	Gesundheitsschutz als legitimer Zweck 19
1.3.3	Pflicht zur Ermittlung und Berücksichtigung individueller Kenngrößen? 21
1.3.3.1	Grundsätzlicher Vorrang kollektiver Maßnahmen und ihre Grenzen 21
1.3.3.2	Gebot individueller Untersuchung und Maßnahmen? 21
1.3.3.2.1	Pflicht zur Berücksichtigung der individuellen Eignung des Arbeitnehmers 21
1.3.3.2.2	Allgemeine Pflicht zur individuellen Anpassung der Arbeitsumgebung? 24
1.3.3.2.3	Gefährdungsbeurteilung (§ 5 ArbSchG) 27
1.3.3.2.4	Ermittlung im Rahmen individueller Schutzmaßnahmen 28
1.3.4	Zwischenfazit: Zwischen Pflicht und legitimen Interessen 28
1.4	Betriebsrat als Garant eines effektiven Arbeitsschutzes 29
1.4.1	Zwingende Mitbestimmung 29
1.4.1.1	§ 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG 29
1.4.1.2	§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG 30
1.4.2	Allgemeine Überwachungsbefugnis des Betriebsrats nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG 31
1.4.3	Förderung von Maßnahmen des Arbeitsschutzes nach § 80 Abs. 1 Nr. 9 BetrVG 31

1.4.4	Einbindung des Betriebsrats in Compliance-Pflichten des Arbeitgebers, § 89 BetrVG	32
1.4.5	Betriebsvereinbarung zu datenschutzrechtlichen Fragen?	32
2	Datenschutzrechtliche Grenzen	34
2.1	Europarechtliche Überwölbung des nationalen Datenschutzrechts	34
2.1.1	Das Datenschutzgrundrecht, Art. 8 EU-GRCh	34
2.1.2	Acquis: Richtlinie 95/46/EG	35
2.1.2.1	Vollharmonisierung	35
2.1.2.2	Umsetzung im BDSG	35
2.1.2.3	Notwendigkeit richtlinienkonformer Auslegung	36
2.2	Maßstäbe des Datenschutzrechts	36
2.2.1	Grundsatz: Verbot mit Erlaubnisvorbehalt	36
2.2.2	Erlaubnis zur Datenerhebung	37
2.2.2.1	Einwilligung des Betroffenen	37
2.2.2.1.1	Freiwilligkeit	37
2.2.2.1.2	Die informierte Einwilligung	40
2.2.2.2	Zulassung durch § 32 BDSG	40
2.2.2.2.1	Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses	40
2.2.2.2.2	Interessenabwägung	41
2.2.2.3	Regelung durch Betriebsvereinbarung	41
2.2.2.3.1	Betriebsvereinbarung als „andere Rechtsvorschrift“ i.S.v. § 4 Abs. 1 BDSG	42
2.2.2.3.2	Regelungsspielraum der Betriebsparteien: Abweichungen vom Standard des BDSG?	42
2.2.2.3.3	Übertragbarkeit auf das Personalvertretungsrecht	43
2.3	Anonymisierung der Daten (§ 3 Abs. 6 BDSG) als Weg der Datenvermeidung	45
2.4	Datenschutzrechtliche Grenzen ergonomischer Arbeitsplatzgestaltung	46
2.4.1	Anwendungsbereich des BDSG	47
2.4.1.1	Körpermaße als personenbezogenes Datum	47
2.4.1.2	Ermittlung der Körpermaße und Einstellung des Arbeitsplatzes als tatbestandsmäßige Datenverarbeitung	48
2.4.1.3	Zwischenfazit: Umfassender Anwendungsbereich des BDSG	50
2.4.1.4	Keine vorrangigen „anderen Rechtsvorschriften“ (§ 1 Abs. 3 S. 1 BDSG)	50
2.4.1.4.1	„Andere Rechtsvorschriften“ im Arbeitsschutzrecht?	50
2.4.1.4.2	Gendiagnostikgesetz als „andere Rechtsvorschrift“	50
2.4.2	Rechtfertigung nach § 4 Abs. 1 BDSG	51
2.4.2.1	Erfüllung zwingender gesetzlicher Vorgaben	52
2.4.2.1.1	Keine Gestattung im Arbeitsschutzrecht (§ 4 Abs. 1 Var. 2 und 3 BDSG)	52
2.4.2.1.2	Gestattung durch Betriebsvereinbarung (§ 4 Abs. 1 Var. 2 und 3 BDSG)	53
2.4.2.1.3	Keine Einwilligung (§§ 4 Abs. 1 Var. 4, 4a BDSG)	53
2.4.2.1.4	Rechtfertigung nach §§ 4 Abs. 1 Var. 1, 32 Abs. 1 S. 1 BDSG	53
2.4.2.1.4.1	Gesetzliche Pflichten zur Erhebung konkreter Daten	54
2.4.2.1.4.2	Allgemeine Eignungsprüfung nach § 7 ArbSchG	55
2.4.2.1.4.3	Zwingende Maßnahmen des Arbeitsschutzes (§ 3 Abs. 1 ArbSchG)	57

2.4.2.2	Datenerhebung im Rahmen des Handlungsspielraums des Arbeitgebers nach § 3 Abs. 1 S. 1. ArbSchG	58
2.4.2.2.1	Keine Gestattung im Arbeitsschutzrecht (§ 4 Abs. 1 Var. 2 und 3 BDSG)	58
2.4.2.2.2	Keine Einwilligung (§§ 4 Abs. 1 Var. 4, 4a BDSG)	59
2.4.2.2.3	Rechtfertigung nach §§ 4 Abs. 1 Var. 1, 32 Abs. 1 S. 1 BDSG	59
2.4.2.3	Überobligatorische Maßnahmen des Arbeitgebers	60
2.4.2.3.1	Keine Gestattung im Arbeitsschutzrecht (§ 4 Abs. 1 Var. 2 und 3 BDSG)	60
2.4.2.3.2	Einwilligung (§§ 4 Abs. 1 Var. 4, 4a BDSG)	61
2.4.2.3.3	Keine Rechtfertigung nach §§ 4 Abs. 1 Var. 1, 32 Abs. 1 S. 1 BDSG	61
2.4.2.4	Zwischenergebnis	61
2.5	Ausblick: Der Entwurf für eine Datenschutz-Grundverordnung	62
3	Diskriminierungsrechtliche Grenzen	64
3.1	Relevante Diskriminierungsmerkmale	65
3.1.1	Geschlecht	65
3.1.2	Alter	65
3.1.3	Behinderung	67
3.1.3.1	Problematische Definition der Behinderung	67
3.1.3.1.1	Nationale Bestimmung des Behindertenbegriffs	68
3.1.3.1.2	Unionsrechtliche Bestimmung des Behindertenbegriffs	68
3.1.3.1.3	Neubestimmung durch Urteil des EuGH in der Rs. HK Danmark?	69
3.1.3.1.4	Praxisfolgen	70
3.1.3.2	Besonderheit: Verpflichtung des Arbeitgebers aus Art. 5 RL 2000/78/EG	71
3.1.3.2.1	Inhalt der Verpflichtung	72
3.1.3.2.2	Folgen fehlender Umsetzung ins deutsche Recht	72
3.1.3.2.3	Folgen für Arbeitgeber	73
3.2	Vorliegen einer verbotenen Ungleichbehandlung	73
3.2.1	Absoluter oder relativer Maßstab?	73
3.2.2	Unterschiedliche Behandlung vs. verbotene Ungleichbehandlung	74
3.3	Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung	75
3.3.1	Zulässigkeit nach § 5 AGG	75
3.3.2	Rechtfertigung unmittelbarer Benachteiligung gem. § 8 AGG	77
3.3.2.1	Zulässigkeit einer negativen Anknüpfung	77
3.3.2.2	Entscheidende „berufliche Anforderung“	79
3.3.2.3	Arbeitsschutz als „entscheidende berufliche Anforderung“	80
3.3.2.4	Zulässigkeit von Hilfskriterien	82
3.3.3	Rechtfertigung mittelbarer Benachteiligung (§ 3 Abs. 2 AGG)	83
3.3.4	Rechtfertigung gem. § 10 AGG	85
3.4	Spezielle Diskriminierungsverbote, insb. § 4 Nr. 8 ArbSchG	86
4	Reformbedarf und Regelungsvorschlag	87
5	Leitfaden für die Praxis	89
5.1	Checkliste: Umgang mit personenbezogenen Daten	89
5.2	Checkliste: Diskriminierungsrecht	92

# Ergonomie im Spannungsfeld von Arbeits-, Daten- und Diskriminierungsschutz

## Kurzreferat

Nach § 3 Abs. 1 S. 1 ArbSchG ist der Arbeitgeber verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes unter Berücksichtigung der Umstände zu treffen, die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit beeinflussen. Nach § 4 Nr. 6 ArbSchG muss er dabei auch spezielle Gefahren für besonders schutzbedürftige Beschäftigtengruppen berücksichtigen. Will der Arbeitgeber dieser Pflicht nachkommen, muss er wissen, wie es um die körperliche Statur und Verfassung seiner Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer steht. Gleichzeitig ist der Arbeitgeber zur Datensparsamkeit verpflichtet, insbesondere bei so sensiblen Daten wie Gesundheitsdaten. Der Weg optimaler ergonomischer Gestaltung des Arbeitsplatzes kann damit ein Weg zwischen Skylla und Charybdis sein: Orientiert sich der Arbeitgeber zu wenig an der konkreten Person, kann er seinen Pflichten nach dem ArbSchG u. U. nicht nachkommen, will er mehr wissen, als nach dem Gesetz erforderlich, kann er gegen das Datenschutzrecht verstoßen. Zugleich muss er die Grenzen des Diskriminierungsrechts einhalten, will er aufgrund dieser Daten Entscheidungen treffen, die anknüpfend an Merkmalen nach § 1 AGG keine hinreichende Rechtfertigung haben.

Die vorliegende Darstellung gibt einen Überblick über die Lösung dieses Konflikts und bringt die Regelungen des Arbeitsschutzgesetzes mit denen des AGG und des BDSG in einen Ausgleich. Dabei wird deutlich, dass keinem dieser Gesetze ein absoluter Vorrang eingeräumt werden kann. Vielmehr sind alle diese Regelungen wechselseitig in Beziehung zu setzen.

Die Darstellung orientiert sich mit ihrem Aufbau an diesen Vorgaben: Im ersten Teil (Kapitel 1) wird die arbeitsschutzrechtliche Dimension der Problematik dargestellt; dem schließen sich Ausführungen zur datenschutzrechtlichen (Kapitel 2) und diskriminierungsrechtlichen (Kapitel 3) Ebene und damit verbunden den Grenzen des Arbeitsschutzes an. Kapitel 4 zeigt Reformbedarf auf, der sich aus der notwendigen Anpassung an europarechtliche Vorgaben ergibt, und schlägt eine Lösung vor. Die Bearbeitung endet mit konkreten Hinweisen, wie die Vorgaben des Arbeitsschutzes, begrenzt durch Daten- und Diskriminierungsschutz, in der Praxis berücksichtigt und umgesetzt werden können (Kapitel 5).

## Schlagwörter:

AGG, Arbeitsschutz, ArbSchG, Behinderung, Betriebsarzt, Betriebsrat, BDSG, Einwilligung, Ergonomie, Gleichbehandlung, Körpermaße

# **Ergonomics in the triangle of occupational health, data protection and anti-discrimination requirements**

## **Abstract**

According to section 3 para. 1 of the German Federal Law on Health and Safety at the Workplace (ArbSchG), the employer has to take all necessary measures to provide for the health and safety of the employees at work. To be able to comply with these duties under the ArbSchG, the employer needs information on the physical abilities and body measurements of his or her employees. At the same time, the employer also has to respect the principles of data reduction and data economy (cf. section 3a of the Federal Data Protection Act – BDSG), in particular when he processes sensitive data concerning the employees' health.

The employer is caught between a rock and a hard place: On the one hand, he risks violating the ArbSchG if he does not collect all necessary information to sufficiently protect his or her employee. On the other hand, all processing of data must comply with the provisions of the BDSG and the Federal Anti-Discrimination Act (AGG).

This paper presents a comprehensive analysis of the different legislative instruments. It indicates possible solutions to reconcile the conflicting requirements of the rules on data protection, health and safety, and anti-discrimination laws. In our view, it has become apparent that there is no hierarchy between those conflicting duties; hence it is necessary to find a proportionate and practical balance between all interests involved.

The report is structured as follows: The legal requirements of the different laws on health and safety at the workplace are described in the first chapter. This is contrasted with the employer's duties under the data protection law and the principle of non-discrimination in chapters 2 and 3. In a fourth chapter, deficiencies of the current legal regime are pointed out as well as the need for reform of the national law in order to bring it in line with requirements of EU law. In the final chapter, the results of this analysis are summarized in the form of practical guidelines.

## **Key words:**

Federal Anti-Discrimination Act (AGG), Federal Law on Health and Safety at the Workplace (ArbSchG), Federal Data Protection Act (BDSG), health and safety provisions, disability, occupational doctor, works council, consent, ergonomics, workplace design, equal treatment, human body measurements/data



# 1 Arbeitsschutz als Rechtspflicht: Eine Hinführung zum Thema

Bei der Beschäftigung von ArbeitnehmerInnen<sup>1</sup> drohen für diese vielfältige Gefahren. Das ArbSchG soll dazu dienen, diese zu minimieren und den Arbeitnehmer so weit wie möglich zu schützen. Dabei reicht der Zweck des Gesetzes aber weit über den Arbeitsschutz im engeren Sinne hinaus und soll insbesondere auch für eine menschengerechte Gestaltung der Arbeit an sich sorgen.<sup>2</sup>

Präventive Maßnahmen sind dabei naturgemäß stets wirkungsvoller als ein nachträgliches Ansetzen an den Einschränkungen. Einschränkungen des Arbeitnehmers wird dadurch frühzeitig vorgebeugt. Gerade um präventiv tätig werden zu können, bedarf es der Erhebung von individuums- und kollektivbezogenen Merkmalen der Arbeitnehmer. Je genauer die Zielgruppe bestimmt werden kann, desto effizienter können die technischen Voraussetzungen und Schutzvorrichtungen präventiv angepasst werden. Die Kehrseite eines solchen Vorgehens ist freilich, dass Personengruppen mit atypischen Merkmalen von einer Beschäftigung ausgeschlossen sind, bzw. zumindest einen weniger effizienten Schutz genießen. Die Begünstigung einer Gruppe korrespondiert damit mit der Belastung einer anderen.

Die entscheidungsrelevanten Daten lassen sich grob in drei Kategorien einteilen:

- Anthropometrische bzw. biomechanische Daten
- Kognitive Leistungsdaten
- Vitale Leistungsdaten

Sowohl hinsichtlich der konkreten Schutzmaßnahmen als auch bezüglich der notwendigen Maßnahmen zur Datenerhebung unterscheiden sich diese Kategorien in zentralen Punkten. So ist im Allgemeinen die Messung der Körpergröße weniger einschneidend als die Messung des Blutdrucks oder das Durchführen von Allergietests. Je stärker hierbei in das Persönlichkeitsrecht des Beschäftigten eingegriffen wird, umso schwieriger fällt dann eine Rechtfertigung dieser Maßnahme.

## 1.1 Arbeitsschutzrecht im Spannungsfeld von Gesundheits-, Daten- und Diskriminierungsschutz

Der Arbeitsschutz darf aber nicht behandelt werden ohne auch auf die hiermit im Zusammenhang stehenden Regelungen anderer Gesetze abzustellen. Einerseits lassen sich nämlich viele Rechtsnormen finden, die eine Pflicht des Arbeitgebers zur Wahrung des Arbeitsschutzes begründen, andererseits müssen parallel auch Grenzen anderer Gesetze eingehalten werden. In (scheinbare) Konkurrenz zu den Anforderungen des Arbeitsschutzrechts treten so insbesondere datenschutzrechtliche und diskriminierungsrechtliche Vorgaben.

---

<sup>1</sup> Auf die geschlechtsspezifische Unterteilung der Personenbenennung wurde aus Gründen der Lesbarkeit verzichtet. Soweit bei der Nennung von Personen nachfolgend die maskuline Form verwendet wird, umfasst dies gleichsam Personen männlichen und weiblichen Geschlechts.

<sup>2</sup> ErfK/Wank, 13. Aufl. 2013, § 2 ArbSchG, Rn. 1.

Allein der gute Wille, den Arbeitnehmer zu schützen, die Ergonomie zu steigern oder arbeitstechnischen Belastungen zu minimieren genügt nicht, um diese datenschutzrechtlichen oder diskriminierungsrechtlichen Grenzen zu überwinden. So wird der Arbeitgeber beispielsweise durch den Grundsatz der Datensparsamkeit begrenzt, insbesondere bei so sensiblen Daten wie Gesundheitsdaten. Der Weg hin zu einer optimalen individuell angepassten ergonomischen Gestaltung des Arbeitsplatzes, für die eine Erhebung von Körpermaßen notwendig ist, kann damit ein Weg zwischen Skylla und Charybdis sein: Orientiert sich der Arbeitnehmer zu wenig an den Schutzbedürfnissen der Arbeitnehmer, kann er seinen Pflichten nach dem ArbSchG u. U. nicht nachkommen; will er mehr wissen, als nach dem Gesetz erforderlich, könnte er gegen das Datenschutzrecht verstoßen. Zugleich muss er die Grenzen des Diskriminierungsrechts einhalten, will er aufgrund dieser Daten Entscheidungen treffen, die anknüpfend an Merkmalen nach § 1 AGG keine hinreichende Rechtfertigung haben. Im Hinblick auf ein *gender-sensitives* Vorgehen ist neben dem AGG insbesondere auch das Diskriminierungsverbot nach § 4 Nr. 8 ArbSchG zu beachten.

Je deutlicher die Pflicht zum Tätigwerden im Arbeitsschutzrecht ausgebaut ist, desto eher kommt eine datenschutz- und diskriminierungsrechtliche Zulässigkeit in Betracht. Schon die Einheit der Rechtsordnung gebietet es, dass der Gesetzgeber nicht einerseits eine Pflicht (zum Arbeitsschutz) begründen kann und andererseits diese Pflicht vor (unüberwindbare) Hürden stellt. Gleichwohl muss im Einzelfall sorgfältig geprüft werden, wie weit die Pflichten des Arbeitsschutzgesetzes reichen und wie stark die Verpflichtung des Gesetzes ausgeprägt ist.

## 1.2 Rechtsgrundlagen des Arbeitsschutzes

Arbeitnehmerschützende Regelungen lassen sich an vielen Stellen im Arbeitsrecht finden; Arbeitsrecht ist immer auch Arbeitnehmerschutzrecht.<sup>3</sup> Ein vollständiger und abschließender Überblick über sämtliche Bereiche des Arbeitsschutzrechts ist dabei durch die Vielgestaltigkeit der Regelungen kaum möglich.<sup>4</sup> Insofern passt die vor gut 35 Jahren geäußerte Einschätzung von *Herschel*, das Arbeitsschutzrecht sei ein „ungeordnetes Konglomerat buntscheckiger Normen“<sup>5</sup> auch heute noch.

Dessen ungeachtet soll hier dennoch versucht werden, die einzelnen Normen<sup>6</sup> auf ihren arbeitsschutzrechtlichen Inhalt hin zu überprüfen und die zentralen Vorschriften aufzuzeigen. Dabei rückt zunächst das Unionsrecht in das Blickfeld. Zum Zeitpunkt der Aussage *Herschels* war das Arbeitsschutzrecht allein eine nationale Angelegenheit. Die Ungeordnetheit des Arbeitsschutzrechts hat sich durch die zunehmende Bedeutung des Unionsrechts zumindest insofern gewandelt, als dass die unionsrechtlichen Vorgaben weitaus systematisierter als die entsprechenden deutschen

<sup>3</sup> S. schon *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1928, S. 25.

<sup>4</sup> *Wlotzke* BABI. 3/1981, S. 32 ff.; *Deppe/Kannegießer/Kickhuth* Arbeitsschutzsystem – Untersuchungen der Bundesrepublik Deutschland, 1980 S. 378 ff.; *Bücker/Feldhoff/Kohte*, Vom Arbeitsschutz zur Arbeitsumwelt, Rn. 87 ff.

<sup>5</sup> *Herschel*, RdA 1978, 69.

<sup>6</sup> Soweit sich aus dem Kontext nicht explizit Gegenteiliges ergibt, bezeichnet der in diesem Gutachten verwendete Begriff der „Norm“ Rechtsnormen und wird synonym zu Gesetzen gebraucht.

Normen sind.<sup>7</sup> Zugleich aber wird das Arbeitsschutzrecht durch die Überlagerung nationaler Vorschriften durch das Unionsrecht wiederum unübersichtlicher.

## 1.2.1 Unionsrecht

### 1.2.1.1 Primärrecht (insb. Art. 31 GRC)

Hauptziel des unionsrechtlichen Arbeitsschutzrechts ist es, die Gesundheit der Arbeitnehmer zu schützen.<sup>8</sup> Es dient damit dem Schutz des in Art. 3 der EU-Grundrechtecharta<sup>9</sup> verbürgten Rechts auf körperliche und geistige Unversehrtheit. Ferner setzt es auch das durch Art. 31 GRC garantierte Recht auf gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen um. Nach dessen Absatz 1 hat jeder Arbeitnehmer insbesondere das Recht auf gesunde und sichere Arbeitsbedingungen.

Damit korreliert die gesetzgeberische Kompetenz der Union, den Arbeitsschutz voranzutreiben: Nach Art. 151 AEUV ist es die Pflicht von Union und Mitgliedsstaaten eingedenk der sozialen Grundrechte, wie sie in der am 18. Oktober 1961 in Turin unterzeichneten Europäischen Sozialcharta<sup>10</sup> und in der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer von 1989<sup>11</sup> festgelegt sind, die Lebens- und Arbeitsbedingungen zu verbessern. Dabei soll die Union nach Art. 153 Abs. 1 lit. a) AEUV die Tätigkeit der Mitgliedsstaaten insbesondere bei der Verbesserung der Arbeitsumwelt zum Schutz der Gesundheit und der Sicherheit der Arbeitnehmer unterstützen. Zu diesem Zweck kann die Union nach Art. 153 Abs. 2 lit. b) im Bereich des Arbeitsschutzes durch Richtlinien Mindestvorschriften erlassen.

### 1.2.1.2 Sekundärrecht

Diese Kompetenz hat die Union genutzt, um eine ganz Reihe von Richtlinien zum Arbeitsschutz zu erlassen. Grundlegend ist die Richtlinie 89/391/EWG, die – vergleichbar dem deutschen ArbSchG – allgemeine Grundsätze für den Arbeitsschutz aufstellt. So müssen die Mitgliedsstaaten den Arbeitgeber nach Art. 5 verpflichten, für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer in Bezug auf alle Aspekte, die die Arbeit betreffen, zu sorgen. Nach Art. 6 Abs. 1 muss der Arbeitgeber die dafür erforderlichen Maßnahmen, einschließlich der Maßnahmen zur Verhütung berufsbedingter Gefahren, zur Information und zur Unterweisung sowie der Bereitstellung einer geeigneten Organisation und der erforderlichen Mittel, treffen. Art. 6 Abs. 2 listet die dabei zu berücksichtigenden Grundsätze auf:

- „a) Vermeidung von Risiken;
- b) Abschätzung nichtvermeidbarer Risiken;
- c) Gefahrenbekämpfung an der Quelle;
- d) Berücksichtigung des Faktors "Mensch" bei der Arbeit, insbesondere bei der Gestaltung von Arbeitsplätzen sowie bei der Auswahl von Arbeitsmitteln und Arbeits- und Fertigungsverfahren, vor allem im Hin-

<sup>7</sup> In diesem Sinne auch MünchHandArbR/*Kothe*, 3. Aufl. 2009, § 290 Rn. 1.

<sup>8</sup> Vgl. nur die Erwägungsgründe von Richtlinie 89/391/EWG, auf die weiter unten noch eingegangen wird.

<sup>9</sup> Der gem. Art. 6 EUV nunmehr normative Wirkung zukommt.

<sup>10</sup> Schutz der Arbeitnehmer durch Art. 3, 8, 11 ESC; am 27.1.1965 ratifiziert, BGBl. 1964 II, 1261.

<sup>11</sup> Titel I Nr. 7, 8, 9, 19, Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer.

- blick auf eine Erleichterung bei eintöniger Arbeit und bei maschinenbestimmtem Arbeitsrhythmus sowie auf eine Abschwächung ihrer gesundheitsschädigenden Auswirkungen;
- e) Berücksichtigung des Stands der Technik;
  - f) Ausschaltung oder Verringerung von Gefahrenmomenten;
  - g) Planung der Gefahrenverhütung mit dem Ziel einer kohärenten Verknüpfung von Technik, Arbeitsorganisation, Arbeitsbedingungen, sozialen Beziehungen und Einfluß der Umwelt auf den Arbeitsplatz;
  - h) Vorrang des kollektiven Gefahrenschutzes vor individuellem Gefahrenschutz;
  - i) Erteilung geeigneter Anweisungen an die Arbeitnehmer“

Nach Art. 16 der Richtlinie sollen ihre Vorgaben für einzelne Gefahrenbereiche durch weitere Einzelrichtlinien konkretisiert werden. Entsprechend hat der EU-Gesetzgeber eine ganze Reihe von weiteren Richtlinien, zu bestimmten Gefahren oder Gefahrenbereichen erlassen. Die Einzelrichtlinien mit dem am weitesten reichenden Anwendungsbereich und damit wohl auch der größten Bedeutung sind die ersten beiden Einzelrichtlinien: Die Arbeitsstättenrichtlinie 89/654/EWG (1. Einzelrichtlinie) und die Richtlinie 2009/104/EG über Mindestvorschriften für Sicherheit und Gesundheitsschutz bei Benutzung von Arbeitsmitteln (2. Einzelrichtlinie)<sup>12</sup>.

Letztere spricht – im hiesigen Kontext relevant – den Gedanken der Ergonomie direkt an. Nach Art. 7 müssen der Arbeitsplatz und die Körperhaltung, die die Arbeitnehmer bei der Benutzung der Arbeitsmittel einnehmen müssen, sowie die ergonomischen Grundsätze vom Arbeitgeber bei der Anwendung der Mindestvorschriften für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz „in jeder Hinsicht“ berücksichtigt werden.<sup>13</sup>

Im Übrigen betreffen die Einzelrichtlinien vorwiegend spezifische Gefahrensituationen, die hier nicht relevant sind:

### **1. Arbeitsstätten und Arbeitsmittel**

- Richtlinie 89/654/EWG (Arbeitsstätten allgemein)
- Richtlinie 2009/104/EG (Arbeitsmittel)
- Richtlinie 89/656/EWG (Persönliche Schutzausrüstungen)
- Richtlinie 92/29/EWG (Medizinische Versorgung auf Schiffen)
- Richtlinie 93/103/EWG (Fischereifahrzeuge)
- Richtlinie 1999/92/EG (Explosionsfähige Atmosphären)
- Richtlinie 92/58/EWG (Sicherheitskennzeichnung)

### **2. Tätigkeitsbereiche**

- Richtlinie 92/57/EWG (Ortsveränderliche Baustellen)
- Richtlinie 92/91/EWG (Mineralgewinnung durch Bohrungen)
- Richtlinie 92/104/EWG (Übertägige und untertägige mineralgewinnende Betriebe)

### **3. Spezifische Risiken durch Tätigkeiten oder Arbeitsstoffe**

- Richtlinie 90/269/EWG (Manuelle Handhabung von Lasten)
- Richtlinie 90/270/EWG (Bildschirmgeräte)
- Richtlinie 2002/44/EG (Vibrationen)
- Richtlinie 2003/10/EG (Lärm)

<sup>12</sup> Ursprünglich als Richtlinie 89/655/EWG erlassen, zwischenzeitlich wegen zahlreicher Änderungen erneut kodifiziert.

<sup>13</sup> Zur genaueren Reichweite noch unten A. II. 3. b) bb).

- Richtlinie 2004/40/EG (Elektromagnetische Felder); Änderung mit Richtlinien 2008/46/EG und 2012/11/EG
- Richtlinie 2006/25/EG (Künstliche optische Strahlung)
- Richtlinie 2009/148/EG (betrifft Asbest)
- Richtlinie 2004/37/EG (Gefährdung durch Karzinogene oder Mutagene)  
Chemische Arbeitsstoffe
- Richtlinie 98/24/EG (Chemische Arbeitsstoffe)
- Richtlinie 91/322/EWG (Richtgrenzwerte)
- Richtlinie 2000/39/EG (Arbeitsplatz-Richtgrenzwerte)
- Richtlinie 2006/15/EG (2. Liste Arbeitsplatz-Richtgrenzwerte)
- Richtlinie 2009/161/EU (3. Liste Arbeitsplatz-Richtgrenzwerte)  
Biologische Arbeitsstoffe
- Richtlinie 2000/54/EG (Gefährdung durch biologische Arbeitsstoffe)

#### **4. Bestimmte Arbeitnehmergruppen**

- Richtlinie 92/85/EWG des Rates (Schwangere Arbeitnehmerinnen)
- Richtlinie 94/33/EG des Rates (Jugendarbeitsschutz)

### **1.2.2 ArbSchG**

Das ArbSchG setzt die Anforderungen der Richtlinie 89/391/EWG<sup>14</sup> um, die in ihren Art. 5 Abs. 1 und 6 Abs. 1 eine Pflicht für Arbeitgeber normiert, „für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer in Bezug auf alle Aspekte, die die Arbeit betreffen, zu sorgen“ sowie „berufsbedingte Gefahren“ zu verhüten. Die Verpflichtungen der §§ 3 Abs. 1, 2 Abs. 1 ArbSchG sind also europarechtlich determiniert und werden durch zahlreiche Verordnungen konkretisiert.

#### **1.2.2.1 Rahmengesetz**

Entsprechend der Struktur des Unionsrechts hat auch der deutsche Gesetzgeber mit dem ArbSchG ein allgemeines Gesetz geschaffen, das allgemeine Grundsätze festlegt und durch verschiedene Verordnungen konkretisiert wird. Daher ist das 1996 eingeführte Arbeitsschutzgesetz zentrale Norm des deutschen Arbeitsschutzes. *Koh-te* bezeichnet es aus diesem Grund nicht zu Unrecht auch als „Allgemeiner Teil“ bzw. als „Grundlagengesetz“.<sup>15</sup>

So bestimmt das Gesetz dann in § 1 Abs. 1 S. 1 auch:

„Dieses Gesetz dient dazu, Sicherheit und Gesundheitsschutz der Beschäftigten bei der Arbeit durch Maßnahmen des Arbeitsschutzes zu sichern und zu verbessern.“

Allgemeine Pflichten ergeben sich dabei aus den Vorgaben des § 3 ArbSchG:

„(1) Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes unter Berücksichtigung der Umstände zu treffen, die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit beeinflussen. Er hat die Maßnahmen auf ihre Wirksamkeit zu überprüfen und erforderlichenfalls sich ändernden Gegebenheiten anzupassen. Dabei hat er eine Verbesserung von Sicherheit und Gesundheitsschutz der Beschäftigten anzustreben.

(2) Zur Planung und Durchführung der Maßnahmen nach Absatz 1 hat der Arbeitgeber unter Berücksichtigung der Art der Tätigkeiten und der Zahl der Beschäftigten

<sup>14</sup> Und der auf Ihrer Grundlage erlassenden weiteren Richtlinien, vgl. die Auflistung bei <http://eur-lex.europa.eu/de/legis/latest/chap05202010.htm>.

<sup>15</sup> MünchHandArbR/*Kohte*, 3. Aufl. 2009, § 290 Rn. 1.

1. für eine geeignete Organisation zu sorgen und die erforderlichen Mittel bereitzustellen sowie
2. Vorkehrungen zu treffen, daß die Maßnahmen erforderlichenfalls bei allen Tätigkeiten und eingebunden in die betrieblichen Führungsstrukturen beachtet werden und die Beschäftigten ihren Mitwirkungspflichten nachkommen können.“

Nach § 3 Abs. 1 S. 1 ArbSchG ist der Arbeitgeber verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes unter Berücksichtigung der Umstände zu treffen, die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit beeinflussen. Das ArbSchG setzt die Anforderungen der Richtlinie 89/391/EWG um, die in ihren Art. 5 Abs. 1 und 6 Abs. 1 eine Pflicht für Arbeitgeber normiert, „für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer in Bezug auf alle Aspekte, die die Arbeit betreffen, zu sorgen“ sowie „berufsbedingte Gefahren“ zu verhüten.

Geht man weiter ins Detail, sind die Vorgaben der Art. 5 und 6 der Richtlinie 89/391/EWG jedoch recht unterschiedlich. Deshalb sind auch im Rahmen des § 3 ArbSchG die beiden dahinterstehenden europarechtlichen Pflichten zu unterscheiden. Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 89/391/EWG enthält die grundlegende Pflicht des Arbeitgebers zur Gewährleistung von Sicherheits- und Gesundheitsschutz, während Art. 6 Richtlinie 89/391/EWG allgemeine Pflichten normiert, die diese Grundpflicht konkretisieren.<sup>16</sup> Es müssen bei § 3 ArbSchG daher drei Arten von besonderen Pflichten unterschieden werden:

- eine materielle Gewährleistungspflicht,
- Verfahrenspflichten aus § 3 Abs. 1 ArbSchG und
- Organisationspflichten aus § 3 Abs. 2 ArbSchG.<sup>17</sup>

Die materielle Gewährleistungspflicht verlangt vom Arbeitgeber, Gesundheit und Sicherheit der Beschäftigten bei der Arbeit sicherzustellen. Sie ist generalklauselartig gefasst und steht im Wechselverhältnis zu den konkreten Handlungspflichten, die in den untergesetzlichen Vorschriften des Arbeitsrechts normiert sind<sup>18</sup>. Gemeint ist damit, dass sie insbesondere durch die Pflichten aus den einzelnen Verordnungen konkretisiert wird.

Zwar spricht die Lehre überwiegend davon, dass sich die Vorschriften des allgemeinen Teils – also des ArbSchG – und die einzelne konkretisierenden Verordnungen nicht gegenseitig verdrängen, sondern in einem Verhältnis „wechselseitiger Ergänzung“<sup>19</sup> stünden. Das dürfte allerdings weniger für die materiellen Pflichten im Sinne der Gewährleistungspflicht gelten, sondern für die Verfahrens- und Organisationspflichten.<sup>20</sup>

<sup>16</sup> Vgl. zu dieser Dreiteilung Kollmer/Klindt/Kothe, ArbSchG, § 3 Rn. 2.

<sup>17</sup> Vgl. zu dieser Dreiteilung Kollmer/Klindt/Kothe, ArbSchG, 2. Aufl. 2011, § 3 Rn. 2.

<sup>18</sup> Kollmer/Klindt/Kothe, ArbSchG, 2. Aufl. 2011, § 3 Rn. 2.

<sup>19</sup> So oben Kollmer/Klindt/Kollmer, ArbSchG, 2. Aufl. 2011, § 1 Rn. 80; vgl. Pieper, ArbSchR, § 1 ArbSchG Rn. 22ff.; MünchHandArbR/Kothe, 3. Aufl. 2009, § 292 Rn. 9.

<sup>20</sup> In diesem Zusammenhang schildert Kothe das Prinzip der wechselseitigen Ergänzung, Kollmer/Klindt/Kothe, ArbSchG, 2. Aufl. 2011, § 3 Rn. 13.

### 1.2.2.2 Konkretisierung durch Verordnungen

Die das ArbSchG ergänzenden und konkretisierenden Verordnungen sind (überblickartig)<sup>21</sup>:

- Arbeitsstättenverordnung
- Arbeitsschutzverordnung zu künstlicher optischer Strahlung
- Baustellenverordnung
- Betriebssicherheitsverordnung
- Bildschirmarbeitsverordnung
- Biostoffverordnung
- Gefahrstoffverordnung
- Geräte- und Maschinenlärmschutzverordnung
- Lastenhandhabungsverordnung
- Lärm- und Vibrations-Arbeitsschutzverordnung
- PSA-Benutzungsverordnung
- Verordnung zur arbeitsmedizinischen Vorsorge
- Verordnung zum Schutze der Mütter am Arbeitsplatz
- Technische Regeln, z. B. im Umgang mit Gefahrstoffen (vgl. TRGS 200, 201, 400, 401, 510, 525, TRLV)

### 1.2.3 **ASiG**

Ergänzend dazu finden sich Regelungen im Arbeitssicherheitsgesetz (ASiG). Danach unterstützen Betriebsärzte und Fachkräfte für Arbeitssicherheit den Arbeitgeber bei der Erfüllung seiner arbeitsschutzrechtlichen Pflichten (§ 1 S. 1 und 2 ASiG). Gerade „arbeitsmedizinische und sicherheitstechnische Erkenntnisse zur Verbesserung des Arbeitsschutzes und der Unfallverhütung“ sollen durch den Einsatz entsprechender Fachkräfte umgesetzt werden (§ 1 S. 3 Nr. 2 ASiG). Neben der Beratung des Arbeitgebers liegt eine zentrale Aufgabe der Betriebsärzte in der Untersuchung der Arbeitnehmer und damit verbunden der Beurteilung der Ergebnisse bzw. deren Erfassung und Auswertung (§ 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 ASiG).

### 1.2.4 **ArbMedVV**

Konkretisiert wird die gesetzliche Regelung zudem durch die Verordnung zur arbeitsmedizinischen Vorsorge (ArbMedVV). Ziel soll es nach § 1 Abs. 1 ArbMedVV sein, „durch Maßnahmen der arbeitsmedizinischen Vorsorge arbeitsbedingte Erkrankungen einschließlich Berufskrankheiten frühzeitig zu erkennen und zu verhüten.“ Arbeitsmedizinische Vorsorge soll so zugleich einen Beitrag zum Erhalt der Beschäftigungsfähigkeit und zur Fortentwicklung des betrieblichen Gesundheitsschutzes leisten.

Zu diesem Zweck hat nach § 3 Abs. 1 S. 1 ArbMedVV der Arbeitgeber auf der Grundlage der Gefährdungsbeurteilung für eine angemessene arbeitsmedizinische Vorsorge zu sorgen. Diese besteht insbesondere aus Pflichtuntersuchungen nach § 4 ArbMedVV und Angebotsuntersuchungen nach § 3 ArbMedVV. Pflichtuntersuchungen sind in Bereichen vorgesehen, wo der Arbeitnehmer in besonderer Weise

---

<sup>21</sup> S. auch Kollmer/Klindt, ArbSchG, 2. Aufl. 2011, Erläuterung der Arbeitsschutzverordnungen.

mit Gesundheitsrisiken – etwa durch den Umgang mit gefährlichen Stoffen – in Berührung kommt, Angebotsuntersuchungen sind dort vorgeschrieben, wo die Gefahren weniger intensiv sind oder wo der Verdacht auf eine berufsbedingte Erkrankung besteht.

Vergleichbare Regelungen, die arbeitsmedizinische Untersuchungen legitimieren können, finden sich etwa in § 6 Abs. 1 BildschirmarbeitsVO, § 15 Abs. 1 Nr. 3 GefahrenstoffVO oder § 12 Abs. 2a BiostoffVO.

### **1.2.5 SGB VII**

Eine weitere öffentlich-rechtliche Pflicht zum Gesundheitsschutz folgt aus § 21 Abs. 1 SGB VII. Hiernach müssen die Arbeitgeber insbesondere die zahlreichen Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften umsetzen.

Die Norm stellt eine gewisse Parallele zu der allgemeinen Gewährleistungspflicht aus § 3 Abs. 1 ArbSchG dar.<sup>22</sup> Konkretisiert und wiederholt wird diese Pflicht zudem durch die Vorgaben in § 2 Abs. 1 der BGV A 1.

### **1.2.6 Die Rolle von DIN-Standards, TRBS und Empfehlungen der BAuA**

Von Bedeutung im Arbeitsschutzrecht sind ferner technische Standards und Empfehlungen. Diese haben jedoch als solche keine unmittelbare normative Wirkung. Sie können jedoch als Auslegungshilfe und normkonkretisierend herangezogen werden, insbesondere wenn es darum geht, den Stand gesicherter arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse im Rahmen der §§ 90, 91 BetrVG und vor allem im Sinne des § 4 Nr. 3 ArbSchG festzulegen. Gesicherte Erkenntnisse in diesem Sinne sind solche, die in DIN-Normen niedergelegt oder in den Publikationen der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin oder anderer öffentlich-rechtlicher Institutionen als solche veröffentlicht sind.<sup>23</sup>

Freilich ist diese normkonkretisierende Wirkung nicht unproblematisch, eröffnet sie doch der BAuA und dem Deutschen Institut für Normung Einfluss auf die den Arbeitgeber nach § 4 Nr. 3 ArbSchG treffenden Pflichten.<sup>24</sup> Nicht jede Empfehlung, die auch progressiv auf eine Erweiterung der Standards gerichtet sein kann, ist daher notwendigerweise als „gesicherter Stand“ im Sinne des § 4 Nr. 3 ArbSchG aufzufassen werden, sondern nur solche Standards und Verlautbarungen, die gerade den geltenden Stand zusammenfassen möchten, nicht aber auf eine Erweiterung abzielen.

### **1.2.7 Zivilrecht**

Zu diesen öffentlich-rechtlichen Normen treten zivilrechtliche Verpflichtungen zum Gesundheitsschutz. Sie finden ihre Grundlage im Arbeitsvertrag. Zu nennen ist hier als allgemeine Norm § 241 Abs. 2 BGB, der den Arbeitgeber zur Rücksicht auf die

<sup>22</sup> Kollmer/Klindt/Kothe ArbSchG § 3 Rn. 2; Kater/Leube, SGB VII, 1. Aufl. 1997, § 21 Rn. 3; Schmitt, SGB VII 4. Aufl. 2009, § 21 Rn. 3 vgl. oben A.I.2.a)

<sup>23</sup> MünchHandArbR/Kothe, 3. Aufl. 2009, § 85 Rn. 5; Kollmer/Klindt/Kothe, ArbSchG, 2. Aufl. 2011, § 2 Rn. 27; MüKoBGB/Henssler, 6. Aufl. 2012, § 618 Rn. 14; Kloepfer/Veit, NZA 1990, 121, 124 f.

<sup>24</sup> Vgl. auch Kloepfer/Veit, NZA 1990, 121, 124f.



Interessen des anderen Teils – hier der Arbeitnehmer – verpflichtet und der speziell für das Arbeitsverhältnis geltende § 618 Abs. 1 BGB. Zur Konkretisierung beider Normen werden wiederum die öffentlich-rechtlichen Vorgaben herangezogen.<sup>25</sup> Den Vorschriften des technischen Arbeitsschutzes kommt also eine Doppelwirkung zu, indem sie als Schutzpflichten über § 618 Abs. 1 BGB in das einzelne Arbeitsverhältnis hineinwirken. Sie begründen dann zusätzlich zu einer öffentlich-rechtlichen Pflicht eine privatrechtliche Verpflichtung, die der Arbeitgeber gegenüber dem einzelnen Arbeitnehmer zu erfüllen hat.<sup>26</sup> § 241 Abs. 2 und § 618 Abs. 1 BGB spiegeln also in diesem Sinne die öffentlich-rechtlichen Anforderungen und transportieren sie auf eine durch den einzelnen Arbeitnehmer einklagbare Ebene.

Allerdings begründen nicht alle öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutznormen über § 618 Abs. 1 BGB Erfüllungsansprüche im Privatrechtsverhältnis. Ob dies der Fall ist, ist vielmehr durch Auslegung zu ermitteln. Die Arbeitsschutzvorschrift muss neben ihrem öffentlich-rechtlichen Zweck gerade auch den Schutz des einzelnen Arbeitnehmers zum Ziel haben.<sup>27</sup>

### **1.3 Angepasste Arbeitsplatzgestaltung und Erfassung individueller Kenngrößen als Gebot des Arbeitsschutzes?**

#### **1.3.1 Die Körpergröße als ergonomische Kenngröße**

Es erschließt sich unmittelbar, dass die Anpassung des Arbeitsplatzes an die Körpergröße des Arbeitnehmers für die ergonomische Gestaltung des Arbeitsplatzes eine große Rolle spielt. Sowohl Sitz- als auch Steharbeitsplätze müssen – jedenfalls um ideale Ergebnisse zu erzielen – auf den individuellen Benutzer eingestellt werden. Diese arbeitswissenschaftliche Erkenntnis ist niedergelegt in einer Reihe von technischen Empfehlungen.

---

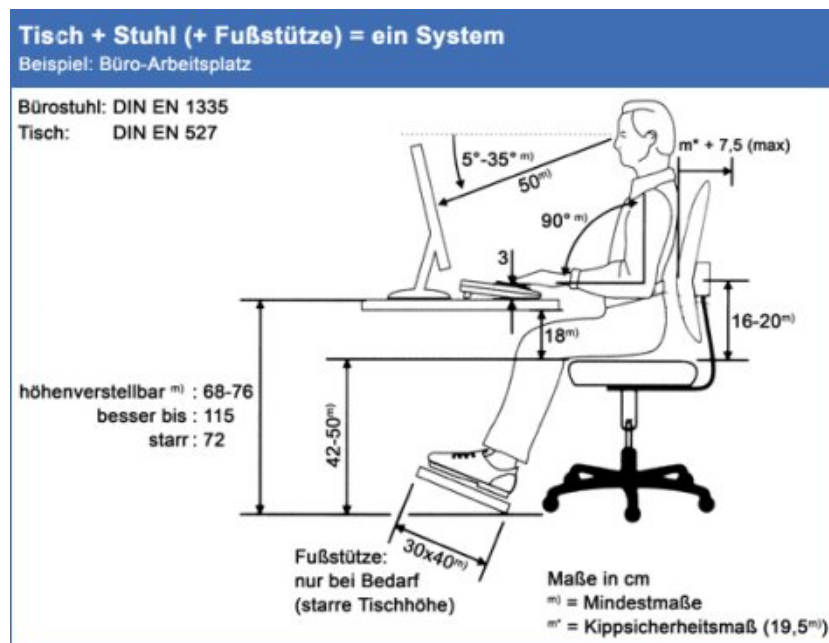
<sup>25</sup> BAG v. 10.03.1976 – 5 AZR 34/75, AP Nr. 17 zu § 618 BGB; HWK/Krause, 5. Aufl. 2012, § 618, Rn. 6, Kollmer/Klindt/Kothe, ArbSchG, 2. Aufl. 2011, § 3 Rn. 83.

<sup>26</sup> BAG v. 12.08.2008 – 9 AZR 1117/06, NZA 2009, 102.

<sup>27</sup> BAG v. 12.08.2008 – 9 AZR 1117/06, NZA 2009, 102.

### 1.3.1.1 Beispiel Bildschirmarbeit

Detaillierte Anforderungen existieren etwa für Bildschirmarbeitsplätze:



**Abb. 1.1** Bildschirmarbeitsplatz

Quelle: Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin<sup>28</sup>

Dabei zeigt sich – siehe die oben stehende Abbildung 1.1 –, dass „die Körpergröße“ keineswegs ein einziges Maß ist, sondern ihrerseits in viele verschiedene, jeweils relevante Einzelgrößen zerfällt. Denn in dem Beispiel für die richtige Einrichtung des Bildschirmarbeitsplatzes spielt nicht nur die Größe insgesamt, sondern auch die Größe der Füße, die Längen von Ober- und Unterschenkel, die Länge des Rumpfes, der Arme (jeweils wieder unterteilt in Ober- und Unterarm) und des Halses und des Kopfes (mit der Höhe der Augen) eine Rolle.<sup>29</sup> Erst alle Daten zusammengenommen erlauben eine präzise Einstellung der Arbeitshöhe und der Höhe des Bildschirms, erst dann ist der Bildschirmarbeitsplatz ergonomisch.

Dabei ist die Varianz der individuellen Größen erheblich, so bewegt sich die Sitzhöhe von Männern zwischen 85,5 und 96,5 cm, die von Frauen zwischen 81,0 und 91,0 cm,<sup>30</sup> die Augenhöhe – relevant insbesondere für die Einstellung von Bildschirmen – bei den Männern von 74,0 bis 85,5 cm, bei Frauen von 70,5 bis 80,5 cm.<sup>31</sup> Im Einzelfall muss also ein Höhenunterschied von 15 cm berücksichtigt werden. Entsprechend empfiehlt die BAuA, dass zumindest – soweit nicht extreme höhenver-

<sup>28</sup> Abrufbar unter <http://www.baua.de/de/Themen-von-A-Z/Bueroarbeit/Ergonomische-Anforderungen.html>, Auflistung der ergonomischen Anforderungen an Büroarbeitsmöbel und Arbeitsmittel.

<sup>29</sup> Vgl. zu den zahlreichen Einzeldaten Kleine Ergonomische Datensammlung, 15. Aufl. 2013, Körpermaße von in Deutschland wohnenden Erwachsenen, S. 8-16.

<sup>30</sup> Kleine Ergonomische Datensammlung, 15. Aufl. 2013, Körpermaße von in Deutschland wohnenden Erwachsenen, S. 11, Ziff. 11, jeweils 5. bzw. 95. Perzentil.

<sup>31</sup> Kleine Ergonomische Datensammlung, 15. Aufl. 2013, Körpermaße von in Deutschland wohnenden Erwachsenen, S. 11, Ziff. 12, jeweils 5. bzw. 95. Perzentil.

stellbare Tische verwandt werden können, welche auch einen Wechsel zwischen Stehen und Sitzen zulassen – der Höhenverstellbereich der (herkömmlichen) Tische bzw. der gesamten Winkelkombination mind. zwischen 680 und 760 mm, besser zwischen 650 und 850 mm liegen sollte.<sup>32</sup> Auch im Übrigen sind bei Büroarbeitsplätzen die individuellen Begebenheiten zu berücksichtigen. So sollte nach den Empfehlungen der BAuA die Maus der Anatomie der Hand angepasst, d. h. zum Handballen rund und zu den Fingern hin breiter auslaufend geformt sein. Die Größe der Maus sollte der gewölbten Hand entsprechen.<sup>33</sup>

Die relevanten technischen Empfehlungen fokussieren sich in erster Linie auf die Herstellung technischer Anpassungsmöglichkeiten. Nur vereinzelt enthalten sie auch Aussagen zu den Prozessen, die zur Umsetzung der technischen Standards nötig sind. Insbesondere wird nicht benannt, ob die konkrete Anpassung der Arbeitsumgebung in der Verantwortung des einzelnen Arbeitnehmers liegt oder sie vom Arbeitgeber durchgeführt werden muss.

### 1.3.1.2 Beispiel Fließbandarbeit

Selbstverständlich stellen sich Fragen der Ergonomie durch Anpassung der Arbeitsumgebung nicht nur im Bereich der Bildschirmarbeit. Auch der Arbeitsplatz am Fließband erfordert aus ergonomischer Sicht eine Anpassung an die Körpergröße. So empfiehlt die BAuA selbst, sowohl Steh- als auch Sitzarbeitsplätze jeweils auf die optimale Arbeitshöhe des Arbeitnehmers einzustellen.<sup>34</sup> Es wird auch empfohlen, das Fließband auf die Größe des größten Arbeitnehmers einzustellen oder aufzustocken, kleinere Beschäftigte könnten auf Podesten stehen<sup>35</sup>. Eine Anpassung an die individuellen Maße wird jedoch in vielen Fällen nicht möglich sein. Fließbänder mit einheitlicher Höhe sind oft die einzige technisch durchführbare Variante und entsprechend weit verbreitet.

Hier stellt sich die Frage nach einer Anpassung auf die Körpermaße auf anderer Ebene – darf oder muss hier der Arbeitgeber bestimmte Arbeitnehmer, die zu klein oder zu groß sind, vorher aussortieren? Besteht eine Pflicht zur Anpassung? In Extremfällen – etwa bei der Montage von Maschinen – können gewisse Größen sogar Voraussetzung sein, um bestimmte Tätigkeiten überhaupt ausüben zu können. Erreicht etwa ein Arbeitnehmer in der Autoindustrie bei der Über-Kopf-Arbeit sein Werkstück nicht, ist er für die Tätigkeit nicht geeignet. Andererseits ist gerade hier eine relativ enge Abstimmung auf die Größe der einzelnen Arbeitnehmer notwendig.

### 1.3.2 **Gesundheitsschutz als legitimer Zweck**

Dass damit eine angepasste Arbeitsplatzgestaltung, insbesondere die Anpassung an die hier besonders zu betrachtende Körpergröße, der Ergonomie dient, dürfte auf der Hand liegen. Unzweifelhaft dienen daher Maßnahmen des Arbeitgebers zur besse-

<sup>32</sup> <http://www.baua.de/de/Themen-von-A-Z/Bueroarbeit/Ergonomische-Anforderungen.html>, Auflistung der ergonomischen Anforderungen an Büroarbeitsmöbel und Arbeitsmittel, Ziff. 2

<sup>33</sup> <http://www.baua.de/de/Themen-von-A-Z/Bueroarbeit/Ergonomische-Anforderungen.html>, Auflistung der ergonomischen Anforderungen an Büroarbeitsmöbel und Arbeitsmittel, Ziff. 8.

<sup>34</sup> Vgl. nur Sitzlust statt Sitzfrust – sitzen bei der Arbeit und anderswo, S. 22, abrufbar unter <http://www.baua.de/de/Publikationen/Broschueren/A31.html> (abgerufen am 31.07.2013).

<sup>35</sup> Technischen Regeln für Betriebssicherheit (TRBS) 1151 (abgedruckt im GMBI. Nr. 47 vom 27. Oktober 2007, Seite 934ff.) Ziff. 5.4.7.2., S. 23.

ren, sprich ergonomischeren, Ausgestaltung der Arbeitsplätze einem legitimen Interesse, nämlich dem Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer. Dieses ist sowohl europarechtlich (Art. 7 der Richtlinie 2009/104/EG) und einfachgesetzlich (§ 1 Abs. 1 S. 1 ArbSchG) wie auch grundgesetzlich (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) geschützt. In der im Datenschutz- wie im Diskriminierungsrecht letztlich vorzunehmenden Abwägung streiten daher erhebliche Belange für den Arbeitgeber, der die Körpermaße seiner Arbeitnehmer zur Verbesserung der Ergonomie erheben und entsprechende Maßnahmen umsetzen möchte.

Allerdings ist auch zu berücksichtigen, dass das Anliegen des Gesundheitsschutzes letztlich nur eines von vielen ist, das sich in der Abwägung gegen andere Interessen durchsetzen muss. Der Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) steht einer allzu detaillierten Untersuchung persönlicher Kenngrößen entgegen. In Konkretisierung des grundrechtlichen Schutzauftrages setzt hier das Datenschutzrecht Grenzen. Ferner können übermäßig strenge Anforderungen des Arbeitgebers an die Gesundheit oder an die persönliche gesundheitliche Eignung des Arbeitnehmers auch dem Interesse des Arbeitnehmers widersprechen. Denn legt er sehr strenge Anforderungen an, werden viele Arbeitnehmer für die Arbeit nicht in Betracht kommen. Derartige Anforderungen können daher die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) des Arbeitnehmers einschränken. Ferner kann die Orientierung an Eignungskriterien auch zu einer verbotenen Diskriminierung nach dem AGG oder nach § 4 Nr. 8 ArbSchG führen, wenn die Eignung mit bestimmten Merkmalen wie Geschlecht oder Alter korreliert.

Einen erhöhten Stellenwert in der Abwägung hat der Gesundheitsschutz allerdings insoweit, als dass Arbeitsschutzrecht selbst dem Arbeitgeber die Pflicht auferlegt, Arbeitsplätze an den einzelnen Arbeitnehmer anzupassen. Eine solche Pflicht stellte eine konkludente Gewichtung der widerstreitenden Interessen durch den Gesetzgeber selbst dar, denn wenn der Gesetzgeber dem Arbeitgeber Pflichten aufgibt, die Datenerhebung und Auswahlentscheidungen zwingend voraussetzen, spricht viel dafür, dass der Gesetzgeber Datenerhebung und Auswahlentscheidung auch für zulässig hält. Die im Arbeitsschutzrecht ausgesprochene Gewichtung der Interessen kann daher im Rahmen des Datenschutz- und Diskriminierungsrechts eine zumindest indirekte Geltung beanspruchen. Ob arbeitsschutzrechtliche Gebote im Einzelfall sogar einen weitere datenschutzrechtliche Prüfung gem. § 4 Abs. 1 S. 1 Var. 2 oder Var. 3 BDSG entbehrlich machen, wird unten ausführlicher beleuchtet.<sup>36</sup>

Bevor solche Fragen diskutiert werden, soll jedoch zunächst die Prämisse geklärt werden: Besteht überhaupt eine Pflicht des Arbeitgebers zur angepassten Arbeitsplatzgestaltung und zur Auswahl der Arbeitnehmer nach arbeitsschutzrechtlichen Gesichtspunkten sowie zur Ermittlung der dafür nötigen Kenngrößen?

---

<sup>36</sup> Abschnitt B. IV. 3.a)aa).

### 1.3.3 Pflicht zur Ermittlung und Berücksichtigung individueller Kenngrößen?

#### 1.3.3.1 Grundsätzlicher Vorrang kollektiver Maßnahmen und ihre Grenzen

Grundsätzlich ist dem Arbeitsschutzrecht eine Tendenz zur kollektiven Betrachtung eigen, die der Berücksichtigung individueller Maße des einzelnen Arbeitnehmers zuwiderläuft. Die Rahmenrichtlinie schreibt ausdrücklich vor, dass kollektiver Gefahrenschutz dem individuellen Gefahrenschutz vorgeht (Art. 6 Abs. 2 lit. h) Richtlinie 89/391/EWG). Gleichzeitig sind Gefahren an der Quelle zu bekämpfen (Art. 6 Abs. 2 lit. c) Richtlinie 89/391/EWG).

Die Grundvorgabe des Arbeitsschutzrechtes geht damit dahin, ein Arbeitsumfeld zu schaffen, in dem gerade die individuellen Eigenschaften der Arbeitnehmer keine Rolle mehr spielen: Lärm soll insgesamt vermieden werden, weshalb sowohl lärmempfindliche wie lärmunempfindliche Arbeitnehmer beschäftigt werden können. Es sollen zur Bewegung von Lasten mechanische Hilfsmittel verwandt und nicht nur starke Arbeitnehmer beschäftigt werden, es sollen höhenverstellbare Tische eingesetzt werden und nicht nur die Arbeitnehmer einer bestimmten Größe. Dieser Ansatz schützt gleichzeitig das Persönlichkeitsrecht wie die Berufsfreiheit der Arbeitnehmer (Art. 12 Abs. 1 GG), denn so bedarf es weder der Ermittlung persönlicher Daten noch werden Grenzen für die Beschäftigung einzelner Arbeitnehmer geschaffen.

Die Maßnahmen zur Schaffung eines neutralen Arbeitsumfeldes haben jedoch eine Grenze, die weniger denkgesetzlicher als wirtschaftlicher Natur ist: Es mag durchaus möglich sein, dass durch geeignete technische Maßnahmen nahezu alle physischen Belastungen der Arbeitnehmer vermieden werden und daher individuelle Schutzmaßnahmen und auch ein Eingehen auf ihre persönlichen Belange nicht mehr erforderlich ist. Zu finanzieren ist eine solche Ideallösung jedoch nicht, weshalb sie regelmäßig ausscheidet. Das hinter dem Arbeitsschutzrecht stehende Interesse der Arbeitnehmer am Gesundheitsschutz (Art. 2 Abs. 2 GG) muss letztlich abgewogen werden mit der Unternehmerfreiheit des Arbeitgebers (Art. 12, 14 GG). Diese verbietet es, dem Arbeitgeber grenzenlos Schutzmaßnahmen aufzuerlegen. Entsprechend geht das Arbeitsschutzrecht selbst davon aus, dass derartige kollektive Maßnahmen zwar vorrangig sind, aber dennoch individuelle Schutzmaßnahmen nicht entbehrlich machen – Art. 6 Abs. 2 lit. h) der Richtlinie 89/391/EWG spricht entsprechend von einem Vorrang, nicht aber von einer absoluten Pflicht.

#### 1.3.3.2 Gebot individueller Untersuchung und Maßnahmen?

Daher ist es durchaus denkbar, dass auch die Berücksichtigung individueller Eigenschaften im Rahmen des Arbeitsschutzes geboten ist.

##### 1.3.3.2.1 Pflicht zur Berücksichtigung der individuellen Eignung des Arbeitnehmers

Es liegt im Rahmen des unternehmerischen Ermessens des Arbeitgebers, das Anforderungsprofil von Arbeitsstellen oder einzelnen Aufgaben festzulegen.<sup>37</sup> Das Arbeitsschutzrecht verlangt dann allerdings vom Arbeitgeber, dass er bei der Übertra-

<sup>37</sup> Kollmer/Klindt/A.P. Schack-W. Schack, ArbSchG, 2. Aufl. 2011, § 7 Rn. 47 unter Verweis auf BAG v. 7.11.1996 – 2 AZR 811/95, AP Nr. 82 zu § 1 KSchG 1996 – betriebsbedingte Kündigung.

gung der Aufgaben an einen Arbeitnehmer die Eignung dieses Arbeitnehmers in Bezug auf Sicherheit und Gesundheit berücksichtigt (Art. 6 Abs. 3 lit. b) Richtlinie 89/391/EWG). Der Arbeitgeber hat also die unternehmerische Freiheit, die Aufgaben der Arbeitnehmer zu definieren; als Korrelat dazu muss er aber sicherstellen, dass die mit der Erfüllung dieser Aufgaben betrauten Arbeitnehmer ihre Tätigkeit auch sicher ausüben können.

Was dies praktisch bedeutet, wird etwa in § 3 der Verordnung über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der manuellen Handhabung von Lasten bei der Arbeit (Lastenhandhabungsverordnung – LasthandhabV) deutlich: Dort heißt es ausdrücklich, dass der Arbeitgeber bei der Übertragung von Aufgaben der manuellen Handhabung von Lasten, die für die Beschäftigten zu einer Gefährdung für Sicherheit und Gesundheit führen, die körperliche Eignung der Beschäftigten zur Ausführung der Aufgaben zu berücksichtigen hat. Dies bedeutet, dass der Arbeitgeber bei der Auswahl seiner Arbeitnehmer berücksichtigen muss, inwiefern sie körperlich zum Lastentragen geeignet sind. Dass hierbei selbstverständlich Geschlecht und – im hiesigen Kontext besonders relevant – die Körpergröße eine entscheidende Rolle spielen werden, ist evident.

Die Pflicht zur Berücksichtigung der Eignung ist nicht auf die LasthandhabV beschränkt, sondern zieht sich durch das gesamte Arbeitsschutzrecht, da es sich um eine Pflicht aus der Rahmenrichtlinie 89/391/EWG (insb. Art. 6 Abs. 3 lit. b) handelt. Für das deutsche Recht spricht dies noch einmal § 7 ArbSchG – entsprechend im allgemeinen Teil des Arbeitsschutzrechtes – aus. Danach ist bei der Übertragung von Aufgaben auf Beschäftigte durch den Arbeitgeber je nach Art der Tätigkeit zu berücksichtigen, ob die Beschäftigten befähigt sind, die für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz bei der Aufgabenerfüllung zu beachtenden Bestimmungen und Maßnahmen einzuhalten. Der Wortlaut dieser Norm ist irreführend. Er bezieht sich scheinbar nur auf die Einhaltung konkreter Schutzmaßnahmen, nicht aber auf die Eignung für die Stelle insgesamt. Der Arbeitnehmer muss also etwa ein kompliziertes Verfahren zum sicheren Umgang mit Gefahrstoffen beherrschen, scheinbar nicht aber groß genug sein, um an Bauteile in einer bestimmten Höhe bequem heranzureichen. Dass dieser Wortlaut zu eng ist, ist jedoch im Ergebnis unumstritten. Eine unionsrechtskonforme Auslegung gebietet hier eine extensive Interpretation. In der Literatur wird insbesondere auch die Körpergröße als Eigenschaft genannt, die je nach Tätigkeit notwendig sein kann.<sup>38</sup> Auch andere körperliche Eignungen wie Körperkräfte und körperliche Belastungsfähigkeit können je nach Aufgabe eine Rolle spielen.<sup>39</sup>

Damit wird § 7 ArbSchG dahingehend ausgelegt, dass er allgemein eine individuelle Eignungsprüfung der Arbeitnehmer erfordert. Damit werden die grundsätzlich objektiven und kollektiven (§ 4 Nr. 5 ArbSchG erklärt ausdrücklich individuelle Maßnahmen nachrangig gegenüber anderen Maßnahmen) Anforderungen des Arbeitsschutzes mit einer individuellen Eignungsanforderung überwölbt. Diese Auslegung ist schon deshalb zwingend, weil nur sie Art. 6 Abs. 3 lit. b) der Richtlinie 89/391/EWG umsetzt, wonach der Arbeitgeber bei Übertragung von Aufgaben an einen Arbeitnehmer dessen Eignung in Bezug auf Sicherheit und Gesundheit berücksichtigen

---

<sup>38</sup> Kollmer/Klindt/A.W.Schack/P.Schack, 2. Aufl. 2011, § 7 Rn. 25; Landmann/Rohmer/Kollmer, Gewerbeordnung, 62. Erg.-Lfg. 2013, § 7 ArbSchG Rn. 15.

<sup>39</sup> Kollmer/Klindt/A.W.Schack/P.Schack, 2. Aufl. 2011, § 7 Rn. 25.

muss. Dies bringt deutlich klarer als das nationale Recht zum Ausdruck, worum es eigentlich geht: Dort, wo die Schaffung einer vollständig gefahrneutralen Arbeitsumgebung nicht möglich ist, sollen nur Arbeitnehmer eingesetzt werden, für die der Einsatz keine unzulässige Gefährdung darstellt. Danach kann eine individuelle Untersuchung der Eignung der Arbeitnehmer arbeitsschutzrechtlich erforderlich sein.

Wie weit diese Untersuchung gehen muss, inwieweit also der Arbeitgeber die „arbeitsschutzrechtliche Eignung“ des Arbeitnehmers ermitteln muss, lässt sich dem Gesetz allerdings nicht unmittelbar entnehmen, sondern ergibt sich erst durch eine Abwägung im Einzelfall.<sup>40</sup> Das ist wenig überraschend, denn letztlich sind verschiedene Interessen zum Ausgleich zu bringen: Schon unterschiedliche Interessen desselben Arbeitnehmers kollidieren. Der Schutz der körperlichen Unversehrtheit erfordert eine möglichst detaillierte Untersuchung der Eignung und ggf. das Ergreifen entsprechender Schutzmaßnahmen. Der Persönlichkeitsschutz steht dagegen einer allzu tiefgreifenden Untersuchung persönlicher Kenngrößen entgegen. Dieses Interesse wird durch das Datenschutzrecht geschützt. Ferner kann eine zu strenge Orientierung an Eignungskriterien auch der Berufsfreiheit des Arbeitnehmers (Art. 12 Abs. 1 GG) zuwiderlaufen, denn fordert man eine zu strenge Eignungsprüfung, kann dies dazu führen, dass der Arbeitnehmer die Arbeit nicht ausüben darf. Ferner kann eine Orientierung an Eignungskriterien auch das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer verletzen und/oder zu einer verbotenen Diskriminierung nach dem AGG führen. Das ist der Fall, wenn die Eignung mit bestimmten Merkmalen wie Geschlecht oder Alter korreliert.

Es bedarf daher einer Untersuchung von datenschutz- und diskriminierungsrechtlichen Vorgaben, bevor in dieser Frage eine Antwort gegeben werden kann. Leitlinien können etwa der bisherigen Rechtsprechung zum Fragerecht entnommen werden.<sup>41</sup> Danach steht dem Arbeitgeber bei der Einstellung eines Arbeitnehmers ein Fragerecht nur insoweit zu, als er im Zusammenhang mit dem zu begründenden Arbeitsverhältnis ein berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung von Fragen hat.<sup>42</sup> Bei einer arbeitsschutzrechtlichen Eignungsprüfung sind damit drei unterschiedliche Interessengruppen zu berücksichtigen:

- das Interesse des Arbeitnehmers an der Wahrung seiner Privatsphäre und dem Schutz seiner Gesundheit,
- das Interesse am Erhalt des Arbeitsplatzes und
- das Interesse des Arbeitgebers, bei einem vertretbaren wirtschaftlichen Aufwand seine Pflicht aus § 7 ArbSchG zu erfüllen.

Zu kurz greift daher die Aussage, aus § 7 ArbSchG folge ein berechtigtes Interesse für jede Frage, die der Befähigungsermittlung diene und sie seien daher stets zulässig.<sup>43</sup> Auch die genetische Untersuchung, ob ein Kellner eine genetische Prädisposition hat, an einer Suchtkrankheit zu erkranken, dient durchaus der Ermittlung, ob er

<sup>40</sup> Vgl. auch Kollmer/Klindt/A.P. Schack-W.Schack, ArbSchG, 2. Aufl. 2011, § 7 Rn. 49.

<sup>41</sup> Vgl. auch Kollmer/Klindt/A.P. Schack-W.Schack, ArbSchG, 2. Aufl. 2011, § 7 Rn. 49.

<sup>42</sup> Vgl. etwa BAG v. 07.06.1985 – 2 AZR 270/83, NJW 1985, 645; v. 05.10.1995 – 2 AZR 923/94, NJW 1996, 2323; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2. Aufl. 2013, Rn. 386.

<sup>43</sup> So aber jedenfalls tendenziell Kollmer/Klindt/A.P. Schack-W.Schack, ArbSchG, 2. Aufl. 2011, § 7 Rn. 49.

für den Umgang mit alkoholischen Getränken und damit seine Tätigkeit geeignet ist. Dennoch ist diese Frage nach § 20 GenDG unzulässig. Auch dort, wo die Frage als solche zulässig ist, dürfte ein Fragerecht nur bestehen, soweit es gerade durch das Arbeitsrechts gefordert wird. Denn im Übrigen ist eine Einschränkung des Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers nicht gerechtfertigt. Die Gretchenfrage lautet also: Welches Maß an Gesundheitsschutz und damit Eignungsuntersuchung erfordert das Arbeitsschutzrecht?

Dabei dürfte zunächst feststehen, dass der Arbeitgeber hinsichtlich des Maßes der erforderlichen Untersuchungen – also wie weit er die Eignung der Arbeitnehmer für eine bestimmte Aufgabe untersuchen möchte – ein Beurteilungsspielraum zukommt. Rechtsprechung zu § 7 ArbSchG ist bisher nicht ergangen, einen vergleichbaren Beurteilungsspielraum nimmt das BAG aber für die Durchführung und Reichweite die Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG und § 3 BildschirmArbV an. Diese Normen seien ausfüllungsbedürftige Rahmenvorschriften, die keine zwingenden Vorgaben, wie die Gefährdungsbeurteilung, enthielten. Vielmehr ließen sie dem Arbeitgeber Handlungsspielräume bei der Umsetzung.<sup>44</sup> Angesichts einer vergleichbaren Normstruktur dürfte dies auch für § 7 ArbSchG gelten. Auch die Literatur spricht davon, dass die Vorschrift „sehr offen“ formuliert sei.<sup>45</sup>

Innerhalb dieses Beurteilungsspielraums muss der Arbeitgeber die bei der jeweiligen Tätigkeit angemessenen Maßnahmen zur Feststellung der Eignung treffen. Welcher Art diese sind, ist wie gezeigt durch Abwägung der verschiedenen Belange zu ermitteln. Dies setzt allerdings eine Untersuchung auch der einschlägigen datenschutzrechtlichen Vorgaben voraus. Erst danach lassen sich konkrete Leitlinien für Reichweite der Untersuchung entwickeln.<sup>46</sup>

#### 1.3.3.2.2 Allgemeine Pflicht zur individuellen Anpassung der Arbeitsumgebung?

Aus Sicht der Ergonomie spricht ferner viel dafür, dass jedenfalls dem Arbeitnehmer fest zugeordnete Arbeitsplätze auf seine individuellen Bedürfnisse eingestellt werden. Denn nur so kann etwa im Sinne des Belastungs-Beanspruchungskonzepts<sup>47</sup> der individuell unterschiedlichen Beanspruchung Rechnung getragen werden. Sinnvoll wäre es also durchaus, die Höhe des Arbeitstisches, des Stuhls und des Bildschirms auf die Bedürfnisse des einzelnen Arbeitnehmers einzustellen. So erfordert das von *Rohmert* und *Rutenfranz* entwickelte Belastungs-Beanspruchungskonzept mit der Untersuchung der beim einzelnen Arbeitnehmer entstehenden Beanspruchung eine weitgehende Individualisierung.<sup>48</sup> Erwähnung findet es etwa in Technischen Regeln für Betriebssicherheit (TRBS), die von dem beim Bundesministerium für Arbeit und Soziales gebildeten Ausschuss für Betriebssicherheit erarbeitet wurden.

<sup>44</sup> BAG v. 08.06.2004 – 1 ABR 4/03, NZA 2005, 227, 230. Bestätigt in BAG v. 12.08.2008 – 9 AZR 1117/06, NZA 2009, 102, Rn. 30.

<sup>45</sup> Kollmer/Klindt/A.P. Schack-W.Schack, ArbSchG, 2. Aufl. 2011, § 7 Rn. 1.

<sup>46</sup> Unten B. IV. 3. a) dd) (2).

<sup>47</sup> Dazu oben A. II. 1).

<sup>48</sup> *Rohmert/Rutenfranz*, Arbeitswissenschaftliche Beurteilung der Belastung und Beanspruchung, an unterschiedlichen industriellen Arbeitsplätzen. Bonn: BMA Referat Öffentlichkeitsarbeit, 1975. Dazu auch Kollmer/Klindt/Schmidt, ArbSchG, 2. Aufl. 2011, Systematische Darstellungen, Abschnitt A. Physiologische, psychologische, psychische und organisatorische Aspekte, Rn. 34ff.



Der Gedanke einer Pflicht zur individuellen Anpassung der Arbeitsumgebung findet sich auch in Art. 7 der Richtlinie 2009/104/EG wieder: Dort heißt es, dass der Arbeitsplatz und die Körperhaltung, die die Arbeitnehmer bei der Benutzung der Arbeitsmittel einnehmen müssen, sowie die ergonomischen Grundsätze vom Arbeitgeber bei der Anwendung der Mindestvorschriften für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz in jeder Hinsicht „zu berücksichtigen“ sind. Damit ist der Gedanke der Ergonomie gesetzlich verankert. Berücksichtigt werden muss er vom Arbeitgeber insbesondere im Rahmen der allgemeinen Pflicht nach Art. 3 der Richtlinie, wonach der Arbeitgeber die erforderlichen Vorkehrungen zu treffen hat, damit die den Arbeitnehmern im Unternehmen bzw. Betrieb zur Verfügung gestellten Arbeitsmittel für die jeweiligen Arbeiten geeignet sind oder zweckentsprechend angepasst werden, so dass bei der Benutzung die Sicherheit und der Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer gewährleistet sind.

Der Begriff „in jeder Hinsicht zu berücksichtigen“ lässt allerdings Interpretationsspielräume zu, in welchem Maße diese umgesetzt werden müssen. Insbesondere ist nicht geklärt, ob eine kollektive Betrachtung der ergonomischen Eignung und der Körperhaltung ausreicht oder ob sie auf den einzelnen Arbeitnehmer heruntergebrochen werden muss. In ersterem Fall wäre eine Erhebung persönlicher Daten nicht erforderlich, im letzteren dagegen schon.

Weiter konkretisiert wird diese indes durch die Verordnung über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Bereitstellung von Arbeitsmitteln und deren Benutzung bei der Arbeit, über Sicherheit beim Betrieb überwachungsbedürftiger Anlagen und über die Organisation des betrieblichen Arbeitsschutzes (Betriebssicherheitsverordnung – BetrSichV), die der Umsetzung der Richtlinie dient. Sie wiederholt in § 4 Abs. 4 noch einmal das Gebot, für die Bereitstellung und Benutzung von Arbeitsmitteln auch die ergonomischen Zusammenhänge zwischen Arbeitsplatz, Arbeitsmittel, Arbeitsorganisation, Arbeitsablauf und Arbeitsaufgabe zu berücksichtigen, was insbesondere auch für die Körperhaltung, die Beschäftigte bei der Benutzung der Arbeitsmittel einnehmen müssen, gelten soll. Auch dies ist bei den erforderlichen Maßnahmen, die der Arbeitgeber nach § 4 Abs. 1 BetrSichV treffen muss, damit den Beschäftigten nur Arbeitsmittel bereitgestellt werden, die für die am Arbeitsplatz gegebenen Bedingungen geeignet sind und bei deren bestimmungsgemäßer Benutzung keine Gesundheitsgefahren entstehen, zu berücksichtigen.

Was dabei nach dem Stand der Arbeitswissenschaft gem. §§ 4 BetrSichV, 4 Nr. 3 ArbSchG erforderlich ist, wurde von dem nach § 24 Abs. 1 BetrSichV beim Bundesministerium für Arbeit und Soziales gebildeten Ausschuss für Betriebssicherheit erarbeitet und in den Technischen Regeln für Betriebssicherheit (TRBS) niedergelegt. Diese technischen Regeln enthalten einerseits die gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnisse (§ 24 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 BetrSichV), andererseits Regeln, wie die in dieser Verordnung gestellten Anforderungen erfüllt werden können (§ 24 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 BetrSichV). Diese Regeln wurden vom Ministerium nach § 24 Abs. 5 S. 1 BetrSichV im Gemeinsamen Ministerialblatt veröffentlicht.

Die TRBS 1151<sup>49</sup> befassen sich mit „Gefährdungen an der Schnittstelle Mensch – Arbeitsmittel – Ergonomische und menschliche Faktoren“. Danach sind nach bei der

---

<sup>49</sup> GMBI. Nr. 47 vom 27. Oktober 2007, Seite 934ff.

Gefährdungsbeurteilung nach §§ 3 BetrSichV, 5 ArbSchG – dazu sogleich noch – insbesondere auch die Körpermaße (Finger, Hand, Arm, Körpergröße), für die Arbeitsaufgabe notwendige Bewegungsgeschwindigkeit, Bedienfrequenz, Beweglichkeit, Reichweite, Bewegungsraum und Beinfreiheit und die Belastung durch eine ungünstige Körperhaltung zu ermitteln<sup>50</sup>. Ferner wird vorgeschlagen, dass Maschinen zur Verbesserung der Ergonomie aufgestockt werden können, wobei sich die Höhe an dem größten Beschäftigten zu orientieren habe, kleinere Beschäftigte könnten auf Podesten stehen<sup>51</sup>. Als organisatorische Maßnahmen werden unter anderem vorgeschlagen, Arbeitsmittel auszuwählen, die den Körpermaßen oder der Leistungsfähigkeit des jeweiligen Benutzers angepasst sind<sup>52</sup>, und die Arbeitnehmer hinsichtlich einer günstigen Körperhaltung zu unterweisen.<sup>53</sup>

Demnach ist eine Berücksichtigung der ergonomischen Kenngrößen der Arbeitnehmer nach der BetrSichV arbeitsschutzrechtlich geboten. Daraus resultiert aber nicht automatisch eine individuelle Pflicht zur Anpassung an den einzelnen Arbeitnehmer. Ebenso wenig müssen zwingend die einzelnen Daten der Arbeitnehmer erhoben werden. Die Anpassung kann vielmehr auch anhand bestimmter Gruppen von Arbeitnehmern vorgenommen werden, aus denen dann der jeweilige Arbeitnehmer wählen kann. Der Rückgriff auf die tatsächlich Betroffenen muss also nicht erfolgen. Das gilt auch für die Einstellung der Höhe des Steharbeitsplatzes auf den „größten Arbeitnehmer“, wie sie die TRBS vorsehen. Auch diese Einstellung muss sich nicht an einem tatsächlichen Arbeitnehmer orientieren, sondern an dem größten zu Erwartenden oder einem näherungsweise Modell. Im Übrigen ist die Einstellung auf die individuellen Bedürfnisse der Arbeitnehmer ohnehin nur ein Weg, die Anforderungen der BetrSichV zu erfüllen. Ebenso ist es zulässig, größenverstellbare Arbeitsmittel zu verwenden und die Arbeitnehmer in der richtigen Einrichtung ihres Arbeitsplatzes zu unterrichten. Einer Vornahme der Einstellung durch den Arbeitgeber bedarf es nicht.

Gleiches gilt *mutatis mutandis* auch für die Verordnung über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeit an Bildschirmgeräten (BildschirmarbeitsV). In Ziffer 7 des Anhangs wird gefordert, dass die Tastatur und die sonstigen Eingabemittel auf der Arbeitsfläche variabel angeordnet werden können – die Anordnung selbst erfolgt aber durch den Arbeitnehmer. Nach Ziffer 10 muss die Arbeitsfläche eine flexible Anordnung des Bildschirmgeräts, der Tastatur, des Schriftguts und der sonstigen Arbeitsmittel ermöglichen und ausreichend Raum für eine ergonomisch günstige Arbeitshaltung bieten. Auch hier wieder heißt es nur, dass dem Arbeitnehmer ausreichend Raum zur Einstellung des Arbeitsplatzes und die Möglichkeit dazu einzuräumen ist. Nicht aber ist erforderlich, diese Einstellung für ihn vorzunehmen. Nach Ziffer 11 heißt es gleichsinnig, dass der Arbeitsstuhl als solcher ergonomisch – also verschiedene Einstellungen ermöglichen – muss. Auch Ziffer 12 spricht davon, dass der Vorlagenhalter verstellbar sein muss. Nach Ziffer 13 ist dem Arbeitnehmer auf seinen Wunsch hin eine Fußstütze zur Verfügung zu stellen, wenn eine ergonomisch günstige Arbeitshaltung sonst nicht erreicht werden kann. Gerade diese Ziffer zeigt deutlich die Struktur der Vorschriften: Der Arbeitgeber muss – entsprechend dem Grundsatz des kollektiven Arbeitsschutzes – Arbeitsbedingungen schaffen, mit de-

<sup>50</sup> TRBS 1151 – Ziff. 3.2. Nr. 4.

<sup>51</sup> TRBS 1151 – Ziff. 5.4.7.2., S. 23.

<sup>52</sup> TRBS 1151 – Ziff. 5.2. Nr. 3, S. 13 .

<sup>53</sup> TRBS 1151 – Ziff. 5.2. Nr. 1, S. 12.

nen verschiedene Arbeitnehmer zurechtkommen. Sich in diesen einzurichten, ist dann aber Aufgabe der Arbeitnehmer.

Eine Rechtspflicht zu einer Individualisierung der Arbeitsplätze gibt es also – *de lege lata* – nicht, zumindest nicht generell.

Bestätigt wird dies auch durch einen Blick in die allgemeine Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV). Pflichten zu angepassten Arbeitsplatzgestaltungen sind dort nicht zu finden. In Ziffer 3.3. heißt es etwa lediglich lapidar, dass dort, wo dies möglich ist, den Arbeitnehmern Sitzgelegenheiten zu stellen sind. Wie diese beschaffen sein müssen, lässt sich dem Gesetz aber nicht entnehmen. Dass diese Sitzgelegenheiten auf die einzelnen Arbeitnehmer eingestellt sind, entspricht sicherlich der Stoßrichtung des Arbeitsschutzrechtes, es erfordert eine individuelle Einstellung jedoch nicht.

Fehlt es damit zwar an Normen, die eine individuelle Einstellung der Arbeitsumgebung durch den Arbeitgeber erfordern, so kann sich dennoch der Handlungsspielraum, den das ArbSchG dem Arbeitgeber zur Schaffung einer sicheren Arbeitsumgebung nach § 3 Abs. 1 S. 1 ArbSchG grundsätzlich einräumt, im Einzelfall darauf reduzieren, auf den einzelnen Arbeitnehmer angepasste Maßnahmen vorzunehmen, etwa weil sich sonst ein angemessenes Maß an Arbeitsschutz nicht erreichen lässt. In diesem Fall besteht dann auch eine Rechtspflicht, die entsprechenden Maßnahmen vorzunehmen. Wann eine solche Rechtspflicht anzunehmen ist, lässt sich allerdings pauschal dem Gesetz nicht entnehmen, sondern ergibt sich aus der Abwägung zwischen den Grundrechten des Arbeitgebers, insbesondere seinen wirtschaftlichen Interessen, und dem Interesse des Arbeitnehmers an einem effektiven Gesundheitsschutz.<sup>54</sup> Dabei ist der Stand von Arbeitswissenschaft und Technik gem. § 4 Nr. 3 ArbSchG zu berücksichtigen.

Soweit danach öffentlich-rechtliche Verpflichtungen aus § 3 Abs. 1 S. 1 ArbSchG zur individuellen Anpassung der Arbeitsumgebung bestehen, sind spiegelbildlich entsprechende privatrechtliche Verpflichtungen aus §§ 618 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB anzunehmen.<sup>55</sup>

#### 1.3.3.2.3 Gefährdungsbeurteilung (§ 5 ArbSchG)

Eine vergleichbare Differenzierung ergibt sich im Rahmen des § 5 ArbSchG. Der Umfang der Gefährdungsbeurteilung richtet sich – da sie die entsprechenden Maßnahmen vorbereitet – nach dem sachlichen Umfang des jeweils gebotenen Arbeitsschutzes. Deshalb wurde eine Betrachtung der sachlichen Vorgaben vorgezogen.

Entsprechend den dort gefundenen Ergebnissen gibt es eine ausdrückliche gesetzliche Verpflichtung zur Ermittlung einer Gefährdung, die dem einzelnen Arbeitnehmer droht, nur sehr begrenzt, nämlich lediglich im Bereich der Pflichtuntersuchungen nach der ArbMedVV (§ 4 i.V.m. dem Anhang). Im Übrigen mag eine Beurteilung der individuellen Gefährdung sich im Einzelfall in der Abwägung als notwendig zur Gefahrenabwehr herausstellen.

<sup>54</sup> Vgl. dazu ErfK/Wank, 13. Aufl. 2013, § 3 ArbSchG Rn. 2.

<sup>55</sup> Dazu oben A. I. 7).

Nach § 5 Abs. 1 S. 1 ArbSchG hat der Arbeitgeber durch eine Beurteilung der für die Beschäftigten mit ihrer Arbeit verbundenen Gefährdungen zu ermitteln, welche Maßnahmen des Arbeitsschutzes erforderlich sind. Schon durch die Verwendung des Plurals wird hier deutlich, dass im Grundsatz wiederum ein kollektiver Ansatz gewählt wird. Noch klarer wird dies in § 5 Abs. 2, wonach der Arbeitgeber die Beurteilung je nach Art der Tätigkeiten vorzunehmen hat (S. 1). Bei gleichartigen Arbeitsbedingungen ist die Beurteilung eines Arbeitsplatzes oder einer Tätigkeit ausreichend (S. 2). Die Analyse ist also tätigkeits- oder arbeitsplatzbedingt, aber nicht personenbedingt durchzuführen.

Die Vorschriften zur Gefährdungsbeurteilung sind – wie auch § 7 ArbSchG – ausfüllungsbedürftige Rahmenvorschriften, die keine zwingenden Vorgaben enthalten, wie im Einzelnen die Gefährdungsbeurteilung durchzuführen ist. Vielmehr lassen sie dem Arbeitgeber Handlungsspielräume bei der Umsetzung.<sup>56</sup> Auch hier gilt also, dass eine besondere Gefährdungsuntersuchung im Hinblick auf bestimmte Arbeitnehmer allenfalls ausnahmsweise erforderlich ist. *Kollmer* nimmt etwa an, dass die individuelle Gefährdungsbeurteilung bei speziellen Arbeitsplätzen/Personen, wie z. B. bei Schwerbehinderten oder werdenden Müttern erforderlich sei.<sup>57</sup> Auch das ist letztlich Ergebnis der Abwägung der Interessen, die auch § 5 ArbSchG vorgibt.

#### 1.3.3.2.4 Ermittlung im Rahmen individueller Schutzmaßnahmen

Ein ähnliches Bild zeigt sich schließlich auch bei den individuellen Schutzmaßnahmen, die nach § 4 Nr. 5 ArbSchG nachrangig gegenüber den kollektiven sind. Auch wenn der Begriff der „individuellen“ Schutzmaßnahme zunächst eine individuelle Anpassung an den einzelnen Arbeitnehmer nahelegt, ist eine solche jedoch regelmäßig gerade nicht gefordert. Individuell ist die Maßnahme vielmehr insofern, als sie die Gefahr nicht an der Quelle bekämpft, sondern ihre Einwirkung auf den einzelnen Arbeitnehmer verhindert, indem sie diesen schützt. In diesem Sinne ist Schutzkleidung eine klassische individuelle Schutzmaßnahme. Auch die Schutzkleidung muss aber lediglich zur Verfügung gestellt werden, sie braucht nicht an den einzelnen Arbeitnehmer angepasst zu werden. Wenn der Arbeitgeber eine Reihe von Schutzanzügen verschiedener Größen vorrätig hält, muss er nicht auf den einzelnen Arbeitnehmer maßgeschneiderte Anzüge anbieten.

Möchte er dies im Sinne der Ergonomie und der Sicherheit dennoch tun, so ist dies letztlich eine freiwillige Maßnahme, zu der als solche keine gesetzliche Verpflichtung besteht. Auch hier kann aber im Einzelfall die Anordnung individueller Schutzmaßnahmen gegenüber bestimmten Arbeitnehmern (z. B. Behinderte, Schwangere) geboten sein, wenn ein besonderes Schutzbedürfnis des einzelnen Arbeitnehmers bekannt wird oder es im Rahmen der Gefährdungsanalyse ermittelt wurde.

### 1.3.4 Zwischenfazit: Zwischen Pflicht und legitimen Interessen

Was die Pflicht zur Berücksichtigung individueller Eigenschaften der Arbeitnehmer betrifft, lassen sich also gemeinsame Grenzlinien ziehen: Ausdrückliche Rechtspflichten zur Berücksichtigung individueller Eigenschaften der Arbeitnehmer gibt es

<sup>56</sup> BAG v. 08.06.2004 – 1 ABR 13/03, NZA 2004, 1175; *Fabricius*, BB 1997 1254, 1257; *Siemes*, NZA 1998, 232, 235.

<sup>57</sup> *Kollmer/Klindt/Kollmer*, ArbSchG, 2. Aufl. 2011, § 5 Rn. 64.

nur selten. Ein Beispiel ist hier etwa § 3 LasthandhabV. Im Übrigen verfolgt das Arbeitsschutzrecht grundsätzlich einen kollektiven Ansatz, dem ein Eingehen auf individuelle Eigenschaften einzelner Arbeitnehmer fremd ist.

Im Einzelfall kann allerdings aus den allgemeinen arbeitsschutzrechtlichen Rahmennormen die Pflicht zur Berücksichtigung individueller Eigenschaften des Arbeitnehmers folgen. Das ist jeweils dann der Fall, wenn bei Abwägung der gegenseitigen Interessen nur eine solche Berücksichtigung individueller Eigenschaften den Belangen des Arbeitsschutzes hinreichend Rechnung trägt. Die Handlungsmöglichkeiten des Arbeitgebers sind in diesem Fall auf eine entsprechende individuelle Maßnahme beschränkt. Entsprechend kann sich im Einzelfall aus § 7 ArbSchG die Pflicht ergeben, nur bestimmte geeignete Arbeitnehmer auszuwählen, oder aus § 3 Abs. 1 S. 1 ArbSchG, das Tragen individuell angepasster Schutzkleidung vorzuschreiben. Derartige Abwägungsergebnisse sind aber angesichts des grundsätzlich kollektiven Ansatzes des Arbeitsschutzrechts und angesichts des Grundsatzes, dass Gefahren an der Quelle zu bekämpfen sind, die Ausnahme. Besteht jedoch ausnahmsweise eine Rechtspflicht zu bestimmten Maßnahmen, so spricht *prima facie* viel für die Zulässigkeit der Erhebung entsprechender Daten und der Differenzierung nach entsprechenden Eigenschaften.

## 1.4 Betriebsrat als Garant eines effektiven Arbeitsschutzes

### 1.4.1 Zwingende Mitbestimmung

#### 1.4.1.1 § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG

Nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG hat der Betriebsrat bei „Regelungen über die Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten sowie über den Gesundheitsschutz im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften oder der Unfallverhütungsvorschriften“ mitzubestimmen. Dieser Tatbestand enthält die wesentliche Vorschrift für eine zwingende Mitbestimmung des Betriebsrats in arbeitsschutzrechtlichen Fragen. Das Mitbestimmungsrecht des Nr. 7 ist ein „Mitregelungsrecht“, es macht aber den Betriebsrat nicht zum Adressaten der in den gesetzlichen Arbeitsschutzvorschriften oder Unfallverhütungsvorschriften festgelegten Regelungspflicht, sondern verantwortlich bleibt der Arbeitgeber.<sup>58</sup>

§ 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG setzt eine Handlungspflicht des Arbeitgebers voraus, die aus Vorschriften des Arbeits- und Gesundheitsschutzes folgt und die wegen Fehlens einer zwingenden Vorgabe einer konkreten betrieblichen Regelung bedarf. Es geht also um die *konkretisierende Ausgestaltung* einer bereits bestehenden gesetzlichen Vorgabe. Das BAG führt hierzu aus:

„Im Rahmen der gesetzl. Vorschriften oder der Unfallverhütungsvorschriften“ bedeutet in diesem Zusammenhang, daß das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats hinsichtl. solcher Regelungen gegeben ist, die der Arbeitgeber aufgrund bestehender arbeitsschutzrechtlicher Vorschriften zu treffen hat. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats beschränkt sich damit auf die Ausfüllung vorgegebener Normen und zwar solcher Normen, die dem

<sup>58</sup> Richardi/Richardi, BetrVG, 13. Aufl. 2012, § 87 Rn. 535; vgl. auch Werner, in: BeckOK Arbeitsrecht, 28. Ed. 2013, § 87 BetrVG Rn. 106.

Arbeitgeber einen Entscheidungsspielraum, einen Ermessensspielraum belassen. Nur soweit der Arbeitgeber noch entscheiden kann, auf welche Weise er Anforderungen des öffentlich-rechtl. Arbeits- und Gesundheitsschutzes genügen will, setzt das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ein. Für dieses ist daher Voraussetzung das Vorhandensein ausfüllungsbedürftiger Rahmenvorschriften des öffentlich-rechtl. Gesundheitsschutzes. Das hat der Senat bereits in seiner Entscheidung vom 28. 7. 1981 (BAG 36, 138 = AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitssicherheit) ausgesprochen und entspricht der einhelligen Ansicht in der Lit. (*Dietz/Richardi*, aaO, § 87 Rz. 346, 349; *Galperin-Löwisch*, aaO, § 87 Rz. 154, 155; *GK-Wiese*, aaO, § 87 Rz. 220; *Fitting/Auffarth/Kaiser*, aaO, vor § 89 Rz. 24 f.; *Stegge/Weinspach*, aaO, § 87 Rz. 122, 123; *Kammann/Hess/Schlochauer*, aaO, § 87 Rz. 125; *Ehmann*, aaO, S. 76; *Denck*, aaO, ZfA 1976, 447 ff.; *Kohte*, Mitbestimmung und Gesundheitsschutz, AiB 1983, 51, 52). Das bedeutet gleichzeitig, daß Gegenstand des Mitbestimmungsrechtes des Betriebsrats die Konkretisierung der ausfüllungsbedürftigen Rahmenvorschriften ist, derart, daß die mitbestimmte Maßnahme geeignet ist, die den Arbeitgeber treffenden Verpflichtungen zur Gewährleistung eines bestimmten Gesundheitsschutzes zu erfüllen. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats erstreckt sich damit auf Maßnahmen, die die Einhaltung Erreichung eines vorgeschriebenen Gesundheitsschutzes sichern sollen.<sup>59</sup>

Schwierig zu bestimmen ist, ob auch die arbeitsrechtlichen Generalklauseln wie z. B. § 618 BGB hierunter gefasst werden können<sup>60</sup> – das BAG bejaht dies, jedoch nur mit der Einschränkung, dass eine unmittelbare objektive Gesundheitsgefahr vorliegen müsse.<sup>61</sup> Wenn es nicht um derart umfassende Generalklauseln, sondern um zwar ausfüllungsbedürftige, aber gleichwohl konkrete dem Gesundheitsschutz dienende Bestimmungen geht, durch die dem Arbeitgeber bestimmte Handlungspflichten auferlegt werden, soll diese Einschränkung jedoch nicht gelten.<sup>62</sup> Als eine solche ausfüllungsbedürftige Vorschrift des Arbeitsschutzes, die ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG auslöst, ist daher etwa § 5 Abs. 1 ArbSchG<sup>63</sup> anerkannt, und auch bei der Konkretisierung der Vorgaben des § 12 ArbSchG hat das BAG ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bejaht.<sup>64</sup>

#### 1.4.1.2 § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG

Ergänzend zu dem Tatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG kann auch eine Mitbestimmung über „Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer“ nach Nr. 1 Arbeitsschutzthemen betreffen. So entschied das BAG, dass ein Sicherheitswettbewerb, der zu einem sicherheitsbewussten Verhalten anregen soll und der für die Verringerung von Unfallzahlen Prämien aussetzt, mitbestimmungspflichtig nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG sein kann. In dieser Entscheidung legt das BAG überzeugend das Konkurrenzverhältnis von Nr. 1 und Nr. 7 dar:

„§ 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG stellt keine erschöpfende und abschließende Regelung des erzwingbaren Mitbestimmungsrechtes des Betriebsrates in Angelegenheiten des Gesundheitsschutzes und der Unfallverhütung dar. [...] § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG gewährt dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei der Aufstellung derjenigen Regelungen, die der

<sup>59</sup> BAG v. 06.12.1983 – 1 ABR 43/81, NJW 1984, 1476; vgl. auch BAG v. 15.01.2002 – 1 ABR 13/01, AP BetrVG 1972 § 87 Gesundheitsschutz Nr. 12.

<sup>60</sup> Hierzu *Richardi/Richardi*, BetrVG, 13. Aufl. 2012, § 87 Rn. 554 ff.

<sup>61</sup> BAG v. 02.04.1996 – 1 ABR 47/95, NZA 1996, 998; vgl. hierzu auch BAG v. 08.06.2004 – 1 ABR 13/03, NZA 2004, 1175, 1178.

<sup>62</sup> BAG v. 08.06.2004 – 1 ABR 13/03, NZA 2004, 1175, 1178.

<sup>63</sup> Hierzu BAG v. 12.08.2008 – 9 AZR 1117/06, NZA 2009, 102; BAG v. 08.06.2004 – 1 ABR 13/03, NZA 2004, 1175.

<sup>64</sup> BAG v. 08.11.2011 – 1 ABR 42/10, AP BetrVG 1972 § 87 Gesundheitsschutz Nr. 18; BAG v. 08.06.2004 – 1 ABR 13/03, NZA 2004, 1175, 1178.

Arbeitgeber aufgrund öffentlichrechtlicher Vorschriften des gesetzlichen Arbeitsschutzes zur Verhütung von Arbeitsunfällen und zur Förderung des Gesundheitsschutzes zu treffen hat (Fitting-Auffarth-Kaiser, BetrVG, 13. Aufl., Vorbemerkung vor § 89 Anm. 24; Galperin-Löwisch, aaO, § 87 Anm. 155). Es geht darum, den Regelungsspielraum auszufüllen, den Vorschriften des öffentlich-rechtl. Arbeitsschutzes dem Arbeitgeber belassen. Solche Regelungen im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften der Unfallverhütungsvorschriften können Teil der Ordnung des Betriebes i. S. von § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG sein, soweit sie dem Arbeitsschutz dienende Verhaltenspflichten der Arbeitnehmer begründen. Soweit es um die Schaffung dieses Teils der Ordnung des Betriebes geht, geht das Mitbestimmungsrecht nach Nr. 7 dem Mitbestimmungsrecht nach Nr. 1 vor. Der Betriebsrat kann eine dem Arbeitsschutz dienende Ordnung des Betriebes nur insoweit verlangen, als diese im Rahmen der gesetzl. Vorschriften oder der Unfallverhütungsvorschriften bleibt. Nur insoweit trifft es zu, daß § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG einen Rückgriff auf Nr. 1 ausschließt, wie im Schrifttum zum Teil angenommen wird (Galperin-Löwisch, aaO, § 87 Anm. 154; Wiese, GK-BetrVG, § 87 Anm. 109a).

Daraus folgt jedoch nicht, daß auch sonstige Maßnahmen, die das Verhalten der Arbeitnehmer in Bezug auf diese betriebliche Ordnung berühren, mitbestimmungsfrei sind, sofern sie auch dem Arbeitsschutz im Betrieb dienen.<sup>65</sup>

#### **1.4.2 Allgemeine Überwachungsbefugnis des Betriebsrats nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG**

Ergänzt werden diese zwingenden Mitbestimmungstatbestände durch das allgemeine Kontrollrecht des Betriebsrats gem. § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Danach steht dem Betriebsrat eine Befugnis zur Überwachung der Einhaltung aller zugunsten der Arbeitnehmer geltenden gesetzlichen Rahmenbedingungen im Betrieb zu. Die Überwachungsaufgabe macht den Betriebsrat nicht zu einem dem Arbeitgeber übergeordneten Kontrollorgan<sup>66</sup>, der Betriebsrat hat kein Überwachungsrecht wie die Gewerbeaufsicht oder die Betriebsprüfung der Finanzämter, sondern die Überwachung durch den Betriebsrat ist eine Aufgabe im Rahmen der vertrauensvollen Zusammenarbeit.<sup>67</sup> Daraus darf aber nicht abgeleitet werden, dass der Betriebsrat die zur Durchführung seiner Überwachungsaufgabe bestehenden Rechte nur dann hat, wenn ein begründeter Zweifel hinsichtlich der betrieblichen Handhabung besteht.<sup>68</sup> Der Betriebsrat hat vielmehr auch von seiner Seite aus dafür Sorge zu tragen, dass die Gesetze, die Tarifverträge und die Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung tatsächlich durchgeführt werden.

#### **1.4.3 Förderung von Maßnahmen des Arbeitsschutzes nach § 80 Abs. 1 Nr. 9 BetrVG**

Neben dieser allgemeinen Überwachungskompetenz in Nr. 1 wartet § 81 Abs. 1 BetrVG auch mit einer speziellen Vorschrift zum Arbeitsschutz in Nr. 9 auf, wonach der Betriebsrat Maßnahmen des Arbeitsschutzes und des Umweltschutzes „fördern“ kann. Anders als § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG setzt diese allgemeine Zuständigkeit zum Arbeitsschutz, die gerade keine zwingende Mitbestimmung auslöst, keine bereits bestehende gesetzliche Verpflichtung voraus, sondern der Betriebsrat kann hier proaktiv tätig werden.

<sup>65</sup> BAG v. 24.03.1981 – 1 ABR 32/78, NJW 1982, 404.

<sup>66</sup> BAG v. 11.07.1972 – 1 ABR 2/72, AP BetrVG 1972 § 80 Nr. 1 mit zust. Anm. *Richardi*.

<sup>67</sup> *Richardi/Thüsing*, BetrVG, 13. Aufl. 2012, § 80 Rn. 16.

<sup>68</sup> BAG v. 11.07.1972 - 1 ABR 2/72, AP BetrVG 1972 § 80 Nr. 1; bestätigt durch BAG v. 18.09.1973 – 1 ABR 7/73, AP BetrVG 1972 § 80 Nr. 3 mit zust. Anm. *Richardi*.

Diese Vorschrift wurde nachträglich durch eine gesetzliche Änderung im Jahre 2001 mit dem Umweltschutz verbunden. Der Arbeitsschutz wird in einem Atemzug mit dem Umweltschutz genannt, weil beides nach der Vorstellung des Gesetzgebers Hand in Hand geht.<sup>69</sup> Dies bedeutet jedoch keine Beschränkung der Zuständigkeit des Betriebsrats im Bereich des Arbeitsschutzes auf solche Bereiche, die auch Umweltbelange tangieren.

#### **1.4.4 Einbindung des Betriebsrats in Compliance-Pflichten des Arbeitgebers, § 89 BetrVG**

Ergänzend zu der allgemeinen Bestimmung des § 80 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 9 BetrVG besteht ein spezifisches Überwachungsrecht des Betriebsrats nach § 89 Abs. 1 S. 1 BetrVG, wonach er die Einhaltung der Vorschriften über den Umwelt- und Arbeitsschutz durch den Arbeitgeber und die Arbeitnehmer<sup>70</sup> kontrollieren kann. Dies begründet zugleich eine Überwachungspflicht.<sup>71</sup> § 89 Abs. 1 S. 1 BetrVG macht also im Zusammenspiel mit §§ 81 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 9 sowie § 87 Nr. 7 BetrVG noch einmal besonders deutlich, dass die Überwachung der Durchführung der Vorschriften über den Arbeitsschutz und die Unfallverhütung im Betrieb eine gemeinsame Aufgabe des Arbeitgebers und des Betriebsrats ist.<sup>72</sup> Der Betriebsrat hat bei der Bekämpfung von Unfall- und Gesundheitsgefahren die für den Arbeitsschutz zuständigen Behörden, die Träger der gesetzlichen Unfallversicherung und die sonstigen in Betracht kommenden Stellen durch Anregung, Beratung und Auskunft zu unterstützen (§ 89 Abs. 1 S. 2 BetrVG).

Zur Absicherung der in § 89 Abs. 1 BetrVG normierten Kontrollbefugnisse des Betriebsrats enthält Abs. 2 S. 1 der Vorschrift eine Mitteilungspflicht für den Arbeitgeber und die zuständigen Stellen. Sie müssen den Betriebsrat „bei allen im Zusammenhang mit dem Arbeitsschutz oder der Unfallverhütung stehenden Besichtigungen und Fragen und bei Unfalluntersuchungen“ hinzuziehen. Der Betriebsrat ist zur Ausübung seines Beteiligungsrechts entsprechend § 80 Abs. 2 BetrVG vom Arbeitgeber rechtzeitig und umfassend zu informieren.<sup>73</sup>

Zu den Bestimmungen, deren Einhaltung der Betriebsrat nach § 89 Abs. 1 BetrVG zu überwachen hat, gehören nicht nur die gesetzlichen Rahmenbedingungen zum Arbeitsschutz, sondern auch Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen.<sup>74</sup> Ob eine Regelung arbeitsschutzrechtlicher Fragen zugleich auch datenschutzrechtliche Probleme berücksichtigen kann, ist im Folgenden zu untersuchen.

#### **1.4.5 Betriebsvereinbarung zu datenschutzrechtlichen Fragen?**

Aufgrund des Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 1, 7 BetrVG liegt eine Regelung von Fragen der Arbeitsplatzergonomie im Rahmen einer Betriebsvereinbarung in der Tat nahe. Dabei wäre es sinnvoll, die oben dargelegten Zielkonflikte mit

<sup>69</sup> BT-Drucks. 14/5741, S. 25, 30: „In Bezug auf die Arbeitsbedingungen wird betrieblicher Umweltschutz in aller Regel auch Arbeitsschutz beinhalten (z. B. Schutz vor Lärm- und Schadstoffemissionen).“

<sup>70</sup> Werner, in: BeckOK Arbeitsrecht, 28. Ed. 2013, § 89 BetrVG Rn. 5.

<sup>71</sup> Werner, in: BeckOK Arbeitsrecht, 28. Ed. 2013, § 89 BetrVG Rn. 4.

<sup>72</sup> Vgl. Richardi/Annuß, BetrVG, 13. Aufl. 2012, § 89 Rn. 11.

<sup>73</sup> Werner, in: BeckOK Arbeitsrecht, 28. Ed. 2013, § 89 BetrVG Rn. 8.

<sup>74</sup> S. nur Richardi/Annuß, BetrVG, 13. Aufl. 2012, § 89 Rn. 4.



den Vorgaben des Datenschutzes gleich mitzuregeln. Dieser Weg ist nach der zutreffenden Rechtsprechung des BAG gangbar<sup>75</sup> und in der Praxis auch aus Gründen der Rechtssicherheit zu empfehlen. Durch die konkreten Regelungen einer Betriebsvereinbarung kann Rechtssicherheit im Hinblick auf datenschutzrechtliche Fragen geschaffen werden. Das EU-Datenschutzrecht und das BDSG enthalten lediglich abwägungsoffene Generalklauseln. Diese können durch eine Betriebsvereinbarung ausgestaltet werden, wobei den Betriebspartnern ein gewisser Beurteilungsspielraum zugestanden werden muss. Nachteilig ist insoweit allerdings, dass trotz dieses Beurteilungsspielraums bei der Ausgestaltung im Rahmen der Abwägung des BDSG und EU-Datenschutzrechtes deren materielle Vorgaben zwingend gelten.<sup>76</sup> Weder ist eine Abweichung nach unten noch nach oben möglich. Daher kann eine Betriebsvereinbarung zu datenschutzrechtlichen Fragen zwar eine gewisse Rechtssicherheit schaffen; die materiellen Grenzen des Datenschutzes müssen allerdings beachtet werden und können weder verkürzt noch erweitert werden.

---

<sup>75</sup> Hierzu ausführlich unten, Abschnitt B. II. c) aa).

<sup>76</sup> Hierzu ausführlich Abschnitt B. II. c) bb).

## 2 Datenschutzrechtliche Grenzen

### 2.1 Europarechtliche Überwölbung des nationalen Datenschutzrechts

Ebenso wie das Arbeitsschutzrecht ist das Datenschutzrecht inzwischen weitgehend durch unionsrechtliche Vorgaben determiniert. Auch die Schutzrichtung ist ähnlich, denn beide Regelungskomplexe dienen dem Grundrechtsschutz: Während das Arbeitsschutzrecht das Grundrecht des Arbeitnehmers auf körperliche Unversehrtheit (Art. 3 Abs. 1 EU-GRCh, Art. 2 Abs. 1 GG) und auf eine sichere Arbeitsumgebung (Art. 31 EU-GRCh) schützt, dient das Datenschutzrecht dem Schutz der Privatsphäre bei der Verarbeitung personenbezogener Daten (vgl. zum Schutzzweck Art. 1 Abs. 1 Richtlinie 95/46/EG).

#### 2.1.1 Das Datenschutzgrundrecht, Art. 8 EU-GRCh

Das Recht auf Privatsphäre ist schon seit den Anfängen der EuGH-Grundrechtsprechung als ein sog. allgemeiner Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts anerkannt.<sup>77</sup> Besondere Bedeutung bei der Interpretation dieses Grundrechts in der Rechtsprechung des EuGH hat dabei Art. 8 EMRK<sup>78</sup> und die dazu ergangene Rechtsprechung des EGMR.<sup>79</sup> Neben den allgemeinen Rechtsgrundsätzen als ungeschriebenen Grundrechten sind seit Inkrafttreten des Lissabon-Vertrages am 01.12.2009 vor allem auch die in der EU-Grundrechtecharta enthaltenen Grundrechte verbindlicher Teil des Primärrechts. Die Charta enthält in Art. 8 ausdrücklich ein Grundrecht auf Schutz personenbezogener Daten. Auch Art. 16 Abs. 1 AEUV bestätigt noch einmal dieses Recht. Der Datenschutz ist damit nicht mehr allein ein Unterfall des Rechts auf Privatsphäre, sondern wurde zu einem eigenständigen Grundrecht aufgewertet.<sup>80</sup> Künftig wird man daher vor allem Art. 8 EU-GRCh als die wichtigste Regelung im EU-Datenschutz auf primärrechtlicher Ebene beachten müssen.<sup>81</sup>

Die grundrechtliche Verankerung des Datenschutzrechts ist für die weitere Untersuchung von entscheidender Bedeutung. Die gegenläufigen Direktiven des Arbeitsschutz- und Datenschutzrechts lassen sich damit gleichermaßen auf Grundrechten

<sup>77</sup> So GA Colomer in seinen Schlussanträgen v. 22.12.2008 in der Rs. C-553/07, Slg. 2009, I-3889 (College van burgemeester en wethouders van Rotterdam): „Das Recht auf Schutz der Privatsphäre fügt sich in diese Überlieferungen ein. Seit dem frühen Urteil *Stauder* ordnet die Rechtsprechung die Verteidigung der Privatsphäre den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts zu. Anfänglich tat sie das im Rahmen der Prüfung der Verpflichtung zur Auskunft über Daten wie Namen oder medizinische Unterlagen in ihrer innerstaatlichen bzw. gemeinschaftlichen Anwendung. Kurz danach, im Laufe der neunziger Jahre, bestätigte der Gerichtshof, dass dieses Recht Auswirkungen im Bereich des Privatlebens und der Familie hat.“

<sup>78</sup> S. etwa EuGH v. 20.5.2003 – C-465/00 u. a., Slg. 2003, I-4989 (Rechnungshof u. a./Österreichischer Rundfunk); EuGH v. 07.05.2009 – C-553/07, Slg. 2009, I-3889 (College van burgemeester en wethouders van Rotterdam).

<sup>79</sup> Häufig vom EuGH zitierte Entscheidungen des EGMR sind etwa die Urteile Nr. 27798/95, ECHR 2000-II (Amann/Schweiz) sowie Nr. 28341/95, EGMR 2000-V (Rotaru/Rumänien).

<sup>80</sup> Diese Einschätzung teilt *Guckelberger*, EuZW 2011, 126, 127; *Jarass*, GRCh, 2010, Art. 8 Rn. 2; s. auch *Britz*, EuGRZ 2009, 1.

<sup>81</sup> Zur vorrangigen Anwendbarkeit der Charta gegenüber den ungeschriebenen allgemeinen Rechtsgrundsätzen vgl. auch GA *Cruz Villalón*, Schlussanträge v. 19.05.2011 in der Rs. C-447/09, Slg. 2011, I-08003 (Prigge u. a.), Rn. 29.

fundieren. Der Konflikt ist mithin im Wege praktischer Konkordanz durch Abwägung der beiden Rechtspositionen zu lösen. Folglich kann es keinen allgemeinen Vorrang des Arbeitsschutzes oder des Datenschutzes geben. Beide sind zunächst gleichermaßen grundrechtlich geschützt, erst im Einzelfall lässt sich durch Abwägung der Vorrang des einen oder des anderen feststellen.

## 2.1.2 **Acquis: Richtlinie 95/46/EG**

Konkretisiert wird das Grundrecht auf Datenschutz durch die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG. Sie stellt die zentrale datenschutzrechtliche Regelung auf Ebene der EU dar. In dieser Richtlinie hat der europäische Gesetzgeber versucht, einen einheitlichen rechtlichen Rahmen vorzugeben, wie die Interessenkollisionen innerhalb des Datenschutzrechts auf nationaler Ebene zu lösen sind.

### 2.1.2.1 Vollharmonisierung

Die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG setzt dabei einen verbindlichen Standard und bewirkt weitestgehend eine Vollharmonisierung des Datenschutzrechts.<sup>82</sup> Dieses Verständnis ergibt sich letztlich im Lichte des Primärrechts: Einerseits muss im Hinblick auf die Unionsgrundrechte (insbesondere Art. 8 EUGRC) ein Mindestmaß an Datenschutz, das die Mitgliedsstaaten nicht unterschreiten dürfen, gewährleistet sein. Andererseits ergibt sich eine Obergrenze vor dem Hintergrund der Grundfreiheiten und des Prinzips des freien Verkehrs personenbezogener Daten sowie der grundrechtlich geschützten Interessen der verantwortlichen Stelle. Zwischen diesen zwei Polen gibt die Richtlinie einen verbindlichen Mittelweg vor.

Die Generalklausel des Art. 7 Richtlinie 95/46/EG sieht demzufolge nach der Rechtsprechung des EuGH eine „erschöpfende und abschließende Liste der Fälle“ vor, in denen eine Verarbeitung personenbezogener Daten als rechtmäßig angesehen werden kann.<sup>83</sup> Unionsrechtswidrig sind daher Maßnahmen, die zusätzliche Bedingungen vorsehen, mit denen die Tragweite eines in Art. 7 enthaltenen Rechtfertigungstatbestandes verändert wird.<sup>84</sup> Mithin regelt also die Richtlinie den Ausgleich der Grundrechte und Grundfreiheiten prinzipiell abschließend.

### 2.1.2.2 Umsetzung im BDSG

Umgesetzt hat der deutsche Gesetzgeber die Datenschutzrichtlinie in erster Linie mit dem Bundesdatenschutzgesetz und den jeweiligen Landesdatenschutzgesetzen. Letztere betreffen lediglich die Datenerhebung durch öffentliche Stellen der Länder (vgl. etwa § 2 Abs. 1 Datenschutzgesetz NRW). Im hiesigen Kontext, der den Arbeitsschutz insbesondere bei privaten Arbeitgebern ins Auge fasst, haben sie daher keine Relevanz.

<sup>82</sup> Grundlegend EuGH v. 06.11.2003 – C-101/01, Slg. 2003, I-12971 (Lindqvist), Rn. 96 f.; bestätigt durch EuGH v. 16.12.2008 – C-524/06, Slg. 2008, I-9705 (Huber), Rn. 51; aktuell EuGH v. 24.11.2011 – C-468/10 und 469/10, NZA 2011, 1409 (ASNEF); vgl. zur Vollharmonisierung *Brühann*, EuZW 2009, 639, 641; *Forst*, RDV 2010, 150, 151; *ders.*, NZA 2010, 1043; **a.A.** *Riesenhuber*, RdA 2011, 257, 262 f.

<sup>83</sup> EuGH v. 24.11.2011 – C-468/10 und 469/10, NZA 2011, 1409 (ASNEF), Rn. 30.

<sup>84</sup> EuGH v. 24.11.2011 – C-468/10 und 469/10, NZA 2011, 1409 (ASNEF), Rn. 35.

### 2.1.2.3 Notwendigkeit richtlinienkonformer Auslegung

Bei der Auslegung des BDSG ist aufgrund des dargelegten unionsrechtlichen Hintergrunds das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung zu beachten. Hiernach sind die mitgliedstaatlichen Gerichte verpflichtet, nationale Bestimmungen „so weit wie möglich so auszulegen, dass sie im Einklang mit den Zielen der Richtlinie angewandt werden können.“<sup>85</sup> Der EuGH betont, dass jedes mitgliedstaatliche Gericht „unter Berücksichtigung des gesamten nationalen Rechts alles tun muss, was in seiner Zuständigkeit liegt, um die volle Wirksamkeit der Richtlinie [...] zu gewährleisten.“<sup>86</sup> Dies kann – mit den Worten der deutschen Methodik – mitunter gar eine richtlinienkonforme *Rechtsfortbildung* verlangen.<sup>87</sup> Auch eine solche Rechtsfortbildung ist jedoch nicht *contra legem* möglich, sie muss also den umfassend ausgelegten Wortlaut als Grenze respektieren.<sup>88</sup>

## 2.2 Maßstäbe des Datenschutzrechts

### 2.2.1 Grundsatz: Verbot mit Erlaubnisvorbehalt

Zentrale Norm für die Regelungstechnik des Datenschutzrechts sind Art. 7 der Datenschutzverordnung bzw. § 4 Abs. 1 BDSG.<sup>89</sup> Nach diesen Vorschriften ist die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten nur zulässig, soweit das Gesetz dies ausdrücklich erlaubt. Es muss also stets einer der in Art. 7 der Richtlinie bzw. § 4 Abs. 1 BDSG genannten Zulässigkeitstatbestände erfüllt sein. Diese grundlegende gesetzliche Weichenstellung wird von der Literatur als „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ charakterisiert.<sup>90</sup> Terminologisch mag das leicht irreführend sein<sup>91</sup>, es wird jedoch treffend zum Ausdruck gebracht, dass jedweder Umgang mit

<sup>85</sup> EuGH v. 05.10.2004 – C-397/01 u. a., Slg. 2004, I-8835 (Pfeiffer), Rn. 117; vgl. auch EuGH v. 13.07.2000 – C 456/98, Slg. 2000, I 6007 (Centrosteeel), Rn. 16 f.; EuGH v. 16.12.1993 – C-334/92, Slg. 1993, I-6911 (Wagner Miret), Rn. 20 ff.

<sup>86</sup> EuGH v. 05.10.2004 – C-397/01 u. a., Slg. 2004, I-8835 (Pfeiffer), Rn. 118; vgl. auch EuGH v. 24.06.2010 – C-98/09, Slg. 2010, I-5837 (Sorge), Rn. 51; s. hierzu *Greiner*, EuZA 2011, 74, 81 f.

<sup>87</sup> S. hierzu die Entscheidungen des BGH und des BAG in den Rechtssachen *Quelle* und *Schultz-Hoff*: BGH v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, NJW 2009, 427 = BGHZ 179, 27; BAG v. 24.03.2009 – 9 AZR 983/07, NZA 2009, 538; s. zu beiden Urteilen kritisch *Pötters/Christensen*, JZ 2011, 387; *Höpfner*, EuZW 2009, 159; *Thüsing*, RdA 2010, 187, 189.

<sup>88</sup> S. EuGH v. 23.04.2009 – C-378/07 u. a., Slg. 2009, I-3071 (Angelidaki u. a.), Rn. 199 m.w.N. aus der Rspr. des EuGH; ferner EuGH v. 24.06.2010 – C-98/09, Slg. 2010, I-5837 (Sorge), Rn. 52; vgl. BAG v. 24.03.2009 – 9 AZR 983/07, NZA 2009, 538, Rn. 65; s. ausdrücklich auch GA *Boť* in seinen Schlussanträgen v. 07.07.2009 in der Rs. C-555/07, ZIP 2009, 1483 (Küçükdeveci), Rn. 61; vgl. auch *Greiner*, EuZA 2011, 74, 82.

<sup>89</sup> Vgl. *Gola/Schomerus*, BDSG, 11. Aufl. 2012, § 4 Rn. 3: „Absatz 1 enthält den prägenden Grundsatz des deutschen Datenschutzrechts.“

<sup>90</sup> S. instruktiv *Franzen*, RdA 2010, 257, 258 f.; vgl. ferner *Gola/Schomerus*, BDSG, 11. Aufl. 2012, § 4 Rn. 3; *ErfK/Wank*, 12. Aufl. 2012, § 4 BDSG Rn. 1; *Wybitul*, Handb. Datenschutz im Unternehmen, 2011, Rn. 39; *Gola/Wronka*, HdbANDatenschutz, 5. Aufl. 2010, Rn. 185 ff.; *Spindler/Nink*, in: *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl. 2011, § 4 BDSG Rn. 4; *Ehmann*, RDV 1998, 235, 240; *Schaffland*, NJW 2002, 1539, 1540; *Kratz/Gubbels*, NZA 2009, 652, 653; aus der Rspr. vgl. OLG Hamm v. 19.06.2000 – 6 U 238/99, NVwZ 2001, 235.

<sup>91</sup> *Simitis/Sokol*, Bundesdatenschutzgesetz, 7. Aufl. 2011, § 4 Rn. 3 kritisiert zu Recht, dass im Verwaltungsrecht ein „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ vorliegt, wenn eine bestimmte Tätigkeit grundsätzlich verboten ist, diese aber durch eine behördliche Erlaubnis – in der Regel in der Form eines Verwal-

personenbezogenen Daten rechtfertigungsbedürftig ist und eine Rechtfertigung sich nur auf einen der geschriebenen Tatbestände des BDSG stützen kann.

Die Stellung des § 4 BDSG bzw. Art. 7 der Richtlinie im allgemeinen Teil des Gesetzes verdeutlicht, dass dieses grundsätzliche Verbot gerade auch bei einer Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten durch nicht-öffentliche Stellen gilt.<sup>92</sup> Damit ist auch der private Arbeitgeber als nicht-öffentliche Stelle dem „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ unterworfen.

## 2.2.2 Erlaubnis zur Datenerhebung

Nach § 4 Abs. 1 BDSG – der Art. 7 der Richtlinie 95/46/EG abbildet – ist eine Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung in vier Fällen zulässig: Es muss ein Erlaubnistatbestand des BDSG oder eines anderen Gesetzes die Erhebung, Nutzung oder Verarbeitung erlauben oder anordnen oder der Betroffene muss eingewilligt haben.

### 2.2.2.1 Einwilligung des Betroffenen

Die in § 4a BDSG näher geregelte Einwilligung ist in der Praxis von besonderer Bedeutung, weil sie die Datenerhebung von weiterer Abwägung zu rechtfertigen vermag. Erteilt der Betroffene seine Zustimmung, so wertet er sein Interesse an Datenschutz selbst ab, so dass es hinter das Verarbeitungsinteresse des für die Verarbeitung Verantwortlichen zurücktreten muss.

#### 2.2.2.1.1 Freiwilligkeit

Voraussetzung für eine wirksame Einwilligung ist nach § 4a BDSG allerdings, dass sie „auf der freien Entscheidung des Betroffenen beruht“. Damit ist mehr gemeint als das bloße Fehlen von Willensmängeln. Dies zeigt sich nicht nur daran, dass ein Verzicht auf eigene Rechte nach nationalem Rechtsverständnis auf dem freien Willen des Betroffenen beruhen muss.<sup>93</sup> Vielmehr ergibt sich dieser Schluss auch bei einer Betrachtung der dem BDSG zugrundeliegenden Datenschutzrichtlinie. Dort wird in der deutschen Sprachfassung die Einwilligung in Art. 2 lit. h als Erklärung definiert, die ohne Zwang und in Kenntnis der Sachlage abgegeben wird. Noch deutlicher wird die Bedeutung der Freiwilligkeit in den anderen Sprachfassungen. Hier zeigt sich, dass sich die Erklärung als Manifestation des eigenen Willens darstellen muss.<sup>94</sup>

Dass das Kriterium der Freiwilligkeit im Arbeitsverhältnis oder bei Anbahnung eines solchen überhaupt erfüllt werden kann – bei einer Verneinung der Frage wäre die Einwilligung als Mittel der Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung vollständig

---

tungsaktes – genehmigt wird. Dies ist beispielsweise im Baurecht der Fall (s. nur § 75 Abs. 1 BauO NRW). Mit solchen Konstellationen ist die Regelungstechnik des BDSG freilich nicht vergleichbar.

<sup>92</sup> Hierzu BAG v. 03.06.2003 – 1 ABR 19/02, BAGE 106, 188; vgl. auch Simitis/Sokol, Bundesdatenschutzgesetz, 7. Aufl. 2011, § 4 Rn. 3.

<sup>93</sup> Vgl. BVerfG v. 18.08.1991 – 2 BvR 166/81, NJW 1982, 375; BGH v. 02.12.1963 – III ZR 222/62, NJW 1964, 1177; Sachs/Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Vor Art. 1 Rn. 56; Stern, Staatsrecht Bd. III/2, 1994, § 86 II 6 b); Palandt/Sprau, § 823 Rn. 39; Fischer, 60. Aufl. 2013, StGB, Vor § 32 Rn. 3c; Schönke/Schröder/Lenckner, StGB, 28. Aufl. 2010, Vorbem § 32ff. Rn. 45.

<sup>94</sup> Vgl. ausführlich zu den einzelnen Sprachfassungen Däubler, Gläserne Belegschaften, 2010, S. 107; Tinnefeld, NJW 2001, 3078, 3081 geht unter Bezugnahme auf den deutschen Text davon aus, dass § 4a BDSG über die Anforderungen der Richtlinie hinausgeht.

ausgeschlossen –, wird verbreitet angezweifelt.<sup>95</sup> Der Arbeitnehmer könnte aus Angst, bei einer Verweigerung sein Arbeitsverhältnis zu gefährden, eine Einwilligung trotz Bedenken erteilen.<sup>96</sup> Auch im europäischen Rahmen wird diese Problematik erörtert.<sup>97</sup>

Mit der Novellierung des § 32 BDSG hat der Gesetzgeber jedoch klargestellt, dass ungeachtet dieser Bedenken es auch im Arbeitsverhältnis prinzipiell möglich ist, eine freiwillige Einwilligung zu erteilen. Die Klarstellung ist in der Weise erfolgt, dass in den Materialien ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass eine Einwilligung neben § 32 BDSG zur Rechtfertigung herangezogen werden kann.<sup>98</sup> Der Verweis auf die Einwilligungsmöglichkeit des Arbeitnehmers wäre widersinnig, wenn im Arbeitsverhältnis das Freiwilligkeitskriterium nicht erfüllbar wäre.

Dennoch kann die Freiwilligkeit der Erteilung einer Einwilligung im Arbeitsverhältnis nicht als selbstverständlich angenommen werden. Es sind gerade im Arbeitsverhältnis Situationen denkbar, in denen aufgrund der Zwangslage des Arbeitnehmers von einer freiwilligen Entscheidung nicht mehr ausgegangen werden kann. Es ist somit auf den jeweiligen Einzelfall abzustellen,<sup>99</sup> zu dessen Beurteilung verschiedene Fallgruppen benannt werden können, die die Freiwilligkeit der Entscheidung ausschließen. So kann von einer freiwilligen Einwilligung nicht mehr ausgegangen werden, wenn sich der Arbeitnehmer einer ungerechtfertigten Druckausübung ausgesetzt sieht, also er sich unter erhöhtem Zeitdruck, möglicherweise direkt im Zusammenhang mit einem Gespräch mit einem Vorgesetzten entscheiden muss; ferner wenn ihm in „Überzahl“ begegnet wird und dabei sofort die Einwilligungserklärung verlangt wird.<sup>100</sup> Hier kann unter Umständen sogar die Grenze zur widerrechtlichen Drohung überschritten sein.<sup>101</sup> Auch eine einseitige Beratung, die offensichtlich allein auf die Erteilung der Einwilligung zielt, kann der Freiwilligkeit entgegenstehen.<sup>102</sup> Eine Fremdbestimmtheit kann ferner dadurch zustande kommen, dass der Arbeitgeber die Einwilligung in die Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung im Zusammenhang mit dem Abschluss des Arbeitsvertrages verlangt.<sup>103</sup> Hier ist der Druck auf den Einwilligenden besonders hoch, da er anders als im bereits bestehenden Arbeitsverhältnis eine kaum gesicherte Rechtsposition innehat und er deswegen befürchten muss, dass der Vertragsschluss infolge seiner Verweigerung scheitern wird. Der Arbeitge-

<sup>95</sup> Simits/Simitis, BDSG, § 4a Rn. 62; Hanau/Hoeren, Private Internetnutzung durch Arbeitnehmer, 2003, S. 57; Koeppe, Rechtliche Grenzen der Kontrolle der E-Mail- und Internetnutzung am Arbeitsplatz, 2007, S. 182ff.; Mattl, Die Kontrolle der Internet- und E-Mail-Nutzung am Arbeitsplatz, 2008, S. 90; Mengel, Compliance und Arbeitsrecht, 2009, S. 202; Backes/Eul/Guthmann/Martwich/Schmidt, RDV 2004, 156, 159; Gola, RDV 2002, 109, 111; Schaar, MMR 2001, 644; Schmidl, DuD 2006, 353, 355; Wedde, DuD 2004, 169, 172; Zscherpe, MMR 725, 727.

<sup>96</sup> Simits/Simitis, BDSG, 7. Aufl. 2011, § 4a Rn. 62; Koeppe, Rechtliche Grenzen der Kontrolle der E-Mail- und Internetnutzung am Arbeitsplatz, S. 182; Wedde, DuD 2004, 169, 172.

<sup>97</sup> Vgl. Arbeitspapier über eine gemeinsame Auslegung des Artikels 26 Abs. 1 der Richtlinie 95/46/EG vom 24. Oktober 1995, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2005/wp114\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2005/wp114_de.pdf).

<sup>98</sup> BT-Drucks. 16/13657, S. 35.

<sup>99</sup> Duhr/Naujok/Peter/Seiffert, DuD 2002, 5, 13; Lambrich/Cahlik, RDV 2002, 287, 292; Zscherpe, MMR 2004, 723, 727.

<sup>100</sup> Vgl. Däubler, Gläserne Belegschaften, 2010, S. 110; St. Lorenz, JZ 1997, 277, 281.

<sup>101</sup> Vgl. zur Anfechtung von Aufhebungsverträgen wegen widerrechtlicher Drohung BAG v. 06.12.2001 – 2 AZR 396/00, BAGE 100, 52; v. 21.03.1996 – 2 AZR 543/95, AP BGB § 123 Nr. 42.

<sup>102</sup> Däubler, Gläserne Belegschaften, 2010, S. 110; Weichert, DuD 2002, 133, 139.

<sup>103</sup> Mattl, Die Kontrolle der Internet- und E-Mail-Nutzung am Arbeitsplatz, 2008, S. 91; Schimmelpfening/Wenning, DB 2006, 2290, 2292.

ber wird also, wenn er nicht die Unwirksamkeit einer im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss erteilten Einwilligung riskieren will, deutlich machen, dass dem Arbeitnehmer eine echte Wahl im Hinblick auf die Erteilung der Einwilligung gelassen wird und ihm ausreichend Zeit zum Studium lassen.<sup>104</sup>

Differenzierter zu beantworten ist die Frage, ob eine Einwilligung noch freiwillig ist, wenn eine bestimmte Leistungsgewährung in einem laufenden Arbeitsverhältnis davon abhängig gemacht wird, dass eine Einwilligung erteilt wird. Zulässig ist diese Verknüpfung jedenfalls, wo die Leistungsgewährung durch die Datenverwendung bedingt ist. Hier stellt sich die Datenerhebung, -verarbeitung, oder -nutzung als notwendige Voraussetzung für die Leistungsgewährung dar. So kann etwa ein Firmenrabatt seitens einer Konzernmutter gegenüber den Arbeitnehmern der Tochtergesellschaft ohne Weiterleitung der entsprechenden Personaldaten nicht erfolgen.<sup>105</sup> Unsicher ist die Situation hingegen, wenn eine Einwilligung für die Leistungsgewährung nicht erforderlich ist (z. B.: Private Internetnutzung nur bei Einwilligung in bestimmte Kontrollen). Hier liegt ein Koppelungsverbot nahe.<sup>106</sup> Positivrechtlich normiert findet sich ein solches Koppelungsverbot in § 95 Abs. 5 TKG. Nach dieser Vorschrift ist das Abhängigmachen einer TK-Dienstleistung von der Erteilung einer Einwilligung über die für die Leistung nicht notwendigen Daten nicht zulässig, wenn dem Leistungsempfänger keine Alternative für die TK-Dienste zuzumuten ist. Allein die Verknüpfung von Leistungserbringung und Einwilligungsverlangen ist danach nicht unzulässig. Dies gilt selbst dann, wenn die Daten für die Leistungserbringung nicht notwendig sind. Vielmehr ist zusätzlich erforderlich, dass der Leistungsempfänger keine Ausweichmöglichkeit für die Leistungen des TK-Anbieters hat.<sup>107</sup>

Ob eine solche dominierende Stellung des Arbeitgebers in entsprechender Anwendung auf das Arbeitsverhältnis besteht, kann je nach gewährter Leistung unterschiedlich zu bewerten sein. So kann nicht davon ausgegangen werden, dass bei der Gewährung privater Internetnutzung der Arbeitgeber eine Monopolstellung im Hinblick auf die (private!) Internetnutzung hat, da der Arbeitnehmer ohne weiteres auch einen privaten Zugang außerhalb seiner Arbeitsstätte herstellen kann. Anders mag sich die Situation bei Firmenrabatten darstellen. Im Ergebnis ist also auch hier eine Einzelfallbetrachtung zu verlangen. Auf den ersten Blick denkbar erscheint auch der Rückgriff auf den allgemeinen Rechtsgedanken, dass eine Einwilligung auch dann unwirksam sein kann, wenn sie aus einer Situation heraus entsteht, bei der in widerrechtlicher Weise auf die einwilligende Person eingewirkt wird. Ausnahmsweise ergibt sich eine solche Widerrechtlichkeit eines Verhaltens auch aus der Verknüpfung eines rechtmäßigen Mittels – der Verweigerung einer in Aussicht gestellten Leistung – mit einem rechtmäßigen Ziel – Erlangung der Einwilligung –, nämlich wenn zwischen diesen der innere Zusammenhang fehlt.<sup>108</sup> Gerade ein solches allgemeines Koppelungsverbot wurde infolge der Neuregelung in § 95 Abs. 5 TKG aufgehoben,<sup>109</sup>

<sup>104</sup> Wedde, DuD 2004, 169, 172.

<sup>105</sup> Vgl. Gola, RDV 2002, 109, 111.

<sup>106</sup> So etwa Simitis/Simitis, BDSG, 7. Aufl. 2011, § 4a Rn. 63; Däubler, Gläserne Belegschaften, 2010, S. 109; Zscherpe, MMR 2004, 725, 727.

<sup>107</sup> Beck'scher TKG-Kommentar/Büttgen, 4. Aufl. 2013, § 95 Rn. 33; Arndt/Fetzer/Scherer/Fetzer, TKG, 2008, § 95 Rn. 25; Scheurle/Mayen/Kannenber, TKG, 2. Aufl. 2008, § 95 Rn. 74.

<sup>108</sup> Vgl. etwa Schönke/Schröder/Eser, StGB, 28. Aufl. 2010, § 240 Rn. 23 zur Nötigung bei Anwendung eines rechtmäßigen Mittels zur Erreichung eines rechtmäßigen Zwecks.

<sup>109</sup> Die Vorgängervorschrift § 89 Abs. 10 S. 1 i.V.m. § 3 Abs. 2 TDSV sah vor, dass die Erbringung von TK-Diensten nicht von der Angabe personenbezogener Daten abhängig gemacht werden durfte, die

so dass es zweifelhaft ist, ein solches für die Einwilligung nach § 4a BDSG zu Grunde zu legen. Überzeugender ist es, die gesetzgeberische Entscheidung in § 95 Abs. 5 TKG auch auf das BDSG zu übertragen – beide Regelungen schützen die Freiwilligkeit der Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten bei einer Vertragsdisparität – und so ist ein Koppelungsverbot nur im Falle einer fehlenden Ausweichmöglichkeit anzunehmen.

#### 2.2.2.1.2 Die informierte Einwilligung

Die Einwilligung muss ferner hinreichend bestimmt sein, der Arbeitnehmer muss sich darüber im Klaren sein, worin er einwilligt. Daraus folgt, dass pauschal gehaltene Erklärungen, die dem Betroffenen die Möglichkeit nehmen, zu erkennen, worauf sich seine Einwilligung konkret bezieht, unzulässig sind.<sup>110</sup> Ein gesetzgeberischer Hinweis auf dieses Bestimmtheitserfordernis findet sich in § 4a Abs. 3 BDSG. Die Regelung fordert, dass, soweit besondere Arten personenbezogener Daten im Sinne von § 3 Abs. 9 BDSG erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, sich die Einwilligung ausdrücklich auf diese Daten bezieht.

#### 2.2.2.2 Zulassung durch § 32 BDSG

Kommt keine Einwilligung in Betracht oder wurde eine solche nicht gegeben, bedarf es einer gesetzlichen Zulassung der Datenverarbeitung. Für den Bereich des Beschäftigtendatenschutzes findet sich diese – generalklauselartig – in § 32 Abs. 1 S. 1 BDG. Danach dürfen personenbezogene Daten des Beschäftigten „für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses für dessen Durchführung oder Beendigung erforderlich ist.“

##### 2.2.2.2.1 Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses

Mit der 1. Variante – Entscheidung über die Begründung des Arbeitsverhältnisses – will der Gesetzgeber Fragen nach fachlichen Fähigkeiten, Kenntnissen und Erfahrungen durchaus zulassen – aber eben nur diese. Für andere Fragen werden oftmals auch die im Diskriminierungsschutz begründeten Grenzen des Fragerechtes relevant werden.<sup>111</sup> Hier geht es dann regelmäßig um besondere Arten personenbezogener Daten im Sinne des § 3 Abs. 9 BDSG, für die weiterhin nicht § 32 BDSG, sondern § 28 Abs. 6 und 7 BDSG den Maßstab der Rechtfertigung einer Datenverarbeitung vorgibt.<sup>112</sup>

Die Anpassung der Arbeitsumgebung auf die Körpermaße des Arbeitnehmers wird freilich eher im laufenden Arbeitsverhältnis geschehen. Ihre Rechtfertigung richtet

---

für die Erbringung der Dienstleistung nicht erforderlich waren. Auf das Monopolkriterium kam es also nicht an. Vgl. dazu auch Arndt/Fetzer/Scherer/Fetzer, TKG, 2008, § 95 Rn. 25; Beck'scher TKG-Kommentar/Büttgen, 4. Aufl. 2013, § 95 Rn. 33; Mattl, Die Kontrolle der Internet- und E-Mail-Nutzung am Arbeitsplatz, 2008, S. 90.

<sup>110</sup> OLG Celle v. 14.11.1979 – 3 U 92/79, NJW 1980, 347, 348; Schaffland/Wiltfang, BDSG, 2011, § 4a Rn. 11; Simitis/Simitis, BDSG, 7. Aufl. 2011, § 4a Rn. 77; Mengel, Compliance und Arbeitsrecht, 2009, S. 202; Zimmermann, RDV 2006, 242, 244.

<sup>111</sup> Vgl. dazu oben A. II. 3. b) aa) und Thüsing, Arbeitnehmerdatenschutz, 2010, Rn. 378f.

<sup>112</sup> Thüsing, Arbeitnehmerdatenschutz, 2010, Rn. 61.



sich dann nach der zweiten Variante, wonach sie zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist. Dieser Wortlaut ist freilich missverständlich. Nach der Gesetzesbegründung ist die Norm auch einschlägig, „wenn der Arbeitnehmer seine im Zusammenhang mit der Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses bestehenden Rechte wahrnimmt, z. Bsp. durch Ausübung des Weisungsrechts oder durch Kontrolle der Leistung oder des Verhaltens des Beschäftigten.“<sup>113</sup> Das steht in Übereinstimmung mit der bisherigen durch die herrschende Meinung gefundenen Ausdeutung des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG, wonach der Vertragszweck auch die Ermittlung von gegen die Erfüllung des Vertrags sprechendem Verhalten rechtfertigt.<sup>114</sup> Der Durchführung des Arbeitsverhältnisses dient dann letztlich alles, was der Zweckbestimmung des Arbeitsverhältnisses dient.<sup>115</sup>

#### 2.2.2.2 Interessenabwägung

Alle Erlaubnisnormen des BDSG lösen, soweit es um private Stellen geht, denselben Konflikt, nämlich den zwischen dem Persönlichkeitsrecht der betroffenen Personen und den Interessen des Verantwortlichen, im Arbeitsrecht also insbesondere Eigentumsrecht und Berufsfreiheit des Arbeitgebers. Es geht somit stets darum, praktische Konkordanz zwischen kollidierenden Grundrechten und Interessen herzustellen. Deutlich wird dies einfachrechtlich an dem Merkmal der Erforderlichkeit, welches die zentrale materiell-rechtliche Hürde in den Erlaubnistatbeständen der §§ 6b Abs. 1 und Abs. 3, 28 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2, 32 Abs. 1 S. 1 und S. 2 BDSG darstellt. In § 28 Abs. 1 Nr. 3 BDSG wird sogar explizit eine Interessenabwägung vorgegeben. Nichts anders gilt auch im Rahmen des § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG. Ebenso wie bei § 28 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 BDSG muss es letztlich auch bei § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG um eine Interessenabwägung zwischen den Interessen der verantwortlichen Stelle und der von der Datenverarbeitung Betroffenen gehen.<sup>116</sup> Dies ist auch im Hinblick auf die europarechtlichen Vorgaben, die bei der Auslegung ohnehin maßgeblich sind,<sup>117</sup> geboten. Auch sie beurteilen die Zulässigkeit der Datenerhebung und -verarbeitung letztlich nach einer Interessenabwägung im Einzelfall, wenn dies auch in Art. 7 der Richtlinie 95/46/EG nur unvollkommen zum Ausdruck gekommen ist (vgl. aber immerhin Art. 7 lit. f).<sup>118</sup>

#### 2.2.2.3 Regelung durch Betriebsvereinbarung

Nach 4 Abs. 1 BDSG ist die Datenerhebung auch dann zulässig, wenn eine „andere Rechtsvorschrift“ sie erlaubt oder vorschreibt. Dass zu diesen anderen Vorschriften auch Betriebsvereinbarungen gehören, ist in Rechtsprechung und Literatur anerkannt.<sup>119</sup>

<sup>113</sup> BT-Drucks. 16/13657, S. 36.

<sup>114</sup> Für alle: *Thüsing*, Arbeitnehmerdatenschutz, 2010, Rn. 63; *D/K/W/W/Wedde*, BDSG, § 28 Rn. 40; *Gola/Schomerus*, BDSG, 11. Aufl. 2012, § 28 Rn. 14, 16a.

<sup>115</sup> *Thüsing*, Arbeitnehmerdatenschutz, 2010, Rn. 63; *Gola/Schomerus*, BDSG, 11. Aufl. 2012, § 32 Rn. 11, *Simits/Seifert*, BDSG, 7. Aufl. 2011, § 32 Rn. 10f.

<sup>116</sup> *Thüsing*, Arbeitnehmerdatenschutz, 2010, Rn. 59; *Gola/Schomerus*, BDSG, 11. Aufl. 2012, § 32 Rn. 12, 14; *Simits/Seifert*, BDSG, 7. Aufl. 2011, § 32 Rn. 11.

<sup>117</sup> Oben B.I.2.c).

<sup>118</sup> *Pötters/Traut*, RDV 2013, 132, 134.

<sup>119</sup> BAG v. 27.05.1986 – 1 ABR 48/84, BAGE 52, 88; v. 30.08.1995 – 1 ABR 4/95, BAGE 80, 366; v. 20.12.1995 – 7 ABR 8/95, BAGE 82, 36; *Gola/Schomerus*, BDSG, 11. Aufl. 2012, § 4 Rn. 7; *Simits/Walz*, BDSG, 7. Aufl. 2011, § 4 Rn. 11; *Fitting*, BetrVG, 26. Aufl. 2012, § 83 Rn. 29; *ErfK/Kania*, 13.

### 2.2.2.3.1 Betriebsvereinbarung als „andere Rechtsvorschrift“ i.S.v. § 4 Abs. 1 BDSG

Schon in einer frühen Leitentscheidung aus dem Jahre 1986 entschied das BAG, dass eine Betriebsvereinbarung eine „andere Rechtsvorschrift“ nach § 4 Abs. 1 BDSG darstellen kann.<sup>120</sup> Schon der Wortlaut des § 4 Abs. 1 BDSG spricht hier eine eindeutige Sprache. Der Umgang mit personenbezogenen Daten ist unzulässig, soweit nicht das BDSG oder andere Rechtsvorschriften eine entsprechende Erlaubnis enthalten. Die „anderen Rechtsvorschriften“ werden gleichrangig neben die Vorschriften des BDSG gestellt. Es wäre widersprüchlich, mit dem BDSG einerseits und den anderen Rechtsvorschriften andererseits zwei unterschiedliche Legitimationsgrundlagen für Erlaubnistatbestände im Umgang mit personenbezogenen Daten zuzulassen und gleichzeitig diese Zweiteilung dadurch wieder aufzuheben, dass die entscheidenden Kriterien zur Zulässigkeit allein aus dem BDSG entnommen werden können. Auch streitet für diese Auffassung, dass Abweichungen zugunsten der Arbeitnehmer ohnehin keiner ausdrücklichen Regelung bedürft hätten, weil im Falle einer für die Arbeitnehmer vorteilhafteren Regelung das Günstigkeitsprinzip, wie es für Tarifverträge in § 4 Abs. 3 TVG ausdrücklich normiert und im Übrigen auch für Betriebsvereinbarungen anzuwenden ist, die Zulässigkeit unproblematisch begründet hätte.<sup>121</sup>

Zwar gibt es in der Literatur durchaus auch abweichende Stimmen, jedoch haben sich diese Bedenken nicht durchgesetzt und der Gesetzgeber hat bei der Schaffung des § 32 BDSG keine Korrektur vorgenommen, sondern sogar – ausweislich der Gesetzesbegründung<sup>122</sup> – die Leitlinien der Fallpraxis kodifiziert. § 32 Abs. 3 BDSG kann damit als eine Bestätigung der Regelungsbefugnis der Betriebsparteien hinsichtlich datenschutzrechtlicher Fragen gelesen werden.<sup>123</sup>

### 2.2.2.3.2 Regelungsspielraum der Betriebsparteien: Abweichungen vom Standard des BDSG?

Ist damit eine Regelung durch Betriebsvereinbarung grundsätzlich möglich, so ist in einem weiteren Schritt danach zu fragen, ob sich die Betriebsparteien strikt an die materiellen Vorgaben des (nationalen wie europäischen) Datenschutzrechts halten müssen oder ob sie über Regelungsspielräume für Abweichungen nach oben oder nach unten hinsichtlich des Datenschutzniveaus verfügen.

Hier ist zu differenzieren: Die Verfahrens- und sonstigen formellen Voraussetzungen des BDSG müssen nicht eingehalten werden.<sup>124</sup> Umstritten ist, ob die Betriebsvereinbarung auch eine Abweichung vom materiellen Schutzstandard des BDSG erlaubt. Das BAG hielt dies 1986 für möglich<sup>125</sup> und findet noch vereinzelt Gefolgschaft in der Literatur.<sup>126</sup> Die heute ganz herrschende Meinung hält die Rechtsprechung des

---

Aufl. 2013, § 83 BetrVG Rn. 11; GK-BetrVG/Wiese/Franzen, 9. Aufl. 2010, § 83 Rn. 6; MünchHandArbR/Blomeyer, 3. Aufl. 2009, § 99 Rn. 23; Thüsing, Arbeitnehmerdatenschutz, 2010, Rn. 102.

<sup>120</sup> BAG v. 27.05.1986 – 1 ABR 48/84, NJW 1987, 674.

<sup>121</sup> Thüsing, Arbeitnehmerdatenschutz und Compliance, 2010, Rn. 105; BAG v. 27.05.1986 – 1 ABR 48/84, NJW 1987, 674.

<sup>122</sup> BT-Drucks. 16/13657, S. 32.

<sup>123</sup> Thüsing, NZA 2009, 865, 870.

<sup>124</sup> Pötters/Traut, RDV 2013, 132, 139.

<sup>125</sup> BAG v. 27.05.1986 – 1 ABR 48/84, NJW 1987, 674.

<sup>126</sup> ErfK/Franzen, 13. Aufl. 2013, § 4 BDSG Rn. 3; B. Buchner, in: FS Buchner, 2009, S. 162.

BAG hingegen zu Recht für überholt und möchte eine Abweichung vom materiellen Gehalt des BDSG nicht zulassen.<sup>127</sup>

Dem ist schon deshalb zuzustimmen, weil die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG auch auf die Überwachung von Arbeitnehmern auf Grundlage einer Betriebsvereinbarung Anwendung findet. Eine Senkung des Schutzstandards verbietet sich also schon im Hinblick auf die Richtlinie.<sup>128</sup> Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, ob die Richtlinie eine Hebung des Schutzstandards erlaubt. Dies hängt davon ab, ob man die Betriebsvereinbarung als Umsetzung der Richtlinie begreift – wofür ihr normativer Charakter spricht – oder als private Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Wie oben dargelegt wurde, bewirkt die Datenschutzrichtlinie grundsätzlich eine Vollharmonisierung des nationalen Rechts. Ist die Betriebsvereinbarung Umsetzungsakt, so kann also auch sie nicht vom Schutzstandard des EU-Rechts abweichen, und zwar weder zugunsten noch zulasten des Arbeitnehmers; ist sie dagegen eine private Vereinbarung, kann der Arbeitgeber auf seine Interessen auch ein Stück weit verzichten. Aufgrund des abstrakt-generellen Charakters und der normensetzenden Funktion der Betriebsvereinbarung sprechen die besseren Argumente für eine Bindung der Sozialpartner an die materiellen Vorgaben des EU-Datenschutzrechts bzw. des BDSG.<sup>129</sup>

Die Betriebsparteien können also in erster Linie *konkretisierend* tätig werden, indem sie die abstrakten und vagen Vorgaben der gesetzlichen Erlaubnistatbestände betriebsspezifisch ausgestalten und insbesondere Kriterien aufstellen, wie der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz für bestimmte Sachverhalte gewahrt werden kann. Bei dieser Konkretisierung wird man den Betriebsparteien einen gewissen Beurteilungsspielraum zubilligen können.<sup>130</sup> Ein solcher Beurteilungsspielraum verstößt auch nicht gegen Unionsrecht und den Grundsatz der Vollharmonisierung des Datenschutzrechts, im Gegenteil: Im Lichte von Art. 28 EU-GRCh muss auch das EU-Sekundärrecht so ausgelegt werden, dass die wichtige Rolle der Sozialpartner bei der Umsetzung von Unionsrecht im Arbeitsleben hinreichend berücksichtigt wird. So geht der EuGH in seiner Rechtsprechung zum Diskriminierungsrecht davon aus, dass bei Tarifverträgen eine weniger strikte Überprüfung der Rechtfertigungstatbestände als bei einer Umsetzung durch den Gesetzgeber angezeigt ist.<sup>131</sup> Für das Datenschutzrecht sollte Entsprechendes gelten.<sup>132</sup>

### 2.2.2.3.3 Übertragbarkeit auf das Personalvertretungsrecht

Entsprechende Erwägungen gelten grundsätzlich auch im Personalvertretungsrecht, datenschutzrechtliche Fragen können also auch durch eine Dienstvereinbarung geregelt werden. Das Datenschutzrecht selbst enthält keine Differenzierungen zwischen Beschäftigungsverhältnissen im öffentlichen Dienst und in der Privatwirtschaft, nach § 3 Abs. 11 Nr. 8 BDSG sind sogar Beamte „Beschäftigte“ i.S.d. Datenschutz-

<sup>127</sup> Simitis/Sokol, BDSG, 7. Aufl. 2011, § 4 Rn. 17; Gola/Schomerus, BDSG, 11. Aufl. 2012, § 4 Rn. 10; Pötters/Traut, RDV 2013, 132, 139; Gola/Wronka, Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, Rn. 1110 f.; Fitting, BetrVG, 26. Aufl. 2013, § 83 Rn. 29.

<sup>128</sup> So zu Recht Trittin/Fischer, NZA 2009, 343, 344 m.w.N.; vgl. auch Roßmann, DuD 2002 286, 288, der mit dem 12. Erwägungsgrund der Richtlinie argumentiert.

<sup>129</sup> Pötters/Traut, RDV 2013, 132, 139.

<sup>130</sup> In diese Richtung wohl auch BAG v. 26.08.2008 – 1 ABR 16/07, NZA 2008, 1187, 1190.

<sup>131</sup> EuGH v. 12.10.2010 – C-45/09, Slg. 2010, I-9391 (Rosenblatt).

<sup>132</sup> Pötters/Traut, RDV 2013, 132, 139.

rechts. Für eine Übertragbarkeit der Argumentation spricht auch die grundlegende Strukturverwandtschaft von Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsrecht.<sup>133</sup> Das BAG zieht häufig argumentative Parallelen zwischen den jeweils einschlägigen Vorschriften<sup>134</sup>, auch das BVerwG verweist bei der Auslegung des Personalvertretungsrechts regelmäßig auf parallele Vorschriften im Betriebsverfassungsrecht.<sup>135</sup>

Folglich sind Dienstvereinbarung und Betriebsvereinbarung grundsätzlich parallel zu behandeln, wenn nicht explizite gesetzliche Regelungen eine Differenzierung gebieten. Ein zentraler Unterschied, der auch vorliegend relevant ist, besteht in der Reichweite der Regelungsbefugnis via Dienst- bzw. Betriebsvereinbarung. Freiwillige Dienstvereinbarungen mögen in der Praxis weit verbreitet sein<sup>136</sup>, sie sind aber nach allgemeiner Meinung (zumindest auf Bundesebene<sup>137</sup>) unwirksam.<sup>138</sup> Dies folgt aus § 73 Abs. 1 S. BPersVG, wonach Dienstvereinbarungen nur zulässig sind, „soweit sie dieses Gesetz ausdrücklich vorsieht.“ Eine vergleichbare Regelung fehlt im BetrVG, den Betriebsparteien wird daher nach der ständigen Rechtsprechung des BAG eine umfassende Regelungskompetenz zugebilligt.<sup>139</sup>

Dienstvereinbarungen können also nur für Regelungsbereiche geschlossen werden, die dem Mitbestimmungsrecht des Personalrats nach § 75 Abs. 3 und § 76 Abs. 2 BPersVG unterliegen.<sup>140</sup> Wie oben dargelegt, sind im Betriebsverfassungsrecht vor allem die Mitbestimmungstatbestände nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 7 BetrVG für die Regelung von Fragen der Arbeitsplatzergonomie relevant. Eine dem § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG nachempfundene Vorschrift enthält § 75 Abs. 3 Nr. 15 BPersVG, wonach sich eine Dienstvereinbarung mit der „Regelung der Ordnung in der Dienststelle und des Verhaltens der Beschäftigten“ befassen kann. Nach § 75 Abs. 3 Nr. 11 BPersVG können auch „Maßnahmen zur Verhütung von Dienst- und Arbeitsunfällen und sonstigen Gesundheitsschädigungen“ getroffen werden, sodass auch eine Parallelvorschrift zu § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG im Personalvertretungsrecht besteht. Er-

<sup>133</sup> In der Literatur wird häufig auf die wichtigen Parallelen zwischen Dienst- und Betriebsvereinbarung hingewiesen; s. etwa *Söllner/Reinert*, Personalvertretungsrecht, 2. Aufl. 1993, S. 215: „Der arbeitsrechtlichen Betriebsvereinbarung entspricht im öffentlichen Dienst die Dienstvereinbarung.“ Ferner *Altwater/Baden/Kröll*, BPersVG - Basiskommentar, 6. Aufl. 2012, § 73 Rn. 1; *Weber*, in: Richardi/Dörner/Weber, Personalvertretungsrecht, 4. Aufl. 2012, Vor § 69 Rn. 14; *Brox/Rüthers/Henssler*, Arbeitsrecht, 18. Aufl. 2011, Kapitel 11 Rn. 1015. Vgl. aus der Rechtsprechung BAG v. 23.11.2004 – 9 AZR 639/03, NZA 2005, 833.

<sup>134</sup> S. etwa BAG v. 23.05.2007 – 10 AZR 413/06, BeckRS 2009, 69829; vgl. auch BAG v. 29.09.2011 – 2 AZR 523/10, NZA 2012, 628, 631 mit einem Erst-Recht-Schluss gegenüber der Betriebsvereinbarung.

<sup>135</sup> S. etwa BVerwG v. 09.03.2012 – 6 P 27/10, NZA-RR 2012, 501; instruktiv auch BVerwG v. 10.01.2008 – 6 P 4/07, PersV 2008, 315 zur Übertragbarkeit des Betriebsbegriffs.

<sup>136</sup> Nachweise bei *Albicker/Wiesenecker*, NZA 2007, 842; vgl. auch *Pfohl*, Arbeitsrecht des öffentlichen Dienstes, 2002, Rn. 621.

<sup>137</sup> Anders etwa § 83 Abs. 1 S. 1 HmbPersVG: „Dienstvereinbarungen sind zulässig, soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen.“ Vgl. hierzu BVerwG v. 17.12.2003 – 6 P 7.03, AP LPVG Hamburg § 81 Nr. 1.

<sup>138</sup> S. nur BVerwG v. 07.04.2008 – 6 PB 1/08, NVwZ 2008, 801; *Ilbertz/Widmaier/Sommer*, BPersVG, 12. Aufl. 2012, § 73 Rn. 2.

<sup>139</sup> S. nur BAG v. 12.12.2006 – 1 AZR 96/06, NZA 2007, 453, Rn. 14.

<sup>140</sup> *Altwater/Baden/Kröll*, BPersVG - Basiskommentar, 6. Aufl. 2012, § 73 Rn. 2; *Pfohl*, Arbeitsrecht des öffentlichen Dienstes, 2002, Rn. 623; *Weber*, in: Richardi/Dörner/Weber, Personalvertretungsrecht, 4. Aufl. 2012, Vor § 69 Rn. 14; *Albicker/Wiesenecker*, NZA 2007, 842; *Berger-Delhey*, PersV 1989, 293; BVerwG v. 12.7.1984 – 6 P 14/83, ZBR 1985, 28; *Ilbertz/Widmaier/Sommer*, BPersVG, 12. Aufl. 2012, § 73 Rn. 2.

gänzend kann auch auf § 76 Abs. 2 Nr. 5 BPersVG verwiesen werden, wonach der Personalrat bei „Maßnahmen zur Hebung der Arbeitsleistung und Erleichterung des Arbeitsablaufs“ mitzubestimmen hat.

Nach alledem gibt es eine Reihe von Kompetenztiteln, auf die sich eine Dienstvereinbarung stützen lässt. Außerhalb dieser Mitbestimmungstatbestände ist jedoch eine Regelung – anders als bei der Betriebsvereinbarung – unzulässig. Der Personalrat kann und muss dann jedoch zumindest beratend und auch kontrollierend tätig werden. Nach § 81 Abs. 1 BPersVG, der in etwa § 89 BetrVG entspricht, hat der Personalrat „bei der Bekämpfung von Unfall- und Gesundheitsgefahren die für den Arbeitsschutz zuständigen Behörden, die Träger der gesetzlichen Unfallversicherung und die übrigen in Betracht kommenden Stellen durch Anregung, Beratung und Auskunft zu unterstützen und sich für die Durchführung der Vorschriften über den Arbeitsschutz und die Unfallverhütung in der Dienststelle einzusetzen.“ Diese Zuständigkeit des Personalrats wird durch eine Mitteilungspflicht in § 81 Abs. 2 BPersVG abgesichert. Die meisten Landespersonalvertretungsgesetze enthalten mit § 81 BPersVG wortgleiche oder nahezu wortgleiche Regelungen.<sup>141</sup>

Demnach ist es der Praxis nicht zu raten, von dem Standard 95/45/EG und damit des BDSG nach oben oder nach unten abzuweichen.

### 2.3 Anonymisierung der Daten (§ 3 Abs. 6 BDSG) als Weg der Datenvermeidung

Die Eigenschaft als personenbezogenes Datum könnte entfallen, wenn ein Datum wirksam im Sinne des § 3 Abs. 6 BDSG anonymisiert wurde.<sup>142</sup> Nach der gesetzlichen Definition des § 3 Abs. 6 BDSG wird das Vorliegen einer Anonymisierung wie folgt bestimmt:

„Anonymisieren ist das Verändern personenbezogener Daten derart, dass die Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse nicht mehr oder nur mit einem unverhältnismäßig großen Aufwand an Zeit, Kosten und Arbeitskraft einer bestimmten oder bestimmbar natürlichen Person zugeordnet werden können.“

Die Definition beschreibt ein Ziel, nicht jedoch den Weg, der zu diesem Ergebnis führt.<sup>143</sup> Mit der Anonymisierung nach § 3 Abs. 6 BDSG soll der Informationsgehalt eines Datensatzes zwar erhalten bleiben, eine inhaltliche Aussage über eine bestimmte Person aber nicht mehr möglich sein.<sup>144</sup> Mit welchen Maßnahmen Daten so „verändert“ werden müssen, um dieses Ziel zu erreichen, ist der Definition nicht zu entnehmen.

<sup>141</sup> *Benecke*, in: Richardi/Dörner/Weber, Personalvertretungsrecht, 4. Aufl. 2012, § 81 Rn. 23.

<sup>142</sup> So *Gola/Schomerus*, BDSG, 11. Aufl. 2012, § 30 Rn. 6; differenzierend *Härting*, NJW 2013, 2065, 2066: Nur wenn man einen relativen Maßstab anlegt und für den Personenbezug darauf abstellt, ob eine Re-Identifizierung ohne unverhältnismäßigen Aufwand möglich ist, führt die Anonymisierung dazu, dass Daten den Personenbezug verlieren und dem Anwendungsbereich des BDSG nicht mehr unterfallen.

<sup>143</sup> Prägnant: *Härting*, NJW 2013, 2065.

<sup>144</sup> *Weichert* in: D/K/W/W, BDSG, 3. Aufl. 2010, § 3 Rn. 46.

Die Abgrenzung anonymer Daten von personenbeziehbaren Daten ist jedoch im Einzelfall schwierig, da das Risiko einer Re-Individualisierung nie ganz ausgeschlossen werden kann.<sup>145</sup> Risikofaktoren sind das vorhandene oder erwerbbar Zusatzwissen des Datenverwenders, die gegenwärtigen und künftigen technischen Möglichkeiten der elektronischen Datenverarbeitung, der mögliche Aufwand und die verfügbare Zeit.<sup>146</sup> Da sich ein gewisses Restrisiko der Re-Individualisierung auch im Hinblick auf Zufälle und die Erlangung neuer Erkenntnisse nie ganz ausschließen lässt, stellt sich die Personenbeziehbarkeit anonymer Daten als Frage der Wahrscheinlichkeit dar. Kann eine Information mit normalem Aufwand nicht dem Namen oder der Identität einer Person zugeordnet werden, handelt es sich nicht mehr um personenbezogene Daten und die verantwortliche Stelle darf sie ungehindert verarbeiten. Erfolgt nur eine teilweise Anonymisierung, indem beispielsweise die Identifizierung erschwert wird, so ist der Anwendungsbereich des BDSG eröffnet, es kann hier aber ein Eingriff in das Persönlichkeitsrecht von geringerer Intensität vorliegen.<sup>147</sup> Das ist vor allem bei der Pseudonymisierung nach § 3 Abs. 6a BDSG der Fall.

Rechtsfolge einer gelungenen Anonymisierung soll nach der herrschenden Ansicht in der Literatur sein, dass kein personenbezogenes Datum mehr vorliegt.<sup>148</sup> Das BDSG soll also nach § 1 Abs. 1 nicht mehr anwendbar sein. Diese Aussage lässt in ihrer Pauschalität allerdings den europarechtlichen Hintergrund unberücksichtigt. Die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG, welche die datenschutzrechtlichen Standards abschließend und bindend definiert,<sup>149</sup> kennt die Anonymisierung anders als das BDSG nicht als eigene Kategorie. Sie findet lediglich im 26. Erwägungsgrund Anwendung, wonach die Schutzprinzipien des Datenschutzes keine Anwendung auf Daten finden sollen, die derart anonymisiert sind, dass die betroffene Person nicht mehr identifizierbar ist.

Damit wird nichts anderes ausgesprochen, als dass in diesem Fall kein personenbezogenes Datum mehr vorliegt und damit schon nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie ihr Anwendungsbereich nicht eröffnet ist. Anders als das BDSG es in § 3 Abs. 6 für die Anonymisierung vorsieht, genügt dafür aber eben keine bloße Erschwerung der Identifizierung. Vielmehr muss die Person tatsächlich nicht bestimmbar sein. In diesem Sinne ist – wegen der Notwendigkeit der richtlinienkonformen Auslegung – auch § 3 Abs. 6 BDSG auszulegen. Ihm kommt also neben den Regeln zum Anwendungsbereich (§ 1 Abs. 2 BDSG) keine eigenständige Bedeutung mehr zu.

## 2.4 Datenschutzrechtliche Grenzen ergonomischer Arbeitsplatzgestaltung

Diese gesetzlichen Rahmenbedingungen gilt es nun auf arbeitsschutzrechtliche Konstellationen anzuwenden. Die ergonomische Einrichtung des Arbeitsplatzes er-

<sup>145</sup> *Roßnagel/Tinnefeld*, Handbuch des Datenschutzrechts, 2003, S. 492; *Härting*, NJW 2013, 2065, 2066.

<sup>146</sup> *Roßnagel/Scholz*, MMR 2000, 721, 723.

<sup>147</sup> *Weichert* in: D/K/W/W, BDSG, 3. Aufl. 2010, § 3 Rn. 49.

<sup>148</sup> S. nur *Gola/Schomerus*, BDSG, 11. Aufl. 2012, § 3 Rn. 43; *Simitis/Dammann*, BDSG, 7. Aufl. 2011, § 3 Rn. 196 m.w.N..

<sup>149</sup> Oben B I. 2. a).

fordert eine Anpassung an die Körpermaße des jeweiligen Arbeitnehmers.<sup>150</sup> Diese sind also zu ermitteln und bei der Vornahme der Einstellungen zu verwenden. Diese Informationserhebung und -verarbeitung unterliegt datenschutzrechtlichen Begrenzungen, die im Folgenden abgesteckt werden.

## 2.4.1 Anwendungsbereich des BDSG

Um überhaupt dem Datenschutzrecht zu unterfallen, muss der Anwendungsbereich des BDSG in sachlicher und in personeller Hinsicht eröffnet sein. Nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BDSG gilt diese für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten durch nicht-öffentliche Stellen, soweit sie die Daten unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen verarbeiten, nutzen oder dafür erheben oder die Daten in oder aus nicht automatisierten Dateien verarbeiten, nutzen oder dafür erheben, es sei denn, die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung der Daten erfolgt ausschließlich für persönliche oder familiäre Tätigkeiten.

### 2.4.1.1 Körpermaße als personenbezogenes Datum

Voraussetzung für die Anwendbarkeit ist also zunächst, dass die zu ermittelnden Daten ein personenbezogenes Datum darstellen. In § 3 Abs. 1 BDSG sind personenbezogene Daten definiert als Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person (Betroffener). Der Begriff „Angabe“ umfasst jede Information. Woher diese Information stammt – vom Betroffenen selbst oder von einem anderen - ist ebenso gleichgültig wie die Form ihrer Repräsentation.<sup>151</sup> Wichtig ist jedoch der Personenbezug. Die Formulierung des Gesetzgebers ist dabei außerordentlich weit zu verstehen und umfasst alle Informationen, die über den Betroffenen etwas aussagen – unabhängig davon, ob es sich um dessen Privat- und Intimsphäre oder weniger sensitive Bereiche handelt.<sup>152</sup> Eine Person ist „bestimmt“, wenn die Daten selbst einen unmittelbaren Rückschluss auf die Identität des Betroffenen zulassen; nur „bestimmbar“ ist demgegenüber eine Person durch solche Angaben, bei denen zusätzliche Kenntnisse erforderlich sind, um die betroffene Person zu identifizieren.<sup>153</sup> Keine personenbezogenen Daten im Sinne des Gesetzes sind also Angaben, die sich zwar auf eine einzelne Person beziehen, diese jedoch nicht identifizierbar ist.<sup>154</sup> Einzelangaben sind ferner nicht mehr gegeben bei aggregierten oder anonymisierten Daten.<sup>155</sup>

Die Körpergröße, soweit sie dem einzelnen Arbeitnehmer zugeordnet ist, ist nach diesen Maßstäben klar als personenbezogenes Datum einzuordnen, da sie eine Einzelangabe über die persönlichen Verhältnisse bestimmter oder jedenfalls bestimmbarer natürlicher Personen darstellt. Die entscheidende Frage ist freilich, wie lange die für den Personenbezug erforderliche Zuordnung gegeben ist.

<sup>150</sup> Oben A. II. 1.

<sup>151</sup> Simitis/Dammann, BDSG, 7. Aufl. 2011, § 3 Rn. 4.

<sup>152</sup> Simitis/Dammann, BDSG, 7. Aufl. 2011, § 3 Rn. 7.

<sup>153</sup> Roßnagel/Scholz, MMR 2000, 721, 723; Tinnefeld/Ehmann, Einführung in das Datenschutzrecht, 2012, S. 184.

<sup>154</sup> Gola/Schomerus, BDSG, 11. Aufl. 2012, § 3 Rn. 3.

<sup>155</sup> Gola/Schomerus, BDSG, 11. Aufl. 2012, § 3 Rn. 3.

Zumindest bestimmbar dürfte sie auch dann sein, wenn in einem überschaubaren Arbeitnehmerkreis – etwa die Benutzer einer bestimmten Maschine – lediglich die Körpergröße erhoben wird, ohne dies etwa mit dem Namen des Arbeitnehmers verknüpft wird. Anderes mag aber gelten, wenn bei einem sehr großen Arbeitnehmerkreis – etwa zur Einstellung eines Fließbandes – lediglich die Körpergröße ermittelt und ohne Personenbezug gespeichert wird. Einer solchen Liste dürfte der Personenbezug fehlen, weil die Daten hinreichend anonymisiert sind. Auch in diesen Fällen dürfte aber die erstmalige Ermittlung der Körpermaße eine Datenerhebung nach dem BDSG darstellen. Denn im Bereich des Arbeitsrechts gilt das BDSG für jede Form der Datenerhebung, nicht nur für die automatisierte oder die Speicherung in Dateien.<sup>156</sup> Da in dem Moment der Nachfrage oder der Messung – sei sie auch nur stillschweigend durch Probesitzen des Bürostuhls erfolgt – der Personenbezug des Datum klar gegeben ist, gilt für die Erhebung dann das BDSG. Wird erst durch die Einstellung in eine anonyme Liste der Personenbezug aufgehoben, ist das BDSG zwar für die folgende Nutzung und Verarbeitung der Daten nicht mehr einschlägig, die bis zum Verlust des Personenbezuges nötigen Operationen müssen aber nach ihm gerechtfertigt werden.

Unerheblich ist auch, dass etwa die Größe als solche ein Merkmal ist, das zunächst bis zu einem gewissen Grad „offensichtlich“ ist. Schon grundsätzlich schützt das Datenschutzrecht jedes personenbezogene Datum, selbst wenn es allgemein bekannt ist. Dieser Umstand wirkt sich allenfalls auf Rechtfertigungsebene bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu Gunsten der Zulässigkeit der Datenerhebung aus. Darüber hinaus kommt es aus der Warte des Arbeitsschutzes nicht nur auf die Körpergröße insgesamt, sondern vielmehr auf die Körpermaße an. Diese setzen sich aus zahlreichen Einzeldaten (etwa Armlänge oder Länge des Rumpfe) zusammen, die ihrerseits keineswegs mehr offensichtlich sind.

Mithin dürften die allermeisten Fälle der Erhebung von Körperdaten in den sachlichen Anwendungsbereich des Datenschutzrechts fallen. Allenfalls dort, wo Daten ohne Personenbezug für eine Vielzahl von Arbeitnehmer ermittelt werden, mag im Einzelfall kein personenbezogenes Datum vorliegen. Ein Beispiel ist hier die Ermittlung des größten Arbeitnehmers.

#### 2.4.1.2 Ermittlung der Körpermaße und Einstellung des Arbeitsplatzes als tatbestandsmäßige Datenverarbeitung

Nach § 1 Abs. 1 BDSG gilt das BDSG für Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten. Nach § 3 Abs. 3 BDSG ist Erheben das Beschaffen von Daten über den Betroffenen. § 3 Abs. 4 S. 1 BDSG definiert das Verarbeiten als das Speichern, Verändern, Übermitteln, Sperren und Löschen personenbezogener Daten. Ein Nutzen personenbezogener Daten liegt nach § 3 Abs. 5 BDSG vor bei jeder Verwendung personenbezogener Daten, soweit es sich nicht um Verarbeitung handelt.

Der Anwendungsbereich des BDSG ist auch insofern denkbar weit. Jede Ermittlung individueller Maße des Arbeitnehmers wird daher eine Erhebung dieser im Sinne des

<sup>156</sup> Dazu sogleich noch B. II. 2. b).



§ 3 Abs. 3 BDSG darstellen, ihre Speicherung und jede andere Einwirkung auf die Daten eine Verarbeitung, jede Verwendung eine tatbestandsmäßige Nutzung.

Auch die wichtige Beschränkung, die § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG bewirkt, gilt im hiesigen Kontext nicht. Nach § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG gilt für nicht-öffentliche Stellen – also für Private im Gegensatz zu Behörden – nur, soweit sie die Daten unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen verarbeiten, nutzen oder dafür erheben oder die Daten in oder aus nicht automatisierten Dateien verarbeiten, nutzen oder dafür erheben. Nicht erfasst wäre daher die individuelle Einstellung der Arbeitsumgebung durch einen vom Arbeitgeber beauftragten Experten, soweit diese nach Augenmaß und ohne systematisiertes Festhalten der Maße des Arbeitnehmers erfolgt. Nach § 32 Abs. 2 BDSG ist § 32 Abs. 1 BDSG auch anzuwenden, wenn personenbezogene Daten erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, ohne dass sie automatisiert verarbeitet oder in oder aus einer nicht automatisierten Datei verarbeitet, genutzt oder für die Verarbeitung oder Nutzung in einer solchen Datei erhoben werden. Die Einschränkung des § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG findet damit gerade keine Anwendung im Kontext des Beschäftigtendatenschutzes. Damit ist das BDSG nicht nur anwendbar, wenn die Körpermaße des Arbeitnehmers aufgenommen und in einer Datei gespeichert werden, sondern auch, wenn etwa ein vom Arbeitgeber beauftragter Fachmann die Einstellung von Bürostuhl und Schreibtisch vornimmt. Selbst das bloße optische Wahrnehmen des Arbeitnehmers und der kommunikative Kontakt mit dem Arbeitnehmer bei Vorstellungsgespräch oder der täglichen Arbeit durch den Arbeitgeber stellen angesichts der extrem weiten Formulierung des § 32 Abs. 2 BDSG eine im Grundsatz dem BDSG unterfallende Datenerhebung dar. Auch die Erhebung und Verarbeitung des aus dem persönlichen Treffen gewonnenen Eindrucks, was etwa Körpergröße, körperliche Fitness, möglicher Gebrechen (Amputationen, Fehlhaltung) oder Intelligenz angeht, muss daher grundsätzlich nach § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG gerechtfertigt werden.

Wegen des Verzichts auf das Erfordernis automatisierter oder systematisierter Verarbeitung gilt das BDSG auch bei den meisten Formen von statistischen Erhebungen oder bei der Erstellung „anonymer“ Datenbanken. Grundsätzlich soll das BDSG nicht anwendbar sein, wenn personenbezogene Daten ohne Personenbezug etwa für statistische Zwecke aufgenommen werden.<sup>157</sup> Werden etwa Passanten nach ihrer Größe gefragt und nur diese – ohne den Passanten in irgendeiner Form zu identifizieren – in eine Liste aufgenommen, so ist das BDSG nicht anwendbar, weil zu dem Zeitpunkt, in dem der Personenbezug des Datums bestand – nämlich der Befragung – dieses Datum noch nicht in einer Datei eingestellt war und als solches auch nicht in eine Datei eingestellt werden sollte. Mithin war es noch nicht im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen verarbeitet, genutzt oder dafür erhoben bzw. in oder aus nicht automatisierten Dateien verarbeitet, genutzt oder dafür erhoben worden. Nicht anwendbar ist das BDSG daher nur, wenn tatsächlich die vollständige Anonymität auch bei der Datenerhebung gesichert ist. Das ist schwierig zu erreichen. Vorstellbar ist etwa eine anonyme Befragung im Firmen-Intranet.

---

<sup>157</sup> *Gola/Schomerus*, BDSG, 11. Aufl. 2012, § 3 Rn. 42a; *Simitis/Dammann*, BDSG, 7. Aufl. 2011, § 3 Rn. 191.

### 2.4.1.3 Zwischenfazit: Umfassender Anwendungsbereich des BDSG

Der Anwendungsbereich des BDSG ist also denkbar weit. Ihm unterfällt im Ergebnis jede Ermittlung und Verwendung individueller Maße des Arbeitnehmers. Entsprechend muss jede arbeitsschutzrechtliche Maßnahme, die eine solche individuelle Einstellung vorsieht, nach dem BDSG gerechtfertigt werden.

### 2.4.1.4 Keine vorrangigen „anderen Rechtsvorschriften“ (§ 1 Abs. 3 S. 1 BDSG)

Etwas anderes gilt nur, soweit „andere Rechtsvorschriften“ auf personenbezogene Daten einschließlich deren Veröffentlichung anzuwenden sind, denn diese gehen den Vorschriften des BDSG gem. § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG vor. Neben den Gesetzen im formellen Sinne kommen insofern auch sämtliche materiellen Rechtsnormen in Betracht.<sup>158</sup> Regelungen, die eine Rechtsverordnung enthält, gehen den Vorschriften des BDSG folglich im gleichen Umfang vor, wie einschlägige Bestimmungen in der Satzung einer bundesunmittelbaren juristischen Person des öffentlichen Rechts. Allgemeine Verwaltungsvorschriften und sonstige Verwaltungsanordnungen haben indes keinen Vorrang; sie können jedoch zur Interpretation von vorrangigen Normen herangezogen werden, so dass sie auch im Rahmen der hier erörterten Problematik nicht ohne Belang sind.

#### 2.4.1.4.1 „Andere Rechtsvorschriften“ im Arbeitsschutzrecht?

Als solche Rechtsnormen sind jedoch die allgemeinen Vorschriften des Arbeitsschutzrechtes nicht einzuordnen. Schon sachlich stellen sie keine Datenschutzregelungen i.e.S. dar, auch wenn sie möglicherweise die Datenerhebung im Einzelfall erfordern. Die umfassenden, ausdifferenzierten Regelungen des BDSG bleiben somit anwendbar. Zugleich stellen die Normen des allgemeinen Arbeitsschutzrechtes auch keine „andere Rechtsvorschrift“ i.S.v. § 4 Abs. 1 BDSG dar (hierzu sogleich<sup>159</sup>).

Anders dürfte dies etwa im Verhältnis zu der – im hiesigen Kontext der Ermittlung der Körpermaße kaum relevanten – ArbMedVV<sup>160</sup> über arbeitsmedizinische Untersuchungen sein. Soweit arbeitsmedizinische Untersuchungen vorgeschrieben sind, besteht eine unmittelbare Verpflichtung zur Erhebung personenbezogener Daten. Der Arbeitgeber erhält nach § 6 Abs. 3 S. 3 ArbMedVV das Ergebnis der Untersuchungen. Insofern dürfte die Datenerhebung also im Sinne des § 4 Abs. 1 BDSG durch eine andere Rechtsvorschrift „angeordnet“ sein. Mithin muss nicht die Datenerhebung selbst erneut überprüft werden. Die aus dem BDSG im Hinblick auf personenbezogene Daten gewährte Rechte bleiben aber – soweit sie nicht durch die ArbMedVV modifiziert werden – erhalten.

#### 2.4.1.4.2 Gendiagnostikgesetz als „andere Rechtsvorschrift“

Begrenzt wird der Umfang der zulässigen Datenerhebung außerdem durch das Gendiagnostikgesetz (GenDG)<sup>161</sup>, das als Spezialregelung das BDSG verdrängt. Nach § 19 GenDG darf der Arbeitgeber von seinen Mitarbeitern weder bei der Einstellung

<sup>158</sup> Gola/Schomerus, BDSG, 11. Aufl. 2012, § 1 Rn. 23.

<sup>159</sup> Abschnitt B. IV. 3. a) aa).

<sup>160</sup> Vgl. dazu oben A. I. 4.

<sup>161</sup> Vgl. Kollmer/Klindt/Kreizberg, ArbSchG, 2. Aufl. 2011, ArbMedVV, Einführung Rn. 15 ff.

noch im laufenden Arbeitsverhältnis die Vornahme gendiagnostischer Untersuchungen noch die Mitteilung der Ergebnisse solcher Untersuchungen verlangen oder, selbst wenn er davon Kenntnis erhalten sollte, diese verarbeiten. Damit normiert das GenDG für bestimmte Daten ein absolutes Erhebungs- und Verarbeitungsverbot. Insofern geht es §§ 4 Abs. 1, 28, 32 BDSG vor, da damit die Verarbeitung dieser Daten per se ausgeschlossen ist und nicht mehr einer Abwägung unterliegt.

Von dem Grundsatz des § 19 GenDG normiert das GenDG in § 20 jedoch selbst eine Ausnahme. Zunächst wiederholt § 20 Abs. 1 GenDG zwar die Aussage, dass im Rahmen arbeitsmedizinischer Untersuchungen gendiagnostische Untersuchungen weder durchgeführt noch die Mitteilung von Ergebnissen dieser verlangt werden dürfen. Nach § 20 Abs. 2 GenDG jedoch sind im Rahmen arbeitsmedizinischer Vorsorgeuntersuchungen diagnostische genetische Untersuchungen durch Genproduktanalyse zulässig, soweit sie zur Feststellung genetischer Eigenschaften erforderlich sind, die für schwerwiegende Erkrankungen oder schwerwiegende gesundheitliche Störungen, die bei einer Beschäftigung an einem bestimmten Arbeitsplatz oder mit einer bestimmten Tätigkeit entstehen können, ursächlich oder mitursächlich sind. Damit sollen die bisher schon im Rahmen arbeitsmedizinischer Untersuchungen stattfindenden gendiagnostischen Untersuchungen zulässig bleiben.<sup>162</sup> Außerdem kann die Bundesregierung nach § 20 Abs. 3 GenDG durch Rechtsverordnung auch in anderen Fällen die Zulässigkeit bestimmter gendiagnostischer Untersuchungen regeln.

Für die hier im Fokus stehenden Körpermaße sind die Vorgaben des GenDG von keiner Bedeutung, da es sich nicht um versteckte Eigenschaften handelt, die erst durch eine gendiagnostische Untersuchung offengelegt werden könnten. Auch im Übrigen ist die Reichweite des § 20 GenDG sehr eingeschränkt. § 20 Abs. 1 GenDG knüpft an „arbeitsmedizinische Vorsorgeuntersuchungen“ an. Dies dürften solche nach der ArbMedVV sein. Sie erfassen also viele Arbeitsverhältnisse nicht und sind zudem zumeist freiwillig. Außerdem ist auch bei Pflichtuntersuchungen nach § 20 Abs. 4 i.V.m. § 8 GenDG stets die Einwilligung des Arbeitnehmers erforderlich. Erteilt dieser sie nicht, so dürfen ihm nach § 21 GenDG hieraus keine arbeitsrechtlichen Nachteile erwachsen. Mithin sind gendiagnostische Untersuchungen ein Mittel zur Verbesserung des Gesundheitsschutzes. Wegen der Freiwilligkeit dieser Maßnahmen muss jedoch ein arbeitsschutzrechtlich adäquater Standard auf anderem Wege erreicht werden.

#### **2.4.2 Rechtfertigung nach § 4 Abs. 1 BDSG**

Von einigen Ausnahmen abgesehen sind somit bei arbeitsschutzrechtlichen Maßnahmen die Vorgaben des BDSG zu beachten. Damit dürfen gemäß § 4 Abs. 1 BDSG personenbezogene Daten des Arbeitnehmers für Zwecke des Arbeitsschutzes nur erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, soweit dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene eingewilligt hat. Insofern ist zu berücksichtigen, dass eine Rechtfertigung nach § 4 Abs. 1 BDSG sich immer auf konkrete Daten beziehen muss und für die gesamte Datenerfassung bestehen muss.<sup>163</sup>

---

<sup>162</sup> BT-Drucks. 6/10532, S. 38.

<sup>163</sup> ErfK/Franzen, 13. Aufl. 2013, § 4 BDSG Rn. 1.

Hierbei können drei Fallgruppen unterschieden werden, deren rechtliche Zulässigkeit im Folgenden separat und auf den konkreten Einzelfall bezogen zu untersuchen ist:

- die Erfüllung zwingender gesetzlicher Vorgaben des Arbeitsschutzrechts,
- die Ausfüllung gesetzlicher Handlungsspielräume und
- überobligatorische Maßnahmen.

#### 2.4.2.1 Erfüllung zwingender gesetzlicher Vorgaben

Die erste Fallgruppe betrifft die Erfüllung zwingender gesetzlicher Vorgaben zur Datenerhebung. Hierbei handelt es um Fälle, in denen eine bestimmte individuelle Anpassung als einzige Handlungsoption des Arbeitgebers im Sinne des § 3 Abs. 1 S. 1 ArbSchG übrig bleibt oder aber sogar – wie bei § 4 LastHandhabV – die Berücksichtigung der körperlichen Eignung ausdrücklich vorgeschrieben wird. Gleiches gilt für Fälle des § 7 ArbSchG, soweit der Arbeitgeber nach der Norm die Eignung ausforschen muss, um eine bestimmte Tätigkeit zuweisen zu können. All diese Normen haben – in den hier betrachteten Fällen der Reduktion des Handlungsspielraums auf eine Variante – datenschutzrechtlich gemein, dass dem Arbeitgeber qua Gesetz keine andere Handlungsoption als die Erhebung und Verwendung von Beschäftigtendaten gegeben ist.

##### 2.4.2.1.1 Keine Gestattung im Arbeitsschutzrecht (§ 4 Abs. 1 Var. 2 und 3 BDSG)

Gleichwohl liegt keine Gestattung oder Anordnung i.S.v. § 4 Abs. 1 BDSG vor. Eine gesetzliche Gestattung i.S.d. Datenschutzrechts enthält nur eine Norm, welche gerade die Verarbeitung personenbezogener Daten eindeutig, d. h. unter Nennung zumindest der Art der Daten und des Zwecks der Verarbeitung für zulässig erklärt. Prinzipiell reicht es daher nicht aus, wenn allein eine bestimmte Aufgabe beschrieben wird, deren Verwirklichung die Kenntnis bestimmter Informationen voraussetzt.<sup>164</sup>

Als Erlaubnisnorm bereits eine „indirekte“ Informationserhebungsbefugnis genügen zu lassen, kann angesichts der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die für die Datenerhebung und Verarbeitung eine gesetzliche Grundlage fordert, nicht ausreichen.<sup>165</sup> Auch europarechtlich dürfte nach Art. 7 der Richtlinie 95/46/EG eine eindeutig als solche identifizierbare Erlaubnisnorm erforderlich sein. Der Verzicht auf die Anwendung der allgemeinen datenschutzrechtlichen Vorgaben ist nur dann unionsrechtlich zulässig, wenn der Gesetzgeber den von der jeweiligen Norm erfassten datenschutzrechtlichen Konflikt gesehen und bewusst auch unter datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten geregelt hat. Insoweit genügt es gerade nicht, wenn ein datenschutzrechtlicher Konflikt zwar von der Norm vorausgesetzt wird, das Gesetz ansonsten aber zur Lösung dieses Konfliktes schweigt.

Dies ist vorliegend der Fall: In § 4 LastHandhabV und § 7 ArbSchG wird eine Erhebung und Nutzung von Daten zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgabe gleichsam zwingend vorausgesetzt, jedoch äußern sich die Normen nicht zur Zulässigkeit dieser Datenverarbeitung. Aus diesem Schweigen eine generelle Zulässigkeit zu schlie-

<sup>164</sup> Bergmann/Möhrle/Herb, BDSG, § 4 Rn. 17.

<sup>165</sup> Gola/Schomerus, BDSG, 11. Aufl. 2012, § 4 Rn. 8.

ßen wäre nun im Hinblick auf die vom BVerfG gesetzten engen Voraussetzungen und Grenzen der Datenverarbeitung zu weitgehend. Vielmehr ist mangels eindeutiger und ausdrücklicher Regelung der datenschutzrechtlichen Fragen in den § 4 LastHandhabV und § 7 ArbSchG das BDSG zur Lösung berufen. Allerdings können die gesetzlichen Wertungen dieser arbeitsschutzrechtlichen Normen bei der Anwendung der Vorschriften des BDSG, insbesondere im Rahmen der Interessenabwägung, berücksichtigt werden.<sup>166</sup>

#### 2.4.2.1.2 Gestattung durch Betriebsvereinbarung (§ 4 Abs. 1 Var. 2 und 3 BDSG)

Nach dem bereits oben Gesagten (siehe Gliederungspunkt A. IV.) kann eine Betriebsvereinbarung zwar eine „andere Rechtsvorschrift“ i.S.v. § 4 Abs. 1 BDSG darstellen, jedoch ist es den Betriebsparteien verwehrt, vom (materiell-rechtlichen) Schutzstandard des BDSG abzuweichen.<sup>167</sup>

#### 2.4.2.1.3 Keine Einwilligung (§§ 4 Abs. 1 Var. 4, 4a BDSG)

Als weitere Rechtfertigungsmöglichkeit einer Datenverarbeitung kommt eine Einwilligung der betroffenen Arbeitnehmer nach §§ 4 Abs. 1 Var. 4, 4a Abs. 1 S. 1 BDSG in Betracht. Die Einwilligung ist die vorherige Zustimmung des Betroffenen, wobei § 4a BDSG die Voraussetzungen einer datenschutzrechtlich wirksamen Einwilligungserklärung normiert.<sup>168</sup> Wie oben bereits dargelegt (Gliederungspunkt B. II. 2. a)), kann grundsätzlich auch der Arbeitnehmer im Rahmen des Arbeitsverhältnisses in eine Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung seiner personenbezogenen Daten einwilligen. Das Wesen der Einwilligung ist durch deren Freiwilligkeit ausgezeichnet: Der Arbeitnehmer kann eine Datenverarbeitung durch seine Erlaubnis legalisieren, wenn diese Erlaubnis auf seinem freien Willen beruht.<sup>169</sup>

Im Bereich des gesetzlich vorgeschriebenen Arbeitsschutzes kommt eine Einwilligung jedoch im Hinblick auf das Freiwilligkeitserfordernis von vornherein nicht in Betracht: Gemäß § 15 Abs. 1 S. 1 ArbSchG besteht eine Pflicht des betroffenen Arbeitnehmers mitzuwirken, sofern eine Maßnahme des Arbeitgebers nach § 3 ArbSchG vorliegt. Diese rechtliche Pflicht steht einer freiwilligen Entscheidung entgegen. Der Arbeitnehmer hat rechtlich schon gar nicht die Möglichkeit, sich anders zu entscheiden. Daher scheidet hier eine Einwilligung gemäß §§ 4 Abs. 1 Var. 4, 4a BDSG mangels Freiwilligkeit aus.

#### 2.4.2.1.4 Rechtfertigung nach §§ 4 Abs. 1 Var. 1, 32 Abs. 1 S. 1 BDSG

Eine Rechtfertigung kommt damit in erster Linie nach § 32 BDSG als der Generalklausel des Beschäftigtendatenschutzes in Betracht. Nach § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG ist eine Datenverarbeitung zulässig, wenn sie für die Begründung, Durchführung oder Beendigung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist. Dies könnte aufgrund der gesetzlichen Wertungen des ArbSchG der Fall sein.

<sup>166</sup> Vgl. auch *Gola/Schomerus*, BDSG, 11. Aufl. 2012, § 4 Rn. 8.

<sup>167</sup> Ausführlich oben, Abschnitt A. III. 5. a).

<sup>168</sup> *Gola/Schomerus*, BDSG, 11. Aufl. 2012, § 4 Rn. 15.

<sup>169</sup> Ausführlich oben, Abschnitt B. II. 2. a).

Zu trennen ist bei der Prüfung des § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG zwischen der Zugehörigkeit der erhobenen Daten zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses und deren Erforderlichkeit.<sup>170</sup> Zu den zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses gehörenden Daten zählen insbesondere solche, die der Arbeitgeber aufgrund gesetzlicher Vorschriften erheben muss.<sup>171</sup> Hierunter fallen dann auch solche, die für die Erfüllung arbeitschutzrechtlicher Pflichten notwendig sind. Diese stellen zugleich auch vertragliche Pflichten nach §§ 241 Abs. 2, 618 Abs. 1 BGB dar.<sup>172</sup>

Auf der zweiten Stufe ist sodann die Zulässigkeit der konkreten Datenerhebung mittels einer Abwägung zwischen dem aus den arbeitsschutzrechtlichen Anforderungen fließenden Interesse an der Datenerhebung und dem Interesse des Arbeitnehmers an Datenschutz festzustellen.<sup>173</sup> Soweit sich aus den Normen des Arbeitsschutzes unmittelbar eine gesetzliche Verpflichtung zur Erhebung bestimmter personenbezogener Daten ergibt, dürfte die Abwägung im Regelfall zu Gunsten der Datenerhebung ausgehen, weil die gesetzliche Wertung, die in der arbeitsschutzrechtlichen Norm enthalten ist, zeigt, dass der Gesetzgeber in dem Fall das Interesse an Datenschutz selbst den Belangen des Arbeitsschutzes unterordnet.

#### 2.4.2.1.4.1 Gesetzliche Pflichten zur Erhebung konkreter Daten

Ein Beispiel hierfür dürfte § 4 LastHandhabV sein. Die Norm erfordert die Ermittlung der physischen Leistungsfähigkeit. Der Gesetzgeber zeigt damit, dass er davon ausgeht, dass die dafür zwingend nötigen Daten auch erhoben werden können. Ihre Erhebung, Verarbeitung und Nutzung ist also im Grundsatz als nach § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG erforderlich zu werten. Erfasst sind allerdings insofern lediglich zwingend notwendige personenbezogene Daten. Welche Daten in diesem Sinne zwingend notwendig sind, bestimmt sich im Grundsatz nach dem Anforderungsprofil, das der Arbeitgeber definiert, sowie nach der gewählten Methode zur Ermittlung der Eignung. Beides darf allerdings im Hinblick auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht so gewählt werden, dass mehr oder sensiblere personenbezogene Daten als unbedingt nötig erhoben werden. Kann also der Arbeitgeber eine weniger eingriffsintensive Methode zur Ermittlung der individuellen Eignung wählen, so muss er dies tun. Hinsichtlich der Frage, welche Methode ausreichend geeignet ist, dürfte ihm jedoch ein Beurteilungsspielraum zukommen.<sup>174</sup>

Eine absolute Grenze findet die Datenerhebung dort, wo der Kernbereich des Persönlichkeitsrechts des betroffenen Arbeitnehmers betroffen ist. Was diesen Kernbereich privater Lebensgestaltung berührt, kann schon von vornherein wegen der Wertungen der Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG nicht erforderlich sein. Diesen Kernbereich wird die hier insbesondere betrachtete Erhebung der Körpergröße jedoch im Regelfall nicht berühren.

<sup>170</sup> Gola/Schomerus, BDSG, 11. Aufl. 2012, § 32 Rn. 11.

<sup>171</sup> Gola/Schomerus, BDSG, 11. Aufl. 2012, § 32 Rn. 11.

<sup>172</sup> Hierzu oben, Abschnitt A. III. 3. b) bb).

<sup>173</sup> Dazu schon oben, Abschnitt B. II. 2. b) bb).

<sup>174</sup> Vgl. dazu oben A. II. 3. b) aa).

#### 2.4.2.1.4.2 Allgemeine Eignungsprüfung nach § 7 ArbSchG

Offener fällt die Abwägung im Bereich des § 7 Abs. 1 ArbSchG aus. Dieser erfordert zwar mit der Anforderung einer individuellen Eignungsprüfung im Grundsatz, die dafür nötigen Daten zu erheben. Da der Gesetzgeber aber nicht sämtliche für die verschiedenen Fallgestaltungen relevanten Daten im Blick hatte, konnte er die damit einhergehenden Konflikte auch nicht bereits in der Norm lösen. Vielmehr ist die Frage nach der Zulässigkeit der Datenerhebung im Rahmen der ausfüllungsbedürftigen allgemeinen Vorschrift des § 7 Abs. 1 ArbSchG eine der offenen Abwägung.<sup>175</sup> Allenfalls lässt sich aus § 7 ArbSchG entnehmen, dass der Gesetzgeber für die regelmäßig auftretenden Fälle eine Eignungsprüfung, und damit auch die damit einhergehende Datenerhebung, für möglich erachtet. Wie weit allerdings die jeweilige Prüfung zu gehen hat, bleibt offen. Daher müssen die Reichweite von § 7 ArbSchG und des Datenschutzrecht in Wechselwirkung zueinander abgegrenzt werden.<sup>176</sup> Es ist also abzuwägen zwischen dem Interesse an Datenschutz und dem an Arbeitsschutz sowie – auch das beschränkt die Reichweite des § 7 Abs. 1 ArbSchG – den für den Arbeitgeber entstehenden Kosten. Eine Rolle spielt demnach, wie gefährlich die Tätigkeit für den Arbeitnehmer ist, wie sehr diese Gefahr von seiner Eignung beeinflusst wird, wie sehr die notwendige Feststellung das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers beeinträchtigt und welchen Aufwand die Untersuchung für den Arbeitgeber bedeutet.

Dabei ist zunächst festzuhalten, dass schon das optische Wahrnehmen des Arbeitnehmers und der kommunikative Kontakt mit dem Arbeitnehmer bei Vorstellungsgesprächen oder bei der täglichen Arbeit durch den Arbeitgeber angesichts der extrem weiten Formulierung des § 32 BDSG – insbesondere des Abs. 2 BDSG – eine im Grundsatz dem BDSG unterfallende Datenerhebung darstellt.<sup>177</sup> Diese ist aber angesichts der geringen, als sozialadäquat zu bezeichnenden Eingriffsintensität und der Tatsache, dass eine solche Datenerhebung zwingend mit jedem persönlichem Kontakt einhergeht, gerechtfertigt. Die daraus gewonnenen Informationen über Größe, körperliche Fitness, mögliche sichtbare Gebrechen (Haltung, fehlende Gliedmaßen usw.) etc. dürfen dementsprechend auch verarbeitet werden. Der Arbeitgeber muss also nach § 7 ArbSchG berücksichtigen, wenn ein Arbeitnehmer erkennbar humpelt oder sich über Rückenschmerzen beklagt. Dann dürften auch weitere Untersuchungen zu erwägen sein.

Im hiesigen Kontext interessant ist jedoch die Frage, ob der Arbeitgeber über diesen Eindruck und konkrete Anlässe hinaus arbeitsschutzrechtliche<sup>178</sup> Eignungsuntersuchungen durchführen kann oder sogar muss. Bisher geht die arbeitsschutzrechtliche Literatur davon aus, dass besondere Untersuchungen oder ein Eignungstest im Rahmen des § 7 ArbSchG nur dann notwendig sind, wenn ein konkreter Anlass hinsichtlich der Art der Tätigkeit besteht. Muss beispielsweise das Bordpersonal einer Passagierflugzeugmaschine aus Sicherheits- und Organisationsgründen an die Ge-

<sup>175</sup> Dazu schon oben, Abschnitt A. II. 3. b) aa).

<sup>176</sup> Dazu schon oben, Abschnitt A. II. 3. b) aa).

<sup>177</sup> Dazu schon oben, Abschnitt B. IV. 1. b).

<sup>178</sup> Eine andere Frage ist, ob der Arbeitgeber im Eigeninteresse Eignungsprüfungen durchführen kann. Die Abwägung ist hier eine andere, weil nicht Gesundheitsschutz gegen Datenschutz abzuwägen ist, sondern die Berufsfreiheit des Arbeitgebers gegen das Interesse des Arbeitnehmers an Datenschutz. Dazu umfassend Thüsing, Arbeitnehmerdatenschutz, 2010, Rn. 377ff.

päckfächer über den Sitzen herankommen, ist eine gewisse Mindestgröße erforderlich, aufgrund der begrenzten Höhe einer Maschine aber auch eine Maximalgröße. In diesem Beispiel wäre es aus Sicht des Arbeitgebers geboten eine Eignungsprüfung durchzuführen, um wissen zu können, ob der Bewerber überhaupt die Arbeitsleistung erbringen kann. Als weitere Beispiele einer zulässigen Eignungsprüfung lassen sich folgende zu ermittelnde Kriterien anführen<sup>179</sup>:

- Zuverlässigkeit (z. B. um Störungen an Maschinen zu beseitigen oder die Instandhaltung von Verbrauchsanlagen, z. B. von Flüssiggas, sicherzustellen);
- Intelligenz (z. B. um komplizierte und lebenswichtige Gesundheitsprüfungen durchzuführen – bspw. ob Luft am Arbeitsplatz durch gefährliche Stoffe verunreinigt ist oder ob Sauerstoffmangel herrscht und die dementsprechenden Maßnahmen ergreifen zu können);
- Tastsinn (z. B. bei Verstellen von empfindlichen, schwer bedienbaren Stellteilen);
- allgemeine körperliche Belastungsfähigkeit (z. B. notwendige Körperkräfte zur Bedienung einer Maschine oder Tragen von schweren Gegenständen; auch Ausschluss einer Herzschwäche bei besonders anstrengenden Arbeiten);
- psychische Eigenschaften wie Belastungsfähigkeit, Konzentrationsfähigkeit, Koordinationsfähigkeit oder Reaktionsvermögen (z. B. bei Gefahrensituationen im Straßenverkehr bei Lastwagenfahrern).

Hier folgt aus der konkreten Art der Tätigkeit der Anlass für die Eignungsprüfung und die damit verbundene Datenverarbeitung. Aus der Sicht des Datenschutzrechtes dürfte dieser Standard – Eignungsuntersuchung bei konkretem, über die allgemeine Leistungsfähigkeit hinausgehenden Anlass – grundsätzlich zulässig sein.

Das gilt jedenfalls bei den hier im Fokus stehenden Fällen, in denen die Körpergröße erhoben wird. Die Erhebung und Verwendung des Datums Körpergröße ist angesichts ihrer verhältnismäßig großen „Offensichtlichkeit“ ein datenschutzrechtlicher Eingriff von geringer Intensität. Das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer muss daher regelmäßig gegenüber den qualifizierten arbeitsschutzrechtlichen Anforderungen, die sich aus einem konkreten Anlass zur Prüfung ergeben, zurücktreten.

Eine anlasslose, über den Eindruck vom Auftreten des Arbeitnehmers hinausgehende Untersuchung überspannt dagegen die datenschutzrechtlichen Zulässigkeitstatbestände, weil das Arbeitsschutzrecht einen entsprechenden Schutzstandard nicht vorsieht, weitergehende Untersuchungen also nicht rechtfertigen kann. Hierfür kann die Wertung von § 3 der LastHandhabV fruchtbar gemacht werden: Dort hat der Verordnungsgeber für eine besonders belastende Tätigkeit eine Eignungsprüfung vorgeschrieben. Daraus dürfte sich im Umkehrschluss ergeben, dass er bei weniger gefährlichen Tätigkeiten eine solche Prüfung nicht für erforderlich hält. Auch dass arbeitsmedizinische Pflicht- und Angebotsuntersuchungen nur in relativ beschränkten Bereichen vorgeschrieben sind, deutet in die Richtung, dass tiefgründige Untersuchungen, die über das bloße optische Wahrnehmen des Arbeitnehmers hinausgehen, unzulässig sind.

---

<sup>179</sup> Nach Kollmer/Klindt/A.W.Schack/P.Schack, ArbSchG, 2. Aufl. 2011, § 7 Rn. 22ff.



Für eine Bürotätigkeit dürfte also eine Untersuchung der körperlichen Voraussetzungen des Arbeitnehmers arbeitsschutzrechtlich nicht gefordert sein. Schon deshalb dürfte sie auch datenschutzrechtlich nicht zulässig sein, weil als milderer Mittel insbesondere die Einstellung der Arbeitsumgebung auf die individuellen Voraussetzungen des Arbeitnehmers in Betracht kommt – wobei noch zu untersuchen ist, ob diese vom Arbeitgeber oder vom Arbeitnehmer vorzunehmen ist (siehe hierzu B. IV. 3. b) cc)). Eine körperliche Eignungsprüfung ist hier daher unzulässig, da sie auch nicht durch das Interesse des Arbeitgebers, die Eignung des Arbeitnehmers festzustellen, gedeckt ist.

Einen Grenzfall stellen dann die Fälle dar, in denen die Arbeitsumgebung – wie etwa am Fließband – einen gewissen Größenkorridor vorgibt, in dem der Arbeitnehmer arbeiten können muss. Zunächst ist festzuhalten, dass auch die Arbeitsumgebung nicht als schlechthin gegeben anzusehen ist. Es kann als milderer Mittel auch geboten sein, die Arbeitsumgebung an den Arbeitnehmer anzupassen und nicht etwa umgekehrt. Bei Produktionsanlagen wird dies freilich dem Arbeitgeber meist nicht zumuten sein. Dann sind zunächst andere Mittel, welche arbeitsschutzrechtliche Belange erfüllen, auszuschöpfen, wie die Bereitstellung von Podesten für kleinere Arbeitnehmer. Erst wo auch dies – wie etwa im Flugzeug – nicht möglich oder für den Arbeitgeber wegen der Kosten unzumutbar ist, ist dann datenschutzrechtlich eine nähere Eignungsprüfung zulässig. Diese ist dann datenschutzrechtlich auch zulässig, weil der Eingriff in die Persönlichkeitsrechte bei einer Frage nach der Körpergröße gering ist und zugleich auch das Interesse, das der Arbeitnehmer die entsprechende Tätigkeit ausüben können muss, zu berücksichtigen ist.

Auch hier gilt aber, dass das Ausmaß der Datenverarbeitung möglichst gering zu halten ist. Es gelten die aus dem BDSG für alle Fälle der Datenverarbeitung folgenden Beschränkungen, etwa die Pflicht zur Datensparsamkeit und die Notwendigkeit, die Daten unverzüglich zu löschen, soweit sie nicht mehr für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses notwendig sind (s. § 35 Abs. 2 Nr. 3 BDSG). Selbst dort, wo eine Prüfung der Größe des Arbeitnehmers zulässig ist, darf also regelmäßig die Größe nicht einfach in der Personalakte vermerkt werden. Es genügt nämlich zumeist der Vermerk, dass die Anforderungen an die Größe erfüllt sind, oder dass der Arbeitnehmer Mitglied einer bestimmten Größenkohorte ist.

Unter Beachtung dieser Grenzen ist die Frage nach der Körpergröße nach § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG zulässig.

#### 2.4.2.1.4.3 Zwingende Maßnahmen des Arbeitsschutzes (§ 3 Abs. 1 ArbSchG)

Auch soweit eine Schutzmaßnahme nach § 3 Abs. 1 S. 1 ArbSchG die Erhebung personenbezogener Daten erfordert, gelten Besonderheiten für die Abwägung. Eine solche absolute Verpflichtung wird nur dann bestehen, wenn alle anderen Alternativen die Gesundheit des Arbeitnehmers nicht ausreichend schützen. Dann ist im Hinblick auf sein Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) entweder die geforderte Maßnahme durchzuführen oder aber eine Beschäftigung in der Tätigkeit hat zu unterbleiben. Die Alternativen heißen also: Entweder wird die Schutzmaßnahme nach § 3 Abs. 1 ArbSchG durchgeführt oder aber die Tätigkeit, die der Arbeitnehmer ausführen soll, muss unterbleiben.

Damit ändern sich die abzuwägenden Interessen: In einer solchen Situation streitet nicht nur das von der unternehmerischen Freiheit (Art. 12, 14 GG) geschützte Interesse des Arbeitgebers für die Zulässigkeit der Datenerhebung, auch die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers ist betroffen, weil ihm die Ausübung der entsprechenden Tätigkeit im Ergebnis verboten ist. Diese Interessen sind abzuwägen mit dem Interesse des Arbeitnehmers an dem Schutz seiner personenbezogenen Daten. Das Recht auf körperliche Unversehrtheit scheidet dagegen aus der Abwägung auf, weil es ohnehin gewahrt bleibt.

Bei der Abwägung dürfte es – auch wenn eine Einwilligung als solche nicht genügt – eine Rolle spielen, inwieweit der Arbeitnehmer sein Einverständnis mit der Datenerhebung erklärt, ob er also selbst seiner Berufsfreiheit oder seinem Persönlichkeitsrecht den Vorzug gibt. Bedeutsam ist auch die Intensität des Eingriffs in die jeweiligen Rechte. Für das Persönlichkeitsrecht spielt dabei eine Rolle, wie intim und wie umfassend die notwendigen Daten sind. Im Bereich der Berufsfreiheit stellt sich insbesondere die Frage, ob Arbeitgeber oder Arbeitnehmer die dann unzulässige Tätigkeit durch andere ersetzen können.

#### 2.4.2.2 Datenerhebung im Rahmen des Handlungsspielraums des Arbeitgebers nach § 3 Abs. 1 S. 1. ArbSchG

Die zweite Fallgruppe sind Fälle, in denen der Arbeitgeber personenbezogene Daten zur Erfüllung seiner Pflichten nach dem ArbSchG erheben möchte, obwohl er durch anderweitige Maßnahmen des Arbeitsschutzes auch auf die Datenerhebung verzichten könnte. Anstatt also beispielsweise den jeweiligen Arbeitsplatz auf den einzelnen Arbeitnehmer individuell einzustellen, könnte der Arbeitgeber nach § 3 Abs. 1 ArbSchG, § 4 Abs. 5 BetrSichV<sup>180</sup> auch verstellbare Arbeitsmittel einsetzen, verbunden mit der Schulung der Arbeitnehmer, wie diese Arbeitsmittel richtig eingestellt werden können.

Es kommen also zur Erfüllung der arbeitsschutzrechtlichen Pflichten sowohl Maßnahmen mit Datenverarbeitung als auch ohne datenschutzrechtliche Relevanz in Betracht. Entscheidet sich der Arbeitgeber für eine Datenverarbeitung muss diese wieder i.S.d. BDSG gerechtfertigt sein.

##### 2.4.2.2.1 Keine Gestattung im Arbeitsschutzrecht (§ 4 Abs. 1 Var. 2 und 3 BDSG)

Im Falle des Handlungsspielraumes des Arbeitgebers nach § 3 Abs. 1 S. 1 ArbSchG besteht schon gar keine Pflicht zur Ergreifung der datenschutzrechtlich relevanten Maßnahme. Vielmehr gibt das ArbSchG in diesen Fällen dem Arbeitgeber mehrere Optionen. Dann liegt aber keine Pflicht zur Durchführung der konkret datenschutzrechtlich relevanten Maßnahme vor, so dass die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 Var. 2 und 3 BDSG, die gerade eine solche Pflicht voraussetzen, nicht erfüllt sind.

---

<sup>180</sup> Dazu oben A.II.3.b)bb).

#### 2.4.2.2.2 Keine Einwilligung (§§ 4 Abs. 1 Var. 4, 4a BDSG)

Hinsichtlich einer möglicherweise rechtfertigenden Einwilligung muss auch hier das Merkmal der Freiwilligkeit der Einwilligungserklärung des Arbeitnehmers gegeben sein. Soweit der Arbeitgeber nun aber im Rahmen des § 3 Abs. 1 S. 1 ArbSchG handelt, liegt wiederum eine Pflicht zur Mitwirkung für den Arbeitnehmer nach § 15 Abs. 1 S. 1 ArbSchG vor. Eine solche Pflicht schließt jedoch wie dargestellt (Gliederungspunkt B. II. 2. a) aa)) die Freiwilligkeit aus, weswegen auch in diesen Fällen keine Einwilligung durch den Arbeitnehmer in Betracht kommt.

#### 2.4.2.2.3 Rechtfertigung nach §§ 4 Abs. 1 Var. 1, 32 Abs. 1 S. 1 BDSG

Möglich ist daher auch in den Fällen des Bestehens eines Handlungsspielraumes des Arbeitgebers nach § 3 Abs. 1 S. 1 ArbSchG nur eine Rechtfertigung nach §§ 4 Abs. 1 Var. 1, 32 Abs. 1 S. 1 BDSG. Auch hier liegt der erforderliche Bezug zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses iSd. § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG vor.

Fraglich ist insoweit allein die Erforderlichkeit der Datenverarbeitung. Grundsätzlich ist die Datenverarbeitung erforderlich, wenn sie nicht bloß nützlich, sondern geboten ist.<sup>181</sup> Es muss insoweit unter gleich wirksamen Mitteln, dasjenige gewählt werden, welches für den Arbeitnehmer die geringste Belastung darstellt. Allerdings kann der Arbeitgeber im Rahmen seiner Unternehmerfreiheit über die Organisation betrieblicher Abläufe bestimmen, wobei auch wirtschaftliche Interessen zu berücksichtigen sind.<sup>182</sup> Kommen also mehrere gleich wirksame Mittel in Betracht, muss das Interesse des Arbeitnehmers am Schutz seines Persönlichkeitsrecht mit dem Interesse des Arbeitgebers an einer Erfüllung einer arbeitsschutzrechtlichen Pflichten durch Erhebung personenbezogener Daten abgewogen werden. Für das Interesse des Arbeitgebers, zur Erfüllung dieser Pflichten personenbezogene Daten zu erheben, wird häufig angeführt werden können, dass diese günstiger als alternative Maßnahmen sind. Eine möglichst kostengünstige Alternative zu wählen, gewährt dem Arbeitgeber die verfassungsrechtlich geschützte Unternehmerfreiheit (Art. 12, 14 GG). Es lässt sich also festhalten, dass im Rahmen der Erforderlichkeit bei § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG eine Abwägung der Grundrechtspositionen des Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers (Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG) mit denen des Arbeitgebers im Hinblick auf eine kostengünstige Erfüllung seiner arbeitsschutzrechtlichen Pflichten (Art. 12, 14 GG) vorzunehmen ist.

Je weniger das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers betroffen ist, desto eher drängen Kostengesichtspunkte des Arbeitgebers in den Vordergrund. Bei der Körpergröße handelt es sich um ein sog. „offensichtlichen Datum“. Diese Daten sind schon auf den ersten Blick erkennbar, weswegen deren Erhebung nur einen minimalen und nicht besonders sensiblen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht darstellt. Hier wird regelmäßig das Kosteninteresse des Arbeitgebers überwiegen. Dies ist nur dann nicht der Fall, wenn die andere, datenschutzrechtlich nicht relevante Maßnahme nur unwesentlich teurer ist. Dann kann noch nicht einmal ein solch geringer Eingriff gerechtfertigt werden. In die Abwägung ist zudem einzubeziehen, ob die eine oder andere Variante für die Gesundheit des Arbeitnehmers günstiger ist. Ebenfalls

<sup>181</sup> *Gola/Schomerus*, BDSG, 11. Aufl. 2012, § 32 Rn. 12; *Däubler*, NZA 2001, 874.

<sup>182</sup> BAG v. 29.06.2004 - 1 ABR 21/03, NJW 2005, 313; *Gola/Schomerus*, BDSG, 11. Aufl. 2012, § 32 Rn. 12.

relevant für die Abwägung ist die Dauerhaftigkeit der Speicherung der Daten. Je länger Daten gespeichert und je weiter sie verarbeitet werden, desto stärker wird der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers. Dies gilt insbesondere für eine Systematisierung der Daten, z. B. in einer Datenbank. Dadurch kann ein im Grundsatz sehr geringer Eingriff eine besondere Stärke erhalten.

Danach gelten als Daumenregeln:

- Stellt ein Experte einmalig nur die Sitzhöhe des Arbeitnehmers unter Erhebung des Datums „Körpergröße“ ein, liegt ein nur sehr geringer Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Beschäftigten vor, der dann auch datenschutzrechtlich gerechtfertigt ist. Eine weitere Aufzeichnung dieser Daten dürfte dagegen eher problematisch sein.
- Im Falle einer festgelegten Arbeitsumgebung, welche Grenzen hinsichtlich der Körpermaße setzt, dürfte unter datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten auch zulässig sein, den Arbeitnehmer zu befragen, ob er in einen bestimmten „Größenkorridor“ fällt, nicht aber die Frage nach seiner konkreten Größe.
- Unzulässig wäre regelmäßig eine Datenbank über die Körpergröße der Arbeitnehmer. Dieser Eingriff könnte nicht gerechtfertigt werden. Dies folgt schon daraus, dass der Arbeitgeber außer bei der Einstellung der Arbeitsmittel kein Interesse daran hat, die Körpergröße der Arbeitnehmer zu speichern. Er dürfte allenfalls in seinem Computersystem für die einzelnen Arbeitnehmer Datensätze mit den jeweiligen Einstellungen der Arbeitsmittel hinterlegen.

Anders als bei dem Datum der Körpergröße ist bei umfangreicheren (medizinischen) Untersuchungen, z. B. der Bandscheiben, zu werten, denn hier wiegt der Eingriff in die Persönlichkeitsrechte regelmäßig schwerer. Ohne eine weitere Abwägung unzulässig sind nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 GenDG genetische Untersuchungen oder Analysen, sofern nicht eine Ausnahme nach § 20 Abs. 2 GenDG vorliegt.

#### 2.4.2.3 Überobligatorische Maßnahmen des Arbeitgebers

Die dritte Fallgruppe betrifft überobligatorische Maßnahmen des Arbeitgebers. Das sind solche, die die nicht in Erfüllung arbeitsschutzrechtlicher Pflichten vorgenommen werden. Ein Beispiel wäre etwa das Angebot an alle Arbeitnehmer, den Stuhl von einem Experten auf die eigene Person einstellen zu lassen. Es sind aber auch „Zwangsmaßnahmen“ vorstellbar, etwa wenn die oben bezeichnete Einstellung des Stuhls arbeitsschutzrechtlich nicht geboten ist, der Arbeitgeber sie aber trotzdem vornehmen möchte, etwa weil er sich davon eine Verringerung des Krankenstandes verspricht.

##### 2.4.2.3.1 Keine Gestattung im Arbeitsschutzrecht (§ 4 Abs. 1 Var. 2 und 3 BDSG)

Eine gesetzliche Gestattung oder Verpflichtung, welche die Datenerhebung, Verarbeitung und Nutzung rechtfertigen könnte, muss in diesen Fällen *a priori* ausscheiden, denn es besteht schon keine gesetzliche Verpflichtung oder Gestattung zur Ergriffung einer datenschutzrechtlich relevanten Maßnahme. Die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 Var. 2 und 3 BDSG liegen damit nicht vor.

#### 2.4.2.3.2 Einwilligung (§§ 4 Abs. 1 Var. 4, 4a BDSG)

Korrespondierend besteht allerdings auch keine Mitwirkungspflicht der Arbeitnehmer aus § 15 Abs. 1 ArbSchG. Da eine datenschutzrechtliche Einwilligung nach überwiegender und zutreffender Ansicht auch im Arbeitsverhältnis zulässig ist<sup>183</sup>, können somit Angebotsmaßnahmen auf die Einwilligung des Beschäftigten gestützt werden. Insofern sind Bedenken hinsichtlich der Freiheit der Entscheidung der Arbeitnehmer schon deshalb verfehlt, weil der Arbeitgeber an der Angebotsmaßnahme kein unmittelbares eigenes Interesse hat, was der verständige Arbeitnehmer auch erkennt.

Demgegenüber wird eine Einwilligung für Maßnahmen, die der Arbeitgeber verpflichtend über das arbeitsschutzrechtlich Erforderliche hinaus durchführen möchte, nicht in Betracht kommen. Diese fänden ihre Grundlage im allgemeinen Weisungsrecht des Arbeitgebers (§ 106 GewO),<sup>184</sup> sie wecken also den Anschein der rechtlichen Verbindlichkeit und aus Sicht des Arbeitnehmers besteht die Gefahr einer Sanktionsmöglichkeit bei Nichtbefolgung. Mithin kann der Arbeitnehmer nicht frei entscheiden und damit auch nicht wirksam einwilligen.

#### 2.4.2.3.3 Keine Rechtfertigung nach §§ 4 Abs. 1 Var. 1, 32 Abs. 1 S. 1 BDSG

Ebenfalls ausscheiden dürfte dann eine Rechtfertigung nach §§ 4 Abs. 1 Var. 1, 32 Abs. 1 S. 1 BDSG. Sie kommt nur bei Erforderlichkeit der Datenverarbeitung für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses in Betracht. Dazu müsste die Datenverarbeitung geboten, d.h. notwendig sein. Besteht aber schon gar keine Pflicht zur Ergreifung irgendeiner arbeitsschutzrechtlichen Maßnahme nach dem ArbSchG, ist das datenschutzrechtlich mildere Mittel das Unterlassen der Maßnahme und damit der Datenverarbeitung. Das Arbeitsschutzrecht begrenzt insofern, was notwendig sein kann. Maßnahmen, die der Arbeitgeber arbeitsschutzrechtlich nicht ergreifen muss, hat er mangels Notwendigkeit datenschutzrechtlich dann auch zu unterlassen.

#### 2.4.2.4 Zwischenergebnis

Somit lässt sich für datenschutzrechtlich relevante Maßnahmen zur Erfüllung arbeitsschutzrechtlicher Pflichten festhalten, dass diese regelmäßig nach einer Abwägung zulässig sein werden. Dies gilt zunächst für die zwingenden arbeitsschutzrechtlichen Pflichten, welche allerdings selten sind. Hat der Arbeitgeber einen Handlungsspielraum bei Erfüllung der arbeitsschutzrechtlichen Pflichten kommt es auf eine Abwägung zwischen dem Daten- und Persönlichkeitsrechtsschutz des Arbeitnehmers und dem Kosteninteresse des Arbeitgebers im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung nach § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG an. Häufig kann an dieser Stelle auch berücksichtigt werden, dass bestimmte, datenschutzrechtlich relevante Maßnahmen arbeitsschutzrechtlich vorteilhafter sind als andere, die nicht in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers eingreifen. Hier kommt es auf alle Umstände des Einzelfalles an. Im Bereich der Körpermaße wird aufgrund der Eigenschaft als „offensichtliches Datum“ bei einer Abwägung häufig das Kosteninteresse des Arbeitgebers überwiegen, so dass eine Datenerhebung regelmäßig zulässig sein wird. Bei überobligatorischen Maßnahmen

<sup>183</sup> Hierzu ausführlich oben, Abschnitt B. II. 2. a).

<sup>184</sup> Zum Weisungsrecht nach § 106 GewO s. ausführlich *ErfK/Preis*, 13. Aufl. 2013, § 106 GewO Rn. 1ff sowie *BeckOKArbR/Tillmanns*, 28. Ed. 2013, § 106 GewO Rn. 11ff.

seitens des Arbeitgebers kommt nur eine Einwilligung des betroffenen Beschäftigten in Betracht.

## 2.5 Ausblick: Der Entwurf für eine Datenschutz-Grundverordnung

Die Europäische Kommission hat Anfang 2012 einen Entwurf für eine Datenschutz-Grundverordnung<sup>185</sup> (KOM-Entwurf) vorgestellt, der die bis heute gültige Datenschutzrichtlinie ablösen würde.<sup>186</sup> Eine EU-Verordnung würde außerdem im Gegensatz zu einer Richtlinie unmittelbar anwendbar sein und das nationale Recht ersetzen. Der materielle Gehalt dürfte sich gegenüber der Richtlinie nicht wesentlich ändern, insbesondere die Zulässigkeitstatbestände sind sehr ähnlich ausgestaltet (vgl. Art. 6 Abs. 1 KOM-Entwurf).

Für den Bereich des Arbeitsrechts könnte die Verordnung durchaus mehr Spielräume für den nationalen Gesetzgeber als unter den aktuellen Richtlinienvorgaben mit sich bringen, denn Art. 82 des Entwurfs erlaubt, den Beschäftigtendatenschutz „in den Grenzen dieser Verordnung“ durch nationales Recht näher zu regeln. Versteht man dies als Öffnungsklausel, wäre der Spielraum des nationalen Gesetzgebers in der Tat deutlich größer als bisher. Dass sich diese Interpretation durchsetzen wird, erscheint aber angesichts der Grundrechtssensibilität der Materie in beide Richtungen und der Tatsache, dass damit ein Harmonisierungs-Rückschritt verbunden wäre, unwahrscheinlich. Auch vom Wortlaut her liegt es nahe, „in den Grenzen“ ebenso wie die bisherige Richtlinie in dem Sinne zu interpretieren, dass der materielle Standard durch die Verordnung selbst festgelegt wird. Es wiederholt sich also die Diskussion um die Reichweite von Betriebsvereinbarungen.<sup>187</sup>

Eine klare Einschränkung der Datenverarbeitung für den Bereich des Arbeitsrechts sieht der Entwurf im Bereich der Einwilligung vor. Nach dem 34. Erwägungsgrund soll eine Einwilligung als Rechtfertigung dann ausscheiden, wenn zwischen der Position der betroffenen Person und des für die Verarbeitung Verantwortlichen ein klares Ungleichgewicht besteht. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn sich die betroffene Person in einem Abhängigkeitsverhältnis von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen befindet, zum Beispiel dann, wenn personenbezogene Daten von Arbeitnehmern durch den Arbeitgeber im Rahmen von Beschäftigungsverhältnissen verarbeitet werden. Damit dürfte die Verordnung, so sie denn in Kraft tritt, die Einwilligungsmöglichkeiten des Arbeitnehmers zumindest erheblich einschränken, vielleicht gar gänzlich ausschließen. Es ist ungeklärt, ob etwa bei den oben bezeichneten überobligatorischen Maßnahmen<sup>188</sup> der Nachweis zulässig wäre, dass im Hinblick auf die konkrete Datenverarbeitung sich die strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers nicht auswirkt. Ist das nicht der Fall, dürften sie datenschutzrechtlich unzulässig sein.

<sup>185</sup> Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung), KOM(2012) 11 endg.

<sup>186</sup> Vgl. instruktiv zum Kommissionsentwurf und seinen Auswirkungen auf den Bereich des Arbeitsrechts *Forst*, NZA 2012, 364; *Gola*, EuZW 2012, 332; *Lang*, K&R 2012, 145; ferner *Wybitul/Fladung*, BB 2012, 509; *Hornung*, ZD 2012, 99.

<sup>187</sup> Dazu schon oben; Abschnitt B) II. 2. c).

<sup>188</sup> Abschnitt B) IV. 3. c).

Was der endgültige Inhalt der Verordnung sein wird, sofern sie denn überhaupt jemals in Kraft treten wird, steht freilich noch nicht fest. Letztlich ist es zum jetzigen Stand der Verhandlungen im Rat und im EP müßig, über den Inhalt der Verordnung zu spekulieren.

### 3 Diskriminierungsrechtliche Grenzen

Unabhängig von der Frage, ob und wann Daten zu Körpermaßen etc. erhoben werden dürfen, ist eine Anknüpfung von Maßnahmen des Unternehmens an diese Erkenntnisse nicht generell zulässig. Vielmehr ergeben sich hier weitere Restriktionen aus dem Diskriminierungsrecht. Der Schutz vor Diskriminierungen stellt eine bedeutende Ausnahme zum Grundsatz der Privatautonomie dar. Dem Arbeitgeber ist es untersagt, aufgrund spezifischer, als besonders schützenswert angesehener Merkmale zu differenzieren.

Der Schutz der Belegschaft darf im Ergebnis nicht dazu führen, dass einzelne Arbeitnehmer anknüpfend an Alter, Geschlecht oder auch aufgrund einer Behinderung schlechter behandelt oder gar nicht eingestellt bzw. entlassen werden. Diese Wertung lässt sich unmittelbar aus dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) ableiten. Gleichwohl darf das AGG andererseits auch nicht so verstanden werden, dass eine „absolute Gleichmacherei“ gefordert wird. Vielmehr kann es im Einzelfall zulässig sein, Vergünstigungen nur denjenigen Beschäftigten zukommen zu lassen, die ein konkretes Bedürfnis aufweisen.

Die Frage der Diskriminierungen stellt sich damit aus zwei Richtungen: Zum einen muss geklärt werden, wann und ob es zulässig ist, das Vorliegen bestimmter körperlicher Merkmale (bspw. Mindestgröße) als Einstellungs- oder Weiterbeschäftigungsvoraussetzung festzulegen bzw. hieran andere Maßnahmen zu knüpfen. Hier werden also für einen Merkmalsträger negative Rechtsfolgen begründet. Zum anderen sind auch besondere Fördermaßnahmen für Merkmalsträger (wie bspw. besondere Sportkurse oder besondere Hilfsmittel etc.) denkbar, durch die sich ein Nichtmerkmalsträger benachteiligt fühlen könnte. § 4 Nr. 6 ArbSchG begründet sogar eine besondere Pflicht zu solchen gruppenbezogenen Maßnahmen. Auch hier gilt es zu klären, ob eine solche Unterscheidung nicht grundsätzlich vom AGG ausgeschlossen ist.

Nach § 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 und 2 AGG ist sowohl eine unmittelbare Benachteiligung als auch eine mittelbare Benachteiligung unzulässig. Es darf damit im Grundsatz weder an die gezeigten Merkmale direkt angeknüpft werden, noch dürfen Regelungen Merkmalsträger überproportional betreffen. Das Gesetz gibt allerdings auch vor, dass in Ausnahmefällen eine solche Ungleichbehandlung dann zulässig sein soll, wenn entweder die Anknüpfung an ein Merkmal aufgrund „der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist“ (§ 8 Abs. 1 AGG) oder aber – für eine mittelbare Benachteiligung weniger streng –, wenn die Benachteiligung „durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich“ sind (§ 3 Abs. 2 AGG).

Die Darstellung orientiert sich an dieser Vorgehensweise. Zunächst soll in einem ersten Schritt dargelegt werden, welche Diskriminierungsmerkmale bei der Berücksichtigung von Körpermaßen einschlägig sein können (I.). In einem nächsten Schritt wird erläutert werden, welche Maßnahmen des Arbeitgebers überhaupt als eine diskriminierungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung angesehen werden müssen (II.).



Zuletzt wird dargelegt werden, unter welchen Voraussetzungen einer Ungleichbehandlung gerechtfertigt werden kann oder sogar geboten ist. (III.). Abschließend wird auf die diskriminierungsrechtlichen Besonderheiten des ArbSchG hingewiesen (IV.). Anhand dieses Vorgehens wird aufgezeigt werden, welche Maßnahmen der Arbeitgeber ergreifen darf und wo ihm eine Differenzierung möglich ist. Die Ergebnisse werden abschließend gemeinsam mit den datenschutzrechtlichen Erkenntnissen in einem Praxisleitfaden zusammengefasst (E.).

### **3.1 Relevante Diskriminierungsmerkmale**

#### **3.1.1 Geschlecht**

Relevant bei Maßnahmen des Arbeitsschutzes wird vor allem die mittelbare Anknüpfung an das Geschlecht sein. Naturgemäß weisen Männer und Frauen eine unterschiedliche körperliche Konstitution auf, sodass beispielsweise die Festlegung einer Mindestgröße von 1,80 m für eine Beschäftigung eine mittelbare Benachteiligung von weiblichen Mitarbeitern darstellen würde. Gleiches würde für ein Abstellen auf die Muskelmasse oder aber auch den Körperfettanteil gelten.

Eine unmittelbare Benachteiligung wäre hier hingegen nur schwer vorstellbar. So könnte zwar ein Arbeitgeber vorbringen, er beschäftige nur Frauen, weil diese eben üblicherweise kleiner als 1,80 m seien und die Arbeitsmittel auf eine solche Größe genormt sind. Damit lässt sich aber nicht begründen, warum nicht zumindest eine Erhebung der Körpergröße vorgenommen wird und folglich auch Männer unter 1,80 m beschäftigt werden können bzw. auch eine Beschäftigung von Frauen über 1,80 m ausscheidet. Eine solche Unterscheidung zurückgeführt auf die Körpergröße – so sie denn überhaupt zulässig ist – wäre im konkreten Fall dann nicht konsequent durchgeführt und könnte folglich auch nicht plausibel vertreten werden.

#### **3.1.2 Alter**

Gleiches muss auch für eine Ungleichbehandlung anknüpfend an das Alter gelten. Auch hier ist unter arbeitsschutzrechtlichen Gesichtspunkten eine direkte Anknüpfung an das Alter kaum denkbar. Relevante Differenzierungskriterien sind allein mit dem Alter mittelbar verbundene Faktoren wie bspw. die körperliche Fitness oder (wenn auch von untergeordneter Bedeutung) die Körpergröße.<sup>189</sup> Auch hier wäre ein alleiniges Abstellen auf das Alter damit ein unzulässiges Differenzierungskriterium. Deutlich wird dies insbesondere an der Rechtsprechung des EuGH zu Altersgrenzen für Piloten, die zeigt, dass eine strikte Anknüpfung an eine Altersgrenze von 60 Jahren nicht gerechtfertigt sei:

„Aus diesen Erwägungen geht hervor, dass Art. 2 Abs. 5 der Richtlinie 2000/78 dahin auszulegen ist, dass die Mitgliedstaaten über Ermächtigungsvorschriften den Sozialpartnern gestatten können, Maßnahmen im Sinne dieses Art. 2 Abs. 5 auf den in dieser Bestimmung genannten Gebieten, die in den Anwendungsbereich von Tarifverträgen fallen, zu treffen, vorausgesetzt, diese Ermächtigungsvorschriften sind hinreichend genau, damit gewährleistet wird,

<sup>189</sup> *Sorkin/Muller/Andres*, Longitudinal Change in Height of Men and Women: Implications for Interpretation of the Body Mass Index, *American Journal of Epidemiology* 1999, 969 (969 ff.).

dass die genannten Maßnahmen die in Art. 2 Abs. 5 der Richtlinie genannten Anforderungen beachten. Eine Maßnahme wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende, die die Altersgrenze, ab der Piloten ihrer beruflichen Tätigkeit nicht mehr nachgehen dürfen, auf 60 Jahre festlegt, während die nationale und die internationale Regelung dieses Alter auf 65 Jahre festlegen, ist keine Maßnahme, die für die öffentliche Sicherheit und den Schutz der Gesundheit im Sinne dieses Art. 2 Abs. 5 notwendig ist.“<sup>190</sup>

Im Schrifttum war dies hingegen bis dato umstritten:

„Im deutschen Schrifttum ist umstritten, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen eine Altersgrenze von 60 Jahren für Piloten zulässig ist und - wenn ja -, ob sich dies aus § 8 Abs. 1 oder aus § 10 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 AGG ergibt (vgl. zum Meinungsstand *Temming Altersdiskriminierung im Arbeitsleben* S. 614 Fn. 2494). Zum einen wird die Auffassung vertreten, wegen des mit dem Flugbetrieb verbundenen Sicherheitsrisikos seien Altersgrenzen von 60 Jahren für Piloten zulässig (vgl. etwa *Bauer/Göpfert/Krieger AGG 2. Aufl. § 10 Rn. 40; Schleusener/Suckow/Voigt AGG 2. Aufl. § 8 Rn. 57; Maschmann in Annuß/Thüsing TzBfG 2. Aufl. § 14 Rn. 63; KR/Lipke 9. Aufl. § 14 TzBfG Rn. 298 f.*). Andererseits wird die Ansicht vertreten, derartige Altersgrenzen seien zwar zulässig, allerdings bedürfe es empirischer und medizinischer Nachweise, dass mit steigendem Alter die Sicherheitsrisiken zunehmen (vgl. etwa *Däubler/Bertzbach/Brors AGG 2. Aufl. § 8 Rn. 33; Meinel/Heyn/Herms AGG § 10 Rn. 80; ähnlich v. Roetteken AGG Stand Januar 2009 § 8 Rn. 40a*). Dieser Auffassung ist auch *Temming*, der zudem meint, wegen der streng durchzuführenden Verhältnismäßigkeitsprüfung müsse die Altersgrenzenregelung dem Maßstab der JAR-FCL 1.060 entsprechen (*Temming aaO* S. 614, 615). *Boecken* vertritt die Ansicht, die Altersgrenze sei nur zulässig, wenn sich das mit der Altersgrenze verfolgte Ziel der Verminderung von Risiken für Arbeitnehmer und Dritte nicht durch die regelmäßige Überprüfung der körperlichen und geistigen Leistungsfähigkeit der Piloten erreichen lasse (*HK-TzBfG/Boecken § 14 Rn. 113*).“<sup>191</sup>

Handelt es sich hier aber insbesondere um besonders sicherheitsrelevante Kriterien, deren Nichterfüllbarkeit mit höherem Alter teilweise sogar als nachgewiesen gilt<sup>192</sup>, so müssen im Rahmen des Arbeitsschutzes bei einer Anknüpfung an das Alter dem Arbeitgeber zumindest dann noch strengere Anforderungen auferlegt werden, wenn

<sup>190</sup> EuGH v. 13.09.2011 – C-447/09, NZA 2011, 1039 – Prigge, Rn. 64.

<sup>191</sup> BAG, Vorlage v. 17.06.2009 – 7 AZR 112/08 (A), BAGE 131, 113.

<sup>192</sup> Vgl. EuGH v. 12.01.2010 – C-229/08, Slg 2010, I-1 – Wolf, Rn. 41: „Was drittens die Frage angeht, ob das Erfordernis einer erhöhten körperlichen Eignung mit dem Alter im Zusammenhang steht, so hat die deutsche Regierung unwidersprochen geltend gemacht, dass einige der den Angehörigen des mittleren feuerwehrtechnischen Dienstes übertragenen Aufgaben wie die Brandbekämpfung oder die Personenrettung eine außergewöhnlich hohe körperliche Eignung erforderten und nur von jungen Beamten wahrgenommen werden könnten. Die deutsche Regierung hat hierzu wissenschaftliche Daten aus arbeits- und sportmedizinischen Untersuchungen vorgelegt, aus denen hervorgehe, dass die Leistungsfähigkeit der Lungen, der Muskulatur und die körperliche Widerstandsfähigkeit mit dem Alter nachließen. So verfügten nur sehr wenige der Beamten, die älter als 45 Jahre seien, über die hinreichende körperliche Eignung, um ihre Tätigkeit im Bereich der Brandbekämpfung auszuüben. Im Bereich der Personenrettung verfügten die betroffenen Beamten mit 50 Jahren nicht mehr über diese Eignung. Die Beamten, die diese Altersstufen überschritten hätten, arbeiteten in den anderen vorgeannten Tätigkeitsbereichen. Demnach steht das Erfordernis der vollen körperlichen Eignung zur Ausübung des Feuerwehrberufs im mittleren technischen Dienst im Zusammenhang mit dem Alter der Angehörigen dieses Dienstes.“

dies nicht den unmittelbar sicherheitsrelevanten Bereich erfasst, sondern lediglich die Tätigkeit erleichtert werden soll.

Eine unmittelbare Anknüpfung an das Alter kommt folglich allein dann in Betracht, wenn ein direkter Zusammenhang zwischen dem für die Tätigkeit zwingend erforderlichen Merkmal (bspw. besondere körperliche Fitness) und dem Alter vorliegt – wenn also Jüngere dies stets aufweisen, Ältere hingegen nicht mehr. Im Bereich des Arbeitsschutzes, anknüpfend an Körpermaße, ist ein solcher Zusammenhang kaum denkbar, sodass allenfalls eine mittelbare Ungleichbehandlung in Betracht kommt, der Arbeitgeber besondere körperliche Parameter also voraussetzt und diese bei Jüngeren überproportional gegenüber Älteren vorliegen.

### 3.1.3 Behinderung

Von besonderer Relevanz ist daneben die unterschiedliche Behandlung aufgrund einer Behinderung. Obgleich hier zumindest kein direkter Bezug zur Erhebung von Körpermaßen vorliegt, zeigt sich dennoch ein enger Zusammenhang zu arbeitsschutzrechtlichen Maßnahmen. Zu denken ist beispielsweise an besondere Maßnahmen für rheumatisch Erkrankte oder an die Nichtbeschäftigung von Arbeitnehmern mit Schädigungen des Bewegungsapparats. Der Arbeitsschutz würde hier unmittelbar an die konkrete Behinderung ansetzen und entweder dazu führen, dass der Behinderte besondere Leistungen erhält, oder aber, dass er (aus arbeitsschutzrechtlichen Gründen) nicht mehr beschäftigt werden kann. Praktisch weitaus weniger bedeutsam, aber zumindest im Kontext der Körpermaße zu berücksichtigen ist zudem eine stark von der Norm abweichende Körpergröße in Form von Hyposomie oder Hypersomie. Denkbar ist aber auch, dass nur (einzelne) Extremitäten von der Norm abweichen (disproportionierter Kleinwuchs). Je nach Ausmaß der Beeinträchtigung können diese Betroffenen oftmals dennoch normal am Berufsleben teilhaben. Fraglich ist aber, ob der Arbeitgeber aus Gründen des Arbeitsschutzes bzw. mittelbar aus Effizienzgründen diese Personengruppen ausschließen kann.

Ihm ist es zumindest nicht verwehrt, gesundheitliche Aspekte bei der Beschäftigung zu berücksichtigen. Erst wenn diese zu einer Behinderung umschlagen, liegt eine verbotene Ungleichbehandlung vor. Im Gegensatz zu Alter und Geschlecht fällt eine exakte Definition des Diskriminierungsmerkmals „Behinderung“ – insbesondere in Abgrenzung zur Krankheit – deutlich schwerer. Die Praxis steht damit vor der Aufgabe, zu bestimmen, ob ein Merkmal, an das angeknüpft werden soll, tatsächlich die Behindertendefinition erfüllt und damit die Vorgaben des AGG zu beachten sind.

#### 3.1.3.1 Problematische Definition der Behinderung

Einen klaren Behindertenbegriff gibt es nicht, wie der *Generalanwalt am EuGH Geelhoed* deutlich macht:

„Der Begriff ‚Behinderung‘ [ist] medizinisch-wissenschaftlicher Terminus, der in seiner sozialen Bedeutung einer recht raschen Entwicklung unterliegt. Dabei ist nicht auszuschließen, dass bestimmte physische oder psychische Einschränkungen in einem bestimmten gesellschaftlichen Kontext den Charakter einer ‚Behinderung‘ haben, in einem anderen Kontext aber nicht.“<sup>193</sup>

<sup>193</sup> Schlussanträge v. 11.07.2006 im Verfahren C-13/05, Slg. 2006, I-6467 –Navas.

### 3.1.3.1.1 Nationale Bestimmung des Behindertenbegriffs

Das deutsche Recht machte es sich in der Vergangenheit verhältnismäßig leicht und wollte dem Begriff der Behinderung lediglich die Behinderung nach dem Schwerbehindertengesetz, die in § 81 Abs. 2 S. 1 SGB IX übertragen wurde, subsumieren<sup>194</sup>. Bereits der Wortsinn spricht gegen eine Gleichstellung von Behinderung und Schwerbehinderung.<sup>195</sup> Weiterhin wäre eine solche Betrachtung auch in systematischer Hinsicht wenig stimmig, denn der Schutzzweck des SGB und der des AGG ist ein unterschiedlicher. Anders als im Sozialrecht, wo es primär um die Vergabe von Rehabilitationsleistungen geht und das Anknüpfen an einen bestimmten Grad der Erheblichkeit einer Behinderung als sachlich gerechtfertigtes Kriterium zur abgestuften Leistungsverteilung herangezogen werden kann, steht beim Diskriminierungsschutz der Schutz vor sachwidrigen Ungleichbehandlungen im Vordergrund.<sup>196</sup> Mittlerweile kann es aufgrund dieser Vielzahl von Argumenten auch für das deutsche Recht als ganz herrschende Meinung angesehen werden, dass der Schutz des AGG über die Schwerbehinderung hinausgeht<sup>197</sup>.

Es empfiehlt sich damit eine eigenständige Definition des Behindertenbegriffs im Rahmen des Diskriminierungsrechts. Anleihen können jedoch zumindest bei § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX genommen werden. Eine Behinderung liegt damit dann vor, „wenn [die] körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher [die] Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist.“ Erforderlich ist damit ein qualitatives (besondere Form der Beeinträchtigung) und ein quantitatives Element (Dauer der Beeinträchtigung länger als sechs Monate). Zu bestimmen ist die qualitative Ebene allerdings nicht anhand einer objektiven, medizinischen Einschränkung, sondern anhand eines sozialen Maßstabs<sup>198</sup>: Die Teilnahmemöglichkeit am öffentlichen Leben ist zentraler Bezugspunkt.

### 3.1.3.1.2 Unionsrechtliche Bestimmung des Behindertenbegriffs

Eine eigenständige nationale Definition der Behinderung kann es angesichts der unionsrechtlichen Determinierung des Diskriminierungsrechts nicht geben bzw. kann diese nur dort greifen, wo unionsrechtliche Vorgaben fehlen. So ist es dem Gesetzgeber unbenommen, beim zivilrechtlichen Diskriminierungsschutz (§§ 19 ff. AGG) eine eigenständige Definition der Behinderung vorzunehmen. Im arbeitsrechtlichen Teil kann er dies aber nur, wenn die Begriffsbestimmung unionsrechtskonform ist.

Die bedeutsamste Vorgabe aus europarechtlicher Sicht ergibt sich aus der Entscheidung Navas<sup>199</sup>, in der sich der EuGH mit dem Problem der Differenzierung zwischen

<sup>194</sup> Vgl. etwa die Kommentare: Schmidt-Bleibtreu//Klein, GG, 10. Aufl., 2004, Art. 3 Rn. 42 a; Sachs/Osterloh, GG, 4. Aufl. 2007, Art. 3 Rn. 309; Dreier/Heun, GG, 2006, Art. 3 Rn. 121 und Fn. 663; Jarass/Piero, GG, 12. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 80; daneben Sannwald, NJW 1994, 3314, in diesem Sinne auch BVerfG v. 08.10.1997 – 1 BvR 9/97, NJW 1998, 131.

<sup>195</sup> MüKoBGB/Thüsing, 6. Aufl. 2012, § 1 AGG Rn. 79.

<sup>196</sup> Ausführlich zu diesem Argument MüKoBGB/Thüsing, 6. Aufl. 2012, § 1 AGG Rn. 79.

<sup>197</sup> Siehe nur MüKoBGB/Thüsing, 6. Aufl. 2012, § 1 AGG, Rn. 79; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 3. Aufl. 2011, Rn. 39; Wendeling-Schröder/Stein/Stein, AGG, 2008, Rn. 45.

<sup>198</sup> S. auch Niemann, NZS 2001, 583, 584.

<sup>199</sup> EuGH v. 11.07.2006 – C-13/05, Slg. 2006, I-6467 – Chacón Navas.

Krankheit und Behinderung auseinanderzusetzen hatte und damit auch die Definition der Behinderung maßgeblich mitgestaltete. Verallgemeinernd legte der EuGH dar:

„Der Begriff ‚Behinderung‘ [ist] so zu verstehen, dass er eine Einschränkung erfasst, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist und die ein Hindernis für die Teilhabe des Betroffenen am Berufsleben bildet.“<sup>200</sup>

Weiterhin betont er auch die Abgrenzung zur Krankheit:

„Mit der Verwendung des Begriffes ‚Behinderung‘ in Artikel 1 dieser Richtlinie hat der Gesetzgeber jedoch bewusst ein Wort gewählt, das sich von dem der ‚Krankheit‘ unterscheidet.“<sup>201</sup>

Es besteht demnach zwar eine Nähe zum Begriff der Krankheit, sodass eine trennscharfe Abgrenzung der beiden Begrifflichkeiten nicht möglich ist – dennoch ist unter Behinderung kein Synonym zu Krankheit zu verstehen,

„[a]uch wenn der Begriff ‚Behinderung‘ im Sinne der Richtlinie 2000/78 so zu verstehen ist, dass er eine Einschränkung erfasst, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist und die ein Hindernis für die Teilhabe des Betroffenen am Berufsleben bildet.“<sup>202</sup>

Weiter führt der EuGH aus:

„Damit die Einschränkung unter den Begriff ‚Behinderung‘ fällt, muss daher wahrscheinlich sein, dass sie von langer Dauer ist.“<sup>203</sup>

Gerade auf dieses quantitative Kriterium stellt auch das vorliegende dänische Gericht ab, wenn es auf die Rn. 45 des Urteils Navas verweist.

Noch klarer wird der Unterschied zwischen Behinderung und Krankheit im Schlussantrag des niederländischen Generalanwalts *Geelhoed*. Er unterscheidet zwischen einer Krankheit als Gesundheitsproblem mit daraus eventuell erwachsenden Einschränkungen und einer Behinderung. Die Krankheit kann damit entweder Ursache einer Behinderung sein oder aber so starke Funktionsbeeinträchtigungen hervorrufen, die ihrerseits der Behindertendefinition genügen.<sup>204</sup> Es bleibt aber bei der strikten Trennung von Krankheit und Behinderung.

### 3.1.3.1.3 Neubestimmung durch Urteil des EuGH in der Rs. HK Danmark?

Neue Impulse ergeben sich aus dem Urteil des EuGH vom 11.04.2013<sup>205</sup>, auch wenn die Folgen dieser Entscheidung noch nicht im Einzelnen vorausgesehen werden können. Hier hatte sich der EuGH in Konkretisierung der Rechtssache Navas<sup>206</sup> erneut mit der Ausfüllung des Behindertenbegriffs zu befassen und musste in diesem Zusammenhang klären, wann eine Behinderung i.S.d. Diskriminierungsrichtlinie von einer Krankheit zu unterscheiden ist. Im Leitsatz legt der EuGH dazu dar:

„Der Begriff ‚Behinderung‘ im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ist dahin auszulegen, dass er einen Zustand einschließt, der durch eine ärztlich diagnostizierte heilbare oder unheilbare Krankheit verursacht wird, wenn diese Krankheit eine Einschränkung mit sich bringt, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist, die in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren den Betroffenen an der

<sup>200</sup> EuGH v. 11.07.2006 – C-13/05, Slg. 2006, I-6467 – Chacón Navas, Rn. 43.

<sup>201</sup> EuGH v. 11.07.2006 – C-13/05, Slg. 2006, I-6467 – Chacón Navas, Rn. 44.

<sup>202</sup> EuGH v. 11.07.2006 – C-13/05, Slg. 2006, I-6467 – Chacón Navas, Leitsätze, Rn. 2.

<sup>203</sup> EuGH v. 11.07.2006 – C-13/05, Slg. 2006, I-6467 – Chacón Navas, Rn. 45.

<sup>204</sup> Schlussanträge im Verfahren EuGH v. 11.07.2006 – C-13/05, Slg. 2006, I-6467 – Chacón Navas, Rn. 78 f.

<sup>205</sup> EuGH v. 11.04.2013 – C-335/11, C-337/11 – HK Danmark

<sup>206</sup> EuGH v. 11.07.2006 – C-13/05, Slg. 2006, I-646 – Chacón Navas.

vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit den anderen Arbeitnehmern, hindern können, und wenn diese Einschränkung von langer Dauer ist.“<sup>207</sup>

Der EuGH bleibt damit zwar bei der formellen Feststellung, Krankheit und Behinderung seien zwei grundverschiedene Zustände und eine Ungleichbehandlung aufgrund einer Krankheit sei nicht von der Richtlinie erfasst<sup>208</sup>, dennoch vermischen sich beide Zustände dadurch, dass zumindest viele Auswirkungen der Krankheit auch als Behinderung anzusehen sind.<sup>209</sup> Die Trennung bleibt damit allein formaljuristisch aufrechterhalten, in der Praxis nähern sich beide Merkmale stark an.

Dies führt dazu, dass eine krankheitsbedingte Kündigung zumindest dann auch an den Vorgaben des Diskriminierungsschutzes zu messen ist, wenn durch die Krankheit eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit eingetreten ist, wenn also der Arbeitnehmer längerfristig nicht im Stande ist eine vollwertige Leistung zu erbringen. Dies stellt insofern eine Zäsur der allgemeinen Dogmatik im Diskriminierungsrecht dar, als dass nicht die soziale Perspektive in Form der vollständigen Teilnahmemöglichkeit am sozialen Leben und die mit der Behinderung verbundene soziale Ächtung entscheidend ist, sondern allein die nicht mehr vollständige Teilnahmemöglichkeit am Arbeitsleben.<sup>210</sup>

#### 3.1.3.1.4 Praxisfolgen

Was bedeutet dies aber nun für die Praxis, insbesondere im Rahmen von Arbeitsschutzmaßnahmen? Grundsätzlich ist ein besonders sensibles Vorgehen zu empfehlen, wenn die Möglichkeit des Vorliegens einer Behinderteneigenschaft im Raum steht. Durch die gezeigten Neujustierungen des EuGH ist es nicht unwahrscheinlich, dass die Anknüpfungsmerkmale des Arbeitsschutzes gleichfalls auch die Behindertendefinition erfüllen. Dies führt dann dazu, dass bei Nichterfüllung der erforderlichen Merkmale (also bspw. bei Körpermaßen über oder unter dem konkreten Limit) eine Kündigung nur unter den strengen Voraussetzungen des AGG durchgeführt werden kann und damit einer besonderen Rechtfertigung nach dem AGG bedarf. Die oben gezeigte Kündigungsmöglichkeit ist damit stark eingeschränkt.

Diese Problematik zeigt sich im gesamten Bereich des Arbeitsschutzrechts. Zumindest aber für die Berücksichtigung der Körpermaße ist sie von untergeordneter Bedeutung. Hier ist – trotz der Neubestimmung des Behindertenbegriffs in der Rechtsache HK Danmark – nicht davon auszugehen, dass das Nichterfüllen der betrieblichen Größennormen bereits eine Behinderung darstellt, obgleich es dem Arbeitnehmer in einem solchen Fall nicht mehr möglich ist, die Tätigkeit zu erfüllen. Dennoch muss im Einzelfall sorgfältig geprüft werden, ob die relevanten von der betrieblichen Norm abweichenden Körpermaße so stark abweichen, dass eine Behinderung bejaht werden muss. Die Wissenschaft behilft sich hierbei mit einer statistischen Betrachtung, wonach eine als Behinderung anerkannte Hyposomie dann vorliegt, wenn die Körpergröße das dritte Perzentil der Körpergröße für das entsprechende Alter unterschreitet.<sup>211</sup> Solche statistischen Vorgaben eignen sich auch im konkreten Fall sehr

<sup>207</sup> EuGH v. 11.04. 2013 – C-335/11, C-337/11, NZA 2013, 553 – HK Danmark

<sup>208</sup> EuGH v. 11.04. 2013 – C-335/11, C-337/11, NZA 2013, 553 – HK Danmark, Rn. 42.

<sup>209</sup> EuGH v. 11.04. 2013 – C-335/11, C-337/11, NZA 2013, 553 – HK Danmark, Rn. 40 f.

<sup>210</sup> Kritisch zur Entscheidung HK Danmark *Stiebert/Pötters*, EzA Nr. 31 zu Richtlinie 2000/78 EG-Vertrag 1999.

<sup>211</sup> *Dorlöchter/Radke/Müller*, Pädiatrie auf den Punkt gebracht, S. 321.

gut, um eine Abgrenzung von „normalem“ und krankhaftem Wachstum zu ermöglichen.

Damit ist jedenfalls der Arbeitgeber gefordert, bei Berücksichtigung von Körpermaßen die besondere Bedeutung des Behindertenbegriffs nicht zu vernachlässigen und im Einzelfall das mögliche Vorliegen einer Behinderung nicht vorschnell zu verneinen.

### 3.1.3.2 Besonderheit: Verpflichtung des Arbeitgebers aus Art. 5 RL 2000/78/EG

Neben den allgemeinen diskriminierungsrechtlichen Schranken für die Merkmale des § 1 AGG besteht im Falle einer Behinderung eine weitere Hürde für die Kündigung nach Art. 5 RL 2000/78/EG. Nach dieser Vorschrift muss der Arbeitgeber „die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen [ergreifen], um den Menschen mit Behinderung den Zugang zur Beschäftigung, die Ausübung eines Berufes, den beruflichen Aufstieg und die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen zu ermöglichen, es sei denn, diese Maßnahmen würden den Arbeitgeber unverhältnismäßig belasten.“

Der EuGH legt hierzu in HK Danmark (wenn auch für einen speziellen Fall) dar:

„Im Rahmen der Frage, welche Vorkehrungen angemessen im Sinne von Art. 5 der Richtlinie sind, findet bereits eine Verhältnismäßigkeitsprüfung statt. Hierbei wird unter Abwägung der Interessen des behinderten Arbeitnehmers und seines Arbeitgebers geklärt, ob die zu treffenden Vorkehrungen dem Arbeitgeber zuzumuten sind. Trifft nun der Arbeitgeber diese ihm zumutbaren angemessenen Vorkehrungen nicht, kommt er also seiner Verpflichtung aus Art. 5 der Richtlinie nicht nach, darf ihm hieraus kein rechtlicher Vorteil entstehen. Die Verpflichtung des Art. 5 der Richtlinie 2000/78 würde leer laufen, wenn die Unterlassung von verhältnismäßigen Maßnahmen eine Benachteiligung eines behinderten Arbeitnehmers rechtfertigen könnte. Nach Sinn und Zweck dieser Vorschrift können daher aus der Unterlassung einer Maßnahme resultierende Fehlzeiten des Arbeitnehmers eine Verkürzung der Kündigungsfrist nicht rechtfertigen.“<sup>212</sup>

Verallgemeinert heißt dies, dass eine Rechtfertigung der Kündigung – oder noch weiter gefasst: der Ungleichbehandlung allgemein – allein dann in Betracht kommt, wenn die Pflichten des Art. 5 RL 2000/78/EG ausgereizt wurden und dennoch ein Kündigungsgrund fortbesteht. Art. 5 der Richtlinie begründet damit mittelbar einen besonderen Diskriminierungsschutz für Behinderte, da eine Ungleichbehandlung noch schwerer als bei anderen Merkmalen gerechtfertigt werden kann. Zudem ist die Norm aber auch als spezielle Arbeitsschutzvorschrift anzusehen, begründet sie doch besondere Pflichten des Arbeitgebers in Situationen, in denen der Arbeitnehmer sonst schlechter gestellt wäre. Hat also der Arbeitgeber den Verdacht, dass die relevanten körperlichen Merkmale vom Behindertenbegriff erfasst sind, muss er entsprechende Maßnahmen vorrangig ergreifen.

Noch nicht vollständig geklärt ist allerdings, wie und ob die Pflichten des Art. 5 RL 2000/78/EG im deutschen Recht umgesetzt sind.

<sup>212</sup> EuGH v. 11.04. 2013 – C-335/11, C-337/11, NZA 2013, 553 – HK Danmark, Rn. 78.

### 3.1.3.2.1 Inhalt der Verpflichtung

Ein Arbeitgeber ist nach den Vorgaben der Diskriminierungsrichtlinie dazu verpflichtet, die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um den Menschen mit Behinderung den Zugang zur Beschäftigung, die Ausübung eines Berufes, den beruflichen Aufstieg sowie die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen zu ermöglichen, es sei denn, diese Maßnahmen würden den Arbeitgeber unverhältnismäßig belasten. Das bedeutet im Ergebnis, dass ein Arbeitgeber zwar eine nachteilige Entscheidung mit der Behinderung eines Beschäftigten begründen kann, sofern dieser berufliche Anforderungen gemäß § 8 Abs. 1 AGG nicht erfüllt.<sup>213</sup> Dies gilt aber nur, solange der Arbeitgeber seinerseits nicht dazu imstande ist, dieses Beschäftigungshindernis durch Vornahme angemessener Vorkehrungen nach Art. 5 der RL 2000/78/EG zu beseitigen.

Eine partielle Entsprechung im deutschen Recht findet diese Bestimmung für schwerbehinderte Menschen in § 81 Abs. 4 SGB IX. Angehörige dieser Personengruppe haben danach u.a. Anspruch auf eine behindertengerechte Einrichtung und Unterhaltung der Arbeitsstätten bzw. eine Ausstattung ihres Arbeitsplatzes mit den erforderlichen technischen Arbeitshilfen. Insbesondere mit ihrer Beschränkung auf schwerbehinderte Arbeitnehmer bleibt die Vorschrift jedoch hinter den europarechtlichen Vorgaben zurück.<sup>214</sup> Die Verpflichtung nach § 81 Abs. 4 SGB IX greift erst im vorhandenen Arbeitsverhältnis, nicht aber bei seiner Begründung. Sie schützt nur den Schwerbehinderten, nicht den Behinderten generell. Auch sind die Sanktionsregelungen bei einer Verletzung der Pflicht nach § 81 Abs. 4 SGB IX andere als bei der Verletzung des Diskriminierungsgebotes<sup>215</sup>. Nach den Vorgaben der RL 2000/78/EG müssen sie jedoch ähnlich effektiv sein. Daran fehlt es zurzeit. Eine richtlinienkonforme Auslegung oder eine Analogie werden sich angesichts des eindeutigen Wortlauts verbieten.<sup>216</sup> Der Gesetzgeber wird insoweit nachbessern müssen, ggf. nach erfolgreichem Vertragsverletzungsverfahren<sup>217</sup>.

Es zeigt sich damit, dass die Vorgaben der Richtlinie weder durch eine weite Auslegung der Regelungen zur Schwerbehinderung noch durch eine weite Auslegung der Regelungen zum Arbeitsschutz umgesetzt werden können. Fraglich ist, welche Folgen daraus für das deutsche Recht resultieren.

### 3.1.3.2.2 Folgen fehlender Umsetzung ins deutsche Recht

Die Richtlinie (Art. 288 Abs. 3 AEUV [Ex-Art. 249 Abs. 3 EG]) räumt den Bürgern grundsätzlich keine unmittelbare Rechtsposition ein, sondern verpflichtet nur die Mitgliedstaaten, solche Rechtspositionen zu schaffen. Hinsichtlich der Wahl der Mittel sind die Mitgliedstaaten frei. Hier beruht der Anspruch gerade auf einer Regelung der Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/78/EG. Nur in Ausnahmefällen können Richtlinien auch unmittelbare Ansprüche begründen. Voraussetzung ist dabei, dass der Mitgliedstaat die Frist zur Umsetzung der Richtlinie versäumt hat, die Richtlinie eine

<sup>213</sup> Siehe hierzu nachfolgend Abschnitt C. III. 2.

<sup>214</sup> *Thüsing/Wege*, FA 2003, 296 sowie *Leder*, Anm. zu LAG Rheinland-Pfalz LAGE § 81 SGB IX Nr. 2.

<sup>215</sup> S. zum Ganzen *MüKo/Müller-Glöge*, 6. Aufl. 2012, § 611 BGB Rn 506 ff.

<sup>216</sup> Vgl. *Thüsing*, NJW 2003, 3441; *Thüsing/Wege*, FA 2003, 296, 297.

<sup>217</sup> S auch *MüKo/Thüsing*, 6. Aufl. 2012, AGG Einl. Rn. 25.



zwingende Bestimmung enthält und hinreichend bestimmt ist, sodass sie den Betroffenen eine entsprechende Rechtsposition einräumen kann. Dennoch kann ein solcher Anspruch allein gegenüber dem Staat als Arbeitgeber<sup>218</sup> (also im Öffentlichen Dienst) nicht aber gegenüber privaten Arbeitgebern geltend gemacht werden. Die Richtlinie entfaltet also keine unmittelbare horizontale, sondern nur vertikale unmittelbare Wirkung<sup>219</sup>

Geht man also davon aus, dass eine vollständige, unionsrechtskonforme Umsetzung der Vorgaben der Richtlinie bisher unterblieben ist, so scheidet eine Anwendung der speziellen Förderungspflicht aus Art. 5 RL 2000/78/EG zwischen Privaten aus. Der Gesetzgeber ist gefordert, diesen Fehler schnellstmöglich zu beheben. Dem Arbeitgeber kann nur geraten werden, die Pflicht aus Art. 5 RL 2000/78/EG bereits jetzt zu berücksichtigen.

### 3.1.3.2.3 Folgen für Arbeitgeber

Obgleich also im deutschen Recht eine dem § 5 RL 2000/78/EG vergleichbare Regelung nicht auffindbar ist und eine unmittelbare Anwendung der Richtlinie nicht in Betracht kommt, sollten Arbeitgeber bei der (möglichen) Betroffenheit von Behinderten eine besondere Sensibilität aufweisen. Hier gebietet das Unionsrecht gerade besondere Maßnahmen für die Betroffenen, die eine spezifische Nähe zum Arbeitsschutz aufweisen.

Der Arbeitgeber ist also gefordert, besondere Arbeitsschutzmaßnahmen für Behinderte zu ergreifen. Dies ist gesetzlich zwingend und würde folglich auch keine unzulässige Schlechterbehandlung von Nichtbehinderten darstellen.

## 3.2 Vorliegen einer verbotenen Ungleichbehandlung

### 3.2.1 Absoluter oder relativer Maßstab?

Ist ein Merkmal nach § 1 AGG einschlägig, so bleibt letztlich zu klären, wie eine dann gebotene Gleichbehandlung auszusehen hat, bzw. wann eine unzulässige Ungleichbehandlung vorliegt. Denkbar sind hier zwei Modelle: Entweder eine absolute Gleichbehandlung (sodass jeder Arbeitnehmer gleichen Arbeitsschutzmaßnahmen unterworfen wird), sodass hier der Fokus auf die gleiche Behandlung gelegt wird oder ein relativer Maßstab, sodass die Gleichbehandlung an die tatsächlichen Hindernisse anknüpft und im Ergebnis damit eine Chancengleichheit eintritt.

Im Grundsatz stellt das Diskriminierungsrecht allein auf die Behandlung an sich ab (vgl. § 3 AGG), ohne auf dieser Ebene bereits zu prüfen, ob nicht eine Rechtfertigung angenommen werden kann. Wenn also ein Beschäftigter eine Leistung erhält, ein anderer aber nicht, so wäre bereits durch diesen formellen Unterschied eine Ungleichbehandlung im Sinne des AGG gegeben. Gleichwohl vermag die Herstellung

<sup>218</sup> *EuGH v. 12.07.1990 – C-188/89, Slg. 1990 I, 3313 – Foster.*

<sup>219</sup> So gerade im Arbeitsrecht der EuGH entgegen der Anträge des Generalanwalts Lenz in der Sache *Faccini Dori*, *EuGH v. 14. 7. 1994 – C-91/92, Slg. 1994 I, 3325*; ebenso *Generalanwalt Mazak* in seinen Anträgen in *EuGH v. 14. 2. 2006 – C-411/05, ABl. Nr. C 36, 20 – Palacios de la Villa.*

von Chancengleichheit durch unterschiedliche Behandlungen bei unterschiedlichem Schutzbedürfnis im Regelfall die ungleiche Behandlung zu rechtfertigen. Dies wird bereits anhand der §§ 5 sowie 8-10 AGG deutlich. Die besonderen Diskriminierungsverbote im Arbeitsrecht haben aber ihre stärksten Wurzeln nicht in der *iustitia distributiva*, sondern eher in der Anerkennung der Menschenwürde. Sie verbieten es, bestimmte Merkmale zum Unterscheidungskriterium einer Regelung zu nutzen, wenn dadurch Personen herabgesetzt, ausgegrenzt oder sonst benachteiligt werden.<sup>220</sup> Wegen dieses weitergehenden Schutzzwecks ist es möglich, dass ungleich behandelt wird, um gerade diese Ziele zu realisieren. Dass solche positive Maßnahmen nicht schlechterdings verboten sein dürfen, entspricht der wohl herrschenden Meinung, jedoch ist das Ausmaß unklar, in dem unter Vernachlässigung der rechtlichen Gleichbehandlung die Förderung der tatsächlichen Chancengleichheit ermöglicht werden darf.

Diese Prüfung knüpft aber erst an die Ebene der Rechtfertigung an; tatbestandlich bleibt es zunächst bei einer im Grundsatz unzulässigen Ungleichbehandlung.

### 3.2.2 Unterschiedliche Behandlung vs. verbotene Ungleichbehandlung

Trotz dieser klaren Unterscheidung zwischen Tatbestands- und Rechtfertigungsebene darf nicht übersehen werden, dass nicht jede Ungleichbehandlung automatisch auch eine verbotene Benachteiligung darstellen muss. Allein die unterschiedliche Behandlung von Arbeitnehmern ist zur Begründung einer verbotenen Ungleichbehandlung nicht ausreichend.<sup>221</sup> Unterschiedliche Dienstkleidungen für männliche und weibliche Arbeitnehmer, Jubiläumspresents oder Dienstbezeichnungen werden daher nicht von § 7 Abs. 1 AGG erfasst, solange die Unterscheidung zwischen den Geschlechtern nicht Ausdruck einer unterschiedlichen Wertigkeit ist. Unterschiedliche Arbeitsschichten für Türken und für Kurden und unterschiedliche Öffnungszeiten eines Schwimmbads für Männer und für Frauen erfasst das Gesetz nicht, denn es ist offen, wer hier bevorzugt und wer benachteiligt wird. Nach Ansicht des BAG kann sich an dieser Stelle auch der Gesetzeszweck auswirken. So sei ein Angebot zum Abschluss von Aufhebungsverträgen, das nur an unter-54-Jährige gerichtet ist, schon keine Benachteiligung der Älteren, da der Gesetzeszweck in erster Linie auf den Verbleib der älteren Arbeitnehmer im Betrieb ziele und dies erreicht werde. Dies führe aber nicht nur zu einer Rechtfertigung, sondern lasse schon die Benachteiligung entfallen.<sup>222</sup> Das Fehlen einer Wahlmöglichkeit an sich scheint das BAG somit nicht als Benachteiligung ausreichen zu lassen; europarechtlich ist die gesamte Begründung freilich zweifelhaft.<sup>223</sup> An einer Benachteiligung kann es jedoch fehlen, wenn eine Schlechterstellung in einem Punkt mit einer Besserstellung in einem anderen Punkt aufgewogen wird. § 3 AGG erlaubt einen Sachgruppen übergreifenden Günstigkeitsvergleich.<sup>224</sup> Wo aber ein Maß fehlt, Vorteil und Nachteil miteinander zu vergleichen, stellt die Besserstellung in einem anderen Punkt die Benachteiligung im vom Arbeitnehmer oder Kunden mit seiner Klage angegriffenen Punkt nicht in Frage.

<sup>220</sup> Ausführlich *Wiedemann*, Die Gleichbehandlungsgebote im Arbeitsrecht, 2001, S. 59.

<sup>221</sup> ErfK/Schlachter, 13. Aufl. 2013, § 3 AGG Rn. 3.

<sup>222</sup> BAG v. 25.02.2010 – 6 AZR 911/08, BAGE 133, 265.

<sup>223</sup> Däubler/Bertzbach/Däubler § 7 AGG Rn. 17; aA Bauer/Göpfert/Krieger, § 3, Rn. 8a.

<sup>224</sup> Anders für das Verhältnis Arbeitsvertrag und Tarifvertrag die st. Rspr.: BAG v. 20.04.1999 – 1 ABR 72/98, BAGE 91, 210 – Burda, s. auch *Wiedemann/Wank TVG § 4*, Rn. 467; für die Betriebsvereinbarung/Arbeitsvertrag BAG v. 27. 01.2004 – 1 AZR 148/03, BAGE 109, 244.

Der Kläger hat zwar die Benachteiligung voll zu beweisen<sup>225</sup>, jedoch reicht hierfür der Nachweis der Schlechterstellung im Hinblick auf einzelne Arbeits- oder Vertragsbedingungen. Daher muss der Arbeitnehmer in seiner Klage nicht einen umfassenden Vergleich der jeweiligen Vertragsbedingungen vornehmen. Die Arbeitgeber haben jedoch die Möglichkeit, ihrerseits den Vergleichsrahmen zu erweitern und die Gleichwertigkeit der unterschiedlichen Behandlungen darzulegen.

Werden also die ermittelten Körpermaße genutzt, um unterschiedliche Arbeitsplätze zuzuweisen (die Gruppe zwischen 1,60 m und 1,75 m wird an Fließband A tätig; die Gruppe zwischen 1,76 und 1,90 m an Fließband B), so liegt dann zwar eine unterschiedliche Behandlung vor, unzulässig ist diese aber im Grundsatz nicht. Selbst die Zuweisung unterschiedlicher Tätigkeiten beruhend auf Körpermaßen (Gruppe 1 muss die unteren Regale ausräumen, Gruppe 2 muss die oberen Regale einräumen) ist für sich gesehen noch nicht unzulässig. Lediglich dort, wo eine unterschiedliche Wertung deutlich wird (Alle Arbeitnehmer unter 1,70 m müssen die Produktionsstätte putzen, mit der Begründung, sie kämen besser in die Ecken), wird aus der bloßen Andersbehandlung eine unzulässige Ungleichbehandlung.

Die Zuweisung unterschiedlicher Aufgaben unter Bezug zu vorher ermittelten Körpermaßen ist damit im Grundsatz zulässig und scheidet bereits auf der tatbestandlichen Ebene bei der Prüfung des Diskriminierungsrechts aus. Nur wenn an die Merkmale negative Folgen geknüpft werden (bspw. unterschiedliche Bezahlung; stark unterschiedliche Arbeitsbedingungen; Nichteinstellung oder Entlassung etc.), liegt eine verbotene Ungleichbehandlung vor, die aber im Einzelfall gerechtfertigt sein kann.

### **3.3 Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung**

Selbst wenn aber eine Ungleichbehandlung im oben gezeigten Sinn vorliegen sollte, so bedeutet dies nicht, dass diese stets unzulässig ist. Vielmehr sieht das AGG Rechtfertigungsmöglichkeiten in §§ 8 und 10 und für die mittelbare Ungleichbehandlung spezieller in § 3 Abs. 2 Hs. 2 AGG vor. Daneben sind nach § 5 AGG Ungleichbehandlungen auch dann zulässig, „wenn durch geeignete und angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile wegen eines in § 1 [AGG] genannten Grundes verhindert oder ausgeglichen werden sollen“.

#### **3.3.1 Zulässigkeit nach § 5 AGG**

Ungeachtet der in den §§ 8 bis 10 AGG für das Arbeitsrecht formulierten Rechtfertigungsmöglichkeiten ist gemäß § 5 AGG eine unterschiedliche Behandlung auch zulässig, wenn durch geeignete und angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes verhindert oder ausgeglichen werden sollen. Mit der Regelung werden die Art. 5 der RL 2000/43/EG, Art. 7 Abs. 1 der RL 2000/78/EG und Art. 2 Abs. 8 der RL 76/207/EWG über positive Maßnahmen umgesetzt. Die Vorschrift lässt Maßnahmen zur Behebung bestehender Nachteile ebenso zu wie präventive Maßnahmen zur Vermeidung künftiger Nachteile.<sup>226</sup>

<sup>225</sup> MüKoBGB/Thüsing, § 22 AGG, Rn. 6 ff.

<sup>226</sup> BT-Drucks. 16/1780 S. 33.

Der Rechtsprechung des EuGH sowie der nationalen Gerichte lassen sich einige Leitlinien zur Bestimmung der Tatbestandsmerkmale des § 5 AGG entnehmen. Bereits die Verwendung der Begriffe „Geeignetheit“ und „Angemessenheit“ lässt deutlich werden, dass das Gebot der Verhältnismäßigkeit zur Bestimmung der Zulässigkeit positiver Maßnahmen von herausragender Bedeutung ist. Insbesondere die Entscheidungsgründe der Entscheidung „Lommers“<sup>227</sup> bekennen sich klar zum Erfordernis der Verhältnismäßigkeit zwischen Förderung und Gleichbehandlung, auf die auch die Begründung des Regierungsentwurfs hinweist.<sup>228</sup>

Zudem kommt das Verhältnismäßigkeitsgebot aber noch an einer weiteren Stelle zum Tragen. Auch die Art der Bevorzugung muss bei einer Prüfung berücksichtigt werden. Die Entscheidungsgründe stellen fest, dass Frauen keine Arbeitsplätze, sondern lediglich die Inanspruchnahme bestimmter Arbeitsbedingungen vorbehalten wurde, wodurch mögliche Ursachen der geringeren Zugangschancen von Frauen zum Arbeitsmarkt und zur beruflichen Laufbahn beseitigt werden.<sup>229</sup>

Erforderlich nach dem Wortlaut und Sinn der Vorschrift ist ein funktionaler Nexus zwischen positiver Maßnahme und der faktischen Benachteiligung. Zu unterscheiden ist dabei zwischen den verhindernden und den ausgleichenden, d.h. kompensierenden Maßnahmen. Bei den verhindernden Maßnahmen ist die Geeignetheit und Erforderlichkeit leichter zu beurteilen als bei den ausgleichenden, bei denen ein geeigneter Parameter der Bewertung oftmals fehlt. Eine Maßnahme zum Ausgleich der Benachteiligung ist etwa die Bevorzugung älterer Arbeitnehmer in der Sozialauswahl, die deren höheres Risiko der Entlassung bei betriebsbedingter Kündigung mindert. Eine kompensierende Maßnahme sind zusätzliche Urlaubsansprüche für ältere Arbeitnehmer, die eine geringere Belastbarkeit älterer Arbeitnehmer im Beruf ausgleichen können.

Eine besondere Ausprägung der Zulässigkeit von positiven Maßnahmen enthält § 4 Nr. 6 ArbSchG. Als besonders schutzbedürftig in diesem Sinne werden erachtet: Kinder, Jugendliche, werdende und stillende Mütter, Behinderte und ältere Arbeitnehmer<sup>230</sup>. Es wird also ein gruppenbezogener Arbeitsschutz als zulässig und als geboten angeordnet.<sup>231</sup>

Begünstigende Maßnahmen (bspw. Hilfsmittel nur für Einzelne) sind also diskriminierungsrechtlich zulässig, sofern die strengen Verhältnismäßigkeitserwägungen eingehalten werden. Der Arbeitgeber muss sich also im Vorfeld einer solchen Maßnahme über den Umfang und den Zweck dieser Maßnahme im Klaren sein. Weiterhin hat er auch zu prüfen, ob nicht noch weitere Arbeitnehmer ein vergleichbares Schutzbedürfnis haben und diesen dann konsequenterweise die Leistung gewährt werden muss. Anknüpfend an die Berücksichtigung von Körpermaßen bei positiven Maßnahmen zeigt sich aber der Befund, dass zum Ausgleich von Unterschieden besondere Leistungen (in Form von besonderen Arbeitsmitteln oder Arbeitsplätzen aber

<sup>227</sup> EuGH v. 19.03.2002 – C-476/99, Slg 2002, I-2891 – Lommers; hierzu *Thüsing*, DB 2002, 1452; *Leder*, EzA RL 76/207 EG-Vertrag 1999 Nr. 4; *Merino-Segovia*, RDS Nr. 19, 2002, S. 115; bestätigt durch EuGH v. 30.09.2004 – C-319/03, AP EWG-RL Nr. 76/207 Nr. 37 – Briheche.

<sup>228</sup> BT-Drucks. 16/1780 S. 33 f.

<sup>229</sup> EuGH v. 19.03.2002 – C-476/99, Slg 2002, I-2891 – Lommers, Rn. 38.

<sup>230</sup> Landmann/Rohmer/Kollmer, Gewerbeordnung 62. Ergänzungslieferung 2013, § 4 ArbSchG Rn. 32.

<sup>231</sup> Kollmer/Klindt/Kohte, ArbSchG, 2. Aufl. 2011, § 4, Rn. 38.

auch in Form von besonderen Förderungsmaßnahmen) zulässig sind, solange diese tatsächlich an das Merkmal anknüpfen. Letztlich muss der Arbeitgeber also nur konsequent handeln.

### 3.3.2 Rechtfertigung unmittelbarer Benachteiligung gem. § 8 AGG

Nach der Regelung in § 8 AGG – beruhend auf den Richtlinienvorgaben in Art. 4 RL 2000/43/EG und 2000/78/EG - führt eine Ungleichbehandlung dann nicht zu einer unzulässigen Diskriminierung, wenn sie gerechtfertigt ist. Eine solche Rechtfertigung stellt darauf ab, dass die Anknüpfung an das Diskriminierungsmerkmal „wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist“.

Relevant wird nach dem oben Gezeigten im Kontext der Körpermaße vor allem eine Anknüpfung an das Merkmal der Behinderung sein.

#### 3.3.2.1 Zulässigkeit einer negativen Anknüpfung

Viel spricht dafür, dass der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung der „beruflichen Anforderungen“ gemäß Art. 4 der RL 2000/43/EG und RL 2000/78/EG durch § 8 Abs. 1 AGG ein dogmatisch anderes Verständnis dieser Ausnahmenvorschriften zugrunde gelegt hat als es die Kommission im Sinn hatte.

„Berufliche Anforderungen“ ermöglichen einem Arbeitgeber nach der europarechtlichen Konzeption, allein auf das Vorhandensein eines geschützten Differenzierungsmerkmals ausnahmsweise bestehen zu können. Ein Arbeitgeber kann mit anderen Worten gerade verlangen, dass der einzustellende Beschäftigte beispielsweise männlich, jung, asiatisch oder katholisch ist. Der umgekehrte Fall wird durch den Wortlaut des Art. 4 der jeweiligen RL dagegen nicht gedeckt: Das Anknüpfen an die Gruppenzugehörigkeit zum Nachteil des von der Maßnahme Betroffenen. Recht klar äußert sich die Kommission in dieser Hinsicht zum Merkmal der Religion. Es liege auf der Hand, heißt es in der Begründung des Richtlinienentwurfs, dass in Organisationen, die bestimmte religiöse Werte vertreten, für bestimmte Arbeitsplätze oder Tätigkeiten nur Arbeitnehmer mit der entsprechenden religiösen Überzeugung in Betracht kommen.<sup>232</sup> Ein Arbeitgeber kann demzufolge zwar das Vorhandensein einer bestimmten religiösen Überzeugung zur positiven Voraussetzung machen, ihr Fehlen aber nicht. Dieses restriktive Verständnis der beruflichen Anforderungen spiegelt sich ebenso im Katalog möglicher Fallbeispiele wider, die unter Umständen imstande sein sollen, eine ungleiche Behandlung wegen der Rasse oder ethnischen Herkunft zu rechtfertigen. Als mögliche Anwendungsfälle der beruflichen Anforderungen in diesem Rahmen nennt die Kommission den Fall, dass aus Gründen der Authentizität ein Schauspieler benötigt wird, der einer bestimmten Rasse oder ethnischen Gruppe angehört; gedacht ist ferner daran, dass im Rahmen einer Tätigkeit persönliche Dienstleistungen für Angehörige einer bestimmten ethnischen Gruppe zu erbringen sind und dies am effektivsten von einem Angehörigen dieser Gruppe geleistet werden kann.<sup>233</sup> Wiederum wird dem Arbeitgeber damit allein das Bestehen auf das Vorhandensein eines geschützten Differenzierungsmerkmals zugestanden. Die Mög-

<sup>232</sup> Vgl. KOM (1999) 565 endg. v. 24.11.1999 S. 11 f.

<sup>233</sup> KOM (1999) 566 endg. v. 25.11.1999 S. 9.

lichkeit einer negativen Anknüpfung an ein geschütztes Merkmal würde danach allein den allgemeinen Regeln folgen. Danach kann es im Einzelfall an der notwendigen Geeignetheit eines Beschäftigten für die infrage stehende Arbeitsstelle und damit einer Anwendungsvoraussetzung des Diskriminierungsschutzes fehlen; an dem bereits im Rahmen des § 611a BGB anerkannten Prinzip, dass das Benachteiligungsverbot den Arbeitgeber nicht zur Einstellung ungeeigneter Arbeitnehmer zwingt, hat sich auch unter der Neuregelung nichts geändert.<sup>234</sup> Die Zulässigkeit mittelbarer Diskriminierungen richtet sich andererseits primär nach Art. 2 Abs. 2 lit. b der Richtlinien und der dort verankerten Möglichkeit einer sachlichen Rechtfertigung entsprechender Benachteiligungen. Ergänzend kann bei einer Ungleichbehandlung wegen des Alters Art. 6 der RL 2000/78/EG sowie bei positiven Maßnahmen Art. 5 der RL 2000/43/EG bzw. Art. 7 der RL 2000/78/EG sowie Art. 3 der RL 2006/54/EG herangezogen werden.

Um eine Erfindung des europäischen Gesetzgebers handelt es sich bei der Berücksichtigung „beruflicher Anforderungen“ nicht. Das US-amerikanische Antidiskriminierungsrecht kennt eine entsprechende Durchbrechung des Gleichbehandlungsgrundsatzes mit der Figur der sog. „bona fide occupational qualification defense“ bereits seit geraumer Zeit.<sup>235</sup> Gegenständlich ist diese allerdings auf die Merkmale der Religion, des Geschlechts, der nationalen Herkunft (42 U.S.C. § 2000e-2(e)(2004)) sowie des Alters (29 U.S.C. § 623 (f)(1)(2004)) beschränkt. Neben der im Ergebnis nicht unproblematischen Ausklammerung von Rasse und Hautfarbe wird damit insbesondere das Merkmal der Behinderung nicht von diesen Ausnahmenvorschriften erfasst.<sup>236</sup> Letzteres erscheint sinnvoll, sind doch Fälle, in denen gerade das Vorhandensein einer Behinderung notwendige Voraussetzung für die Ausübung einer bestimmten Arbeitsstelle ist, praktisch nicht vorstellbar.

Der deutsche Gesetzgeber hat sich dieses restriktive Verständnis der Richtlinien wohl nicht zu eigen gemacht. Zwar lässt der Wortlaut des § 8 Abs. 1 AGG eine entsprechende Interpretation zu, Systematik und gesetzgeberische Intention weisen allerdings in eine andere Richtung. Anstatt – wie auch die Kommission – das positive Anknüpfen an geschützte Merkmale in den Vordergrund zu rücken (wie dies bei der Religion in § 9 AGG umgesetzt wurde), spricht die Gesetzesbegründung schlechterdings davon, dass „berufliche Anforderungen eine Ungleichbehandlung rechtfertigen können“.<sup>237</sup> Untermuert wird dieses Verständnis der europarechtlichen Vorgaben durch einen Blick auf die Vorgängervorschrift des § 611a BGB. Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts war dort zulässig, soweit eine Vereinbarung oder eine Maßnahme die Art der vom Arbeitnehmer auszuübenden Tätigkeit zum Gegenstand hat und ein bestimmtes Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für diese Tätigkeit ist. Erfasst waren von dieser Ausnahmenvorschrift sämtliche Differenzierungen nach dem Geschlecht, ungeachtet dessen, ob sie sich zum Vorteil oder Nachteil des betroffenen Arbeitnehmers auswirkten. Eine entsprechende Unterscheidung war zudem beim Geschlecht hinfällig, da Bevorzugungen des einen Geschlechts spiegelbildlich das andere benachteiligen. Dementsprechend machte es in der Sache keinen Unterschied, ob etwa die „Eigenschaft als Frau“ eine unverzichtba-

<sup>234</sup> St. Rspr., s. zuletzt BAG v. 05.02.2004 – 8 AZR 112/03, NJW 2004, 2112, 2115.

<sup>235</sup> *Thüsing*, RdA 2001, 319, 320 f.

<sup>236</sup> Vgl. etwa *Bryant*, 33 Georgia Law Review 211 (1988) zur Besetzung der Filmrolle von Martin Luther King, Jr.

<sup>237</sup> BT-Drucks. 16/1780 S. 35.

re Voraussetzung des Arbeitsverhältnisses als Arzthelferin ist<sup>238</sup> oder umgekehrt formuliert, dass die Zugehörigkeit zum männlichen Geschlecht unvereinbar mit den Anforderungen dieses Arbeitsplatzes ist.<sup>239</sup>

Gerade bei der Behinderung wird die Lösung wohl in der Mitte liegen. Es ist, legt man das unionsrechtliche Verständnis zugrunde, dem Arbeitgeber nicht möglich, kategorisch die Beschäftigung von Nichtbehinderten als wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung zu betrachten. Dies bereits deshalb, weil Art. 5 der RL 2000/78/EG gerade besondere Verpflichtungen bei der Beschäftigten von Behinderten auferlegt. Gleichwohl ist der Fall denkbar, dass nach Ausreizung aller durch Art. 5 RL 2000/78/EG erforderlichen Mittel, die Beschäftigung eines Behinderten weiterhin nicht möglich ist. Hier käme man dann zum widersinnigen Ergebnis, dass Maßnahmen nach Art. 5 der RL nicht erforderlich wären, der Arbeitgeber die – nicht ausgleichbare Behinderung – aber nicht als Differenzierungskriterium heranziehen kann. Dies kann nicht richtig sein. Aus diesem Grund muss es zumindest dann möglich sein, die wesentliche berufliche Anforderung der Nichtbehinderung – konkretisiert durch die Vorgaben aus Art. 5 RL – als ausreichend für eine Nichtbeschäftigung anzusehen. Hier liegt gerade keine feindliche Motivation mehr vor, sondern lediglich eine tatsächliche, insbesondere wirtschaftliche Notwendigkeit. Letztlich ist die Anknüpfung hier auch keine vollständig negative – nicht ausschließlich der Nichtbehinderte soll beschäftigt werden (das wäre bereits im Hinblick auf Art. 5 der RL 2000/78/EG unzulässig), sondern es soll nur dann nicht beschäftigt werden, wenn die Behinderung so schwerwiegend ist, dass eine Beschäftigung auch unter Berücksichtigung von Art. 5 der RL ausscheidet. Es werden damit sowohl Nichtbehinderte als auch weniger schwerwiegend Behinderte beschäftigt. Die Anknüpfung ist folglich eine andere.

Es kann damit eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung sein, nicht behindert zu sein. Dies aber nur dann, wenn keine erdenkliche und nach Art. 5 RL 2000/78/EG erforderliche Maßnahme die Beschäftigung ermöglichen würde. Aufgrund der Vielzahl denkbarer Behinderungen und ihrer unterschiedlichen Schweregrade ist es aber eher wahrscheinlich, dass nicht eine Behinderung per se die Beschäftigungsmöglichkeit ausschließt. In diesem Fall wäre es damit eine entscheidende berufliche Anforderung, entweder nicht behindert zu sein oder zumindest nur so weit behindert, dass eine Tätigkeit nach Art. 5 der RL ermöglicht werden kann. Ist dies nicht möglich, so muss dann auch eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt werden können, auch wenn dies zumindest teilweise eine negative Anknüpfung darstellt. Selbst bei einer Behinderung kann sich also der Arbeitgeber nicht vorschnell auf eine Rechtfertigungsmöglichkeit aus § 8 AGG stützen.

### 3.3.2.2 Entscheidende „berufliche Anforderung“

Zu klären ist an zweiter Stelle, welche Eigenschaften überhaupt als berufliche Anforderung betrachtet werden können. Hier sind zwei Möglichkeiten denkbar: Entweder eine rein subjektive Betrachtungsweise, wonach also der Arbeitgeber selbst die Parameter bestimmen kann, die für eine effiziente Beschäftigung notwendig sind, oder eine objektive Sichtweise, die also fordern würde, dass die Entscheidung des Arbeitgebers objektiv nachvollziehbar ist und auf objektiven Kriterien beruht.

<sup>238</sup> BAG v. 21.02.1991 – 2 AZR 449/90, NZA 1991, 719, 723.

<sup>239</sup> So ErfK/Schlachter, 13. Aufl. 2013, § 8 AGG Rn. 4.

Das Bundesarbeitsgericht folgt der subjektiven Sichtweise, wonach eine wesentliche berufliche Anforderung insbesondere auch durch ein unternehmerisches Konzept geschaffen werden kann.<sup>240</sup> Letztlich liegt dieses Ergebnis auch in der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG selbst begründet. Damit zeigt sich auch ein starker Bezug zum Arbeitsschutz: nimmt der Arbeitgeber Arbeitsschutzmaßnahmen vor – freiwillig oder verpflichtet – und führen diese dazu, dass die Beschäftigung eines Merkmalsträgers nicht mehr möglich ist, so ist eine solche Ungleichbehandlung eben auch gerechtfertigt. Das Gesetz will nicht die Ungleichbehandlung an sich verbieten, sondern nur die sachlich unbegründete Ungleichbehandlung. Gerade die Nichterfüllung der wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderungen ist eben ein solcher sachlicher Grund.

Zu weit darf man hier freilich nicht gehen, würde sonst – durch die Anwendung eines selbst auferlegten Konzeptes – der Diskriminierungsschutz umgangen werden können. *Adomeit* stellte aus diesem Grund einst ein wenig spöttisch fest, es gebe keine einzige Tätigkeit, bei der das Geschlecht wirklich unverzichtbar sei<sup>241</sup>. *Preis* ist nur wenig großzügiger und hält für unverzichtbar streng genommen nur das Geschlecht einer Amme. Das Beispiel besticht durch seine Anschaulichkeit und wird daher gerne zitiert.<sup>242</sup>

Eine Unverzichtbarkeit anknüpfend an die oben (C.I.) gezeigten relevanten Diskriminierungsmerkmale ist allerdings für den Aspekt der Körpermaße nur sehr schwer konstruierbar, ist doch im Regelfall bereits eine unmittelbare Ungleichbehandlung fernliegend. Hier ist folglich eher die Möglichkeit einer Rechtfertigung nach § 3 Abs. 2 letzter HS AGG denkbar, da es sich nur um eine mittelbare Benachteiligung handeln wird. Allenfalls beim Merkmal der Behinderung, das nach der oben gezeigten Darstellung auch Beziehungen zu Körpermaßen haben kann (C.I.3.), kann eine unmittelbare Benachteiligung in Betracht kommen. Hier würde sich dann die Frage stellen, ob aufgrund dieses Merkmals differenziert werden darf, weil eben das Nichtvorliegen einer bestimmten Behinderung zwingend für die Beschäftigung des Arbeitnehmers ist. Um eine berufliche Anforderung im dargestellten Sinn wird es sich dabei aber auf jeden Fall handeln, unabhängig davon, ob die Unmöglichkeit der Nichtbeschäftigung ihren Ursprung in einer freiwilligen Entscheidung des Arbeitgebers oder im zwingenden Arbeitsschutzrecht hat.

### 3.3.2.3 Arbeitsschutz als „entscheidende berufliche Anforderung“

Der maßgebliche Schwerpunkt liegt damit nicht auf der Frage, zu bestimmen, was denn eine berufliche Anforderung sei, sondern wann diese wesentlich und entscheidend ist. Für die Definition dessen, was eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung ausmacht, dürfte *mutatis mutandis* dasselbe gelten wie für die Unverzichtbarkeit zur Rechtfertigung einer Benachteiligung wegen des Geschlechts, wie es ehemals § 611a BGB forderte. Eine Anforderung ist dann „entscheidend“ für eine bestimmte berufliche Tätigkeit, wenn die Tätigkeit ohne sie nicht oder nicht ordnungsgemäß durchgeführt werden kann.<sup>243</sup> Die zusätzliche Einschränkung auf „we-

<sup>240</sup> BAG v. 18.03.2010 – 8 AZR 77/09, NZA 2010, 872.

<sup>241</sup> *Adomeit*, DB 1980, 2388.

<sup>242</sup> *Preis*, Arbeitsrecht, 2012, S. 343; *Hanau*, in: Gedächtnisschrift Lüderitz (2000), S. 247.

<sup>243</sup> So auch BAG v. 28.05.2009 – 8 AZR 536/08, NZA 2009, 1016, das hervorhebt, dass es genügt, dass die Tätigkeit „nur schlechter bzw. nicht ordnungsgemäß“ erbracht werden kann.



sentliche“ Anforderungen soll eine gewisse Erheblichkeitsschwelle statuieren.<sup>244</sup> Hierbei ist ein Vergleich nötig zwischen dem gesamten Aufgabenbereich, der dem Beschäftigten zugewiesen werden soll, und dem Teilbereich, den er auf Grund seiner Benachteiligung nicht ordnungsgemäß ausüben kann. Dabei muss sich ergeben, dass der Aufgabenbereich, der ohne eine bestimmte Religion, ethnische Herkunft, ein bestimmtes Alter oder eine gewisse sexuelle Identität nicht ausgeübt werden kann, einen erheblichen Teil des gesamten dem Beschäftigten übertragenen Aufgabenfeldes ausmacht. Das Wesentlichkeitskriterium ist angesichts des Ziels der Richtlinie, einen umfassenden Benachteiligungsschutz zu gewährleisten, tendenziell eng auszulegen.<sup>245</sup> Aus der Beschränkung auf „wesentliche und entscheidende“ Berufsanforderungen folgt, dass der Arbeitgeber sich bei einer Ungleichbehandlung allein zur Durchsetzung sonstiger, unwesentlicher Arbeitsplatzanforderungen nicht zur Rechtfertigung auf § 8 Abs. 1 stützen kann. Die nicht durchführbaren Tätigkeiten müssen aber keineswegs überwiegen, es genügt, wenn sie eine unter mehreren zentralen Aufgaben betreffen.<sup>246</sup>

Welche beruflichen Anforderungen im Einzelfall wesentlich sind, hängt von der ausübenden Tätigkeit ab.<sup>247</sup> Als allgemeiner Maßstab dürfte gelten, dass zumindest solche Anforderungen, die das jeweilige Berufsbild prägen bzw. derentwegen der Arbeitgeber den betreffenden Arbeitsplatz geschaffen hat, als wesentlich einzustufen sind. Ferner muss sich eine berufliche Anforderung am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz messen lassen. Der Arbeitgeber darf deshalb nur dann vom Gleichbehandlungsgrundsatz abweichen, wenn er mit der Bezugnahme auf ein geschütztes Merkmal einen legitimen Zweck verfolgt und die Anforderung zur Erreichung desselben geeignet, erforderlich und angemessen ist. Zu prüfen ist also insbesondere, ob das vom Arbeitgeber verlangte Merkmal tatsächlich zur Verwirklichung des unternehmerischen Zwecks erforderlich ist. Die konkrete Stellenausschreibung ist also am übergeordneten Unternehmenszweck zu messen.<sup>248</sup> Die Aufteilung der Arbeitsleistung, die dann eine Diskriminierung erforderlich macht, wird ihrerseits von der Unternehmerfreiheit geschützt, sodass nur eine Willkürkontrolle stattfindet.<sup>249</sup> Eine Diskriminierung kann demnach nur als ultima ratio in Betracht kommen. Das US-amerikanische Antidiskriminierungsrecht ist in diesem Punkt überaus streng. Eine *bona fide occupational qualification* kann ein Arbeitgeber dort im Wesentlichen nur dann für sich in Anspruch nehmen, wenn er beweist, dass er Grund zur Annahme hatte, dass kein Beschäftigter in der durch die Anforderung ausgeschlossenen Gruppe zur Ableistung der Arbeitsplatzanforderungen in der Lage war.<sup>250</sup> Testfrage ist: Wäre die Stelle dauerhaft unbesetzt geblieben, wenn sich nur Arbeitnehmer ohne das geforderte Differenzierungsmerkmal beworben hätten? Nur dort, wo das männliche oder weibliche Geschlecht, das Alter, die Religion, die Rasse oder ethnische Herkunft, die Behinderung oder die sexuelle Identität nicht bloß erwünschte Nebeneigenschaft ist, sondern der Arbeitnehmer gerade dafür bezahlt wird, es damit Bestandteil seiner entgelteten Leistung und seiner konkreten Tätigkeit ist, ist das Merkmal eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung. Eine Beschränkung auf einzelne Merkmale

<sup>244</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 3. Aufl. 2011, § 8 Rn. 21: „Die berufliche Anforderung muss für das jeweilige Berufsbild prägend sein“; Schleusener/Suckow/Voigt/Schleusener, 4. Aufl. 2013, § 8 Rn. 14.

<sup>245</sup> So bereits Thüsing/Wege, FA 2003, 296, 298 sowie dies. ZEuP 2004, 399, 421.

<sup>246</sup> BAG v. 28.05.2009 – 8 AZR 536/08, NZA 2009, 1016.

<sup>247</sup> BAG v. 28.05.2009 – 8 AZR 536/08, NZA 2009, 1016.

<sup>248</sup> BAG v. 28.05.2009 – 8 AZR 536/08, NZA 2009, 1016.

<sup>249</sup> BAG v. 28.05.2009 – 8 AZR 536/08, NZA 2009, 1016.

<sup>250</sup> Vgl. grundlegend Dothard v. Rawlinson, 433 U. S. 321 (1977) mwN.

des § 1 AGG erfolgt – im Gegensatz zum angloamerikanischen Recht – nicht, sodass grundsätzlich alle Merkmale Anknüpfungspunkt des § 8 AGG sein können, wenn auch die praktische Relevanz unterschiedlich stark ausgeprägt sein wird.

Diese Wertung lässt sich auch auf den Arbeitsschutz übertragen: Zu fragen ist auch hier, ob der Arbeitgeber einen Merkmalsträger beschäftigen würde, wenn keinerlei andere Bewerber erkennbar sind. Letztlich verengt sich die Frage gerade beim Arbeitsschutz auf eine wirtschaftliche Betrachtung: Der (behinderte) Arbeitnehmer wird dann weiterbeschäftigt werden, wenn mit angemessenem finanziellen Aufwand eine arbeitsschutzrechtlich zulässige Beschäftigung ermöglicht werden kann. Ist dies bereits tatsächlich nicht möglich (wenn bspw. das Fließband nicht individuell einstellbar ist) oder aber mit so hohen finanziellen Aufwendungen verbunden, dass die Beschäftigung des Arbeitnehmers den entsprechenden Gewinn übersteigt, so gilt es zu differenzieren. Ist die arbeitsschutzrechtliche Vorschrift zwingend, so kann und darf der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht mehr beschäftigen, sodass eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung zu bejahen ist.

Ist der Arbeitsschutz hingegen allein freiwillig – übersteigt er also das gesetzlich Geforderte – so muss abgewogen werden. Die Beschäftigung des Arbeitnehmers ist dann zwar gesetzlich zulässig, führt für ihn aber zu einer stärkeren gesundheitlichen Belastung als für die anderen Arbeitnehmer. Dennoch ist diese nicht so stark, dass die gesetzlich vorgegebenen zwingenden Arbeitsschutzmaßnahmen einzuhalten wären. Aus diesem Grund spricht viel dafür, eine Beschäftigung des Arbeitnehmers zu den gleichen Bedingungen wie die übrigen Beschäftigten zuzulassen. Beispielsweise ist er dann gezwungen, an dem für ihn eigentlich zu niedrigen Fließband zu arbeiten, sofern hiermit keine schwerwiegende Gesundheitsbeeinträchtigung verbunden ist. Der Gesetzgeber hat gerade durch die zwingenden Arbeitsschutzmaßnahmen die Fälle vorkonturiert, bei denen er eine besondere Belastung und ein besonderes Schutzbedürfnis erkennt. In allen anderen Fällen vermag es nicht zu überzeugen in den Arbeitsschutzanforderungen eine „entscheidende“ berufliche Voraussetzung zu erkennen. Gleichwohl hat der Arbeitnehmer in diesen Fällen aber auch keinen Anspruch darauf, die gleichen relativen Arbeitsbedingungen wie die anderen Beschäftigten zu haben. Diese – auf der körperlichen Konstitution beruhende – Unterscheidung ist zulässig.

### 3.3.2.4 Zulässigkeit von Hilfskriterien

Keine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung ist ferner dann gegeben, wenn das verbotene Merkmal in der Auswahl des Arbeitgebers nur Hilfskriterium ist, um nach einem anderen, schwieriger nachprüfbareren, aber eigentlich angestrebten und unter Umständen sachlich gerechtfertigten Kriterium zu unterscheiden. Wer Arbeitnehmer für schwere körperliche Arbeit sucht, darf daher nicht per se Frauen oder ältere Bewerber ausschließen, denn ob Bewerber die Anforderungen eines Arbeitsplatzes erfüllen können, ist individuell festzustellen und darf nicht wegen der Geschlechtszugehörigkeit oder des Alters vermutet werden.<sup>251</sup> Gleiches muss auch für Körpermaße gelten: Wer große Arbeitnehmer aus betrieblichen Gründen beschäftigen will, soll die Größe messen und nicht pauschal die Beschäftigung von Frauen ablehnen. Dass das Verbot gerade einer solchen *statistical discrimination* freilich in-

<sup>251</sup> LAG Köln v. 08.11.2000 – 3 Sa 974/00, NZA-RR 2001, 232; zust. ErfK/Schlachter, 13. Aufl. 2013, Rn. 3.

effizient sein kann, ist vielfach nachgewiesen worden<sup>252</sup>. Der EuGH scheint deswegen in der Rs Wolf<sup>253</sup> anders zu werten. Dies kann jedoch nur gelten, wo das Hilfskriterium (Alter) vom Zielkriterium (Belastbarkeit) nur mit unüberwindbarem Aufwand getrennt werden kann oder stets und ausnahmslos beide Kriterien miteinander verbunden sind (es gibt schlichtweg keine 100jährigen Rettungsschwimmer). Beim Merkmal Körpermaße kann dieses Argument aber naturgemäß nicht greifen.

### 3.3.3 Rechtfertigung mittelbarer Benachteiligung (§ 3 Abs. 2 AGG)

Mit Abstand die größte Bedeutung für eine Berücksichtigung der Körpermaße bei betrieblichen Maßnahmen hat aber die Rechtfertigungsmöglichkeit nach § 3 Abs. 2 AGG. Wie bereits dargelegt (siehe C.I.1 und 2.), führt das Abstellen auf die Körpermaße bei betrieblichen Maßnahmen zu einer mittelbaren Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts und des Alters. Diese Form der Benachteiligung ist folglich deutlich relevanter als eine nur in den dargelegten Ausnahmefällen – insbesondere bei Behinderung – einschlägige unmittelbare Ungleichbehandlung.

Da der Schweregrad der Ungleichbehandlung bei einer nur mittelbaren Anknüpfung an ein Merkmal nach § 1 AGG aber niedriger ist als bei einer unmittelbaren Ungleichbehandlung, gelingt hier auch eine erleichterte Rechtfertigung einer solchen Maßnahme. Das Gesetz fordert insofern, dass die Maßnahme „durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt“ und die Mittel [...] zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich [sind]. Die sachliche Rechtfertigung durch ein rechtmäßiges Ziel bei Angemessenheit und Erforderlichkeit des Mittels ist ein Maßstab, der deutlich hinter dem Maßstab des für die unmittelbare Benachteiligung im Arbeitsrecht geltenden § 8 AGG zurückbleibt. Es soll allein sichergestellt werden, dass die Anknüpfung an andere Merkmale als dem des Grundes nach § 1 nicht erfolgt, um eine verbotene Diskriminierung auf Umwegen zu realisieren. Zumindest die ältere Rechtsprechung des BAG sah hierin eine strengere Begrenzung als in dem sachlichen Grund, der nach dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz oder auch nach § 2 BeschFG/§ 4 TzBfG eine Ungleichbehandlung rechtfertigen kann.<sup>254</sup> Dies vermag nicht zu überzeugen. Eine Differenz zwischen den Begriffen zu beschreiben, ist sprachlich kaum möglich und sachlich entbehrlich. Eine überzeugende Trennlinie erscheint ohnehin rational nicht begründbar.<sup>255</sup> Was ein sachlicher Grund im Sinne des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes ist<sup>256</sup>, ist daher auch Rechtfertigung einer mittelbaren Benachteiligung.

Die Möglichkeit der Rechtfertigung einer mittelbaren Benachteiligung ist damit deutlich einfacher als die einer unmittelbaren Benachteiligung. Das Vorliegen eines sachlichen Grundes, verbunden mit Angemessenheit und Erforderlichkeit, lässt hier bereits tatbestandlich eine mittelbare Benachteiligung entfallen.<sup>257</sup>

<sup>252</sup> MüKoBGB/Thüsing, Einl. AGG, Rn. 57.

<sup>253</sup> EuGH v. 12.01.2010 – C-229/08, NJW 2010, 2193 – Wolf.

<sup>254</sup> BAG v. 14.03.1989 – 3 AZR 490/87, NZA 1990, 25; v. 26.05.1993 – 5 AZR 184/92, NZA 1994, 413; v. 05.10.1993 – 3 AZR 695/92, NZA 1994, 315; v. 23.01.1990 – 3 AZR 58/88, NZA 1990, 778; BAG v. 20.11.1990 – 3 AZR 613/89, NZA 1991, 635.

<sup>255</sup> S. auch zum Vergleich von § 2 BeschFG/§ 4 TzBfG und dem Verbot der mittelbaren Diskriminierung MünchHandArbR/Schüren, .3. Aufl. 2009, § 45 RdNr. 138; Winter, ZTR 2001, 7.

<sup>256</sup> MüKoBGB/Thüsing, § 1 AGG, Rn. 4 ff.

<sup>257</sup> ErfK/Schlachter, 13. Aufl. 2013, § 3 AGG, Rn. 13; BAG v. 07.07.2011 – 2 AZR 355/10, NZA 2011, 1413; BAG v. 22.6.2011 – 8 AZR 48/10, NJW 2012, 171.

Am Vorliegen eines legitimen Ziels bestehen bei arbeitsschutzrechtlichen Maßnahmen keine Bedenken.

„Rechtmäßige Ziele iSd. § 3 Abs. 2 AGG können alle nicht ihrerseits diskriminierenden (vgl. *EuGH 31. März 1981 - C-96/80 - [J.P. Jenkins] Rn. 11, Slg. 1981, 911*) und auch sonst legalen Ziele sein. Dazu gehören auch privatautonom bestimmte Ziele des Arbeitgebers, z. B. betriebliche Notwendigkeiten und Anforderungen an persönliche Fähigkeiten des Arbeitnehmers (vgl. *Schleusener in Schleusener/Suckow/Voigt AGG 2. Aufl. § 3 Rn. 74 f.; Bauer/Göpfert/Krieger AGG 2. Aufl. § 3 Rn. 32 f.; ErfK/Schlachter 10. Aufl. § 3 AGG Rn. 8, 9; BeckOK R/G/K/U/Roloff AGG § 3 Rn. 20; Lingemann/Müller BB 2007, 2006; Hunold Anmerkung zur Entscheidung des LAG Hamm vom 17. Juli 2008 NZA-RR 2009, 13, 17; Herbert/Oberrath DB 2009, 2434*). Das Ziel ist im Wortlaut des Gesetzes nicht weiter eingeschränkt als durch die Bestimmung, dass es rechtmäßig sein muss. In der Gesetzesbegründung findet sich lediglich der Hinweis, es müsse ein *sachlicher Grund* gegeben sein (*BR-Drucks. 329/06 vom 18. Mai 2006 S. 34*). Damit ist auf die bis dahin bestehende Rechtslage zu § 611a BGB verwiesen, nach der jedes rechtmäßige, seinerseits nicht diskriminierende Ziel ausreichend war.“<sup>258</sup>

Beschließt der Arbeitgeber also ein Konzept, wonach die Beschäftigung von Menschen unter 1,65 m aus technischen Gründen nicht mehr möglich ist, so muss dieses Ziel als legitim angesehen werden, wenn es dazu dient, den übrigen Beschäftigten die Tätigkeit zu erleichtern und die Effektivität des Unternehmens zu erhöhen. Erfüllt der Arbeitgeber mit seinem Zweck allein gesetzliche Vorgaben des Arbeitsschutzes, so ist erst Recht von der Legitimität dieses Ziels auszugehen.<sup>259</sup>

Zusätzlich müssen aber die Mittel – bspw. Nichteinstellung von Beschäftigten außerhalb der Norm – angemessen und erforderlich sein, um das Ziel zu erreichen.

„Geeignet ist die Differenzierung bereits dann, wenn durch sie das angestrebte Ziel erreicht werden kann. Erforderlich ist sie, wenn es bei gleicher Erfolgsgemeinheit kein milderes Mittel gibt und angemessen ist die Differenzierung, wenn aufgrund einer Zweck-Mittel-Relation die Schwere des Eingriffs im Verhältnis zur Bedeutung des Ziels zurücktritt.“<sup>260</sup>

Stützt man sich dabei auf ein gesetzliches Verbot oder Gebot aus dem eigentlichen Arbeitsschutzrecht, so weist auch dieses Merkmal keine Probleme auf. Anders ist die Situation hingegen dann, wenn allein mit monetären Gründen die Ungleichbehandlung begründet wird - Haushaltserwägungen allein rechtfertigen die Auferlegung von Nachteilen bestimmter Gruppen nicht.<sup>261</sup> Es ist damit zumindest zu fordern, dass die Gruppenbildung (auch unter Ausschluss anderer Beschäftigter) die Tätigkeit der Mehrheit der Beschäftigten erleichtert. Wird sie allein im Interesse des Arbeitgebers angeordnet, so verbietet sich eine Rechtfertigung. Zudem ist eine Interessenabwägung zwischen dem verfolgten legitimen Ziel und dem Eingriff in die Rechte des Arbeitnehmers gefordert.<sup>262</sup> Dabei sind sowohl der Grad der Beeinträchtigung der Interessen des Arbeitnehmers als auch die Schutzwirkung für die Belegschaft abzuwägen. Je stärker also der Schutz und je geringer die Beeinträchtigung ist, umso eher wird eine Rechtfertigung erfolgen können. Eine Verallgemeinerung verbietet sich da-

<sup>258</sup> BAG v. 28.01.2010 - 2 AZR 764/08, BAGE 133, 141, Rn. 19.

<sup>259</sup> Vgl. BAG v. 18.05.2006 – NZA 2007, 103; BAG v. 28.01.2010 – 2 AZR 764/08, NZA 2010, 625.

<sup>260</sup> BAG v. 22.6.2011 – 8 AZR 48/10, BAGE 138, 166, Rn. 38.

<sup>261</sup> EuGH v. 20.3.2003 – C-187/00, NZA 2003, 506 – Kutz Bauer.

<sup>262</sup> BAG v. 7.7.2011 - 2 AZR 355/10 - AP BGB § 626 Nr. 237, Rn. 27; BAG v. 28. 01.2010 - 2 AZR 764/08 - BAGE 133, 141, Rn. 19; BAG v. 18. 08.2009 - 1 ABR 47/08 -, BAGE 131, 342, Rn. 30 f.

bei aber. Dennoch kann als grobe Vorgabe gelten, dass zumindest eine Kündigung aufgrund der Körpermaße im Regelfall unzulässig sein wird. Dies jedenfalls dann, wenn die Erfüllung der gewünschten Körpermaße nicht zwingende Voraussetzung für eine Beschäftigung ist, sondern durch andere Hilfsmittel ein Ausgleich herbeigeführt werden kann. Eine Versetzung bzw. Beschäftigung an eine andere Stelle wird hingegen im Regelfall zulässig sein. Auch hier muss aber der Grad der Belastung für den Arbeitnehmer berücksichtigt werden.

Eine Unterscheidung anhand von Körpermaßen wird damit im Regelfall nach § 3 Abs. 2 letzter HS. AGG gerechtfertigt werden können. Zu beachten bleibt dabei aber, dass die Gründe für diese Unterscheidung eben im Arbeitsschutz liegen müssen. Ein willkürliches Vorgehen des Arbeitgebers allein im Eigeninteresse ist unzulässig.

Der Arbeitgeber ist daher gefordert, im Vorfeld einer solchen Maßnahme ein taugliches Gesamtkonzept zu entwickeln, auf das er die Maßnahme stützen kann und das dem Schutz der Beschäftigten dient. Im Rahmen dieses Konzepts ist er auch gezwungen für diejenigen Arbeitnehmer, die dadurch Nachteile erleiden könnten, (finanzierbare) Alternativen zu diesen Nachteilen zu finden.

### **3.3.4 Rechtfertigung gem. § 10 AGG**

Neben dem im Rahmen des Arbeitsschutzes relevanten Rechtfertigungsgrund aus § 8 AGG und insbesondere dem Grund aus § 3 Abs. 2 a.E. AGG soll ergänzend noch kurz auf die spezielle Rechtfertigungsregelung bei Altersdiskriminierung nach § 10 AGG eingegangen werden. Hiernach ist eine solche Ungleichbehandlung dann zulässig, wenn „sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist“. „Die Mittel zur Erreichung des Ziels müssen angemessen und erforderlich sein“ (§ 10 S. 2 AGG).

Anders als bei den übrigen Gründen nach § 1 ist es dem Arbeitgeber durch § 10 möglich, eine Ungleichbehandlung wegen des Alters in einem weiteren Umfang zu praktizieren. Die Rechtfertigungsschwelle ist niedriger, doch recht unbestimmt und öffnet Spielraum zur Ausdeutung im Einzelfall. Die Legitimität eines Zieles ist unter Berücksichtigung der fachlich-beruflichen Zusammenhänge aus Sicht des Arbeitgebers oder der Tarifvertragsparteien zu beurteilen.<sup>263</sup> Da die ausdrücklich genannten Fallgruppen (§ 10 S. 3 Nr. 1 – 6 AGG) nach Wortlaut und Begründung der Norm lediglich beispielhaften Charakter haben, ist damit jede Ungleichbehandlung zulässig, die die allgemeinen Verhältnismäßigkeitsvoraussetzungen des § 10 S. 1 und 2 AGG erfüllt. Der Maßstab möglicher Rechtfertigung ist damit deutlich großzügiger als bei den übrigen unmittelbaren Benachteiligungen und entspricht dem der mittelbaren Diskriminierung nach Art. 2 Abs. 2 b RL 2000/78/EG bzw. § 3 Abs. 2 AGG.

Insofern kann auf die dort (C.III.3.) getätigten Erwägungen verwiesen werden. Die praktische Relevanz einer solchen Rechtfertigungsmöglichkeit dürfte ohnehin für die konkrete Fallkonstellation sehr gering sein. Anknüpfend an die Körpermaße ist es wenig wahrscheinlich, dass eine unmittelbare Anknüpfung an das Alter (also eine bewusste Nichteinstellung Älterer oder auch Jüngerer) erfolgt. Selbst wenn dies aber – in Einzelfällen – berücksichtigt wird, so wird jedenfalls das Merkmal der „Erforder-

<sup>263</sup> BT-Drucks. 16/1780 S. 36.

lichkeit“ schwer zu erfüllen sein. Vielmehr wäre es zumutbar auf die konkreten Körpermaße abzustellen und eine Auswahl danach zu treffen (sodass nur eine mittelbare Benachteiligung vorliegen würde) anstatt pauschal das Alter mit den Körpermaßen zu verknüpfen. Eine Rechtfertigungsmöglichkeit nach § 10 AGG kommt also für die Personalauswahl anknüpfend an die Körpergröße nicht in Betracht.

### 3.4 Spezielle Diskriminierungsverbote, insb. § 4 Nr. 8 ArbSchG

Neben den hier dargestellten allgemeinen Diskriminierungsvorschriften des AGG enthält auch das Arbeitsschutzgesetz selbst eine entsprechende Regelung.

Mittelbar oder unmittelbar geschlechtsspezifisch wirkende Regelungen sind nach § 4 Nr. 8 ArbSchG unzulässig, sofern keine zwingenden biologischen Gründe diese rechtfertigen. Körperliche Arbeit hat unterschiedliche Auswirkungen wegen des geschlechtsbedingten unterschiedlichen Körperbaus. Grundgedanke der Regelung des § 4 Nr. 8 ArbSchG ist jedoch, dass es kein generelles geschlechtsbezogenes Beschäftigungsverbot<sup>264</sup> allein wegen geschlechtsspezifischen Risiken einer Tätigkeit geben darf. Vielmehr muss eine Einzelfallabwägung nach dem ArbSchG erfolgen, d.h. die geschlechtsspezifische Regelung muss auf zwingenden biologischen Gründen beruhen. Hier kommen insbesondere mögliche gynäkologische Schäden<sup>265</sup> beim schweren Tragen und Heben als Rechtfertigung in Betracht. Es folgt jedoch schon aus dem Wortlaut der Norm („zwingend“), dass eine sehr restriktive Handhabung angezeigt ist und ein keinesfalls weniger strenger Maßstab als im Rahmen des AGG anzulegen ist.

Eine abschließende Regelung der unmittelbaren und mittelbaren Ungleichbehandlungen aus Gründen des Arbeitsschutzes lässt sich der Norm aber nicht entnehmen. Vielmehr knüpft sie lediglich an Maßnahmen des Arbeitsschutzes direkt an (also insbesondere an Beschäftigungsverbote nur für Frauen<sup>266</sup>) und erklärt diese für unzulässig. Unzulässig sind also insbesondere zwingende Arbeitsschutzregelungen, die – ohne sachlichen biologischen Grund – zu einer Ungleichbehandlung von Frauen führen. Zulässig bleiben aber bei einer Rechtfertigung durch das AGG zumindest die oben dargelegten mittelbaren Auswirkungen des Arbeitsschutzes (also bspw. eine Personalauswahl oder Gruppenbildung nach Körpergröße). Das Gesetz untersagt nur Regelungen an sich, nicht aber jede andere Anknüpfung an das Geschlecht im Rahmen von Arbeitsschutzmaßnahmen. Damit bleiben die im Einzelfall weiter reichenden Regelungen des AGG anwendbar.

<sup>264</sup> So noch früher für Bauarbeiten, in Bergbau, Druckereien und Gasanstalten, in Hochofen- und Stahlwerken oder das Verbot der Nachtarbeit für Frauen, vgl. Landmann/Rohmer/Kollmer, Gewerbeordnung, 62. Ergänzungslieferung 2013, § 4 ArbSchG Rn. 35.

<sup>265</sup> Landmann/Rohmer/Kollmer, Gewerbeordnung, 62. Ergänzungslieferung 2013, § 4 ArbSchG Rn.

36.

<sup>266</sup> Landmann/Rohmer/Kollmer, Gewerbeordnung, 62. Ergänzungslieferung 2013, § 4 ArbSchG Rn.

35.

## 4 Reformbedarf und Regelungsvorschlag

Es hat sich damit gezeigt, dass auf dem Gebiet des Arbeitsschutzrechts ein komplexes Zusammenspiel von unterschiedlichen Regelungsmaterien eintritt. Arbeitsschutz kann nicht für sich allein betrachtet werden. Auch Daten- und Diskriminierungsschutz enthalten Elemente, die für die Beantwortung arbeitsschutzrechtlicher Fragestellungen von zentraler Bedeutung sind.

Es muss sodann die Frage aufgeworfen werden, ob ein Festhalten an diesem *status quo* wünschenswert ist, oder ob nicht zumindest eine Kodifizierung in einem einheitlichen Gesetz oder sogar eine inhaltliche Neukonturierung erforderlich ist.

Arbeitsschutz, Datenschutz und Diskriminierungsrecht greifen ineinander. Der Vorteil einer solchen Regelung in separaten Gesetzen liegt darin, dass damit eine einheitliche Rechtsmaterie in einem einheitlichen Gesetz geregelt ist. Sucht man also nach datenschutzrechtlichen Normen, so findet man diese im BDSG. Sucht man nach diskriminierungsrechtlichen Normen, so findet man diese im AGG. Gleichwohl funktioniert ein solches Konzept nur so weit, wie die allgemeinen datenschutz- und diskriminierungsrechtlichen Regelungen auf spezielle Materien wie beispielsweise den Arbeitsschutz passen. Sind diese nicht anwendbar, bzw. führen diese zu unbilligen Ergebnissen, so wäre eine eigenständige gesetzliche Regelung bspw. im ArbSchG selbst zu schaffen.

Nach dem oben Dargelegten lässt sich aber bei Anwendung der datenschutzrechtlichen Vorgaben aus dem BDSG ein angemessenes Ergebnis finden. Trotz des im BDSG postulierten Erlaubnisvorbehalts lassen sich Körpermaße aus arbeitsschutzrechtlichen Gründen erheben, soweit dies eben notwendig ist. Gerade bei einer nach dem BDSG zu fordernden Abwägung können die unterschiedlichen Aspekte des Arbeitsschutzes angemessen berücksichtigt werden. Je stärker der arbeitsschutzrechtliche Zwang zu einer Maßnahme ist, desto wahrscheinlicher ist im Einzelfall, dass eine Maßnahme datenschutzrechtlich zulässig ist.

Gleiche Wertungen greifen auch im Rahmen des Diskriminierungsschutzes durch. Auch hier lässt sich ein angemessenes Ergebnis bei Berücksichtigung des AGG finden. Die Wertungen des Arbeitsschutzes können dabei insbesondere auf der Ebene der Rechtfertigung bei einer Prüfung des Diskriminierungsschutzes durchgreifen. Hier zeigt sich damit wieder deutlich die Verzahnung zwischen den einzelnen Rechtsgebieten.

Eigenständiger gesetzlicher Regelungen zum Datenschutz- und Diskriminierungsrecht bedarf es damit auf der Ebene des Arbeitsschutzes nicht. Im Gegenteil: Dies würde dazu führen, dass gerade für den Arbeitsschutz Sonderregelungen datenschutz- oder diskriminierungsrechtlicher Art bestehen. Schon im Hinblick auf die zu fordernde Einheit der Rechtsordnung wirft dies starke Bedenken auf. Zudem würde eine solche Regelung dazu führen, dass der Arbeitsschutz faktisch „über dem Recht steht“, bzw. ein eigenes Recht schafft. Dies kann aber nicht richtig sein. Das Gesetz begründet in speziellen Fällen ein Diskriminierungsverbot ebenso wie es die Grundsätze der Datenerhebung und –verarbeitung enthält. Dies gilt völlig unabhängig vom tatbestandlich einschlägigen Rechtsgebiet. Im Bereich des Arbeitsschutzrechts ist

damit eine Datenerhebung oder eine Ungleichbehandlung zu Recht den gleichen Regelungen unterworfen wie im sonstigen Arbeitsrecht. Einer generellen Gleichmacherei kann dabei dennoch durch eine Berücksichtigung der Besonderheiten bei Prüfung der einzelnen, allgemein geltenden Tatbestandsmerkmale vorgebeugt werden.

Wünschenswert wäre damit allenfalls ein Hinweis im ArbSchG auf die allgemein geltenden datenschutz- und diskriminierungsrechtlichen Regelungen. Dadurch würde der fehlerhaften Ansicht vorgebeugt, dass das Arbeitsschutzrecht für diese Bereiche als abschließend und speziell gewertet wird und die allgemeinen Regelungen damit verdrängt werden.

Gleichwohl mag es Bereiche geben, in denen ein Tätigwerden des Gesetzgebers wünschenswert erscheint. Dies beruht dann aber weniger auf den individuellen Besonderheiten des Arbeitsschutzes, denn auf strukturellen Fehlern im BDSG oder AGG die zurecht kritisiert werden, die aber keinen direkten Bezug zum Arbeitsschutz aufweisen, sondern ebenso gut im sonstigen Arbeitsrecht relevant bleiben.

- Zu nennen ist hier zum einen die unzureichende Umsetzung des Art. 5 RL 2000(78/EG ins deutsche Recht. Der Gesetzgeber ist hier gefordert, schnellstmöglich eine entsprechende gesetzliche Regelung ins AGG aufzunehmen und damit auch den Schutz der Behinderten zu stärken.
- In datenschutzrechtlicher Hinsicht bestehen ebenfalls einige kleinere Monita: Im geltenden nationalen Recht ist neben den unklaren Vorschriften zur Anonymisierung vor allem die Regelung zur Einwilligung (§ 4a BDSG), wonach abweichend vom Unionsrecht die Schriftform verlangt wird, in der Praxis irreführend. Die Einwilligung sollte zudem bei den anstehenden Reformbestrebungen zum Erlass einer Datenschutz-Grundverordnung weiterhin auch im Beschäftigtendatenschutz eine Rechtfertigung ermöglichen. Bislang unzureichend geregelt ist die Rechtssetzungsbefugnis der Betriebsparteien. Im nationalen und im europäischen Recht sollten entsprechende (klarstellende) Vorschriften aufgenommen werden.



## 5 Leitfaden für die Praxis

### 5.1 Checkliste: Umgang mit personenbezogenen Daten

Die Anforderungen von Arbeitsschutzrecht und Datenschutzrecht sind diametral. Trotzdem gilt es, beiden Interessen gerecht zu werden. In der Praxis bietet es sich bei der Planung und Umsetzung arbeitsschutzrechtlicher Maßnahmen daher an, folgenden Prüfungskatalog für die Vereinbarkeit mit dem Datenschutzrecht – zumindest gedanklich – durchzugehen:

- Besteht bei der Maßnahme ein Bezug zu einzelnen Arbeitnehmern (etwa die individuelle Einstellung des Arbeitsplatzes) oder handelt es sich um eine kollektive Maßnahme (etwa die Einführung besser verstellbarer Bürostühle für alle Arbeitnehmer)?
- Bei individuellem Bezug: Werden personenbezogene Daten der Arbeitnehmer erhoben oder verarbeitet? Der Anwendungsbereich des BDSG ist dabei denkbar weit. Ihm unterfällt im Ergebnis jede Ermittlung und Verwendung individueller Maße oder sonstiger Eigenschaften des Arbeitnehmers.<sup>267</sup>
- Falls Ja: Die Maßnahme muss dann nach § 4 Abs. 1 BDSG datenschutzrechtlich gerechtfertigt werden. Im Hinblick auf die Rechtfertigung lassen sich zunächst zwei große Kategorien unterscheiden:
  - (1) Es handelt sich um eine Maßnahme, mit welcher der Arbeitgeber seine arbeitsschutzrechtlichen Pflichten erfüllt (=Maßnahme des gesetzlichen Arbeitsschutzes).
  - (2) Es handelt sich um eine überobligatorische Maßnahme des Arbeitgebers (=freiwillige Maßnahme).
- (1) Maßnahmen des gesetzlichen Arbeitsschutzes
  - Die Rechtfertigung von Maßnahmen des gesetzlichen Arbeitsschutzes ist nur nach § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG möglich, da der Arbeitnehmer wegen der Mitwirkungspflicht aus § 15 Abs. 1 S. 1 BDSG nicht frei über die Einwilligung entscheiden kann.
  - Nach § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG ist die Datenverarbeitung dann zulässig, wenn sie zur Begründung oder Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist. Das Merkmal der Erforderlichkeit erfordert dabei eine umfassende Abwägung der widerstreitenden Interessen mit dem durch das Datenschutzrecht geschützten Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers. Erst in Abwägung der widerstreitenden Interessen lassen sich im Wege praktischer Konkordanz die Reichweite von Arbeitsschutz- und Datenschutzrecht ermitteln.<sup>268</sup>
  - Dabei lassen sich Fallgruppen bilden, im Rahmen derer die Abwägung unter unterschiedlichen Vorzeichen steht.
    - (a) Soweit der Gesetzgeber selbst in den arbeitsschutzrechtlichen Normen die Berücksichtigung individueller Eigenschaften vorgibt, beansprucht diese Wertung auch im Datenschutzrecht Geltung. Hierunter fallen insbesondere § 4 LastHandHabV und § 7 ArbSchG, die beide eine Untersuchung der individuellen Eignung des Arbeitnehmers erfordern. Daraus lässt sich

<sup>267</sup> Oben, Abschnitt B) IV. 1.

<sup>268</sup> Oben B.II.b)bb).

entnehmen, dass die Berücksichtigung entsprechender individueller Eigenschaft in irgendeiner Form auch datenschutzrechtlich möglich sein muss. Klare gesetzliche Vorgaben, wie tiefgreifend die nach §§ 7 ArbSchG, 4 LastHandHabV notwendige Eignungsprüfung ausfallen muss, existieren jedoch nicht.

Vielmehr ist die Reichweite der Prüfungs- und Untersuchungspflichten durch Abwägung der widerstreitenden Interessen zu ermitteln. Es ist abzuwägen zwischen dem Interesse an Datenschutz und dem an Arbeitsschutz sowie – auch das beschränkt die Reichweite des § 7 Abs. 1 ArbSchG – der für den Arbeitgeber entstehenden Kosten. Eine Rolle spielt demnach, wie gefährlich die Tätigkeit für den Arbeitnehmer ist, wie sehr diese Gefahr von seiner Eignung beeinflusst wird, wie sehr die notwendige Feststellung das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers beeinträchtigt und welchen Aufwand die Untersuchung für den Arbeitgeber bedeutet.

Aus der Sicht des Datenschutzrechtes dürfte der bisherige Standard – Eignungsuntersuchung bei konkretem, über die allgemeine Leistungsfähigkeit hinausgehenden Anlass – grundsätzlich zulässig sein. Das gilt jedenfalls bei den hier im Fokus stehenden Fällen, in denen die Körpergröße oder – maße erhoben werden. Die Erhebung und Verwendung dieser ist angesichts ihrer verhältnismäßig großen „Offensichtlichkeit“ ein datenschutzrechtlicher Eingriff geringerer Intensität. Das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer muss daher regelmäßig gegenüber den qualifizierten arbeitsschutzrechtlichen Anforderungen, die sich aus einem konkreten Anlass zur Prüfung ergeben, zurücktreten.

Eine darüber hinausgehende, weitgehend anlasslose Untersuchung überspannt dagegen die datenschutzrechtlichen Zulässigkeitstatbestände, weil das Arbeitsschutzrecht einen entsprechenden Schutzstandard nicht vorsieht, weitergehende Untersuchungen also nicht rechtfertigen kann. Hierfür kann die Wertung von § 3 der LastHandhabV fruchtbar gemacht werden. Dort hat der Verordnungsgeber für eine besonders belastende Tätigkeit eine Eignungsprüfung vorgeschrieben. Daraus dürfte sich im Umkehrschluss ergeben, dass er bei weniger gefährlichen Tätigkeiten eine solche Prüfung nicht für erforderlich hält.<sup>269</sup>

(b) Die zweite Fallgruppe erfasst die Fälle, in denen das Arbeitsschutzrecht zwingend erfordert, im Rahmen einer Schutzmaßnahme nach § 3 Abs. 1 S. 1 ArbSchG personenbezogener Daten zu erheben. Eine solche absolute Verpflichtung wird nur dann bestehen, wenn alle anderen Alternativen die Gesundheit des Arbeitnehmers nicht ausreichend schützen. Die Alternativen heißen also: Entweder wird die Schutzmaßnahme nach § 3 Abs. 1 ArbSchG durchgeführt oder aber die Tätigkeit, die der Arbeitnehmer ausführen soll, muss unterbleiben.

Damit ändern sich die abzuwägenden Interessen: In einer solchen Situation streitet nicht nur das von der Berufsfreiheit des Arbeitgebers (Art. 12 GG) geschützte Interesse an der Vornahme der Tätigkeit für die Zulässigkeit der Datenerhebung. Auch die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers ist betroffen, weil ihm die Ausübung der entsprechenden Tätigkeit im Ergebnis verboten ist. Diese Interessen sind abzuwägen mit dem Interesse des Ar-

<sup>269</sup> Oben, Abschnitt B) IV. 3. a) dd) (1) und (2).

beitnehmers an dem Schutz seiner personenbezogenen Daten. Das Recht auf körperliche Unversehrtheit scheidet dagegen aus der Abwägung aus, weil es ohnehin gewahrt bleibt.

Im Übrigen bleibt es bei einer Einzelfallabwägung. Dabei dürfte es – auch wenn eine Einwilligung als solche nicht genügt – eine Rolle spielen, inwieweit der Arbeitnehmer sein Einverständnis mit der Datenerhebung erklärt, ob er also selbst seiner Berufsfreiheit oder seinem Persönlichkeitsrecht den Vorzug gibt. Bedeutsam ist auch die Intensität des Eingriffs in die jeweilige Rechte. Für das Persönlichkeitsrecht spielt dabei eine Rolle, wie intim und wie umfassend die notwendigen Daten sind. Im Bereich der Berufsfreiheit stellt sich insbesondere die Frage, ob Arbeitgeber oder Arbeitnehmer die dann unzulässige Tätigkeit durch andere ersetzen können.<sup>270</sup>

(c) Die dritte Fallgruppe sind arbeitsschutzrechtliche Maßnahmen, in denen der Arbeitgeber seine arbeitsschutzrechtlichen Pflichten insbesondere nach § 3 Abs. 1 ArbSchG durch Maßnahmen, welche die Verarbeitung personenbezogener Daten erfordern, erfüllen möchte, obwohl er durch andere Maßnahmen (etwa der Schaffung einer größenverstellbaren Arbeitsumgebung) des Arbeitsschutzes auch auf die Datenerhebung verzichten könnte.

Hier ist im Rahmen der Erforderlichkeit bei § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG eine Abwägung der Grundrechtspositionen des Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers (Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG) mit denen des Arbeitgebers im Hinblick auf eine kostengünstige Erfüllung seiner arbeitsschutzrechtlichen Pflichten (Art. 12, 14 GG) vorzunehmen. Je weniger das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers betroffen ist, desto eher drängen sich Kostengesichtspunkte des Arbeitgebers in den Vordergrund.

Bei der Körpergröße handelt es sich um ein sog. „offensichtliches Datum“. Diese Daten sind schon auf den ersten Blick erkennbar, weswegen deren Erhebung nur einen minimalen und nicht besonders sensiblen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht darstellt. Hier wird regelmäßig das Kosteninteresse des Arbeitgebers überwiegen. Dies ist nur dann nicht der Fall, wenn die andere, datenschutzrechtlich nicht relevante Maßnahme nur unwesentlich teurer ist. Dann kann noch nicht einmal ein solch geringer Eingriff gerechtfertigt werden.<sup>271</sup>

#### - (2) Überobligatorische Maßnahmen

Die Rechtfertigung überobligatorischer Maßnahmen ist nur durch eine Einwilligung des Arbeitnehmers möglich, da sie zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses nicht erforderlich i.S.d. § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG sind.<sup>272</sup>

Die Einwilligung muss den Anforderungen des § 4a BDSG genügen. Sie muss auf der freien Entscheidung des Betroffenen beruhen. Er ist auf den vorgesehenen Zweck der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung sowie, soweit nach den Umständen des Einzelfalles erforderlich oder auf Verlangen, auf die Folgen der Verweigerung der Einwilligung hinzuweisen. Die Einwilligung bedarf der Schriftform, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. Soll die Einwilligung zusammen

<sup>270</sup> Oben, Abschnitt B) IV. 3. a) dd) (3).

<sup>271</sup> Oben, Abschnitt B) IV. 3. b) cc).

<sup>272</sup> Oben, Abschnitt B. IV. 3. c).bb) und cc).

mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt werden, ist sie besonders hervorzuheben.

Ist danach eine bestimmte Maßnahme grundsätzlich datenschutzrechtlich zulässig, sind auch bei ihrer Umsetzung datenschutzrechtliche Vorgaben zu berücksichtigen.

- Datenvermeidung und -sparsamkeit (§ 3a BDSG): Die Erhebung personenbezogener Daten ist auf das absolut notwendige Minimum zu beschränken. So darf etwa nicht die Körpergröße des Arbeitnehmers gespeichert werden, wenn es auch genügen würde, die für ihn passende Einstellungsstufe etwa seines Bürostuhls zu speichern. Auch diese darf nicht gespeichert werden, wenn die einmalige Einstellung des Bürostuhls durch einen Fachmann denselben Zweck erfüllt. Ferner müssen die Daten der Arbeitnehmer soweit und sobald wie möglich anonymisiert werden. Genügt eine gruppenbezogene gegenüber einer individuellen Betrachtung, so ist diese zu wählen. Besteht die Möglichkeit einer gänzlich anonymen Datenerhebung, so ist diese zu wählen. Besteht etwa ein Interesse des Arbeitgebers daran, die Größen seiner Arbeitnehmer zu ermitteln ohne dass diese aber dem einzelnen Arbeitnehmer zugeordnet werden muss – etwa um zu ermitteln, für welchen Arbeitnehmergrößen anzuschaffende Arbeitsmittel geeignet sein müssen – so genügt eine anonyme Umfrage im Firmen Intranet.
- Zweckbindungsgrundsatz: Die personenbezogenen Daten dürfen nur für die arbeitsschutzrechtlichen Zwecke, für die sie ursprünglich erhoben wurden, verarbeitet werden. Eine anderweitige Verwendung muss erneut datenschutzrechtlich gerechtfertigt werden. Über sie ist der Arbeitnehmer nach § 4 Abs. 3 S. 1 BDSG zu unterrichten, soweit er nicht anderweitig davon Kenntnis hat.
- Der Arbeitnehmer hat die Rechte auf Auskunft aus §§ 19, 34 BDSG und auf Berichtigung, Löschung oder Sperrung (§§ 20, 35 BDSG), letzteres soweit die Daten nicht mehr für arbeitsschutzrechtliche Zwecke verwandt werden.

Für die Praxis empfiehlt es sich, die Datenerhebung unter Berücksichtigung dieser Grundsätze in einer Betriebsvereinbarung zu regeln. Diese darf von dem hier dargelegten Standard nicht abweichen, schafft aber dennoch Rechtssicherheit. Außerdem kann so der Betriebsrat sein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ausüben.

## 5.2 Checkliste: Diskriminierungsrecht

Bei Maßnahmen des Arbeitsschutzes gilt es stets auch, Sensibilität für die diskriminierungsrechtlichen Probleme aufzuweisen. Ein zu pauschales Vorgehen ist hier nicht möglich. Vielmehr muss im Einzelfall vor Durchführung der Maßnahme sorgfältig geprüft werden, ob diese nach den Vorschriften des AGG möglich sein kann. Ergibt die Prüfung eine diskriminierungsrechtliche Unzulässigkeit der angestrebten Maßnahme, so ist sie zu unterlassen. Dies ist dann auch unabhängig von der Frage, welcher Zweck mit der Maßnahme verfolgt wird. Notwendig ist es dabei insbesondere auch, dass der Arbeitgeber vor Durchführung der Maßnahme ein eigenständiges, der Maßnahme zugrunde liegendes Konzept entwickelt, aus dem sich die mit der arbeitsschutzrechtlichen Maßnahme verfolgten Ziele und die Auswirkungen und Maßnahmen im Einzelnen ergeben. Dabei hat er insbesondere darauf zu achten,

dass die Belastung für Einzelne – trotz einer Begünstigung der Belegschaft – weitestgehend minimiert wird.

Als Richtschnur kann dabei gelten, dass eine Berücksichtigung der Körpermaße zwar tatbestandlich eine (mittelbare) Ungleichbehandlung darstellt. Diese kann aber im Einzelfall gerechtfertigt sein. Unzulässig wird dagegen das Abstellen auf andere, mit den Körpermaßen im Zusammenhang stehende Merkmale (bspw. Alter oder Geschlecht) sein. Eine Rechtfertigung scheidet hier bereits deshalb aus, weil eine Berücksichtigung des eigentlich angestrebten Merkmals (Körpermaße) möglich wäre, sodass die Maßnahme als nicht erforderlich anzusehen ist.

Zur Prüfung der Zulässigkeit einer arbeitsschutzrechtlichen Maßnahme, anknüpfend an Körpermaße, empfiehlt sich folgendes Vorgehen:

- Diskriminierungsrechtliche Probleme zeigen sich im Grundsatz dort, wo eine Ungleichbehandlung mindestens zweier Personen eintritt. Dennoch führt nicht jede Ungleichbehandlung automatisch zu einer Anwendung der Vorschriften des AGG. Eine unterschiedliche Behandlung muss nicht zwingend eine verbotene Ungleichbehandlung darstellen. Insbesondere dann, wenn aufgrund der Körpermaße unterschiedliche Gruppen mit gleichen oder zumindest annähernd gleichen Tätigkeiten gebildet werden, bedarf es keiner Prüfung der Rechtfertigungsmöglichkeiten des AGG. Bereits tatbestandlich entfällt hier eine (verbotene) Ungleichbehandlung. Eine solche liegt nur dann vor, wenn an bspw. an die Körpermaße unterschiedliche Folgen geknüpft werden, die Ausdruck einer unterschiedlichen Wertigkeit sind. Beispiele hierfür sind die Gewährung unterschiedlicher Löhne, unterschiedliche Arbeitszeiten, unterschiedliche Arbeitsbelastungen und als größte Form der Belastung die Kündigung bzw. Nichteinstellung aufgrund der Eigenschaft.
- Nicht jede Ungleichbehandlung in diesem Sinne ist untersagt. Vielmehr muss sodann geprüft werden, ob ein – insbesondere mittelbarer – Zusammenhang zwischen einem unzulässigen Differenzierungsmerkmal nach § 1 AGG und der angestrebten Maßnahme besteht. Ein solcher Zusammenhang darf, gerade auch bei einer Verknüpfung der Maßnahme mit Körpermaßen, nicht vorschnell verneint werden. Vielmehr ist hier eine mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts, wegen des Alters und wegen der Ethnie einschlägig. Liegt ein Zusammenhang zu einem in § 1 AGG aufgeführten Merkmal nicht vor, so ist eine Ungleichbehandlung zulässig. Das Gesetz untersagt gerade nur spezielle Fälle der Diskriminierung.
- Auch das Diskriminierungsmerkmal der Behinderung muss im Kontext des Arbeitsschutzes Berücksichtigung finden. Auch die Berücksichtigung von Körpermaßen kann eine Benachteiligung Behinderter (bspw. Kleinwüchsiger) darstellen. Generell ist der Zusammenhang zwischen einer Behinderung und Arbeitsschutzmaßnahmen sehr eng. Hier ist vom Arbeitgeber eine besondere Sensibilität zu fordern.
- Liegt eine Behinderung vor – die Kriterien sind im Einzelfall problematisch zu bestimmen –, so begründet zumindest das Unionsrecht in Art. 5 RL 2000/78/EG eine besondere Förderpflicht. Der Arbeitgeber hat somit in den Grenzen der Zumutbarkeit Maßnahmen zur Förderung des Behinder-

ten zu ergreifen. Nur wenn er diese durchgeführt hat, darf er an das Merkmal der Behinderung negative Folgen knüpfen. Der Arbeitgeber sollte diese Verpflichtung, obgleich sie im nationalen Recht keinen Niederschlag gefunden hat, stets berücksichtigen.

- Sind alle diese Kriterien erfüllt, so muss in einem nächsten Schritt geprüft werden, ob nicht eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung vorliegen kann. Eine solche liegt insbesondere dann vor, wenn die Arbeitsschutzmaßnahmen zum Ausgleich eines Nachteils wegen eines Nachteils aufgrund eines Diskriminierungsmerkmals führen sollen. Dennoch darf in solchen Fällen nicht vorschnell von einer Rechtfertigung ausgegangen werden. Vielmehr ist eine Abwägung hinsichtlich der Geeignetheit und Angemessenheit der Maßnahme erforderlich. Zudem muss auch ein inhaltlicher Zusammenhang zwischen Maßnahme und Benachteiligung bestehen. Relevant wird eine solche Rechtfertigung bspw. dann, wenn körperlich Benachteiligten bestimmte Hilfsmittel zur Verfügung gestellt werden oder diese eine weniger anstrengende körperliche Tätigkeit durchführen müssen. Es geht hier folglich um die Begünstigung von Benachteiligten.
- Wird ein Merkmalsträger hingegen wegen eines Merkmals schlechter als andere behandelt, so ist eine Rechtfertigung nach § 3 Abs. 2; 8 und 10 AGG zu prüfen. Rechtlich relevant ist – wenn nicht unmittelbar auf das Merkmal abgestellt wird – vor allem der § 3 Abs. 2 a.E. AGG. Das sachliche Ziel gesundheitlicher und arbeitsschutzrechtlicher Erleichterung für die Beschäftigten darf bei einer solchen Differenzierung stets verfolgt werden. Aus diesem Grund dürfen Maschinen oder andere Betriebsmittel auf eine bestimmte Körpergröße bzw. auf bestimmte Körpermaße normiert werden. Bei den hiermit verbundenen Benachteiligungen ist dann aber eine Interessenabwägung zwischen den Schutzinteressen der Belegschaft und den Einzelinteressen des nicht erfassten Arbeitnehmers vorzunehmen. Eine Kündigung des Arbeitnehmers als stärkste Folge wird hierbei nur in Ausnahmefällen zulässig sein. Ein solcher Fall wäre insbesondere dann einschlägig wenn der Maßnahme ein gesetzliches Beschäftigungsverbot zugrunde liegt.

Ein besonders sensibles Vorgehen im Rahmen von Arbeitsschutzmaßnahmen ist damit angezeigt. Eine Maßnahme wird nicht automatisch dadurch zulässig, dass mit ihre Ziele zum Arbeitsschutz angestrebt werden. Vielmehr ist eine umfassende und einzelfallbezogene Betrachtung nach den dargelegten Grundsätzen geboten.

## Literaturverzeichnis

- Adomeit, K.: Gleichbehandlung von Mann und Frau bei Einstellung von Arbeitnehmern. DB 1980, 2388
- Albicker, S.; Wiesenecker, P.: Freiwillige Kollektivvereinbarungen in Betrieb und Dienststelle. NZA 2007, 842
- Alt Vater, L.; Baden, E.; Kröll, M.: BPersVG – Basiskommentar. Köln: Bund-Verlag 6. Aufl. 2012
- Arndt, H.-W.; Fetzner, T.; J. Scherer: TKG. Berlin: Schmidt 2008
- Backes, V.; Eul, H.; Guthmann M.; Martwich R.; Schmidt, M.: RDV 2004, 156
- Bauer, J.-H.; Göpfert, B.; Krieger, S.: AGG. München: C:H.Beck 3. Aufl. 2011
- Berger-Delhey, U.: Unwirksame Dienstvereinbarungen als Quelle individualvertraglicher Ansprüche?, PersV 1989, 293
- Bergmann, L.; Möhrle, R.; Herb, A.: BDSG. Stuttgart: Boorberg, 45.EL Stand: Juli 2012
- Britz, G.: Europäisierung des grundrechtlichen Datenschutzes?. EuGRZ 2009, 1
- Brox, H.; Rütters, B.; Henssler, M.: Arbeitsrecht. Stuttgart: Kohlhammer 18. Aufl. 2011
- Brühann U.: Mindeststandards oder Vollharmonisierung des Datenschutzes in der EG. EuZW 2009, 639
- Bryant W.R.: 33 Georgia Law Review 211 (1988) zur Besetzung der Filmrolle von Martin Luther King, Jr.
- Buchner, B.: Betriebliche Datenverarbeitung zwischen Datenschutz und Informationsfreiheit. In: FS Buchner, 2009, S. 162
- Bücker A.; Feldhoff, K.; Kohte, W.: Vom Arbeitsschutz zur Arbeitsumwelt. München: Luchterhand 1994
- Däubler, W.: Gläserne Belegschaften?. Köln: Bund Verlag 5. Auflage 2009
- Däubler, W.: Das neue Bundesdatenschutzgesetz und seine Auswirkungen im Arbeitsrecht. NZA 2001, 874
- Däubler, W.; Bertzbach, M.: AGG. Baden-Baden: Nomos 3. Auflage 2013
- Däubler, W.; Klebe, T.; Wedde, P.; Weichert, T.: BDSG. Köln: Bund Verlag 3. Aufl. 2010
- Deppe, R.; Kannegießer U.; Kickuth, U.: Arbeitsschutzsystem: Untersuchungen der Bundesrepublik Deutschland. Bremerhaven: Wirtschaftsverlag NW 1980
- Dorlöchter, L.; Radke, M.; Müller, M.: Pädiatrie auf den Punkt gebracht. Berlin: De Gruyter, 1990
- Dreier, H.: GG. Tübingen: Mohr Siebeck Verlag 3. Auflage 2013
- Duhr, E.; Naujok, H.; Peter, M.; Seiffert, E.: Neues Datenschutzrecht für die Wirtschaft. DuD 2002, 5
- Ehmann, H.: Prinzipien des deutschen Datenschutzrechts - unter Berücksichtigung der Datenschutz-Richtlinie der EG vom 24-10-1995 - (1 Teil). RDV 1998, 235
- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht. München: C.H. Beck 13. Auflage 2013
- Fabricius, N.: Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Umsetzung des neuen Arbeitsschutzrechts. BB 1997, 1254
- Fischer, T.: StGB. München: C.H.Beck 60. Auflage 2013

- Fitting, K.: BetrVG. München: Verlag Franz Vahlen 26. Aufl. 2013
- Forst, G.: Der Regierungsentwurf zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes. NZA 2010, 1043
- Forst, G.: Wie viel Arbeitnehmerdatenschutz erlaubt die EG-Datenschutzrichtlinie?. RDV 2010, 150
- Forst, G.: Beschäftigtendatenschutz im Kommissionsvorschlag einer EU-Datenschutzverordnung. NZA 2012, 364;
- Franzen, M.: Arbeitnehmerdatenschutz - rechtspolitische Perspektiven. RdA 2010, 257
- Geppert, M.; Piepenbrock, H.-J.; Schütz, R.; Schuster, F.: Beck'scher TKG-Kommentar. München: Beck C.H. 4. Aufl. 2013
- Giesen, R.; Kreikebohm, R.; Rolfs, C.; Udsching, P.: BeckOK Arbeitsrecht. München: C.H.Beck 28. Ed. 2013
- Gola, P.: Die Einwilligung als Legitimation für die Verarbeitung von Arbeitnehmerdaten. RDV 2002, 109
- Gola, P.: Beschäftigtendatenschutz und EU-Datenschutz-Grundverordnung. EuZW 2012, 332
- Gola, P.; Schomerus, L.: BDSG. München: C.H.Beck 11. Aufl. 2012
- Gola, P.; Wronka, G.: Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz. Frechen: Datakontext - Verlag 6. Aufl. 2013
- Greiner, S.: Auslegung von Absenkungsverboten in Richtlinien und Reichweite der richtlinienkonformen Auslegung. EuZA 2011, 74
- Wiese, G.; Kreutz, P.; Oetker, H.; Raab, T.; Weber, C.; Franzen, M.; Gutzeit, M.; Jacobs, M.: GK-BetrVG. München: Luchterhand 9. Aufl. 2010
- Guckelberger, A.: Veröffentlichung der Leistungsempfänger von EU-Subventionen und unionsgrundrechtlicher Datenschutz. EuZW 2011, 126
- Hanau, P.; Hoeren, T.; Andres, D.: Private Internetnutzung durch Arbeitnehmer. München: C.H.Beck 2003
- Härting, N.: Anonymität und Pseudonymität im Datenschutzrecht. NJW 2013, 2065
- Herschel, W.: Zur Dogmatik des Arbeitsschutzrechts. RdA 1978, 69
- Höpfner, C.: Nutzungsentgelt bei mangelhafter Ersatzlieferung – Voraussetzung und Grenzen richtlinienkonformer Rechtsfortbildung. EuZW 2009, 159
- Hornung, G.: Eine Datenschutz - Grundverordnung für Europa? Licht und Schatten im Kommissionsentwurf vom 25.1.2012. ZD 2012, 99
- Hueck, A.; Nipperdey, H. C.: Lehrbuch des Arbeitsrechts. Bd. 1. Mannheim: Bensheimer 2. Aufl. 1928
- Henssler, M.; Willemsen, H. J.; Kalb, H. J. (Hrsg.): Arbeitsrecht Kommentar. Köln: Dr. Otto Schmidt Verlag 5. Aufl. 2012
- Henssler, M. (Verf.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. München: C.H.Beck 6. Aufl. 2012
- Ilbertz W.; Widmaier, U.; Sommer, S.: BPersVG, Stuttgart: Kohlhammer 12. Aufl. 2012
- Jarass, H. D.: GRCh. München: C.H.Beck 2010
- Jarass, H. D.; Pieroth, B.: GG. München: C.H.Beck 12. Aufl. 2012
- Kater, H.; Leube, K.: SGB VII, München: Verlag Franz Vahlen 1. Aufl. 1997



- Kloepfer, M.; Veit, G.: Grundstrukturen des technischen Arbeitsschutzes. NZA 1990, 121
- Koepfen, T.: Rechtliche Grenzen der Kontrolle der E-Mail- und Internetnutzung am Arbeitsplatz. Hamburg: Kovač Verlag 2007
- Kollmer, N.; Klindt, T. (Hrsg.): ArbSchG. München: C.H.Beck 2. Aufl. 2011
- Kratz, F.; Gubbels, A.: Beweisverwertungsverbote bei privater Internetnutzung am Arbeitsplatz. NZA 2009, 652
- Lambrich, T.; Cahlik, N.: Austausch von Arbeitnehmerdaten in multinationalen Konzernen – Datenschutz- und betriebsverfassungsrechtliche Rahmenbedingungen. RDV 2002, 287
- Landmann, R. v.; Rohmer, G. (Hrsg.); Kollmer, N. (Bearb.): Gewerbeordnung, München: C.H.Beck 64. Aufl. 2013
- Lang, M.: Reform des EU-Datenschutzrechts. K&R 2012, 145
- Lange, W.; Windel, A.: Kleine Ergonomische Datensammlung, Köln: Tüv Media Verlag 15. Aufl. 2013
- Leder, T.: Beschäftigungsanspruch behinderter Menschen - Diskriminierungsschutz - § 81 Abs 4 SGB 9: Anmerkung zu LAG Rheinland-Pfalz vom 9.2.2004, Az: 7 Sa 1099/03. LAGE § 81 SGB IX Nr 2
- Leder, T.: EG-Vertrag 1999-Richtlinie 76/207/EWG : Anmerkung zu EuGH Rs.C-476/99. EZA: EG-Vertrag 1999 RL 76/207, Nr. 4
- Mattl, T.: Die Kontrolle der Internet- und E-Mail-Nutzung am Arbeitsplatz. Hamburg: Kovač Verlag 2008
- Mengel, A.: Compliance und Arbeitsrecht. München: C.H.Beck 2009
- Niemann, F.: Die Kodifizierung des Behinderten- und Rehabilitationsrechts im SGB IX – Recht der Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen. NZS 2001, 583
- Palandt, O. (Hrsg.); Sprau (Bearb.): BGB. München: C.H.Beck 72. Aufl. 2013
- Pfohl, G.: Arbeitsrecht des öffentlichen Dienstes, Stuttgart: Kohlhammer 2002
- Pieper, R.: ArbSchR. Frankfurt/Main:Bund-Verlag 5. Aufl. 2012
- Pötters, S.; Christensen, R.: Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung und Wortlautgrenze. JZ 2011, 387
- Pötters, S.; Traut, J.: Videoüberwachung im Arbeitsverhältnis. RDV 2013, 132
- Preis, U.: Arbeitsrecht. Köln: Dr. Otto Schmidt Verlag 4. Aufl. 2012
- Richardi, R.: BetrVG. München: C.H.Beck 13. Aufl. 2012
- Richardi, R.; Dörner, H. J.; Weber, C. (Hrsg.): Personalvertretungsrecht. München: C.H.Beck 4. Aufl. 2012
- Richardi, R. (Hrsg.); Kothe, W. (Bearb.): Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht. München: C.H.Beck 3. Aufl. 2009
- Riesenhuber, K.: Die Einwilligung des Arbeitnehmers im Datenschutzrecht. RdA 2011, 257
- Rohmert, W.; Rutenfranz, J.: Arbeitswissenschaftliche Beurteilung der Belastung und Beanspruchung, an unterschiedlichen industriellen Arbeitsplätzen. Bonn: BMA Referat Öffentlichkeitsarbeit 1975
- Roßmann, R.: Grundlagen der EDV-Mitbestimmung. DuD 2002, 286

Roßnagel, A.; Scholz, Ph.: Datenschutz durch Anonymität und Pseudonymität. MMR 2000, 721

Roßnagel, A.(Hrsg.); Tinnefeld, M.-Th.(Bearb.): Handbuch des Datenschutzrechts. München: C.H.Beck 2003

Sachs, M.: GG. München: C.H.Beck 6. Aufl. 2011

Sannwald, R.: Die Reform des Grundgesetzes. NJW 1994, 3313

Schaar, P.: Datenschutzrechtliche Einwilligung im Internet. MMR 2001, 644

Schack, H. (Hrsg.); Hanau, P.(Bearb.): Frauenförderung bei Ausschreibung und Besetzung von Arbeitsplätzen im deutschen und europäischen Recht. Gedächtnisschrift Lüderitz. München: C.H.Beck 2000

Schaffland, H.-J.: Datenschutz und Bankgeheimnis bei Fusion - (k)ein Thema?. NJW 2002, 1539

Schaffland, H.-J.; Wiltfang, N: BDSG. Berlin: Schmidt Verlag 2011

Scheurle, K.-D.; Mayen, Th. (Hrsg.); Kannenberg, W. (Bearb.): TKG. München: C.H.Beck 2. Aufl. 2008

Schimmelpfenning, H.-Ch.; Wenning, H.: Arbeitgeber als Telekommunikationsanbieter?. DB 2006, 2290

Schleusener, A.; Suckow, J.; Voigt, B.( Hrsg.): AGG. München: Luchterhand 4. Aufl. 2013

Schmidl, M.: Datenschutz für Whistleblowing- Hotlines – Hotlines für anonyme Anzeige von Mitarbeiterverhalten in einem internationalen Konzern. DuD 2006, 353

Schmidt-Bleibtreu, B.; Klein, F.: GG. Neuwied: Luchterhand 10. Aufl. 2004

Schmitt, J.: SGB VII. München: C.H.Beck 4. Aufl. 2009

Schönke, A.; Schröder, H.(Hrsg.); Eser, A. (Bearb.): StGB. München: C.H.Beck 28. Aufl. 2010

Siemes, C.: Die Neuregelung der Mitbestimmung des Betriebsrates nach § 87 Abs 1 Nr 7 BetrVG bei Bildschirmarbeit. NZA 1998, 232

Simitis, S. (Hrsg.); Sokol, B. (Bearb.): Bundesdatenschutzgesetz. Baden-Baden: Nomos 7. Aufl. 2011

Söllner, A.; Reinert, H.J. (Hrsg.): Personalvertretungsrecht. Baden-Baden: Nomos 2. Aufl. 1993

Sorkin, J.D.; Muller, D.C.; Andres, R.: Longitudinal Change in Height of Men and Women: Implications for Interpretation of the Body Mass Index. American Journal of Epidemiology 1999, 969

Spindler, G.; Schuster, F.: Recht der elektronischen Medien. München: C.H.Beck 2. Aufl. 2011

Stern, K.: Staatsrecht. Bd. III/2. München: C.H.Beck 1994

Stiebert, T.; Pötters, S.: Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung - Begriff der Behinderung i.S.v. EGRL 78/2000. EzA Nr. 31 zu Richtlinie 2000/78 EG-Vertrag 1999

Lorenz, S.: Arbeitsrechtlicher Aufhebungsvertrag, Haustürwiderrufsgesetz und „undue influence“. JZ 1997, 277

Thüsing, G.: Blick in das europäische und ausländische Arbeitsrecht. RdA 2010, 187

Thüsing, G.: Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz. München: C.H.Beck 2. Aufl. 2013

Thüsing, G.; Wege, D.: Das Kopftuch der Muslima vor deutschen und vor britischen Gerichten: Rechtsinstitute zur Sicherung der Religionsfreiheit des Arbeitnehmers im Vergleich. ZEuP 2004, 399

- Thüsing, G.: Zulässige Ungleichbehandlung weiblicher und männlicher Arbeitnehmer. RdA 2001, 319
- Thüsing, G.: Anmerkung zu EuGH Urteil vom 17.9.2002 - Rs. C-320/00. DB 2002, 1450
- Thüsing, G.: Arbeitnehmerdatenschutz und Compliance. München: C.H.Beck 2010
- Thüsing, G.: Datenschutz im Arbeitsverhältnis. NZA 2009, 865
- Thüsing, G.; Wege, D.: Das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung nach § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB IX. FA 2003, 296
- Thüsing, G.: Richtlinienkonforme Auslegung und unmittelbare Geltung im Antidiskriminierungsrecht. NJW 2003, 3441
- Tinnefeld, M.T., Die Novellierung des BDSG im Zeichen des Gemeinschaftsrechts. NJW 2001, 3078
- Tinnefeld, M.T.; Ehmann, E.: Einführung in das Datenschutzrecht. München: Oldenbourg Verlag 5. Aufl. 2012
- Trittin, W.; Fischer, E.D.: Datenschutz und Mitbestimmung. NZA 2009, 343
- Wedde, P.: Die wirksame Einwilligung im Arbeitnehmerdatenschutzrecht. DuD 2004, 169
- Weichert, T.: Der Schutz genetischer Informationen. DuD 2002, 133
- Wendeling-Schröder, U.; Stein, A.: AGG. München: C.H.Beck 2008
- Wiedemann, H.: Die Gleichbehandlungsgebote im Arbeitsrecht. Tübingen: Mohr Siebeck Verlag 2001
- Wiedemann, H. (Hrsg.); Wank, R. (Bearb.): TVG. München: C.H.Beck 7. Aufl. 2007
- Winter, R.: Mittelbare Diskriminierung bei gleichwertiger Arbeit. ZTR 2001, 7
- Wybitul, T.: Handb. Datenschutz im Unternehmen. Frankfurt am Main, Verl. Recht und Wirtschaft 2011
- Wybitul, T.; Fladung, A.: EU-Datenschutz-Grundverordnung - Überblick und arbeitsrechtliche Betrachtung des Entwurfs. BB 2012, 509
- Zimmermann, G.: Whistleblowing und Datenschutz. RDV 2006, 242
- Zscherpe, K.A.: Anforderungen an die datenschutzrechtliche Einwilligung im Internet. MMR 2004, 723