

# BUNDESARBEITSGERICHT



1 ABR 46/10  
5 BV 20/10  
Arbeitsgericht  
Bonn

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
7. Februar 2012

## **BESCHLUSS**

Klapp, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

Antragsteller,

2.

Arbeitgeber und Sprungrechtsbeschwerdeführer,

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Anhörung vom 7. Februar 2012 durch die Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts Schmidt, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Linck und Prof. Dr. Koch sowie die ehrenamtlichen Richter Hayen und Dr. Hann für Recht erkannt:

Die Sprungrechtsbeschwerde des Arbeitgebers gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Bonn vom 16. Juni 2010 - 5 BV 20/10 - wird zurückgewiesen.

## Von Rechts wegen!

### Gründe

- A. Die Beteiligten streiten über Auskunftsansprüche. 1
- Arbeitgeber und Betriebsrat vereinbarten am 10. Januar 2008 eine „Betriebsvereinbarung über die Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 84 Abs. 2 SGB IX“. Nach deren § 4 Abs. 1 erhält der Betriebsrat quartalsmäßig ein Verzeichnis der Mitarbeiter, die die Voraussetzungen für ein betriebliches Eingliederungsmanagement (*bEM*) erfüllen. In der Folgezeit verweigerte der Arbeitgeber die Erfüllung dieser Verpflichtung und berief sich zur Begründung auf datenschutzrechtliche Belange. 2
- Der Betriebsrat hat beantragt, 3
- den Arbeitgeber zu verpflichten, dem Betriebsrat quartalsmäßig ein Verzeichnis der Mitarbeiter, die die Voraussetzungen für ein betriebliches Eingliederungsmanagement erfüllen, zu übergeben.
- Der Arbeitgeber hat beantragt, den Antrag abzuweisen. Eine Pflicht zur Übergabe des Mitarbeiterverzeichnisses an den Betriebsrat bestehe nur bei einem zuvor erklärten Einverständnis der betroffenen Arbeitnehmer. Der Betriebsrat könne über die Erfüllung der Pflichten aus § 84 Abs. 2 SGB IX auch dann wachen, wenn der Arbeitgeber ihm zunächst nur anonymisiert die Anzahl der Mitarbeiter mitteile, deren Arbeitsunfähigkeitszeiten länger als sechs Wochen betragen haben. 4

Das Arbeitsgericht hat dem Antrag entsprochen. Mit der zugelassenen Sprungrechtsbeschwerde verfolgt der Arbeitgeber seinen Abweisungsantrag weiter. 5

B. Die Sprungrechtsbeschwerde des Arbeitgebers ist unbegründet. Das Arbeitsgericht hat dem Antrag zu Recht entsprochen. Der Betriebsrat kann nach § 80 Abs. 2 Satz 2 BetrVG iVm. § 84 Abs. 2 Satz 7 SGB IX unabhängig von einer Zustimmung der Arbeitnehmer beanspruchen, dass ihm der Arbeitgeber quartalsweise ein Verzeichnis mit Namen der Arbeitnehmer aushändigt, die im zurückliegenden Jahreszeitraum länger als sechs Wochen arbeitsunfähig waren. Einem solchen Verlangen stehen datenschutzrechtliche Belange oder Persönlichkeitsrechte der betroffenen Arbeitnehmer nicht entgegen. Es kann daher dahinstehen, ob sich ein solcher Auskunftsanspruch auch aus der zwischen den Beteiligten abgeschlossenen Betriebsvereinbarung ergibt. 6

I. Nach § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG hat der Arbeitgeber den Betriebsrat zur Durchführung seiner Aufgaben rechtzeitig und umfassend zu unterrichten und nach Satz 2 Halbs. 1 auf Verlangen die zur Durchführung der Aufgaben erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Mit dieser Verpflichtung geht ein entsprechender Anspruch des Betriebsrats einher, soweit die begehrte Information zur Aufgabenwahrnehmung erforderlich ist (*BAG 15. März 2011 - 1 ABR 112/09 - Rn. 23, EzA BetrVG 2001 § 80 Nr. 13*). Zu den Aufgaben des Betriebsrats iSv. § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG gehört es auch, nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG darüber zu wachen, dass die zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Gesetze, Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen durchgeführt werden. Diese Überwachungsaufgabe ist weder von einer zu besorgenden Rechtsverletzung des Arbeitgebers beim Normvollzug noch vom Vorliegen besonderer Mitwirkungs- oder Mitbestimmungsrechte abhängig (*BAG 24. Januar 2006 - 1 ABR 60/04 - Rn. 23, AP BetrVG 1972 § 80 Nr. 65 = EzA BetrVG 2001 § 80 Nr. 5*). Hieraus folgt eine zweistufige Prüfung darauf hin, ob überhaupt eine Aufgabe des Betriebsrats gegeben und ob im Einzelfall die begehrte Information zu ihrer Wahrnehmung erforderlich ist (*BAG 30. September 2008 - 1 ABR 54/07 - Rn. 28, BAGE 128, 92*). 7

- II. Der nach § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG erforderliche Aufgabenbezug liegt vor. 8
- Nach § 84 Abs. 2 SGB IX hat der Arbeitgeber gegenüber Beschäftigten, die innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig erkranken, ein bEM durchzuführen. In diesem sollen unter Beteiligung der zuständigen Arbeitnehmervertretungen sowie mit Zustimmung und Beteiligung des betroffenen Arbeitnehmers die Möglichkeiten geklärt werden, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann (§ 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX). Die Pflicht zur Durchführung des bEM ist nicht auf Beschäftigte mit einer Behinderung beschränkt, sondern erstreckt sich auf alle Arbeitnehmer mit einer krankheitsbedingten Fehlzeit von mehr als sechs Wochen innerhalb eines Jahreszeitraums (BAG 12. Juli 2007 - 2 AZR 716/06 - Rn. 35, BAGE 123, 234). Sie besteht unabhängig von einem Antrag der betroffenen Arbeitnehmer oder einer der am Verfahren beteiligten Stellen. Vielmehr obliegt dem Arbeitgeber die Pflicht, bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ein bEM einzuleiten (BAG 24. März 2011 - 2 AZR 170/10 - Rn. 23, EzA SGB IX § 84 Nr. 8). Nach § 84 Abs. 2 Satz 7 SGB IX hat ua. der Betriebsrat darüber zu wachen, dass der Arbeitgeber die ihm nach § 84 SGB IX obliegenden Verpflichtungen erfüllt. Die Vorschrift wiederholt für den Bereich der Privatwirtschaft die sich bereits aus § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ergebende Überwachungsaufgabe des Betriebsrats. 9
- III. Die Übergabe des begehrten Verzeichnisses ist zur Durchführung der sich aus § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, § 84 Abs. 2 Satz 7 SGB IX ergebenden Überwachungsaufgabe erforderlich. 10
1. Der Anspruch auf Information und Überlassung der erforderlichen Unterlagen nach § 80 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1 BetrVG richtet sich danach, in welchem Umfang der Betriebsrat bereits über Kenntnisse verfügt, deren er zur Erfüllung seiner Überwachungsaufgabe bedarf (BAG 19. Oktober 1999 - 1 ABR 75/98 - zu B I 2 b der Gründe, AP BetrVG 1972 § 80 Nr. 58 = EzA BetrVG 1972 § 80 Nr. 45). 11

2. Der Betriebsrat verfügt über keine anderweitigen Kenntnisse über den Kreis der Arbeitnehmer, denen der Arbeitgeber die Durchführung eines bEM anbieten muss. Entgegen der Auffassung des Arbeitgebers reicht die anonymisierte Unterrichtung für die Überwachung seiner sich aus § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX ergebenden Pflichten nicht aus. Ein anonymisiertes Mitarbeiterverzeichnis lässt nur die bloße Anzahl der Arbeitnehmer erkennen, welche die Voraussetzungen für ein bEM erfüllen. Für die Überwachung, ob der Arbeitgeber das Verfahren entsprechend seiner gesetzlichen Initiativlast auch einleitet, ist die bloße Kenntnis der Anzahl der für ein bEM in Frage kommenden Arbeitnehmer unzureichend (vgl. *BVerwG 23. Juni 2010 - 6 P 8/09 - Rn. 43, BVerwGE 137, 148*). Auch die Übergabe einer Mitarbeiterliste, in der nur diejenigen Mitarbeiter aufgeführt sind, welche nicht nur die Voraussetzungen für ein bEM erfüllen, sondern darüber hinaus der Weitergabe der Daten an den Betriebsrat zustimmen, wäre nicht in gleicher Weise geeignet, den Arbeitgeber bei der Einhaltung seiner Initiativlast zu überwachen. Mangels Kenntnis des konkreten Arbeitnehmers könnte der Betriebsrat nicht durch Nachfrage überprüfen, ob der Arbeitgeber überhaupt die Durchführung eines bEM angeboten und den Arbeitnehmer ordnungsgemäß belehrt hat. 12

3. Auch die quartalsweise Überlassung einer Aufstellung mit den Namen der betroffenen Arbeitnehmer ist erforderlich. 13

Zwar verhält sich § 80 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 BetrVG nicht darüber, in welcher Form der Arbeitgeber die benötigte Auskunft zu erteilen hat. Darin ist der Arbeitgeber grundsätzlich frei. Jedoch ist er bei umfangreichen und komplexen Angaben allerdings nach § 2 Abs. 1 BetrVG regelmäßig gehalten, die Auskunft schriftlich zu erteilen (*BAG 30. September 2008 - 1 ABR 54/07 - Rn. 29, BAGE 128, 92*). Dass auch eine mündliche Information über den Kreis der betroffenen Arbeitnehmer ausreichend ist, wird von dem Arbeitgeber selbst nicht geltend gemacht. Die vom Betriebsrat geforderte quartalsweise Überlassung der Unterlagen hält sich daher im Rahmen des § 80 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1 BetrVG. 14

4. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde sind die für Brutto- 15  
lohn- und Gehaltslisten geltenden Beschränkungen des § 80 Abs. 2 Satz 2  
Halbs. 2 BetrVG nicht auf die Übermittlung von personenbezogenen Daten  
übertragbar. Nach der Senatsrechtsprechung unterscheiden sich der Aus-  
kunftsanspruch gem. § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG und das Einblicksrecht nach  
§ 80 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BetrVG sowohl nach ihrem Inhalt als auch nach  
ihren Voraussetzungen und kommen nebeneinander in Betracht (*30. Septem-  
ber 2008 - 1 ABR 54/07 - Rn. 24, 30, BAGE 128, 92*). Demzufolge gelten die  
einschränkenden Voraussetzungen, unter denen der Arbeitgeber einem vom  
Betriebsrat gebildeten Ausschuss Einblick in die Listen über die Bruttolöhne und  
-gehälter gewähren muss, für die Vorlage von Unterlagen nach § 80 Abs. 2  
Satz 2 Halbs. 1 BetrVG nicht.
- IV. Der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat die Namen der Arbeitnehmer mit 16  
Arbeitsunfähigkeitszeiten von mehr als sechs Wochen im Jahreszeitraum auch  
dann mitteilen, wenn diese der Weitergabe nicht zugestimmt haben.
1. Die Überwachungsaufgabe des Betriebsrats nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 17  
BetrVG ist nicht von einer vorherigen Einwilligung der von der Vorschrift be-  
günstigten Arbeitnehmer abhängig. Der Gesetzeswortlaut enthält eine entspre-  
chende Einschränkung nicht. Das Beteiligungsrecht aus § 80 Abs. 1 Nr. 1  
BetrVG dient der Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Normvollzugs durch  
den Arbeitgeber. Seine Wahrnehmung steht nach der Konzeption des BetrVG  
nicht zur Disposition der Arbeitnehmer.
2. Eine solche Einschränkung der Überwachungsaufgabe folgt auch nicht 18  
aus § 84 Abs. 2 SGB IX.
- a) Nach dieser Vorschrift muss der Arbeitgeber in einer ersten Phase allen 19  
Arbeitnehmern mit den erforderlichen Krankheitszeiten im Jahreszeitraum ein  
bEM anbieten. Vor dessen Durchführung ist er nach § 84 Abs. 2 Satz 3 SGB IX  
gehalten, den Arbeitnehmer ordnungsgemäß auf die Ziele des bEM sowie auf

Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten hinzuweisen. Erst danach ist in einer zweiten Phase zu klären, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden, erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und wie der Arbeitsplatz erhalten werden kann. Das Gesetz zwingt den betroffenen Arbeitnehmer nicht, ein bEM durchzuführen, sondern verpflichtet lediglich den Arbeitgeber, dem Arbeitnehmer unter den gesetzlich normierten Voraussetzungen ein bEM anzubieten. Die nach § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX erforderliche Zustimmung der betroffenen Person bezieht sich nur auf den Klärungsprozess, nicht aber auf die vorhergehende Phase, die mit dem Zugang des Angebots über die Durchführung des bEM beim Arbeitnehmer endet (*vgl. BVerwG 23. Juni 2010 - 6 P 8/09 - Rn. 38 f., BVerwGE 137, 148*). Für diesen Teil des bEM hat der Gesetzgeber kein Zustimmungserfordernis normiert.

b) Weder Sinn und Zweck des bEM noch das Zustimmungserfordernis in § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX stehen der Überlassung einer Aufstellung mit den Namen der für die Durchführung des bEM in Betracht kommenden Arbeitnehmer an den Betriebsrat entgegen. 20

aa) Mit der Durchführung eines bEM soll nach der Vorstellung des Gesetzgebers zu einem möglichst frühen Zeitpunkt einer Gefährdung des Arbeitsverhältnisses eines kranken Menschen begegnet und die dauerhafte Fortsetzung der Beschäftigung erreicht werden. Ziel des bEM ist die Klärung, ob und welche Maßnahmen zu ergreifen sind, um eine möglichst dauerhafte Fortsetzung des Beschäftigungsverhältnisses zu fördern. Die in § 84 Abs. 2 SGB IX genannten Maßnahmen dienen damit letztlich der Vermeidung der Kündigung und der Verhinderung von Arbeitslosigkeit erkrankter Menschen (*vgl. BT-Drucks. 15/1783 S. 16; BAG 12. Juli 2007 - 2 AZR 716/06 - Rn. 40, BAGE 123, 234; BVerwG 23. Juni 2010 - 6 P 8/09 - Rn. 62, BVerwGE 137, 148*). Daneben kann die Klärung von möglichen Maßnahmen nicht nur zur Verringerung der Arbeitsunfähigkeitszeiten und den mit dem krankheitsbedingten Ausfall verbundenen betrieblichen und finanziellen Belastungen des 21

Arbeitgebers führen, sondern auch die Mehrbelastungen reduzieren, die der Belegschaft durch die vorübergehende Abwesenheit des arbeitsunfähigen Arbeitnehmers entstehen.

bb) Das in § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX bestimmte Zustimmungserfordernis der von der Durchführung eines bEM betroffenen Arbeitnehmer soll gewährleisten, dass die Klärung ihres Gesundheitszustands nur freiwillig erfolgt. Ein bEM kann ohne Einwilligung des betroffenen Beschäftigten schon deshalb nicht sinnvoll durchgeführt werden, weil der Arbeitnehmer regelmäßig nicht zur Mitteilung der Gründe für seine krankheitsbedingten Fehlzeiten verpflichtet ist und die vom Gesetzgeber angestrebte Klärung der möglichen Maßnahmen zu deren Reduzierung ohne die dafür erforderlichen Angaben des Arbeitnehmers nicht möglich ist. Daneben ist auch ein bEM, an dem der betroffene Arbeitnehmer nicht aktiv mitwirkt, wenig erfolgversprechend. 22

cc) Der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck des bEM wird durch die Mitteilung der Namen der für ein solches Verfahren in Betracht kommenden Arbeitnehmer an den Betriebsrat nicht in Frage gestellt. Diesem wird nur der Personenkreis benannt, der die gesetzlichen Voraussetzungen für die Einleitung eines bEM erfüllt. Eine Information über die der Arbeitsunfähigkeit zugrunde liegenden Krankheiten oder deren Ursachen ist damit nicht verbunden. Ebenso wird die Entscheidungsfreiheit des Arbeitnehmers über die Teilnahme an einem bEM nicht beeinträchtigt, da er sich über sein Einverständnis erst nach dem Angebot des Arbeitgebers und der damit verbundenen Belehrung über die Chancen und Risiken des bEM erklären muss. 23

V. Datenschutzrechtliche Gründe stehen der Übermittlung der Namen der Arbeitnehmer, denen der Arbeitgeber die Durchführung eines bEM anbieten muss, nicht entgegen. Das Erheben von Daten über die krankheitsbedingten Fehlzeiten durch den Arbeitgeber und ihre Übermittlung an den Betriebsrat ist auch bei fehlender Einwilligung der betroffenen Arbeitnehmer nach § 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG zulässig. 24



1. Die vom Antrag erfasste Aufstellung über die Arbeitsunfähigkeitszeiten von mehr als sechs Wochen fällt in den Geltungsbereich des BDSG. Es handelt sich nicht um automatisierte Dateien iSd. § 1 Abs. 2 Nr. 3 iVm. § 3 Abs. 2 Satz 2 BDSG. 25
  
2. Bei den vom Antrag umfassten Angaben handelt es sich um besondere Arten personenbezogener Daten über die Gesundheit iSd. § 3 Abs. 9 BDSG (*sensitive Daten*). Aufgrund der Angaben ist ersichtlich, dass der benannte Arbeitnehmer aufgrund einer Krankheit innerhalb eines Jahreszeitraums mehr als sechs Wochen arbeitsunfähig abwesend war. 26
  
3. Die Übermittlung der Namen der Arbeitnehmer an den Betriebsrat ist nach § 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG auch dann zulässig, wenn diese der Weitergabe nicht zugestimmt haben. 27
  
- a) Nach § 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG ist das Erheben, Verarbeiten und Nutzen besonderer Arten personenbezogener Daten iSd. § 3 Abs. 9 BDSG für eigene Geschäftszwecke auch ohne Einwilligung des Betroffenen zulässig, wenn dies zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung rechtlicher Ansprüche erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung überwiegt. Nicht einschlägig ist hingegen § 32 BDSG, auch wenn diese Vorschrift eine Regelung über den Datenschutz im Beschäftigungsverhältnis trifft. Ihr Regelungsgegenstand beschränkt sich auf personenbezogene Daten iSd. § 3 Abs. 1 BDSG und erfasst nicht die Verarbeitung sensibler Daten iSd. § 3 Abs. 9 BDSG. 28
  
- b) Die Ausübung rechtlicher Ansprüche iSv. § 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG umfasst auch eine Nutzung sensibler Daten durch den Arbeitgeber, die dieser zur Erfüllung seiner gesetzlichen Pflichten vornehmen muss. Ein solches Verständnis gibt das Unionsrecht vor. 29

aa) Die Erhebung und Nutzung sensitiver Daten iSv. § 3 Abs. 9 BDSG fällt in den Anwendungsbereich des Unionsrechts. Nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (*ABl. L 281 vom 23. November 1995 S. 31*) gilt diese für die ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten sowie für die nicht automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die in einer Datei gespeichert sind oder gespeichert werden sollen. Als eine solche Datei mit personenbezogenen Daten gilt jede strukturierte Sammlung personenbezogener Daten, die nach bestimmten Kriterien zugänglich sind, gleichgültig ob diese Sammlung zentral, dezentralisiert oder nach funktionalen oder geographischen Gesichtspunkten aufgeteilt geführt wird (*Art. 2 Buchst. c RL 95/46/EG*). Nach Art. 8 Abs. 1 RL 95/46/EG untersagen die Mitgliedstaaten ua. die Verarbeitung personenbezogener Daten über die Gesundheit. Von diesem Verbot besteht nach Abs. 2 Buchst. b RL 95/46/EG eine Ausnahme, wenn die Verarbeitung erforderlich ist, um den Rechten und Pflichten des für die Verarbeitung Verantwortlichen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts Rechnung zu tragen, sofern dies aufgrund von einzelstaatlichem Recht, das angemessene Garantien vorsieht, zulässig ist. Daher wird die Erhebung und Nutzung von Angaben über krankheitsbedingte Fehlzeiten innerhalb eines bestimmten Zeitraums vom Anwendungsbereich der Richtlinie 95/46/EG erfasst.

30

bb) Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist die Anwendung der Richtlinie 95/46/EG nicht davon abhängig, ob in dem zu entscheidenden Sachverhalt ein hinreichender Zusammenhang mit der Ausübung der durch den Vertrag garantierten Grundfreiheiten oder tatsächlich ein Zusammenhang mit dem freien Verkehr zwischen den Mitgliedstaaten besteht. Zur Begründung hat der Gerichtshof auf den Wortlaut von Art. 3 RL 95/46/EG verwiesen, der mit Ausnahme des in Abs. 2 bestimmten Bereichs die Verarbeitung personenbezogener Daten dem Anwendungsbereich der Richtlinie unterwirft (*EuGH 20. Mai 2003 - C-465/00 - [Österreichischer Rundfunk ua.] Rn. 39 ff., 44, Slg. 2003, I-4989*). Von einem solchen Verständnis ist auch der deutsche

31

Gesetzgeber ausgegangen, der mit den Regelungen in § 28 Abs. 6 bis Abs. 9 BDSG die Vorgaben aus Art. 8 RL 95/46/EG in nationales Recht umsetzen wollte (*BT-Drucks. 14/4329 S. 43*). Die Vorschrift ist danach unionsrechtskonform in einer Weise auszulegen, die den Vorgaben in Art. 8 Abs. 1 und Abs. 2 RL 95/46/EG Rechnung trägt.

cc) Bei einer solchen Auslegung ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu berücksichtigen, dass die Harmonisierung der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften in der Richtlinie 95/46/EG nicht auf eine Mindestharmonisierung beschränkt ist, sondern zu einer grundsätzlich umfassenden Harmonisierung führt. Nach dem Verständnis des Gerichtshofs stellen die in der Richtlinie enthaltenen Regelungen eine erschöpfende und abschließende Liste der Fälle dar, in denen eine Verarbeitung personenbezogener Daten als rechtmäßig angesehen werden kann. Nach dem Erwägungsgrund 22 zur RL 95/46/EG können die Mitgliedstaaten in ihren Rechtsvorschriften die allgemeinen Bedingungen präzisieren, unter denen die Verarbeitungen rechtmäßig sind. Sie dürfen aber weder neue Grundsätze in Bezug auf die Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten einführen noch zusätzliche Bedingungen stellen, die die Tragweite der in der Richtlinie vorgesehenen Grundsätze verändern würden (*vgl. zu Art. 7 RL 95/46/EG: EuGH 24. November 2011 - C-468/10 - [Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito] Rn. 28 - 32, Eza EG-Vertrag 1999 Richtlinie 95/46 Nr. 1*). Insoweit stellt die RL 95/46/EG zugleich eine Konkretisierung der in den Art. 7 und Art. 8 GRC verbürgten Rechte der von einer Datenverarbeitung betroffenen Person dar (*EuGH 24. November 2011 - C-468/10 - [Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito] Rn. 41 f., 44 f., aaO*).

32

dd) Das Gebot der unionsrechtskonformen Auslegung erfordert daher eine Auslegung von § 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG, die dem Arbeitgeber unter den dort bestimmten Voraussetzungen die Erfüllung seiner ihm obliegenden gesetzlichen Pflichtenstellung ermöglicht.

33

(1) Eine Ausübung rechtlicher Ansprüche als Voraussetzung einer Datenerhebung und -nutzung nach § 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG ist unter den dort genannten Voraussetzungen zulässig, wenn die Datenverarbeitung durch den Arbeitgeber aufgrund einer gesetzlich vorgesehenen Pflicht im Bereich des Arbeitsrechts erfolgt. Ein Wille des Gesetzgebers, durch die Formulierung der Voraussetzungen in § 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung sensibler Daten durch den Arbeitgeber im Bereich des Arbeitsrechts engere Grenzen als durch Art. 8 Abs. 2 Buchst. b RL 95/46/EG vorgesehen zu setzen, ist nicht ersichtlich (*vgl. Gola RDV 2001, 125, 127*). 34

(2) Der deutsche Gesetzgeber hat bei der Umsetzung von Art. 8 Abs. 2 Buchst. b RL 95/46/EG die unionsrechtlichen Vorgaben beachtet. Diese erlauben die Verarbeitung von Daten über die Gesundheit iSv. Art. 8 Abs. 1 RL 95/46/EG, wenn dies nach nationalem Recht zulässig ist und dieses insoweit angemessene Garantien vorsieht. Solche Garantien, die den Betroffenen vor einer unangemessenen Beeinträchtigung der Grundfreiheiten und seiner Privatsphäre schützen, sieht das BDSG bei der Verarbeitung sensibler Daten durch den Arbeitgeber vor. 35

Die Verarbeitung von sensiblen Daten iSd. § 3 Abs. 9 BDSG ist nur bei Bestehen einer besonderen Rechtsgrundlage zulässig. Diese unterliegt den Beschränkungen in § 4 Abs. 1 BDSG, wonach die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten ohne Einwilligung des Betroffenen nur zulässig ist, soweit das BDSG selbst oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt (*Gola RDV 2001, 125, 126*). Nach § 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG darf grundsätzlich nur eine Verarbeitung von Gesundheitsdaten erfolgen, wenn eine Einwilligung des betroffenen Arbeitnehmers vorliegt. Ohne dessen Einverständnis ist dem Arbeitgeber deren Verarbeitung nur gestattet, wenn nach einer am Zweck der RL 95/46/EG orientierten Interessenabwägung ein entgegenstehendes Interesse des betroffenen Arbeitnehmers nicht überwiegt. Überdies wird die Verarbeitung von sensiblen Daten durch den Arbeitgeber von einem betrieblichen 36

Datenschutzbeauftragten kontrolliert, der auf die Einhaltung des BDSG hinwirkt und dabei dem Weisungsrecht des Arbeitgebers nicht unterliegt (§ 4f Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 2, § 4g Abs. 1 Satz 1 BDSG).

c) Die Erhebung und Nutzung der Angaben über die krankheitsbedingten Fehlzeiten durch den Arbeitgeber ist auch bei fehlender Einwilligung der Arbeitnehmer nach § 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG zulässig. 37

aa) Die Durchführung eines bEM gehört zu den gesetzlichen Pflichten des Arbeitgebers auf dem Gebiet des Arbeitsrechts. 38

bb) Die Erhebung dieser Daten ist erforderlich, damit der Arbeitgeber die ihm nach § 84 Abs. 2 Satz 1 und Satz 3 SGB IX obliegenden Pflichten erfüllen kann. Ein bEM kann nur eingeleitet werden, wenn feststeht, dass der Arbeitnehmer in dem maßgeblichen Bemessungszeitraum länger als sechs Wochen arbeitsunfähig war. 39

cc) Ein Grund zu der Annahme, dass das schutzwürdige Interesse des jeweils betroffenen Arbeitnehmers das Interesse des Arbeitgebers an der Datenerhebung überwiegt, besteht nicht. 40

Die Erhebung der Arbeitsunfähigkeitszeiten im Jahreszeitraum ist Voraussetzung für die Entscheidung des Arbeitgebers, den betroffenen Beschäftigten die Durchführung eines bEM anzubieten. Dieses Verfahren dient der Erhaltung ihres Arbeitsplatzes und damit ihrer wirtschaftlichen Existenz (*BVerwG 23. Juni 2010 - 6 P 8/09 - Rn. 42, BVerwGE 137, 148*). Inhaltlich betrifft die Datenerhebung lediglich die Namen der Arbeitnehmer und die Feststellung, dass deren Fehlzeiten im maßgeblichen Jahreszeitraum sechs Wochen überschritten haben. Besondere Angaben über die Art und Dauer der Krankheit werden vom Arbeitgeber in der ersten Phase des bEM nicht erhoben. Überdies sind die Angaben über die Dauer der Arbeitsunfähigkeitszeiten ohnehin vorhanden, weil sie die Grundlage für die Berechnung der in diesem Zeitraum zu zahlenden Vergütung bilden (§ 3 EFZG). Ein Interesse der jeweils 41

betroffenen Arbeitnehmer an dem Unterbleiben der Datenerhebung ist demgegenüber nicht ersichtlich. Auf das Recht des Arbeitnehmers, die Durchführung eines bEM abzulehnen, hat diese Datenerhebung keinen Einfluss.

d)       Datenschutzrechtliche Gründe stehen der Übermittlung der vom Arbeitgeber erhobenen Daten über die Fehlzeiten der arbeitsunfähigen Arbeitnehmer an den Betriebsrat nicht entgegen. 42

aa)       Die Zusammenstellung der die einzelnen Arbeitnehmer betreffenden Arbeitsunfähigkeitszeiten zu einer schriftlichen Aufstellung und deren Weitergabe an den Betriebsrat ist keine Datenübermittlung an einen Dritten, die von dem Erlaubnistatbestand in § 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG nicht erfasst wird. Der Betriebsrat ist nicht als „Dritter“ iSd. § 3 Abs. 4 Nr. 3 BDSG anzusehen, der außerhalb der verantwortlichen Stelle iSd. § 3 Abs. 7 BDSG, also des Unternehmens steht. Vielmehr ist er selbst Teil dieser Stelle (*zu § 3 BDSG aF: BAG 3. Juni 2003 - 1 ABR 19/02 - zu B II 2 a bb [3] [a] der Gründe, BAGE 106, 188*) und hat die betrieblichen und gesetzlichen Datenschutzbestimmungen einzuhalten (*vgl. BAG 12. August 2009 - 7 ABR 15/08 - Rn. 27, BAGE 131, 316*), zu denen insbesondere die Wahrung des Datengeheimnisses (§ 5 Satz 1 BDSG) gehört. 43

bb)       Überwiegende schutzwürdige Interessen iSd. § 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG der betroffenen Arbeitnehmer stehen der Bekanntgabe ihrer Namen gegenüber dem Betriebsrat nicht entgegen. 44

(1)       Zwar handelt es nicht um betriebsöffentliche Daten, die allen Arbeitnehmern und damit auch dem Betriebsrat bekannt sind. Dennoch ist der auf Krankheit beruhende Arbeitsausfall wegen der dadurch ausgelösten Notwendigkeit einer Vertretung regelmäßig im Betrieb bekannt. 45

(2)       Weiterhin verstärkt die Überwachung der dem Arbeitgeber durch § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX auferlegten Verpflichtung die mit der Einführung des bEM verbundene Erwartung des Gesetzgebers, den betroffenen Arbeitnehmern durch das Angebot eines besonderen Präventionsverfahrens möglichst ihren 46

Arbeitsplatz zu erhalten. Der Gesetzgeber konnte auch davon ausgehen, dass der Betriebsrat als Vertreter der Belegschaft die Interessen der betroffenen Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber in geeigneter Weise wahrnimmt. Das durch Art. 8 Abs. 1 GRC gewährleistete Recht auf Schutz der eine Person betreffenden personenbezogenen Daten wird ausreichend dadurch gewahrt, dass der Betriebsrat in Bezug auf Gesundheitsdaten der Arbeitnehmer nicht nur dem Datengeheimnis, sondern auch einer strafbewehrten Verschwiegenheitspflicht unterliegt (§ 79 Abs. 1, § 120 Abs. 2 BetrVG) und die eigentliche Durchführung des bEM mit der damit verbundenen Erörterung der besonders sensiblen Krankheitsdaten von einer weiteren Belehrung des Arbeitgebers und der Zustimmung der betroffenen Arbeitnehmer abhängig ist. Ebenso wie ein Arbeitnehmer aus datenschutzrechtlichen Gründen nicht beanspruchen kann, dass bestimmte Mitarbeiter im Rahmen ihrer Arbeitsaufgabe mit der Verarbeitung seiner persönlichen Daten nicht befasst werden, kann er auch nicht verlangen, dass eine ebensolche Übermittlung an den Betriebsrat unterbleibt.

e) Eines Vorabentscheidungsersuchens zur Auslegung der RL 95/46/EG an den Gerichtshof der Europäischen Union bedarf es nicht (*vgl. zur Vorlagepflicht der nationalen Gerichte BVerfG 2. Senat 2. Kammer 21. November 2011 - 2 BvR 516/09, 2 BvR 535/09 - Rn. 23 ff., NJW 2012, 598; 1. Senat 2. Kammer 24. Oktober 2011 - 1 BvR 1103/11 - Rn. 11 f., NZA 2012, 202*). Die hier entscheidungserheblichen Rechtsfragen sind in der Rechtsprechung des Gerichtshofs hinreichend geklärt. Dies gilt für den Geltungsbereich der Richtlinie, ihren Normzweck und die für die nationalen Gerichte bei der einzelfallbezogenen Interessenabwägung zu berücksichtigenden Umstände. 47

aa) Die RL 95/46/EG eröffnet dem nationalen Gesetzgeber durch Art. 5 Handlungsspielräume, aufgrund derer er die in Art. 6 bis Art. 8 RL 95/46/EG festgelegten Grundsätze näher bestimmen kann. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union sind die Mechanismen, die eine Abwägung der verschiedenen Rechte und Interessen ermöglichen, zum einen in der RL 95/46/EG selbst festgelegt, soweit diese Vorschriften enthält, die 48

bestimmen, in welchen Situationen und in welchem Umfang die Verarbeitung personenbezogener Daten rechtmäßig ist und welche Schutzvorkehrungen vorzusehen sind. Zum anderen eröffnen viele der in der RL 95/46/EG verhältnismäßig allgemein gehaltenen Bestimmungen den Mitgliedstaaten einen Handlungsspielraum bei der Umsetzung in nationales Recht oder eine Auswahl zwischen den in der Richtlinie festgelegten Optionen (*EuGH 6. November 2003 - C-101/01 - [Lindqvist] Rn. 82 f., Slg. 2003, I-12971*). Dieses Zusammenspiel zwischen den zwingenden Richtlinienvorgaben und dem nationalen Recht überlässt den nationalen Gerichten den erforderlichen Spielraum, um bei der hier in Rede stehenden einzelfallbezogenen Anwendung der die RL 95/46/EG umsetzenden nationalen Regelung einen angemessenen Ausgleich zwischen den mit der Richtlinie verfolgten Zwecken herzustellen (*EuGH 6. November 2003 - C-101/01 - [Lindqvist] Rn. 85, aaO*). Dem entsprechend hat der Senat bei der Interessenabwägung im Rahmen des § 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG berücksichtigt, dass es nach den Erwägungsgründen Nr. 33, 34 der RL 95/46/EG deren Ziel ist, bei der Verarbeitung von besonders sensiblen Datenkategorien einen möglichst weitgehenden Schutz der Beeinträchtigung der Grundfreiheiten und der Privatsphäre zu gewährleisten, andererseits es aber auch dem Arbeitgeber zu ermöglichen, eine gesetzliche Pflichtenstellung zu erfüllen, die ihm im Wesentlichen zugunsten des betroffenen Beschäftigten auferlegt worden ist.

bb) Ob der Arbeitgeber nach Unionsrecht überhaupt berechtigt ist, sich unter Berufung auf die Grundrechtspositionen der betroffenen Arbeitnehmer einer Weitergabe der für die Überwachungsaufgabe erforderlichen Daten an den Betriebsrat zu entziehen, bedarf angesichts der fehlenden Entscheidungserheblichkeit dieser Frage keiner Klärung durch den Gerichtshof der Europäischen Union. 49

VI. Es bedarf keiner Entscheidung, ob das durch Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistete Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Übermittlung der Namen von Arbeitnehmern mit krankheitsbedingten Fehlzeiten von mehr als sechs Wochen im vorangegangenen Jahreszeitraum an den 50



Betriebsrat entgegensteht. Der Arbeitgeber ist nicht befugt, sich gegenüber dem Überwachungsrecht des Betriebsrats auf Grundrechte von Arbeitnehmern zu berufen (vgl. BAG 20. Dezember 1995 - 7 ABR 8/95 - zu B II 1 der Gründe, BAGE 82, 36).

Schmidt

Linck

Koch

Hayen

Hann