

Prof. Dr. jur. Wolfgang Kleinebrink, Wuppertal

Bedeutung von Gesundheitsuntersuchungen für Arbeitgeber nach neuem Recht

► DB0650298

I. Einleitung

Arbeitgeber möchten regelmäßig von Ärzten frühzeitig erfahren, ob ein Arbeitnehmer gesundheitlich in der Lage oder noch in der Lage ist, die derzeitige oder eine beabsichtigte andere Tätigkeit auszuüben. Sie sehen dies einerseits als ihre Fürsorgepflicht an, um ggf. einen arbeitsunfähigen Arbeitnehmer gleichsam vor sich selbst zu schützen, indem sie ihn nicht arbeiten lassen. Andererseits möchten sie für das von ihnen vertraglich geschuldete Arbeitsentgelt nicht nur eine krankheitsbedingte verringerte Arbeitsleistung erhalten. Vor diesem Hintergrund ist von Bedeutung, ob Arbeitgeber Gesundheitsuntersuchungen nutzen können, um eine sichere Beurteilungsgrundlage zu erhalten. Diese Frage ist neuerdings durch die mit Wirkung zum 31. 10. 2013 geänderte Arbeitsmedizinische Vorsorgeverordnung (ArbMedVV)¹ von besonderem Interesse. Betriebskrankenkassen vertreten vereinzelt die Auffassung, der Arbeitgeber habe aufgrund dieser neuen Verordnung kein Recht mehr, ohne Zustimmung des Arbeitnehmers von dessen gesundheitlicher Eignung für die geschuldete Tätigkeit etwas zu erfahren. Der folgende Beitrag untersucht deshalb, ob und unter welchen Voraussetzungen Gesundheitsuntersuchungen zulässig sind und welche Informationen Arbeitgeber ggf. erhalten.

II. Vorsorgeuntersuchungen

Der Arbeitgeber hat für eine arbeitsmedizinische Vorsorge auf der Grundlage der Gefährdungsbeurteilung zu sorgen. Durch derartige Untersuchungen sollen arbeitsbedingte Erkrankungen einschließlich Berufskrankheiten frühzeitig erkannt und verhindert werden. Außerdem trägt die arbeitsmedizinische Vorsorge zum Erhalt der Beschäftigungsfähigkeit des Arbeitnehmers und zur Fortentwicklung des betrieblichen Gesundheitsschutzes bei. Diese Ziele werden durch § 1 der neu gefassten Verordnung zur arbeitsmedizinischen Vorsorge (ArbMedVV) angestrebt. Sie hat ihre rechtliche Grundlage in § 18 Abs. 2 Nr. 4 ArbSchG. Nach dieser Vorschrift wird die Bundesregierung ermächtigt, durch eine Rechtsverordnung zu bestimmen, dass Beschäftigte, bevor sie eine bestimmte gefährliche Arbeit aufnehmen oder fortsetzen oder nachdem sie sie beendet haben, arbeitsmedizinisch zu untersuchen sind und welche besonderen Pflichten der Arzt dabei zu beachten hat.

1. Begriff

Die arbeitsmedizinische Vorsorge gliedert sich in Pflicht-, Angebots- und Wunschvorsorge. Der Arbeitgeber hat eine Pflichtvorsorge vor Aufnahme der Tätigkeit und anschließend in regelmäßigen Abständen zu veranlassen². In welchen Fällen dies geschehen muss, ergibt sich aus dem Anhang zur ArbMedVV. Ferner hat der Arbeitgeber in Fällen, die sich ebenfalls aus dem Anhang zur ArbMedVV ergeben, Vorsorgeuntersuchungen anzubieten³.

Während die Pflicht- und Angebotsvorsorge vom Arbeitgeber ausgeht, hat bei der *Wunschvorsorge* der Beschäftigte initiativ zu werden. Beschäftigte können vom Arbeitgeber verlangen, dass ihnen auch in Fällen, die nicht im Anhang genannt sind, regelmäßig eine arbeitsmedizinische Vorsorge nach § 11

ArbSchG ermöglicht wird. Eine derartige Wunschvorsorge ist allerdings dann ausgeschlossen, wenn aufgrund der Beurteilung der Arbeitsbedingungen und der getroffenen Schutzmaßnahmen nicht mit einem Gesundheitsschaden beim Arbeitnehmer zu rechnen ist.⁴

2. Verpflichtungen des Arbeitnehmers

Für das Informationsinteresse des Arbeitgebers ist von Bedeutung, dass der Arbeitnehmer an einer Pflichtvorsorge teilzunehmen hat⁴. Die Angebotsvorsorge kann er hingegen ohne rechtliche Nachteile ablehnen. Selbst bei der Pflichtvorsorge muss der Beschäftigte sich aber lediglich einem ärztlichen Beratungsgespräch mit Anamnese einschließlich Arbeitsanamnese unterziehen. Körperliche und klinische Untersuchungen, soweit diese für die individuelle Aufklärung und Beratung erforderlich sind, darf der Beschäftigte nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbMedVV sanktionslos ablehnen. Diese Vorschrift berücksichtigt damit das durch Art. 2 Abs. 2 GG geschützte Recht des Arbeitnehmers auf körperliche Unversehrtheit.

3. Informationsrechte des Arbeitgebers

Unter Geltung des § 6 Abs. 3 ArbMedVV a. F. erhielt der Arbeitgeber bei einer Pflichtuntersuchung vom Arzt eine Bescheinigung, die nicht nur den Untersuchungsanlass und den Tag der Untersuchung, sondern auch die ärztliche Beurteilung enthielt, ob und inwieweit bei Ausübung einer bestimmten Tätigkeit gesundheitliche Bedenken bestehen. Nach der neu gefassten ArbMedVV erfährt der Arbeitgeber nur noch, ob der Arbeitnehmer an der gebotenen arbeitsmedizinischen Vorsorge teilgenommen hat. Dies folgt aus § 6 Abs. 3 Nr. 3 ArbMedVV. Nach dieser Vorschrift hat der Arzt neben dem Arbeitnehmer auch dem Arbeitgeber eine Vorsorgebescheinigung darüber auszustellen, dass, wann und aus welchem Anlass ein arbeitsmedizinischer Vorsorgetermin stattgefunden hat. Der Arbeitgeber benötigt diese Daten für die von ihm nach § 3 Abs. 4 ArbMedVV zu führende Vorsorgekartei. Er erfährt hingegen mangels rechtlicher Grundlage nicht, ob der Arbeitnehmer eine notwendige körperliche oder klinische Untersuchung abgelehnt hat oder nicht, sofern der Arbeitnehmer dies nicht freiwillig preisgibt.

Gegen den Willen des Arbeitnehmers erhält der Arbeitgeber auch keine Informationen mehr darüber, ob der Arzt aus medizinischen Gründen, die ausschließlich in der Person des Beschäftigten begründet sind, einen Tätigkeitswechsel für erforderlich

Prof. Dr. jur. Wolfgang Kleinebrink ist stv. Geschäftsführer der Vereinigung Bergischer Unternehmerverbände e. V. (VBU), Wuppertal, sowie Honorarprofessor an der Hochschule Niederrhein.

1 § 1 ArbMedVV vom 18. 12. 2008 (BGBl. I S. 2768), zuletzt geändert durch Art. 1 der Verordnung vom 23. 10. 2013 (BGBl. I S. 3862) m. W. vom 31. 10. 2013; ausf. http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/a453-arbeitsmedizinischen-vorsorge.pdf?__blob=publication. File. [letzter Abruf: 5. 3. 2014]

2 § 4 Abs. 1 ArbMedVV.

3 § 5 Abs. 1 Satz 1 ArbMedVV.

4 § 5a Abs. 1 ArbMedVV.

hält. Eine derartige Mitteilung an ihn bedarf neuerdings nach § 6 Abs. 4 Satz 3 ArbMedVV der Einwilligung des Beschäftigten. Nur wenn insoweit eine Entbindung von der Schweigepflicht vorliegt, berechtigt dies den Betriebsarzt, die *Ergebnisdaten* an den Arbeitgeber weiterzugeben und ihm damit mitzuteilen, dass der Arbeitnehmer gesundheitlich nicht mehr in der Lage ist, die derzeitige Tätigkeit auszuüben. Davon sind die *Befunddaten*, die Ergebnisse der einzelnen medizinischen Untersuchungen, zu trennen. Hinsichtlich derer bleibt es bei der Schweigepflicht, sofern der Arbeitnehmer den Arzt insoweit nicht ausdrücklich von ihr entbunden hat.

4. Sanktionsmöglichkeiten bei unterbliebener Teilnahme an der Vorsorge

Erhält der Arbeitgeber gegen den Willen des Arbeitnehmers schon keine Informationen zur gesundheitlichen Eignung des Arbeitnehmers für den Arbeitsplatz, so hat er ein Interesse daran, dass der Arbeitnehmer zumindest an den Untersuchungen teilnimmt, damit der Arzt Gelegenheit hat, den Arbeitnehmer bei gesundheitlichen Bedenken zu warnen.

a) Beschäftigungsverbot

Nimmt der Arbeitnehmer an einer Vorsorgeuntersuchung pflichtwidrig nicht teil, hängen die sich daraus ergebenden Sanktionsmöglichkeiten für den Arbeitgeber davon ab, um welche Art von Vorsorge es sich gehandelt hat. Bei einer Pflichtvorsorge darf der Arbeitgeber nach § 4 Abs. 2 ArbMedVV eine Tätigkeit nur ausüben lassen, wenn der Beschäftigte an der Pflichtvorsorge teilgenommen hat. Unterbleibt die Teilnahme, besteht demnach zulasten des Arbeitnehmers ein Beschäftigungsverbot. Der Arbeitgeber darf den Arbeitnehmer nicht beschäftigen. Eine Pflicht zur Zahlung des Arbeitsentgelts besteht so lange nicht mehr, bis der Arbeitnehmer sich der Pflichtvorsorge unterzogen hat. Der Arbeitgeber gerät nicht in Annahmeverzug i. S. des § 615 BGB. Nach § 297 BGB kommt der Arbeitgeber als Gläubiger nicht in Verzug, wenn der Schuldner zur Zeit des Angebots oder im Fall des § 296 BGB zu der für die Handlung des Arbeitgebers bestimmten Zeit außerstande ist, die Leistung zu bewirken. Das ist u. a. dann gegeben, wenn der Arbeitnehmer wegen eines Beschäftigungsverbots nicht beschäftigt werden darf, da der Arbeitnehmer nicht leistungsfähig ist⁵.

b) Abmahnung und Kündigung

Ferner verletzt der Arbeitnehmer seine arbeitsvertraglichen Pflichten, wenn er an einer Pflichtvorsorge unberechtigt nicht teilnimmt. Der Arbeitgeber ist berechtigt, ihm aufgrund dieser Pflichtverletzung eine Abmahnung zu erteilen; im Wiederholungsfall besteht die Möglichkeit einer fristgerechten verhaltensbedingten Kündigung⁶.

5. Zwischenergebnis

Arbeitsmedizinische Vorsorgeuntersuchungen helfen gegen den Willen des Beschäftigten dem Arbeitgeber nicht festzustellen, ob der Beschäftigte gesundheitlich – weiter – in der Lage ist, die derzeitige oder eine andere arbeitsvertraglich geschuldete Tätigkeit zu verrichten. Er erfährt noch nicht einmal, ob der Arzt notwendige klinische oder körperliche Untersuchungen durchgeführt hat.

III. Eignungsuntersuchungen ohne Anlass

Aufgrund der unzureichenden Informationen, die der Arbeitgeber im Rahmen der Vorsorge regelmäßig erhält, sind für ihn Untersuchungen, die allein darauf abzielen festzustellen, ob der

Arbeitnehmer für eine bestimmte Tätigkeit gesundheitlich geeignet ist, von großer Bedeutung. Diese Eignungsuntersuchungen sind von der arbeitsmedizinischen Vorsorge abzugrenzen. Dies folgt aus § 2 Abs. 1 Nr. 5 ArbMedVV. Die arbeitsmedizinische Vorsorge umfasst demnach nicht den Nachweis der gesundheitlichen Eignung für berufliche Anforderungen. Ferner soll die arbeitsmedizinische Vorsorge nach § 3 Abs. 3 Satz 2 ArbMedVV nicht zusammen mit Untersuchungen, die dem Nachweis der gesundheitlichen Eignung für berufliche Anforderungen dienen, durchgeführt werden, es sei denn, betriebliche Gründe erfordern dies. Ist diese Ausnahme gegeben, hat der Arbeitgeber den Arzt zu verpflichten, die unterschiedlichen Zwecke von arbeitsmedizinischer Vorsorge und Eignungsuntersuchungen gegenüber dem Beschäftigten offen zu legen.

1. Fehlende gesetzliche Rechtsgrundlage

Ein Arbeitnehmer ist regelmäßig nicht verpflichtet, im laufenden Arbeitsverhältnis ohne Anlass, d. h. insbes. routinemäßig, Eignungsuntersuchungen zuzustimmen⁷. Dies folgt im Rahmen des BDSG aus einer Abwägung des Interesses des Arbeitgebers an der von ihm geforderten Untersuchung einerseits und des Interesses des Arbeitnehmers an der Wahrung seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und auf körperliche Unversehrtheit andererseits⁷.

Eine ärztliche Untersuchung des Arbeitnehmers mit daran anschließender Offenbarung des nach § 3 Abs. 9 BDSG sensitiven Datums „Gesundheitlich geeignet/nicht geeignet“ durch den Arzt an den Arbeitgeber führt zu einem Eingriff in das Recht des Arbeitnehmers auf informationelle Selbstbestimmung⁸. Diese ist durch Art. 2 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich geschützt⁹. Dieser Schutz wird durch § 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG gewährleistet, der die alleinige rechtliche Grundlage ist. Nicht einschlägig ist § 32 BDSG, auch wenn diese Vorschrift eine Regelung über den Datenschutz im Beschäftigungsverhältnis trifft. Ihr Regelungsgegenstand beschränkt sich auf personenbezogene Daten i. S. des § 3 Abs. 1 BDSG und erfasst im Gegensatz zu § 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG nicht die Verarbeitung sensibler Daten¹⁰. Das Erheben, Verarbeiten und Nutzen dieses sensitiven Datums ist mangels einer Einwilligung des betroffenen Arbeitnehmers nach § 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG nur zulässig, wenn dies zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung rechtlicher Ansprüche des Arbeitgebers erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung überwiegt. „Erheben“ ist nach § 3 Abs. 3 BDSG das Beschaffen von Daten über den Betroffenen. Eine solche Datenerhebung erfolgt, wenn der Arzt die Tatsachen ermittelt und zusammenträgt, die er für die Beurteilung einer Eignung für einen bestimmten Arbeitsplatz benötigt. Bei Eignungsuntersuchungen, die ohne besonderen Anlass erfolgen, fehlt es an Ansprüchen, die der Arbeitgeber geltend machen, ausüben oder verteidigen will.

Ist die Untersuchung darüber hinaus mit einem Eingriff in die körperliche Unversehrtheit, z. B. aufgrund einer Blutentnahme, verbunden, ist der Arbeitnehmer regelmäßig mangels gesetzlicher Grundlage i. S. des Art 2 Abs. 2 GG erst recht nicht verpflichtet, diese zu dulden⁷.

5 BAG vom 15. 6. 2004 – 9 AZR 483/03, DB 2004 S. 2643; vgl. *ErfK/Preis*, 14. Aufl., § 615 BGB Rdn.43.

6 LAG Düsseldorf vom 31. 5. 1996 – 15 Sa 180/95, NZA-RR 1997 S. 88; *KR/Griebeling*, 10. Aufl., § 1 KSchG Rdn.494.

7 Vgl. BAG vom 12. 8. 1999 – 2 AZR 55/99, DB 1999 S. 2369.

8 *Simitis/Simitis*, BDSG, 7. Aufl., § 3 BDSG Rdn. 260.

9 Siehe unter II.

10 BAG vom 7. 2. 2012 – 1 ABR 46/10, DB 2012 S. 1517.

2. Möglichkeit einer Einwilligung

Zulässig und vom Arbeitnehmer zu dulden ist die Erhebung und Weitergabe des Gesundheitsdatums der gesundheitlichen Eignung nach § 4 Abs. 1 BDSG ohne besonderen Anlass hingegen, wenn der Arbeitnehmer eingewilligt hat. Hierbei handelt es sich nach der Legaldefinition des § 183 BGB um die vor der Durchführung der Untersuchung erteilte Zustimmung¹¹.

a) Formale Anforderungen

Die Einwilligung zur Durchführung der Untersuchung und Weitergabe der Ergebnisdaten bedarf grundsätzlich nach § 4a Abs. 1 Satz 3 BDSG der Schriftform. Ausnahmsweise ist die Wahrung der Schriftform nicht erforderlich, wenn wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. Dies ist z. B. bei einer besonderen Eilbedürftigkeit anzunehmen. Bei Untersuchungen ohne konkreten Anlass fehlt es hingegen an derartigen besonderen Umständen, sodass die Schriftform erforderlich ist.

Soll die Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen, z. B. in einem Arbeitsvertrag, erteilt werden, ist sie nach § 4a Abs. 1 Satz 4 BDSG besonders hervorzuheben. Ausreichend ist, wenn dies drucktechnisch geschieht und an deutlich sichtbarer Stelle erfolgt. In einem Arbeitsvertrag ist es z. B. möglich, die Einwilligung mit einem Rahmen zu versehen, die Schriftgröße zu verändern oder Fettschrift zu verwenden¹².

b) Materielle Anforderungen

Materiell erfordert die Einwilligung in die ärztliche Untersuchung nach § 4a Abs. 1 Satz 1 BDSG die freie Entscheidung des betroffenen Arbeitnehmers oder Bewerbers. Unschädlich für diese Freiwilligkeit ist, dass der Arbeitnehmer zu seinem Arbeitgeber in einem Abhängigkeitsverhältnis steht. Es spricht eine Vermutung dafür, dass die Entscheidung, die einer vom Arbeitnehmer erteilten Einwilligung zugrunde liegt, frei erteilt ist¹³.

Der Arbeitnehmer ist ferner nach § 4a Abs. 1 Satz 2 BDSG vor Erteilung der Einwilligung auf den vorgesehenen Zweck der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung der Gesundheitsdaten hinzuweisen sowie – soweit nach den Umständen des Einzelfalls erforderlich oder auf Verlangen – auf die Folgen der Verweigerung der Einwilligung. Erläutert werden muss demnach, dass die Untersuchung allein das Ziel hat festzustellen, ob der Arbeitnehmer gesundheitlich in der Lage ist, die bisherige Tätigkeit weiter durchzuführen oder eine andere Tätigkeit aufzunehmen.

c) Widerruf

Die einmal erteilte Einwilligung kann vom Beschäftigten widerrufen werden, obwohl eine entsprechende Regelung im BDSG fehlt¹⁴. Man wird allerdings annehmen müssen, dass ein solcher Widerruf nur bei veränderten Umständen möglich ist¹⁵. Diese veränderte Sachlage ist vom Arbeitnehmer darzulegen. Außerdem hat der Widerruf nur Wirkung für die Zukunft¹⁶.

§ 4a Abs. 3 BDSG verlangt für die gesundheitliche Eignung als sensitives Datum zusätzlich, dass sich die vom Arbeitnehmer erteilte Einwilligung ausdrücklich auf das entsprechende sensitive Datum bezieht¹⁷. Der Arbeitnehmer muss sich damit über den Gegenstand seiner Einwilligung, d. h. die Daten, auf die sich seine Einwilligung bezieht, im Klaren sein. Der Arbeitgeber muss demnach den Arbeitnehmer darüber informieren, dass Ziel der Untersuchung ist, ihm als Arbeitgeber mitzuteilen, „gesundheitlich geeignet/nicht geeignet für die derzeitige/für die beabsichtigte Tätigkeit“. Daraus erkennt der Arbeitnehmer, dass

dem Arbeitgeber keine Befunddaten, sondern lediglich Ergebnissdaten übermittelt werden.¹⁸

Das Gesetz regelt in § 4a Abs. 3 BDSG nicht, *wie* der Arbeitgeber den Beschäftigten *informieren* muss. Aus dem Erfordernis einer „freien“ Entscheidung des Arbeitnehmers in § 4a Abs. 1 BDSG folgt allerdings, dass der Arbeitnehmer auch optisch erkennen können muss, dass von ihm etwas Besonderes, d. h. die Einwilligung in einen Eingriff in sein Persönlichkeitsrecht, verlangt wird. Die Information muss damit klar und verständlich sein. Unklarheiten gehen zulasten des Arbeitgebers¹⁹.

Für die Einwilligung nach § 4a BDSG sind die Vorschriften zur AGB-Kontrolle regelmäßig bedeutungslos, obwohl diese nach § 310 Abs. 4 BGB auch auf Arbeitsverträge anwendbar sind. Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 BGB scheidet regelmäßig aus, da eine nur allgemeine Einwilligung bereits den Anforderungen des BDSG nicht genügt. Eines Rückgriffs auf das Überraschungsverbot des § 305c Abs. 1 BGB bedarf es nicht, da die Einwilligungserklärung bereits nach § 4a Abs. 1 Satz 4 BDSG deutlich von den sonstigen Erklärungen des Arbeitnehmers abgehoben werden muss²⁰.

3. Bestimmung des Arzts

Der Arbeitgeber ist berechtigt, den Arzt zu bestimmen, der die Eignungsuntersuchung durchführen soll. Allein dies gewährleistet gleichmäßige Untersuchungsstandards²¹. Der Arbeitnehmer wird durch dieses Bestimmungsrecht nicht übermäßig benachteiligt. Dieses Wahlrecht ermöglicht dem Arbeitgeber nicht, nach Belieben festzulegen, welcher Arzt die Begutachtung durchführen soll. Die Auswahl hat vielmehr nach billigem Ermessen i. S. des § 315 Abs. 1 BGB zu erfolgen. Im eigenen Interesse sollte der Arbeitgeber einen Arzt auswählen, der die Gebietsbezeichnung „Arbeitsmedizin“ oder die Zusatzbezeichnung „Betriebsmedizin“ führt²². Ist ein Betriebsarzt nach § 2 ASiG bestellt, sollte der Arbeitgeber vorrangig diesen mit der Untersuchung beauftragen.²³ Macht der Arbeitnehmer rechtzeitig vor oder während der Eignungsuntersuchung begründete Bedenken, etwa gegen die Fachkunde oder Unvoreingenommenheit des begutachtenden Arztes, geltend, so kann es je nach den Umständen des Einzelfalls allein billigem Ermessen entsprechen, dass der Arbeitgeber einen anderen Arzt mit der Begutachtung beauftragt²¹. Der Arbeitnehmer kann das Ergebnis der Auswahl durch den Arbeitgeber gerichtlich überprüfen lassen²¹. Empfehlenswert ist, bereits im Arbeitsvertrag zu regeln, dass dem Arbeitgeber ein entsprechendes Bestimmungsrecht zusteht.

11 Riesenhuber, RdA 2011 S. 257 (258 f.); Gola/Schomerus, BDSG, 10. Aufl., § 4a Rdn. 15; ErfK/Wank, 14. Aufl., § 4a BDSG Rdn. 1; Kleinebrink, ArbRB 2012 S. 61 (62).

12 Vgl. Gola/Schomerus, a.a.O. (Fn. 11), § 4a Rdn. 14.

13 Riesenhuber, RdA 2011 S. 257 (260); vgl. auch HWK/Lembke, 5. Aufl., Vorb. BDSG Rdn. 60.

14 Riesenhuber, RdA 2011 S. 257 (258); Gola/Schomerus, a.a.O. (Fn. 11), § 4a Rdn. 18; ErfK/Wank, 14. Aufl., Rdn. 4; Kleinebrink, ArbRB 2012 S. 61 (63).

15 Simitis/Simitis, a.a.O. (Fn. 8), § 4a BDSG Rdn. 99; Gola/Schomerus, a.a.O. (Fn. 11), § 4a Rdn. 18 f.; Riesenhuber, RdA 2011 S. 257 (258); Kleinebrink, ArbRB 2012 S. 61 (64); a. A. HWK/Lembke, 5. Aufl., Vorb. BDSG Rdn. 58.

16 Riesenhuber, RdA 2011 S. 257 (258); Gola/Schomerus, a.a.O. (Fn. 11), § 4a Rdn. 18; ErfK/Wank, 14. Aufl., § 4a BDSG Rdn. 3; HWK/Lembke, 5. Aufl., Vorb. BDSG Rdn. 58.

17 Vgl. Riesenhuber, RdA 2011 S. 257 (259).

18 Preis/Preis, Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl., II. G 30 Rdn. 178.

19 ErfK/Wank, 14. Aufl., § 4a BDSG Rdn. 1; Riesenhuber, RdA 2011 S. 257 (259); Kleinebrink, ArbRB 2012 S. 61 (63).

20 Ausf. Kleinebrink, ArbRB 2012 S. 61 (63).

21 BAG vom 27. 9. 2012 – 2 AZR 811/11, DB 2013 S. 1676 (Ls.).

22 Vgl. § 7 Abs. 1 ArbMedVV.

23 Vgl. § 3 Abs. 2 Satz 2 ArbMedVV.

4. Musterformulierung

Eine Einwilligung des Arbeitnehmers könnte demnach wie folgt gefasst werden:²⁴

Einwilligung in Eignungsuntersuchung und Weitergabe des Ergebnisses der Untersuchung an den Arbeitgeber

Der Arbeitnehmer erklärt sich bereit, sich auf Verlangen des Arbeitgebers hinsichtlich der gesundheitlichen Eignung für die übernommene oder eine beabsichtigte Arbeitsaufgabe ärztlich untersuchen zu lassen. Den Arzt bestimmt der Arbeitgeber nach billigem Ermessen. Ist ein Betriebsarzt bestellt, ist dieser vorrangig zu berücksichtigen. Die hierdurch anfallenden Kosten trägt der Arbeitgeber. Der Arbeitnehmer entbindet den untersuchenden Arzt insoweit von der ärztlichen Schweigepflicht, als das Untersuchungsergebnis Einfluss auf die Erfüllung der arbeitsvertraglich vorausgesetzten Einsatzfähigkeit des Arbeitnehmers haben kann. Der Arbeitgeber erhält vom Arzt lediglich die Mitteilung „Für den Arbeitsplatz gesundheitlich geeignet“ oder „Für den Arbeitsplatz gesundheitlich nicht geeignet“.

IV. Anlassbezogene Eignungsuntersuchungen

Möglichkeiten, Eignungsuntersuchungen von Arbeitnehmern auch ohne deren vorherige schriftliche Einwilligung durchzusetzen und vom Ergebnisdatum zu erfahren, ergeben sich für einen Arbeitgeber, wenn er für eine derartige Untersuchung einen rechtlichen oder tatsächlichen Anlass hat.

1. Rechtsgrundlagen

Entsprechende Verpflichtungen eines Arbeitnehmers können auf verschiedenen Rechtsgrundlagen beruhen.

a) Gesetz

Ein Arbeitnehmer ist verpflichtet, an gesetzlich vorgeschriebenen ärztlichen Untersuchungen mitzuwirken. Gesetzlich vorgeschrieben sind derartige Untersuchungen z. B. für Jugendliche. Ein Jugendlicher hat sich nach § 32 JArbSchG einer Erstuntersuchung und nach § 33 JArbSchG einer ersten Nachuntersuchung zu unterziehen. Solange der Jugendliche an derartigen Untersuchungen nicht teilgenommen hat, obwohl die Voraussetzungen hierfür vorgelegen haben, darf der Arbeitgeber ihn nach § 32 Abs. 1 bzw. § 33 Abs. 3 JArbSchG nicht beschäftigen.

b) Tarifvertrag

Denkbar sind auch tarifliche Regelungen²⁵. Eine entsprechende Regelung enthält der Manteltarifvertrag für Arbeiter, Angestellte und Auszubildende in der Metall- und Elektroindustrie Nordrhein-Westfalens vom 24. 8./11. 9. 2001 (MTV Metall NRW). Nach § 9 Nr. 1 Abs. 3 Satz 1 MTV Metall NRW kann der Arbeitgeber bzw. Ausbildungsbetrieb vom arbeitsunfähigen Arbeitnehmer bzw. Auszubildenden verlangen, ihm das Ende der Arbeitsunfähigkeit durch Bescheinigung des Arzts oder der Krankenkasse nachzuweisen²⁶. Anlass für die Untersuchung ist die Frage, ob der Arbeitnehmer tatsächlich wieder arbeitsfähig ist. Damit erfolgt gleichsam eine Bescheinigung über die Wiedererlangung der gesundheitlichen Eignung. Eine entsprechende Regelung ist auch in einem Firmentarifvertrag denkbar.

c) Ausdrückliche vertragliche Regelung

Rechtlich möglich ist ferner, bereits im Arbeitsvertrag zu vereinbaren, dass der Arbeitnehmer in Eignungsuntersuchungen einwilligt, die aus einem besonderen Anlass vom Arbeitgeber angeordnet werden. Auch insoweit sind die Voraussetzungen zu beachten, die § 4a BDSG für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von sensiblen Daten aufstellt²⁶.

Eine derartige Einwilligung könnte wie folgt gefasst werden²⁴:

Einwilligung in Eignungsuntersuchung und Weitergabe des Ergebnisses der Untersuchung an den Arbeitgeber

Bestehen tatsächliche Anhaltspunkte für den Arbeitgeber, an der gesundheitlichen Eignung des Arbeitnehmers für die derzeitige Tätigkeit oder eine beabsichtigte Tätigkeit zu zweifeln oder soll dem Arbeitnehmer eine andere Tätigkeit zugewiesen werden, ist der Arbeitnehmer verpflichtet, sich einer Untersuchung zu unterziehen, die allein den Zweck hat, diese gesundheitliche Eignung zu überprüfen. Die Auswahl des Arzts erfolgt durch den Arbeitgeber nach billigem Ermessen. Die hierdurch anfallenden Kosten trägt der Arbeitgeber. Der Arbeitnehmer willigt ein, dass der Arzt, der die Eignungsuntersuchung vornimmt, dem Arbeitgeber deren Ergebnis (für den Arbeitsplatz gesundheitlich geeignet/nicht geeignet) mitteilt. Er entbindet den Arzt insoweit von der Schweigepflicht.

d) Ungeschriebene vertragliche Verpflichtung

Darüber hinaus besteht eine derartige Verpflichtung nach bisheriger Rechtslage unabhängig von einer ausdrücklichen vertraglichen Bestimmung, wenn sie aufgrund eines tatsächlichen Anlasses und damit aufgrund eines berechtigten Interesses vom Arbeitgeber angeordnet wird, und zwar unabhängig davon, ob diese Untersuchung vor der Einstellung oder während des Arbeitsverhältnisses erfolgen soll²⁷. Der Arbeitnehmer ist aufgrund der ihm obliegenden allgemeinen Treupflicht und damit aus dem Arbeitsvertrag gehalten, in eine derartige Untersuchung und damit in die Datenerhebung einzuwilligen und sich gegenüber dem Arzt damit einverstanden zu erklären, dass dieser die Befunddaten an den Arbeitgeber weitergibt und die Daten damit übermittelt und verwendet werden.

Ein Anlass, der eine Verpflichtung des Arbeitnehmers an der Mitwirkung bei der Untersuchung begründet, sind z. B. begründete Zweifel an der Tauglichkeit des Arbeitnehmers, den Anforderungen seines Arbeitsplatzes aus gesundheitlichen Gründen auf Dauer gerecht zu werden, oder die Umsetzung bzw. Versetzung auf einen anderen Arbeitsplatz²⁸.

§ 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG steht dem nicht entgegen. Die Eignungsuntersuchung dient dazu, dass der Arbeitgeber für das Arbeitsentgelt auch die volle Gegenleistung des Arbeitnehmers erhält oder aber ihn, ohne das Risiko des Gläubigerverzugs einzugehen, nicht arbeiten lässt. Ihr Ziel ist damit die Verteidigung von Ansprüchen. Diese Abwägung entspricht dem Entwurf des Gesetzes zum Beschäftigtendatenschutz, nach dessen § 32c Abs. 3 BDSG-E ein Arbeitgeber eine gesundheitliche Untersuchung verlangen kann, soweit dies erforderlich ist, um die Eignung zu überprüfen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, die Zweifel an der fortdauernden Eignung des Arbeitnehmers begründen, oder ein Wechsel seiner Tätigkeit oder seines Arbeitsplatzes beabsichtigt ist²⁹.

V. Sanktionsmöglichkeiten

Hat der Arbeitnehmer eine wirksame Einwilligung zu einer nicht anlassbezogenen Eignungsuntersuchung erteilt und nicht wirksam widerrufen, verletzt er seine arbeitsvertraglichen Pflichten, wenn er sich nicht der entsprechenden Untersuchung unter-

24 Eine Umrahmung ist sinnvoll, um die Bedeutung der Einwilligung hervorzuheben.

25 Ausf. zur Arbeitsfähigkeitsbescheinigung *Kleinebrink*, ArbRB 2002 S. 274 ff.

26 Siehe unter III. 2.

27 BAG vom 12. 8. 1999, a.a.O. (Fn. 7); vom 6. 11. 1997 – 2 AZR 801/96, DB 1998 S. 1717; HWK/Thüsing, 5. Aufl., § 611 BGB Rdn. 385; ErfK/Preis, 14. Aufl., § 611 BGB Rdn. 746; *Däubler*, Gläserne Belegschaften, 5. Aufl., Rdn. 278; unklar BAG vom 27. 9. 2012, a.a.O. (Fn. 21), „einzelvertraglich geregelte Pflicht“.

28 Vgl. BAG vom 12. 8. 1999, a.a.O. (Fn. 7).

29 BT-Drucks. 535/10 vom 3. 9. 2010.

zieht. Gleiches gilt, wenn der Arbeitnehmer trotz einer entsprechenden Aufforderung durch den Arbeitgeber an einer anlassbezogenen Eignungsuntersuchung nicht teilnimmt. Verschiedene Sanktionen sind in diesen Fällen denkbar.

1. Auswirkungen auf einen Gläubigerverzug des Arbeitgebers

Nimmt der Arbeitnehmer pflichtwidrig an der Eignungsuntersuchung nicht teil, ist der Arbeitgeber nicht berechtigt, dessen Arbeitsleistung abzulehnen und die Zahlung des Arbeitsentgelts einzustellen, sofern der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung anbietet und arbeitsfähig ist³⁰. Ein Beschäftigungsverbot, wie es § 4 Abs. 2 ArbMedVV bei Nichtteilnahme an einer Pflichtvorsorge vorsieht, besteht bei unterlassenen Eignungsuntersuchungen nicht. Die dem Arbeitgeber obliegende Fürsorgepflicht berechtigt diesen nicht, dem Arbeitnehmer entgegen dessen erklärten Willen die Beschäftigung auf einem Arbeitsplatz dann zu verweigern, wenn der Arbeitgeber ihn als für den Arbeitnehmer gesundheitlich gefährdend ansieht³⁰. Etwas anderes ergibt sich selbst dann nicht, wenn der Arbeitnehmer eine ärztliche Empfehlung zum Wechsel des Arbeitsplatzes vorlegt. Solange diese keine Arbeitsunfähigkeit bescheinigt, ist sie nicht geeignet, eine in der Person des Arbeitnehmers bestehende Unmöglichkeit zur Arbeitsleistung i. S. von § 297 BGB zu begründen³¹.

Bei einem arbeitswilligen Arbeitnehmer, der pflichtwidrig an einer Eignungsuntersuchung nicht teilgenommen hat, scheidet mangels besonderer gesetzlicher Grundlage folglich eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Entgeltzahlung aufgrund eines Annahmeverzugs i. S. des § 615 BGB nur dann aus, wenn der Arbeitnehmer arbeitsunfähig ist. Ob eine solche krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit vorliegt, ist allein anhand objektiver Merkmale zu beurteilen. Unerheblich ist, wie der Arbeitnehmer seine Arbeitsfähigkeit selber einschätzt³⁰. Die Darlegung – und Beweislast – für das Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit obliegt dem Arbeitgeber³².

Beschäftigt ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer, den er irrtümlicherweise für arbeitsunfähig hält und der eine Eignungsuntersuchung pflichtwidrig nicht durchgeführt hat, nicht, gerät er in Annahmeverzug i. S. des § 615 BGB. Dem Anspruch auf Zahlung des Verzugslohns kann er in diesem Fall nicht erfolgreich entgegenhalten, der Arbeitnehmer sei gleichsam mit Schuld an seiner fehlerhaften Beurteilung, da er sich der Eignungsuntersuchung nicht unterzogen hat. In Fällen, in denen § 615 BGB anwendbar ist, ist der Arbeitgeber mit dem Einwand eines mitwirkenden Verschuldens des Arbeitnehmers ausgeschlossen. Der Anspruch aus § 615 BGB ist nicht auf Schadensersatz, sondern auf Vertragserfüllung gerichtet, sodass § 254 BGB auf den Erfüllungsanspruch aus § 615 BGB nicht anwendbar ist³³.

2. Abmahnung

Verstößt ein Arbeitnehmer gegen eine tarif- oder einzelvertraglich geregelte Pflicht, bei gegebener Veranlassung auf Wunsch des Arbeitgebers an einer ärztlichen Untersuchung mitzuwirken, die das Ziel hat, seine Arbeitsfähigkeit festzustellen, ist eine Abmahnung gerechtfertigt³⁴.

3. Kündigung

Hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer abgemahnt und verstößt dieser dennoch gegen seine Verpflichtung, an der Eignungsuntersuchung mitzuwirken, ist eine verhaltensbedingte Kündigung regelmäßig sozial gerechtfertigt²¹.

Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG ist eine Kündigung u. a. dann sozial gerechtfertigt, wenn Sie durch Gründe, die im Verhalten des Arbeitnehmers liegen, bedingt ist. Dies ist der Fall, wenn der Arbeitnehmer seine vertraglichen Haupt- oder Nebenpflichten erheblich und i. d. R. schuldhaft verletzt und eine dauerhaft störungsfreie Vertragserfüllung in Zukunft nicht mehr zu erwarten ist. Dann kann dem Risiko künftiger Störungen nur durch eine fristgemäße Beendigung des Arbeitsverhältnisses entgegen gewirkt werden. Allerdings muss ausgeschlossen sein, dass bereits mildere Mittel und Reaktionen vonseiten des Arbeitgebers geeignet gewesen wären, eine künftige Vertragstreue beim Arbeitnehmer zu erreichen. Liegt eine vergebliche Abmahnung vor, ist diese negative Prognose gegeben³⁵. Die einem Arbeitnehmer obliegende Verpflichtung, an einer Eignungsuntersuchung teilzunehmen, stellt eine derartige Nebenpflicht dar, die bei einer vorherigen vergeblichen Abmahnung einen solchen verhaltensbedingten Kündigungsgrund darstellen kann²¹.

VI. Zusammenfassung

Bei einer Vorsorgeuntersuchung erfährt der Arbeitgeber nach neuem Recht ohne Einwilligung des Arbeitnehmers lediglich nur noch, ob dieser an der Vorsorge teilgenommen hat. Es ist deshalb für ihn wichtig, die weiter gegebene Möglichkeit von Eignungsuntersuchungen zu nutzen. Erhält er die Einwilligung des Arbeitnehmers, kann diese auch ohne begründeten Anlass erfolgen.

30 BAG vom 17. 2. 1998 – 9 AZR 130/97, DB 1999 S. 100.

31 BAG vom 17. 2. 1998, a.a.O. (Fn. 31); ausf. zur rechtlichen Bedeutung von Verschlimmerungsstaten *Kleinebrink*, NZA 2002 S. 716 ff.

32 BAG vom 14. 8. 2011 – 5 AZR 562/02, DB 2004 S. 439.

33 BGH vom 14. 11. 1966 – VII ZR 112/64, DB 1966 S. 1965.

34 LAG Düsseldorf vom 31. 5. 1996, a.a.O. (Fn. 6); vgl. auch BAG vom 27. 9. 2012, a.a.O. (Fn. 21).

35 Ausf. zur negativen Prognose bei einer verhaltensbedingten Kündigung *Kleinebrink*, ArbRB 2010 S. 24 ff.

Entscheidungen

Arbeitsvertragsrecht/Betriebsverfassungsrecht

Versetzung: Schließung eines Stationierungsorts einer Fluggesellschaft

Bestimmung des Orts der Arbeitsleistung in Kombination mit Versetzungsvorbehalt (Einsatzmöglichkeit im gesamten Unternehmen) verhindert regelmäßig vertragliche Beschränkung des

Orts der Arbeitsleistung – Jedoch umfassende Ausübungskontrolle nach § 106 Satz 1 GewO, § 315 BGB in Bezug auf Versetzung – Besonderes Gewicht der Unternehmerentscheidung

GewO § 106; BGB § 315; BetrVG §§ 99, 117

1. Ist im Arbeitsvertrag ein bestimmter Ort angegeben, an dem die Arbeit zu beginnen ist, so muss darin keine vertragliche Fest-