

Einstellungs- und Eignungsuntersuchungen

Von

Patrick Aligbe, LL.M. (Medizinrecht)

Teamleiter

B·A·D Gesundheitsvorsorge und Sicherheitstechnik GmbH, München

2021


beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG



beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

www.beck.de

ISBN 978 3 406 75459 3

© 2021 Verlag C.H. Beck oHG
Wilhelmstraße 9, 80801 München

Druck: Druckerei C.H. Beck, Nördlingen
(Adresse wie Verlag)

Satz: Textservice Zink, 74869 Schwarzach

Umschlaggestaltung: Maria Seidel, atelier-seidel.de



Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

Vorwort zur 2. Auflage

Die oft ersehnte obergerichtliche Rechtsprechung zu routinemäßigen Eignungsuntersuchungen lässt leider immer noch auf sich warten. Mittlerweile (und damit 5 Jahre nach der 1. Auflage) hat sich aber in der Rechtsliteratur die Meinung verfestigt, dass unter gewissen Voraussetzungen routinemäßige Eignungsuntersuchungen rechtmäßig sein können.

Anpassungen waren aber auf jeden Fall erforderlich in Bezug auf die Datenschutzgrundverordnung und auch in Bezug auf das Mutterschutzgesetz. So wurden generell die Rechtsvorschriften an die aktuelle Rechtssituation angepasst.

Einstellungs- und Eignungsuntersuchungen bilden nach wie vor einen festen Bestandteil der Tätigkeiten eines Arbeitsmediziners und sind auch aus Sicht der Arbeitgeber und Personalverantwortlichen weiterhin ein präsent Thema. Mehr denn je ist es erforderlich, sich mit den rechtlichen Grundlagen dieser aus Sicht der Beschäftigten tiefgreifenden Maßnahmen zu befassen, da sich das Bewusstsein für rechtskonformes Handeln mehr und mehr durchsetzt. Auch ist zu vermerken, dass vermehrt Beschäftigte Streitigkeiten in Bezug auf Rechte und Pflichten auch gerichtlich überprüfen lassen.

Das vorliegende Werk soll weiterhin die von Einstellungs- und Eignungsuntersuchungen betroffenen Personen in ihrer täglichen Arbeit unterstützen und durch den „Dschungel“ der rechtlichen Hintergründe führen.

Neu eingeführt wurden die Vorschriften des „Masernschutzgesetzes“ in Bezug auf den Nachweis einer ausreichenden Immunität in bestimmten Einrichtungen. Ebenso wurde ergänzt, unter welchen Voraussetzungen der Impf- und Serostatus von Beschäftigten in bestimmten medizinischen Einrichtungen durch den Arbeitgeber erhoben werden darf.

Anregungen zu diesem Buch dürfen gerne an: arbeitsschutz@sicherheitsrecht-bayern.de gesandt werden.

München, im September 2020

Patrick Aligbe

Inhaltsverzeichnis

Vorwort zur 2. Auflage	V
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Literaturverzeichnis	XXI

A. Grundrechtsrelevanz	1
I. Grundrechte	1
1. Die Wirkung der Grundrechte	2
2. Grundrecht auf Berufsfreiheit	3
3. Allgemeines Persönlichkeitsrecht	5
4. Recht auf informationelle Selbstbestimmung	6
5. Recht auf körperliche Unversehrtheit	7
6. Selbstbestimmungsrecht	8
II. Bestimmung des Anforderungsprofils und Einstellungsentscheidung durch den Arbeitgeber	9
1. Anforderungsprofil	9
2. Auswahlrichtlinien	11
3. Einstellungsentscheidung	14
III. Verhältnismäßigkeit der Untersuchungen	15
1. Geeignetheit	16
2. Erforderlichkeit	16
3. Angemessenheit	17
4. Blutentnahme	18
IV. Die Bestimmung des Arztes bei Eignungsuntersuchungen (Arztwahl)	19
1. Billiges Ermessen	20
2. Begründete Bedenken seitens des Beschäftigten	22
3. Fazit	22
B. Allgemeine Einstellungsuntersuchungen	24
I. Einstellungsuntersuchungen	24
II. Das „Fragerecht des Arbeitgebers“	25
III. Die ärztliche Untersuchung als „Mittel des Fragerechts“	28
IV. Wesentliche und entscheidende Anforderung	30
V. Einschränkung der Eignung für die vorgesehene Tätigkeit	32
VI. Eignungsvorbehalte in rechtlichen Vorschriften	33
VII. Eigengefährdung	34
VIII. Ansteckende Krankheiten	35
1. Allgemeine Grundlagen	35
2. Exkurs: Datenverarbeitung in Bezug auf den Impf- und Serostatus nach § 23a IfSG	37
IX. Arbeitsunfähigkeit	39
X. Konkretheit der medizinischen Fragestellung	42

Inhaltsverzeichnis

XI. Offenbarungspflichten des Bewerbers/Beschäftigten	44
XII. Verpflichtung zur Teilnahme an einer Einstellungsuntersuchung	46
XIII. Kosten der Einstellungsuntersuchung	47
XIV. Abgrenzung Arbeitsschutzrecht/Arbeitsrecht	47
XV. Spezielle Regelungen	47
XVI. Tätigkeitswechsel im bestehenden Beschäftigungsverhältnis	48
C. Routinemäßige Untersuchungen im Beschäftigungsverhältnis	49
I. Grundsätzliche Problematik	49
II. Rechtlich vorgeschriebene Eignungsuntersuchungen	51
III. Eignungsuntersuchungen ohne spezifische Rechtsgrundlage	52
1. Gefährdungen für Dritte	53
2. Infektionsgefährdung	55
3. Eigengefährdung	56
4. Reines Tätigkeitsinteresse	58
IV. Arbeitsrechtliche und datenschutzrechtliche Grundlage	59
V. Früherkennung und Verhinderung arbeitsbedingter Erkrankungen ..	59
D. Eignungsuntersuchungen aufgrund besonderer Veranlassung	61
I. Allgemein	61
1. Gründe für besondere Anlässe	62
2. Fürsorgegrundsatz	66
3. Konkrete Fragestellung an den Arzt	67
4. Betriebliches Eingliederungsmanagement	68
5. Arbeitsrechtliche und datenschutzrechtliche Zulässigkeit	68
6. Früherkennung und Verhinderung arbeitsbedingter Erkrankungen	70
II. Ärztliche Untersuchungen nach dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) und dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L)	71
1. Regelungen im Tarifvertrag	71
2. Begründete Veranlassung	71
III. Einstellungsuntersuchungen	73
E. Eignungsvorbehalte (Rechtsvorschriften, die eine Eignungs-/ Befähigungsprüfung vorsehen)	74
I. Einleitung	74
II. Befähigungsprüfung nach dem Arbeitsschutzgesetz	75
1. Hintergrund dieser Vorschrift	75
2. Inhalt der Befähigungsprüfung nach § 7 ArbSchG	76
3. Notwendigkeit ärztlicher Eignungsuntersuchungen	79
4. Rangfolgeprüfung Arbeitsschutzmaßnahmen	82
5. Zeitpunkt der Befähigungsprüfung nach § 7 ArbSchG	82
6. Fachliche Anforderungen an den Arzt	83
7. Mitbestimmung der Personalvertretung	84
III. Betriebssicherheitsverordnung	85
IV. Lastenhandhabungsverordnung	87

Inhaltsverzeichnis

V. Werdende Mütter	89
VI. Unfallverhütungsvorschriften	89
1. Beispiele für Unfallverhütungsvorschriften mit Eignungsvorbehalten	90
2. Regelungsreichweite einer Unfallverhütungsvorschrift	91
3. Ärztliche Untersuchungen	92
VII. Eignungsvorbehalte im Straßenverkehrsrecht	93
VIII. Selbstprüfungspflicht im öffentlichen Straßenverkehr	95
IX. Eignungsvorbehalte als Berufszugangsvoraussetzung	96
1. Allgemeines	96
2. Beispiele für berufliche Eignungsvorbehalte	96
X. Untersuchungsumfang bei Eignungsvorbehalten	97
XI. Fazit zu den Eignungsvorbehalten	99
F. Rechtlich definierte Eignungsuntersuchungen (Überblick)	100
G. Individuelles Beschäftigungsverbot nach dem Mutterschutzrecht ...	102
I. Auswirkungen einer Schwangerschaft auf den Arbeitsvertrag	102
II. Geltungsanfang und Wesen der mutterschutzrechtlichen Regelungen	102
III. Beginn des Schutzes	103
IV. Persönlicher Anwendungsbereich	104
V. Mitteilungspflicht der Schwangerschaft	104
VI. Ärztliches Beschäftigungsverbot nach § 16 Abs. 1 MuSchG	106
VII. Ärztliches Zeugnis	108
VIII. Gefährdung von Leben oder Gesundheit	110
IX. Gefährdung bei Fortdauer der Beschäftigung	111
X. Entscheidung des Arztes	113
XI. Abgrenzung von Beschäftigungsverbot und krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit	114
XII. Kosten des „ärztlichen Zeugnisses“ nach § 16 Abs. 1 MuSchG	114
XIII. Inhalt des Zeugnisses	115
XIV. Informationen über den konkreten Arbeitsplatz	117
XV. Arztwahl	118
XVI. Nachfragerecht des Arbeitgebers	119
XVII. „Erschütterung“ des Beweiswertes des ärztlichen Zeugnisses	121
XVIII. Nachuntersuchung der schwangeren Beschäftigten	124
XIX. Weitere Beschäftigungsverbote für Schwangere	125
H. Untersuchungen nach dem Jugendarbeitsschutzgesetz	126
I. Erstuntersuchung	127
II. Erste Nachuntersuchung	128
III. Außerordentliche Nachuntersuchung	130
IV. Weitere Nachuntersuchungen	131

Inhaltsverzeichnis

V. Inhalt der Untersuchungen	133
VI. Ärztliche Beurteilung	134
1. Besondere Gesundheitsmaßnahmen	135
2. Außerordentliche Nachuntersuchung	136
VII. Wechsel des Arbeitgebers	136
VIII. Aufzeichnungen des Arztes	138
IX. Mitteilungen und Bescheinigungen (Personensorgeberechtigten und Arbeitgeber)	138
1. Mitteilung an den Personensorgeberechtigten	139
2. Mitteilung an den Arbeitgeber	140
3. Rechtsfolgen bei einem Gefährdungsvermerk	140
4. Behördliche Ausnahmen bei bestehenden Gefährdungsvermerk ..	141
X. Freistellung für Untersuchungen	142
XI. Aufbewahrungsfristen der ärztlichen Unterlagen	143
1. Aufbewahrungsfristen für den Arbeitgeber	144
2. Herausgabeverpflichtung an den Jugendlichen	145
3. Aufbewahrungsfristen für den Arzt	146
XII. Kosten der Untersuchungen	146
XIII. Freie Arztwahl	146
XIV. Eingreifen der Aufsichtsbehörde	147
I. Datenschutzrecht und Arbeitsrecht	149
I. Datenschutz und Arbeitsrecht	149
1. Allgemeines	149
2. Arbeitsrechtliche Zulässigkeit von Eignungsuntersuchungen (Fragerecht des Arbeitgebers)	150
3. Rechtsvorschriften des Datenschutzrechts	152
a) § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG	152
b) § 26 Abs. 3 BDSG	153
4. Zusammenspiel von Datenschutz und Arbeitsrecht	154
5. Problematik der Ergebnismitteilung	154
II. Arbeitsvertrag	155
1. Allgemeines	155
2. Fortbestand Datenschutzrecht und Arbeitsrechts	155
3. Teilnahmeverpflichtung an der Untersuchung	156
4. Regelung der Einwilligung im Arbeitsvertrag	158
a) Einwilligung in ärztliche Untersuchungen	158
b) Einwilligung in die Ergebnisweitergabe	159
5. Regelmäßigkeit der Eignungsuntersuchungen	161
6. Tätigkeitsbezug	161
7. Besonderer Untersuchungsanlass	162
8. Klarheit der vertraglichen Regelungen	162
9. Mitbestimmung des Betriebsrates	162
III. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers als mögliche Rechtsgrundlage für Eignungsuntersuchungen?	163
1. Grenzen des Weisungsrechtes	163
2. Die ärztliche Untersuchung als Weisungsgegenstand	165
IV. Gefährdungsbeurteilung	166

Inhaltsverzeichnis

V. Die Betriebsvereinbarung als Rechtsgrundlage für Eignungsuntersuchungen	167
1. Die Betriebsvereinbarung	168
2. Normwirkung	169
3. „Veröffentlichung“ der Betriebsvereinbarung	170
4. Möglicher Inhalt von Betriebsvereinbarungen und Regelungsgrenzen	170
5. Verhältnis Arbeitsvertrag – Betriebsvereinbarung	171
6. Sperrwirkung durch Tarifvertrag	172
7. Grundsatz von Recht und Billigkeit	173
8. Diskriminierungsverbot	174
9. Freie Entfaltung der Persönlichkeit	175
10. Private Lebensführung	176
11. Erzwingbare und freiwillige Betriebsvereinbarungen	176
12. Verhältnis Betriebsvereinbarung zum Datenschutzrecht	178
a) Die Betriebsvereinbarung als datenschutzrechtliche Vorschrift	178
b) Schutzniveau des Datenschutzgesetzes	178
13. Die Betriebsvereinbarung als arbeitsrechtliche Grundlage für routinemäßige Eignungsuntersuchungen	180
14. Ärztliche Untersuchungen in Betriebsvereinbarungen	181
15. Datenweitergabe der Untersuchungsergebnisse an den Arbeitgeber	181
16. Gerichtliche Kontrolle von Betriebsvereinbarungen	183
17. Fazit	185
VI. Die auflösende Bedingung im Arbeitsvertrag	186
1. Grundsätzliches zur auflösenden Bedingung	186
a) Unterschied zum befristeten Arbeitsvertrag	186
b) Anwendbarkeit Teilzeitbefristungsgesetz	187
c) Sachlicher Grund	188
d) Schriftform	188
e) Frist für die Beendigung	189
f) Weiterarbeit nach Eintritt der auflösenden Bedingung	190
g) Kündigungsmöglichkeiten	191
2. Ärztliche Einstellungsuntersuchung als auflösende Bedingung ...	192
3. Zeitpunkt der ärztlichen Einstellungsuntersuchung bei einer auflösenden Bedingung	196
4. Häufige Erkrankungen als auflösende Bedingung	197
5. Gesundheitliche „Nichteignung“ als auflösende Bedingung	198
6. Rechtsfolgen der „auflösenden Bedingung“	198
7. Fazit	199
VII. Personalakte – Aufbewahrung von Gesundheitsdaten	200
1. Gesonderte Aufbewahrung sensibler Gesundheitsdaten	200
2. Art der gesonderten Aufbewahrung	202
3. Befunddaten	202
4. Ergebnisse der ärztlichen Untersuchungen	203
VIII. Abgrenzung von Eignungsuntersuchungen und arbeitsmedizinischen Vorsorgemaßnahmen nach der ArbMedVV	205
1. Unterschiedliche Zielsetzungen	205
2. Arbeitsmedizinische Vorsorge	205
3. Eignungsuntersuchungen	206

Inhaltsverzeichnis

4. Abgrenzungshilfen	207
5. Trennungsgebot	208
IX. Mitbestimmungsrechte der Personalvertretungen bei Eignungsuntersuchungen	209
1. Mitbestimmung in sozialen und organisatorischen Angelegenheiten	210
2. Regelungen über die Verhütung von Arbeitsunfällen	211
3. Fragen der Ordnung und des Verhaltens im Betrieb	212
4. Untersuchungen aus besonderem Anlass	213
5. Personalvertretungsgesetze des Bundes und der Länder	214
X. Eignungsuntersuchungen als Arbeitsschutzmaßnahme	215
XI. Überprüfung der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit	216
J. Ergebnismitteilung an den Arbeitgeber/Ärztliche Schweigepflicht ..	221
I. Die Schweigepflicht des Arztes	222
II. „Geeignet“ „nicht geeignet“ als Geheimnis	225
III. Zustimmung des Bewerbers/Beschäftigten in die Datenweitergabe ..	228
1. Einwilligung in die Datenweitergabe	229
2. Problem konkludente Einwilligung	231
3. Die datenschutzrechtliche Einwilligung in die Datenweitergabe ..	233
a) Freiwilligkeit	235
b) Informierter Weise	236
c) Unmissverständlich	236
d) Eindeutige Handlung	236
e) Form der Einwilligung	237
f) Einwilligung nicht geschäftsfähiger Personen	237
g) Besondere Hervorhebung	237
h) Widerrufbarkeit	237
IV. Inhalt der Mitteilung nach Entbindung der Schweigepflicht	238
V. Sonderstellung Betriebsarzt/Arbeitsmediziner?	239
VI. Offenbarungspflicht bei Berufskrankheiten	240
VII. Offenbarungspflichten bei Infektionskrankheiten/meldepflichtigen Krankheiten	241
1. Meldepflichtige Krankheiten	241
2. Meldepflichtige Nachweise von Krankheitserregern	242
VIII. Amtsarzt/Arzt bei Dienstunfähigkeitsuntersuchungen	242
IX. Der Arzt als Zeuge vor Gericht	243
X. Der Arzt als Sachverständiger vor Gericht	245
1. Die ärztliche Schweigepflicht	245
2. Pflicht zur Erstattung eines Gutachtens	246
3. Gutachtenweigerungsrecht	246
K. Besondere Fallgruppen	249
I. Problematik Schwangerschaft und Behinderung als Eignungskriterien (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz)	249
1. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz	249
2. Schwangerschaft	250
a) Auswirkungen der Schwangerschaft auf den Arbeitsvertrag ..	251

Inhaltsverzeichnis

b) Schwangerschaftsaspekt bei der Einstellungsuntersuchung . . .	252
c) Schwangerschaftsaspekt im bestehenden Beschäftigungsverhältnis	254
d) Beurteilung der Schwangerschaft durch den Arzt	254
3. Behinderung	255
a) Begriff der Behinderung	256
b) Sonderfall Alkohol- und Drogensucht als Behinderung	258
c) HIV als Sonderfall der Behinderung	259
d) Das Merkmal der Behinderung in der Einstellungs- und Eignungsuntersuchung	260
e) Die Frage nach der Schwerbehinderung im laufenden Beschäftigungsverhältnis	263
4. Die bloße Annahme einer Schwangerschaft oder Behinderung . . .	264
5. Recht auf Einstellung	265
II. Drogen und Alkohol	266
1. Drogen- und Alkoholscreening im Einstellungsverfahren	268
2. Frage nach Alkohol- oder Drogensucht	269
3. Vorbemerkung zu Untersuchungen in Bezug auf Alkohol- oder Drogensucht	270
4. Urinproben zur Klärung einer Drogensucht	271
5. Blutentnahme zur Klärung einer Alkohol- oder Drogensucht	272
6. Fragestellung nach reinem Drogen- bzw. Alkoholkonsum	272
7. Drogen- und Alkoholscreening im laufenden Beschäftigungsverhältnis	273
a) Alkohol- und Drogenabhängigkeit	273
b) Prüfung der Arbeitsfähigkeit	275
8. Schwierigkeit des Nachweises	277
a) Alkohol	278
b) Drogen	278
9. Auffälligkeiten	280
10. Ergebnismitteilung bei Prüfung der Arbeitsfähigkeit	281
11. Einwilligung in die Alkohol- und Drogentests	282
12. Richtigkeitsgewähr	282
13. Alkohol- und Drogenverbot im Betrieb	283
14. Gefährdungsbeurteilung	285
15. Überprüfung des betrieblichen Alkohol- bzw. Drogenverbotes . . .	286
16. Arbeitsrechtliche Konsequenzen	286
III. Gendiagnostik bei Einstellungs- und Eignungsuntersuchungen	287
1. Benachteiligungsverbot	287
2. Verbot genetischer Untersuchungen und Analysen	288
3. Bereits vorhandene Erkenntnisse	288
4. Rechtsfolgen	289
a) Entschädigung und Schadensersatz	289
b) Nichtigkeit einer Weisung	289
c) Ordnungswidrigkeit	289
d) Straftat	289
5. Begriffsbestimmungen	290
6. Ausnahmen bei arbeitsmedizinischen Vorsorgeuntersuchungen/ Vorsorgemaßnahmen	291
IV. Besonderheiten bei Beamten	291
1. Einstellungsuntersuchungen bei Beamten	291
2. Gesundheitliche Untersuchung bei Beamten auf Lebenszeit	293

Inhaltsverzeichnis

3. Mutterschutzrechtliche Regelungen	293
4. Dienstunfähigkeit	294
5. Anwendungsbereich Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz	294
6. Gendiagnostikgesetz	294
L. Die genauen Verpflichtungen des Beschäftigten im Rahmen von Eignungsuntersuchungen	295
I. Pflichten in Bezug auf die Untersuchungsteilnahme	295
II. Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht	296
III. Fiktion der Nichteignung	296
IV. Probleme der arbeitsgerichtlichen Durchsetzbarkeit von Eignungsuntersuchungen	297
M. Rechtsfolgen	301
I. Verweigerung der rechtmäßigen Eignungsuntersuchungen	301
II. Unrechtmäßige Untersuchung (datenschutzrechtlicher Aspekt)	301
III. Arbeitsunfall bei missachteten Eignungsvorbehalten	301
IV. Kündigung bei falscher Diagnose bei der Eignungsuntersuchungen	302
V. Unrechtmäßige ärztliche Untersuchung im Kündigungsprozess	302
VI. Negatives Untersuchungsergebnis	302
VII. Verstöße gegen das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)	303
VIII. Unzulässige Eignungsuntersuchungen – Schadensersatz	303
IX. Untersuchungsergebnis	303
N. Stufenmodell Eignungsuntersuchungen	304
O. Exkurs: Masernschutzgesetz	305
I. Allgemeines	305
II. Öffentlich-rechtliche Impfverpflichtung	305
III. Arbeitsvertragliche Impfverpflichtung	306
IV. Impfungen	307
V. Betroffener Personenkreis	307
1. Lebensalter	307
2. In der Einrichtung tätige Personen	307
VI. Betroffene Einrichtungen	308
1. Medizinische Einrichtungen iSv § 23 Abs. 3 IfSG	308
2. Gemeinschaftseinrichtungen	309
a) Kindertageseinrichtungen und Kinderhorte (§ 33 Nr. 1 IfSG)	309
b) Erlaubnispflichtige Kindertagespflege (§ 33 Nr. 2 IfSG)	309
c) Schulen und Ausbildungseinrichtungen (§ 33 Nr. 3 IfSG)	309
d) Heime (§ 33 Nr. 4 IfSG)	309
e) Einrichtungen zur gemeinschaftlichen Unterbringung (§ 36 Abs. 1 Nr. 4 IfSG)	310
VII. Nachweisverpflichtung	310
1. Impfdokumentation	310

Inhaltsverzeichnis

2. Ärztliches Zeugnis über den Impfschutz	310
3. Ärztliches Zeugnis über die Immunität	311
4. Vorlagennachweis	311
5. Nachweis der Kontraindikation	311
VIII. Ausreichender Impfschutz	311
IX. Problematik der Kombinationsimpfstoffe	312
X. Rechtsfolgen fehlender Nachweise	312
XI. Bestandsmitarbeiter zum 1.3.2020	313
Stichwortverzeichnis	315


beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG