

Tel: 0561-4001128
Fax: 0561-4001128
e-mail: dralexander.gagel@arcor.de

0221-3597-550
0221-3597-555
schian@iqpr.de

AZ 10-08-02-05
Oktober 2005

Forum C

Gutachten und Assessment
– Diskussionsbeitrag Nr. 4/2005 –

Was darf ein Arzt, der vom Arbeitgeber mit der Begutachtung der Arbeitsfähigkeit beauftragt wird, an den Arbeitgeber rückmelden?

Ein Arzt eines Berufsförderungswerkes wird von einem Arbeitgeber beauftragt die Arbeitsfähigkeit eines Arbeitnehmers zu beurteilen, da er bezweifelt, dass dieser seiner arbeitsvertraglichen Verpflichtung aus gesundheitlichen Gründen zuverlässig und auf Dauer nachkommen kann. Es wird hierfür ein Anforderungsprofil des Arbeitsplatzes erhoben und sodann aufgrund einer Untersuchung ein Fähigkeitsprofil des Arbeitnehmers erstellt. Im konkreten Fall stellt sich u. a. die Frage, ob der Arbeitnehmer aufgrund psychischer Probleme den Anforderungen des Arbeitsplatzes noch gewachsen ist. Daher soll auch eine psychologische Beurteilung der Leistungsfähigkeit erfolgen.

Der beauftragte Arzt stellte an uns die Frage, was er, insbesondere in Bezug auf die ärztliche Schweigepflicht, zu beachten hat.

Anzumerken ist, dass der Arbeitgeber in einem solchen Fall (Arbeitgeber bezweifelt die Arbeitsfähigkeit) nicht auf den MDK gemäß § 275 Abs. 1 a SGB V zurückgreifen kann, da hiernach nur ein Gutachten angefordert werden kann, wenn man die Arbeitsunfähigkeit bezweifelt.

Zur Abrundung des Themas wird auch kurz auf die Datenweitergabe bei Untersuchung nach § 15 SGB VII eingegangen und eine Übersicht über freiwillige Untersuchungen und Pflichtuntersuchungen gegeben.

Sabine Dalitz
Marcus Schian
Dr. Alexander Gagel
Dr. Hans-Martin Schian

Wir möchten Sie auch auf die Sammlung aller bisher erschienen Diskussionsbeiträge im Internet unter www.iqpr.de aufmerksam machen und Sie herzlich einladen sich an der Diskussion durch eigene Beiträge und Stellungnahmen zu beteiligen.

I. Bereitschaft und Mitwirkung des Arbeitnehmers bei vom Arbeitgeber veranlassten Begutachtungen

Die Untersuchung und Begutachtung von Arbeitnehmern sollte auf Freiwilligkeit beruhen. Wo dies aus Rechtsgründen nicht der Fall ist, sollte durch Überzeugungsarbeit versucht werden, eine zustimmende Haltung des Betroffenen zu erreichen.

Im Allgemeinen besteht keine Verpflichtung des Arbeitnehmers einer Untersuchung zuzustimmen, die der Arbeitgeber veranlasst¹. Er kann dementsprechend auch Einschränkungen in Bezug auf Art und Umfang der Untersuchung machen. Ebenso kann er die Einwilligung widerrufen oder nachträglich einschränken.

Anders ist dies, wenn nach Gesetz (z.B. §§ 32 ff. JugendarbeitsschutzG, § 81 Abs. 2 SeemannsG, §§19, 28-34 GefahrstoffVO, §§3-41 RöntgenVO, § 67 StrahlenschutzVO, § 10 DruckluftVO) **Tarifvertrag** (vgl. z. B. § 7 BAT²) **oder Einzelvertrag eine diesbezügliche Verpflichtung besteht**. Kommt der Arbeitnehmer dieser durch Gesetz, Tarif- oder Einzelvertrag begründeten Pflicht nicht nach, kann der Arbeitgeber u.U. nach erfolgloser Abmahnung das Arbeitsverhältnis kündigen. Die Untersuchung muss sich hier aber auf das unbedingt Erforderliche beschränken, soweit der Arbeitnehmer nicht einer Ausweitung zustimmt³.

II. Entbindung von der Schweigepflicht

1. Entbindung von Auskunftspersonen

Damit der beauftragte Arzt bzw. Psychologe mit den behandelnden Ärzten, dem Betriebsarzt oder sonstigen Personen, die für die Beurteilung wichtige Aussagen über den Arbeitnehmer machen können, Kontakt aufnehmen kann, benötigt er die Zustimmung des Arbeitnehmers hierzu.⁴

Hierbei ist zu beachten, dass sowohl der beauftragte Arzt zur Schweigepflicht über mögliche Daten, die ihm im Rahmen seines Auftrages zur Kenntnis gelangt sind, verpflichtet ist, als auch die möglicherweise anzusprechende Person gegenüber diesem Arzt zur Schweigepflicht verpflichtet ist. Der beauftragte Arzt ist aber in der Regel nicht darauf angewiesen seine Informationen an den anderen weiterzugeben, sondern benötigt in der Regel nur Informationen von diesem. In Einzelfällen kann es natürlich sinnvoll sein, dass es auch zu einem Austausch zwischen den beiden zur Schweigepflicht verpflichteten Personen kommt. Dann müssen beide von der Schweigepflicht gegenüber der jeweiligen anderen Person befreit sein.

¹ BAG 12. 8. 1999 AP Nr. 41 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung; BAG 12. 4. 2002 AP Nr. 65 zu § 1 KSchG 1969; zur Problematik ErfK-Preis, 230 Rz. 908 ff; zur Suchtproblematik s. Becker in Kittner/Zwanziger Arbeitsrecht, 2. Aufl. § 72 Rz. 57a ff.

² Voraussetzung ist hier aber die vorherige Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 84 Abs. 2 SGB IX; s. dazu Gagel "Eingliederungsmanagement im Öffentlichen Dienst - Verpflichtung zur Mitwirkung bei der ärztlichen Untersuchung nach § 7 Abs. 2 BAT im Lichte des § 84 Abs. 2 SGB IX" in Diskussionsforum B, Beitrag 3/2004 auf www.iqpr.de.

³ Nach der Rechtsprechung des BAG (BAGE 5, 159 = DB 61,1522) reicht die Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers nur soweit, wie der Arbeitgeber ein berechtigtes, billigenwertes und schutzwürdiges Interesse an der Auskunft hat. Siehe auch Klaus Hümmerich „Der Schutz des Beschäftigten vor Aufnahme ärztlicher Gutachten in Personalakten und Datenbanken“ in DB 1975, 1893 (1895) IV. 3 und 4 Absatz. Eine Untersuchung kann folglich nicht über die Offenbarungspflicht hinaus verlangt werden.

⁴ Franziska Röthig „Die Schweigepflicht des BÄD – insbesondere gegenüber den Arbeitgebern“, BAGE NZA 1987, 516.

Seine Zustimmung zur Kontaktaufnahme und Informationsweitergabe kann der Arbeitnehmer durch eine Schweigepflichtentbindungserklärung zum Ausdruck bringen. Der beauftragte Arzt bzw. Psychologe sollte sich dies immer schriftlich geben lassen.

Zuvor ist der Proband genau zu informieren, auf welche Gegenstände und Sachverhalte sich die Auskunft beziehen soll. Dies ist möglichst präzise in der Entbindungserklärung festzulegen⁵.

2. Entbindung des Gutachters

Damit der beauftragte Arzt bzw. Psychologe seinem Auftraggeber, also dem Arbeitgeber, das Ergebnis seiner Begutachtung rückmelden darf, benötigt er von dem Arbeitnehmer ebenfalls eine Entbindung von seiner Schweigepflicht.

Bei einer Untersuchung während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses wird – im Unterschied zur Einstellungsuntersuchung - mit der Einwilligung in die Untersuchung nicht zugleich stillschweigend das Einverständnis gegeben, dass das Ergebnis der Untersuchung dem Arbeitgeber bekannt gegeben werden darf. Dazu bedarf es zunächst der Mitteilung des Ergebnisses an den Arbeitnehmer und dessen Entscheidung, inwieweit er der Weitergabe zustimmt. Nur so kann man dem Datenschutzinteresse des Betroffenen gerecht werden.

Bei **Pflichtuntersuchungen im Rahmen des § 15 SGB VII** (vgl. Übersicht am Schluss) ist ausdrücklich geregelt, dass die von der Berufsgenossenschaft ermächtigten Ärzte jeden Arbeitnehmer über den Untersuchungsbefund zu informieren haben und ihn **schriftlich** über etwaige gesundheitliche Bedenken im Hinblick auf spezifische Tätigkeiten zu beraten haben. Im Falle gesundheitlicher Einwände sollte der untersuchende Arzt prüfen, ob durch Veränderungen am Arbeitsplatz das Problem zu lösen ist. **Dem Arbeitgeber sind nur Datum und Ergebnis der ärztlichen Vorsorgeuntersuchung in Bezug auf den Arbeitsplatz mitzuteilen.** Die Übermittlung von Diagnosedaten durch den Arbeitsmediziner an den Arbeitgeber ist ausdrücklich verboten (§ 15 Abs. 2 Nr. 9 SGB VII)⁶.

Es bedarf also grundsätzlich einer ausdrücklichen Einwilligung in die Auskunftserteilung also einer Schweigepflichtentbindungserklärung für den Einzelfall. Eine pauschale vertragliche Vereinbarung im Arbeitsvertrag zur Entbindung des Betriebsarztes oder beauftragter Gutachter von der Schweigepflicht ist unwirksam.⁷ Dies gilt auch für eine dem Betriebsarzt abgegebene allgemeine oder pauschale Entbindungserklärung⁸.

⁵ Bergmann, Möhrle und Herb in Kommentar zum Datenschutzrecht von Boorberg, § 4 a BDSG Rz. 75 ff., Gola, Schomerus, Klug in BDSG-Kommentar, § 4 a BDSG Rz 10.

⁶ § 15 Abs. 2 Nr. 9 SGB VII: „Soweit die Unfallversicherungsträger Vorschriften nach Absatz 1 Satz 1 Nr. 3 erlassen, können sie zu den dort genannten Zwecken auch die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von folgenden Daten über die untersuchten Personen durch den Unternehmer vorsehen: 1. Vor- und Familienname, Geburtsdatum sowie Geschlecht, . . . 9. Datum und Ergebnis der ärztlichen Vorsorgeuntersuchungen; **die Übermittlung von Diagnosedaten an den Unternehmer ist nicht zulässig.** . . .“ (Hervorhebung durch die Autorin).

⁷ Däubler, Wolfgang „Die Schweigepflicht des Betriebsarztes – ein Stück wirksamer Datenschutz?“ in BB 1989, 284.

⁸ Bergmann, Möhrle und Herb in Kommentar zum Datenschutzrecht, Richard Boorberg Verlag, Stand Dezember 2004, § 4 a BDSG Rz. 78.

Regelmäßig ist auch eine pauschale Schweigepflichtentbindungserklärung vor der Untersuchung nicht ausreichend. Eine solche Erklärung sollte immer individuell mit dem Betroffenen formuliert werden und zwar nach Abschluss der Untersuchung. Erst dann steht fest, was dem Arbeitgeber mitzuteilen ist und der Arbeitnehmer kann wirklich beurteilen, ob er die Weitergabe dieser Informationen wünscht. Es kann allerdings sein, dass der Arbeitnehmer **nicht zustimmt**. In diesem Fall kann der beauftragte Arzt dem Arbeitgeber nur mitteilen, dass er mit dem Arbeitnehmer das Ergebnis der Untersuchung besprochen habe und dieser sich mit der Weitergabe des Ergebnisses nicht einverstanden erklärt hat. Der Arbeitgeber mag dann seine Schlüsse daraus ziehen. Den Betroffenen sollte man hierüber nicht im Unklaren lassen.

III. Datenschutz

Von der ärztlichen Schweigepflicht zu unterscheiden sind datenschutzrechtliche Regelungen.

Nach § 4 Abs. II Satz 1 BDSG müssen personenbezogene Daten grundsätzlich beim Betroffenen erhoben werden⁹ bzw. gemäß § 33 BDSG muss eine Stelle, die personenbezogene Daten erstmals speichert (auch auf Papier) den Betroffenen hierüber informieren. Es soll so sichergestellt werden, dass der Betroffene weiß, wo sich Daten über ihn befinden. Gegenstand der Information muss nicht der Inhalt der Information sein; es reicht aus, die Art der Daten mitzuteilen, z.B. „von Ihrem behandelnden Psychologen habe ich die Diagnosen und verschriebenen Medikamente mitgeteilt bekommen“.

Das Erheben, Verarbeiten und Nutzen personenbezogener Daten besonderer Art (vgl. § 3 BDSG, hierunter fallen insbesondere Gesundheitsdaten), wird besonders geschützt. Nach § 28 BDSG ist vor der Weitergabe personenbezogener Daten besonderer Art grundsätzlich die Einwilligung des Betroffenen einzuholen. § 28 BDSG zählt hier einige Ausnahmen auf, von denen hier lediglich auf § 28 Abs. 6 Nr. 1 BDSG hingewiesen wird. Danach ist das Erheben, Verarbeiten oder Nutzen personenbezogener Daten besonderer Art (z.B. Gesundheitsdaten) dann ohne Einwilligung des Betroffenen zulässig, wenn dies zum Schutz lebenswichtiger Interessen des Betroffenen oder eines Dritten erforderlich ist, sofern der Betroffene aus physischen oder rechtlichen Gründen außerstande ist, seine Einwilligung zu geben. Psychische Einwilligungshemmnisse sind nur zu berücksichtigen, wenn Sie zu einer Betreuungsbedürftigkeit im Sinne des Betreuungsgesetzes führen. Bei Verdachtsmomenten in diese Richtung sollte beim Amtsgericht beantragt werden, dass die Betreuungsbedürftigkeit von dort überprüft wird.

Wird im Zusammenhang mit der Untersuchung ein **Fähigkeitsprofil erstellt**, bedarf auch die Übermittlung des Ergebnisses dieser Untersuchung der Zustimmung. Diese bezieht sich aber nicht ohne weiteres auf die zugrunde liegenden medizinischen Feststellungen¹⁰. Der Gutachter kann aber auch über eine diagnosefreie Bemerkung die Einschätzung des weiteren Verlaufs dem Betrieb übermitteln.

⁹ Ausnahmen regelt § 4 Abs. 2 Satz 1 BDSG: „Ohne seine (des Betroffenen, Anm. d. Red.) Mitwirkung dürfen sie nur erhoben werden, wenn 1. eine Rechtsvorschrift dies vorsieht oder zwingend voraussetzt oder 2. a) die zu erfüllende Verwaltungsaufgabe ihrer Art nach oder der Geschäftszweck eine Erhebung bei anderen Personen oder Stellen erforderlich macht oder 2 b) die Erhebung beim Betroffenen einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde **und** keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass überwiegend schutzwürdige Interessen des Betroffenen beeinträchtigt werden.“

¹⁰ Nach Hümmerich (DB 1975, 1893, 1895) ist der Idee von Kroeber-Kenneth zu folgen, wonach zwischen Befund- und Bescheidbogen zu unterscheiden ist. Im Zweifel bezieht sich somit (vgl. auch Fn. 3) die Übermitt-

Auch das erarbeitete Fähigkeitsprofil muss der Arbeitnehmer kennen, bevor er in die Weitergabe einwilligt. **Der Arbeitnehmer hat also auch hier immer die Möglichkeit das Verfahren zu stoppen. Hier hilft nur Überzeugungsarbeit!**

Hinzuweisen ist auch darauf, dass nach der Auffassung des Innenministeriums Baden-Württemberg¹¹ die Einholung z.B. von Angaben über Arbeitsunfähigkeitszeiten und Krankheitsdiagnosen für einen bestimmten zurückliegenden Zeitraum durch Arbeitgeber bei Krankenkassen rechtlich unzulässig ist.¹² **Dies gilt unabhängig davon, ob der Bewerber oder Arbeitnehmer eine Einwilligung erteilt hat.**¹³ Dies wird mit der wirtschaftlichen Macht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer, eine solche Einwilligung herbeizuführen begründet.¹⁴

Des Weiteren ist zu beachten, dass der Betroffene grundsätzlich eine erteilte Einwilligung jederzeit widerrufen kann. Soweit die Erfüllung eines abgeschlossenen Vertrages hiervon betroffen ist, sind die Interessen abzuwägen. Die schutzwürdigen Interessen des Betroffenen sind aber immer zu berücksichtigen, insbesondere, wenn sich nach der Erteilung der Einwilligung die für die Erteilung der Einwilligung maßgebenden Gründe entfallen.¹⁵

Fazit:

Der Arbeitnehmer ist aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes und des Datenschutzes grundsätzlich Herr über die ihn betreffenden medizinischen Daten und die daraus gezogenen Folgerungen. Er kann jederzeit entscheiden, ob und inwieweit er einer Untersuchung oder einer Weitergabe der erhobenen Daten zustimmt; er kann seine Bereitschaft auch nachträglich wieder einschränken.

Zur Gewährleistung der Rechte des Betroffenen, sollten die Informationen, die aus dem Kreis der behandelnden bzw. begutachtenden oder sonst mit dem Fall betrauten Ärzte an den Arbeitgeber bzw. einen von ihm beauftragten Kümmerer gelangen, detailliert mit dem Betroffenen abgesprochen werden.

Ihre Meinung zu diesem Diskussionsbeitrag ist von großem Interesse für uns. Wir freuen uns auf Ihren Beitrag. Weitere Informationen finden Sie unter www.iqpr.de.

lungsbefugnis nur auf das in der Erklärung ausdrücklich erwähnte. Dies bedeutet, dass bezogen auf die Fragestellung „Fähigkeitsprofil“ als Ergebnis nur das Fähigkeitsprofil übermittelt werden darf und nicht die Daten der zugrunde liegenden Untersuchung. Die medizinische Daten insgesamt, dürfen nur bei Vorliegen einer diesbezüglichen ausdrücklich Einwilligung übermittelt werden.

¹¹ Siehe Hinweise zum Datenschutz für die private Wirtschaft vom 02.01.1996 unter www.im.baden-wuerttemberg.de/sixcms/media.php/1227/him_34.pdf.

¹² Beachte aber § 69 Abs. IV SGB X: „Die Krankenkassen sind befugt, einem Arbeitgeber mitzuteilen, ob die Fortdauer einer Arbeitsunfähigkeit oder eine erneute Arbeitsunfähigkeit eines Arbeitnehmers auf derselben Krankheit beruht; die Übermittlung von Diagnosedaten an den Arbeitgeber ist nicht zulässig.“

¹³ Gola, Schomerus, Klug in BDSG-Kommentar, § 4 a BDSG Rz. 7.

¹⁴ Gola, Schomerus, Klug in BDSG-Kommentar, § 4 a BDSG Rz. 6.

¹⁵ Gola, Schomerus, Klug in BDSG-Kommentar, § 4 a BDSG Rz. 18.

Anhang:

II. Übersicht über freiwillige bzw. Pflichtuntersuchungen

Gesetzliche Grundlagen von Vorsorgeuntersuchungen	Pflichtuntersuchung bzw. freiwillig für Beschäftigte
Arbeitsschutzgesetz	Freiwillig
Arbeitssicherheitsgesetz	Freiwillig
Bildschirmarbeitsverordnung	Freiwillig
Arbeitszeitgesetz	freiwillig f. Nachtarbeiter
Jugendarbeitsschutzgesetz	Pflicht
BGV A4 (*)	Pflicht
Röntgenverordnung	Pflicht
Strahlenschutzverordnung	Pflicht
Gefahrstoffverordnung (*)	Pflicht
Infektionsschutzgesetz	Pflicht
Seemannsgesetz	Pflicht
Druckluftverordnung	Pflicht

(*) Technische und organisatorische Maßnahmen haben Vorrang.