

Datenschutz bei Einstellungs- und Vorsorgeuntersuchungen von Stellenbewerbern*

von Ministerialrat Günter Schedler

I. Prüfungen der baden-württembergischen Datenschutzaufsichtsbehörde

Dass ein Datenschützer beim Deutschen Betriebsärzte-Kongress auftritt, ist sicher ungewöhnlich. Ich verdanke diese Ehre vermutlich der Tatsache, dass sich die baden-württembergische Aufsichtsbehörde für den Datenschutz im nichtöffentlichen Bereich, deren Leiter ich bin, im März dieses Jahres in einem auch in den Medien zitierten Bericht über die datenschutzrechtliche Prüfung eines Unternehmens ausführlich mit Fragen des Datenschutzes bei Einstellungs- und Vorsorgeuntersuchungen von Stellenbewerbern und mit der Tätigkeit von Betriebsärzten auseinandergesetzt hat. Dieser Bericht hat, wie wir aus Zuschriften von Betriebsärzten wissen, für Aufsehen, ja Unruhe gesorgt. Es wurde die Besorgnis geäußert, in Zukunft bestimmten die Datenschützer, welche Fragen zur Gesundheit ein Betriebsarzt einem Bewerber stellen und welche Untersuchungen er bei diesem durchführen darf. Ich bin deshalb den Veranstaltern dieses Kongresses sehr dankbar, dass ich heute Gelegenheit habe, Ihnen unsere Position zum Datenschutz bei Einstellungs- und Vorsorgeuntersuchungen von Stellenbewerbern erläutern zu dürfen.

Anlass für unser Tätigwerden waren Berichte in den Medien, in besagtem Unternehmen müssten sich alle Bewerber um einen Ausbildungsplatz oder eine Stelle einer Gesundheitsuntersuchung unterziehen, in deren Rahmen auch Bluttests

* Überarbeitete Fassung eines Vortrags, den der Verfasser am 08.10.2010 beim Deutschen Betriebsärzte-Kongress in Ulm gehalten hat.

durchgeführt würden. Wir nahmen dies zum Anlass, die Verfahrensweise bei Gesundheitsuntersuchungen von Bewerbern in diesem und in weiteren Unternehmen zu überprüfen. Wir stellten dabei fest, dass in der Praxis unterschiedlich verfahren wird. Teilweise sahen wir erheblichen Änderungsbedarf, teilweise hatten wir nur wenig zu bemängeln. Verstöße gegen die ärztliche Schweigepflicht stellten wir nicht fest. Von einem „Datenschutzskandal“ - wie es in der Presse hieß - konnte auch im sog. „Bluttestfall“ nicht gesprochen werden.

Lassen Sie mich im Folgenden darstellen, was Unternehmen bei Einstellungs- und Vorsorgeuntersuchungen wissen und beachten sollten.

II. Datenschutz- bei Gesundheits- und Vorsorgeuntersuchungen von Bewerbern

1. Gesundheitsdaten sind personenbezogene Daten

Ein Betriebsarzt, der einem Bewerber um eine Stelle oder einen Ausbildungsplatz Fragen zur Gesundheit stellt oder diesen untersucht, „erhebt“¹ - wie die Datenschützer sagen - Gesundheitsdaten². Diese beziehen sich auf eine bestimmte Person, sind also personenbezogen im Sinne des Bundesdatenschutzgesetzes. Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung dieser Daten unterliegt daher in der Regel³ den Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes und anderen datenschutzrechtlichen Vorschriften^{3a}. Das heißt, dass personenbezogene Daten auch im Rahmen einer

¹ Begriffsdefinition in § 3 Abs. 3 des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG)

² Gesundheitsdaten sind nach § 3 Abs. 9 BDSG besonders sensible personenbezogene Daten, die vom BDSG besonders geschützt werden.

³ sofern die Daten unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen verarbeitet, genutzt oder dafür erhoben werden oder die Daten in oder aus nicht automatisierten Dateien verarbeitet, genutzt oder dafür erhoben werden (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG).

^{3a} Solche „bereichsspezifische“ Datenschutzvorschriften enthalten beispielsweise die Verordnung zur arbeitsmedizinischen Vorsorge (ArbMedVV) und das Jugendarbeitsschutzgesetz in den §§ 32 ff. Letzteres regelt in § 37 beispielsweise die Durchführung ärztlicher Untersuchungen bei einem Jugendlichen. Diese Vorschriften gehen anderen Vorschriften vor. Sie sind jedoch auf ärztliche Untersuchungen Erwachsener nicht anwendbar. Auf die Besonderheiten des Jugendarbeitsschutzgesetzes wird im Folgenden nicht näher eingegangen.

Einstellungs- oder Vorsorgeuntersuchung nur erhoben, verarbeitet oder genutzt werden dürfen, soweit das Bundesdatenschutzgesetz oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder der Bewerber rechtswirksam eingewilligt hat⁴. Nur die ärztliche Schweigepflicht zu beachten, genügt daher nicht. Unsere Überprüfungen haben gezeigt, dass diese für einen Datenschützer selbstverständliche Erkenntnis keineswegs Allgemeingut ist.

2. Verantwortlichkeit für die Datenerhebung und -verarbeitung

Bei unseren Besuchen vor Ort bekamen wir zum Teil zu hören, die Überprüfung der gesundheitlichen Eignung von Stellenbewerbern liege in der ausschließlichen Verantwortung des werksärztlichen Dienstes bzw. des Betriebsarztes. Aus datenschutzrechtlicher Sicht ist dies nur bedingt richtig: Datenschutzrechtlich verantwortlich⁵ für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Gesundheitsdaten der Stellenbewerber ist das Unternehmen⁶, auch wenn der Betriebsarzt bei der Anwendung der arbeitsmedizinischen Fachkunde weisungsfrei ist⁷, gegenüber dem Unternehmen die ärztliche Schweigepflicht beachten muss und das Unternehmen, insbesondere dessen Personalabteilung, nicht auf die beim Betriebsarzt gespeicherten Daten und Unterlagen zugreifen darf. Der Arbeitgeber und der von diesem bestellte Beauftragte für den Datenschutz müssen dafür Sorge tragen, dass der werksärztliche Dienst bzw. der Betriebsarzt Gesundheitsdaten von Bewerbern nur innerhalb des rechtlich zulässigen Rahmens erhebt, verarbeitet und nutzt.

3. Zeitpunkt der Datenerhebung

Der Zeitpunkt, zu dem von Stellenbewerbern Gesundheitsdaten erhoben werden dürfen, ist nicht in das Belieben des Unternehmens oder des Betriebsarztes gestellt. Solche Daten dürfen vielmehr erst dann erhoben werden, wenn das Auswahlverfahren als solches abgeschlossen ist, also beabsichtigt ist, den Bewerber - vorbehaltlich des Ergebnisses der Eignungsuntersuchung - für die ins Auge gefasste Stelle einzu-

⁴ § 4 Abs. 1 BDSG

⁵ Die verantwortliche Stelle ist in § 3 Abs. 7 BDSG definiert.

⁶ vgl. dazu Simitis u.a., Kommentar zum BDSG, 6. Aufl, § 3 Rdn. 236

⁷ § 8 ASiG

stellen. Der Arbeitgeber darf also nicht hergehen und alle Bewerber um eine Stelle vom Betriebsarzt untersuchen lassen, um die unterschiedliche gesundheitliche Eignung der Bewerber womöglich zum Auswahlkriterium für die Einstellung zu machen. Einer solchen Verfahrensweise stünden die das Bundesdatenschutzgesetz beherrschenden Grundsätze der Erforderlichkeit⁸ sowie der Datenvermeidung und der Datensparsamkeit⁹ entgegen. Unzulässig wäre es auch, generell mehrere Bewerber untersuchen zu lassen, um einen Ersatz für den Fall parat zu haben, dass der nach dem Auswahlverfahren erstplazierte Bewerber seine Bewerbung zurückzieht oder aus anderen Gründen ausfällt. Eine Ausnahme von diesen Grundsätzen kann es allenfalls in einem besonders gelagerten Einzelfall unter Beachtung der Persönlichkeitsrechte der Betroffenen geben.

4. Überprüfung der gesundheitlichen Eignung eines Bewerbers

Der Arbeitgeber darf aufgrund datenschutzrechtlicher Vorschriften - § 32 Abs. 1 in Verbindung mit § 28 Abs. 6 Nr. 3 des Bundesdatenschutzgesetzes - die gesundheitliche Eignung eines Bewerbers durch einen Betriebsarzt¹⁰ überprüfen lassen, der zu diesem Zweck personenbezogene Daten des Bewerbers erheben, verarbeiten und nutzen darf. Weder aus den Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes noch aus anderen Rechtsvorschriften lässt sich jedoch unmittelbar herauslesen, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen eine Einstellungsuntersuchung stattfinden darf, welchen Umfang diese haben darf, welche Gesundheitsdaten dabei erhoben und welche Fragen einem Bewerber in einem von diesem auszufüllenden Gesundheitsfragebogen gestellt werden dürfen. Entscheidende Bedeutung kommt vielmehr noch immer der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung und Literatur zu Sinn und Zweck der Überprüfung der gesundheitlichen Eignung eines Bewerbers (verkürzt „Einstellungsuntersuchung“) zu. Die Überprüfung dient dazu festzustellen, ob der Bewerber **für die von ihm angestrebte Tätigkeit und für den Arbeitsplatz, an**

⁸ vgl. § 32 Abs. 1 i.V.m. § 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG

⁹ vgl. § 3a Satz 1 BDSG

¹⁰ Es ist bislang nicht ausdrücklich gesetzlich bestimmt, dass Arbeitgeber die gesundheitliche Eignung eines Bewerbers durch den Betriebsarzt überprüfen lassen dürfen. In der Literatur wird daher teilweise die Auffassung, dass freie Arztwahl besteht. Der Bundesrat verlangt in seiner Stellungnahme zu dem unter III erwähnten Gesetzentwurf, den Betriebsarzt ausdrücklich in § 32a Abs. 1 BDSG-E zu erwähnen.

dem er tätig sein soll, im Zeitpunkt der Einstellung und für einen überschaubaren Zeitraum danach gesundheitlich geeignet ist, ob bei ihm wegen einer bevorstehenden Operation oder einer Kur mit längeren Ausfallzeiten zu rechnen ist, ob von dem Bewerber für andere Mitarbeiter und Kunden eine Ansteckungsgefahr ausgeht und ob der Bewerber im Falle einer Einstellung infolge gesundheitlicher Mängel oder infolge Medikamenteneinnahme sich selbst oder andere gefährdet¹¹. Das heißt, dass gesundheitliche Dispositionen, die längerfristig eintreten können, **nicht** zum Gegenstand der Eignungsfeststellung gemacht werden dürfen. Eine Einstellungsuntersuchung dient nicht dazu, „präventiv langfristig den Erhalt der Gesundheit und die Leistungsfähigkeit des Mitarbeiters sicherzustellen“, wie wir es im medizinischen Leitfaden eines Unternehmens für Einstellungsuntersuchungen gelesen haben. Das gleiche gilt für solche Dispositionen, die mit der konkreten Stelle, um die sich jemand beworben hat, nichts zu tun haben. Dieser Maßstab gilt nicht nur für den Arbeitgeber, sondern auch für den Betriebsarzt, auf den der Arbeitgeber die gesundheitliche Eignungsüberprüfung überträgt: dessen Frage- und Untersuchungsrecht geht nicht weiter als das Fragerecht des Arbeitgebers. Daran vermag auch die Unabhängigkeit des Betriebsarztes bei der Ausübung seiner Fachkunde nichts zu ändern. Sie kann nur innerhalb des rechtlich vorgegebenen Rahmens zum Tragen kommen.

Für die oben genannten Zwecke dürfen Gesundheitsdaten nur erhoben und verarbeitet werden, soweit es **erforderlich** ist. Bei der Auslegung ist zu beachten, dass das Bundesdatenschutzgesetz von dem Grundsatz geprägt ist, dass die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten grundsätzlich verboten ist. Für ihre Zulässigkeit bedarf es einer Erlaubnisnorm oder der rechtswirksamen Einwilligung der betroffenen Person. Daraus folgt, dass bei der Beurteilung der Erforderlichkeit einer Datenerhebung ein strenger Maßstab anzulegen ist, um ein Eindringen in den Persönlichkeitsbereich nach Möglichkeit zu vermeiden. „Erforderlich“ bedeutet daher mehr als „nützlich“, „zweckmäßig“ oder „zur Abrundung anderer Ergebnisse sinnvoll“. Unzulässig wäre es, den Untersuchungsumfang bei der Einstellungsuntersuchung danach zu bemessen, dass der Bewerber möglicherweise einmal eine

¹¹ vgl. z.B. Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 611 Rdnrn. 282 ff, 764, m.w.N.; Zeller, Die Einstellungsuntersuchung Der Betrieb 1987, 2441f m.w.N., Däubler, Gläserne Belegschaften ? 4. Aufl., Rdn. 215, Bundesarbeitsgericht (BAG), Urteil vom 11.07.1961, AP BGB § 626 Nr. 142; BAG DB 1999, 2369.

andere Tätigkeit ausüben wird als die jetzt vorgesehene (unzulässige Datenerhebung auf Vorrat).

Im Einzelnen gilt danach:

4.1 Zulässigkeit einer Einstellungsuntersuchung

Der Bewerber darf in der Regel einer **Einstellungsuntersuchung** durch den Betriebsarzt unterzogen werden. Der Betriebsarzt ist nicht darauf beschränkt, den Bewerber zu seiner Gesundheit zu befragen. Der Arbeitgeber hat ein berechtigtes Interesse, die Angaben des Bewerbers überprüfen zu lassen, weil es zum einen nahe liegt, dass der Bewerber gesundheitliche Eignungsmängel verschweigt, um den Arbeits- oder Ausbildungsplatz zu erhalten, zum anderen werden in vielen Fällen dem Bewerber weder die gesundheitlichen Anforderungen der angestrebten Tätigkeit im Einzelnen noch seine gesundheitliche Eignung, möglicherweise noch nicht einmal sein augenblicklicher Gesundheitszustand hinreichend bekannt sein. Eine Einstellungsuntersuchung ist nicht erforderlich und daher unzulässig, wenn sich jemand um einen Ferienjob im Büro bewirbt.

4.2 Gesundheitsfragebogen

Der Betriebsarzt darf zur Vorbereitung der ärztlichen Untersuchung oder auch anstelle einer solchen einen Gesundheitsfragebogen einsetzen. Niemand bestreitet, dass sich ein Betriebsarzt die Informationen beschaffen darf, die nach der medizinischen Wissenschaft und nach der ärztlichen Erfahrung, für eine gesicherte und fachkundige Beurteilung der Gesundheit des Bewerbers notwendig sind. Er muss dabei jedoch darauf achten, dass sich der Fragebogen am Sinn und Zweck der Feststellung der gesundheitlichen Eignung für eine konkrete Stelle im Rahmen einer Einstellungsuntersuchung orientieren und den Erforderlichkeitsgrundsatz beachten muss. Es dürfen also keine Fragen gestellt werden, die im konkreten Fall ohne Auswirkung auf den angestrebten Ausbildungs- oder Arbeitsplatz sind oder die sich nicht so auswirken, dass der Bewerber seinen Dienst zum vereinbarten Zeitpunkt nicht antreten bzw. diesen nicht für einen angemessenen Zeitraum nach der Untersuchung verrichten kann. Unzulässig sind daher beispielsweise Fragen zur Ableistung von Wehr- und Zivil-

dienst¹², zu den Sportaktivitäten des Bewerbers, zum Rauchen¹³ und zur Gesundheit der Familienmitglieder. Die Frage nach einer Schwerbehinderung muss aus Rechtsgründen differenzierter gefasst werden¹⁴, eine anlasslose Erkundigung bei allen Bewerbern nach einem regelmäßigen Alkoholkonsum ist unzulässig. Nicht erforderlich ist es auch, Bewerber nach sämtlichen Krankenhausaufenthalten oder Operationen¹⁵ oder nach sämtlichen von ihm aktuell einzunehmenden Medikamenten¹⁶ zu fragen. Es wird daher vielfach notwendig sein, Fragen präziser und einschränkender zu formulieren als dies bisher der Fall war, oder Fragebogen für die einzelnen Bereiche eines Unternehmens zu konzipieren. Auch kann man versuchen, durch eine schriftliche Erläuterung der Fragen zu erreichen, dass der Bewerber nicht zu viel offenbart. Denkbar ist selbstverständlich auch, dass der Bewerber den Fragebogen zusammen mit dem Betriebsarzt oder geeigneten medizinischem Personal ausfüllt.

4.3 Die Einstellungsuntersuchung

Auch die Einstellungsuntersuchung selbst muss sich am Sinn und Zweck einer solchen Untersuchung und an den Anforderungen des jeweiligen Ausbildungs- und Arbeitsplatzes orientieren. Es ist daher nicht zulässig, Untersuchungen durchzuführen, die zur Feststellung von erst auf längere Sicht zu erwartenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen dienen. Auch müssen sich Art und Umfang der Untersuchung auf das Erforderliche beschränken. Wir haben daraus und aus weiteren rechtlichen Überlegungen abgeleitet, dass Blut- und Urinuntersuchungen im Rahmen einer Einstel-

¹² Gola/Schomerus, Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, 10. Aufl., Rdn. 14 zu § 32

¹³ Gola/Wronka, Handbuch des Arbeitnehmerdatenschutzes, 5. Aufl., Rdn. 519; Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, Recht der Datenverarbeitung 2006, 226

¹⁴ Zulässig ist beispielsweise die Frage, ob der Bewerber eine Behinderung hat, die es ihm unmöglich macht, der angestrebten Tätigkeit nachzugehen.

¹⁵ Gefragt werden darf nur nach Krankenhausaufenthalten oder Operationen, die im Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme und für einen überschaubaren Zeitraum danach noch relevant sind, weil sie z.B. zu längeren oder regelmäßigen Ausfallzeiten führen oder zu Einschränkungen bei der Ausübung der Tätigkeit (ohne Relevanz ist z.B. ein Krankenhausaufenthalt im Kindesalter, der nur zur Beobachtung erfolgte und keinen Befund erbrachte oder eine Blinddarmoperation im Kindesalter)

¹⁶ Bewerberinnen müssten dann beispielsweise auch die Einnahme von Verhütungsmitteln angeben, was zweifellos deren höchstpersönlichem Lebensbereich zuzuordnen und für die Eignungsbegutachtung irrelevant ist.

lungsuntersuchung nur bei Bewerbern für bestimmte Stellen zulässig sind¹⁷. Grob gesagt differenzieren wir zwischen dem kaufmännischen und dem gewerblichen Bereich. Von einer Differenzierung geht auch der Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes aus, der sich derzeit im Gesetzgebungsverfahren befindet¹⁸.

5. Können auf Grund einer Einwilligung des Bewerbers weitere Daten erhoben werden?

Nach § 4 Abs. 1 BDSG dürfen personenbezogene Daten erhoben werden, wenn eine Rechtsvorschrift dies erlaubt oder der Betroffene eingewilligt hat. Es stellt sich daher die Frage, ob mit Einwilligung des Bewerbers Gesundheitsdaten erhoben werden dürfen, die auf Grund einer Rechtsvorschrift nicht erhoben werden dürfen. Diese Frage ist zu verneinen. Die Begründung dafür ist unterschiedlich:

- Die Datenschutzaufsichtsbehörden gehen davon aus, dass Bewerber nicht rechtswirksam in die Erhebung weiterer Daten einwilligen können, weil sie auf Grund der bestehenden Drucksituation keine „freie Entscheidung“ treffen können, wie es § 4a Abs. 1 BDSG verlangt.
- Andere gehen davon aus, dass das Fragerecht des Arbeitgebers und damit auch des Betriebsarztes aus Rechtsgründen im Wege der Einwilligung nicht erweitert werden kann.

Da beide Auffassungen zum selben Ergebnis führen, ist der Streit darüber akademischer Natur.

¹⁷ Die Auffassungen in der Literatur gehen hier weit auseinander: Sie reichen von der generellen Unzulässigkeit (z.B. Roos in *Arbeitsrecht im Betrieb* 1999, 193; Künzel in *Betriebsberater* 1993, 1583) bis zur generellen Zulässigkeit (Zeller in *Betriebsberater* 1987, 2441). Wie hier z.B. Albrecht/Maisch in *Datenschutzberater* 2010, 11.

¹⁸ Dies ergibt sich insbesondere aus einem vom Bundesministerium des Innern veröffentlichten Hintergrundpapier zu dem Gesetzentwurf, siehe dazu auch unten III.

6. Arbeitsmedizinische Vorsorgeuntersuchungen, insbesondere Pflichtuntersuchungen

In der Praxis ist es wohl die Regel, dass neben der Einstellungsuntersuchung auch notwendige Pflichtuntersuchungen nach der ArbMedVV vom Dezember 2008 oder anderen Rechtsvorschriften vom Betriebsarzt^{18a} vor der Einstellung eines Bewerbers durchgeführt werden. Dabei ist Folgendes zu beachten:

6.1 Vorsorgeuntersuchungen

Arbeitsmedizinische Vorsorgeuntersuchungen dienen einem anderen Zweck als Einstellungsuntersuchungen, nämlich der Früherkennung arbeitsbedingter Gesundheitsstörungen sowie der Feststellung, ob bei Ausübung einer bestimmten Tätigkeit eine erhöhte gesundheitliche Gefährdung besteht. Eine arbeitsmedizinische Vorsorgeuntersuchung kann sich auf ein Beratungsgespräch beschränken, wenn zur Beratung körperliche oder klinische Untersuchungen nicht erforderlich sind¹⁹. Diese Festlegungen in der Verordnung sind auch datenschutzrechtlich von Belang.

6.2 Welche Daten dürfen bei Pflichtuntersuchungen erhoben werden?

Pflichtuntersuchungen sind arbeitsmedizinische Vorsorgeuntersuchungen, die bei bestimmten besonders gefährdenden Tätigkeiten vom Arbeitgeber zu veranlassen sind²⁰ und zwar erstmals vor Aufnahme einer dieser Tätigkeiten durch den Arbeitnehmer²¹. Aus Spezialvorschriften und dem Anhang zur ArbMedVV^{21a} ergibt sich, bei welchen Tätigkeiten der Arbeitgeber welche Pflichtuntersuchungen veranlassen muss. Die berufsgenossenschaftlichen Grundsätze für arbeitsmedizinische Vorsorgeuntersuchungen stecken den Rahmen dafür ab, was bei den verschiedenen Pflichtuntersuchungen an Maßnahmen in Betracht kommt. Soweit sich der Betriebsarzt bei der Erhebung personenbezogener Daten des Bewerbers hieran orientiert, er den konkreten Arbeitsplatz im Blick hat und dem Erforderlichkeitsgrundsatz Rechnung trägt, ist dagegen aus datenschutzrechtlicher Sicht nichts einzuwenden. Von

^{18a} vgl. dazu § 3 Abs. 2 Satz 2 ArbMedVV

¹⁹ § 2 Abs. 2 ArbMedVV

²⁰ § 4 Abs. 1 ArbMedVV

²¹ § 2 Abs. 6 Nr. 1 ArbMedVV

^{21a} § 4 Abs. 1 Satz 1 ArbMedVV

zentraler Bedeutung ist, dass Pflichtuntersuchungen einem anderen Zweck dienen als Einstellungsuntersuchungen und bei Vorsorgeuntersuchungen ein anderer - längerer - Zeitraum betrachtet wird als bei Einstellungsuntersuchungen (Zeitpunkt der Einstellung und überschaubarer Zeitraum danach). Daher dürfen im Rahmen einer Pflichtuntersuchung gegebenenfalls andere Daten erhoben und Untersuchungen durchgeführt werden als im Rahmen einer Einstellungsuntersuchung. Dass bei aller Unterschiedlichkeit zwischen Einstellungs- und Vorsorgeuntersuchungen teilweise identische Untersuchungen durchzuführen sind, steht auf einem anderen Blatt.

6.3. Einstellungs- und Pflichtuntersuchungen in einem Termin?

In der Praxis werden Einstellungs- und Pflichtuntersuchungen zumeist in einem Termin vor der Einstellung durchgeführt. Wir als Aufsichtsbehörde haben dies in dem Fall, der Anlass für unsere Untersuchungen war, als noch vereinbar mit § 3 Abs. 3 Satz 2 ArbMedVV angesehen, weil das Unternehmen dafür betrieblichen Gründe anführte. Wenn irgendetwas sollten Eignungs- und Pflichtuntersuchungen angesichts ihrer unterschiedlichen Zwecke und der Unterschiedlichkeit der in den Blick zu nehmenden Zeiträume jedoch getrennt durchgeführt werden, um zu vermeiden, dass die Ergebnisse in einem Eignungsurteil zusammengefasst werden.

6.4 Einstellungs-, Pflicht- und Angebotsuntersuchungen in einem Termin?

Wir haben bei unseren datenschutzrechtlichen Prüfungen teilweise festgestellt, dass die Einstellungsuntersuchungen nicht nur mit Pflicht-, sondern sogar mit Angebotsuntersuchungen in einem Termin verknüpft wurden. Dagegen haben wir grundsätzliche Bedenken:

Angebotsuntersuchungen sind - wie sich aus § 5 Abs. 1 ArbMedVV und der Begründung zu dieser Verordnung ergibt - für den (künftigen) Arbeitnehmer „echt“ freiwillig, weil er bei Nichtteilnahme an ihnen keine Nachteile befürchten muss. Der Arbeitgeber wird über die Ergebnisse einer Angebotsuntersuchung nicht unterrichtet, es sei denn, der Arbeitnehmer wünscht dies. Demgegenüber wird der Arbeitgeber über die Ergebnisse einer Einstellungs- und auch einer Pflichtuntersuchung unterrichtet. Werden alle drei Untersuchungen in einem durchgeführt, besteht zum einen die Gefahr, dass der Bewerber sich verpflichtet fühlt, an der Angebotsuntersuchung teilzunehmen, um eingestellt zu werden, zum anderen, dass die Ergebnisse einer Angebotsuntersuchung in die Unterrichtung des Arbeitgebers über die Ergebnisse einer Ein-

stellungsuntersuchung einfließen. Dies soll durch das Trennungsgebot des § 3 Abs. 3 Satz 2 ArbMedVV verhindert werden. Die Vorschrift stellt - wie sich aus der Begründung der Verordnung ergibt - eine verfahrensrechtliche Vorkehrung zum Schutz des Persönlichkeitsrechts des künftigen Arbeitnehmers dar. Anders als bei Pflichtuntersuchungen besteht bei Angebotsuntersuchungen auch keine Notwendigkeit, diese schon vor der Einstellung eines Bewerbers durchzuführen.

Das Trennungsgebot kann nach unserer Auffassung auch nicht durch eine Einwilligung des Bewerbers in eine gemeinsame Durchführung von Einstellungs-, Pflicht- und Angebotsuntersuchungen überwunden werden. Wird das Trennungsgebot nicht beachtet, kann die im Rahmen der Angebotsuntersuchung stattfindende Erhebung und Speicherung personenbezogener Daten rechtswidrig sein.

7. Datenschutzrechtliche Belehrung der zu befragenden bzw. untersuchenden Person

In der Praxis wird häufig nicht beachtet, dass Bewerber vor einer Einstellungsuntersuchung oder einer Befragung durch den Betriebsarzt datenschutzrechtlich über den Zweck oder die Zwecke der Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung belehrt werden müssen. Dazu gehört auch die Information über den Untersuchungsumfang und die Unterrichtung des Arbeitgebers über das Untersuchungsergebnis²². Wir empfehlen, als Rechtsgrundlage für die Datenerhebung § 32 i.V.m. § 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG anzugeben. Belehrt werden muss ferner darüber, dass der Bewerber mit Nachteilen rechnen muss, wenn er an der Untersuchung nicht mitwirkt oder falsche Angaben macht.²³ Diese können darin bestehen, dass der Bewerber nicht zum Zuge kommt oder das Arbeitsverhältnis später gekündigt wird.

Findet zusätzlich eine Pflichtuntersuchung statt, muss der Bewerber vorher über den Zweck dieser Untersuchung, die unterschiedlichen Zwecke der Untersuchungen²⁴, die Untersuchungsinhalte **bezogen auf seine Person**²⁵ sowie darüber unterrichtet

²² Dies ergibt sich aus § 4 Abs. 3 Satz 1 BDSG

²³ § 4 Abs. 3 Satz 2 BDSG

²⁴ § 3 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 ArbMedVV

²⁵ § 6 Abs. 1 Satz 2 ArbMedVV

werden, dass zwar keine unmittelbare Verpflichtung zur Teilnahme an der Pflichtuntersuchung besteht, die Teilnahme jedoch in seinem eigenen Interesse liegt, weil der Arbeitgeber die Tätigkeit nur ausüben lassen darf, wenn sich der Bewerber zuvor einer Pflichtuntersuchung unterzogen hat.²⁶ Für einzelne im Anhang zur ArbMedVV aufgeführte Tätigkeiten ist darüber hinaus die Bescheinigung der gesundheitlichen Unbedenklichkeit Tätigkeitsvoraussetzung²⁷. In diesem Fall sollte die Belehrung entsprechend abgefasst werden. Inhalt der Belehrung muss auch sein, dass dem Arbeitgeber eine Kopie der dem Bewerber auszuhändigenden Bescheinigung über die Pflichtuntersuchung übermittelt wird, aus der sich unter anderem ergibt, ob und inwieweit beim Bewerber bei Ausübung einer bestimmten Tätigkeit gesundheitliche Bedenken bestehen.²⁸

Wir empfehlen, die datenschutzrechtliche Belehrung sowohl in eine etwaige schriftliche Einladung des Bewerbers zur Vorstellung beim Betriebsarzt als auch in einen Gesundheitsfragebogen aufzunehmen. Gibt es beides nicht, muss die Belehrung vor dem Gespräch des Bewerbers mit dem Betriebsarzt bzw. vor der körperlichen Untersuchung durch diesen erfolgen. Ist die Belehrung nach Satz 1 schriftlich erfolgt, wird empfohlen, diese gleichwohl vor Beginn des Gesprächs mit dem Betriebsrat bzw. der Untersuchung durch diesen mündlich zu wiederholen.

8. Unterrichtung des Arbeitgebers

Dem Arbeitgeber ist als Ergebnis der Einstellungsuntersuchung mitzuteilen, ob der Bewerber „geeignet“, „bedingt geeignet“ oder „nicht geeignet“ ist. Strittig ist, ob es für die Mitteilung einer Einwilligung des Bewerbers bedarf. Wir halten eine solche nicht für erforderlich.

Im Fall einer Pflichtuntersuchung ergibt sich die Pflicht zur Mitteilung des Ergebnisses an den Arbeitgeber aus § 6 Abs. 3 Satz 3 ArbMedVV. Im Fall einer Angebotsuntersuchung besteht keine derartige Mitteilungspflicht.

²⁶ § 4 Abs. 3 Satz 2 BDSG i.V.m. § 4 Abs. 2 Satz 1 ArbMedVV; Berufsgenossenschaftliche Grundsätze für arbeitsmedizinische Vorsorgeuntersuchungen; 4. Auflage, S. 32

²⁷ § 4 Abs. 3 Satz 2 BDSG i.V.m. § 4 Abs. 2 Satz 2 ArbMedVV

²⁸ § 4 Abs. 3 Satz 1 BDSG i.V.m. § 6 Abs. 3 Sätze 2 und 3 ArbMedVV

9. Unterrichtung des Bewerbers über das Untersuchungsergebnis

Der Bewerber ist auf Wunsch über das Ergebnis einer Einstellungsuntersuchung zu unterrichten (§ 3 Abs. 2 ASiG oder § 34 BDSG). Über das Ergebnis einer Vorsorgeuntersuchung ist der Bewerber durch Aushändigung einer ärztlichen Bescheinigung zu unterrichten (§ 6 Abs. 3 ArbMedVV).

10. Speicherung von Daten

Der Betriebsarzt hat Untersuchungsbefunde und -ergebnisse schriftlich festzuhalten²⁹. Die Daten dürfen auch elektronisch gespeichert werden. Sie sind gegen den Zugriff Unbefugter, zu denen auch der Arbeitgeber gehört, besonders zu sichern³⁰. Die schwierigste Frage ist die, wie lange die Daten und die Unterlagen gespeichert bzw. aufbewahrt werden dürfen bzw. müssen. Die Antworten hierauf fallen, wenn man die Betriebsärzte selbst fragt, höchst unterschiedlich aus: eine Meinung geht dahin, dass ärztliche Aufzeichnungen nach § 10 Abs. 3 MBO-Ä zehn Jahre nach Abschluss der „Behandlung“ aufzubewahren sind, sofern nichts Abweichendes, wie etwa in der Röntgenverordnung, bestimmt ist. Allerdings stellt sich die Frage, ob es sich bei einer Einstellungsuntersuchung um eine „Behandlung“ im Sinne dieser Vorschrift handelt. Eine andere Meinung beruft sich - jedenfalls bei Vorsorgeuntersuchungen - auf § 14 der BGV A4, nach der Gesundheitsdaten bis zum 75. Lebensjahr des Arbeitnehmers aufzubewahren sind. Eine dritte Meinung stellt auf die Vorschriften über die Löschung personenbezogener Daten in § 35 BDSG ab, die keine konkreten Aufbewahrungs- bzw. Lösungsfristen nennen, sondern eine Löschung insbesondere vorschreiben, sobald die Kenntnis der Daten für die Erfüllung des Zwecks der Speicherung nicht mehr erforderlich ist.

²⁹ für Vorsorgeuntersuchungen § 6 Abs. 3 Satz 1 ArbMedVV. Nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 ASiG haben Betriebsärzte unter anderem die Aufgabe, die Ergebnisse der Untersuchungen von Arbeitnehmern zu erfassen und auszuwerten; vgl. allgemein zur Dokumentationspflicht auch § 10 Abs. 1 MBO-Ä.

³⁰ vgl. dazu im Einzelnen § 9 BDSG und die Anlage hierzu

Wir sind derzeit dabei, die Fragen im Benehmen mit dem Sozialministerium und der Landesärztekammer zu klären. Eindeutige gesetzliche Regelungen wären auf jeden Fall wünschenswert.

III. Schaffung besonderer arbeitnehmerdatenschutzrechtlicher Vorschriften im Bundesdatenschutzgesetz

Die Bundesregierung hat inzwischen den Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes vorgelegt.³¹ Darin wird die Einstellungsuntersuchung ausdrücklich geregelt. Ein neuer § 32a Abs. 1 BDSG sieht vor, dass der Arbeitgeber die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses von einer ärztlichen Untersuchung abhängig machen darf, wenn und soweit die Erfüllung bestimmter gesundheitlicher Voraussetzungen wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung zum Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme darstellt. Der Bewerber muss in die Untersuchung nach Aufklärung über deren Art und Umfang sowie in die Weitergabe des Untersuchungsergebnisses eingewilligt haben. An den Arbeitgeber weitergegeben werden darf nur das zusammengefasste Eignungsurteil. Weitere Regelungen zur Erhebung von Gesundheitsdaten enthält der neue § 32 BDSG. Danach darf der Arbeitgeber von einem Bewerber beispielsweise keine Auskunft darüber verlangen, ob eine Schwerbehinderung oder Gleichstellung mit einer Schwerbehinderung vorliegt.

Die vorgesehene gesetzliche Regelung bewegt sich in etwa auf der von mir dargestellten Linie des geltenden Rechts. Ob sie Gesetz wird, bleibt abzuwarten.

IV. Schlusswort

Ich hoffe, meine Damen und Herren, dass die von mir vorgetragene Anforderungen des Datenschutzes an Einstellungs- und Vorsorgeuntersuchungen von Bewerbern Sie nicht all zu sehr erschreckt haben. Zu einem Großteil handelt es sich um formale

³¹ Bundesrats-Drucksache 535/10

Anforderungen, die Sie im Zusammenwirken mit der Personal- und/oder Rechtsabteilung Ihres Unternehmens und dem betrieblichen Datenschutzbeauftragten umsetzen sollten. Wo Sie materielle Änderungen vornehmen müssen, handelt es sich um Erfordernisse des geltenden Rechts.