

Aufsätze

Dr. Jens Steinigen*

Arbeitsrechtliche Handlungspflichten und -möglichkeiten zur Vermeidung von Krankenhausinfektionen

Übersicht

1. Einleitung
2. Einstellungsuntersuchungen
 - 2.1 Zulässigkeit von Einstellungsuntersuchungen
 - 2.2 Umfang der Befunderhebung bei Einstellungsuntersuchungen
 - 2.3 Mitteilung des Ergebnisses von Einstellungsuntersuchungen an den Arbeitgeber
3. Vorsorgeuntersuchungen
 - 3.1 Zulässigkeit von Vorsorgeuntersuchungen
 - 3.2 Umfang der Befunderhebung bei Vorsorgeuntersuchungen
 - 3.3 Mitteilung des Ergebnisses von Vorsorgeuntersuchungen an den Arbeitgeber
 - 3.4 Pflicht zur Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht, Offenbarungspflicht
 - 3.5 Durchbrechung der ärztlichen Schweigepflicht
4. Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus Anlass einer Infektion
 - 4.1 Personenbedingte Kündigung
 - 4.2 Verhaltensbedingte Kündigung
 - 4.3 Betriebsbedingte Kündigung
5. Übertragung von Infektionen durch nicht selbst infiziertes Krankenhauspersonal
 - 5.1 Einhaltung von Hygienebestimmungen als arbeitsvertragliche Hauptleistungspflicht
 - 5.2 Inhalt der einzuhaltenden Hygienebestimmungen
6. Regelung von Vorsorgeuntersuchungen auf individu-alvertraglicher Ebene
7. Regelung von Einstellungs- und Vorsorgeuntersuchung auf betrieblicher Ebene
 - 7.1 Gegenstand der Mitbestimmung des Betriebsrates
 - 7.1.1 Einstellungsuntersuchung
 - 7.1.2 Vorsorgeuntersuchung
 - 7.2 Allgemeine Regelungsbefugnisse der Betriebspartner
 - 7.3 Inhaltliche Regelungsbefugnisse der Betriebspartner
 - 7.3.1 Erhebung von Befunden über etwaige Infektionen
 - 7.3.2 Weitergabe von Daten an den Arbeitgeber
- 7.4 Checkliste für den Inhalt einer Betriebsvereinbarung
8. Fazit

1. Einleitung

Krankenhauspersonal, das im medizinischen Bereich arbeitet, ist erhöhten Infektionsrisiken ausgesetzt. Besonders problematisch sind Infektionserreger, die wie z. B. Hepatitis B (HBV), Hepatitis C (HCV) und Humanes Immunschwäche Virus (HIV) zu einer dauerhaften Infektion führen können. Etwa 95 % der Chirurgen erleben im Laufe eines Jahres mindestens einmal eine Schleimhautkontamination und ca. 75 % eine Stich- oder Schnittverletzung. Bezogen auf 100 Operationen liegen die Raten perkutaner Verletzungen zwischen 1,5 und 8,0, die der Schleimhaut- und Hautkontamination zwischen 5 und 30 auf 100.¹ Seit Langem ist daher auch die Übertragung entsprechender Infektionen von infizierten

Angehörigen der Gesundheits- und Heilberufe auf Patienten bekannt und Gegenstand der Rechtsprechung, wie etwa der Fall eines wegen fahrlässiger Körperverletzung in 12 Fällen verurteilten Herzchirurgen zeigt.² Dass diese Problematik jedoch weit über die vielfach diskutierte Ansteckungsgefahr hinausgeht, die von einem HBV-, HCV- oder HIV-positiven Operateur ausgehen kann, zeigt der jüngste Fall des Todes von drei Neugeborenen in einer Bremer Klinik auf Grund einer bakteriellen Infektion anschaulich.³ Nach Schätzungen versterben in Deutschland pro Jahr ca. 10.000 bis 15.000 Patienten an Krankenhausinfektionen, wovon ca. 1.500 bis 4.500 Todesfälle vermieden werden könnten.⁴

Im Prinzip wird man bei der Übertragung von Infektionen im Krankenhaus zwischen zwei Fallgestaltungen zu unterscheiden haben.

Auf der einen Seite geht es um die überaus problematischen Infektionen durch Erreger, die von nicht selbst infizierten Krankenhausmitarbeitern übertragen werden oder durch Kontakt mit Gegenständen, die vor bzw. nach der Anwendung am Patienten nicht ausreichend desinfiziert wurden bzw. auf sonstigem Weg, also um Fälle der Übertragung von Krankenhausinfektionen auf Grund des Verstoßes von Mitarbeitern gegen Hygienebestimmungen, aber auch trotz deren Beachtung. Auf der anderen Seite steht der infizierte Mitarbeiter selbst, von dem die Infektionsgefahr ausgeht. Auch wenn das Gefährdungspotential für Patienten in der ersten Fallgruppe wohl weit über den durch selbst infizierte Mitarbeiter begründeten Gefahren liegen dürfte, hat die Übertragung von Erregern durch – selbst nicht infiziertes – Krankenhauspersonal oder nicht ausreichend desinfizierte Gegenstände bisher kaum Eingang in die arbeitsrechtliche Literatur und Rechtsprechung gefunden, wohl weil man hier anders als beim infizierten Mitarbeiter mangels Möglichkeit der Tatsachenfeststellung nur schwer einen konkret Verantwortlichen ermitteln und arbeitsrechtliche Maßnahmen gegen ihn ergreifen kann.

Wesentlich ausführlicher wird die zweite Fallgestaltung – d. h. der selbst infizierte Krankenhausmitarbeiter – erörtert. Hier entsteht für den Krankenhausträger ein besonderer Konflikt und zwar insbesondere in den Fällen, in denen zwar eine Infektion festgestellt, jedoch ein Tätigkeitsverbot nach dem Infektionsschutzgesetz (IfSG) nicht verhängt wird bzw. in Betracht kommt. Denn dem Krankenhausträger ist auf der einen Seite die Pflicht auferlegt, alles zu unternehmen, um jede Gefährdung seiner Patienten auszuschließen. Auf der anderen Seite ist er jedoch auch verpflichtet, das bei ihm tätige Personal vertragskonform zu beschäftigen. Ärzteschaft und große Teile der arbeitsrechtlichen Literatur

* Der Verf. ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Lenze und Kollegen, Traunstein.

- 1 Jarke, *Praktische Arbeitsmedizin* 2005, S.9, der zudem darauf hinweist, dass die Mehrheit der chronisch mit HBV, HCV und/oder HIV infizierten Beschäftigten im Gesundheitswesen nicht einmal im Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit infiziert werden.
- 2 BGH, Urteil vom 14.3.2003 – 2 StR 239/02 –, MedR 2003, 457 ff.
- 3 Süddeutsche Zeitung 2.11.2011.
- 4 *Gastmeier/Brunckhorst/Schrapppe/Kern/Geffers*, *Deutsche Medizinische Wochenschrift* 2010, 91 ff.

sehen den Krankenhausträger beispielsweise als verpflichtet an, auch den infizierten Chirurgen weiter in seinem Beruf einzusetzen, allenfalls mit der Möglichkeit, den Tätigkeitsbereich auf weniger invasive Eingriffe zu beschränken.⁵ Zur Begründung wird meist darauf verwiesen, dass das Infektionsrisiko für Patienten verschwindend gering sei, wenn vom infizierten medizinischen Personal die geltenden Hygienebestimmungen genauestens eingehalten werden, insbesondere die vorgeschriebene Schutzbekleidung verwendet wird.⁶

Die zivilgerichtliche Rechtsprechung stellt demgegenüber nicht nur heraus, dass das Recht der Patienten auf körperliche Unversehrtheit Vorrang vor allen anderen in Betracht kommenden Rechtsgütern anderer Grundrechtsträger habe⁷, sondern erlegt dem Krankenhausträger im Rahmen der Krankenhausbehandlung auch umfassende Aufklärungspflichten gegenüber dem Patienten auf, beispielsweise über Ansteckungsgefahren, die von einem Mitpatienten ausgehen⁸, und sogar über äußerst seltene Risiken, wenn deren Realisierung die Lebensführung des Patienten schwer belasten kann⁹, bei Impfungen etwa schon bei einer Komplikationsdichte von 1 zu 4,4 Mio.¹⁰

Doch welcher Patient würde sich noch operieren lassen, wenn er zuvor darüber aufgeklärt würde, dass der Operateur oder assistierendes medizinisches Personal an einer HBV-, HCV- oder HIV-Infektion¹¹ leiden und die Gefahr der Übertragung dieser Infektion auf ihn bei einer Operation zwar sehr gering ist, jedoch nicht vollständig ausgeschlossen werden kann? Der Hinweis in Rechtsprechung und Literatur, dass die Umstände des jeweiligen Einzelfalls maßgeblich und Grundrechtspositionen gegeneinander abzuwägen sind, hilft hier weder in der Sache selbst, noch dem Krankenhausträger weiter. Oberste Vertragspflicht des Krankenhausträgers ist neben einer sorgfältigen Behandlung vor allem auch die Aufklärung über das Risiko medizinischer Eingriffe. Der Wille des Patienten hat immer Vorrang vor der ärztlichen Hilfeleistungspflicht, weshalb der Patient umfassend zu informieren ist und allein darüber entscheidet, ob er von einem Virusträger operiert werden möchte. Diese Entscheidung kann und darf ihm nicht vom Krankenhausträger oder Arzt abgenommen werden.¹²

Während die hieraus für den Krankenhausträger entstehenden Probleme vor der Einstellung von medizinischem Personal noch überschaubar sind, bereitet die Lösung des Konflikts im bereits bestehenden Arbeitsverhältnis größere Schwierigkeiten. Diese könnten im Bereich öffentlicher Krankenhäuser mit der Ablösung des BAT durch die Bestimmungen des TVöD sogar noch verstärkt worden sein. Denn § 7 Abs. 3 BAT, der für Mitarbeiter, die besonderen Ansteckungsgefahren ausgesetzt oder in gesundheitsgefährdenden Betrieben beschäftigt waren, in regelmäßigen Zeitabständen ärztliche Untersuchungen anordnete, hat im TVöD (und auch im TV-Ärzte/VKA; anders als in §§ 41–43 TV-L und im TV-Ärzte/TdL) keine Entsprechung mehr gefunden.

Der Beitrag soll vor allem dazu dienen, praxistaugliche Lösungen aufzuzeigen. Im Kern geht es dabei nicht nur um die Frage, wie der Krankenhausträger aus arbeitsrechtlicher Sicht auf eine bekannte Infektion reagieren, sondern vor allem auch darum, wie die entsprechende Befunderhebung beim Mitarbeiter veranlasst und dem Krankenhausträger zur Kenntnis gebracht werden kann. Selbstredend geht es dabei nicht um die Beschäftigten, die ihre Berufe im Gesundheitswesen ohne Gefährdung von Patienten ausüben können, sondern um Berufsgruppen mit vor allem invasiven Tätigkeiten, also operativ tätige ärztliche Mitarbeiter und im Einzelfall auch nicht-ärztliches Assistenzpersonal. Schließlich soll auch die Übertragung von Erregern auf Patienten durch – selbst nicht infiziertes – Krankenhauspersonal nachfolgend erörtert werden, im Wesentlichen jedoch beschränkt auf die Darstellung der den Kranken-

hausmitarbeitern zur Vermeidung derartiger Übertragungen obliegenden arbeitsvertraglichen Pflichten.

2. Einstellungsuntersuchungen

Einstellungsuntersuchungen werden vor Abschluss eines Arbeitsvertrages durchgeführt. Von ihrem positiven Ergebnis hängt es ab, ob ein Arbeitsverhältnis begründet wird oder nicht.

2.1 Zulässigkeit von Einstellungsuntersuchungen

Da für eine Einstellungsuntersuchung immer die Einwilligung des Bewerbers erforderlich ist, aber grundsätzlich auch ausreichend ist, ist im vorvertraglichen Bereich die Frage nach der Rechtsgrundlage für eine Untersuchung im Grunde unproblematisch. Sie kann mit Einwilligung des Bewerbers durchgeführt werden.

Darüber hinaus sind Einstellungsuntersuchungen auf HBV und HCV ausdrücklich vorgeschrieben in § 15 Abs. 1 BiostoffV i. V. m. § 4 Abs. 1 ArbMedVV für Beschäftigte im Gesundheitswesen, die Tätigkeiten ausführen, bei denen es regelmäßig und in größerem Umfang zu Kontakt mit Körperflüssigkeiten, -ausscheidungen oder -gewebe kommen kann.

Im öffentlichen Dienst galt § 7 Abs. 1 BAT zudem lange Zeit als Rechtsgrundlage für Einstellungsuntersuchungen, die auch eine Befunderhebung zur Feststellung einer HBV-, HCV- und HIV-Infektion gestattete.¹³ Im TVöD/TV-L und den beiden TV-Ärzte findet diese Regelung keine Entsprechung mehr, so dass sich auch Einstellungsuntersuchungen im öffentlichen Dienst nunmehr nach den allgemeinen Voraussetzungen richten.

2.2 Umfang der Befunderhebung bei Einstellungsuntersuchungen

Die generelle Zulässigkeit von Einstellungsuntersuchungen mit Einwilligung besagt jedoch noch nichts darüber, in welchem Umfang eine Befunderhebung durch den Arbeitgeber zulässig ist. Denn auch im vorvertraglichen Bereich sind die rechtlichen Interessen des Bewerbers zu beachten. Neben dem Verbot der Diskriminierung wegen Behinderung nach §§ 1, 7 AGG sind vor allem das durch Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht, in das durch eine ärztliche Untersuchung des Arbeitnehmers eingegriffen wird, zu beachten. Im Fall einer Blutabnahme wird zudem der verfassungsrechtlich gewährleistete Schutz der körperlichen Unversehrtheit tangiert. Schließlich spielt in diesem Zusammenhang auch das in Artikel 8 EMRK verankerte Recht auf Achtung des Privatlebens eine Rolle, das das Recht einer Person einschließt, ihren Gesundheitszustand geheim zu halten, denn dessen Berücksichtigung gehört ebenfalls zur Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG).¹⁴

5 Jacobs, MedR 2002, 140/144.

6 MüArbR/Kohte, 3. Aufl. 2009, § 296 Rn. 57 geht sogar davon aus, dass das Risiko der Weitergabe von HIV-Infektionen selbst im Gesundheitswesen keine Einstellungsverweigerung legitimiert, da bei Einhaltung der Hygienevorschriften kein relevantes Risiko für Patienten bestehe.

7 OLG Frankfurt 8.7.1999 – 8 U 67/99 –, NJW 2000, 875.

8 BGH 7.7.1994 – III ZR 52/93 –, NJW 1994, 3012.

9 BGH 18.11.2008 – VI ZR 198/07 –, VersR 2009, 257.

10 BGH 15.2.2000 – VI ZR 48/99 –, VersR 2000, 725.

11 Eine Ansteckungsgefahr für Patienten soll nur bestehen, wenn sich ein HIV-positiver Operateur bei einem Eingriff selbst verletzt. Bei einer Viruslast unter 500 Kopien/ml soll nach dem Stand der Wissenschaft eine HIV-Übertragung als äußerst unwahrscheinlich gelten und bei einer Viruslast unter der Nachweisgrenze praktisch ausgeschlossen sein, vgl. Jarke/Hösl/von Schwarzkopf, Deutsches Ärzteblatt 2011, 2204 ff.

12 Kamps, MedR 2005, 1/12.

13 Jacobs, MedR 2002, 140/141.

14 BVerfG 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 –, NJW 2004, 3407.

Auch diese Rechte werden jedoch nicht einschränkungslos gewährt, sondern unterliegen wiederum Beschränkungen im Hinblick auf Grundrechte des Arbeitgebers oder Dritter sowie zu Gemeinwohlzwecken¹⁵. Im Ergebnis ist das Interesse des Arbeitgebers an der geforderten Untersuchung abzuwägen gegen das Interesse des Arbeitnehmers an der Wahrung seiner Intimsphäre und körperlichen Unversehrtheit.¹⁶

Soweit die Befunderhebung nicht ausdrücklich gesetzlich vorgeschrieben ist¹⁷, wird ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers an der Untersuchung allg. dann anerkannt, wenn ihm ein entsprechendes Fragerecht zusteht.¹⁸ Ein Fragerecht setzt ein berechtigtes, billigenwertes und schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers an der Frage voraus.¹⁹ Dieses Interesse des Arbeitgebers muss nach der Rechtsprechung des BAG objektiv so stark sein, dass dahinter das Interesse des Bewerbers am Schutz seines Persönlichkeitsrechtes und an der Unverletzbarkeit seiner Individualität zurücktritt, was hinsichtlich bestehender Krankheiten einen Zusammenhang mit dem einzugehenden Arbeitsverhältnis erfordert. Der Zusammenhang zwischen ansteckenden Krankheiten und medizinischen Tätigkeiten liegt auf der Hand. Das berechnete Arbeitgeberinteresse folgt aus der Schutzpflicht für die dem Krankenhausträger anvertrauten Patienten. Dass der Krankenhausträger ein berechtigtes, billigenwertes und schutzwürdiges Interesse an der ordnungsgemäßen Erfüllung dieser Pflicht hat, kann nicht zweifelhaft sein.

Unter diesen Voraussetzungen ist auch eine Untersuchung auf etwaige bestehende Infektionen zulässig. Die Frage, ob ansteckende Krankheiten vorliegen, die zwar nicht die Leistungsfähigkeit beeinträchtigen, jedoch die zukünftigen Kollegen oder Patienten gefährden, ist zulässig.²⁰ Dementsprechend ist auch eine Einstellungsuntersuchung zur Erhebung der entsprechenden Befunde zulässig.²¹

Eine Einschränkung dahin, dass diese ansteckenden Krankheiten unter das Infektionsschutzgesetz fallen müssen,²² erscheint nicht sachgerecht, da eine Gefahr für Patienten und somit ein berechtigtes, billigenwertes und schutzwürdiges Interesse auch bei Infektionen bestehen kann, die vom Infektionsschutzgesetz nicht erfasst werden.

2.3 Mitteilung des Ergebnisses von Einstellungsuntersuchungen an den Arbeitgeber

Wer sich als Arbeitnehmer bei den vorgeschriebenen arbeitsmedizinischen Einstellungskontrollen oder arbeitsmedizinischen Voruntersuchungen vom Betriebsarzt untersuchen lässt, erklärt in aller Regel sein stillschweigendes Einverständnis mit der Weitergabe des Ergebnisses an seinen Arbeitgeber durch den Betriebsarzt.²³ Dieses Einverständnis gilt jedoch nach ganz herrschender Meinung nicht für den bei der Untersuchung anfallenden Befund. Der Betriebsarzt darf also dem Arbeitgeber grundsätzlich nur mitteilen, ob aufgrund der Untersuchung aus medizinischer Sicht Bedenken gegen die Beschäftigung bestehen oder nicht.²⁴

Achtung: Es sollte in jedem Fall von der teilweise noch gängigen Praxis Abstand genommen werden, die Einstellungsuntersuchung erst nach Abschluss des Arbeitsvertrages oder gar Beginn der Tätigkeit durchzuführen. Die Verwendung von Vertragsklauseln, die Einstellung erfolge „vorbehaltlich des Nachweises der gesundheitlichen Eignung“, oder ähnlicher Formulierungen birgt ein erhebliches Risiko für den Arbeitgeber, insbesondere wenn die Einstellungsuntersuchung auch nicht in der Wartefrist des § 1 Abs. 1 KSchG durchgeführt wird. Entsprechende Formulierungen könnten zwar als aufschiebende Bedingung, unter Umständen auch als auflösende Bedingung im Sinne von § 21 TzBfG auszulegen sein, insbesondere wenn das Arbeitsverhältnis bereits in Vollzug gesetzt wird, bevor die Möglichkeit einer Einstellungsunter-

suchung besteht. Will der Arbeitgeber jedoch die Beschäftigung eines Arbeitnehmers von dessen gesundheitlicher Eignung abhängig machen, so hat er die Kriterien, die zu einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses führen sollen, genau festzulegen,²⁵ was insbesondere in Fällen einer nur teilweisen Nichteignung auf große Schwierigkeiten stoßen dürfte.

3. Vorsorgeuntersuchungen

Schwieriger stellt sich die Problematik im Rahmen eines bereits bestehenden Arbeitsverhältnisses dar. Denn der Bewerber wird regelmäßig in die Einstellungsuntersuchung einwilligen, da er anderenfalls von vornherein nicht bei der Stellenbesetzung berücksichtigt wird. Im bestehenden Arbeitsverhältnis ändert sich diese faktische Interessenkonstellation dann jedoch grundlegend.

3.1 Zulässigkeit von Vorsorgeuntersuchungen

Nach § 7 Abs. 3 BAT waren Angestellte, die besonderen Ansteckungsgefahren ausgesetzt oder in gesundheitsgefährdenden Betrieben beschäftigt sind, in regelmäßigen Zeitabständen ärztlich zu untersuchen. Diese Regelung des BAT wurde nicht mehr in den TVöD übernommen. § 3 Abs. 4 TVöD legt nun nur noch fest, dass der Arbeitgeber bei begründeter Veranlassung berechtigt ist, die Beschäftigten zu verpflichten, durch ärztliche Bescheinigung nachzuweisen, dass sie zur Leistung der arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit in der Lage sind. Die Tarifnorm ist inhaltlich vergleichbar mit § 7 Abs. 2 BAT, die den Arbeitgeber berechtigte,

15 Nach EuGH 5.10.1994 – C-404/92 – Sammlung 1994, S. I-04737 sind Beschränkungen aus dem Gemeinwohl dienenden Zielen zulässig, soweit sie nicht einen im Hinblick auf den verfolgten Zweck unverhältnismäßigen, nicht tragbaren Eingriff darstellen und der Wesensgehalt des Grundrechtes unangetastet bleibt.

16 BAG 12.8.1999 – 2 AZR 55/99 –, ZTR 2000, 39 = NZA 1999, 1209.

17 Vgl. z. B. § 4 Abs. 1 ArbMedVV i. V. m. Anhang Teil 2 bzgl. HBV und HCV bei der Tätigkeit in Einrichtungen zur medizinischen Untersuchung, Behandlung und Pflege von Menschen, bei denen es regelmäßig und in größerem Umfang zu Kontakt mit Körperflüssigkeiten, -ausscheidungen oder -gewebe kommen kann.

18 ErfK/Preis, 11. Aufl. § 611 BGB Rn. 293; a. A. Bayreuther, NZA 2010, 679 mit dem Hinweis, dass Einstellungsuntersuchungen viel weitergehend in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers eingreifen als die einfache Frage nach bestehenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen, Einstellungsuntersuchungen aber dennoch für zulässig hält, um festzustellen, ob der Bewerber spezifizierbaren Anforderungen des gewählten Arbeitsplatzes genügt bzw. ob er zum Untersuchungszeitpunkt arbeitsfähig ist.

19 BAG 7.6.1984 – 2 AZR 270/83 –, NZA 1985, 57 zum Fragerecht.

20 BAG 7.6.1984 – 2 AZR 270/83 –, NZA 1985, 5; Richardi, NZA 1988, 75; Keller, NZA 1988, 563 zur Frage nach einer HIV-Infektion, a. A. Lichtenberg/Schücking, NZA 1990, 41.

21 Mit der geplanten Änderung des Arbeitnehmerdatenschutzes wird sich an diesen Grundsätzen, trotz weiterer Modifikationen, nur wenig ändern. Gesundheitsdaten des Bewerbers werden nach § 32 Abs. 2 BDSG-E besonders geschützt. Sie dürfen nur erhoben werden, wenn sie wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellen und der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen sind (§ 32 Abs. 2 BDSG-E i. V. m. § 8 Abs. 1 AGG und § 32a Abs. 1 BDSG-E). Eine ärztliche Einstellungsuntersuchung kann daher lediglich verlangt werden, wenn mit ihr begutachtet werden soll, ob der Bewerber grundsätzlich die zukünftige Arbeit gar nicht oder nur schlecht ausüben kann. Darüber hinaus muss der Bewerber gemäß § 32a Abs. 1 Satz 2 BDSG-E nach Aufklärung über Art und Umfang in die Untersuchung sowie in die Weitergabe des Untersuchungsergebnisses an den Arbeitgeber ausdrücklich einwilligen. Gesundheitliche Untersuchungen oder Prüfungen bleiben jedoch zulässig, wenn sie erforderlich sind. Betriebs-/Dienstvereinbarungen oder Tarifverträge können wie bisher eigenständige Grundlage für eine zulässige Datenerhebung und -verwendung im Beschäftigungsverhältnis sein; vgl. dazu Raif, ArbRAktuell 2010, 617.

22 So Iraschko-Luscher/Kiekenbeck, NZA 2009, 1239.

23 Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechtes, 3. Auflage, § 74 RdNr. 6.

24 Laufs/Uhlenbruck a. a. O.; Budde DB 1985, 1529; Eiermann BB 1980, 214; Däubler BB 1989, 282.

25 ArbG Düsseldorf 10.10.2007 – 15 Ca 2355/07.

bei „gegebener Veranlassung“ durch einen Vertrauensarzt oder das Gesundheitsamt die Dienstfähigkeit des Arbeitnehmers feststellen zu lassen. Nachdem die Rechtsprechung bereits früher an das Merkmal der „gegebenen Veranlassung“ in § 7 Abs. 2 BAT strenge Anforderungen gestellt hatte, hat sich die Tariflage durch das in der tariflichen Neuregelung enthaltene Merkmal der „begründeten Veranlassung“ nicht wesentlich verändert.²⁶ Eine begründete Veranlassung im Sinne dieser Vorschrift liegt somit vor, wenn konkrete Tatsachen vorhanden sind, die gewichtige Zweifel daran begründen, dass der Beschäftigte in der Lage ist, seine arbeitsvertraglich geschuldete Leistung zu erbringen.

Die generelle Anordnung von vorsorglichen Untersuchungen zur Ermittlung etwaiger Infektionen der Mitarbeiter lässt sich allerdings kaum auf die tarifvertragliche Regelung stützen, da sich konkrete Tatsachen in diesem Sinne kaum feststellen lassen, wenn die Infektion nicht zugleich mit sichtbaren Leistungseinschränkungen verbunden ist. Eine § 3 Abs. 4 TVöD entsprechende Regelung findet sich in § 3 Abs. 5 TV-Ärzte/VKA für ärztliche Mitarbeiter. Für diese tarifliche Regelung gelten somit die vorgenannten Grundsätze entsprechend.

Im Bereich des TV-L folgt aus § 3 Abs. 5 in der durch § 41 Nr. 3, durch § 42 Nr. 2 und durch § 43 Nr. 2 TV-L festgelegten Fassung, dass die Beschäftigten in Kliniken (ärztliches und nichtärztliches Personal), die besonderen Ansteckungsgefahren ausgesetzt oder in gesundheitsgefährdenden Bereichen beschäftigt sind, in regelmäßigen Zeitabständen ärztlich zu untersuchen sind. Dasselbe gilt nach § 3 Abs. 5 Satz 6 TV-Ärzte/TdL. Dies entspricht den bisherigen Regelungen in § 7 Abs. 3 BAT.²⁷

Darüber hinaus sind in regelmäßigen Abständen Vorsorgeuntersuchungen auf HBV und HCV vorgeschrieben in § 15 Abs. 1 BioStoffV i. V. m. § 4 Abs. 1 ArbMedVV, Anhang Teil 2 für Beschäftigte im Gesundheitswesen, die Tätigkeiten ausführen, bei denen es regelmäßig und in größerem Umfang zu Kontakt mit Körperflüssigkeiten, -ausscheidungen oder -gewebe kommen kann.

Aber auch soweit die tarifvertraglichen Regelungen keine Pflicht des Arbeitnehmers begründen, sich einer verdachtsunabhängigen Vorsorgeuntersuchung auf Infektionen zu unterziehen, sind die Mitarbeiter dennoch nach allgemeinen Grundsätzen bei berechtigtem Interesse des Arbeitgebers dazu verpflichtet. Das BAG erkennt die grundsätzliche Zulässigkeit verdachtsunabhängiger Vorsorge- bzw. Routineuntersuchungen im laufenden Arbeitsverhältnis bei einem berechtigten Interesse des Arbeitgebers an und leitet die Pflicht des Arbeitnehmers, sich einer solchen Untersuchung zu unterziehen, aus der Treuepflicht ab.²⁸ Diese Pflicht, eine ärztliche Untersuchung zu dulden und an ihr mitzuwirken, verstößt nach der Rechtsprechung des BAG auch nicht gegen höherrangiges Recht.²⁹ Zwar tangiert eine derartige ärztliche Untersuchung stets die Intimsphäre des Arbeitnehmers, die durch Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich geschützt wird. Ist die Untersuchung mit einer Blutentnahme verbunden, liegt darüber hinaus ein Eingriff in die körperliche Unversehrtheit vor. Andererseits würden aber Grundrechtspositionen des Arbeitgebers (Art. 12 und 14 GG) verletzt, würde nicht sein berechtigtes Bedürfnis auf Information darüber erfüllt, ob der Mitarbeiter die vertraglich geschuldeten Leistungen erbringen kann oder nicht.³⁰

3.2 Umfang der Befunderhebung bei Vorsorgeuntersuchungen

Eine ärztliche Untersuchung des Arbeitnehmers führt regelmäßig zu einem Eingriff in die Intimsphäre des Arbeitnehmers. Eine Blutentnahme führt zudem zu einem Eingriff in die körperliche Unversehrtheit. Die einschränkungslose Vornahme aller Untersuchungen, die Arbeitgeber oder Arzt

für sachdienlich halten, ist daher bereits wegen verfassungsrechtlich geschützter Arbeitnehmerinteressen unzulässig.³¹ Zur Frage, ob eine Auswertung bestimmter Körperdaten bzw. welche Befunderhebung dem Arbeitgeber zuzugestehen ist, heißt es in der BAG-Entscheidung vom 12.8.1999³²:

„Ist der Arbeitnehmer aufgrund einer tarifvertraglichen oder arbeitsvertraglichen Regelung oder der ihm obliegenden Treuepflicht grundsätzlich verpflichtet, sich – wie hier der Kläger – in gewissen Abständen einer Gesundheitsuntersuchung zu unterziehen, so bedeutet dies noch nicht, dass der Arzt ohne jede Einschränkung alle Untersuchungen vornehmen darf, die er oder der Arbeitgeber für sachdienlich halten. Das Interesse des Arbeitgebers an der geforderten Untersuchung ist vielmehr abzuwägen gegen das Interesse des Arbeitnehmers an der Wahrung seiner Intimsphäre und körperlichen Unversehrtheit.“

Nachdem im Hinblick auf die hier relevante Fragestellung nicht nur das berechnete Interesse des Arbeitgebers als solchem, sondern vor allem auch die vom Krankenträger zu gewährleitenden Patientenrechte in die Abwägung einzustellen sind, kann letztlich nicht zweifelhaft sein, dass der Arbeitgeber berechtigt ist, im Rahmen der Vorsorgeuntersuchungen auch Befunde über etwaige Infektionen zu erheben, wenn diese eine Gefahr für Patienten begründen. Denn das BAG hat festgestellt, dass der sachliche Grund für die Anordnung einer Untersuchung mit der gebotenen Befunderhebung nicht nur in der Fürsorgepflicht für den Angestellten und die mit ihm arbeitenden Mitarbeiter gesehen werden kann, sondern auch im sonstigen Pflichtenkreis des Betriebes.³³ Die verfassungsrechtlich geschützten Arbeitnehmerinteressen müssen demgegenüber zurücktreten. Dafür spricht insbesondere, dass

- die Gefahr einer Übertragung von Viren von medizinischem Personal auf Patienten selbst bei Benutzung von Schutzkleidung, insbesondere von Operationshandschuhen besteht³⁴,
- das Recht der Patienten auf körperliche Unversehrtheit und deren Wille immer Vorrang vor der ärztlichen Hilfeleistungspflicht hat³⁵,
- das Unterlassen von Kontrolluntersuchungen mit Befunderhebung ein für Fahrlässigkeitsdelikte elementarer Sorgfaltspflichtverstoß ist³⁶, der nicht nur das medizinische Personal, sondern auch die Organisationsverantwortlichen des Krankenträgers dem Risiko aussetzt, sich strafbar zu machen. Eine Güterabwägung zur Rechtfertigung dieses Verhaltens verbietet sich per se, weil hierdurch keine Gefahr abgewendet, sondern gerade erst begründet wird.³⁷
- der Schutz von Patienten vor Ansteckung mit Infektionskrankheiten wie HBV, HCV und/oder HIV Vorrang vor den in Betracht kommenden Rechtsgütern anderer Grundrechtsträger hat.³⁸

26 LAG Schleswig-Holstein 12.5.2009 – 5 Sa 458/08 –, ZMV 2009, 334.

27 Vgl. § 7 Abs. 3 BAT/BAT-O sowie Nr. 2 SR 2a und Nr. 2 SR 2c BAT/BAT-O.

28 BAG 12.8.1999 – 2 AZR 55/99 –, ZTR 2000, 39 = NZA 1999, 1209.

29 Vgl. BAG 6.11.1997 – 2 AZR 801/96 – AP Nr. 142 zu § 626 BGB = ZTR 1998, 184 = NZA 1998, 326 mit dem Hinweis, dass die Interessen des Arbeitnehmers hinreichend durch die dem untersuchenden Arzt obliegende Schweigepflicht geschützt sind.

30 Vgl. BAG 6.11.1997 – 2 AZR 801/96 – (FN 29).

31 BAG 12.8.1999 – 2 AZR 55/99 – (FN 28).

32 2 AZR 55/99 – (FN 28).

33 BAG 6.11.1997 – 2 AZR 801/96, Rn. 14 – (FN 29).

34 BGH 14.3.2003, – 2 StR 239/02, Rz. 25 –, MedR 2003, 457.

35 Kamps, MedR 2005, 1/12.

36 BGH 14.3.2003 – 2 StR 239/02, Rz. 22, (FN 34).

37 Vgl. §§ 34, 35 StGB.

38 OLG Frankfurt 8.7.1999 – 8 U 67/99 –, NJW 2000, 875.

Damit ist der Arbeitgeber berechtigt, Befunde über etwaige bestehende Infektionen zu erheben. Hierfür spricht letztlich auch, dass das BAG das Recht des Arbeitgebers ausdrücklich anerkennt, auch sensible Daten über den Gesundheitszustand in der Personalakte zu dokumentieren.³⁹ Der Arbeitgeber habe – so das BAG – grundsätzlich ein überwiegendes Interesse, für das Arbeitsverhältnis maßgebliche Informationen über die Gesundheit des Arbeitnehmers zum Zwecke einer berechtigten späteren Verwertung zu sammeln. Wenn jedoch die Dokumentation zulässig ist, so muss auch die Erhebung entsprechend relevanter Daten zulässig sein.⁴⁰

3.3 Mitteilung des Ergebnisses von Vorsorgeuntersuchungen an den Arbeitgeber

Sieht man den Krankenhausträger unter den vorgenannten Voraussetzungen als grundsätzlich berechtigt an, Vorsorgeuntersuchen anzuordnen und Befunde über etwaige Infektionen zu erheben, ist damit jedoch noch nicht die Frage beantwortet, unter welchen Voraussetzungen er Kenntnis vom Untersuchungsergebnis erlangen kann. Hier entsteht vor allem ein Konflikt zwischen dem Informationsinteresse des Arbeitgebers auf der einen und der ärztlichen Schweigepflicht auf der anderen Seite.

Denn auch der die Untersuchung durchführende Betriebsarzt ist wie jeder andere Arzt an die Regeln der ärztlichen Schweigepflicht gebunden. Dem ist ausdrücklich in § 8 Abs. 1 Satz 2 ASiG besonders Rechnung getragen, der bestimmt, dass Betriebsärzte nur ihrem ärztlichen Gewissen unterworfen sind und die Regeln der ärztlichen Schweigepflicht zu beachten haben. Die Weitergabe von Informationen an den Krankenhausträger bedarf daher grundsätzlich der Einwilligung des Bewerbers und Mitarbeiters.⁴¹

Bei Vorsorgeuntersuchungen des Arbeitnehmers durch den Betriebsarzt bedarf es grundsätzlich einer ausdrücklichen Einwilligung des Mitarbeiters in die Weitergabe des Untersuchungsergebnisses. Dies gilt nicht nur wie bei der Einstellungsuntersuchung für den Befund selbst, sondern darüber hinaus auch für die Frage der Eignung für eine bestimmte Tätigkeit.

Allerdings wird dieser Grundsatz unter bestimmten Voraussetzungen eingeschränkt.

Weniger problematisch für den Krankenhausträger sind zunächst die Fälle, in denen eine namentliche Meldepflicht nach dem Infektionsschutzgesetz (IfSG) besteht. Die Meldepflicht besteht auch für den Betriebsarzt. Nach der Meldung entscheidet dann die zuständige Behörde über weitere Maßnahmen, insbesondere auch über ein etwaiges, gegenüber dem Infektionsträger auszusprechendes berufliches Tätigkeitsverbot.⁴²

Schwieriger ist dies für den Krankenhausträger, wenn das IfSG keine namentliche Meldepflicht normiert, wie etwa bei HIV oder chronisch HBV- und HCV-Infizierten, soweit es sich nicht um die Erstdiagnose einer chronischen HBV-/HCV-Infektion handelt.⁴³

3.4 Pflicht zur Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht, Offenbarungspflicht

Das BAG geht davon aus, dass der Arbeitnehmer bei Vorliegen eines berechtigten Interesses des Arbeitgebers auf Grund der allgemeinen Treupflicht verpflichtet ist, seine behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht zu entbinden. Ein solches berechtigtes Arbeitgeberinteresse besteht unter anderem bei begründeten Zweifeln an der Tauglichkeit des Arbeitnehmers, den Anforderungen seines Arbeitsplatzes aus gesundheitlichen Gründen auf Dauer gerecht zu werden⁴⁴, insbesondere wenn wie bei ansteckenden Krankheiten die Angaben über die Art der Erkrankung für die weiteren Dispositionen des Arbeitgebers im Hinblick auf die künftige Tätigkeit des Arbeitnehmers notwendig sind.⁴⁵

Denn in diesen Fällen lässt sich erst durch ein Zusammenwirken zwischen Betriebsarzt und Arbeitgeber ermitteln, ob ein weiterer Einsatz des Infizierten auf dem bisherigen Arbeitsplatz ohne die Gefährdung von Patienten möglich oder die Übertragung anderer Tätigkeiten erforderlich ist. Selbst wenn der aktuelle Einsatz des Infizierten eine solche Gefahr nicht begründet, bleibt immer noch die Möglichkeit der späteren Versetzung dieses Mitarbeiters auf einen anderen Arbeitsplatz und eine damit verbundene Begründung der Übertragungsgefahr. Hierüber kann der Arbeitgeber jedoch nur dann sachgerecht entscheiden, wenn ihm eine etwaige Einschränkung der Einsatzmöglichkeiten – spricht eine etwaige Infektion – bekannt ist.

Im Ergebnis kann somit davon ausgegangen werden, dass der infizierte Mitarbeiter jedenfalls dann verpflichtet ist, den Betriebsarzt von der ärztlichen Schweigepflicht gegenüber dem Arbeitgeber zu entbinden, wenn dies für die künftigen Einsatzmöglichkeiten des Arbeitnehmers relevant ist.⁴⁶ Eine solche Relevanz ist gegeben, wenn die Gefahr einer Übertragung der Infektion auf Patienten angesichts der aktuellen oder im Rahmen des Direktionsrechts für ihn in Betracht kommenden Tätigkeit besteht. Bei einer Versetzung gilt dies, wenn die Übertragung einer Tätigkeit konkret in Aussicht steht, die mit einer Gefährdung von Patienten verbunden ist.

Erfolgt keine Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht, so verstößt der Arbeitnehmer gegen seine Treupflicht und verletzt damit seine arbeitsvertraglichen Pflichten. Dem Schutz seines Persönlichkeitsrechts, das auch ein Geheimhaltungsinteresse an sensiblen Daten beinhaltet, wie es Informationen über bestehende Infektionen zweifellos sind, ist dabei Rechnung zu tragen durch Maßnahmen, die jede zufällige Kenntnisnahme verhindern und den einsichtsberechtigten Personenkreis auf das absolut notwendige Maß beschränken.⁴⁷

Bestätigt wird dieses Ergebnis auch durch § 15 Abs. 1 Satz 2 ArbSchG. Danach sind Beschäftigte verpflichtet, nach ihren Möglichkeiten für die Sicherheit und Gesundheit der Personen zu sorgen, die von ihren Handlungen oder Unterlassungen bei der Arbeit betroffen sind. Zwar regelt diese Vorschrift zunächst öffentlich-rechtliche Pflichten der Beschäftigten aus dem Arbeitsverhältnis. Die Vorschrift ist jedoch zugleich Konkretisierung der privatrechtlichen Pflichten, auch im Hinblick auf nicht-leistungsbezogene Nebenpflichten.⁴⁸ Auch wenn man davon ausgeht, dass diese Pflicht nur gegenüber Beschäftigten besteht, nicht jedoch gegenüber sonstigen Dritten, also etwa Patienten, ist diese Vorschrift relevant, da vom infizierten Patienten gleichzeitig wiederum eine Gefahr für andere Beschäftigte ausgeht.

Unter den vorgenannten Voraussetzungen ist zudem von einer selbstständigen arbeitsrechtlichen Offenbarungspflicht des infizierten Beschäftigten gegenüber dem Krankenhausträger auszugehen.⁴⁹

39 BAG 12.9.2006 – 9 AZR 271/06 –, ZTR 2007, 271, allerdings verbunden mit der Verpflichtung, sensible Daten über den Arbeitnehmer in besonderer Weise aufzubewahren und gegen zufällige Kenntnisnahme zu schützen.

40 So im Ergebnis ArbG Hamburg 1.9.2006 – 27 Ca 136/06 –, LAGE § 75 BetrVG 2001 Nr. 4, das verdachtsunabhängige Suchtmittelkontrollen zur Überprüfung der Arbeitsfähigkeit (Fahrtauglichkeit) für zulässig hält, weil im konkreten Fall auf Grund der Größe der zu bewegenden Maschinen bereits kleinste Unachtsamkeiten oder fehlende Präzision zu erheblichen Schäden führen konnten.

41 MüArbR/*Kohle*, 3. Auflage 2009, § 296 Rn. 34; Däubler BB 1989, 282.

42 Vgl. § 31 IfSG.

43 Vgl. § 7 Abs. 3 IfSG.

44 BAG 6.11.1997 – 2 AZR 801/96, Rn. 20 – (FN 29).

45 LAG Berlin 27.11.1989 – 9 Sa 82/89 –, NJW 1190, 2956 m. w. N.

46 LAG Berlin 27.11.1989 – 9 Sa 82/89 –, NJW 1190, 2956 m. w. N.

47 BAG 12.9.2006 – 9 AZR 271/06 –, ZTR 2007, 271.

48 ErfK/*Wank*, 11. Aufl. § 16 ArbSchG Rn. 2.

49 *Jacobs*, MedR 2002, 140.

Die Pflicht zur Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht und die Offenbarungspflicht helfen dem Krankenhaussträger indes zunächst nur dann weiter, wenn er den Verpflichteten auch kennt, ihm also die betroffene Person namentlich bekannt ist. Dies wird regelmäßig nur dann der Fall sein, wenn objektive, nach außen erkennbare Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die geschuldete Arbeitsleistung dauerhaft oder vorübergehend nicht mehr erbracht werden kann. Relevant wird dies daher eher bei außergewöhnlichen Krankheitszeiten oder entsprechenden Tauglichkeitseinschränkungen sein, die einen hinreichenden Anlass für die Annahme bieten, dass die geschuldete Arbeitsleistung nicht erbracht werden kann. Bei Infektionen, die die Leistungsfähigkeit nicht beeinträchtigen, jedoch Patienten gefährden, wird es meist keine objektiven Anhaltspunkte für den Arbeitgeber geben. Hier ist der Arbeitgeber auf eine entsprechende Information durch den Betriebsarzt angewiesen, wenn eine Entbindung von der Schweigepflicht nicht erfolgt und sich der Mitarbeiter auch nicht offenbart.

3.5 Durchbrechung der ärztlichen Schweigepflicht

Ist der Arbeitnehmer nicht bereit, den Betriebsarzt von der Schweigepflicht zu entbinden oder sich dem Arbeitgeber zu offenbaren, so lässt § 34 StGB die Durchbrechung der ärztlichen Schweigepflicht zu, wenn bei der pflichtgemäßen, gewissenhaften Abwägung der widerstreitenden Interessen durch den Betriebsarzt das geschützte Rechtsgut das beeinträchtigte überwiegt und die Offenbarung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr erforderlich ist.

Ausgehend vom Wertverhältnis der hier in Rede stehenden Rechtsgüter – Leib und Leben auf der einen Seite, Persönlichkeitsrechte auf der anderen Seite – gebührt dem Schutz des Lebens und der Gesundheit konkret von einer Ansteckung bedrohter Patienten in jedem Fall Vorrang vor dem auch durch § 203 StGB gewährleisteten Schutz der Intimsphäre.⁵⁰

Unerheblich ist weiter, dass sich bei Feststellung der Infektion möglicherweise die konkret zur Übertragung der Infektion führende Handlung noch nicht abzeichnet. Denn unter § 34 StGB fällt auch die sog. Dauer Gefahr, d. h. eine Gefahr, die so dringend ist, dass sie, auch wiederholt, jederzeit und alsbald in einen Schaden umschlagen kann, mag auch der Eintritt des Schadens noch eine Zeitlang auf sich warten lassen.⁵¹

Erforderlich ist die Offenbarung schließlich, wenn sie objektiv zur Abwendung der Gefahr geeignet ist und zugleich das relativ mildeste der in Betracht kommenden Verteidigungsmittel darstellt.⁵² Die Weitergabe des Befundes an den Arbeitgeber wäre geeignet, da der Arbeitgeber ohne Offenbarung durch den Arbeitnehmer nur so Kenntnis davon erlangen kann, ob bzw. dass vom Infizierten Gefahren für Patienten ausgehen. Es ist auch kein milderer Mittel ersichtlich, welches es dem Arbeitgeber ermöglicht, mit einem geringeren Eingriff in die Rechte des Arbeitnehmers gleiche Gewissheit zu erhalten, ob eine ansteckende Infektionskrankheit und damit auch Gefahr für die Patienten vorliegt und in welchen Bereichen er den Mitarbeiter einsetzen kann, ohne dass es zu einer Gefährdung von Patienten kommt. Die alternative Möglichkeit, dem Arbeitnehmer die Verpflichtung aufzuerlegen, sich dem Arbeitgeber zu offenbaren oder den Betriebsarzt von der ärztlichen Schweigepflicht zu entbinden, scheitert an der fehlenden Bereitschaft des Arbeitnehmers hierzu.

Eine Befugnis zur Weitergabe des während des Beschäftigungsverhältnisses erhobenen Befundes vom Betriebsarzt an den Arbeitgeber scheidet daher nur dann aus, wenn der Betriebsarzt einen begründeten Anlass für die Annahme hat, dass der Betroffene zur Einhaltung aller Vorsichtsmaßnahmen bereit und bei Einhaltung dieser Vorsichtsmaßnah-

men die Gefahr einer Ansteckung ausgeschlossen ist. Stehen umgekehrt keine absolut sicheren Schutzmaßnahmen zur Verfügung, etwa wenn der Arbeitnehmer in einem infektionsgefährdeten Bereich, z. B. als Operateur, tätig ist, ist der Betriebsarzt zur Weitergabe des Befundes ohne die vorstehenden Einschränkungen befugt.⁵³ Dabei kann bereits die Weigerung des Mitarbeiters, den Betriebsarzt gegenüber dem Arbeitgeber von der ärztlichen Schweigepflicht zu entbinden oder sich zu offenbaren, ein gewichtiges Indiz dafür sein, dass er nicht zur Einhaltung aller notwendigen Vorsichtsmaßnahmen bereit ist.⁵⁴ Diese Schlussfolgerung liegt nahe, denn es ist nicht ersichtlich, wie der Mitarbeiter ohne die Mitwirkung des Arbeitgebers etwaige zusätzliche Sicherungsmaßnahmen umsetzen oder Operationen mit erhöhter Übertragungsgefahr vermeiden könnte.

Hinweis: Nachdem in diesem Zusammenhang eine Vielzahl von Fallgestaltungen denkbar sind, in denen für den Betriebsarzt eine Entscheidung über die Durchbrechung der ärztlichen Schweigepflicht schwierig ist, der Mitarbeiter aber auch nicht ohne Weiteres bereit ist, den Betriebsarzt von der ärztlichen Schweigepflicht zu entbinden oder sich dem Arbeitgeber zu offenbaren, dürfte es sich empfehlen, dem Betriebsarzt ein entsprechendes Hinweisblatt für den Mitarbeiter an die Hand zu geben, um den betroffenen Mitarbeiter über die ihm obliegenden Pflichten zu informieren.

Formulierungsvorschlag:

Hinweisblatt

Bei Ihnen wurde anlässlich der Vorsorgeuntersuchung eine ...-Infektion festgestellt. Wir bitten Sie, Ihren Hausarzt über den Befund zu informieren und mit diesem weitere Maßnahmen für Ihre persönliche Gesundheitsfürsorge zu beraten.

Im Hinblick auf Ihre weitere Beschäftigung bestehen

- keine Einschränkungen. Das bedeutet, dass von Ihrer Seite keine über ihre persönliche Gesundheitsfürsorge und die allgemeinen Vorsichtsmaßnahmen zur Verhinderung der Ansteckung Dritter hinausgehenden Maßnahmen erforderlich sind.*
- derzeit keine Einschränkungen. Das bedeutet, dass von Ihrer Seite derzeit keine über ihre persönliche Gesundheitsfürsorge und die allgemeinen Vorsichtsmaßnahmen zur Verhinderung der Ansteckung Dritter hinausgehenden Maßnahmen erforderlich sind. Sie sind jedoch vor jeder Versetzung in einen anderen Arbeitsbereich oder der Übernahme anderer Tätigkeiten verpflichtet, mit dem Betriebsarzt Kontakt aufzunehmen, damit vom Betriebsarzt geprüft werden kann, ob bei der in Aussicht stehenden Tätigkeit die Gefahr der Übertragung der Infektion auf Patienten besteht.*
- Einschränkungen, da die Gefahr der Übertragung der Infektion auf Patienten besteht. Sie sind daher verpflichtet, entweder den Betriebsarzt von der ärztlichen Schweigepflicht gegenüber dem Arbeitgeber zu entbinden oder den Arbeitgeber über die bestehende Infektion zu informieren. Nur so kann über die weiteren, erforderlichen Maßnahmen sachgerecht entschieden werden, um die Gefahr der Übertragung der Infektion auf Patienten auszuschließen. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, Ihrem Bedürfnis nach Geheimhaltung der Infektion Rechnung*

50 OLG Frankfurt 8.7.1999 – 8 U 67/99 –, NJW 2000, 875; Parzeller/Bratzke, Deutsches Ärzteblatt 2000, 97.

51 BGH NJW 1979, 2053.

52 BGHSt 2, 242.

53 OLG Frankfurt 8.7.1999 – 8 U 67/99 – (FN 50) zur Offenbarungspflicht des Arztes gegenüber dem Lebenspartner seines Patienten; Heidelberger Kommentar, Ordnungszahl 4740, Rn. 77; Klöcker, MedR 2001, 183; ob man mit dem OLG Frankfurt allerdings sogar von einer Offenbarungspflicht ausgehen kann, erscheint zweifelhaft, zumal zwischen Betriebsarzt und Krankenhaussträger kein entsprechendes Arzt-Patienten-Verhältnis besteht; vgl. dazu auch Parzeller/Bratzke, Deutsches Ärzteblatt 2000, 97.

54 OLG Frankfurt 8.7.1999 – 8 U 67/99 – (FN 50) zur Geheimhaltung gegenüber dem Lebenspartner des Infizierten.

zu tragen durch Maßnahmen, die jede zufällige Kenntnisnahme durch Dritte verhindern und den Personenkreis, der von der Infektion Kenntnis erlangt, auf das absolut notwendige Maß beschränken.

Sie werden darauf hingewiesen, dass die Nichtbeachtung dieser Vorgaben nicht nur eine Verletzung ihrer arbeitsvertraglichen Pflichten darstellt und somit für Sie arbeitsrechtliche Konsequenzen bis hin zu einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses haben kann, sondern gleichzeitig auch zu strafrechtlichen Konsequenzen führen kann, insbesondere wenn es deshalb zu einer Übertragung der Infektion auf Patienten kommt.

Zur Kenntnis genommen am:

.....
Unterschrift

4. Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus Anlass einer Infektion

Um Fehlinterpretationen zu vermeiden, sei an dieser Stelle noch einmal darauf hingewiesen, dass es bei den nachfolgenden Ausführungen nicht um die Beschäftigten geht, die bei einer Infektion ihre Berufe im Gesundheitswesen ohne Gefährdung von Patienten ausüben können, sondern nur um Berufsgruppen mit einem entsprechenden Gefährdungspotential.

Nachdem die Voraussetzungen einer krankheitsbedingten Kündigung, also Fälle, in denen die Infektion zugleich zu Leistungseinschränkungen führt, in der Rechtsprechung weitgehend geklärt sind, beschränken sich die nachstehenden Erörterungen auf die Fälle von Infektionen, die die Leistungsfähigkeit nicht beeinträchtigen, jedoch Patienten einer Ansteckungsgefahr aussetzen.

4.1 Personenbedingte Kündigung

Als personenbedingte Gründe, die eine ordentliche Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG sozial rechtfertigen können, kommen solche Umstände in Betracht, die auf einer in den persönlichen Verhältnissen oder Eigenschaften des Arbeitnehmers liegenden „Störquelle“ beruhen.⁵⁵ Eine personenbedingte Kündigung kann insbesondere sozial gerechtfertigt sein, wenn der Arbeitnehmer aus Gründen, die in seiner Sphäre liegen, jedoch nicht von ihm verschuldet sein müssen, zu der nach dem Vertrag vorausgesetzten Arbeitsleistung ganz oder teilweise nicht mehr in der Lage ist. In diesen Fällen liegt in der Regel eine schwere und dauerhafte Störung des vertraglichen Austauschverhältnisses vor, der der Arbeitgeber, wenn keine andere Beschäftigung mehr möglich ist, mit einer ordentlichen Kündigung begegnen kann.⁵⁶

Dementsprechend kann eine ordentliche Kündigung aus Gründen in der Person des Arbeitnehmers gerechtfertigt sein, wenn für den Arbeitnehmer ein Beschäftigungsverbot besteht.⁵⁷ Wenn der Arbeitgeber durch die Beschäftigung gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, kann er vertraglich nicht zur Entgegennahme der angebotenen Arbeitsleistung gezwungen sein. Das Gleiche gilt, wenn nicht die Beschäftigung mit der vertraglich geschuldeten Tätigkeit selbst gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, wohl aber der Arbeitgeber aus Gründen, die er nicht zu vertreten hat und die in der Sphäre des Arbeitnehmers liegen, gesetzliche Verpflichtungen, die mit der Beschäftigung verbunden sind, nicht erfüllen kann. Auch in diesem Fall besteht ein Beschäftigungshindernis, das eine ordentliche Kündigung aus Gründen in der Person des Arbeitnehmers rechtfertigt.⁵⁸

Die dem Krankenhausträger gegenüber den Patienten obliegende Pflicht zum Schutz vor Ansteckungen hat Vorrang vor der ärztlichen Hilfe-

leistungspflicht⁵⁹ und wird durch weitere gesetzliche Regelungen besonders geschützt, etwa §§ 223 ff. StGB. Dass der Arbeitgeber diese ihm gegenüber den Patienten obliegenden Verpflichtungen verletzt, wenn er durch die Beschäftigung infizierter Mitarbeiter zugleich Patienten Ansteckungsgefahren aussetzt oder diese sogar angesteckt werden, liegt auf der Hand. Mithin kann davon ausgegangen werden, dass auch in diesen Fällen ein Beschäftigungshindernis besteht, das eine ordentliche Kündigung aus Gründen in der Person des Arbeitnehmers rechtfertigen kann, vorausgesetzt natürlich, es ist keine andere Beschäftigung, ggf. nach Ausspruch einer Änderungskündigung, möglich. Dies gilt entsprechend, wenn sogar ein behördliches Tätigkeitsverbot, z. B. gemäß § 31 IfSG verhängt wird.

4.2 Verhaltensbedingte Kündigung

Wer sich weigert, an den nach den vorstehenden Grundsätzen zulässigen Vorsorgeuntersuchungen teilzunehmen oder bei festgestellter Infektion und entsprechender Gefährdung weder bereit ist, den Betriebsarzt von der ärztlichen Schweigepflicht zu entbinden noch sich dem Arbeitgeber zu offenbaren, verletzt zugleich seine arbeitsvertraglichen Pflichten. Wie alle arbeitsvertraglichen Pflichtverletzungen sind auch derartige Sachverhalte – im Regelfall nach entsprechender Abmahnung – geeignet, eine Kündigung aus Gründen, die im Verhalten des Arbeitnehmers liegen, sozial zu rechtfertigen.⁶⁰

4.3 Betriebsbedingte Kündigung

Eine betriebsbedingte Kündigung wäre allenfalls unter dem Gesichtspunkt der sog. Druckkündigung denkbar. Eine Druckkündigung liegt vor, wenn Dritte unter Androhung von Nachteilen für den Arbeitgeber von diesem die Entlassung bestimmter Arbeitnehmer verlangen oder etwa Geschäftspartner eine weitere Zusammenarbeit mit dem betroffenen Arbeitnehmer ablehnen.⁶¹ Zwar wird der Patient kaum die Entlassung des infizierten Operators verlangen. Denkbar wäre z. B. die Fallgestaltung, dass der Krankenhausträger Patienten über die von einem Mitarbeiter ausgehende Infektionsgefahr aufklärt und diese die Behandlung daraufhin ablehnen bzw. verlangen, dass die Operation von einem anderen Arzt durchgeführt wird.

Eine Kündigung aus betriebsbedingten Gründen kommt allerdings in der Regel nur dann in Betracht, wenn es an einer objektiven Rechtfertigung der Drohung fehlt. Der Arbeitgeber hat sich in diesem Fall aufgrund seiner arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht schützend vor die betroffenen Arbeitnehmer zu stellen und alles Zumutbare zu versuchen, um den Dritten von der Drohung abzubringen. Nur wenn dies nicht gelingt, schwere wirtschaftliche Schäden drohen und die Kündigung das einzig praktisch in Betracht kommende Mittel ist, wäre die Kündigung sozial gerechtfertigt.⁶²

Ist das Verlangen demgegenüber durch ein Verhalten des Arbeitnehmers oder einen personenbedingten Grund objektiv gerechtfertigt, liegt es im Ermessen des Arbeitgebers, ob er eine personen- oder eine verhaltensbedingte Kündigung

55 BAG 13.3.1987 – 7 AZR 724/85 –, ZTR 1988, 59 und 24.2.2005 – 2 AZR 211/04 –, NZA 2005, 759.

56 BAG 5.6.2008 – 2 AZR 984/06 –, DB 2009, 123.

57 BAG 24.2.2005 – 2 AZR 211/04 –, NZA 2005, 759; 31.1.1996 – 2 AZR 68/95 –, NZA 1996, 819 ff.: Verlust der Fluglizenz; 26.1.1989 – 2 AZR 318/88: Luftfahrtrechtliches Beschäftigungsverbot; ArbG Kaiserslautern 22.11.1984 – 5 Ca 139/84: seuchenrechtliches Beschäftigungsverbot.

58 BAG 24.2.2005 – 2 AZR 211/04 – (FN 53).

59 Kamps, MedR 2005, 1/12.

60 BAG 23.2.1967 – 2 AZR 124/66 –, AP Nr. 1 zu § 7 BAT; 6.11.1997 – 2 AZR 801/96, Rn. 23 – (FN 29); MüArbR/Kohle, 3. Auflage 2009, § 296 Rn. 60.

61 BAG 26.6.1997 – 2 AZR 502/96 –, RzK I 5i Nr. 126.

62 BAG 19.6.1986 – 2 AZR 563/85 –, NZA 1987, 21.

ausspricht.⁶³ Eine betriebsbedingte Kündigung scheidet dann aus. Nachdem bei bestehender Infektionsgefahr im Regelfall eine objektive Rechtfertigung vorliegt, bleibt für eine Kündigung aus betriebsbedingten Gründen letztlich kaum Raum.

5. Übertragung von Infektionen durch nicht selbst infiziertes Krankenhauspersonal

Ist der Mitarbeiter nur Überträger einer Infektion, ohne selbst infiziert zu sein, stößt der Krankenhausträger in arbeitsrechtlicher Hinsicht sehr schnell an seine Grenzen, da der für die Übertragung der Infektion Verantwortliche in vielen Fällen kaum zu ermitteln sein wird. Dennoch hat die Übertragung von Infektionen durch selbst nicht infiziertes Krankenhauspersonal – auch durch nicht ausreichend desinfizierte Gegenstände – in der Praxis eine wohl größere Bedeutung, als die Gefährdung durch infizierte Krankenhausmitarbeiter selbst. Denn nosokomiale Infektionen und die Zunahme der Antibiotikaresistenz bei bestimmten Krankheitserregern haben eine erhebliche medizinische, epidemiologische und ökonomische Bedeutung und stellen eine ständige Herausforderung für die Krankenhausleitungen, die Beschäftigten auf Bettenstationen, in anderen Krankenhausabteilungen, in der ambulanten Versorgung und für das Hygienefachpersonal in allen Einrichtungen des Gesundheitswesens dar.⁶⁴

Natürlich ist die Nichteinhaltung von Hygienebestimmungen (z. B. Händewaschen) eine Pflichtverletzung, die entsprechende arbeitsrechtliche Sanktionen nach sich ziehen kann. Insoweit kann im Ergebnis auf die vorstehenden Erörterungen verwiesen werden. Dennoch soll der in diesem Bereich maßgebliche Pflichtenkreis nachfolgend noch einmal näher dargestellt werden.

5.1 Einhaltung von Hygienebestimmungen als arbeitsvertragliche Hauptleistungspflicht

Alle Beschäftigten im Krankenhaus sind grundsätzlich verpflichtet, die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung ordnungsgemäß zu erbringen. Im Krankenhaus wird diese Arbeitspflicht maßgeblich durch den Behandlungsvertrag zwischen Krankenhausträger und Patient geprägt.⁶⁵ Die ärztliche Versorgung der Patienten ist aufgrund des Krankenhausaufnahmevertrages ordnungsgemäß zu gewährleisten. D. h. das Krankenhaus muss als Schuldner dementsprechend alle erforderlichen Leistungen für die stationäre Behandlung erbringen, wozu insbesondere auch die erforderlichen betrieblich-organisatorischen Maßnahmen der Krankenhaushygiene und Infektionsprävention zählen. Die Krankenhausleitung hat sicherzustellen, dass die nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft erforderlichen Maßnahmen getroffen werden, um nosokomiale Infektionen zu verhüten und die Weiterverbreitung von Krankheitserregern, insbesondere solcher mit Resistenzen, zu vermeiden.⁶⁶

Das medizinische Personal seinerseits wird als Erfüllungshilfe in die Vertragsbeziehung Krankenhaus – Patient eingeschaltet, so dass ihm inhaltlich deckungsgleich die arbeitsvertraglichen Pflichten gegenüber dem Krankenhausträger obliegen, wie sie aus dem Krankenhausaufnahmevertrag für den Krankenhausträger gegenüber dem Patienten folgen.⁶⁷ Ergänzt wird der Inhalt der Arbeitspflicht zudem durch die Organisationsstrukturen des Krankenhauses und die öffentlich-rechtlichen Rahmenbedingungen.

Somit liegt es auf der Hand, dass die Einhaltung der betrieblich-organisatorischen Hygienemaßnahmen auch Inhalt der arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflichten von Krankenhausmitarbeitern ist. Ohne die Einhaltung dieser Vorgaben kann die Arbeitspflicht nicht wie vertraglich geschuldet erbracht werden.

5.2 Inhalt der einzuhaltenden Hygienebestimmungen

§ 23 Abs. 2 IfSG bestimmt, dass beim Robert-Koch-Institut eine Kommission für Krankenhaushygiene und Infektionsprävention einzurichten ist. Diese Kommission hat die Aufgabe, Empfehlungen zur Prävention nosokomialer Infektionen⁶⁸ sowie zu betrieblich-organisatorischen und baulich-funktionellen Maßnahmen der Hygiene in Krankenhäusern und anderen medizinischen Einrichtungen zu erstellen. Die Empfehlungen der Kommission werden unter Berücksichtigung aktueller infektionsepidemiologischer Auswertungen stetig weiterentwickelt und vom Robert-Koch-Institut in der Zeitschrift „Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung – Gesundheitsschutz“ veröffentlicht.⁶⁹

Die dem medizinischen Personal und natürlich auch den für die Organisation des Krankenhausbetriebs Verantwortlichen obliegenden arbeitsvertraglichen Pflichten werden somit ganz maßgeblich durch die von der Kommission herausgegebenen und regelmäßig aktualisierten Empfehlungen zur Verhinderung von Krankenhausinfektionen geprägt. Diese Richtlinien⁷⁰ enthalten spezielle Vorgaben für den Hygienestandard im Krankenhaus und sind als Stand der medizinischen Wissenschaft auf dem Gebiet der Krankenhaushygiene und Infektionsprävention Maßstab der dem Krankenhausträger und somit auch den Krankenhausmitarbeitern obliegenden beruflichen Sorgfaltspflicht, wie sich aus § 23 Abs. 3 Satz 2 IfSG ergibt.⁷¹

Zieht sich der Patient im Rahmen der Krankenhausbehandlung eine Infektion zu, misst der BGH der Einhaltung der vorgegebenen Hygienestandards bei der Beurteilung der dem Krankenhausträger gegenüber dem Patienten aus dem Behandlungsvertrag obliegenden Sorgfaltspflichten eine besondere Bedeutung bei, wenn es um Haftungs- und vor allem Beweislastfragen geht. Kommt es während der Krankenhausbehandlung zu einer Keimübertragung auf Patienten, so scheidet eine Haftung des Krankenhausträgers aus, wenn er nachweisen kann, dass die vorgegebenen Hygienestandards eingehalten wurden.⁷² Werden demgegenüber hygienische Unzulänglichkeiten festgestellt, so genügt es, wenn sich die Keimübertragung auf den Patienten aufgrund der mangelnden hygienischen Zustände nicht ausschließen lässt.⁷³ Denn dann geht die Infektion aus einem voll beherrschbaren Bereich hervor (sog. voll beherrschbares Risiko) mit der Folge, dass der Krankenhausträger für die Folgen der Infektion einstehen muss, sofern er sich nicht nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB entlasten kann, d. h. der Kran-

63 BAG 19.6.1986 – 2 AZR 563/85 – (FN 60).

64 Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung – Gesundheitsschutz 2004, 409.

65 MüArbR/Richardi, § 338 Rz. 14.

66 § 23 Abs. 3 IfSG.

67 Reichold, Arbeitsrecht im Krankenhaus, 2. Auflage, Abschnitt E, Rz. 5.

68 § 2 Nr. 8 IfSG definiert nosokomiale Infektion als eine Infektion mit lokalen oder systematischen Infektionszeichen als Reaktion auf das Vorhandensein von Erregern oder ihrer Toxine, die im zeitlichen Zusammenhang mit einer stationären oder einer ambulanten medizinischen Maßnahme steht, soweit die Infektion nicht bereits vorher bestand.

69 Eine Vorabveröffentlichung neuer und geänderter Empfehlungen der Kommission erfolgt zur schnelleren Information auf den Internetseiten des Robert-Koch-Instituts unter <http://www.rki.de>; daneben gibt es noch eine Reihe weiterer Richtlinien, etwa die Leitlinie Krankenhaushygiene der Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften.

70 Nach ihrem gesetzlichen Auftrag erstellt die Kommission Empfehlungen. Deshalb ist der Begriff „Richtlinie für Krankenhaushygiene und Infektionsprävention“ nicht im engen, verwaltungsrechtlichen Sinne zu verstehen, also als verbindliches Recht, sondern als Stand des Wissens, vgl. § 23 Abs. 3 Satz 2 IfSG und Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung – Gesundheitsschutz 2004, 411.

71 Vgl. auch Information des Bundesministeriums für Gesundheit unter <http://www.bundesgesundheitsministerium.de/index.php?id=274>.

72 BGH 8.1.1991 – VI ZR 102/90 –, VersR 1991, 467.

73 BGH 20.3.2007 – VI ZR 158/06 –, NJW 2007, 1682.

kenhausträger muss dann beweisen, dass er alle organisatorischen und technischen Vorkehrungen gegen eine vermeidbare Keimübertragung getroffen hat.⁷⁴

Im Ergebnis begründet somit die Nichtbeachtung der durch die Richtlinien vorgegebenen Hygienestandards eine Verletzung der für den Krankenhausträger aus dem Behandlungsvertrag gegenüber dem Patienten folgenden Pflichten und – damit korrespondierend – auch für den einzelnen Krankenhausmitarbeiter eine Verletzung seiner arbeitsvertraglichen Pflicht gegenüber dem Krankenhausträger.

6. Regelung von Vorsorgeuntersuchungen auf individualvertraglicher Ebene

Geht man mit dem BAG⁷⁵ von der grundsätzlichen Zulässigkeit verdachtsunabhängiger Vorsorge- bzw. Routineuntersuchungen im laufenden Arbeitsverhältnis auf Grund der dem Arbeitnehmer obliegenden Treuepflicht aus, so erscheint es ohne weiteres zulässig, als Konkretisierung dieser Treuepflicht auch im Arbeitsvertrag dem Arbeitnehmer die Pflicht aufzuerlegen, sich verdachtsunabhängigen Vorsorge- bzw. Routineuntersuchungen zu unterziehen.

Was die Information des Arbeitgebers über das Untersuchungsergebnis anbelangt, so stellt sich aber die Frage, ob der Arbeitnehmer bereits im Arbeitsvertrag die Einwilligung hierzu erteilen kann oder zumindest dazu verpflichtet werden kann, den untersuchenden Arzt unter bestimmten Voraussetzungen und in bestimmtem Umfang gegenüber dem Arbeitgeber von der ärztlichen Schweigepflicht zu entbinden. Eine solche Pflicht besteht bei begründeten Zweifeln an der Tauglichkeit des Arbeitnehmers, den Anforderungen seines Arbeitsplatzes aus gesundheitlichen Gründen auf Dauer gerecht zu werden⁷⁶, insbesondere wenn wie bei ansteckenden Krankheiten die Angaben über die Art der Erkrankung für die weiteren Dispositionen des Arbeitgebers im Hinblick auf die künftige Tätigkeit des Arbeitnehmers notwendig sind.⁷⁷

Daher kann auch davon ausgegangen werden, dass sich Arbeitnehmer bereits im Arbeitsvertrag nicht nur zur Teilnahme an entsprechenden Vorsorgeuntersuchungen verpflichten, sondern bei einem berechtigten Interesse des Arbeitgebers zugleich auch den Arzt von der ärztlichen Schweigepflicht entbinden können.⁷⁸

Formulierungsvorschlag:

- (1) *Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, sich bei Tätigkeiten in Bereichen mit Infektionsgefährdung und Patientenkontakt regelmäßigen Untersuchungen auf Infektionskrankheiten durch den Betriebsarzt zu unterziehen.*
- (2) *Der Arbeitnehmer entbindet den Betriebsarzt bei Feststellung einer Infektion bereits jetzt von der ärztlichen Schweigepflicht gegenüber dem Arbeitgeber, wenn angesichts der zu diesem Zeitpunkt vom Arbeitnehmer ausgeführten Tätigkeiten die Gefahr der Übertragung der Infektion auf Patienten besteht. Hat das Untersuchungsergebnis lediglich Einfluss auf die arbeitsvertraglich vorausgesetzten Einsatzmöglichkeiten des Arbeitnehmers, ohne dass nach dem aktuellen Tätigkeitsbild eine Infektionsgefahr für Patienten besteht, so ist der Arbeitnehmer verpflichtet, nach seiner Wahl entweder den Betriebsarzt von der Schweigepflicht zu entbinden oder sich dem Arbeitgeber zu offenbaren.*
- (3) *Der Arbeitgeber trägt die Kosten der Untersuchung und wird durch geeignete Maßnahmen sicherstellen, dass eine zufällige Kenntniserhebung der ihm mitgeteilten Infektion durch Dritte verhindert und der Personenkreis, der von der Infektion Kenntnis erlangt, auf das absolut notwendige Maß beschränkt wird.*

7. Regelung von Einstellungs- und Vorsorgeuntersuchung auf betrieblicher Ebene

Geht man von der grundsätzlichen Zulässigkeit verdachtsunabhängiger Vorsorgeuntersuchungen im laufenden Arbeitsverhältnis bei medizinischem Personal aus, ist schließlich auch noch die Zulässigkeitsfrage unter kollektivrechtlichen Gesichtspunkten zu klären.

7.1 Gegenstand der Mitbestimmung des Betriebsrates

7.1.1 Einstellungsuntersuchung

Bei Einstellungsuntersuchungen scheidet ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG aus, da die Einstellungsuntersuchung der Personalauswahl dient und keine Regelung über die Verhütung von Arbeitsunfällen oder Berufskrankheiten ist.⁷⁹ Allerdings kann § 95 BetrVG relevant sein, da es sich – werden nur Personen eingestellt, die sich der Untersuchung unterziehen und die bestimmten Tauglichkeitsanforderungen genügen – letztlich um eine Auswahlrichtlinie im Sinne dieser Vorschrift handelt.⁸⁰

7.1.2 Vorsorgeuntersuchung

Die Einführung und Ausgestaltung von verdachtsunabhängigen Vorsorgeuntersuchungen im laufenden Arbeitsverhältnis können der erzwingbaren Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Ziff. 7 BetrVG unterliegen.⁸¹

Nach § 87 Abs. 1 Ziff. 7 BetrVG hat der Betriebsrat, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, mitzubestimmen, bei Regelungen über die Verhütung von Arbeitsunfällen, Berufskrankheiten sowie über den Gesundheitsschutz im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und der Unfallverhütungsvorschriften. Das Mitbestimmungsrecht setzt ein, wenn eine gesetzliche Handlungspflicht objektiv besteht und wegen Fehlens einer zwingenden Vorgabe betriebliche Regelungen verlangt, um das vom Gesetz vorgegebene Ziel des Arbeits- und Gesundheitsschutzes zu erreichen.⁸² Eine entsprechende Handlungspflicht zur Vornahme von regelmäßigen Vorsorgeuntersuchungen auf HBV und HCV folgt bei der Tätigkeit in Einrichtungen zur medizinischen Untersuchung, Behandlung und Pflege von Menschen beispielsweise aus § 4 Abs. 1 ArbMedVV i. V. m. Anhang Teil 2, wenn es bei der Tätigkeit regelmäßig und in größerem Umfang zu Kontakt mit Körperflüssigkeiten, -ausscheidungen oder -gewebe kommen kann. Zwingende Vorgaben, etwa zum Abstand dieser Vorsorgeuntersuchungen oder ihrer konkreten Durchführung, enthalten die gesetzlichen Bestimmungen nicht, so dass hierzu betriebliche Regelungen erforderlich sind und – ebenso wie bei Vorsorgeuntersuchungen nach § 11 ArbSchG⁸³ – von einem entsprechenden Mitbestimmungsrecht auszugehen ist.

Im Übrigen wäre der Betriebsrat in allen Fragen, die die arbeitsmedizinischen Untersuchungen betreffen, nach § 89 Abs. 2 BetrVG zu beteiligen.⁸⁴ Besteht keine gesetzliche

74 BGH 20.3.2007 – VI ZR 158/06 – (FN 71); *Martis/Winkhart*, Arzthafungsrecht, 3. Aufl., S. 1177, Rz. V 381 f.

75 BAG 12.8.1999 – 2 AZR 55/99 – (FN 28).

76 BAG 6.11.1997 – 2 AZR 801/96, Rn. 20 (FN 29).

77 LAG Berlin 27.11.1989 – 9 Sa 82/89 –, NJW 1190, 2956 m. w. N.

78 *Stück/Wein*, NZA-RR 2005, 505.

79 *ErFK/Preis*, 11. Aufl., § 611 BGB Rn. 298.

80 LAG Baden-Württemberg, Beschluss 13.12.2002 – 16 TaBV 4/02 –, NZA-RR 2003, 417; *MüArbR/Kohte*, 3. Aufl., § 296 Rn. 58.

81 LAG Hamburg 21.9.2000 – 7 TaBV 3/98 –, NZA-RR 2001, 190, bezogen auf Vorsorgeuntersuchungen nach § 11 ArbSchG; *MüArbR/Kohte*, 3. Aufl., § 296 Rn. 43.

82 BAG 15.1.2002 – 1 ABR 13/01 –, ZTR 2002, 504.

83 LAG Hamburg 21.9.2000 – 7 TaBV 3/98 – (FN 79); *MüArbR/Kohte*, 3. Aufl., § 296 Rn. 43.

84 *MüArbRt/Kohte*, 3. Aufl., § 296 Rn. 43.

Handlungspflicht, wie etwa bei einer Befunderhebung über eine HIV-Infektion, bleibt den Betriebspartnern die Möglichkeit einer freiwilligen Betriebsvereinbarung gemäß § 88 Nr. 1 BetrVG, der dem Umstand Rechnung trägt, dass die gesetzlichen Vorschriften zum Arbeits- und Gesundheitsschutz dem Arbeitgeber lediglich ein Mindestmaß an Schutzmaßnahmen im Betrieb auferlegen. § 88 Nr. 1 BetrVG gestattet es den Betriebspartnern daher, Maßnahmen zu treffen, die über die gesetzlichen Vorgaben hinausreichen, wozu insbesondere auch Vorsorgeuntersuchungen zählen. Vorsorgemaßnahmen gegen HIV-Infizierungen dürfen unter Berücksichtigung der Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer bei einem überwiegenden Eingriffsinteresse auch in einer freiwilligen Betriebsvereinbarung angeordnet werden.⁸⁵

7.2 Allgemeine Regelungsbefugnisse der Betriebspartner

Auf Grund der durch das Betriebsverfassungsgesetz verliehenen Betriebsautonomie haben die Betriebsparteien eine grundsätzlich umfassende Kompetenz zur Regelung der sozialen und personellen Angelegenheiten.⁸⁶ Sie können auch Regelungen treffen, welche die Arbeitnehmer belasten.⁸⁷ Durch Betriebsvereinbarungen kann auch in Datenschutzrechte von Arbeitnehmern eingegriffen werden.⁸⁸ Grundsätzlich kann somit auch durch eine Betriebsvereinbarung, die von den Betriebsparteien im Rahmen ihrer Regelungskompetenz geschlossen wird, das allgemeine Persönlichkeitsrecht eingeschränkt werden.⁸⁹

Betriebsvereinbarungen unterliegen jedoch uneingeschränkt der gerichtlichen Kontrolle, soweit es um die Prüfung geht, ob ihr Inhalt gegen zwingendes höherrangiges Recht verstößt.⁹⁰ Nach § 75 Abs. 2 Satz 1 BetrVG haben die Betriebsparteien die Pflicht, die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern. Diese Pflicht begrenzt ihre Regelungsbefugnis und den zulässigen Inhalt der von den Betriebsparteien getroffenen Regelungen.⁹¹

Zu den von den Betriebsparteien nach § 75 Abs. 2 Satz 1 BetrVG zu wahrenen grundrechtlich geschützten Freiheitsrechten zählt auch das nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer und das darin eingeschlossene Recht auf informationelle Selbstbestimmung.⁹² Dieses Grundrecht wird jedoch nicht einschränkungslos gewährt, sondern kann durch rechtlich geschützte Belange anderer Grundrechtsträger beschränkt werden, soweit nicht der absolute Kernbereich privater Lebensgestaltung betroffen ist. In Rede stehen hier vor allem das Eigentumsrecht des Krankenhausträgers nach Artikel 14 GG und die Berufsausübungsfreiheit, Art. 12 GG. Danach kann der Krankenhausträger bestimmen, wie sein Krankenhausbetrieb geführt wird. Ebenso sind Patientenrechte, insbesondere das Recht auf körperliche Unversehrtheit zu beachten.

Die den Betriebsparteien durch § 75 Abs. 2 Satz 1 BetrVG auferlegte Pflicht, die freie Entfaltung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu schützen, kann also nicht jede Betriebsvereinbarung ausschließen, die zu einer Einschränkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts führt.⁹³ Der Eingriff muss aber durch schutzwürdige Belange des Arbeitgebers oder anderer Grundrechtsträger, namentlich der Patienten gerechtfertigt sein, wozu eine Güterabwägung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls erforderlich ist.⁹⁴ Maßstab ist dabei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der die Pflichten des § 75 Abs. 2 Satz 1 BetrVG konkretisiert.⁹⁵ D. h., die Regelung muss geeignet und erforderlich – insoweit steht den Betriebsparteien ein gewisser Beurteilungsspielraum zu – sowie unter Berücksichtigung der gewährleisteten Freiheitsrechte angemessen sein, um den erstrebten Zweck zu erreichen.

7.3 Inhaltliche Regelungsbefugnisse der Betriebspartner

Ausgehend von diesen allgemeinen Grundsätzen stellt sich somit – soweit Vorsorgeuntersuchungen mit entsprechender Befunderhebung nicht ohnehin ausdrücklich gesetzlich gestattet bzw. vorgeschrieben sind⁹⁶ – die Frage der Verhältnismäßigkeit von Bestimmungen zur Anordnung von Vorsorgeuntersuchungen, zur Festlegung des Umfangs der Befunderhebung, insbesondere bzgl. etwaiger Infektionen und schließlich zur Weitergabe von körperbezogenen Daten an den Arbeitgeber.

7.3.1 Erhebung von Befunden über etwaige Infektionen

Die verdachtsunabhängige Untersuchung und die Erhebung von Befunden über etwaige Infektionen sind geeignet, festzustellen, ob ein Arbeitnehmer uneingeschränkt arbeitsfähig ist oder nicht, insbesondere ob von ihm Gefahren für Patienten ausgehen. Die Maßnahmen sind auch erforderlich. Denn es ist kein milderes Mittel ersichtlich, welche es dem Arbeitgeber ermöglicht mit einem geringeren Eingriff in die Rechte des Arbeitnehmers gleiche Gewissheit zu erhalten, ob eine ansteckende Infektionskrankheit und damit auch Gefahr für die Patienten vorliegt oder nicht und in welchen Bereichen er den Mitarbeiter einsetzen kann, ohne dass es zu einer Gefährdung von Patienten kommt.

Ob die Maßnahmen schließlich auch angemessen, d. h. verhältnismäßig im engeren Sinn sind, bedarf der Gesamtabwägung zwischen der Intensität des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe, wobei die Grenze der Zumutbarkeit nicht überschritten werden darf.⁹⁷

Die Anordnung von Vorsorgeuntersuchungen erscheint angemessen in diesem Sinn, jedenfalls soweit rein willkürliche Untersuchungen ausgenommen werden. Auch die Anordnung der Befunderhebung über etwaige Infektionskrankheiten erscheint angemessen, wenn Mitarbeiter besonderen Ansteckungsgefahren ausgesetzt sind und Patientenkontakt haben.

Dafür spricht auch, dass das BAG in tarifvertraglichen Regelungen, die Arbeitnehmer verpflichten, sich in regelmäßigen Zeitabständen ärztlich untersuchen zu lassen, wenn sie besonderen Ansteckungsgefahren ausgesetzt oder in gesundheitsgefährdenden Betrieben beschäftigt sind, keinen Verstoß gegen höherrangiges Recht sieht, selbst wenn dadurch die Intimsphäre des Arbeitnehmers, die durch Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich geschützt ist, tangiert wird.⁹⁸ Der gerichtliche Prüfungsmaßstab für Betriebsvereinbarungen mag zwar ein anderer sein als für Tarifverträge. Während tarifvertragliche Eingriffe in Grundrechte lediglich unter dem Gesichtspunkt der Verletzung des so genannten Untermaßverbots zu kontrollieren

85 Wiese GK-BetrVG, 8. Aufl., § 88 BetrVG Rn. 17 m. w. N.

86 BAG 7.11.1989 – GS 3/85 –, NZA 1990, 816.

87 BAG 12.12.2006 – 1 AZR 96/06 –, NZA 2007, 453.

88 BAG 27.5.1986 – 1 ABR 48/84 –, NZA 1986, 643 zur Mitbestimmung bei der Telefondatenerfassung.

89 BAG 29.6.2004 – 1 ABR 21/03 –, ZTR 2005, 99 = NZA 2004, 1278, zu B I 2 c der Gründe.

90 BAG 21.10.2003 – 1 AZR 407/02 –, NZA 2004, 559; BAG 29.6.2004 – 1 ABR 21/03 – (FN 87).

91 BAG 29.6.2004 – 1 ABR 21/03 – (FN 87).

92 BAG 29.6.2004 – 1 ABR 21/03 – (FN 87).

93 BAG 29.6.2004 – 1 ABR 21/03 – (FN 87) zu B I 2 der Gründe.

94 Vgl. BAG, Beschluss 27.3.2003 – 2 AZR 51/02 –, NZA 2003, 1193 ff., zu B I 3 b bb der Gründe.

95 BAG 19.1.1999 – 1 AZR 499/98 –, NZA 1999, 546 zu A II 3 der Gründe.

96 Vgl. z. B. § 4 Abs. 1 ArbMedVV, Anhang Teil 2 zu Vorsorgeuntersuchungen auf HBV und HCV.

97 BAG 19.1.1999 – 1 AZR 499/98 –, NZA 1999, 546; BAG 27.3.2003 – 2 AZR 51/02 –, NZA 2003, 1193.

98 BAG 6.11.1997 – 2 AZR 801/96 – (FN 29).

sind, bestimmt sich das zulässige Ausmaß einer Beschränkung der Grundrechte durch Betriebsvereinbarungen nach dem oben dargestellten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Das Ergebnis kann bei der hier in Rede stehenden Frage jedoch kein anderes sein. Vorliegend soll geprüft werden, ob der Arbeitnehmer seinen arbeitsvertraglichen Pflichten sowie Neben- und Schutzpflichten ohne Gefährdung von Patienten nachkommen kann. Für die Feststellung, ob die Befunderhebung bzgl. etwaiger Infektionen durch überwiegende Interessen von Arbeitgeber und Patienten gerechtfertigt ist, kann auch hier wieder auf die bereits unter Ziff. 3.2 genannten Argumente verwiesen werden.

Im Ergebnis kann somit auch in einer Betriebsvereinbarung geregelt werden, dass sich die Mitarbeiter in bestimmten Zeitabständen einer Untersuchung unterziehen müssen, in der Feststellungen zu vorliegenden Infektionskrankheiten getroffen werden, da derartige Regelungen durch überwiegende Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt sind.⁹⁹

7.3.2 Weitergabe von Daten an den Arbeitgeber

Damit bleibt schließlich noch die Frage zu klären, ob Regelungen verhältnismäßig sind, die die Weitergabe der ermittelten körperbezogenen Daten an den Arbeitgeber vorsehen bzw. welche Maßnahmen vorgesehen werden können, damit der Arbeitgeber die für ihn relevanten Informationen erhält.

Hier scheint weitgehend eine Orientierung an den unter Ziff. 3.5 erläuterten Grundsätzen zur Durchbrechung der ärztlichen Schweigepflicht sachgerecht und erforderlich. Danach wäre die Weitergabe des Befundes an den Arbeitgeber – wie erläutert – geeignet und erforderlich.

Zur Wahrung der Angemessenheit, d. h. der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn wäre jedoch sicherzustellen, dass die Regelung nach dem Maß der Bedrohung differenzierte und hinsichtlich ihrer Eingriffsintensität abgestufte Bestimmungen enthält.

Zunächst wäre dem betroffenen Mitarbeiter die Möglichkeit einzuräumen, den Arbeitgeber selbst über eine etwaige Infektion zu informieren, so dass dieser in gewissem Umfang auf den Informationsfluss einwirken kann. Ist der betroffene Mitarbeiter dazu nicht bereit und ergibt sich eine konkrete Bedrohung daraus, dass der Betroffene entweder nicht zur Einhaltung aller Vorsichtsmaßnahmen bereit ist oder sich auch bei Einhaltung aller Vorsichtsmaßnahmen die Gefahr einer Ansteckung nicht mit absoluter Sicherheit ausschließen lässt, kann auch eine Betriebsvereinbarung die Befundweitergabe zulassen.

Zudem wäre der Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung auch hier weiter dadurch abzumildern, dass der Personenkreis, der vom Befund Kenntnis erlangt, auf das absolut notwendige Maß beschränkt und jede zufällige Kenntnisnahme Dritter ausgeschlossen wird. Weiter könnte die Informationsweitergabe inhaltlich beschränkt werden, etwa indem der Betriebsarzt nur Aussagen dazu trifft, auf welchen Arbeitsplätzen der betroffene Mitarbeiter nicht mehr eingesetzt bzw. mit welchen Tätigkeiten er nicht mehr beschäftigt werden kann, ohne Hinweis auf Diagnose und Befunde etc.

Außerhalb einer solchen konkreten Bedrohung wäre die Regelung einer automatischen Weitergabe von Informationen nicht zulässig. Hier bliebe nur die Möglichkeit, dem Mitarbeiter die Verpflichtung aufzuerlegen, sich dem Arbeitgeber zu offenbaren oder den Betriebsarzt von der ärztlichen Schweigepflicht zu entbinden, wenn der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse an diesen Informationen hat¹⁰⁰, etwa weil diese für seine weiteren Einsatzdispositionen erforderlich sind. Dass auch hier wiederum die Intensität des Eingriffs in das Recht auf informationelle Selbstbe-

stimmung abzumildern wäre, etwa durch die vorstehend genannten Schutzmaßnahmen, versteht sich von selbst.

7.4 Checkliste für den Inhalt einer Betriebsvereinbarung

Inhaltlich sollten Betriebsvereinbarungen schwerpunktmäßig folgende Regelungen enthalten:

- *Gestattung von Einstellungs- und Vorsorgeuntersuchungen mit Beschreibung der allgemeinen Voraussetzungen*
- *Festlegung des Zeitpunktes der Untersuchungen*
- *Festlegung des Umfangs der Befunderhebung, gegliedert nach einzelnen Arbeitsbereichen in Abhängigkeit von der jeweiligen Infektionsgefährdung*
- *Weitergabe des Ergebnisses der Vorsorgeuntersuchung*

– *Grundsätzlich nur mit Einwilligung des Mitarbeiters, soweit nicht eine konkrete Gefährdung vorliegt*

- *Festlegung des Verfahrens bei Feststellung einer Infektion*

– *Bildung einer Kommission zur Beratung des Umgangs mit infizierten Mitarbeitern, bestehend z. B. aus Arbeitgebervertreter, Ärztlichem Direktor, Pflegedirektor, Betriebsratsvorsitzendem, Betriebsarzt, Infektiologe, Krankenhaushygieniker und betroffenem Mitarbeiter sowie dem Amtsarzt bei meldepflichtigen Infektionen*

– *Einberufung der Kommission durch den Betriebsarzt und Entbindung des Betriebsarztes von seiner ärztlichen Schweigepflicht durch den Mitarbeiter gegenüber der Kommission*

– *Empfehlung der Kommission gegenüber dem Arbeitgeber zum weiteren Einsatz des Mitarbeiters in Abhängigkeit von der Gefährdungslage*

– *Bei Verweigerung der Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht:*

Einberufung der Kommission zur anonymen Erörterung des Falles und Empfehlung der Kommission in Abhängigkeit von der Gefährdungslage

- *gegenüber dem Betriebsarzt: bzgl. Durchbrechung der ärztlichen Schweigepflicht*

- *gegenüber dem Arbeitgeber: bzgl. arbeitsrechtlicher Schritte*

- *gegenüber dem betroffenen Mitarbeiter: Darlegung der Pflichten auf Grund der Infektion durch den Betriebsarzt auf der Grundlage des Hinweisblattes*

– *Regelung des Vorgehens bei erheblicher und/oder akuter Gefährdung von Patienten:*

- *Versuch des Betriebsarztes, den Mitarbeiter dazu zu bewegen, den Arbeitgeber zu informieren*

- *Bei fehlender Bereitschaft: Information des Arbeitgebers durch den Betriebsarzt*

- *Bei Meldepflicht: Information des Amtsarztes*

- *Einberufung der Kommission*

8. Fazit

Zusammenfassend lässt sich somit feststellen, dass sowohl Einstellungs- als auch Vorsorgeuntersuchungen von medizinischem Personal, das Infektionsgefahren ausgesetzt ist und

⁹⁹ BAG 12.9.2006 – 9 AZR 271/06 – ZTR 2007, 271.

¹⁰⁰ BAG 6.11.1997 – 2 AZR 801/96 – (FN 29) für den Fall begründeter Zweifel, ob der Arbeitnehmer nur vorübergehend durch Krankheit an der Arbeitsleistung verhindert oder auf Dauer berufs- oder erwerbsunfähig ist.

von dem eine Infektionsgefahr für Patienten ausgehen kann, zulässig sind. Dabei können auch Befunde über etwaige bestehende Infektionskrankheiten erhoben werden.

Wird eine Infektion festgestellt und besteht die Gefahr der Übertragung auf Patienten, so ist der infizierte Mitarbeiter verpflichtet, den untersuchenden Arzt entweder von der ärztlichen Schweigepflicht gegenüber dem Krankenhausträger zu entbinden oder sich diesem zu offenbaren, damit der Krankenhausträger die zum Schutz der Patienten erforderlichen Maßnahmen ergreifen kann. Allein die Weigerung des betroffenen Mitarbeiters, dies zu tun, ist in der Regel ein gewichtiges Indiz dafür, dass er nicht zur Einhaltung aller zum Schutz der Patienten notwendigen Vorsichtsmaßnahmen bereit ist. Das hat zur Folge, dass die ärztliche Schweigepflicht gegenüber dem Krankenhausträger durchbrochen werden kann.

Der Arbeitnehmer kann sowohl im Arbeitsvertrag, als auch in einer Betriebsvereinbarung verpflichtet werden, an entsprechenden Vorsorgeuntersuchungen teilzunehmen. Der untersuchende Arzt kann vom Arbeitnehmer bereits im Arbeitsvertrag von der ärztlichen Schweigepflicht für den Fall entbunden werden, dass eine Infektion festgestellt wird, wenn diese Einfluss auf die arbeitsvertraglich vorausgesetzten Einsatzmöglichkeiten hat.

Die Nichteinhaltung der zur Vermeidung von Krankenhausinfektionen vorgeschriebenen Hygienestandards stellt für den einzelnen Krankenhausmitarbeiter zugleich eine Verletzung seiner arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflicht gegenüber dem Krankenhausträger dar, die wie andere Vertragsverstöße auch nach allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen vom Krankenhausträger sanktioniert werden kann.