

Prof. Dr. Wolfhard Kohte

19. März 2001

**Aktualisierte Stellungnahme für die Anhörung am 04.12.2000 in der
Themengruppe 3 - Genetische Daten -**

**der Enquete-Kommission
Recht und Ethik der modernen Medizin**

zum Thema:

**"Genetische Diagnostik und Arbeitsmedizin:
Rechtliche und rechtspolitische Fragen"**

- I. Einleitung
- II. Arbeitsmedizinische Untersuchungen auf Wunsch des Arbeitnehmers
- III. Arbeitsmedizinische Pflichtuntersuchungen
- IV. Vom Arbeitgeber veranlasste Untersuchungen

Anlagen :

- 1. Österreichisches Gentechnikgesetz - Auszüge
- 2. Niederländisches Gesetz über die medizinischen Untersuchungen
- 3. EG-Richtlinie 98/24 (chemische Stoffe): Art. 10 - Gesundheitsüberwachung
- 4. Mitteilung vom 09.2.2001: Equal Employment Opportunity Commission
petitions court to ban genetic testing
- 5. Mitteilung vom 20.2.2001: VGH Baden-Württemberg: DNA-Analyse nicht
verwertbar bei

Verdachtskündigung

I. Einleitung

1992 hatte der wissenschaftliche Beirat der Bundesärztekammer eine Stellungnahme zur "so genannten Genomanalyse an Arbeitnehmern" veröffentlicht. In diesem Text wurde unterschieden zwischen der Genomanalyse, die auf die Entschlüsselung der Gesamtheit von Erbanlagen abzielt, genetischen Analysen und schließlich Verfahren des biologischen Monitoring, von denen der genetische Kernbereich der Persönlichkeit überhaupt nicht berührt werde. Auf der Basis einer solchen Begrifflichkeit erscheint die Problematik der Genomanalysen eingrenzbar, da solche Analysen derzeit bei uns nicht bekannt sind.

Die neuere Gesetzgebung in unseren Nachbarstaaten geht dagegen von einer einheitlichen und weiter gefassten Begriffsbildung aus. So umfasst nach § 4 Nr. 23 des 1994 verabschiedeten österreichischen Gentechnikgesetzes (GTG) der Begriff der Genanalysen sämtliche molekulargenetischen Untersuchungen an Chromosomen, Genen und DNS-Abschnitten eines Menschen zur Feststellung von Mutationen. In ähnlicher Weise werden die verschiedenen Formen genetischer Untersuchungen in Art. 3 des Schweizer Vorentwurfes zu einem Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen vom September 1998 definiert. Diese Begriffsbildung entspricht auch der Darstellung empirischer Entwicklungen in der aktuellen gesundheitswissenschaftlichen Literatur (so z. B. die Untersuchung von Bayertz/Ach/Paslack, Genetische Diagnostik, 1999, S. 177 ff., die im Auftrag des Büros für Technikfolgenabschätzung beim Deutschen Bundestag aktuelle Entwicklungen und Probleme beschrieben hat). Ich lege diese weitere Begriffsbildung dem folgenden Text ebenfalls zugrunde. Zur weiteren Ergänzung sind diesem Text als Anlagen beigefügt Auszüge aus dem österreichischen GTG, dem niederländischen Gesetz vom 5. Juli 1997 über Regelungen zur Verstärkung der Rechtsposition derer, die sich einer medizinischen Untersuchung unterziehen, sowie aus der noch nicht umgesetzten RL 98/24 Art. 10 zur Gesundheitsüberwachung beim betrieblichen Einsatz chemischer Stoffe. Außerdem wird der Text durch zwei Anlagen mit Beispielen aktueller gerichtlicher Verfahren über die Anwendung genetischer Untersuchungsmethoden am Arbeitsplatz aus den USA und aus der Bundesrepublik ergänzt.

II. Arbeitsmedizinische Untersuchungen auf Wunsch des Arbeitnehmers

Das heutige Arbeitsschutzrecht ist europarechtlich geprägt, da in den letzten 15 Jahren durch mehr als ein Dutzend Richtlinien eine klare - und im übrigen auch sinnvolle und fortschrittliche - Systematik des Arbeitsschutzrechts geschaffen worden ist. Allgemeine Grundsätze des Arbeitsschutzrechts sind auf europäischer Ebene in der 1989 beschlossenen Richtlinie 89/391 vom 12.6.1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit geregelt. Nach Art. 14 dieser Richtlinie ist die präventivmedizinische Überwachung in der Weise zu gewährleisten, dass sich jeder Arbeitnehmer auf Wunsch einer regelmäßigen präventivmedizinischen Überwachung unterziehen kann. In der deutschen Literatur ist übereinstimmend herausgestellt worden, dass es sich insoweit für uns um eine "Novität" (so Kollmer/Birkholz ArbSchG § 11 Rz. 2) handelt, da Vorsorgeuntersuchungen im klassischen deutschen Arbeitsschutzrecht entweder vom Arbeitgeber ausgingen oder in staatlichen Vorschriften bzw. Vorschriften der Berufsgenossenschaften angeordnet wurden.

Notwendigerweise musste die Innovation des Art. 14 der RL 89/391 in das neu erlassene Arbeitsschutzgesetz integriert werden. Nach § 11 ArbSchG hat der Arbeitgeber der Beschäftigten auf ihren Wunsch eine regelmäßige arbeitsmedizinische Untersuchung zu ermöglichen. Vergleichbare Regelungen finden sich unter anderem in § 6 Bildschirmarbeitsstättenverordnung für Beschäftigte am Bildschirmarbeitsplatz und in § 6 Abs. 3 ArbZG für Nachtarbeitnehmer. In § 11 ArbSchG ist das Untersuchungsrecht ausgeschlossen worden, wenn aufgrund der Beurteilung der Arbeitsbedingungen und der getroffenen Schutzmaßnahmen nicht mit einem Gesundheitsschaden zu rechnen ist. Diese Grenze macht deutlich, dass arbeitsmedizinische Vorsorgemaßnahmen grundsätzlich technischen und organisatorischen Schutzmaßnahmen nachgeordnet sind; dieser allgemeine Grundsatz ist - wiederum in Übereinstimmung mit dem europäischen Recht - nunmehr in § 4 Nr. 5 ArbSchG ausdrücklich kodifiziert worden. Weiter zeigt diese Grenzziehung, dass die seit 1996 vorgeschriebene Gefährdungsbeurteilung die logische und systematische Voraussetzung jeder Vorsorgeuntersuchung ist, da eine solche Untersuchung nur dann zweckbezogen erfolgen kann, wenn vorher die Gefährdungen am Arbeitsplatz entsprechend festgestellt sind. Ausdrücklich verlangt daher § 71 Abs. 3 S. 2 StrlSchV - ebenso jetzt § 64 Abs. 3 S. 2 des Entwurfs der neuen StrlSchV -, dass die Gesundheitsakte bei Vorsorgeun-

tersuchungen zum Strahlenschutz Angaben über die jeweiligen Arbeitsbedingungen enthält. Dieser Grundsatz kann verallgemeinert werden, obgleich er offenkundig nicht der allgemeinen Praxis arbeitsbezogener Vorsorgeuntersuchungen entspricht (anschaulich zu Augenuntersuchungen bei Bildschirmarbeit ArbG Neumünster CR 2000, 665 mit Anm. Kohte/Habich).

Diese enge Verknüpfung von Gefährdungsbeurteilung und Vorsorgeuntersuchung ist vor allem in der RL 90/679 über den Schutz der Arbeitnehmer gegen Gefährdung durch biologische Arbeitsstoffe verdeutlicht worden. In Art. 14 dieser Richtlinie - inzwischen umgesetzt durch § 15 BiostoffV - wird der Umfang der Gesundheitsüberwachung an die Gefährdungsbeurteilung geknüpft und konsequent statt der deutschen Praxis der Beschäftigungsverbote die Überprüfung dieser Beurteilung als Ziel der Untersuchungen formuliert. Dementsprechend erhält der Arzt eine andere Rolle: er wird Berater der Beschäftigten, denen er sinnvolle Schutz- und Vorbeugungsmaßnahmen vorschlägt. Dies setzt natürlich ein Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Klient voraus, so dass auf dieser Basis für diese Untersuchungen grundsätzlich das Recht der freien Arztwahl gilt (dazu nur Bücken/Feldhoff/Kohte, Vom Arbeitsschutz zur Arbeitsumwelt, 1994, Rz. 271; Kollmer, Das neue Arbeitsschutzgesetz, Rz. 244).

In diesen Untersuchungen ist den Beschäftigten auch die von ihnen allein auszuwählende Möglichkeit zu genanalytischen Untersuchungen einzuräumen, wenn diese geeignet sind, zum Schutz vor Gefahren für die Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer des jeweiligen Betriebs beizutragen. Insoweit ist die Nutzung genanalytischer Untersuchungsmethoden hier auch arbeitsplatzbezogen möglich; die Arbeitnehmer sind insoweit in derselben Situation wie andere Patienten bei genetischen Untersuchungen. Es sind daher die allgemeinen Grundsätze des Medizinrechts zu gewährleisten, also vor allem rechtzeitige und umfassende Aufklärung und ausdrückliche Einwilligung (informed consent). Wie auch in den bereits in der Enquete-Kommission erörterten Fällen prädiktiver und pränataler Diagnostik ist eine zusätzliche Beratung der Beschäftigten sowohl vor der Untersuchung über die Bedeutung einer Einwilligung als auch nach der Untersuchung in die konkrete Bedeutung des jeweiligen Ergebnisses erforderlich. Die österreichischen Regeln sind ein Beispiel, wie diese Anforderungen an eine zeitgemäße Ausgestaltung solcher Untersuchungen kodifiziert werden können.

Insoweit bedarf es hier keines arbeitsrechtlichen Sonderweges; vielmehr sind die allgemeinen Anforderungen an Aufklärung, Information und Einwilligung, die bei allen genetischen Un-

tersuchungen erforderlich sind, hier besonders sorgfältig zu beachten (dazu allgemein auch Deutsch, Medizinrecht, 4. Aufl. 1999 Rz. 661).

Gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht für diese Art von Untersuchungen, falls die Kommission eine generelle gesetzliche Regelung über die Rechte von Patienten bei von ihnen selbst gewählten genanalytischen Untersuchungen für erforderlich hält. Insoweit bedürfte es in einem solchen Fall einer Klarstellung, dass diese Grundsätze auch für die Untersuchungen nach § 11 ArbSchG gelten. Schließlich ist in jedem Fall regelungsbedürftig das Schicksal der genetischen Daten, die bei solchen Untersuchungen anfallen. Art. 8 der RL 95/46 zum Datenschutz verlangt generell für Gesundheitsdaten eine spezifische Ausgestaltung von Schutzvorschriften auf nationaler Ebene; dies ist bei der jetzigen Novellierung des BDSG zu beachten, bei der mit einer gewissen Verspätung diese bis 1998 umzusetzende Richtlinie nunmehr konkretisiert werden soll (BT-DS 14/4329).

Der wesentliche Handlungsbedarf betrifft hier aus meiner Sicht das Arbeitsschutzrecht. Der innovative Kern des Art. 14 RL 89/391, mit dem den Arbeitnehmern als den Betroffenen ein Recht auf arbeitsmedizinische Vorsorgeuntersuchungen zuerkannt wird, ist 1996 im wesentlichen nur formal in § 11 ArbSchG aufgenommen worden. Dies wird sofort deutlich, wenn man diese Norm mit der Regelung der Gesundheitsüberwachung in § 15 BiostoffV vergleicht. Erst in dieser 1999 erlassenen und wenig beachteten Norm finden sich so wichtige Aspekte wie der Zugang des Arztes zum Arbeitsplatz und zur Gefährdungsbeurteilung sowie die zusätzliche Anforderung der arbeitsmedizinischen Beratung der Betroffenen. Diese Regelungen sind bereits aus arbeitsschutzrechtlichen Gründen geboten; sie wären aber unverzichtbar, wenn Arbeitnehmer im Rahmen der von ihnen verlangten Untersuchungen auch auf der Durchführung genanalytischer Untersuchungen bestehen könnten.

III. Arbeitsmedizinische Pflichtuntersuchungen

In der bisherigen Systematik des klassischen deutschen Arbeitsschutzrechts spielten arbeitsmedizinische Pflichtuntersuchungen, die mit einem Beschäftigungsverbot bei mangelnder Eignung verbunden sind, eine große Rolle, solche Untersuchungen sind auch weiterhin in § 67 StrahlenschutzV, §§ 28 ff. GefStoffV sowie der Unfallverhütungsvorschrift BGV A 4 - früher VBG 100 - verankert. Die Frage, ob im Rahmen solcher Pflichtuntersuchungen genetische Untersuchungen vorgenommen werden können, ist in der juristischen Literatur ausführ-

lich diskutiert worden. In der arbeitsrechtlichen Literatur wird überwiegend die Ansicht vertreten, dass genetische Untersuchungen im Rahmen von Pflichtuntersuchungen nur angeordnet werden dürfen, wenn dafür eine spezifische gesetzliche Grundlage besteht, die ausdrücklich einen so weitreichenden Eingriff in die Rechts- und Privatsphäre von Arbeitnehmern anordnet (dazu ausführlich G. Wiese, *Genetische Analysen und Rechtsordnung*, 1994, S. 52 ff.). Eine solche gesetzliche Regelung war 1994 im Zusammenhang mit dem damaligen Arbeitsschutzrahmengesetz diskutiert worden; im Interesse einer zügigen Umsetzung der europäischen Richtlinien zum Arbeitsschutz, die solche genetischen Untersuchungen nicht regeln, hatte man diese Entwürfe nicht in das ArbSchG aufgenommen. Daher ist die zeitgleich entstandene gesetzliche Grundlage für die Anordnung von Vorsorgeuntersuchungen im Rahmen von Unfallverhütungsvorschriften in § 15 Abs. 1 Nr. 3 SGB VII eindeutig so zu verstehen, dass sie keine Grundlage für genetische Untersuchungen bietet. Ebenso wäre es nicht akzeptabel, wenn man die seit 1994 geltenden Regeln der §§ 28 ff. GefStoffV zu Vorsorgeuntersuchungen im Gefahrstoffbereich oder die Regeln zur arbeitsmedizinischen Vorsorge in §§ 60 ff des Entwurfs der StrahlenschutzV als Legitimation zu genetischen Untersuchungen verstehen würde. Danach sind derzeit bereits aus formellen Gründen genetische Analysen nicht in Pflichtuntersuchungen im Rahmen der arbeitsmedizinischen Vorsorge integrierbar.

Diese formellen Anforderungen werden zu Recht gestellt, denn die Anordnung einer genetischen Untersuchung betrifft den Schutzbereich der Arbeitnehmergrundrechte aus Art. 1 und 2 GG. Insoweit kann auf die verfassungsgerichtliche Judikatur zu DNA-Analysen im Strafverfahren zurückgegriffen werden (dazu bereits BVerfG NJW 1996, 771 und ausführlich jetzt NJW 2001, 879). Bereits bei Untersuchungen, bei denen eine solche Analyse keine Informationen über Erbanlagen oder Krankheiten des Betroffenen ermöglicht, wird wegen des Eingriffscharakters einer solchen Anordnung vom Bundesverfassungsgericht eine eindeutige Rechtsgrundlage sowie die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verlangt. Allein daran scheitern nach der gegenwärtigen Rechtslage genetische Pflichtuntersuchungen am Arbeitsplatz. Es ist daher an dieser Stelle nicht zu erörtern, welche Anforderungen an Pflichtuntersuchungen zu stellen wären, die eindeutige Aussagen zu Krankheiten des Betroffenen ermöglichen und damit noch weiter in dessen Persönlichkeitsrecht eingreifen (BVerfG a.a.O.).

Weiter ist zu beachten, dass solche Pflichtuntersuchungen einer präzisen Einordnung in die Systematik des Arbeitsschutzrechts bedürfen. Untersuchungen gehören zu den persönlichen Schutzmaßnahmen, die nach § 4 Nr. 5 ArbSchG den objektiven und organisatorischen

Schutzmaßnahmen nachgeordnet sind. In der betrieblichen Praxis ist dieser Nachrang nicht selten verschüttet. Um so wichtiger ist es, dass er sachlich und prozedural gewährleistet ist.

In den letzten zehn Jahren sind die Regeln zu den Vorsorgeuntersuchungen sowohl im Gefahrstoffrecht als auch im Rahmen der BGV A 4 neu strukturiert worden. Durch diese Änderungen sollte sichergestellt werden, dass die Untersuchungen nicht als Selektionsinstrument eingesetzt werden, sondern dem Ziel der Gewährleistung und Verbesserung der Arbeitssicherheit untergeordnet werden. Aus diesem Grund ist bei gesundheitlichen Bedenken regelmäßig zunächst zu klären, ob die Gefährdungsbeurteilung zutreffend war und ob Änderungen des Arbeitsplatzes geboten sind (so zutreffend § 15 Abs. 6 BiostoffV; § 9 Abs. 1 Nr. 3 BGV A 4). Zumindest im Gefahrstoffrecht wird weiter in § 31 GefStoffV verlangt, dass am selben Arbeitsplatz kein anderer Arbeitnehmer beschäftigt werden kann, solange die krankmachenden Arbeitsursachen noch nicht beseitigt sind.

In dieser Hinsicht besteht in Kürze gesetzlicher Handlungsbedarf, da das Gefahrstoffrecht aufgrund der RL 98/24 zum Schutz von Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmer vor der Gefährdung durch chemische Arbeitsstoffe bei der Arbeit vom 7.4.1998 zu novellieren ist. Diese Richtlinie ist bis zum 5. Mai 2001 umzusetzen. In Anlage 3 wird Artikel 10 dieser Richtlinie dokumentiert, der zur Gesundheitsüberwachung detaillierte Anforderungen stellt, mit denen verhindert werden soll, dass der Schutz vor Gefahrstoffen in einem Schutz der Unternehmen vor Arbeitnehmern, die als anfällig gelten, umgekehrt wird.

Die Gesundheitsüberwachung wird hier auf eine "bestimmbare Krankheit" bezogen, zudem muss eine Wahrscheinlichkeit bestehen, dass diese Krankheit unter den besonderen Arbeitsbedingungen auftritt. Da derzeit genetischen Analysen einen so engen Zusammenhang nicht erbringen können, ist es nicht nur nicht geboten, sondern auch mit der Systematik der Richtlinie nicht vereinbar, wenn im Rahmen der Novellierung der §§ 28 ff. GefStoffV im Jahr 2001 genetische Analysen in diese Pflichtuntersuchungen integriert werden. Statt dessen zielt die Richtlinie, wie vor allem Art. 10 Abs. 4 zeigt, auf die Verbesserung der Arbeitsbedingungen, weil als wichtigste Konsequenz aus dem Auftreten von Krankheiten zunächst die Überprüfung der Gefährdungsbeurteilung und die Anordnung weiterer Maßnahmen präventiver Art genannt werden. Die Zuweisung einer anderen Arbeit an den Arbeitnehmer wird nur als eine Möglichkeit von Konsequenzen aus einem solchen Ergebnis formuliert, so dass nach meiner Ansicht die bisherige strikte Anordnung von Beschäftigungsverboten aufgehoben werden

muss und auch in diesem Zusammenhang der eindeutige Vorrang objektiver Arbeitsschutzmaßnahmen herzustellen ist.

Ein Handlungsbedarf zur Integration genetischer Untersuchungen in die bisherigen Pflichtuntersuchungen besteht dagegen nicht. Im Gegenteil zeigt die Orientierung am Tatbestandsmerkmal der "bestimmbaren Krankheit", dass auch in Zukunft im europarechtlich geprägten Gefahrstoffrecht kein Raum für genanalytischen Pflichtuntersuchungen besteht.

Wird die bisherige Untersuchungsstruktur, die - noch - von weitreichenden Pflichtuntersuchungen geprägt ist, aufgelockert, dann sind Fördermaßnahmen zugunsten breit angelegter betriebsepidemiologischer Untersuchungen geboten. Die in § 3 ASiG statuierte Aufgabe der Erforschung arbeitsbedingter Krankheiten lässt sich ohne solche flächendeckenden Datenerhebungen nur schwer realisieren, so dass sich insoweit eine Notwendigkeit der Teilnahme aller Beschäftigter an den Untersuchungen ergeben könnte. Da diese jedoch ausschließlich auf Epidemiologie abzielen würden, ist eine Anonymisierung dieser Daten geboten, um einen effektiven Datenschutz zu sichern. Insoweit kann man sich an der Auslegung der §§ 20 Abs. 2 SGB V, 14 Abs. 2 SGB VII orientieren, in denen für den Transport epidemiologischer Daten zwischen Krankenversicherung und Unfallversicherung hervorgehoben wird, dass personenbezogene Daten nicht weitergegeben werden dürfen (BT-DS 13/2204, S. 78; Schmitt SGB VII § 14 Rz. 11).

IV. Vom Arbeitgeber veranlasste Untersuchungen

Zu den wichtigsten Untersuchungstypen gehören immer noch die Einstellungsuntersuchungen, die vom Arbeitgeber veranlasst werden. Hier besteht ein klares Spannungsfeld, weil die hier erzeugten Daten nicht vorrangig der Verbesserung des Arbeitsplatzes, sondern der Personalauswahl und -selektion dienen. Gerade auf diese Situation beziehen sich auch die rechtsvergleichenden Beispiele aus unseren Nachbarstaaten.

Einstellungsuntersuchungen sind gesetzlich in Deutschland nicht speziell gesetzlich geregelt, da das geplante Arbeitsvertragsgesetz noch nicht zustande gekommen ist. Deshalb hat sich eine eingehende juristische Diskussion entwickelt, die genetischen Untersuchungen bestimmte Grenzen setzen könnte. Dabei ist zu beachten, dass diese Untersuchungen nicht dem Arbeitsschutz, sondern der Personalauswahl zugeordnet werden, so dass entsprechende Aktivitä-

ten der Betriebsärzte nicht auf ihre Einsatzzeit anzurechnen wären (Anzinger/Bieneck ASiG § 3 Rz. 85 ff ; TAS-Wank § 3 ASiG Rz. 3; Notz, Zulässigkeit und Grenzen ärztlicher Untersuchungen von Arbeitnehmern, 1991, S. 44).Diese Untersuchungen unterliegen drei verschiedenen rechtlichen Regelungskreisen:

Zunächst bedürfen sie wie jede ärztliche Untersuchung der Einwilligung durch die Betroffenen. Nach dem Stand unseres jetzigen Gesundheitsrechts basiert wiederum eine Einwilligung auf der vorherigen Aufklärung über Voraussetzungen, Ziele und Methoden der Untersuchung. Diese Aufklärung ist derzeit nicht immer üblich bei solchen Untersuchungen.

Auf einer zweiten Ebene verlangt die Gerichtspraxis ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers; die Untersuchung darf insoweit nicht weiter gehen als das Fragerecht des Arbeitgebers. Für dieses ist zunächst allgemein anerkannt, dass es sich nur dann gegenüber dem legitimen Interesse des Arbeitnehmers am Schutz seines Persönlichkeitsrechts und an der Unverletzlichkeit seiner Individualsphäre durchsetzen kann, wenn der Arbeitgeber ein berechtigtes, billigenwertes und schutzwürdiges Interesse an der Information hat (BAG AP Nr. 26 zu § 123 BGB). Das Informationsinteresse kann daher nur anerkannt werden, wenn es auf den künftigen Arbeitsplatz bezogen ist und dessen Belastungen und Gefährdungen in Rechnung stellt. Daraus ergibt sich als minimale prozedurale Voraussetzung, dass eine Gefährdungsbeurteilung nach §§ 5, 6 ArbSchG dokumentiert und dem Arzt bekannt sein muss, damit diese auch zur Grundlage der Aufklärung gemacht werden kann.

Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit muss dieses Informationsinteresse des Arbeitgebers weiter eingeschränkt werden, denn ihm steht kein unbeschränktes Informationsrecht in bezug auf den Gesundheitszustand des Arbeitnehmers zu (BAG a.a.O.); vielmehr muss zu besorgen sein, dass krankheitsbedingt die Eignung des Arbeitnehmers auf Dauer oder in periodisch wiederkehrenden Abständen eingeschränkt ist. Daher gestattet die Judikatur Fragen nach latenten gesundheitlichen Gefährdungen nicht (LAG Berlin BB 1974, 510). Schließlich ist es erforderlich, dass die Untersuchung auf geeigneten und anerkannten Verfahren beruht, die geeignet sind, diese Informationen verlässlich zu ermitteln.

Obgleich solche Untersuchungen nicht ohne Einwilligung des Arbeitnehmers/Stellenbewerbers erfolgen können, ist doch die "Freiwilligkeit" in zahlreichen Fällen wenig real. Bereits 1993 hatte das Bundesverfassungsgericht für formal freiwillige Untersuchungen auf den Gebrauch von Betäubungsmitteln, bei deren Ablehnung die Straßenver-

kehrsbefugnisse den Entzug der Fahrerlaubnis angedroht hatte, die Voraussetzungen unfreiwilliger Untersuchungen als Maßstab angelegt (BVerfG NJW 1993, 2365; ausführlich dazu auch Bückler/Feldhoff/Kohte a.a.O. Rz. 619 ff., 625 ff.). Auch aus diesem Grund sind an Einstellungsuntersuchungen, die zwingend zum Abschluss eines Arbeitsvertrages vom Arbeitgeber verlangt werden, die Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu stellen (dazu auch Roos, Die genetische Analyse von Stellenbewerbern und das vorvertragliche Informationsstreben des Arbeitgebers, Sinzheim 1999, S. 66 ff.; Marquardt, Genetische Analysen an Beschäftigten auf der Grundlage des Entwurfes des Arbeitsschutzrahmengesetzes, Hamburg 1999, S. 128 ff.; zur möglichen Unwirksamkeit von Einwilligungserklärungen in solchen Situationen Kohte AcP 1985, S. 105, 134 ff. und Pletke, Die Zulässigkeit von Genomanalysen an Arbeitnehmern im deutschen und US-amerikanischen Recht, Diss. Hannover 1995, S. 195 ff.).

Auf einer weiteren Ebene ist schließlich das Mitbestimmungsrecht der Betriebs- und Personalräte zu beachten. Auch insoweit werden die Untersuchungen nicht als Maßnahmen des Arbeitsschutzes - § 87 I 7 BetrVG - eingestuft; sie unterliegen jedoch als Auswahlrichtlinien der Mitbestimmung nach § 95 BetrVG (Richardi NZA 1988, 73,77; Bückler/Feldhoff/Kohte, a.a.O., Rz. 77; Fitting 20. Aufl. 2000 § 95 Rz. 16; DKK-Klebe 7. Aufl. 2000 § 95 Rz. 10; Roos a.a.O. S. 80 ff.; Pletke a.a.O. S. 233 ff.). Dies setzt wiederum voraus, dass es Kriterien gibt, nach denen die Untersuchungen und Bewertungen durchgeführt werden.

Wenn man diese Kriterien an die bisher üblichen genetischen Untersuchungsmöglichkeiten anlegt, dann spricht wenig für die Zulässigkeit genetischer Untersuchungen im Zusammenhang mit Einstellungsuntersuchungen (vgl. dazu Kohte, Festschrift für Kissel, 1994 S. 547, 558). Erst recht ergibt sich daraus keine Legitimation für genetische Untersuchungen im bestehenden Arbeitsverhältnis, da hier strenge Anforderungen an eine Untersuchungspflicht der Arbeitnehmer gestellt werden (keine Pflicht zur Blutuntersuchung auf Alkohol und Drogengebrauch bei Anordnung jährlicher Untersuchung ohne hinreichend sichere tatsächliche Hinweise auf Alkoholabhängigkeit - BAG NZA 1999, 1209).

Dieses Ergebnis erfordert keine spezifischen genomrechtlichen Aussagen und Kodifikationen; es ergibt sich bereits aus den allgemeinen Maßstäben des Gesundheitsrechts und des Datenschutzrechts, wenn diese analytisch sorgfältig entwickelt werden. Insoweit war in den Niederlanden das Gesetz zu den Untersuchungen im Jahr 1997 zugleich eine wichtige vorbeugende Restriktion möglicher genetischer Untersuchungen in den Niederlanden (so auch B. Veigel, Das niederländische Arbeitsschutzrecht, Diss. Halle 2000 S. 151 ff.). Angesichts der beachtli-

chen Grauzone, in der sich die arbeitsmedizinischen Einstellungsuntersuchungen befinden, sehe ich z. Z. gesetzgeberischen Handlungsbedarf bei der Regulierung betriebsärztlicher Untersuchungen und ihrer Verklammerung mit den Instrumenten des aktuellen Arbeitsschutzrechts. Gesonderte arztrechtliche Regelungen zu Einstellungsuntersuchungen erscheinen mir nicht geboten; dagegen muss die datenschutzrechtliche Situation gesondert untersucht werden, weil hier im Zusammenhang mit der BDSG-Novellierung Handlungsnotwendigkeiten bestehen können.

Gesetzgeberischer Handlungs- und Abstimmungsbedarf wird sich ergeben im Zusammenhang mit der Umsetzung der am 27.11. 2000 verabschiedeten Richtlinie des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (AbIEG 2000 L 303). Diese Richtlinie enthält nach angelsächsischem Vorbild ein privatrechtlich wirkendes Diskriminierungsverbot wegen einer bestimmten Behinderung; daher verdient das in Anlage 4 dokumentierte Verfahren der EEOC besondere Aufmerksamkeit (zum von der Kommission herangezogenen Americans with Disabilities Act -ADA - ausführlich Pletke a.a.O. S. 47 ff). Weiter werden in Art. 5 der RL 2000/78 geeignete Maßnahmen verlangt, um Menschen mit Behinderung den Zugang zur Beschäftigung zu sichern, es sei denn, dass eine solche Beschäftigung Arbeitgeber unverhältnismäßig belastet. Damit müsste die jetzige Rechtsprechung des BAG, die dem Arbeitgeber ein Fragerecht nach der Behinderteneigenschaft - nicht notwendig nach der Behinderung - selbst für die Fälle, in denen sich die Behinderung nicht auf die Tätigkeit auswirkt, einräumt, endgültig und endlich aufgegeben werden. Andererseits ist zu beachten, dass die Neufassung des § 14 SchwbG, die eine spezifische Suche nach schwerbehinderten Bewerberinnen und Bewerbern vorschreibt, auch reale oder vermeintliche Sachzwänge schafft, Daten zur Schwerbehinderung zu erheben.

Diese Datenerhebung kann nur dann mit dem Diskriminierungsverbot vereinbar sein, wenn sie in eine konsequente Integrationspolitik eingebettet ist; ohne Integrationsvereinbarung nach § 14 b SchwbG kein Fragerecht nach der Schwerbehinderteneigenschaft - könnte das vereinfachte Motto lauten. Hinsichtlich der Untersuchungen müsste von vornherein der Ansatz anders sein: es kann nicht darum gehen, festzustellen, dass Behinderte von der Normalerwartung abweichen und allenfalls diejenigen einzustellen, die möglichst wenig abweichen. Die in § 14 Abs. 2 SchwbG jetzt verankerte Pflicht, wenigstens für die Pflichtquote eine "möglichst dauerhafte behinderungsgerechte Beschäftigung" sicherzustellen, verlangt für die ärztliche Untersuchung und Beratung die Aufgabe, dass im Mittelpunkt die Frage stehen muss, wie eine be-

hinderungsgerechte Beschäftigung gestaltet werden kann. Insoweit ist es wiederum geboten, die bisherige Grundlinie arbeitsmedizinischer Untersuchungen zu korrigieren; dies ist zugleich der beste Schutz gegen unzulässige genetische Ausforschungen und Datenerhebungen. In einem solchen Zusammenhang ist die Statuierung eines entsprechenden Frage- bzw. Verwendungsverbots - das die Gerichtspraxis bereits heute für verdeckte genetische Untersuchungen anwendet (EuGH vom 5.10.1994 - C 404/92 - Slg 1994, I - 4785 ff) - sicherlich ein wichtiger Baustein (zu den einschlägigen Gesetzen verschiedener amerikanischer Staaten ausführlich Pletke a.a.O. S. 88 ff.) ; seine isolierte Kodifikation würde dagegen die bisherige Selektionspraxis kaum eindämmen und die jetzige Grauzone kaum beeinflussen. Daher ist in dieser Stellungnahme im Anschluss an das Positionspapier von Aart C. Hendriks vom 16.10.2000 die Regulierung genetischer Analysen in den allgemeinen Zusammenhang des Gesundheits- und Arbeitsrechts gestellt worden.