

der Kopien/Auszüge selbst zu tragen bzw. dem Arbeitgeber zu erstatten.

8. Anhörungspflicht

Nach § 3 VI 4 TV-L müssen die Beschäftigten über Beschwerden und Behauptungen tatsächlicher Art, die für sie ungünstig sind oder ihnen nachteilig werden können, vor Aufnahme in die Personalakten gehört werden.

Im TVöD ist eine solche ausdrückliche **Anhörungs-****p****flicht** im Gegensatz zum BAT nicht mehr enthalten. Jedoch ergibt sich auch hier aus § 81 I BetrVG, § 69 II 6 BPersVG bzw. der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und dem Persönlichkeitsrecht des Beschäftigten die Pflicht, nachteilige Äußerungen nicht ungeprüft in die Personalakte aufzunehmen. Vielmehr ist der Beschäftigte zunächst anzuhören und ihm Gelegenheit zu geben, seine Gegenargumente und Entlastungsgründe darzulegen. Diese Pflicht ist – zumindest für Abmahnungen – bereits als allgemeiner Rechtsgrundsatz anerkannt.

Darüber hinaus empfiehlt sich regelmäßig die Anhörung, weil sie ungerechte Beschuldigungen, Missverständnisse und ggf. Rechtstreite vermeiden kann.

Das **Anhörungsrecht** bezieht sich auf Beschwerden/Behauptungen tatsächlicher Art, **nicht auf Werturteile**. Der Beschäftigte besitzt damit zB keinen Anspruch auf Anhörung zu dienstlichen Beurteilungen und Zeugnissen.

9. Recht auf Gegendarstellung und Aufnahme von Arbeitnehmerklärungen/unterlagen

Gem. § 3 VI TV-L besitzen die Beschäftigten bei Beschwerden und ungünstigen/nachteiligen Behauptungen das Recht zur Gegendarstellung, die zu den Personalakten zu nehmen ist. Der TVöD enthält hierzu keine ausdrückliche Regelung. Das **generelle Recht zur Gegendarstellung** folgt in diesem Fall aus § 83 II BetrVG, § 69 II 6 BPersVG bzw. aus den Nebenpflichten des Arbeitsvertrages iVm § 241 II BGB.

Nach § 83 II BetrVG bzw. den Nebenpflichten des Arbeitsverhältnisses besitzt der Beschäftigte zudem allgemein das Recht, der **Personalakte eigene Erklärungen hinzuzufügen**, um so eine objektive und vollständige Personalakte zu erreichen. Unter diesem Gesichtspunkt kann der Beschäftigte auch die Aufnahme von weiteren Unterlagen (zB Nachweise über absolvierte Fortbildungen und Zusatzqualifikationen) verlangen.

10. Entfernung aus der Personalakte

Die Entfernung von Unterlagen aus der Personalakte wird insbesondere im Zusammenhang mit Abmahnungen, Rügen und Ermahnungen bedeutsam.

Beschäftigte können in entsprechender Anwendung von §§ 242, 1004 I 1 BGB die **Entfernung und Rücknahme einer zu Unrecht erteilten Abmahnung** aus ihrer Personalakte verlangen. Der Anspruch besteht nach der Rechtsprechung des BAG (NZA 2013, 91), wenn

- die Abmahnung inhaltlich unbestimmt ist;
- unrichtige Tatsachenbehauptungen enthält;
- auf einer unzutreffenden rechtlichen Bewertung des Verhaltens des Arbeitnehmers beruht;
- den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt;
- selbst bei einer zu Recht erteilten Abmahnung kein schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers mehr an deren Verbleib in der Personalakte besteht.

Nach den Grundsätzen dieser Rechtsprechung kann vom Beschäftigten jederzeit – unabhängig von der tarifvertraglichen Ausschlussfrist – die Entfernung einer unrichtigen oder unzulässigen Abmahnung verlangt werden. Eine berechtigt erteilte Abmahnung ist dagegen lediglich in strengen Ausnahmefällen und nach intensiver Interessenabwägung zu entfernen.

Die Entfernung erfordert die **vollständige Beseitigung** der belastenden Unterlagen aus der Personalakte. Lediglich ein Unkenntlichmachen, Schwärzen oder Überkleben sind dagegen nicht ausreichend. ■

Die ärztliche Untersuchung nach § 3 IV TVöD bzw. § 3 V TV-L

RA, FAArbR Dr. Klaus Pawlak und WissMAin Naemi Groh, Ruge · Krömer Fachanwälte für Arbeitsrecht, Hamburg

Bestehen – beispielsweise aufgrund hoher krankheitsbedingter Ausfallzeiten – begründete Zweifel an der Leistungsfähigkeit eines Beschäftigten, hat der Arbeitgeber ein Interesse daran zu erfahren, ob nur eine vorübergehende Arbeitsunfähigkeit oder eine dauerhafte Dienstunfähigkeit vorliegt. Eine entsprechende ärztliche Untersuchung tangiert jedoch stets die grundrechtlich geschützte Intimsphäre des Beschäftigten. Unter welchen Umständen sie dennoch angeordnet werden kann und wann die Weigerung des Beschäftigten eine Kündigung rechtfertigen

kann, soll anhand ausgewählter Entscheidungen erläutert werden.

I. Rechtliche Grundlagen

Gemäß § 3 IV TVöD bzw. § 3 V TV-L ist der Arbeitgeber bei begründeter Veranlassung **berechtigt, Beschäftigte zu verpflichten, durch ärztliche Bescheinigung nachzuweisen, dass sie zur arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit in der Lage sind**. Bei dem

beauftragten Arzt kann es sich um einen Betriebs-(TVöD) oder Amtsarzt (TV-L) handeln, soweit sich die Betriebsparteien nicht auf einen anderen Arzt geeinigt haben. Die Kosten der Untersuchung trägt in jedem Fall der Arbeitgeber.

Sog. Einstellungsuntersuchungen von Bewerbern sind im TVöD/TV-L – mit Ausnahme von § 3 V TV-H – nicht mehr ausdrücklich geregelt, werden aber dennoch als zulässig angesehen (vgl. *Conze/Karb/Wölk*, Personalbuch Arbeits- und Tarifrecht öffentlicher Dienst, 4. Aufl., Ärztliche Untersuchung Rn. 86; *Burger/Howald*, Handkommentar TVöD/TV-L, 2. Aufl., § 3 Rn. 40). Verweigert der Bewerber die Untersuchung, wird der Arbeitsvertrag nicht abgeschlossen. Soll sie erst später durchgeführt werden, kann der Vertrag unter die auflösende Bedingung der mangelnden gesundheitlichen Eignung gestellt werden.

Für den Arbeitgeber entscheidender ist mithin, ob, und wenn ja unter welchen Voraussetzungen, er einen bereits eingestellten Beschäftigten bei Verletzung der tarifvertraglichen Untersuchungs- bzw. Mitwirkungspflicht abmahnen oder gar kündigen kann. Diese Frage war Gegenstand diverser Gerichtsentscheidungen, von denen die wichtigsten im Folgenden besprochen werden.

II. Bisherige Gerichtsentscheidungen

In der Rechtsprechung besteht Einigkeit, dass die Kündigung eines Arbeitnehmers aufgrund der Verletzung seiner aus dem Tarifvertrag folgenden Untersuchungspflicht möglich ist. Dennoch sollten Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes über die möglichen Fallstricke im Bilde sein.

1. BAG-Entscheidungen

In einem kürzlich vor dem BAG verhandelten Fall ging es um den bei der Beklagten (ein Unternehmen im Konzernverbund der B, einer Anstalt des öffentlichen Rechts) angestellten schwerbehinderten Busfahrer, der wiederholt arbeitsunfähig erkrankt war (vgl. BAG, NZA 2013, 527; vgl. hierzu auch die Entscheidungsbesprechung von *Stümper*, öAT 2013, 79). Die Beklagte hatte den Kläger mehrfach und unter Aussprache zweier Abmahnungen dazu aufgefordert, einer Untersuchung bei der Betriebsärztin der B zur Feststellung seiner Diensttauglichkeit nachzukommen. Die Termine nahm der Kläger allesamt nicht wahr und teilte mit, seine Tauglichkeit sei bereits durch eine von ihm aufgesuchte Fachärztin festgestellt worden. Die Beklagte sprach deshalb eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung aus.

Das BAG bekräftigte im Anschluss an die bisherige Rechtsprechung (vgl. BAG, NZA 2003, 719; BAG, NZA 1998, 326), dass der **Verstoß gegen eine tarif- oder einzelvertraglich geregelte Pflicht des Arbeitnehmers** (hier nach § 3 IV TV-N), bei gegebener Veranlassung auf Wunsch des Arbeitgebers an einer ärztlichen Untersuchung zur Feststellung der Arbeitsfähigkeit mitzuwirken, **je nach den Umständen geeignet sein könne, eine Kündigung zu rechtfertigen**. Im Rahmen der hierfür erforderlichen Interessenabwägung kön-

ne jedoch von besonderer Bedeutung sein, ob der Arbeitnehmer sich in einem entschuldbaren Rechtsirrtum befand, also vertretbare Gründe für seine Weigerung hatte, auf deren Richtigkeit er vertraute und die er dem Arbeitgeber auch mitgeteilt hat (vgl. hierzu bereits BAG, NZA 2003, 719; BAG v. 23.2.1967 – 2 AZR 124/66). Zur Auswahl des Arztes führte das BAG aus, dass der Arbeitgeber als Vertrauensarzt iSd § 3 IV TV-N grundsätzlich auch einen Arzt bestellen könne, der bei einem rechtlich verbundenen Unternehmen angestellt oder von diesem als Betriebsarzt bestellt sei (hier der Betriebsarzt der B). Allerdings betonte das BAG erneut, dass es – aufgrund der schutzwürdigen Belange des Arbeitnehmers, speziell seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I iVm Art. 1 I GG – trotz des grundsätzlichen **Wahlrechts des Arbeitgebers** nicht in dessen Belieben stehe, welcher Arzt die Begutachtung durchführe, da die **Auswahl stets nach billigem Ermessen iSd § 315 I BGB zu erfolgen habe** (so auch bereits BAG, NZA 2003, 719). Eine Verpflichtung des Arbeitgebers, nicht an dem gewählten Arzt festzuhalten, könne sich freilich nur dann ergeben, wenn der Arbeitnehmer begründete – und nicht nur „aus der Luft gegriffene“ – Einwände gegen ihn erhebe.

Praxistipp: *Nicht ausreichend ist beispielsweise der Einwand, der Arzt stehe „im Lager“ des Arbeitgebers.*

Bereits mit zwei älteren Urteilen hatte das BAG entschieden, dass ein Verstoß gegen die (damals noch aus §§ 7 II, 59 I BAT folgende) tarifvertragliche Mitwirkungspflicht geeignet sei, **auch eine außerordentliche Kündigung eines tariflich ordentlich nicht mehr kündbaren Arbeitnehmers** zu rechtfertigen (vgl. BAG, NZA 2003, 719; BAG, NZA 1998, 326). Zudem liege schon dann ein **Pflichtverstoß vor, wenn der Arbeitnehmer den Untersuchungserfolg dadurch gefährde, dass er seine Zustimmung zur Hinzuziehung fachärztlicher Vorbefunde durch den Amtsarzt verweigere**. Diese seien erforderlich, da die medizinische Beurteilung der Dienstfähigkeit von komplexer Natur sei und regelmäßig durch eine einfache körperliche Untersuchung nicht sachgerecht geleistet werden könne. Das BAG betonte, dass eine Pflicht des Arbeitnehmers zur Entbindung der ihn behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht bei Vorliegen eines berechtigten Interesses des Arbeitgebers bereits aus der allgemeinen Treuepflicht des Arbeitnehmers folge (vgl. BAG, NZA 1998, 326).

Diese Auffassung ist jedoch restriktiv zu handhaben (vgl. *Stümper*, öAT 2013, 79). Das Arbeitsrecht kennt eigentlich keine allgemeine Pflicht des Arbeitnehmers zur ärztlichen Untersuchung (vgl. *Burger/Howald*, Handkommentar TVöD/TV-L, 2. Aufl., § 3 Rn. 37) und mithin auch keine allgemeine Pflicht, den Zugriff auf eventuelle Vorbefunde zu ermöglichen.

Praxistipp: *Ungeachtet der tariflichen Regelungen kann der Arbeitgeber Untersuchungs- oder Mitwirkungspflichten durch arbeitsvertragliche Regelungen begründen.*

2. LAG-Entscheidungen

Deutlicher als in den eben erläuterten BAG-Urteilen – und aufgrund der Einordnung der Kündigung als ultima ratio zu Recht – wird in LAG-Entscheidungen stets hervorgehoben, dass vor Ausspruch einer entsprechenden Kündigung in der Regel eine **einschlägige Abmahnung erforderlich** ist (vgl. LAG Rheinland-Pfalz v. 12.2.2010 – 6 Sa 640/09, BeckRS 2010, 68195; LAG Köln v. 11.6.2008 – 3 Sa 1505/07, BeckRS 2008, 53992; LAG Köln v. 17.3.2006 – 4 Sa 85/05, BeckRS 2006, 43480).

a) LAG Berlin-Brandenburg v. 24.8.2012

In einem neueren vom LAG Berlin-Brandenburg zu entscheidenden Fall ging es um die Frage, ob eine Lehrerin, deren Arbeitsverhältnis dem TV-L unterlag, die durch ihren Arbeitgeber – aufgrund hoher krankheitsbedingter Ausfallzeiten – angeordnete ärztliche Untersuchung verweigern durfte (vgl. LAG Berlin-Brandenburg v. 24.8.2012 – 6 Sa 568/12, BeckRS 2012, 75192; vgl. auch hierzu die Entscheidungsbesprechung von *Laber*, öAT 2012, 283). Der Arbeitgeber hatte in seinem Schreiben an den amtsärztlichen Dienst danach gefragt, welche gesundheitlichen Beeinträchtigungen immer wieder zur Arbeitsunfähigkeit führten, ob ein einheitliches Grundleiden bestehe und welche Funktionseinschränkungen bestünden. Außerdem hatte er darauf hingewiesen, dass es innerdienstliche Spannungen zwischen der klagenden Lehrerin, Schulleitern, Lehrkräften und Eltern und erhebliche Störungen des Vertrauensverhältnisses sowie massive Elternbeschwerden gegeben habe.

Das LAG entschied, dass ein Arbeitnehmer zur **Verweigerung der amtsärztlichen Untersuchung** gemäß § 275 III BGB **berechtigt** sei, wenn der Arbeitgeber **überschießende Angaben zu Problemen des Arbeitnehmers** bei der Arbeit gemacht und Fragen gestellt habe, die über eine bloße Beurteilung der Leistungsfähigkeit hinausgingen (ebenso bereits LAG Hamburg v. 13.9.2007 – 8 Sa 35/07, BeckRS 2008, 56418). Die detaillierten Fragen des Arbeitgebers seien von der Nachweispflicht der Klägerin aus § 3 V TV-L nicht gedeckt und deshalb als Eingriff in ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht zu werten. Der Hinweis auf die Arbeitsplatzprobleme der Klägerin gehe über eine Schilderung konkreter Umstände hinaus, die Anlass für Zweifel an ihrer gesundheitlichen Leistungsfähigkeit geben konnten und sei geeignet gewesen, die Amtsärztin voringenommen zu machen. Da für den beklagten Arbeitgeber die Möglichkeit bestanden hätte, sein Interesse an einer ärztlichen Untersuchung durch Beauftragung eines anderen Arztes zu befriedigen, müsse die nach § 275 III BGB gebotene Abwägung zugunsten der Klägerin ausfallen. Trotz dieser erneuten Klarstellung wird es für Arbeitgeber in der Praxis schwer einschätzbar bleiben, welche Fragen gestellt und welche Informationen mitgeteilt werden dürfen.

Praxistipp: *Der Arbeitgeber sollte sich stets auf eine sachliche Darstellung beschränken und im Zweifel schlicht danach fragen, ob „Arbeitnehmer XY zur Leistung der Tätigkeit XY noch in der Lage ist“.*

b) LAG Berlin-Brandenburg v. 21.8.2008

Das LAG Berlin-Brandenburg hatte sich 2008 zudem mit der Frage beschäftigt, wann eine beharrliche Weigerung des Arbeitnehmers vorliegt (vgl. LAG Berlin-Brandenburg v. 21.8.2008 – 20 Sa 1042/08, BeckRS 2011, 67025). Der als technischer Sachbearbeiter beschäftigte Kläger hatte eine Untersuchung im fraglichen Fall nicht grundsätzlich verweigert, sondern sich zunächst zur Ärztin begeben. Erst als diese sich weigerte, seine umfangreichen schriftlichen Unterlagen entgegenzunehmen, hatte er die Fortführung der Untersuchung abgelehnt.

Das LAG verneinte das Vorliegen eines Kündigungsgrundes, da nicht ersichtlich sei, dass der Kläger auch auf eine Abmahnung hin eine weitere Untersuchung verweigert hätte. Auch diese Entscheidung hebt die Erforderlichkeit einer einschlägigen Abmahnung hervor, da ansonsten die für eine Kündigung erforderliche negative Prognose in der Regel nicht getroffen werden kann.

c) LAG Hessen v. 18.2.1999

Das LAG Hessen entschied im Fall einer die ärztliche Untersuchung verweigernden und aufgrund einer psychischen Erkrankung schuldlos handelnden Arbeitnehmerin deutlich strenger (vgl. LAG Hessen v. 18.2.1999 – 12 Sa 716/97, BeckRS 1999, 30448762). Es kam zu dem Schluss, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis auch nach einer schuldlosen – und damit nicht vorwerfbaren – Verweigerung der ärztlichen Untersuchung ausnahmsweise dann kündigen könne, wenn der Arbeitnehmer durch schuldloses Fehlverhalten das Arbeitsverhältnis unzumutbar belaste und mit Wiederholungen zu rechnen sei.

3. Entscheidungen der Verwaltungsgerichte

Berücksichtigt werden müssen auch die verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen zur Mitbestimmung bei ärztlichen Untersuchungen.

a) VG Mainz v. 19.6.2013

Im vergangenen Jahr entschied das Verwaltungsgericht Mainz für das **rheinland-pfälzische Personalvertretungsgesetz**, dass aus der Allzuständigkeit der Personalvertretung nach § 73 I iVm § 78 I RhPPersVG **kein Mitbestimmungsrecht bei der Anordnung einer amtsärztlichen Untersuchung eines Beschäftigten** folge (vgl. VG Mainz v. 19.6.2013 – 5 K 1740/12.MZ).

In dem zugrunde liegenden Fall beantragte der Personalrat – nachdem mehrere Anordnungen ohne seine Beteiligung ergangen waren – die Feststellung, dass zu seinen Gunsten ein Mitbestimmungsrecht bestehe. Nach § 73 I RhPPersVG bestimmt der Personalrat in allen personellen, sozialen und sonstigen innerdienstlichen sowie organisatorischen und wirtschaftlichen Angelegenheiten mit, wobei sich dieses Mitbestimmungsrecht nach § 78 I RhPPersVG in personellen Angelegenheiten auf personelle Einzelmaßnahmen und allgemeine personelle Angelegenheiten erstreckt. In § 78 II und III RhPPersVG sind entsprechende Beispiele aufgelistet.

Das Gericht begründete seine Entscheidung damit, dass das System von (mit dem Begriff „insbesondere“ aufgezählten) breit ausgreifenden Mitbestimmungstat-

beständen in § 78 II und III RhPPersVG die Annahme einer Zuständigkeit des Personalrats bei der Anordnung einer amtsärztlichen Untersuchung nicht zulasse. Nicht in Absatz 2 oder 3 gelistete Maßnahmen unterlägen nur dann der Mitbestimmung, wenn sie in ihren Auswirkungen mit den aufgezählten Maßnahmen vergleichbar seien, was für die Anordnung einer amtsärztlichen Untersuchung, gleichsam als Vorstufe von möglichen weiteren Maßnahmen, nicht zutrefte.

b) OVG Rheinland-Pfalz v. 27.11.2013

Das OVG Rheinland-Pfalz, das über den vorstehend beschriebenen Sachverhalt zweitinstanzlich zu entscheiden hatte, hat das **Mitbestimmungsrecht des Personalrats bejaht** (OVG Rheinland-Pfalz v. 27.11.2014 – 5 A 10777/13.OVG, BeckRS 2013, 59324; vgl. hierzu auch die Entscheidungsbesprechung von Winter, öAT 2014, 21). Das OVG vergleicht die Untersuchungsanordnung mit der Erteilung einer Abmahnung, die für den Beschäftigten unmittelbar einen erheblichen Nachteil bedeutet und daher mitbestimmungspflichtig ist. Die Anordnung einer amtsärztlichen Untersuchung könne eine „weichenstellende Vorentscheidung“ für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses sein und erfordere daher den kollektivrechtlichen Schutz des Beschäftigten.

c) BVerwG v. 24.6.2014 und BVerwG v. 5.11.2010

Das BVerwG, das sich nunmehr in dritter Instanz mit dem Sachverhalt befasst hat, hob die Entscheidung des OVG Rheinland-Pfalz auf und stellte fest, dass – ebenso wie bereits das VG Mainz – ein **Mitbestimmungsrecht des Personalrats nicht besteht** (BVerwG v. 24.6.2014 – 6 P 1.14, BeckRS 2014, 54347; vgl. hierzu auch die Entscheidungsbesprechung von Brock, öAT 2014, 193). Ein solches Mitbestimmungsrecht ergebe sich auch nicht aus der Allzuständigkeit des Personalrats gemäß § 73 I RhPPersVG. Die Allzuständigkeit im Sinne des § 73 I RhPPersVG sei nur eröffnet, wenn die Maßnahme nach Art und Bedeutung einem der in den Beispielskatalogen der §§ 78 ff. RhPPersVG aufgeführten Tatbeständen gleichkomme. Eine Vergleichbarkeit mit der in § 78 II 1 Nr. 15 RhPPersVG aufgeführten Abmahnung hat das BVerwG abgelehnt.

Hingegen hat das BVerwG für den Fall, dass das Personalvertretungsgesetz eines Bundeslandes **auf die Ausformulierung einzelner Mitbestimmungstatbestände gänzlich verzichtet**, entschieden, dass dem **Personalrat ein Mitbestimmungsrecht zusteht** (vgl. BVerwG, NZA-RR 2011, 221). Nach § 2 I Nr. 1 MBG S-H bestimmt der Personalrat bei allen Maßnahmen der Dienststelle für die dort tätigen Beschäftigten mit, wobei sich dieses Mitbestimmungsrecht nach § 51 I 1 MBG S-H auf alle personellen, sozialen, organisatorischen und sonstigen innerdienstlichen Maßnahmen bezieht, die die Beschäftigten der Dienststelle insgesamt, Gruppen von ihnen oder einzelne Beschäftigte betreffen oder sich auf sie auswirken. **Beispiele für solche Maßnahmen werden nicht normiert.** Die Allzuständigkeit des Personalrats nach dem Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein, welches auf die Ausformulierung einzelner Mitbestimmungstatbestände verzichtet, lasse mithin Raum

für eine weitergehende Mitbestimmung und stehe insbesondere nicht im Widerspruch zu den vorherigen Beschlüssen des Gerichts (in zwei Fällen hatte das BVerwG ein Mitbestimmungsrecht des Personalrats verneint, da die jeweiligen Personalvertretungsgesetze spezielle Mitbestimmungstatbestände normierten, unter die die Anordnung der amtsärztlichen Untersuchung nicht zu subsumieren war, vgl. BVerwG v. 23.1.1986 – 6 P 8/83; BVerwG v. 31.1.1986 – 6 P 5/83, BeckRS 1986, 30936692).

Praxistipp: Die Entscheidungen des BVerwG vom 24.6.2014 und 5.11.2010 zeigen, dass personalvertretungsrechtliche Entscheidungen nicht verallgemeinerungsfähig sind, sondern nur bezogen auf das jeweilige Landespersonalvertretungsgesetz beurteilt werden können. In der Regel wird jedoch kein Mitbestimmungsrecht des Personalrates anzunehmen sein, da die meisten Landespersonalvertretungsgesetze spezielle Mitbestimmungstatbestände definieren. Etwas anderes gilt für das Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein, das eine Allzuständigkeit begründet, ohne diese durch Auflistungen mit exemplarischem Charakter zu präzisieren.

III. Fazit

Hinsichtlich der Voraussetzungen einer ärztlichen Untersuchung und der Sanktionsmöglichkeiten bei einer Verletzung der Untersuchungspflicht durch den Beschäftigten besteht weitgehende Einigkeit. Gleichwohl sind folgende Aspekte besonders hervorzuheben:

Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes **sollten** vor der Anordnung der amtsärztlichen Untersuchung eines Beschäftigten prüfen, ob dem Personalrat möglicherweise ein Mitbestimmungsrecht zusteht. Dies kommt aber nur dann in Betracht, wenn das einschlägige Landespersonalvertretungsgesetz eine Mitbestimmung ausdrücklich regelt oder auf die Ausformulierung einzelner Mitbestimmungstatbestände gänzlich verzichtet.

Berechtigte Bedenken des Beschäftigten gegen den bestellten Arzt sollten vom Arbeitgeber ernst genommen werden, da die Auswahl des Arztes stets nach billigem Ermessen zu erfolgen hat und der Beschäftigte sonst zur Verweigerung der Untersuchung berechtigt sein kann.

Für den Fall, dass der Beschäftigte sich weigert, an der Untersuchung teilzunehmen oder seine Zustimmung zur Hinzuziehung der fachärztlichen Vorbefunde zu geben, ist stets zu prüfen, ob vor einer Kündigung nicht zunächst eine Abmahnung ausgesprochen werden muss. Dies dürfte jedenfalls die Regel sein.

Nach einer einschlägigen Abmahnung **können** Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes – und zwar auch einen tariflich ordentlich nicht mehr kündbaren Beschäftigten – im Wiederholungsfall außerordentlich kündigen. Zudem kommt selbst bei schuldlosem Verhalten eine Kündigung in Betracht, vorausgesetzt es liegt eine unzumutbare Belastung des Arbeitsverhältnisses vor und es ist mit Wiederholungen zu rechnen. Außerdem kann bereits die Verweigerung des Zugriffs auf Vorbefunde eine Pflichtverletzung und mithin einen Kündigungsgrund darstellen. ■