

Das Persönlichkeitsrecht setzt der Prävention enge Grenzen

Sucht am Arbeitsplatz ist keine Privatsache. Auch wenn sich Betroffene gegen Einmischung abgrenzen, ist der Betrieb gesetzlich verpflichtet, die Sicherheit am Arbeitsplatz zu gewährleisten. Jedes Eingreifen wird zur Gratwanderung. Es braucht Grundkenntnisse des Datenschutzes, Fingerspitzengefühl und Entscheidungsfähigkeit.

Mit dem Konzept der drogenfreien Lehre sorgte ein grosser Basler Pharmakonzern 1997 für Aufsehen. Lehrstellen sollten nur unter Vorbehalt eines Drogentests angeboten werden. Würde der Test den Konsum harter Drogen nachweisen, würde eine Lehre verweigert. Beim nachgewiesenen Konsum weicher Drogen könnte – bei fachlicher Qualifikation – die Lehre dennoch angetreten werden. Allerdings waren zwei Mal pro Jahr stichprobenweise weitere Drogentests geplant. Betroffen waren pro Jahr rund 100 Auszubildende.

Mit diesem Vorgehen war aber der Eidgenössische Datenschutzbeauftragte nicht einverstanden. Er empfahl, auf die Drogentests und die entsprechende Datenbearbeitung zu verzichten. Die Massnahmen seien unverhältnismässig und nicht zweckorientiert. Die präventive und systematische Erhebung von Gesundheitsdaten durch den Arbeitgeber seien nicht gerechtfertigt und würden insbesondere nicht durch ein konkretes Sicherheitsinteresse überwogen. Es liege ein Verstoß gegen das Datenschutzgesetz vor.

Das Pharmaunternehmen gab nicht nach und weigerte sich, die präventiven Drogentests einzustellen. Der Eidgenössische Datenschutzbeauftragte zog die Angelegenheit an die Eidgenössische Datenschutzkommission weiter. Diese entschied mit Urteil vom 29. August 2003 und verbot die Drogentests.

Alle Eingriffe in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers, soweit sie nicht durch den Arbeitsvertrag gerechtfertigt seien, habe der Arbeitgeber zu unterlassen, führte die Kommission sinngemäss dazu aus. Namentlich gestatte Art. 328b OR (Obligationenrecht) die Bearbeitung von Daten über Mitarbeitende nur insoweit, als die Daten einen direkten und konkreten Arbeitsplatzbezug aufwiesen. Falls diese Voraussetzungen nicht gegeben seien, vermöchte selbst die Einwilligung der Lehrlinge oder von deren Eltern Drogentests nicht zu rechtfertigen. Einwilligung des Betroffenen vorausgesetzt, dürften solche Tests nur bei konkretem, arbeitsplatzbezogenem Sicherheitsinteresse vorgenommen werden. Auch ein Fragebogen, bei dem Lehrstellenbewerber Angaben zu ihrem Drogenkonsum machen sollen, sei nicht statthaft ohne konkreten, sicherheitsrelevanten Bezug zum vorgesehenen Arbeitsplatz.

Nicht in Frage gestellt würde dagegen das Recht eines Arbeitgebers, von seinen Mitarbeitenden zu verlangen, dass sie ihre Arbeit frei von

Einfluss und Nachwirkungen von Drogen und Suchtmitteln zu erledigen hätten.

Selbst suchtbedingter Leistungsabfall bildet demnach keinen Grund für Alkohol- oder Drogentests. Nach Ansicht des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten vermögen einzig Sicherheitsinteressen den Persönlichkeitsschutz von Mitarbeitenden zu überwiegen. Ansonsten habe der unbedingte Schutz der Persönlichkeit des Mitarbeitenden Vorrang vor allen anderen Interessen des Arbeitgebers. Arbeitgeber müssen den Leistungsabfall allerdings nicht einfach hinnehmen. Sie können ihn über Qualifikationsgespräche, die Ansetzung einer Bewährungsfrist und erforderlichenfalls über eine ordentliche Kündigung steuern.

Diese Rechtslage ist schwer zu verstehen. Zusammenfassend sind Alkohol- oder Drogentests demnach grundsätzlich unzulässig, auch wenn ein konkreter Verdacht auf Alkohol- oder Drogenkonsum besteht, selbst wenn ein Leistungsabfall zu bemerken ist und sogar wenn die Betroffenen den Tests ausdrücklich zustimmen. Einzig wenn zudem Sicherheitsaspekte betroffen sind, sind Tests zulässig.

Die Zahl der Betroffenen ist gross: In der Schweiz mit ihren insgesamt rund 7,5 Millionen Einwohnern sollen rund 1,4 Millionen nikotin- und 300 000 alkoholabhängige Menschen leben. 600 000 Personen sollen regelmässig Cannabis und rund 30 000 regelmässig harte illegale Drogen konsumieren. Weitere 100 000 Menschen sollen medikamentenabhängig sein. Arbeitgeber können sich aber auch mit Süchten von Mitarbeitenden konfrontiert sehen, die nicht an Stoffe gebunden sind. Man denke beispielsweise an Verhaltenssüchte wie Spielsucht, Arbeitssucht, Fernsücht oder Kaufsucht. Insgesamt ist das wirtschaftliche Schädigungspotenzial enorm.

Arbeitgeber müssen Unfälle verhüten – der Grundsatz gilt zunächst bei den stoffgebundenen Süchten. Der Gesetzgeber verlangt, dass dementsprechend alle «den gegebenen Verhältnissen angemessenen» Präventivmassnahmen getroffen werden (Art. 82 UVG, Unfallversicherungsgesetz). Die Einschätzung, wann jemand «sicherheitsrelevant beeinträchtigt» ist oder nicht, liegt im Ermessen des Arbeitgebers. Der Spielraum bestimmt sich im Wesentlichen nach dem Risikopotenzial der betroffenen Tätigkeit.

Was zunächst als einfache Regel erscheint, entpuppt sich bei näherem Hinsehen als Wissenschaft für sich. Natürlich kann für Piloten und Baukranführer nicht dasselbe gelten wie für das Verkaufspersonal einer Bäckerei. Dagegen gibt es keine Grenzwerte, an denen sich Arbeitgeber orientieren könnten, auch nicht an dem vom Strassenverkehr bekannten Grenzwert von 0,5 Promille bei Alkohol. Selbst das Arbeiten unter Drogeneinfluss gilt für sich genommen nicht

als Argument für mangelnde Arbeitsplatzsicherheit. So hält Art. 1 der Verordnung über die ärztliche Verschreibung von Heroin explizit fest, die heroingestützte Behandlung von schwer abhängigen Personen bezwecke die Erhaltung der Arbeitsfähigkeit und damit die Förderung der sozialen Integration. Und die Suva gibt in einer Broschüre Tipps, wie Mitarbeitende zu führen sind, die Methadon oder Heroin konsumieren. Damit ist auch gesagt, dass von der Kurzformel, Drogenkonsum rechtfertige ohne Weiteres eine fristlose Kündigung, grundsätzlich abzuraten ist.

Arbeitgebern, die beim Eingreifen zögern, droht aber das Unfallversicherungsgesetz mit Sanktionen. Denn wer wissentlich angetrunkene oder sonst sicherheitsrelevant beeinträchtigte Mitarbeitende arbeiten lässt, macht sich strafbar (Art. 112 f. UVG). So finden sich Arbeitgeber letztendlich zwischen Hammer und Amboss. Es entsteht ein Bild, bei dem die Gesellschaft auf dem Rücken der Arbeitgeber einen Zielkonflikt zwischen Arbeitsplatzsicherheit, Integration von Suchtkranken und Datenschutz austrägt. Wie also schafft der Arbeitgeber den Spagat zwischen diesen widerstrebenden Interessen? Als Hilfestellung sei im Einzelfall folgendes Vorgehen empfohlen:

1. Sofortmassnahmen: Drängt sich aufgrund äusserer Anzeichen der Verdacht auf, ein Mitarbeitender gefährde die Arbeitsplatzsicherheit, muss der Arbeitgeber reagieren. Als Sofortmassnahme trifft er den Entscheid, den Arbeitnehmer an seinem Arbeitsplatz zu belassen, ihm eine andere Arbeit zuzuweisen oder ihn nach Hause zu schicken. Dabei ist der Arbeitgeber gut beraten, nach seinem Ermessen lediglich die Arbeitsfähigkeit des betroffenen Mitarbeitenden in Frage zu stellen, sich aber nicht zu einer «Diagnose» hinreissen zu lassen. Schnell steht sonst der Vorwurf der Persönlichkeitsverletzung im Raum.

2. Gespräch: Als Nächstes empfiehlt sich ein Gespräch. Eventuell kann dabei eine freiwillige Vereinbarung getroffen werden, in der weitere Massnahmen geplant werden. Gestaltet sich das Gespräch schwierig, wäre auch ein Hinweis auf die Rechtslage denkbar, wonach sich Arbeitnehmer unter Strafdrohung nicht durch Alkohol oder andere berauschende Mittel in einen Zustand versetzen dürfen, in dem sie sich selbst oder andere Arbeitnehmer gefährden (Art. 11 Abs. 3 Verordnung über die Unfallverhütung). Weiter kann eine schriftliche Verwarnung ausgesprochen und für den Wiederholungsfall die Kündigung angedroht werden.

3. Arztbeizug: Bestreitet der Betroffene den Suchtmittelkonsum oder eine sicherheitsrelevante Beeinträchtigung seiner Arbeitsfähigkeit, können eine freiwillige Atemluftkontrolle (Alkohol) oder bei Verdacht auf Drogen andere Tests vor-



Der Autor

Dr. iur. **Heinz Heller**, auf Arbeitsrecht spezialisierter Rechtsanwalt, betreut KMU im Grossraum Zürich. Als praxiserprobter Prozessanwalt vermittelt er sein Wissen auch als Referent in Wirtschaftsseminaren.
www.rechtsanwalt-zuerich.ch



geschlagen werden. Auf keinen Fall darf aber einseitig eine entsprechende Weisung erteilt werden, denn das wäre als Persönlichkeitsverletzung zu qualifizieren. Empfohlen wird der einvernehmliche Beizug eines Vertrauensarztes. Der betroffene Mitarbeitende kann den Datenfluss vom Arzt zum Arbeitgeber grundsätzlich über die Erklärung der Entbindung vom Arztgeheimnis dosieren. Dennoch darf sich der Arbeitgeber aus Datenschutzgründen vom Arzt nur solche Informationen geben lassen, die einen direkten Arbeitsplatzbezug aufweisen. Möglicherweise kann auf dieser Basis im Dreiecksverhältnis (Arzt, Arbeitnehmer, Arbeitgeber) ein gemeinsamer Massnahmenplan entwickelt werden, der dem Betroffenen den Arbeitsplatz erhält, beispielsweise, indem der Massnahmenplan in einer Vereinbarung verbindlich festgehalten wird.

Muss der Lohn fortgezahlt werden, wenn Mitarbeitende suchtsbedingt krank werden? Kommt es trotz Auffangmassnahmen zum Konflikt, sind längere Krankschreibung und Kündigung erfahrungsgemäss ein realistisches Szenario. Dabei ist zu beachten, dass die Krankschreibung der betroffenen Person einerseits Kündigungssperrfristen (Art. 336c OR) und andererseits eine Lohnfortzahlungspflicht auslöst (Art. 324a OR). Das Bundesgericht hatte einmal einen Fall zu beurteilen, bei dem eine Taggeldversicherung keine Tagelder für einen Arbeitnehmer ausrichten wollte, der infolge übermässigen Tabakkonsums arbeitsunfähig geworden war. Gemäss den allgemeinen Versicherungsbedingungen seien Krankheiten, die auf offensichtlich missbräuchliche Verwendung von Medikamenten und Drogen zurückzuführen seien, von der Versicherung ausgeschlossen, argumentierte das Versicherungsunternehmen. Das Bundesgericht entschied aber, auch wenn Tabak süchtig machen könne, gelte er «im täglichen Sprachgebrauch» nicht als Droge. Die Taggeldversicherung musste zahlen (BGE 116 II 189).

Grundsätzlich ist der Lohn nur bei unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit fortzuzahlen (Art. 324a OR). Hier scheint die Rechtslage bei Suchtmittelabhängigkeit umstritten. Massgebende Arbeitsrechtler und manche Gerichte halten suchtsbedingte Arbeitsunfähigkeit aber für unverschuldet, da Sucht rechtlich als Krankheit zu

qualifizieren sei. Einzig die Verweigerung von ärztlichen oder therapeutischen Massnahmen könne ein Verschulden darstellen.

Auch Alkoholkonsum in der Freizeit darf verboten werden. Gemäss Art. 35 der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz kann der Arbeitgeber den Genuss alkoholischer Getränke einschränken oder verbieten. Bei Tätigkeiten, die gänzliche Nüchternheit erfordern, dürfen Arbeitgeber zur Vermeidung von Restalkohol im Blut verlangen, dass während der Stunden vor Arbeitsbeginn und in den Arbeitspausen auf Alkoholkonsum zu verzichten ist. Es empfiehlt sich allerdings, solche Anordnungen nicht einfach als einseitige Weisungen zu erlassen, sondern sie im Arbeitsvertrag mit dem Mitarbeitenden zu vereinbaren. Gänzliche Abstinenz in der Freizeit kann dagegen nicht verlangt werden. Andererseits dürfen Arbeitgeber Mitarbeitende selbstverständlich nicht verpflichten, Alkohol zu konsumieren (Art. 6 Abs. 2bis Arbeitsgesetz) – zu denken wäre beispielsweise an Animmierdamen in Nachtclubs.

Die SBB startete im April 2007 nach dem Basler Pharmakonzern einen neuen Versuch. Sie kündigte an, unter-40-jährige Zugbegleiter und Zugführer auf Schnellzügen müssten in Zukunft verdachtsunabhängig zum Urintest. Im Visier stand der Cannabiskonsum. Der Pressesprecher der SBB erklärte, das Personal müsse mit klarem Kopf zur Arbeit kommen. Die SBB akzeptiere den Konsum illegaler Drogen deshalb weder während noch ausserhalb der Arbeitszeit. Der Eidgenössische Datenschutzbeauftragte protestierte. Er empfahl, Grenzwerte einzuführen. Nur Daten von Mitarbeitenden, die diese Grenzwerte überschritten, dürften bearbeitet werden. Die SBB konterte, bei Drogentests seien Grenzwerte wenig praktikabel, weil die Auswirkungen auf die Fahrtauglichkeit im Einzelfall nicht nachzuweisen seien. Der Eidgenössische Datenschutzbeauftragte gestand zwar zu, dass aus Gründen der Verkehrssicherheit sowohl Alkoholtests als auch die Kontrolle von anderen Drogen dringend geboten seien. Aber die gesetzlichen Grundlagen würden derzeit nicht ausreichen. Der Fall ist noch hängig.

Anzumerken bleibt, dass die weit verbreitete Meinung, der Cannabiskonsum werde in der

Schweiz toleriert, nicht zutrifft. Vielmehr bleibt der Konsum ebenso wie Handel und Besitz von Cannabis strafbar (Art. 1 und 19a Betäubungsmittelgesetz).

Verhaltenssüchte wie etwa Spielsucht oder der Konsum von pornographischen Angeboten werden teilweise im Internet am Arbeitsplatz ausgelebt. Internetseiten können zwar durch Softwarelösungen gezielt herausgefiltert und unzugänglich gemacht werden, doch Arbeitgeber sehen sich zusehends motiviert, die Verwendung des Internets zudem überwachen zu wollen. Der Eidgenössische Datenschutzbeauftragte führt unter www.edoeb.admin.ch verschiedene Publikationen auf, die entsprechende Überwachungsmaßnahmen im Detail regeln. Im Zentrum der Überlegungen stehen dabei auch eine konkrete Verdachtslage sowie die Vorinformation der Arbeitnehmer durch ein Überwachungsreglement.

Insgesamt ist die Bilanz zu ziehen, dass eine griffige Suchtprävention und damit die Sicherheit am Arbeitsplatz durch den Datenschutz nicht gefördert wird. Der datenschutzrechtliche Ansatz erscheint Nichtjuristen akademisch und schwer nachvollziehbar. Arbeitgeber sehen sich deshalb in vielen Fällen faktisch gezwungen, zunächst den einzelnen, konkreten Verdachtsfall abzuwarten, um dann Schadensbegrenzung zu betreiben. Selbst an diesem Punkt laufen sie Gefahr, in der Zusammenarbeit mit beigezogenen Ärzten durch ein Übermass an wechselseitigem Informationsfluss wiederum Datenschutzrecht zu verletzen.

Dieser Befund ist aus arbeitsrechtlicher Sicht umso unbefriedigender, als nicht einmal das explizite Einverständnis des Arbeitnehmers den Arbeitgeber zu entschuldigen vermöchte (Art. 328b OR). Es bleibt für die Zukunft auf eine Praxis der Gerichte oder auf Gesetzesrevisionen zu hoffen, die das datenschutzrechtliche Korsett etwas zu lockern vermögen. Als Ziel wäre anzustreben, dass wenigstens die Einhaltung des Konsumverbots für ohnehin verbotene illegale Drogen auch am Arbeitsplatz durch vertraglich vereinbarte Tests durchgesetzt werden könnte – unabhängig vom Nachweis der Sicherheitsrelevanz im Einzelfall.

Heinz Heller