

RECHTSFRAGEN DER BEWERBUNG

Professor Dr. Manfred REHBINDER, Zürich

I. ANWERBUNG UND BEWERBERAUSWAHL

1. Der Entschluss zur Aufnahme von Vertragsverhandlungen

Die Initiative zum Abschluss von Arbeitsverträgen kann von seiten des Arbeitgebers oder des Arbeitnehmers ausgehen. In beiden Fällen werden dabei ökonomische Erwägungen im Vordergrund stehen. Der Entschluss des Arbeitgebers zur Eingehung neuer Arbeitsverhältnisse kann aber auch durch Abschlussnormen in Gesamtarbeitsverträgen beeinflusst sein (OR 356 I), und zwar durch Abschlussgebote (z.B. nach früher erfolgter Entlassung aus betriebsbedingten Gründen oder wegen schlechter Witterung) oder durch Abschlussverbote (z.B. das Verbot der Beschäftigung in Nebentätigkeit oder die sog. Lehrlingsskalen, die nur eine beschränkte Einstellung von Lehrlingen erlauben).

Als Mittel zur Anbahnung von Vertragsverhandlungen kommen Zeitungsanzeigen, Aushänge, direkte schriftliche oder mündliche Anfragen sowie Anfragen durch Mitarbeiter in Betracht, ferner die Einschaltung öffentlicher oder privater Einrichtungen für Arbeitsvermittlung.

Stellenanzeigen und Vermittlungsaufträge sind als solche noch kein verbindliches Vertragsangebot, sondern nur eine Aufforderung zur Aufnahme von Vertragsverhandlungen. Dasselbe gilt für Aushänge und Anfragen. Werden jedoch konkrete Arbeitsbedingungen in Aussicht gestellt und wird über diese nicht mehr ausdrücklich gesprochen, so darf der Vertragspartner darauf vertrauen, dass die früher genannten Bedingungen zum Vertragsinhalt gemacht werden.

2. Die Hilfsmittel der Entscheidungsfindung

Arbeitgeber wie Arbeitnehmer treffen ihre Entscheidung für oder gegen den Abschluss eines Arbeitsvertrages meist nach Durchführung eines Einstellungsgesprächs (der sog. Vorstellung) anhand bestimmter Kriterien, deren Vorliegen sie in der Hauptsache schriftlichen Unterlagen und mündlichen Angaben des Verhandlungspartners entnehmen. So wird der Arbeitnehmer neben dem Aushandeln der eigentlichen Arbeitsbedingungen und der Besichtigung des Arbeitsplatzes unter Umständen Geschäftsberichte und andere Unterlagen über das Arbeitgeberunternehmen einsehen und mündliche Auskünfte über das Unternehmen und seine künftigen Vorgesetzten einziehen. Der Arbeitgeber hingegen wird sich Zeugnisse aller Art, besonders Schulzeugnisse und Zeugnisse früherer Arbeitgeber vorlegen lassen und sich aufgrund der Angaben des Arbeitnehmers in dessen Lebenslauf sowie in dem vom Arbeitgeber vorgelegten und vom Arbeitnehmer ausgefüllten Personalfragebogen und aufgrund weiterer mündlicher Angaben über den Arbeitnehmer orientieren. Daneben spielen aber auch Auskünfte Dritter und ärztliche psychologische sowie graphologische Untersuchungen eine Rolle.

a) *Auskünfte*

Der Arbeitgeber ist grundsätzlich berechtigt, Auskünfte Dritter über den Arbeitnehmer einzuholen, hat dabei aber schonend unter Wahrung von dessen Interessen vorzugehen. Von Angestellten wird häufig ausdrücklich die Angabe sog. Referenzen verlangt. Befindet sich der Arbeitnehmer in ungekündigter Stellung, so dürfen ohne sein Einverständnis keine Auskünfte bei seinem jetzigen Arbeitgeber eingeholt werden. Ist dieser nämlich von dem beabsichtigten Stellenwechsel nicht unterrichtet und entstehen aus der Anfrage für den Arbeitnehmer nachteilige Folgen, so muss dafür wegen Verschuldens bei Vertragsschluss gehaftet werden (vgl. unten II 2).

Der alte Arbeitgeber ist dem Arbeitnehmer gegenüber aus dem Gesichtspunkt nachwirkender Fürsorge verpflichtet, ihm durch die Erteilung von Auskünften, die über die im Zeugnis enthaltenen Angaben hinausgehen, in seinem Fortkommen behilflich zu sein. Auskünfte müssen wie die Angaben im Zeugnis wahrheitsgemäss und

sorgfältig erteilt werden. Unrichtige und unvollständige Auskünfte führen zu Schadenersatzansprüchen wegen positiver Vertragsverletzung und unerlaubter Handlung sowie bei Gefahr weiterer Auskunftserteilung zu Unterlassungsansprüchen.

Wird der neue Arbeitgeber durch eine falsche Auskunft geschädigt, tritt eine Ersatzpflicht diesem gegenüber nur ein, wenn die Auskunft wissentlich unwahr war und im Bewusstsein der Möglichkeit schädlicher Folgen geschah (OR 41 II). Das Verschweigen von Verfehlungen macht ebenfalls schadenersatzpflichtig, wenn der Arbeitgeber damit rechnen muss, dass diese Verfehlungen auch in Zukunft vorkommen werden (BGE 101 II 69). Der blosser (auch dringender) Verdacht einer strafbaren Handlung jedoch sowie Vorstrafen und ausserdienstliche Vorgänge, die für Leistungen und dienstliches Verhalten des Arbeitnehmers nicht wesentlich waren, dürfen nicht erwähnt werden, desgleichen nicht seine Zugehörigkeit zur Betriebskommission oder zu einer politischen oder beruflichen Organisation, soweit dies für sein berufliches Fortkommen hinderlich sein kann.

Der alte Arbeitgeber ist zwar gegenüber dem Arbeitnehmer, nicht aber gegenüber dem Dritten zur Auskunftserteilung verpflichtet. Er braucht also keine Auskunft zu erteilen, wenn dies der Arbeitnehmer nicht will. Umgekehrt aber ist er auch ohne Einverständnis des Arbeitnehmers zur Auskunftserteilung berechtigt, und zwar selbst dann, wenn sie dem Arbeitnehmer nachteilig ist, sofern sie der Wahrheit entspricht und der Dritte an ihr ein berechtigtes Interesse hat. Um den Arbeitnehmer aber in die Lage zu versetzen, gegen unrichtige Auskünfte vorzugehen, hat er in allen Fällen gegenüber seinem alten Arbeitgeber ein Recht, über den Inhalt der erteilten Auskunft unterrichtet zu werden.

b) Ärztliche Untersuchungen

Während andere Länder für die Einstellung von Jugendlichen generell eine ärztliche Eignungsuntersuchung verlangen, ist in der Schweiz in dieser Hinsicht noch nichts geschehen, weil das EVD von der ihm im Arbeitsgesetz eingeräumten Ermächtigung zur Verordnungsgebung keinen Gebrauch gemacht hat (ArG 29 IV 2, VI I 58 I). Nur wenn jugendliche Schulentlassene schon mit 14 statt wie

üblich mit 15 Jahren beschäftigt werden sollen, ist ein ärztliches Zeugnis erforderlich (ArG 30 III, VO I 61 II). Auch kann nach dem Berufsbildungsgesetz für die Eingehung von Lehrverhältnissen für bestimmte Berufe durch VO ein ärztliches Zeugnis verlangt werden (BBG 20 II 2). Für die der SUVA unterstellten Betriebe sieht die VO über die Verhütung von Berufskrankheiten (SR 832, 320) in Art. 11 ärztliche Eignungsuntersuchungen vor.

Der Arzt kann in diesen wenigen Fällen jeweils frei gewählt werden. Darüber hinaus hat es sich aber in Grossbetrieben durchgesetzt, vor jeder Einstellung eine Untersuchung durch den Werkarzt oder den Vertrauensarzt zu verlangen. Die Kosten hierfür trägt im Zweifel der Arbeitgeber. Der Arzt ist im Interesse des Persönlichkeitsschutzes des Arbeitnehmers von seiner ärztlichen Schweigepflicht nur insofern entbunden, als er dem Arbeitgeber die gesundheitliche Eignung des Bewerbers für die in Frage stehende Position mitteilen darf, nicht aber die Diagnose.

c) *Graphologische Gutachten und psychologische Eignungstests*

Angesichts des umstrittenen Wertes der Graphologie erstaunlich ist die weite Verbreitung der Einholung graphologischer Gutachten bei der Einstellung leitender Angestellter. Da die charakterliche Erforschung auf diesem Wege einen Eingriff in den Privatbereich darstellt, ist dafür die Einwilligung des Bewerbers erforderlich. Diese gilt mit der Übersendung eines handgeschriebenen Lebenslaufes als stillschweigend erteilt; denn der Handschriftlichkeit eines Lebenslaufes kann in der heutigen Zeit kein anderer Sinn mehr beigelegt werden. Doch deckt die Einwilligung nur solche Eingriffe in den Privatbereich, die durch die berechtigten Interessen des Arbeitgebers geboten sind. Daher darf keine allgemeine Charakterstudie erstellt werden, sondern nur eine Begutachtung für das in Aussicht genommene Arbeitsverhältnis.

Auch psychologische Eignungstests wie Intelligenz- und Kreativitätstests oder sog. Stress-Interviews bedürfen der Einwilligung des Bewerbers und haben sich im Rahmen der Relevanz für den zu besetzenden Arbeitsplatz zu halten.

3. Anwerbung und Einstellung ausländischer Arbeitnehmer

Besonderheiten bestehen für die Eingehung von Arbeitsverhältnissen mit Ausländern. Die Anwerbung im Ausland ist durch Staatsverträge eingeschränkt, die auch den Grundsatz der Gleichbehandlung mit Inländern sowie Einzelfragen der sozialen Sicherheit behandeln. Ausländerbedürfen zur Eingehung von Arbeitsverhältnissen einer besonderen Aufenthaltsbewilligung, die nur beschränkt erteilt wird (s. VO des Bundesrats vom 23. Okt. 1978 über die Begrenzung der Zahl der erwerbstätigen Ausländer (SR 823.21) nebst Durchführungs VO; dort ist in Art. 21 I das Prinzip der Inländerbevorzugung niedergelegt). Im übrigen vgl. die fremdenpolizeilichen Vorschriften des BG über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer von 1931, dessen grundlegende Reform in Vorbereitung ist.

Ohne Arbeitserlaubnis eingegangene Arbeitsverträge sind nichtig. Die Regeln über das faktische Arbeitsverhältnis finden keine Anwendung, da Arbeitnehmer selbst aus entfernten Staaten heute wissen, dass man zur Arbeitsaufnahme in den Ländern Europas einer staatlichen Genehmigung bedarf, sie mithin nicht gutgläubig i.S. von OR 320 III sind.

II. PFLICHTEN DES ARBEITGEBERS

1. Ersatz der Vorstellungskosten

Gewöhnlich geht dem Abschluss des Arbeitsvertrages eine persönliche Vorstellung voraus. Die hierdurch dem Arbeitnehmer zur Vorstellung aufgefordert hat (OR 402 I). Bei unaufgeforderter Vorstellung entfällt eine Kostenersatzpflicht auch im Falle der Einstellung des Bewerbers, es sei denn, es wurde bei der Einstellung eine Kostenübernahme vereinbart.

Will der Arbeitgeber Ersatzansprüche ausschliessen, muss er dies bei der Aufforderung zur Vorstellung eindeutig zum Ausdruck bringen. Wenn die Initiative zur Vorstellung vom Arbeitnehmer ausgeht, der Arbeitgeber aber auf Anfrage der Vorstellung zustimmt, so muss er, will er die Ersatzpflicht ausschliessen, wenigstens klar zum Ausdruck bringen, dass er an der Vorstellung kein Interesse hat, etwa durch die Wendung: Der Bewerber könne ruhig kommen,

wenn er sich etwas davon verspreche, oder: Er (der Arbeitgeber) habe nichts dagegen, wenn der Bewerber sich vorstellen wolle. In diesem Fall ist klaggestellt, dass der Bewerber mit der Vorstellung keine Interessen der Arbeitgebers wahrnimmt, sondern allein seine eigenen Interessen.

Die Ersatzpflicht umfasst die Fahr- Übernachtungs- und Verpflegungskosten, nicht dagegen eine Abgeltung für einen vom Arbeitnehmer genommenen Ferientag, auch nicht einen eventuell entstehenden Verdienstausschlag; denn die Aufforderung zur Vorstellung ist im Zweifel ein unentgeltlicher Auftrag (OR 394 Abs. 3). In der Regel wird es ohnehin nicht zum Verdienstausschlag kommen, da der Bewerber gegenüber seinem alten Arbeitgeber, wenn das Arbeitsverhältnis gekündigt wurde oder infolge Befristung ausläuft, einen Anspruch auf Freizeitgewährung zum Zwecke der Stellensuche hat (OR 329 Abs. 3), der mangels abweichender Vereinbarung keine Lohninbussen zur Folge hat (OR 324a Abs. 1). Auch ist mit zunehmender Verbreitung der gleitenden Arbeitszeit das Problem der Freizeit für ausserdienstliche Angelegenheiten entschärft. Der Ersatzanspruch verjährt in 10 Jahren, (OR 127), da OR 128 Ziff. 3 nur Lohnforderungen betrifft.

2. Treuepflicht

Die Vorstellungskosten, aber auch alle weiteren Aufwendungen (z.B. durch einen Wohnungswechsel) und Vermögenseinbussen des Bewerbers (z.B. Verdienstausschlag durch Bewerbung oder Aufgabe der alten Arbeitsstelle) sind als Schadenersatz geschuldet, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gegenüber die schon bei Vertragsverhandlungen erforderliche, "vorverlegte" Treuepflicht verletzt (Haftung aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen). Die Höhe der Ersatzpflicht ist in diesen Fällen nicht auf das Erfüllungsinteresse begrenzt, da für die Auswahl eines Arbeitsplatzes nicht nur finanzielle Gründe ausschlaggebend sind. Die Treuepflichtverletzung kann durch Verschweigen, durch falsche Angaben oder durch unzulässige Informationsbeschaffung erfolgen.

So macht sich der Arbeitgeber durch Verschweigen ersatzpflichtig, wenn er einen Bewerber, der erkennbar darauf vertraut,

dass der fragliche Posten noch zu besetzen ist und dass er als Bewerber eine reale Chance habe, und der ihm eine persönliche Vorstellung oder sonstige Vermögensdispositionen, eventuell sogar die Aufgabe seiner Arbeitsstelle ankündigt, nicht auf die Aussichtslosigkeit seiner Bemühungen hinweist. Auch muss er eine anderweitige Stellenbesetzung sofort dem Arbeitsamt oder einer sonstigen Stellenvermittlung, mit der er in Kontakt getreten war, mitteilen. Ist die Vermögenslage des Arbeitgebers schlecht, so dass Gefahr besteht, dass die Löhne nicht aufgebracht werden können oder dass ein Ausbildungsverhältnis vorzeitig abgebrochen werden muss, so hat er bei Arbeitgeber den Bewerber auf überdurchschnittliche Anforderungen der Stelle aufmerksam machen.

Auch falsche Angaben machen den Arbeitgeber ersatzpflichtig so wenn er dem Bewerber selbst oder in Zeitungsanzeigen zunächst bestimmte Zusagen macht, diese aber später bei Vertragsschluss nicht einhalten will. Kommt es hingegen zum Abschluss des Arbeitsvertrages, dann kann dieser wegen falscher Angaben oder wegen Verschweigens wesentlicher Umstände angefochten und ein zusätzlicher Schaden wegen Verschuldens bei Vertragsschluss geltend gemacht werden.

Schliesslich macht sich der Arbeitgeber auch ersatzpflichtig, wenn er sich Informationen über den Bewerber in unzulässiger Weise beschafft, sei es, dass er ohne Zustimmung Auskünfte beim gegenwärtigen Arbeitgeber einholt, sei es, dass er dem Arbeitnehmer durch die Art und Weise der Auskunftseinholung bei Dritten schadet.

3. Obhutspflicht und Pflicht zur Vernichtung von Personalunterlagen

Mit der Aufnahme von Vertragsverhandlungen erwachsen aus der Treuepflicht für den Arbeitgeber Obhutspflichten im Hinblick auf die Behandlung der Bewerbungsunterlagen und im Hinblick auf die Wahrung von Kenntnissen über den Bewerber, von denen er annehmen muss, dass der Bewerber, sie geheimgehalten wissen will. Arbeitspapiere, Zeugnisse, Lebenslauf usw., die im Eigentum des Bewerbers stehen und dem Arbeitgeber lediglich zum Zwecke der Be-

werberauswahl anvertraut werden, müssen gut verwahrt und pfleglich behandelt werden. Verlust und Beschädigung führt bei Sorgfaltsverstoss zur Schadenersatzpflicht. Personalunterlagen, die im Eigentum des Arbeitgebers stehen, wie Personalfragebogen, Berichte über die vom Arbeitgeber veranlassten ärztlichen Untersuchungen, Eignungstests und graphologische Gutachten sind zusammen mit den vom Arbeitnehmer übersandten Unterlagen verschlossen aufzubewahren, damit die dort über den Bewerber enthaltenen Angaben nicht in unbefugte Hände gelangen.

Nach gescheiterter Bewerbung sind die im Eigentum des Bewerbers stehenden Unterlagen, d.h. alle von ihm übergebenen Unterlagen mit Ausnahme des Bewerbungsschreibens, diesem wieder auszuhändigen. Die im Eigentum des Arbeitgebers stehenden Unterlagen kann der Bewerber hingegen nicht herausverlangen, obwohl sie Angaben über seine Person enthalten. Da der Arbeitgeber jedoch im Falle der Nichteinstellung kein Interesse an der Aufbewahrung dieser Unterlagen mehr hat, das das Interesse des Bewerbers überwiegen würde, einen Missbrauch seiner Daten zu verhindern, hat der Bewerber, da er einer Erhebung und Niederlegung von Daten aus seinem Persönlichkeitsbereich nur für die Zwecke und die Dauer der Bewerberauswahl zugestimmt hat, aus dem Gesichtspunkt des Persönlichkeitsschutzes einen Anspruch auf Vernichtung der betreffenden Unterlagen (ZGB 28 Abs. 1).

III. PFLICHTEN DES BEWERBERS

Wie der Arbeitgeber so hat auch der Arbeitnehmer eine bereits für die Zeit der Vertragsverhandlungen bestehende und insofern "vorverlegte" Treuepflicht zu beachten. Im Vordergrund steht seine Pflicht, die für die Bewerberauswahl erforderlichen und geforderten persönlichen Angaben wahrheitsgetreu zu machen. Diese sog. Offenbarungspflicht kann einmal die Pflicht sein, die vom Arbeitgeber gestellten Fragen zu beantworten (Auskunftspflicht), zum andern die Pflicht, von sich aus dem Arbeitgeber gewisse Angaben zu machen (Mitteilungspflicht). Daneben besteht auch die Pflicht, absichtliche Täuschungen des Arbeitgebers durch unaufgefordert gegebene Angaben zu unterlassen (Wahrheitspflicht).

1. Offenbarungspflicht

a) Auskunftspflicht auf Befragen

Nicht jede Frage, die der Arbeitgeber mündlich oder schriftlich (in Einstellungsfragebogen) stellt, ist vom Bewerber auch zu beantworten, sondern nur solche, die mit dem Arbeitsplatz oder der zu leistenden Arbeit im Zusammenhang steht. Darüber hinausgehende Fragen bezwecken ein Eindringen in die Privatsphäre, das sich durch die Zwecke des Arbeitsverhältnisses nicht rechtfertigen lässt. Wo die Grenze zwischen zulässiger und unzulässiger Frage verläuft, lässt sich nicht unabhängig von den Besonderheiten des betreffenden Arbeitsplatzes beantworten. Leitende Angestellte werden sich wegen ihrer besondern Vertrauensstellung und ihrer Repräsentativfunktion für das Image des Arbeitgeberbetriebes grössere Ausfragungen gefallen lassen müssen als das übrige Personal. Vereinzelt will man auch einen Unterschied zwischen Kleinbetrieben und Grossbetrieben machen mit der Begründung, dass in Kleinbetrieben eine engere Zusammenarbeit mit dem Arbeitgeber erforderlich ist und daher die besondere Sympathie des Arbeitgebers erfordere. Dies überzeugt jedoch nicht, weil zur Vergewisserung über diese Frage die Probezeit dienen kann und soll. Die folgende Typologie bietet genügend Anhaltspunkte, um eine gewisse Rechtssicherheit in der Frage zu gewährleisten, zu welchen Ergebnissen die jeweils erforderliche Abwägung zwischen der Vertragsfreiheit auf der Seite des Arbeitgebers und dem Persönlichkeitsrecht auf der Seite des Arbeitnehmers führt.

Zulässig sind stets Fragen nach der schulischen und beruflichen Ausbildung und in diesem Zusammenhang nach Zeugnissen und Prüfungsnoten, desgleichen nach dem beruflichen Werdegang, insbesondere nach den bisherigen Arbeitsplätzen sowie einem erfolgten oder bald bevorstehenden Aufgebot zum Militärdienst, ferner nach besonderen Kenntnissen und Fähigkeiten, z.B. Fremdsprachen.

Zulässig sind Fragen nach der bisherigen Höhe von Lohn oder Gehalt, Zulagen sowie sonstigen Leistungen des alten Arbeitgebers. Zulässig sind weiter Fragen nach dem Personenstand (ledig oder verheiratet, Zahl der Kinder), nicht jedoch die Frage, ob der Bewerber alsbald heiraten wolle, es sei denn, der betreffende Ar-

beitsplatz erfordert unbedingt den Einsatz eines Ledigen (z.B. bei Notwendigkeit der Aufnahme des Arbeitnehmers in die Hausgemeinschaft). Auch Fragen nach einem Konkubinatsverhältnis sind nur zulässig, wenn der betreffende Arbeitsplatz an einen Tendenzträger eines Tendenzunternehmens gehen soll (Unternehmen im kirchlichen Bereich, Verein für Volkssittlichkeit u.ä.), ebenso die Frage, ob der Bewerber geschieden sei.

Auch nach der Religions- und Parteizugehörigkeit darf nur gefagt werden, sofern der Bewerber sich um einen Posten als Tendenzträger eines Tendenzunternehmens bewirbt wie kirchliche oder parteieigene Unternehmen, religions- oder partei-politische gebundene Verlage, konfessionelle Krankenhäuser. Dasselbe gilt für die Frage nach der Gewerkschaftzugehörigkeit. Nach erfolgter Einstellung jedoch ist die Frage nach der Gewerkschaftzugehörigkeit eventuell zulässig zwecks Abklärung einer bestehenden Tarifbindung des Arbeitsverhältnisses oder für den Fall des Beitragseinzugs durch den Arbeitgeberbetrieb. Eine Diskriminierung des Arbeitgebers bei der Einstellung je nach der Gewerkschaftzugehörigkeit würde die Arbeitnehmer in ihrer Koalitionsfreiheit beeinträchtigen. Koalitionsfeindliche Reverse, d.h. Verpflichtungserklärungen gegenüber dem Arbeitgeber, keiner Gewerkschaft anzugehören bzw. in Zukunft beizutreten, sind nichtig (OR 20).

Zulässig ist hingegen die Frage nach dem Bestehen irgendwelcher Wettbewerbsverbote aus dem alten Arbeitsverhältnis. Denn diese würden den Bewerber in seiner Einsatzfähigkeit beschränken. Zulässig ist ferner die Frage nach einer eventuell bestehenden Verschuldung, insbesondere nach der Höhe von Unterhaltsverpflichtungen. Zwar wird die Ansicht vertreten, die Frage der Verschuldung sei nur für einleitende Angestellte relevant. Doch bei hoher Verschuldung seiner Mitarbeiter leidet nicht nur das Image des Unternehmens, besteht nicht nur die Gefahr eines "Griffs in die Ladenkasse" und wird nicht nur die Arbeit des Lohnbüros durch Lohnpfändungen belastet, sondern bei den heutigen Ansätzen für das Existenzminimum leidet vor allem die Arbeitsfreude und das Interesse an einem beruflichen Fortkommen.

Zulässig ist ferner die Frage nach bestehender Schwangerschaft; denn diese bedeutet für den Arbeitgeber infolge der entsp-

rechenden Schutzvorschriften eine finanzielle Belastung, die er nur hinnehmen muss, wenn sie während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses eintritt. Eine Bewerberin kann also entsprechend befragt werden, vorausgesetzt, dies geschieht in sachlicher und dezenter Form. Auch Fragen nach Krankheiten sind zulässig, soweit die Krankheiten die Arbeitstauglichkeit für den betreffenden Arbeitsplatz herabsetzen (Formulierung im Fragebogen: "Haben sie Leiden, die Ihre gesundheitliche Eignung für die vorgesehene Tätigkeit beeinträchtigen könnten? Art der Leiden..."). Frühere Krankheiten dürfen daher nur insoweit erfragt werden, als eine Wiederkehr zu befürchten ist. Auch künftige fehlende Einsatzbereitschaft infolge von Operationen oder Kuren muss angegeben werden, wenn sie gegenwärtig absehbar ist. In dem für den Arbeitsplatz relevanten Rahmen darf der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer auch eine ärztliche Einstellungsuntersuchung verlangen. Zwar ist der Bewerber nicht verpflichtet, sich untersuchen zu lassen, doch geht er im Weigerungsfall das Risiko ein, die Stelle nicht zu erhalten.

Die Frage nach Vorstrafen ist wie die Frage nach Krankheiten auf solche Vorstrafen zu beschränken, die für die zu besetzende Arbeitsstelle "einschlägig" sind. So darf der Kassierer nach Vermögensdelikten, der Kraftfahrer nach Verkehrsdelikten befragt werden, Maurer dagegen nicht. Zwar birgt die Tatsache der Vorstrafe ausweislich der Rückfallstatistiken die hohe Wahrscheinlichkeit erneuter Straffälligkeit und damit infolge der Gefahr erneuter Strafverfolgung eine potentielle Arbeitsbeeinträchtigung, doch ist diese im Interesse der Resozialisierungsbemühungen hinzunehmen. Es muss demnach ein sachlicher Zusammenhang zwischen der beabsichtigten Beschäftigung und der Art der Straftat bestehen. Daher ist das Verlangen nach Vorlage eines polizeilichen Leumundszeugnisses vor der Einstellung unzulässig; denn aus diesem können sich mehr Verurteilungen ergeben, als der Bewerber anzugeben braucht. Nach der Einstellung hingegen kann die Vorlage aus dem Gesichtspunkt der Treuepflicht verlangt werden, um die Angaben des Bewerbers überprüfen und bei Verschweigen einschlägiger Vorstrafen rechtliche Konsequenzen ziehen zu können. Wird nach einschlägigen Vorstrafen gefragt, so kann sich der Bewerber auch hinsichtlich dieser als unbestraft bezeichnen, wenn die Verurteilung im Strafregister getilgt worden ist.

b) Mitteilungspflicht ohne Befragen

Unterlässt es der Arbeitgeber, den Bewerber um die für die Arbeitsstelle relevanten Angaben und Nachweise zu bitten, geht er damit ein gewisses Risiko ein. Allerdings fragt sich, ob nicht der Bewerber in diesem Falle verpflichtet ist, von sich aus nachteilige Umstände mitzuteilen, deren Kenntnis erkennbar für die Entscheidung des Arbeitgebers von Bedeutung ist. Eine solche Mitteilungspflicht wird man in der Regel verneinen müssen; denn es ist Sache des Arbeitgebers, sich über die Risikofaktoren der Einstellung zu vergewissern. Nur wenn feststeht, dass der Bewerber für die betreffende Arbeitsstelle absolut ungeeignet ist, haftet er im Falle unterbliebenen Vertragsschlusses aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen und bei erfolgtem Vertragsschluss wegen Übernahmeverschuldens aus subjektiver Unmöglichkeit, wenn er den Arbeitgeber über den betreffenden Umstand nicht aufgeklärt hat.

So darf ein Bewerber nicht verschweigen, dass er die fragliche Arbeitsleistung mangels entsprechender Fähigkeiten überhaupt nicht erbringen kann oder zur Arbeitsleistung infolge chronischer Leiden oder schwerer ansteckender Krankheit nicht imstande ist oder dass er bei Dienstantritt voraussichtlich krank oder zur Kur sein wird. Gesundheitsgefährdungen hingegen sind nicht ungefragt mitzuteilen, anders jedoch eine Schwangerschaft, wenn die Durchführung des Arbeitsvertrages nach Lage des Einzelfalles mit einer Schwangeren völlig unmöglich ist (z.B. Mannequin, Tänzerin, Schauspielerin, Sportlehrerin). Auch Wettbewerbsverbote muss der Bewerber von sich aus zur Kenntnis bringen.

Keine derartige Mitteilungspflicht besteht hingegen selbst bei einschlägigen Vorstrafen, da diese nicht an der Erfüllung der vertraglichen Pflichten hindern. Ausgenommen ist jedoch der Fall, dass es wegen des Rufes des Unternehmens auf die absolute Integrität des Arbeitnehmers ankommt.

c) Rechtsfolgen bei Verletzung der Offenbarungspflicht

Die Verletzung der Offenbarungspflicht kann bei Vorsatz zur Bestrafung wegen Anstellungerschleichung nach StGB 148 führen, wenn wegen der Besonderheit der Stellung die Arbeitsleistung des

Bewerbers für den Arbeitgeber infolge des betreffenden Umstandes weniger wert ist (vorbestrafter Polizist im Gegensatz zum vorbestraften Bauarbeiter, vgl. G. Stratenwerth: Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, 2. Aufl. 1978, S. 237). Die zivilrechtlichen Folgen unterscheiden sich danach, ob die Auskunftspflicht oder die Mitteilungspflicht verletzt wurde.

(1) Bei unterlassener Frage der Arbeitgebers

Hat der Arbeitgeber den Bewerber über die betreffenden Umstände nicht gefragt und hat dieser geschwiegen, so kann er gegen ihn nur in den seltenen Fällen einer Verletzung der Mitteilungspflicht vorgehen. In diesen Fällen kann er den Arbeitsvertrag fristlos kündigen (OR 337). Die Kündigung muss innerhalb angemessener Frist (in der Regel 2 bis 3 Tage) nach Kenntniserlangung der vom Arbeitnehmer verschwiegenen Umstände ausgesprochen werden.

Günstiger ist es jedoch, den Arbeitsvertrag anzufechten; denn die Anfechtung führt nicht nur zur Auflösung des Vertrages für die Zukunft, sondern zur Rückabwicklung. Die Regeln über das faktische Arbeitsverhältnis (OR 320 Abs. 3) finden keine Anwendung, da sie Gutgläubigkeit des Arbeitnehmers voraussetzen. Wenn Vorsatz nachgewiesen werden kann, liegt eine absichtliche Täuschung durch Unterlassung nach OR 28 Abs. 1 vor. Kann Vorsatz hingegen nicht nachgewiesen werden, liegt auf jeden Fall ein Grundlagenirrtum nach OR 24 Abs. 1 Ziff. 4 vor. In beiden Fällen kann der Arbeitsvertrag innert eines Jahres angefochten werden (OR 31 Abs. 1, 2). Hat das Arbeitsverhältnis jedoch jahrelang zur Zufriedenheit bestanden, dann wäre die Ausübung des Anfechtungsrechts missbräuchlich (ZGB 2 Abs. 2) und auch eine ausserordentliche Kündigung nach OR 337 käme mangels Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung nicht in Betracht.

Neben Kündigung und Anfechtung des Arbeitsvertrages kommt bei Verletzung der Mitteilungspflicht noch die Pflicht zum Ersatz des Schadens in Betracht, der dem Arbeitgeber dadurch entstanden ist, dass er diesen Bewerber einem anderen vorgezogen hat (Verschulden bei Vertragsverhandlungen, eventuell Haftung aus Vertragsverletzung wegen subjektiver Unmöglichkeit). Der Schaden kann darin bestehen, dass die Arbeitsleistung des eingestellten Bewerbers min-

derwertig ist, ferner darin, dass der Arbeitgeber die betreffende Stelle neu ausschreiben muss und dass er bis zur Neueinstellung höhere Aufwendungen machen musste, bis er eine entsprechende Kraft fand.

(2) Bei zulässiger Frage des Arbeitgebers

Hat der Bewerber die Auskunftspflicht verletzt, indem er eine zulässige Frage des Arbeitgebers falsch oder unvollständig beantwortete, so ist er, selbst wenn er nur fahrlässig handelte, wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen schadenersatzpflichtig. Hat der Bewerber mit mindestens bedingtem Vorsatz gehandelt, kann der Arbeitgeber, wenn die unrichtige oder unvollständige Antwort für die Einstellung ursächlich war, den Arbeitsvertrag wegen absichtlicher Täuschung anfechten (OR 28 Abs. 1). Kann Vorsatz hingegen nicht nachgewiesen werden, kommt eine Anfechtung wegen Grundlagenirrtums nach OR 24 Abs. 1 Ziff. 4 nur in Betracht, wenn zugleich die Mitteilungspflicht verletzt wurde; denn nur solche Umstände, zu deren Mitteilung der Bewerber von sich aus verpflichtet wäre, sind als notwendige Grundlage des Vertrages anzusehen. Für die Frage, ob auch eine ausserordentliche Kündigung nach OR 337 oder nur eine ordentliche Kündigung in Betracht kommt, kommt es nicht nur auf den Gegenstand der Täuschung, sondern auch auf den Grad des Verschuldens an. Auch kann die Möglichkeit einer Anfechtung oder Kündigung durch langjährige zufriedenstellende Arbeit entfallen (ZGB 2 Abs. 2).

(3) Bei unzulässiger Frage des Arbeitgebers

Die Feststellung, dass eine bestimmte Frage des Arbeitgebers an den Bewerber rechtlich unzulässig ist, wäre folgenlos, wenn der Arbeitgeber im Falle ihrer unrichtigen oder unvollständigen Beantwortung den Arbeitsvertrag anfechten oder gar fristlos kündigen und Schadenersatz verlangen könnte. Denn wenn der Arbeitnehmer sich weigern würde, die Frage zu beantworten, und gar auf deren Unzulässigkeit hinweisen würde, würde er im Regelfall die Stelle nicht erhalten. Der Arbeitgeber könnte also ohne Nachteil unzulässige Fragen stellen. Das kann nicht rechtens sein, weil den Bewerber in diesen Fällen keine Offenbarungspflicht trifft und er durch seine un- wahren oder unvollständigen Angaben einen Eingriff in seinen Pri-

vatbereich abwehrt (Notwehrrecht der Lüge). Sein Verhalten ist also nicht rechtswidrig.

Damit entfällt in diesen Fällen eine Schadenersatzpflicht aus Verschulden bei Vertragsschluss; denn diese setzt eine Pflichtverletzung voraus. Den Bewerber trifft aber keine Wahrheitspflicht, wenn er durch unzutreffende Angaben Eingriffe in seinen Privatbereich abwehren muss (OR Abs. 1). Nicht sein Verhalten ist treuwidrig, sondern das Verhalten des Arbeitgebers. Entfallen tut in diesen Fällen auch die Möglichkeit der Anfechtung wegen Grundlagenirrtums nach OR 24 Abs. 1 Ziff. 4; denn unzulässige Fragen können nicht die notwendige Grundlage des Vertrages betreffen. Fraglich könnte höchstens sein, ob eine Anfechtung wegen absichtlicher Täuschung möglich ist, weil OR 28 Abs. 1 auch bei Täuschung über Unwesentliches die Anfechtung erlaubt. Wie jedoch eine Untersuchung der Entstehungsgeschichte von § 123 BGB ergeben hat, der dem Art. 28 Abs. 1 OR entspricht, ist diese Vorschrift entsprechend den Vorstellungen des Gesetzgebers im Wege teleologischer Reduktion berichtigend dahin auszulegen, dass nur eine rechtswidrige Täuschung zur Anfechtung berechtigt (v. Lübtow, *Festschrift Bartholomeyczik*, 1973, S. 249, 273 ff.). Die Rechtswidrigkeit der Täuschung fehlt hier aber, weil der Bewerber bei unzulässigen Fragen ein Recht zur Lüge hat (so im Ergebnis das deutsche Bundesarbeitsgericht, BAG 5 S. 159, 163; 11 S. 270, 273; 15 S. 261, 263). Wer die im Gesetzestext nicht zum Ausdruck gebrachten Vorstellungen des deutschen Gesetzgebers der Auslegung des OR, verständlicherweise nicht zugrunde legen will, muss dennoch zum gleichen Ergebnis gelangen, weil die Ausübung des Anfechtungsrechts unter den gegebenen Umständen, nämlich bei Rechtsmässigkeit der Täuschung, nach ZGB 2 Abs. 2 missbräuchlich ist. Nur die Fälschung von Urkunden zum Zwecke der Täuschung ist nicht erlaubt, weil diese ein anderes Rechtsgut verletzt.

Die zynische Bemerkung von Jürg Brühwiler (Hat der Arbeitnehmer ein "Notwehrrecht auf Lüge"?, *Schweizerische Arbeitgeber-Zeitung* 1979, S. 277 f.), das aus dem deutschen Recht stammende und daher abzulehnende Notwehrrecht der Lüge würde dem Arbeitnehmer in der Schweiz ohnehin nichts bringen, weil der Arbeitgeber jederzeit ohne Angabe von Gründen kündigen könne, zeigt

einmal mehr, warum der fehlende Kündigungsschutz, durch den sich die Schweiz inzwischen als einziges Land in Europa negativ auszeichnet, auf Dauer nicht mehr wird hingenommen werden können.

2. Wahrheitspflicht

Macht der Arbeitnehmer hingegen falsche oder unvollständige und damit irreführende Angaben, ohne dass diese von ihm verlangt worden sind, so kann er sich nicht darauf berufen, dass der Arbeitgeber diese hätte nicht erfragen dürfen. Werden nämlich trotz fehlender Offenbarungspflicht freiwillig Angaben gemacht, müssen diese wahr sein (Wahrheitspflicht); denn Täuschungen, die nicht in einer Notwehrsituation vorgenommen werden, sind Verletzungen der Treuepflicht. Es gibt also bei Vertragsverhandlungen grundsätzlich kein Recht zur Lüge. Der Arbeitgeber darf in seiner Willensfreiheit ohne Rechtsgrund nicht beeinträchtigt werden. Mittels Täuschung soll niemand zu einem gültigen Vertrag kommen dürfen, es sei denn, der andere Teil handelt selbst treuwidrig, dass sich der Täuschende in der Defensive befindet. Die Rechtsfolgen einer aus eigenem Antrieb erfolgten Täuschung sind daher dieselben wie bei der Verletzung der Auskunftspflicht.