

Memorandum

**Betreffend: Auskunftspflicht des Arbeitnehmers / Fragerecht des Arbeitgebers bei Stellenantritt bzw. im vorvertraglichen Verhältnis.
Speziell: muss Arbeitnehmer über ADHS informieren?**

I. Fragestellung

Vorliegend werden die Aufklärungspflichten des Arbeitnehmers gegenüber dem potentiellen Arbeitgeber bei Stellenantritt erörtert (Vorstellungsgespräch). Über was muss der Arbeitnehmer Auskunft erteilen und was darf der Arbeitgeber fragen? Muss der Arbeitnehmer insbesondere über ADHS informieren?

II. Erwägungen

1. Auskunftspflicht des Stellenbewerbers

Unter der Auskunftspflicht des Stellenbewerbers ist die Pflicht zu verstehen, Fragen, die ihm der Arbeitgeber mündlich, in Form eines Fragebogens oder sonst wie stellt, wahrheitsgemäss zu beantworten.

2. Voraussetzungen der Auskunftspflicht des Stellenbewerbers im Allgemeinen

Eine solche Auskunftspflicht des Arbeitnehmers besteht nur, wenn die gestellten Fragen rechtmässig sind, also insbesondere mit den Erfordernissen des Datenschutz- und Gleichstellungsrechts im Einklang stehen.

Ist die **Frage unzulässig**, so darf der **Arbeitnehmer die Antwort auf jeden Fall verweigern** (z.B. indem er die entsprechende Rubrik im Fragebogen offenlässt). Damit ist ihm jedoch in der Regel wenig gedient, weil er damit rechnen muss, die Stelle nicht zu erhalten. Daher wird ihm die Möglichkeit zugebilligt, **unzulässige Fragen unrichtig zu beantworten**. Die Folge davon ist, dass ein später abgeschlossener Arbeitsvertrag wegen der unrichtigen Auskunft des Arbeitnehmers weder aufgrund Irrtum oder Täuschung angefochten noch fristlos gekündigt werden kann (PORTMANN, STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, N 77). Die dogmatische Grundlage für diesen Ausschluss der Anfechtung durch den Arbeitgeber wird in der Regel im sog. **Notwehrrecht der Lüge** gesehen, das dem Arbeitnehmer zugebilligt wird; denn bei richtiger Beantwortung der Fragen oder blosser Verweigerung müsste er regelmässig befürchten, die Stelle nicht zu erhalten. Eine geeignete Grundlage findet sich auch in Art. 25 Abs. 1 OR, wonach die Berufung auf Irrtum unstatthaft ist, wenn sie Treu und Glauben widerspricht. Gleiches gilt auch für die Berufung auf Täuschung gestützt auf Art. 2 ZGB (PORTMANN, STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, N 119).

Gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben hat der Arbeitnehmer **von sich aus** den Arbeitgeber über Umstände zu informieren, welche ihn zur **Erbringung der vertraglichen Arbeitsleistung als ungeeignet erscheinen lassen. Die Grenzziehung, ob eine Offenbarungspflicht bestehe, hängt stark von der in Frage stehenden Tätigkeit und Position ab.** Der Zügelmann muss also seinen Rückenschaden und der Bergführer seine Höhenangst offenbaren, nicht aber die Serviertochter ihre Tablettensucht.

3. Gesetzliche Grundlagen

a) Grundsatz

Art. 328b OR regelt die Bearbeitung von Personendaten durch den Arbeitgeber:

Art. 328b

Bearbeitung von Personendaten

Der Arbeitgeber darf **Daten über den Arbeitnehmer** nur bearbeiten, soweit sie dessen **Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind.** Im Übrigen gelten die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992² über den Datenschutz.

Der zeitliche Anwendungsbereich von Art. 328b OR erstreckt sich über dessen Wortlaut hinaus auch auf die Zeit vor Abschluss des Arbeitsvertrages, also auch auf die Bewerbungsphase.

b) Rechtfertigungsgründe

aa) Abklärung der Eignung des Arbeitnehmers für das Arbeitsverhältnis

Die erhobenen Daten müssen unter **objektiven Gesichtspunkten** zu **Eignungsabklärung beitragen**. Welcher Eigenschaften und Fähigkeiten bedarf der Arbeitnehmer, um den Anforderungen seiner (meist zukünftigen) Stelle gerecht zu werden?

Führungs- oder andere Vertrauenspositionen rechtfertigen eine gewisse Durchleuchtung des Arbeitnehmers auch bezüglich Charaktereigenschaften (Verantwortungsbewusstsein, Führungsverhalten, Zuverlässigkeit), Freizeitverhalten und privaten Verhältnisse (Schulden, teilweise Vorstrafen), während sich bei vorwiegend ausführenden Tätigkeiten ohne besondere Verantwortung die Datenerhebung mehrheitlich auf den beruflichen Bereich (Ausbildung, Berufserfahrung) zu beschränken hat. Ausnahmen sind **persönliche Eigenschaften, welche die Eignung zur Ausfüllung der betreffenden Stelle ernsthaft in Frage stellen** wie z.B. ein starker Rückenschaden eines Bauarbeiters. **Erweiterte Datenverarbeitungsrechte** können sich durch **spezifische Gefährdungen** ergeben (z.B. Vorstrafen bei Bankangestellten oder HIV-Infektion bei Krankenschwestern).

bb) Erforderlichkeit der Datenbearbeitung zur Durchführung des Arbeitsvertrages

Bei diesem Rechtfertigungsgrund geht es allgemein um administrative Belange, z.B. die Erfüllung der gesetzlichen Verpflichtungen gegenüber den Sozialversicherungen, dem Arbeitsinspektorat, den Strafbehörden oder dem Steueramt.

4. Einzelfälle

Auswahl; Beschränkung auf gesundheitliche Aspekte; vgl. hierzu die detaillierte Aufzählung in STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Art. 328b N 9 f.

Zulässig sind:

Fragen zur einer allfälligen **Schwangerschaft** nur in Ausnahmefällen, etwa dann, wenn die Arbeit von Schwangeren nicht oder nicht ordnungsgemäss ausgeführt werden kann (Schwerarbeit, Mannequin), oder wenn dadurch die Gesundheit des Kindes oder der werdenden Mutter gefährdet würde.

Fragen bezüglich **akuter Krankheiten und Gebrechen und absehbare zukünftige Gesundheitsschädigungen**, welche die **Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers betreffen** sowie **frühere Gesundheitsschäden**, aus denen ein **arbeitsplatzrelevanter Rückfall** zu erwarten ist. Zulässig ist auch die Untersuchung durch einen **Vertrauensarzt**, soweit dieser nur die gesundheitliche Eignung des Bewerbers für die in Frage stehende Stelle untersucht.

Fragen bezüglich **ansteckender Krankheiten**.

Fragen bezüglich **Suchtkrankheiten**, welche die **Arbeitsfähigkeit tangieren können**. Auch Fragen bezüglich **Raucher-/Nichtraucherstatus**, da dies angesichts der gegenüber anderen Mitarbeitern bestehenden Fürsorgepflicht Auswirkungen auf die Betriebsorganisation und die Arbeitsplatzgestaltung haben kann.

Unzulässig sind:

Fragen über den **allgemeinen Gesundheitszustand** oder über **Krankheiten**, welche die **aktuelle oder voraussehbare Arbeitsfähigkeit nicht betreffen** und die **nicht infektiös** sind, dies auch nicht indirekt z.B. durch Fragen über laufende Renten.

Fragen bezüglich **Behinderungen**, soweit diese die Arbeitsausführung nicht verunmöglichen oder erschweren.

Fragen über den **Hausarzt** und die **Krankenkasse** des Arbeitnehmers.

Fragen bezüglich **HIV-Status**, soweit die Arbeitsstelle nicht zu einem erhöhten Infektionsrisiko für Drittpersonen führt.

Fragen über genetische Defekte durch Genomanalysen, wobei sehr restriktive Ausnahmen unter klar abgesteckten Rahmenbedingungen bei Berufen mit hoher Drittgefährdung (z.B. Piloten) bestehen können.

5. Speziell: In der Regel keine Auskunftspflicht über ADHS

Überträgt man obige Darlegungen auf Arbeitnehmer mit ADHS, gilt hinsichtlich der Auskunftspflicht betreffend ADHS in aller Regel Folgendes:

- a) Die Eltern eines Jugendlichen (z.B. 16 Jahre alt) mit ADHS sind nicht verpflichtet, den Lehrmeister über ADHS aufzuklären.
- b) Ebenso sind Jugendliche nicht verpflichtet, ihren Lehrmeister im Rahmen des Anstellungsgesprächs über ADHS aufzuklären.
- c) Es ist nach der hier vertretenen Meinung Arbeitgebern nicht erlaubt, etwa in einen Personalfragebogen Fragestellungen aus dem Symptomkatalog einer ADHS-Abklärung einfließen zu lassen. Dies wäre eine Verletzung der Datenschutzvorschriften.
- d) (Junge) Erwachsene sind ebenfalls nicht verpflichtet, ihm Rahmen eines Anstellungsgesprächs ADHS bekannt zu geben.
- e) Im Falle einer expliziten Frage des Arbeitgebers, ob ADHS besteht, dürfen Lehrlinge/ (erwachsene) Arbeitnehmer - wahrheitswidrig im Sinne des *Notwehrrechts der Lüge* - mit NEIN antworten.

III. Zusammenfassung

Dem Arbeitnehmer erwachsen im Rahmen der **Vertragsverhandlungen** gewisse **vorvertragliche Auskunfts- und Offenbarungspflichten** (vgl. Urteil 4C.189/2002 vom 27. September 2002 E. 1.3; BGE 122 IV 267 E. 3). Deren **Umfang und Tragweite** sind in Doktrin und Praxis im Einzelnen jedoch **umstritten**. Generell gilt, dass der Arbeitnehmer im Rahmen seiner Auskunftspflicht Fragen, welche in einem **unmittelbaren Zusammenhang zum Arbeitsplatz und zur leistenden Arbeit** stehen, **wahrheitsgetreu** zu beantworten hat, falls der erfragte Umstand von **unmittelbarem objektivem Interesse für das spezifische Arbeitsverhältnis** ist, was sich nach dessen vorgesehener **Dauer**, der zu verrichtenden **Arbeit**, der **Art des Betriebs** sowie der **zukünftigen Stellung des Arbeitnehmers** in diesem beurteilt (Urteil 2A.621/2005 vom 30. Januar 2006 E. 4.2). Bei ADHS besteht in aller Regel keine Auskunfts- und Offenbarungspflicht.

Basel, den 14. Februar 2011

Dr. Lucius Huber, Advokat, Basel