

## BRIEF

Nr. 08.11

16. Februar 2011  
Marco Caprez, lic. iur., Rechtsanwalt

### Arbeitsrecht und Datenschutz: Das Vorstellungsgespräch

**Vorstellungsgespräche dienen primär dazu, sich gegenseitig kennenzulernen sowie eine allfällige Zusammenarbeit prüfen zu können. Die Arbeitgeberin hat ein Interesse daran, möglichst viel vom potentiellen Arbeitnehmer zu erfahren, um einschätzen zu können, wie gut er zum Unternehmen passt. Im Gegenzug möchte der Arbeitnehmer nicht allzu viel von sich preisgeben. Welche Fragen anlässlich eines Bewerbungsgesprächs überhaupt zulässig sind und ob ein Bewerber stets wahrheitsgetreu antworten muss, soll nachfolgend aufgezeigt werden.**

Die Verhandlungsparteien stehen während des Bewerbungsverfahrens noch in keinem vertraglichen Verhältnis zueinander. Der Arbeitgeberin ist es grundsätzlich freigestellt, wen und nach welchen Kriterien sie jemanden einstellen möchte. Der Bewerber ist ebenfalls frei, mit wem er einen Vertrag eingeht. Dennoch unterstehen sie schon vor Vertragsabschluss, nämlich ab der ersten Kontaktaufnahme, erhöhten Sorgfalts- und Rücksichtspflichten. Welche Daten nun bei Vorstellungsgesprächen bearbeitet werden dürfen, wird nebst dem Datenschutzgesetz v.a. in Art. 328b des Schweizerischen Obligationenrechts geregelt. Es können namentlich nur Daten erhoben werden, die die **Eignung** des Arbeitnehmers für das Arbeitsverhältnis betreffen. Infolgedessen sind im Rahmen eines Vorstellungsgesprächs nur Fragen zulässig, die in einem unmittelbaren Zusammenhang zum Arbeitsplatz bzw. der auszuführenden Arbeit stehen. Unproblematisch sind folglich Fragen, die *Aus- und Weiterbildung, beruflichen Werdegang, Qualifikationen, Sprachkenntnisse, bestehende Konkurrenzverbote oder das Vorhandensein notwendiger Berufsbewilligungen* (z.B. Führerausweis, medizinisches Staatsexamen, Meisterprüfung, etc.) betreffen. Kritischer sind hingegen Fragen, welche die Privatsphäre des Bewerbers zum Gegenstand haben. Vielfach ist die Zulässigkeit einer Frage auch abhängig von der Art des Unternehmens oder der zukünftigen Stellung des Bewerbers (Führungskraft), weshalb eine sorgfältige Prüfung im Einzelfall erfolgen sollte.

#### Eingeschränktes Fragerecht ⇔ unaufgeforderte Informationspflicht

Die Arbeitgeberin ist grundsätzlich berechtigt, Fragen über frühere oder akute Krankheiten zu stellen, soweit sie die Arbeitstauglichkeit des Bewerbers betreffen, d.h. immer dann, wenn mit grösseren Fehlzeiten gerechnet werden muss. Als unzulässig wird die Frage nach einer HIV-Infektion betrachtet (wohl zulässig: die Frage nach Aids), soweit die Arbeitsstelle nicht zu einem erhöhten Infektionsrisiko für Drittpersonen (z.B. bei Pflegefachleuten oder Ärzten) führt.

Problematisch sind Fragen nach einem Konkubinat, Heiratsabsichten oder der Familienplanung. Arbeitgeberinnen sollten einzig Fragen über administrativ notwendige Tatsachen stellen.

Die Frage nach einer Schwangerschaft ist in der Regel ebenfalls unzulässig. Allerdings bestehen Ausnahmen, sofern die Arbeit von einer Schwangeren gar nicht oder nicht ordnungsgemäss durchgeführt werden kann oder wenn dadurch die Gesundheit des Kindes oder der werdenden Mutter gefährdet würde (z.B. Tänzerin, Modell oder körperlich schwerste Arbeit).

Der Arbeitgeberin ist ferner normalerweise untersagt, Fragen über Militärdienst, Konfessions- oder Parteizugehörigkeit sowie über den ehemaligen **Lohn** zu stellen. Auch die Zugehörigkeit zu einer Gewerkschaft ist in der Regel Angelegenheit des Bewerbers und darf während eines Bewerbungsgesprächs nicht gefragt werden. Ausnahmsweise kann von diesem Verbot jedoch abgewichen werden, wenn es sich bei der Arbeitgeberin um einen sog. «Tendenzbetrieb» handelt, wenn sie mit anderen Worten eine ideelle bzw. eine weltanschaulich ausgerichtete Zielsetzung hat (z.B. Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände, politische Parteien oder Presse). Unbestritten dürfte sein, dass in Unternehmen dieser Art der politischen oder gewerkschaftlichen Gesinnung des Bewerbers eine ganz andere Bedeutung als in einem Handels- und Dienstleistungsbetrieb zukommt.

Was Fragen nach Vorstrafen oder laufenden Strafverfahren betreffen, so sind diese im Regelfall unzulässig, es sei denn, die strafbare Handlung ist eng mit der Tätigkeit verbunden (z.B. ist die Frage nach Verurteilungen wegen Vermögensdelikten bei einem Bankmitarbeiter wohl zulässig, bei einem Gärtner hingegen nicht) oder es muss mit langen Abwesenheiten gerechnet werden.

Als Gegenstück zum eingeschränkten Fragerecht der Arbeitgeberin hat der Arbeitnehmer sie **unaufgefordert** über alle Umstände zu informieren, die ihn zur Erbringung der Arbeitstätigkeit ungeeignet erscheinen lassen. Bei befristeten Arbeitsverhältnissen besteht bspw. die Pflicht zur Information der Arbeitgeberin, sofern der Arbeitnehmer die Tätigkeit während eines erheblichen Teils der Anstellungsdauer nicht ausführen könnte.

### **Folgen bei Fehlverhalten der Parteien**

Wird der Bewerber mit unzulässigen Fragen konfrontiert, so hat er das Recht, die Auskunft zu verweigern, was praktisch in vielen Fällen zu einer Nichtanstellung führen dürfte. Um dies zu verhindern, wird dem Bewerber ein sog. «Notwehrrecht der Lüge» zugestanden, das verhältnismässig zu sein hat. In keinem Fall darf die Lüge zu einem weitgehenden Lügengebäude ausarten. Bei unzulässigen Fragen riskiert die Arbeitgeberin somit, dass der Bewerber nicht wahrheitsgemäss antwortet, ohne negative Folgen befürchten zu müssen.

Demgegenüber bieten in der Praxis die allgemeinen Rechtsbehelfe gemäss Art. 28 ff. des Zivilgesetzbuches dem Bewerber gegen eine Persönlichkeitsverletzung während eines Vorstellungsgesprächs kaum einen ernsthaften Schutz. Theoretisch denkbar wäre bei besonders schwerer Verletzung der Persönlichkeit eine Genugtuung oder ferner eine Entschädigung wegen Diskriminierung aufgrund des Geschlechts (Art. 5 des Gleichstellungsgesetzes). Die Wahrscheinlichkeit, nachträglich eine Entschädigungszahlung leisten zu müssen, dürfte für Arbeitgeberinnen generell aber eher gering sein. Im Gegenzug kann die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis aber nur in sehr schweren Fällen (bspw. falsche Angaben zur Ausbildung) fristlos auflösen oder sich auf die Unverbindlichkeit eines Vertrages berufen, falls der Arbeitnehmer seine Wahrheits- bzw. Informationspflicht verletzt hat. Bemerkt die Arbeitgeberin erst nach Vertragsabschluss die falschen Angaben und waren die Fragen unzulässig, so dürfte eine danach ausgesprochene Kündigung ausserdem missbräuchlich sein.

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass unzulässige Fragen und Lügen des Arbeitnehmers kaum Rechtsfolgen nach sich ziehen dürften. Ein gegenseitig korrekt geführtes Bewerbungsgespräch bildet aber die Grundlage für ein erfolgreiches Arbeitsverhältnis. Stellt die Arbeitgeberin unzulässige Fragen, muss sie mit (folgenlosen) falschen Antworten des Bewerbers rechnen, was das Vertrauensverhältnis nicht gerade fördert. Daher ist zu empfehlen, auf unzulässige Fragen während eines Bewerbungsgesprächs generell zu verzichten.

### **Weitere Informationen und Auskünfte**

Für weitergehende Informationen oder Fragen steht Ihnen unser Rechtsdienst gerne zur Verfügung. Kontaktieren Sie Marco Caprez unter der Nummer 062 837 18 06 oder per E-Mail an [marco.caprez@aihk.ch](mailto:marco.caprez@aihk.ch).