

Rechtsprechung zum öffentlichen Recht von Bund und Kantonen

Vorvertragliche Auskunfts- und Mitteilungspflicht des Arbeitnehmers – oder: Recht zur Notlüge?

Entscheid des Bundesgerichts vom 30. Januar 2006 (BGE 132 II 161)

Den Bewerber für eine Anstellung im öffentlichen Dienst trifft im Rahmen der Vertragsverhandlungen eine Auskunfts- und Mitteilungspflicht gegenüber dem Arbeitgeber; der Umfang dieser Pflicht ist in Lehre und Rechtsprechung im Einzelnen umstritten. Wird diese vorvertragliche Pflicht verletzt, ist der Arbeitgeber berechtigt, den öffentlichrechtlichen Arbeitsvertrag wegen Willensmangel aufzulösen. Der Allgemeine Teil des Obligationenrechts findet somit im Dienstrecht des Bundes analog Anwendung. Im konkreten Fall war zu entscheiden, ob eine Dienstnehmerin im Bewerbungsgespräch verpflichtet gewesen wäre, den künftigen Arbeitgeber darüber aufzuklären, dass gegen sie wegen Mordes an ihrem Freund ermittelt wird.

1. Sachverhalt

X bewarb sich im April 2003 um eine Vollzeitstelle als Sachbearbeiterin/Revisorin für die Behandlung von Rückerstattungsanträgen im Bereich Mineralölsteuer bei der Oberzolldirektion. Am 4. Juni 2003 unterschrieb sie den entsprechenden öffentlichrechtlichen Arbeitsvertrag, der ihren Stellenantritt auf den 1. Juli desselben Jahres vorsah.

Kurze Zeit später wurde die Oberzolldirektion informiert, dass gegen X seit Oktober 2000 ein Strafverfahren im Zusammenhang mit dem Tod ihres Freundes im Gange sei. Am 25. Juni 2003 forderte deshalb die Oberzolldirektion X auf, dazu Stellung zu nehmen und bekundete gleichzeitig die Absicht, das Dienstverhältnis allenfalls rückgängig

machen zu wollen. X bestätigte, dass sie in ein Strafverfahren wegen vorsätzlicher Tötung verwickelt sei und es zu einer Gerichtsverhandlung kommen werde. Sie stand unter Verdacht, ihren damaligen Freund getötet, danach verbrannt und vergraben zu haben. Die Oberzolldirektion teilte am 27. Juni 2003 X mit, dass sie unter diesen Umständen den Arbeitsvertrag vom 4. Juni 2003 widerrufe.

X klagte gegen diesen Widerruf beim Eidgenössischen Finanzdepartement. Dieses entschied am 14. April 2005, dass der umstrittene Arbeitsvertrag ungültig sei, da sich die Oberzolldirektion bei Vertragsabschluss in einem wesentlichen Irrtum über die Eignung und Verfügbarkeit der Bewerberin für die ausge-

schriebene Stelle befunden habe.

Die Eidgenössische Personalrekurskommission wie auch das Bundesgericht wiesen die von X hiergegen eingereichte Beschwerde ab.

2. Erwägungen

a. Gesetzliche Grundlagen

Der Arbeitsvertrag zwischen X und der Oberzolldirektion wurde von den Vorinstanzen wegen Willensmangel gemäss Art. 23 ff. des Schweizerischen Obligationenrechts (OR) als einseitig unverbindlich angesehen und damit zu Recht, so das Bundesgericht, als ungültig erklärt. Die Normen über die Willensmängel beim Vertragsabschluss nach Art. 23 ff. OR sind auf verwaltungsrechtliche Verträge analog anwendbar.



Dr. Michael Merker
Rechtsanwalt

Dies entspricht dem allgemeinen öffentlichrechtlichen Grundsatz und Art. 6 Abs. 2 des Bundespersonalgesetzes (BPG) vom 24. März 2000. Danach gelten für das Arbeitsverhältnis sinngemäss die einschlägigen Bestimmungen des Obligationenrechts, sofern das Bundespersonalgesetz und andere Bundesgesetze nichts Abweichendes bestimmen. Diese Verweisung bezieht sich neben den arbeitsrechtlichen Bestimmungen des OR (Art. 319 ff. OR) auch auf alle anderen Regeln, die sich als ergänzendes öffentliches Recht eignen.

b. Mängel des Vertragsabschlusses

Es ist zu prüfen, ob sich die Anstellungsbehörde aufgrund des Verschweigens der laufen-

den Strafuntersuchung durch X in einem Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) befand oder im Sinne von Art. 28 Abs. 1 OR getäuscht wurde. Ein Grundlagenirrtum liegt vor, wenn sich der Anfechtende über einen bestimmten Sachverhalt geirrt hat, der für ihn nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde.

Das Vorspiegeln falscher Tatsachen wie auch das Verschweigen von Tatsachen kann als täuschendes Verhalten gemäss Art. 28 Abs. 1 OR

angesehen werden; der Getäuschte hätte bei Kenntnis der Wahrheit den Vertrag nicht oder nicht mit dem entsprechenden Inhalt abgeschlossen. Das Verschweigen vorhandener Tatsachen ist jedoch nur insoweit verpönt, als eine Aufklärungspflicht des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber besteht.

c. Vorvertragliche Auskunftspflicht und Mitteilungspflicht

aa. Grundsätze

Schon im Rahmen der Vertragsverhandlungen bzw. des Vorstellungsgesprächs unterliegt der Arbeitnehmer einer

Informationspflicht gegenüber dem Arbeitgeber. Es trifft ihn einerseits eine Auskunftspflicht, d. h. er muss alle Fragen, die in einem unmittelbaren Zusammenhang zum Arbeitsplatz und der zu leistenden Arbeit stehen, wahrheitsgetreu beantworten. Des Weiteren ist er verpflichtet, alles zu offenbaren, was ihn zur Übernahme der zu besetzenden Stelle als (absolut) ungeeignet erscheinen lässt.

Kann er die vertragsgemässe Arbeitsleistung aufgrund bestimmter Umstände wie mangelnde Fähigkeiten (fehlende Ausbildung oder Berufspraxis),

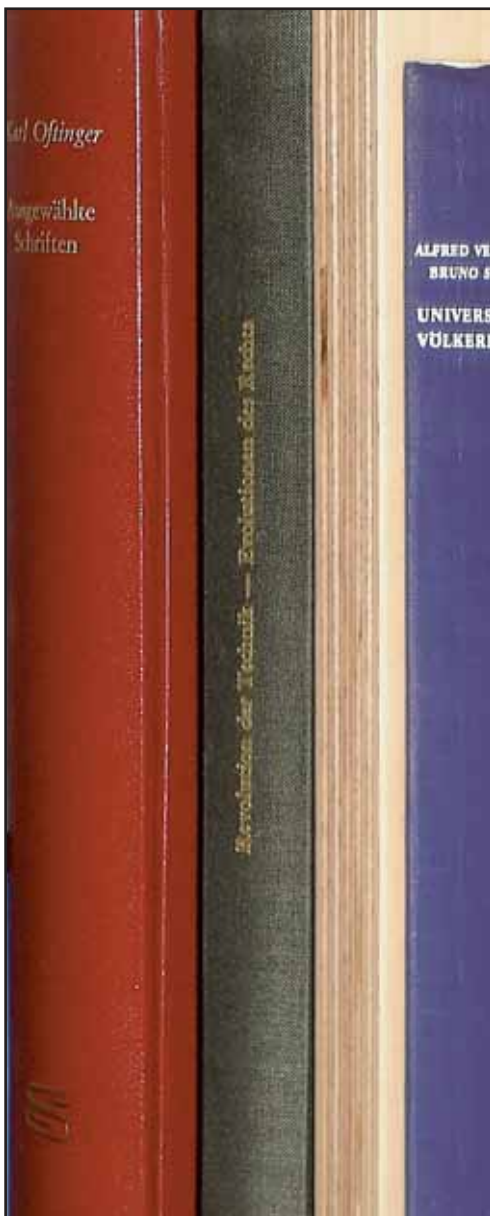
schwere oder ansteckende Krankheiten etc. nicht oder nur erheblich vermindert erbringen, so muss er dies dem Arbeitgeber mitteilen. Der Umfang der Auskunftspflicht und Mitteilungspflicht bezüglich eines hängigen Strafverfahrens ist jedoch in der Lehre umstritten; tendenziell wird diese angenommen bei arbeitsplatzbezogenen Delikten und hinsichtlich Verfahren, bei denen die konkret absehbare Gefahr einer Arbeitsverhinderung oder wesentlich verminderten Arbeitsleistung besteht.

bb. Konkreter Fall

Die Beschwerdeführerin X machte im Verfahren vor Bundesgericht geltend, dass sie absichtlich nicht auf das laufende Strafverfahren gegen sie hingewiesen habe, da es ansonsten, wie in früheren Fällen, nicht zum Vertragsabschluss gekommen wäre. Sie habe das «Notlögerecht» in Anspruch genommen und auf die Frage nach ihrer Beschäftigung von 2000–2002 erklärt, sich weitergebildet und um Pferde gekümmert zu haben.

Soweit ein Notlögerecht überhaupt anerkannt werden kann, geht das Bundesgericht

davon aus, dass X aufgrund der Strafuntersuchung zur Erfüllung der Aufgaben als Sachbearbeiterin/Revisorin bei der Oberzolldirektion nicht geeignet sei und der Arbeitgeber somit nach Treu und Glauben Anspruch auf die entsprechenden Informationen gehabt hätte. Als Grund führt es an, dass in den Medien über das Tötungsdelikt und X oft Bericht erstattet wurde. Die Stelle als Sachbearbeiterin/Revisorin umfasst jedoch die Beratung von Gesuchstellern in Fragen der Steuerrückerstattungen und sieht zahlreiche, weitgehend



selbständig wahrzunehmende telefonische und schriftliche Kontakte mit Kunden vor. Die landesweite Publizität und das hängige Strafverfahren sind geeignet, diese Tätigkeit wesentlich zu erschweren. Zudem berührt die Anstellung der Beschwerdeführerin X wegen den vielen Aussenkontakten das Ansehen und die Glaubwürdigkeit der Oberzolldirektion als staatlicher Kontrollinstanz, zumal X bei Beginn des Strafverfahrens falsche Aussagen gemacht hatte, bevor sie die Verwicklung in den Tod ihres Freundes zugestand. Des Weiteren wäre X auch zur Information verpflichtet gewesen angesichts der Tatsache, dass wegen des hängigen Strafverfahrens und der damit verbundenen Belastungen mit einer deutlichen Beeinträchtigung der Arbeitsleistung in zeitlicher und qualitativer Hinsicht zu rechnen ist.

Gestützt auf diese Gründe sieht das Bundesgericht die Eignung und Verfügbarkeit als Sachbearbeiterin/Revisorin bei der Oberzolldirektion als nicht gegeben an. Da X die Anstellungsbehörde über die wirklichen Verhältnisse getäuscht hat, darf der Arbeitsvertrag von der Arbeitgeberin wegen Willensmangel als einseitig unverbindlich erklärt werden.

3. Bemerkungen

a. *Sinngemässe Anwendung des OR*

Art. 6 Abs. 2 BPG verweist klar auf die einschlägigen Bestimmungen des OR, soweit sich diese für das Arbeitsverhältnis des Bundespersonals eignen und das BPG selbst oder andere Bundesgesetze (z. B. Datenschutzgesetz, Strafgesetzbuch oder Gleich-

stellungsgesetz) nichts Abweichendes regeln. Die privatrechtlichen Bestimmungen werden dadurch zu öffentlichem Recht.

Die Anwendbarkeit des OR erlaubt es dem Bund als öffentlichrechtlicher Arbeitgeber wie auch dem Bundespersonal, die Arbeitsverhältnisse wesentlich flexibler auszugestalten. Zudem nähert sich damit der öffentliche Dienst der Privatwirtschaft im Arbeitsmarkt an und schafft – erwünscht oder nicht – vergleichbare Voraussetzungen.

So können auch öffentlichrechtliche Arbeitsverträge gemäss den obligationenrechtlichen Bestimmungen nichtig sein (Art. 20 OR) oder wie im vorliegenden Fall nachträglich als einseitig unverbindlich erklärt werden. Einseitige Unverbindlichkeit kann von einer Vertragspartei geltend gemacht werden, die sich bei Vertragsabschluss in einem Irrtum befindet (Art. 24 OR), getäuscht (Art. 28 OR) oder übervorteilt (Art. 21 OR) wurde oder wegen Furchterregung den Arbeitsvertrag einging (Art. 30 OR). Der Anfechtende muss jedoch innerhalb eines Jahres seit der Entdeckung des Irrtums oder der Täuschung, bei Furchterregung innerhalb eines Jahres seit deren Beseitigung, dem Vertragspartner eröffnen, dass er den Vertrag nicht halte (Art. 31 OR), ansonsten der Vertrag als genehmigt gilt. Es ist darauf zu achten, dass auch bei Genehmigung eines unverbindlichen Vertrages der Schadenersatzanspruch des benachteiligten Vertragspartners nicht ohne weiteres ausgeschlossen wird. Neben der Anfechtung wegen Willens-

mangel ist alternativ auch die Kündigung des Arbeitsverhältnisses möglich.

b. *Allgemeine Auskunfts- und Mitteilungspflicht des Bewerbers*

Wie die Normen über die Willensmängel bei Vertragsabschluss ist auch die vorvertragliche Auskunfts- und Mitteilungspflicht des Bewerbers gemäss Art. 328b OR auf die öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisse des Bundes anwendbar. Zu beachten bleibt, dass in zahlreichen kantonalen und kommunalen Personalerlassen eine ähnlich explizite Verweisung auf das Obligationenrecht fehlt und jeweils im Einzelfall abzuklären ist, inwieweit die obligationenrechtlichen Bestimmungen auf das konkrete öffentlichrechtliche Dienstverhältnis zur Anwendung gebracht werden können. Bei der Mitteilungs- und Auskunftspflicht gegenüber dem zukünftigen Arbeitgeber handelt es sich um eine Datenbearbeitung des Arbeitgebers im Sinne von Art. 328b OR. Diese Bestimmung kommt auch schon vor Abschluss des Arbeitsvertrages, also während der Bewerbungsphase, zur Anwendung.

Gemäss Art. 328b OR darf der Arbeitgeber nur solche Daten über den Arbeitnehmer bearbeiten, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Der Arbeitgeber wird durch diese Regelung in seinem Frage-recht gegenüber dem Bewerber beschränkt. Der Bewerber hat somit nur Fragen zu beantworten, die mit dem Arbeitsplatz oder der zu leistenden Arbeit in Zusammenhang stehen. Der Persönlichkeitsschutz bildet die Grenze der Auskunftspflicht.



Generell *zulässig* sind unter anderem Fragen bezüglich Ausbildung, Berufsweg, Qualifikationen und Konkurrenzverbot.

Nach einer Schwangerschaft darf nur dann gefragt werden, wenn die zukünftige Arbeit dadurch nicht ausgeführt werden kann (z. B. als Tänzerin oder Mannequin) oder wenn aufgrund des Arbeitsplatzes eine Gesundheitsgefahr für die Schwangere und ihr ungeborenes Kind besteht (M. Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Auflage, Bern 2002, S. 49).

Unzulässig sind hingegen Fragen z. B. nach dem früheren Einkommen, dem Lebenspartner, Behinderungen oder Krankheiten (sofern sie die Arbeitstauglichkeit nicht vermindern/verhindern). Gewerkschafts-, Religions- oder Vereinszugehörigkeit sowie Fragen nach der weltanschaulichen und politischen Einstellung dürfen nur von Unternehmen gestellt werden, die in ihrer Zielsetzung entsprechend ausgerichtet sind (Tendenzbetriebe) (Rehbinder, a.a.O., S. 49).

Bei der Auskunftspflicht ist immer die Stellung des zukünftigen Arbeitnehmers im betreffenden Unternehmen zu beachten. Während bei Führungs- und Vertrauenspositionen auch Datenerhebungen bezüglich Charaktereigenschaften, Freizeitverhalten und privaten Verhältnissen erlaubt sind, ist bei vorwiegend ausführenden Tätigkeiten meistens nur eine Durchleuchtung im beruflichen Bereich (Ausbildung, etc.) gerechtfertigt (U. Streiff/A. von Kaelnel, Arbeitsvertrag, 6. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2006, Art. 328b N 5).

Werden keine Fragen gestellt, trifft den Bewerber nur eine Mitteilungspflicht hinsichtlich solcher Umstände, welche die Arbeitsleistung

absolut verunmöglichen (M. Rehbinder/W. Portmann, in: Basler Kommentar, OR I, Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), 3. Auflage, Basel/Genf/München 2003, Art. 320 N 9).

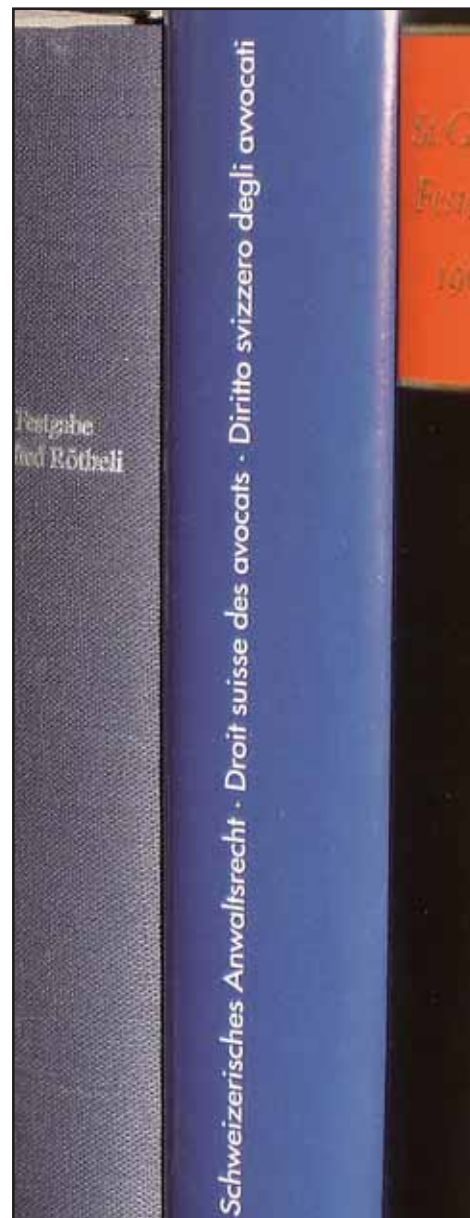
Die herrschende Lehre geht davon aus, dass der Bewerber bei klar unzulässigen Fragen ein «Notwehrrecht der Lüge» zusteht. Er ist somit berechtigt, eine Frage, die nicht mit dem Arbeitsplatz oder der zu leistenden Arbeit in Zusammenhang steht, unrichtig zu beantworten, denn bei blosser Antwortverweigerung müsste er unter Umständen damit rechnen, die Anstellung nicht zu erhalten.

c. Auskunfts- und Mitteilungspflicht bei Straftaten

aa. Vorstrafen

Fragt der Arbeitgeber nach Vorstrafen, muss nur Auskunft erteilt werden, sofern diese im Zentralstrafregister eingetragen sind und einen Arbeitsplatzbezug aufweisen. So darf z. B. der Kassier nach Vermögensdelikten oder ein Chauffeur nach Verkehrsdelikten gefragt werden. Jedoch dürfen selbst einschlägige Delikte verschwiegen werden, sofern diese im Zentralstrafregister nicht mehr verzeichnet sind; etwas anderes gilt hingegen bei Bewerbungen um leitende Stellungen (M. Rehbinder/W.

Portmann, in: Basler Kommentar, OR I, Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), 3. Auflage, Basel/Genf/München 2003, Art. 320 N 6). Es besteht indessen keine Mitteilungspflicht bezüglich Vorstrafen, da diese den Bewerber nicht an der Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten hindern, ausser wenn die betreffende Arbeitsstelle gegenüber der Öffentlichkeit absolute Integrität erfordert (M. Rehbinder, Berner Kommentar, Bern 1985, Art. 320 N 32) oder bei einschlägigen Delikten (Arbeitsgericht Zürich in JAR 1980, S. 275).



b. Laufende Strafverfahren

Nach *laufenden Strafverfahren darf nur gefragt werden, wenn diese voraussichtlich einen Einfluss auf die Arbeitsplatzsicherung und Vertragsdurchführung haben* werden. Dabei sind die Interessen des Arbeitgebers und Arbeitnehmers gegeneinander abzuwägen; die Interessenabwägung hängt von der zu besetzenden Stelle ab (Führungsposition), dem Arbeitsplatzbezug der in Untersuchung stehenden Delikte, dem voraussichtlichen Ausgang des Strafverfahrens und deren Relevanz für die Arbeitsstelle (unbedingte

Freiheitsstrafe, Bewilligungsentzug) (U. Streiff/A. von Kaenel, *Arbeitsvertrag*, 6. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2006, Art. 328b N 9). Andere Autoren hingegen lehnen eine Auskunftspflicht des Bewerbers bezüglich laufender Ermittlungs- und Hauptverfahren ab, da ein Angeschuldigter bis zur Verurteilung rechtlich als unschuldig anzusehen ist (M. Rehbinder, *Berner Kommentar*, Bern 1985, Art. 320 N 36). *Die Unschuldsvermutung basiert auf Art. 6 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und ist für die öffentlichrechtlichen Arbeitgeber verbindlich.*

cc. Konkreter Fall

Das Bundesgericht hat bezüglich der Auskunfts- und Mitteilungspflicht von X über das laufende Strafverfahren sehr restriktiv entschieden, obwohl die Lehrmeinungen in dieser Sache sehr unterschiedlich sind. Einerseits ist fraglich, ob überhaupt eine Mitteilungspflicht von X bestand. X wurde vom Arbeitgeber nicht nach laufenden Strafverfahren gegen sie gefragt, sondern nur nach ihrer Beschäftigung während den Jahren 2000 – 2002, auf die sie, zwar ausweichend, Auskunft

gab. Es kann auch nicht wirklich von einer Untauglichkeit zur Arbeitsleistung ausgegangen werden, die dem Arbeitgeber mitzuteilen gewesen wäre, da im Grundsatz kein Zusammenhang zwischen dem der X vorgeworfenen Delikt (vorsätzliche Tötung) und der Arbeit als Sachbearbeiterin/Revisorin im Bereich Mineralölsteuer besteht. Auch handelt es sich im vorliegenden Fall auch nicht um eine Führungsposition, sondern «nur» um eine Stelle als Sachbearbeiterin / Revisorin. Die vielen Aussenkontakte mit Kunden und die grosse Publizität des Strafverfahrens lassen nicht zwingend auf die fehlende Eignung für die verabredete Arbeitsleistung schliessen, vor allem da auch keine persönlichen, sondern nur telefonische sowie schriftliche Kontakte mit Kunden vorgesehen waren und die Beschwerdeführerin daher nicht unbedingt als die dieses Verbrechens Angeklagte erkannt worden wäre. Die Eignung und Verfügbarkeit von X kann natürlich, wie das Bundesgericht auch angeführt hat, durch die mit dem Strafverfahren verbundenen Belastungen (Besprechungen mit Anwälten, Gerichtsverhandlungen, etc.) wie auch dem Ausgang des Strafverfahrens (z. B. bei einer unbedingten Freiheitsstrafe) beeinträchtigt werden. Ob

diese allgemeinen Argumente schon ausreichen, um eine Mitteilungspflicht von X anzunehmen, muss hier unter Berücksichtigung der Unschuldsvermutung in Frage gestellt werden.

Dr. Michael Merker

