



RheinAhrCampus

Arbeitsrecht, GSL 369

Dozent: Prof. Dr. iur. Haarmeyer

RheinAhr-Campus, Remagen

Abgabefrist: bis zum 19.11.2001

per E-Mail an den Dozenten

Gruppenarbeit Arbeitsrecht

Aufgabe: Bearbeitung des Fall 8 aus: „Arbeitsrecht kompakt: Von der Bewerbung bis zum Kündigungsschutz“ von Rainer Erd, Dieter Kraushaar, Thomas Kreuder (S. 165)

Themen:

- Fragerechte des Arbeitgebers
- Pflicht des Arbeitnehmers zur ärztlichen Untersuchung
- Kündigung und Alternativen

Autoren:

Michael Köhler	Matr.-Nr.
Thomas Maier	Matr.-Nr.
Thomas Stilkerieg	Matr.-Nr.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	S. 3
1 Einleitung	S. 4
2 Fragerecht und Offenbarungspflichten	S. 5-13
2.1 Thematischer Überblick	S. 5
2.1.1 Zulässige Fragen	S. 5
2.1.2 Begrenzt zulässige Fragen	S. 6
2.1.3 Unzulässige Fragen	S. 9
2.1.4 Offenbarungspflichten des Arbeitnehmers	S. 10
2.2 Fallbearbeitung	S. 12
2.2.1 Mitteilen der Krankheit	S. 12
2.2.2 Recht auf wahrheitswidrige Beantwortung	S. 12
3 Anweisung des Arbeitgebers zur ärztlichen Untersuchung	S. 13-14
4 Möglichkeiten der Auflösung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber	S. 14-17
4.1 Auflösung des Arbeitsverhältnisses bei Falschbeantwortung	S. 15
4.1.1 Auflösung des Arbeitsverhältnisses bei Falschbeantwortung einer zulässigen Frage	S. 15
4.1.2 Auflösung des Arbeitsverhältnisses bei Falschbeantwortung einer unzulässigen Frage	S. 16
4.2 Alternativen zur Kündigung	S. 16
5 Schluss	S. 17
Literaturverzeichnis	S. 18
Anhang	S. 19

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts (seit 1954, vorher: Arbeitsrechtliche Praxis)
Art.	Artikel
BAG	Bundesarbeitsgericht
BGB	Bürgerliches Gesetz-Buch
BseuchG	Bundesseuchengesetz
bzw.	beziehungsweise
c.i.c.	culpa in contrahendo
d.h.	das heißt
GG	Grundgesetz
JArbSchG	Jugendarbeitsschutzgesetz
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
MuSchG	Mutterschutzgesetz
Nr.	Nummer
o.ä.	oder ähnlichem
usw.	und so weiter
UVV	Unfallverhütungsvorschriften
Vgl.	Vergleiche
z.B.	zum Beispiel

1 Einleitung

In dieser Arbeit wird folgender Fall aus dem Buch „Arbeitsrecht kompakt: Von der Bewerbung bis zum Kündigungsschutz“ von Rainer Erd, Dieter Kraushaar und Thomas Kreuder behandelt:

„Herr N arbeitet in einem Kleiderfachgeschäft als Verkäufer. Er ist seit 3 Jahren hiv-infiziert. Bei seiner Einstellung vor 1 Jahr hat er dies dem Arbeitgeber verschwiegen. Dieser hat inzwischen über Dritte die Information über die Infektion des Herrn N erhalten. Er stellt ihn zur Rede und will eine klare Auskunft. N antwortet: „Ich bin nicht hiv-infiziert.“ Der Arbeitgeber will einen amtsärztlichen Beweis dieser Behauptung. Dies verweigert N. Er erhält wegen „einer übertragbaren Infektionskrankheit und der damit verbundenen Ansteckungsgefahr für Beschäftigte und Kunden“ und die Verweigerung einer ärztlichen Untersuchung“ eine außerordentliche, hilfsweise ordentliche Kündigung“. Über den Fall hinaus sollen die arbeitsrechtlichen Fragen umfassend geklärt werden, die hierbei die Hauptprobleme darstellen. Konkret sind diese zum einen das Fragerecht des Arbeitgebers und damit einhergehend die Auskunftspflicht, bzw. das Recht zur Lüge des Arbeitnehmers, sowie die Pflicht, einen ärztlichen Beweis liefern zu müssen.

Die Kündigung und deren Wirksamkeit soll dagegen -laut Aufgabenstellung- nur für diesen Fall erörtert werden.

Auf die weibliche Form bei Bezeichnungen wie Arbeitgeber, Arbeitnehmer, usw. wird jeweils der Einfachheit halber verzichtet.

2 Gegenstände von Fragen und Offenbarungspflichten

Das Arbeitsgesetz unterscheidet allgemein zwischen Fragen, die der Arbeitgeber dem Bewerber stellt, und den Offenbarungspflichten des Bewerbers.

Dabei werden die Fragen des Arbeitgebers im Arbeitsrecht in drei Hauptkategorien eingeteilt:

1. Zulässige Fragen
2. Begrenzt zulässige Fragen
3. Unzulässige Fragen

2.1 Einige Beispiele zu den drei Kategorien von Fragen beim Einstellungsgespräch bzw. Personalfragebogen

2.1.1 Zulässige Fragen:

Zulässige Fragen sind solche Fragen, die der Arbeitgeber dem Bewerber uneingeschränkt gestellt werden dürfen. Sie stehen im Zusammenhang mit der anzustrebenden Tätigkeit des Bewerbers und begründen kein Interesse des Arbeitgebers an der Privatsphäre des Arbeitsplatzbewerbers, so dass keine Persönlichkeitsrechte verletzt werden.¹

Dazu zählen unter anderem folgende Fragen:

- Allgemeine Fragen zur Person, wie etwa Name, Wohnort, Geburtsdatum, Staatsangehörigkeit, Krankenkasse usw. , sowie Fragen, die den beruflichen Werdegang des Bewerbers betreffen (wie etwa Ausbildungs- und Weiterbildungszeiten sowie Schulausbildung und Prüfungsnoten. Dies wird aber meist in den Bewerbungszeugnissen sowieso erwähnt.)²

¹ Preis, Ulrich; Arbeitsrecht; Verlag Dr. Otto Schmidt KG; Köln; 1999

² Berscheid, Kunz, Brand; Praxis des Arbeitsrechts; ZAP Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis; Recklinghausen; 2001, S.16

- Fragen nach Wettbewerbsverboten, die gegen den Bewerber vorliegen, falls sie sich auf das einzugehende Arbeitsverhältnis beziehen.³
- Fragen nach bestehenden parallelen Arbeitsverhältnissen
- Fragen nach einer vorliegenden Schwerbehinderung, wobei die Frage nicht auf die auszuübende Tätigkeit in Zusammenhang stehen muss aufgrund der „rechtlichen und wirtschaftlichen Tragweite und der betrieblichen Auswirkungen der Einstellung schwerbehinderter Arbeitnehmer“⁴

Anmerkung: Es wird im Arbeitsrecht zwischen dem Vorliegen einer Schwerbehinderung und einer Behinderung unterschieden. Die Frage nach einer Schwerbehinderung ist stets zulässig, während die Frage nach dem Bestehen einer Behinderung nur dann zulässig ist, falls die Eignung des Bewerbers durch die Behinderung erfahrungsgemäß beeinträchtigt ist.

2.1.2 Begrenzt zulässige Fragen

Begrenzt zulässige Fragen sind nur dann zulässig, falls sie sich im engeren Sinne auf die auszuübende Tätigkeit beziehen. Falls dies nicht der Fall ist, fallen sie in die Kategorie der unzulässigen Fragen.

Einige Beispiele für begrenzt zulässige Fragen:

- Fragen nach dem bisherigen Gehalt des Bewerbers sind nur dann zulässig, wenn sie Rückschlüsse auf seine Qualifikation geben, oder wenn er von sich aus das bisherige Gehalt als Mindestforderung stellt.

Teilweise wird diese Frage in der Literatur allerdings als unzulässig angesehen, da die Kenntnis des Arbeitgebers über das bisherige Gehalt des Bewerbers diesen in eine schlechtere Verhandlungsposition bringen kann.⁵

³ Ebenda, S.20

⁴ Preis, Ulrich; Arbeitsrecht; Verlag Dr. Otto Schmidt KG; Köln; 1999, S.184

⁵ Ebenda, S.185

- Fragen des Arbeitgebers nach bestehenden Lohn- und Gehaltspfändungen, dies gilt allerdings nur für Bewerber auf eine besondere Vertrauensposition. Bei allen anderen Bewerbern ist diese Frage unzulässig.⁶
- Fragen nach einer früheren Stasi-Mitarbeit eines Bewerbers sind dann zulässig, wenn dieser sich auf eine Tätigkeit im öffentlichen Dienst in den neuen Bundesländern oder in Bereichen mit erhöhtem Sicherheitsbedürfnis bewirbt, und die Tätigkeit nicht bereits vor dem Jahr 1970 beendet war.⁷

Entscheidungen über das Fragerecht bei einem privaten Arbeitgeber lagen noch nicht vor, allerdings kann man hier einen Vergleich mit Fragen nach Vorstrafen ziehen (das Verhalten beruht hier auf einer bewussten und vorwerfbaren Entscheidung).

Allerdings gibt es hier nicht das Risiko eines Rückfalls, so dass ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers nicht gegeben ist.

Etwas anderes kann bei Tendenzbetrieben (z.B. gewerkschaftseigenen Unternehmen, Verlagen, Parteien usw.) gelten, da ein Bekanntwerden einer (ehemaligen) Stasi-Mitarbeit eines Arbeitnehmers in der Öffentlichkeit meist Nachteile in der Bevölkerung für den jeweiligen Betrieb mit sich zieht.

- Fragen nach dem Gesundheitszustand des Bewerbers sind nur dann zulässig, wenn sie für den vorgesehenen Arbeitsplatz bzw. die dort zu erbringende Arbeitstätigkeit von Bedeutung sind.
Sie ist auch dann zulässig, wenn mit einer erheblichen, in periodisch wiederkehrenden Abständen oder einer dauerhaften Beeinträchtigung des Bewerbers gerechnet werden muss.

Die Frage nach einer Alkoholerkrankung ist aufgrund der damit verbundenen Beeinträchtigung der Leistung zulässig.

⁶ Ebenda, S.185

⁷ Ebenda, S.186 ff.

Sonderfall:

Die Frage nach AIDS wird in AIDS-Infizierung und AIDS-Erkrankung unterteilt. Die Frage nach der AIDS-Erkrankung, die bereits ausgebrochen ist, ist zulässig, da mit einer dauernden Leistungsminderung bzw. Arbeitsunfähigkeit zu rechnen ist.

Ist die Krankheit noch nicht ausgebrochen, und kann mit einer längerfristigen vollständigen Arbeitsfähigkeit gerechnet werden, so darf die Erkrankung verschwiegen werden.⁸

- Fragen nach Vorstrafen sind dann zulässig, falls diese einschlägig waren und noch nicht aus dem Bundeszentralregister gelöscht sind und in ein polizeiliches Führungszeugnis eingetragen werden.⁹
- Fragen nach laufenden Ermittlungsverfahren sind nur dann zulässig, falls diese einschlägig sind und mit einer Einschränkung der Verfügbarkeit des Arbeitnehmers durch Ermittlungen oder Untersuchungshaft gerechnet werden muss.¹⁰
- Die Zulässigkeit von Fragen zur Mitgliedschaft in Sekten ist noch nicht gerichtlich entschieden worden, allerdings muss hier unterschieden werden, ob der Bewerber sich um eine Führungsposition bewirbt oder nicht. Ist dies der Fall, dann muss die Frage nach der Mitgliedschaft in der Scientology-Sekte deshalb als zulässig erachtet werden, da diese nicht als Konfession gilt, sondern ihre weltlichen und religiösen Lehren nur als Mittel ihrer wirtschaftlichen Ziele benutzt und deshalb dem Unternehmenszweck schaden kann.¹¹

Besteht dagegen bereits ein Arbeitsverhältnis, kann der Aufstieg des Arbeitnehmers auf eine Führungsposition diese Frage ebenfalls rechtfertigen, da hier dieselben Gründe gelten, wie bei einem neuen Bewerber. Die Fernhaltung aus der Scientology-Sekte kann per Vertrag geregelt werden und führt bei Nichtbeachtung zu einer Vertragsstrafe.

⁸ Berscheid, Kunz, Brand; Praxis des Arbeitsrechts; ZAP Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis; Recklinghausen; 2001, S.17

⁹ Preis, Ulrich; Arbeitsrecht; Verlag Dr. Otto Schmidt KG; Köln; 1999, S.185

¹⁰ Berscheid, Kunz, Brand; Praxis des Arbeitsrechts; ZAP Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis; Recklinghausen; 2001, S.19

¹¹ Ebenda, S.20

2.1.3 Unzulässige Fragen

Zu den unzulässigen Fragen zählen alle Fragen, die das Persönlichkeitsrecht oder die Privatsphäre des Bewerbers angreifen und nicht im Zusammenhang stehen mit dem angestrebten Beruf des Bewerbers.

Dazu zählen z.B. folgende Fragen:¹²

- Fragen, nach Familienverhältnissen, Heiratsabsichten usw. (Berühren die Intimsphäre ohne berechtigtes Interesse des Arbeitgebers; außerdem: Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutz der Verfassung nach Art.6 Abs.1 GG)
- Fragen nach der Gewerkschaftszugehörigkeit (Koalitionsfreiheit nach Art.9 Abs.3 GG)
- Fragen nach der Religionszugehörigkeit (Ausnahme: Beschäftigung in einer kirchlichen Institution, bei der eine loyale Einstellung zu der jeweiligen Religion gefordert wird)
- Fragen zur Mitgliedschaft in Parteien (auch hier: Ausnahmen bei Tendenzbetrieben)
- Die Frage nach einer HIV-Infizierung ist grundsätzlich unzulässig, es sei denn, es besteht bei dem angestrebten Arbeitsplatz eine erhöhte Infektionsgefahr für Arbeitskollegen oder Dritte. Dies ist z.B. der Fall bei Tätigkeiten in Heilberufen (bei Blutübertragungen), im Gesundheitsdienst, im Lebensmittelbereich usw.¹³

¹² Vgl. Preis, Ulrich; Arbeitsrecht; Verlag Dr. Otto Schmidt KG; Köln; 1999, S.188 ff.

¹³ Berscheid, Kunz, Brand; Praxis des Arbeitsrechts; ZAP Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis; Recklinghausen; 2001, S.17

- Geschlechtsdiskriminierende Fragen, etwa der Vollendung des Wehr- oder Ersatzdienstes bei Männern oder bei Frauen die Frage nach dem Vorliegen einer Schwangerschaft.

Ausnahmen: ¹⁴

1. die Tätigkeit kann überhaupt nicht ausgeübt werden (Model, Tänzerin usw.)
2. die Tätigkeit darf nicht aufgenommen werden (Gefahr für Mutter oder Kind)
3. die Frage dient dem gesundheitlichen Schutz der Bewerberin und dem ungeborenen Kind

Das Verlangen eines negativen Schwangerschaftstests vom Arbeitgeber ist unzulässig.

2.1.4 Offenbarungspflichten des Arbeitnehmers¹⁵

Grundsätzlich besteht keine Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers dem Arbeitgeber gegenüber, die einem erfolgreichen Vertragsschluss entgegenwirken könnten, d.h. der Arbeitnehmer muss nicht von sich aus auf Umstände hinweisen, die zu seinem Nachteil gewertet werden.

Allerdings gibt es auch hier wieder Ausnahmen, nämlich

- dann, wenn der Arbeitgeber aufgrund seiner Qualifikation völlig ungeeignet für diese Tätigkeit ist und er dies selbst auch erkennt
- dann, wenn bestimmte Umstände die Ausführung der Tätigkeit unmöglich machen oder eine sonstige wichtige Bedeutung für den Arbeitsplatz haben.

Nach §242 BGB (Treu und Glauben) kann der Arbeitgeber unter den oben genannten Voraussetzungen eine freiwillige Auskunft des Bewerbers erwarten.

¹⁴ Vgl. Ebenda, S.19

¹⁵ Vgl. Preis, Ulrich; Arbeitsrecht; Verlag Dr. Otto Schmidt KG; Köln; 1999, S.182 ff.

Die Offenbarungspflichten dürfen jedoch nie über das Fragerecht des Arbeitgebers hinausgehen, und sie enden auch dort, wo eine Frage des Arbeitgebers unzulässig gewesen wäre.

Kommt der Arbeitnehmer in einem solchen Fall seiner Offenbarungspflicht nicht nach, kann der Arbeitgeber nach dem Zustandekommen eines Arbeitsvertrages diesen wegen arglistiger Täuschung nach § 123 Abs.1 BGB anfechten. Macht der Arbeitgeber von diesem Recht Gebrauch, ist die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages die Folge.

Einige Beispiele zu Offenbarungspflichten:

- Es besteht für die angestrebte Tätigkeit ein Wettbewerbsverbot gegen den Bewerber
- Falls der Bewerber aufgrund einer Behinderung nicht in der Lage ist, die Tätigkeit auszuführen, um die er sich bewirbt
- Der Bewerber wird aufgrund einer (bereits zum Zeitpunkt des Einstellungsgespräches bestehenden) Krankheit nicht in der Lage sein, zum Zeitpunkt des Dienstantritts bzw. in absehbarer Zeit die Tätigkeit auszuüben.
- Es besteht eine noch nicht aus dem BZRG getilgte Vorstrafe gegen den Bewerber, und diese steht in Zusammenhang mit der angestrebten Tätigkeit (Z.B. es bewirbt sich jemand als Bankangestellter, der aber bereits eine oder mehrere Vorstrafen wegen Unterschlagung hat.¹⁶

¹⁶ Urteil BAG vom 15.1.1970 AP Nr.7 KschG § 7, (verhaltensbedingte Kündigung)

2.2 Fallbearbeitung

2.2.1 Frage 1: Muss ein HIV-infizierter beim Einstellungsgespräch bzw. der Einstellung seine Krankheit mitteilen?

Mit Hilfe der oben genannten Grundsätze lässt sich nun diese Frage beantworten. Der HIV-infizierte Bewerber hätte bei einer Offenbarung oder bei einer wahrheitsgemäßen Beantwortung der Frage durch den Arbeitgeber, ob er HIV-infiziert sei, einen Nachteil, da vermutlich daraufhin kein Arbeitsvertrag zustande käme.

Bei einer angestrebten Tätigkeit in einem Gewerbe, bei dem Hygiene nicht unbedingt maßgeblich ist, darf der Bewerber auf diese Frage die Unwahrheit sagen, da er ja voll arbeitsfähig ist und mit einer Einschränkung der Leistungsfähigkeit vorerst nicht gerechnet werden muss.

Bewirbt er sich dagegen um einen Beruf, bei dem hygienische Sterilität maßgeblich ist oder das Ansteckungsrisiko bei einer Beschäftigung des Infizierten für Kunden oder Kollegen erhöht ist, wie etwa im Heilbereich (Arzt, Krankenpflege usw.) oder im Lebensmittelbereich (Koch o.ä.), dann muss er seine Krankheit offenbaren oder bei der Frage nach einer bestehenden HIV-Infizierung die Wahrheit sagen.

In Fall Nummer 8 dagegen handelt es sich um den Verkäufer Herrn N, der in einem Kleiderfachgeschäft arbeitet. Hier ist das Risiko einer HIV-Übertragung auf Kollegen oder Kunden im Prinzip gleich null. Seine Tätigkeit kann er auch ohne Einschränkungen weiterhin durchführen und die an ihn gestellten Anforderungen erfüllen. Somit besteht für ihn keine Offenbarungspflicht, und eine Frage des Arbeitgebers beim Einstellungsgespräch dazu wäre ebenfalls unzulässig, so dass Herr N hier seine Krankheit verschweigen durfte.

2.2.2 Frage 2: Hat der Beschäftigte das Recht, dem Arbeitgeber die Frage nach einer vermuteten Krankheit wahrheitswidrig zu beantworten?

Im Prinzip gilt hier das gleiche wie bei einem Einstellungsgespräch, denn das Persönlichkeitsrecht und die damit verbundenen Fragerechte des Arbeitgebers gelten durch den Abschluss eines Arbeitsvertrages weiterhin. So darf der Arbeitgeber nur dann nach einer Krankheit des Arbeitnehmers fragen, wenn diese für die Fortführung des

Arbeitsverhältnisses von Bedeutung ist (beispielsweise das Vorliegen einer Augenkrankheit bei Berufskraftfahrern.

Im vorliegenden Fall ist das Vorliegen der HIV-Infizierung ohne weitere Bedeutung für die weitere Beschäftigung von Herrn N, da er ja trotz seiner HIV-Infizierung bereits ein Jahr lang anscheinend ohne Klagen des Arbeitgebers in diesem Geschäft arbeitete. Also darf der Arbeitnehmer hier auf die Frage des Arbeitgebers, ob er hiv-infiziert sei, lügen.

3 Anweisung zu einer ärztlichen Untersuchung

Da der Arbeitgeber in gegebenem Fall den Herrn N auffordert, einen amtsärztlichen Beweis zu liefern, dass er nicht hiv-infiziert sei, stellt sich die Frage, ob ein Angestellter dieser Aufforderung nachkommen muss.

In der Literatur¹⁷ ist man sich einig darüber, dass ein Arbeitgeber den Beschäftigten grundsätzlich nicht zur Untersuchung zwingen kann. Es bedarf seiner Einwilligung, denn hier wird in das **Persönlichkeitsrecht** des Arbeitnehmers eingegriffen. Dieses besagt:

„Jeder hat das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.“ (GG, Art. 2, Abs. 1)

„Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.“ (GG, Art. 2, Abs. 2)

Die Ausnahmen, wann eine ärztliche Untersuchung angeordnet werden kann, müssen also gesetzlich begründet sein. Aus §242 BGB ist eine Rücksichtspflicht des Arbeitnehmers gegenüber des Arbeitgebers abzuleiten, die aber mit dem Persönlichkeitsrecht abzuwägen ist. Beispielsweise in Berufen, in denen die Ansteckungsgefahr sehr hoch ist und man diese nicht durch angemessene Maßnahmen ausschließen kann, greift die Rücksichtspflicht des Arbeitnehmers, da er sonst die Gesundheit anderer und damit eines deren Grundrechte („körperliche Unversehrtheit“) gefährdet.

¹⁷ Vgl. ebenda, S.192;

Schaub, Günter; Arbeitsrechts-Handbuch; Verlag C.H.Beck; München; 2001

Berscheid, Kunz, Brand; Praxis des Arbeitsrechts, ZAP Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, Recklinghausen; 2001

Spezielle Regelungen gibt es diesbezüglich für Jugendliche. Sie benötigen eine ärztliche Bescheinigung, die nicht älter als 14 Monate sein darf, damit der Arbeitgeber sie nach §32 JArbSchG einstellen darf. Innerhalb eines Jahres muss sogar eine Nachuntersuchung erfolgen. Im Bundesseuchengesetz sind ebenfalls Verordnungen verankert, die ein Gesundheitszeugnis für bestimmte Berufsgruppen erforderlich machen; so müssen z.B. Personen, die im Lebensmittelbereich arbeiten, regelmäßig ein solches vorweisen (§§ 18, 47 BseuchG).

Außerdem gibt es tarifvertragliche Verordnungen, die UVV, die Druckluftverordnung und die Strahlenschutzverordnung, die für einen bestimmten Personenkreis Vorschriften für meist arbeitsplatzbezogene Untersuchungen beinhalten.

Das Ergebnis einer solchen Untersuchung darf der Arzt dem Arbeitgeber auf Grund der ärztlichen Schweigepflicht nur in dem Umfang mitteilen, der unbedingt notwendig ist, um die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers zu bejahen oder verneinen.¹⁸

Der Grundsatz für die Zulässigkeit einer vorgeschriebenen ärztlichen Untersuchung ist ebenso wie beim Fragerecht des Arbeitgebers nach einer Krankheit, „ob die Krankheit die Eignung des Bewerbers für die angestrebte Tätigkeit auf Dauer oder in periodisch wiederkehrenden Abständen erheblich beeinträchtigt oder aufhebt“¹⁹.

Im Fall des Herrn N verlangt der Arbeitgeber, dass er sich einer amtsärztlichen Untersuchung unterzieht, da ein Werksarzt nicht vorhanden ist. Selbst bei einer Einwilligung durch N könnte aber „auch ein frei praktizierender Arzt beauftragt werden“²⁰.

Herr N weigert sich aber, zum Arzt zu gehen, und zwar zu Recht: Er hat in diesem Fall keine besondere Rücksichtspflicht, da im Beruf des Kleiderfachverkäufers eine Ansteckung von HIV unter Berücksichtigung der normalen Sicherheitsvorkehrungen praktisch kaum möglich ist. Auch seine Arbeitsleistung wird durch die Infektion nicht beeinträchtigt.

4 Möglichkeiten der Auflösung des Arbeitsverhältnisses

Nachdem in den vorausgehenden Abschnitten also erläutert wurde, welche Fragen ein Arbeitgeber seinem Mitarbeiter, beziehungsweise Bewerber, stellen darf und inwieweit diese wahrheitsgemäß antworten müssen, gilt es nun noch zu klären ob sich im vorliegenden Fall Konsequenzen für den Angestellten ergeben. Allen voran werden im

¹⁸ Schaub, Günter; Arbeitsrechts-Handbuch, S.175; Verlag C.H.Beck; München; 2001

¹⁹ Preis, Ulrich; Arbeitsrecht, S.191; Verlag Dr. Otto Schmidt; Köln 1999

²⁰ Ebenda, S. 192

Folgenden die Fragen, ob der Arbeitgeber bei Falschbeantwortung das Arbeitsverhältnis auflösen kann und ob die Kündigung im vorliegenden Fall zulässig ist, behandelt.

4.1 Auflösung des Arbeitsverhältnisses bei Falschbeantwortung

Hier muss grundsätzlich unterschieden werden, ob der Arbeitnehmer eine zulässige oder eine unzulässige Frage nicht wahrheitsgemäß beantwortet hat. Im zugrundeliegenden Fall ist die Frage nach der HIV-Infektion des Arbeitnehmers unzulässig. Trotzdem wird im Folgenden auf beide Möglichkeiten eingegangen, um den Sachverhalt vollständig zu erläutern.

4.1.1 Auflösung des Arbeitsverhältnisses bei Falschbeantwortung einer zulässigen Frage

Die Falschbeantwortung einer zulässigen Frage erfüllt den Tatbestand der arglistigen Täuschung. „Unter arglistiger Täuschung versteht man jedes Verhalten des Täuschenden, das bei seinem Vertragspartner einen für die Abgabe einer Willenserklärung ursächlichen Irrtum hervorruft. Dabei muss sich der Täuschende bewusst sein, dass der andere seine Willenserklärung ohne Täuschung nicht oder nicht ‚so‘ abgegeben hätte.“²¹ Diese Täuschung berechtigt den Arbeitgeber grundsätzlich zur Kündigung aus wichtigem Grund, gemäß § 626 Abs. 1 BGB. Jedoch gilt es trotzdem die bestehenden Kündigungsverbote, wie zum Beispiel §15 KSchG oder § 9 MuSchG, zu beachten²².

Alternativ zur Kündigung hat der Arbeitgeber des weiteren die Möglichkeit den Arbeitsvertrag entweder wegen arglistiger Täuschung, nach § 123 Abs. 1 BGB, oder wegen Irrtums über verkehrswesentliche Eigenschaften, nach § 119 Abs. 2 BGB, anzufechten. Im Gegensatz zur Kündigung wirkt die Anfechtung normalerweise „ex tunc“, das heißt sie führt zur Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes von Beginn an. Dies ist bei einem Arbeitsverhältnis allerdings nicht möglich, denn sowohl die „Rückgabe“ bereits geleisteter Arbeit, als auch die Rückzahlung des Lohns (meist schon für den Lebensunterhalt verbraucht), erweisen sich als nicht machbar. Deswegen gilt im

²¹ Wörten, Rainer; Arbeitsrecht S.44; Carl Heymanns Verlag KG ; Köln; 2000

²² Vgl. ebenda, S.192

Arbeitsrecht eine Sonderregelung: Ein Arbeitsvertrag wird bei Anfechtung nicht rückwirkend, sondern erst vom Zeitpunkt der Anfechtung, beendet.²³

4.1.2 Auflösung des Arbeitsverhältnisses bei Falschbeantwortung einer unzulässigen Frage

Beantwortet ein Arbeitnehmer (oder Bewerber) ein unzulässige Frage des Arbeitgebers falsch, so ist dies kein Kündigungsgrund, da der Arbeitnehmer bei unzulässigen Fragen sich auf das ‚Recht zur Lüge‘, nach BAG Urteil vom 15.01.1970 2 AZR 64/69, berufen kann. Der Sachverhalt der arglistigen Täuschung ist damit nicht erfüllt, da die unwahre Antwort auf eine unzulässige Frage gegeben wurde. Im vorliegenden Fall liegt also kein wichtiger Grund, der für eine außerordentliche Kündigung zwingend notwendig ist, vor. Dieses ‚Recht zur Lüge‘ ist vom Arbeitnehmer allerdings mit Vorsicht zu gebrauchen. Wer sich darauf beruft kann zwar aus diesem Grund vom Arbeitgeber nicht belangt werden, jedoch hat dieser immer die Möglichkeit aus einem anderen Grund die Kündigung in Erwägung zu ziehen.²⁴ Und es ist nicht unwahrscheinlich, dass man durch eine solche ‚legale Lüge‘ eher als andere auf der ‚Abschussliste‘ landet.

4.2 Vorliegender Fall: Alternativen zur Kündigung

Wie in 4.1.2 beschrieben ist also eine Kündigung des Herrn N aufgrund seiner Falschbeantwortung nicht möglich. Auch die vom Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung „wegen einer übertragbaren Infektionserkrankung und der damit verbundenen Ansteckungsgefahr für Beschäftigte und Kunden und die Verweigerung einer ärztlichen Untersuchung“²⁵ ist unzulässig. Für eine krankheitsbedingte Kündigung müssen vier Voraussetzungen erfüllt sein:

- Erhebliche Krankheitszeiten, also Fehlzeiten
- Negative Zukunftsprognose
- Erhebliche betriebliche Störungen, zum Beispiel Störung des Arbeitsablaufes
- Einzelfallentscheidung²⁶

²³ Vgl. ebenda, S. 45ff.

²⁴ Vgl. Erd, Rainer, Kraushaar, Dieter, Kreuder, Thomas; Arbeitsrecht kompakt: Von der Bewerbung bis zum Kündigungsschutz, S.17; Fachhochschulverlag; Frankfurt/Main; 2000.

²⁵ Ebenda, S.165

²⁶ Vgl. Ebenda, Seite 92

Da diese im Fall des Herrn N nicht erfüllt sind und zudem keine direkte Ansteckungsgefahr für Kunden und Beschäftigte besteht, ist dieser Kündigungsgrund nicht gegeben. Wie in Abschnitt 3 erläutert, kann der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer keine ärztliche Untersuchung verlangen. Also ist deren Verweigerung auch kein Kündigungsgrund.

Dem Arbeitgeber bleibt jedoch immer die Möglichkeit aus einem anderen, sachlichen Grund und unter Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften der §§ 620 ff. BGB und §§ 1 ff. KSchG zu kündigen. Auf die einzelnen Formen der Kündigung soll hier nicht weiter eingegangen werden.

Eine weitere Alternative wäre eine Änderungskündigung, nach § 2 KSchG, oder eine Versetzung. Herrn N könnte zum Beispiel im Lager oder Einkauf des Kleiderfachgeschäfts beschäftigt werden.

Unwahrscheinlich, aber durchaus möglich, wäre im vorliegenden Fall ein Aufhebungsvertrag zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, der das Arbeitsverhältnis in beiderseitigem Einvernehmen beenden würde.

5 Schluss

Der Arbeitnehmer darf also in diesem Fall nicht wegen der angegebenen Gründen freigesetzt werden. Gerade in einem Betrieb mit einer überschaubaren Anzahl Beschäftigter ist solch eine Situation für beide Parteien oft nicht lange tragbar, so dass der Arbeitgeber doch oft zu seinem Ziel kommen wird, auch wenn ihn dies einiges kosten kann (Abfindung, Ansehen bei den übrigen Mitarbeitern, usw.).

Literaturverzeichnis

Erd, Rainer, Kraushaar, Dieter, Kreuder, Thomas; Arbeitsrecht kompakt: Von der Bewerbung bis zum Kündigungsschutz; Fachhochschulverlag; Frankfurt/Main; 2000;

Schaub, Günter; Arbeitsrechts-Handbuch; Verlag C.H. Beck; München; 2000

Berscheid, Kunz, Brand; Praxis des Arbeitsrechts; ZAP Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis; Recklinghausen; 2001

Preis, Ulrich; Arbeitsrecht; Verlag Dr. Otto Schmidt KG; Köln; 1999

Wörlen, Rainer; Arbeitsrecht, Carl Heymanns Verlag KG; Köln; 2000

Ehrich, Fragerecht des Arbeitgebers, HwB AR 865, 1994

www.hivnet.de/arbeitsrecht; 7.11.2001

Arbeitsgesetze; dtv GmbH&Co. KG; redaktionelle Verantwortung: Verlag C.H. Beck; München; 2001

Anhang

Der Abschluss des Arbeitsvertrags

Was für den Vertragsabschluß gilt allgemein,
ist für den Arbeitsvertrag nicht zu fein.

Das BGB ist anzuwenden

Auch auf den Arbeiter mit rauhen Händen.

Drei Ausnahmen sind jedoch zu merken,
dafür das Gedächtnis ist zu stärken.

Die Abschlussfreiheit wird zunehmend kleiner,
die Grundrechtszone dafür reiner.

Im öffentlichen Dienst soll es nach Eignung und Leistung gehen,
auch wenn wir dieses selten sehen.

Der Beste hat die Konkurrentenklage,
ein Mittel gegen Ämterpatronage.

Auch das Fragerecht ist zunehmend beschränkt,
damit die Persönlichkeit nicht sei gekränkt.

Auf unzulässige Arbeitgeberfragen
braucht man die Wahrheit nicht zu sagen.

Man hat sogar ein Recht zur Lüge,
weil mancher die Wahrheit nicht verträge.

Erhebliches darf der Arbeitgeber erforschen,
die schwachen Stellen und die morschen.

Aber nur was arbeitsplatzrelevant,
wird ihm von rechts wegen bekannt.

Der Datenschutz feiert Triumphe hier
und stoppt zu große Wissbegier.

Indes: vor Übertreibung ist zu warnen,
lasst euch nicht von Modischem umgarnen.

Der alte Schiller hat schon gesagt,
ich wiederhol es unverzagt:

„Drum prüfe, wer sich ewig bindet,
Ob sich das Herz zum Herzen findet.
Der Wahn ist kurz, die Reu ist lang.“
Für die Ehe war dieser Spruch gemacht,
an das Arbeitsverhältnis noch nicht gedacht.
Heute bindet dies aber stärker als die Ehen,
dies müsste jetzt auch Schiller sehen.
Auch hier ist Prüfung angezeigt,
ob man sich werde recht geneigt.

Drum seid mit dem Datenschutz nicht zu eng
und mit dem Fragerecht nicht zu streng.

Die Schwangerschaftsfrage war bisher erlaubt,
die Antwort wurde dann geglaubt.
Nun ruft es aber von vielen Seiten,
das müsse ernstlich man bestreiten.
Denn hier gehe es doch um das Geschlecht,
und dies zu diskriminieren, sei nicht recht.
Andere erkennen dies nicht an,
geht es doch nicht um Frau und Mann,
sondern um schwanger oder nicht,
darauf sei § 611 a [BGB] nicht erpicht.

Wird auf eine zulässige Frage gelogen,
die Karte des § 123 [BGB] ist gezogen.
Ist die Anfechtung danach erlaubt,
schlägt sie die Willenserklärung aufs Haupt.
In der Regel ex nunc ist ihre Wirkung dann,
an eines kann sie nämlich nicht heran.
Soweit die Arbeit ist geschehen,
das Arbeitsverhältnis bleibt bestehen.
Zu Unrecht wird es genannt dann ‚faktisch‘,
denn es besteht im Recht und nicht nur praktisch.

(Wörten, Rainer; Arbeitsrecht, S.139-141; Carl Heymanns Verlag KG; Köln; 2000)

