

Schriftenreihe des Forschungsinstitutes für Arbeit und Arbeitsrecht
an der Hochschule St. Gallen
Band 5

Ronald Pedergnana

HIV-Infektion und AIDS

Arbeitsrechtliche Probleme

Verlag Rüegger

INHALTSÜBERSICHT

A. MEDIZINISCHE GRUNDLAGEN	1-22
I. Allgemeine Bemerkungen zu den medizinischen Grundlagen	1
II. Die medizinischen Grundlagen	3
III. Arbeitsrechtliche Fragen an die Medizin	18
B. HIV-INFEKTION UND ABSCHLUSS DES ARBEITSVERTRAGES	23-84
I. Die Bedeutung der Vertragsverhandlung	23
II. Diskriminierungsverbot bei der Aufforderung zum Eintritt in die Vertragsverhandlung?	34
III. Die Pflichten der Parteien während der Vertragsverhandlung	37
IV. Fragerecht und Informationspflicht zur HIV-Infektion	49
V. Fragerecht und Informationspflicht zu AIDS und seinen Vorstadien	72
VI. Arbeitsärztliche Untersuchung und HIV-Test	77
C. HIV-INFEKTION IM BESTEHENDEN ARBEITSVERHÄLTNIS	85 - 187
I. Übersicht über die Fragestellung	85
II. Gesundheitsschutz im öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzrecht	86
III. Gesundheitsschutz gemäss OR 328	92
IV. Vorbeugung und Fortbildung im Gesundheitsdienst	139
V. Persönlichkeitsschutz im Arbeitsverhältnis	151
VI. Mangelnde oder fehlende Arbeitsleistung aufgrund der HIV-Infektion und AIDS	162
VII. Haftung für HIV- oder AIDS-Folgeschäden am Arbeitsplatz	182

D. BEENDIGUNG DES ARBEITSVERHÄLTNISSES UND AIDS/HIV- INFEKTION.	188-206
I. Grundsätze des neuen Kündigungsrechts.	188
II. HIV-Infektion und Kündigung durch den Arbeitgeber.	190
III. AIDS und Kündigung durch den Arbeitgeber.	200
IV. Gesundheitszustand des Arbeitnehmers Inhalt des Arbeitszeugnisses? . . .	204
LITERATURVERZEICHNIS.	209
Allgemeine Literatur zu AIDS.	209
Literatur über Aids und Arbeitsrecht.	210
Übrige Literatur.	213

A. MEDIZINISCHE GRUNDLAGEN.	1
I. Allgemeine Bemerkungen zu den medizinischen Grundlagen.	1
1. Bedeutung der medizinischen Grundlagen für die Dissertation.	1
2. Jurisprudenz und Medizin.	2
II. Die medizinischen Grundlagen.	3
1. Zur Definition von AIDS und HIV-Infektion.	3
2. Die Übertragung des HIV.	4
3. Die Krankheitsbilder der HIV-Infektion.	5
a. Stadium I.	5
b. Stadium II.	6
c. Stadium III.	6
d. Stadium IV - AIDS.	6
4. Der Krankheitsverlauf der HIV-Infektion.	8
5. Therapie.	10
6. Das Ausmass der AIDS-Epidemie in der Schweiz.	12
7. Der HIV-AK-Test.	13
a. Beschreibung des HIV-AK-Tests.	13
b. Testempfehlungen des BAG.	14
8. Staatliche Prävention.	15
a. Übersicht.	15
b. Neuinfektionen verhindern.	16
c. Verminderung der Auswirkungen der AIDS-Epidemie.	17
d. Solidarität fördern.	18
III. Arbeitsrechtliche Fragen an die Medizin.	18
1. Wann ist der HIV-Infizierte krank?.	18
2. Krankheit im arbeitsrechtlichen Sinn.	20
a. Hinweis aus dem Krankenversicherungsrecht?.	20
b. Krankheit im Arbeitsrecht.	21
3. Wann ist ein HIV-Infizierter krank im arbeitsrechtlichen Sinn?.	22

B. HIV-INFEKTION UND ABSCHLUSS DES ARBEITSVERTRAGES	23
I. Die Bedeutung der Vertragsverhandlung	23
1. Vorgehen	23
2. Rechtliche Bedeutung der Verhandlungsstadien	23
3. Fragestellung HIV-Infektion, AIDS und Aufforderung zur Vertragsverhandlung	24
4. Fragestellung HIV-Infektion, AIDS und Pflichten im Verhandlungsverhältnis	24
5. Die Ausgangslage der Vertragsparteien bei der Verhandlung	25
a. Bedeutung der Ausgangslage	25
b. Die Vertragsfreiheit - Grundlage und Idee	26
c. Tangierte ökonomische und soziale Interessen	27
d. Persönlichkeitsschutz	29
e. Marktbedingtes Machtgefälle zwischen den verhandelnden Parteien	30
f. Kündigungsfristen, Lohnfortzahlung	31
g. Staatliche Prävention und Arbeitsverhältnis	32
h. Volkswirtschaftliche Überlegungen im Zusammenhang mit staatlicher Prävention	33
II. Diskriminierungsverbot bei der Aufforderung zum Eintritt in die Vertragsverhandlung?	34
1. Aufforderung zur Vertragsverhandlung: Bedeutung	34
2. Diskriminierung und Privatautonomie	35
III. Die Pflichten der Parteien während der Vertragsverhandlung	37
1. Dogmatische Begründung der Pflichten	37
a. Fragestellung und Vorgehen	37
b. Die vorverlegte Treuepflicht	37
c. Haftung aufgrund von Verletzung von ZGB 2.	38
d. Die Haftung aus Delikt	39
2. Inhalt der Pflichten	40
3. Der Schutz der Persönlichkeit des Bewerbers und das Informationsinteresse des Arbeitgebers bei der Vertragsverhandlung	41

a. Die abzuwägenden Interessen	41
b. Die Aufklärungspflicht des Bewerbers.	42
aa. Arbeitsrechtliche Literatur.	42
bb. Blick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts.	42
c. Können Fragen widerrechtlich sein?.	43
d. Der Schutzbereich der Persönlichkeit	44
aa. Vorgehen zur Abwägung.	44
bb. Absoluter Schutz der Persönlichkeit des Bewerbers.	44
cc. Das rechtlich geschützte Fragerecht des Arbeitgebers	45
dd. Faktoren zur Abwägung der Interessen.	46
e. Abwehrmöglichkeiten des Bewerbers gegen verletzende Fragen	47
aa. Übersicht über die Abwehrmöglichkeiten des Bewerbers.	47
bb. Notwehrrecht der Lüge?.	47
cc. Einwilligung des Bewerbers in die Persönlichkeitsverletzung	48
IV. Fragerecht und Informationspflicht zur HIV-Infektion.	49
1. Bewerberinteressen im Zusammenhang mit einer HIV-Infektion.	49
a. Schutz der eigenen Intimsphäre.	49
aa. Gehört die HIV-Infektion zur absolut geschützten Intimsphäre?.	49
bb. Arbeitshypothese: Wissen um HIV-Infektion gehört zur Privatsphäre.	50
b. Beschäftigungsinteresse des Bewerbers.	50
aa. Allgemein.	50
bb. Schutz des Bewerbers vor sich selbst?.	51
2. Arbeitgeberinteressen im Zusammenhang mit einer HIV-Infektion des Bewerbers.	51
a. Fragestellung	51
b. Generelles Arbeitgeberinteresse.	52
aa. Definition: Generelles Arbeitgeberinteresse.	52
bb. Interesse, nur gesunde Bewerber einzustellen.	52
cc. Interesse, Personalkosten zu sparen.	52
dd. Interesse an einer langdauernden Vertragsbeziehung	53

ee. Kündigungsschutz: Auflösung des Arbeitsverhältnisses . . .	53
c. Ausbildungskosten des Arbeitgebers	54
d. Autonome Pensionskassen: Legitimes Interesse?	56
aa. Einführung und Übersicht	56
bb. Unterschied BVG und Versicherungsvertrag	57
cc. Bewertung der Arbeitgeberinteressen im Zusammenhang mit der beruflichen Vorsorge	58
e. Kleinbetriebe: Besondere Interessenlage?	59
aa. Die Theorie des "arbeitgeberbestimmten" Arbeits- verhältnisses	59
bb. Die epidemiologische Lage in der Schweiz: Arbeitgeber- risiko	60
f. Arbeit, bei der ein grösseres Übertragungsrisiko besteht	61
aa. Normales Übertragungsrisiko	61
bb. Grössere Übertragungsgefahr in der Krankenpflege?	61
cc. Besondere Gefahr bei Arbeitsstellen mit Verletzungs- risiko?	63
g. Arbeit, die anderweitig fremdes Leben gefährden kann	64
h. Arbeitseinsatz im Ausland	65
aa. Tropentauglichkeit	65
bb. HIV-Test als Voraussetzung für die Einreise- oder Aufenthaltsbewilligung am Arbeitsort	66
3. Abwägung der Interessen zwischen Bewerber und Arbeitgeber	66
a. Generelles Arbeitgeberinteresse und Persönlichkeitsschutz nach ZGB 28.	66
aa. Gewichtung der finanziellen Arbeitgeberinteressen	66
bb. Resultat der Interessenabwägung: Frage nach HIV- Infektion ist widerrechtlich	67
b. Arbeitsplatzspezifische Abwägung	68
4. Keine Aufklärungspflicht des Bewerbers	70
5. Versuch einer Generalisierung	70
V. Fragerecht und Informationspflicht zu AIDS und seinen Vorstadien	72
1. Die Arbeitsfähigkeit des Infizierten in den verschiedenen Stadien der HIV-Infektion	72

2. Bewerberinteressen im Zusammenhang mit den verschiedenen Infektionsstadien	72
3. Arbeitgeberinteressen im Zusammenhang mit AIDS in der Regel überwiegend	73
a. Dauerstellen: überwiegendes Arbeitgeberinteresse	73
b. Aufklärungspflicht des Bewerbers	73
c. Befristete und Aushilfsarbeit	74
4. Arbeitgeberinteressen und LAS/ARC: Versuch einer Grenzziehung	75
5. Folgen falscher Angaben zum Gesundheitszustand	76
VI. Arbeitsärztliche Untersuchung und HIV-Test	77
1. Allgemeines zur arbeitsärztlichen Untersuchung	77
a. Ziel: Feststellung der Arbeitsfähigkeit	77
aa. Schweizerische Lehre	77
bb. Deutsche Lehre	78
b. Zeitpunkt der Untersuchung	79
2. HIV-Antikörpertest in der arbeitsärztlichen Untersuchung	79
a. Fragerecht und HIV-AK-Test	79
aa. Unzulässige Frage - unzulässiger Test	79
bb. Einverständnis des Bewerbers	80
cc. Rechtsmittel des Bewerbers	80
dd. Strafbarkeit arbeitsärztlicher HIV-AK-Tests?	81
b. Pensionskasse und HIV-AK-Test	83
aa. Zulässigkeit der Mindestversicherung des HIV-Positiven	83
bb. Ärztliche Schweigepflicht und Mindestversicherung	84
C. HIV-INFEKTION IM BESTEHENDEN ARBEITSVERHÄLTNIS	85
I. Übersicht über die Fragestellung	85
II. Gesundheitsschutz im öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzrecht	86
1. Zweck und Grundsätze des öffentlich-rechtlichen Gesundheitsschutzes	86
a. Zweck	86
b. Die zentralen Bestimmungen des ArG und des UVG	86

aa. Zentrale Bestimmungen	86
bb. Persönlicher und betrieblicher Geltungsbereich der Bestimmungen des ArG und des UVG.	87
c. Unfallverhütung nach ArG und UVG.	88
aa. Plangenehmigung für industrielle Betriebe.	88
bb. Kompetenzen der SUVA und der kantonalen Arbeitsämter	89
2. Schutz des Nichtinfizierten vor Infektion	90
a. Infektionsgefahr am Arbeitsplatz	90
b. Mögliche Massnahmen zum Schutz vor Infektionen.	90
3. Schutz der Mitarbeiter vor durch Kranke verursachten Arbeitsunfällen	91
4. Schutz des Infizierten vor Erkrankung	91
a. Gestützt auf das Arbeitsgesetz	91
b. Gestützt auf UVG und VUV.	92
III. Gesundheitsschutz gemäss OR 328	92
1. Fragestellung	92
2. Die Pflicht zum Schutz des Arbeitnehmers aus OR 328.	93
a. Natur der Pflicht: Fürsorge?.	93
aa. Vorgehen	93
bb. Der Begriff "Fürsorgepflicht".	93
aaa. Die Fürsorgepflicht	93
bbb. Kritik am Wort "Fürsorgepflicht".	94
cc. Dogmatische Grundlage der Fürsorgepflicht in der Schweizer Lehre - Übersicht	95
aaa. Schweingruber.	95
bbb. Brühwiler.	96
ccc. Vischer.	97
ddd. Staehelin.	98
eee. Rehbinder.	99
fff. Streiff.	100
ggg. Botschaften zu den OR-Revisionen 1971 und 1988.	101
hhh. Nef	102
iii. Geiser.	103

dd. Bedeutung der Fürsorgepflicht im heutigen Recht	104
aaa. Schweizer Lehre	104
bbb. Neuere Lehre in der BRD.	104
ccc. Österreich: Intensive Diskussion um die Fürsorgepflicht	107
ee. Heutige Bedeutung der Fürsorgepflicht in der Schweiz	110
aaa. Vergleich des Inhalts der Fürsorgepflicht in der BRD, in Österreich und in der Schweiz	110
bbb. Fürsorgepflicht als Auslegungsmassstab?	112
ccc. Schutz- und Nebenpflichten statt Fürsorgepflicht	113
ddd. Bestimmung des Umfangs der Schutzpflichten des Arbeitgebers im Zusammenhang mit OR 328	115
b. Vorbeugende Aufklärung im Betrieb: Teil der Schutzpflicht des Arbeitgebers?	115
aa. Ziele vorbeugender AIDS-Aufklärung	115
bb. Beispiele von AIDS-Aufklärung in Unternehmen	117
aaa. Die Aufklärungskampagne der Swissair	117
bbb. Das Volkswagen-Konzept	118
ccc. Betriebsvereinbarung bei der Siemens AG	120
ddd. Information und Hilfe bei der Levi Strauss & CO.	121
eee. Die Position der Deutschen Lufthansa AG	123
cc. Stellungnahmen von Arbeitgeberverbänden zu AIDS	125
aaa. Arbeitgeberverband Schweizerischer Maschinen- und Metall-Industrieller (ASM).	125
bbb. Die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände.	126
ccc. Zentralverband schweizerischer Arbeitgeberorganisationen.	127
dd. Keine Pflicht des Arbeitgebers zu vorbeugender Aufklärung.	128
aaa. Erkenntnisse für die betriebliche Praxis.	128
bbb. Pflicht zu präventiver Aufklärung und Schutzpflichten.	128

ccc. Arbeitgeberargumente gegen eine Aufklärungs-	
pflicht	131
ddd. Präventive Aufklärung keine Pflicht	132
c. Gesundheitsschutz gestützt auf OR 328 II	132
aa. Anwendungsbereich von OR 328 II	132
bb. Schutz des Nichtinfizierten vor Infektion am Arbeits-	
platz	134
aaa. Arbeit ohne besondere Infektionsgefahr	134
bbb. Arbeit im Gesundheitsdienst	135
ccc. Laborarbeit mit infektiösem Material	135
cc. Schutz des Infizierten aufgrund von OR 328 II	136
aaa. Im allgemeinen	136
bbb. Besondere Gefährdungen an ungewöhnlichen	
Arbeitsplätzen	136
d. Aufklärungspflicht des Arbeitnehmers?	137
e. Testpflicht des Arbeitnehmers?	138
IV. Vorbeugung und Fortbildung im Gesundheitsdienst	139
1. Gefahren durch die HIV-Infektion im Gesundheitsdienst	139
a. Definition Gesundheitsdienst	139
b. Besondere Gefahren im Gesundheitsdienst	139
c. Massnahmen zur Verhütung von Infektionen im Gesundheits-	
dienst	140
aa. Zuständigkeit für die Massnahmen zur Verhütung von	
Infektionen	140
bb. Empfehlungen des BAG.	141
cc. Arbeitgeberpflichten	143
aaa. Aufklärung	143
bbb. Weiterbildung	143
d. Vorgehen bei übertragungsrelevanten Verletzungen des Klinik-	
personals.	144
aa. Verletzungen dokumentieren.	144
bb. Patient ist bekannterweise HIV-positiv.	144
cc. HIV-Status des Patienten unbekannt.	146
aaa. Status nicht eruierbar.	146

bbb. Status eruierbar - Patient ist zur Mitwirkung verpflichtet.147
2. Arbeitsfähigkeit von HIV-infiziertem Pflegepersonal.148
3. Arbeitsverweigerung des Personals.150
V. Persönlichkeitsschutz im Arbeitsverhältnis.151
1. Bedeutung des Persönlichkeitsschutzes.151
a. Grundsätzliches zum Persönlichkeitsschutz im Arbeitsverhältnis	151
b. Fragestellung.152
2. HIV-Test am Arbeitsplatz.152
a. Bei Verdacht auf Ansteckung am Arbeitsplatz152
aa. Vorgehen des Helfers.152
bb. Test am Verletzten.153
b. Bei Möglichkeit der Ansteckung Dritter am Arbeitsplatz	153
aa. Ansteckungsmöglichkeit153
bb. Ausschluss des Risikos - Bedeutung des Aufwandes	154
c. Selbst- und Drittgefährdung am Arbeitsplatz, Auslandseinsatz	155
aa. Die Bestimmungen der VUV.155
bb. Drittgefährdung am Arbeitsplatz155
cc. Arbeitseinsatz im Ausland.156
d. Test im Rahmen einer vom Arbeitgeber angeordneten ärztlichen Untersuchung156
e. Anonymer Test als Dienstleistung157
f. Weitere Gründe.158
3. Kenntnis des Arbeitgebers von der HIV-Infektion des Arbeitnehmers	158
a. Wie erfährt der Arbeitgeber von der HIV-Infektion des Arbeitnehmers?158
b. Datenschutz im Umgang mit dem Wissen um die Infektion	159
4. Schutz des Infizierten vor Diskriminierung.160
a. Versetzung des Arbeitnehmers.160
b. Schutz vor Diskriminierung durch Mitarbeiter, Vorgesetzte und Dritte.161

VI. Mangelnde oder fehlende Arbeitsleistung aufgrund der HIV-Infektion und AIDS.	162
1. Übersicht über die Problemstellung.	162
2. Folgen fehlender Arbeitsleistung.	163
a. Der Grundsatz von OR 324a.	163
b. Depression als Krankheit im Sinne von OR 324a.	163
aa. Depression als Krankheit.	163
bb. Problem des Verschuldens.	164
c. AIDS (Stadium IV).	165
aa. Fragestellung.	165
bb. AIDS als selbstverschuldete Krankheit?.	165
aaa. Fragestellung.	165
bbb. Ist die Drogensucht selbstverschuldet?.	166
ccc. Kausalzusammenhang zwischen Drogensucht und Infektion.	167
ddd. Kausalzusammenhang zwischen HIV-Infektion und AIDS.	167
eee. Kausalzusammenhang zwischen Drogensucht und AIDS.	167
fff. Grobes Selbstverschulden?.	168
cc. Dauer der Lohnfortzahlung.	169
dd. Lohnfortzahlung bei teilweiser Arbeitsfähigkeit.	172
aaa. Lehre und Rechtsprechung.	172
bbb. Eigene Stellungnahme.	172
ee. Beschäftigungsanspruch.	175
aaa. Lehrmeinungen.	175
bbb. Eigene Stellungnahme.	177
3. Invalidität, Berufsaufgabe.	178
a. Fragestellung.	178
b. HIV-Infektion und berufliche Eingliederungsmassnahmen.	178
c. AIDS und IV-Rente.	180
aa. Allgemeines.	180
bb. Zum Problem des Selbstverschuldens.	180
aaa. Voraussetzungen für eine Kürzung der IV- Leistungen.	180

bbb. Kausalzusammenhang zwischen der Drogensucht und AIDS.181
ccc. Fälle grober Fahrlässigkeit181
VII. Haftung für HIV- oder AIDS-Folgeschäden am Arbeitsplatz182
1. Ansteckung mit HIV am Arbeitsplatz182
a. Fragestellung.182
b. Infizierung: Unfall oder Berufskrankheit?.182
c. Haftung des Arbeitgebers?.184
d. Haftung des ansteckenden Infizierten?.185
e. Selbstverschulden des Angesteckten?.185
2. Haftung für mögliche Folgeschäden einer HIV-Infektion186
D. BEENDIGUNG DES ARBEITSVERHÄLTNISSES UND AIDS/HIV- INFEKTION.188
I. Grundsätze des neuen Kündigungsrechts.188
1. Problemdarstellung188
2. Schutz des Arbeitnehmers vor missbräuchlicher Kündigung188
a. Die unzulässigen Kündigungsgründe.188
b. Die Folgen einer missbräuchlichen Kündigung189
3. Schutz des Arbeitnehmers vor Kündigung bei Krankheit190
II. HIV-Infektion und Kündigung durch den Arbeitgeber.190
1. Vorbemerkungen.190
2. Kündigung wegen mangelnder Leistung.190
3. Kündigung wegen Drogenmissbrauchs oder Homosexualität192
a. Grundsätzlich missbräuchlich.192
b. Ausnahme: Eigenschaft im Zusammenhang mit dem Arbeitsver- hältnis.193
c. Ausnahme: Wesentliche Störung der Zusammenarbeit im Betrieb.193
4. Kündigung wegen HIV-Infektion.194
a. Grundsätzlich missbräuchlich.194

aa. Kündigungsmotive des Arbeitgebers.194
bb. Kündigung aus Angst oder aus weltanschaulichen Gründen.194
cc. Druckkündigung195
dd. Kündigung wegen befürchteter Krankheitskosten.196
b. Ausnahme: Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis.196
c. Ausnahme: Wesentliche Beeinträchtigung der Zusammenarbeit im Betrieb.197
5. Beweislage und Sanktion.199
a. Normale Beweislage.199
b. Besondere Beweislage bei gewählten Arbeitnehmervertretern	200
III. AIDS und Kündigung durch den Arbeitgeber.	200
1. AIDS als Krankheit im arbeitsrechtlichen Sinn.	200
2. Kündigung AIDS-kranker Arbeitnehmer.	201
a. Zweck des Schutzes vor Kündigungen zur Unzeit	201
b. Berechnung der Sperrfristen bei AIDS.	201
c. Verschuldensfrage.	203
3. Fristlose Entlassung AIDS-kranker Arbeitnehmer.	203
IV. Gesundheitszustand des Arbeitnehmers Inhalt des Arbeitszeugnisses?	204
1. Fragestellung	204
2. Angaben über die Gesundheit des Arbeitnehmers.	204
3. Angaben über die Absenzen des Arbeitnehmers.	205