

Diskriminierung und Diskriminierungsschutz im Arbeitsleben in der Schweiz

Tagung ICJ-CH und ÖJK – St. Gallen 23. Januar
2015



Building Competence. Crossing Borders.

Inhaltsübersicht

- I) Ausgangslage
- II) Diskriminierung im Arbeitsleben: allgemein und z.B. aufgrund des Alters
- III) Diskriminierungsschutz: Völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen
- IV) Arbeitsvertragliche Vertragsfreiheit und ihre (diskriminierungsrechtlichen) Schranken
- V) Signale aus Strassburg
- VI) Zusammenfassende Würdigung

I) Ausgangslage

- Gibt es überhaupt ein Diskriminierungsschutzrecht im Arbeitsverhältnis?
 - GIG – erfasst «nur» Diskriminierungen wegen des Geschlechts
 - BehiG – Private Arbeitsverhältnisse nicht erfasst, nur für den Arbeitgeber Bund
 - Völker- und verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbote – binden direkt «nur» staatliche Arbeitgeber
 - Privatrechtlicher Persönlichkeitsschutz
- Heutige Rechtslage
 - Fragmentarisch
 - Unvollständigkeit
 - Beschränkt wirksam

I) Ausgangslage

- Ziele meines Vortrages:
 - Darstellung und kritische Würdigung der geltenden Regelungen im privaten Arbeitsverhältnis
 - Ortung von rechtsschöpferischem Potential im geltenden Recht, auch durch rechtsvergleichenden Blick auf die EuGH-Fälle zur Gleichstellungsrichtlinie 2000/78/EG und mit Blick auf «Strassburg»
 - Vorab: kurzer Blick auf Diskriminierungsrealitäten

II) Diskriminierung im Lebenszyklus eines Arbeitsverhältnisse

Bewerbung/Anstellungsentscheid

- Stellenausschreibung
- Bewerbungsprozedere
- Selektionskriterien
- Selektionsentscheid
- (Vertragsabschluss)

Dauer des Arbeitsverhältnisses

- Vertragsinhalt, Lohn und übrige Arbeitsbedingungen
- Versicherungsabschlüsse (Risikoausschlüsse für Behinderte + Chronischkranke bei Taggeld+berufl.Vorsorge)
- Im Rahmen des Weisungsrechts
- Bei freiwilligen Leistungen des Arbeitgebers
- Durch Verletzung der Fürsorgepflicht (u.a. sexuelle Belästigung, Mobbing)

Beendigung des Arbeitsverhältnisses

- Kündigung wegen eines Diskriminierungsmerkmals
- Diskriminierung bei Abgangsentschädigung
- Kündigung wegen schlechter Leistung, die auf eine Verletzung der Fürsorgepflicht zurückzuführen ist

II) Im Trend: Ältere Arbeitnehmer/innen entlassen

NZZ.CH

Neue Zürcher Zeitung

NNZ am Sonntag,
23. Juni 2013

Arbeitslosigkeit

Über 50-Jährige finden kaum einen Job

NZZ am Sonntag Gestern



Den Hauptgrund für die Trendwende sehen Experten im globalisierten Arbeitsmarkt. Schweizer Firmen haben heute weniger Hemmungen, ältere Mitarbeiter durch jüngere, oft ausländische, zu ersetzen (NZZ 23. Juni 2013)

Am Arbeitsmarkt gibt es einen neuen Trend: Arbeitskräfte, die älter als 50 Jahre sind, werden häufiger entlassen als früher.

Charlotte Jacquemart

«Chancengleichheit für über 50-Jährige.» Das fordert das Hilfswerk Heks zurzeit auf Plakaten. «Nur jede fünfte Person über 55 Jahre findet überhaupt wieder den Einstieg ins Arbeitsleben», begründet Heks-Kommunikationsleiter Hanspeter Bigler die Aktion.

II) Alter: Grund für die Nichtanstellung

Officemitarbeiter (M) 100 %, Chef de partie 50% [PDF]

...sind erforderlich. Gute mündliche Deutschkenntnisse sind zwingend.
Idealalter 23-35 Jahre. Wir bieten Ihnen einen gut strukturierten Arbeitsplatz von ... unserem Mittag- und Abendservice von Montag bis Freitag mitwirken können. Idealalter 22-30. Es werden nur vollständige Bewerbungen mit Zeugnissen,

• Club zum Rennweg - 13. September 2011

[Gastronomie/Lebensmittel/Tourismus : Küche]

Privatkundenberater/-in

gesucht für unsere Kundin, eine regionale Bank.

Ihre Aufgaben: Führung eines eigenen Kundenportefeuilles, Beratung und Betreuung von Privatkunden in verschiedenen Bereichen wie Anlage, Vorsorge und Hypotheken, Erweiterung und Ausbau des Kundenstamms, Akquirieren von neuen Kunden, Aktives Cross-Selling.

Ihr Profil: Bank-KV, Berufserfahrung in ähnlicher Funktion, entsprechende Weiterbildungen von grossem Vorteil, Freude am täglichen Kundenkontakt, verkaufstalentiert, hoher Dienstleistungsgedanke, belastbar und loyal. Alter: 25-45 Jahre.

IT-Supporter/-in (1st Level & 2nd Level)

Anforderungen

Neben einer abgeschlossenen Berufslehre als Informatiker oder einer gleichwertigen Berufserfahrung in der Informatik bringen Sie folgende Qualifikationen mit.

Mindestalter 26 Jahre

II) Gesetzlich verankerte Ungleichbehandlung (OR/ArG)

| Norm | Form der Ungleichbehandlung | Rechtfertigung /Bemerkungen |
|-------------|--|--|
| OR 324a | Lohnfortzahlung nach Dauer des Arbeitsverhältnisses | Fürsorgepflicht ArG / Nachteil für ältere AN? (Entlassungskandidaten?) |
| OR 329a | 5 Wochen Ferien für AN bis 20ig, 4 Wochen für den Rest | Schutz Jugendlicher / Fehlender Schutz für AN 50ig plus (aber GAV-L) |
| OR 329e | Urlaub für Jugendarbeit für AN bis 30ig | Förderung der Jugendarbeit |
| OR 331e | Altersgrenzen für Vorbezug PK | PK-System, Schutz der Altersleistungen der AN |
| OR 335c | Kündigungsfristen sind abhängig von der Anzahl Dienstjahre | Sicherheit für AN und ArG soll mit längerer Dienstdauer zunehmen |
| OR 336c Ib | Zeitlicher Kündigungsschutz korreliert mit Dienstjahren | Diensttreue soll mit längerem Schutz belohnt werden |
| OR 339b | Abgangsentschädigung für AN ab 50ig (bei 20 Dienstjahre) | Fürsorgepflicht / Diensttreue soll sich lohnen |
| ArG 29/VO 5 | Sonderschutz für jugendl.AN | BV 11 (Kinder + Jugendliche = bes.Schutz |

II) Gesetzlich verankerte Ungleichbehandlung (AHV/BVG/FZG)

| Norm | Form der Ungleichbehandlung | Rechtfertigung /Bemerkungen |
|------------|--|--|
| AHVG 3 | Unterschiedliches Rentenalter Frau/Mann (64ig/65ig) | Diskussion läuft / m.E. Verstoss gegen Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 EMRK (Geschlechtsdiskriminierend) |
| BVG 7 | Altersgrenze 18/25 für Versicherung Invalidität / Alter | Systemlogik (IV, BVG, AHV) |
| BVG 13 | Unterschiedliches Rentenalter analog AHV | Dito AHVG |
| BVG 16 | Altersgutschriften abhängig vom Alter (Grundsatz: je älter desto höher) | Logik des BVG-Systems, Auswirkungen auf Chancen älterer AN umstritten |
| BVG 49 ff. | Unterschiedliches Rentenalter ausserhalb des BVG | m.E. nicht zulässig |

III) Diskriminierungsschutz: Völkerrechtlicher Rahmen

- Schutz vor Diskriminierung: fester Bestandteil des internationalen Menschenrechtsschutzes seit 1945
- Pflicht für die Staaten, für Diskriminierungsschutz (auch) in privaten Arbeitsverhältnissen zu sorgen (Schutzpflichtenkonzeption)
- Diskriminierungsmerkmale (Hierarchie):
 - Weltweiter Konsens bei «Geschlecht» und «Rasse, ethnischer Hintergrund»
 - Breit abgestützt «Religion und Weltanschauung», «Behinderung»
 - Nur punktuell anerkannt «Alter», «sexuelle Orientierung», Genetische Veranlagung
 - Keine Anerkennung als schutzbedürftig: «Faulheit», «Armut», Raucher/in, usw. (auch nicht im nationalen Verfassungs- und Gesetzesrecht)

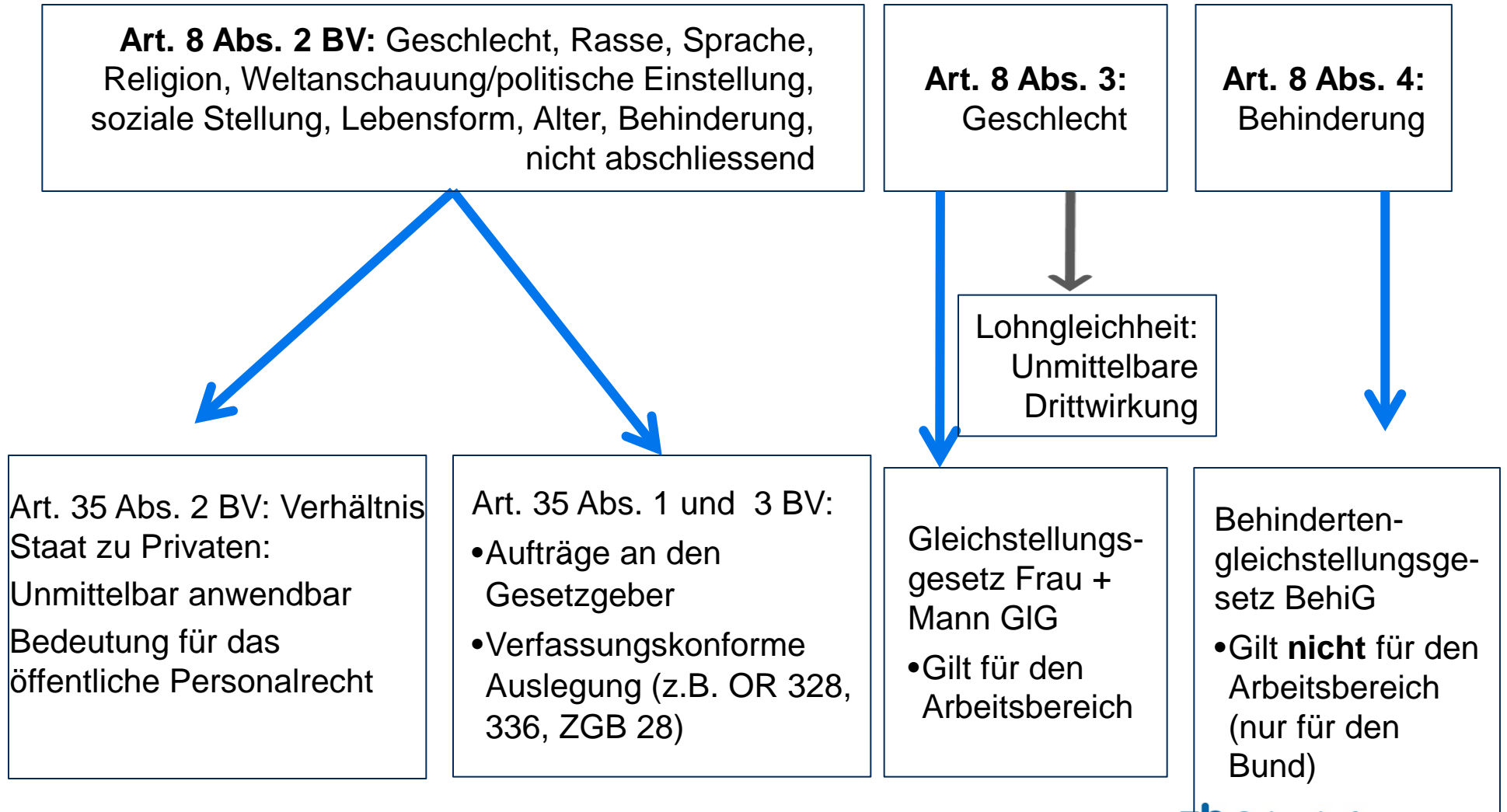
Hintergrund der Diskriminierungsverbote

| Menschenrechtliche Diskriminierungsverbote | Wirtschaftlich motivierte Diskriminierungsverbote |
|---|--|
| Verbotene Unterscheidungsgründe: Persönlichkeitsmerkmale | Verbotener Unterscheidungsgrund: Staatsangehörigkeit einer Vertragspartei |
| Verankerung in UN- und regionalen Menschenrechtsabkommen | Verankerung im Freizügigkeitsabkommen FZA |

Wirtschaftlich und Menschenrechtliche Verbote

- EU-Diskriminierungsverbote:
- Geschlechter (Entgeltgleichheit)
 - 2000er Rahmenrichtlinien (Fokus Arbeit und Beschäftigung)
 - Weitere Diskriminierungsrichtlinien

Verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbote



III) Vertragsfreiheit als Schranke des Diskriminierungsverbotes?

- Vertragsfreiheit = Bestandteil der Privatautonomie
- Hoher Stellenwert in Lehre und Praxis
- Schutz durch die Verfassung (Art. 27 BV, Teilaspekt der Wirtschaftsfreiheit, Bedingung für die Wahrnehmung anderer Grundrechte wie z.B. die Eigentumsfreiheit)
- Schutzbereich: Arbeitsvertragliche Vertragsfreiheit gewährt Arbeitgebern Schutz vor staatlichen Diskriminierungsverboten und Gleichstellungsaufgaben.
- Einschränkungen (BV 36): Gesetz, öffentliches Interesse oder überwiegendes Privatinteresse/Schutz der Grundrechte Dritter, Verhältnismässigkeit, Kerngehalt

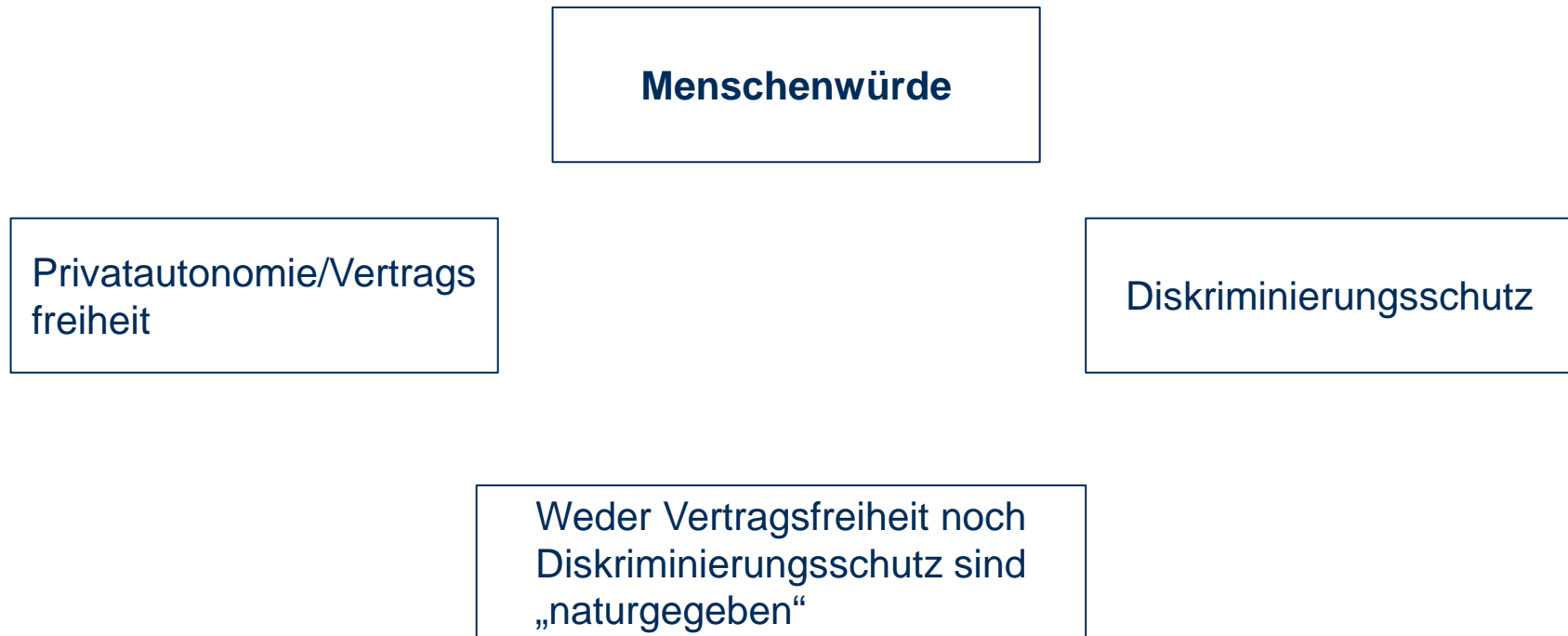
Vertragsfreiheit

BGE 129 III 276, E. 3.1:

Soweit eine vertragliche Regelung vorliegt, ist vom Grundsatz der Vertragsfreiheit als einem der tragenden Pfeiler der privatrechtlichen Grundfreiheiten auszugehen (vgl. KRAMER, Berner Kommentar, N. 20 zu Art. 19 OR). Mit Bezug auf den vereinbarten Vertragsinhalt sind danach beliebige Differenzierungen zwischen den einzelnen Arbeitnehmenden erlaubt. Verhandelt ein Arbeitnehmer schlechter als seine Kollegen, so hat er die sich daraus ergebenden schlechteren Arbeitsbedingungen grundsätzlich hinzunehmen (VON KAENEL, Arbeitsrecht, St. Gallen/Lachen 1999, S. 57; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 20 zu Art. 322 OR, N. 5 zu Art. 322d OR und N. 12 zu Art. 328 OR; JAR 1985 S. 128)

Zwischenbemerkung

Diskriminierungsschutz und Privatautonomie/Vertragsfreiheit:
Gegenspieler oder Partner?



IV) Arbeitsrechtliche Vertragsfreiheit und ihre Schranken

- Private Arbeitsverhältnisse: Grundsatz der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit
 - Abschlussfreiheit
 - Inhaltsfreiheit
 - Kündigungsfreiheit

Schranken:

- Art. 2 ZGB (Verhalten nach Treu und Glauben)
- Art. 27/28 ZGB (Persönlichkeitsschutz als Schranke privatrechtlicher Willkür)
- Art. 19/20 OR (die guten Sitten, die öffentliche Ordnung und das Recht der Persönlichkeit)
- zwingende Inhaltsnormen des Privatrechts als immanente Schranken der Vertragsfreiheit
- Zahlreiche öffentlich-rechtliche Schranken (z.B. Jugendschutz, Ausländerrecht usw.)

Gesetzliche Diskriminierungsverbote

| | Merkm(al)e | Anwendungsbereich |
|----------------------|--|--|
| GIG | Geschlecht | Lebenszyklus Arbeitsverhältnis |
| FZA | EU/EFTA-Wanderarbeitn. | Lebenszyklus Arbeitsverhältnis |
| GUMG | Genetischer Status | Alle Lebensbereiche, Sonderbestimmungen für Arbeit und Versicherung |
| BehiG | Behinderung | Öffentl.Bauten, Bildung, Güter+Dienstl. (Privatr.Arbeit: NEIN) |
| ZGB 2, 27/28 | Diskriminierungsmerkmale nach BV 8 II und völkerrechtliche Diskr.verbote + privatrechtlich anerkannte Merkmale | Ganzer Privatrechtsbereich (keine direkte Drittwirkung mit Ausnahm Art. 8 Abs.3 Satz 3 BV) |
| OR 328/328b ArG 6 | | Während des Arbeitsverhältnisses (OR 328b:auch Bewerbungsphase OR 336: Beendigung) |
| OR 336 | | |

Heutige Rechtslage im privaten Arbeitsverhältnis

| | Anwendbare Normen | Rechtsfolge | Problematik |
|---|---|---|---|
| Bewerbung | ZGB 2, 27/28 in Verbindung mit OR 41 OR 328/328b GlG Art. 4 GUMG Ev. Gesamtarbeitsvertrag | Schadenersatz, Genugtuung Kein Anstellungs- anspruch | Beweislast Kein Anstellungs- anspruch |
| Vertragsab- schluss/Ver- tragsdauer <small>(Vertrag, Weisung, freiwillige Leistungen)</small> | OR 19/20 i.V.m. ZGB 27/28 OR 328/328b Gleichbehandlungsgrundsatz Art. 4 und 27 GUMG GlG Ev. Gesamtarbeitsvertrag | Schadenersatz, Genugtuung | Beweislast Praktikabilität Nachweis des Schadens |
| Beendigung des Vertrages | GlG OR 336 Abs. 1 lit a, c, d und Rechtsprechung (Missbräuchliche Kündigungen) OR 336c (Sperrfristen) | Rechtverletzungs- busse Ev. Schadenersatz Ev. Genugtuung | Rechtfertigungsgründe des Arbeitgebers Kein Bestandesschutz |

Ausgewählte Rechtsprechung

Bundesgerichtsentscheid 4a_102/2008 vom 27. Mai 2008

- **Sachverhalt:** Arbeitgeber kündigt Arbeitnehmer, nachdem dieser als Folge eines Unfalles nicht mehr 100% sondern nur noch 50% arbeiten kann.
- **Rechtsfrage:** Missbräuchlichkeit der Kündigung, ist die Arbeitgeberin verpflichtet, dem betreffenden Arbeitnehmer eine 50% Beschäftigung anzubieten?
- **Entscheid:** Das Bundesgericht schützt den Entscheid der Vorinstanz, diese entschied, die Kündigung sei missbräuchlich i.S. von Art. 336 Abs.1 lit. d OR (ArN machte zu Recht eine Pensenreduktion geltend, die darauffolgende Kündigung ist missbräuchlich).
- **Würdigung:** OR 328 verlangt vom ArG, die Persönlich des AN zu achten und zu schützen, im Ergebnis faktisch gleiche Rechtslage wie im EU-Recht (Verpflichtung zu angemessenen Vorkehrungen, Nachteilsausgleich).

Ausgewählte Rechtsprechung

- BGE 138 III 411
 - Taggeldversicherung folgender Klausel: Kürzung der Taggelder um 50% bei psychischer Krankheit
 - Eine solche Klausel ist ungewöhnlich = gilt nicht
 - Die Ungewöhnlichkeit einer Klausel kann auch bejaht werden, wenn sie eine **Ungleichbehandlung ohne sachlichen Grund vorsieht** (vgl. Urteil 9C_3/2010 vom 31. März 2010 E. 3.1, nicht publ. in: BGE 136 V 127).
- Zürcher Obergericht vom 4. April 2013
 - Entlassung eines HIV-positiven Fussballers nicht rechtmässig (Die HIV-Infektion muss nicht offenbart werden)
 - siehe zum Thema Diskriminierungsschutz bei HIV auch
 - EGMR, I ./.. Griechenland (Entlassung wegen HIV verstösst gegen Art. 8 in Verb. mit Art. 14 EMRK, Verstoss gegen die Schutzpflicht)
 - Bundesarbeitsgericht (D) vom 19.12.2013: HIV-Infektion ist eine Behinderung im Sinne des AGG

V) Signale aus Strassburg

- Historisch:
 - Zweiteilung des Menschenrechtsschutzes (auch) in Europa, EMRK einerseits, Sozialcharta andererseits, EMRK als Bollwerk gegen Sozialismus
 - EMRK: enthält die klassischen Freiheitsrechte, keine Arbeits- und Sozialrechte
- Rechtsprechung des EGMR:
 - EMRK als «living instrument», evolutive Auslegung
 - Integration (gewisser) Sozialrechte durch Auslegung, namentlich Art. 8 EMRK (Privatleben)
 - EMRK auf praktischen Schutz ausgelegt
 - EMRK auferlegt den Staaten umfangreiche Schutzpflichten (= indirekte Geltung der EMRK in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen)

Signale aus Strassburg

- EGMR-Fälle mit «Diskriminierungsschutzpotential»
 - Sidabras + Dziautas ./ Litauen
 - Beschäftigungsverbot für ex-KGB-Agenten
 - Schutz des Privatlebens nach Art. 8 EMRK umfasst auch das Berufsleben und damit das Recht, arbeiten zu dürfen (Integration des Rechts auf Arbeit aus der Sozialcharta in die EMRK)
 - Fernandez Martinez ./ Spanien
 - Auch die Nichtverlängerung eines befristeten Arbeitsvertrag fällt unter Art. 8 EMRK
 - Danilenkov ./ Russland
 - Schutz vor Diskriminierung für Gewerkschafter/innen durch Art. 11 in Verbindung mit Art. 14 EMRK
- Mögliche Konsequenzen für «Schweizerfälle»:
 - Geltendmachung einer Verletzung von Art. 8 in Verb. mit Art. 14 EMRK bei Diskriminierungen (Nichtanstellung, Entlassung)

VI) Zusammenfassende Würdigung

- Es gibt ein Diskriminierungsschutzrecht im Arbeitsverhältnis, die Rechtslage ist
 - fragmentarisch, unvollständig und beschränkt wirksam..., aber:
- Potentiale:
 - Z.B. Art. 328 OR «die Persönlichkeit achten UND schützen» – die Piste für «angemessene Vorkehrungen» zu Gunsten von Arbeitnehmer/innen mit Behinderungen (und chronischen Krankheiten)
 - Z.B. Art. 8 und Art. 8 in Verbindung mit Art. 14 EMRK
 - Und: Regelungen zur Gleichstellung von Arbeitnehmer/innen in GAV's (Rolle der GAV's auch bei der Gleichstellung zwischen den Geschlechtern wichtig)