

Das Behindertengleichstellungsrecht im Arbeitsverhältnis



Building Competence. Crossing Borders.

Kurt Pärli

Inhaltsübersicht

- I) Ausgangslage
- II) Heutige Rechtslage im öffentlichen Dienstrecht
- III) Heutige Rechtslage im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis
- IV) Blick über die Grenze zum Ersten: EU-Richtlinie 2000/78/EG
- V) Blick über die Grenze zum Zweiten: Signale aus Strassburg (Art. 8 und 14 EMRK)
- VI) BehiK – Bedeutung für das Arbeitsrecht
- VII) Zusammenfassende Würdigung

I) Ausgangslage

- Gibt es überhaupt ein Behindertengleichstellungsrecht im Arbeitsverhältnis?
 - BehiG – Private Arbeitsverhältnisse nicht erfasst, nur für den Arbeitgeber Bund
 - Völker- und verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbote wegen einer Behinderung
 - Privatrechtlicher Persönlichkeitsschutz
- Heutige Rechtslage
 - Fragmentarisch
 - Unvollständigkeit
 - Beschränkt wirksam

I) Ausgangslage

- Ziele meines Vortrages:
 - Darstellung und kritische Würdigung der geltenden Regelungen im öffentlichen und 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»
 - Bewertung der heutigen Rechtslage im Lichte der BehiK (Art. 27, aber auch Art. 25).
- Nicht behandelt werden:
 - Fragen des Zugangs zu Gebäuden
- Nur am Rande eingegangen wird auf:
 - Diskriminierungsschutzregelungen in Gesamtarbeitsverträgen
 - Sozialversicherungsrechtliche Fragen

II) Heute Rechtslage im öffentlichen Dienstrecht – Übersicht

- Öffentlich-rechtliche Arbeitgeber
 - Bindung an die Verfassung (Art. 35 Abs. 1 und 2 BV)
 - Unmittelbare Anwendbarkeit der Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 BV und der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote (soweit unmittelbar anwendbar, z.B. EMRK)
 - Allf. weitergehende Diskriminierungsverbote in kantonalen Verfassungen
 - Flankierender Schutz durch Anspruch auf Datenschutz und Persönlichkeitsschutz
- Öffentliches Personalrecht
 - Grosse Zersplitterung auf allen Staatsebenen
 - Diskriminierungsschutz in vielen Personalgesetzen implizit (Fürsorgepflicht, Persönlichkeitsschutz, z.T. Verweise auf OR 328) und in wenigen explizit enthalten
 - Regelung in BehiG für Arbeitgeber Bund
 - Exkurs: Regelungen in Art. 3a – c und 7c IVG

II) Heute Rechtslage im öffentlichen Dienstrecht – Bundespersonal

- Bundespersonalgesetz, Art. 4 Abs. 2
Die Arbeitgeber (...) treffen geeignete Massnahmen:
lit. f. für die Chancengleichheit der Behinderten ...
- Konkretisierung in Art. 8 der Verordnung zum Personalgesetz
(Delegation des Gleichstellungsauftrages an die Departemente)
- Verstärkung der Pflichten durch die Verpflichtungen nach Art. 3 lit. g und Art. 13 BehiG

BehiG: Art. 13 Massnahmen im Personalbereich

¹ Der Bund setzt als Arbeitgeber alles daran, Behinderten gleiche Chancen wie nicht Behinderten anzubieten. Bei allen Arbeitsverhältnissen und auf allen Ebenen, namentlich jedoch bei den Anstellungen, trifft der Bund die zur Umsetzung des Gesetzes erforderlichen Massnahmen.

² Absatz 1 gilt für Arbeitgeber nach Artikel 3 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000¹.

II) Heute Rechtslage im öffentlichen Dienstrecht – Rechtsprechung

Bundesverwaltungsgericht v. 29.4.2008, A6550/2007

- **Sachverhalt:** Arbeitgeber Bund kündigt nach 20ig Dienstjahren einer Raumpflegerin, der ärztlich als Folge eines Geburtsgebrechens ein geringer IQ attestiert wurde. Begründung: Die Person könne den Anforderungen des neuen Raumreinigungskonzepts nicht mehr entsprechen
- **Rechtsfrage:** Bestehen für den ArG „Bund“ gegenüber behinderten Mitarbeiter/innen besondere Schutzpflichten?
- **Entscheid:** Art. 8 Abs. 4 BV beinhaltet einen Gleichstellungsauftrag (Beseitigung von Benachteiligungen), geht weiter als Art. 8 Abs. 2 BV, Art. 2 und 13 BehiG verpflichtet den Arbeitgeber Bund zu erhöhter Fürsorge gegenüber behinderten Mitarbeitenden verpflichtet = höhere Hürde bei verhaltensbedingter Kündigung, Behinderung muss berücksichtigt werden, Kündigung im Ergebnis nicht zulässig.

II) Heute Rechtslage im öffentlichen Dienstrecht – Rechtsprechung

Auszug aus: Bundesverwaltungsgericht v. 29.4.2008, A6550/2007

Erw. 7: Eine Benachteiligung von Behinderten (...) liegt vor, wenn diese rechtlich oder tatsächlich anders als nicht Behinderte behandelt und dabei ohne sachliche Rechtfertigung schlechter gestellt werden, oder wenn eine unterschiedliche Behandlung fehlt, die zur tatsächlichen Gleichstellung Behinderter und nicht Behinderter notwendig ist. Erfasst sind somit insbesondere auch rechtliche oder tatsächliche Schlechterstellungen, die sich aufgrund einer Gleichbehandlung von Behinderten und nicht Behinderten ergeben, obwohl eine sachliche Differenzierung angezeigt wäre (...). Im Fall der Beschwerdeführerin lag jedoch ein tatsächlicher und erheblicher Unterschied im Vergleich zu den nichtbehinderten Mitarbeitenden vor (...). Dieser wesentliche und sachliche Unterschied musste den Zuständigen (...) bekannt sein. Dennoch haben sie das Reinigungskonzept GERE 05 holzschnittartig, d.h. undifferenziert, auf alle Reinigungsmitarbeitenden gleich angewendet. **Die Beschwerdeführerin als Behinderte wurde damit zu Unrecht nach den gleichen strengen Kriterien beurteilt wie ihre nichtbehinderten Kolleginnen und Kollegen. Darin zeigt sich infolgedessen eine tatsächliche Benachteiligung der Beschwerdeführerin nach Art. 2 Abs. 2 BehiG.** Die ausgesprochene Kündigung ist auch unter diesem Aspekt zu beanstanden.

III) Heutige Rechtslage im privaten Arbeitsverhältnis (Völk.+Verf.Recht)

- Bedeutung völker- und verfassungsrechtlicher Bestimmungen (allgemeines)
 - keine direkte Drittwirkung von Art. 8 Abs. 2 BV
 - Gesetzgebungsauftrag nach Art. 8 Abs. 4 (und Abs. 2?)
 - Programmatische Verpflichtungen aus UN-Pakt I und aus ILO-Konvention 111
 - Unmittelbare Anwendbarkeit *und* unmittelbare Drittwirkung von Teilgehalten von Art. 27 BehiK?
 - So oder so: Staat darf nicht nichts tun, siehe BGE 137 I 305 (Zuger Gleichstellungskommission)
 - Indirekte Drittwirkung durch Auslegung offener Rechtsbegriffe wie «Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers» im Lichte der Menschenrechtsabkommen und der Verfassung

III) Heutige Rechtslage im privaten Arbeitsverhältnis – Vertragsfreiheit

- 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.)

III) Heutige Rechtslage im privaten Arbeitsverhältnis – 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)

III) Heutige Rechtslage im privaten Arbeitsverhältnis (Gesetzesrecht)

Gleichstellung von Arbeitnehmer/innen mit Behinderung im Gesetzesrecht

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

III) Heutige Rechtslage im privaten Arbeitsverhältnis – Das GUMG

Bundesgesetz über genetische Untersuchungen am Menschen (GUMG)

- Diskriminierungsverbot:
 - Art. 4 GUMG: „Niemand darf wegen seines Erbgutes diskriminiert werden“
- Bedeutung:
 - Statuierung eines neuen gesetzlichen Diskriminierungsverbotes
 - Umfassender Anwendungsbereich, gilt auch für Arbeits- und Versicherungsverhältnisse
 - Diskriminierung, keine Definition, verkürzt: Verbot der Schlechterstellung durch Anknüpfung an den genetischen Status
 - Hohe Rechtfertigungshürden
 - Rechtsfolgen: Schadenersatz, Genugtuung

III) Heutige Rechtslage im privaten Arbeitsverhältnis – Das GUMG

- Nachforschungs- und Verwertungsverbot (Art. 27 Abs. 1 Bst. a – e GUMG):
 - Versicherungen im Anwendungsbereich des ATSG
 - Obligatorische und überobligatorische berufliche Vorsorge
 - Versicherungen, die Lohnzahlungspflichten des Arbeitgebers bei Krankheit und Mutterschaft betreffen
 - Lebensversicherungen bis 400 000 CHF
 - Freiwillige Versicherung mit Jahresrente bis 40 000 CHF

III) Heutige Rechtslage im privaten Arbeitsverhältnis - 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).

III) Heutige Rechtslage im privaten Arbeitsverhältnis - Rechtsprechung

Weitere (mittelbar) relevante Entscheide:

- 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 vom 19.12.2013: HIV-Infektion ist eine Behinderung im Sinne des AGG

IV) Blick über die Grenze zum Ersten: EU-Richtlinie 2000/78/EG

- Normen zur Gleichstellung für Arbeitnehmer/innen mit Behinderung im EU-Recht im Primärrecht (EUV, AEUV und Grundrechtscharta)
- Umsetzung im Sekundärrecht, Richtlinie 2000/78/EG – Gleichbehandlung bei Arbeit und Beschäftigung, Inhalte:
 - Umfassenden Diskriminierungsverbot von der Anstellung bis zur Kündigung
 - Verpflichtung zu angemessenen Vorkehrungen (Erweiterung des Verbots indirekter Diskriminierung)
 - Keine Diskriminierung wenn:
 - Angemessene Vorkehrungen getroffen sind (soweit möglich + zumutbar) und
 - Arbeitnehmer/in erfüllt wegen einer Behinderung eine wesentliche und entscheidende Anforderung des Berufes nicht
- Behinderungsbegriff in der RI nicht definiert

IV) Blick über die Grenze zum Ersten: EU-Richtlinie 2000/78/EG – EuGH

EuGH C-13/05, Chacon Navas:

- Spanischer Fall über die Zulässigkeit einer Kündigung bei langdauernder Krankheit
- Behinderungsbegriff:
 - Autonome und einheitliche Auslegung
 - Einschränkung insbesondere aufgrund physischer, geistiger oder psychischer Beeinträchtigungen, mit der Wirkung „Hindernis für die Teilhabe am Berufsleben“
 - Differenzierte Betrachtungen in den Schlussanträgen
 - Ergebnis: weites + offenes Verständnis möglich
 - Lange Dauer der Einschränkung als „Nadelöhr“ für eine Subsumtion unter den Behindertenbegriff

IV) Blick über die Grenze zum Ersten: EU-Richtlinie 2000/78/EG – EuGH

EuGH Rs C-303/06, Coleman

– Fall:

- Klägerin hat einen behinderten Sohn, der Arbeitgeber (Rechtsanwaltskanzlei) verweigerte flexible Arbeitszeit und Arbeit von zu Hause aus.

– Rechtslage:

- DDA 1995: ... a person directly discriminates against a disabled person...
- Klägerin ist nicht „disabled“

– EuGH:

- RL 2000/78/EG erfasst auch nicht behinderte Arbeitnehmer, die in Verbindung zu einem Menschen mit Behinderung leben und deswegen benachteiligt werden

IV) Blick über die Grenze zum Ersten: EU-Richtlinie 2000/78/EG – EuGH

EuGH C-335/11 und C-337/11, Ring und Skouboe Werge

- Dänische Regelung sieht verkürzte Kündigungsfristen vor, wenn die Beschäftigten innert 12 Monaten 120 Tage krank waren
- Rechtsfrage: Berufung auf Diskriminierungsschutz wegen einer Behinderung möglich?
- Entscheid des EuGH:
 - Auslegung des Begriffs «Behinderung» in Übereinstimmung mit der UN-BehiK
 - Behinderung = Einschränkung, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist und in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren die Betroffenen an der vollen und wirksamen und gleichberechtigte Teilhabe am Berufsleben hindern
- auch eine Krankheit kann den Behinderungsbegriff erfüllen

I) Blick über die Grenze zum Zweiten: 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)

V) Blick über die Grenze zum Zweiten: Signale aus Strassburg

- EGMR-Fälle mit «Gleichstellungspotential»
 - Glor ./.. die Schweiz:
 - Wehrpflichtersatzabgabepflicht für Diabetiker
 - Verstoss gegen Art. 8 (Privatleben) in Verbindung mit Art. 14 EMRK
 - Heinisch ./.. Deutschland
 - Fristlose Kündigung eines privatrechtlichen Arbeitsvertrages nach Whistleblowing durch ArN
 - Verletzung von Art. 10 EMRK durch Deutschland wegen zu wenig sorgfältiger Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Treuepflicht
 - 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)
 - Mögliche Konsequenzen für «Schweizerfälle»:
 - Geltendmachung einer Verletzung von Art. 8 in Verb. mit Art. 14 EMRK bei Nichtanstellung oder Entlassung wegen einer Behinderung

VI) BehiK – Bedeutung für das Arbeitsrecht

Artikel 25 - Gesundheit

Die Vertragsstaaten anerkennen das Recht von Menschen mit Behinderungen auf das erreichbare Höchstmass an Gesundheit ohne Diskriminierung aufgrund von Behinderung. Die Vertragsstaaten treffen alle geeigneten Maßnahmen, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen Zugang zu geschlechtsspezifischen Gesundheitsdiensten, einschließlich gesundheitlicher Rehabilitation, haben. Insbesondere

a)...

e) verbieten die Vertragsstaaten die Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen in der Krankenversicherung und in der Lebensversicherung, soweit eine solche Versicherung nach innerstaatlichem Recht zulässig ist; solche Versicherungen sind zu fairen und angemessenen Bedingungen anzubieten;

Würdigung der CH-Rechtsslage:

- Zugang zu weitergehender beruflicher Vorsorge (Lebensversicherung) und Krankentaggeldversicherung für Arbeitnehmer/innen mit Behinderung nicht oder nur erschwert möglich
- Lösung wie im GUMG würde der BehiK entsprechen

V) BehiK

Artikel 27 Arbeit

(1) Die Vertragsstaaten anerkennen das gleiche Recht von Menschen mit Behinderungen auf Arbeit; dies beinhaltet das Recht auf die Möglichkeit, den Lebensunterhalt durch Arbeit zu verdienen, die in einem offenen, integrativen und für Menschen mit Behinderungen zugänglichen Arbeitsmarkt und Arbeitsumfeld frei gewählt oder angenommen wird. Die Vertragsstaaten sichern und fördern die Verwirklichung des Rechts auf Arbeit, einschließlich für Menschen, die während der Beschäftigung eine Behinderung erwerben, durch geeignete Schritte, einschliesslich des Erlasses von Rechtsvorschriften, um unter anderem

- a) Diskriminierungsverbot (Gesetzgebungsauftrag, sehr präzise formuliert)
- b) Gleichbehandlungsanspruch (Lohn, gerechte + günstige Arbeitsbedingungen), staatliche Schutzpflichten für die Realisierung dieses Anspruches

(...)

- i) Angemessene Vorkehrungen

Würdigung:

- Geltender Diskriminierungsschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis genügt den Anforderungen der BehiK kaum

VII) Zusammenfassende Würdigung

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