

Diskriminierungsschutz im Erwerbsleben (Arbeitsvertrag)

Im Arbeitsrecht bietet der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz (Artikel 28 ZGB) und die Pflicht zu einem Handeln nach Treu und Glauben in Verbindung mit Artikel 19 Absatz 1 und Artikel 20 OR einen gewissen Schutz vor persönlichkeitsverletzenden diskriminierenden Abschlussverweigerungen. Unklar ist, ob nicht allenfalls auch Artikel 328 OR diesbezüglich eine Vorwirkung zukommt. Diese Frage ist insofern von Bedeutung, als im letzteren Fall die spezialisierten Arbeitsgerichte während im ersten Fall die ordentlichen Zivilgerichte zuständig sind. Offen ist, ob indirekte Diskriminierung zulässig ist oder nicht. Welche Rechtsfolgen an eine Diskriminierung geknüpft werden, ist unklar. Grundsätzlich ist wohl von einer Genugtuungspflicht auszugehen. Allenfalls besteht in Ausnahmefällen die Möglichkeit, dass nur durch eine Kontrahierungspflicht eine entsprechende Beseitigung eingefordert werden kann. Hierbei ist aber nebst den praktischen Hindernissen der im Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit beinhalteten Privatautonomie im Sinne der Abschlussfreiheit besonders Rechnung zu tragen. Prozessual gelten hier die ordentlichen Beweislastregelungen gemäss Artikel 8 ZGB, wobei das Bundesgericht anerkannt hat, dass bei inneren Tatsachen eine Beweislasteileichterung notwendig ist. Bereits im Bewerbungsverfahren ist die datenschutzrechtliche Bestimmung von Artikel 328b von besonderer Bedeutung. Spezifische Durchsetzungsregeln gibt es hierbei nicht. Es besteht in jedem Fall das durch die Praxis hergeleitete und pragmatisch begründete Notwehrrecht der Lüge. Der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz und die Rassendiskriminierungsstrafnorm schützen vor rassistischen Äusserungen. Ähnliche strafrechtliche Bestimmungen bei sexistischen Äusserungen oder bei homophoben oder anderen Diskriminierungsäusserungen bestehen nicht. Da gelangen einzig die Ehverletzungsschutznormen zur Anwendung. Bei Verstössen gegen die Religion gelangt zudem der Straftatbestand...Wobei auch hier der Persönlichkeitsschutz zur Anwendung gelangt und die Strafnorm nur bei Vorliegen der Öffentlichkeit gilt, d.h. bei Fehlen eines Vertrauensverhältnisses. Bei der Festsetzung des Vertragsinhaltes kommt Artikel 19 in Verbindung mit Artikel 20 OR zur Anwendung. Unklar ist zudem die Bedeutung von Artikel 27 ZGB, welche dann von Wichtigkeit ist, wenn es um die Frage der Einwilligung in einen diskriminierenden Vertragsinhalt geht, wobei wohl nur in Ausnahmefällen von einer Einwilligung ausgegangen werden kann, da es sich lediglich um ein Akzeptieren der Diskriminierung handelt. Da stellt sich bei den Rechtsfolgen die Frage, ob allenfalls eine Anpassung über die Regel der modifizierten Teilnichtigkeit vorgenommen werden kann oder dies über die Regel der einseitigen Un-

verbindlichkeit im Sinne von Artikel 21 OR (Übervorteilung) gelöst werden muss. Während des Arbeitsverhältnisses ist insbesondere die Fürsorgepflicht gemäss Artikel 328 OR von Bedeutung. Diese verbietet Diskriminierungen bei z.B. Beförderungen, Gratifikationen, Verteilen der Arbeit etc. Sie verpflichtet jedoch auch den Arbeitgeber vor Diskriminierung zu schützen. Auch hier ist unklar, inwiefern indirekte Diskriminierung erlaubt ist oder nicht. Wie dies konkret ausgestaltet sein muss, ist unklar. Wichtig ist hier auch der Einfluss von Artikel 6 ArG, welcher über Artikel 342 OR in das vertragliche Verhältnis einfließt. Die Einklagbarkeit ist hier nicht geregelt. Artikel 336 Absatz 1 Buchstaben a und b schützt vor missbräuchlicher Kündigung. Es besteht jedoch einzig einen Anspruch auf Wiedergutmachung. Die Kündigung jedoch bleibt gültig. Ein Wahlrecht wie z.B. in Frankreich besteht hier nicht. Hingegen ist auch hier mit bestimmten praktischen Vorbehalten zu rechnen. Im nachvertraglichen Verhältnis gelten insbesondere die Regeln des Datenschutzes.