

BESPRECHUNG VON TRIBUNAL DE PRUD'HOMMES DE L'ARRONDISSEMENT DE LAUSANNE, ARRÊT DU 10 OCTOBRE 2005 (T 304.021563) UND ARBEITSGERICHT ZÜRICH, 2. ABTEILUNG, GESCHÄFT NR. AN 050401/U 1 VOM 13. JANUAR 2006

Anstellungsdiskriminierungen.

Dr. iur. Kurt Pärli, Fachhochschule Nordwestschweiz

**** ARV 2006 Seite 23 ****

I. Urteile

1. Urteil T304.021563 (Lausanne)

a) Aus dem Sachverhalt

Am 3. August 2004 richtete die Klägerin X. eine schriftliche Spontanbewerbung für eine Teilzeittätigkeit im Umfang von 30 Prozent als Nachtwache an die Beklagte Y. AG, die ein privates Alterspflegeheim führt. In ihrem Bewerbungsschreiben gab X. an, sie könne nur die Samstagnachtswache übernehmen. Am 8. August 2004 nahm A., Verwaltungsrätin der Y. AG und Verantwortliche für den Betrieb des Pflegeheims, mit der Klägerin telefonisch Kontakt auf und zeigte sich an der Spontanbewerbung für die Übernahme der Samstagnachtswache interessiert. Am 11. August erschien X. zum vereinbarten Vorstellungsgespräch. Bei ihrer Ankunft im Pflegeheim traf sie beim Empfang zwei Frauen an. Eine der beiden gab sich als A. zu erkennen und bat X., einen Augenblick zu warten. Wenig später rief A. die Klägerin X. in ihr Büro und gab ihr zu verstehen, eine Anstellung als Nachtwache komme wegen ihrer Hautfarbe nicht in Frage. Ein Teil der pflegebedürftigen und teils verwirrten alten Patienten würden Pflegerinnen anderer Hautfarbe nicht akzeptieren und während der Nachtwache würde jeweils nur eine Pflegerin arbeiten, so dass keine Ausweichmöglichkeiten bestünden.

Mit Klage am 22. September 2004 forderte X., es sei festzustellen, die Nichtanstellung aus Gründen der Hautfarbe stelle eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 328 OR und eine Verletzung des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes dar. Weiter forderte X. die Ausrichtung einer Genugtuung von Fr. 10 000.-. Vor Gericht war unbestritten, dass die Y. AG X. wegen ihrer Hautfarbe nicht angestellt hatte. Zu klären galt, ob die von A. namens der Y. AG behaupteten möglichen Schwierigkeiten bei der nächtlichen Betreuung durch eine Pflegerin schwarzer Hautfarbe eine rationale Basis haben, was verneint wurde. Das Gericht sprach der Beklagten eine Genugtuungssumme von Fr. 5000.- aus.

b) Aus den Erwägungen

Die Beklagte Y. AG bestritt die Zuständigkeit des Gerichts, da gar kein Arbeitsvertrag und somit keine arbeitsrechtliche Streitigkeit vorliege. Für das Gericht bedeutet das Fehlen eines Arbeitsvertrages nicht, dass keine rechtliche Beziehung zwischen den potenziellen Vertragspartnern besteht. Die vorliegend von der Klägerin geltend gemachte Bestimmung in Art. 328 OR verpflichtete die Arbeitgeber zum Schutz der Persönlichkeit bereits im Bewerbungsverfahren, namentlich sei jede sexuelle Belästigung unter Ausnützung des Machtverhältnisses im Bewerbungsverfahren zu unterlassen (Favre/Munoz/Tobler, *Le contrat de travail*, Code annoté, Lausanne 2001, n. 1.17 ad art. 328 CO et la jurisprudence citée; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, *Commentaire du contract de travail*, 3e éd., Lausanne 2004, n. 1 ad art. 328 et n. 1 ad art. 320 CO; Wyler, *Droit du travail*, Berne 2002, pp. 228-229). Aus diesen Erwägungen lasse sich ableiten, dass der Arbeitgeber während des Bewerbungsverfahrens die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu respektieren habe. Es wäre unbillig, wenn eine Verletzung dieser Verpflichtung nur deshalb nicht vor Arbeitsgericht eingeklagt werden könnte, weil es an einem Arbeitsvertrag fehle (Erw. A).

Für das Gericht stellt der Ablauf des Geschehens (Spontanbewerbung, telefonische Unterredung, Vereinbarung zu einem persönlichen Gespräch) klar, dass das Ziel der Unterredung am 11. August 2004

darin bestanden habe, eine allfällige Anstellung vorzunehmen (Erw. B/c). Die Nichtanstellung von X.

**** ARV 2006 Seite 24 ****

aufgrund ihrer Hautfarbe stelle eine schwere Verletzung der bereits in der Phase der Stellenbewerbung der Arbeitgeberin obliegenden Pflicht zum Schutz der Persönlichkeit dar und rechtfertige die Ausrichtung einer Genugtuung (Erw. C/b). Der Einwand der Beklagten, einige Patienten würden an Verwirrung leiden und hätten Angst, in der Nacht von einer Schwarzen gepflegt zu werden, konnte nicht genügend substantiiert werden und überzeugte das Gericht nicht (Erw. B/b). Auch mit der Berufung auf die Unmöglichkeit der Erfüllung des Vertrages gegenüber den Pflegeheimbewohner/Innen (Erw. B/e), auf eine Analogie zur Art. 336 OR betreffend gerechtfertigter missbräuchlicher Kündigung (Erw. B/f) und auf die Vertragsfreiheit (Erw. B/g) fand die Beklagte beim Gericht keinen Zuspruch.

Nicht folgen konnte das Gericht der Klage hinsichtlich Verletzung des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes. Das Ziel der Grundrechte bestehe in erster Linie im Schutz des Individuums vor der Staatsmacht. Vorliegend gelte es, eine Beziehung zwischen zwei privaten Personen zu beurteilen. Eine direkte Drittwirkung der Grundrechte bestehe nicht. Die Pflicht dafür zu sorgen, dass die Grundrechte auch unter Privaten wirksam würden (Art. 35 Abs. 3 BV), richte sich an die staatlichen Behörden, sie vermittele keine unmittelbaren Rechte. Eine indirekte Drittwirkung bestehe dahingehend, dass der Zivilrichter Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe grundrechtskonform auszulegen habe (Erw. B/d).

2. Urteil AN050401/U1 (Zürich)

a) Aus dem Sachverhalt

Die Beklagte Y., eine Reinigungsfirma mit breit gefächertem Kundenprofil, meldete im Juni 2004 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) eine offene Teilzeit-Reinigungsstelle mit dem Hinweis, wegen der Kundschaft und dem Firmenprofil wolle man keine "Leute aus dem Balkan". Auf Vorschlag ihrer RAV-Beraterin bewarb sich die Klägerin X., eine Schweizerin mazedonischer Abstammung, bei der Beklagten, was diese im Prozess bestreitet. Unbestritten ist die Meldung des RAV an Y. über das Interesse von X. an der fraglichen Stelle. In einer E-Mail vom 31. August 2004 teilte Y. dem RAV mit: "Wir stellen keine Leute aus dem Balkan ein und meine Firma verträgt solche Leute nicht, wie wir in der ganzen Schweiz auch nicht! (...) Kopftücher, Moslems etc. gehören nicht hier her! (...) Bin Stinksauer, dass Sie nicht lesen können, dass wir keine Kopftücher einstellen (...)." Der Name der Klägerin X. war in der Betreffzeile der E-Mail aufgeführt.

Am 21. Februar 2005 reichte X. Klage gegen Y. ein und forderte aufgrund widerrechtlicher Persönlichkeitsverletzung gestützt auf Art. 28 ZGB und Art. 328 OR i.V.m. Art. 49 OR und aufgrund der Kontrahierungspflicht und deren vermögensrechtlichen Folgen Schadenersatz und Genugtuung in der Höhe von Fr. 5000.-. Die Beklagte verlangte die Abweisung der Klage. Die E-Mail vom 31. August sei nicht an die Klägerin, sondern an das RAV gerichtet gewesen. X. wäre aufgrund ihrer Deutschkenntnisse ohnehin nicht für die Stelle in Frage gekommen. Zudem passe X. nicht in das Firmenprofil (keine Leute aus dem Balkan wegen drohendem Verlust der Kundschaft). Das Gericht hiess die Klage vollumfänglich gut.

b) Aus den Erwägungen

Nach § 13 des Gerichtsverfassungsgesetzes des Kantons Zürich (GVG) entscheidet das Arbeitsgericht Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis. Der Begriff "arbeitsrechtliche Streitigkeiten" sei wegen dem Sozialschutz weit auszulegen (K.Spühler/D.Vock, Gerichtsstandgesetz, N 1 zu Art. 24). Für das Arbeitsgericht genügt der zu prüfende Anspruch aus Vertragsverhandlungen, um seine sachliche Zuständigkeit trotz Fehlen eines Arbeitsvertrages zu bejahen (Erw. 4.2 und 4.3).

In materieller Hinsicht liess das Gericht die Frage offen, ob Art. 328 OR eine Vorwirkung zukomme (Erw. 5.1) und prüfte eine Haftung aus der anerkannten Rechtsfigur der culpa in contrahendo, die besagt, dass für den Schaden einzustehen hat, wer schuldhaft gegen die vorvertragliche Pflicht zu einem Verhalten nach Treu und Glauben verstösst. Ein Stelleninserat oder eine Offerte an eine Personalvermittlungsfirma stelle eine Aufforderung zur Aufnahme von Vertragsverhandlungen dar, weshalb die Vertragsverhandlungen mit der Bewerbung des stellensuchenden Arbeitnehmers beginnen würden (Erw. 5.2/a). Die Beklagte machte hierzu sinngemäss geltend, sie sei mit der Klägerin nicht in Vertragsverhandlungen eingetreten, da sie "keine Leute aus dem Balkan" vermittelt haben wolle (Erw. 5.2/d). Für das Gericht verstösst dieses Vorgehen gegen die

**** ARV 2006 Seite 25 ****

und nichtig. Analog zur Teilnichtigkeit von Verträgen (Art. 20 Abs. 2 OR) erwog das Gericht, ob die Beklagte dem RAV die Stelle ohne die nichtigen Einschränkungen überhaupt gemeldet hätte, was seitens der Beklagten nicht geltend gemacht wurde. Die Aufforderung der Beklagten zu Vertragsverhandlungen galt deshalb für alle arbeitslosen Stellensuchenden und damit galten auch die gegenüber Bewerbern erhöhten Sorgfaltspflichten (Erw. 5.2/e).

Kein Gehör fand die Beklagte Y. beim Gericht mit den geltend gemachten Rechtfertigungsgründen. Insbesondere konnte die Beklagte ihre Weigerung, "Leute aus dem Balkan" anstellen zu wollen, nicht sachlich mit übergeordneten betrieblichen Gründen rechtfertigen. Die Befürchtung alleine, einen Kundenverlust hinnehmen zu müssen, genügte dem Gericht nicht, um eine Anstellung aus Gründen der Religion oder Ethnie des Stellensuchenden zu verweigern, es sei denn, der Arbeitgeber könnte einen erheblichen Kundenverlust nachweisen, womit sachbezogene Gründe für die Nichtanstellung vorliegen würden (Erw. 5.4/b). Die Berufung auf die Vertragsfreiheit überzeugte das Gericht ebenfalls nicht. Bei der Vertragsfreiheit handle es sich um ein Grundprinzip unseres Zivilrechts (Art. 19 Abs. 1 OR) und besage, dass grundsätzlich niemand verpflichtet werden könne, mit jemandem einen Vertrag einzugehen, weshalb der Arbeitgeber grundsätzlich die Anstellung von Personen einer bestimmten Rasse ablehnen könne. Unsere Rechtsordnung würde allerdings anerkennen, dass diskriminierendes Verhalten bei der Anstellung sanktioniert werden könne (...). Bestimmte diskriminierende, vorvertragliche Verhaltensweisen bei der Anstellung könnten nicht durch die Vertragsfreiheit gerechtfertigt werden und ausserdem Anlass für eine Genugtuung geben (Erw. 5.5/b).

Das Gericht qualifizierte die Äusserungen der Beklagten einerseits unter dem Titel widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung durch rassistische, diskriminierende Äusserungen in der E-Mail vom 31. August 2004 und andererseits durch den Ausschluss der Klägerin am weiteren Bewerbungsprozess aufgrund ihrer Herkunft und ihrer Religionszugehörigkeit. Die schwere widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung rechtfertige eine Genugtuung in der Höhe von Fr. 5000.- (Erw. 5.6/k). Die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung einer Genugtuung stehe überdies im Einklang mit der von der Schweiz ratifizierten Rassendiskriminierungskonvention (RDK).

Abgelehnt wurde vom Gericht eine Kontrahierungspflicht bei einem aus rassistischen Motiven verweigerten Vertragsabschluss. Eine Kontrahierungspflicht sei von Bedeutung, wenn eine stellensuchende Person aus ethnisch-kulturellen Gründen im Bewerbungsprozess nicht angestellt werde, ohne dass sie wie vorliegend direkt mit rassistischen Äusserungen konfrontiert werde (Erw. 5.8/a-e). Im Ergebnis könne allerdings eine indirekte Kontrahierungspflicht vorliegen, indem bestimmte vorvertragliche Verhaltensweisen bei der Anstellung zu einer Genugtuung führen können. Wolle man dies vermeiden, müsste man den diskriminierten Kandidaten engagieren. Diese Rechtslage sei gerechtfertigt, da die Vertragsfreiheit kein absolutes Prinzip sei und rassistische Diskriminierungen auf keinen Fall ein legitimes Ziel verfolgen (Erw. 5.8/e).

II. Anmerkungen

1. Ein Meilenstein

a) Zuständigkeit der Arbeitsgerichte für Anstellungsdiskriminierungen

Die beiden Urteile stellen einen bedeutenden Schritt in Richtung eines verbesserten Schutzes vor unsachlichem Ausschluss aufgrund der ethnisch-kulturellen Herkunft beim Zugang zum Arbeitsmarkt dar. Im Sachverhalt unterscheiden sich die beiden Fälle darin, dass in Zürich eindeutig rassistische Äusserungen im Rahmen des Bewerbungsverfahrens und die Nichtanstellung zu prüfen waren, während in Lausanne die Anstellung aufgrund der Hautfarbe nicht erfolgte, ohne dass zusätzlich rassistisches Benehmen zu prüfen war.

Beide Gerichte anerkennen, dass für die Prüfung einer Anstellungsdiskriminierung der Weg an das Arbeitsgericht und damit zu einem einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren im Sinne von Art. 343 OR offen steht. Art. 343 Abs. 3 OR verpflichtet das Gericht bei Streitigkeiten mit einem Streitwert von bis zu Fr. 30 000.- zur Feststellung des Sachverhaltes von Amtes wegen. Damit werden die in der Praxis häufigen Schwierigkeiten, eine Diskriminierung zu beweisen, nicht aus dem Weg geräumt. An der

Beweislastverteilung ändert die Regelung in Art. 343 Abs. 3 OR grundsätzlich nichts. Dennoch stellt die Sachverhaltsermittlung von Amtes wegen für Diskriminierungsopfer einen nicht zu unterschätzenden Vorteil im Vergleich zu einem "normalen" Zivilprozess dar.

**** ARV 2006 Seite 26 ****

b) Rechtsschutz

Nach dem Lausanner-Urteil verstösst eine Nichtanstellung unter Bezugnahme auf das Kriterium der Hautfarbe gegen den Persönlichkeitsschutz nach Art. 328 OR, dem eine Vorwirkung auf das Bewerbungsverfahren zuerkannt wird. Das Arbeitsgericht Zürich lässt die Frage der Vorwirkung offen, wendet jedoch die anerkannte Figur der culpa in contrahendo auf das Bewerbungsverfahren an. Beide Wege führten insofern zum Ziel, als den Klägerinnen ein Anspruch auf Genugtuung zugesprochen wurde.

Mit juristischer Kreativität löst das Arbeitsgericht den Einwand der Beklagten, das Stellenangebot ans RAV habe für Leute aus dem Balkan gar nicht gegolten, und es habe folglich gar kein Bewerbungsverfahren bestanden. Der rassistisch motivierte Ausschluss von Personen aus dem Bewerbungsverfahren bildet jedoch einen widerrechtlichen Teil der Offerte. Mit der Figur der Teilnichtigkeit der Offerte wurde die Bewerberin gleichsam wieder ins Bewerbungsverfahren eingeschlossen. Erwähnung verdient in diesem Zusammenhang das Rundschreiben des seco vom 26. Januar 2005 an alle kantonalen Arbeitsämter, wonach Arbeitgeberwünsche nach dem Ausschluss von bestimmten Nationen, Ethnien, Religionsgruppen oder Rassen gegen die Rassendiskriminierungskonvention verstossen würden. Der Eintrag solcher Arbeitgeberwünsche in das Informationssystem des RAV sei nicht zulässig.

2. Offene Fragen

a) Rechtfertigungsgründe

Eine Persönlichkeitsverletzung ist nur dann widerrechtlich, wenn keine Rechtfertigungsgründe vorliegen. Aus beiden Urteilen geht nicht klar hervor, ob die Nichtanstellung unter Bezugnahme auf ein sensibles Kriterium wie Rasse, Hautfarbe, Religion oder Ethnie überhaupt rechtfertigungsfähig ist. Das Arbeitsgericht Lausanne prüfte den geltend gemachten Rechtfertigungsgrund "Angst der Patienten vor einer schwarzen Nachtwache", verneinte jedoch, dass der Grund gegeben war. Wie wäre die Entscheidung ausgefallen, wenn der Beklagten der Nachweis gelungen wäre? Auch im Urteil des Arbeitsgerichts Zürich finden sich Stellen, die zulässige Rechtfertigungen offen lassen. In Erw. 5.4 b hält das Gericht vorerst fest, die Befürchtung allein, einen Kundenverlust hinzunehmen, genüge nicht, um eine Anstellung aus Gründen der Religion oder Ethnie des Stellensuchenden zu verweigern, "es sei denn, der Arbeitgeber könnte einen erheblichen Kundenverlust nachweisen, womit sachbezogene Gründe für die Nichtanstellung vorliegen würden".

Das europäische Gemeinschaftsrecht lässt in Richtlinie EG 2000/43 zur Gleichbehandlung aufgrund der Rasse und der ethnischen Herkunft Rechtfertigungsgründe zu. Art. 4 EG 2000/43 erlaubt den Mitgliedstaaten vorzusehen, dass Ungleichbehandlungen keine Diskriminierungen darstellen, wenn das Merkmal Rasse oder ethnische Herkunft "aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Rahmenbedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung darstellt, und sofern es sich um einen rechtmässigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt".

b) Verfassungsrechtliche und internationalrechtliche Aspekte

Wenig Anhaltspunkte bieten die beiden Urteile zur Frage der Wirkung des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes in Art. 8 Abs. 2 BV im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis (Drittwirkung). Das Arbeitsgericht Zürich hat die Frage nicht thematisiert. Im Lausanner-Urteil wird das Gebot der verfassungskonformen Auslegung als Form der Drittwirkung erwähnt (Erw. B/d). Was diese nun bezogen auf den konkreten Fall genau bedeutet, wird nicht behandelt.

Die Schweiz ist auch völkerrechtlich zu einem wirksamen Diskriminierungsschutz im Arbeitsverhältnis verpflichtet. Das ergibt sich u.a. aus dem Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf (SR 0.822.721.1) und aus der Rassendiskriminierungskonvention (RDK). Fraglich ist, ob die ausgesprochenen Entschädigungen den völkerrechtlichen Verpflichtungen aus der Rassendiskriminierungskonvention RDK nach einer gerechten und angemessenen Entschädigung genügen (Art. 6 RDK).

Nicht genügen würde der bestehende Rechtsschutz nach dem europäischen Gemeinschaftsrecht. Verlangt sind gemäss den Richtlinien EG 2000/43 und EG 2000/78 u.a. Beweislasteasierungen und insbesondere abschreckende Sanktionen. Die in Lausanne und Zürich ausgesprochenen Genugtuungssummen können höchstens auf einen Kleinstbetrieb abschreckend wirken.

Einbindung in Systematik

Zitierte Gesetze:

- 0-104** Internationales Übereinkommen vom 21. Dezember 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung
- 0-822-721-1** Übereink. Nr. 111 vom 25. Juni 1958 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf (mit Empfehlung)
- 101** Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV)
- Art. 8
Art. 35
- 171-11** BG vom 23. März 1962 über den Geschäftsverkehr der Bundesversammlung sowie über die Form, die Bekanntmachung und das Inkrafttreten ihrer Erlasse ...
- 210** Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB)
- Art. 28
- 220** BG vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR)
- Art. 19
Art. 20
Art. 49
Art. 328
Art. 336
Art. 343

Zitierte Urteile: