Rechtliche Regelungen und Massnahmen gegen Diskriminierung von Menschen mit HIV/Aids im Arbeitsverhältnis und Aspekte ihrer Wirksamkeit - NF 13DPD3-107603 / 1

Schlussbericht an den Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung

Kurt Pärli, Alexandra Caplazi, Caroline Suter

Olten und Zürich, 30.11.2006

Vorwort

"AIDS is no longer [just] a disease. It is a human rights issue."
(Nelson Mandela)

Die Einhaltung der Menschenrechte ist bei der Bekämpfung der HIV/Aids-Infektion auch in der Schweiz seit dem Auftreten der HIV/Aids-Epidemie zentral. Die Diskriminierung von Menschen mit HIV/Aids im Arbeitsbereich stellt dabei nur einen Ausschnitt aus der komplexen Problematik dar. Fragen des Zugangs zur antiretroviralen Therapie, der Einhaltung des Patientengeheimnisses, des Datenschutzes, die strafrechtliche Verfolgung der HIV/Aids-Übertragung sowie die Problematik der Rückschaffung von HIV-positiven Asylsuchenden sind nicht weniger bedeutsame Aspekte.

In der vorliegenden Studie beschäftigen wir uns mit der Diskriminierung im Arbeitsverhältnis. Wir bearbeiten nicht nur umfassend diejenigen schweizerischen Rechtsnormen, die Menschen mit HIV/Aids im Arbeitsverhältnis vor Diskriminierung schützen. Wir vergleichen zudem den schweizerischen Diskriminierungsschutz mit demjenigen von vier anderen Rechtsordnungen, Grossbritannien, Frankreich, Deutschland und Kanada. Darüber hinaus woll(t)en wir wissen, wie sich die geltende Rechtslage im Alltag auswirkt. Die Frage „Wie schützt Recht wirksam vor HIV/Aids-Diskriminierung?", bildete den Ausgangspunkt unseres Forschungsvorhabens. Bereits in der Projektphase war uns allerdings klar, dass sich eine umfassende Wirkungsanalyse des Diskriminierungsschutzrechts nicht realisieren lässt. Wir beschränkten uns deshalb darauf, mit den uns zur Verfügung stehenden finanziellen Mitteln gewisse Aspekte der Wirksamkeit anzudeuten.

Die Ergebnisse unserer achtzehnmonatigen Arbeit liegen nun in umfassender Form vor. Nicht unerwartet zeigt sich, dass der schweizerische Diskriminierungsschutz in einigen Punkten vom Schutzniveau der Vergleichsrechtsordnungen abweicht. Indes zeigt sich, dass auch mit den bestehenden schweizerische Normen die HIV/Aids-Diskriminierung relativ wirksam bekämpft werden kann, sofern und soweit die offenen Normen des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsschutzes und des arbeitsprivatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes entsprechend ausgelegt werden. Dennoch bleiben Mängel, zu derer Behebung wir ein Gesetzgebungsprogramm - ein neues Gleichstellungsgesetz oder alternativ die Modifikation verschiedener Einzelbestimmungen - vorschlagen.

Über das Autorenteam hinaus haben unzählige Personen zum Gelingen der Studie beigetragen. Vorab haben wir dem Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung und dort der Abteilung DoReseach Dore für die finanziellen Mitteln zu danken. Dank gebührt auch den Verantwortlichen der Fachhochschule Nordwestschweiz und denjenigen des Praxispartners des Projektes, der Aids-Hilfe Schweiz, für die organisatorische und logistische Unterstützung. Zu danken haben wir allen Inteviewpartnern unserer Erhebungen zur Evaluation des Projektes „IG Benachteiligung“ und *www.workpositve.ch*. Wir erlauben uns, den Dank in dieser Form für alle Beteiligten auszusprechen.

Im Weiteren danken wir den folgenden Personen für ihre wertvollen inhaltlichen Anregungen:

FABIENNE JEGU, Haute Autorité contre la discimination HALDE, Paris; SOPHIE LA TRAVERSE, Haute Autorité contre la discrimination HALDE, Paris; CATHERINE CASSERLEY, barrister in employment and discrimination law, senior legal advisor for the Disability Rights Commission; MARY LIMA, Terrence Higgins Trust; ROWAN HARVEY, Terrence Higgins Trust; CHRISTINA EARL, UK Coalition for people living with HIV and AIDS; DANIEL MOECKLI, lecturer, School of Law, University of Nottingham; PETER BÖHRINGER, Zentrum für Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Winterthur; OLIVER TOLMEIN, Fachanwalt, Hamburg; PETRA SENNE, Fachhochschule Dortmund; SPIROS SIMITIS, Johann Wolfgang Goethe-Universität, Frankfurt/Main; MANFRED BRUNS, Lesben- und Schwulenverband in Deutschland e.V., Köln; HELGA EXNER.FREISFELD, Universtität Frankfurt; MICHAEL KRONE, Koordination EP Link-UP, Schwulenberatung, Berlin; DIE MITARBEITENDEN DER DEUTSCHE AIDS-HILFE E.V., Berlin; GLENN BETTERIDGE, Canadian HIV/AIDS Legal Network; Toronto, RICHARD ELLIOTT, Canadian HIV/AIDS Legal Network, Toronto; RUTH CAREY, HIV & AIDS Legal Clinic (Ontario), Toronto; PATRICIA GRENIER, Ontario Human Rights Tribunal, Toronto.

Stand der Lehre und Rechtsprechung: 31. Oktober 2006

Inhaltsübersicht

Vorwort ..... **II**

Inhaltsübersicht ..... **IV**

Inhaltsverzeichnis ..... **V**

Zusammenfassung ..... **XVIII**

Summary ..... **XXIV**

Résumé ..... **XXIX**

Riassunto ..... **XXXV**

Abkürzungsverzeichnis ..... **XLI**

Literaturverzeichnis ..... **L**

Tabellenverzeichnis ..... **LXVII**

I Projektbejektbeschreibung und Methodik **68**

II HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis und bisherige Gegenmassnahmen **74**

III Die geltende Rechtslage zu HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis **107**

IV HIV/Aids-Diskriminierungsschutz im Rechtsvergleich ... **216**

V Synthese und Empfehlungen **406**

Anhang I **441**

Anhang II **453**

Inhaltsverzeichnis

Vorwort ..... **II**

Inhaltsübersicht ..... **IV**

Inhaltsverzeichnis ..... **V**

Zusammenfassung ..... **XVIII**

Summary ..... **XXIV**

Résumé ..... **XXIX**

Riassunto ..... **XXXV**

Abkürzungsverzeichnis ..... **XLI**

Literaturverzeichnis ..... **L**

Tabellenverzeichnis ..... **LXVII**

I Projektbejektbeschreibung und Methodik **68**

1 Ziele des Projektes **68**

2 Projektorganisation und Projektumsetzung **69**

2.1 Zusammenarbeit mit dem Praxispartner 69

2.2 Vernetzung des Projektes mit HIV/Aids-Akteuren in der Schweiz 69

2.3 Internationale Vernetzung des Projektes 70

2.4 Der Transfer der Studienergebnisse 70

3 Hinweise zum methodischen Vorgehen **71**

3.1 Primär Rechtswissenschaftliches Vorgehen 71

3.2 Berücksichtigung von Rechtstatsachen 73

3.3 Aspekte der Wirksamkeit 73
3.4 Beschränkung auf das Arbeitsverhältnis 73

II HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis und bisherige Gegenmassnahmen 74

1 HIV/Aids-Diskriminierung – ein weltweites Phänomen 74

2 Daten zur HIV/Aids-Diskriminierung in der Schweiz 75
2.1 Keine institutionelle Diskriminierung - Schwierigkeiten beim Zugang zur Arbeit 75
2.2 Ergebnisse der umfassenden NF-Studie 76
2.2.1 Die wirtschaftliche Lage von Menschen mit HIV/Aids 76
2.2.2 Die wichtigsten rechtlichen Probleme im Bereich Arbeit und Versicherung 77
2.3 Zahlen aus der Rechtsberatung der AHS 78

3 Diskriminierungskonstellationen 79
3.1 Vorbemerkungen 79
3.2 Die Phasen der Diskriminierung 79
3.2.1 Diskriminierung im Bewerbungsverfahren 79
3.2.2 Diskriminierung beim Vertragsabschluss 80
3.2.3 Diskriminierung während der Anstellung 81
3.2.4 Diskriminierung im Zusammenhang mit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses 82
3.2.5 Diskriminierung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses 82
3.2.6 Übersicht 82

4 Bisherige Gegenmassnahmen 83
4.1 Kontext: Solidarität als Bestandteil der Aidspolitik 83
4.1.1 Puplic-Health-Strategie der Aidsbekämpfung 83
4.1.2 Die Akteure in der schweizerischen Aids-Politik 83
4.1.3 Programmziele im Bereich Arbeit und Versicherung 84
4.2 Diskriminierungsabbauprojekte 84
4.2.1 Das Projekt Interessengemeinschaft „Benachteiligung“ 84
4.2.2 Das Programm zur Erhaltung der Erwerbsfähigkeit bei Menschen mit HIV/Aids 85
4.2.3 Positives Integrationsprojekt Schweiz (P+IPS) 85

5 Evaluation IG-Benachteiligung 86

5.1 Ziele, Organisation und Methodik 86

5.2 Ergebnisse 87

5.2.1 Rücklauf 87

5.2.2 Wirksamkeit während der Projektphase 87

5.2.3 Einschätzung des Projekterfolges am Ende der Projektphase 89

5.2.4 Einschätzung der ungleichen Behandlung heute 91

5.2.5 Einschätzung bezüglich heutiger Diskriminierung in den verschiedenen Phasen des Erwerbslebens 93

5.2.6 Anspruch auf Gleichbehandlung 97

5.2.7 Verstärkte Verankerung eines Diskriminierungsverbotes 98

5.3 Zusammenfassung 99

6 Evaluation *www.workpositive.ch* 100

6.1. Ziele, Organisation und Methodik 100

6.2. Ergebnisse 100

6.2.1 Rücklauf 100

6.2.2 Gründe für die (Nicht)Teilnahme am Projekt 102

6.2.3 Benutzung des Angebots www.workpositive.ch 104

6.2.4 Kenntnisse der Arbeitgeber über HIV/Aids 104

6.2.5 Versicherungsschutz 105

6.3 Zusammenfassung 106

III Die geltende Rechtslage zu HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis 107

1 Einleitung 107

2 Völker- und verfassungsrechtlicher Diskriminierungsschutz bei HIV/Aids 108

2.1 Völkerrechtlicher Diskriminierungsschutz 108

2.1.1 IPswkR und IPpbR 108

2.1.2 Die Bedeutung der ILO Übereinkommen 113

2.1.3 ILO Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf 113

2.1.4 ILO Übereinkommen Nr. 159 über die berufliche Rehablilitation und die Beschäftigung der Behinderten 115

2.1.5 ILO Übereinkommen Nr. 158 über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber 117
2.1.6 Der "ILO code of practice on HIV/AIDS and the world of work" 118
2.1.7 Diskriminierungsschutz in der EMRK.....120
2.1.8 Schutz durch die Europäische Sozialcharta 124
2.1.9 Übersicht völkerrechtliche Instrumente zur Bekämpfung der HIV/Aids-Diskriminierung am Arbeitsplatz.....126
2.1.10 Würdigung des völkerrechtlichen Diskriminierungsschutzes bei HIV/Aids 127
2.2 Verfassungsrechtlicher Diskriminierungsschutz 128
2.2.1 Garantie der Menschenwürde (Art. 7 BV).....128
2.2.2 Bedeutung der Rechtsgleichheit 129
2.2.3 Die Rechtsgleichheit nach Art. 8 Abs. 1 BV 129
2.2.4 Allgemeines Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV) 130
2.2.5 Gleichstellung der Geschlechter (Art. 8 Abs. 3 BV) 133
2.2.6 Gleichstellung von Menschen mit Behinderung.....134
2.2.7 Schutz der Privatspähre nach Art. 13 BV 134
2.2.8 Verwirklichung der Grundrechte (Art. 35 BV).....135
2.2.9 Einschränkung von Grundrechten.....137
2.2.10 Grundrechtskollision.....138
2.2.11 Bilanz.....139

3 Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht 139
3.1 Privatrechtliche und öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse.....139
3.2 Diskriminierungsschutz im öff. Personalrecht auf Bundesebene.....140
3.2.1 Rechtsquellen.....140
3.2.2 Grundrechtsbindung öffentlichrechtlicher Arbeitgeber 141
3.2.3 Kein spezifischer Diskriminierungsschutz im Bundespersonalgesetz.....143
3.2.4 Schutz vor Anstellungsdiskriminierung.....146
3.2.5 Schutz vor diskriminierender Beendigung des Arbeitsverhältnisses 148
3.2.6 Schutz vor unzulässiger Bearbeitung von Personendaten 151
3.4 Diskriminierungsschutz in ausgewählten kant. Personalerlasse 153
3.4.1 Das Personalgesetz des Kantons Bern (BE PG, in Kraft seit 1. Juli 2005) 154

3.4.2 Das Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals des Kantons Zürich 155
3.4.3 Das " Loi sur le personnel du canton de Vaud" 155

3.5 Diskriminierungs- und Persönlichkeitsschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis 156
3.5.1 Allgemeines 156
3.5.2. Diskriminierungsschutz im Bewerbungsverfahren 157
3.5.3 Diskriminierungsschutz bei Vertragsschluss 167
3.5.4 Diskriminierungsschutz während des Arbeitsverhältnisses 174
3.5.5 Schutz bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses 178

3.6 Schutz durch öffentliches Arbeitsrecht 181
3.6.1 Funktion und Inhalt des öffentlichen Arbeitsrechts 181
3.6.2 Völkerrechts- und Grundrechtsbindung 182
3.6.3 Gesundheitsschutz im öffentlichrechtlichen Arbeitsschutz 183
3.6.4 Diskriminierungsschutz im Sozialversicherungsrecht 185
3.6.5 Diskriminierungsschutz im Beschaffungswesen 185
3.6.6 Diskriminierungsschutz im Gleichstellungsgesetz für Menschen mit Behinderung 187

3.7 Diskriminierungsschutz im kollektiven Arbeitsrecht 189
3.7.1 Einleitung 189
3.7.2 Diskriminierungsschutz im GAV bei Post, Bahn und Swisscom 190
3.7.3 Diskriminierungsschutznormen in GAV der Privatwirtschaft 193
3.7.4 Übersicht 194
3.7.5 Bedeutung der GAV-Diskriminierungsschutznormen bei HIV/Aids 194

4 Diskriminierungskonstellationen und ihre Rechtsfolgen 194

4.1 Vorgehen 194

4.2 Diskriminierung im Bewerbungsverfahren 195
4.2.1 Information über den HIV-Status 195
4.2.2 HIV/Aids als Grund zur Nichtanstellung 196
4.2.3 HIV/Aids bedingte Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit als Grund für die Nichtanstellung 197
4.2.4 Geltendmachen von Kundenanliegen als Grund für die HIV/Aids bedingte Nichtanstellung 198
4.2.5 Prozessuale Fragen 199

4.3 Diskriminierung beim Vertragsabschluss 199

4.3.1 Selektion wegen HIV/Aids bei der Kollektivkrankentaggeldversicherung 199
4.3.2 Weitergehende berufliche Vorsorge 200
4.3.3 Arbeitsbedingungen 201
4.3.4 Beweisfragen 202
4.4 Diskriminierung während der Anstellung 202
4.4.1 HIV/Aids-Datenschutzverletzungen 202
4.4.2 HIV/Aids-Mobbing 204
4.4.3 Diskriminierende Ausübung des Weisungsrechts des Arbeitgebers 205
4.4.4 Rücksichtnahme auf die Gesundheit des Arbeitnehmenden 206
4.4.5 Beweisfragen 206
4.5 Diskriminierung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses 206
4.5.1 Kündigung wegen HIV/Aids 206
4.5.2 Kündigung wegen HIV/Aids bedingter Arbeitsunfähigkeit resp. Abwesenheit 208
4.5.3 Kündigung wegen befürchteter zukünftiger Nachteile 209
4.5.4 HIV/Aids bedingte Konflikte als Kündigungsgrund 209
4.5.5 Prozessuales 209
4.6 Diskriminierung in der nachvertraglichen Phase 210
4.6.1 Informationen über den HIV/Aids-Status 210

5 Würdigung des Diskriminierungsschutzes 212
5.1 Allgemeines 212
5.2 Lücken im Diskriminierungsschutz 213
5.2.1 Im Bewerbungsverfahren 213
5.2.2 Während des Arbeitsverhältnisses 214
5.2.3 Kündigungsschutz 214
5.2.4 Gesamtbilanz und Ausblick 215

IV HIV/Aids-Diskriminierungsschutz im Rechtsvergleich ...216

1 Einleitung 216
1.1 Ziele und Vorgehensweise 216
1.2 Erkenntnisziel 219
1.3 Vertiefte Analyse 221

2 Schutz vor HIV/Aids-Diskriminierung im Gemeinschaftsrecht 221

2.1 Nichtdiskriminierung als Teil der HIV/Aids-Bekämpfungsstrategie der Europäischen Union 221
2.2 Rechtsquellen des Diskriminierungsschutzes 222
2.2.1 Allgemeines 222
2.2.2 Die Kompetenznorm zum Erlass von Diskriminierungsrichtlinien 223
2.3 Die Richtlinie 2000/78/EG 224
2.3.1 Ziel 224
2.3.2 HIV/Aids als Diskriminierungskriterium 224
2.3.3 Anwendungsbereich 227
2.3.4 Diskriminierungsformen 228
2.3.5 Ausnahmen vom Diskriminierungsverbot 230
2.3.6 Rechtsschutz bei Diskriminierung 231
2.3.7 Verpflichtungen der Mitgliedstaaten 233
2.3.8 Unmittelbare vertikale und horizontale Wirkung der RL 2000/78/EG 234
2.3.9 Umsetzungsmassnahmen der EU 236
2.3.10 Auswirkungen auf die Schweiz 236
2.4 Die Datenschutzrichtlinie 237
2.4.1 Bedeutung für HIV/Aids 237
2.4.2 Datenschutz im Arbeitsverhältnis 237

3 Schutz vor HIV/Aids-Diskriminierung bei Arbeit und Beschäftigung in Grossbritannien 238
3.1 Ausgangslage 238
3.1.1 Epidemiologische Situation in Grossbritannien 238
3.1.2 Die Struktur der HIV/Aids-Bekämpfung in Grossbritannien 239
3.1.3 Daten zur HIV/Aids-Diskriminierung am Arbeitsplatz 241
3.2 Allgemeines zum Diskriminierungsschutz in Grossbritannien 243
3.2.1 Das englische Rechtssystem 243
3.2.2 Internationale Rahmenbedingungen 245
3.3 Der gesetzliche Diskriminierungsschutz im Bereich Erwerbstätigkeit 246
3.3.1 Diskriminierungsschutz im Employment Rights Act 246
3.3.2 Diskriminierungsschutz im Disability Discrimination Act 249
3.3.3 Gerichtspraxis zur HIV/Aids-Diskriminierung 258
3.4 Weitere Regelungen und Massnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierung 259
3.4.1 Die Disability Rights Commission 259

3.4.2 Nicht juristische Mittel zur Diskriminierungsbekämpfung.....260
3.5 Schutz vor HIV/Aids-Diskriminierung bei Bewerbung, Anstellung, Beschäftigung und Entlassung.....262
3.5.1 Schutz vor HIV/Aids-Diskriminierung im Bewerbungsverfahren.....262
3.5.2 Schutz vor HIV/Aids-Diskriminierung während der Anstellung.....264
3.5.3 Schutz vor HIV/Aids-bedingter Kündigung.....266
3.6 Einschätzungen zur Wirkung des britischen Diskriminierungsschutzes.....267
3.6.1 Modalitäten der Befragung und ergänzende Methoden.....267
3.6.2 Bewertung der vorhandenen Diskriminierungsschutznormen.....268
3.6.3 Bewertung der praktischen Anwendung der Diskriminierungsschutznormen.....268
3.7 Würdigung des britischen HIV/Aids-Diskriminierungsschutzes.....270

4 Schutz vor HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis in Frankreich.....271
4.1 Ausgangslage.....271
4.1.1 HIV/Aids-Epidemiologie in Frankreich.....271
4.1.2 Struktur der HIV/Aids-Bekämpfung in Frankreich.....271
4.1.3 Daten zur HIV/Aids-Diskrimierung am Arbeitsplatz.....273
4.2 Allgemeines zum Diskriminierungsschutz in Frankreich.....275
4.2.1 Das französische Rechtssystem.....275
4.2.2 Das Gleichheitsprinzip im französischen Recht.....275
4.2.3 Umsetzung des europarechtlichen Diskriminierungsschutzes im französischen Arbeitsrecht.....276
4.2.4 Umsetzung Rahmenrichtlinie 2000/78/EG.....277
4.3 Diskriminierungsschutz in Verfassung und Gesetz.....277
4.3.1 Gleichheitsgebot und Diskriminierungsverbot in der Verfassung.....277
4.3.2 Völkerrechtlicher Diskriminierungsschutz des französischen Rechts.....278
4.3.3 Diskriminierungsschutz im „Code du travail“.....279
4.3.4 Schutz kranker Arbeitnehmer/innen im Code du travail.....286
4.3.5 Schutz vor Diskriminierung durch Datenschutz.....288
4.3.6 Diskrimiminierungsschutz im öffentlichen Dienst.....288

4.3.7 Diskriminierungsschutz im französischen „Code penal“ 288
4.3.8 Gesetzgebung zum Diskriminierungsverbot gegenüber Menschen mit Behinderung 290

4.4 Weitere Regelungen und Massnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierung 292
4.4.1 Die Hohe Behörde zur Bekämpfung der Diskriminierung 292
4.4.2 Empfehlungen von Halde betreffend HIV/Aids-Diskriminierung 293
4.4.3 Nicht juristische Mittel zur Diskriminierungsbekämpfung 294
4.4.4 Initiative von Chronischkranken 294

4.5 Diskriminierung und Versicherungsschutz 295
4.5.1 Ausgangslage 295
4.5.2 Privatversicherung 297

4.6 Einschätzungen zur Wirkung des französischen Diskriminierungsschutzes 299
4.6.1 Modalitäten der Befragung und ergänzende Methoden 299
4.6.2 Bewertung der vorhandenen Diskriminierungsschutznormen 300
4.6.3 Bewertung der praktischen Anwendung der Diskriminierungsschutznormen 301

4.7 Würdigung des französischen Diskriminierungsschutzes bei HIV/Aids 304

5 Schutz vor HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis in Deutschland 305

5.1 Ausgangslage 305
5.1.1 Epidemiologische Situation in Deutschland 305
5.1.2 Die Struktur der HIV/Aids-Bekämpfung 306
5.1.3 Daten zur Diskriminierung am Arbeitsplatz 308

5.2 Allgemeines zum Diskriminierungsschutz in Deutschland 310
5.2.1 Das Deutsche Rechtssystem 310
5.2.2 Internationale Rahmenbedingungen 312

5.3 Diskriminierungsschutz im Grundgesetz 315
5.3.1 Allgemeines Diskriminierungsverbot 315
5.3.2 Benachteiligungsverbot aufgrund einer Behinderung 315

5.4 Diskriminierungsschutz im deutschen Arbeitsrecht 316
5.4.1 Vertragsfreiheit als Ausgangslage 316

5.4.2 Diskriminierungsschutz im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz 317
5.4.3 Diskriminierungsverbote im Betriebsverfassungsgesetz 320
5.4.4 Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz 321
5.4.5 Persönlichkeitsschutz im Arbeitsverhältnis 324
5.4.6 Verfahrensrechtliche Aspekte des Diskriminierungschutzes 325

5.5 Schutz vor HIV/AIDS-Diskriminierung im Bewerbungsverfahren 326
5.5.1 Fragerecht und Offenbarungspflicht 326
5.5.2 Ärztliche Untersuchung 328

5.6 Schutz vor HIV/Aids-bedingter Kündigung 328
5.6.1 Kündigungsschutzgesetz 328
5.6.2 Druckkündigung 330
5.6.3 Änderungskündigung 331
5.6.4 Schutz vor HIV/Aids-bedingter Diskriminierung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses 332

5.7 Schutz für HIV-Positive Arbeitnehmende durch Gesetzgebung für Behinderte 332
5.7.1 Behinderungsbegriff im Sozialgesetzbuch IX 332
5.7.2 Arbeitsrechtlicher Schutz für Schwerbehinderte 334
5.7.3 Verbandsklagerecht 336
5.7.4 Schutz durch das Gesetz zur Gleichstellung behinderter Menschen 336

5.8 Diskriminierungsschutz im Zusammenhang mit krankheitsbedingter Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit 337
5.8.1 Entgeltfortzahlung und gesetzliche Krankenversicherung 337
5.8.2 Erwerbsminderungsrenten 339
5.8.3 Privater Versicherungsschutz 339

5.9 Einschätzungen zur Wirkung des deutschen Diskriminierungs-schutzes 341
5.9.1 Modalitäten der Befragung und ergänzende Methoden 341
5.9.2 Bewertung der vorhandenen Diskriminierungsschutznormen 343
5.9.3 Bewertung der praktischen Anwendung der Diskriminierungsschutznormen 343

5.10 Würdigung des deutschen Diskriminierungsschutzes bei HIV/Aids 345

6 Schutz vor HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis in Kanada 345

6.1 Ausgangslage 345
6.1.1 Epidemiologische Situation in Kanada 345
6.1.2 Die Struktur der HIV/Aids-Bekämpfung 346
6.1.3 Daten zur HIV/Aids-Diskriminierung am Arbeitsplatz 347

6.2 Allgemeines zum Diskriminierungsschutz in Kanada 348
6.2.1 Rechtssystem 348
6.2.2 Internationale Rahmenbedingungen 349

6.3 Antidiskriminierungsgesetze 351
6.3.1 Diskriminierungsschutz auf Bundesebene:The Canadian Human Rights Act 354
6.3.2 Diskriminierungsschutz in den Provinzen:The Ontario Human Rights Code, 1990 360

6.4 Arbeitsrecht 366
6.4.1 Canadian Labour Code 366

6.5 Arbeitnehmerversicherungsschutz 368
6.5.1 Employment Insurance Act 368
6.5.2 Private „disability insurance“ 370
6.5.3 Canada Pension Plan 371

6.6 Datenschutz 372

6.7 Einschätzungen zur Wirkung des kanadischen Diskriminierungsschutzes 376
6.7.1 Modalitäten der Befragung und ergänzende Methoden 376
6.7.2 Bewertung der vorhandenen Diskriminierungsschutznormen 377
6.7.3 Bewertung der praktischen Anwendung der Diskriminierungsschutznormen 378

6.8 Würdigung des kanadischen Diskriminierungsschutzes bei HIV/Aids 379

7 Diskriminierung und Rechtsschutz im Vergleich 380

7.1 HIV/Aids-Diskriminierung und Aidspolitik 380
7.1.1 Epidemiologie 380
7.1.2 HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis 382
7.1.3 Strategie gegen HIV/Aids-Diskriminierung 383

7.2 Völker- und europarechtliche (HIV/Aids) Diskriminierungsschutzverpflichtungen 384
7.2.1 Die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Vergleichsstaaten 384

7.2.2 Europarechtliche Verpflichtungen und Umsetzung 386
7.3.1 Vorbemerkungen 386
7.3.2 Bewerbungsverfahren 387
7.3.3 Vertragsabschluss 395
7.3.4 Während der Anstellung 399
7.3.5 Beendigung des Arbeitsverhältnisses 402

V Synthese und Empfehlungen.....406

1 Einleitung.....406

2 Synthese 407
2.1 Die gemeinschaftsrechtlichen Regeln als Orientierung.....407
2.2 HIV/Aids als Diskriminierungskriterium 409
2.3 Diskriminierungschutz im Bewerbungsverfahren 410
2.3.1 Bedeutung des Schutzes.....410
2.3.2 Nützliche Instrumente.....410
2.3.3 Umsetzungsmassnahmen notwendig 411
2.4 Diskriminierungsschutz im Arbeitsverhältnis 412
2.4.1 Die Versicherungsproblematik 412
2.4.2 Schutz vor HIV/Aids-Mobbing, Gesundheits- und Datenschutz.....413
2.5 Schutz vor diskriminierender Kündigung bei HIV/Aids 414
2.6 Wirksamkeit des Diskriminierungsschutzes bei HIV/Aids 415

3 Empfehlungen 416
3.1 Ausgangslage: Die Lücken in der bestehenden Rechtslage.....416
3.2 Verfassungs- und völkerrechtrechtliche Verpflichtungen.....417
3.3 Reformvorschläge.....418
3.4 Vorschlag für ein Gesetz über die Gleichstellung von Arbeitnehmenden 419
3.4.1 Vorbemerkungen 419
3.4.2 Der Vorschlag.....420
3.4.3 Offene Fragen 428
3.5 Problemorientierte Verbesserungen der geltenden Rechtslage.....428
3.5.1 Verstärkung des arbeitsvertragsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes 428
3.5.2 Lösung Ungleichheiten bei den Arbeitnehmerversicherungen.....430

3.5.3 Gesundheitsdatenaustausch Arbeitgeber – Versicherung 432
3.5.4 Verbesserungen Persönlichkeit- und Gesundheitsschutz während des Arbeitsverhältnisses 433
3.5.5 Verbesserungen Kündigungsschutz 434
3.6 Empfehlungen an die Verwaltung 435
3.6.1 Bundesamt für Gesundheit und Eidg. Kommission für Aidsfragen 435
3.6.2 Empfehlung zum besseren Schutz der persönlichen Integrität der Arbeitnehmenden 435
3.6.3 Entwickeln eines Labels „Positive Arbeitgeber“ 436
3.6.4 Unterstützung privater Initiativen 437
3.7 Empfehlungen an die Sozialpartner 438
3.8 Empfehlungen an Patientenorganisationen und Versicherer 438

4 Schlusswort 439

Anhang I 441

1 Projektbeschreibung und AHS-Auswertung IG-Benachteiligung.441
1.1 Ausgangslage und Projektbeschrieb 441
1.2 Massnahmenkatalog 442
1.2.1 Krankentaggeldversicherung 442
1.2.2 Anti-Diskriminierungsklausel in Gesamtarbeitsverträgen 443
1.2.3 Arbeitsplatzbedingungen / Ermüdbarkeit am Arbeitsplatz 444
1.2.4 Datenschutz im Bereich Versicherung/Arbeitgeber 444
1.2.5 Schnittstelle Ausbildung/Aufnahme der Erwerbstätigkeit 445
1.2.6 Lebensversicherung 446
1.2.7 Zusammenfassende Würdigung 447

2 Projektbeschreibung „Programm zur Erhaltung der Erwerbsfähigkeit von Menschen mit HIV/Aids“ 448
2.1 Ausgangslage und Projektübersicht 448
2.2 Die Jobbörse *www.workpositive.ch* 449

Anhang II 453

Zusammenfassung

Erfahrungen von HIV/Aids-Beratungsstellen zeigen und Studien belegen, dass Menschen mit HIV/Aids trotz Fortschritte in der medizinischen Behandlung und verbesserter Arbeits- und Erwerbsfähigkeit beim Zugang zur Arbeit und im Arbeitsalltag diskriminiert werden.

Die vorliegenden Studienergebnisse sollen der Aids-Hilfe Schweiz im Kampf um den Abbau der festgestellten Ungleichheiten in der Arbeitswelt Entscheidungsgrundlage für politische Forderungen sein. Zu diesem Zweck wird in einzelnen Forschungsbausteinen der Diskriminierungsschutz sowohl in der Schweiz als auch in vier Vergleichstaaten (Deutschland, Frankreich, Grossbritannien und Kanada) rechtswissenschaft untersucht und bisherige Massnahmen zum Abbau von Diskriminierung von Menschen mit HIV/Aids in der Arbeitswelt identifiziert und evaluiert („IG Benachtteiligung“ und *www.workpostive.ch*).

Im Lebenszyklus entlang eines Arbeitsverhältnisses wurden fünf Phasen der Diskriminierung festgestellt: Bewerbungsverfahren, Vertragsabschluss, während der Anstellung, Auflösung des Arbeitsverhältnisses und nachvertragliche Phase. Diskriminierung liegt dann vor, wenn seropositive Arbeitnehmerinnen aufgrund ihrer HIV-Infektion anders als die übrigen Arbeitnehmer behandelt werden, sei es in Bezug auf die Bearbeitung von Personendaten, beim Abschluss einer Arbeitnehmerversicherung oder eine Kündigung aufgrund der HIV-Infektion. Die Ergebnisse der einzelnen Forschungsbausteine wurden in einer Synthese zur Rechtslage in der Schweiz verarbeitet.

Das Bewerbungsverfahren stellt den Anfang des Lebenszykluses entlang eines Arbeitsverhältnisses dar und bestimmt über den Zugang zur Arbeitswelt. Im Bewerbungsverfahren kommt es zu Nichtanstellungen wegen der HIV-Infektion, sei es, weil der Arbeitgeber grundsätzlich keine Person mit HIV/Aids einstellen will oder weil er Leistungseinbussen oder eine Arbeitsunfähigkeit befürchtet. Weiter können vom Arbeitgeber Kundenanliegen geltend gemacht werden, um eine Nichtanstellung wegen HIV/Aids zu rechtfertigen. Wird für den Anstellungsentscheid an den HIV/Aids-Status an sich angeküpft, ist dies herabwürdigend und stellt eine schwere Verletzung der psychischen und sozialen Integrität dar. Sofern kein Rechtfertigungsgrund geltend gemacht werden kann, liegt deshalb eine Persönlichkeitsverletzung (bei privatrechtlichen Anstellungen) oder eine Grundrechtsverletzung (bei öffentlichrechtlichen Anstellungen) vor und löst einen Schadenersatz- und Genugtuungsanspruch aus. Eine ungerechtfertigte

Ungleichbehandlung liegt auch dann vor, wenn im Bewerbungsverfahren direkt oder indirekt nach einer HIV-Infektion gefragt wird. Der Arbeitgeber hat in der Regel keinen Anspruch auf Kenntnis diese Information.

Die Phase des Vertragsabschlusses ist besonderes kennzeichnet durch die Ungleichbehandlung von Arbeitnehmerinnen mit HIV/Aids aufgrund der Aufnahmebedingungen in die Arbeitnehmerversicherungen. Bei der obligatorischen Unterstellung unter die Unfallversicherung, AHV und bei entsprechender Lohnhöhe unter die berufliche Vorsorge ist eine Ungleichbehandlung ausgeschlossen. Die freiwilligen Arbeitnehmerversicherungen sehen jedoch im Falle einer KVG-Taggeldversicherung eine Aufnahme mit Vorbehalt und bei der VVG-Taggeldversicherung sogar die vollständige Ablehnung des Versicherungsantrages wegen einer HIV/Aids-Infektion vor. Massgebend für Versicherbarkeit ist die Einschätzung der Höhe des Versicherungsrisikos. Wie weit das positive HIV-Testresultat für sich allein als Basis für die Einschätzung des Versicherungsrisikos ausreicht, müsste im Kontext der therapeutischen Fortschritte und im Lichte differenzierter HIV/Aids-Diagnostik beurteilt werden. Je nach Verlauf der HIV-Infektion, ist allenfalls eine Versicherbarkeit gegeben.

Während der Anstellung sind aus der Beratungstätigkeit der Aids-Hilfe Schweiz einzelne Fälle von Benachteiligungen durch Mitarbeitende in Form eines HIV/Aids-Mobbing bekannt, dem sich z.T. auch Arbeitgeber anschliessen. Der Arbeitgeber ist aufgrund seiner Pflicht zum Persönlichkeits- und Gesundheitsschutz aus Art. 328 OR verpflichtet, HIV/Aids-Mobbing mittels tauglichen Konfliktmanagements zu unterbinden. Auch die Weitergabe von Gesundheitsdaten durch Mitarbeitende ohne Einwilligung der betroffenen Arbeitnehmerin ist eine datenschutzrechtliche Persönlichkeitsverletzung, die der Arbeitgeber aufgrund Art. 328 OR verpflichtet ist, zu verhindern. Eine diskriminierende Ausübung des Weisungsrecht durch den Arbeitgeber, d.h., wenn dem seropositiven Arbeitnehmenden eine vom konkreten Arbeitsvertrag nicht vorgesehene Tätigkeit wegen HIV/Aids zugewiesen wird, die zu einer Verschlechterung der Arbeitsbedingungen führt, ist nichtig und der Arbeitnehmer kann die Ausführung der Weisung verweigern. Schliesslich ist die mangelnde Rücksichtnahme auf den Gesundheitszustand bei der Gestaltung der Arbeit und des Arbeitsplatzes eine weitere Form von Benachteiligung, die eine Verletzung der arbeitgeberischen Pflicht zum Gesundheitschutz im Betrieb nach Art. 328 OR darstellt.

In der Phase der Beendigung des Arbeitsverhältnisses stellen sich die Fragen, ob aufgrund der HIV-Infektion an sich oder ob während einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit gekündigt werden darf. Oder sind befürchtete zukünftige Nachteile ein berechtigter Grund zur Kündigung?

Massgebend für die berufliche Tätigkeit ist die momentane medizinische Tauglichkeit. HIV/Aids als Kündigungsmotiv ist missbräuchlich, weil die Kündigung an einer persönlichen Eigenschaft anknüpft, die nicht veränderbar ist und die mit der beruflichen Fähigkeit, die arbeitsvertraglich geforderten ist, nicht im Zusammenhang steht. Die Kündigung während einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit resp. –abwesenheit ist nur während der sogenannten Sperrfrist (Art. 336c OR) nichtig, ist diese abgelaufen, kann der Arbeitgeber (erneut) kündigen.

Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses besteht die HIV/Aids bedingte Ungleichbehandlung darin, dass der Arbeitgeber die datenschutzrechtlich geschützte Information an einen zukünftig potenziellen Arbeitgeber ohne Einwilligung des betroffenen Arbeitnehmers mündlich oder schriftlich weitergibt. Die Verletzung der Persönlichkeit ist im Sinne des Datenschutzgesetzes zu sanktionieren.

Die Studienergebnisse zeigen, dass weder im privatrechtlichen Arbeitsrecht noch im öffentlichen Personenrecht ein spezifischer Schutz vor HIV/Aids-Diskriminierung existiert. Es gelingt jedoch, die typischen HIV/Aids-bedingten Diskriminierungskonstellation unter bereits bestehende Schutzkonzepte zu subsumieren. Dennoch haben wir verschiedene Lücken Lücken identifiziert, so bsw. die fehlende Beweislasterleichterung sowohl bei der Nichtanstellung als auch bei der Kündigung aufgrund missbräuchlicher Kündigung und die wenig abschreckenden Sanktionen als Rechtsfolge diskriminierenden Verhaltens.

Die Untersuchung des Diskriminierungsschutzes in den Vergleichsstaaten ist insofern sehr aufschlussreich, als sich in diesem oder jenem Staat Regelungen entdecken lassen, die der Schweiz als mögliche Schlüsselfaktoren für ein (wirksameres) Funktionieren des Diskriminierungsschutzes anbieten.

Für das Bewerbungsverfahren findet sich einer der „Highlights“ in der kanadischen Regelung des Fragerechts nach dem Gesundheitszustand. Gesundheitsfragen sind einerseits nur zulässig, wenn der Gesundheitszustand für die geforderte Arbeitsleistung massgebend ist, und andererseits dürfen Gesundheitstests erst durchgeführt werden, wenn die Arbeitsstelle dem Arbeitnehmenden bereits schriftlich angeboten wurde. Eine weitere Anregung ist den französischen Gesetzen zu entnehmen. Für einen Selektionsentscheid aufgrund des Gesundheitszustands benötigt der französische Arbeitgeber eine Bestätigung der Nichteignung durch den Arbeitsmediziner. In Grossbritannien regelt der *Disability Discrimination Act* (DDA) ausdrücklich, dass HIV/Aids vom Kriterium der Behinderung erfasst ist. Was im Vergleich mit der Schweiz besonders auffällt, ist, dass der Diskriminierungsschutz in allen vier Vergleichsstaaten das prozessuale Element der Beweislasterleichterung vorsieht.

In der Phase des Vertragsabschlusses bieten Frankreich, Grossbritannien und Kanada interessante Lösungsansätze an, um den möglichen HIV/Aids-bedingten Diskriminierungen im Bereich der Arbeitnehmerversicherung zu begegnen. In Frankreich schreibt das Gesetz dem Versicherer vor, dass er im Rahmen einer Kollektivversicherung entweder die ganze Belegschaft versichern muss oder die Versicherbarkeit der Angestellten generell ablehnen muss. Auch aufgrund des englischen DDA müssen alle Arbeitnehmenden im Rahmen einer kollektiven Taggeldversicherung aufgenommen werden. Arbeitnehmerinnen mit HIV/Aids werden gegenüber HIV/Aids negativen Mitarbeitenden nicht schlechter gestellt. Interessant ist auch die Zwischenlösung der Kanadier. Nach einem minimalen Lohnfortzahlungsschutz sind Unterstützungsleistungen bei den privaten „disability insurances“ einzufordern. Hier herrscht grundsätzlich die Vertragsfreiheit, wie es das schweizerische Recht kennt. Die meisten Langzeitversicherer nehmen jedoch Antragssteller trotz vorbestehender Krankheit in die Kollektivversicherung auf. Die Versicherer sehen entweder eine Suspension des Versicherungsschutzes während der ersten 12 Monate oder eine Wartefrist vor. Die Wartefrist ist so zu verstehen, dass der Versicherungsnehmer den Anspruch auf Unterstützungsleistung erst geltend machen kann, wenn die Behinderung/Arbeitsunfähigkeit wegen einer Behinderung während vier bis sechs Monaten vorgelegen hat.

Während der Anstellung sehen alle vier Vergleichstaaten ein Verbot der („moralischen“) Belästigung vor. In diesen Staaten wird auch ausdrücklich geregelt, dass für behinderte Arbeitnehmende angemessene Vorkehrungen bei der Arbeit und am Arbeitsplatz vom Arbeitgeber getroffen werden müssen.

In Frankreich, Grossbritannien und Kanada ist eine Kündigung wegen HIV/Aids entweder nichtig oder widerrechtlich. Frankreich bietet dem widerrechtlich Gekündigten ein Wahlrecht an: Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrages oder Auflösung des Arbeitsvertrages nach ordentlicher Kündigung bei Lohnanspruch ohne Arbeitsverpflichtung. In Grossbritannien besteht ein Anspruch auf Schadenersatz, wobei die Höhe des Schadenersatz nicht begrenzt ist, und in Kanada muss der Arbeitgeber mit der zuständigen Kommission Massnahmen zur Verhinderung von diskriminierenden Verhalten treffen, die abgesprochenen Recht dem betroffenen Arbeitnehmer wieder einräumen und Schadenersatz/Genugtuung leisten. In der Schweiz ist demgegenüber die missbräuchliche Kündigung rechtswirksam und löst lediglich einen Schadenersatz von maximal sechs Monatslöhnen plus Genugtuung aus.

Die Ergebnisse der rechtsvergleichenden Untersuchung zeigen in allen untersuchten Rechtsordnungen ein im Vergleich zur Schweiz höheres Diskriminierungsschutzniveau. Besondere Bedeutung hat für den europarechtlichen Kontext die Richtlinie (RL) 2000/78/EG, die den

Mitgliedstaaten einen verbindlichen Rahmen zur Diskriminierungsbekämpfung im Arbeitsverhältnis u.a. aus Gründen einer Behinderung setzt. Die RL 2000/78/EG verpflichtet die Mitgliedstaaten zu einem weit reichenden Schutz vor Diskriminierung bei der Bewerbung, Anstellung, Vertragsdauer und Kündigung. Insbesondere werden:

- die Beweisrechtslage verbessert (Glaubhaftmachung einer Diskriminierung genügt),
- die direkte + indirekte Diskriminierung erfasst,
- die Belästigung als Form der Diskriminierung bezeichnet,
- die Arbeitgeber (auch bei Anstellungen) zu „angemessenen Vorkehrungen“ für behinderte Arbeitnehmenden verpflichtet,
- Organisationen Behinderten(selbst)hilfe Klagerechte eingeräumt und die Mitgliedstaaten müssen wirksame Sanktionen vorsehen.

Die RL 2000/78/EG geht vom Grundsatz aus, dass Gesetze nur dann wirksam sind, wenn die Menschen ihre Rechte kennen und wissen, wie sie diese geltend machen können. Dies zeigt sich in der Verankerung der Verbandsklagerechte. Auch die Pflicht der Mitgliedstaaten zur Etablierung eines sozialen Dialogs zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmer und eines Dialogs mit Nichtregierungsorganisationen ist vom Gedanken getragen, dass die Durchsetzung der Gleichbehandlung eine Aufgabe ist, an der sich alle gesellschaftlichen Gruppen zu beteiligen haben und sich auch beteiligen können.

Gestützt auf unsere umfassende Analyse und inspiriert durch die Ergebnisse des Rechtsvergleichs und Richtlinie 2000/78/EG werden in der Studie neue gesetzliche Regelungen für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderung oder gesundheitlichen Einschränkungen im Arbeitsverhältnis vorgestellt. Diese verbieten die direkte und indirekte Diskriminierung aufgrund einer Behinderung oder des Gesundheitszustandes in allen Phasen des Arbeitsverhältnisses (Bewerbung, Anstellung, Vertragsdauer, Entlassung). Wirksame Sanktionen sind ebenso vorgesehen wie die Verpflichtung der Arbeitgeber zu angemessenen Vorkehrungen zu Gunsten behinderter und gesundheitlicher eingeschränkter Arbeitnehmer.

Alternativ lassen sich die festgestellten Mängel durch Ergänzungen des arbeitsvertraglichen Persönlichkeits- und Datenschutzes (u.a. Ausdehnung auf die Bewerbungsphase, Festlegung eines strengeren Sanktionsrahmens) sowie Statuierung des Verbots der Ungleichbehandlung in Arbeitnehmerkollektivversicherungen beseitigen.

Stigmatisierung und Ausgrenzung von Menschen mit HIV/Aids im Arbeitsumfeld laufen einer wirksamen HIV/Aids-Bekämpfung entgegen. Weltweit zeigt sich: Eine Politik der Chancengleichheit für Menschen mit

HIV/Aids bildet Bestandteil einer Erfolgsversprechenden HVI/Aids-Strategie. HIV/Aids Diskriminierung von Menschen mit HIV/Aids im Arbeitsumfeld stellt ein komplexes soziales Phänomen dar. Alleine mit der Verankerung von Rechtsnormen kann ihm nicht ausreichend begegnet werden. Wirksamer Diskriminierungsschutz erfordert über Diskriminierungsschutznormen hinaus Informations- und Sensibilisierungsarbeit.

Summary

Experience from HIV counselling, confirmed by studies, demonstrates that despite advances in medical treatment and increased ability to work and earn an income, people with HIV/Aids are discriminated against both in recruitment and in the workplace.

The results of this current study aim to provide a basis for political decisions required for the Swiss Aids Federation in their fight for a reduction in inequalities in the workplace. To this end, the study conducts a systematic legal investigation into protection against discrimination in Switzerland as well as in four comparative states (Germany, France, Great Britain and Canada), identifies and evaluates previous measures to reduce workplace discrimination against those with HIV/Aids (*www.workpostive.ch* and "IG Benachteiligung").

In the lifecycle of an employment contract, 5 phases of discrimination can be identified: application procedure, terms of contract, during employment, termination of work contract, post-employment. As a result of their HIV infection, seropositive employees are treated differently from other employees, whether that is in relation to personal data, closing of employee insurance or dismissal due to their HIV/Aids status. The results of each of the investigative steps have been consolidated to give an overview of the legal situation in Switzerland.

The application procedure is the first step in the employment life cycle and decides entry into the world of work. During the application procedure, rejection of a candidate might take place as a result of HIV infection, whether as a result of a general refusal to employ persons with HIV/Aids or because the potential employee is seen as being less productive or incapable of work. Finally, an employer might claim clients' wishes as a reason for rejection of the application. The coupling of HIV/Aids status to a decision to employ a candidate is degrading and injurious to the mental and social integrity of the applicant. When injury to the person is caused without defensible grounds (in private law) or a basic legal injury (under public service employment conditions) claims for compensation or amends might result. Direct or indirect questioning as to HIV/Aids status is also a form of unfair discrimination. The employer has, in general, no right to know about an HIV/Aids infection.

The termination of contract is particularly significant due to discrimination as a result of discrimination against employees with HIV/Aids due to the terms of the employee insurance. Discrimination is barred in the obligatory cover in

accident insurance, AHV (Old age and survivors' insurance) and in cases of appropriate salary increase in the professional pension fund.

However, the voluntary employers' insurance provides for conditional acceptance in the KVG-Taggeldversicherung (social insurance income compensation) and a complete rejection of the insurance policy in the VVG-Taggeldversicherung (private insurance income compensation) in the case of HIV infection. The evaluation of the potential insurance risk is the decisive factor for acceptance or exclusion in these undifferentiated cases. How far HIV infection is seen as the sole criteria for the evaluation of insurance risk must be judged in the context of therapeutic advances and in the light of more differentiated HIV/Aids diagnostics. Only in these circumstances can a decision be made as to whether an HIV/Aids diagnosis in itself represents a condition warranting restriction. Depending on the degree of progression of the infection, cover may be offered.

According to the counselling services of Swiss Aids Federation, a number of cases of harassment of those with HIV infection by other employees have also taken place during employment; at times with the backup of the employer. The employer is required, under their duty of care under article 328 OR (Swiss Code of Obligations), to prevent HIV/Aids harassment through appropriate conflict management procedures. In addition, the dissemination of health data without the permission of the employee concerned is, under data protection laws, deemed an injury to the person which the employer is legally required to prevent under their duty of care under article 328 OR. The discriminatory exercise of this legal directive by the employer (i.e. if a seropositive employee is assigned tasks not foreseen in the employment contract as a result of HIV/Aids or suffers deterioration of the working conditions) is void by law and the employee can decline acceptance. Finally, inadequate consideration of a health condition in the design of working practices and the working environment is a further form of disadvantage and is injurious to the employer's health protection duties in the organisation under article 328 OR.

During the termination of the employment contract one must question whether there are legal grounds for dismissal on the basis of an HIV infection in itself, or inability to work as a result of illness or fears of negative consequences. The decisive factor in assessing occupational activity is the medical fitness at the time. HIV/Aids is an improper grounds for dismissal as the dismissal is based on a personal attribute which cannot be altered and is not connected to the occupational ability as required in the employment contract. Dismissal during medical incapacity or absence is only improper during the retention period (Sperrfrist) as defined in article 336c OR, once this has expired the employer may (again) give notice.

After the termination of the work contract, discrimination as result of HIV/Aids status also takes place when the employer orally or in writing disseminates legally protected information to a potential future employer without permission. Such injury to the person is accusable under data protection laws.

The results of the study show that specific protection against HIV/Aids discrimination exists both in private employment law and public service employment conditions. Typical HIV/Aids related discrimination is covered by already existing protection concepts. A number of loopholes have been identified such as the absence of a simplified burden of proof as well as lack of recruitment protection and unfair dismissal and the lack of deterrence offered by the existing legal sanctions.

An investigation into anti-discrimination measures in comparable states is particularly illuminating as it uncovers rulings which could offer Switzerland key factors for the effectively functioning protection against discrimination.

In the applications procedure, one of the highlights are the Canadian regulations on questions relating to health status. Questions as to health status are only allowed if such status is a decisive factor for the particular role and medicals only allowed after a written offer of employment. A further highlight is French legislation on selection decisions which requires employers to seek confirmation from an occupational physician of unsuitability to work. In England, HIV/Aids is specified as a disability under the Disability Discrimination Act (DDA). In all four comparable states, it is particularly striking that a reduced burden of proof is integrated into the process elements of anti-discrimination measures.

In the terms of contract phase, France, Great Britain and Canada offer interesting approaches to counteracting the massive abuses of HIV/Aids related discrimination in the employers' insurance system. In France, insurance legislation demands that in cases of collective policies, insurers either accept the entire workforce into the policy or turn down the employees as a whole. The English DDA requires all employees to be included in a collective income insurance. Employees with HIV/Aids may not be treated in a worse way than those who are HIV/Aids negative. The intermediate solution in Canada is also of interest: after a minimal period in which continuation of payments is protected, support through private disability insurances is required. In this case freedom of contract, as recognised under Swiss law, prevails. Despite existing medical conditions, the majority of long-term insurers accept applicants into the collective insurance policies. The insurers provide either a suspension of insurance protection for the first 12 months or a waiting period. The waiting period means that the insured person

may only claim support after four to six months' disability or inability to work.

During employment all four comparative states prohibit harassment on moral grounds. Legislation in these states' specifically states that employers must provide adequate provision to protect employees with disabilities. In France, Great Britain and Canada, dismissal because of HIV Aids is either void or illegal. In France, the unlawfully dismissed person is offered a choice of legal remedy: either continuance of the employment contract or a lawful dissolution of the employment contract. In Great Britain, there is an entitlement to damages whose amount is unlimited. In Canada, the employer must agree measures to prevent discriminatory behaviour with the relevant commission, grant the employee concerned the rights agreed, and pay damages/amends. In Switzerland, in comparison, improper dismissal is legally effective and is punishable only by damages amounting to a maximum of six months' salary and amends.

The results of the comparative legal study demonstrate a higher level of protection against discrimination is available in all four states examined when compared to Switzerland. This has particular relevance in the context of EU Council Directive 2000/78/EC which establishes a general framework for equal treatment in employment and occupation for member states and specifically includes discrimination based on disability. The Directive requires member states to provide wide-reaching protection against discrimination in the application process, during employment and in terms of duration of employment and dismissal procedures.

Specifically:

- The legal, position on evidence is improved (substantiation of discrimination is sufficient)
- Direct and indirect discrimination is included
- Harassment is recognised a s a form of discrimination
- The employer has a duty to provide appropriate and practical measures to adapt the workplace to the disability, for example adapting premises and equipment, patterns of working time, the distribution of tasks or the provision of training or integration resources.
- Organisations representing those with disability are granted a right to file suit and member states must provide for effective sanctions

EU Council Directive 2000/78/EC recognises as a basic fact that that laws can only be effective when the individual is aware of and understands their rights and how to enforce them. This is demonstrated in the granting of the right to file suit to representative organisations. Additionally, the duty of member states to establish a social dialogue between employers and

employees as well as with NGO's is mooted to promote equality as a common project in which all social groups can and will participate.

Based upon our extensive analysis and inspired by the findings of our comparative study and the provisions under EU Council Directive 2000/78/EC, the study will put forward a new legal rules on Equality in the Workplace for Persons with Disabilities or Health-Related Incapacity. The law will prohibit direct and indirect discrimination on the basis of disability or health status in all phase of the working relationship (application, appointment, contract duration and dismissal). Effective sanctions will be provided as will a duty on the employer to benefit employees with disabilities or reduced capabilities caused by health problems.

Alternatively, the present shortcomings could be rectified by the extension of current legal protection afforded in the personal and data protection legislation (including extension to cover the application phase and the definition of stronger sanctions) as well as the statutory prohibition of unequal treatment in collective employers' insurance.

The stigmatisation and exclusion of persons with HIV/Aids in the workplace runs contrary to an effective policy to fight against HIV/Aids. The need for an effective policy for equal opportunities for persons with HIV/Aids as inherent part of a successful overall HIV/Aids policy is demonstrated worldwide. Discrimination against persons with HIV/Aids in the workplace constitutes a complex social challenge which cannot be met without the clear linkage to legal norms. Moreover, effective protection against discrimination cannot be achieved without the definition of appropriate norms as well as public campaigns to inform and sensitise the public.

Résumé

Les expériences des centres de consultation VIH et diverses études démontrent que les personnes vivant avec le VIH/sida continuent d'être discriminées dans le domaine du travail (discrimination dans l'accès à l'emploi, à la place de travail) alors même que les progrès réalisés en matière de traitement médical ont induit une meilleure capacité de travail et de gain de ces personnes.

Les résultats scientifiques exposés ci-après serviront de base de décision à l'Aide Suisse contre le Sida pour formuler des revendications politiques visant l'abolition des inégalités dans le domaine du travail. A cet effet, la protection contre la discrimination de personnes avec le VIH/sida dans le monde du travail a été examinée sous l'angle du droit, en Suisse et dans quatre autres pays (Allemagne, France, Grande Bretagne, Candana), dans des modules de recherche individuels, et les mesures actuelles visant à réduire la discrimination ont été identifiées et évaluées (pour la Suisse : « Communauté d'intérêts contre la discrimination des malades chroniques » et *www.workpostive.ch*).

Le « cycle de vie » d'un rapport de travail comporte cinq phases dont chacune peut donner lieu à un traitement discriminatoire : 1) au moment de la postulation, 2) lors de la conclusion du contrat de travail, 3) pendant le rapport de travail, 4) lors de la dissolution de ce rapport et 5) après son achèvement. On a pu constater à diverses reprises que les travailleurs séropositifs ne sont pas traités à pied d'égalité avec les autres travailleurs en raison de leur infection VIH dans les domaines du traitement des données personnelles, des assurances sociales et des motifs de licenciement. Les résultats des différents modules de recherche ont été condensés en une synthèse sur la situation juridique en Suisse.

La postulation, première phase du cycle de vie du rapport de travail, est la porte d'entrée dans la vie active. Or, il arrive que des candidats ne soient pas engagés en raison de leur statut VIH, soit parce que l'employeur a pour principe de ne pas embaucher de personnes avec le VIH/sida, soit parce qu'il craint des prestations moindres ou une incapacité de travailler de ces personnes. Certains employeurs font également valoir les intérêts de leurs clients pour justifier le non-engagement de candidats avec le VIH/sida. Utiliser le statut VIH comme critère d'embauche est dégradant et constitue une infraction grave contre l'intégrité psychique et sociale ; sans motif de justification, on se trouve en présence d'une atteinte à la personnalité (pour les engagements de droit privé) ou d'une violation des droits fondamentaux

(pour les engagements de droit public), qui donnent droit à une réparation ou à une indemnité pour tort moral. Une question directe ou indirecte sur le statut VIH est également une inégalité de traitement non justifiée. En principe, l'employeur n'a aucun droit d'être informé au sujet du statut VIH de ses employés.

Dans la phase de la conclusion du contrat, la discrimination de travailleurs avec le VIH/sida se manifeste principalement au niveau des conditions d'admission dans les assurances sociales. Si l'inégalité de traitement est exclue pour les assurances obligatoires (assurance-accidents, AVS et, selon le montant du salaire, LPP), il en va autrement pour les assurances facultatives : les travailleurs VIH-positifs sont admis avec réserve dans l'assurance indemnités journalières pour maladie et sont même exclus de l'assurance indemnités journalières selon la LCA. L'estimation de l'ampleur du risque est déterminante pour l'admission ou l'exclusion. L'emploi de l'infection VIH comme critère pour évaluer le risque d'assurance doit être examiné dans le contexte des progrès thérapeutiques et à la lumière d'un diagnostic VIH nuancé. C'est la seule façon d'établir si le diagnostic VIH constitue en soi une maladie justifiant une réserve ou est un motif admissible pour refuser une demande d'assurance.

Dans le cadre de ses activités de conseil, l'Aide Suisse contre le Sida a également eu connaissance quequle cas de discriminations de travailleurs séropositifs pendant le rapport de travail, sous de mobbing par des collègues et parfois aussi par l'employeur. En vertu de son devoir de respecter la personnalité et de protéger la santé du travailleur (art. 328 CO), l'employeur est tenu de mettre un terme au mobbing VIH/sida avec des mesures idoines de gestion des conflits. La divulgation par des collègues de données sur la santé d'une personne sans l'accord explicite de celle-ci est aussi une atteinte à la personnalité (droit de la protection des données personnelles) que l'employeur, toujours en vertu de l'art. 328 CO, est tenu d'empêcher. L'exercice discriminatoire du droit de donner des directives de la part de l'employeur (autrement dit : si l'employeur donne à un travailleur séropositif des tâches qui ne sont pas prévues dans le contrat de travail et qui entraînent une détérioration des conditions de travail) est réputé nul et l'employé peut refuser d'exécuter la directive. Finalement, ne pas tenir compte suffisamment de l'état de santé des travailleurs dans l'aménagement du poste de travail et du travail lui-même est une autre forme de discrimination qui constitue une enfreinte au devoir de l'employeur de protéger la santé de ses employés selon l'art. 328 CO.

Dans la phase de la dissolution du rapport de travail, la question se pose de savoir s'il est admis de licencier une personne au motif de son statut VIH-positif ou pendant une incapacité de travailler pour cause de maladie. Ou aussi, pour le formuler autrement, la crainte de futurs désagréments constitue-

t-elle un juste motif pour donner le congé ? Le paramètre décisif pour une activité professionnelle est l'aptitude médicale au travail du moment. Licencier une personne au motif de son infection VIH/sida est abusif, dès lors que la séropositivité est une raison inhérente à la personnalité de cette personne, qui ne peut être changée et qui n'a pas de lien avec l'aptitude professionnelle requise dans le contrat de travail. Donner le congé pendant une incapacité de travailler ou une absence pour cause de maladie est nul que pendant le délai de congé (art. 336c OR) ; à l'expiration de ce délai, l'employeur peut (re)donner le congé.

Après l'achèvement du rapport de travail, la discrimination de personnes avec le VIH/sida peut consister dans le fait que l'employeur transmette des données devant être protégées à de futurs employeurs potentiels, oralement ou par écrit, sans l'accord de la personne concernée. Cette violation de la personnalité doit être sanctionnée en vertu de la loi sur la protection des données.

Il ressort des résultats de l'étude qu'il n'existe pas, en Suisse, de protection spécifique contre la discrimination de personnes avec le VIH/sida, ni dans le doit privé du travail ni dans le droit public des personnes physiques. Cependant, ce type de discrimination tombe sous le coup de concepts de protection existants. Des lacunes demeurent néanmoins sur quelques points comme le mangue de la charge de la preuve en cas de non-engagement ou de congé abusif et le manque de sanctions dissuasives pour des comportements discriminatoires.

L'analyse des réglementations des quatre pays de comparaison en matière de protection contre les discriminations s'est avérée très utile. En effet, la Suisse peut en tirer d'importants enseignements sur le fonctionnement de ses instruments de protection contre la discrimination et sur les moyens d'améliorer ces instruments.

Pour la phase de la postulation, les dispositions légales canadiennes concernant le droit de poser des questions sur la santé sont particulièrement inéressantes : elles stipulent 1) que de telles questions ne sont admissibles que si l'état de santé est déterminant pour l'emploi en question et 2) que le candidat ne peut être soumis à un test de santé que si le poste lui a été déjà été octroyé par écrit. On trouvera une autre disposition pertinente dans le droit français, selon laquelle l'employeur, pour justifier d'une décision d'embaucher sur la base de l'état de santé, doit avoir confirmation par le médecin du travail de l'inadéquation du candidat pour l'emploi concerné. En Grande Bretagne, la *Disability Discrimination Act* (DDA) stipule explicitement que le VIH est assimilé à un « handicap ». Relevons tout particulièrement le fait que les quatre pays de comparaison prévoient un

allègement de la charge de la preuve dans leur législation sur la protection contre la discrimination.

Pour la phase de la conclusion du contrat de travail, la France, la Grande Bretagne et le Canada proposent des approches de solutions intéressantes pour prévenir les éventuelles discriminations à motif du VIH/sida dans le domaine des assurances sociales. Selon le droit français, l'assureur doit soit assurer l'ensemble du personnel dans le cade d'une assurance collective, soit alors refuser une couverture d'assurance. De même, selon la DDA anglaise, tous les travailleurs doivent être admis dans une assurance collective d'indemnités journalières ; les travailleurs avec le VIH/sida ne sont ainsi pas désavantagés par rapport aux autres travailleurs. La solution intermédiaire du Canada est également intéressante : une fois échue la protection salariale minimum (obligation pour l'employeur de continuer à verser le salaire), c'est une « disability insurance » privée qui prend le relais. Dans ce domaine, c'est le principe de la liberté contractuelle qui prévaut, comme dans le droit suisse d'ailleurs. Toujours est-il que la plupart des assureurs canadiens à long terme admettent les requérants dans l'assurance collective en dépit d'une maladie préexistante ; ils prévoient alors soit une suspension de la protection d'assurance pendant les 12 premiers mois soit un délai d'attente de 4 à 6 mois (le preneur d'assurance ne peut faire valoir le droit à des prestations que si le handicap/l'incapacité de travailler en raison du handicap a duré de 4 à 6 mois).

Pendant les rapports de travail, les quatre pays de comparaison interdisent le harcèlement et le mobbing. Le droit de ces pays stipule aussi explicitement que l'employeur doit prendre des mesures appropriées pour aménager le poste de travail et les activités professionnelles en fonction des travailleurs handicapés.

En France, en Grande Bretagne et au Canada, un licenciement pour cause de VIH/sida est réputé soit nul soit contraire au droit. En France, le travailleur congédié abusivement a deux options : il peut exiger le maintien du contrat ou alors sa résiliation dans les délais contractuels (sans obligation de travail). En Grande Bretagne, il a droit à une indemnité pour tort moral dont le montant n'est pas limité. Au Canada, l'employeur doit prendre des mesures anti-discriminatoires avec la commission compétente, rétablir le droit du travailleur concerné et réparer le dommage ou verser une indemnité pour tort moral. Par contre, en Suisse, le congé abusif est exécutoire et donne droit tout au plus à la réparation et à une indemnité pour tort moral de six salaires mensuels au maximum.

Les résultats de l'étude montrent que, comparés au droit suisse, les ordres juridiques des quatre autres pays offrent un niveau de protection supérieur contre la discrimination. Mentionnons plus spécialement, dans le contexte du

droit européen, la « Directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail » en vertu de laquelle les États membres doivent protéger le travailleur contre la discrimination, notamment en raison d'un handicap, lors de la postulation, de l'embauche, des relations de travail et en cas de licenciement. La directive 2000/78/CE statue sur plusieurs éléments cruciaux :

- elle améliore la situation concernant la charge de la preuve (il suffit que la personne s'estimant lésée rende vraisemblable la discrimination) ;
- elle donne une définition de la discrimination directe et de la discrimination indirecte ;
- elle considère le harcèlement comme une forme de discrimination ;
- elle établit que l'employeur (aussi à l'embauche) doit prendre des mesures appropriées pour les travailleurs handicapés (aménagement du poste de travail, etc.) ;
- elle habilite les associations (d'entraide) de personnes handicapées à engager une procédure ;
- elle met en devoir les États membres de mettre en place des sanctions efficaces.

La directive 2000/78/CE part du principe que les lois ne sont efficaces que si les gens connaissent leurs droits et savent comment les faire valoir. L'ancrage du droit des associations d'engager une procédure est une émanation de ce principe. Pareillement, le devoir des États membres de prendre des mesures appropriées pour favoriser le dialogue entre les partenaires sociaux, ainsi qu'avec des organisations non gouvernementales, se fonde sur l'idée que la réalisation de l'égalité de traitement est une tâche à laquelle tous les groupes de la société doivent et peuvent participer

Partant de notre analyse et des résultats de la comparaison du droit appliqué dans les pays étudiés et de la directive 2000/78/CE, l'étude propose des nouvelles dispositions légales pour l'égalité des hommes et des femmes ayant un handicap ou dont la capacité de travail est restreinte pour des raisons de santé dans le cadre d'un rapport de travail. Celles interdisent la discrimination directe et indirecte pour cause d'un handicap ou d'un état de santé dans toutes les phases du rapport de travail (postulation, embauche, durée du contrat de travail, licenciement). Elle prévoit notamment des sanctions efficaces ainsi que l'obligation pour l'employeur d'aménager le poste de travail en fonction du handicap ou de la personne dont la capacité de travail est restreinte pour des raisons de santé.

La solution alternative pour corriger les déficiences constatées serait de compléter les législations sur la protection des travailleurs et sur la protection des données (entre autre en étendant leur champ d'application à la phase de la

postulation et en fixant des sanctions plus sévères) et de prononcer l'interdiction de discriminer dans les assurances sociales collectives.

La stigmatisation et la marginalisation de personnes avec le VIH/sida dans le monde du travail entravent le travail dans le domaine VIH/sida. Une chose est sûre, tous pays confondus : l'égalité des chances pour les personnes avec le VIH/sida est primordiale pour une stratégie VIH/sida efficace. La discrimination de personnes avec le VIH/sida dans le domaine du travail est un phénomène social complexe. Légiférer ne suffit pas. Hormis des normes légales anti-discriminatoires, un travail soutenu d'information et de sensibilisation demeure indispensable.

Riassunto

Dalle esperienze dei consultori HIV/Aids e da vari studi condotti emerge che, per quanto riguarda l'accesso al lavoro e alla quotidianità lavorativa, le persone con HIV/Aids sono discriminate, nonostante i progressi nei trattamenti medici e i miglioramenti a livello di capacità lavorativa e professionale.

I presenti risultati di Aiuto Aids Svizzero sono da intendersi come basi decisionali per le rivendicazioni politiche dell'istituzione nella lotta volta all'eliminazione delle disparità costatate nel mondo del lavoro. A tale scopo, in alcuni moduli di ricerca delle scienze legali si è proceduto all'analisi della protezione contro la discriminazione sia in Svizzera che in quattro altri paesi (Germania, Grande Britanna e Canada) confronto, identificando e valutando le misure introdotte finora per ridurre la discriminazione di persone con HIV/Aids nel mondo del lavoro („www.workpostive.ch“ e „IG Benachteiligung“).

Nel ciclo di vita di un rapporto di lavoro sono state identificate cinque fasi in cui si manifestano discriminazioni: il processo di candidatura, il momento della stipulazione del contratto, il periodo del rapporto di lavoro, il momento della risoluzione del rapporto di lavoro e la fase postcontrattuale. I lavoratori e le lavoratrici sieropositivi sono trattati secondo criteri diversi da quelli applicati per gli altri lavoratori, per via della loro infezione da HIV. Tale disparità si riscontra nel trattamento dei dati personali, nella stipulazione di una polizza di assicurazione per il lavoratore o in caso di licenziamento motivato dall'infezione da HIV. I risultati dei singoli moduli di ricerca sono stati integrati in una sintesi sulla situazione giuridica in Svizzera.

La procedura di candidatura rappresenta l'inizio del ciclo di vita del rapporto lavorativo ed è decisiva per l'accesso al mondo del lavoro. Nella procedura di candidatura si verificano tuttavia casi di nonassunzione per via dell'infezione da HIV, sia perché il datore di lavoro non vuole assumere persone affette da HIV/Aids, sia perché teme una prestazione limitata o addirittura un'inabilità al lavoro. E infine, per giustificare la mancata assunzione per motivi correlati a HIV/Aids, si richiamano gli interessi dei clienti. Il fatto di correlare la decisione di assunzione allo status di sieropositività è di per sé un atto denigratorio e una grave lesione dell'integrità psicosociale; indipendentemente dalle giustificazioni si è dunque in presenza di una lesione della personalità (nel caso di assunzioni rette dal diritto privato) o di una violazione dei diritti fondamentali (nel caso di assunzioni di diritto pubblico), da cui scaturiscono diritti al risarcimento dei danni e alla riparazione morale. Anche il fatto di chiedere direttamente o indirettamente al soggetto

informazioni relative all'infezione da HIV costituisce una disparità di trattamento. Di norma, il datore di lavoro non ha il diritto di conoscere lo status dell'infezione HIV/Aids.

La fase della stipulazione del contratto è caratterizzata in particolare da disparità di trattamento dei lavoratori e delle lavoratrici con HIV/Aids risultanti dalle condizioni di affiliazione alle assicurazioni per i lavoratori. Per quanto riguarda la subordinazione obbligatoria all'assicurazione contro gli infortuni, all'AVS e, a seconda del salario, anche alla previdenza professionale, la disparità di trattamento è esclusa. Le assicurazioni facoltative per i lavoratori prevedono invece un'affiliazione con riserva nel caso delle assicurazioni di indennità giornaliera ai sensi della LAMal (Legge sull'assicurazione malattia) e addirittura il rifiuto totale della domanda di affiliazione per via dell'infezione da HIV nel caso delle assicurazioni di indennità giornaliera ai sensi della LCA (Legge sul contratto di assicurazione). Un elemento determinante in tale processo di affiliazione, o meglio di esclusione, indiscriminata è costituito dalla stima dell'ammontare del rischio assicurativo. La misura in cui l'infezione da HIV da sola sia tuttavia adatta a fungere da criterio per stimare il rischio assicurativo andrebbe valutata nel contesto dei progressi terapeutici e alla luce della diagnostica HIV/Aids circostanziata. Solo in tal modo si può decidere se la diagnosi da HIV/Aids da sola basti a costituire una malattia che legittima la formulazione di riserve o una ragione ammissibile per rifiutare una domanda di assicurazione.

A riguardo della discriminazione durante il rapporto di lavoro, in base all'attività di consulenza di Aiuto Aids Svizzero sono noti casi di discriminazione sotto forma di mobbing ad opera di collaboratori, in parte addirittura spalleggiati dai datori di lavoro. In virtù del suo obbligo di protezione della personalità e della salute ai sensi dell'art. 328 CO, il datore di lavoro è tenuto per legge a sopprimere il mobbing per HIV/Aids mediante una valida gestione dei conflitti. Anche il passare a terzi dati relativi alla salute dei collaboratori, senza previo consenso degli stessi, costituisce una violazione della privacy e della personalità, che il datore di lavoro è tenuto ad evitare giusta l'art. 328 CO. Un esercizio discriminatorio del diritto di impartire istruzioni da parte del datore di lavoro, ad esempio nel caso in cui ad un lavoratore sieropositivo è affidata per motivi legati all'HIV/Aids una mansione non prevista concretamente nel contratto di lavoro che porti ad un peggioramento delle condizioni di lavoro, non ha alcun effetto legale ed è dunque da considerarsi nullo. In altre parole, il lavoratore può rifiutarsi di osservare la direttiva. Infine, anche la scarsa considerazione dello stato di salute nell'ambito dell'organizzazione del lavoro e della sistemazione del posto di lavoro costituisce una forma di discriminazione, che rappresenta una

violazione del dovere del datore di lavoro di tutelare la salute del lavoratore nell'azienda ai sensi dell'art. 328 CO.

Nella fase della conclusione del rapporto di lavoro si pone la domanda se il contratto può essere disdetto per via dell'infezione da HIV di per sé o durante un periodo di inabilità al lavoro per malattia. Oppure se gli inconvenienti temuti per il futuro costituiscano un motivo valido per giustificare un licenziamento. Per l'attività professionale è determinante l'idoneità medica. Addurre l'HIV/Aids come motivo di licenziamento è abusivo, perché il licenziamento si riferisce ad una caratteristica personale che non è modificabile e che non è correlata all'abilità professionale richiesta dal contratto di lavoro. Il licenziamento durante un periodo di inabilità o assenza dal lavoro per malattia è nullo solo durante il cosiddetto periodo di protezione (art. 336c CO). Decorso tale periodo, il datore di lavoro può pronunciare (nuovamente) il licenziamento.

Dopo la conclusione del rapporto di lavoro, la disparità di trattamento per via di HIV/Aids consiste nel fatto che il datore di lavoro passa oralmente o per iscritto l'informazione tutelata ai sensi della protezione dei dati ad un futuro potenziale datore di lavoro, senza chiedere prima il consenso del lavoratore in questione. La violazione della tutela della personalità va sanzionata ai sensi della Legge sulla protezione dei dati.

I risultati degli studi dimostrano che né nel diritto del lavoro privato, né nel diritto pubblico delle persone esiste una protezione specifica contro la discriminazione per HIV/Aids. Le costellazioni di discriminazione per HIV/Aids tipiche possono tuttavia essere assimilate ai concetti di protezione già esistenti. Le lacune si individuano por esempio nella mancanza di facilitazione dell'onere della prova, sia in caso di nonassunzione, sia in caso di licenziamento per disdetta abusiva et nella mancanza di sanzioni deterrenti conseguenti al comportamento discriminatorio.

L'analisi della protezione contro la discriminazione nei paesi a confronto è molto informativa visto che permette di individuare in un paese o nell'altro delle normative che si presterebbero per la Svizzera in quanto possibili fattori chiave per un funzionamento efficace della protezione contro la discriminazione.

Nella procedura di candidatura, uno dei „punti forti" è stato reperito nella normativa canadese sul diritto di porre domande relative allo stato di salute. Da un lato le domande relative alla salute sono ammissibili solo se lo stato di salute è determinante per la prestazione lavorativa richiesta e dall'altro lato i test di salute possono essere condotti soltanto se il posto di lavoro è già stato offerto per iscritto al lavoratore. Un altro spunto proviene dalle leggi francesi. Per sanzioni decise sulla base dello stato di salute, il datore di lavoro francese necessita di un attestato di inabilità rilasciato dal medico del lavoro. In Gran

Bretagna, il Disability Discrimination Act (DDA) prevede esplicitamente che l'HIV/Aids è compreso tra i criteri di handicap. Nel raffronto con la situazione in Svizzera spicca il fatto che in tutti e quattro i paesi a confronto la protezione contro la discriminazione prevede l'elemento processuale della facilitazione dell'onere della prova.

Nella fase di stipulazione del contratto di lavoro, Francia, Canada e Gran Bretagna offrono approcci risolutivi molto interessanti per affrontare le eventuali discriminazioni per HIV/Aids nel settore delle assicurazioni per i lavoratori. In Francia, la legge impone all'assicuratore di assicurare l'intero effettivo del personale nell'ambito di un'assicurazione collettiva o di rifiutare l'assicurabilità dei lavoratori in generale. Anche sulla base del DDA inglese, l'affiliazione ad un'assicurazione collettiva di indennità giornaliera è subordinata all'accettazione di tutto l'effettivo dei collaboratori. I lavoratori con HIV/Aids non sono penalizzati rispetto agli altri collaboratori. È interessante anche la soluzione intermedia dei canadesi. Dopo un periodo di continuazione del pagamento del salario, che come tale costituisce una protezione minima, le prestazioni di assistenza vanno rivendicate presso le „disability insurances" private. Qui, in linea di massima, vige la libertà di contratto, così come è prevista dal diritto svizzero. Nell'ambito dell'assicurazione collettiva a lunga scadenza, tuttavia, la maggior parte degli assicuratori accetta i richiedenti malgrado una malattia preesistente. Gli assicuratori si tutelano o con una sospensione della protezione assicurativa durante i primi 12 mesi o con un periodo di attesa. Tale periodo di attesa è da intendersi nel senso che la persona assicurata può far valere le sue pretese di assistenza solo se l'handicap/l'inabilità al lavoro per handicap perduri da almeno quattro-sei mesi.

Durante il rapporto di lavoro, tutti e quattro i paesi a confronto prevedono un divieto di molestie („morali"). Negli stati in questione è espressamente disciplinato anche il fatto che per i lavoratori portatori di handicap il datore di lavoratore deve prendere provvedimenti adeguati durante il lavoro e sul posto di lavoro.

In Francia, Gran Bretagna e Canada un licenziamento per HIV/Aids è considerato nullo o illegale. La Francia offre alla persona vittima di un licenziamento abusivo una possibilità di scelta: mantenimento del contratto di lavoro o scioglimento del contratto di lavoro mediante regolare disdetta (Salario senza obbligo de lavoro). In Gran Bretagna vige il diritto al risarcimento dei danni, senza limitazione dell'ammontare, e in Canada il datore di lavoro deve adottare, assieme alla commissione competente, misure per evitare comportamenti discriminatori, riconcedere al lavoratore interessato i diritti di cui è stato privato e risarcirlo per danni fisici e morali. In Svizzera, invece, il licenziamento abusivo è legalmente valido e fa

scaturire al massimo un risarcimento dei danni non superiore a sei mensilità più un'indennità a titolo di riparazione morale.

I risultati dell'analisi comparativa della situazione legale evidenziano in ognuno degli ordinamenti giuridici un livello di protezione anti-discriminazione più alto rispetto a quello vigente in Svizzera. Nel contesto europeo la Direttiva 2000/78/UE riveste un'importanza fondamentale. Essa definisce per gli stati membri delle disposizioni quadro vincolanti per combattere la discriminazione nei rapporti di lavoro (p.es. per motivi connessi ad un handicap). In virtù della Direttiva 2000/78/UE i paesi aderenti si impegnano a garantire un'ampia protezione contro la discriminazione per quanto attiene a candidatura, assunzione, durata e disdetta del contratto. Questo in particolare attraverso:

- il miglioramento della situazione vigente a riguardo dell'onere della prova (è sufficiente rendere credibile l'esistenza di un atto discriminatorio),
- la rilevazione di atti discriminatori diretti e indiretti,
- la definizione di molestia in quanto forma di discriminazione,
- l'obbligo del datore di lavoro di attuare „provvedimenti adeguati" per i lavoratori portatori di handicap (anche al momento dell'assunzione),
- la concessione del diritto di promuovere azioni legali alle organizzazioni (di autoaiuto) di portatori di handicap e l'obbligo degli stati aderenti a predisporre sanzioni efficaci.

La Direttiva 2000/78/UE si basa sulla premessa che le leggi sono efficaci solo se le persone conoscono i propri diritti e sanno come rivendicarli. Ciò è dimostrato anche dal radicamento del diritto delle associazioni di adire le vie legali. Anche l'obbligo degli stati membri di stabilire un dialogo sociale fra datore di lavoro e lavoratori, nonché fra le organizzazioni non governative, è retto dal principio che l'applicazione della parità di trattamento è un compito cui devono e possono partecipare tutti i gruppi della società.

Sulla scorta della nostra analisi approfondita e ispirati dai risultati dell'esame comparativo della situazione legale, nonché dalla Direttiva 2000/78/UE, nello studio presentiamo nuove disposizioni legali ove diposione legale per la parità di trattamento di portatori di handicap o persone con limitazioni di salute nel rapporto di lavoro. La legge vieta la discriminazione diretta o indiretta per motivi inerenti all'handicap o allo stato di salute in ognuna delle fasi del rapporto di lavoro (candidatura, assunzione, durata contrattuale, disdetta). Oltre a sanzioni efficaci è prevista l'introduzione dell'obbligo legale per il datore di lavoro di attuare provvedimenti adeguati a favore dei lavoratori portatori di handicap o limitati nella loro attività professionale per motivi di salute.

In alternativa, le lacune individuate possono essere colmate attraverso integrazione e complemento della protezione dei dati e della protezione della personalità sancite dal contratto di lavoro (fra l'altro estensione alla fase di candidatura, definizione di un quadro di sanzioni più rigido), nonché attraverso l'istituzione del divieto della disparità di trattamento nelle assicurazioni collettive per i lavoratori.

La stigmatizzazione e l'emarginazione di persone con HIV/Aids nel contesto lavorativo sono in contrasto con una lotta efficace contro HIV/Aids. A livello mondiale si evidenzia che una politica della pari opportunità per persone con HIV/Aids costituisce parte integrante di ogni strategia HIV/Aids volta al successo. La discriminazione HIV/Aids nel contesto di lavoro delle persone colpite costituisce un fenomeno sociale di grande complessità. Per affrontarlo e superarlo non bastano norme e disposizioni giuridiche. Per essere veramente efficace, la protezione contro la discriminazione, oltre alle leggi contro la discriminazione, necessita di attività e iniziative di informazione e sensibilizzazione.

Abkürzungsverzeichnis

a.M.	anderer Meinung
Abs.	Absatz
aBV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
ACAS	Advisory, Conciliation, and Arbitration Service
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AGIRC	Association Générale des Institutions de Retraite des Cadres
AHP	Anhaltspunkt
AHS	Aids Hilfe Schweiz
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AHVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (SR 831.10)
Aids	Aquired immune deficiency syndrom
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (St. Gallen)
ALV	Arbeitslosenversicherung
Amtl. Bull.	Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbR	Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht
ARC	AIDS-related complex
ArG	Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz), (SR 822.11)
ArGV	Verordnung zum Arbeitsgesetz
ARRCO	Association des Régimes de Retraite Complémentaires
Art.	Artikel
ARV	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ASIP	Schweizerischer Pensionskassenverband
ATSG	Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (SR 830.1)
Aufl.	Auflage
AVG	Arbeitsvermittlungsgesetz
AVIG	Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (SR 837.0)
AVIV	Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung vom 31. August 1983 (Arbeitslosenversicherungsverordnung) (SR 837.02)
BAG	Bundesamt für Gesundheit

BGAGE	Bundesgesetz über die Gleichstellung im Arbeitsverhältnis von Menschen mit gesundheitlichen Einschränkungen
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BehiG	Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (SR 151.3)
BehiV	Verordnung über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen vom 19. November 2003 (SR 151.31)
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BE PG	Personalgesetz des Kantons Bern. In Kraft seit 1. Juli 2005
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
Bger	Bundesgericht
BGSA	Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit vom 17. Juni 2005 (SR 822.41)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
BMGS	Deutsches Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung
BMBF	Bundesministerium für Bildung und Forschung
BPG	Bundespersonalgesetz
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (SR 172.056.1)
BPV	Bundesamt für Privatversicherung
BRV	Verordnung des Bundesrates
Bst.	Buchstabe
BSV	Bundesamt für Sozialversicherung
Bsw.	Beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVG	Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (SR 831.40)
BverfG	Bundesverfassungsgericht
BVV	Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 18. April 1984 (SR 831.441.1)
BzgA	Bundeszentrale für Gesundheitliche Aufklärung (Köln, Deutschland)
Bzw.	beziehungsweise
CANFAR	Canadian Foundation for AIDS Research
CEDAW	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women
CH	Schweiz
CHRA	Canadian Human Rights Act
CLC	Canadian Labor Code
CMA	Canadian Medical Association

CN	Canada
CPP	Canada Pension Plan
CSHA	Canadian Strategy on HIV/AIDS
CWGHR	Canadian Working Group on HIV and Rehabilitation
D	Deutschland
DAH	Deutsche Aids-Hilfe
DDA	Disability Discrimination Act 1995
Deza	Direktion für Entwicklungszusammenarbeit
DFG	Deutsche Forschungsgemeinschaft
DIGMA	Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit (Zürich)
Diss.	Dissertation
Doc.	Dokument
DRFT	Disability Rights Task Force
Dr.	Doktor
Dr. h.c.	Doktor honoris causae
DSG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (SR 235.1)
DuR	Demokratie und Recht (Hamburg)
EC	European Community
ECOSOC	Economic und Social Council
ECSR	European Committee of Social Rights
Ed.	Edition
EDMZ	Eidgenössische Drucksachen- und Materialzentrale
EDSB	Eidgenössischer Datenschutzbeauftragter
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EIA	Employment Insurance Act
eidg.	eidgenössisch
EI	Employment Insurance
EIR	Employment Insurance Regulations
EKAF	Eidgenössische Kommision für Aidsfragen
EL	Ergänzungsleistungen
ELG	Bundesgesetz vom 19. März 1965 über Ergänzungsleistungen zur AHV und IV (SR 831.30)
EKAF	Eidgenössische Kommission für Aidsfragen
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)
EpiG	BG vom 18. Dezember 1970 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (SR 818.101)
Erw.	Erwägung
ESC	Europäische Sozial Charta
ESDB	Eidgenössischer Datenschutzbeauftragter

ETH-Rat	Rat der Eidgenössischen Technischen Hochschulen
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift (Kehl am Rhein)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVG	Eidgenössisches Versicherungsgericht, Luzern
Evtl.	Eventuell
EUV	Europäischer Vertrag (Vertrag von Maastricht)
f./ff.	und folgende (Seite/Seiten)
FDK	Internationales Überienkommen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau
Fn	Fussnote
Fr.	(Schweizer) Franken
FRI	Feministisches Rechtsinstitut
FZG	BG vom 17. Dezember 1993 über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (SR 831.42)
FZR	Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung
FZV	Verordnung über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsverordnung) vom 3. Oktober 1994 (SR 831.425)
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
GdB	Grad der Behinderung
GewO	Gewerbeordnung (RGBl 1869, 245) vom 1.4.1983
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GLG	Bundesgesetz über die Gleichstellung von Mann und Frau (Gleichstellungsgesetz) vom 24. März 1995 (SR 151.1)
GUMG	Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen
h.L.	herrschende Lehre
HAART	Hochaktive antiretrovirale Therapie
Halbbd.	Halbband
HaVe	Zeitschrift für Haftpflicht und Versicherung
HCV	Hepatitis C Virus
HIV	Human immunodeficiency virus
HR-Strategie	Strategie zur Umsetzung der neuen Personalpolitik in der Bundesverwaltung (HR-Strategie Bund), verabschiedet 19.11.2003
HRQ	Human Rights Quarterly (Baltimore, U.S.A.)
Hrsg.	Herausgeber
IAA	Internationles Arbeitamt
IAK	Internationale Arbeitskonferenz
IAO Ü	Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation
IAO	Internationale Arbeitsorganisation
ICCPR	International Convent on Civil and Political Rights

ICERD	International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination
ICIDH	International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps
IDAGEN	Interdepartementale Arbeitsgruppe für Gentechnologie
IFC	International Classification of Funktioning, Disabilities and Health
IG	Interessensgemeinschaft
IGH	Internationaler Gerichtshof
ILC	International Labour Conference
ILO	International Labour Organisation
IPbpR	Internationaler Pakt über über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.1)
IPwskR	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. Dezember 1966 (SR 0.103.2)
i.S.v.	in Sachen von
IV	Invalidenversicherung
iv	intravenös
IVG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (SR 831.20)
i.V.m.	in Verbindung mit
IVV	Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (SR 831.201)
JAR	Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrechts (Bern)
KRK	Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (SR 0.107)
KschG	Kündigungschutzgesetz
KUVG	Bundesgesetz vom 13. Juni 1911 über die Kranken- und Unfallversicherung (SR 832.10, aufgehoben durch das KVG und das UVG)
KVG	BG vom 13. Juni 1911 über die Krankenversicherung (SR 832.10)
KVL	Verordnung vom 29. September 1995 über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Krankenpflege-Leistungsverordnung) (SR 832.112.31)
KVV	Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (SR 832.102)
LAS	Lymphadenopathie Syndrom
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
lic. iur.	licentiatus iuris
lit.	Buchstabe
LPA	Les Petites Affiches
LSVD	Lesben- und Schwulenverband Deutschland
LTD	Long-term disability benefits
M&A	Merger and Acquisition
max.	maximal

m.E.	meines Erachtens
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law (Maastricht)
MSM	Männer die Sex mit Männer haben
MVG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über die Militärversicherung (SR 833.1)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note, Randnote
NAB	Nationaler Aidsbeirat
NAP	Nationale Aidsprogramme
NF	Nationalfond
NAV	Normalarbeitsvertrag
NGO	Non-Goverment Organisation
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München/Frankfurt a.M.)
no.	Nummer
Nr.	Nummer
NRO	Nicht Regierungsorganisation
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
o.ä.	oder ähnlich
OECD	Office of Community and Economic Development
öff.	öffentlich
OG	BG vom 16.12.1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (SR 173.110)
OIT	Organização Internacional do Trabalho / Organización Internacional del Trabajao, siehe. ILO
OJ	Loi fédérale du 16.12.1943 vgl. OG
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR 220)
P^{+}IPS	Positives Integrationsprojekt Schweiz
PIPEDA	Personal Information Protection and Electronic Documents Act
PKB	Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Pensionskassen (SR 172.222.0)
PKBV	Verordnung über die Versicherung im Kernplan der Pensionskasse des Bundes (SR 172.222.034.1)
pp.	pages
Pra	Die Praxis des Bundesgerichtes
RAV	Regionales Arbeitsvermittlungszentrum
RdA	Recht der Arbeit
RDK	Internationales Überienkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassismus
rev.	Revised
RGB1	Das Reichsgesetzblatt (= amtliche Verkündungsblatt des Deutschen Reiches von 1871 bis 1945)
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft (Frankfurt)
RKI	Robert Koch-Institut

RKUV	Revue der Kranken- und Unfallversicherung, Rechtsprechung und Verwaltungspraxis, hrsg. vom BSV (früher RSKV)
RL	Richtlinie
RSKV	Krankenversicherung, Rechtsprechung und Verwaltungspraxis, hrsg. vom BSV (heute RKUV)
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (SR 172.010)
Rz	Randziffer
S.	Seite
SBB	Schweizer Bundesbahnen
Seco	Staatssekretariat für Wirtschaft
SGB	Sozialgesetzbuch
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SKOS	Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe
sog.	sogenannt
Soz. Vers.	Soziale Versicherung
SPR	Schweizerisches Privatrecht
SR	Systematische Rechtssammlung des Bundes
SRG	Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft
St.	Sankt
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
STI	Sexual Tansmitted Infections (sexuell übertragbare Infektionen)
SVA	Entscheidungen schweizerischer Gerichte in privaten Versicherungsstreitigkeiten, hrsg. vom BPV
SVV	Schweizerischer Versicherungsverband
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge (Bern)
THT	Terrence Higgins Trust
Tlbd.	Teilband
Ü	Übereinkommen
u.a.	und andere, unter anderem (anderen)
UK	United Kingdom
UKC	UK Coalition for People living with HIV and Aids
UNALS	Union nationale des associations de lutte contre le sida
UN	United Nations
UNO	United Nations Organisation
UNO Pakt I	siehe IPbpR
UNO Pakt II	siehe IpwskR
URL	Uniform Resource Locator (world wide web address)
USA	Vereinigten Staaten von Amerika
usw.	und so weiter
UVG	Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung (SR 832.20)

UVV	Verordnung vom 20. Dezember 1982 über die Unfallversicherung (SR 832.202)
v. / vs.	gegen
VAG	Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen (SR 961.01)
VD PG	Loi sur le personnel du canton de Vaud / Personalgesetz des Kantons Waadt
VDSG	Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz vom 14. Juni 1993 (SR 235.11)
VerfR	Verfassungsrecht
VG	Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten vom 14. März 1958 (SR 170.32)
vgl.	vergleiche
VIH/SIDA	siehe HIV bzw. Aids
VO	Verordnung
Vol.	volume / Volumen
VBP	(Seite 125 =Footnote184)
Vgr.	(Seite 124 =Footnote 198)
VR	Völkerrecht
VUV	Verordnung über die Verhütung von Berufsunfällen vom 19. Dezember 1983 (SR 832.39)
VVG	BG vom 7. April 1908 über den Versicherungsvertrag (SR 221.229.1)
VwVG	BG vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021)
WHO	Weltgesundheitsorganisation
WoZ	Die Wochenzeitung
WVK	Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (SR 0.111)
www	World Wide Web
z.B.	zum Beispiel
ZAK	Zeitschrift für die Ausgleichskasse der AHV (1993 ersetzt durch CHSS)
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (Bern)
ZBl	Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht (Berlin)
ZeSo	Zeitschrift für Sozialhilfe (Monatsschrift für Sozialhilfe. Beiträge und Entscheide aus den Bereichen Fürsorge, Sozialversicherung, Jugendhilfe und Vormundschaft). Offizielles Organ der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe.
ZH PG	Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonal des Kantons Zürich
ZeuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (Beck Verlag)
ZfSH/SGB	Sozialrecht in Deutschland und Europa
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
zit.	zitiert
ZSR	Zeitschrift für Sozialreform (Kassel)

z.T.	zum Teil
zugl.	zugleich
zw.	zwischen

Literaturverzeichnis

ACKERMANN IRENE, DONNOLI ROSANNE, HIV in der Arbeitswelt – Integrationsprobleme und Handlungsoptionen, Bern, 2005.

AEBI MÜLLER REGINA E., Die "Persönlichkeit" im Sinne von Art. 28 ZGB, in: Festschrift Heinz Hausheer, Bern 2002, S. 99-116.

AMADIEU JEAN-FRANCOIS, Enquête « Testing » sur CV, Paris 2005.

AMON JOSEPH, Preventing the Further Spread of HIV/AIDS. The Essential Role of Human Rights, in: Human Rights Watch, Bericht 2006, Quelle: http://hrw.org/wr2k6/hivaids/index.htm (17.11.06).

ARIOLI/ FURRER, Die Anwendung des Gleichstellungsgesetzes auf öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse, Helbing & Lichtenhahn 1999.

AHRENDT MARTINA, Der Kündigungsschutz bei Arbeitsverhältnissen in Frankreich, Baden-Baden 1995.

ASCHEID REINER, zu § 340 KSchG, in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Dietrich/Müller-Glöge/Preis/Schaub (Hrsg.), 4. Aufl., 2004 (zit. § 340 KSchG).

AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionel suisse, Volume 2, Les droits fondamentaux, Bern 2000.

BAER SUSANNE, Report on Measures To Combat Discrimination, Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC, Country Report Germany, 21.02.2005.

BARON/OMARJEE, Droit du travail: L'influence du droit communautaire sur les divisions du droit travail francais, Les Petit Affiches (LPA), 2004, S. 171-174.

BARTH BEAT, Die Änderungskündigung im Arbeitsrecht, Diss. Basel 1990.

Bartolomei de la Cruz/von Potobsky/Swepston, The International Labor Organization, WestviewPress, 1996.

BELL MARK, Anti-Discrimination Law and the European Union, Oxford 2002.

Bericht der Bundesregierung über die Lage behinderter Menschen und die Entwicklung ihrer Teilhabe, Drucksache 15/4575, 2004 (zit. Bericht der Bundesregierung).

BERRIDGE VIRGINIA, Aids in the UK – the making of a policy, 1981-1994, Oxford 1996.

BERTHOU KATELL, The Issue of the Voile in the Workplace in France: Unveiling Discrimination, The International Journal of Comparative Labour and Industrial Relations, Volume 21/2, 2005, S. 281-320.

BERTSCHI MARTIN, Auf der Suche nach dem einschlägigen Recht im öffentlichen Personalrecht. Das Heranziehen ergänzend anwendbarer Normen, besonders des Obligationenrechts, ZBL 2004, S. 617-643.

BIEBER/EPINEY/HAAG, Die Europäische Union: Europarecht und Politik, 6. Aufl., Baden-Baden 2005.

BIRENBAUM/PORTER, Right to Adjudication under the Canadian Human Rights Act and How to Remedy it, Department of Justice Canada, Quelle: http://www.justice.gc.ca/chra/en/screen2.html (13.02.06).

BLÜTHNER ANDREAS, Welthandel und Menschenrechte in der Arbeit, Studien zum internationalen, europäischen und öffentlichen Recht , Bd. 14, Frankfurt a.M., Bern 2004.

BÖHMERT SABINE, Das Recht der ILO und sein Einfluss auf das deutsche Arbeitsrecht im Zeichen der europäischen Integration, Nomos 2001.

BÖHRINGER PETER, Arbeitsrecht. Ein Lehrgang für die Praxis, 2. überarbeitete Auflage, Zürich 2001.

BRUDNER ALAN, The Domestic Enforcement of International Covenants on Human Rights: A Theoretical Framework, University of Toronto Law Journal, vol. 35, no. 3, 1985, S. 219-254.

BRÜHWILER JÜRG, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Zentralverband schweizerischer Arbeitgeber-Organisation (Hrsg.), 2. vollständig überarbeitete Aufl., Bern, Stuttgart, Wien 1996 (zit. Kommentar).

BRÜHWILER JÜRG, Obligatorische berufliche Vorsorge, in: Heinrich Koller et al., Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht – Soziale Sicherheit (Meyer-Blaser Ulrich), Basel 1998, S. 1-81 (zit. Vorsorge).

BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3. Aufl., Lausanne 2004.

BRUPBACHER STEFAN, Fundamentale Arbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation. Eine Grundlage der sozialen Dimension der Globalisierung, Bern 2002.

BUNDESAMT FÜR ARBEIT UND SOZIALES, Das Gesetz zur Gleichstellung behinderter Menschen – Ein Beitrag zur Umsetzung des Benachteiligungsverbotes im Grundgesetz, Januar 2006, Quelle: http://www.bmas.bund.de/BMAS/Navigation/Service/publikationen,did=101242.html (24.04.06) (zit. Gleichstellung).

BUNDESAMT FÜR ARBEIT UND SOZIALES, Entgeltfortzahlung bei Krankheit und an Feiertagen, 2006 (zit. Entgeltfortzahlung).

BUNDESMINISTERIUM FÜR ARBEIT UND SOZIALES, Anhaltspunkte für die ärztliche Gutachtertätigkeit, Juni 2005 (zit. Anhaltspunkte).

BUNDESMINISTERIUM FÜR ARBEIT UND SOZIALES, SGB IX Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, Quelle: http://www.bmas.bund.de/BMAS/Redaktion/Pdf/SGB-IXRehabilitation-und-Teil-550 (05.07.06) (zit. Rehabilitation und Teilhabe).

BUNDESMINISTERIUM FÜR GESUNDHEIT UND SOZIALE SICHERUNG, HIV/AIDS-Bekämpfungsstrategie der Bundesregierung, Juli 2005.

CAMASTRAL CLAUDIA, Grundrechte im Arbeitsverhältnis, Chur/Zürich 1996.

CAMPRUBI MADELEINE, Kontrahierungszwang gemäss BGE 129 III 35: ein Verstoss gegen die Wirtschaftsfreiheit. Zugleich ein Beitrag zur Diskussion über die Grundrechtsbindung von öffentlichen Unternehmen, AJP/PJA 2004, S. 384-404.

CANADIAN HIV/AIDS LEGAL NETWORK, Support for Survival: Barriers to Income Security for People Living with HIV/Aids and Directions for Reform, 2003-2005 (zit. Support for Survival).

CANADIAN HIV/AIDS LEGAL NETWORK, Privacy Protection and the Disclosure of Health Information: Legal Issues for People Living with HIV/Aids in Canada, 2002-2004 (zit. Privacy).

CAPLAZI/NAGUIB, Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung in der Arbeitswelt trotz Vertragsfreiheit. Ein Diskussionsbeitrag zur Frage der Notwendigkeit, Nützlichkeit und der inhaltlichen Ausgestaltung eines verstärkten Schutzes vor und bei ethnisch-kultureller Diskriminierung in der Arbeitswelt, in: Jusletter vom 7. Februar 2005.

CHARTIER MARIE-CLAUDE, Legal initiatives to address HIV/Aids in the world of work, International Labour Organisation ILO, 2. Aufl., Genf 2005.

CIRKEL JOHANNES, Gleichheitsrechte im Gemeinschaftsrecht, NJW 1998, S. 3332ff.

COHEN OJ ET AL., CXCR4 and CCR5 Genetic Polymorphisms in Long-Term Nonprogressive Human Immunodeficiency Virus Infection: Lack of Association with Mutations other than CCR5-32, J Virol, Vol. 72, No. 7, Juli 1998, S. 6215-6217.

COEURET/ FORTIS, Droit pénal du travail, 3ème édition, Lexis Nexis Litec 2004.

COLONNA JOEL, Le droit des relations de travail confronté au VIH/SIDA, Marseille 2002.

CORMACK/BELL, Entwicklung des Antidiskriminierungsrecht in Europa – Ein Vergleich in den 25 EU-Mitgliedstaaten, Europäisches Netzwerk unabhängiger Sachverständiger im Bereich der Nichtdiskriminierung, 2005.

COULIBALY ALBAN ALEXANDRE, Droit au travail et handicap: L'obligation d'emploie entre mythe et réalité, L'Harmattan 2004.

DEAKIN SIMON F., Labour Law, 4th edition, Oxford 2005.

DEAR/GABER/TAKAHASHI/WILTON, Seeing people differently: The sociospatial construction of disability, in: Environment and Planning D: society and space, 15, 1997, S. 455-480.

DE BRUYN THEODORE, A Plan of Action for Canada to Reduce HIV/Aids-related Stigma and Discrimination, Canadian HIV/Aids Legal Network 2004, Quelle: http://www.aidslaw.ca/Maincontent/issues/discrimination.htm (11.04.06).

DE BRUYN/GARMAISE, Survey reveals knowledge and attitudes of Canadians regarding HIV/AIDS, Canadian HIV/AIDS Policy & Law Review vol. 8 no. 3, 2003.

DE SCHUTTER OLIVER, Das Diskriminierungsverbot nach dem Europäischen Menschenrechtsgesetz. Seine Bedeutung für die „Rassengleichbehandlungsrichtlinie" und die Richtlinie zur Gleichbehandlung in der Beschäftigung, Brüssel 2005.

DEGENER THERESIA, Definition of Disabitlity, EU-Network of Disability Discrimination, Brüssel 2004 (zit. Definiton).

DEGENER THERESIA, Eine UN-Menschenrechtskonvention für Behinderte als Beitrag zur ethischen Globalisierung, Politik und Zeitgeschichte, B 08/2003 (zit. Menschenrechtskonvention).

DEPARTMENT FOR EDUCATION AND EMPLOYMENT, Towards Inclusion – civil rights for disabled people: Government response to the Disability Rights Task Force, London 2001, Quelle: http://www.dfes.gov.uk/consultations/downloadableDocs/60_1.pdf (zit. Towards Inclusion).

DEPARTMENT OF HEALTH, Better prevention, better services, better sexual health - The national strategy for sexual health and HIV, London 2001 (zit. 2001).

DEPARTMENT OF HEALTH, The national strategy for sexual health and HIV implementation action plan, London 2002 (zit. 2002).

DEPARTMENT OF HEALTH, HIV-related Stigma and Discrimination: Action plan, London 2005 (zit. 2005).

DEPARTMENT OF HEALTH, HIV-infected Health Care Workers – Guidance on Management and Patient Notification, London 2005 (zit. 2005 II).

DIETRICH THOMAS, zu Art. 2 GG, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Dietrich/Müller-Glöge/Preis/Schaub (Hrsg.), 4. Aufl., 2004 (zit. Art. 2 GG).

DIETRICH THOMAS, zu Art. 3 GG, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Dietrich/Müller-Glöge/Preis/Schaub (Hrsg.), 4. Aufl., 2004 (zit. Art. 3 GG).

DISABILITY RIGHTS COMMISSION, Disability Discrimination Act 1995, Code of Practice, Employment and Occupation, 2004, Quelle: http://www.drc-gb.org/PDF/employment_occupation.pdf (12.09.06) (zit. Code of Practice).

DISABILITY RIGHTS TASK FORCE, From Exclusion to Inclusion, Final Report of the Disability Rights Task Force, 1999, Quelle: http://www.dft.gov.uk/stellent/groups/dft_mobility/documents/pdf/dft_mobility_pdf_611415.pdf (13.09.06).

DOYLE BRIAN J, Disability Discrimination: Law and Practice, 4th edition, Bristol 2003.

DUBOIS-ARBER/HAOUR-KNIPE, Identifications des discriminations institutionnelles à l'encontre des personnes vivant avec le VIH en Suisse, Institut universitaire de médecine sociale et préventive, raison de santé 18, Lausanne 1998.

DÜTZ WILHELM, Arbeitsrecht, 3. Aufl., München 1997.

EGLI HANS-PETER, Lohnfortzahlung und Versicherungsschutz gemäss Artikel 324a OR, AJP/PJA 2001, S. 1064-1078.

EIDGENÖSSISCHER DATENSCHUTZBEAUFTRAGTER, 6. Tätigkeitsbericht 1998/1999, Bern 1995.

EKOS RESEARCH ASSOCIATES, HIV/AIDS – An Attitudinal Survey. Final Report 2003.

ELLIOTT/GOLD, Protection against discrimination based on HIV/AIDS status in Canada: the legal framework, Canadian HIV/Aids Policy & Law Review, vol. 10, no. 1, 2005.

EPINEY ASTRID, Kommentar zu Art. 13 EGV, in: Caliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Aufl., Neuwied, Kriftel 2002.

FANKHAUSER LILIAN, Verankerte Gleichstellung? Eine branchenübergreifende Gleichstellungsanalyse von Gesamtarbeitsverträgen, Studie im Auftrag des Schweizerischen Gewerkschaftsbund, Dossier 15, 2002.

FANZUN JON, Ein politisches Trauerspiel. Fast 30 Jahre nach der Unterzeichnung hat die Schweiz die Europäische Sozialcharta noch immer nicht ratifiziert, in: St. Galler Tagblatt, 23. Dezember 2004.

FAVRE/MUNOZ/TOBLER, Le contrat de travail, Code annoté, Lausanne 2001.

FREIVOGEL ELISABETH, zu Art. 2 GlG, Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel 1997.

FORDHAM DEIRDE, Antidiskriminierungsgesetz, in: Beschäftigung und Integration von Menschen mit Behinderungen, Bericht über die Sondersitzung der Gruppe hochrangiger, für Behindertenfragen zuständige Vertreter, Brüssel 1997, S. 36- 45, Quelle: http://ec.europa.eu/employment_social/disability/disable_de.pdf (25.09.06).

FUCHS MAXIMILIAN, Elemente der Antidiskriminierung im deutschen Arbeitsrecht, ZESAR 10/2006, S. 377 ff.

FUHRER STEPHAN, Anzeigepflichtverletzung, Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Beiheft 32, Basel 1999.

GÄCHTER THOMAS, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht. Unter besonderer Berücksichtigung des Bundessozialversicherungsrechts, Zürich 2005.

GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR allgemeiner Teil, 8. Aufl., Band 1, 2003.

GAUCH/WERRO/ZUFFEREY (Hrsg.), La protection de la personalité. Bilan et perspectives d'un nouveau droit, Fribourg 1993.

GEISER THOMAS, Gibt es ein Gleichbehandlungsgebot im schweizerischen Arbeitsrecht?, in: Becker/Hilty/Stöckli/Würtenberger (Hrsg.), Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes, Festschrift Manfred Rehbinder, München/Bern 2002, S. 37ff. (zit. Gleichbehandlungsgebot).

GEISER THOMAS, Diskriminierung am Arbeitsplatz: Die Rechtslage in der Schweiz, TANGRAM Nr. 11, 2001, S. 13-21 (zit. Diskriminierung).

GEISER THOMAS, Die Änderungskündigung im schweizerischen Arbeitsrecht, AJP/PJA 1999, S. 60-70 (zit. Änderungskündigung).

GÖKSU TARKAN, Rassendiskriminierung beim Vertragsabschluss als Persönlichkeitsverletzung, Diss. Freiburg 2003.

GOLA/SCHOMERUS, zu § 28 BDSG, in: BDSG Bundesdatenschutzgesetz, Kommentar, 8. Aufl., München 2005.

Government of Canada, Strengthened Leadership: Taking Action, Canada's Report on HIV/AIDS 2005, Quelle: http://www.phac-aspc.gc.ca/aids-sida/hiv_aids/report05/index.html (11.04.06) (zit. Strengthened Leadership).

Government of Canada, Privy Council Office, Guide to Making Federal Acts and Regulations, 2. Aufl., 2001 (zit. Guide).

GRABENWATER CHRISTOPH, Europäische Menschenrechtskonvention, C.H. Beck, 2003.

GRIFFEL ALAIN, Der Grundrechtsschutz in der Armee, Zürich 1991.

GUILLOD MARTIN J, Secret medical, in: Schweiz. Ärztezeitung 2000:81, Nr. 38, S. 2053-2059.

GULICK RM ET AL., Lopinavir/ritonavir (LPV/r)-based therapy in antiretroviral (ARV)-naïve, HIV-infected patients: 6-year follow-up of study 720. Abstract P28, 7th Int Congress Drug Ther HIV Inf 2004, Glasgow.

HAEFELIN/HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Aufl., Zürich 2001.

HAEFELIN/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich, Basel, Genf 2002.

HAEFLIGER/SCHÜRMANN, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, Bern 1999.

HAFNER FELIX, Öffentlicher Dienst im Wandel. Stellung und Funktion des öffentlichen Dienstverhältnisses im demokratisch-pluralistischen Gemeinwesen, ZBl 1992, S. 481-503.

HALLER/KÖLZ, Allgemeines Staatsrecht, 3. Aufl., Basel, Frankfurt a.M. 2004.

HANAU/STEINMEYER/WANK, Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, München 2002.

HÄNER ISABELLE, Grundrechte im öffentlichen Personalrecht, in: Peter Helbing, Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999.

HÄNNI PETER, Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz, dargestellt anhand der Gerichts- und Verwaltungspraxis in Bund und Kantonen: eine Fallsammlung, Zürich 2002.

HARTMANN STEPHAN, Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung. Klassisches Vertragsrecht und modernes Konsumentenschutzrecht, Freiburg (Schweiz) 2001.

HÄSLER PHILIPPE, Geltung der Grundrechte für öffentliche Unternehmen, Bern 2005.

HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen ZGB, Bern 1999.

HELBLING PETER, Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses beim Bund: Ein Vergleich zwischen OR und BPG, FZR 2004, S. 168-200 (zit. Arbeitsverhältnis).

HELBLING PETER, Der öffentliche Dienst auf dem Weg in das OR, AJP/PJA 2004, S. 242-252 (zit. öffentlicher Dienst).

HELBLING PETER, Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999 (zit. Personalrecht).

HELBLING PETER, Entwicklung im Personalrecht des Bundes, in: Peter Helbing (Hrsg.) Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999 (zit. Entwicklung).

HERDEGEN MATTHIAS, Der neue Diskriminierungsschutz für Behinderte im Grundgesetz, Der Beauftragte der Bundesregierung für die Belange der Behinderten (Hrsg.), 1998, Quelle: http://www.byrd.de/muskl/diskriminierungsschutz.html (24.04.06).

HEUSSER PIERRE, Gesundheitsfragen in Versicherungsformularen anlässlich des Stellenantrittes – Rechtliche Probleme für Arbeitssuchende mit HIV und anderen vorbestehenden chronischen Krankheiten, AJP/PJA 2002, S. 1278-1286.

HENDRICKS FRANK, Employment Privacy Law in the European Union: Human Resources and Sensitive Data, Antwerpen, Oxford, New York 2003.

HERRMANN CHRISTOPH, Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung, Berlin 2003, zugleich Diss. Bayreut 2002/2003.

HODGES JANE, Guidelines on Addressing HIV/AIDS in the Workplace Through Employment and Labour Law, International Labour Office, InFocus on Social Dialogue, Labour Law and Labour Administration, Paper 3, 2004.

HOLOUBEK MICHAEL, Kommentar zu Art. 13 EGV, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Baden-Baden 2000.

HONSELL/VOGT/GEISER (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 2. Aufl., 2002.

HUMBERT DENIS G., Mobbing und dessen Bedeutung für die Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Rechtliche Aspekte des Mobbings, TREX 2004, S. 80ff.

HUSMANN MANFRED, Die EG-Gleichbehandlungs-Richtlinien 2000/20002 und ihre Umsetzung in das deutsche, englische und französische Recht, Zeitschrift für Europäisches Sozial- und Arbeitsrecht 3/2006, S. 107-114.

INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, An ILO Code of Practice on HIV/AIDS and the World of Work, Genf 2001 (zit. ILO Code of Practice).

JAAG TOBIAS, Rechtsfragen der Volksschule, insbesondere im Kanton Zürich, ZBl 1997, S. 537-562.

JAAG TOBIAS, Das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis im Bund und Kanton Zürich – Ausgewählte Fragen, ZBl 1994, S. 433-473.

JAAG/MÜLLER/TSCHANNEN/ZIMMERLI, Ausgewählte Gebiete des Bundesverwaltungsrechts, 2. überarb. Aufl., Basel 2006

JAGGY CHRISTIAN et al., Mortality in the Swiss HIV Cohort Study (SHCS) and the Swiss general population, Research Letters, Lancet, 2003, Quelle: http://www.infekt.ch/updown/documents/publ/2003/jaggy_2003_lancet.pdf (19.11.06).

Jost/Colombo/Jost/Sponagel/Wägli, HIV-Postexpositionsprophylaxe, Suva-Med. Mitteilungen Nr. 74, S. 119ff.

JÜRGENS GUNTHER, Die verfassungsrechtliche Stellung Behinderter nach Änderung des Grundgesetzes, Zeitschrift für Sozialhilfe und Sozialgesetz (ZfSH/SGB) 1995.

KÄGI-DIENER REGULA, Von Olympe de Gouges zum UNO-Übereinkommen gegen jede Form der Diskriminierung der Frau, in: Verein Pro FRI – Schweizerisches Feministisches Rechtsinstitut (Hrsg.), Recht Richtung Frauen, Lachen/St. Gallen 2001, S. 239-265 (zit. Frauenkonvention).

KÄGI-DIENER REGULA, Corporate Governance in Nonprofit-Organisationen – Eine verfassungsrechtliche Sichtung, in: Voggensperger/Bienek//Schneider/Thaler (Hrsg.), Gutes besser tun – Corporate Governance in Nonprofit-Organisationen, Bern 2005, S. 97ff. (zit. Corporate Governance).

KÄLIN/CARONI, Das verfassungsrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen der ethnisch-kulturellen Herkunft, in: Walter Kälin (Hrsg.), Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung. Verfassungs- und menschenrechtliche Aspekte, ZSR/Beiblatt 29, 1999, S. 75ff.

KÄLIN WALTER (Hrsg.), Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung. Verfassungs- und menschenrechtliche Aspekte, ZSR/Beiblatt 29, 1999.

KENNER JEFF, EU-Employment Law – From Rome to Amsterdam and beyond, Oxford/Portland 2003.

KINDRED HM, International Law Chiefly as Interpreted and Applied in Canada, Edmond Montgomery, 6. Aufl. 2000.

KLEIN CAROLINE, La discrimination des personnes handicapées, Diss. Bern 2002.

KOCH/PEDRAZZINI/STAEHELIN, HIV und Recht, Basel 1999.

KÖRNER-DAMMANN MARITA, Bedeutung und faktische Wirkung von ILO-Standards, Nomos 1991.

KRAMER ERNST, zu Art. 19-20, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, 2. Teilband, Kommentar zu Art. 19-22 OR, Bern 1991.

KRAMER ERNST, Juristische Methodenlehre, Bern 1998.

KUHN HANSPETER, Datenschutz und KVG - Überlegungen zu Privatsphäre, Patientengeheimnis und Datenschutz in der Sozialversicherung am Beispiel des KVG, Schweizerische Ärztezeitung 2001:82, S. 1266-1275.

LANDOLT HARDY, Die Grundrechtshaftung für grundrechtswidriges Verhalten unter besonderer Berücksichtigung der Verletzung der Rechtsgleichheitsgarantie (Art. 8 BV), AJP/PJA 2005, S. 379-412.

LANG ANNA-NAOMI, Arbeitsrechtliche Kündigungsschutzsysteme und ihre Sanktionen. Ein Vergleich des englischen, deutschen und schweizerischen Rechts, Bern 2005.

LATRAVERSE SOPHIE, Report on Measures to Combat Discrimination – Directives 20004/43/EC and 2000/78/EC, Country Report France, Utrecht, Bruessel, 2004 (zit. report).

LATRAVERSE SOPHIE, Panorama de la jurisprudence en matière de discrimination, Paris 2005, Quelle: www.halde.fr (03.04.2006), (zit. Panorama).

LEECH J, Survey reveals human rights abuses in Alberta, Canadian HIV/Aids Policy & Law Review vol. 8 no. 1, 2003.

LE FRIANT MARTINE, Rechtstechniken im Kampf gegen Diskriminierungen: Die Lage in Frankreich, Arbeit und Recht – Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis 2/2003, S. 51-56.

LENZ CARL OTTO, Art. 13 EGV, in: Lenz/Borchard, EU- und EG-Vertrag, Kommentar, 3. Aufl., Köln/Basel/Genf/München/Wien 2003.

LEPKE ACHIM, AIDS als Grund für eine Kündigung des Arbeitgebers, RdA Heft 2, 2000.

LEVY/CHABAS BATONNIER, Expériences croisées de la pratique du droit de la discrimination, Paris 2005, Quelle: www.halde.fr (03.04.2006).

MARTENET VINCENT, La protection contre les discriminations émanant de particuliers, ZSR 125 (2005) I, Heft 4, S. 419ff.

MARTI ARNOLD, Vorbemerkungen zu Art. 5 und 6 ZGB, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Personenrecht, Bd. I 1, 3. Auflage, Zürich 1998.

MARTIN JACQUELINE, The English Legal System, 4. Aufl., London 2005.

MAURER-LAMBROU/VOGT (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2006.

MEANS JOHN E., Human Rights and Canadian Federalism, Phylon (1960-), Vol. 30, No. 4 (4th Qtr., 1969), S. 398-412.

MERZ HANS, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Band 1, 1. Abteilung, Einleitung Art. 1-10 ZGB, Bern 1962.

MEYER CHRISTOPH, New Public Management als neues Verwaltungsmodell. Staatsrechtliche Schranken und Beurteilung neuer Steuerinstrumente, Basel/Genf/München 1998.

MICHEL MATTHIAS, Beamtenstatus im Wandel. Vom Amtsdauersystem zum öffentlichrechtlichen Gesamtarbeitsvertrag, Zürich 1998.

MOSIMANN HANS-JAKOB, Arbeitsrechtliche Minimal Standards für die öffentliche Hand?, ZBl 1998, S. 449-473.

MOYSOULIVER/LEBLOND, Ces collèques qui font peu; la tolérance entre employés séronégatifs et séropositifs, in: Bulletin d'Information pour les Professionnels sanitaires et sociaux de l'entreprise, no. 18, 2005/04.

MÜLLER JÖRG PAUL, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001 (zit. Bemerkungen).

MÜLLER JÖRG PAUL, Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung, in: Ulrich Zimmerli (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, Bern 2000, S. 103-130 (zit. Diskriminierungsverbote).

MÜLLER JÖRG PAUL, Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999 (zit. Grundrechte).

MÜLLER JÖRG PAUL, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982 (zit. Grundrechtstheorie).

NABHOLZ/PARRY, Mobbing und Menschenwürde im Arbeitsverhältnis, in: Buser/Berger/Hafner/Mund/Speiser (Hrsg.), Menschenrechte konkret – Integration im Alltag, Schriftenreihe der Forschungsgemeinschaft Mensch im Recht, Basel/Genf/Münschen 2005, S. 129-135.

NATIONAL AIDS TRUST, The Disability Discrimination Act 1995 and employment: what does it mean for people living with hiv?, Quelle: www.nat.org.uk/document/65 http://www.nat.org.uk/document/129 (12.09.06), (zit. employment).

NATIONAL AIDS TRUST, HIV Work Resource Pack: Addressing stigma and discrimination, London 2005 (zit. Stigma).

NEAL ALAN C, The Evolution of Labour Law 1992-2002. Country Report: United Kingdom, 2003/2004, Quelle: http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/ell_uk.pdf (12.09.06).

NEF URS CH., zu Art. 4 VVG, in: Honsell/Vogt/Schnyder (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), Basel 2001.

NÜTZLI HARRY, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Bundespersonalrecht, Bern 2005.

OLIVIER C, HIV-related discrimination in New Brunswick increasing, Canadian HIV/Aids Policy & Law Newsletter 5 (2/3), 2000.

ONNO JEROME, Le sida et le droit du travail, Les Petites Affiches (LPA), 29. juin 2000, no. 129, S. 22.

PAREDES ET AL., Predictors of virological success and ensuing failure in HIV-positive patients starting highly active antiretroviral therapy in Europe: Results from the EuroSIDA Study, in Archives of internal medicine, Vol. 160, No. 8, 2000, S. 1123-1133.

PÄRLI KURT, HIV/Aids: Analyse der wichtigsten Problembereiche – Verbesserungsvorschläge, Soziale Sicherheit 2/1998 (Schwerpunkt HIV/Aids und die Sozialversicherungen), S. 70-73 (zit. Analyse).

PÄRLI KURT, Datenaustausch zwischen Arbeitgeber und Versicherung, Bern 2003 (zit. Datenaustausch).

PÄRLI KURT, Datenaustausch zwischen Arbeitgeber und Versicherung, in: HAVE 1/2004, S. 32-37 (zit. HAVE).

PÄRLI KURT, Aids: Datenschutz und Diskriminierung, DIGMA 2003, S. 127ff. (zit. Datenschutz).

PÄRLI KURT, Dogmen und Entwicklungen bei HIV-Positivität und Lebensversicherung, HAVE 2/2005, S. 109-120 (zit. Dogmen).

Pärli Kurt, Rechtliche und ethische Integrität der Nonprofit-Organisationen am Beispiel der Ausgestaltung der Arbeitsverhältnisse, in: Voggensperger/Bienek/Schneider/Thaler (Hrsg.), Gutes besser tun – Corporate Governance in Nonprofit-Organisationen, Bern 2005, S. 203-218 (zit. Integrität).

PÄRLI KURT, Persönlichkeitsschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, ARV 4/2005 (zit. Persönlichkeitsschutz).

PÄRLI KURT, Urteilsbesprechung Anstellungsdiskriminierungen, Besprechung von Tribunal de Prud'Hommes de l'arrondissment de Lausanne, arrêt du 10 octobre 2005 (T304.021563) und Arbeitsgericht Zürich, 2. Abteilung, Geschäft Nr. AN050401/U1 vom 13. Januar 2006, ARV/DTA 1/2006, S. 23-26 (zit. Anstellungsdiskriminierung).

PÄRLI KURT, Urteilsbesprechung EuGH Mangold, AJP/PJA 7/2006, S. 888-891 ff. (zit. Urteilsbesprechung).

PÄRLI KURT, Die Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung für die arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsansprüche nach dem Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Jusletter 14. August 2006 (zit. Gleichbehandlungsansprüche).

PÄRLI KURT, Behinderungsbegriff im Kontext der Richtlinien 2000/78/EG: Von der Notwendigkeit eines offenen und weiten Verständnisses, European Law Reporter, 9/2006, S. 383-390 (zit. Behinderungsbegriff).

PÄRLI KURT, Die arbeits- und versicherungsrechtlichen Bestimmungen des neuen Bundesgesetzes über genetische Untersuchungen, in: AJP 12/2006, (erscheint im Dezember 2006), (zit. Bestimmungen).

PÄRLI/ MÜLLER/SPYCHER, Aids, Recht und Geld. Eine Untersuchung der rechtlichen und wirtschaftlichen Probleme von Menschen mit HIV/Aids, Zürich, Chur 2003.

PEDERGNANA RONALD, HIV-Infektion und Aids – Arbeitsrechtliche Probleme, Diss. St. Gallen, Schriftenreihe des Forschungsinstituts für Arbeit und Arbeitsrecht an der Hochschule St. Gallen, Bd. 5., 1990.

PEDRAZZINI/OBERHOLZER, Grundriss des Personenrechts, Bern 1993.

PELISSIER/SUPIOT/JEAMMAUD, Droit du travail, 22ième édition, Dalloz 2004.

PETERMANN FRANK TH, Rechte und Pflichten des Arbeitgebers gegenüber psychisch labilen oder kranken Arbeitnehmern, ARV 2005, S. 1-12.

PEUKERT WOLFGANG, Art. 14 EMRK, in: Peukert/Frowein (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, 1996, S. 435ff. (zit. Diskriminierungsverbot).

PEUKERT WOLFGANG, zu Art. 6 EMRK, in: PEUKERT/FROWEIN, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK Kommentar, Kehl 1996(zit. Verfahrensgarantien).

PEUKERT/FROWEIN, Europäische Menschenrechtskonvention, 1996.

POLEDNA TOMAS, Arbeitszeugnis und Referenzauskünfte des Arbeitgebers im öffentlichen Dienst, ZBl 2003, S. 169-184 (zit. Arbeitszeugnis).

POLEDNA TOMAS, Annäherungen ans Obligationenrecht, in: Peter Helbling, Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999 (zit. Annäherung).

POLEDNA TOMAS, Disziplinarische und administrative Entlassung von Beamten – vom Sinn und Unsinn einer Unterscheidung, ZBL 1995, S. 49-65 (zit. Administrativmassnahmen).

PORTMANN WOLFGANG, Individualarbeitsrecht, Zürich 2000 (zit. Individualarbeitsrecht)

PORTMANN WOLFGANG, Überlegungen zum bundespersonalrechtlichen Kündigungsschutz – Erläuterungen und Hinweise auf Ungereimtheiten zu Art. 14 und 19 BPG, in: Jusletter vom 25.3.2002 (zit. Kündigungsschutz).

PORTMANN/STÖCKLI, Kollektives Arbeitsrecht, mit einem Anhang zum öffentlichen Arbeitsrecht, Zürich 2004.

PRÜTTING HANNS, Die Beweislast im Arbeitsrecht, RdA Heft 1-2, 1999.

PUBLIC HEALTH AGENCY OF CANADA, HIV and AIDS in Canada. Surveillance Report to Juni 30, 2005/Le VIH et le sida au Canada. Rapport de surveillance en date du 30 juin 2005, November 2005.

QUETANT GUY-PATRICE, Répertoire du Notariat Defrénois, 30 mai 2004, no. 10, S. 714.

REHBINDER MANFRED, Art. 320 OR, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 2. Teilband, 1. Abschnitt Art. 319-330a, 1985 (zit. Art. 320 OR).

REHBINDER MANFRED, Art. 328 OR, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 2. Teilband, 1. Abschnitt Art. 319-330a, 1985 (zit. Art. 328 OR).

REHBINDER MANFRED, Art. 330a OR, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 2. Teilband, 1. Abschnitt Art. 319-330a, 1985 (zit. Art. 330a OR).

REHBINDER MANFRED, Art. 335 OR, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteiliung, 2. Teilband, 2. Abschnitt Art. 331-355, 1992 (zit. Art. 335 OR).

REHBINDER MANFRED, Art. 336 OR, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 2. Teilband, 2. Abschnitt Art. 331-355, 1992 (zit. Art. 336 OR).

REHBINDER MANFRED, Art. 336c OR, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 2. Teilband, 2. Abschnitt Art. 331-355, 1992 (zit. Art. 336c OR).

REHBINDER MANFRED, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002 (zit.: Arbeitsrecht).

REHBINDER/KRAUSZ, Psychoterror am Arbeitsplatz. Mobbing und Bossing und das Arbeitsrecht, ArbR 1996, S. 17-48.

REITER CATHRINE, Die Reformbedürftigkeit des Rechts der missbräuchlichen Kündigung im Lichte des Menschenrechtsschutzes, AJP 9/2006, S. 1087ff.

RENGELING/SZCZEKALLA, Grundrechte in der Europäischen Union: Charta der Grundrechte und allgemeine Rechtsgrundsätze, Köln 2004.

REY HEINZ, Rechtliche Sonderverbindungen und Rechtsfortbildung, in: Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989.

Rhinow René A, Die Bundesverfassung 2000, Basel 2000 (Bundesverfassung).

Rhinow René, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrecht, Basel, Genf, München 2003 (Grundzüge).

RHINOW/KRÄHENMANN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel/Frankfurt 1990.

RIEDER ANDREAS, Form oder Effekt? Art. 8 Abs. 2 BV und die ungleichen Auswirkungen staatlichen Handelns, Bern 2003.

RIEMER-KAFKA GABRIELA, Datenschutz und Versicherung, SJZ 96, 2000, S. 285-293.

ROBERT KOCH INSTITUT, Epidemiologisches Bulletin Nr. 47, November 2005.

ROUILLER NICOLAS, Culpa in contrahendo et liberté de rompre les négociations: existe-t-il des devoirs précontractuels hors de l'obligation d'information?, in: Jusletter vom 10. Juli 2006.

RUEDIN/CHRISTEN, Das Schweizerische Obligationenrecht, Beobachter, 2. Aufl., 2001.

RUDOLF ROGER, Stellenbewerbung und Datenschutz, Diss. Bern 1999.

RÜFNER, zu Art. 3 Abs. 2 und 3 GG, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Heidelberg 1996.

RÜTSCHE BENRHARD, Rechtsfolgen von Grundrechtsverletzungen, Diss. Basel 2002.

RUSCH ARNOLD, Methoden und Ziele der Rechtsvergleichung, in: Jusletter vom 13. Februar 2006.

SACCO RODOLFO, Einführung in die Rechtsvergleichung, Baden-Baden 2001.

SANDROCK OTTO, Praktische Rechtsvergleichung – Eine Skizze, verbunden mit dem Versuch einer Systematisierung, in: Sandroch/Grossfeld/Luttermann/Schulze/Saenger, Rechtsvergleichung als zukunftsträchtige Aufgabe, Münster 2004, S. 1-37.

SCHÄR ROLAND, „Das alte Leiden" und die „leidige" Rückwärtsversicherung – Ein kränkelndes Urteil des Bundesgerichts vom 19.10.2000 (BGE 127 III 21ff.), HAVE 2002, S. 295-301.

SCHEDLER/PROELLER, New Public Management, Bern/Stuttgart/Wien 2000.

SCHEIDEGGER/PITTELOUD, Art. 6 ArG, Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005.

SCHEUER, Art. 39 EGV, in: Lenz/Borchard, EU- und EG-Vertrag, Kommentar, 3. Aufl., Köln/Basel/Genf/München/Wien 2003.

SCHIEK DAGMAR, Differenzierte Gerechtigkeit. Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht, Baden-Baden 2000.

SCHILLING THEODOR, Internationaler Menschenrechtsschutz, Tübingen 2004.

SCHÖNENBERGER CHRISTOPH, Das Erschleichen der Lohnfortzahlung unter Berufung auf Krankheit, Diss. Zürich 2000.

SCHÖNENBERGER/JÄGGI, zu Art. 1 OR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V1a, Zürich 1973, S. 224ff.

SCHREIBER HANS-LUDWIG, Jurisprudenz auf dem Wege zum Recht - Von den Möglichkeiten und Grenzen der Rechtswissenschaft, in: Mainusch/Toellner (Hrsg.), Einheit der Wissenschaft: wider die Trennung von Natur und Geist, Kunst und Wissenschaft, Opladen 1993.

SCHROFF/GERBER, Die Beendigung der Dienstverhältnisse im Bund und Kantonen, St. Gallen 1985.

SCHWEIZER RAINER J, Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz (§ 43), in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, 2001, S. 691ff.

SCHWULENBERATUNG BERLIN, HIV/Aids und Erwerbstätigkeit. Eine Befragung für Menschen mit HIV und Aids. Ergebnisse der Umfrage, September 1998.

SEEMANN MATTHIAS, Datenschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis nach deutschem Recht, in: Rehbinder Manfred, Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht, Zürich 2001, S. 79ff.

SELWYN NORMAN. M., Selwyn's law of employment, 14th edition, Oxford 2006.

SENNE PETRA, Arbeitsrecht. Das Arbeitsverhältnis in der betrieblichen Praxis, 3. Aufl., München 2004.

SENTI MARTIN, Internationale Regime und nationale Politik. Die Effektivität der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) im Industrieländervergleich, Bern 2002.

SIMITIS SPIRO, zu § 4a Einwilligung, in: Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, 6. Aufl., Nomos 2006 (zit. § 4a BDSG).

SIMITIS SPIRO, zu § 28 Datenerhebung, -verarbeitung und –nutzung für eigene Zwecke, in: Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, 6. Aufl., 2006 (zit. § 28 BDSG).

SLAMA S., La discrimination indirecte: du droit communautaire au droit administrativ, Action Juridique Fonction puplique, no. Juillet/Aout 2003, S. 4.

STAATSSEKRETARIAT FÜR WIRTSCHAFT SECO, Mobbing und andere psychosoziale Spannungen am Arbeitsplatz in der Schweiz, Bern 2002.

STAEHELIN/VISCHER, zu Art. 321a OR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V2c, Der Arbeitsvertrag Art. 319-362 OR, 3. Aufl., Zürich 1996 (zit. Art. 321a OR).

STAEHELIN/VISCHER, zu Art. 336 OR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V2c, Der Arbeitsvertrag Art. 319-362 OR, 3. Aufl., Zürich 1996 (zit. Art. 336 OR).

STAEHELIN ADRIAN, zu Art. 336 OR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V2c, Der Arbeitsvertrag Art. 319-362 OR, 3. Aufl., Zürich 1996.

STAEHELIN ADRIAN, Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer im schweizerischen Arbeitsrecht, BJM 1982, S. 68ff. (zit. Gleichbehandlung).

STAEHLIN ADRIAN, HIV-Infektion im Arbeitsrecht, Gutachten zu arbeitsrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der HIV-Infektion bzw. mit Aids, in: Aids-Aufklärung Schweiz, HIV und Recht, Zürich 1999 (zit. Gutachten).

STAMM MARIE-LOUISE, Das Weisungsrecht des Arbeitgebers und seine Schranken, Diss. Basel 1977.

STAUFFER HANS-ULRICH, Sind Gesundheitsvorbehalte in der beruflichen Vorsorge zulässig?, in: Schaffhauser/Stauffer (Hrsg.), Berufliche Vorsorge 2002. Probleme, Lösungen, Perspektiven, 2002, S. 53-81.

STEIMEN URS, Kündigung aus wirtschaftlichen oder betrieblichen Gründen bzw. wegen Stellenaufhebung durch öffentliche Arbeitgeber, ZBL 2004, S. 644-662.

STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-361 OR, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006.

STREINZ RUDOLF, Art. 13 EGV, in: EUV/EGV, Beck'sche Kurz-Kommentar, Band 57, München 2003.

STUTZ/SCHÄR MOSER/ FREIVOGEL, Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes, Bern 2005.

TARNOPOLSKY/PENTNEY/GARDNER, Discrimination and the Law, Dezember 1997.

TERCIER PIERRE, Le nouveau droit de la personnalité, Zürich 1984.

TERRENCE HIGGINS TRUST, 20 Things the Government can do to help support people living with HIV and those most at risk of transmission, London 2005.

TEYSSIE BERNHARD, Code du travail, Paris, 2005.

THOMAS/HAOUR-KNIPE/HUYNH/DUBOIS-ARBER, Les besoins des personnes vivant avec le VIH/sida en Suisse, Institut unversitaire de médecine sociale et préventive, raisons de santé 69, Lausanne 2000.

THOMAS/HORII, Non-discrimination and equalitiy of opportunity and treatment in employment and occupation, in: International Labour Standards – a global approach, 75th anniversary of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Redommendations, Genf 2001, S. 77-102.

THOMAS/OELZ/BEAUDONNET, The use of international labour law in domestic courts: Theory, recent jurisprudence, and practical implications, in: Javillier/Gernigon (Hrsg.), Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos, Genf 2004, S. 251- 285.

THÜSING GREGOR, Following the US-Example: European Employment Discrimination Law and the Impact of Council Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC, in: The International Journal of Comparative Labour and Industrial Relations, Volume 19/2, 2003, S. 187-218.

TRACHSLER HERBERT, Das privatrechtliche Gleichbehandlungsgebot: funktionaler Aspekt der Persönlichkeitsrechte gemäss Art. 28 ZGB, Diss. St. Gallen 1991 (zit. Gleichbehandlungsgebot).

TRACHSLER HERBERT, Welches Anti-Diskriminierungsgesetz braucht die Schweiz?, AJP/PJA 1992, S. 1473-1479 (zit. Antidiskriminierungsgesetz).

TRECHSEL STEFAN, zu Art. 321 StGB, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997.

TSCHANNEN/ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005.

UHLMANN FELIX, Das Willkürverbot (Art. 9 BV), Bern 2006.

VALTICOS/VON POTOBSKY, International Labour Law, 2nd rev. edition, Kluwer Law, 1995.

VIDAL F ET AL., Spanisch HIV-1-Infected Long-Term Nonprogressors of More Than 15 Years Have an Increased Frequency of the CX3CR1 249I Variant Allele. Journal of Acquired Immune Deficiency Syndromes 40(5), 2005, S. 527-531.

VIGNEAU CHRISTOPHE, France, in: Frank Hendricks (Hrsg.), Employment Privacy Law in the Europen Union: Human Resources and Sensitive Data, Antwerpen, Oxford, New York, 2003, S. 110-114.

VILLIGER MARK E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), Zürich 1993.

VISCHER FRANK, Der Arbeitsvertrag, Helbing & Lichtenhahn 2005.

WAGNER KHRISTINA, Schutz gegen Diskriminierung, in: Swiss Aids new – Medizin – Recht HIV/Aids, Nr. 1/2006, S. 10- 13.

WALSER HERMANN, Weitergehende berufliche Vorsorge, in: Heinrich Koller et al., Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht – Soziale Sicherheit (Meyer-Blaser Ulrich), Basel 1998.

WALTER GERHARD, Das Recht auf Beweis im Lichte der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und der Schweizerischen Bundesverfassung, ZBJV 127, 1991.

WEATHERBURN/ANDERSON/REID/HENDERSON, What do you need? Findings from a national survey of people living with HIV, Stigma Research, London 2002, Quelle: http://www.sigmaresearch.org.uk/downloads/report02c.pdf (12.09.06).

WEBER-SCHERRER MARGRIT, Rechtliche Aspekte der Information zwischen den Arbeitsvertragsparteien, unter besonderer Berücksichtigung des Notwehrrechts der Lüge, Diss. Zürich 1999.

WETZEL KERSTIN, Die EG-Richtlinie zu Massentlassungen RL 98/58/EG und ihre Umsetzung im französischen Recht, München 2004.

WYLER REMY, Droit du travail, Bern 2002.

YOUNG RAYMOND, Englisch, French & German Comparative Law, London/Sydney/Portland/Oregon 1997.

ZINSLI JÜRG MATHIAS, Krankheit im Arbeitsverhältnis, Diss. Zürich 1992.

ZULEEG MANFRED, Kommentar zu Art. 13 EGV, in: Von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl., Baden-Baden 2003.

ZWEIGERT/KÖTZ, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Auflage, Tübingen 1996.

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1: Die Diskriminierungsphasen 82
Tabelle 2: Ungleichheiten im Gesetz 89
Tabelle 3: Abbau von Ungleichheiten in der Anwendung der Gesetze 90
Tabelle 4: Heute bestehen Ungleichheiten in Gesetzen 91
Tabelle 5: Heute bestehende Ungleichheiten in der Anwendung von Gesetzen 92
Tabelle 6: Diskriminierung im Bewerbungsverfahren 93
Tabelle 7: Diskriminierung bei Vertragsschluss 94
Tabelle 8: Diskriminierung während der Anstellung 94
Tabelle 9: Diskriminierung bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses 95
Tabelle 10: Ungerechtfertigte Weitergabe von Gesundheitsdaten durch den ehemaligen Arbeitgeber 96
Tabelle 11: Die Schwierigkeiten, den Anspruch auf Gleichbehandlung geltend zu machen 97
Tabelle 12: Grösse des Unternehmens (n=38) 101
Tabelle 13: Wirtschaftssektor (n=39) 101
Tabelle 14: Art der Vorsorgeeinrichtigung (n = 36) 106
Tabelle 15: Völkerrechtliche Instrumente 126
Tabelle 16: Diskriminierungsschutz im kollektiven Arbeitsrecht 194
Tabelle 17: Umsetzung der RL 2000/78/EG ins nationale Recht 233
Tabelle 18: Völkerrechtlicher Diskriminierungsschutz in Grossbritannien 245
Tabelle 19: Völkerrechtlicher Diskriminierungsschutz in Frankreich 278
Tabelle 20: Lohnausfallentschädigungsregeln im französischen Recht 296
Tabelle 21: Ausgewählte Voten des Nationalen Aids-Beirates 307
Tabelle 22: Völkerrechtlicher Diskriminierungsschutz in Deutschland 312
Tabelle 23: Zulässigkeit der Frage nach HIV/Aids 327
Tabelle 24: Grad der Behinderung (GdB) bei HIV/Aids 333
Tabelle 25: Völkerrechtlicher Diskriminierungsschutz in Kanada 350
Tabelle 26: Diskriminierungsschutz auf Bundesebene 352
Tabelle 27: Diskriminierungsschutz in den Provinzen 352
Tabelle 28: Völkerrechtliche Verpflichtungen der Vergleichsstaaten 384

I Projektbejektbeschreibung und Methodik

1 Ziele des Projektes

Das Erkenntnisinteresse kommt im Projekttitel „Rechtliche Regelungen und Massnahmen gegen Diskriminierung von Menschen mit HIV/Aids im Arbeitsverhältnis und Aspekte ihrer Wirksamkeit " zum Ausdruck. Wir untersuchen, mit welchen rechtlichen Instrumenten HIV/Aids bedingte Diskriminierung im Arbeitsverhältnis wirkam bekämpft werden kann. Zu diesem Zweck fragen wir rechtlich-normativ nach Aufgabe und Funktion von Diskriminierungsverboten im nationalen und internationalen Kontext, loten das Diskriminierungsschutzpotenzial von Bestimmungen zum Persönlichkeits- und Datenschutz aus und ziehen vier ausländische Vergleichsrechtsordnungen in unsere Untersuchung ein.

Ergänzend zu diesen rechtsdogmatischen Untersuchungen werden zwei bisherige Massnahmen zur Diskriminierungsbekämpfung in der Schweiz auf ihre Wirksamkeit evaluiert. Einschätzungen zur Wirksamkeit der Diskriminierungsschutznormen in den untersuchten Vergleichsrechtsordnungen werden durch Interviews mit Schlüsselpersonen gewonnen.

Die Ergebnisse der einzelnen Forschungsbausteine werden in eine Synthese zur Rechtslage in der Schweiz verarbeitet. Gestützt darauf werden Empfehlungen an den Gesetzgeber sowie an Behörden und Gerichte formuliert.

Das Forschungsergebnis liefern in erster Linie der Aids-Hilfe Schweiz als Praxispartner, aber auch Bundesstellen und dem Gesetzgeber eine Grundlage für politikrelevante Entscheidungen in Bezug auf das weitere Vorgehen im Kampf für den Abbau von HIV/Aids bedingter Diskriminierung im Arbeitsverhältnis. Schliesslich zeigt die Studie auf, ob ein verstärkter Diskriminierungsschutz spezifisch für von HIV/Aids betroffene Menschen oder breiter für Menschen mit chronischen Krankheiten gefordert werden soll.

2 Projektorganisation und Projektumsetzung

2.1 Zusammenarbeit mit dem Praxispartner

Praxispartner unseres Projektes ist die Aids-Hilfe Schweiz (AHS). Sie beteilige sich sowohl finanziell als auch durch aktive Mitarbeit an der Durchführung des vorliegenden Projekts. Die AHS ist der Dachverband von 21 kantonalen und regionalen Aids-Hilfen sowie 24 weiterer im HIV/Aids-Bereich tätigen Organisationen. Seit Beginn ihrer Existenz engagiert sich die AHS im Kampf gegen die Diskriminierung von Menschen mit HIV/Aids im Arbeitsverhältnis und ist ein wichtiger Partner des BAG in der Umsetzung der nationalen Aids-Strategie.

Die Projekte „Abbau von Ungleichheiten“[1] und *www.workpositive.ch*[2], die unter der Trägerschaft der AHS durchgeführt wurden resp. immer noch laufen, sind in die Studie miteinbezogen und werden auf ihre Wirksamkeit untersucht. Die am Projekt „Abbau von Ungleichheiten“ beteiligten 19 verschiedenen Behinderten-, Patienten- und Gesundheitsorganisationen („IG Benachteiligung“) werden mit einem Fragebogen zur Wirksamkeit und Nachhaltigkeit des abgeschlossenen Projektes sowie zur Notwendigkeit weitere Massnahmen und Regelungen zum Diskriminierungsabbau befragt. Die Evaluation von *www.workpositive.ch* erfolgt mit einer online Kurzbefragung der 800 für das Projekt angefragten Arbeitgeber. Die AHS hat hiefür die für die Durchführung der Befragung nötigen Unterlagen und Erfahrungen zur Verfügung gestellt.

2.2 Vernetzung des Projektes mit HIV/Aids-Akteuren in der Schweiz

Zu Beginn des Projekts werden die wichtigsten HIV/Aids-Akteure der Schweiz über den Aufbau, den Inhalt und das Ziel der rechtsvergleichenden Studie informiert und auf die speziell für dieses Projekt eingerichtete Informationsplattform *www.non-discrimination.ch* hingewiesen. Die Informationsplattform enthält den Forschungsplan und informiert über die laufenden Aktivitäten im Rahmen des Projekts. Verschiedentlich wird die Studie an Veranstaltungen vorgestellt und, soweit möglich, über frühe Forschungsergebnisse berichtet und im Anschluss mit dem Publikum diskutiert. In der Endphase des Projekts werden Transfer-Workshops in Zusammenarbeit mit den HIV/Aids-Akteuren der Schweiz durchgeführt,

[1] Das Projekt „Abbau von Ungleichheiten in der Gesetzgebung und –anwendung für behinderte und chronischkranke Menschen. Siehe auch im Anhang I, S. 441.
[2] Das Projekt „Programm zur Erhaltung der Erwerbstätigkeit bei Menschen mit HIV/Aids“. Siehe auch im Anhang I, S. 448.

anlässlich derer die Forschungsergebnisse sowie Empfehlungen vorgestellt und mit den Verantwortlichen diskutiert werden.

2.3 Internationale Vernetzung des Projektes

In der Studie vergeichen wir, immer mit dem Fokus HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis, das Antidiskriminierungsrecht in der Schweiz mit demjenigen in anderen Staaten. Als Vergleichsstaaten weren Grossbritannien, Frankreich, Deutschland und Kanada gewählt. Grossbritannien blickt auf eine vergleichsweise lange Tradition einer zivilrechtlichen Nichtdiskriminierungsgesetzgebung zurück, die den Bereich Arbeit und Erwerb miterfasst. Frankreich geht auch den strafrechtlichen Weg, um Diskriminierungen bei der Arbeit zu verhindern. In Deutschland interessieren insbesondere die Auswirkungen der SGB IX (Schwerbehindertenschutzgesetzgebung) auf Probleme von Menschen mit HIV/Aids im Arbeitsverhältnis. In Kanada interessiert neben einer umfassenden Antidiskriminierungsgesetzgebung insbesondere die intensiv dogmatische Bearbeitung der HIV/Aids spezifischen Diskriminierungsfragen, die auf die Aktivitäten des *Canadian HIV/Aids Legal Network* zurückzuführen ist.

Wie auf nationaler Ebene informiert das Projektteam die relevanten Organisationen der HIV/Aids-Interessensgemeinschaften in den Vergleichsstaaten bereits zu Beginn des Projekts. Um die internationale Zielgruppe über die laufenden Aktivitäten im Projekt informieren zu können, wird die Informationsplattform *www.non-discrimination.ch* auch in englischer Sprache angeboten. Die internationale Vernetzung wird weiter ausgebaut und intensiviert, als es darum geht, mittels schriftlichen und mündlichen Interviews die Interessensgemeinschaften im jeweiligen Vergleichsstaat zur Einschätzung der Wirksamkeit des Diskriminierungsschutzes zu befragen.

2.4 Der Transfer der Studienergebnisse

Eines der Hauptziele des Projekts besteht in der Erarbeitung konkreter Vorschläge zum wirksamen Diskriminierungsabbau. Die Reformvorschläge werden im siebten und damit letzten Forschungsbaustein aufgrund der gemachten Synthese der Studienresultate erarbeitet. Die Studienergebnisse und Reformvorschläge werden im Rahmen von verschiedenen Veranstaltungen mit Aidsorganisationen und anderen Organisationen des Gesundheitswesens diskutiert und z.T. im Anschluss zur Vernehmlassung den interessierten Mitglieder zur Stellungnahme übermittelt. Die enge Vernetzung des Praxispartners mit dem für die HIV/Aids-Politik zuständigen Bundesamt für Gesundheit garantiert der Transfer der Forschungsergebnisse an diese für die Thematik wichtige Behörde.

Bei folgenden Organisationen des Gesundheitswesens und Institutionen können die Studienergebnisse und Reformvorschläge präsentiert und diskutiert werden:

- Hearing EKAF, 31. Mai 2006 (Vorstellung des Projekts anlässlich eines Referats zu HIV/Aids und Recht),
- Fachkommission Klinik und Therapie (FKT), 28. Juni 2006 (Vorstellung des Projekts anlässlich eines Referats zu HIV/Aids und Recht),
- Kantonalkonferenz der regionalen Aids-Hilfen, 13. September 2006,
- Sitzung der RechtsberaterInnen der Schweizerischen Patienten- und Gesundheitsorganisationen, 28. September 2006,
- HIV-Pract Zürich, 3. Oktober 2006 (Vorstellung des Projekts anlässlich eines Referats zu HIV/Aids und Recht),
- Gleichstellungsrates von EGALITE HANDICAP, 21. Oktober 2006,
- Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen, 27. Oktober 2006,
- Aidsforum 2006, 30. November 2006.

Die Studienresultate wurden im Rahmen von Referaten an folgenden wissenschaftlichen Konferenzen präsentiert:

- Soziale Probleme und interprofessionelle Kooperation, Fachtagung, Fachhochschule Zürich/Hochschule für Soziale Arbeit, 21. Oktober 2005
- XVI International AIDS Conference Toronto, Canada, 13.-18. August 2006; Posterpräsentation[3]
- Fachtagung HIV + Arbeit (PIP+S), 14. September 2006
- Schweizer Aids-Forum (BAG, AHS, EKAF), 30. November 2006

3 Hinweise zum methodischen Vorgehen

3.1 Primär Rechtswissenschaftliches Vorgehen

Ein Forschungsprojekt, das sich Rechtsnormen zum Diskriminierungsschutz und ihren Wirkungen befasst, wird an heute üblichen Methoden der Evaluationsforschung gemessen. Für diese bestehen wissenschaftliche Standards[4]. Voraussetzung für eine Evaluation ist, dass ein Gesetz oder auch mehrere Gesetze und ihre beabsichtigte Wirkung idendifiziert werden

[3] Siehe die beiden Posters im Anhang II, S. 453ff.

[4] Siehe dazu dieStandards der Schweizerischen Evaluationsgesellschaft SEVAL, http://www.seval.ch/de/standards/index.cfm (17.11.06).

können. Ein Gesetz stellt in der Sprache der Evaluationsforschung ein Programm dar und enthält eine eigentliche „Programmtheorie“. Sie umfasst Aussagen bzw. Hypothesen über die beabsichtigte Wirkung. Gestützt auf die Programmtheorie lassen sich die Interventionen bestimmen, die Indikatoren bilden und das Interventionsergebnis mit „outcome“ und „impact“ messen[5].

In unserem Projekt können wir nicht so vorgehen. Die geltende Rechtslage zeichnet sich gerade dadurch aus, dass gerade kein HIV/Aids-spezifisches Antidiskriminierungsgesetz existiert. Es fehlt so betracht an einem klar idendifizierbaren Programm und entsprechender „Programmtheorie“. Bevor die Rechtsnormen zum Diskriminierungsschutz bei HIV/Aids auf ihre Wirksamkeit evaluiert werden können, muss erst das rechtliche Potenzial an möglichen Wirkungen verschiedener Normen auf verschiedenen Normstufen (Völkerrecht, Verfasung, Gesetz) für den Diskriminierungsschutz herausgearbeitet werden. Das bildet die eigentliche Hauptaufgabe in unserem Projekt. Wir arbeiten zwar nicht nur (siehe unten) aber vorwiegend rechtwissenschaftlich. Die Rechtswissenschaft ist eine normative Wissenschaft[6]. Im rechtswissenschaftlichen Teil unserer Studie messen wir nicht die tatsächliche Wirkung der relevanten Normen mit Diskriminerungsschutzpotenzial. Vielmehr erarbeiten wir mit den den anerkannten Methoden der juristischen Methodenlehre, wie das in der Schweiz geltende Recht Arbeitnehmer/innen mit HIV/Aids im Arbeitsverhältnis vor Diskriminierung schützen soll.

Gegenstand der rechtlichen Analyse sind Rechtsnormen aller Stufen und Formen, die vor Diskriminierung von Arbeitnehmerinnen mit HIV/Aids im Arbeitsverhältnis schützen können. Die Auslegung der fraglichen Normen wird nach der allgemein anerkannten juristischen Methodenlehre vorgenommen (insbesondere sprachlich-grammatikalisches, systematisches, historisches und teleologisches Element)[7]. Im rechtsvergleichenden Teil in Kapitel IV verfolgen wir einen funktionalen Ansatz der Rechtsvergleichung[8].

Die juristische Methodenlehre richtet sich nicht nur an die rechtsanwendenden Behörden und an die Gerichte, sie bildet auch Grundlage für die rechtswissenschaftliche Arbeit[9]. Unterschiede zwischen der praktischen juristische Methodenlehre und der theoretischen (dogmatischen) Auslegung betreffen Ziele und Aufgaben (Einzelfallentscheidung für die

[5] STUTZ/SCHÄR MOSER/FREIVOGEL, S. 3.
[6] SCHREIBER, S. 97.
[7] KRAMER, S. 30ff.
[8] Dazu siehe u.a. RUSCH, N 5. Details siehe in Kapitel IV, S. 216ff.
[9] KRAMER, S. 25.

Rechtsanwendenden – Orientierungshilfe durch Systembildung für die Dogmatik), nicht aber die eigentliche Methode an sich[10].

3.2 Berücksichtigung von Rechtstatsachen

Für die rechtswissenschaftliche Bearbeitung stützen wir uns nicht auf Lehrbuchsachverhalte. Vielmehr orientieren wir uns an relevanten Rechtstatsachen. Zu diesem Zweck werten wir vorhandene Studien und Literatur zur HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis aus. Rechtstatsachen sind die tatsächlichen Diskriminierungen von Menschen mit HIV/Aids bei Arbeit und Erwerb. Die vorhandenen Daten werden mit einer Analyse der statistischen Auswertungen der Rechtsberatungen der Aids-Hilfe Schweiz der Jahre 2001-2005 ergänzt. Über die statistische Auswertung hinaus bilden wir anhand ausgewählter Beratungsdossiers idealtypische Diskriminierungen entlang des „Lebenszykluses" eines Arbeitsverhälntnisses (Bewerbung, Anstellung, Beschäftigung, Entlassung). Diese idealtypischen Diskriminierungskonstellationen sind Grundlage für die rechtswissenschafltiche Bearbeitung.

3.3 Aspekte der Wirksamkeit

Auch wenn wir im Kern eine rechtswissenschaftliche Studie erarbeiten, beinhalten doch Teile unserer Forschung mindestens Elemente der „Wirksamkeitsforschung". Das trifft auch die Befragung der Akteure zweier bereits bestehender Projekte zum Diskriminierungsabbau: „IG Benachteiligung"[11] und „www.workpositive"[12] zu. Hier lassen wir uns von den Methoden der Evaluationsforschung leiten. Weiter fragen wir im rechtsvergleichenden Teil über die Untersuchung der rechtlichen Verankerung des Diskriminierungsschutzes in den Vergleichsstaaten hinaus Schlüsselpersonen nach ihrer Einschätzungen zur Wirksamkeit der jeweiligen Rechtslage bei tatsächlicher Diskriminierung von Menschen mit HIV/Aids bei Arbeit und Erwerb.

3.4 Beschränkung auf das Arbeitsverhältnis

Das Projekt fokussiert auf das Thema der Diskriminierung von Menschen mit HIV/Aids im Arbeitsverhältnis. Gemeint sind damit Diskriminierungen von Menschen mit HIV/Aids bei der Anstellung, Beschäftigung und Entlassung, unabhängig davon, ob es sich um privatrechtliche oder öffentlichrechtliche Anstellungen handelt. Über die mögliche Diskriminierung von Arbeitgebern hinaus sind auch die potenziellen Diskriminierungen der mit dem

[10] HÖHN, S. 419.
[11] Siehe Kapitel II, 5., S. 86ff.
[12] Siehe Kapitel II, 6., S. 100ff.

Arbeitsverhältnis zusammenhängenden Sozial- und Privatversicherungen eingeschlossen. Am Rande werden auch Diskriminierungen im Rahmen selbständiger Erwerbstätigkeit (z.B. Kundenboykotte aufgrund der HIV-Positivität oder eingeschränkter Versicherungsschutz) untersucht.

II HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis und bisherige Gegenmassnahmen

1 HIV/Aids-Diskriminierung – ein weltweites Phänomen

90 % der weltweit 40 Mio. Menschen mit HIV/Aids sind im Erwerbstätigenalter (15-49 Jahre). Bis im Jahre 2020 wird erwartet, dass in Ländern mit hoher HIV/Aids-Inzidenz die Arbeitswelt wegen HIV/Aids mit 10-30 % weniger Arbeitskräften auskommen muss.

Die ILO hat erkannt, dass die Verhinderung und der Abbau von Diskriminierung von Menschen mit HIV/Aids in der Arbeitswelt Schlüsselement im Kampf gegen die Ausbreitung der Krankheit ist. Die ILO und ihre Sozialpartner arbeiteten den *ILO Code of Practice on HIV/AIDS and the World of Work* aus und fordern, dass HIV/Aids am Arbeitsplatz als Thema relevant ist und wie jede andere Krankheit behandelt werden soll. Nichtdiskriminierung, Gleichstellung von Mann und Frau, Schutz der Privatsphäre (Auswahlverfahren, Datenschutz), sozialer Dialog, Prävention, Fürsorge und Unterstützung seien weitere Grundvoraussetzungen im Kampf gegen HIV/Aids. Eine Ungleichbehandlung wegen bestehender oder angenommener HIV/Aids-Erkrankung verhindere die Wirksamkeit jeder Anstrengung in der HIV/Aids-Prävention[13].

Auch UNAIDS, ein Programm der UNO im Kampf gegen HIV/Aids[14], setzt sich die Milderung der sozialen und wirtschaftlichen Auswirkungen der HIV/Aids Epidemie zum Ziel und fordert von den Mitgliedstaaten in ihrer *Declaration of Commitment on HIV/Aids* aus dem Jahr 2001, dass sie

> "develop a national legal und policy framework that protects in the workplace the rights and dignity of persons living with and affected by HIV/Aids and those at the greatest risk of HIV/Aids, in consultation with

[13] International Labour Office, An ILO Code of Practice on HIV/AIDS and the World of Work, 2001.

[14] Das Programm UNAIDS wird gemeinsam unterstützt von UNHCR, UNICEF, WFP, UNDP, UNFPA, UNODC, ILO, UNESCO, WHO, World Bank.

representatives of employers and workers, taking account of established international guidelines on HIV/Aids in the workplace"[15].

Für die Europäische Union hat Stigmatisierung und Diskriminierung einen negativen Einfluss auf die HIV/Aids-Prävention. Der Europäische Rat will deshalb gemeinsam mit den Mitgliedstaaten die soziale Integration und den Abbau von Ungleichheiten für Menschen mit HIV/Aids fördern[16].

Im rechtsvergleichenden Teil unserer Studie werden wir auf die Situation bezüglicher Diskriminierung von Menschen mit HIV/Aids im Arbeitsverhältnis in den Vergleichsstaaten Frankreich, Deutschland, Grossbritannien und Kanada näher eingehen[17].

2 Daten zur HIV/Aids-Diskriminierung in der Schweiz

2.1 Keine institutionelle Diskriminierung - Schwierigkeiten beim Zugang zur Arbeit

Seit längerer Zeit belegen Studien, dass in der Schweiz Menschen mit HIV/Aids im Arbeitsverhältnis und allgemein beim Zugang zu Erwerb- und Erwerbsersatzversicherungen diskriminiert werden. Eine Untersuchung der Universität Lausanne[18] zur Frage allfälliger institutioneller Diskriminierung von Menschen mit HIV/Aids zeigt, dass in der Schweiz keine diskriminierenden Gesetzesbestimmungen existieren. In der gleichen Studie wird jedoch deutlich, dass in der Praxis, also im Bereich der Rechtsanwendung, in Einzelfällen diskriminierende Situationen vorkommen[19]. Probleme bestehen im Umgang mit vertraulichen Gesundheitsdaten. Weiter wird in den Schlussfolgerungen festgestellt, dass diese Probleme nicht nur Menschen mit HIV/Aids, sondern auch Menschen mit anderen chronischen Krankheiten betreffen. Das gelte auch für die Lücken in der sozialen Sicherung bei Krankheit wie etwa die fehlende obligatorische Taggeldversicherung[20]. Im Rahmen der Umsetzung des Nationalen Aids-Programms 1999 bis 2003 wird im Jahre 2000 eine

[15] United Nations, Declaration of Commitment on HIV/Aids, United Nations General Assembly, Special Session on HIV/Aids, 25-27 June 2001, Quelle: http://www.unaids.org/en/Goals/default.asp (23.06.06).
[16] Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Arbeitspapier „Ein koordinierender und integrierter Ansatz zur HIV/Aids-Bekämpfung in der Europäischen Union und ihren Nachbarländern", Kommission, C-2004,3414 (Kommissionsbericht HIV/Aids-Bekämpfung). Ausführlicher zur EU-Strategie siehe hinten, S. 221.
[17] Siehe Teil IV, S. 216ff.
[18] DUBOIS-ARBER/HAOUR-KNIPE, S. 2.
[19] DUBOIS-ARBER/HAOUR-KNIPE, S. 89.
[20] DUBOIS-ARBER/HAOUR-KNIPE, S. 90.

Evaluationsstudie zu den Bedürfnissen von Menschen mit HIV/Aids durchgeführt. Gefragt wird nach den Bedürfnissen von Menschen mit HIV/Aids in Bezug auf Prävention, Behandlung und Alltagsleben. Weiter wird untersucht, welche Informationen zu den bestehenden Hilfs- und Unterstützungsangeboten bestehen und ob insgesamt mit den bestehenden Angeboten den Bedürfnissen Rechnung getragen werde.[21] Die Untersuchung bestätigt die institutionelle Nichtdiskriminierung bei gleichzeitiger vereinzelter Stigmatisierung und diskriminierenden Praktiken von Behörden, Versicherungen oder Arbeitgebern[22]. Die Studie zeigt weiter, dass Menschen mit HIV/Aids das System der Sozialversicherungen als lückenhaft und höchst kompliziert erfahren. Im Bereich Sozial- und Rechtshilfe wird ein grosser Bedarf an Information und Beratung festgestellt, der in der heutigen Praxis nicht genügend abgedeckt werde[23].

2.2 Ergebnisse der umfassenden NF-Studie

2.2.1 Die wirtschaftliche Lage von Menschen mit HIV/Aids

Eine vom schweizerischen Nationalfonds finanzierte empirische Studie untersucht in den Jahren 2001-2002 die rechtlichen Aspekte von HIV/Aids und ihre ökonomischen Auswirkungen, die zum Teil ganz überraschende Ergebnisse bringt.[24] Beispielsweise liegt die Erwerbsquote mit rund 70 Prozent leicht über dem Durchschnitt der schweizerischen aktiven Bevölkerung (66 %). Doch nicht nur die Erwerbsquote ist hoch, sondern auch der Beschäftigungsgrad: 68 Prozent der Erwerbstätigen arbeiten Vollzeit. Dies entspricht dem Durchschnitt der aktiven Bevölkerung (71 %). Die durchschnittliche Armutsquote der Haushalte, in welchen Menschen mit HIV/Aids leben, beträgt 6.8 Prozent und liegt nur leicht über dem Durchschnitt der schweizerischen Bevölkerung (5.6 %). Die Armutsquote von Frauen mit HIV/Aids hingegen ist mit 11 Prozent ungefähr doppelt so hoch wie diejenige der weiblichen aktiven Bevölkerung. Eine detaillierte Untersuchung der Risikofaktoren, die zu Armut führen, zeigt, dass dafür folgende drei Faktoren verantwortlich sind: Das Vorhandensein von Kindern, das Nichtvorhandensein einer nachobligatorischen Ausbildung und das Fehlen einer eigenen Erwerbstätigkeit. Bei Frauen mit HIV/Aids kommen alle drei Risikofaktoren deutlich häufiger vor als bei Männern mit HIV/Aids.

---

[21] THOMAS/HAOUR-KNIPE/HUYNHDO/DUBOIS-ARBER, S. 2.
[22] THOMAS/HAOUR-KNIPE/HUYNH DO/DUBOIS-ARBER, S. 4.
[23] THOMAS/HAOUR-KNIPE/HUYNH DO/DUBOIS-ARBER, S. 7, siehe dazu auch ACKERMANN/DONNOLI.
[24] Die Ergebnisse wurden veröffentlicht, siehe PÄRLI/MÜLLER/SPYCHER.

2.2.2 *Die wichtigsten rechtlichen Probleme im Bereich Arbeit und Versicherung*

Obwohl die erwähnte Nationalfondsstudie zum grundsätzlich erfreulichen Fazit gelangt, dass sich die wirtschaftliche Lage von Menschen mit HIV/Aids insgesamt nicht schlecht zeigt, machen die Untersuchungsergebnisse auch schwerwiegende Benachteiligungen sichtbar.

Diese sind zum Teil auf den HIV/Aids-Status an sich, zum Teil jedoch auch auf das Faktum der HIV/Aids bedingten, eingeschränkten Arbeitsfähigkeit zurückzuführen. So wird gezeigt, dass ein Viertel der 783 Befragten im Bewerbungsverfahren ihren HIV/Aids-Status offenlegen, was bei zwei Dritteln von ihnen einen negativen Einfluss auf die Bewerbung hatte[25]. Auch die freiwillige Offenbarung durch rund 20 % der Befragten hatte bei 40 % von diesen einen negativen Einfluss[26]. 28 % der Befragten geben an, wegen HIV/Aids bereits einmal eine Stelle verloren zu haben[27].

Daneben kommen insbesondere Verletzungen im Bereich des Datenschutzes häufig vor (z.B. rechtswidrige Weitergabe der Information über den HIV/Aids-Status durch den Arbeitgeber) wie auch Diskriminierungen im Versicherungsbereich (teilweiser Ausschluss von der kollektiven Taggeldversicherung; bis zu einem 5-jährigen Vorbehalt im überobligatorischen Bereich der Pensionskasse). In der Studie wird festgestellt, dass viele der aufgeworfenen Probleme auch Menschen mit anderen Krankheiten betreffen[28]. So spielt für Versicherungsvorbehalte die Art der Diagnose keine Rolle. Hingegen ist die HIV/Aids-Infektion auch im 21. Jahrhundert noch geeignet, stigmatisierende Reaktionen des Umfeldes, auch am Arbeitsplatz hervorzurufen[29].

Fehlender oder schlechter Versicherungsschutz wirkt sich im Krankheitsfall negativ auf den Einkommensschutz aus. Ein guter Versicherungsschutz dagegen kann sich als Fessel für die berufliche Mobilität entfachen. Die NF-Studie ergibt, dass 69 Personen (10,4 %) auf einen Stellenwechsel verzichtet hätten oder verzichten würden, weil sie eine Verschlechterung ihrer Taggeldversicherungssituation befürchten. Aus dem gleichen Grund verzichten 57 Personen (9 %), eine selbständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen. Nach der NF-Studie sind vergleichbare Werte bei der Risikoversicherung der Pensionskasse festzustellen: Wegen einer möglichen Verschlechterung der Versicherungssituation würden 73 Personen (11,5 %)

[25] PÄRLI/MÜLLER/SYPCHER, S. 37.
[26] PÄRLI/MÜLLER/SPYCHER, S. 37.
[27] PÄRLI/MÜLLER/SPYCHER, S. 39.
[28] PÄRLI/MÜLLER/SPYCHER, S. 242.
[29] PÄRLI/MÜLLER/SYPCHER, S. 240.

die Stelle nicht wechseln und 58 Personen (9,4 %) auf die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit verzichten[30].

Die durch die umfassende schriftliche Befragung der HIV-Kohorte festgestellten rechtlichen Probleme werden in der Untersuchung eingehend juristisch gewürdigt. Dabei wird festgestellt, dass HIV/Aids nach geltendem schweizerischem Recht keinen Sonderfall bezüglich individueller Rechtsstellung darstellt. Viele der tatsächlichen Schwierigkeiten (Zugang zu nicht obligatorischen Versicherungen) sind überdies nicht HIV/Aids spezifisch, sondern treffen ebenfalls auf andere Personen mit eingeschränkter Gesundheit oder vorbelasteter Gesundheitsdisposition zu[31]. Als HIV/Aids spezifisch wird jedoch das im Vergleich zu anderen Diagnosen ungleich höhere Stigmatisierungspotenzial der Krankheit erachtet, was den Datenschutzproblemen eine besondere Bedeutung verleiht[32].

2.3 Zahlen aus der Rechtsberatung der AHS

Das Angebot „Rechtsberatung" der Aids-Hilfe Schweiz wird seit Beginn im Jahre 1997 rege nachgefragt. In den letzten vier Jahren hat sich die Zahl der jährlichen Beratungen zwischen 400 und 500 eingependelt. Verändert haben sich hingegen die Beratungsinhalte. Augenfällig ist der stetig steigende Anteil von Beratungen im Zusammen mit Fragen und Problemen rund um das Arbeitsverhältnis (Datenschutzverletzungen, missbräuchliche Kündigungen, Kündigungen während der Sperrfrist, weitergehende berufliche Vorsorge usw.): Der Anteil beträgt im Jahre 2000 noch 9 Prozent, 2001 bereits 21 Prozent. Im Jahre 2005 beläuft sich der Anteil von Beratungen zum Themenkomplex „Arbeit" bereits auf 45 Prozent[33]. Auffallend ist, dass sich im gleichen Zeitraum der Anteil von Beratungen rund um Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Krankheit (Krankenversicherung o.ä.) massiv reduziert hat. Diese Entwicklung basiert auf dem Hintergrund der zunehmend wirksameren antiretroviralen Kombinationstherapien. Das grössere Wohlbefinden erleichtert eine Wiederintegration in die Arbeitswelt oder verhindert den Ausschluss. Unproblematisch gestaltet sich das Arbeitsleben mit einer HIV-Infektion indes nicht.

---

[30] PÄRLI/MÜLLER/SPYCHER, S. 46ff.
[31] PÄRLI/MÜLLER/SPYCHER, S. 208.
[32] PÄRLI/MÜLLER/SPYCHER, S. 242.
[33] Aids-Hilfe Schweiz, Beratungsstatistik, internes Dokument, 2005.

3 Diskriminierungskonstellationen

3.1 Vorbemerkungen

Die nachfolgenden Beschreibungen möglicher Diskriminierungen basieren auf Auswertungen der AHS-Beratungen sowie auf den Ergebnissen der Nationalfondsstudie. Entscheidend für die Darlegung als Diskriminierung bildet der Umstand, dass eine Person aufgrund ihres HIV/Aids-Status anders behandelt wird als eine HIV-negative Person. Ob eine Diskriminierung im rechtlichen Sinne vorliegt, wird an dieser Stelle nicht weiter untersucht. Diese erfolgt im rechtlichen Teil der vorliegenden Studie[34].

3.2 Die Phasen der Diskriminierung

3.2.1 Diskriminierung im Bewerbungsverfahren

Von einer Diskriminierung kann im Bewerbungsverfahren dann gesprochen werden, wenn sich die HIV-Infektion als solche negativ auf die Bewerbungschancen auswirkt.

In der Praxis zeigen sich verschiedene Formen. Es kommt vor, dass die Arbeitgeberin grundsätzlich keine Person mit einer HIV-Infektion anstellen will. Weiter wird vom Arbeitgeber befürchtet, die HIV-Infektion würde die Leistungsfähigkeit beeinträchtigen. Die Erfahrungen der AHS-Beratungsstelle zeigen, dass sich Arbeitgebende häufig ein falsches Bild über die Auswirkungen der HIV-Infektion auf die Arbeitsfähigkeit machen (Sie schätzen diese schlechter ein).

Eine HIV/Aids bedingte Diskriminierung ist logischerweise nur möglich, wenn der Arbeitgeber überhaupt Kenntnis von der HIV-Infektion der Stellenbewerberin hat. Wie unter Kapitel III[35] ausführlich dargestellt wird, hat die Arbeitgeberin in der Regel keinen Anspruch auf Kenntnis der HIV-Infektion von Stellenbewerbenden. Direkte oder indirekte Arbeitgeberfragen nach dem HIV/Aids-Status sind also unzulässig.

Gemäss der Studie „Rechtliche Aspekte von HIV/Aids und ihre Konsequenzen“ mussten im Bewerbungsverfahren rund 22,6 % der insgesamt 783 Befragten den HIV/Aids-Status im Rahmen ihrer beruflichen Laufbahn mindestens einmal unfreiwillig offen legen. Bei 2/3 der relevanten Fälle (67,9 %) hatte die erzwungene Offenlegung einen negativen Einfluss auf die Bewerbungschancen. Auch die freiwillige Offenbarung des HIV/Aids-Status von 20,9 % der Befragten wirkte sich bei 40,6 % negativ aus[36].

---

[34] Siehe Teil III, S. 107ff.
[35] Siehe Teil III, 3.5.2, S. 157ff.
[36] PÄRLI/MÜLLER/SPYCHER, Tabelle 8, S. 37.

3.2.2 Diskriminierung beim Vertragsabschluss

Der Inhalt des Arbeitsverhältnisses wird in den Schranken gesetzlicher Vorschriften durch den Vertrag bestimmt und durch das Weisungsrecht des Arbeitgebers weiter konkretisiert. Hier sind verschiedenste Formen von Diskriminierungen denkbar wie ungleicher Lohn oder unsachgemässe Zuweisungen von Arbeitsort oder Arbeitsinhalt. Weder die erwähnte Nationalfondsstudie noch die Beratungen der Aids-Hilfe Schweiz zeigen solche Diskriminierungsformen beim Vertragsabschluss. Relativ häufig sind jedoch Benachteiligungen beim Abschluss der mit dem Arbeitsvertrag zusammenhängenden Arbeitnehmerversicherungen.

Der Abschluss eines Arbeitsvertrages führt zu einer obligatorischen Umstellung bei der Unfallversicherung. Das im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses erzielte Einkommen bildet das Beitragssubstrat für die obligatorische Alters- Hinterlassenen- und Invalidenversicherung. Weiter führt ein Arbeitsverhältnis bei entsprechender Lohnhöhe zu einer obligatorischen Unterstellung unter die berufliche Vorsorge. Bei diesen obligatorischen Versicherungen ist jede Ungleichbehandlung aufgrund der HIV-Infektion ausgeschlossen.

Anders verhält es sich bei den freiwilligen Arbeitnehmerversicherungen. Viele Arbeitgeber schliessen für ihre Arbeitnehmer freiwillig oder aufgrund einer Vorschrift im Gesamtarbeitsvertrag eine Kollektivtaggeldversicherung ab, um damit das Arbeitgeberrisiko der Lohnfortzahlungspflicht zu versichern und den Arbeitnehmenden einen längeren Schutz vor Lohnausfall zu gewähren, als dies das Gesetz vorsieht. Diese Arbeitnehmerversicherungen können mit einer individuellen Risikoprüfung ausgestaltet sein. Handelt es sich um eine Versicherungslösung mit Risikoprüfung, stellt der HIV/Aids-Status für die Versicherer einen Risikoselektionsgrund dar. Menschen mit HIV/Aids werden hier im Vergleich zu HIV-negativen Personen bei im Übrigen gleichen Voraussetzungen ungleich behandelt. Aufgrund der HIV-Infektion erfolgt eine Aufnahme nur mit einem sogenannten Vorbehalt in die KVG-Taggeldversicherung und die weitergehende berufliche Vorsorge oder eine vollständige Ablehnung des Versicherungsantrages bei einer VVG-Taggeldversicherung. Wie die Ergebnisse der Nationalfondsstudie zeigen, kann eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit je nach Lebenssituation zu einer Bedrohung der wirtschaftlichen Existenz führen.

Der Abschluss der Arbeitnehmerversicherungen birgt, sofern eine Risikoprüfung durchgeführt wird, die Gefahr eines problematischen Datenaustausches zwischen Arbeitgeberin und Versicherung. Bei der Risikoselektion erheben die grundsätzlich berechtigten freiwilligen Arbeitnehmerversicherungen sensible Gesundheitsdaten der Arbeitnehmenden. Aus diesen Daten lassen sich regelmässig Rückschlüsse

auf eine HIV-Infektion ziehen. Der Datenaustausch zwischen Arbeitgeber und Versicherung kann folglich dazuführen, dass die Arbeitgeberin im Zusammenhang mit dem Abschluss der Arbeitnehmerversicherungen Kenntnis von der HIV/Aids-Diagnose des neu angestellten Arbeitnehmers erhält.

3.2.3 Diskriminierung während der Anstellung

Der bekannte HIV/Aids-Status kann zu Benachteiligungen der betroffenen Mitarbeitenden führen. Solche Benachteiligungen treten in verschiedensten Formen auf.

Aus der Beratungstätigkeit der AHS bekannt sind Benachteiligungen durch andere Mitarbeitende, sei es, dass Gerüchte verbreitet werden oder HIV-positive Personen richtiggehend ausgegrenzt werden. Es kommt vor, dass sich Arbeitgeber an solchen Verhalten beteiligen oder aber nichts oder zu wenig unternehmen, dem Geschehen Einhalt zu gebieten. Solches Geschehen kann als eigentliches HIV/Aids-Mobbing bezeichnet werden.

Menschen mit HIV/Aids erleben auch Benachteiligungen durch den Arbeitgeber selbst. Dies kann durch die HIV/Aids motivierte Zuweisung einer anderen Arbeit bsw. ohne Kundenkontakt geschehen. Aus der Nationalfondsstudie ist bekannt, dass sich die positive HIV/Aids-Diagnose negativ auf die Beförderungschancen auswirken kann.

Quelle vieler Probleme bilden dabei Datenschutzverletzungen. Ein bekanntes Muster besteht darin, dass HIV-positive Mitarbeitende die Infektion dem Arbeitskollegen oder dem Arbeitgeber anvertrauen und diese Information ohne Einwilligung der Betroffenen weiter verbreitet wird. Nach der Nationsfondsstudie geben 34,6 % der Befragten an, sogar mehrere Male einer Datenschutzverletzung durch den Arbeitgeber ausgesetzt gewesen zu sein. Bei 29 % der Befragten fand eine Datenschutzverletzung durch Mitarbeitende statt[37].

Eine etwas andere Form der Benachteiligung von Menschen mit HIV/Aids besteht in der mangelnden Rücksichtnahme auf den gesundheitlichen Zustand bei der Gestaltung der Arbeit und des Arbeitsplatzes. Auch wenn die HIV-Infektion nicht per se zu Arbeitsunfähigkeit führt, schränkt sie doch zuweilen die Arbeitsfähig ein und sei dies auch bloss vorübergehend. Eine Benachteiligung aufgrund von HIV/Aids liegt dann vor, wenn die Arbeitgeberin nicht das ihr Zumutbare unternimmt, um auf die Gesundheit der HIV-positiven oder an Aids erkrankten Mitarbeiterin zu nehmen.

[37] PÄRLI/MÜLLER/SPYCHER, S. 62.

3.2.4 Diskriminierung im Zusammenhang mit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses

Menschen mit HIV/Aids sind in besonderem Masse gefährdet, ihre Arbeitsstelle zu verlieren. Dies ist bereits aufgrund von Einzelfällen in den Beratungen der AHS bekannt. In der NF-Studie bestätigen sich diese Erkenntnisse. Drei Konstellationen sind zu unterscheiden:

- Kündigung von Menschen mit HIV/Aids aus eigener Initiative (aufgrund befürchteter Leistungseinbusse oder Angst vor Entdeckung der HIV-Infektion),
- Kündigung der Arbeitgeberin unter Bezugnahme auf die HIV-Infektion, ohne dass eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit oder massive Leistungseinbusse vorliegt,
- Kündigung der Arbeitgeberin unter Bezugnahme auf die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit oder massive Leistungseinbusse.

Im Zusammenhang mit der Auflösung von Arbeitsverhältnissen entstehen nicht selten Konflikte oder bereits bestehende Konflikte verschärfen sich. Auch hier kann die (bekannte) HIV-Infektion eine ursächliche oder mindestens teilursächliche Rolle spielen.

3.2.5 Diskriminierung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnis ist eine HIV/Aids bedingte Ungleichbehandlung möglich. Denkbar sind insbesondere die nicht autorisierte Bekanntgabe der HIV-Infektion der ehemaligen Mitarbeiterin im Rahmen von Referenzauskünften an potenzielle neue Arbeitgebende.

3.2.6 Übersicht

Die vorgängig beschriebenen Diskriminierungskonstellationen lassen sich auf einen Blick wie folgt darstellen:

Tabelle 1: Die Diskriminierungsphasen

	Art der Diskriminierung in Stichworten
Bewerbungsphase	Ungerechtfertigtes Erfragen des HIV/Aids-Status Nichtanstellung wegen der HIV-Infektion an sich Nichtanstellung wegen befürchteter oder tatsächlicher gesundheitlicher Nichteignung
Vertragsabschluss	Nichtaufnahme in die VVG-Taggeldversicherung wegen HIV/Aids Aufnahme mit Vorbehalt in die weitergehende berufliche Vorsorge wegen HIV/Aids

	Unzulässiger Datenaustausch Versicherung-Arbeitgeber Aufnahme mit Vorbehalt in die KVG-Taggeldversicherung wegen HIV/Aids Schlechtere Arbeitsbedingungen wegen HIV/Aids
Während der Anstellung	HIV/Aids – Mobbing durch Mitarbeitende HIV/Aids-Mobbing durch Arbeitgeber Datenschutzverletzungen Diskriminierende Arbeitszuteilung Fehlende Rücksichtnahme auf die Gesundheit der Arbeitnehmenden
Beendigung des Arbeitsverhältnisses	Kündigung durch den Arbeitgeber wegen HIV/Aids Kündigung durch den Arbeitgeber wegen HIV/Aids bedingter Arbeitsunfähigkeit bzw. eingeschränkter Arbeitsfähigkeit Kündigung der Arbeitnehmerin aufgrund befürchteter Nachteile HIV/Aids bedingte Konflikte im Zusammenhang mit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses
Nachvertragliche Phase	Information über den HIV/Aids-Status an potenzielle Arbeitgeber

Quelle: Eigene Darstellung HIV/Aids-Diskriminierungsstudie

4 Bisherige Gegenmassnahmen

4.1 Kontext: Solidarität als Bestandteil der Aidspolitik

4.1.1 Puplic-Health-Strategie der Aidsbekämpfung

Die auf der Lernfähigkeit der Individuen basierende Public Health-Strategie der Bekämpfung von Aids erwies sich auch deshalb als wirksam, weil sie die Förderung der Solidarität und Nichtausgrenzung mit von HIV/Aids Betroffenen und von HIV/Aids Gefährdeten beinhaltet(e)[38]. Die weltweite Erfahrung zeigt, dass die Einhaltung der Menschenrechte ein zentraler Erfolgsfaktor für eine wirksame Bekämpfung der HIV/Aids-Epidemie darstellt[39].

4.1.2 Die Akteure in der schweizerischen Aids-Politik

Wichtigste Akteure der schweizerischen Aids-Politik sind:

- das Bundesamt für Gesundheit (BAG);
- die Eidg. Kommission für Aidsfragen (EKAF);
- die Direktion für Entwicklungszusammenarbeit (Deza);

[38] BAG, Nationales Aids-Programm 2004-2008, S.10.
[39] Siehe AMON.

- die Kantone;
- die (vom BAG mitfinanzierte) Aids-Hilfe Schweiz (AHS) und ihre Antennen als wichtigste Nichtregierungsorganisation.

Die Akteure sind bei Arbeit an der Umsetzung der Aids-Strategie zur Zusammenarbeit angehalten. Orientierung und Handlungsanweisungen bieten die jeweils auf fünf Jahre angelegten Nationalen Aidsprogramme (NAP).

4.1.3 Programmziele im Bereich Arbeit und Versicherung

Im NAP 1999-2003 lautet das Ziel 1:

> Die staatlichen Stellen setzen sich in einer koordinierten Vorgehensweise dafür ein, dass bestehende Ungleichheiten im Zusammenhang mit Krankheit, Berufsausübung und Versicherungen in der Gesetzgebung systematisch abgebaut werden.

Dieses Ziel war darauf ausgerichtet, der Gesundheitsförderung generell und besonders der Gesundheitsförderung behinderter und chronischkranker Menschen mehr Gewicht zu geben und im praktischen Alltag vor allem im Zusammenhang mit Fragestellungen der Berufsausübung, Krankheit und Versicherungen vermehrt Rechnung zu tragen. Die Anliegen basieren auf der Erkenntnis, dass die Gesundheit von chronischkranken und behinderten Menschen nur gefördert werden kann, wenn dass gesetzliche Umfeld und die Anwendung der bestehenden Gesetze dies auch erlauben.

Ziel Nr. 8 des NHAP 2004-2008 bildet die tatsächliche Gleichstellung von Menschen mit HIV/Aids in allen Lebensbereichen, insbesondere im Bereich Arbeit und Versicherung, wo gemäss Programm die häufigsten tatsächlichen Diskriminierungen vorkommen. Der Abbau von Ungleichheiten bildet bereits Ziel des Programmes 1999-2003.

Als Mittel zur Umsetzung der Gleichstellung werden im NHAP 2004-2008 die Sensibiliserung von Arbeitgebern und Versicherungen sowie die Überprüfung und Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebotes aufgeführt[40].

4.2 Diskriminierungsabbauprojekte

4.2.1 Das Projekt Interessengemeinschaft „Benachteiligung“

Das Projekt „Abbau von Ungleichheiten in der Gesetzgebung und –anwendung für behinderte und chronischkranke Menschen“ bildet eine konkrete Massnahme zur Umsetzung von Ziel Nr. 1 des Nationalen Programms 1999-2003 des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) zu HIV und Aids. Vor diesem Hintergrund erarbeitet eine aus 18 Organisationen

[40] BAG, Nationales Aids-Programm 2004-2008, S. 73.

bestehende Trägerschaft[41] einen Katalog von bestehenden Ungleichheiten mit Vorschlägen für Massnahmen, die den Abbau von Ungleichheiten in Gesetzen und in der Anwendung von Gesetzen für Menschen mit chronischen Krankheiten und Behinderungen bewirken sollen[42].

4.2.2 Das Programm zur Erhaltung der Erwerbsfähigkeit bei Menschen mit HIV/Aids

Unter der Trägerschaft der Aids-Hilfe Schweiz wird das Konzept für das vom BAG finanzierte Projekt „Programm zur Erhaltung der Erwerbstätigkeit bei Menschen mit HIV/Aids“[43] erarbeitet.

Im Programm werden verschiedene Informationsmaterialien für Arbeitgebende und für HIV-positive Arbeitnehmende bzw. Stellensuchende entwickelt und verbreitet. Weiter wird eine internetbasierende Jobbörse unter der URL-Adresse *www.workpositive.ch* errichtet. Menschen mit HIV/Aids soll das Finden einer geeigneten Arbeitsstelle erleichtert werden, indem sie durch die Jobbörse Zugang zu spezifischen Stellenangeboten erhalten, sei es über die von Arbeitgebern platzierten Stellenangebote, sei es durch selbst aufgegebene Stellengesuche. Die Börse hat den weitergehenden Zweck, Arbeitgeber „zu vermitteln“, welche die HIV-Positivität einer Mitarbeiterin akzeptieren und dieser Person unterstützend zur Seite stehen. Arbeitnehmerinnen haben so vermehrt die Möglichkeit, sich im Bewerbungsverfahren und am Arbeitsplatz als HIV-positiv zu outen. Die Internetseite *www.workpositive.ch* bietet zudem Interessierten die Möglichkeit, sich über die Thematik „HIV und Arbeit“ zu informieren.

Für die Jobbörse kontaktiert die Aids-Hilfe Schweiz rund 700 Arbeitgeber, die Resonanz ist zumindest anfänglich enttäuschend. Eine ausführliche(re) Projektbeschreibung sowie Auführungen zu den bisherigen Erfahrungen des Projektes findet sich im Anhang, S. 448ff.

4.2.3 Positives Integrationsprojekt Schweiz (P+IPS)

[41] AIDS-Hilfe Schweiz, Cuore Matto, DOK, Epilepsieklinik, Fragile Suisse, Help C (Deutschschweiz), Knochenmarktransplantiertenvereinigung, Schweizerischer Verein der Herz- und Lungentransplantierten, ParEpi, Schweizerische Fachstelle für Alkohol- und andere Drogenprobleme, Schweizerische Interessengemeinschaft für Zöliakie, Krebsliga Schweiz, Schweizerische Liga gegen Epilepsie, Lungenliga Schweiz, Multiple Sklerose Gesellschaft (Schweiz), Schweizerische Patienten-Organisation, Stiftung Aids & Kind, Verband Nierenpatienten Schweiz.

[42] Eine detaillierte Projektbeschreibung findet sich im Anhang I, S. 441ff.

[43] Beginn des Projekts: 1. Januar 2003.

Ausserhalb der behördlichen Aktivitäten und jener der AHS fällt das Projekt P+IPS auf, welches im Dezember 2004 gestartet wurde. P+IPS richtet sich an HIV-positive Menschen und hat die Reintegration in den Arbeitsprozess zum Inhalt. Das voraussichtlich zwei Jahre dauerende, durch Mittel aus der Pharmaindustrie unterstützte Projekt hat folgende Ziele:

- Verbesserung der Akzeptanz und Gleichstellung HIV-Positiver in der Arbeitswelt;
- Erhöhung der Arbeitsmarktchancen von HIV/Aids-Betroffenen, aus dem Arbeitsprozess ausgeschiedenen Menschen;
- nachhaltige Integration der erwebstätigen HIV-Positiven in der Arbeitswelt.

In einem ersten Schritt werden HIV-positive Menschen nach ihren Bedürfnissen im Arbeitsbereich befragt. Diese Bedürfnisse bilden die Grundlage zur Ausarbeitung von Massnahmen und Angeboten im Bereich Erwerbstätigkeit. Die Massnahmen sollen sowohl die Seite der arbeitssuchenden Personen mit HIV/Aids, als auch die der Arbeitgeber berücksichtigen. Denkbar sind folgende Massnahmen:

- Beratung und Coaching für Betroffene, sowie Veranstaltungen zu spezifischen Themen;
- Aufklärungs- und Informationsarbeit, allfällige Einsatzprogramme, oder sogar eigens für Betroffene definierte Stellen in Unternehmungen.

Die Anliegen des Projekts sollen bei Arbeitgeber- und Branchenverbänden, sowie bei den Gewerkschaften bekannt gemacht werden. Gleichzeitig soll auch eine breitere Öffentlichkeit über das Projekt informiert werden, dies in Zusammenarbeit mit der Aids-Hilfe Schweiz und anderen HIV/Aids-Organisationen in der Schweiz.

5 Evaluation IG-Benachteiligung

5.1 Ziele, Organisation und Methodik

Das Projekt „Abbau von Ungleichheiten in der Gesetzgebung und –anwendung für behinderte und chronischkranke Menschen“ wurde am 31.12.2002 abgeschlossen. Ziel unserer Befragung im Jahre 2006 der 17 am Projekt beteiligten Organisationen bildet eine Einschätzung zur Wirkung und insbesondere Nachhaltigkeit des Projektes aus der Perspektive der beteiligten Organisationen zu gewinnen. Darüber hinaus fragen wir nach der Einschätzungen der Interviewpartner über die Notwendigkeit gesetzlicher Massnahmen zur Diskriminierungsbekämpfung.

Der Fragebogen teilt sich in vier Phasen in Bezug auf die Wirksamkeit und Nachhaltigkeit des Projekts „IG Benachteiligung“ auf[44]:

Phase 1: Wirksamkeit während der Projektphase (2001/2002)

Phase 2: Auswertung des Projekterfolgs direkt nach Projektende

Phase 3: Nachhaltigkeit des Projekts bis heute (2005)

Phase 4: Fragen nach den notwendigen Massnahmen zur Bekämpfung von heute bestehenden Ungleichheiten in der Gesetzgebung und Gesetzesanwendung

In methodischer Hinsicht entscheiden wir uns aus praktischen Gründen für eine online-Befragung.

5.2 Ergebnisse

5.2.1 Rücklauf

Zwölf der 17 angeschriebenen Organisationen sind bereit, den Fragebogen auszufüllen, was einem Rücklauf von 66.6 Prozent entspricht. Allerdings antworten nicht alle auf jede Frage. Die Befragung ist zudem filtergeführt, d.h., nicht allen Befragten werden alle Fragen präsentiert.

5.2.2 Wirksamkeit während der Projektphase

Motive für die Teilnahme am Projekt

Einleitend wird die Frage nach dem Beweggrund, am Projekt „IG Benachteiligung“ mitzumachen, gestellt.

Die meisten Organisationen nahmen am Projekt aus der Überzeugung teil, dass nur die solidarische und gegenseitige Unterstützung der verschiedenen Gesundheits- und Behindertenorganisationen den Abbau der bestehenden Ungleichheiten erfolgreich angehen können. Die Motivation wuchs aufgrund der Zielsetzung des Nationalen Programms 1999-2003 des Bundesamtes für Gesundheit zu HIV und Aids. Die gesetzten 14 Ziele beinhalteten u.a. den Auftrag, den Begriff der Solidarität zu aktualisieren und Diskriminierungstendenzen entgegenzuwirken.

Ein gemeinsamer Handlungsbedarf wird darin gesehen, dass Menschen mit beschränkter Gesundheit – gleich ob hirnverletzte Menschen oder solche mit Epilepsie, ob herzkranke Menschen oder Menschen mit einer Behinderung inkl. HIV/Aids, ob knochenmarkstransplantierte oder nierenkranke Menschen - in der Gesetzgebung und Gesetzesanwendung in verschiedenen Bereichen

[44] Für den Fragebogen zum Projekt „IG Benachteiligung“ siehe im Anhang II, S. 453ff.

diskriminiert werden und der Abbau der Ungleichheiten nur gemeinsam verstärkt angegangen werden kann. Das Interesse, spezifische eigene Anliegen einzubringen, und die Möglichkeit, Erfahrungen mit anderen Gesundheits- und Patientenorganisationen auszutauschen, sind ebenfalls treibende Kraft.

Die Erfahrungen mit dem Projekt zeigt heute eine etwas differenziertere Einstellung. Die Befragung zeigt, dass sich etwas weniger als die Hälfte der Organisationen in ihrer Policy durch die Mitgliedschaft in der Steuergruppe „IG Benachteiligung“ beeinflussen liessen. Die Beteiligung sensibilisierte zwar verstärkt für die ungleiche Situation von Menschen mit chronischer Krankheit oder Behinderung; sie zeigte auch gleichzeitig auf, wie spezifisch die Benachteiligungen der einzelnen Behinderten- und Patientenkategorien sein können. Einige der Organisationen fühlten sich in der Richtigkeit ihrer bisherigen Policy bestätigt. Als wertvoll für die Beratungstätigkeit einzelner Organisationen wird das gemeinsam ausgearbeitete Merkblatt „- Fatigue – Anregungen für Arbeitgeber/-innen zur Ausgestaltung des Arbeitsplatzes“ erachtet. Jene Organisationen, die sich durch die Mitgliedschaft weniger beeinflusst sahen, geben an, dass sich der Schwerpunkt ihrer Tätigkeiten nicht mit dem Hauptanliegen der anderen Projektteilnehmenden deckte.

Auswirkungen auf die Zusammenarbeit

Uns interessiert, ob die Zusammenarbeit im Projekt „IG Benachteiligung“ zu einer Vernetzung oder substantiellen Zusammenarbeit mit anderen Organisationen führte. Bei 18 % der Organisationen fand lediglich eine Vernetzung statt. Insofern als die Interessen ähnlich gelagert waren, fand bei etwas mehr als die Hälfte der Organisationen ein substantieller Austausch statt. Es handelte sich dabei um einen eher informellen Austausch, d.h. Austausch von Informationen über Aktivitäten. Etwas mehr als ein Drittel der Organisationen geben an, dass weder eine Vernetzung noch ein substantieller Austausch stattfand. Grund war u.a., dass die Zielsetzung der verschiedenen Organisationen unterschiedlich war oder gemeinsame Interessen nicht bekannt waren.

Nachhaltigkeit

Schliesslich wird die Frage nach der Nachhaltigkeit des Projekts „IG Benachteiligung“ gestellt. Acht von zehn Organisationen finden, dass man das Projekt über das Jahr 2002 hinaus hätte weiterführen sollen. Mit einer Weiterführung des Projekts hätte man die punktuellen Verbesserung, die man bereits „teilweise“ in bestimmten Bereichen während der Projektphase erreichte, weiter verfolgen können: Diskriminierungsklausel in GAV, Verbreitung des Merkblattes, Datenschutz/Versicherungsverband. Es wird

befürchtet, dass Erreichtes nicht die Früchte davonträgt, die es hätte, wenn das Projekt weitergeführt worden wäre. Bei einer Weiterführung des Projekts hätte man durch die Bildung von kleineren Arbeitsgruppen spezifischer mit der Sensibilisierungsarbeit in den einzelnen Problemfeldern fortfahren können. Diejenigen Organisationen, die damals die Beendigung des Projekts als indiziert erachteten, sind der Auffassung, dass die Interessen z.T. so unterschiedlich gelagert waren, dass das Fehlen gemeinsamer Anliegen eine erfolgreiche Zusammenarbeit verhindert hätte.

5.2.3 Einschätzung des Projekterfolges am Ende der Projektphase

Projekterfolg bei gesetzlichen Ungleichheiten

Die Frage nach der Einschätzung des Projekterfolges in Bezug auf das Projektziel, die wichtigsten *Ungleichheiten in Gesetzen* für Menschen mit chronischen Krankheiten und Behinderungen abzubauen, wird von total zehn Organisationen beantwortet. Zwei Drittel der Organisationen sind der Auffassung, dass der Persönlichkeitsschutz datenschutzrechtlich in Bezug auf den Datenfluss zwischen Versicherer und Arbeitgeber mindestens teilweise erreicht wurde. Die Mehrheit sieht keine Verbesserung der ungleichen Situation von Menschen mit chronischen Krankheiten oder Behinderung in den Bereichen Krankentaggeld- und Lebensversicherung sowie beim Übergang ins Erwerbsleben. Etwas mehr als die Hälfte der Organisationen geben an, die Aufnahme einer Anti-Diskriminierungsklausel in die Arbeitsverträge und die Verbesserung von Arbeitsplatzbedingungen nicht erreicht zu haben.

Tabelle 2: Ungleichheiten im Gesetz

	Mindestens teilweise erreicht		**Nicht erreicht**	
	Häufigkeit	**Prozent**	**Häufigkeit**	**Prozent**
Krankentaggeldversicherung	3	30%	7	70%
Anti-Diskriminierungsklausel in Gesamtarbeitsverträgen	4	44%	5	55%
Arbeitsplatzbedingungen (Ermüdbarkeit am Arbeitsplatz)	4	44%	5	55%
Datenschutz im Bereich Versicherung/Arbeitgeber	6	67%	3	33%
Schnittstelle Ausbildung/Aufnahme der Erwerbstüchtigkeit	3	33%	6	67%

Lebensversicherung	1	10%	9	90%

Quelle: Online Befragung HIV/Aids-Diskriminierungsstudie 2005-2006

Ungleichheiten in der Gesetzesanwendung

Die Frage nach der Einschätzung des Projekterfolges in Bezug auf das Projektziel, die wichtigsten *Ungleichheiten in der Anwendung der Gesetze* für Menschen mit chronischen Krankheiten und Behinderungen abzubauen, wird ebenfalls von total zehn Organisationen beantwortet. Nach Auffassung der meisten Organisationen ist der Abbau von Ungleichheiten durch die Anwendung von Anti-Diskriminierungsklauseln in Gesamtarbeitsverträgen und dem verbesserten Datenschutz in Bezug auf den Datenaustausch zwischen Versicherung und Arbeitgeber mindestens teilweise erreicht worden. Im Bereich der Krankentaggeldversicherung können 60 % der Organisationen keinen Abbau von Ungleichheiten in der Anwendung der Gesetze erkennen. Etwas mehr als zwei Drittel sind der Auffassung, dass Ungleichheiten beim Übergang in die Erwerbstätigkeit unverändert bestehen.

Tabelle 3: Abbau von Ungleichheiten in der Anwendung der Gesetze

	Mindestens teilweise erreicht		**Nicht erreicht**	
	Häufigkeit	**Prozent**	**Häufigkeit**	**Prozent**
Krankentaggeldversicherung	4	40%	6	60%
Anti-Diskriminierungsklausel in Gesamtarbeitsverträgen	9	90%	1	10%
Datenschutz im Bereich Versicherung/Arbeitgeber	9	90%	1	10%
Schnittstelle Ausbildung/Aufnahme der Erwerbstätigkeit	3	30%	7	70%
Lebensversicherung	2	20%	8	80%
Andere (Antwort „Ermüdbarkeit“)	2	100%	0	0%

Quelle: Online Befragung HIV/Aids-Diskriminierungsstudie 2005-2006

Kommentar

Die Einschätzung des Projekterfolges am Ende der Projektphase ergibt, dass mit dem Projekt im Gebiet „Datenschutz im Bereich Versicherung/Arbeitgeber“ zumindest teilweise der Schutz vor Diskriminierung erreicht wurde. 90 % der Antwortenden wsind jedoch der Auffassung, dass sowohl im Gesetz als auch bei der Anwendung der Gesetze

im Bereich der „Lebensversicherung“ kein Abbau von Ungleichheiten erreicht wurde. Dieser Ungleichbehandlung liegt die Privatautonomie der Versicherer zugrunde. Es steht den Versicherer frei, im Rahmen der Risikoselektion Menschen mit chronischen Krankheiten von der Versicherung auszuschliessen oder Vorbehalte anzubringen[45].

5.2.4 Einschätzung der ungleichen Behandlung heute

Heute bestehende gesetzliche Ungleichheiten

Drei Jahre nach Abschluss des Projekts „IG Benachteiligung“ stellen die Mehrheit der teilnehmenden Organisationen immer noch *grosse Ungleichheiten in den Gesetzen* fest. Neun Organisationen (100 %) sind der Auffassung, dass nach wie vor grosse Ungleichheiten für Menschen mit chronischen Krankheiten und Behinderungen bei der Aufnahme in die Krankentaggeld- und Lebensversicherungen bestehen. Gemäss 75 % der Organisationen bestehen grosse Ungleichheiten in der Behandlung von Betroffenen beim Übergang zur Erwerbstätigkeit. Zwei Drittel nehmen eine grosse Ungleichheit im Zusammenhang mit Gesamtarbeitsverträgen und dem Datenfluss zwischen Versicherungen und Arbeitgeber wahr.

Tabelle 4: Heute bestehen Ungleichheiten in Gesetzen

	Grosse Ungleichheiten		**Höchstens kleine Ungleichheiten**	
	Häufigkeit	**Prozent**	**Häufigkeit**	**Prozent**
Krankentaggeldversicherung	9	100%	0	0%
Anti-Diskriminierungsklausel in Gesamtarbeitsverträgen	6	67%	3	33%
Datenschutz im Bereich Versicherung/Arbeitgeber	6	67%	3	33%
Schnittstelle Ausbildung/Aufnahme der Erwerbstätigkeit	6	75%	2	25%
Lebensversicherung	10	100%	0	0%
Andere (Antwort „BVG, KVG“)	1	100%	0	0%

Quelle: Online Befragung HIV/Aids-Diskriminierungsstudie 2005-2006

[45] Siehe PÄRLI (HAVE), S. 112ff.
[47] Für den Fragebogen zum Projekt *www.workpositive.ch* siehe Anhang II, S. 453ff

Heute bestehende Ungleichheiten in der Gesetzesanwendung

Nach Angaben der Organisationen verbesserte sich die Situation bezüglich Ungleichheiten in der Anwendung von Gesetzen während der vergangenen drei Jahre nach Abschluss des Projekts „IG Benachteiligung“ nicht wesentlich. Grosse Ungleichheiten bestehen immer noch bei den Krankentaggeld- und Lebensversicherungen. Grosse Ungleichheiten erkennen 67 % beim Übergang in das Erwerbsleben und etwas mehr als die Hälfte bei der Anwendung von Gesamtarbeitsverträgen und Datenfluss zwischen Versicherung und Arbeitgeber.

Tabelle 5: Heute bestehende Ungleichheiten in der Anwendung von Gesetzen

	Grosse Ungleichheiten		**Höchstens kleine Ungleichheiten**	
	Häufigkeit	**Prozent**	**Häufigkeit**	**Prozent**
Krankentaggeldversicherung	9	100%	0	0%
Anti-Diskriminierungsklausel in Gesamtarbeitsverträgen	5	56%	4	44%
Datenschutz im Bereich Versicherung/Arbeitgeber	5	56%	4	44%
Schnittstelle Ausbildung/Aufnahme der Erwerbstätigkeit	6	67%	3	33%
Lebensversicherung	9	100%	0	0%
Andere (Antwort „BVG, KVG“)	1	100%	0	0%

Quelle: Online Befragung HIV/Aids-Diskriminierungsstudie 2005-2006

Kommentar

Alle Antwortenden geben an, dass heute sowohl im Gesetz als auch in der Anwendung der Gesetze grosse Ungleichheiten für Menschen mit chronischen Krankheiten und Behinderungen bestehen. In teilweisem Widerspruch mag die Tatsache gelten, dass die Befragten zum heutigen Zeitpunkt die Ungleichheiten im Bereich Krankentaggeldversicherung höher empfinden als zu Zeiten des Projekts. Dieser hohe Prozentsatz, der sich auch in den anderen Bereichen widerspiegelt, kann damit zusammenhängen, dass in den letzten Jahren ein gesellschaftlicher Wandel stattgefunden hat, indem eine gewisse Sensibilität gegenüber Situationen von Menschen mit einer gesundheitlichen Einschränkung - nicht zuletzt durch den Erlass des Behindertengesetzes - gewachsen ist.

5.2.5 Einschätzung bezüglich heutiger Diskriminierung in den verschiedenen Phasen des Erwerbslebens

89 % der befragten Organisationen bejahen die Frage, ob ihre Klienten im Erwerbsleben diskriminiert werden. Eine Diskriminierung liegt dabei vor, wenn eine Person aufgrund ihrer gesundheitlichen Einschränkung in einer vergleichbaren Situation ungerechtfertigterweise eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine Person ohne diese gesundheitliche Einschränkung.

Diskriminierung im Bewerbungsverfahren

Klar ersichtlich ist, dass Arbeitgeber häufig nicht wegen der Krankheit an sich, sondern vielmehr wegen ihrer möglichen negativen Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit von einer Anstellung absehen. Der Verlust der Kundschaft oder die Befindlichkeit der Mitarbeiterinnen ist selten Grund für die ungleiche Behandlung. Die nachfolgende Tabelle gibt Auskunft, mit welcher Art von Diskriminierung nach Einschätzung der Organisationen ihre Klientinnen im Bewerbungsverfahren konfrontiert werden.

Tabelle 6: Diskriminierung im Bewerbungsverfahren

	Kommt häufig vor		**Kommt selten oder nie vor**	
	Häufigkeit	**Prozent**	**Häufigkeit**	**Prozent**
Die Krankheit an und für sich	4	50%	4	50%
Befürchtungen, dass sich die Krankheit auf die Arbeitsfähigkeit auswirken könnte	8	100%	0	0%
Befürchtungen, dass sich die Krankheit zu einem späteren Zeitpunkt auf die Arbeitsfähigkeit auswirken könnte	8	100%	0	0%
Die bereits bestehenden krankheitsbedingten Einschränkungen der Arbeitsfähigkeit	3	60%	2	40%
Verlust der Kundschaft	1	14%	6	86%
Befindlichkeiten der MitarbeiterInnnen	2	29%	5	71%
Sonstiges	0	0%	0	0%

Quelle: Online Befragung HIV/Aids-Diskriminierungsstudie 2005-2006

Diskriminierung bei Vertragssschluss

Mehr als zwei Drittel der befragten Organisation geben an, dass ihre Klienten beim Vertragschluss häufig diskriminiert werden. Es handelt sich dabei um Einschränkungen sowohl bei der Aufnahme in die Kollektivtaggeldversicherung als auch in die Pensionskasse.

Tabelle 7: Diskriminierung bei Vertragsschluss

	Kommt häufig vor		Kommt selten oder nie vor	
	Häufigkeit	Prozent	Häufigkeit	Prozent
Einschränkung bei der Aufnahme in die Kollektivtaggeldversicherung	5	71%	2	29%
Einschränkung bei der Aufnahme in die Pensionskassen	5	71%	2	29%
Sonstige Arbeitsbedingungen (Antwort: „keine Anpassung an die konkreten Bedürfnisse, wie z.B. längere Pausen“)	1	100%	0	0%

Quelle: Online Befragung HIV/Aids-Diskriminierungsstudie 2005-2006

Diskriminierung während der Anstellung

43 % der Antworten bestätigen, dass Mobbing eine Form von Diskriminierung ist, die am Arbeitsplatz häufig vorkommt. Weit aus mehr verbreitet ist die Diskriminierung durch Datenschutzverletzungen. Etwas mehr als 70 % der Organisationen beklagen Datenschutzverletzungen als häufiges Phänomen im Arbeitsverhältnis. Ein auf chronischkranke Personen angepasstes Arbeitsumfeld ist an den Arbeitsplätzen selten oder nie vorhanden (75 %).

Tabelle 8: Diskriminierung während der Anstellung

	Kommt häufig vor		Kommt selten oder nie vor	
	Häufigkeit	Prozent	Häufigkeit	Prozent
Mobbing	3	43 %	4	57 %
Datenschutzverletzungen	5	71 %	2	29 %
Kein auf chronischkranke Personen angepasstes Arbeitsumfeld	6	75 %	2	25 %

Sonstiges (keine Spezifizierung)	2	40 %	3	60 %

Quelle: Online Befragung HIV/Aids-Diskriminierungsstudie 2005-2006

Diskriminierung bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses

Nach Angaben der Organisationen sind die Krankheit an sich und Befürchtungen krankheitsbedingter Leistungseinbussen nur selten oder gar nie Gründe für eine Kündigung. Hingegen kommen Kündigungen aufgrund von krankheitsbedingter Leistungseinbussen häufig vor. Obwohl eine Kündigung während der Sperrfrist missbräuchlich ist, geben ein Drittel der Organisationen an, dass im Fall ihrer Klienten häufig während Unzeiten gekündigt wird. Bei einer Kündigung gerade nach Ablauf der Sperrfrist ist anzunehmen, dass sie aufgrund der Krankheit erfolgt und deshalb missbräuchlich ist. Hierzu geben die Hälfte der Organisationen an, dass Kündigungen nach Ablauf der Sperrfrist häufig vorkommen.

Tabelle 9: Diskriminierung bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses

	Kommt häufig vor		**Kommt selten oder nie vor**	
Kündigung aufgrund…	**Häufigkeit**	**Prozent**	**Häufigkeit**	**Prozent**
... der Krankheit an und für sich	2	33%	4	67%
... von Befürchtungen krankheitsbedingter Leistungseinbussen	1	17%	5	83%
... krankheitsbedingter Leistungseinbussen	6	85%	1	15%
... während der Sperrfrist	2	33%	4	66%
... nach Ablauf der Sperrfrist	3	50%	3	50%
... der Geltendmachung eines Rechtsanspruchs im Zusammenhang mit der Krankheit	6	100%	0	0%
... befürchteter negativer Reaktionen der Kundschaft	2	33%	4	67%
... tatsächlicher negativer Reaktionen der Kundschaft	6	100%	0	0%
... befürchteter negativer Reaktionen der MitarbeiterInnen	1	14%	6	86%
... tatsächlicher negativer Reaktionen der MitarbeiterInnen	1	17%	5	83%
Sonstiges	0	0%	0	0%

Quelle: Online Befragung HIV/Aids-Diskriminierungsstudie 2005-2006

Diskriminierung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Die Befragung ergibt und bestätigt die Erfahrungen der Beratungsstellen sowie die Erkenntnisse empirischer Studien, dass sich die meisten Arbeitgeber ihrer datenschutzrechtlichen Pflichten gegenüber ihren Arbeitnehmerinnen nicht bewusst sind. Obwohl Daten über die Gesundheit besonders schützenswerte Personendaten sind und nur mit Einwilligung der betroffenen Personen bearbeitet werden dürfen, werden von den Arbeitgebern sowohl im Kündigungsschreiben, bei schriftlichen Referenzauskünften als auch bei schriftlicher Auskunftserteilung an Sozial- und Privatversicherungen häufig Angaben über die Gesundheit gemacht.

Tabelle 10: Ungerechtfertigte Weitergabe von Gesundheitsdaten durch den ehemaligen Arbeitgeber

	Kommt häufig vor		**Kommt selten oder nie vor**	
Erwähnen der Krankheit…	**Häufigkeit**	**Prozent**	**Häufigkeit**	**Prozent**
...im Kündigungsschreiben	5	100%	0	0%
...bei mündlichen Referenzauskünften an den potenziellen neuen Arbeitgeber	1	25%	3	75%
...bei schriftlichen Referenzauskünften an potenziellen Arbeitgeber	4	100%	0	0%
...bei schriftlicher Auskunftserteilung an Durchführungsstellen der Sozial- und Privatversicherung	5	100%	0	0%
...bei mündlicher Auskunftserteilung an Durchführungsstellen der Sozial- und Privatversicherung	1	20%	4	80%

Quelle: Online Befragung HIV/Aids-Diskriminierungsstudie 2005-2006

Kommentar

Obwohl die Arbeitgeber rechtlich verpflichtet sind, gebührend auf die Gesundheit ihrer Arbeitnehmer Rücksicht zu nehmen, beklagen 75 % der Organisationen, dass am Arbeitsplatz häufig keine Massnahmen getroffen werden, die den Bedürfnissen chronischkranker Personen angepasst sind.

Nach Art. 336 Abs. 1 lit. d OR ist eine Kündigung missbräuchlich, wenn sie ausgesprochen wird, weil die Arbeitnehmerin nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht („Rachekündigung"). Die Befragung zeigt jedoch, dass sich Klienten der Organisationen häufig wegen einer Rachekündigung beklagen.

Kündigungen aufgrund tatsächlicher negativer Reaktionen der Kundschaft kommen ebenfalls vor. Aus dem Befragungsergebnis ist nicht ersichtlich, ob es zu einem Kundenverlust kommt, der die ökonomische Existenz der Arbeitgeberin gefährdet hätte. Solange jedoch eine Gefährdung der ökonimischen Existenz nicht nachgewiesen werden kann, ist eine Kündigung aufgrund von negativer Kundenreaktionen missbräuchlich.

5.2.6 Anspruch auf Gleichbehandlung

Wir wollen in Erfahrung bringen, was die Gründe sind, dass Menschen mit HIV/Aids und chronischer Krankheiten ihren Anspruch auf Gleichbehandlung lange Zeit nicht oder überhaupt nicht gegenüber den Arbeitgebern oder auch Mitarbeiterinnen, Kunden usw. geltend machen.

Tabelle 11: Die Schwierigkeiten, den Anspruch auf Gleichbehandlung geltend zu machen

	Kommt häufig vor		**Kommt selten oder nie vor**	
	Häufigkeit	**Prozent**	**Häufigkeit**	**Prozent**
Das Erbringen des Beweises der stattgefundenen Diskriminierung/ Ungleichbehandlung.	9	100%	0	0%
Der Nachweis eines wirtschaftlichen Schadens als Folge der Diskriminierung/ Ungleichbehandlung.	7	88%	1	12%
Der Nachweise des Zusammenhangs zwischen der Diskriminierung/ Ungleichbehandlung und dem wirtschaftlichen Schaden.	6	75%	2	25%
Die zu erwartenden Verfahrenskosten.	7	78%	2	22%
Die zu erwartende Dauer des Verfahrens.	7	87%	1	13%
Angst vor negativen Auswirkungen auf das	8	89%	1	11%

bestehende Arbeitsverhältnis				
Angst vor negativen Auswirkungen auf potenzielle neue Arbeitsverhältnisse	8	100%	0	0%

Quelle: Online Befragung HIV/Aids-Diskriminierungsstudie 2005-2006

Kommentar

Das Befragungsergebnis zeigt, dass zu den häufigsten Schwierigkeiten den Anspruch auf Gleichbehandlung geltend zu machen, die Beweiserbringung und die Angst vor negativen Auswirkungen auf das Erwerbsleben gehören. Beides sind Notstandsituationen der Arbeitnehmenden, die sich mit der ungleichen Machtposition des Arbeitgebers erklären lassen. Nach Angaben der meisten Organisationen gestaltet sich auch der Nachweis eines wirtschaftlichen Schadens als schwierig. Schliesslich sind die Verfahrenskosten wie auch die Verfahrensdauer Gründe, warum es Betroffene ablehnen, ihren Anspruch auf Gleichbehandlung geltend zu machen.

5.2.7 Verstärkte Verankerung eines Diskriminierungsverbotes

Uns interessiert die Einschätzung der Organisationen zur heutigen Ausgestaltung der Rechtslage in Bezug auf den Diskriminierungsschutz. Die Pflicht zum Schutz vor Diskriminierung ist für die Schweiz sowohl in Art. 8 Abs. 2 der Bundesverfassung als auch in für sie verbindlichen völkerrechtlichen Verträgen, namentlich in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, den beiden UNO-Pakten I und II, der Konvention Nr. 111 der Internationalen Arbeitsorganisation und in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) verankert. Die Frage nach der Wichtigkeit des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes für die Situation der Klientel im Arbeitsleben wird von zwei Dritteln der Organisationen als gering (unwichtig) eingestuft. Nach acht von neuen Organisationen spielen international verankerte Diskriminierungsverbote ebenfalls keine Rolle. Somit können sich die Betroffenen nach Einschätzung der Organisationen weder auf den Diskriminierungsschutz in der Verfassung noch auf jene in internationalen Übereinkommen gewährleisteten Diskriminierungsverbote wirksam beziehen, um ihre Ansprüche durchzusetzen.

Zusammenfassend sind alle Organisationen der Meinung, dass der Schutz vor Diskriminierung im Arbeitsverhältnis für Menschen mit gesundheitlicher Beeinträchtigung *nicht* ausreichend ist und dass eine verstärkte Verankerung eines Diskriminierungsverbotes wirksam wäre. Fast zwei Drittel der Organisationen (63 %) finden, dass ein verbesserter Schutz nur durch die

Verankerung einschlägiger Schutznormen in bereits bestehenden Gesetzen erreicht werden könne. Drei der acht befragten Organisationen erachten ein spezifisches Anti-Diskriminierungsgesetz zum Schutz vor Diskriminierungen von Menschen mit chronischer Krankheit als wirksamer. Ein allgemeines Anti-Diskriminierungsgesetz für einen verbesserten Schutz vor Diskriminierung wird von keiner Organisation in Erwägung gezogen. Dahingegen finden alle befragten Organisationen, dass die Verankerung von Diskriminierungsschutzmassnahmen in Gesamtarbeitsverträgen wirksamer wäre. Bei der Frage nach der Wirksamkeit (freiwilliger) betrieblicher Konzepte zur Vermeidung von Diskriminierung von Betroffenen haben 78 % der Organisationen eine positive Einstellung.

5.3 Zusammenfassung

Die Befragung der 17 Patientenorganisationen ergibt, dass das Projekt „IG Benachteiligung“ teilweise Wirkung erzielte. Der Teilerfolg und auch die geringe Nachhaltigkeit sind darauf zurückzuführen, dass einerseits das Projekt nach einjähriger Laufdauer aus finanziellen Gründen abgebrochen werden musste und dass sich andererseits doch Krankheits spezifische Benachteiligungen feststellen liessen, die unterschiedliche Massnahmen bedingen.

Der Teilerfolg des Projekts stellte sich sowohl in Gesetzen als auch in der Gesetzesanwendung in Bezug auf den Datenschutz, insbesondere dem Datenaustausch zwischen Versicherung und Arbeitgeber ein. Demgegenüber konnte ein Abbau von Ungleichheiten bei den Krankentaggeld- und Lebensversicherungen nicht erreicht werden. Grosse Ungleichheiten werden auch in Bezug auf die Regelungen in den GAV und deren Anwendung beklagt. Diese Auffassungen verstärkte sich drei Jahren nach Projektende noch.

Unter dem Blickwinkel der verschiedenen Phasen des Erwerbslebens zeigen die Erfahrungen der befragten Organisationen, dass diskriminierendes Verhalten gegenüber Personen mit eingeschränkter Gesundheit in allen Phasen vorkommt. Insbesondere finden Datenschutzverletzungen beim Vertragsschluss, während der Anstellung und bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses statt. Es fällt auf, dass befürchtete Leistungseinbussen oder Arbeitsunfähigkeit oft Grund für die Nichtanstellung, jedoch nicht Kündigungsgrund ist; hingegen kommen Kündigungen bei Leistungseinbussen häufig vor, auch während den gesetzlichen Sperrfirst.

Ganz klar ergib die Befragung der Organisationen, dass der Diskriminierungsschutz im Arbeitsverhältnis für Menschen mit gesundheitlichen Einschränkungen nicht ausreichend ist. Die befragten Organisationen ziehen die Verankerung einschlägiger Schutznormen in

bereits bestehenden Gesetzen oder in Gesamtarbeitsverträgen einem spezifischen wie auch allgemeinen Anti-Diskriminierungsgesetz vor.

6 Evaluation *www.workpositive.ch*

6.1. Ziele, Organisation und Methodik

Die Evaluation des laufenden Projekts „Programm zur Erhaltung der Erwerbstätigkeit bei Menschen mit HIV/Aids“ hat zum Ziel, die Wirkung und Nachhaltigkeit des Projekts, insbesondere der internetbasierenden Jobbörse für Menschen mit HIV/Aids aus der Sicht der Arbeitgeber zu gewinnen.

Mittels Fragebogen wird die Wirkung und Nachhaltigkeit des Projekts *www.workpositive.ch* in Erfahrung gebracht. Die Befragung der Arbeitgeber startet mit Fragen zum Bewegunggrund, am Projekt mitzumachen. Denjenigen, die angaben, keine Kenntnisse vom Projekt gehabt zu haben, wird eine Projektbeschreibung vorgelegt; diese werden in einem zweiten Schritt um ihre Akzeptanz von Menschen mit HIV/Aids in ihrem Betrieb befragt. Arbeitgeber, die bereits auf *www.workpositive.ch* Stellen inserierten oder das Projekt finanziell unterstützten, werden um ihre Erfahrung in der Benutzung der Webpage und im Umgang mit Menschen mit HIV/Aids befragt. Alle angegangenen Arbeitgeber werden auf ihre Kenntnisse über HIV/Aids geprüft. Schliesslich geht es darum, herauszufinden, wie die Arbeitnehmerinnen in den jeweiligen Betrieben gegen einen krankheitsbedingten Arbeitsunfall versichert sind; es interessiert dabei die Aufnahme in die Kollektivkrankentaggeldversicherung als auch in die weitergehende berufliche Vorsorge[47].

Technisch wird die Befragung online durchgeführt. Die Unternehmen werden per e-Mail angeschrieben und haben die Möglichkeit, sich mittels eines personalisierten Links an der Befragung zu beteiligen. Der Fragebogen liegt in deutscher und französischer Sprache vor. 41 der Befragten (84.4%) beantworten den Fragebogen auf Deutsch, die verbleibenden 7 (14.6 %) auf Französisch. Das Begleitschreiben weist die Arbeitgeber darauf hin, dass sie bereits vor zwei Jahren auf das Projekt aufmerksam gemacht wurden und dass die Auswertung des Projekts *www.workpositive.ch* im Rahmen der vorliegenden Studie durchgeführt werde, um die Wirksamkeit von Massnahmen zur Erhaltung der Erwerbstätigkeit von Menschen mit HIV/Aids festzustellen.

6.2. Ergebnisse

6.2.1 Rücklauf

Es werden 724 Unternehmen aus der deutsch- und französischsprachigen Schweiz angeschrieben. Es handelt sich dabei um dieselben Arbeitgeber, die man im Jahre 2003 zu Beginn des Projekts für eine Teilnahme an der Jobbörse kontaktierte[48]. Von den 724 angeschriebenen Unternehmen werden 561 Unternehmen erreicht und davon füllen 48 Unternehmen den Fragebogen aus.

Tabelle 12: Grösse des Unternehmens (n=38)

	Häufigkeit	Prozent
weniger als 5	6	15.8%
5 bis 9	7	18.4%
10 bis 49	7	18.4%
mehr als 50	18	47.4%
Gesamt	38	100.0%

Quelle: Online Befragung HIV/Aids-Diskriminierungsstudie 2005-2006

Tabelle 13: Wirtschaftssektor (n=39)

	Häufigkeit	Prozent
Industrie	4	10.3%
Handwerk und Bau	2	5.1%
Handel	3	7.7%
Verkehr, Transport, Logistik	1	2.6%
Tourismus, Hotel- und Gaststättengewerbe	1	2.6%
Kreditinstitute, Banken, Versicherungen	2	5.1%
Erbringung von Dienstleistungen	10	25.6%
Staatliche Behörde (öffentlicher Haushalt)	7	17.9%
Sonstiges	9	23.1%
Gesamt	39	100.0%

Quelle: Online Befragung HIV/Aids-Diskriminierungsstudie 2005-2006

Der Rücklauf beträgt somit 8.5 %, wovon 18 % aus der Romandie (Rücklauf 7.1 %) und 82 % aus der Deutschschweiz (Rücklauf 8.9 %) stammen.

[48] Für die Beschreibung des Projekts www.workpositive.ch siehe Anhang I, S. 448ff.

Verschiedene Unternehmen distanzieren sich von der Befragung mit der Begründung, dass sie keine verbindlichen Angaben machen könnten, da sie keine Daten über HIV/Aids erheben würden oder eine Teilnahme an der Befragung sei ausgeschlossen, da der Schutz der Privatsphäre ihrer Arbeitnehmer vorgehen würde. Andere sehen sich ausser Stande, die Fragen zu beantworten, weil sie keine Erfahrung mit HIV-positiven Arbeitnehmenden hätten.

Für die Befragung wird die Zielgruppe der Arbeitgeberinnen in vier verschiedene Kategorien aufgeteilt:

Kategorie 1: diejenigen Unternehmen, die bereits ein Stelleninserat aufgeschaltet haben;

Kategorie 2: diejenigen Unternehmen, die das Projekt *www.workpositive.ch* finanziell unterstützen oder unterstützt haben;

Kategorie 3: diejenigen Unternehmen, die weder ein Stelleninserat auf *www.workpositive.ch* aufgeschaltet noch das Projekt finanziell unterstützt haben;

Kategorie 4: diejenigen Unternehmen, die aussagen, dass ihnen bisher die Jobbörse unbekannt gewesen war.

Es sind zwei Unternehmen der Kategorie 1, zwei Unternehmen der Kategorie 2 und 12 Unternehmen der Kategorie 3, die an der Befragung teilnehmen. Die restlichen 31 Unternehmen erklären eingangs, dass ihnen das Projekt „HIV und Erwerbstätigkeit“ nicht bekannt war.

Im vorliegenden Kapitel werden die wichtigsten Ergebnisse der online-Befragung dargestellt.

6.2.2 Gründe für die (Nicht)Teilnahme am Projekt

Einleitend wollen wir von den Unternehmen erfahren, welche Gründe für sie massgebend waren, entweder eine offene Stelle auf *www.workpositive.ch* auszuschreiben, das Projekt „HIV und Erwerbstätigkeit“ finanziell zu unterstützen oder auf eine Teilnahme ganz zu verzichten.

Von den Unternehmen, die bereit waren, ihre offenen Stellen auf *www.workpositive.ch* auszuschreiben (Kategorie 1), geben die Unternehmen einen persönlichen Bezug der Verantwortlichen im Unternehmen oder die gute Erfahrung mit im Unternehmen beschäftigten HIV-positiven Menschen an. Weitere Gründe zur Teilnahme waren die Unterstützung des Projekts als Bestandteil der Corporate Social Responsibility oder des Diversity Managements im Unternehmen. Die Unterstützung des Projekts als Marketingmassnahme werden von beiden Unternehmen verneint. Die finanzielle Unterstützung des Projekts (Kategorie 2) werden von den

Unternehmen ebenfalls mit einem persönlichen Bezug zur Thematik, Bestandteil der Corporate Social Responsibility und des Diversity Managements begründet.

Massgebend dafür, dass Unternehmen nicht auf *www.workpositive.ch* inserieren, ist bei neun von elf Unternehmen, dass zu wenig offene Stellen vorhanden sind. Der zu hohe administrative Aufwand wird von 20 % der Befragten als Begründung für die fehlende Unterstützung angegeben. Die HIV-Positivität wird von allen und die Befürchtung negativer Reaktionen seitens der Kunden von zehn der elf der an der Befragung teilnehmenden Unternehmen als nicht zutreffender Grund für die Nichtteilnahme angegeben. Wohl hat eine Unternehmung bemerkt, dass sie ihre offenen Stellen nicht auf *www.workpositive.ch* anbietet, weil sie die Auffassung vertritt, dass für alle Interessenten die gleichen Wege offen stehen sollten.

Nachdem die Unternehmen der Kategorie 4 von der Existenz der Jobbörse mittels Kurzbeschreibung Kenntnis genommen haben, fragen wir sie, ob nun für sie ein Inserieren auf *www.workpositive.ch* und/oder eine finanzielle Unterstützung des Projekts in Frage käme. 16.1 % der Unternehmen wären bereit, auf *www.workpositive.ch* zu inserieren. Anlass dazu sind entweder ein persönlicher Bezug der Verantwortlichen im Unternehmen (4), gute Erfahrungen mit HIV-positiven Menschen (2), die Unterstützung des Projekts als Bestandteil der Corporate Social Responsibility (5) oder des Diversity Managements (2). Nur eine Unternehmung gibt an, dass sie eine mögliche Unterstützung des Projekts als Marketingmassnahme betrachte.

Eine finanzielle Unterstützung können sich 9.7 % der Unternehmen der Kategorie 4 vorstellen. Die finanzielle Unterstützung des Projekts wäre Bestandteil der Corporate Social Responsibility oder des Diversity Managements.

64.5 % der Unternehmen der Kategorie 4 lehnen jedoch weiterhin eine Teilnahme am Projekt „HIV und Erwerbstätigkeit“ ab. In der Folge fragen wir sie, ob sie hingegen einer auf *www.workpositive.ch* inserierenden Person mit ausgewiesener Qualifikation und entsprechender Eignung ein Stellenangebot machen würden. Bei 19 der 23 befragten Unternehmen würde unter diesen Umständen eine Anstellung eines HIV-positiven Menschen in Betracht kommen. Die Unternehmen, die eine Anstellung eines HIV-positiven Menschen trotz ausgewiesener Qualifikation ablehnen würden, begründen dies wie folgt:

- „Im Gastgewerbe ist die Verletzungsgefahr speziell in der Küche zu gross. Auch im Servicebereich sehe ich es als problematisch an. Wir haben kaum ‚Bürojobs’…“
- „keine offenen Stellen in absehbarer Zeit…“

- „Unsere Gewinn- bzw. Verdienstspanne ist dermassen gering, dass wir selbst gesunde Mitarbeiter über 50 Jahren kaum halten können. Wie dann ein gesundheitlich massiv angeschlagener Mitarbeiter?“
- „Vermutlich würde ich eine auf dieser Seite inserierende Person nicht anstellen, weil wir ein ganz kleines Team mit einer relativ grossen Präsenzzeit sind und ich Befürchtungen hätte, dass sie wegen Krankheit öfters nicht arbeiten könnte.“
- „Wir haben eigene Jobportale und eigene Bewerbungsquellen.“

6.2.3 Benutzung des Angebots www.workpositive.ch

Rund 50 % der Befragten, welche sich am Projekt beteiligten, geben an, die Internetseite *www.workpositive.ch* nie zu besuchen. Hierzu muss gesagt werden, dass die Arbeitgeber in den meisten Fällen ihre Stelleninserate nicht direkt auf *www.workpositive.ch* einschreiben, sondern diese der Aids-Hilfe Schweiz schicken, damit diese die Inserate einschreibt und aufschaltet. Von den Firmen, welche die Internetseite besuchen, schauen 40 % auch die Stellengesuche an.

Die Frage, ob die Arbeitgeber eine Person aufgrund eines Inserates auf *www.workpositive.ch* angestellt haben, beantworten alle mit nein. Dieses Ergebnis vermittelt jedoch einen falschen Eindruck. Wenn ein Arbeitgeber ein Stelleninserat auf *www.workpositive.ch* aufschaltet, muss er angeben, wo das Inserat sonst noch publiziert wurde (Zeitung, Internet, eigene Homepage, etc.). Damit soll sichergestellt werden, dass sich eine Person nicht als HIV-positiv outen muss, wenn er/sie sich auf ein Inserat auf *www.workpositive.ch* bewirbt. Es erstaunt folglich nicht, dass alle Arbeitgeber die Frage mit nein beantworten.

6.2.4 Kenntnisse der Arbeitgeber über HIV/Aids

Mit der ersten Frage wollen wir von allen an der Befragung teilnehmenden Unternehmen erfahren, wie sie selbst ihre Kenntnisse über HIV/Aids einschätzen. Die Kenntnisse über HIV/Aids wurde von elf der Befragten als sehr gut, von 14 als gut und 13 als genügend eingeschätzt. Nur ein Unternehmen bekennt sich dazu, ungenügende Kenntnisse über HIV/Aids zu haben.

Mit der zweiten Frage „Was wissen Sie über die HIV/Aids-Infektion“ können wir feststellen, wie der Wissenstand der Arbeitgeber über HIV/Aids und Erwerbsfähigkeit tatsächlich ist. So ist allen Arbeitgebern bekannt, dass eine HIV/Aids Erkrankung nicht schnell zum Tod führt. Mit Ausnahme von fünf Unternehmen wissen alle, dass die antiretrovirale Kombinationstherapie die Lebenssituation von Menschen mit HIV/Aids verbessert hat. Jedoch 67.4 %

der befragten Unternehmen sind nicht darüber informiert, dass die meisten Menschen mit HIV/Aids (90 % und mehr) vollzeitbeschäftigt sind. Ein Unternehmen ist sogar der Auffassung, dass nur wenige Menschen mit HIV/Aids arbeitsfähig sind. 17 Unternehmen ist nicht bekannt, dass in der Schweiz rund 70 % der Menschen mit HIV/Aids erwerbstätig sind. Schliesslich besteht bei vier von 46 Unternehmen (8.7 %) die falsche Vorstellung, dass HIV/Aids leicht übertragbar sei und dass ein hohes Ansteckungsrisiko bestehe.

Die dritte Frage soll uns vermitteln, ob die Arbeitgeber wissen, wo sie sich Informationen zu HIV/Aids und Erwerbstätigkeit einholen können. Die Informationsplattform der Aids-Hilfe Schweiz ist zwei Dritteln der Unternehmen bekannt. Etwas weniger als die Hälfte gibt an, die Informationsplattform des Bundesamtes für Gesundheit zu kennen. Für die Arbeitgeber weniger bekannt sind die telefonische Beratung der Aids-Hilfe Schweiz (15.2 %), die Broschüre HIV im Arbeitsumfeld (19.6 %) und die Broschüre Job und HIV (8.7 %). Nur eine von 42 Unternehmungen gibt an, den telefonischen Beratungsservice der Aids-Hilfe Schweiz in Anspruch genommen zu haben.

6.2.5 Versicherungsschutz

Kollektivkrankentaggeldversicherung

Die HIV-Infektion kann, aber muss nicht zu Arbeitsunfähigkeit führen. Uns interessierte, wie die Unternehmen ihre Arbeitnehmerinnen gegen einen krankheitsbedingten Arbeitsunfall versichern lassen. Die Mehrheit, d.h. 46.3 % (19 von 41) der Unternehmen haben eine Kollektivkrankentaggeldversicherung nach KVG ohne Gesundheitsprüfung abgeschlossen; 14.6 % (6 von 41) der Unternehmen schlossen eine Kollektivkrankentaggeldversicherung nach VVG ohne Gesundheitsprüfung vab. Dahingegen haben lediglich 9.7 % einen Versicherungsschutz (KVG, VVG) mit Gesundheitsprüfung. Die Arbeitgeber, die keine Kollektivkrankentaggeldversicherung (KVG, VVG) für ihre Arbeitnehmer abschliessen, geben an, dass sie als Arbeitgeber verpflichtet sind, während z.B. 720 Tagen zu 100 % die Lohnfortzahlung zu übernehmen, oder dass sie eine Selbstversicherung hätten, die den Bedingungen der Krankentaggeldversicherung entsprechen.

Vorsorgeeinrichtung

Uns interessiert, welcher Art von Vorsorgeeinrichtungen sich die Unternehmen bedienen. Mehr als die Hälfte der Unternehmen ist bei einer Arbeitgeberkasse versichert. 11 von 36 Unternehmen sind bei einer

Sammelstiftung versichert und lediglich 5 Unternehmen haben sich einer Gemeinschaftsstiftung angeschlossen.

Tabelle 14: Art der Vorsorgeeinrichtigung (n = 36)

	Häufigkeit	Prozent
Arbeitgeberkasse	20	55.6%
Gemeinschaftsstiftung	5	13.9%
Sammelstiftung	11	30.6%
Gesamt	36	100%

Quelle: Online Befragung HIV/Aids-Diskriminierungsstudie 2005-2006

23 Unternehmen (67.6 %) schlossen einen Versicherungsschutz ab, der das Risiko bei Alter, Invalidität und Tod deckt; bei 8 Unternehmen (23.5 %) deckt die Vorsorgeeinrichtung nur einen Teil der Risiken.

Lediglich ein Drittel der Unternehmen bietet seinen Arbeitnehmerinnen eine weitergehende berufliche Vorsorge an. 68.8 % der Unternehmen sehen aus ökonomischen Gründen keine weitergehende berufliche Vorsorge vor. Sieht die vom Arbeitgeber vorgesehene weitergehende berufliche Vorsorge je nach Krankheit oder Krankheitsdisposition einen eingeschränkten Versicherungsschutz vor, so wird bei 83.3. % die Risikoprüfung mittels Gesundheitsfragebogen durchgeführt. Bei 81.8 % der Unternehmen führt eine fortschrittliche Unternehmenspolicy dazu, dass der Versicherungsschutz nicht eingeschränkt wird.

6.3 Zusammenfassung

Vorerst ernüchternd ist die Feststellung, dass nur eine geringe Zahl der angeschriebenen Arbeitgeber den Fragebogen beantwortet. Aus datenschutzrechtlicher Sicht ist die Begründung, dass eine Teilnahme an der Befragung nicht möglich ist, weil keine Daten über HIV/Aids erhoben werden, positiv zu werten. Jedoch ist fehlendes Interesse oder ungenügende Sensibilisierung seitens der Arbeitgeber wohl die vordergründige Erklärung für die Nichtteilnahme an der Befragung; ähnlich lässt sich wohl auch die eher schwache Beteiligung am Projekt *www.workpositive.ch* beurteilen, obwohl die wirtschaftliche Lage und die Grösse des Unternehmens, jedoch nicht Übertragungsgefahr oder befürchtete Leistungseinbussen berechtigte Beweggründe für eine Nichtbenützung des Jobportals der AHS sind.

Ebenfalls ernüchternd ist das Befragungsresultat, dass rund 50 % der Befragten, die wohlgemerkt am Projekt teilnehmen, die Internetseite *www.workpositive.ch* nicht besuchen. Es kann nicht festgestellt werden, ob es

Arbeitgeber gibt, die aufgrund von *www.workpositive.ch* oder einem anderen Inserat bereits Personen mit HIV/Aids angestellt haben.

Was aufgrund der Befragung festgestellt werden kann, ist die Tatsache, dass die Arbeitgeber zwar wissen, dass sich die Lebenssituation von Menschen mit HIV/Aids dank der antiretroviralen Therapie verbesserte; den wenigsten ist jedoch bekannt, dass von allen Menschen mit HIV/Aids 70 % erwerbstätig und davon 90 und mehr Prozent vollbeschäftigt sind.

Sowohl Kollektivkrankentaggeldversicherung nach KVG als auch nach VVG werden von den meisten Arbeitgeber mit Gesundheitsprüfung abgeschlossen. Falls eine weitergehende berufliche Vorsorge den Arbeitnehmenden angeboten und dabei ein eingeschränkter Versicherungsschutz je nach Krankheit oder –disposition vorgesehen ist, so wird meistens eine Risikoprüfung mittels Gesundheitsfragebogen durchgeführt. Für Arbeitnehmende mit HIV/Aids hat dies entweder einen Ausschluss aus dem Versichersicherungsschutz oder das Anbringen eines Vorbehalts zur Folge. Die Ergebnisse der Befragung fallen in diesem Zusammenhang sehr positiv aus, indem 81,8 % der antwortenden Unternehmen eine weitergehende berufliche Vorsorge für ihre Arbeitnehmenden abschliessen, die keinen eingeschränkten Versicherungsschutz vorsehen. Dies widerspiegelt jedoch nicht die von den Organisationen der IG-Benachteiligung festgestellten Ungleichheiten im Bereich der Taggeldversicherungen. Um die Realitäten nicht zu beschönigen, muss hier wohl festgehalten werden, dass die meisten Unternehmen, die den Fragebogen ausgefüllt haben, ihre Teilnahme am Projekt mit einem persönlichen Bezug zur Thematik, Corporate Social Responsibility und Diversity Management begründen.

III Die geltende Rechtslage zu HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis

1 Einleitung

In diesem Kapitel wird die Rechtslage zum Schutz vor HIV/Aids bedingter Diskriminierung in der Arbeitswelt dargestellt. Ausgangslage dazu bildet der völkerrechtliche Diskriminierungsschutz, wie er sich seit Ende des zweiten Weltkrieges herausgebildet und entwickelt hat.

Bearbeitet werden mit Blick auf die Auswirkungen auf unsere Thematik die beiden wichtigsten internationalen Menschenrechtsverträge, der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte IPwskR und der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Recht

IPbpR[49]. Im Bereich der Arbeitswelt spielt die Internationale Arbeitsorganisation IAO und ihr eindrückliches Vertragswerk eine zentrale Rolle. Die für den Diskriminierungsschutz wichtigen Übereinkommen werden ebenfalls auf ihre Wirkung für den HIV/Aids-Diskriminierungsschutz untersucht. Die Europäische Menschenrechtskonvention mit ihrem einzigartigen Individualrechtsschutzverfahren stellt das wichtigste Menschenrechtsinstrument in Europa dar. Auch die EMRK wird auf ihre Wirkung für den HIV/Aids-Diskriminierungsschutz im Arbeitsleben analysiert.

Der völkerrechtliche Diskriminierungsschutz bildet nicht nur den Rahmen für die Rechtslage in der Schweiz. Er stellt auch die gemeinsame Basis für den Rechtsvergleich mit dem Diskriminierungsschutz in Frankreich, Grossbritannien, Deutschland und Kanada dar[50].

Der in internationalen Konventionen verankerte menschenrechtliche Diskriminierungsschutz findet mit der Nachführung der Bundesverfassung von 1999 in Art. 8 Abs. 2 auch Eingang in die Bundesverfassung. Die Bedeutung dieser Bestimmung wird zusammen mit anderen relevanten Grundrechten auf ihre Wirkung für einen effektiven Schutz vor HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsleben geprüft.

2 Völker- und verfassungsrechtlicher Diskriminierungsschutz bei HIV/Aids

2.1 Völkerrechtlicher Diskriminierungsschutz

2.1.1 IPswkR und IPpbR

Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR) enthält den allgemeinen Grundsatz der natürlichen Freiheit, Gleichheit und Menschenwürde. Art. 1 AEMR enthält die Rechtsgleichheit und legt fest, dass alle Menschen "gleich an Würde und Rechten geboren" sind. Art. 2 AEMR umfasst das Verbot der Diskriminierung und untersagt jede Unterscheidung aufgrund der Rasse, Hautfarbe, Geschlecht, Sprache, Religion, nationaler und sozialer Herkunft. Konkretisiert wurden die Rechte

[49] Nicht behandelt werden völkerrechtliche Diskriminierungsschutzkonventionen mit einem Schutzziel, dass nicht auf die HIV/Aids-Diskriminierung ausgerichtet ist wie das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (21. Dezember 1965; Anti-Rassismuskonvention/RDK) und das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (18. Dezember 1979; Frauenrechtskonvention/CEDAW).
[50] Siehe Teil IV, S. 216ff.

der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte mit dem Inkrafttreten des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPswkR) und des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPpbR), die einen verbindlichen Charakter haben. Die Pakte anerkennen, dass allen Menschen die in den Pakten festgelegten Rechte ohne Diskriminierung hinsichtlich der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens oder des sonstigen Status garantiert sind.

Der IPswkR verankert grundlegende wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte. Er enthält das Recht auf Arbeit (Art. 6) und das Recht jedes Menschen auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen (Art. 7). Insbesondere sollen sichere und gesunde Arbeitsbedingungen, und gleichwertige Möglichkeiten für jedermann gewährleistet werden, in seiner beruflichen Tätigkeit entsprechend aufzusteigen, wobei keine anderen Gesichtspunkte als Beschäftigungsdauer und Befähigung ausschlaggebend sein dürfen. Das Diskriminierungsverbot in Art. 2 Abs. 2 beruht auf dem Grundgedanken, dass eine Ungleichbehandlung rechtmässig ist, solange sie sich nicht auf unzulässige Anknüpfungspunkte wie Rasse, Hautfarbe, Geschlecht, Sprache, Religion, politische oder sonstige Anschauung, nationale oder soziale Herkunft, Vermögen, Geburt oder sonstigen Status stützt. Das Diskriminierungsverbot besitzt akzessorischen, d.h. unselbständigen Charakter und kann nur in Verbindung mit einem in IPwskR verkündeten Recht angerufen werden.

IPbpR verankert die bürgerlichen und politischen Rechte. Im Gegensatz zu den progressiven Implementierungspflichten aus IPwskR müssen die Vertragsstaaten den Rechtsunterworfenen die effektive Durchsetzbarkeit der Rechte sicherstellen. Den Charakter eines selbständig einklagbaren Rechts hat auch das umfassende Diskriminierungsverbot von Art. 26 IPbpR. Die Vertragsstaaten sind verpflichtet, allen Menschen ohne Diskriminierung den gleichen Schutz durch das Gesetz zu gewährleisten. Im Gegensatz zu Art. 2 Abs. 1, dessen Schutz sich nur auf die im IPbpR anerkannten Rechte bezieht, verbietet Art. 26 jede rechtliche und faktische Diskriminierung in jedem vom Staat geregelten und geschützten Bereich. Die Vertragsstaaten müssen allen Menschen gleichen und wirksamen Schutz gegen jede Diskriminierung, insbesondere wegen der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status garantieren.

Für eine Definition des Begriffs „Diskriminierung“ verweist der Ausschuss auf den *General Comment* Nr. 18 zu Art. 26 IPbpR auf die Bestimmungen in den Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form der Rassendiskriminierung

und zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau und kommt zur Auffassung, dass der Begriff „Diskriminierung“ so verstanden werden muss, dass er sich auf „jede Unterscheidung, Ausschliessung, Beschränkung oder Bevorzugung“ aufgrund der verpönten Merkmale in Art. 26 IPbpR erstreckt, welche „die Beeinträchtigung oder Vereitelung der Anerkennung, der Inanspruchnahme oder der Ausübung der Gesamtheit der Menschenrechte und Grundfreiheiten durch alle unter gleichen Bedingungen zu Folge oder zum Ziel haben.“ Dabei stellt nicht jede Ungleichbehandlung eine Diskriminierung dar. Es ist zu prüfen, ob die Ungleichbehandlung einen rechtlich zulässigen Zweck verfolgt und sich auf objektive und sinnvolle Kriterien stützt[51].

Da die Wirkung des IPbpR teilweise über die Rechte der Europäischen Menschenrechtskonvention EMRK hinausgeht, bringt die Schweiz verschiedene Vorbehalte bei dessen Ratifizierung an. Das Diskriminierungsverbot von Art. 26 IPbpR wird in seiner Geltung durch den angebrachten Vorbehalt beschränkt und kann nur in Verbindung mit anderen im IPbpR enthaltenen Rechten angerufen werden. Findet eine diskriminierende Ungleichbehandlung im Bereich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte statt, so verunmöglicht der nun mehr akzessorische Charakter eine selbständige Anrufung des Diskriminierungsverbots von Art. 26 IPbpR. Der Grund des Vorbehalts zu Art. 26 IPbpR ist, dass in der Schweiz verschiedene Gesetze, z.B. die Sozialversicherungsgesetzgebung, in Kraft sind, die rechtsungleiche resp. implizit diskriminierende Behandlungen zulassen.

Behinderung als Diskriminierungskriterium

Weder die Kriterien HIV/Aids noch Behinderung und auch nicht Gesundheit sind in den beiden Pakten als verpönte Diskriminierungskriterien aufgeführt. Die Liste der möglichen Diskriminierungsgründe ist jedoch durch das Kriterium „sonstiger Status“ offen und lässt eine Erweiterung der Diskriminierungsgründe zu.

Die Überwachungsorgane der beiden UN-Pakte haben sich verschiedentlich mit der Frage der Diskriminierung aufgrund einer Behinderung, des Gesundheitszustandes und HIV/Aids auseinandergesetzt.

General Comment Nr. 5 zum IPwskR setzt sich mit dem Diskriminierungsverbot aufgrund einer Behinderung auseinander, das Diskriminierungskriterium „Behinderung“ falle unter Diskriminierung

[51] General Comment Nr. 18/1989 zu Art. 26 IPbpR.

aufgrund „sonstigem Status“[52]. Der *General Comment* streicht insbesondere auch die Rechte auf Gleichbehandlung behinderter Arbeitnehmer/innen hervor[53]. Für das privatrechtliche Arbeitsverhältnis erwähnt der Ausschuss, dass die Vertragsstaaten darauf zu achten hätten, dass Arbeitgeber invalide Arbeitnehmende nicht ungerechtfertigt geringer bezahlen würden[54].

General Comment Nr. 18 zu Art. 6 des IPwskR (Recht auf Arbeit) erwähnt Behinderung als verpöntes Diskriminierungskriterium beim Zugang zur Arbeit und bestätigt die Subsumierung des Diskriminierungskriteriums „Behinderung“ unter „sonstigem Status“[55].

Zurzeit sind Bestrebungen im Gange, eine UN-Konvention für die Rechte von Menschen mit Behinderung zu schaffen. Gestützt auf die UN-Resolution 56/168 hat ein *Ad-hoc*-Ausschuss einen Konventionsvorschlag ausgearbeitet. In den bisher acht Sitzungen des *Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities* wird der Begriff der Behinderung noch nicht abschliessend definiert[56]. Der bisherige Vorschlag lautet: *"Disability" is the loss or limitation of opportunities to take part in the life of the community on an equal level with others due to physical, social, attitudinal and cultural barriers encountered by persons having physical, sensory, psychological, developmental, learning, neurological or other impairments (including the presence in the body of an organism or agent causing malfunction or disease), which may be permanent, temporary, episodic or transitory in nature.*[57]

In diesem Definitionsvorschlag zeigt sich die Veränderung des Diskriminierungsbegriffs von einem stark medizinisch geprägten, engen Behinderungsbegriff, der Behinderung als Schädigung einer Person begreift, hin zu einem umfassenden Behinderungsbegriff. Dieser Begriff sieht

[52] Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Nr. 5, Persons with disabilities (Eleventh session, 1994), U.N.Doc E/1995/22 at 19 (1995), Ziff. 5.
[53] Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Nr. 5, Persons with disabilities (Eleventh session, 1994), U.N.Doc E/1995/22 at 19 (1995), Ziff. 20-27.
[54] Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Nr. 5, Persons with disabilities (Eleventh session, 1994), U.N.Doc E/1995/22 at 19 (1995), Ziff. 11 i.V.m. Ziffer 22. Siehe auch KÄLIN/MALINVERNI/NOWAK, S. 323.
[55] Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Nr. 18, The right to work, (Thirty-fifth session, 2005), U.N.Doc E/C.12/GC/18 (2006), Ziff. 12 b.
[56] Die bisherigen Arbeiten des Komitees sind unter Quelle: http://www.un.org/esa/socdev/enable/index.html (30.07.06) einsehbar.
[57] Siehe Quelle: http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/wgcontrib-chair1.htm#2 (30.07.07).

Behinderung als Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit, der üblichen Aktivitäten, der gesellschaftlichen Teilhabe einer Person und dabei explizit Umweltfaktoren und personenbezogene Faktoren mit einbezieht. Behinderung ist demnach keine Eigenschaft einer Person, sondern beschreibt die Situation einer Person mit einer Schädigung in ihrer Umwelt[58]. Die neue Definition der Weltgesundheitsorganisation (WHO), die *International Classification of Functioning, Disabilities and Health (ICF)* vom Mai 2001 berücksichtigt dieses erweiterte Verständnis und schafft einen fortschrittlichen Rahmen mit einem umfassenden Verständnis von Behinderung und Funktionsfähigkeit. Sie löst die alte *International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps (ICIDH)* aus dem Jahre 1980 ab, die in einem dreistufigen bio-psycho-sozialen Modell, zwischen Schädigung, Funktionsbeeinträchtigung und Behinderung unterschied und noch sehr stark defizitorientiert und personenbezogen war.

Der neuere Behinderungsbegriff mit seinem Fokus auf Beeinträchtigung der Teilhabe unter Berücksichtung von Umweltfaktoren lässt Menschen mit positiver HIV/Aids-Diagnose selbst dann in den Genuss des Diskriminierungsschutzes aufgrund einer Behinderung kommen, wenn die körperlichen und psychischen Funktionen nicht eingeschränkt sind. Die Beeinträchtigung für Menschen mit HIV/Aids kann auch in den durch die Umwelt hervorgerufenen Stigmatisierungen bestehen[59].

HIV/Aids als Diskriminierungskriterium

In der Resolution 1996/43 hält der UN-Menschenrechtsausschuss fest, dass HIV/Aids Diskriminierung gegen internationale Menschenrechtsstandards verstösst. Der offene Diskriminierungsgrund „sonstiger Status“ im IPbpR und IPwskR solle so ausgelegt werden, dass auch der Gesundheitszustand einschliesslich HIV/Aids erfasst sei[60].

General Comment Nr. 18 zu Art. 6 des IPwskR hält unter dem Stichwort „Zugang zum Arbeitsmarkt“ fest, jede Diskriminierung aufgrund u.a. einer Behinderung oder des Gesundheitszustandes einschliesslich HIV/Aids unzulässig sei[61].

---

[58] DEGENER (Menschenrechtskonvention).

[59] DEAR/GABER/TAKAHASHI/WILTON, S. 455ff.

[60] Resolution 1996/43, The protection of human rights in the context of human immunodeficiency virus (HIV) and acquired immune deficiency syndrome (AIDS), C.H.R.res. 1996/43, ESCOR Supp. (Nr. 3) at 147, U.N.Doc E/CN.4/1996/43 (1996), Ziff. 1.

[61] Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Nr. 18, The right to work, (Thirty-fifth session, 2005), U.N.Doc E/C.12/GC/18 (2006), Ziff. 12 b.

HIV/Aids fällt somit unter den Schutz der beiden UN-Menschenrechtspakte, einerseits unter das Kriterium „sonstiger Status“ *und* als Teil des anerkannten Kriteriums „Gesundheitszustand“ (im Zusammenhang mit Art. 6 IPwskR) und andererseits als „Behinderung“ im Sinne der obigen Ausführungen.

2.1.2 Die Bedeutung der ILO Übereinkommen

Die ILO macht die Schaffung sozialer Gerechtigkeit zu ihrem wichtigsten Ziel[62] und setzt damit Absatz 1 der Präambel zur ILO-Verfassung um, der besagt: „Der Weltfriede kann auf die Dauer nur auf sozialer Gerechtigkeit aufgebaut werden.“ Die soziale Gerechtigkeit ist als dynamisches Konzept in die tatsächlichen wirtschaftlichen und sozialen Gegebenheiten eingebettet und soll zu einem Ausgleich der Machtverhältnisse zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer beitragen[63]. Die Schweiz ist durch ihre ILO Mitgliedschaft verpflichtet, sich in ihrer Politik vom „ILO-Standard“ leiten zu lassen. Der „ILO-Standard“ ist ein rechtlich nicht verbindlicher Verhaltensmassstab, der Ziele resp. Programme formuliert, die entsprechend im nationalen Recht umgesetzt werden sollten[64].

Die in der ILO Verfassung enthaltene Erklärung von Philadelphia (1944) bestätigt, dass alle Menschen, ohne Ansehen ihrer Rasse, ihres Glaubens oder ihres Geschlechts, das Recht haben, an ihrem materiellen Fortschritt und ihrer geistigen Entwicklung in Freiheit und Würde, wirtschaftlich gesichert und unter gleichen Erfolgsmöglichkeiten zu arbeiten. Die Schweiz hat sich auch zur Einhaltung der ILO Erklärung der grundlegenden Prinzipien und Rechte am Arbeitsplatz (1998) verpflichtet, wobei die Beseitigung von Diskriminierung in der Arbeitswelt eines der vier Hauptziele ist.

2.1.3 ILO Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf

Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung und Chancengleichheit liegt vielen ILO Übereinkommen und Deklarationen zugrunde[65] und kann als Querschnitts-Prinzip der ILO verstanden werden[66]. Das umfassende Gebot der Nichtdiskriminierung im Arbeitsleben ist jedoch im ILO Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf enthalten, welches

---

[62] BÖHMERT, S. 35; BRUPBACHER, S. 48.
[63] BÖHMERT, S. 35.
[64] KÖRNER-DAMMANN, S. 42ff.
[65] BÖHMERT, S. 119; BLÜTHNER, S. 186; VALTICOS/VON POTOBSKY, S. 118. „until it was dealt with as an overall problem“, so z.B. die ILO Übereinkommen Nr. 19, 82, 87, 100, 105, 111.
[66] BLÜTHNER, S. 188.

von der Schweiz sowohl unterzeichnet als auch ratifiziert wurde. Art. 1 definiert Diskriminierung als

- „jede Unterscheidung, Ausschliessung oder Bevorzugung, die auf Grund der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, des Glaubensbekenntnisses, der politischen Meinung, der nationalen Abstammung oder der sozialen Herkunft vorgenommen wird und die dazu führt, die Gleichheit der Gelegenheiten oder der Behandlung in Beschäftigung oder Beruf aufzuheben oder zu beeinträchtigen."
- jede andere Unterscheidung, Ausschliessung oder Bevorzugung, die dazu führt, die Gleichheit der Gelegenheiten oder der Behandlung in Beschäftigung oder Beruf aufzuheben oder zu beeinträchtigen, und die von dem betreffenden Mitglied nach Anhörung der massgebenden Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände, soweit solche bestehen, und anderer geeigneter Stellen bestimmt wird.

Es liegt keine diskriminierende Ungleichbehandlung vor, wenn aufgrund einer ganz bestimmten Beschäftigung eine Ungleichbehandlung erforderlich ist[67]. Nach Art. 2 des ILO Übereinkommens Nr. 111 sind die unterzeichnenden Staaten verpflichtet, eine innerstaatliche Politik festzulegen, die mit geeigneten Massnahmen die „Gleichheit der Gelegenheiten und der Behandlung" hinsichtlich Beschäftigung und Beruf fördert und jegliche Diskriminierung verhindert. Das Übereinkommen enthält in Art. 3 eine Auflistung geeigneter Massnahmen zur Förderung einer Politik der Gleichbehandlung. Insbesondere ist die Zusammenarbeit mit den Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände anzustreben.

HIV/Aids als Diskriminierungskriterium in ILO Übereinkommen Nr. 111

Das ILO Übereinkommen Nr. 111 nennt „nur" sieben Diskriminierungsgründe (Rasse, Hautfarbe, Geschlecht, Glaubensbekenntnis, politische Meinung, nationale Abstammung und soziale Herkunft). Die ILO stellt jedoch fest, dass heute neue Diskriminierungsfaktoren wie Alter, Behinderung, Langzeitarbeitslosigkeit, HIV/Aids, sexuelle Belästigung oder Mobbing auftreten würden und ebenfalls schutzwürdig wären[68].

Eine Rolle für die Aufnahme in den Diskriminierungsgrundkatalog spielt für den Sachverständigenausschuss bei HIV/Aids auch das an sich rechtlich nicht

[67] Art. 1 Ziff. 2 des Übereinkommens Nr. 111. Diese Regelung widerspiegelt sich in Art. 336 OR, siehe dazu Kapital III, 3.5.5, S. 178ff.

[68] THOMAS/HORII, S. 93, UNAIDS, 2004 Report on the Global AIDS Epidemic, 4th global report, S. 33ff.

bindende Instrument des *Code of Practice on HIV/Aids in the world of Work*[69]. Dieser Code enthält die folgende Definition:

> *"Discrimination* is used in this code in accordance with the definition given in the Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111), to include HIV status. It also includes discrimination on the basis of a worker's perceived HIV status, including discrimination on the ground of sexual orientation.
>
> *Persons with disabilities* is used in this code in accordance with the definition given in the Vocational Rehabilitation and Employment (Disabled Persons) Convention, 1983 (No. 159), namely individuals whose prospects of securing, retaining and advancing in suitable employment are substantially reduced as a result of a duly recognized physical or mental impairment."

Der *Code of Practice* stellt kein rechtlich verbindliches Instrument dar. Seine Inhalte und Einsatzmöglichkeiten werden unter Kapitel III, 2.1.6, S. 118 näher erläutert. Zur Bestimmung der Frage, wieweit HIV/Aids als Diskriminierungskriterium im Sinne des ILO Übereinkommen Nr. 111 zu zählen ist, kann der *Code of Practice* jedoch durchaus als Auslegungshilfe beigezogen werden. Angesichts des Stigmatisierungspotenzials der Krankheit HIV/Aids ist es einleuchtend, HIV/Aids als schutzwürdiges Diskriminierungsmerkmal im Sinne des ILO Übereinkommens Nr. 111 zu bezeichnen[70].

2.1.4 ILO Übereinkommen Nr. 159 über die berufliche Rehablilitation und die Beschäftigung der Behinderten

Das ILO Übereinkommen Nr. 159 mit der dazugehörigen ILO Empfehlung Nr. 168 basiert wie das ILO Übereinkommen Nr. 111 auf dem Prinzip der Chancengleichheit und Gleichbehandlung in Beruf. Das Abkommen verpflichtet die unterzeichnenden Staaten zur einer innerstaatlichen Politik, die das Ziel verfolgt, geeignete Massnahmen der beruflichen Rehabilitation festzulegen (Art. 3 ILO Übereinkommen Nr. 159). Diese Massnahmen müssen allen Gruppen von Behinderten offen stehen. Art. 4 des Abkommens verpflichtet zum Grundsatz der Chancengleichheit zwischen behinderten Arbeitnehmern und anderen Arbeitnehmern. Positive Massnahmen, die auf die tatsächliche Chancengleichheit und Gleichbehandlung von behinderten und anderen Arbeitnehmern abzielen, gelten nicht als Diskriminierung gegenüber nicht behinderten Arbeitnehmern.

---

[69] THOMAS/OELZ/BAUDONNET, S. 254; ILO Code of Practice, S. 1ff.
[70] Siehe auch HODGES, S. 5.

Als behindert im Sinne dieses ILO Übereinkommens gilt nach Art. 1 „eine Person, deren Aussichten, eine geeignete Beschäftigung zu finden und beizubehalten sowie berufliche aufzusteigen, infolge einer ordnungsgemäss anerkannten körperlichen oder geistigen Behinderung wesentlich gemindert sind.“ Das ILO Gutachten (*„general survey“*) zum ILO Übereinkommen Nr. 159 stützt sich dabei auf das Behindertenkonzept der WHO, das eine Aufteilung in die drei Kategorien *„impairment“*, *„disability“* und *„handicap“* vornimmt:

> *“impairment:* any loss or abnormality of psychological, physiological or anatomical structure or function;
>
> *disability:* any restriction or lack (resulting from an impairment) of ability to perform an activity in the manner or within the range considered normal for a human being;
>
> *handicap:* a social disadvantage for a given individual, resulting form an impairment or disability, that limits or prevents the fulfilment of a normal role (depending on age, sex, and social and cultural factors)”[71].

Danach wird die Behinderung nicht mehr nur als Beeinträchtigung der Gesundheit und psychische oder physische Abnormalität im medizinischen Sinn verstanden, sondern auch kulturelle, soziale, physikalische wie wirtschaftliche Hindernisse können sich als Behinderung eines Menschen auswirken[72].

Aufgrund der Unmöglichkeit, den Begriff der Behinderung abschliessend zu definieren, empfiehlt die ILO im Gutachten zum ILO Übereinkommen Nr. 159, den Behindertenstatus einer Beeinträchtigung in Beschäftigung und Beruf in einem „fairen“ Verfahren durch Spezialisten anerkennen zu lassen[73]. Diese Methode zur Festlegung des Behindertenstatus ist auch in Art. 1 Abs. 1 des Übereinkommens (Definition) festgehalten, wenn er bestimmt, dass eine Person als „Behinderter“ gilt, wenn die Aussichten auf eine geeignete Beschäftigung und beruflichen Ausstieg „infolge einer *ordnungsgemäss anerkannten* körperlichen oder geistigen Behinderung wesentlich gemindert sind“[74]. Gemäss Gutachten zum ILO Übereinkommen Nr. 159 liegt die Verantwortung für die Anerkennung des Behindertenstatus bei den

[71] ILO-Gutachten zum Abkommen Nr. 159 über die berufliche Rehabilitation und die Beschäftigung der Behinderten, Einführung, 1998, N 58, at http://www.ilo.org/ilolex/english/surveyq.htm (26.01.06).
[72] ILO-Gutachten zum Abkommen Nr. 159, N 55.
[73] ILO-Gutachten zum Abkommen Nr. 159, N 71.
[74] Die Hervorhebung erfolgte durch die Autorinnen.

verantwortlichen staatlichen Stellen in den Bereichen Gesundheit, Arbeit, Sozialversicherung usw.[75].

2.1.5 ILO Übereinkommen Nr. 158 über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber

Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung und Chancengleichheit findet seinen Ausdruck auch im ILO Übereinkommen Nr. 158 über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber. Es regelt sowohl die Beendigung das öffentlich- wie auch privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber und gilt für alle Wirtschaftszweige (Art. 2 Ziff. 1). Das Übereinkommen sorgt für einen effektiven Schutz des Arbeitnehmers gegen missbräuchliche Kündigungen.

Die Schweiz hat das ILO Übereinkommen Nr. 158 nicht ratifiziert; entsprechend schwach ist der Kündigungsschutz in der Schweiz. So fordert der Ausschuss der ILO in einem Zwischenbericht zu einer Klage des Schweizerischen Gewerkschaftsbunds die Schweizer Regierung auf, gemeinsam mit den Sozialpartner die Situation im Bereich des Schutzes vor Kündigung aufgrund gewerkschaftlicher Aktivitäten zu überprüfen und Massnahmen zu ergreifen, die einen tatsächlichen Schutz effektiv gewährleisten. Bei der Feststellung einer missbräuchlichen Kündigung sei insbesondere die Möglichkeit der Wiedereinstellung vorzusehen. Heute kennt das schweizerische Arbeitsrecht keinen Anspruch auf Wiedereinstellung bei missbräuchlicher Kündigung, sondern lediglich eine Entschädigung von maximal sechs Monatslöhnen; die Gerichte sprechen in den meisten Fällen nur drei Monatslöhne[76].

Nach Art. 4 des ILO Übereinkommens Nr. 158 darf ein Arbeitsverhältnis nur dann beendigt werden, wenn ein triftiger Grund vorliegt, der im Zusammenhang mit der Fähigkeit oder dem Verhalten des Arbeitnehmer steht oder sich auf die Erfordernisse der Tätigkeit im Betrieb stützt. Als triftige Gründe ausgeschlossen sind Rasse, Hautfarbe, Geschlecht, Familienstand, Familienpflichten, Schwangerschaft, Glaubensbekenntnis, politische Meinung, nationale Abstammung, soziale Herkunft (Art. 5 lit. d) und die vorübergehende Abwesenheit von der Arbeit wegen Krankheit oder Unfall (Art. 6 Ziff. 1). Insbesondere darf dem Arbeitnehmenden nicht aus Gründen, die mit seinem Verhalten oder seinen Leistungen zusammenhängen, gekündigt werden, ohne ihm vorher Gelegenheit gegeben zu haben, sich zur

[75] ILO-Gutachten zum Abkommen Nr. 159, N 72.

[76] Siehe Bureau international du travail, 335e rapport du Comité de la liberté syndicale, GB.291/7, 291e session, Conseil d'administration, november 2004.

Wehr zu setzen (Art. 7). Im Unterschied zur schweizerischen Gesetzgebung ist nach Art. 9 Ziff. 2 die Beweislast, dass die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt ist, dem Arbeitgeber zu übertragen (lit. a), oder die zuständigen Behörden können die von beiden Parteien vorgebrachten Beweise berücksichtigen und entsprechend über den Kündigungsgrund entscheiden (lit. b). Schliesslich sieht Art. 10 vor, dass das Gericht bei missbräuchlicher Kündigung die Beendigung des Arbeitsverhältnisses für unwirksam erklären, die Wiedereinstellung des Arbeitnehmers anordnen oder vorschlagen oder eine angemessene Entschädigung festlegen kann.

HIV/Aids als ein Kritierium im Sinne des ILO Übereinkommens Nr. 158?

HIV/Aids ist nicht gesondert als missbräuchlicher Kündigungsgrund aufgeführt. Eine Kündigung wegen HIV/Aids berührt jedoch das ILO Übereinkommen Nr. 111. Im Zusammenhang mit ILO Übereinkommen Nr. 158 ist allenfalls die Bestimmung über den Schutz vor Kündigung bei vorübergehender Abwesenheit von der Arbeit wegen Krankheit oder Unfall relevant. Die Entlassung eines Mitarbeitenden wegen HIV/Aids bedingter bloss vorübergehender Arbeitsunfähigkeit wäre mit diesem Abkommen nicht konform, da es für den Schutz auf die der Arbeitsunfähigkeit zugrunde liegende Diagnose nicht ankommt.

2.1.6 Der "ILO code of practice on HIV/AIDS and the world of work"

Das rechtlich unverbindliche Instrument *ILO code of practice on HIV/Aids and the world of work*[77] ist das Resultat der Zusammenarbeit zwischen der ILO, der ILO typischen tripartiten Vereinigung der Sozialpartnern (nationale Gesetzgeber, Vertreter der Arbeitgeber und -nehmerverbände) und weiterer internationalen Organisationen. Der Leitfaden hat zum Ziel, den internationalen wie nationalen Unterfangen im Kampf gegen die Ausbreitung des HI-Virus zu unterstützen und die Rechte wie die Würde des Arbeitnehmers mit HIV/Aids in der Arbeitswelt zu schützen. Es geht dabei insbesondere um die Prävention von HIV/Aids und dessen Handhabung in der Arbeitswelt. Im Vordergrund stehen der Schutz und die Unterstützung von mit HIV/Aids infizierten und betroffenen Arbeitnehmenden. Der Leitfaden basiert auf dem Grundsatz: „[T]here should be no discrimination against workers on the basis of real or perceived HIV status. Discrimination and stigmatiziation of people living with HIV/Aids inhibits efforts aimed at promoting HIV/Aids prevention." Der Leitfaden richtet sich sowohl an den öffentlichen wie auch privaten Arbeitgeber. Der Begriff der Diskriminierung wird in Übereinstimmung mit dem ILO Übereinkommen Nr. 111

[77] ILO Code of Practice.

(Diskriminierung in Beschäftigung und Arbeit) und Nr. 159 (berufliche Rehabilitation und die Beschäftigung von Behinderten) definiert.

Im Leitfaden kommt klar zum Ausdruck, dass HIV/Aids in der Arbeitswelt wie jeder anderen ernsthaften Krankheit begegnet werden soll. Fragen nach der Krankheit während des Bewerbungsverfahrens sowie während des Arbeitsverhältnisses sind nicht gerechtfertigt. Der Leitfaden verbietet die Durchführung von HIV/Aids-Tests, ob bei Vertragsabschluss oder während des Arbeitsverhältnisses. Ein HIV/Aids-Test berge immer die Gefahr, dass die Gesundheitsdaten unberechtigterweise bearbeitet werden oder dass die Einwilligung des betroffenen Arbeitnehmers bei fehlenden Kenntnissen der Sachlage oder nicht aus freiem Willen erfolgt. Der HIV/Aids-Test resp. dessen Ergebnis soll auch nicht Voraussetzung resp. entscheidend für die Aufnahme in eine Sozialversicherung und Krankenkassen sein. Versicherungsgesellschaften dürfen erst einen HIV/Aids-Test verlangen, wenn die betroffene Person bereits in die Versicherung aufgenommen wurde. Die Versicherungsgesellschaften „may base their cost and revenue estimates and their actuarial calculations on available epidemiological data for the general population[78]." Schliesslich sind Behörden, private Versicherungsgesellschaften und Arbeitgeber verpflichtet, HIV/Aids relevante Daten, die sie im Rahmen von Beratungen, Fürsorge, Behandlung und im Zusammenhang mit Leistungsbezüge erfahren haben, wie Personen- resp. Gesundheitsdaten vertraulich zu behandeln.

Gemäss Leitfaden ist HIV/Aids kein Grund, aufgrund dessen ein Arbeitsverhältnis durch den Arbeitgeber beendet werden darf. Menschen mit HIV/Aids soll das Arbeiten solange möglich sein wie sie aus medizinischer Sicht zur Erledigung der arbeitsvertraglich vereinbarten oder einer ebenbürtigen Tätigkeit tauglich sind. Nicht nur soll HIV/Aids gleich begegnet werden wie anderen ernsthaften Krankheiten, sondern Arbeitnehmerinnen mit HIV/Aids sollen auch gleich behandelt werden wie diejenigen mit anderen ernsthaften Krankheiten, sowohl in Bezug auf Leistungen, Entschädigungen und Zuschüsse. Arbeitgeber werden aufgefordert, Menschen mit HIV/Aids das Aufsuchen von Beratungen und Arztbesuche während der Arbeitszeit zu ermöglichen.

Regierungen sollen in Zusammenarbeit mit den Sozialpartnern Sensibilisierungsmassnahmen am Arbeitsplatz formulieren. Sie sollen sicher stellen, dass dem Arbeitnehmer mit HIV/Aids und seiner Familie der gleiche Anspruch auf eine gesetzliche Leistungen (*„social security coverage"*) wie einer Person mit einer anderen ernsthaften Krankheit zusteht. Um allfällige Diskriminierung aufgrund von HIV/Aids effektiv verhindern oder beseitigen

[78] ILO Code of Practice, N 8.2.(b).

zu können, sollen bestehende nationale (Arbeits-)Gesetze anhand der Bedürfnisse dieser sozialen, bisher benachteiligten Gruppe angepasst werden. Die Sozialpartner und Behörden sind aufgefordert, eine Kosten-Nutzen-Analyse für die Arbeitswelt, die Sozialversicherungen und Wirtschaft unter besonderer Berücksichtigung der demographischen Auswirkungen aufzustellen.

2.1.7 Diskriminierungsschutz in der EMRK

Schutz durch Art. 14 EMRK

Die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) verpflichtet die Mitgliedstaaten, alles dafür einzusetzen, dass alle in ihrem Hoheitsgebiet lebenden Personen in den Genuss der Menschenrechte und Grundfreiheiten kommen, wie sie die EMRK garantiert. Die EMRK ist die primäre internationale Rechtsquelle für den Menschenrechtsschutz in der Schweiz. Sie unterstellt die schweizerischen Behörden einer supranationalen Gerichtsbarkeit, die vor allem privaten Personen das Recht gibt, Beschwerde gegen den Staat wegen Verletzung der Menschenrechte einzulegen[79].

Art. 14 EMRK verbietet die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status. Im Unterschied zum umfassenden Diskriminierungsverbot nach Art. 26 IPpbR, das ein selbständig einklagbares Recht ist, hat das Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK bloss akzessorischen Charakter, d.h., das Diskriminierungsverbot kann nicht selbständig angerufen werden[80] und findet nur im Zusammenhang mit den in der EMRK festgelegten Rechte und Freiheiten und die in den Zusatzprotokollen garantierten Rechte Anwendung. Eine Diskriminierung nach Art. 14 EMRK setzt voraus, dass sachlich vergleichbare oder ähnliche Sachverhalte[81] ungleich resp. (tatsächlich) Ungleiches gleich behandelt werden[82]. Eine Ungleichbehandlung ist nicht diskriminierend, wenn sie sachlich („*objective*“) und vernünftig („*reasonable*“) begründet werden kann, verhältnismässig („*reasonable proportionality*“) ist und ein legitimes

[79] HAEFLIGER/SCHÜRMANN, S. 17ff.
[80] VILLIGER, S. 377ff.
[81] Siehe Belgischen Sprachenfall, Nr. 6 II § 7; Handyside c. Grossbritannien, Nr. 24 § 66; Fredin c. Schweden, Nr. 192 § 60; Nrn 7730/76, X c. Grossbritannien, DR 15 S. 137; 7721/76, X. c. Niederlande, DR 11 S. 209.
[82] EGMR, Urteil vom 6.4.2000, Thlimmenos, Nr. 38361/97, Z. 44; EGMR, Urteil vom 29.4.2002, Pretty, Nr. 2346/02, Z. 88ff.

Ziel verfolgt[83]. Die Rechtfertigung muss im Lichte gemeinsamer europäischer Anschauungen überprüft werden und muss im öffentlichen Interesse sein[84].

Die EMRK verpflichtet grundsätzlich die Vertragsstaaten. Sie ist jedoch nicht so auszulegen, „als begründe sie für einen Staat, eine Gruppe oder eine Person das Recht, eine Tätigkeit auszuüben oder eine Handlung vorzunehmen, die darauf abzielt, die in der Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten abzuschaffen oder sie stärker einzuschränken, als es in der Konvention vorgesehen ist" (Art. 17 EMRK). Die Vertragsstaaten sind somit angehalten, diskriminierende Handlungen unter Privaten, die den Genuss der Konventionsrechte beeinträchtigen, zu verhindern[85].

Das Zusatzprotokoll Nr. 12 ergänzt die EMRK und statuiert ein selbständiges Diskriminierungsverbot, das unabhängig von den in der EMRK statuierten Grundrechten und -freiheiten Anwendung findet. Es bestimmt umfassend, dass „[t]he enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground …" Das Zusatzprotokoll Nr. 12 wurde vom Europarat im Jahre 2000 verabschiedet und ist noch nicht in Kraft getreten. Die Schweiz gehört zu den Staaten, die das Zusatzprotokoll Nr. 12 nicht unterzeichnet haben und verhindert damit, dass eine diskriminierende Ungleichbehandlung in sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Belangen vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte überprüft werden kann. Das ist insofern konsequent, als die Schweiz auch die Europäische Sozialcharta nicht unterzeichnet hat.

HIV/Aids als Diskiminierungskriterium im Sinne von Art. 14 EMRK

In der Liste der Diskriminierungsgründe von Art. 14 EMRK ist HIV/Aids nicht aufgeführt. Auch Behinderung oder Krankheit findet sich nicht als namentlich aufgeführtes Diskriminierungskriterium. Die Liste der Diskriminierungsgründe ist nicht abschliessend. Im Lichte der übrigen völkerrechtlichen Wertung ist HIV/Aids unter dem Kriterium „sonstiger Status" als schutzwürdiges Diskriminierungskriterium zu sehen.

---

[83] GRABENWATER, S. 426ff. VILLIGER, S. 382; HAEFLIGER/SCHÜRMANN, S. 323; siehe auch Belgischen Sprachenfall, Nr. 6 I § 10; Nationale Belgische Polizeigewerkschaft c. Belgien, Nr. 19 § 49; Nr. 6094/82, X. Gewerkschaft c. Bundesrepublik Deutschland, DR 34 S. 173.

[84] Siehe u.a. 11850/85, X. c. Niederlande, DR 51 S. 182; 10389/83, Johnson c. Grossbritannien, DR 47 S. 72; 8500/78, X. u.a. c. Schweiz, DR 18 S. 238,; 8166/78, X u.a. c. Schweiz, DR 13 S. 241.

[85] PEUKERT (Diskriminierungsverbot), S. 448.

Schutz durch Art. 6 EMRK (Fairness des Verfahrens)

Eine wichtige Rolle im Diskriminierungsschutz spielt Art. 6 EMRK. Diese Bestimmung garantiert das Recht auf ein faires Gerichtsverfahren sowohl für zivil- als auch für strafrechtliche Ansprüche[86]. Vorliegend interessieren insbesondere arbeitsrechtliche Verfahren im Zusammenhang mit ungerechtfertigten (HIV/Aids bedingten) Entlassungen oder Klagen wegen Verletzung von Persönlichkeitsrechten oder Diskriminierungsschutzvorschriften.

Das Prinzip der Waffen- und Chancengleichheit als Teilgehalt von Art. 6 Abs. 1 EMRK[87] ist mit dem Diskriminierungsverbot zu vergleichen[88] und soll eine verfahrensrechtliche Gleichstellung von Kläger und Beklagten gewährleisten, d.h., eine Partei darf gegenüber der anderen Partei nicht benachteiligt werden[89]. Dabei kommt es nicht nur darauf an, ob die Gegenpartei tatsächlich einen Vorteil ausnützt, sondern auch, ob sie nur den Anschein vermittelt, einen solchen Vorteil ausnützen zu können.[90] Damit die Waffengleichheit gewahrt ist, müssen die tatsächlichen Verhältnisse berücksichtigt werden.

Im Verfahren überträgt das schweizerische Privatrecht die Beweislast derjenigen Partei, die sich aus der behaupteten Tatsache Rechte ableitet (Art. 8 ZGB). Das Gleichstellungsgesetz bildet hier eine Ausnahme und lässt die Glaubhaftmachung von behaupteten Tatsachen als Beweis genügen. Für arbeitsrechtliche Streitigkeiten, die nicht in den Geltungsbereicht des Gleichstellungsgesetzes fallen, gilt keine Beweislasterleichterung trotz erwiesenem Beweisnotstand seitens des Arbeitnehmers. Das Machtungleichgewicht zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis als auch im Verfahren über arbeitsrechtliche Streitigkeiten wirken sich negativ auf die Beweisführung des betroffenen Arbeitnehmers aus, der eine diskriminierende Ungleichbehandlung rügt. Oft sind es innere Vorgänge, die schwierig nachzuweisen sind; oft fehlen ihm die Angaben über Arbeitsbedingungen, die Anstellung oder Kündigung der übrigen Angestellten, über die nur der Arbeitgeber verfügt. Diese faktisch ungleiche Machtverteilung und die einzig beim Arbeitnehmenden liegende Beweislast schafft einen verfahrensrechtlichen Vorteil für den Arbeitgeber, der das Recht

[86] Dahingegen sind die Verfahrensrechte von Art. 6 Abs. 2 und 3 EMRK auf das Strafverfahren beschränkt; siehe WALTER, S. 317.
[87] Weitere Teilgehalte von Art. 6 Abs. 1 EMRK sind die Verfahrensgarantien der persönliche Teilnahme am Verfahren, Beweislast und des rechtlichen Gehörs.
[88] PEUKERT (Verfahrensgarantien), S. 220ff.
[89] WALTER, S. 317ff.
[90] VILLIGER, N 474; siehe Neumeister c. Österreich, Nr. 8 § 22; Borgers c. Belgien, Nr. 214-A, § 28.

des Arbeitnehmenden auf Waffengleichheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK verletzen kann.

Die Bedeutung von Art. 6 Abs. 1 EMRK hat das Landesarbeitsgericht Thüringen in einem so genannten „Mobbingfall“ modellhaft erkannt[91]. Das Gericht erkennt, dass die vielfach entstehende Beweisnot des Betroffenen, wenn dieser allein und ohne Zeugen Verhaltensweisen ausgesetzt ist, die in die Kategorie Mobbing einzustufen seien. Aufgrund von Art 6 Abs. 1 EMRK und damit den Grundsätzen eines fairen und auf Waffengleichheit achtenden Verfahrens sei deshalb eine amtliche Anhörung der sich in Beweisnot befindenden Partei angebracht[92].

Die Berufung auf Art. 6 EMRK bildet eine Möglichkeit, den Beweisschwierigkeiten der Opfer von HIV/Aids-Diskriminierung wirksam zu begegnen.

Schutz durch Art. 8 EMRK

Nach Art. 8 EMRK hat jede Person das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens. Die Anordnung eines HIV/Aids-Testes durch einen Arbeitgeber oder die Weiterverbreitung der HIV/Aids-Diagnose einer Arbeitnehmerin ohne Einwilligung stellt eine Verletzung des Rechts auf Privatsphäre dar. Das Recht auf Privatsphäre kann aber eingeschränkt werden. Eine Beschränkung dieses Rechts ist nach Art. 8 Abs. 2 EMRK nur zulässig, wenn die Beschränkung in einem Gesetz vorgesehen ist und in einer demokratischen Gesellschaft aus bestimmten Gründen notwendig ist. Als einer dieser Gründe ist der Schutz der Gesundheit erwähnt.

Nach einem Entscheid des Europäischen Gerichtshofes stellt das in Art. 8 EMRK verankerte Recht auf Achtung des Privatlebens auch für die Gemeinschaftsrechtsordnung der Europäischen Gemeinschaften ein geschütztes Grundrecht dar und umfasst insbesondere das Recht einer Person auf Geheimhaltung ihres Gesundheitszustandes. Das legitime Interesse der Gemeinschaftsorgane an einer Einstellungsuntersuchung rechtfertigt keine Beschränkung des Grundrechts dahingehend, dass eine Untersuchung gegen den Willen des Betroffenen vorgenommen wird. Der EuGH bejahte in diesem Fall angesichts der rechtswidrig erlangten Informationen einen Anspruch auf Anstellung[93].

---

[91] LAG Thüringen 5. Kammer Aktenzeichen: 5 Sa 403/00, Entscheidung vom 10.04.2001, Quelle: http://landesarbeitsgericht.thueringen.de/urteile/u5_40300.htm (25.06.06).
[92] LAG Thüringen, Ls 6, Fn 91.
[93] EuGH, Rs. C-404/92 P (X v. Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Slg. 1994 I-S. 4737.

2.1.8 Schutz durch die Europäische Sozialcharta

Inhalt und Durchsetzung

Die Europäische Sozialcharta vom 18. Oktober 1961 (ESC) bildet eine Ergänzung zur Europäischen Menschenrechtskonvention im Bereich der wirtschaftlichen und sozialen Rechte. Sie umfasst auch soziale Grundrechte der Arbeitnehmerinnen wie das Recht auf Arbeit und das Recht auf gerechte, sichere und gesunde Arbeitsbedingungen. Eine ausdrückliche Bestimmung über Gleichberechtigung und Diskriminierung fehlt, lediglich in der Präambel wird darauf hingewiesen, dass „die Ausübung sozialer Rechte sichergestellt sein muss, und zwar ohne Diskriminierung aus Gründen der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Religion, der politischen Meinung, der nationalen Abstammung oder der sozialen Herkunft. Der Ausschuss für Soziale Rechte sieht die Bedeutung der Präambel zusammen mit den Arbeitsrechten darin, dass die Charta von den Staaten verlange, jede direkte und indirekte Diskriminierung im Bereich Beschäftigung gesetzlich zu verbieten[94].

Im Gegensatz zur Europäischen Menschenrechtskonvention sieht die ESC kein Individualbeschwerdeverfahren vor. Ein Staatenberichtsverfahren bildet das einzige Durchsetzungsinstrument. Die periodisch abzuliefernden Staatenberichte werden vom Europäischen Ausschuss für Sozialrechte geprüft. Der Ausschuss entscheidet, ob die rechtliche und tatsächliche Situation in den Vertragsstaaten mit der Europäischen Sozialcharta übereinstimmt. Ein weiteres, 1998 in Kraft getretenes Zusatzprotokoll zur Sozialcharta hat ein sogenanntes kollektives Beschwerdeverfahren geschaffen. Dieses sieht vor, dass internationale Gewerkschaften, internationale Nichtregierungsorganisationen mit Konsultativstatus beim Europarat sowie nationale Gewerkschaften und Nichtregierungsorganisationen aus denjenigen Staaten, die dieses Verfahren anerkennen, Beschwerde führen können, die vom Europäischen Ausschuss für Sozialrechte auf ihre Zulässigkeit und materiell überprüft. Stellt der Ausschuss eine Verletzung der Sozialcharta fest, wird der Staat vom Ministerkomitee mittels einer Resolution aufgefordert, für einen rechtmässigen Zustand zu sorgen[95].

1996 wurde eine umfassende Revision der Europäischen Sozialcharta beschlossen. In Art. E in Teil V der revidierten Charta ist „der Genuss der in

---

[94] DE SCHUTTER, S. 29.

[95] Zum Ausschuss siehe Quelle: http://www.coe.int/T/E/Human%5FRights/Esc/2%5FECSR%5FEuropean%5FCommittee%5Fof%5FSocial%5FRights/ (25.06.06).

dieser Charta anerkannten Rechte ohne Diskriminierung, insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Gesundheit, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten.

Die Schweiz hat die ESC nicht ratifiziert. Das Parlament hat die Ratifikation mehrfach abgelehnt[96]. Die ESC bildet also nicht Teil des schweizerischen Rechts. Die Schweiz ist eines der wenigen Europaratsmitglieder, das der ESC nicht beigetreten ist.

Diskriminierungsschutz im Arbeitsverhältnis

Die Verpflichtung der Staaten zum Verbot der Diskriminierung bei der Beschäftigung beinhaltet nach Ansicht des Ausschusses für Soziale Rechte die folgenden vier Aspekte.

- Zunächst muss er garantieren, dass alle rechtlichen Hindernisse beim Zugang zu Beschäftigung von geschützten Arbeitnehmern beseitigt werden[97]. Eine allgemeine Nichtdiskriminierungsklausel in der nationalen Verfassung erscheint ebenfalls nicht ausreichend, vielmehr müssten spezifische Rechtsvorschriften zur Diskriminierung im Bereich Beschäftigung geschaffen werden, die ausführlich genug sind, um Arbeitnehmenden in allen Aspekten ihres Berufsleben zu schützen[98].
- Weiter müssen im Falle eines Diskriminierungsvorwurfs geeignete und wirksame Rechtsmittel verfügbar sein. In seinen Schlussfolgerungen zu Rumänien drückte der ECSR daher sein Bedauern bei folgender Feststellung aus: „Zur Erleichterung der Beweislast im Falle eines Diskriminierungsvorwurfs sind keine Vorkehrungen getroffen worden. Das vermutliche Diskriminierungsopfer trägt die gesamte Beweislast im Zusammenhang mit einem Verstoß gegen die Anti-Diskriminierungsbestimmungen alleine. Der Ausschuss ist der Ansicht, dass diese Situation die Wirksamkeit des Verbots der Diskriminierung in der Beschäftigung beeinträchtigen kann. Er erinnert daran, dass die Charta jede Form von Diskriminierung verbietet, unabhängig davon, ob diese offensichtlich in einer eindeutig ausgedrückten Vorschrift erfolgt oder in der Praxis vorkommt, und betont, dass es im Falle von tatsächlicher Diskriminierung für den Beschwerdeführer häufig

[96] Siehe dazu FANZUN.
[97] DE SCHUTTER, S. 30.
[98] Ausschuss für Soziale Rechte, Schlussfolgerungen XVI-1, Bs. 2, Türkei, S. 637-640.

schwierig, wenn nicht sogar unmöglich ist, eine vorkommende Ungleichbehandlung zu belegen“[99].

- Drittens muss der gesetzliche Rahmen „Schutz gewährleisten gegen Entlassung oder andere Vergeltungsmaßnahmen durch den Arbeitgeber gegen einen Arbeitnehmer, der eine Beschwerde eingereicht oder ein Gerichtsverfahren angestrengt hat“[100].
- Viertens muss das Gesetz im Falle einer Verletzung des Diskriminierungsverbots wirksame und abschreckende Sanktionen vorsehen[101].

Über gesetzliche Maßnahmen zum Diskriminierungsschutz hinaus braucht es nach der Meinung des Ausschusses weitere konkrete Massnahmen zur Förderung der vollständigen Gleichstellung bei der Beschäftigung. Gefordert wird eine aktive Arbeitsmarktpolitik zur Förderung von Minderheiten[102].

Diskriminierungsschutz wegen HIV/Aids in der ESC

Die Diskriminierungsverbotsnorm in der revidierten ESC enthält eine nicht abschliessende Liste von verbotenen Kriterien. Auffallend ist die Erwähnung des Kriteriums „Gesundheit“, während der Begriff „Behinderung“ fehlt. Es ist davon auszugehen, dass eine Behinderung vom Begriff „Gesundheit“ miterfasst ist. Mit der Erwähnung des Diskriminierungskriteriums „Gesundheit“ steht ausser Zweifel, dass die Mitgliedstaaten die in der ESC garantierten Rechte, namentlich auch die Arbeitsrechte, Menschen mit HIV/Aids diskriminierungsfrei zu gewähren haben. Insbesondere bedeutet dies auch die Verpflichtung zu positiven Massnahmen zu Gunsten der Integration von Menschen mit HIV/Aids in den Arbeitsmarkt.

2.1.9 Übersicht völkerrechtliche Instrumente zur Bekämpfung der HIV/Aids-Diskriminierung am Arbeitsplatz

Tabelle 15: Völkerrechtliche Instrumente

Instrument	Diskriminierungsverbot / relevante Diskriminierungskriterien	Individualbeschwerde-verfahren	Unmittelbare Anwendung

[99] Ausschuss für Soziale Rechte, Schlussfolgerungen XVI-1, Bs. 2, Malta, S. 408-411.
[100] DE SCHUTTER, S. 31.
[101] Ausschuss für Soziale Rechte, Schlussfolgerungen XVI-1, bd. 1, Tschechische Republik, S. 125-129.
[102] Ausschuss für Soziale Rechte, Schlussfolgerungen XVI-Bd. 2, Norwegen.

IPswkR	Art. 2, „sonstiger Status“	Nein	Nein[103]
IPpbR	Art. 2 und Art. 26 „Sonstiger Status“	Falls Fakultativprotokoll IPpbR ratifiziert	Ja[104]
ILO 111	Art. 1 (Behinderung, HIV/Aids)	Nein	Nein[105]
ILO 158	Krankheit (bei Kündigung)	Nein	Ja
ILO 159	Behinderung (HIV/Aids)	Nein	Nein
EMRK	Art. 14, „Sonstiger Status“ (HIV/Aids)	Ja	Ja
ESC	Gesundheitszustand	Nein	Ja

Quelle: Eigene Darstellung HIV/Aids-Diskriminierungsstudie

2.1.10 Würdigung des völkerrechtlichen Diskriminierungsschutzes bei HIV/Aids

HIV/Aids ist in keinem der völkerrechtlichen Anti-Diskriminierungsübereinkommen als besonders vor Diskriminierung zu schützendes Kriterium aufgeführt. Die Europäische Sozialcharta führt jedoch ausdrücklich den Begriff „Gesundheit“ in der Liste der verbotenen Diskriminierungsgründe auf, womit die HIV-Infektion als solche zweifellos miterfasst ist. Die Liste mit den Diskriminierungskriterien ist in allen Übereinkommen nicht abschliesssend formuliert. In verschiedenen Berichten der Überwachungsorgane wird HIV/Aids als verbotener Diskriminierungsgrund genannt.

Aus den völkerrechtlich verankerten menschenrechtlichen Diskriminierungsverboten erwachsen den Staaten Handlungspflichten. Sie dürfen einerseits in der Ausgestaltung des Rechtssystems und im übrigen staatlichen Handeln keine diskriminierenden Ungleichbehandlungen vornehmen. Sie haben weiter dafür zu sorgen, dass Menschen auch im Privatrechtsbereich vor Diskriminierung geschützt sind. Schliesslich müssen die Staaten mit geeigneten Massnahmen zum Abbau struktureller Diskriminierung beitragen.

Das Rechtsschutzniveau der verschiedenen völkerrechtlichen Instrumente ist sehr unterschiedlich ausgestaltet. Sehr wirksam ist der Individualrechtsschutz in der EMRK, während die ILO Normen zwar teils recht verbindliche Aufträge an die Staaten beinhalten, jedoch vergleichsweise schwache Durchsetzungsmechanismen kennen. Insgesamt ist jedoch festzuhalten, dass

[103] SCHILLING, N 17
[104] SCHILLING, N 17.
[105] BÖHMERT, S. 163.

die völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote von der Schweiz eine Antidiskriminierungsgesetzgebung fordern.

2.2 Verfassungsrechtlicher Diskriminierungsschutz

2.2.1 Garantie der Menschenwürde (Art. 7 BV)

Ausgangspunkt der Diskussion um den verfassungsrechtlichen Diskriminierungsschutz ist die Garantie der Menschenwürde in Art. 7 BV:

„Die Würde des Menschen ist zu achten und zu schützen".

Die Garantie der Menschenwürde schützt den Menschen in den fundamentalsten und unaufgebbaren Aspekten seiner Existenz[106]. Sie gebietet besondere Verbindlichkeit sowohl durch ihre Funktion als selbständiges Grundrecht als auch durch ihre Funktion als materielle Grundlage aller übrigen grundrechtlichen Kerngehalte. Die Garantie der Menschenwürde als „innerster Kern" der Grundrechte kommt in der zweiten Funktion immer dann zur Anwendung, wenn die Kerngehalte der spezifischen Grundrechte den fundamentalsten Aspekt der menschlichen Existenz nicht mehr erfasst[107]. Schliesslich kommt der Garantie der Menschenwürde ein nicht direkt durchsetzbarer programmatischer Charakter zu, an dem sich die Gesetzgebung und die staatlichen Organe in ihrem Handeln messen lassen müssen.

Die Menschenwürde kann nicht definiert werden. Ein im Wesen des Menschen begründetes Menschenbild existiert nicht und soll auch nicht existieren. Ein bestimmtes Menschenbild würde eine Mehrheit entstehen lassen, die den Einzelnen an ihrer Normvorstellung messen würde. Die Verletzlichkeit und das Schutzbedürfnis des einzelnen Menschen würden als zentrales Anliegen der Garantie der Menschenwürde an Bedeutung verlieren[108]. Die Menschenwürde gewinnt jedoch an Konturen, wenn einerseits im positiven Sinn die Besonderheiten menschlicher Existenz als gleichwertig anerkannt und geachtet werden[109] und andererseits in Form der Negation ausgelegt wird, wann die psychische und auch physische Integrität des Menschen verletzt ist.

So ist die Menschenwürde als „innerster Kern" des Diskriminierungsverbots nach Art. 8 Abs. 2 BV verletzt, wenn der Mensch allein aufgrund seiner Gruppenzugehörigkeit festgelegt wird. Die Verletzung der Menschenwürde liegt in der Reduzierung des Menschen auf ein einziges Merkmal, obwohl

[106] SCHEFER (Kerngehalte), S. 16ff.
[107] SCHEFER (Kerngehalte), S. 20ff.
[108] SCHEFER (Kerngehalte), S. 37ff.
[109] MÜLLER (Grundrechte), S. 4.

dieses Merkmal nur Teilgehalt der individuellen Persönlichkeit ist. Jeder Versuch einen Menschen auf eine einzige Identität festzulegen, widerspricht der menschlichen Natur und ihrer Vielfalt, die sich einem verbindlichen Menschenbild entzieht[110].

Die Garantie der Menschenwürde ist sowohl Grundrecht wie zwingendes Verfassungsrecht[111]. Nach Art. 189 Abs. 1 lit. a BV kann die Verletzung der Menschenwürde (Art. 7 BV) vor dem Bundesgericht gerügt werden.

Für einen wirksamen Schutz vor HIV/Aids-Diskriminierung genügt die verfassungsrechtliche Garantie der Menschenwürde nicht. Die Garantie der Menschenwürde stellt jedoch einen wichtigen Bezugspunkt dar, um eine Diskriminierung im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV aufgrund einer HIV-Infektion fassbar zu machen. Eine einzig auf die HIV-Infektion beruhende und nicht sachlich besonders gerechtfertigte unterschiedliche Behandlung stellt deshalb eine Diskriminierung dar, weil die HIV-Infektion einen unveränderbaren Teil der Identität des betreffenden Menschen darstellt.

2.2.2 Bedeutung der Rechtsgleichheit

Art. 8 BV umfasst unter dem Titel „Rechtsgleichheit“ sowohl das Gleichheitsgebot (Abs. 1) also auch das allgemeine Diskriminierungsverbot (Abs. 2). Die Rechtsgleichheit ist Voraussetzung für eine gerechte Ordnung. „Gerechtigtkeit“ kann nur erreicht werden, wenn alle Menschen gleich behandelt werden[112]. Eine rechtsungleiche Behandlung würde gegen die fundamentalsten Aspekte menschlicher Existenz verstossen[113]. Denn Kerngehalt der Rechtsgleichheit ist die jedem Menschen innewohnende einzigartige und unantastbare Würde (Art. 7 BV).

Das Rechtsgleichheitsgebot und das Diskriminierungsverbot beschränken sich nicht auf einen bestimmten Lebensbereich, sondern sind selbständige verfassungsmässige Rechte mit Querschnittsfunktion, d.h., dass alle Menschen in sämtlichen Lebens- und Tätigkeitsbereichen einen Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung haben[114].

2.2.3 Die Rechtsgleichheit nach Art. 8 Abs. 1 BV

„Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich“ (Art. 8 Abs. 1 BV). Die Rechtsgleichheit ist jedoch nicht absolut zu verstehen, sondern verlangt eine sachliche Differenzierung. Nach ständiger Rechtsprechung des

---

[110] SCHEFER (Kerngehalte), S. 30, 41.
[111] SCHEFER (Kerngehalte), S. 34ff.
[112] SCHWEIZER, N 14.
[113] Siehe SCHEFER (Kerngehalte), S. 16ff.
[114] MÜLLER, S. 396; TSCHANNEN/ZIMMERLI, S. 159f.

Bundesgerichts wird das Rechtsgleichheitsgebot verletzt, wenn Unterscheidungen getroffen werden, für die kein vernünftiger Grund ersichtlich ist, oder Unterscheidung unterlassen werden, die sich aufgrund der Situation aufdrängen würden. Das Bundesgericht übernimmt hier die von Aristoteles geprägte Formel, die besagt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt werden soll[115]. Eine Differenzierung in vergleichbaren oder eine Gleichbehandlung in unterschiedlichen Situationen muss sich auf eine wesentliche Tatsache beziehen und sachlich begründet werden[116]. Bei der Frage, was ein sachlicher Grund ist, stellt das Bundesgericht auf die „anerkannten Grundsätze der geltenden Rechts- und Staatsordnung[117] oder auf die „herrschenden Anschauungen und Zeitverhältnisse" ab[118]. Die Kriterien der gebotenen Gleichbehandlung sind somit nicht für alle Zeiten festgelegt, sondern unterliegen der sich wandelnden Wahrnehmung der gesellschaftlichen Wirklichkeit[119].

2.2.4 Allgemeines Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV)

Diskriminierungsgründe und Bedeutung

Art. 8 Abs. 2 BV lautet: „Niemand darf diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung." Das Diskriminierungsverbot in Art. 8 Abs. 2 BV hat im Verhältnis zur Rechtsgleichheit nach Abs. 1 einen unabhängigen normativen Gehalt. Bei den spezifischen Tatbeständen, aufgrund derer eine Person nicht diskriminiert werden darf, ist die Gefahr der Verletzung der Menschenwürde besonders gross ist[120]. Die Diskriminierungskriterien sind nicht abschliessend aufgeführt, worauf „namentlich" hindeutet. Der Verfassungstext lässt somit Raum, der gesellschaftlichen Entwicklung durch richterliche Konkretisierung neuer Diskriminierungstatbestände Rechnung zu tragen. Nach dem Bundesgericht stellt die Diskriminierung eine qualifizierte Art von Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen dar, indem sie eine Benachteiligung eines Menschen bewirkt, die als Herabwürdigung

[115] BGE 125 II 345.
[116] BGE 124 II 193; BGE 122 349. Siehe MÜLLER, S. 400ff.
[117] Siehe MÜLLER, S. 401.
[118] BGE 122 I 349, insb. 114 Ia 1.
[119] BGE 125 II 345; SCHWEIZER, N 22.
[120] SCHEFER, S. 476; siehe auch RIEDER, S. 54ff., 89ff.

oder Ausgrenzung einzustufen ist, weil sie an ein Unterscheidungsmerkmal anknüpft, das einen wesentlichen und nicht oder nur oder nur schwer aufgebbaren Bestandteil der Identität der betreffenden Person ausmacht.

Das Bundesgericht hat die direkte Diskriminierung als eine qualifizierte Art einer Ungleichbehandlung in vergleichbaren Situationen bezeichnet, die zu einer herabwürdigenden oder ausgrenzenden Benachteiligung eines Menschen führt, weil sie an ein Unterscheidungsmerkmal anknüpft, das einen wesentlichen oder nur aufgebbaren Bestandteil der Idendität einer Person ausmacht[121]. Auch die indirekte Diskiminierung ist vom Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV erfasst. Eine indirekte Diskriminierung ist dann gegeben, wenn eine Regelung, die keine offensichtliche Benachteiligung von spezifisch gegen Diskriminierung geschützter Gruppen enthält, in ihren tatsächlichen Auswirkungen Angehörige einer solchen Gruppe besonders stark benachteiligt, ohne dass dies sachlich begründet wäre[123].

In der Lehre ist streitig, ob das Diskriminierungsverbot einen spezifischen Schutz von gesellschaftlich benachteiligten Gruppen bezweckt (asymmetrisches Diskriminierungsverständnis) oder ob jede Anknüpfung für eine Ungleichbehandlung an die verbotenen Unterscheidungsmerkmale des Art. 8 Abs. 2 BV eine Diskriminierung darstellt (symmetrische Diskriminierungsverständnis)[124].

Unbestritten ist, dass nicht jede Ungleichbehandlung in einer vergleichbaren Situation aufgrund eines sensiblen Kriteriums eine Diskriminierung darstellt. Die Anknüpfung an eines in Art. 8 Abs. 2 BV aufgezählten Unterscheidungsmerkmals begründet lediglich einen Verdacht einer unzulässigen Ungleichbehandlung[128], die qualifiziert zu rechtfertigen ist[129].

HIV/Aids als Diskriminierungskriterium

Der Status „HIV-positiv“ oder „Aids“ gehört nicht zu den explizit aufgeführten verbotenen Unterscheidungsmerkmalen in Art. 8 Abs. 2 BV. Es

[121] BGE 126 III 377, Erw. 6a.
[123] BGE 126 III 377, Erw. 6c, BGE 129 I 392, siehe auch LANDOLT, Fn 191 sowie ausführlich RIEDER.
[124] Siehe zur Kontroverse RHINOW (Grundzüge), N 1700-1711.
[128] KÄLIN/CARONI, S. 78.
[129] BGE 126 II, 377, Erw. 6a, BGE 129 I 397ff.

findet sich allgemein keine HIV/Aids-Sonderregelung auf Verfassungsstufe[130].

Der Status HIV/Aids erfüllt jedoch die Kriterien, die ihn als eigenständiges Unterscheidungsmerkmal unter die Tatbestände von Art. 8 Abs. 2 BV subsumieren liessen[131]: Einerseits belegen Studien die Schwierigkeiten, Ausgrenzungen und Herabwürdigungen von Personen mit positiver HIV/Aids-Diagnose im Arbeits- und Sozialleben[132]. Andererseits ist der Status HIV/Aids eine erworbene und dauerhafte Eigenschaft, die ein unveränderbares und angesichts der massiven Auswirkungen auf das Leben der betroffenen Personen identitätsstiftendes Merkmal darstellt[133].

Der Status HIV/Aids kann ebenfalls über das Merkmal der „Behinderung" vom Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV erfasst werden. Art. 3 Abs. 1 ATSG definiert Krankheit als „jede Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit, die nicht auf einen Unfall zurückzuführen ist und die eine medizinische Behandlung oder Untersuchung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat". Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts erfüllt auch die symptomlose HIV-Infektion den Krankheitsbegriff[134]. Welche Beeinträchtigung der körperlichen Gesundheit resp. biologische Eigenschaft als Behinderung gilt, hängt nach WALDMANN von dem ab, was die Gesellschaft als Abweichung von einem von ihr selbst definierten Normalzustand empfindet. Es ist somit die tatsächliche und/oder soziale Behandlung als Abweichung von einem gesellschaftlich definierten Normalzustand, die eine Krankheit als Behinderung entstehen lässt[135]. KLEIN spricht von einer konstruierten Behinderung („le handicap construit"), die oft aufgrund von Angst, falschen Annahmen oder Stereotypen entsteht. In der Unterscheidung von tatsächlicher und konstruierter Behinderung verweist KLEIN auf Parallelen in der feministischen Diskussion, die ebenfalls zwischen „le sexe biologique" und „le sexe social" („construction social") unterscheiden[136]. Massgebliche Kriterien für die Subsumtion unter das

[130] PÄRLI/MÜLLER/SPYCHER, S. 99.
[131] Zu den Diskriminierungsverbote als Anknüpfungsverbote siehe KÄLIN (Kulturkonflikt), S. 107, KÄLIN/CARONI, S. 75; zu den Diskriminierungsverbote als spezifischer Schutz historisch/gesellschaftlich herabgesetzter Gruppen siehe MÜLLER (Grundrechte), S. 414ff.
[132] DUBOIS-ARBER/HAOUR-KNIPE; THOMAS/HAOUR-KNIPE/HUYNH; PÄRLI/MÜLLER/SPYCHER.
[133] Siehe dazu WALDMANN, S. 711.
[134] BGE 116 V 239, BGE 124 V 118; zur Kritik dieser Entscheide vgl. PÄRLI/MÜLLER/SPYCHER; HEUSSER.
[135] WALDMANN, S. 712ff.
[136] KLEIN, S. 12ff.

Diskriminierungsverbot sind die Gefahren der Stigmatisierung und des gesellschaftlichen Ausschlusses[137].

Im diesem Sinne ist auf die Behindertenschutzgesetzgebungen in verschiedenen europäischen Staaten hinzuweisen, die „HIV und Aids" ausdrücklich miterfassen[138].

2.2.5 Gleichstellung der Geschlechter (Art. 8 Abs. 3 BV)

Mit der Bundesverfassung von 1999 erhielt der Gesetzgeber in Art. 8 Abs. 3 BV den umfassenden Auftrag, für die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung von Frau und Mann, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit zu sorgen. Das geforderte Ziel der tatsächlichen Gleichstellung soll nicht nur die Gleichberechtigung, sondern die rechtliche und *faktische* Gleichstellung der Frau umfassen[139]. Es zeigte sich nämlich, dass sich die Stellung der Frau im Erwerbsleben trotz Verfassungsgebot „Gleiche Rechte für Mann und Frau" in den vorangegangenen Jahren nicht wesentlich verändert hatte[140]. Das Ziel der faktischen Gleichstellung der Frau wollte man deshalb mit einem Gesetz erreichen, das die erforderlichen Instrumente schaffen würde, um der Frau (und dem Mann) die Durchsetzung ihres (seines) verfassungsmässigen Anspruchs auf Gleichbehandlung durchzusetzen[141]. Der Gesetzesauftrag findet seine Konkretisierung im Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GlG), das Mitte 1996 in Kraft getreten ist. Das Gleichstellungsgesetz bezweckt die tatsächliche Gleichstellung von Frau und Mann im privat- und öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnis.

Für das Konzept von Rechtsgleichheit – Diskriminierungsverbot einmalig ist in Art. 8 Abs 3 BV nicht nur der Auftrag an den Gesetzgeber, die tatsächliche Gleichstellung zu erreichen, sondern auch die unmittelbare Drittwirkung. Auf das Kriterium des Geschlechts beschränkt besteht somit ein subjektiver Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit auch im privaten Arbeitsverhältnis.

Aufgrund von Art. 8 Abs. 3 BV kann gefolgert werden, dass der Verfassungsgeber in Bezug auf das Geschlecht dringlicher rechtliche, insbesondere auch unter Privaten, und tatsächliche Gleichheit als bei den

---

[137] PÄRLI (Dogmen), S. 117.

[138] Frankreich, Grossbritannien, Irland, Portugal, Griechenland, siehe dazu Bericht „Definition of Disability in Europe – A comparative analysis, Hrsg. von European Commission, Employment & social affairs. Siehe auch DOYLE. Für Grossbritannien resp. Frankreich siehe auch Teil IV, 3., S. 238ff. resp. 4., S. 271ff.

[139] FREIVOGEL, S. 43.

[140] KAUFMANN, S. 32.

[141] KAUFMANN, S. 36.

übrigen Diskriminierungskriterien erreichen will. Mit anderen Worten: Der Rechtsgleichheit bei HIV/Aids ist weniger Schutz als bei der geschlechtsspezifischen Rechtsgleichheit gewährleistet. Nichtsdestotrotz kann Art. 8 Abs. 3 BV auch in Bezug auf HIV/Aids eine Rolle spielen, und zwar wenn mit positiven Massnahmen die besondere Lage von HIV/Aids betroffenen Frauen berücksichtig werden muss.

2.2.6 Gleichstellung von Menschen mit Behinderung

Art. 8 Abs. 2 BV verbietet jede Diskriminierung wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung. Die Abgrenzung von Invalidität zu Krankheit ist nicht leicht vorzunehmen. Um vom Diskriminierungsverbot erfasst zu werden, ist wohl die Gefahr der Stigmatisierung und Ausgrenzung massgebend[142].

Mit Art. 8 Abs. 4 BV wird der Gesetzgeber beauftragt, Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen der Behinderten vorzusehen. Der Gesetzesauftrag an Bund und Kanton wird mit dem Erlass des Bundesgesetzes über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG) konkretisiert[143].

2.2.7 Schutz der Privatspähre nach Art. 13 BV

Art. 13 Abs. 1 BV garantiert den Schutz des Privat- und Familienlebens. Jede Person hat gegenüber dem Staat den Anspruch, nicht an der freien Gestaltung ihres Lebens und ihres Verkehrs mit anderen Personen gehindert zu werden.

Der persönliche Geheimbereich ist ebenfalls zu respektieren[144]. Art. 13 Abs. 2 BV gewährleistet jeder Person den „Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten“, womit der Geltungsbereich von Art. 13 BV weit über die Privatsphäre hinausgeht. Er schützt betroffene Personen vor Benachteiligungen, die durch eine ungerechtfertigte Bearbeitung von Personendaten bewirkt wird. Er schützt ebenfalls die individuelle Kommunikationsbeziehung, die verlangt, Daten zu offenbaren, die normalerweise in die Privatsphäre der betroffenen Personen gehören[145].

Kommunikationsbeziehungen, wo besondere Geheimhaltungsbedürfnisse (z.B. Krankheit) bestehen[146], werden immer dann begründet, wenn von einer „Sonderbeziehung“ oder Vertrauensverhältnis gesprochen werden kann. Eine

---

[142] MÜLLER, S. 427.
[143] Siehe dazu Teil III, 3.6.6, S. 187ff.
[144] Botschaft BBl 1997 I 152.
[145] SCHWEIZER, S. 704f.
[146] SCHWEIZER, S. 704.

Sonderbeziehung entsteht beispielsweise in einem Anstellungsverfahren zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Das Interesse auf beiden Seiten an einem optimalen Arbeitsverhältnisses zwingt insbesondere den Arbeitnehmenden Personendaten zu offenbaren, die normalerweise von der Öffentlichkeit abgeschirmt sind. Der Datenschutz sorgt hier für den Schutz vor missbräuchlicher Datenbearbeitung und somit für die informationelle Selbstbestimmung jedes Einzelnen, die zur persönlichen Entfaltung und Lebensgestaltung notwendig ist. Datenschutz ist somit auch zentraler Bestandteil des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes (Art. 10 BV)[147].

Die informationelle Selbstbestimmung als Teilaspekt des Persönlichkeitsschutzes hängt eng mit dem Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV zusammen[148]. Werden nämlich Daten über die Gesundheit einer Person, über die soziale Stellung oder die politische Einstellung ohne Wissen und womöglich gegen den ausdrücklichen Willen bearbeitet, wird das Diskriminierungspotenzial erhöht bzw. erst recht geschaffen[149]. An die Zulässigkeit einer Weitergabe von Informationen über die HIV-Positivität einer Person oder eine Bearbeitung von sonstigen Personendaten, die das Potenzial einer Persönlichkeitsverletzung birgt, sind deshalb besonders hohe Hürden zu stellen[150].

2.2.8 Verwirklichung der Grundrechte (Art. 35 BV)

Die Wirkung der Grundrechte entfaltet sich grundsätzlich im Verhältnis zwischen Staat und Bürger. Die Notwendigkeit, das Individuum in seinen Grundrechtspositionen vor staatlichen Eingriffen zu schützen, beruht auf der Erkenntnis, dass die staatliche Machtkonzentration und das daraus folgende Subordinationsverhältnis des Einzelnen zum Staat die ständige Gefahr der staatlichen Machtausübung birgt. Die Grundrechte haben jedoch nicht nur defensiven, sondern auch konstitutiven Charakter, d.h. der Staat hat den Auftrag, für die Grundrechtsverwirklichung in der Rechtsordnung sowie in der weiteren Gesellschaft zu sorgen[151].

Nach Art. 35 Abs. 2 BV ist grundrechtsgebunden, wer staatliche Aufgaben wahrnimmt. Dies betrifft unbestritten die Zentralverwaltung des Staates, wobei alle staatlichen Ebenen (Bund, Kantone, Gemeinden) miterfasst sind. Staatliche Aufgaben werden heute aber immer mehr auch ausgelagert, sei es an öffentlichrechtliche Institutionen oder auch an Private. Soweit diese

[147] HÄFELIN/HALLER, S. 118.
[148] PÄRLI (Datenaustausch), S. 129ff.
[149] SEEMANN, S. 80ff, insbesondere Fn 7, 8, 54 und 59.
[150] PÄRLI/Müller/Spycher, S. 96.
[151] MÜLLER (Grundrechtstheorie), S. 8ff.

staatliche Aufgaben wahrnehmen, gilt die gleiche Grundrechtsbindung wie für den Staat[152]. Wie weit die Grundrechtsbindung privater Organisationen, die mit staatlichen Aufgaben betraut sind, auch die Regelung der Arbeitsverhältnisse umfasst, ist umstritten[153].

Ähnlich der staatlichen Machtkonzentration kann eine solche auch in Verhältnissen unter Privaten ausgemacht werden, die genauso das Potenzial zur Gefährdung der Grundrechtspositionen des einzelnen Privaten enthält, z.B. im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und -geber. Im Arbeitsverhältnis befindet sich der Arbeitnehmer mehr oder weniger genauso in der Position des Unterworfenen gegenüber dem sozial mächtigeren Arbeitgeber und ist vergleichbar mit dem staatlichen Subordinationsverhältnis[154]. Die herrschende Lehre anerkennt denn auch die Rechtsfigur der indirekten Drittwirkung von Grundrechten. Auch nimmt mit Art. 35 BV eine entsprechende Regelung zur Verwirklichung der Grundrechte Einzug in die Bundesverfassung von 1999. Wie weit der Schutz des Einzelnen vor Grundrechtseingriffen durch Dritte (Private) vom Staat garantiert sein muss, ist heute noch Debatte.

Art. 35 Abs. 1 BV erklärt die Geltung der Grundrechte für die ganze Rechtsordnung. Nach Abs. 2 sind alle staatlichen Organe, ob rechtsetzend oder rechtsanwendend, an die Grundrechte gebunden. Sie sind verpflichtet, wo das Grundrecht nicht direkt angesprochen wird, mittels grundrechtskonformer Auslegung zur Verwirklichung der Grundrechte beizutragen. Die Gerichte müssen auch privatrechtliche Normen grundrechtskonform auslegen[155], was bewirkt, dass Private indirekt (mittelbar) durch die Grundrechte gebunden sind. Abs. 3 greift dann spezifisch die Verwirklichung der Grundrechte unter Privaten auf und lautet: „Die Behörden sorgen dafür, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden.“ Abs. 3 verlangt nicht, dass Grundrechte direkt auf die Verhältnisse unter Privaten angewandt werden. Abs. 3 enthält jedoch einen expliziten Auftrag an den Gesetzgeber als Teil der Behörde, für die Wirksamkeit der Grundrechte unter Privaten besorgt zu sein.

Das positive Recht verlangt, dass die Behörden für die Wirkung der in den Grundrechten widerspiegelten fundamentalen Wertentscheidungen auch zwischen Privaten sorgen müssen[157]. Insbesondere dort, wo die Würde des einzelnen Menschen und damit der Kerngehalt der Grundrechte auf dem Spiel

[152] KÄGI-DIENER (Corporate Governance), S. 103, HÄSLER, S. 71.
[153] Siehe dazu PÄRLI (Integrität), S. 212.
[154] MÜLLER (Grundrechtstheorie), S. 80ff.
[155] SCHEFER, S. 299f.
[157] RHINOW (Bundesverfassung), 152ff.

steht, ist die Pflicht des Staates klar gegeben, möglichst umfassenden Schutz zu gewährleisten[158]. Der Schutz der Kerngehalte ist von fundamentaler Bedeutung, so dass es dem Staat nicht darauf ankommen darf, ob die Verletzung vom Staat und von Dritten (Privater) ausgeht. Die Legitimität eines Rechtsstaates liegt u.a. darin, dass er dafür sorgt, dass die auf seinem Gebiet befindlichen Menschen nicht im Kerngehalt der Grundrechte verletzt werden[159]. Insbesondere bei einem Mächteungleichgewicht unter Privaten, muss es dem Staat ein Anliegen sein, die sozial schwächere Person in den zentralen Aspekten ihrer Existenz zu schützen.

2.2.9 Einschränkung von Grundrechten

Art. 36 BV verlangt für jede Grundrechtseinschränkung eine gesetzliche Grundlage (Abs. 1), den Nachweis eines überwiegenden öffentlichen Interesses oder eines gerechtfertigten Schutzinteresses von Grundrechten Dritter (Abs. 2); der Eingriff in ein Grundrecht muss verhältnismässig sein (Abs. 3)[162]. Der Kerngehalt der Grundrechte[163], d.h. der Teilaspekt der Grundrechte, der durch den Schutz der Menschenwürde konkretisiert wird, ist unantastbar und verbietet jegliche Einschränkung (Abs. 4)[164].

---

[158] SCHEFER (Kerngehalte), S. 310.

[159] SCHEFER (Kerngehalte), S. 322. Die Auffassung, dass grundrechtliche Kerngehalte vor Eingriffen Privater geschützt werden müssen, findet auch Ausdruck in verschiedenen völkerrechtlichen Erlassen, siehe dazu SCHEFER (Kerngehalte), S. 313ff.

[162] Eine Einschränkung ist verhältnismässig, wenn sie zur Erreichung des angestrebten und im öffentlichen Interessen liegenden Zwecks geeignet und erforderlich ist; es muss zwischen den Auswirkungen der Grundrechtseinschränkung und dem Interesse der Öffentlichkeit abgewogen werden: je stärker der Grundrechtseingriff, desto grösser muss das öffentliche Interesse sein; siehe dazu AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, S. 108-115; HÄFELIN/HALLER, N 320-323, MÜLLER (Bemerkungen), N 55-56.

[163] Zum Kerngehalt der Grundrechte siehe SCHEFER (Kerngehalte).

[164] HÄFELIN/HALLER, N 325, SCHEFER (Kerngehalte), S. 72ff.

Wie weit sich das „Eingriffsschema“ auch für die Rechtsgleichheit oder das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV) eignet, ist in der Lehre umstritten. Nach der wohl herrschenden Meinung eignet sich das Prüfprogramm von Art. 36 BV nur für traditionelle Eingriffe in Freiheitsrechte[166]. Nach der neueren Lehre gilt das Eingriffschema grundsätzlich auch für die Rechtsgleichheit, die einzelnen Eingriffsschranken verlangen jedoch nach einer spezifischen Bearbeitung. Namentlich muss jede Ungleichbehandlung durch ein legitimes Interesse gerechtfertigt sein (Art. 36 Abs. 2 BV) und das Gebot der Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV) verlangt, dass sich eine Ungleichbehandlung für die Betroffenen als zumutbar erweisen muss[167].

2.2.10 Grundrechtskollision

Eine Grundrechtskollision liegt vor, wenn gleichzeitig verschiedene Grundrechtsinteressen mehrere Grundrechtsträger aufeinander stossen[169]. Welches Grundrechtsschutzbedürfnis in einer Situation der Grundrechtskollision berücksichtigt werden soll, muss sowohl bei Kollisionen zwischen verschiedenen öffentlichen oder zwischen öffentlichen und privaten Interessen „durch wertende Gegenüberstellung und Interessenabwägung“ bestimmt werden[170]. Sämtliche grundrechtsrelevanten Aspekte eines Sachverhaltes müssen mit den entgegenstehenden Interessen überprüft werden; ein mögliches Spannungsverhältnis der betroffenen Grundrechte soll in der Auslegung und Anwendung berücksichtigt werden[171]. Es darf kein Grundrecht aufgrund der blossen Dominanz eines anderen Grundrechts eingeschränkt werden[172].

Nach der *„preferred position“* Doktrin werden die Grundrechte, die der Persönlichkeitsentfaltung und dem Schutze der Menschenwürde dienen, gegenüber wirtschaftlichen Grundrechten (Wirtschaftsfreiheit, Eigentumsgarantie) höher gewichtet[173]. Eine unterschiedliche normative Bewertung der Grundrechte nimmt auch das Bundesgericht vor, wenn es in Bezug auf die Meinungsfreiheit, die ebenfalls die Persönlichkeitsentfaltung

---

[166] RHINOW (Grundzüge), N 1102, Schweizer, N 7 zu Art. 36 BV.
[167] Schefer (Kerngehalte), S. 66ff.
[169] MÜLLER (Bemerkungen), N 25.
[170] BGE 104 Ia 88 E. 8.
[171] BGE 131 III 490 E. 3.1.
[172] Siehe MÜLLER (Grundrechtstheorie), S. 157ff., der dies in der Diskussion zur Grundrechtskonkurrenz festhält; soll hier jedoch nicht minder gelten.
[173] MÜLLER (Bemerkungen), N 26.

gewährleistet, festhält, dass „elle mérite dès lors une place à part dans le catalogue des droits individuels garantis par la constitution et un traitement privilégié de la part des autorités[174].“ MÜLLER rechtfertigt die unterschiedliche normative Bewertung von Grundrechten damit, dass wesentliche Aspekte des menschlichen Daseins wie die Garantie der Menschenwürde, Gleichheit und Fairness im Gerichtsverfahren zu den „Essentialien“ eines demokratischen Rechtsstaates gehört. Dahingegen sieht er in den Grundrechten wie die Wirtschaftsfreiheit oder Eigentumsfreiheit Leitplanken, die zur Erreichung und Sicherung einer auf Verfassungsentscheid begründeten freien Marktwirtschaft notwendig sind[175].

2.2.11 Bilanz

HIV/Aids bildet ein besonders schützenswertes sensibles Kriterium im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV. Darüber hinaus ergänzen die Grundrechte generell und insbesondere Art. 13 Abs. 1 BV (Schutz der Privatsphäre) die Diskriminierungsverbote und tragen zur Stärkung der Rechtsposition der Individuen bei. Unmittelbar an das Diskriminierungsverbot und die übrigen Grundrechte gebunden sind allerdings nur der Staat und Institutionen, die staatliche Aufgaben wahrnehmen.

3 Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht

3.1 Privatrechtliche und öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse

Die allgemein verbreitete Aufteilung des Arbeitsrechts in Privatrecht und öffentliches Recht ist zu ungenau[176]. Wesentlich sinnvoller ist, zwischen öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Anstellungen zu unterscheiden. Diese Differenzierung klärt, ob wir es mit einer grundsätzlich öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Anstellung zu tun haben. Ausgehend von dieser wichtigen Unterscheidung lässt sich danach aufzeigen, wie teilweise gleiche und teilweise andere Rechtsquellen das jeweilige Arbeitsverhältnis näher bestimmen.

Für die Ausgestaltung privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse sind nicht nur das Obligationenrecht, sondern zahlreiche öffentlichrechtliche Bestimmungen wie das Arbeitsgesetz oder die relevanten Sozialversicherungsbestimmungen sowie das Datenschutz- und das Gleichstellungsgesetz massgebend. Im Bereich öffentlichrechtlicher Arbeitsverhältnisse finden sich im dafür

[174] BGE 96 I 592. E. 6.
[175] MÜLLER (Bemerkungen), N 6ff.
[176] Für eine kritische Auffassung gegenüber der Aufrechterhaltung der Dualität von öffentlichem und privatem Arbeitsrecht vgl. MICHEL, S. 219.

massgebenden öffentlichrechtlichen Personalrecht immer mehr Verweise auf das privatrechtliche Obligationenrecht. Zudem kommen die Bestimmungen zum (privatrechtlichen) Arbeitsvertrag in den Art. 319 ff. OR und die Allgemeinen Bestimmungen des OR im öffentlichen Personalrecht lückenfüllend zur Anwendung.

Im Folgenden wird auf den Diskriminierungsschutz sowohl im privat- wie auch im öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnis und dessen Besonderheiten separat eingegangen.

3.2 Diskriminierungsschutz im öff. Personalrecht auf Bundesebene

3.2.1 Rechtsquellen

Für das Arbeitsverhältnis im öffentlichen Dienst hält Art. 342 Abs. 1 lit. a OR fest, dass Vorschriften des Bundes, der Kantone und der Gemeinden vorbehalten sind.

Die Arbeitsverhältnisse mit dem Bund sind in der Regel öffentlichrechtlicher Natur, in ganz seltenen und besonderen Fällen unterliegen sie dem Privatrecht[177]. Das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis wird heute mit dem Abschluss eines schriftlichen Arbeitsvertrages begründet. Es handelt sich dabei um einen verwaltungsrechtlichen Vertrag[178], welcher im Gegensatz zur Verfügung den Parteien mehr Gestaltungsspielraum lässt und auf einer übereinstimmenden Willenserklärung beruht[179]. Auf die Dienstverhältnisse öffentlichrechtlicher Natur finden insbesondere das Bundespersonalgesetz[180], die Rahmenverordnung zum Bundespersonalgesetz[181], die Verordnung über den Schutz von Personendaten in der Bundesverwaltung[182] sowie das BG über die Pensionskasse des Bundes[183] Anwendung.

Art. 6 Abs. 2 BPG verweist darauf, dass subsidiär, d.h., soweit das BPG und andere Bundesgesetze „nichts Abweichendes bestimmen“, die einschlägigen

[177] Zu den privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen mit dem Bund werden diejenigen gezählt, welche zwischen privaten Organisationen, die mit öffentlichen Aufgaben betraut sind, und ihren Angestellten bestehen, siehe JAAG/MÜLLER/TSCHANNEN/ZIMMERLI, S. 1ff.
[178] Art. 8 Abs. 1 BPG. Siehe JAAG/MÜLLER/TSCHANNEN/ZIMMERLI, S. 6.
[179] HÄFELIN/MÜLLER, N 1052ff.
[180] Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (BRG), SR 172.220.1.
[181] Rahmenverordnung vom 20. Dezember 2000 zum Bundespersonalgesetz (Rahmenverordnung BPG), SR 172.220.11.
[182] Verordnung über den Schutz von Personendaten in der Bundesverwaltung vom 3. Juli 2001 (SR 172.220.111.4).
[183] Bundesgesetz über die Pensionskasse des Bundes (PKB-Gesetz) vom 23. Juni 2000, (SR 172.222.0).

Bestimmungen des Obligationenrechts (OR) gelten. Das BPG regelt das öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnis in Bereichen, wo im Vergleich zum privatrechtlichen Arbeitsverhältnis ein weitergehender Rechtsschutz vorgesehen ist.

Bevor auf den Diskriminierungsschutz in der Spezialgesetzgebung eingegangen wird, ist die Grundrechtsbindung des öffentlichen Arbeitgebers als Teilgehalt des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit der Verwaltung näher darzustellen.

3.2.2 Grundrechtsbindung öffentlichrechtlicher Arbeitgeber

Begründung

Der öffentlichrechtliche Arbeitgeber ist sowohl aufgrund des für die Verwaltungstätigkeit geltenden Legalitätsprinzips[184] als auch aufgrund der funktionalen Bedeutung der Grundrechte (Schutz vor staatlichen Eingriffen in die Freiheitsrechte des Einzelnen) zur Einhaltung der Grundrechte gegenüber seinen Arbeitnehmenden verpflichtet. Die Bindung an das Gesetz gewährleistet, wie bereits oben erwähnt, dass das Verwaltungshandeln voraussehbar ist (Rechtssicherheit) und dass in ähnlich gelagerten Fällen gleich entschieden wird (Rechtsgleichheit).

Die Grundrechte binden dabei nicht nur den öffentlichrechtlichen Arbeitgeber, sondern auch alle privatrechtlichen Organisationen, denen der Staat staatliche Aufgaben zur Wahrnehmung übertragen hat. Das Bundesgericht geht noch einen Schritt weiter und verpflichtet diese privatrechtlichen Organisationen, die Grundrechte auch in ihren privatrechtlichen Aktivitäten zu beachten[185]. In einem späteren Urteil hält es fest, dass einer privatrechtlichen Organisation in der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben keine Privatautonomie zukommt, sondern sie hat ihr Handeln gleich dem Staat am öffentlichen Interesse zu orientieren und verfassungsbezogen zu sein[186]. Art. 35 Abs. 2 BV greift die Rechtsprechung auf und bestimmt, dass „[w]er staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen."

[184] Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit resp. Legalitätsprinzip gehört zu den von der Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundprinzipien des Verwaltungsrechts, die als positives Recht anerkannt werden; dazu gehören auch der Grundsatz des öffentlichen Interesses, Verhältnismässigkeit und derjenige von Treu und Glauben nach Art. 2 ZGB.
[185] BGE 109 Ib 146, Erw. 4.
[186] ZBl 1987, S. 208.

Die Grundrechtsbindung wirkt sich über die unmittelbar justiziable Wirkung hinaus auf das Gebot der verfassungskonformen Auslegung einfachen Gesetzesrechts aus. Das bedeutet, Normen des öffentlichrechtlichen Personalrechts sind im Lichte der Verfassung (und des Völkerrechts) auszulegen[187].

Wirkung der Grundrechtsbindung im Allgemeinen

Die Arbeitnehmenden im öffentlichen Dienst stehen in einer besonders engen Beziehung zum Staat und befinden sich deshalb im Gegensatz zur übrigen Bevölkerung in einem Sonderstatusverhältnis zum Staat, woraus sich Beschränkungen der Grundrechte ergeben können[188]. Dies betrifft die Niederlassungsfreiheit, Wirtschaftsfreiheit (Art. 24 Abs. 2 lit. a BPG) und das Streikrecht (Abs. 1). Gemäss Art. 24 Abs. 2 lit. b BPG können dem Personal über den Arbeitsvertrag hinaus Pflichten auferlegt werden. Aus der Treuepflicht des Bundespersonals kann sich beispielsweise eine Einschränkung der persönlichen Freiheit[189], Meinungsäusserungsfreiheit[190] und Vereinsfreiheit[191] ergeben. Die allgemeinen Grundsätze des Staatshandelns wie die gesetzliche Grundlage[192], das öffentliche Interesse und das Prinzip der Verhältnismässigkeit müssen jedoch auch bei einer Grundrechtseinschränkung im Sonderstatusverhältnis beachtet werden[193]. So hält das Bundesgericht fest, dass nur dienstlich relevantes Verhalten geregelt werden darf[194] und „die Grundrechte prinzipiell auch im Rahmen von sogenannten besonderen Rechtsverhältnissen“[195] gelten müssen.

Bedeutung der Grundrechtsbindung bei HIV/Aids

Die Grundrechtsbindung öffentlichrechtlicher Arbeitgeber hat vorliegend zur Konsequenz, dass jede Diskriminierung aufgrund von HIV/Aids bei der

[187] Das ergibt sich bereits aus Art. 35 Abs. 1 BV.
[188] HÄFELIN/HALLER, N 328ff., JAAG/MÜLLER/TSCHANNEN/ZIMMERLI, S. 6.
[189] MOSIMANN, S. 465 mit Verweis auf RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 148 B II, S. 470ff.
[190] HÄFELIN/HALLER, N 329.
[191] JAAG/MÜLLER/TSCHANNEN/ZIMMERLI, S. 6.
[192] Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit resp. Legalitätsprinzip erfüllt rechtsstaatliche Funktionen und ist in Art. 5 Abs. 1 BV verankert, siehe HÄFELIN/MÜLLER, N 368ff.
[193] HÄFELIN/HALLER, N 333. Zur Entbehrlichkeit des Instituts des Sonderstatusverhältnisses vgl. GRIFFEL, S. 26.
[194] BGE 120 Ia 205 Erw. 3b. Es ist eine Güterabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Einheit, Effektivität und Vertrauenswürdigkeit der Verwaltung und den Grundrechtsinteressen des Personals vorzunehmen, siehe dazu HAFNER, S. 493.
[195] BGE 121 I 329 Erw. 2a.

Anstellung, Beschäftigung oder im Zusammenhang mit der Auflösung von Arbeitsverhältnissen unzulässig ist.

Die Verweigerung einer Anstellung unter Bezugnahme auf die HIV-Infektion ist im Lichte der Diskriminierungsverbote erhöht begründungsbedürftig; ohne besonders starke sachliche Gründe etwa im Sinne einer völligen gesundheitlichen Nichteignung (als Folge der HIV-Infektion) liegt eine Diskriminierung vor. Unzulässig ist weiter die Anordnung eines HIV/Aids-Testes im Zusammenhang mit einer Anstellung (Verstoss gegen Art. 8 EMRK und Art. 13 BV)[197].

Eine unsachgemässe Ungleichbehandlung unter Bezugnahme auf das Kriterium HIV/Aids im Rahmen des Beschäftigungsverhältnisses oder bei der Auflösung ist ebenfalls erhöht begründungspflichtig. Ohne besonders sachliche Gründe für die Ungleichbehandlung liegt ebenfalls eine diskriminierende Ungleichbehandlung vor.

Aus dem Diskriminierungsverbot lässt sich auch eine erhöhte Schutzpflicht für HIV-positive und an Aids erkrankte Mitarbeitende ableiten. Das ergibt sich aus der im Zusammenhang mit dem Rechtsgleichheitsgebot bekannten Formel, wonach Gleiches nach Massgabe der Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe der Ungleichheit ungleich behandelt werden muss. Die Übertragung dieser Formel auf das Diskriminierungsverbot führt zum Ergebnis, dass Arbeitnehmende mit HIV/Aids allein schon aufgrund der Verfassung einen besonderen, ihrer Gesundheit angepassten Schutz verlangen dürfen.

3.2.3 Kein spezifischer Diskriminierungsschutz im Bundespersonalgesetz

Geltungsbereich

Das am 1. Januar 2002 in Kraft getretene neue Bundespersonalgesetz (BPG) bildet das gemeinsame personalpolitische Dach für die Bundesverwaltung (Exekutive, Legislative und Judikative) und der ausgelagerten dezentralisierten Verwaltungseinheiten SBB, Post und solche nach Art. 2 Abs. 3 RVOG.

[197] Siehe den Entscheid des EuGH bezüglich des Erfordernisses eines HIV-Tests für eine Stelle bei der Kommission, referenziert in Fn 93.

Rechtsmissbrauchsverbot und fehlende Privatautonomie

Im öffentlichen (wie im privaten) Recht gilt das Verbot des Rechtmissbrauchs. Es verbietet die zweckwidrige Verwendung eines Rechts zur Verwirklichung von Interessen[198].

Der Bund als Arbeitgeber kann sich nicht auf die Privatautonomie berufen und ist an weitergehende Verpflichtungen als der private Arbeitgeber gebunden. Die Einschränkungen der Handlungsfreiheit gelten auch dann, wenn der Staat privatrechtliche Arbeitsverhältnisse begründet[199].

Personalpolitische Leitideen

Das BPG enthält kein explizites Diskriminierungsverbot. Die von der Bundesverfassung und von der Gesetzgebung geregelten Rechten und Pflichten werden zwar gemäss Art. 6 BPG als anwendbares Recht erklärt, aber es ist in der Botschaft zum Bundespersonalgesetz nachzulesen, dass Art. 6 keine Rechte einzuräumen und Pflichten aufzuerlegen vermag, die nach der Verfassung einer expliziten gesetzlichen Grundlage bedürfen. Mit anderen Worten kommt Art. 6 BPG bloss deklaratorischen Charakter zu[200].

Das BPG enthält indes personalpolitische Leitlinien. Der Massnahmenkatalog von Art. 4 Abs. 2 BPG ist abschliessend und fordert von den staatlichen Arbeitgebern, dass sie geeignete Massnahmen u.a. für die Chancengleichheit der Behinderten sowie zu deren Beschäftigung und Eingliederung (lit. f) als auch zum Schutz der Persönlichkeit und der Gesundheit sowie zur Arbeitssicherheit ihres Personals (lit. g) treffen[201]. In Art. 4 Abs. 3 BPG setzt sich der Bund als Arbeitgeber zum Ziel, jegliche Willkür im Arbeitsverhältnis zu verhindern. Er ist verpflichtet, sein Handeln auf gesetzliche Ziele

[198] BGE 110 Ib 336 E.3a; BGE 108 Ia 210 E.2b; BGE 110 Ib 332ff.
[199] MICHEL, S. 198.
[200] 98.076 Botschaft zum BPG vom 14. Dezember 1998, Erläuterungen zu Art. 6, S. 13.
[201] Der Massnahmenkatalog von Art. 4 Abs. 2 BPG fordert des Weiteren geeignete Massnahmen
- zur Gewinnung und Erhaltung von geeignetem Personal;
- zur persönlichen und beruflichen Entwicklung, zur Weiterbildung und Motivierung ihres Personals sowie zu dessen vielseitiger Einsetzbarkeit;
- für die Chancengleichheit von Frau und Mann und zu deren Gleichstellung;
- zur Förderung eines umweltbewussten Verhaltens am Arbeitsplatz;
- zur Schaffung von Arbeitsbedingungen, die dem Personal erlauben, seine Verantwortung in Familie und Gesellschaft wahrzunehmen;
- zur Schaffung von Lehrstellen und Ausbildungsplätzen;
- zu einer umfassenden Information ihres Personals.

auszurichten[202]. Gemäss Botschaft zur Bundespersonalgesetz soll die Bundesverwaltung dabei eine gewisse gesellschaftspolitische Vorbildfunktion wahrnehmen[203].

Die Forderung in Art. 4 Abs. 3 BPG ist grundsätzlich eine Wiederholung des verfassungsrechtlich verankerten Willkürverbots in Art. 9 BV. Art. 9 BV besagt, dass jede Person Anspruch darauf hat, „von den staatlichen Organen ohne Willkür […] behandelt zu werden". Das Willkürverbot ist ein Grundrecht, das den Einzelnen vor willkürlichem Handeln aller staatlichen Organe, auch in der Rolle als Arbeitgeber schützt[204]. Nach der Definition des Bundesgerichts liegt Willkür dann vor, wenn staatliches Handeln resp. Entscheide der tatsächlichen Situation widersprechen, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft[205]. Eine unhaltbare Begründung alleine ist noch nicht willkürlich; es ist der Entscheid in seinem Ergebnis, der das Willkürverbot verletzen kann[206]. Willkür liegt dann vor, wenn normative Erwartungen in einer Art und Weise entäuscht werden, die Gerechtigkeit, Recht und Rationalität negiert[207].

HR-Strategy und Diversity Management

Damit die sozialpolitischen Ziele des Bundes im Sinne von Art. 4 BPG nicht leerer Buchstabe bleiben, verpflichtet Art. 5 BPG den Bundesrat, die Umsetzung der Personalpolitik zu koordinieren und zu steuern. Er hat dafür zu sorgen, dass die Arbeitgeber ein geeignetes Controlling-System anwenden. Da die Rechtsgrundlagen nur Ziele angeben und alleine nicht ausreichen, um einen nachhaltigen Kulturwandel zu bewirken, verabschiedete der Bundesrat 2003 eine „Strategie zur Umsetzung der neuen Personalpolitik in der Bundesverwaltung" („HR-Strategie Bund")[208]. Das Dokument legt die

[202] HELBLING (Entwicklung), S. 25.
[203] 98.076 Botschaft zum BPG vom 14. Dezember 1998, Erläuterungen zu Art. 4, S. 11.
[204] MÜLLER, S. 478ff.
[205] Statt vieler siehe BGE 122 III 130 E.2a; BGE 122 I 61 E.3a. MÜLLER (Grundrechte), S. 472.
[206] Statt vieler siehe BGE 122 III 130 E. 2a; BGE 122 I 61 E.3a; siehe auch MÜLLER (Grundrechte), S. 475.
[207] UHLMANN, N 624.
[208] Strategie zur Umsetzung der neuen Personalpolitik in der Bundesverwaltung (HR-Strategie Bund), verabschiedet 19.11.2003, Quelle: http://www.personal.admin.ch/themen/ppolitik/d/hrstrategie.pdf (16.11.05) (zit. HR-Strategie)

Schwerpunkte für die Personalpolitik in der gesamten Bundesverwaltung fest[209].

Die „HR-Strategie Bund“ anerkennt, dass das Bundespersonalgesetz den Rahmen für eine differenzierte Personalpolitik im Sinne des Diversity Managements setzt. Diversity Management wird verstanden als Personalmanagement und Personalpraxis, die die Bedürfnisse der Zielgruppen im Sinne von Art. 4 BPG integriert. Die unterschiedlichen Kernkompetenzen und Perspektiven werden dabei genutzt, um an Human- und Wissenspotenzial zu gewinnen und die Arbeitszufriedenheit und Stabilität im Arbeitsteam zu steigern[210]. Um dieses Ziel zu erreichen strebt die Bundesverwaltung einerseits eine ausgewogene Verteilung des Personals nach Alter, Sprache und Geschlecht und andererseits die Eingliederung und Beschäftigung von Personen mit eingeschränkter Leistungsfähigkeit an[211]. Die Zusammensetzung des Personals und Veränderungen der Personalstruktur unterstehen einem Personalcontrollingsystem, wobei Monitoring und Reporting wichtige Bestandteile sind[212].

3.2.4 Schutz vor Anstellungsdiskriminierung

Rechtsschutz bei diskrimierender Nichtanstellung

Das Arbeitsverhältnis beim Bund ist öffentlich-rechtlicher Natur und wird mit dem Abschluss eines schriftlichen Arbeitsvertrages (verwaltungsrechtlicher Vertrag) begründet (Art. 8 Abs. 1 BPG). Es fragt sich, ob ein Bewerber oder

---

[209] Eidgenössisches Personalamt, Die wichtigsten personalpolitischen Instrumente im Überblick, Quelle: http://www.personal.admin.ch/themen/ppolitik/d/instrumente/index.htm#instrumente (16.11.05)

[210] Eidgenössisches Personalamt, Die wichtigsten personalpolitischen Instrumente im Überblick, Quelle: http://www.personal.admin.ch/themen/ppolitik/d/instrumente/index.htm#diversity (16.11.05).

[211] HR-Strategie, Fn 208.

[212] HR-Strategie, Fn 208. Das Eidgenössische Personalamt verwendet das zentralisierte Datenverarbeitungssystem „BV PLUS“, das im Einvernehmen mit den Angestellten Daten verwaltet, die für die Managemententwicklung relevant sind. Es bearbeitet besonders schützenswerte persönliche Daten wie Staatsangehörigkeit, medizinisch bedingte Pensionierung; Mutterschaftsurlaub; Leistungsbeurteilungsstufe und die Staatsangehörigkeit der nächsten Angehörigen (Art. 27 der VO über den Schutz von Personaldaten in der Bundesverwaltung). Gesundheitsrelevante Daten und andere wohl für ein Diversity Management relevante Personendaten werden vom Datenverarbeitungssystem nicht erfasst.

eine Bewerberin gegen eine diskriminierende Nichtberücksichtigung im Bewerbungsverfahren vorgehen kann.

Die Bewerbung für die erstmalige Begründung eines öffentlichen Arbeitsverhältnisses ist als Begehren auf Begründung von Rechten und Pflichten zu verstehen[213]. Die Ablehnung der Bewerbung ist demnach eine „Abweisung von Begehren auf Begründung von Rechten und Pflichten" nach Art. 5 Abs. 1 lit. c VwVG und stellt eine einseitige Anordnung der Behörden im Einzelfall dar, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützt. Bei der Ablehnung der Bewerbung ist von einer Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG auszugehen.

Problematisch ist die Beschwerdelegitimation. Nach Art. 48 lit. a VvWG ist zur Beschwerde legitimiert, „wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat."

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht das schutzwürdige Interesse „im praktischen Nutzen, den die Gutheissung der Beschwerde dem Betroffenen verschaffen würde" oder „im Umstand, einen Nachteil wirtschaftlicher, idealer, materieller oder anderweitiger Natur zu vermeiden, welcher der angefochtene Entscheid mit sich bringen würde." Mit anderen Worten gilt jedes tatsächliche („praktische") oder rechtliche Interesse der betroffenen Person als schützenswert, das durch den Ausgang des Beschwerdeverfahrens unmittelbar beeinflusst werden kann[214]. Der Beschwerdeführer muss zudem stärker als jedermann durch die angefochtene Verfügung betroffen sein und „in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache" stehen[215].

Im Anwendungsbereich des Gleichstellungsgesetzes GlG ist die Beschwerdelegitimation gestützt auf Art. 13 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 5 Abs. 2 gegeben. Ausserhalb des GlG haben die Bundesbehörden bis jetzt ein schutzwürdiges Interesse bei einer Ablehnung der Anstellung verneint und somit die Beschwerdelegitimation für den verwaltungsinternen Beschwerdeweg ausgeschlossen[216].

An dieser Rechtslage kann nicht festgehalten werden. Eine Nichtanstellung unter Bezugnahme auf ein nach Art. 8 Abs. 2 BV verbotenes Diskriminierungskriterium stellt ohne besondere sachliche Rechtfertigung eine Grundrechtsverletzung dar[217]. Zur Geltendmachung einer

[213] Siehe ARIOLI, N 61, jedoch zum öffentlichrechtlichen Anstellungsverfahren im Zusammenhang mit Art. 13 Abs. 2 i.V.m. Art. 5 Abs. 2 GlG.
[214] VPB 38 (1974) N 68.
[215] BGE 127 V 82.
[216] VPB 38 (1974) N 68.
[217] RÜTSCHE, S. 375, LANDOLT, S. 402.

Diskriminierung sieht Art. 14 der Verordnung zum Gleichstellungsgesetz für Menschen mit Behinderung (BehiG) eine schriftliche Begründungspflicht für Arbeitgebende vor, wenn eine behinderte Person den begründeten Verdacht hat, sie sei wegen ihrer Behinderung nicht angestellt worden. Diese Begründungspflicht ist der Gleichstellungsgesetz GlG nachgebildet. Im Gegensatz zum GlG fehlt im BehiG die Gewährung eines Rechtsanspruches bei diskriminierender Nichtanstellung.

Eine Nichtanstellung aufgrund einer Behinderung oder aufgrund eines anderen in Art. 8 Abs. 2 BV geschützten Merkmals stellt indes die Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts dar. Demnach liegt Widerrechtlichkeit im Sinne der Staatshaftung vor, was bei im Übrigen erfüllten Voraussetzungen (wirtschaftlicher Schaden bzw. schwere Persönlichkeitsverletzung) einen Entschädigungsanspruch auslöst. Damit steht fest, dass von einer Anstellungsdiskriminierung betroffene Personen ein schutzwürdiges Interesse haben und infolgedessen zur Beschwerde gegen einen negativen Anstellungsentscheid legitimiert sind.

3.2.5 Schutz vor diskriminierender Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Eine wesentliche Neuerung des Bundespersonalgesetzes ist die Ersetzung der Wahl auf Amtsdauer durch ein unbefristetes, kündbares Arbeitsverhältnis. Es wurde jedoch ein im Vergleich zum privatrechtlichen Arbeitsverhältnis stärkerer Kündigungsschutz verankert.

Die Kündigungsschutzregelungen nach BPG

Das Arbeitsverhältnis kann von beiden Parteien im gegenseitigen Einvernehmen auf jeden beliebigen Zeitpunkt gekündigt werden (Art. 10 Abs. 1 BPG). Die Kündigung des Arbeitsverhältnis bildet die Ausnahme und wird ausgesprochen, wenn keine einvernehmliche Lösung von den Parteien getroffen werden kann (Art. 13 Abs. 3 BPG)[220]. Aus der Rechtsprechung vor dem Inkrafttreten des BPG ergibt sich, dass eine Kündigung einen triftigen Grund haben muss, der objektiv begründet und sachlich haltbar sein muss[221]. Die zulässigen Kündigungsgründe sind in Art. 12 Abs. 6 BPG abschliessend aufgelistet. Im vorliegenden Zusammenhang relevant ist die mangelnde Eignung oder Tauglichkeit, die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit zu verrichten (lit. c). Darunter ist auch eine medizinische Nichteignung zu verstehen.

[220] HELBLING (Arbeitsverhältnis), S. 173.
[221] BGE 108 Ib 210ff; VPB 64 (2000) N 64; VPB 65 (2001) N 14; siehe JAAG, S. 463.

Kann die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses der kündigenden Partei nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden, kann fristlos gekündigt werden (Art. 12 Abs. 7 BPG).

Als Formvorschrift schreibt Art. 13 Abs. 3 BPG vor, dass eine Kündigung durch den Arbeitgeber in Form der Verfügung nach Art. 5 VwVG zu erfolgen hat. Verfügungen sind zu begründen.

Die Kündigung ist nichtig, wenn sie nicht nach Art. 12 Abs. 6 und 7 begründet ist. Kann der Nichtigkeitsgrund glaubhaft gemacht werden, muss der öffentliche Arbeitgeber der betroffenen Person die bisherige oder eine zumutbare andere Arbeit anbieten (Art. 14 Abs. 1 BPG).

Unzulässigkeit der Kündigung zur Unzeit

Nach Art. 14 Abs. 1 lit. c BPG ist die Kündigung des Arbeitgebers ebenfalls nichtig, wenn sie zu Unzeiten nach Art. 336c OR ausgesprochen wird. Demnach darf das Arbeitsverhältnis vom Arbeitgeber nicht während einer unverschuldeten Krankheit oder Unfall, die/der ganz oder teilweise die Erbringung der Arbeitsleistung verhindert, gekündigt werden. Der zeitliche Kündigungsschutz greift erst nach Ablauf der Probezeit (Art. 336c Abs. 1 OR) und richtet sich im Verhältnis nach der Dauer der Anstellung[223]. Setzt die Krankheit oder der Unfall vor Ablauf der Kündigungsfrist ein, so ist die Kündigung zwar gültig, die Kündigungsfrist steht jedoch während der Dauer der Sperrfrist still und wird erst nach deren Ablauf fortgesetzt[224]. Nach Ablauf der Sperrfrist resp. für die Dauer der Verlängerung des Arbeitsverhältnisses nach Art. 336c Abs. 2 OR muss der Arbeitnehmer nach wiedererlangter Arbeitsfähigkeit seine Arbeitskraft unverzüglich anbieten, zumindest formell[225]. Kommt der Arbeitnehmer seiner Arbeitspflicht nicht nach, kann der Arbeitgeber für die Dauer der fehlenden Arbeitsleistung den Lohn verweigern (Art. 82 OR)[226]. Kündigt der Arbeitnehmer, kann er sich nicht auf den zeitlichen Kündigungsschutz berufen, es sei denn, der Arbeitgeber hätte ihn/sie zur Kündigung gedrängt[227].

---

[223] Art. 336c Abs. 1 lit. b OR: Im ersten Dienstjahr während 30 Tage; ab zweitem bis und mit fünftem Dienstjahr während 90 Tagen und ab sechstem Dienstjahr während 180 Tagen.
[224] REHBINDER (Art. 336c OR), N 7.
[225] RUEDIN/CHRISTEN, S. 424ff.
[226] BGE 115 V 437.
[227] JAR 2001, S. 279ff; HÄNNI, S. 521, mit Verweis auf ZBl 2000 148 = RB 1998 170 (VerwGer).

Missbräuchliche Kündigung

Im Falle einer missbräuchlichen Kündigung verweist Art. 14 Abs. 3 lit. a BPG auf die privatrechtliche Regelung von Art. 336 OR[228]. Im Gegensatz zur Kündigung zur Unzeit (Art. 14 Abs. 1 lit c BPG) greift der sachlichen Kündigungsschutz auch während der Probezeit[229].

Nach Art. 336 OR liegt eine missbräuchliche Kündigung vor, wenn diese u.a. ausgesprochen wird

- wegen einer Eigenschaft, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht (lit. a);
- um die Entstehung von Ansprüchen der anderen Partei aus dem Arbeitsverhältnis zu vereiteln (lit. c);
- weil die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht (lit. d)[230].

Eine missbräuchliche Kündigung ist nicht nichtig, sondern *anfechtbar*. Die betroffene Person kann die Kündigungsverfügung des Arbeitgebers nach Artikel 13 Absatz 3 i.V. m. Artikel 35 f. BPG anfechten. Wird die Kündigung vom Arbeitgeber oder von der Beschwerdeinstanz aufgehoben, hat der Arbeitgeber der Arbeitnehmerin die bisherige oder falls dies nicht möglich ist, eine andere zumutbare Arbeit anzubieten (Art. 14 Abs. 3 lit. a BPG). Der Arbeitgeber ist verpflichtet, alle sinnvollen Möglichkeiten einer zumutbaren Weiterbeschäftigung auszuschöpfen (Art. 19 Abs. 1 BPG). Kann er die nach Art. 14 Abs. 1 und 3 BPG ungerechtfertigt resp. missbräuchlich gekündigten Person nicht weiterbeschäftigen, so ist ihr eine Entschädigung auszurichten (Art. 19 Abs. 3 BPG). Die Höhe der Entschädigung beträgt nach Art. 79 Abs. 6 lit. b der Verordnung zum Bundespersonalgesetz (PBV) mindestens drei Monatslöhne und maximal zwei Jahreslöhne. Die Entschädigung soll das

[228] An massgebenden Entscheiden des Eidg. Rekurskommission zur Anwendung der Bestimmungen zur missbräuchlichen Kündigung im Rahmen des neuen Bundespersonalgesetzes fehlt es bis heute. Siehe lediglich den Entscheid vom 3. Februar 2004, pupliziert in der VPB 68.90, Erw. 8c, in casu war Art. 14 Abs. 3 lit. b in Verbindung mit Art. 336 OR nicht anwendbar.
[229] PORTMANN, N 1056ff; NÖTZLI, N 238.
[230] Siehe Teil III, 3.5.2, S. 157ff.
[237] NÖTZLI, N 389.

Fehlverhalten des Arbeitsgebers sanktionieren und den Schaden der Arbeitnehmerin ersetzen[237].

Schutz vor HIV/Aids bedingter Kündigung

Das Bundespersonalgesetz gewährt bei krankheitsbedingter (und somit auch bei HIV/Aids) Arbeitsunfähigkeit einen zeitlich befristeten Kündigungsschutz analog zu demjenigen nach OR.

Anerkannt ist eine Kündigung an eine HIV-positive Arbeitnehmerin dann, wenn eine medizinische Nichteignung für die fragliche Tätigkeit vorliegt.

Eine Kündigung unter Berufung auf die HIV-Infektion an sich, also ohne dass eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit vorliegt, ist in aller Regel missbräuchlich, da an eine persönlichkeitsrelevante Eigenschaft angeknüpft wird. Im Unterschied zur Regelung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis ist der Arbeitgeber gestützt auf das Bundespersonalgesetz verpflichtet, dem missbräuchlich gekündigten Arbeitnehmer eine Weiterbeschäftigung anzubieten.

Der öffentlichrechtliche Schutz vor missbräuchlicher Kündigung ist im Ergebnis stärker ausgebaut als der privatrechtliche[240].

3.2.6 Schutz vor unzulässiger Bearbeitung von Personendaten

Die Anforderungen des Datenschutzgesetzes

Das Datenschutzgesetz (DSG) gilt sowohl für Private wie für den Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes und bezweckt den Schutz der Persönlichkeit vor ungerechtfertigter Bearbeitung von Personendaten (Art. 1 DSG). Bearbeitung im datenschutzrechtlichen Sinn bedeutet jeder Umgang mit Personendaten, insbesondere das Beschaffen, Aufbewahren, Verwenden, Umarbeiten, Bekanntgeben, Archivieren oder Vernichten von Daten (Art. 3 lit. e DSG). Die Bearbeitung von Personendaten muss vom Gesetz vorgesehen sein (Art. 17 Abs. 1 DSG). Besonders schützenswerte Personendaten dürfen nur bearbeitet werden, wenn von einem Gesetz im formellen Sinn vorgesehen, es für eine im formellen Gesetz klar umschriebene Aufgabe unentbehrlich ist, der Bundesrat es unter Einschätzung der Nachteile für die betroffene Person bewilligt, die betroffenen Person im Einzelfall einwilligt oder ihre Daten bereits allgemein zugänglich gemacht hat (Art. 17 Abs. 2 DSG). Bei besonders schützenswerten Personendaten handelt es sich u.a. um Daten über

[240] PORTMANN (Kündigungsschutz), S. 51ff.

die Gesundheit, Intimsphäre und zu Massnahmen der sozialen Hilfe (Art. 3 lit. c DSG).

Informationen über die HIV-Infektion gehören zu den besonders schützenswerten Daten.

Die systematische Erhebung, z.B. mittels Fragebogen, ist in Art. 18 DSG speziell geregelt. Der öffentliche Arbeitgeber muss bei der Erhebung von Personendaten mittels Fragebogen den Zweck und die Rechtsgrundlagen des Bearbeitens sowie die Kategorien der an der Datensammlung Beteiligten und den Datenempfänger bekannt geben (Abs. 1). Die Beschaffung von besonders schützenswerten Personendaten muss für die betroffene Person erkennbar sein (Abs. 2). Die Bearbeitung der Personendaten muss verhältnismässig sein (Art. 4 Abs. 2 DSG).

Ein systematisches Erheben der Information über den HIV/Aids-Status ist im Bewerbungsverfahren unzulässig, da es dem Grundsatz Verhältnismässigkeit der Datenbearbeitung (Art. 4 Abs. 2 DSG) widerspricht.

Nach Art. 25 DSG kann die betroffene Person auf Unterlassen oder Beseitigung der widerrechtlichen Bearbeitung oder auf Feststellung der Widerrechtlichkeit der Bearbeitung klagen. Die Unterlassungs-, Beseitigung- oder Feststellungsklage kann nur bei Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses von der betroffenen Person geltend gemacht werden. Die streitigen Verfügungen betreffend Datenschutzfragen können vor der eidgenössische Datenschutzkommission, die eine Schieds- und Rekurskommission im Sinne des Verwaltungsverfahrensgesetzes ist, angefochten werden (Art. 33 Abs. 1 lit. b DSG). Der Entscheid der eidg. Datenschutzkommission unterliegt der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht (Art. 25 Abs. 5 DSG).

Ärztliche Schweigepflicht

Auch die ärztliche Schweigepflicht dient dem Datenschutz der Arbeitnehmenden im öffentlichen Dienst. Gemäss Art. 28 BPG muss der ärztliche Dienst die Personendaten über die Gesundheit vertraulich behandeln. Er darf über Gesundheitsdaten nur soweit Auskunft erteilen, als für die Beurteilung der Anstellungs-, Versicherungs- oder Arbeitstauglichkeit der betroffenen Personen sowie für die Feststellung ihrer Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis erforderlich ist (Art. 28 Abs. 2 BPG) und nur mit schriftlicher Zustimmung der betroffenen Person (Abs. 3). Verweigert die betroffene Person die Zustimmung, besteht die Möglichkeit, eine Ermächtigung zur Weitergabe bei der in den Ausführungsbestimmungen bezeichneten Stelle einzuholen. Gemäss Art. 28 Abs. 4 BPG wird jedoch

keine Ermächtigung erteilt, wenn die betroffene Person ein überwiegendes Interesse an der Geheimhaltung hat (lit. a) oder die Bekanntgabe den Arbeitgeber in der Durchführung seiner Aufgabe wesentlich beeinträchtigen würde (lit. b).

Bei der Information über den HIV/Aids-Status handelt es sich um Informationen über die Gesundheit im Sinne von Art. 28 BPG. Diese Information ist auch durch das Arzt- bzw. Patientengeheimnis im Sinne von Art. 321 StGB und durch die berufliche Schweigepflicht für alle Personen, die bei der Ausübung ihres Berufes oder ihrer Tätigkeit besonders schützenswerte Personendaten erfahren (Art. 35 DSG), geschützt.

Arbeitszeugnis

Das Arbeitszeugnis ist ein Beschäftigungs- und Befähigungsnachweis[242], der konklusiv Angaben über die Persönlichkeit einer Person machen. Der vermögenswerte Charakter eines Arbeitszeugnisses zeigt sich in der Bedeutung für das wirtschaftliche Fortkommen des Arbeitnehmers. Das Arbeitszeugnis trägt entscheidend dazu bei, ob ein Bewerber oder eine Bewerberin zum persönlichen Vorstellungsgespräch eingeladen wird[243].

Ein Arbeitszeugnis kann sensible Informationen enthalten. Es ist deshalb wichtig, nur objektiv arbeitsplatzrelevante Angaben, d.h. Daten, die die Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind[244], mittels Arbeitszeugnis kommuniziert werden. Die Information über den HIV/Aids-Status stellt in aller Regel keine arbeitsplatzrelevante Information dar.

Massgebend für die Datenbearbeitung ist Art. 27 BPG in Verbindung mit den Bestimmungen des Datenschutzgesetzes. Art. 27 Abs. 2 lit. b BPG i.V.m. Art. 12 Abs. 2 lit. c und Art. 13 Abs. 1 DSG schreiben vor, dass die Datenbearbeitung von besonders schützenswerten Daten (Gesundheit) zu ihrer Rechtfertigung die schriftliche Einwilligung der betroffenen Person notwendig macht. Die zuständigen Stellen dürfen die Personendaten zudem nur gestützt auf eine gesetzliche Grundlage an Dritte weitergeben (Art. 17 Abs. 1 DSG i.V.m. Art. 27 Abs. 3 BPG).

3.4 Diskriminierungsschutz in ausgewählten kant. Personalerlasse

Nach einer eingehenden Darstellung des Persönlichkeitsschutzes im Dienstverhältnis des Bundes soll nun kurz auf die Spezialitäten ausgewählter

[242] REHBINDER (Art. 330a OR), N 1.
[243] POLENDA (Arbeitszeugnis), S. 169ff.
[244] 98.076 Botschaft zum Bundespersonalgesetz vom 14. Dezember 1998, Erläuterungen zu Art. 24 (Datenbearbeitung), S. 26.

kantonaler Personalerlasse hingewiesen werden. Es handelt sich dabei um die Personalerlasse des Kantons Bern, Zürich und Waadt. Keiner der kantonalen Erlasse enthält ein allgemeines Diskriminierungsverbot, das zur Stärkung der Rechtsposition von Menschen mit HIV/Aids hätte beitragen könnte.

3.4.1 Das Personalgesetz des Kantons Bern (BE PG, in Kraft seit 1. Juli 2005)

Das Berner Personal soll mittels personalpolitischen Vorkehrungen in ihrer persönlichen Integrität geschützt werden. Der kantonale Arbeitgeber wird verpflichtet, die Beschäftigung und Integration von Behinderten in der Kantonsverwaltung zu fördern (Art. 4 BE PG).

Nach Art. 25 Abs. 2 BE PG sind triftige Gründe für die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses anzugeben. Diese sind gegeben, wenn von einer Mitarbeiterin ungenügende Leistungen erbracht wird, Weisungen der Vorgesetzten wiederholt missachtet werden und das Verhalten zu nachhaltigen Störungen des Arbeitsklimas führt (Art. 25 Abs. 2 BE PG). Die Liste der Kündigungsgründe ist nicht abschliessend.

Einer Person kann fristlos gekündigt werden, wenn wichtige Gründe vorliegen. Wichtige Gründe sind diejenigen Umstände, die ein Fortsetzen des Arbeitsverhältnisses für beide Parteien nach Treu und Glauben als nicht zumutbar erachten lassen (Art. 26 BE PG). Dem BE PG ist nicht zu entnehmen, welche namentlich die wichtigen Gründe sind.

Die missbräuchliche Kündigung im Sinne von Art. 336 OR ist vom BE PG weder selbständig noch mittels Verweis auf die privatrechtlichen Arbeitsbestimmungen geregelt.

Ist die Kündigung unbegründet, hat die betroffene Person einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung (Art. 29 Abs. 2 BE PG). Ist eine Weiterbeschäftigung ohne Verschulden der betroffenen Person unmöglich, wird ihr nach Art. 29 Abs. 2 i.V.m. Art. 32 BE PG eine Abgangsentschädigung im Verhältnis zum Dienst- und Lebensalter ausgerichtet. Der Betrag darf nicht höher sein, als das Gehalt von insgesamt 18 Monate.

Die Kündigung zu Unzeiten ist nach Art. 28 Abs. 2 BE PG nichtig. Das BE PG regelt die Sperrfristen ab dem zweiten Dienstjahr, d.h., während des ersten Dienstjahres kennt das Gesetz keine Sperrfrist für Kündigungen während einer Krankheit und Unfall.

Bei unverschuldeter Verhinderung an der Arbeitsleistung soll das Gehalt auf jeden Fall im Verhältnis zur Dauer des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise weiter entrichtet werden, jedoch nicht länger als zwei Jahre (Art. 65 BE PG).

3.4.2 Das Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals des Kantons Zürich

Der Schutz der persönlichen Integrität ist hier nicht personalpolitisches Ziel, sondern wird als einklagbares Recht der Angestellten gewährleistet. Nach § 39 ZH PG ist der Staat verpflichtet, die Persönlichkeit der Angestellten zu achten und zu schützen. Dafür trifft er die erforderlichen Massnahmen, um das Leben, die Gesundheit und die persönliche Integrität seiner Angestellten zu schützen.

Die Regelung der Sperrfristen (§ 20 ZH PG) entspricht weitgehend der privatrechtlichen Regelung von Art. 336c OR. Die Sperrfrist wird jedoch bereits während der Probezeit eingeräumt. § 14 ZH PG bestimmt nämlich, dass die Probezeit verlängert wird, wenn die Dauer der Krankheit oder des Unfalls dazu führt, dass die Probezeit effektiv verkürzt wird.

Für die missbräuchliche Kündigung verweist § 18 ZH PG auf die Bestimmungen des Obligationenrechts. Bei Aufhebung des Arbeitsverhältnisses ist der staatliche Arbeitgeber verpflichtet, die Kündigung zu begründen, wenn die betroffene Person eine solche verlangt (§ 18 ZH PG). Die Kündigung unterliegt einem Formfehler, wenn im Schreiben nicht auf den Anspruch auf eine Begründung und dessen Verwirkungsfolgen hingewiesen wird.

In § 34 ZH PG wird ausdrücklich die Beschaffung von Personendaten im Hinblick auf eine Anstellung geregelt. Im Sinne von Art. 328b OR dürfen nur Daten beschafft werden, die für die Beurteilung der Eignung, der Leistung und des Verhaltens für das Arbeitsverhältnis notwendig und geeignet sind. Je nach Begründung kann vom Angestellten verlangt werden, sich einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen (§55 ZH PG).

3.4.3 Das " Loi sur le personnel du canton de Vaud"

Zu den personalpolitischen Ziele gehören nicht nur die erforderlichen Massnahmen zum Schutz der Gesundheit und der Persönlichkeit der Angestellten, sondern insbesondere auch Regelungen zur Bekämpfung von Belästigungen und Mobbing (Art. 6 VD PG). Art. 8 VD PG verpflichtet den Personaldienst, Begleitmassnahmen für Angestellte vorzusehen, die vorübergehend professionelle Schwierigkeiten haben.

Art. 60 VD PG regelt die missbräuchliche und unbegründete Kündigung. Wird festgestellt, dass die Kündigung im Sinne von Art. 59 VD PG missbräuchlich oder unbegründet ist, so muss der betroffenen Personen eine gleichwertige Stelle im Staatsdienst angeboten werden. Die betroffene Person erhält zusätzlich zur Wiedereinstellung eine Entschädigung für den entgangenen Gewinn.

3.5 Diskriminierungs- und Persönlichkeitsschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis

3.5.1 Allgemeines

Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit nach Art. 19 OR, dem als Element der Privatautonomie ein ausserordentlich hoher Stellenwert zukommt[245]. Die Privatautonomie umfasst allgemein die Freiheit der Rechtssubjekte, ihre privaten Rechtsverhältnisse nach eigenem Willen zu gestalten[246]. Die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV schützt das Recht des Einzelnen auf freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit. Die Privatautonomie und Wirtschaftsfreiheit sind somit eng miteinander verbunden: einerseits bedingen sie sich gegenseitig, andererseits wird die Privatautonomie von der Wirtschaftsfreiheit und umgekehrt – sollen beide gewährt bleiben - in ihrer Ausübung begrenzt[247].

Der Schutz der Persönlichkeit nach Art. 28 ZGB setzt der Privatautonomie ebenfalls Grenzen[248]. Der Schutz der Persönlichkeit ist gleich wie die Vertragsfreiheit „ein Grundpfeiler der schweizerischen Rechtsordnung“[249]. Er definiert die Grenzen des zulässigen freien Handelns und somit der Persönlichkeitsentfaltung resp. wirtschaftlichen Entfaltung des Verletzers[250]. Die Privatautonomie ist als bedingte Freiheit zu betrachten, in dem Sinne, dass Privatautonomie nur in den Schranken der gesellschaftlichen Konventionen, die ein Zusammenleben ermöglichen/regulieren, zulässig ist. Art. 28 ZGB hält fest, dass „[w]er in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, kann zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, den Richter anrufen.“ Die Persönlichkeitsverletzung ist widerrechtlich, wenn sie nicht durch ein Gesetz, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Einwilligung des Verletzten gerechtfertigt werden kann (Art. 28 Abs. 2 ZGB).

Der Gesetzgeber verzichtete darauf, die geschützten Rechtsgüter der Persönlichkeit namentlich zu erwähnen, und hat es der Lehre und

---

[245] Siehe jüngst BGE 129 III 35, E. 6.3.
[246] GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 314 und 613ff.; GEISER (Gleichbehandlungsgebot), S. 38f.
[247] Siehe auch CAMPRUBI, S. 389f.
[248] BGE 113 II 37, BGE 123 III 193, BGE 129 III 35.
[249] PEDRAZZINI/OBERHOLZER, S. 111 und 113.
[250] AEBI-MÜLLER, S. 100.

Rechtsprechung überlassen, diese zu konkretisieren[251]. Der Inhalt der Persönlichkeit ist so einem zeitlichen Wandel unterworfen[252] und bleibt für Rechtsgüter offen, die untrennbar mit einer Person verbunden sind[253]. Dabei ist die Persönlichkeit als eine „Gesamtheit der individuellen Grundwerte einer Person, also das, was eine Person ausmacht und sie von anderen Personen unterscheidet" zu verstehen[254]. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts umfasst der Begriff der Persönlichkeit „alles, was zur Individualisierung einer Person dient und im Hinblick auf die Beziehung zwischen den einzelnen Individuen und im Rahmen der guten Sitten als schutzwürdig erscheint"[255]. In einem jüngeren Entscheid definiert das Bundesgericht die Persönlichkeit als „Inbegriff der Rechte, die untrennbar mit der Person verknüpft ist"[256]. GÖKSU bringt die verschiedenen Definitionen auf einen Nenner und sieht die Persönlichkeit als Gesamtheit derjenigen Werte, die dem Menschen inhärent sind, als schutzwürdig erscheinen und Gegenstand einer Verletzung bilden können[257].

Worin besteht der Zusammenhang zwischen Persönlichkeitsschutz und (privatrechtlichem) Diskriminierungsschutz? Das Recht auf diskriminierungsfreie Behandlung ist ein der Persönlichkeit immanenter Wert[258]. Die verfassungsrechtlichen Diskriminierungstatbestände (Rasse, Geschlecht, Alter, soziale Stellung, Behinderung usw.) sind besonders geeignet, die Persönlichkeit des Menschen zu verletzen[259]. Diskriminierungen sind somit immer Verletzungen der Persönlichkeit[260].

Die verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote haben dabei nicht nur Geltung im Verhältnis Staat-Bürger, sondern wirken auch im Verhältnis unter Privaten durch verfassungskonforme Auslegung allgemeiner zivilrechtlicher Normen, insbesondere von Art. 2, Art. 27 und 28 ZGB[261].

3.5.2. Diskriminierungsschutz im Bewerbungsverfahren

---

[251] TUOR/SCHNYDER/SCHMID, S. 102 mit Verweis auf die Botschaft vom 20. November 1996, BBl 1997 I 137ff.; GÖKSU, S. 27.
[252] PEDRAZZINI/OBERHOLZER, S. 112; RIEMER, N 294; TERCIER, N 318; GÖKSU, S. 27ff.
[253] PEDRAZZINI/OBERHOLZER, S. 112.
[254] HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 10.02.
[255] BGE 45 II 625; BGE 70 II 130; BGE 95 II 491ff.
[256] BGE 84 II 573.
[257] GÖKSU, N 236.
[258] GÖKSU, N 219.
[259] PÄRLI (Datenschutz), S. 129.
[260] So auch GEISER (Gleichbehandlungsgebot), S. 45, der jedoch die Existenz eines allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes im Privatrecht verneint, S. 48.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 1111.
[261] GEISER, S. 37ff.; PÄRLI (Dogmen), S. 118.

Die Ausgangslage

Das schweizerische Arbeitsrecht kennt kein Recht auf Anstellung. Aus der Partnerwahlfreiheit als Teilgehalt der Vertragsfreiheit ist der Arbeitgeber frei, nach welchen Kriterien und Wertungen er sich für eine Anstellung entscheidet. Nach herrschender Lehre darf der Arbeitgeber bei der Anstellung nach Belieben diskriminieren[262].

Der „Diskriminierungsfreiheit" bei der Anstellung sind indes verschiedene Grenzen gesetzt. Zu beachten sind gesetzliche Diskriminierungsverbote. So verbietet das Gleichstellungsgesetz GlG ausdrücklich die diskriminierende Nichtanstellung aufgrund des Geschlechts. Der Arbeitgeber muss eine Entschädigung ausrichten, wenn er die mit dem Geschlecht begründete Nichtanstellung nicht objektiv zu begründen vermag (Art. 3 GlG). Weiter findet der europäische Wanderarbeitnehmer gestützt auf das Personenfreizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der Europäischen Gemeinschaft Schutz vor einer diskriminierenden Nichtanstellung[263].

Lehre und Praxis haben zudem ausgehend vom Gebot des Handelns nach Treu und Glauben in Art. 2 ZGB und vom privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz nach Art. 28 ZGB sowie unter Bezugnahme auf die Vorwirkung von Art. 328 und Art. 328b OR Konzepte entwickelt, die unter dem Terminus „Persönlichkeitsschutz der Stellenbewerbenden"[264] zusammengefasst werden können. Auf Elemente dieser Konzeption wird gleich anschliessend eingegangen.

Pflicht zum Schutz der Persönlichkeit von Stellenbewerberinnen

Das Bewerbungsverfahren ist die Phase der Vertragsanbahnung, die mit der Bewerbung des Stellensuchenden beginnt[265]. Es entsteht eine vorvertragliche Rechtsbeziehung[266]. Das Verhalten der Parteien ist als rechtlich relevant zu betrachten[267] und begründet erhöhte Sorgfalts- und Rücksichtspflichten[268].

---

[262] REHBINDER (Art. 328 OR), N 9; GEISER (Gleichbehandlungsgebot), S. 38; STAEHELIN, S. 68ff.
[263] Siehe dazu ausführlich PÄRLI (Gleichbehandlungsansprüche), N 74-75.
[264] Zum Begriff siehe PÄRLI (Persönlichkeitsschutz), S. 227.
[265] Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 2. Abteilung, Geschäft Nr. AN050401/U1 vom 13. Januar 2006, E. 5.2/a. (Urteil des Arbeitsgerichts Zürich). Siehe dazu PÄRLI (Anstellungsdiskriminierung), S. 24.
[266] REHBINDER (Art. 320 OR), N 2.
[267] BGE 108 II 311.
[268] Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, E. 5.2/a.

Für einen Teil der Lehre und der Praxis findet der arbeitsvertragliche Persönlichkeitsschutz bereits im Bewerbungsverfahren Anwendung[269]. Gleiches gilt für Art. 328b OR, der die Bearbeitung von Stellenbewerberdaten beschränkt[270].

Der Schutz im Bewerbungsverfahren kann auch auf den Persönlichkeitsschutz der Art. 27/28 ZGB gestützt werden. Mit dem Eintreten in Vertragsverhandlungen erwachsen den Parteien erhöhte Pflichten hinsichtlich Schutzes der Persönlichkeit.

Der Schutz für Bewerbende kann weiter aus der anerkannten Rechtsfigur der *culpa in contrahendo* abgeleitet werden. Diese besagt, dass für den Schaden einzustehen ist, wer schuldhaft gegen die vorvertragliche Pflicht zu einem Verhalten nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) verstösst[271]. Das Bewerbungsverfahren ist die Phase der Vertragsanbahnung, die mit der Bewerbung des Stellensuchenden beginnt[272]. Es entsteht eine vorvertragliche Rechtsbeziehung[273], das Verhalten der Parteien ist als rechtlich relevant zu betrachten[274] und begründet erhöhte Sorgfalts- und Rücksichtspflichten[275].

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 2 ZGB dürfen die verhandelnden Parteien annehmen, dass sie es mit einem „redlich denkenden, sich loyal verhaltenden Partner zu tun“ haben[276]. Sie haben die Pflicht zu ernsthaftem Verhandeln, zur Rücksichtnahme, sowie die Pflicht, den Verhandlungspartner nicht zu täuschen[277]. Ausdruck dieser Pflicht ist auch, dass Stellenbewerbende auf berechtigte Fragen des Arbeitgebers wahrheitsgemäss Auskunft zu geben haben und dass bei für das

---

[269] FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.17 zu Art. 328 OR mit Verweis auf die Rechtsprechung; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 zu Art. 328 und N 1 zu Art. 320 OR; WYLER, S. 228-229. Siehe auch das Urteil Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne, Urteil vom 10. Oktober 2005 (T 304.021563) und die Besprechung des Urteil bei PÄRLI (Anstellungsdiskriminierung), S. 23ff.

[270] PÄRLI (Datenaustausch), S. 160.

[271] GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 10ff.

[272] Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 2. Abteilung, Geschäft Nr. AN050401/U1 vom 13. Januar 2006, E. 5.2/a. (Urteil des Arbeitsgerichts Zürich). Siehe dazu PÄRLI (Anstellungsdiskriminierung), S. 24.

[273] REHBINDER (Art. 320 OR), N 2.

[274] BGE 108 II 311.

[275] Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, E. 5.2/a.

[276] BGE 116 Ia 169; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 947.

[277] Siehe dazu im Zusammenhang mit dem plötzlichen Abbruch von Vertragsverhandlungen in einem arbeitsvertraglichen Stellenbewerbungsverfahren den Entscheid des Bundesgerichts vom 17. November 2005 (4C.247/2005) und die Besprechung dazu von ROUILLER.

Arbeitsverhältnis relevanten Tatbeständen unter Umständen eine Offenbarungspflicht besteht[278].

Art. 2 ZGB kann auch entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in *Swissair*[279] verstanden werden. Es handelt sich dabei um die Vertrauenshaftung (Haftung aus „erwecktem und enttäuschtem Vertrauen"). Damit die Vertrauenshaftung greift, wird eine „Sonderbeziehung" vorausgesetzt, die in ihrer Beziehungsnähe vertragsähnlichen Charakter hat[280]. Eine solche Sonderbeziehung besteht zwischen Stellenbewerberin und Arbeitgeberin, die sich folgendermassen begründen lässt: Durch den Austausch personenbezogener Daten mittels Bewerbungsunterlagen und in einem weiteren Schritt anhand der geführten Bewerbungsgespräche entsteht eine Beziehungsnähe, die einer „Sonderbeziehung" im obigen Sinne nahe kommt.

Nicht unmittelbare Wirkung entfalten die verfassungsrechtlichen besonderen Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 BV. Die Konzeption der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte (Art. 35 Abs. 1 und 3) verlangt jedoch, dass die Diskriminierungsverbote wie auch die völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote bei der Auslegung des Begriffs der Persönlichkeit im Sinne von Art. 27/28 ZGB und Art. 328 OR berücksichtigt werden. Auch die Diskriminierungsdogmatik, insbesondere die Figur der indirekten Diskriminierung sowie die zulässigen sachlichen Rechtfertigungsgründe einer Ungleichbehandlung unter Anknüpfung an die sensiblen Kriterien sind in Struktur und Inhalt des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes zu übertragen.

Rechtfertigungsgründe für eine Nichtanstellung aufgrund HIV/Aids

Den Interessen der Stellenbewerbenden auf Persönlichkeitsschutz stehen Arbeitgeberinteressen gegenüber. Vorab ist festzuhalten, dass der private Arbeitgeber nicht gehalten ist, seinen Selektionsentscheid nach objektiven Kriterien zu fällen. Sein privatautonomer Entscheid kann subjektiven Vorlieben folgen, auch die willkürliche Berücksichtigung eines im Vergleich zu anderen schlechter qualifizierten Kandidaten findet grundsätzlich Platz unter dem Schutz der Privatautonomie bzw. der Abschlussfreiheit als Teil der Vertragsfreiheit.

---

[278] Siehe dazu unten S. 165.

[279] BGE 120 II 331.

[280] REY, S. 231ff., 234ff, der die „Sonderbeziehung" durch eine „besondere Beziehungsnähe zwischen den Parteien" entstehen lässt. Siehe dazu auch HARTMANN, N 256; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 982e ff.

[282] Siehe dazu die Ausführungen im völker- und verfassungsrechtlichen Teil dieser Studie, S. 107ff.

Grenze des privatautonomen Selektionsentscheides bilden indes die rechtlichen Schranken bezüglich sensibler Unterscheidungskriterien, die in Verfassung und Gesetz spezifisch geschützt sind[282]. Beruht der Arbeitgeberentscheid über die Anstellung auf solch sensiblen Kriterien, ist der Entscheid nur dann nicht widerrechtlich, wenn dafür Rechtfertigungsgründe geltend gemacht werden können.

Die anerkannten Rechtfertigungsgründe sind:

- Gerechtfertigt ist die Berufung auf die HIV-Infektion für den negativen Anstellungsentscheid durch den Arbeitgeber dann, wenn eine HIV/Aids-bedingte gesundheitliche Nichteignung für die konkret zu besetzende Stelle geltend gemacht werden kann. Die medizinischen Gründe für die Nichteignung müssen objektiv vorhanden sein, das subjektive Empfinden des Arbeitgebers über die gesundheitliche Nichteignung genügt nicht[283]. Liegt objektiv eine gesundheitliche Nichteignung für die Tätigkeit vor, bildet im Ergebnis nicht mehr die HIV-Infektion Anknüpfungspunkt für den negativen Selektionsentscheid, sondern die Auswirkung der HIV-Infektion auf die Arbeitsfähigkeit.
- Gewisse Staaten verlangen zur Einreise oder bei längerem Aufenthalt den Nachweis eines negativen HIV/Aids-Tests[284]. Will ein Arbeitgeber eine Stelle besetzen, die eine Tätigkeit in einem solchen Staat mit sich bringt, darf er einen HIV-positiven Kandidaten mit Berufung auf dessen HIV-Positivität ablehnen. Da es an einer Grundvoraussetzung für die Ausübung der Tätigkeit fehlt, überwiegen die Arbeitgeberinteressen. Konsequenterweise darf sich der Arbeitgeber für die Besetzung einer solchen Stelle auch nach dem HIV/Aids-Status erkunden.

Kein anerkannter Rechtfertigungsgrund stellt die Berufung auf eine Übertragungsgefahr in medizinischen Berufen dar[285]. Der Rechtsdienst des Departements Bildung, Kultur und Sport des Kantons Aargau hat in einem Beschwerdefall eines HIV-positiven angehenden technischen Operationsassistenten gestützt auf ein medizinisches Gutachten wegweisend entschieden, das Übertragungsrisiko von HI-Viren bei der Ausübung seines

---

[283] So im Zusammenhang mit nach Art. 328b berechtigten Arbeitgeberfragen auch VON KAENEL, N 4 zu Art. 328b OR.

[284] Folgende Länder sanktionieren den Zugang für Menschen mit HIV/Aids auch für kurzfristige Aufenthalte: Armenien, Brunei, China, Fidschi, Irak, Katar, Korea (Republik), Lybien, Moldau, Oman, Russische Föderation, Saudi-Arabien, Sudan und die USA. Für weitere Einreise- und Aufenthaltsbestimmungen für Menschen mit HIV/Aids siehe Deutsche AIDS-Hilfe e.V., Schnellfinder. Einreise- und Aufenthaltsbestimmungen für Menschen mit HIV und Aids, 2005, Quelle: http://www.aidshilfe.de/media/de/Einreise_5_deutsch.pdf (02.07.06).

[285] PÄRLI (Datenaustausch), S. 166.

Berufes sei bei Einhalten des einschlägigen Sicherheitsvorschriften praktisch Null[286].

Als Ergebnis bleibt festzuhalten: Ein Arbeitgeber verletzt seine Pflicht zu redlichem und loyalen Verhalten (*culpa in contrahendo*) bzw. seine Pflicht zum Persönlichkeitsschutz der Stellenbewerbenden dann, wenn er die Anstellung eines Bewerbers einzig aufgrund eines ihm anhaftenden und unveränderlichen Merkmals (HIV/Aids) verweigert und dafür keinen objektiven Rechtfertigungsgrund geltend machen kann.

Rechtsfolgen der Anstellungsdiskriminierung

Bei den Rechtsfolgen des verletzten Persönlichkeitsschutzes der Stellenbewerbenden kommt über die „gängigen" Prinzipien des Schadenersatzes und der Genugtuung hinaus allenfalls ein Kontrahierungszwang in Frage. Nicht Gegenstand der schweizerischen Diskussion sind abschreckende Sanktionen (auch) bei Anstellungsdiskriminierungen, wie sie in Art. 17 der Richtlinie 2000/78 EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf vorgesehen sind[287].

Die Verletzung des Treueverhältnisses resp. des erweckten Vertrauens zieht für den entstandenen Schaden die Haftung aus *„culpa in contrahendo"* („Verschulden bei Vertragsverhandlungen") nach sich[288]. Die beschriebene Persönlichkeitsverletzung durch eine diskriminierende Nichtberücksichtigung eines Menschen mit HIV/Aids für eine Anstellung eignet sich sowohl für eine Deliktshaftung nach Art. 41ff. OR[289], für eine vertragsähnliche Haftung[290] wie auch eine Haftung eigener Art, die sich auf Art. 2 ZGB stützt[291]. Besondere Bedeutung kommt bei Persönlichkeitsverletzung dem Schadenausgleichsinstituts der Genugtuung zu. Die bisher bekannten kantonalen Entscheide zu Anstellungsdiskriminierungen aus rassistischen Gründen haben den Opfern der Anstellungsdiskriminierung je 5000 Franken Genugtuung zugesprochen[292]. Eine Genugtuung fällt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur dann in Betracht, wenn die objektiv schwere

[286] Entscheid des Departements Bildung, Kultur und Sport des Kantons Aargau vom 3. November 2005. Siehe dazu auch WAGNER, S. 10ff.
[287] Siehe dazu Teil IV, 2.3.6, S. 231.
[288] GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 963ff.
[289] GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 976ff.
[290] BGE 58 II 429; BGE 68 II 303.
[291] BGE 120 II 336. Da kein Arbeitsvertrag vorliegt, kommt die Vertragshaftung nicht in Betracht.
[292] PÄRLI (Anstellungsdiskriminierung), S. 23ff.

Persönlichkeitsverletzung von der betroffenen Person als seelischer Schmerz empfunden wird, was einer ausserordentlichen Kränkung bedarf. Eine Nichtanstellung mit der Begründung der HIV-Positivität ohne anerkannte Rechtfertigungsgründe stellt eine solche schwere Persönlichkeitsverletzung dar.

Eine Persönlichkeitsverletzung als Folge einer unzulässigerweise mit dem Motiv „HIV-positiv" erfolgte Nichtanstellung lässt sich mit einem Vertragsabschluss mit eben dieser Person wirksam beseitigen[293]. Fraglich ist, ob sich ein solcher Vertragsabschluss rechtlich erzwingen lässt. Ein Kontrahierungszwang kann durch Art. 28a Abs. 1 Ziff. 2 ZGB durchgesetzt werden und ist auf die Abgabe einer Willenserklärung zum Vertragsabschluss gerichtet. Mit dem rechtskräftigen Urteil kommt dann ein Vertrag nach Art. 1 OR zustande[294].

Eine solche Rechtsfolge bringt einen erheblichen Eingriff in die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers mit sich und muss dem Gebot der Verhältnismässigkeit entsprechen. Auf den ersten Blick ist die Eignung des erzwungenen Vertrages gegeben. Die Persönlichkeitsverletzung ist beseitigt, der zu unrecht diskriminierte Arbeitnehmer ist angestellt. Fraglich ist, ob der erzwungene Vertrag den Aspekten gegenseitigen Vertrauens in einem Arbeitsverhältnis Rechnung trägt. Zudem ist angesichts der weitgehenden Kündigungsfreiheit im Arbeitsverhältnis fraglich, ob der erzwungene Vertrag lange Bestand hält. Eine arbeitgeberseitig, sofort erfolgte Kündigung des erzwungenen Vertrages verstösst zwar gegen die Missbrauchsbestimmungen in Art. 336 OR. Eine Kündigung aus missbräuchlichen Motiven ist indes rechtsgültig, sie hat lediglich zur Folge, dass der Arbeitgeber dem missbräuchlich gekündigten Arbeitnehmer eine Entschädigung ausrichten muss[295]. Der zwangskontrahierte Arbeitsvertrag führt damit für das Diskriminierungsopfer schliesslich zum gleichen Ergebnis wie der Anspruch auf Schadenersatz und Genugtuung als Folge widerrechtlicher Verletzung der Stellenbewerberpersönlichkeit. Ein Kontrahierungszwang ist deshalb wenig geeignet, die Persönlichkeitsverletzung wirksam zu beseitigen. Die Prüfung

---

[293] GÖKSU, S. 197ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 1111.

[294] Die Konzeption wurde namentlich von GÖKSU entwickelt. Seine Studie bearbeitet in erster Linie die rassendiskriminierende Vertragsverweigerung und ist nicht auf das Arbeitsverhältnis beschränkt.

[295] Die Ausführungen von GÖKSU in N 735 zur Möglichkeit der Sicherung des zwangskontrahierten Arbeitsverhältnisses sind hier nicht überzeugend. Die grundsätzliche Kündigungsfreiheit des schweizerischen Arbeitsvertragsrechts kann nicht durch ein richterliches Urteil über einen Vertrag mit einem bestimmten Vertragsinhalt (das Arbeitsverhältnis nicht zu künden) umgangen werden. Damit würden die Grenzen richterlicher Gestaltungsmacht überschritten.

der weiteren Stufen der Verhältnismässigkeitsprüfung (Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit i.e.S.) erübrigen sich damit.

Das Bundesgericht stellt im Entscheid BGE 129 III 35 eine Tendenz zur Ausweitung der Kontrahierungspflicht fest. Es dürfe heute allgemein als anerkannt gelten, dass eine Kontrahierungspflicht nicht auf die Fälle beschränkt sei, in denen eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage vorliege. Vielmehr könne sich eine Kontrahierungspflicht auch aus allgemeinen Prinzipien des Privatrechtes wie dem Verbot sittenwidrigen Verhaltens ergeben[296]. Eine Kontrahierungspflicht setzt die folgenden vier Voraussetzungen kumulativ voraus[297]:

1. Die fragliche Dienstleistung muss allgemein und öffentlich angeboten sein.
2. Es muss sich um Güter des Normalbedarfs handeln.
3. Der Anbieter muss eine Monopolstellung innehaben oder alle Anbieter müssen sich gegenüber dem Nachfrager gleich ablehnend verhalten.
4. Für die Verweigerung des Vertragsabschlusses können keine sachlichen Gründe geltend gemacht werden.

Ein Stellenangebot kann allenfalls noch unter die ersten beiden Voraussetzungen (allgemeines und öffentliches Anbieten bzw. Güter des Normalbedarfs) subsumiert werden. Das Fehlen sachlicher Gründe liegt dann vor, wenn die Vertragsverweigerung einzig mit der HIV/Aids-Diagnose begründet wird und Rechtfertigungsgründe im oben beschriebenen Sinne nicht vorliegen[298]. Eine Kontrahierungspflicht ist aber in der Regel deshalb zu verneinen, weil im Arbeitsmarkt nur bei ganz wenigen Berufen ein einziger Arbeitgeber das Angebotsmonopol innehat. Wo dies aber der Fall ist, man denke bsw. an hochspezialisiertes Personal bei einer Firma wie der für die Luftraumüberwachung zuständigen Sky Guide, kann eine Kontrahierungspflicht im Lichte dieser Rechtsprechung in Frage kommen.

Bemerkenswert ist im vorliegenden Zusammenhang der Entscheid der zuständigen verwaltungsinternen Beschwerdeinstanz im Fall des HIV-positiven technischen Operationsassistenten, dessen Lehrvertrag unter Berufung auf die HIV-Infektion aufgelöst wurde[299]. Zu prüfen war, ob der rechtsgültig zustande gekommene Ausbildungsvertrag unter Berufung auf „wichtige Gründe“ wieder aufgelöst werden könne. Die Beschwerdeinstanz

[296] BGE 129 III 35, Erw. 6.2.
[297] BGE 129 III 35, Erw. 6.3.
[298] Siehe Kapitel III, 3.5.2, S. 160ff.
[299] Siehe Kapitel III, 3.5.2, S. 160ff.

entschied, der Ausbildungsvertrag könne nicht aufgelöst werden. Damit liegt im Ergebnis ein Kontrahierungszwang vor. Die Ausbildungsstätte wollte den Vertrag nicht, musste ihn aber aufgrund des Entscheides der Beschwerdeinstanz aufrechterhalten. Dieser Sachverhalt spielte sich im öffentlichrechtlichen Kontext ab und ist nicht ohne weiteres auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse übertragbar.

Diskriminierungsschutz durch eingeschränktes Fragerecht des Arbeitgebers

Art. 328b OR beschränkt die zulässige Datenbearbeitung des Arbeitgebers im Arbeitsverhältnis. Diese Bestimmung findet keine unmittelbare Anwendung im Bewerbungsverfahren. Aus dem allgemeinen Persönlichkeitsschutz und aus den Materialien zu Art. 328b OR lässt sich aber eine Vorwirkung auf das Stellenbewerbungsverfahren ableiten[300]. Das Fragerecht des Arbeitgebers während der Vertragsverhandlungen ist demnach auf die Aspekte beschränkt, die objektiv mit dem in Frage kommenden Arbeitsverhältnis zusammenhängen und sich zur Durchführung des Arbeitsvertrages eignen. Fragen zum Gesundheitszustand sind zulässig, solange ein unmittelbarer Arbeitsplatzbezug feststellbar ist.

Ist die Frage des Arbeitgebers nach der HIV-Infektion zulässig? Die Antwort fällt differenziert aus. Bei einer symptomlosen HIV-Infektion überwiegt nach h.L. das Interesse des Arbeitnehmenden an der Geheimhaltung des Gesundheitszustandes gegenüber dem Arbeitgeberinteresse an der Information. Für medizinische Berufe wird die Frage nach einem positiven HIV/Aids-Test von der Mehrheit der Lehre als zulässig erachtet. Begründet wird diese Unterscheidung mit dem möglichen Übertragungsrisiko auf Patienten. Diese Lehrmeinung geht unseres Erachtens fehl. Weshalb?

Die Informationspflicht über das Vorliegen einer HIV-Infektion für medizinisches Personal basisert auf der Überlegung, diese Personen müssten in ihrer Tätigkeit besondere Vorsichtsmassnahmen getroffen werden. Betriebsabläufe in etwelchen Betrieben müssen jedoch ohnehin so gestaltet sein, dass eine HIV/Aids-Übertragung ausgeschlossen werden kann. Es besteht faktisch gar keine Möglichkeit, den HIV/Aids-Status sämtlicher Mitarbeitenden zu kennen. Dies würde voraussetzen, alle Mitarbeitende bei der Einstellung auf HIV/Aids zu testen und diesen Test in regelmässigen Abständen zu wiederholen. Auch diese an sich schon unverhältnismässige Massnahme würde nicht zu einer absoluten Sicherheit über die HIV/Aids-Risiken führen. Die HIV-Infektion lässt sich in vielen Fällen erst drei Monate nach der Übertragung des HI-Virus durch den HIV/Aids-Test nachweisen.

[300] PÄRLI (Persönlichkeitsschutz), S. 229.

Das Risiko einer beruflichen HIV/Aids-Übertragung im medizinischen Bereich, sei es von HIV-positiven Patientinnen auf das medizinische Personal oder sei es vom HIV-positiven Personal auf Patienten, ist bei konsequenter Beachtung technischer, organisatorischer und personenbezogenen Schutzmassnahmen äussert gering. In der Schweiz sind seit Beginn der HIV-Infektion gerade zwei gesicherte und eine wahrscheinlich beruflich bedingte HIV-Infektion beobachtet worden[301].

Das Interesse des Arbeitnehmers an der Geheimhaltung der HIV/Aids-Diagnose an sich ist selbst dann höher zu werten, wenn der Arbeitnehmer zu Beginn des Stellenantritts eine lang dauernde und kostspielige Ausbildung erhält[302]. In einem solchen Fall wird ohnehin eine ärztliche Untersuchung angeordnet, welche Auskunft zur Tauglichkeit, aber nicht über die HIV-Infektion selber (Diagnose) erteilt[303]. Dem Arbeitgeber steht es dann frei, den Kandidaten aufgrund der eingeschränkten medizinischen Tauglichkeit nicht anzustellen.

Das Fragerecht des Arbeitgebers ist im symptomatischen Stadium der HIV-Infektion (Stadium Aids) differenzierter zu diskutieren. Der Persönlichkeitsschutz im Allgemeinen und Art. 328b OR im speziellen beschränken das Informationsrecht des Arbeitgebers im Anstellungsverfahren auf Informationen, die für die Eignung des Arbeitsplatzes relevant sind. Die HIV-Infektion wird ausnahmsweise dann arbeitsplatzrelevant, wenn längere und wiederholte Absenzen resp. die gesundheitliche Tauglichkeit die Ausübung der vertraglich vereinbarten Tätigkeit verhindert. Umgekehrt bedeutet dies, dass jemand, der an einer fortgeschrittenen HIV-Infektion im Aids-Stadium leidet, aber medizinisch gut behandelt ist und aus medizinischer Sicht keine Befürchtungen unmittelbar bevorstehender Arbeitsunfähigkeit bestehen, Fragen nach dem HIV-Status verneinen darf[304]. Festzuhalten bleibt, dass auch bei fortgeschrittenem Verlauf der Krankheit nicht die Frage nach der Diagnose berechtigt ist, sondern nur aber immerhin die Frage nach gesundheitlichen Problemen, die sich mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit auf die Ausübung der beruflichen Tätigkeit auswirken werden.

Überschreitet der Arbeitgeber sein Fragerecht gemäss Art. 328b OR, muss die entsprechende Frage im Prinzip nicht beantwortet werden. Im Kontext des Bewerbungsverfahrens wird dies regelmässig dazu führen, dass die Stellenbewerberin die fragliche Stelle gerade nicht erhält. Lehre und

---

[301] JOST/COLOMBO/SPONAGEL/WÄGLI, S. 119.
[302] PÄRLI/MÜLLER/SPYCHER, S. 149, abweichende Meinungen vgl. ZINSLI, S. 275; WEBER-SCHERRER, S. 231; PEDERGNANA, S. 55.
[303] RUDOLPH, S. 64.
[304] PÄRLI/MÜLLER/SPYCHER, S. 150.

Rechtsprechung anerkennen deshalb in diesen Konstellationen das sogenannte Notwehrrecht der Lüge[305].

3.5.3 Diskriminierungsschutz bei Vertragsschluss

Vorbemerkungen

Die wichtigste Form der Ungleichbehandlung bei den vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen betreffen die Taggeldversicherung und die weitergehende berufliche Vorsorge.

Der Arbeitgeber hat bei unverschuldeter[307] krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers trotz ausfallender Arbeitsleistung für eine beschränkte Zeit den Lohn weiter auszurichten (Art. 324a OR). Diese Lohnfortzahlungspflicht beträgt im ersten Dienstjahr drei Wochen. Anschliessend besteht die Lohnfortzahlungspflicht für einen angemessenen Zeitraum. Während der ersten drei Monate, üblicherweise also während der Probezeit, besteht kein Lohnfortzahlungsanspruch[308]. Was einen angemessenen Zeitraum darstellt, wird in der Praxis durch die sogenannten Berner-, Basler- und Zürcherskala konkretisiert. Diese gehen vom Grundsatz aus, „je länger das Dienstverhältnis gedauert hat, desto länger besteht ein Anspruch auf Lohnfortzahlung". Bei allen drei Skalen besteht erst nach mehr als 20 Dienstjahren ein sechsmonatiger Lohnfortzahlungsanspruch.

Ohne Taggeldversicherung entsteht bei langdauernder Arbeitsunfähigkeit, die in eine Erwerbsunfähigkeit und Invalidität übergeht, bis zu einem allfälligen Anspruch auf eine Rente der Invalidenversicherung eine Einkommenslücke[309].

Nach Artikel 324a Abs. 4 OR kann durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag von der Lohnfortzahlungsregelung im Sinne von Artikel 324a Abs. 1 bis 3 OR

---

[305] Siehe dazu PÄRLI (Datenaustausch), S. 118ff., mit Hinweisen auf die Positionen in der Lehre (Fn 490) und auf die Rechtsprechung (Fn 493).

[307] Das Erfordernis der unverschuldeten krankheitsbedingten Verhinderung ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 324a OR: „Wird der Arbeitnehmer aus Gründen, die in seiner Person liegen, wie Krankheit (…) ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert…"

[308] EGLI, S. 1064-1078.

[309] PÄRLI (Praxis), S. 62ff.

abgewichen werden, wenn eine für die Arbeitnehmenden mindestens gleichwertige Lösung getroffen wird. In der Praxis geschieht dies durch Abschluss einer Kollektivkrankentaggeldversicherung, die zwischen einem Arbeitgeber und einer Versicherung abgeschlossen wird und die ganze Belegschaft versichert. Üblicherweise garantieren die Kollektivkrankentaggeldversicherungen den versicherten Lohn während 720 Tagen zu 80% oder auch 100%.

Ungleichbehandlung in der Kollektivkrankentaggeldversicherung nach KVG

Der Abschluss einer Krankentaggeldversicherung ist nicht obligatorisch. Handelt es sich um eine Krankentaggeldversicherung nach Krankenversicherungsgesetz (KVG), haben die Versicherer die Möglichkeit, für vorbestehende Krankheiten einen maximal fünf Jahre dauernden Vorbehalt anzubringen (Art. 69 KVG). Nach der Rechtsprechung handelt es sich bei der HIV-Infektion um eine vorbehaltsfähige Krankheit[310], was auch nach Inkrafttreten des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts ATSG Gültigkeit hat. Die Rechtsprechung ist jedoch unseres Erachtens nicht auf die Frage der Vorbehaltsfähigkeit einer Krankheit im Sinne von Art. 69 KVG anwendbar. Der Begriff der vorbehaltsfähigen Krankheit nach Art. 69 KVG ist vielmehr vom Begriff der Arbeitsunfähigkeit und jenem der Krankheit nach Art. 3 ATSG zu unterscheiden[311].

Der Begriff der Krankheit und jener der Arbeitsfähigkeit sind massgebend für den Bezug von Leistungen nach KVG. Der Begriff der vorbehaltsfähigen Krankheit hingegen dient einem anderen Zweck (aufgeschobener Leistungsbezug). Voraussetzung für einen Gesundheitsvorbehalt nach Art. 69 KVG ist, dass gesundheitliche Beeinträchtigungen vorliegen, die im Zeitpunkt der Versicherungsaufnahme bestehen und mit dem Risiko der Arbeitunfähigkeit behaftet sind. Für die Bestimmung des Risikos ist dabei ein objektiver Massstab anzulegen[312].

Soweit die von den Arbeitgebern mit ihrer Versicherung getroffene KVG-Versicherungslösung die Möglichkeit von Arbeitnehmenden mit vorbestehenden Krankheiten zulässt[313], werden Arbeitnehmende mit positiver HIV/Diagnose-Diagnose regelmässig in ihrem Versicherungsschutz

[310] BGE 116 V 239; BGE 124 V 118.
[311] PÄRLI (Datenaustausch), S. 44.
[312] PÄRLI (Datenaustausch), S. 47 und 123ff.; abweichende Meinung vgl. EUGSTER, N 364 mit Verweis auf BGE 114 V 280, Ew. 4 b.
[313] Besonders in grossen und grösseren Betrieben ist es nicht unüblich, das ganze Personal ungeachtet allfälliger vorbestehender Leiden zu versichern. Bei solchen Versicherungslösungen ergeben sich für Arbeitnehmende mit HIV/Aids keine Nachteile.

eingeschränkt oder ganz davon ausgeschlossen. Im Vergleich zu Personen mit einer negativen HIV/Aids-Diagnose werden sie ungleich behandelt. Diese Ungleichbehandlung ist dann diskriminierend, wenn sie sich nicht auf sachliche Gründe abstützen lässt.

Wie weit sich der positive HIV/Aids-Status alleine als Anknüpfungskriterium eignet, um das Risiko der Versicherung, Versicherungsleistungen wegen Arbeitsunfähigkeit einzuschätzen, muss im Kontext der therapeutischen Fortschritte und im Lichte differenzierter HIV/Aids-Diagnostik beurteilt werden. Nur auf der Grundlage gesicherter medizinischen Erkenntnissen kann entschieden werden, ob die positive HIV/Aids-Diagnose alleine eine vorbehaltsfähige Krankheit im Sinne von Art. 69 KVG darstellt. Falls und soweit die positive HIV/Aids-Diagnose allein kein verlässliches Kriterium zur Beurteilung der Vorbehaltsfähigkeit darstellt, ist auf differenziertere Kriterien abzustützen.

Nach heutigen medizinischen Erkenntnissen bedeutet der Befund eines positiven HIV-Antikörpertests alleine noch keine Erkrankung. In fast allen untersuchten grösseren Patientenkollektiven gibt es Individuen, welche die Virusinfektion ohne Behandlung unter Kontrolle halten und auch über sehr lange Zeit (bis 20 Jahre dokumentiert) keinerlei Krankheitszeichen oder Schädigung des Immunsystems aufweisen. Dies betrifft 1-4% aller HIV-infizierten Menschen[314]. Viel bedeutsamer ist jedoch neben der individuell unterschiedlichen Antwort auf die HIV-Infektion die fast universell gute Wirksamkeit der heute zur Verfügung stehenden HIV-Therapien. Heute gelingt es bei 70-80% aller behandelten Personen, durch die regelmässige Tabletteneinnahme die HIV-Vermehrung vollständig zu unterdrücken. Damit erholt sich das Immunsystem, ohne dass für das Individuum relevante Nebenwirkungen auftreten[315]. Die guten Erfolge der antiretroviralen Therapie haben auch Auswirkungen auf die Mortalität. Eine Untersuchung der Schweizerischen HIV-Kohortenstudie in Zusammenarbeit mit der Rückversicherungsgesellschaft Swiss Re zeigte, dass die Excess-Mortalität einer HCV-negativen, HIV-positiven, nicht Drogen konsumierenden Person nur sehr geringgradig über dem Durchschnitt der HIV-negativen Schweizer Bevölkerung liegt. Sie ist vergleichbar mit der Excess-Mortalität einer an Krebs erkrankten und als geheilt geltenden Person[316].

Diese Differenzierung zeigt, dass der HIV-Antikörper-Test alleine nicht zur Beurteilung des Invaliditätsrisikos herangezogen werden kann. Letzteres kann nur im Kontext mit der Viruskonzentration, das Ansprechen auf Therapien und anderer Erkrankungen (HCV, Suchtkrankheiten) beurteilt werden.

---

[314] VIDAL; COHEN.
[315] PAREDES; GULICK.
[316] JAGGI .

Ungleichbehandlung in der Kollektivkrankentaggeldversicherung nach VVG

Bei Taggeldversicherungen nach dem privatrechtlichen Versicherungsvertragsgesetz (VVG) haben die Versicherer das Recht, vertraglich die Aufnahmebedingungen so zu gestalten, dass Personen mit ungünstiger Gesundheit überhaupt nicht oder nur zu erhöhten Prämien in die Versicherung aufgenommen werden. Während in der Taggeldversicherung nach KVG eine Leistungseinschränkung nur für vorbestehende Krankheiten Möglichkeit ist, finden sich im VVG keine vergleichbaren Bestimmungen. Für die Versicherbarkeit von vorbestehenden Leiden bietet Art. 9 VVG eine Orientierung. Nach Art. 9 VVG ist der Versicherungsvertrag nichtig, wenn im Zeitpunkt des Abschlusses das versicherte Ereignis (in casu die gesundheitlich bedingte Arbeitsunfähigkeit) bereits eingetreten ist[317]. Bereits bei Vertragsbeginn bestehende Arbeitsunfähigkeit wird deshalb in den Allgemeinen Vertragsbedingungen der Kollektivkrankentaggeldversicherungen regelmässig vom Versicherungsschutz ausgenommen. Die bereits bei Arbeitsbeginn bestehende gesundheitlich bedingte Arbeitsunfähigkeit ist deutlich vom Risiko künftiger gesundheitlich bedingter Arbeitsunfähigkeit zu trennen. Für die Bestimmung des Risikos sieht Art. 4 VVG vor, dass der Antragssteller (in casu der Arbeitnehmer als Versicherter in der Kollektivkrankentaggeldversicherung) dem Versicherer anhand eines Fragebogens oder aus sonstigem schriftlichen Befragen alle für die Beurteilung der Gefahr erheblichen Tatsachen, soweit sie ihm beim Vertragsabschluss bekannt sind oder bekannt sein müssen, schriftlich mitzuteilen.

Relevantes Anknüpfungskriterium für eine Nichtaufnahme oder die Aufnahme zu schlechteren Bedingungen in die Taggeldversicherung nach VVG bildet die Formulierung „für die Beurteilung der Gefahr erheblichen Tatsachen". Die Erheblichkeit einer Gefahrentatsache ist nach einem objektiven Massstab zu beurteilen[318]. Das ergibt sich auch aus dem privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz sowie insbesondere aus dem Gebot der verhältnismässigen Datenbearbeitung nach Art. 4 Abs. 2 DSG[319]. In dieser Bestimmung wird das Verhältnismässigkeitsprinzip, das ansonsten für das staatliche Handeln massgeblich ist, auch für das Privatrecht im Anwendungsbereich des Datenschutzgesetzes rezipiert[320].

Aus dieser Rechtslage folgt, dass die Versicherer, wenn sie die Taggeldversicherung nach VVG durchführen, den Status HIV-Positiv nur

[317] Sogenanntes Verbot der Rückwärtsversicherung, siehe BGE 127 III 23.
[318] FUHRER, S. 18.
[319] Zum Ganzen mit weiteren Literaturhinweisen PÄRLI (Dogmen), S. 113.
[320] MAURER-LAMBROU, N 10 zu Art. 4 DSG.

dann als Selektionskriterium verwenden dürfen, wenn dafür objektive medizinische Gründe geltend gemacht werden können. Was dies bezüglich HIV-Infektion bedeutet, wird bei den obigen Ausführungen zur KVG-Taggeldversicherung festgehalten.

Ungleichbehandlungen im Bereich der weitergehenden beruflichen Vorsorge

Gesundheitliche Vorbehalte sind in der obligatorischen beruflichen Vorsorge nicht zulässig. Es fehlt zwar an einer entsprechenden Bestimmung im BVG. Das ergibt sich jedoch als Umkehrschluss aus Art. 45 BVG, welcher einen Vorbehalt für die freiwillige Versicherung statuiert. Die Befugnis zur Beschaffung von Gesundheitsangaben der zu versichernden Arbeitnehmer besteht im Bereich der obligatorischen beruflichen Vorsorge bis auf wenige Ausnahmen nicht.

Ein Versicherungsvorbehalt ist in der weitergehenden beruflichen Vorsorge für die Risiken Tod und Invalidität zulässig (Art. 331c OR, Art. 14 FZG). Vorbehalte dürfen[321] entweder beim erstmaligen Eintritt in eine Vorsorgeeinrichtung oder bei einem Stellenwechsel angebracht werden. Der gesundheitliche Vorbehalt ist nach Art. 331c OR auf maximal fünf Jahr beschränkt und muss sich inhaltlich auf ein bestimmtes oder bestimmbares gesundheitliches Problem beziehen, das innerhalb der gesetzlichen oder vertraglichen Vorbehaltsdauer ein relevantes Invaliditätsrisiko in sich birgt. Bezieht sich die Vorsorgeeinrichtung in der weitergehenden beruflichen Vorsorge reglementarisch oder statuarisch auf den Invaliditätsbegriff nach Art. 23 BVG, ist nur ein Vorbehalt für diejenigen Krankheiten bzw. Krankheitsdispositionen möglich, die während der maximalen Vorbehaltsdauer von fünf Jahren zu einer Arbeitsunfähigkeit und später allenfalls zu einer Invalidität führen können. Wird aber ein weitgehender oder auch ein enger gefasster Invaliditätsbegriff verwendet, hat sich das Anbringen des Vorbehaltes an diesem zu orientieren. Immer sind aber nur die risikorelevanten Krankheiten bzw. Krankheitsdispositionen vom Vorbehalt erfasst[322].

Arbeitnehmerinnen mit positiver HIV/Aids-Diagnose werden bei den Vorsorgeeinrichtungen, die einen Gesundheitsvorbehalt in der weitergehenden beruflichen Vorsorge kennen, regelmässig nur mit Vorbehalt aufgenommen. Tritt eine allfällige Invalidität erst nach Ablauf des

[321] Das Gesetz lässt zu, dass der Arbeitgeber mit seiner Vorsorgeeinrichtung bzw. der das Risiko Invalidität und Tod versichernden Versicherungsgesellschaft einen Lösung trifft, die auch in der weitergehenden beruflichen Vorsorge keine gesundheitlichen Vorbehalte kennt.

[322] PÄRLI (Datenaustausch), S. 95.

fünfjährigen Vorbehaltes auf, stehen einer versicherten Arbeitnehmerin mit HIV/Aids die vollen Invaliditätsleistungen zu. Wie weit die positive HIV/Aids-Diagnose geeignet ist, das Invaliditätsrisiko versicherungstechnisch richtig einzuschätzen, muss aus den gleichen Gründen, wie sie im oberen Absatz über die Taggeldversicherung dargelegt sind, bezweifelt werden. Immerhin ist auf den Unterschied hinzuweisen, der zwischen dem versicherten Risiko „Arbeitsunfähigkeit" und „Invalidität" besteht. Für die Einschätzung des Invaliditätsrisikos einzuschätzen, ist die HIV/Aids-Diagnose allein tatsächlich bereits ein relevantes Merkmal, nicht jedoch für die Einschätzung der Arbeitsunfähigkeit. Hier führen wie erwähnt nur differenziertere Angaben zu einer objektiven und damit zulässigen Einschätzung des Risikos.

Das Problem des Datenflusses zwischen Arbeitgeber und Versicherung

Das rechtlich geschützte Informationsinteresse des Versicherers an Gesundheitsdaten der zu versichernden Arbeitnehmenden geht weiter als dasjenige des Arbeitgebers. Dahingegen ist die Erhebung von Gesundheitsdaten durch den Arbeitgeber auf die Frage der medizinischen Tauglichkeit für die konkret zu besetzende Stelle beschränkt[323].

In der Praxis stellt sich das Problem, dass Informationen über die Gesundheit der Arbeitnehmenden, die nur für die genannten Versicherungen bestimmt sind, oft in die Hände der Arbeitgeber geraten können. Der Arbeitgeber verstösst damit gegen das Gebot der rechtmässigen Datenbeschaffung und die Versicherung wiederum gegen das Prinzip der Datensicherheit[324].

Arbeitgeber und Versicherer müssen faktisch nie mit einer Schadenersatzklage des Arbeitnehmers rechnen. Dem Arbeitnehmer wird es in der Regel nicht gelingen, den Schaden und insbesondere den Kausalzusammenhang zwischen der Datenschutzverletzung und dem Schaden zu beweisen. Eine Kündigung oder anderweitige Benachteiligung des Arbeitnehmers als Folge des unzulässigen Bekanntwerdens von Gesundheitsdaten ist schwierig nachzuweisen. Dazu kommt eine grundsätzliche Problematik des Datenschutzes: Der betroffene Arbeitnehmer hat in der Regel keinerlei Interesse daran, dass die Information, die er hätte geheim halten wollen (z.B. die HIV-Infektion oder eine psychiatrische Diagnose) durch einen allfälligen Prozess einem weiteren Kreis von Personen bekannt wird[325].

---

[323] PÄRLI (Datenaustausch), S. 179.
[324] Zur ganzen Problematik ausführlich PÄRLI (Datenaustausch), siehe auch die Zusammenfassung der Ergebnisse im Beitrag von PÄRLI (HAVE), S. 32-37.
[325] PÄRLI (HAVE), S. 35.

Angesichts dieser Umstände ist unseres Erachtens den Arbeitnehmenden (Taggeldversicherung und weitergehende berufliche Vorsorge) ein verhältnismässig auszuübendes Notwehrrecht der Lüge gegenüber der Versicherung dann zuzustehen, wenn das Aufnahmeprozedere in die Versicherung zwangsläufig die Information über den HIV/Aids-Status mit sich bringt. Das Gebot der "verhältnismässigen Lüge" gebietet aber, dass der Arbeitnehmer die Versicherung "nachinformiert", sobald keine Gefahr mehr für die Übermittlung der Gesundheitsdaten an den Arbeitgeber besteht[326].

Die Unzulässigkeit der Beschaffung von Arbeitnehmergesundheitsdaten durch den Arbeitgeber für die Taggeldversicherung oder die Vorsorgeeinrichtung bzw. Versicherung ist organisatorisch bedingt. Insofern stellt dieser Sachverhalt einen möglichen Interventionstatbestand für den Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten (EDSB) dar. Nach Art. 29 DSG kann der EDSB bei so genannten Systemfehlern den Sachverhalt näher abklären und Empfehlungen über eine zulässige Datenbearbeitung erlassen.

Andere HIV/Aids-diskriminierende Vertragsbestimmungen

Die in Artikel 19 OR verankerte Inhaltsfreiheit erlaubt grundsätzlich den Arbeitgebenden, den Lohn und andere Arbeitsbedingungen frei mit dem künftigen Arbeitnehmenden auszuhandeln und zu vereinbaren. Auch nachträgliche Änderungen sind im Einverständnis des Arbeitnehmenden möglich.

Die vertragliche Inhaltsfreiheit besteht nach Art. 19 Abs. 1 OR innerhalb der Schranken des Gesetzes. Von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarungen sind nur zulässig, wo das Gesetz nicht eine unabänderliche Vorschrift aufstellt oder die Abweichung einen Verstoss gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit in sich schliesst. Der arbeitsvertragliche Gleichbehandlungsgrundsatz gilt nach h.L. nicht für vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen[327].

Eine Ungleichbehandlung hinsichtlich der vertraglichen Arbeitsbedingungen ist jedoch im Lichte von Art. 19 Abs. 2 OR nicht zulässig, wenn die Ungleichbehandlung in einem die guten Sitten verletzenden Ausmasse erfolgt. Eine einzig aufgrund des HIV/Aids-Status (also ohne sachlichen Grund wie etwa einer eingeschränkten Leistungsfähigkeit) erfolgte vertragliche Schlechterstellung ist sittenwidrig. Auch stellt die ausdrücklich an die HIV/Aids-Diagnose anknüpfende vertragliche Ungleichbehandlung eine Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 28 ZGB dar, die durch den Vertrag nur soweit gerechtfertigt ist, als die Einwilligung im Lichte von Art.

[326] PÄRLI (Datenaustausch), S. 34.
[327] GEISER (Gleichbehandlungsgebot), S. 48.

27 Abs. 2 ZGB überhaupt möglich ist. Vertragliche Bindungen, die das Recht oder die Sittlichkeit verletzen sind unbeachtlich. Im Ergebnis sind zumindest krasse an den HIV/Aids-Status anknüpfende diskriminierende Vertragsbestimmungen unzulässig[328].

Die Beseitigung der persönlichkeitsverletzenden Vertragsbestimmungen erfolgt entweder durch den Beseitigungsanspruch nach Art. 28a Abs. 1 Ziff. 2 ZGB oder durch Anrufung der Teilnichtigkeit des Vertrages nach Art. 20 Abs. 2 OR[329].

3.5.4 Diskriminierungsschutz während des Arbeitsverhältnisses

Persönlichkeitsschutz nach Art. 328 OR

Die Verpflichtung zum Persönlichkeitsschutz der Arbeitnehmenden gehört zu den arbeitsvertraglichen Arbeitgeberpflichten im Arbeitsverhältnis. Nach Art. 328 Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber „im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu schützen, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen. Art. 328 Abs. 2 OR verpflichtet die Arbeitgeberin darüber hinaus zum Schutz von Leben und Gesundheit der Arbeitnehmenden die erforderlichen und geeigneten Massnahmen zu treffen. Noch immer unter dem Randtitel „Schutz der Persönlichkeit“ hält Art. 328b OR fest, dass der Arbeitgeber Personendaten der Arbeitnehmenden nur bearbeiten darf, soweit sie die Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder die Datenbearbeitung zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses unentbehrlich ist.

Der Persönlichkeitsschutz nach Art. 328 OR bildet eine Konkretisierung des allgemeinen privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes nach Art. 28 ZGB. Der Arbeitgeber hat alles zu unterlassen, was der Persönlichkeit der Arbeitnehmenden schädigen könnte. Er hat nicht nur Eingriffe in die Persönlichkeit des Arbeitnehmenden zu unterlassen, die nicht durch den Arbeitsvertrag gerechtfertigt sind, sondern er hat den Arbeitnehmenden auch vor Persönlichkeitsverletzungen seitens der Vorgesetzten, Mitarbeitern oder Dritten zu schützen[332]. Der Arbeitgeber hat dabei „Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, […] und den Verhältnissen des Betriebes oder Haushaltes angemessen sind, soweit es ihm mit Rücksicht auf das

[328] Im Zusammenhang mit rassendiskriminierenden Vertragsbestimmungen siehe GÖKSU, N 285ff.
[329] GÖKSU, N 793.
[332] REHBINDER (Art. 328 OR), N 4.

einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung billigerweise zugemutet werden kann“ (Art. 328 Abs. 2 OR).

Bestandteil des Persönlichkeitsschutzes bildet auch der Schutz der Gesundheit. Dazu gehört auch die Pflicht zur Rücksichtnahme der Arbeitgeberin auf gesundheitlich angeschlagenen Arbeitnehmenden[333].

Persönlichkeitsschutz bei HIV/Aids-Mobbing[334]

Mangelnde Kenntnisse über die Krankheit und die daraus resultierende Angst vor Übertragung führen oft dazu, dass Menschen mit HIV/Aids von Arbeitskollegen aus der Arbeitsgemeinschaft abgewertet, ausgegrenzt und gemieden werden. Findet das Ausstossverhalten über längere Zeit und systematisch statt, spricht man von Mobbing. Mobbing kann zu psychischen und physischen Beeinträchtigungen führen. Tritt Mobbing auf, hat der Arbeitgeber für ein taugliches Konfliktmanagement zu sorgen[335]. Der Arbeitgeber, der keine ihm zumutbaren Massnahmen zur Verhinderung von Mobbing ergreift, verletzt seine Fürsorgepflicht gegenüber der gemobbten Arbeitnehmerin gemäss Art. 328 OR[336].

Schutz vor Diskriminierung durch den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz

Aus der arbeitsvertraglichen Pflicht des Arbeitgebers zum Persönlichkeitsschutz wird in der Lehre und zum Teil auch durch die Praxis auf einen allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz geschlossen[337]. Dieser Gleichbehandlungsgrundsatz betrifft *nicht* die *vertragliche* Gestaltung der Arbeitsbedingungen (siehe dazu oben). Der Gleichbehandlungsgrundsatz umfasst jedoch freiwillige Sozialleistungen und Zulagen und auch die Ausübung des Weisungsrechts[338]. Nach Bundesgericht

[333] Zu besonderen Schutzpflichten gegenüber psychisch angeschlagenen Arbeitnehmenden siehe PETERMANN, S. 1ff.
[334] Mit einer Parlamentarischen Initiative zur Änderung des Arbeitsvertragsrechts zum Schutz der Arbeitnehmer gegen Mobbing wurde beantragt, den rechtlichen Schutz von Mobbingopfer auszubauen. Die Parlamentarische Initiative verlangte einen Kündigungsschutz im Verfahren, ein Kündigungswiderrufsrecht und die Beweislasterleichterung für Opfer von Mobbing. Die Initiative wurde abgelehnt. Amtl. Bulletin 02.416, Thanei, Anita, eingereicht 21.03.02, Quelle: http://www.bundesversammlung.ch/afs/data/d/gesch/2002/d_gesch_20020416.htm (02.08.06); Hinweis dazu auch bei NABHOLZ/PARRY, S. 129ff.
[335] BE JAR 2001, S. 191ff.
[336] HUMBERT, S. 80ff.
[337] BGE 129 III 276, Erw. 3.1. mit Hinweisen.
[338] VON KAENEL/STREIFF, N 12 zu Art. 328 OR und N 3 zu Art. 321d OR.

und Lehre verstösst eine Entscheidung des Arbeitgebers nur dann gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn durch die Ungleichbehandlung eine den Arbeitnehmer verletzende Geringschätzung seiner Persönlichkeit zum Ausdruckt kommt[339].

Werden Arbeitnehmende mit HIV/Aids ohne sachlichen Grund im Rahmen von Arbeitgeberentscheidungen bezüglich Zulagen und freiwilligen Sozialleistungen oder bei der Zuweisung von Aufgaben im Vergleich zu den übrigen Arbeitnehmenden schlechter behandelt, stellt dies eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes dar. Es entsteht damit ein Anspruch der Arbeitnehmerin auf Ausrichtung der unberechtigterweise nicht oder zu wenig ausgerichteten Zahlungen.

Schutz vor Überschreitung des Weisungsrechts

Das Weisungsrecht des Arbeitgebers (Art. 321d OR) konkretisiert die im Arbeitsvertrag in Grundzügen umschriebenen Pflichten und hat gegenüber dem Arbeitsvertrag subsidiäre Geltung[340]. Die Grenzen des Weisungsrechts finden sich im öffentlichrechtlichen Arbeitnehmerschutz und im Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmerin[341].

Die Zuweisung einer vom Arbeitsvertrag nicht vorgesehenen Tätigkeit geht über das Mass an gestalterischem Spielraum und Konkretisierung des Arbeitsverhältnisses nach Art. 321d OR hinaus. Die Ausübung einer anderen, nicht gleich spezialisierten Tätigkeit auf (unbestimmte) Dauer kann nicht gefordert werden[342]. Diese Rechtslage ist bei HIV/Aids aus folgenden Gründen bedeutsam: Eine Weisung an eine Mitarbeiterin, wegen ihrer HIV-Infektion nicht mehr im Kundendienst tätig sein zu dürfen, stellt einen Verstoss gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung im Sinne von Art. 2 i.V.m. Art. 27 ZGB[343]. Der Arbeitgeber kann allgemein gültige Hygiene- und Vorsichtsmassnahmen treffen, die für die betroffene Person weniger belastend sind als ein Ausschluss aus dem vertraglich vorgesehenen Arbeitsprozess. Die Ausgrenzung von Menschen mit HIV/Aids im beruflichen Alltag kann sich negativ auf ihren psychischen wie physischen Gesundheitszustand auswirken. Die Versetzung aufgrund HIV/Aids ist somit sachlich nicht gerechtfertigt und ist schikanös. Mit der Versetzung verletzt der Arbeitgeber die Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR[344].

---

[339] GEISER (Gleichbehandlungsgebot), S. 45.
[340] PORTMANN, N 783.
[341] VON KAENAL/STREIFF, N 3 zu Art. 321d OR.
[342] STAMM, S. 67, VON KAENEL/STREIFF, N 14 zu Art. 328 OR; BGE 110 II 72.
[343] STAMM, S. 54.
[344] PORTMANN, N 784ff.

Rechtsfolgen der Persönlichkeitsverletzung

Verletzt der Arbeitgeber seine Pflicht zum Persönlichkeitsschutz, stellt dies eine Vertragsverletzung dar. Eine Haftung des Arbeitgebers tritt dann ein, wenn dieser verschuldet seine Pflicht zum Persönlichkeitsschutz verletzt und der Arbeitnehmer einen dadurch kausal verursachten Schaden erlitten hat. Der wirtschaftliche Schaden und dessen Höhe, die Verletzung der Schutzpflichten sowie der Kausalzusammenhang müssen von den Arbeitnehmenden bewiesen werden, während das Verschulden des Arbeitgebers gemäss Art. 97 OR vermutet wird. Ist die Verletzung des Persönlichkeitsrechts, insbesondere die Widerrechtlichkeit gegeben, trägt der Arbeitgeber die Beweislast für das Vorliegen der Rechtfertigungsgründe. Ein wirtschaftlicher Schaden ist im Fall einer Persönlichkeitsverletzung oft schwierig nachzuweisen. Überhaupt haben die betroffenen Arbeitnehmenden Schwierigkeiten, Persönlichkeitsverletzungen zu beweisen[345].

Das Mass der Haftung und der Umfang des Schadenersatzes richten sich nach Art. 42ff. OR und Art. 99ff. OR. Gemäss Art. 49 OR hat die verletzte Person Anspruch auf Genugtuung, sofern „die Schwere der Verletzung es rechtfertigt und dies nicht anders wiedergutgemacht worden ist.“ Eine Genugtuung fällt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur dann in Betracht, wenn die objektiv schwere Persönlichkeitsverletzung von der betroffenen Person als seelischer Schmerz empfunden wird; es muss sich dabei um eine ausserordentliche Kränkung handeln[346]. Die Anforderungen an die Schwere der Persönlichkeitsverletzung führen dazu, dass Genugtuungen nur selten ausgesprochen werden.

Ausserhalb der Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche haben die betroffenen Arbeitnehmenden die Möglichkeit, den Persönlichkeitsschutz des Arbeitgebers über das Mittel der Leistungsklage (bei unterlassenem Persönlichkeitsschutz) oder Unterlassungsklage (bei einhergehender oder bereits stattgefundener Persönlichkeitsverletzung) einzuklagen. Alternativ zu den praktisch ohnehin kaum wirksamen Erfüllungs- bzw. Unterlassungsklagen kann die Arbeitnehmerin bei entsprechenden

[345] PÄRLI (Persönlichkeitsschutz), S. 10ff.

[346] BGE 125 III 70. Vorliegend verneinte das Bundesgericht eine schwere Persönlichkeitsverletzung aufgrund der Aufforderung des Arbeitgebers an die Arbeitnehmerin, sich psychiatrisch begutachten zu lassen. Eine nur leichte Beeinträchtigung des beruflichen, wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Ansehens einer Person genügt nicht. Eine schwere Persönlichkeitsverletzung bejahte das Bundesgericht hingegen im Entscheid vom 4. April 2003 (2C.2/2000), angesichts der Intensität der immateriellen Unbill, die die Arbeitnehmerin erleiden musste. Die Arbeitnehmerin erfuhr Mobbing durch ihre direkte Vorgesetzte während über zwei Jahren; sie war während vier Monaten arbeitsunfähig. Die Genugtuung wurde auf CHF 12 000.-- festgesetzt.

Verletzungen die Arbeit einstellen bis die Gefährdung behoben ist, und zwar ohne Verlust des Lohnanspruchs und unabhängig davon, ob der Arbeitgeber die Persönlichkeitsverletzung verschuldet hat[347].

3.5.5 Schutz bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses

Schutz vor missbräuchlicher Kündigung

In Art. 336 Abs. 1 und 2 OR sind Gründe aufgeführt, aufgrund derer eine Kündigung missbräuchlich ist. Art. 336 OR ist nicht abschliessend; weitere Eigenschaften, die eine Kündigung missbräuchlich werden lassen, können von der Rechtsprechung aufgrund des allgemeinen Verbots des Rechtsmissbrauchs gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB bestimmt werden; der Missbrauch muss jedoch offensichtlich sein[348]. Eine Kündigung ist namentlich auch dann missbräuchlich, wenn sie unter Missachtung der Pflicht zum Persönlichkeitsschutz nach Art. 328 OR ausgesprochen wird[349].

Nach Art. 336 Abs. 1 lit. a OR ist die Kündigung missbräuchlich, wenn das Arbeitsverhältnis wegen einer Eigenschaft, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht, aufgelöst wird. Zu den persönlichen Eigenschaften im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR gehören das Geschlecht, der Familienstand, Herkunft, Rasse, Nationalität, Religion, sexuelle Ausrichtung, Alter, Krankheiten, andere körperliche Merkmale wie Kleinwuchs, individuelle Verhaltensmuster oder Charakterzüge[350]. Die HIV-Infektion zählt zu den persönlichkeitsrelevanten Eigenschaften[351], unabhängig davon, ob ihr ein Krankheitswert zugeschrieben wird[352]. Der Arbeitgeber kann eine Kündigung nur dann mit der HIV-Infektion begründen, wenn die betroffene Person wegen der Krankheit an der Erbringung der Arbeitsleistung gehindert wird, d.h., wenn sie einen unmittelbaren Bezug zum Arbeitsverhältnis hat oder den Betrieb wesentlich beeinträchtigt[353].

Selbst in Berufen mit Ansteckungsrisiko (Medizin usw.) ist die HIV-Infektion an sich kein Grund, der eine Kündigung rechtfertigt. In diesen Berufen kann eine Infektion durch Vorsichtsmassnahmen (Einweghandschuhe und -Instrumente) und verantwortungsvolles Verhalten der betroffenen Person

---

[347] REHBINDER (Art. 328 OR), N 24.
[348] BÖHRINGER, S. 318.
[349] BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 zu Art. 336 OR.
[350] STAEHLIN, S. 166.
[351] BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 4 zu Art. 336 OR.
[352] Nach der Praxis des Bundesgerichts ist dem Status HIV-positiv Krankheitswert zuzumessen und wird so zu den persönlichen Eigenschaften gezählt. BGE 116 V 239; BGE 124 V 118.
[353] REHBINDER (Art. 336 OR), S. 85ff.

praktisch ausgeschlossen werden[354]. Eine Kündigung ist deshalb nur dann zulässig, wenn Gefahr dorth, dass die betroffene Person die Verantwortung nicht wahrnimmt, Gesundheitsrisiken für andere zu vermeiden.

Verursacht die HIV-Infektion einer Person eine wesentliche Betriebsstörung, so hat der Arbeitgeber, bevor er die Kündigung ausspricht, alle die ihm zumutbaren, weniger einschneidenden Massnahmen zu treffen, damit das Betriebsklima wieder hergestellt werden kann (Aufklärung der Mitarbeiter, Weisungen, Versetzungen usw.)[355].

Eine Betriebsstörung liegt auch vor, wenn als Folge der bekannten HIV-Infektion eines Mitarbeiters Kunden ausbleiben.

Eine wesentliche Betriebsstörung ist z.B. dann anzunehmen, wenn die HIV-Infektion einer Mitarbeiterin bekannt ist und deshalb eine beträchtliche Anzahl der Kunden fern bleibt. Mittels Güterabwägung ist festzustellen, welche Interessen – Arbeitnehmer oder Arbeitgeber – dabei überwiegen. Blosse *Befürchtungen* seitens des Arbeitgebers, dass die Kundschaft fern bleiben könnte, reichen nicht aus, um den Arbeitsstellenverlust und die damit zusammenhängenden finanziellen und sozialen Konsequenzen für den betroffenen Arbeitnehmer zu gerechtfertigen. Die Anforderungen an den Nachweis des Ausbleibens der Kundschaft wegen HIV/Aids-Übertragungsängsten müssen hoch angesetzt werden[356]. Ist ein tatsächlicher Verlust an Kunden festzustellen, hat der Arbeitgeber, bevor er die Kündigung ausspricht (ultima ratio), alle die ihm zumutbaren, weniger einschneidenden Massnahmen zu treffen, um die bisherige oder neue Kundschaft zu erhalten resp. gewinnen. Dies kann durch Aufklärung der Kundschaft über das Übertragungsrisiko bei HIV/Aids usw. geschehen. Solange jedoch kein spürbarer Rückgang in der Anzahl der Kunden nachgewiesen ist, ist eine Kündigung wegen HIV/Aids missbräuchlich.

Die von der missbräuchlichen Kündigung betroffene Person kann gemäss Art. 335 Abs. 2 OR die schriftliche Begründung der Kündigung verlangen. Wird ein unwahrer Grund vorgeschoben oder eine Begründung verweigert, so ist die Kausalität des Missbrauchstatbestandes zu vermuten[357]. Trotz fehlender oder unwahrer Begründung bleibt die Kündigung rechtswirksam, der Arbeitgebende erleidet lediglich einen Rechtsnachteil[358].

Gemäss Art. 336b I OR muss die betroffene Person gegen die Kündigung Einsprache in schriftlicher Form innerhalb der vom Gesetz vorgesehenen

---

[354] Siehe dazu den von WAGNER in Fn 286 erwähnten Beschwerdeentscheid.
[355] HUMBERT, S. 75ff.
[356] PÄRLI/MÜLLER/SPYCHER, S. 140.
[357] JAR 1994, S. 308.
[358] REHBINDER (Art. 335), S. 56.

Frist erheben. Kommt es zu keiner Einigung zwischen den Parteien, ist von der betroffenen Person das Gericht anzurufen (Art. 336b Abs. 2 OR).

Der Beweis der missbräuchlichen Kündigung ist von der gekündigten Person zu erbringen (Art. 8 ZGB). Sie muss nicht nur die Missbräuchlichkeit der Kündigung, sondern auch die Kausalität zwischen dem Missbrauchstatbestand und der Kündigung beweisen, d.h., sie muss beweisen, dass ihr tatsächlich aus dem missbräuchlichen Grund gekündigt worden ist. Es genügt eine hohe Wahrscheinlichkeit[359]. Der Arbeitgeberin ihrerseits obliegt der Beweis der Rechtfertigungsgründe für eine Kündigung mit Anknüpfung an eine persönliche Eigenschaft.

Eine rechtsmissbräuchliche Kündigung ist unwiderruflich und bleibt rechtswirksam (Art. 336a Abs. 1 OR). Die betroffene Person hat lediglich einen Anspruch auf eine Entschädigung. Die Höhe der Entschädigung liegt im Ermessen des Richters unter Berücksichtigung aller Umstände; sie darf die Gesamtsumme von max. sechs Monatslöhne nicht übersteigen (Art. 336a Abs. 2 OR). Die Entschädigung ist unabhängig von einem allfälligen Schaden, ausschlaggebend ist die Missbräuchlichkeit[360]. In der Praxis wird selten die maximale Entschädigung ausgerichtet[361].

Kündigungsschutz bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit

Art. 336c OR regelt den zeitlichen Kündigungsschutz (Kündigung zur Unzeit). Die sogenannte Sperrfrist schützt den Arbeitnehmer nach Ablauf der Probezeit bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit vor einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses während 30 Tagen im ersten, 90 Tagen im zweiten bis fünften und 180 Tagen ab sechstem Dienstjahr. Eine während der Sperrfrist ausgesprochene Kündigung ist nichtig.

Eine Kündigung als Folge einer HIV/Aids bedingten Arbeitsunfähigkeit ist nach Ablauf der Sperrfrist nur dann gültig, wenn die Arbeitsunfähigkeit nicht durch die Arbeitgeberin zu verantworten ist, bsw. durch unterlassene im Sinne von Art. 328 OR erforderliche Rücksichtnahme auf den Gesundheitszustand der Arbeitnehmerin. Wird ein Arbeitsverhältnis aufgrund von durch die Arbeitgeberin zu verantwortender krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit nach Ablauf der Sperrfrist gekündigt, liegt eine

[359] Rehbinder (Art. 336 OR), S. 93, BGE 125 II 285, OGer. AG JAR 1991, S. 231 JAR 1993, S. 269, JAR 1994, S. 205, JAR 1995, S. 163, JAR 2001, S. 283.
[360] BGE 123 III 391, Erw. 3.
[361] Siehe BGE 4C.86/2001 vom 28. März 2002.

Ausnutzung eigenen rechtswidrigen Verhaltens und somit ein typischer Anwendungsfall von Rechtsmissbrauch vor[362].

Würdigung des Kündigungsschutzes für Arbeitnehmende mit HIV/Aids

Eine Kündigung allein wegen HIV/Aids ist missbräuchlich und löst einen Entschädigungsanspruch aus. Die Kündigung bleibt aber im Gegensatz zur Rechtslage im öffentlichen Dienstrecht gültig. Problematisch ist die Beweislastverteilung.

3.6 Schutz durch öffentliches Arbeitsrecht

3.6.1 Funktion und Inhalt des öffentlichen Arbeitsrechts

Das „öffentliche Arbeitsrecht" beinhaltet zwingende Rechtsnormen zum Arbeitsverhältnis. Das öffentliche Arbeitsrecht lässt sich in „Arbeitsschutzrecht", „gestaltendes Arbeitsrecht" und „Sozialversicherungsrecht" unterteilen[363]. Allen drei Normenbereichen ist der öffentlichrechtliche zwingende Charakter gemeinsam. Im Bereich des öffentlichen Arbeitsrechts bleibt kein Raum für privatautonome Regelungen.

Wichtigste Rechtsquellen des Arbeitsschutzrechts bilden das Arbeitsgesetz[364] (ArG) mit den dazu gehörenden Verordnungen sowie das Unfallversicherungsgesetz[365] (UVG). Darüber hinaus bestehenden zahlreiche Sondervorschriften für bestimmte Berufe[366].

Ziel des gestaltenden Arbeitsrechts ist eine staatliche Lenkung und Überwachung der Arbeitswelt[367]. Dazu gehören Vorschriften über die Berufsbildung[368], über die Arbeitsvermittlung[369], zum Datenschutz[370], zur

[362] BGE 125 II 70ff. spricht vom Gebot schonender Rechtsausübung, insbesondere darf „kein falsches und verdecktes Spiel" betrieben werden, „das Treu und Glauben krass widerspricht." Siehe MERZ, N 540ff.
[363] Zur Unterteilung siehe REHBINDER (Arbeitsrecht), S. 201ff.
[364] Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (ArG), SR 822.11, vom 13. März 1964.
[365] Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung (UVG), SR 832.20.
[366] Für eine Übersicht siehe PORTMANN/STÖCKLI, S. 103ff.
[367] REHBINDER (Arbeitsrecht), S. 213.
[368] Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Berufsbildung (Berufsbildungsgesetz, BBG), SR 421.10.
[369] Bundesgesetz vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG), SR 823.11.
[370] Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG), SR 235.1.

Gleichstellung von Frau und Mann im Erwerbsleben[371] sowie das nationale[372] und internationale[373] Submissionsrecht. Auch das Gleichstellungsgesetz für Menschen mit Behinderung[374] ist, soweit es direkt oder indirekt Vorschriften über Arbeitsverhältnisse enthält, zum gestaltenden Arbeitsrecht zu zählen. Gleiches gilt für das Personenfreizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der EU[375].

Beim Sozialversicherungsrecht handelt es sich zwar um ein eigenständiges Rechtsgebiet. Zahlreiche Sozialversicherungen sind jedoch eng mit dem Arbeitsverhältnis verknüpft. Die diesbezüglich zwingenden sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen überlagern die privatautonome Vertragsgestaltungsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien und bilden deshalb Bestandteil des öffentlichen Arbeitsrechts. Zu erwähnen sind die obligatorische Unfallversicherung oder die obligatorische berufliche Vorsorge.

Leitmotiv für die Auseinandersetzung mit dem öffentlichen Arbeitsrecht bildet die Frage, ob, inwiefern und wieweit das öffentliche Arbeitsrecht Normen enthält, die für die in der Praxis vorkommenden Diskriminierungen von Menschen mit HIV/Aids eine Relevanz enthalten.

3.6.2 Völkerrechts- und Grundrechtsbindung

Wie im Kapitel III[376] erörtert wurde, bilden das Diskriminierungsverbot und weitere Grundrechte eine Leitplanke im Umgang mit HIV/Aids für den Staat und die Institutionen, die staatliche Aufgaben wahrnehmen.

Für den Bereich des öffentlichen Arbeitsrechts bedeutet dies, dass sowohl der Gesetz- wie der Verordnungsgeber bei der Rechtssetzung Menschen mit HIV/Aids weder direkt noch indirekt diskriminieren dürfen. Dem Gesetzgeber erwachsen zudem aus völkerrechtlichen Verpflichtungen wie aus der programmatischen Schicht der Grundrechte Schutzverpflichtungen zu Gunsten besonders vor Grundrechtsbeeinträchtigung und Diskriminierung betroffener Gruppen wie diejenige der Menschen mit HIV/Aids.

---

[371] Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995 (Gleichstellungsgesetz, GlG), SR 151.1.
[372] Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen, SR 172.056.1.
[373] Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen, SR 0.632.231.422.
[374] Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2002 (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG), SR 151.3.
[375] Siehe Rechtsvergleich in Kapital IV, S. 216ff.
[376] Siehe Kapitel III, 3.2, S. 140ff.

Die Grundrechtsbindung betrifft nicht nur den Gesetzgeber, sondern Verwaltungsbehörden aller Stufen. Alle am Vollzug des öffentlichen Arbeitsrechts beteiligten Institutionen haben sich bei ihren Handlungen ebenfalls nach den Wertungen des Diskriminierungsverbotes und der übrigen relevanten Grundrechte zu orientieren.

Die Gebote der völkerrechtskonformen und verfassungskonformen Auslegung schliesslich betreffen besonders die Gerichte. Sie haben diese Gebote bei der Auslegung des öffentlichen Arbeitsrechts in HIV/Aids relevanten Entscheiden zu berücksichtigen.

3.6.3 Gesundheitsschutz im öffentlichrechtlichen Arbeitsschutz

Die Grundnorm im Arbeitsgesetz

Art. 6 ArG bildet das öffentlichrechtliche Gegenstück zur in Art. 328 OR verankerten Arbeitgeberinnenpflicht, das Leben, die Gesundheit und die persönliche Integrität der Arbeitnehmenden zu schützen. Der Gesundheitsschutz bezweckt die Vermeidung jeder arbeitsbedingten Schädigung der Gesundheit. Seit der Gesetzesrevision von 1998 wird auch der Schutz der persönlichen Integrität vom Gesundheitsschutz erfasst, was einen Schutz vor Diskriminierung aus verfassungsrechtlich verpönten Kriterien beinhaltet[377].

Die Verpflichtung zum Schutz der persönlichen Integrität ist wenig aussagekräftig. Während die Verordnung 3[378] zum ArG recht präzise Angaben über die vom Arbeitgeber zu ergreifenden Massnahmen zum Schutz vor physischen Beeinträchtigungen enthält, fehlen weitgehend konkretisierende Verhaltenspflichten zum Schutz der persönlichen Integrität.

Wenig präzise geregelt sind auch die konkreten von der Arbeitgeberin zu ergreifenden Massnahmen zum Schutze der psychischen Gesundheit. Zur Schutzverpflichtung gehören jedoch die Vermeidung von Stress, soweit er die Gesundheit der Arbeitnehmenden beeinträchtigt und die Verhinderung von Mobbing im Betrieb.

Rechtsfolgen verletzter Schutzpflichten

Bei den Rechtsfolgen müssen zwei Ebenen auseinander gehalten werden. Die öffentlichrechtlichen Normen zum Persönlichkeitsschutz der Arbeitnehmenden haben durch die Rezeptionsklausel in Art. 342 Abs. 2 OR

---

[377] SCHEIDEGGER/PITTELOUD, N 14.

[378] Verordnung 3 vom 18. August 1993 zum Arbeitsgesetz (Gesundheitsvorsorge, ArGV 3), SR 822.113.

eine zivilrechtliche Wirkung. Sofern die Vorschriften Inhalt des Einzelarbeitsvertrages sein können, steht der Klageweg an das Arbeitsgericht offen[379]. Davon zu trennen ist das öffentlichrechtliche Verhältnis des Betriebes, hier sind die kantonalen Behörden zuständig für den Vollzug des ArG (Art. 41 ArG). Die Durchsetzung erfolgt durch Verfügung und Verwaltungszwang sowie verwaltungstrafrechtliche Normen[380].

Hält der Arbeitgeber die Gesundheitsvorschriften nicht ein, haben Arbeitnehmende die Möglichkeit zur Meldung an die Vollzugsbehörden. Art. 54 ArG verpflichtet die Behörden, entsprechende Anzeigen entgegen zu nehmen und zu prüfen, ob ein Verstoss gegen das ArG vorliegt. Die anzeigenden Arbeitnehmenden können gegenüber dem Arbeitgeber keine auf Art. 6 ArG beruhende Schadenersatzforderung bei den Vollzugsbehörden geltend machen. Hierzu müssen sie auf den Zivilprozessweg ausweichen.

Bedeutung bei HIV/Aids-Diskriminierung

Die Bestimmungen zum Gesundheitsschutz im Arbeitsgesetz ergänzen den privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz.

Die öffentlichrechtlichen Verpflichtungen zum Schutz der psychischen Gesundheit und zum Schutz der persönlichen Integrität haben für die in der Praxis festgestellten Probleme eine besonders hohe Bedeutung. Die Vermeidung von HIV/Aids-Mobbing sowie die Verpflichtung zur angemessenen Rücksichtnahme auf die gesundheitliche Situation von Menschen mit HIV/Aids bei der Arbeit bilden nicht nur vertragliche, sondern auch öffentlichrechtliche Verpflichtungen.

Die praktische Bedeutung der öffentlichrechtlichen Schutzvorschriften ist jedoch angesichts der heute eher zurückhaltenden Vollzugskontrolle des ArG zu relativieren. Im Lichte der völker- und verfassungsrechtlichen Schutzpflichten eröffnen sich indes den zuständigen Behörden Möglichkeiten (und Pflichten) zu einer Verstärkung des Persönlichkeitsschutzes im öffentlichen Arbeitsrecht. Das bedeutet zum Beispiel eine Konkretisierung der Arbeitgeberpflichten zur Vermeidung arbeitsbedingter psychischer Gesundheitsschäden sowie zum Schutze der persönlichen Integrität. Diese Verwaltungsvorschriften müssen sodann durch geeignete behördliche Massnahmen durchgesetzt werden. Menschen mit HIV/Aids wären bei solchen Massnahmen nicht eine spezifische Zielgruppe. Die Massnahmen müssten vielmehr sämtlichen Personen zukommen, die bezüglich ihrer gesundheitlichen Arbeitsfähigkeit eines besonderen Schutzes bedürfen.

---

[379] BRÜHWILER, N 5 zu Art. 342 OR.
[380] Siehe die Art. 50ff. ArG und SCHEIDEGGER/PITTELOUD, N 33.

3.6.4 Diskriminierungsschutz im Sozialversicherungsrecht

Spezielle Diskriminierungsschutznormen enthält das Sozialversicherungsrecht auf Gesetzesstufe nicht. Hingegen bindet das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot sowohl den Gesetzgeber wie die Durchführungsstellen der einzelnen Sozialversicherungen. Jede nicht durch einen sachlichen Grund besonders gerechtfertige Ungleichbehandlung unter Anknüpfung an das Kriterium HIV/Aids ist folglich dem Gesetzgeber und den Vollzugsinstanzen verwehrt.

Im Zusammenhang mit HIV/Aids-Diskriminierung in der Arbeitswelt sind insbesondere die mit dem Arbeitsverhältnis verknüpften Taggeldversicherung und die berufliche Vorsorge von Interesse. Wie bereits weiter oben (Diskriminierungsschutz beim Vertragsabschluss) dargestellt, ist die Ungleichbehandlung von versicherten Arbeitnehmerinnen mit HIV/Aids im Vergleich zu solchen ohne HIV/Aids Ausdruck davon, dass der Bereich der weitergehenden beruflichen Vorsorge und der Krankentaggeldversicherung nicht obligatorisch und somit einer Risikoselektion zugänglich ist. Die Grenzen der zulässigen Risikoselektion finden sich indes im Gebot der sachlichen Vornahme der Selektion.

Die völker- und verfassungsrechtlichen Wertungen verpflichten zu einer Betrachtung der tatsächlichen Auswirkungen der Risikoselektion in der Taggeldversicherung und der weitergehenden beruflichen Vorsorge. Die Schutzpflichten verlangen vom Staat mit geeigneten Mitteln dafür zu sorgen, dass Personen mit positiver HIV/Aids-Diagnose bei den für die Existenz wichtigen Arbeitnehmerinnenversicherungen nicht ausgegrenzt werden. Es ist zweifelhaft, ob die heutige Gesetzgebung und Praxis diesen Anforderungen zu genügen vermag.

3.6.5 Diskriminierungsschutz im Beschaffungswesen

Mit dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB)[381] regelt der Bund das Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen. Dabei will der Bund einerseits die Gleichbehandlung aller Anbieterinnen gewährleisten und andererseits vergibt er den Auftrag nur an Anbieterinnen, die selbst resp. von Dritten (z.B. Zulieferer) die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen für die Arbeitnehmer gewährleisten (Art. 8 Abs. 1 lit b BoeB) resp. fordern (Art. 6 Abs. 1 lit. b VoeB[382]).

---

[381] Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994, SR 172.056.1.

[382] Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen, SR 172.056.11.

Damit ein Anbieter für die Auftragsvergabe in Frage kommt, muss die Anbieterin die Persönlichkeit des Arbeitnehmers im Rahmen des Arbeits- und Unfallversicherungsgesetzes sowie der branchenüblichen GAVs und Normalarbeitsverträge oder, wo diese fehlen, nach den tatsächlichen orts- und berufsüblichen Arbeitsbedingungen schützen[383]. Das BoeB bindet den Anbieter darüber hinausgehend nicht an ein umfassendes Diskriminierungsverbot.

Im Weiteren vergibt der Bund nach Art. 8 Abs. 1 lit. c BoeB den Auftrag nur an Anbieterinnen, die den Grundsatz der Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit einhalten[384]. Art. 8 Abs. 2 BoeB gewährt dem Auftraggeber im Sinne von Art. 2 BoeB i.V.m. Art. 2a VoeB das Recht zur Kontrolle der Einhaltung des Grundsatzes. Sie kann die Kompetenz selbst vornehmen oder insbesondere an das eidgenössische, die kantonalen oder kommunalen Gleichstellungsbüro(s) delegieren (Art. 6 Abs. 4 VoeB). Die Anbieterin kann eine Selbstdeklaration unterzeichnen, worin sie die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen sowie den Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 8 Abs. 1 lit. c BoeB bestätigt[385].

Die Delegation der Kontrolle im Bereich des Gleichbehandlungsgrundsatzes an geeignete und/oder spezialisierte Institutionen oder die Einführung einer verpflichtenden Selbstkontrolle zeigt, dass das öffentliche Arbeitsrecht gestaltend wirken kann und Raum für gesetzgeberische Innovationen möglich ist.

Unter Anlehnung an den Grundsatz der Gleichbehandlung von Frau und Mann bezüglich Löhne könnten öffentliche Verträge nur an diejenigen Unternehmen vergeben werden, die gleichermassen Menschen mit Persönlichkeitsmerkmalen im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV im Betrieb beschäftigen. Insbesondere könnte dies in Bezug auf Menschen mit

---

[383] Beschaffungskommission des Bundes, Einhaltung der Arbeitsbedingungen, der Arbeitsschutzbestimmungen sowie der Lohngleichheit von Frau und Mann. Erklärung der Anbieterin oder des Anbieters, Quelle: http://www.bbl.admin.ch/bkb_kbob/beschaffungswesen/00254/00497/00828/index.html?lang=de (08.02.06).

[384] Der Grundsatz zur Gleichbehandlung von Frau und Mann bezüglich Lohngleichheit ist ebenfalls in den Verfahrensgrundsätzen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) des Bundes festgeschrieben, Quelle: http://www.bbl.admin.ch/bkb_kbob/infos_fuer_beschaffende/00257/00261/?lang=de (25.06.06).

[385] Beschaffungskommission des Bundes, Instrumente zur Durchsetzung von Art. 8 BoeB, Quelle: http://www.bbl.admin.ch/bkb_kbob/beschaffungswesen/00254/00497/00828/index.html?lang=de (08.02.06).

Behinderungen gelten, da hier gleich wie im Bereich des Gleichbehandlungsgrundsatz von Frau und Mann hinsichtlich Entlöhnung auf Verfassungsebene ein Auftrag zur Realisierung formuliert ist.

3.6.6 Diskriminierungsschutz im Gleichstellungsgesetz für Menschen mit Behinderung

Das Behindertengleichstellungsgesetz hat zum Zweck, Benachteiligungen zu verhindern, zu verringern oder zu beseitigen, denen Menschen mit Behinderungen ausgesetzt sind (Art. 1 Abs. 1 BehiG). Die Menschen mit Behinderungen sollen soziale Kontakte pflegen, sich aus- und fortbilden und einer Erwerbstätigkeit nachgehen können (Art. 1 Abs. 2 BehiG).

Art. 2 Abs. 1 BehiG definiert „Mensch mit Behinderung" als „eine Person, der es eine voraussichtlich dauernde körperliche, geistige oder psychische Beeinträchtigung erschwert oder verunmöglicht, alltägliche Verrichtungen vorzunehmen, soziale Kontakte zu pflegen, sich fortzubewegen, sich aus- und fortzubilden oder eine Erwerbstätigkeit auszuüben." Der Behinderungsbegriff im BehiG ist eng gefasst. Die körperliche, geistige oder psychische Beeinträchtigung muss voraussichtlich dauernd beeinträchtigt sein. Krankheits- und unfallbedingte Beeinträchtigungen, die diesen Kriterien nicht entsprechen, fallen nicht unter den Behinderungsbegriff[386]. Die Legaldefinition des Begriffs sieht weiter vor, dass die Beeinträchtigung u.a. die Ursache für die Erschwernis oder Unmöglichkeit darstellen muss, eine Erwerbstätigkeit auszuüben.

Bei der HIV-Infektion handelt es sich um eine nach dem heutigen Stand der Wissenschaft voraussichtlich dauernde körperliche Beeinträchtigung. Je nach Schweregrad der Erkrankung kann die Erwerbsfähigkeit aufgrund der HIV-Infektion eingeschränkt sein. Diesfalls liegt eine Behinderung vor. Wenn nicht die HIV-Infektion als solche, sondern die Stigmatisierung die Erwerbstätigkeit erschwert oder verunmöglicht, liegt ebenfalls eine Behinderung im Sinne des BehiG vor. Es handelt sich diesfalls um eine sozial konstruierte Behinderung, die im verfassungsrechtlichen Begriff der Behinderung (Art. 8 Abs. 2 und 4 BV) miterfasst ist.

Nach Art. 2 Abs. 2 BehiG liegt eine „Benachteiligung" vor, wenn „Behinderte rechtlich oder tatsächlich anders als nicht Behinderte behandelt und dabei ohne sachliche Rechtfertigung schlechter gestellt werden als diese, oder wenn eine unterschiedliche Behandlung fehlt, die zur tatsächlichen Gleichstellung Behinderter und nicht Behinderter notwendig ist." Hier greift der Gesetzgeber die vom Bundesgericht auf Diskriminierungsfälle angewandte Formel auf, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit

[386] LANDOLT, S. 411.

gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt werden muss. Eine Benachteiligung beim Zugang zu Bauten usw. liegt nach der Definition in Art. 2 Abs. 3 BehiG vor, wenn der Zugang für Behinderte aus baulichen Gründen nicht oder nur unter erschwerenden Bedingungen möglich ist.

Art. 6 BehiG sieht ein Diskriminierungsverbot für Private vor, die Dienstleistungen öffentlich anbieten. Das Anbieten von Arbeitsangeboten stellt keine Dienstleistung in diesem Sinne dar, insoweit ist die Bestimmung im vorliegenden Kontext nicht relevant. Hingegen liegt bei privaten Stellenvermittlern eine Dienstleistung vor. Folglich dürfen private Stellenvermittler Arbeitssuchende mit einer Behinderung nicht diskriminieren. Die Verordnung zum BehiG definiert in Art. 2, was eine Diskriminierung im Sinne von Art. 6 und 8 Abs. 3 des BehiG darstellt. Eine Diskriminierung liegt vor, wenn Behinderte besonders krass unterschiedlich und benachteiligend behandelt werden und dies mit dem Ziel oder der Folge, sie herabzuwürdigen oder auszugrenzen.

Das BehiG enthält keine Vorschriften für private Arbeitgeber, jedoch Bestimmungen, die den Bund als Arbeitgeber zur Integration von Menschen mit Behinderung verpflichten. Nach Art. 13 BehiG muss der Bund als Arbeitgeber alles daran setzen, Behinderten gleiche Chancen wie Nichtbehinderten anzubieten. Er hat bei allen Arbeitsverhältnissen und auf allen Ebenen, insbesondere jedoch bei der Anstellung, die zur Umsetzung des Gesetzes erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. In der Verordnung zum BehiG, der Behindertengleichstellungsverordnung (BehiV)[387], sind im sechsten Abschnitt in den Artikeln 12-15 Bestimmungen vorgesehen, die den Arbeitgeber im Bereich des Bundespersonals in die Pflicht nehmen. Bundesarbeitgeber im Sinne des BehiG sind nach Art. 2 lit. e BehiV der Bundesrat, die Bundesversammlung, die Schweizerische Post, die Schweizerischen Bundesbahnen, das Bundesgericht und der ETH-Rat.

Nach Art. 12 BehiV hat der (Bundes)Arbeitgeber die notwendigen Massnahmen zur Gestaltung behinderungsgerechter Arbeitsplätze zu ergreifen, insbesondere betreffend Arbeitplatz und Arbeitsraum, Arbeitszeit, berufliche Weiterbildung und Karriereplanung. Art. 13 BehiV verpflichtet den Arbeitgeber zur Ernennung eines Integrationsbeauftragten aus dem Personal. Das Eidg. Personalamt ist die zuständige Stelle zur Koordination der Umsetzung der betrieblichen Gleichstellung von Menschen mit Behinderung in der Bundesverwaltung (Art. 15 BehiV).

[387] Verordnung über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen vom 19. November 2003, SR 151.31.

Kernstück der Arbeitgeberverpflichtungen bildet Art. 14 BehiV, der eine Begründungspflicht des Arbeitgebers festschreibt, wenn eine behinderte Person den begründeten Verdacht hat, dass sie wegen ihrer Behinderung nicht angestellt wurde. Die Begründung muss schriftlich erfolgen.

Keine weiteren Angaben sind dem BehiG und der BehiV über die Folgen einer diskriminierenden Nichtanstellung zu entnehmen. Die Frage bildete weder Gegenstand der bundesrätlichen Botschaft noch den Verhandlungen im Parlament. Eine Nichtanstellung unter Bezugnahme auf das Kriterium „Behinderung" ohne besondere Rechtfertigung stellt jedoch eine Grundrechtsverletzung (Art. 8 Abs. 2 BV) dar und zieht eine Staatshaftung nach sich. Die Statuierung einer Begründungspflicht dient dazu, die Beweissituation der diskriminierten Person zu verbessern. Die Regelung ist im GlG vorgesehen. Nach Art. 8 Abs. 1 GlG von der Arbeitgeber im Falle einer Nichtberücksichtigung der Bewerbung und der Geltendmachung einer geschlechtsbezogenen Diskriminierung eine schriftliche Begründung verlangt werden. Auch hier dient die Begründungspflicht dem Nachweis einer allfälligen geschlechtsbezogenen Diskriminierung. Eine vergleichbare Regelung bei diskriminierenden *Kündigungen* sieht Art. 335 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 336 OR vor[388].

3.7 Diskriminierungsschutz im kollektiven Arbeitsrecht

3.7.1 Einleitung

Das kollektive Arbeitsrecht bildet neben dem Individualarbeitsrecht und dem öffentlichen Arbeitsrecht die dritte Säule des schweizerischen Arbeitsrechts. Instrument des kollektiven Arbeitsrechts bildet der Gesamtarbeitsvertrag (GAV). Der GAV ist ein Vertrag zwischen Verbänden von Arbeitnehmenden einerseits und Verbänden von Arbeitgebern oder einzelnen Arbeitgebern andererseits.

Den Vertragsparteien eines GAV wird nach Art. 357 OR das Recht zum Erlass überbetrieblicher Normen erteilt. Die Bestimmungen des GAV gelten während der Dauer des Vertrages unmittelbar für die Beteiligungen Arbeitgeber und Arbeitnehmer und können nur wegbedungen werden, wenn der Gesamtarbeitsvertrag dies vorsieht (Art. 357 Abs. 1 OR). Nach dem Günstigkeitsprinzip darf im Einzelarbeitsvertrag nur zu Gunsten, nicht aber zu Ungunsten der Arbeitnehmenden abgewichen werden (Art. 357 Abs. 2 OR).

Die normativen Bestimmungen des GAV können Abschlussnormen, Inhaltsnormen und Beendigungsnormen enthalten. Jede beliebige Frage kann

[388] Für den Kündigungsschutz siehe Kapitel III, 3.5.5, S. 178ff.

Gegenstand einer Inhaltsnorm eines GAV werden, soweit dadurch nicht gegen das zwingende Arbeitsrecht verstossen wird. Gleiches gilt für die Beendigungsnormen, namentlich ist ein verstärkter Kündigungsschutz denkbar. Als Abschlussnormen sind Abschlussgebote denkbar, etwa eine Wiedereinstellungsklausel im Rahmen eines Streitabwicklungsabkommens[389]. Ein GAV könnte also auch die Bestimmung enthalten, dass eine Kündigung aufgrund verbotener Unterscheidungskriterien zu einer Wiedereinstellung führen muss. Hingegen kann aus einer GAV-Vorschrift über Quoten in einem Betrieb (Frauenanteil im Kader, Anteil von Menschen mit Behinderung o.ä.) kein justiziabler Anspruch auf Anstellung oder Beförderung erwachsen[390]. Eine solche Bestimmung hat mehr schuldrechtlichen Charakter. Für die Nichterfüllung der Quote soll der GAV selbst Rechtsfolgen vorsehen.

Im folgenden Abschnitt interessieren diejenigen normativen Bestimmungen von Gesamtarbeitsverträgen, die einen Schutz vor Diskriminierung vorsehen. Insbesondere interessiert, ob der Schutzbereich und die Schutzintensität dieser Normen weiter als im Persönlichkeitsschutz nach Art. 328 OR geht. Soweit die GAV im öffentlichrechtlichen Personalbereich angesiedelt werden, interessiert das Verhältnis der GAV-Diskriminierungsschutznormen im Verhältnis zum verfassungsrechtlichen Diskriminierungsschutz.

3.7.2 Diskriminierungsschutz im GAV bei Post, Bahn und Swisscom

Die GAV der SBB, der Post und der Swisscom enthalten Bestimmungen zum Persönlichkeits- und Diskriminierungsschutz. Die Formulierungen sind nicht identisch und lassen Rückschlüsse auf Akzentuierungen zu. Der Vergleichsmassstab für den Schutzbereich und die Schutzintensität bildet für öffentlichrechtliche Unternehmen nicht nur der Persönlichkeitsschutz nach OR, sondern in erster Linie der verfassungsrechtliche Diskriminierungsschutz, der diese Unternehmen unmittelbar bindet. Eine GAV-Bestimmung zum Persönlichkeits- und Diskriminierungsschutz darf zwar weiter, aber nicht weniger weit gehen, als es Art. 8 Abs. 2 der BV gebietet.

GAV SBB

Nach dem GAV SBB hat die Arbeitgeberin Massnahmen zum Schutz der Persönlichkeit der Mitarbeitenden zu treffen inklusive zur Vermeidung von Mobbing (Art. 26 Abs. 1 GAV SBB). Die SBB hat weiter dafür zu sorgen, dass das Personal vor Diskriminierungen, insbesondere wegen der Kultur, der Sprache, des Glaubens oder der Lebensform geschützt ist. In einer

[389] PORTMANN/STÖCKLI, N 206.
[390] PORTMANN/STÖCKLI, N 206.

Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien wird der Persönlichkeitsschutz weiter konkretisiert.

Die Vereinbarung beinhaltet sowohl konkretisierende Bestimmungen zum Persönlichkeits- als auch Datenschutzes. In Art. 1 der Vereinbarung wird der Umfang des Persönlichkeitsschutzes geregelt. Im Gegensatz zum GAV SBB wird die nicht abschliessende Liste der Persönlichkeitsmerkmale um den Schutzbereich des Geschlechts erweitert. Dabei fällt auf, dass der GAV SBB wie die Vereinbarung keinen Diskriminierungsschutz aufgrund einer Behinderung vorsieht. Angesichts der unmittelbaren Grundrechtsbindung öffentlichrechtlicher Institutionen im Verhältnis zu ihrem Personal ist die SBB schon allein aufgrund von Art. 8 Abs. 2 BV gehalten, Mitarbeitende nicht wegen ihrer Behinderung zu diskriminieren. Nach der Rechtsprechung geht das Diskriminierungsverbot des SBB GAV aufgrund der Lebensform nicht weiter als das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot[391].

Die Vereinbarung anerkennt Mobbing als ein wichtiger Bestandteil des Persönlichkeitsschutzes. Art. 3 der Vereinbarung definiert „Mobbing“ als wiederkehrende und nachhaltige Schikanen und Feindseligkeiten durch Arbeitskollegen und Vorgesetzte, die die betroffene Person auf „subtile Art psychisch in die Enge treiben“.

In Übereinstimmung mit dem Datenschutzgesetz regelt die Vereinbarung nicht nur die Bearbeitung von Personendaten von Angestellten, sondern auch von ehemaligen Mitarbeiterinnen und Bewerberinnen: Es dürfen keine Personendaten an Dritte, z.B. neue Arbeitgeber, Bank- und Kreditinstitute, weitergegeben werden (Art. 18). Tests dürfen nur durchgeführt werden, wenn der betroffene Bewerber vorgängig über den Zweck des Test informiert wurde und schriftlich dazu eingewilligt hat; das gleiche gilt für das Einholen von medizinischen Informationen sowie Auskünfte bei früheren Arbeitgebern (Art. 19). Die medizinische Akte einer Arbeitnehmerin darf nur diejenigen Gesundheitsdaten enthalten, die für die Beurteilung der medizinischen Tauglichkeit des Einzelnen notwendig sind. Die medizinische Akte wird vom ärztlichen Dienst aufbewahrt; deren Inhalt darf nur im Falle eines rechtlichen Verfahrens und mit schriftlicher Einwilligung des Betroffenen dem Personalservice oder Dritten bekannt gegeben werden (Art. 25).

GAV Post

Der GAV Post enthält in Art. 140 verschiedene Grundsätze der Nichtdiskriminierung fest. Mitarbeitende dürfen nicht aufgrund persönlicher Merkmale wie Geschlecht, Herkunft, Sprache, Gesundheitszustand „usw.„ direkt oder indirekt benachteiligt werden, namentlich nicht unter Berufung

[391] VPB 67 (2003) N 110.

auf den Zivilstand, auf die familiäre Situation oder auf eine Schwangerschaft. Das umfassende Diskriminierungsverbot findet Anwendung auf sämtliche Phasen des Arbeitsverhältnisses, d.h., es gilt für Stellenausschreibung, Anstellung, Aufgabenzuteilung, Gestaltung von Arbeitsbedingungen, Entlöhnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung. Die GAV-Parteien verpflichten sich in ihren Bereichen zu einem aktiven Schutz der Persönlichkeit der Mitarbeitenden und zur Verwirklichung der Gleichstellung, was ein Verbot von Diskriminierung und Förderungsmassnahmen im Sinn der Schaffung faktischer Chancengleichheit beinhaltet. Weiter sollen Massnahmen zur Verhinderung von Diskriminierung, sexueller Belästigung und Mobbing getroffen werden.

Das Diskriminierungsschutznormenbündel des GAV Post unterscheidet nicht zwischen den einzelnen Persönlichkeitsmerkmalen. In der nicht abschliessenden Liste ist auch das Kriterium „Gesundheitszustand" aufgeführt, was im Vergleich zu den verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverboten einer Erweiterung gleichkommt. Forderungen an die Verwirklichung der Gleichstellung sind nicht bloss auf das Kriterium Geschlecht beschränkt.

Zur Umsetzung der Gleichstellung sieht der GAV Post u.a. die Einsetzung eines Gleichstellungsbeauftragten und einer paritätischen Kommission Gleichstellung und Persönlichkeitsschutz vor. Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis mit der Post werden durch Verfügung entschieden. Es steht der Rechtsweg an die Personalrekurskommission offen.

GAV Swisscom

Der GAV Swisscom hält als Grundsatz fest, dass das Arbeitsverhältnis von Respekt und Toleranz getragen sein soll. Die Mitarbeitenden dürften auf Grund ihres Geschlechts, ihres Alters, ihrer Herkunft, Sprache und Kultur weder direkt noch indirekt benachteiligt werden. Alle Beteiligten hätten dazu ihren Beitrag zu leisten. Nach Art. 2.2 Abs. 2 achtet und schützt die Swisscom die Persönlichkeit der Mitarbeitenden und sorgt unter Beachtung der Ergonomie für einen angemessenen Gesundheitsschutz. Zur Durchsetzung des Rechts auf Persönlichkeitsschutz sieht der GAV vor, dass Mitarbeitende bei Konflikten, u.a. im Zusammenhang mit Persönlichkeitsverletzungen, eine Vertrauensperson beiziehen können.

Auffallend beim GAV Swisscom ist die Beschränkung des Diskriminierungsverbotes auf die Kriterien „Geschlecht", „Alter", „Sprache" und „Kultur". Eine Diskriminierung aus anderen Gründen bleibt auf dem Hintergrund von Art. 8 Abs. 2 BV und der Grundrechtsbindung der Swisscom ebenfalls unzulässig.

3.7.3 Diskriminierungsschutznormen in GAV der Privatwirtschaft

Fehlende Übersicht

Eine systematische Übersicht zu Diskriminierungsschutznormen in GAV der Privatwirtschaft fehlt. Aus dem Jahre 2002 liegt eine Studie zur Verankerung von Gleichstellungsnormen bezüglich Gleichstellung aufgrund des Geschlechts vor. Die Studie zeigt, dass die Gleichstellung in den einzelnen Branchen sehr unterschiedlich verankert ist. Aufschlussreich ist weiter, dass in Gesamtarbeitsverträgen mit starker Frauenbeteiligung an der Erarbeitung, deutlich mehr Gleichstellungsfortschritte erzielt worden sind. Verträge aus dem öffentlichrechtlichen Bereich (Post, SBB, Swisscom, SRG) sind eher gleichstellungsfreundlich[392].

Der GAV in der chemischen Industrie

Beim *GAV für Basler Pharma-, Chemie- und Dienstleistungsunternehmen* handelt es sich um einen Gesamtarbeitsvertrag der Privatwirtschaft. In Art. 2 anerkennen die Sozialpartner den Grundsatz der Gleichbehandlung und somit ein unmittelbares Diskriminierungsverbot unter Privaten. Der Gleichbehandlungsgrundsatz gilt unabhängig von Geschlecht, politischer Überzeugung, Konfession, Nationalität oder Rasse. Die Persönlichkeitsmerkmale wie Gesundheit, Behinderung oder HIV/Aids sind nicht berücksichtigt; gleichzeitig ist die Liste der Persönlichkeitsmerkmale, aufgrund derer nicht diskriminiert werden darf, als abschliessend zu verstehen. Der Gleichbehandlungsgrundsatz sowie die Verpflichtung zur faktischen Gleichstellung von Frau und Mann (ebenfalls Art. 2) sind Bestand aller Phasen des Arbeitsverhältnisses. Auffallend ist, dass lediglich für die Phase der Anstellung auf die Bestimmungen des schweizerischen Obligationenrechts verwiesen wird, also genau diejenige Phase des Arbeitsverhältnisses, in der nach herrschender Lehre der Arbeitgeber nach Belieben diskriminieren darf[393]. Die von der Lehre und Praxis aufgrund von Art. 2 ZGB und Art. 28 ZGB entwickelte Rechtsfiguren der „Culpa in Contrahendo“ und des „Kontrahierungszwangs“ sowie die datenschutzrechtlichen Bestimmungen von Art. 328b OR finden Anwendung. Der GAV enthält weder einen mit dem OR vergleichbaren Schutz der Persönlichkeit während des Arbeitsverhältnisses noch in Bezug auf die Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Hingen ist der Persönlichkeitsschutz nach OR nach dem Günstigkeitsprinzip zwingender Natur und kann nicht durch den GAV derogiert werden.

---

[392] FANKHAUSER, S. 2.
[393] Siehe Teil III, 3.5.2, S. 157ff.

3.7.4 Übersicht

Tabelle 16: Diskriminierungsschutz im kollektiven Arbeitsrecht

Diskriminierungs-kriterien	GAV SBB	GAV Post	GAV Swisscom	GAV für Basler Pharma-, Chemie- und Dienst-leistungsunternehmen
Schutz der Persönlichkeit	X Mobbing	X Mobbing	X Mobbing	Verweis auf OR
Datenschutz	X	X	X	Verweis auf OR
Gesundheits-schutz	X	X	X	Verweis auf OR
HIV/AIDS		Siehe Bemerkungen		
Behinderung	(X)	(X)	(X)	
Gesundheitszustand		X		
Lebensform	X			
Bemerkungen		Die Liste endet mit „usw." und umfasst somit auch HIV/Aids		

Quelle: Eigene Darstellung HIV/Aids-Diskriminierungsstudie

3.7.5 Bedeutung der GAV-Diskriminierungsschutznormen bei HIV/Aids

Die Analyse der GAV SBB, Post, Swisscom und der Pharma zeigt, dass nur der GAV Post Diskriminierungsschutzbestimmungen enthält, die den verfassungsrechtlichen Schutzbereich aus Art. 8 BV erweitern. Eine Anstellungsverweigerung unter Bezugnahme auf das Kriterium HIV/Aids müsste bei der Post qualifiziert gerechtfertigt werden, was nur bei einer eigentlichen gesundheitlichen Nichteignung denkbar ist. Aus dem Geltungsbereich des umfassenden Diskriminierungsverbots und Egalisierungsgebot der GAV Bestimmungen der Post lassen sich auf eine Begründungspflicht bei einer verweigerten Anstellung ableiten.

4 Diskriminierungskonstellationen und ihre Rechtsfolgen

4.1 Vorgehen

Im vorigen Kapitel werden Diskriminierungskonstellationen beschrieben und in verschiedene Phasen unterteilt. Die Rechtslage bezüglich HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis wird in allgemeiner Form erläutert. An

dieser Stelle folgt ausgehend von den typischen Diskriminierungskonstellationen, wie sie in der Tabelle 1 zusammenfassend dargestellt sind, die konkrete Beantwortung der aufgeworfenen Rechtsfragen. Unsere Antworten stützen sich auf die Ergebnisse der ausführlichen Analyse der Rechtslage in der Schweiz[394]. Die Fragestellung beantworten wir sowohl nach der Rechtslage im privat- wie im öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnis. In einem ersten Schritt fragen wir nach der Zulässigkeit des diskriminierenden Verhaltens. Anschliessend nehmen wir Stellung zu den Rechtsfolgen (Schadenersatz, Genugtuung). Zusammenfassend folgen zu jeder Diskriminierungsphase Hinweise zur Beweisrechtslage.

Da die Rechtslage im vorangehenden Teil bereits umfassend dargestellt wurde, erfolgen hier die Antworten mit äusserster Kürze und Prägnanz. Wir verzichten weitgehend darauf, die ausführlichen Hinweise auf Lehre und Rechtsprechung zu wiederholen.

4.2 Diskriminierung im Bewerbungsverfahren

4.2.1 Information über den HIV-Status

Ist die Beschaffung der Information über den HIV/Aids-Status der Stellenbewerbenden durch den Arbeitgeber zulässig?

Es ist faktisch unmöglich, den aktuellen HIV/Aids-Status sämtlicher Mitarbeitendenden eines Betriebes zu kennen. Die Arbeitsabläufe müssen jedoch in jedem Berufsfeld so ausgestaltet sein, dass bei Einhaltung der nötigen Vorsichtsmassnahmen keine HI-Virus-Übertragung erfolgen kann. Dem Arbeitgeber steht deshalb die Information über den HIV/Aids-Status der Stellenbwerbenden nicht zu.

Die Beschaffung der Information über den HIV/Aids-Status der Arbeitnehmerin durch den Arbeitgeber ist nicht zulässig, unabhängig davon, ob sie durch direktes Befragen im Bewerbungsgespräch, durch einen Fragebogen oder auf andere Weise erfolgt. Eine Ausnahme besteht, wenn der negative HIV/Aids-Status eine Voraussetzung für die Erfüllung des Arbeitsvertrages bildet. Das trifft nur dann zu, wenn die Arbeitstätigkeit in einem Land vorgesehen ist, das zur Erteilung der Einreiseerlaubnis den Nachweis eines negativen HIV/Aids-Testes erfordert[395].

Die Frage nach dem HIV/Aids-Status muss nicht wahrheitsgemäss beantwortet werden (Notwehrrecht der Lüge), wenn sich der Arbeitgeber die Information über den HIV-Status unzulässigerweise zu beschaffen versucht.

---

[394] Siehe Kapitel III, 3., S. 139ff.
[395] Siehe Fn 284, S. 160ff.

Welche Rechtsfolgen zieht die (allenfalls) unzulässige Informationsbeschaffung des Arbeitgebers nach sich?

Wegen einer falschen Antwort auf die unzulässige Arbeitgeberfrage nach dem HIV/Aids-Status kann der Arbeitgeber, wenn er später von der HIV-Infektion erfährt, nicht wegen Täuschung (Art. 28 OR) die Nichtigkeit des Vertrages geltend machen oder das Arbeitsverhältnis fristlos künden (Art. 336 OR). Im öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnis ist die Rechtslage analog.

Wenn die Arbeitnehmerin die an sich unzulässige Frage nach dem HIV/Aids-Status wahrheitsgemäss beantwortet, stellt dies eine Einwilligung in die Datenbearbeitung dar und die Datenschutzverletzung ist gerechtfertigt.

Lässt die Arbeitgeberin regelmässig Stellenbewerbende einen Fragebogen ausfüllen, der die Persönlichkeit verletzende Fragen enthält, liegt ein Systemfehler vor. Der Eidgenössische Datenschutzbeauftragte muss in dieser Situation die erforderlichen Abklärungen vornehmen und er kann gestützt darauf an den verantwortlichen Arbeitgeber eine Empfehlung zur Änderung oder Unterlassung dieser Form der Datenbearbeitung abgeben.

Beschafft sich die Arbeitgeberin die Information über den HIV/Aids-Status auf anderen Wegen (bsw. über die Versicherung oder durch Referenzauskünfte o.ä.), ist Art. 328b OR in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 DSG (Gebot der rechtmässigen Beschaffung von Personendaten) verletzt. Ein Rechtfertigungsgrund entfällt.

Die Datenschutzverletzung kann den Auslöser für den negativen Selektionsentscheid bilden[396].

4.2.2 HIV/Aids als Grund zur Nichtanstellung

Stellt die Nichtanstellung wegen einer HIV-Infektion oder wegen einer angenommenen HIV-Infektion ein rechtlich zulässiges Verhalten dar?

Die HIV-Infektion stellt ein unveränderliches persönlichkeitsbestimmendes Merkmal dar. Sie fällt als sozial konstruierte Behinderung unter den Schutz des Diskriminierungsverbotes aufgrund einer Behinderung nach Art. 8 Abs. 2 BV und stellt verfassungsrechtlich ein eigenständiges Diskriminierungsmerkmal dar.

Im öffentlichen Dienstrecht stellt die Nichtanstellung mit der (einzigen) Begründung des Vorliegens eines positiven HIV/Aids-Status eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes dar.

Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis ist die Persönlichkeit der Stellenbewerbenden durch die auf Art. 2 ZGB fussende Rechtsfigur der *culpa*

[396] Siehe gleiches Kapitel, 4.4.1, S. 202ff.

in contrahendo, Art. 28 ZGB und durch eine Vorwirkung von Art. 328 und 328b OR geschützt. Die Anknüpfung an den HIV/Aids-Status an sich stellt für den Selektionsentscheid eine Persönlichkeitsverletzung dar, wenn nicht Rechtfertigungsgründe geltend gemacht werden können. Bis auf den seltenen Ausnahmefall, dass die HIV-Infektion an sich die Erfüllung des Arbeitsvertrages verunmöglicht, sind keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich.

Die Nichtanstellung wegen einer HIV-Infektion oder wegen einer angenommenen HIV-Infektion ist weder im öffentlichrechtlichen noch im privatrechtlichen Bereich zulässig.

Was sind die Rechtsfolgen, falls das Verhalten rechtlich unzulässig ist?

Im Falle der ungerechtfertigten Nichtanstellung durch eine staatliche Stelle kommt die Haftung des Staates bei Grundrechtsverletzungen zum Tragen. Schadenersatz und Genugtuung müssen gestützt auf das einschlägige Staatshaftungsrecht geltend gemacht werden.

Ein Recht auf Anstellung kann weder aus der Grundrechtshaftung noch aus anderem Rechtsgrund abgeleitet werden. Insbesondere sieht auch das BehiG kein solches Recht bei diskriminierender Nichtanstellung aufgrund einer Behinderung vor.

In privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen bzw. Bewerbungsverhältnissen stützt sich ein allfälliger Schadenersatz- und Genugtuungsahnsspruch auf Art. 41 OR (wenn Art. 28 ZGB verletzt ist) bzw. Art. 97 ff. OR (falls eine Vorwirkung von Art. 328 OR konstruiert wird).

Der kausal auf das widerrechtliche Verhalten (Persönlichkeitsverletzung) der Arbeitgeberin zurückzuführende Schaden der Stellenbewerberin besteht in den nutzlosen Aufwendungen für die Bewerbung. Im Falle einer vertraglichen Haftung wird das Verschulden des Arbeitgebers vermutet, während es bei der ausservertraglichen Haftung vom Geschädigten bewiesen werden muss. Sind dies genannten Haftungsvoraussetzungen erfüllt, schuldet der Arbeitgeber Schadenersatz.

Eine Nichtanstellung aufgrund der HIV-Infektion stellt eine Herabwürdigung einer Person und eine schwere Verletzung der psychischen und sozialen Integrität dar und führt zu einem Genugtuungsanspruch.

4.2.3 HIV/Aids bedingte Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit als Grund für die Nichtanstellung

Stellt die Nichtanstellung wegen einer HIV-Infektion aufgrund befürchteter (Variante: bereits bestehender) künftiger gesundheitlich bedingter Arbeitsunfähigkeit ein rechtlich zulässiges Verhalten dar?

Im öffentlichen Dienstrecht bildet bei der Geltendmachung künftiger gesundheitlicher Einschränkungen die arbeitsmedizinische Eignung für die konkrete Stelle den Prüfmassstab. Bestehen diesbezüglich keine Bedenken für die Stellenbesetzung, ist die Anknüpfung an den HIV/Aids-Status als Selektionskriterium unzulässig. Umgekehrt bedeutet dies, dass die HIV/Aids-bedingte Einschränkung der Arbeitsfähigkeit einen sachlichen Grund darstellt und im Selektionsentscheid des öffentlichrechtlichen Arbeitgebers berücksichtigt werden darf.

Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis verletzt die Bezugnahme auf die HIV-Infektion das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmerin. Eine bestehende gesundheitliche Einschränkung für die konkret zu besetzende Stelle stellt einen zulässigen Rechtfertigungsgrund dar. Der Berufung auf künftige mögliche Einschränkungen der Arbeitsfähigkeit aufgrund der HIV-Infektion sind enge Schranken gesetzt.

Im Ergebnis ist die Berufung auf eine bestehende gesundheitliche Einschränkung sowohl dem öffentlichrechtlichen wie auch dem privatrechtlichen Arbeitgeber zuzustehen, hingegen ist die Geltendmachung des Risikos künftiger HIV/Aids-bedingter Einschränkungen in der Regel nicht zulässig.

Welche Rechtsfolgen hat die Nichtanstellung, falls sie unzulässig ist?

Identisch wie in der Antwort zu 4.2.2

4.2.4 Geltendmachen von Kundenanliegen als Grund für die HIV/Aids bedingte Nichtanstellung

Ist die Nichtanstellung mit der Begründung von tatsächlichen oder befürchteten negativen Reaktionen der Kunden rechtlich zulässig?

Für den öffentlichrechtlichen Arbeitgeber ist zu prüfen, ob die Geltendmachung von Kundenreaktionen einen besonders sachlichen Grund darstellt, der die Selektion unter Bezugnahme auf den HIV/Aids-Status rechtfertigen kann. Solche Gründe wären dann gegeben, wenn die Nichtanstellung einer HIV-positiven Mitarbeiterin mit dem Schutz von Grundrechten der Kunden gerechtfertigt werden müssten (z.B. Gesundheitsschutz).

Für den öffentlichrechtlichen Arbeitgeber stellt die tatsächliche oder behauptete negative soziale Reaktion der Kunden auf eine HIV-positive Mitarbeiterin kein schützenswertes Anliegen dar. Insbesondere kann sich der

öffentlichrechtliche Arbeitgeber nicht auf das Grundrecht der Vertragsfreiheit berufen. Die Berufung auf die Grundrechte steht nur Privaten zu.

Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis ist zu prüfen, ob der Arbeitgeber ein überwiegendes privates Interesse darlegen kann, etwa die Sicherung seiner wirtschaftlichen Existenz. Der Arbeitgeber müsste beweisen, dass die Anstellung des HIV-positiven Mitarbeiters trotz zumutbaren Massnahmen des Arbeitgebers zu einem Existenzbedrohenden wirtschaftlichen Verlust führen wird. Gelingt dieser Beweis nicht, liegt eine Persönlichkeitsverletzung vor.

Welches sind die Rechtsfolgen, falls das Verhalten rechtlich unzulässig ist?

Identisch wie in der Antwort zu 4.2.2

4.2.5 Prozessuale Fragen

Nach Art. 8 ZGB hat derjenige den Beweis zu erbringen, der sich aus der behaupteten Tatsache Rechte ableitet.

Bei einer die Persönlichkeit verletzender Nichtanstellung muss der Arbeitnehmer die Verletzung der Persönlichkeit und deren Widerrechtlichkeit beweisen. Gelingt ihm der Beweis, liegt eine Anstellungsdiskriminierung vor, sofern der Arbeitgeber die Verletzung der Persönlichkeit nicht rechtfertigen kann. Bezüglich Schadenersatzforderung muss der Schaden und der Kausalzusammenhang zwischen der widerrechtlichen Handlung und dem Schaden bewiesen werden.

Verfahren um Anstellungsdiskriminierungen sind „Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis“ im Sinne von Art. 343 OR. Damit kommt bei einem Streitwert bis zu 30 000 Franken das einfache und rasche Verfahren zur Anwendung: Es entfallen Gerichtskosten, der Sachverhalt muss von Amtes wegen festgestellt und die Beweise frei gewürdigt werden.

In Verfahren der Anstellungsdiskriminierung im öffentlichen Personalrecht besteht für die Arbeitgeber im Anwendungsbereich des Bundesgesetz über die Gleichstellung von Menschen mit Behinderung (BehiG) auf Verlangen eine Begründungspflicht der Absage aufgrund einer Behinderung (Art. 14 BehiV).

4.3 Diskriminierung beim Vertragsabschluss

4.3.1 Selektion wegen HIV/Aids bei der Kollektivkrankentaggeldversicherung

Stellt die Aufnahme mit Vorbehalt in die KVG-Taggeldversicherung wegen einer HIV-Infektion ein rechtlich zulässiges Verhalten dar?

Die HIV/Aids-Diagnose allein ist nach heutigen medizinischen Erkenntnissen kein geeignetes Kriterium zur Festlegung einer vorbehaltsfähigen Krankheit im Sinne von Art. 69 KVG. Notwendig sind vielmehr präzisere Angaben über den Verlauf der HIV-Infektion bei den einzelnen Versicherten. Im Bereich des Krankenversicherungsgesetzes ist das Untersuchungsprinzip massgebend. Der KVG-Versicherer ist deshalb gehalten, seinen Entscheid aufgrund der relevanten medizinischen Grundlagen zu fällen.

Die Statuierung eines Gesundheitsvorbehaltes nach Art. 69 KVG aufgrund einer positiven HIV/Aids-Diagnose, ohne dass im Weiteren die medizinischen Grundlagen für einen Vorbehalt sprechen, ist nicht zulässig.

Ist die Nichtaufnahme in eine VVG-Taggeldversicherung wegen einer HIV Infektion rechtlich zulässig?

Die Ausführungen zur KVG-Versicherung können auf die VVG-Versicherung weitgehend übertragen werden. Auch der VVG-Taggeldversicherer ist gestützt Art. 4 VVG und Art. 4 Abs. 2 DSG (Verhältnismässigkeitsprinzip, bindet den privaten Versicherer) verpflichtet, die Vornahme seines Risikoselektionsentscheides anhand objektiver Kriterien vorzunehmen.

Rechtsfolgen bei unzulässiger Nichtaufnahme in die KVG oder VVG-Taggeldversicherung

Bei der Taggeldversicherung nach KVG wird der Vorbehalt in der Form einer Verfügung angebracht. Diese kann auf dem Wege der Verwaltungsrechtspflege angefochten werden. Die Rechtsfolge besteht im Wegfallen des Vorbehaltes.

Bei der VVG-Versicherung muss die Nichtaufnahme in die Versicherung oder die Aufnahme zu schlechteren Bedingungen auf dem zivilrechtlichen Weg angefochten werden. Kann die versicherte Person den Beweis erbringen, dass der Ausschluss oder die ungünstigen Bedingungen auf falschen objektiven medizinischen Grundlagen beruhen, muss der Entscheid des Versicherers korrigiert werden.

4.3.2 Weitergehende berufliche Vorsorge

Stellt die Nichtaufnahme in die berufliche Vorsorge ein rechtlich zulässiges Verhalten dar?

Die Vorsorgeeinrichtung muss einen Gesundheitsvorbehalt mit objektiven Kriterien begründen. Die Vorsorgeeinrichtung ist berechtigt, das Risiko,

aufgrund der HIV-Infektion innerhalb der längstens zulässigen Vorbehaltsperiode von fünf Jahren invalid zu werden, durch einen Vorbehalt nicht zu decken.

Die objektive Beurteilung *dieses* Versicherungsrisikos ist vom Risiko des Taggeldversicherers – dieser versichert die Arbeitsunfähigkeit für eine Leistung von längstens 720 Tagen – zu unterscheiden. Wie bei der Taggeldversicherung bildet aber auch in der Risikoversicherung (Tod und Invalidität) innerhalb der beruflichen Vorsorge der Status HIV-Positiv alleine kein ausreichendes Kriterium, vielmehr ist eine differenziertere medizinische Diagnose notwendig.

Welches sind die Rechtsfolgen bei einer unzulässigen Nichtaufnahme?

Ein nicht auf objektiven medizinischen Grundlagen basierender Vorbehalt ist ungültig. Die Ungültigkeit muss auf dem Klageweg (Art. 73 BVG) durchgesetzt werden.

4.3.3 Arbeitsbedingungen

Ist die Vereinbarung von schlechteren Arbeitsbedingungen wegen HIV/Aids ein rechtlich zulässiges Verhalten?

Die vertragliche Vereinbarung schlechterer Arbeitsbedingungen wegen HIV/Aids ist zulässig, solange der vereinbarte Vertragsinhalt nicht gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit verstösst (Art. 19 Abs. 2 OR). Eine im Vergleich zu einem anderen Arbeitnehmer schlechtere Entlöhnung für vergleichbare Arbeit aufgrund der HIV/Aids-Diagnose stellt jedoch einen Verstoss gegen den Persönlichkeitsschutz nach Art. 28 ZGB dar. Eine vertragliche Einigung mit dem fraglichen Arbeitnehmer über die HIV/Aids-bedingte Schlechterstellung stellt eine Einwilligung in die Persönlichkeitsverletzung dar, was die Widerrechtlichkeit wieder aufhebt. Die Einwilligung ist nur in den Schranken von Art. 27 Abs. 2 ZGB zulässig. Ob der fragliche Vertragsinhalt gegen das Recht oder die guten Sitten verstösst, kann nur im konkreten Einzelfall festgestellt werden. Ist die Einwilligung ungültig, liegt eine Persönlichkeitsverletzung vor.

Im öffentlichen Dienstrecht verstösst die vertragliche Vereinbarung schlechterer Arbeitsbedingungen für Arbeitnehmende mit HIV/Aids gegen Art. 8 Abs. 2 BV. Bei öffentlichen Arbeitgebern des Bundes verstösst eine Ungleichbehandlung wegen einer Behinderung zudem gegen Art. 13 BehiG.

Was sind die Rechtsfolgen, falls das Verhalten rechtlich unzulässig ist?

Die Persönlichkeitsverletzung im Fall einer nicht durch Einwilligung gerechtfertigten vertraglichen Schlechterstellung eines Arbeitnehmers

aufgrund der HIV/Aids-Diagnose kann vor Gericht mit der Beseitigungsklage nach Art. 28a Abs. 1 Ziff. 2 ZGB geklagt werden. Durch die Beseitigungsklage werden die ungleichen vertraglichen Bedingungen beseitigt.

Im Bereich des öffentlichen Dienstrechts erfolgt die Herstellung des rechtsmässigen Zustandes durch Anfechtung der Anstellungsverfügung bzw. des Anstellungsvertrages auf dem einschlägigen Verwaltungsrechtsweg.

4.3.4 Beweisfragen

Je nach Verfahren gelten unterschiedliche Regelungen.

Die Gültigkeit eines Vorbehaltes in der Krankentaggeldversicherung nach KVG wird im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbarkeit geprüft. Das Gericht stellt dabei unter Mitwirkung der Parteien die für den Entscheid relevanten Tatsachen fest (Art. 61 lit. c ATSG). Der massgebende Untersuchungsgrundsatz schliesst eine *Beweislast* im Sinne einer Beweisführungslast aus[399]. Gleiches gilt für die Verfahren um die Zulässigkeit eines Vorbehaltes in der weitergehenden beruflichen Vorsorge (Art. 73 Abs. 2 BVG).

Im Streit um einen Risikoausschluss in der privaten Krankentaggeldversicherung nach VVG ist die Beweisrechtslage wie folgt: Die Versichererfrage nach dem HIV/Aids-Test wird kraft Art. 4 Abs. 3 VVG als erheblich vermutet. Die Erheblichkeitsvermutung muss mit dem Beweis des Gegenteils umgestossen werden.

Der Beweis, eine Bestimmung des Arbeitsvertrages verstosse wegen HIV/Aids bedingter Ungleichbehandlung gegen die guten Sitten bzw. das Recht der Persönlichkeit obliegt der Arbeitnehmerin.

4.4 Diskriminierung während der Anstellung

4.4.1 HIV/Aids-Datenschutzverletzungen[400]

[399] Eidg. Versicherungsgericht, Entscheid vom 21. August 2006, Erw. 3.1.

[400] Die Rechtslage zu diesem Punkt wurde im öffentlichen Dienstrecht nicht näher geprüft, doch ist im Lichte der Grundrechtsbindung öffentlicher Arbeitgeber und angesichts der vergleichbar strengen Datenschutzgesetzgebung davon auszugehen, dass das Ergebnis identisch ist.

Durch den Arbeitgeber und Mitarbeiter/innen

Dürfen bzw. müssen Mitarbeiterinnen oder Vorgesetzte die Information der HIV-Infektion an den Arbeitgeber weitergeben?

Eine Information eines Arbeitnehmers (oder Vorgesetzten) über die HIV-Infektion eines bestimmten Arbeitsnehmers findet keine Stütze in der arbeitsvertraglichen Treuepflicht nach Art. 321a OR. Die Bekanntgabe der HIV-Infektion an den Arbeitgeber stellt eine Verletzung der Persönlichkeit der betroffenen Person im Sinne von Art. 28ff. ZGB i.V.m. Art. 12ff. DSG dar.

Der Arbeitgeber ist verpflichtet dafür zu sorgen, dass Arbeitnehmenden vor widerrechtlicher Persönlichkeitsverletzung seitens anderer Mitarbeitenden oder Vorgesetzten geschützt werden (Art. 328 OR). Insbesondere kann dem Arbeitgeber zugemutet werden, dass er die Vorgesetzten und Mitarbeitenden gebührend schult und sie dabei über die rechtmässige Bearbeitung von Personendaten unterrichtet. Der Arbeitgeber verletzt seine Pflicht zum Persönlichkeitsschutz nach Art. 328 OR, wenn er nicht alle ihm zumutbaren Massnahmen trifft, um Persönlichkeitsverletzung seiner Mitarbeitenden zu verhindern.

Darf der Arbeitgeber die Information über den HIV/Aids-Status einer Mitarbeiterin Dritten bekannt geben?

Die arbeitsvertragliche Pflicht zum Persönlichkeitsschutz (Art. 328 OR) und die Beschränkung der zulässigen Datenbearbeitung (Art. 328b OR) verbietet der Arbeitgeberin die ihr bekannte Information über den HIV/Aids-Status ihrer Arbeitnehmerin Dritten bekannt geben.

Für den Arbeitgeber wie für alle Personen, die mit Arbeitnehmerdaten arbeiten, ist Art. 35 DSG beachtlich. Die Information über die HIV-Infektion ist im privaten wie öffentlichen Arbeitsverhältnis durch die berufliche Schweigepflicht nach Art. 35 DSG geschützt. Art. 35 DSG verbietet die vorsätzliche Bekanntgabe von geheimen, besonders schützenswerten Personendaten, die Personen während ihrer Berufsausübung erfahren.

Was sind die Rechtsfolgen, wenn die Bearbeitung der Personendaten rechtlich unzulässig ist?

Verletzt der private Arbeitgeber die Persönlichkeit eines Arbeitnehmenden nach Art. 328 OR resp. Art. 12 i.V.m. 13 DSG, stehen die zivilrechtlichen Klagen nach Art. 28 ZGB zur Verfügung. Zudem entsteht ein Anspruch auf Schadenersatz nach Art. 97ff. OR und je nach Schwere der Verletzung ein Anspruch auf Genugtuung nach Art. 49 OR.

Wer die berufliche Schweigepflicht nach Art. 35 DSG verletzt, wird auf Antrag mit Haft oder Busse bestraft.

Weitergabe der HIV/Aids-Information durch den Vertrauensarzt

Ist die Weitergabe gesundheitsrelevanter Personendaten durch den Vertrauens-Personalarzt an die Arbeitgeberin ein rechtlich zulässiges Verhalten?

Der Vertrauensarzt-Personalarzt ist an die ärztliche Schweigepflicht nach Art. 321 StGB gebunden[401]. Ohne Rechtfertigungsgrund ist es dem Vertrauens-Personalarzt verwehrt, geheime Tatsachen an Dritte zu offenbaren[402]. Rechtfertigungsgründe nach Art. 321 Ziff. 2 StGB sind die Einwilligung des Berechtigten oder die Entbindung des Arztes von der Schweigepflicht durch eine behördliche Bewilligung.

Der Vertrauens-Personalarzt darf dem Arbeitgeber bloss die medizinische Untauglichkeit für die arbeitsvertraglich vereinbarte Tätigkeit attestieren. Er verletzt die ärztliche Schweigepflicht nach Art. 321 StGB, wenn er den Arbeitgeber über die Diagnose HIV/Aids informiert.

Im öffentlichen Arbeitsverhältnis darf der ärztliche Dienst gemäss Art. 28 Abs. 2 BPG nur soweit über Gesundheitsdaten Auskunft erteilen, als für die Beurteilung der Anstellungs-, Versicherungs- oder Arbeitstauglichkeit erforderlich ist oder die Zustimmung der betroffenen Person vorliegt. Wie im privaten Arbeitsverhältnis ist auch hier die Information über den HIV/Aids-Status durch die ärztliche Schweigepflicht im Sinne von Art. 321 StGB geschützt.

Was sind die Rechtsfolgen, falls das Verhalten rechtlich unzulässig ist?

Die Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht nach Art. 321 StGB ist ein Antragsdelikt und wird mit Gefängnis oder Busse bestraft.

4.4.2 HIV/Aids-Mobbing

Ist der Arbeitgeber verpflichtet, Massnahmen zur Verhinderung von HIV/Aids-Mobbing zu treffen?

---

[401] Nach bundesgerichtlicher Definition ist Geheimnis alles, was der Patient dem Arzt zwecks Ausführung des Auftrages anvertraut oder was der Arzt in Ausübung seines Berufes wahrnimmt, siehe BGE 101 Ia 11, 75 IV 73ff.
[402] TRECHSEL, S. 1018.

Nach der Bestimmung in Art. 328 OR ist die Arbeitgeberin verpflichtet, für ein taugliches Konfliktmanagement zu sorgen. Mittels Verhaltensanweisung gemäss Art. 321d Abs. 1 OR kann der Arbeitgeber das Mobbing-Verhalten der Mitarbeitenden unterbinden. Die Thematisierung des HIV/Aids-Mobbings im Betrieb und dessen Folgen können sensibilisierend wirken. Eine Ursachenanalyse, entsprechende Vorkehrungen im Betrieb, die Schulung des Personals und eine klare Informationspolitik können Mobbing verhindern. Falls der Arbeitgeber keine Massnahmen zur Verhinderung von Mobbing und zum Schutz der Persönlichkeit der betroffenen Person ergreift und es zu HIV/Aids-Mobbing kommt, verletzt er seine Pflicht zum Persönlichkeitsschutz nach Art. 328 OR.

Was sind die Rechtsfolgen, falls das Verhalten rechtlich unzulässig ist?

Siehe Rechtsfolgen unter 4.4.1. Daneben kann gemäss Art. 82 OR i.V.m. analog Art. 324 OR das Recht, die Arbeitsleistung zu verweigern, geltend gemacht werden.

4.4.3 Diskriminierende Ausübung des Weisungsrechts des Arbeitgebers

Ist die Zuweisung einer vom konkreten Arbeitsvertrag nicht vorgesehene Tätigkeit wegen HIV/Aids (z.B. Versetzung vom Kundendienst in den Innendienst) rechtlich zulässig?

Von dringenden betrieblichen Bedürfnissen abgesehen, schuldet die Arbeitnehmerin nur die *vertraglich übernommenen* Arbeiten. Eine mit der HIV-Infektion begründete Versetzung der Arbeitnehmerin vom Kundendienst in den Innendienst verletzt deren Persönlichkeit. Erfolgt die Weisung der Arbeitgeberin aufgrund von Kundenanliegen, kann dies nur dann als Rechtfertigungsgrund gelten, wenn die Arbeitgeberin ohne die Versetzung der fraglichen Arbeitnehmerin in ihrer wirtschaftlichen Existenz bedroht ist. Gelingt dieser Nachweis nicht, ist die Versetzung sachlich nicht gerechtfertigt und damit persönlichkeitsverletzend.

Was sind die Rechtsfolgen, wenn die Weisung rechtlich unzulässig ist?

---

[411] Das Gebot, ein Arbeitsverhältnis nicht aus missbräuchlichen Motiven zu künden, gilt für die Arbeitgeberin *und* die Arbeitnehmerin. Würde also eine Arbeitnehmerin ein Arbeitsverhältnis mit der Begründung auflösen, sie wolle nicht für einen HIV-positiven Arbeitgeber tätig sein, wäre die Missbräuchlichkeit ebenfalls gegeben.

Eine rechtswidrige Weisung ist nichtig. Damit fällt auch die Befolgungspflicht des Arbeitnehmers dahin. Der Arbeitnehmerin darf aus der Nichtbeachtung der Weisung kein Nachteil erwachsen.

4.4.4 Rücksichtnahme auf die Gesundheit des Arbeitnehmenden

Stellt die fehlende Rücksichtnahme auf den Gesundheitszustand des Arbeitnehmers ein rechtlich unzulässiges Verhalten dar?

Eine fehlende Rücksichtnahme auf den Gesundheitszustand einer Arbeitnehmerin stellt eine Verletzung der Pflicht zum Gesundheitsschutz nach Art. 328 OR dar. Nach Art. 328 Abs. 2 OR hat der Arbeitgeber zum Schutz von Leben und Gesundheit der Arbeitnehmer die Massnahmen zu treffen, die nach Erfahrung notwendig und nach dem Verhältnis des Betriebes angemessen sind sowie dem Arbeitgeber billigerweise zugemutet werden können.

Eine fehlende zumutbare Rücksichtsnahme auf die Gesundheit stellt überdies eine Verletzung der öffentlichrechtlichen Pflichten des Arbeitgebers gemäss Art. 6 ArG dar. Die für die Kontrolle der Bestimmungen zuständigen Behörden haben gegenüber fehlbaren Betrieben mit den Mitteln des Verwaltungszwangs für einen rechtmässigen Zustand zu sorgen.

Was sind die Rechtsfolgen, falls das Verhalten rechtlich unzulässig ist?

Siehe Rechtsfolgen unter 4.4.1.

Bei Verletzungen der öffentlichrechtlichen Pflicht zur Rücksichtsnahme auf die Gesundheit der Arbeitnehmenden kommen die im Arbeitsgesetz vorgesehenen Sanktionen zum Tragen (Art. 54 ArG, Art. 342 Abs. 2 OR).

4.4.5 Beweisfragen

Bei allen hier aufgeführten Verfahren handelt es sich um Streitigkeiten aus einem Arbeitsverhältnis und es findet das einfache und rasche Verfahren mit Sachverhaltsfestellung durch das Gericht nach Art. 343 OR statt (bis zu einem Streitwert von 30 000 Franken).

Der Beweis für Datenschutz- und Persönlichkeitsverletzungen muss von der Arbeitnehmerin erbracht werden. Will sich die Arbeitgeberin für die Versetzung eines Arbeitnehmers auf das Weisungsrecht berufen, obliegt ihr die Beweislast für die Rechtmässigkeit der Weisung.

4.5 Diskriminierung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses

4.5.1 Kündigung wegen HIV/Aids

Stellt die Kündigung wegen HIV/Aids ein rechtlich zulässiges Verhalten dar?

Privatrechtliches Arbeitsverhältnis

Nach Art. 336 Abs. 1 lit. a OR ist eine Kündigung missbräuchlich, wenn sie wegen einer Eigenschaft, die der anderen Partei[411] kraft ihrer Persönlichkeit zusteht, ausgesprochen wird. Ausnahmsweise ist eine Kündigung zulässig, wenn die Eigenschaften in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen oder die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigen.

Der HIV/Aids-Status ist eine persönliche Eigenschaft im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit a OR, unabhängig davon, ob ihr ein Krankheitswert zugeschrieben wird[412]. Ein Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis besteht nur dann, wenn als Folge der HIV/Aids-Infektion die Arbeitsleistung nicht mehr gemäss Arbeitsvertrag erbracht werden kann. Ein HIV/Aids-Übertragungsrisiko am Arbeitsplatz besteht bei Anwendung einschlägiger Vorsichtsmassnahmen und verantwortungsvollem Verhalten der betroffenen Person nicht. Eine Betriebsstörung aufgrund der HIV-Infektion, etwa als Folge unadäquater Reaktionen von Mitarbeitenden oder Kunden, ist nur dann anzunehmen, wenn die Arbeitgeberin alle ihr zumutbaren Abwehrmassnahmen getroffen hat. Eine Kündigung aufgrund des HIV/Aids-Status ist nur unter den aufgeführten einschränkenden Bedingungen nicht missbräuchlich.

Öffentlichrechtliches Arbeitsverhältnis (nach Bundespersonalgesetz)

Die mangelnde Tauglichkeit, die im Arbeitsvertrag vereinbarten Tätigkeiten zu verrichten, gehört zu den zulässigen Kündigungsgründen nach Art. 12 Abs. 6 BPG. Ist das Arbeitsverhältnis aus diesem Grund unzumutbar, so kann der Arbeitgeber fristlos kündigen (Art. 12 Abs. 7 BPG).

Im Falle einer missbräuchlichen Kündigung verweist Art. 6 Abs. 2 BPG auf Art. 336 OR. Eine Kündigung wegen HIV/Aids ist unter den gleichen Voraussetzungen wie im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis missbräuchlich.

Was sind die Rechtsfolgen, falls das Verhalten rechtlich unzulässig ist?

---

[412] BGE 116 V 239, 124 V 118.

[423] REHBINDER (Art. 336 OR), S. 93, BGE 125 II 285, OGer. AG JAR 1991, S. 231, JAR 1993, S. 269, JAR 1994, S. 205, JAR 1995, S. 163, JAR 2001, S. 283.

Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis bleibt eine rechtsmissbräuchliche Kündigung rechtswirksam. Der betroffenen Person wird lediglich eine Entschädigung ausgerichtet (Art. 336a Abs. 1 OR). Die Entschädigung wird unabhängig von einem allfälligen Schaden ausgesprochen, denn ausschlaggebend ist die Missbräuchlichkeit. Die Höhe der Entschädigung liegt im Ermessen des Richters unter Berücksichtigung aller Umstände. Sie darf die Gesamtsumme von max. sechs Monatslöhne nicht übersteigen (Art. 336a Abs. 2 OR).

Im öffentlichen Dienst ist eine rechtmissbräuchliche Kündigung anfechtbar. Verletzt der Arbeitgeber den sachlichen Kündigungsschutz nach Art. 14 Abs. 3 lit. a BPG, ist er verpflichtet, der betroffenen Person die bisherige Tätigkeit oder, falls dies nicht möglich ist, eine zumutbare andere Arbeit anzubieten. Kann die betroffene Person aus einem nicht selbstverschuldeten Grund beim bisherigen Arbeitgeber nicht weiterbeschäftigt werden, so hat sie einen Anspruch auf Entschädigung nach Art. 19 Abs. 3 PGB.

4.5.2 Kündigung wegen HIV/Aids bedingter Arbeitsunfähigkeit resp. Abwesenheit

Ist die Kündigung während einer krankheitsbedingten Abwesenheit ein rechtlich zulässiges Verhalten?

Nach Art. 336c Abs. 1 lit. b darf der Arbeitgeber nach Ablauf der Probezeit das Arbeitsverhältnis nicht künden, während die Arbeitnehmerin ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist. Die Dauer des zeitlichen Kündigungsschutzes (Sperrfrist) hängt von der Dauer des Arbeitsverhältnisses ab. Die Sperrfrist beträgt im ersten Dienstjahr 30 Tage, ab zweitem bis zum fünftem Dienstjahr 90 Tage und ab sechstem Dienstjahr 180 Tage.

Nach Ablauf der Sperrfrist ist die Kündigung wegen HIV/Aids-bedingter Arbeitsunfähigkeit dann nicht missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR, wenn die Arbeitgeberin gegenüber dem erkrankten Mitarbeiter die mit Blick auf Art. 328 OR erforderliche Rücksichtnahme gezeigt hat. Das Kündigungsmotiv liegt zwar teilweise in der persönlichen Eigenschaft des Arbeitnehmers, diese Eigenschaft steht aber in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis. Die Arbeitsleistung kann krankheitsbedingt nicht mehr gemäss Arbeitsvertrag erbracht werden. Die Kündigung ist nach Art. 336 OR gerechtfertigt.

Im öffentlichen Arbeitsverhältnis verweist Art. 14 Abs. 1 lit. c BPG auf den zeitlichen Kündigungsschutz nach Art. 336c OR.

Was sind die Rechtsfolgen, falls das Verhalten rechtlich unzulässig ist?

Nach Art. 336c Abs. 2 OR sowie Art. 14 Abs. 1 lit. c BPG ist eine während der Sperrfrist ausgesprochene Kündigung nichtig. Der Arbeitgeber muss nach Ablauf der Sperrfrist nochmals kündigen, falls er an der Kündigung festhalten will.

4.5.3 Kündigung wegen befürchteter zukünftiger Nachteile

Ist die Kündigung aufgrund befürchteter zukünftiger Arbeitsunfähigkeit wegen HIV/Aids ein rechtlich zulässiges Verhalten?

Massgebend für die Arbeitsfähigkeit eines Arbeiternehmers ist die momentane medizinische Tauglichkeit. Befürchtungen, dass die betroffene Person zu einem späteren Zeitpunkt HIV/Aids-bedingt arbeitsunfähig werden könnte, rechtfertigt eine Kündigung nicht. Die Kündigung ist deshalb im Sinne von Art. 336 OR missbräuchlich, weil das Kündigungsmotiv in der persönlichen Eigenschaft der betroffenen Arbeitnehmerin liegt, die nicht in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht.

Was sind die Rechtsfolgen, falls das Verhalten rechtlich unzulässig ist?

Rechtsfolgen siehe missbräuchliche Kündigung Kapitel 4.5.1.

4.5.4 HIV/Aids bedingte Konflikte als Kündigungsgrund

Ist eine Kündigung während einer Arbeitsunfähigkeit/Abwesenheit, deren Ursachen auf eine HIV/Aids bedingte Diskriminierung im Betrieb zurückzuführen sind, ein rechtlich unzulässiges Verhalten?

Wie dargestellt, ist die Kündigung aufgrund HIV/Aids bedingter Arbeitsunfähigkeit nach Ablauf der Sperrfrist zulässig. Ist die Arbeitsunfähigkeit jedoch die Folge missachteter Pflicht zum Persönlichkeitsschutz durch die Arbeitgeberin, ist die Kündigung missbräuchlich.

Was sind die Rechtsfolgen, falls das Verhalten rechtlich unzulässig ist?

Siehe Antworten zu Art. 336 OR unter Kapital 4.4.1.

4.5.5 Prozessuales

Der Beweis der missbräuchlichen Kündigung nach Art. 336 Abs. 1 lit. a OR ist von der gekündigten Person zu erbringen (Art. 8 ZGB). Sie muss nicht nur die Missbräuchlichkeit der Kündigung, sondern auch die Kausalität zwischen dem Missbrauchstatbestand und der Kündigung beweisen, d.h., sie muss beweisen, dass ihr tatsächlich aus dem missbräuchlichen Grund gekündigt

worden ist. Es genügt eine hohe Wahrscheinlichkeit[423]. Dem Arbeitgeber obliegt der Beweis der Rechtfertigungsgründe.

Liegen mehrere Gründe für die Kündigung vor, wovon einige missbräuchlich sind, so ist vom Gericht zu entscheiden, welcher Kündigungsgrund wahrscheinlich der überwiegende und ausschlaggebende Grund für die Kündigung ist[425]. Die Arbeitgeberin hat den Gegenbeweis zu erbringen, und zwar, dass die Auflösung des Arbeitsverhältnisses auch ohne die missbräuchlichen Gründe stattgefunden hätte[426]. Ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen Grund und Kündigung ist genügend Indiz für eine missbräuchliche Kündigung[427].

Eine Wiederholung der Kündigung mit einer unterschiedlichen Begründung innerhalb von zwei Tagen ist vergleichbar mit dem Nachschieben von Kündigungsgründen. In diesem Fall kann ähnlich argumentiert werden wie bei einer Kündigung, bei der verschiedene u.a. missbräuchliche Gründe angegeben werden. Die Wahrscheinlichkeit ist gross, dass der HIV/Aids-Status der überwiegende und ausschlaggebende Grund der Kündigung ist.

4.6 Diskriminierung in der nachvertraglichen Phase

4.6.1 Informationen über den HIV/Aids-Status

Ist die Weitergabe von Gesundheitsdaten an einen potenziellen Arbeitgeber ein rechtlich zulässiges Verhalten?

Das Arbeitszeugnis und schriftliche oder mündliche Auskünfte an einen potenziellen Arbeitgeber dürfen nur objektiv arbeitsplatzrelevante Angaben enthalten. Die Weitergabe von Gesundheitsdaten (HIV/Aids) ohne Einwilligung der betroffenen Person verletzt die Persönlichkeit nach Art. 12 i.V.m. Art. 13 DSG. Verletzt ist weiter die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, da diese über das Arbeitsverhältnis hinaus nachwirkt.

Im Bereich des öffentlichen Personalrechts dürfen Angaben über die Gesundheit (besonders schützenswerte Daten) nur weiter gegeben werden, wenn ein formelles Gesetz es ausdrücklich vorsieht (Art. 17 Abs. 2 DSG). Die Weitergabe der Gesundheitsdaten kann ausnahmsweise gerechtfertigt sein, wenn die Angaben für eine in einem formellen Gesetz klar

[425] BGE 130 III 699.
[426] STAEHELIN/VISCHER, N 38 zu Art. 336 OR, STREIFF/VON KAENEL, N 20 zu Art. 336 OR; Bundesgericht, Urteil vom 6. März 2001, Doss. Nr. 4P.205/2000 (Bestätigung des Urteils de la Chambre d'appel des prud'hommes du Canton de Genève vom 29. Juni 2000).
[427] JAR 1999, S. 238.

umschriebene Aufgabe unentbehrlich sind, die betroffene Person zur Weitergabe der Daten eingewilligt hat oder aus den Umständen eine Einwilligung vorausgesetzt werden kann oder wenn die betroffene Person die Daten allgemein zugänglich gemacht hat (Art. 17 Abs. 2 i.V.m. Art. 19 Abs. 1 DSG).

Die Weitergabe der HIV/Aids-Information ohne Rechtfertigungsgrund ist rechtlich nicht zulässig und verletzt die Persönlichkeit des betroffenen Arbeitnehmers nach Art. 12 i.V.m. Art. 13 DSG resp. die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers nach Art. 328 OR.

Was sind die Rechtsfolgen, falls das Verhalten rechtlich unzulässig ist?

Im Verhältnis unter Privaten kann die betroffene Person gemäss Art. 15 Abs. 1 DSG die Rechtsansprüche nach Art. 28ff. ZGB geltend machen. Sie kann vom Gericht die Widerrechtlichkeit der Persönlichkeitsverletzung feststellen lassen (Art. 28 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB) und auf Schadenersatz, Genugtuung und die Herausgabe des entgangenen Gewinns klagen (Art. 28 Abs. 3 ZGB). Gemäss Art. 15 Abs. 1 DSG kann die betroffene Person insbesondere gegenüber dem privaten Arbeitgeber verlangen, dass die Weitergabe an Dritte gesperrt wird.

Kann der betroffene Arbeitnehmer im öffentlichen Dienstverhältnis ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft machen, kann er ebenfalls die Sperrung der Bekanntgabe von bestimmten Personendaten verlangen. Gemäss Art. 25 DSG wird die Widerrechtlichkeit der Weitergabe im Verwaltungsverfahren festgestellt. Die Verfügung kann mit Beschwerde bei der Eidgenössischen Datenschutzkommission angefochten werden.

Die betroffene Person kann die Datenschutzverletzung – ob im privaten oder öffentlichen Arbeitsverhältnis - auch durch den Datenschutzbeauftragten abklären lassen (Art. 26ff. DSG). Unter Mitarbeit des privaten Arbeitgebers oder des betreffenden Bundesorgans wird der Sachverhalt näher abgeklärt. Wird eine Datenschutzverletzung festgestellt, empfiehlt der Datenschutzbeauftragte, die widerrechtliche Weitergabe von Personendaten zu unterlassen (Art. 27 DSG). Wird die Empfehlung nicht befolgt oder abgelehnt, so wird im privaten Arbeitsverhältnis die Eidgenössische Datenschutzkommission und im öffentlichen das entsprechende Departement oder die Bundeskanzlei in der Angelegenheit entscheiden.

5 Würdigung des Diskriminierungsschutzes

5.1 Allgemeines

Weder im privatrechtlichen Arbeitsrecht noch im öffentlichrechtlichen Personalrecht existiert ein *spezifischer* Schutz vor HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsleben. Die Analyse der Rechtsgrundlagen für das privat- und öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnis zeigen jedoch auf, dass sowohl der Status HIV-Positiv wie auch die HIV/Aids bedingte Arbeitsunfähigkeit unter bestehende Schutzkonzepte subsumiert werden können.

Im Bundespersonalrecht wird über den Schutz vor Diskriminierung aufgrund einer Behinderung nach BehiG hinaus kein allgemeiner Diskriminierungsschutz auf Gesetzesstufe gewährleistet. Gleiches gilt für das kantonale Personalrecht. Die verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote schützen jedoch auch vor HIV/Aids-Diskriminierung. Durch die Grundrechtsbindung des öffentlichrechtlichen Arbeitgebers entfalten die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 BV Wirkung. Die Verpflichtungen aus Art. 8 Abs. 2 BV gelten auch für privatrechtliche Unternehmen, die öffentlichrechtliche Aufgaben übernehmen.

Im Bewerbungsverfahren dienen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis der ausservertragliche privatrechtliche und der arbeitsvertragliche Persönlichkeitsschutz sowie die Figur der *culpa in contrahendo* als Instrumente zum Schutze vor Diskriminierung aufgrund einer HIV-Infektion. Der vorvertragliche Austausch von besonders schützenswerten Personendaten und die dadurch entstehende besondere Beziehungsnähe setzen ein Verhalten nach Treu und Glauben voraus, damit die Persönlichkeit der Stellenbewerbenden gebührend geschützt ist. Art. 2 ZGB, der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz nach Art. 28 ZGB sowie die Vorwirkung von Art. 328/328b OR entfalten Wirkung in der Bewerbungsphase.

Die Krankentaggeldversicherung verhindert eine Einkommenslücke infolge langandauernder Arbeitsunfähigkeit. Eine Einschränkung des Versicherungsschutzes aufgrund des bei Versicherungsbeginn bestehenden bereits belastenden Gesundheitsleidens führt zu existenziellen wirtschaftlichen Schwierigkeiten für die Betroffenen. Neuere Forschungsergebnisse über die Behandelbarkeit der HIV-Infektion zeigen auf, dass die heute noch praktizierten, den Verlauf der HIV-Infektion nicht berücksichtigenden Selektionspraktiken der Taggeldversicherer nicht zulässig sind. Eine Ungleichbehandlung unter Anknüpfung an das Kritierium HIV-Positiv muss sich sowohl für die soziale Krankentaggeldversicherung nach KVG wie auch nach der privaten Kranktentaggeldversicherung nach VVG auf objektive Kriterien abstützen, d.h., es ist auf den konkreten Verlauf der HIV-Infektion bei den einzelnen Versicherten abzustützen.

Während des Arbeitsverhältnisses schützen die Pflichten des Arbeitgebers zum Persönlichkeits- und Gesundheitsschutz nach Art. 328 Abs. 1 und 2 OR und die öffentlichrechtliche Bestimmung in Art. 6 ArG die HIV-positiven oder an Aids erkankten Arbeitnehmenden vor HIV/Aids bedingter Diskriminierung. Beachtlich ist insbesondere die arbeitsvertragliche und öffentlichrechtliche Verpflichtung des Arbeitgebers zur Rücksichtsnahme auf die Gesundheit gerade auch der erkrankten Arbeitnehmenden.

Der Schutz vor HIV/Aids bedingter diskriminierender Kündigung erfolgt durch die Sanktion missbräuchlicher (aber gültiger) Kündigung nach Art. 336 OR. Im öffentlichen Personalrecht finden sich vergleichbare Schutzbestimmungen, bzw. es wird auf die obligationenrechtlichen Kündigungsschutzbestimmungen verwiesen. Im öffentlichen Personalrecht ist der Kündigungsschutz jedoch insofern weitgehender, als eine Kündigung aus missbräuchlichen Motiven anfechtbar ist und der Arbeitgeber verpflichtet ist, die missbräuchliche Kündigung zurückzunehmen.

5.2 Lücken im Diskriminierungsschutz

5.2.1 Im Bewerbungsverfahren

Lücken im HIV/Aids-Diskriminierungsschutz finden sich insbesondere im Bewerbungsverfahren. Zwar wurde gezeigt, dass (und wie) die offenen Konzepte des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes und die im verfassungsrechtlichen Diskriminierungsschutz angelegte Übertragbarkeit auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse dem Gericht erlauben, HIV/Aids-Diskriminierungen im Bewerbungsverfahren zu erfassen. Dennoch ist der Schutz im Bewerbungsverfahren aus folgenden Gründen ungenügend:

- Die Beweislast für die diskriminierende Nichtanstellung trägt die klagende Partei, also die HIV-positive Stellenbewerberinnen. Der Beweis ist sehr schwierig zu erbringen, da in der Regel andere Gründe für die Nichtanstellung vorgeschoben werden können. Auch der in arbeitsvertraglichen Streitigkeiten bis 30 000 Franken geltende Untersuchungsgrundsatz verändert die Beweisrechtslage nicht grundsätzlich.
- Einen positiven Ansatz weist das BehiG bzw. die Konkretisierung in Art. 14 der BehiV mit der Statuierung einer Begründungspflicht für eine Nichtanstellung auf. Der Anwendungsbereich des BehiG ist indes auf Bundesstellen und auf das Kriterium „Behinderung“ beschränkt. Zudem sind im BehiG die Rechtsfolgen einer allfälligen aufgrund einer Behinderung diskriminierenden Nichtanstellung nicht geregelt.

- Nicht adäquat sind sowohl im privatrechtlichen wie im öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnis die Rechtsfolgen einer diskriminierenden Nichtanstellung; insbesondere fehlen abschreckende Sanktionen.

5.2.2 Während des Arbeitsverhältnisses .

In dieser Phase erweist sich weniger das Fehlen geeigneter Normen zum Schutz vor Diskriminierung als problematisch als vielmehr die lückenhafte Umsetzung und fehlende Wirksamkeit, wie bsw. im Fall eines *HIV/Aids-Mobbing* gegen einen betroffenen Mitarbeiter in einem Betrieb. Es stellen sich insbesondere die Fragen, ob und wie die zuständigen Verwaltungsstellen die in Art. 6 ArG enthaltene öffentlichrechtliche Pflicht des Arbeitgebers zum Schutz der Integrität der Arbeitnehmenden wirksam kontrollieren können. Die zivilrechtliche Klagemöglichkeit wegen Verletzung des Persönlichkeitsschutzes erweist sich angesichts des Prozessrisikos und des empirischen Risikos des darauf folgenden Arbeitsplatzverlustes als eher illusorisch.

Die Bestimmung in Art. 328b OR resp. der durch das DSG gewährleistete Persönlichkeitsschutz erscheint vordergründig als genügender Schutz vor persönlichkeitsverletzender Datenbearbeitung durch unsorgfältigen betrieblichen Umgang mit der Information über die HIV/Aids-Diagnose. In der Praxis zeigt sich jedoch, dass der Nachweis einer unzulässigen Datenbearbeitung schwierig zu erbringen ist. Die Sensibilität der HIV/Aids-Information erschwert es der betroffenen Person ausserdem, eine Persönlichkeitsverletzung im Rahmen des DSG geltend zu machen, da die ursprünglich geheimen Daten einem noch weiteren Personenkreis bekannt würden.

Nachwievor ungelöst sind die Probleme des Datenaustausches zwischen Arbeitgeber und Versicherung bei der Vornahme der Risikoselektion und der Information des Versicherers über das Ergebnis an den Arbeitgeber.

In hohem Masse problematisch ist die Lücke des fehlenden Versicherungsschutzes für arbeitsunfähige von HIV/Aids betroffene Mitarbeitende als Folge entsprechender Risikoausschlüsse durch die Taggeldversicherer. Soweit solche Ausschlüsse überhaupt nach geltender Rechtslage zulässig sind, ist *de lege ferenda* zu prüfen, ob Risikoausschlüsse aufgrund einer HIV-Infektion oder auch aufgrund anderer chronischen Krankheiten nicht generell unzulässig sein müssten.

5.2.3 Kündigungsschutz

Im Bereich des Kündigungsschutzes lassen sich folgende Lücken feststellen:

- Während der Probezeit besteht kein Schutz vor Kündigung bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit und im ersten Dienstjahr beträgt die Schutzfrist lediglich einen Monat.
- Die Beweislast für eine Kündigung aus missbräuchlichen Motiven trägt die Arbeitnehmerin. Zwar verhilft die gesetzlich verankerte Begründungspflicht einer Kündigung hier ansatzweise zu einer verbesserten Ausgangslage für die Erbringung eines Beweises einer diskriminierenden Kündigung. Gleichzeitig eröffnet die Begründungspflicht jedoch die Möglichkeit, andere als diskriminierende Kündigungsgründe vorzuschieben. Die Ausgangslage für die (mutmasslich) aus diskriminierenden Motiven gekündigte Partei würde bei einer eigentlichen Beweislastumkehr, wie sie auch das Gleichstellungsgesetz aufgrund des Geschlechts kennt, verbessert[428].
- Die im Gesetz vorgesehenen sanktionierenden Rechtsfolgen einer diskriminierenden Kündigung – Entschädigung bis zu sechs Monatslöhnen - werden in der Rechtspraxis selten in maximaler Höhe ausgesprochen. Die Abschreckungswirkung wird schon durch den auf sechs Monatslöhne eingeschränkten Sanktionsrahmen und erst recht durch den selten ausgeschöpften Spielraum erheblich eingeschränkt[429].

5.2.4 Gesamtbilanz und Ausblick

Die Gesamtbilanz des auf den heutigen Grundlagen bestehenden rechtlichen Schutzes vor HIV/Aids bedingter Diskriminierung im Arbeitsleben fällt durchzogen aus. Positiv ist zu vermerken:

- Die offene Formulierung im Verfassungsrecht („Niemand darf diskriminiert werden…“) und die Konzeption des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes ermöglichen, Arbeitnehmende mit positiver HIV/Aids-Diagnose vor Diskriminierung zu schützen. Orientierung für einen (wünschenwerten) auf rationalen Gründen basierenden Umgang mit HIV-positiven Arbeitnehmenden bildet der Beschwerdeentscheid i.S. der Ablehnung eines HIV-positiven auszubildenden technischen Operationsassistenten[430].

---

[428] Einen Reformbedarf des Rechts der missbräuchlichen Kündigung sieht auch REITER, S. 1092, in ihrer Analyse von Art. 336 OR im Lichte der Menschenrechte.
[429] REITER, S. 1092 schlägt eine Mindestsanktion von sieben und eine Höchstsanktion von zwölf Monatslöhnen vor.
[430] Siehe Fn 286, S. 162.

- Die in der Praxis bedeutsame Problematik der Ungleichbehandlung von Arbeitnehmenden mit positiver HIV/Aids-Diagnose im Bereich der nicht obligatorischen Arbeitnehmerversicherungen liesse sich etwas entschärfen, wenn die Versicherer mit den schon heute bestehenden Rechtsgrundlagen zur differenzierten Risikobeurteilung gebracht werden könn(t)en.

Bei den negativen Aspekten fallen folgende Aspekte besonders ins Gewicht:

- die fehlende Wirksamkeit des bestehenden Schutzes (mangelnde Vollzugskontrolle im Arbeitsgesetz);
- das Fehlen abschreckender Sanktionen;
- die prozessualen Hürden, vor allem die ungeeignete Beweislastverteilung;
- die Selektionsmöglichkeiten und –praktiken der Taggeldversicherer.

Der rechtliche und tatsächliche Diskriminierungsschutz sind schliesslich im Kontext der völkerrechtlichen und für die Schweiz verbindlichen Verträge zum Diskriminierungsschutz zu würdigen. Der Gesetzgeber und alle rechtsanwendenden Institutionen sind in ihrer Arbeit nicht nur dem nationalen Recht, sondern auch internationalen Verpflichtungen der Schweiz verpflichtet. Alle diese Institutionen und die Akteure der Zivilgesellschaft, also auch die Arbeitgeber- und die Arbeitnehmerorganisationen, sind aufgerufen, dem wirksamen Diskriminierungsschutz (auch) für Arbeitnehmende, die mit HIV oder Aids leben, zum Durchbruch zu verhelfen. Die internationalen Dokumente, sowohl die Vertragsbestimmungen wie insbesondere auch die Materialien der Überwachungsorgane, bieten für diese Arbeit wertvolle Anregungen und haben die wertemässige Orientierung zu bilden.

IV HIV/Aids-Diskriminierungsschutz im Rechtsvergleich

1 Einleitung

1.1 Ziele und Vorgehensweise

Im vorliegenden anwendungsorientierten Forschungsprojekt soll das Forschungsergebnis in erster Linie für die Aids-Hilfe Schweiz (AHS) als Praxispartner relevante Schlussfolgerungen liefern und Entscheidungsgrundlage für das weitere Vorgehen im Kampf für den Abbau von HIV/Aids bedingter Diskriminierung im Arbeitsverhältnis sein. Es wird

geklärt, ob ein verstärkter gesetzlicher Diskriminierungsschutz notwendig ist, wie dieser ausgestaltet werden muss und welche begleitenden oder allenfalls alternativen Massnahmen notwendig sind. Zudem zeigen wir auf, ob ein verstärkter Diskriminierungsschutz eigens für von HIV/Aids betroffenen Menschen oder breiter generell für Menschen mit chronischen Krankheiten gefordert werden soll.

Die Ergebnisse der Analyse der schweizerischen Rechtslage wollen wir mit dem Diskriminierungsschutz in Bezug auf HIV/Aids in anderen Staaten kontrastieren. Wir haben uns für die folgenden Staaten entschieden: Grossbritannien, Frankreich, Deutschland und Kanada. Wir begeben uns damit auf das Terrain der Rechtsvergleichung, wobei die Rechtsvergleichung umfassend zu verstehen ist. Insbesondere beschränkt sich der Vergleich nicht „nur" auf den deskriptiven Vergleich von Diskriminierungsschutznormen, die in den Vergleichsstaaten gelten[431]. Wir interessieren uns vielmehr auch für die Ebene der Wirkung dieser Normen. Damit die Unterschiedlichkeit oder auch Identität deutlich wird, sind nicht nur die Rechtsnormen als solche, sondern auch die Rechtsprechung und die Rechtswissenschaft in den Vergleichsstaaten zu berücksichtigen[432].

Zwischen dem in der Rechtsordnung vorhandenen Anspruch auf Schutz vor Diskriminierung und der konkreten Durchsetzung dieser Norm existiert unter Umständen eine erhebliche Diskrepanz[433]. Es ist deshalb unabdingbar, auch prozessuale Fragen (Beweislastverteilung, Prozessrisiko, unentgeltliche Rechtspflege usw.) sowie die mehr soziologisch begründete Frage, welche sozialen Risiken mit Klagen wegen Diskriminierung einhergehen, zu stellen.

Schliesslich interessieren uns auch in den Vergleichsstaaten die empirischen Realitäten der HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis, soweit diese durch Studien festzustellen sind. Auf die Erhebung eigener Daten müssen wir schon aus Gründen fehlender finanzieller und zeitlicher Kapazitäten verzichten.

Die Studie will die Wirksamkeit rechtlicher Regelungen und Massnahmen gegen Diskriminierung von Menschen mit HIV/Aids im Arbeitsverhältnis untersuchen. Unter rechtlichen Regelungen sind völker-, verfassungs- und gesetzliche oder durch Richterrecht geschaffene Diskriminierungsschutznormen oder zu verstehen. Als rechtliche Massnahmen zum Diskriminierungsschutz gelten Massnahmen zur

[431] ZWEIGERT/KÖTZ, S. 27.
[432] SACCO, N 8 zu Paragraph 2.
[433] Zur Bedeutung dieser „praktischen Seite der Rechtsvergleichung" siehe SANDROCK, S. 2ff.

Sozialgestaltung[434], die strukturelle Diskriminierung durch Sensibilisierungs- und Förderungsmassnahmen bekämpfen sollen. In der Schweiz bilden Solidaritätskampagnen für Menschen mit HIV/Aids Teil der nationalen Aidspolitik und das zuständige Bundesamt für Gesundheit (BAG) unterstützt(e) weitere Sensibilisierungsprogramme, die von der AHS durchgeführt wurden[435].

Unser Erkenntnisinteresse über den Schutz vor Diskriminierung von Menschen mit HIV/Aids im Arbeitsverhältnis schliesst auch diese Ebene mit ein. Wir wollen mit anderen Worten wissen, welche behördlichen Massnahmen zum Schutze vor HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis in den einzelnen Vergleichsstaaten vorgesehen sind und auf welchen rechtlichen Grundlagen diese Massnahmen basieren.

Methodisch bewegen wir uns mit diesem Anspruch im Grenzbereich der Rechtsvergleichung, Rechtssoziologie und Rechtwirksamkeitsforschung[436]. Unser Vorhaben ist ambitioniert; Beschränkungen, Einschränkungen und Unvollständigkeiten sind unvermeidlich. Unser Vorgehen lässt sich in folgende Teilschritte aufteilen:

1. Ausgestaltung des rechtlichen Schutzes vor HIV/Aids bedingter Diskriminierung im Arbeitsverhältnis in den Vergleichsstaaten: Wir fragen dabei nicht „Wie ist der Diskriminierungsschutz in den Rechtsordnungen Grossbritanniens, Frankreich, Deutschlands und Kanadas im Vergleich zur Schweiz ausgestaltet?“. Die Erkenntnisfrage lautet vielmehr: „Mit welchen Instrumenten schützten die Rechtsordnungen der Vergleichsstaaten Menschen mit HIV/Aids vor Diskriminierung im Arbeitsverhältnis?“ Wir gehen damit von einem praktischen, abstrakt beschriebenen Problem der Diskriminierung von Menschen mit HIV/Aids in der Arbeitswelt aus[437]. Unser Erkenntnisziel ist dabei umfassend. Sowohl Individualrechtsschutz wie auch gesetzlich vorgesehene und gestützt auf gesetzliche Grundlagen behördlich finanzierte strukturelle Diskriminierungsschutzmassnahmen gehören zum Rechtsvergleich. Das andere Recht ist dabei nicht durch die Brille der eigenen Rechtsordnung zu betrachten[438].
2. Erfahrungen in der Schweiz zeigen, dass kaum HIV/Aids-Diskriminierungsfälle vor Gericht kommen. Nichtsdestotrotz belegen die

[434] Zum Schutz vor struktureller Diskriminierung, siehe WALDMANN, S. 422-474.
[435] Für die Evaluation IG-Benachteiligung siehe Teil II, 5. S. 86 , für die Evaluation www.workpositive.ch siehe Teil II, 6., S. 100.
[436] Siehe dazu auch RUSCH, N 5. Für die theoretischen Hintergründe unseres methodischen Vorgehens siehe Teil I, 3., S. 71ff.
[437] Siehe zur richtigen Fragestellung in der Rechtsvergleichung RUSCH, N 15.
[438] ZWEIGERT/KÖTZ, S. 33.

Beratungserfahrungen der Aidshilfen und empirische Studien, dass Diskriminierung eine Realität ist. Wir wollen wissen, wie die „Diskriminierungsrealität“ in den Vergleichsstaaten aussieht. Zu diesem Zweck bearbeiten wir mit dem Mittel der Literaturanalyse die vorhanden Studien. Ergänzend befragen wir in den Vergleichsstaaten verschiedene Akteure im Bereich HIV/Aids, Aidsorganisationen, staatliche Stellen und Rechtsexpertinnen nach ihren Erfahrungen und Einschätzungen über die Diskriminierungsrealitäten und die Wirksamkeit des rechtlichen Schutzes (in einem umfassenden Sinne verstanden, Individualrechttschutz und struktureller Diskriminierungsschutz).

1.2 Erkenntnisziel

Das Erkenntnisziel ist eine Antwort auf die Frage „Wie schützt das Recht in den Vergleichsstaaten vor HIV/Aids bedingter Diskriminierung im Arbeitsverhältnis“.

Der erste Schritt in diesem Erkenntnisgewinnungsprozess bildet die Suche nach gemeinsamen Normen, mit anderen Worten eine Sichtung der Geltung völkerrechtlicher Diskriminierungsschutznormen in den Vergleichsstaaten[439]. Rechtsvergleichend interessiert, ob die Vergleichsstaaten die einschlägigen völkerrechtlichen Verträge (Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Recht, Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, ILO-Konventionen, Europäische Menschenrechtserklärung) ratifiziert haben und wie diese Völkerrechtsnormen im innerstaatlichen Recht Geltung haben.

Für die Staaten Grossbritannien, Frankreich, und Deutschland bildet das Gemeinschaftsrecht eine verbindliche gemeinsame Grundlage. Aus diesem Grund werden gleich eingangs des Rechtsvergleichs die wichtigsten Bestimmungen zum Diskriminierungsschutz im Recht der Europäischen Union dargestellt. Insbesondere werden die Anforderungen an die Mitgliedstaaten zur Umsetzung der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG[440] (RL 2000/78/EG) erläutert. Rechtsvergleichend kann darauf aufbauend die Umsetzung der Richtlinien in drei Staaten bearbeitet werden. Für die Schweiz bildet das gemeinschaftsrechtliche Antidiskriminierungsrecht zwar nicht unmittelbar anwendbares Recht; es ist aber dennoch eine wichtige Orientierung sowohl für den Gesetzgeber wie auch für die Gerichte.

---

[439] Der völkerrechtliche Schutz vor Diskriminierung wird in Teil III, 2.1, S. 108ff. dargestellt.

[440] Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften v. 2.12. – L 303/16.

Die Suche nach Normen, die dem Schutz vor Diskriminierung von Menschen mit HIV/Aids im Arbeitsverhältnis im innerstaatlichen Recht der Vergleichsstaaten dienen, muss folgende Aspekte mitberücksichtigen:

- Fällt HIV/Aids unter die Diskriminierungsschutznormen im engeren Sinne, d.h. verfassungsrechtliche oder einfachgesetzliche Diskriminierungsschutznormen?
  - Dabei ist u.a. die Frage zu erörtern, ob und inwieweit HIV/Aids unter das sensible Kriterium der Behinderung fällt.
  - Weiter sind die Fragen aufzunehmen, inwieweit direkte (unmittelbare) und indirekte (mittelbare) Diskriminierungen erfasst sind, ob ein symmetrisches oder asymmetrisches Diskriminierungsverständnis vorherrscht und welche Massnahmen die Diskriminierungsschutznormen auf struktureller Ebene vorsehen.
- In welchem Verhältnis steht die Vertragsfreiheit zu den Diskriminierungsverboten im Kontext von Arbeitsverhältnissen?
  - Zu untersuchen ist, ob in den Vergleichsstaaten zwischen privat- und öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnissen unterschieden wird und welche Folgen sich daraus für den Diskriminierungsschutz ergeben.
- (Wie) Schützt die jeweilige Rechtsordnung durch die Ausgestaltung des Datenschutzrechts vor HIV/Aids-Diskriminierung?
- (Wie) Schützt die jeweilige Rechtsordnung durch den Persönlichkeitsschutz (Delikt und/oder Vertrag) vor HIV/Aids-Diskriminierung?
- (Wie) Schützt die jeweilige Rechtsordnung durch arbeitsrechtliche Gesundheitsvorschriften vor HIV/Aids-Diskriminierung?
  - Die Beantwortung dieser Frage erfordert ein Verständnis für die Konzeption des Arbeitsrechts des jeweiligen Vergleichsstaates.
- Als eigentliche Querschnittsfragen zu den obigen Themata sind zu bearbeiten:
  - Wie werden Diskriminierungen bzw. Persönlichkeitsverletzungen, Datenschutzverletzungen, Verstösse gegen arbeitsrechtliche Gesundheitsvorschriften festgestellt (Beweisrechtliche Fragen)?
  - Wie ist der Zugang zum Gericht ausgestaltet? Welche Prozessrisiken tragen Klägerinnen (Prozessbeihilfen, Verband)?
  - Welche Rechtsfolgen haben festgestellte Diskriminierungen (Schadenersatz, Genugtuung)?

1.3 Vertiefte Analyse

Auf der Grundlage der „Länderberichte“ (beinhaltend den Rechtsvergleich i.e.S. und die Befragungsergebnisse über die Einschätzungen der Diskriminierungsrechtsschutzlage durch Aidsakteure) geht es in einem zweiten Schritt darum, vertiefte vergleichende Analysen vorzunehmen und im Hinblick auf das eigentliche Erkenntnisziel des Rechtsvergleichs herauszuschälen, welche Elemente des Diskriminierungsschutzes für die Schweiz nutzbar gemacht werden könnten. An dieser Stelle werden wir die vier ausländischen Rechtsordnungen untereinander und mit der Rechtslage in der Schweiz vergleichen.

2 Schutz vor HIV/Aids-Diskriminierung im Gemeinschaftsrecht

Für die EU-Mitgliedstaaten Grossbritannien, Frankreich und Deutschland stellt das Europäische Gemeinschaftsrecht in seinem sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich eine den nationalen Rechtsordnungen übergeordnete Rechtsordnung dar. Als „Vorspann“ zum Rechtsvergleich wird im folgenden Unterkapitel der gemeinschaftsrechtliche Standard an HIV/Aids-Diskriminierungsschutz im Arbeitsverhältnis herausgearbeitet. Es wird aufgezeigt, welche Verpflichtungen den EU-Mitgliedsstaaten zur Umsetzung des europäischen Diskriminierungsschutzes erwachsen und unter welchen Voraussetzungen sich Menschen mit HIV/Aids unmittelbar auf gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbote stützen können.

2.1 Nichtdiskriminierung als Teil der HIV/Aids-Bekämpfungsstrategie der Europäischen Union

Die Bekämpfung der HIV/Aids-Epidemie bildet ein zentrales Anliegen der gesundheitspolitischen Massnahmen sowohl der Europäischen Union wie der Mitgliedstaaten. In einem aktuellen Grundlagenpapier der Europäischen Kommission[441] werden die negativen Auswirkungen von Stigmatisierung und Diskriminierung auf die HIV/Aids-Prävention beschrieben. In der Arbeitswelt würden Diskriminierungen gegenüber Arbeitnehmenden mit bekannter HIV/Aids-Erkrankung vorkommen. Die Diskriminierung beruhe meist auf Angst, Unkenntnis, Vorurteilen gegenüber der Krankheit und fehlender Information über Prävention und Virusübertragung. Im Juni 2005 legte der Europäische Rat seine Schlussfolgerungen zur Bekämpfung von HIV/Aids dar. Unter anderem hält er fest, die HIV/Aids-Epidemie werde weitgehend

[441] Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Arbeitspapier „Ein koordinierender und integrierter Ansatz zur HIV/Aids-Bekämpfung in der Europäischen Union und ihren Nachbarländern“, Kommission, C-2004,3414 (Kommissionsbericht HIV/Aids-Bekämpfung).

durch soziale Faktoren wie ungleiche Behandlung von Männern und Frauen, Armut und soziale Marginalisierung der schwächsten Bevölkerungsgruppen verschlimmert[442].

Die Bekämpfung der HIV/Aids-Epidemie erfordert nach Ansicht von Kommission und Rat u.a. soziale Eingliederung, Beschäftigung, Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz. Die Kommission will gemeinsam mit den Mitgliedstaaten daran arbeiten, die soziale Eingliederung und die Arbeitsmarktintegration sicherzustellen und Ausgrenzung sowie Diskriminierung zu bekämpfen. Gegebenenfalls könnten dafür gemeinschaftliche und einzelstaatliche Finanzierungsinstrumente eingesetzt werden. Die Kommission verpflichtet sich weiter, gemeinsam mit den Mitgliedstaaten daran zu arbeiten, die uneingeschränkte Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG[443] sicherzustellen[444].

2.2 Rechtsquellen des Diskriminierungsschutzes

2.2.1 Allgemeines

Die Europäische Union ist der Förderung der Grundrechte, der Nichtdiskriminierung und der Chancengleichheit für alle verpflichtet. Diskriminierungsverbote und Gleichbehandlungsgebote kommen im Gemeinschaftsrechts sowohl im Primär- wie im Sekundärrecht vor, ohne dass die Vorschriften im Einzelnen auch als „Diskriminierungsverbote“ bezeichnet sind. Zu erwähnen ist der allgemeine Gleichheitssatz, wie ihn der EuGH als allgemeinen Rechtsgrundsatz mit Gemeinschaftsgrundrechtsqualität entwickelt hat und wie er heute in Art. 20 der Grundrechtscharta der EU Eingang gefunden hat[445].

Die wichtigsten primärrechtlichen Normen mit Gleichheitsgehalt sind der ungeschriebene gemeinschaftsgrundrechtliche allgemeine Gleichheitssatz, Art. 12 EGV (Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatangehörigkeit), Art. 13 EGV (Kompetenznorm zum Erlass von Normen zum Schutz vor Diskriminierung aus bestimmten „sensiblen“ Kriterien) sowie Art. 141 EGV (Entgeltgleichheit).

---

[442] Europäischer Rat, Schlussfolgerungen des Rates für Beschäftigung, Sozialpolitik, Gesundheit und Verbraucherschutz vom 3. Juni 2005 zur Bekämpfung von HIV/Aids (Nicht im Amtsblatt veröffentlicht).

[443] RL 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. L 303/16 vom 2.12.2000; siehe Teil IV, 2.3, S. 224ff.

[444] Kommissionsbericht HIV/Aids-Bekämpfung (Fn 441), S. 14.

[445] RENGELING/SZCZEKALLA, N 884.

Die primärrechtlichen Diskriminierungs- bzw. Gleichbehandlungs- oder Gleichstellungsvorschriften werden im Sekundärrecht durch Verordnungen oder Richtlinien konkretisiert bzw. den Mitgliedstaaten zur Konkretisierung aufgetragen.

Gemeinsam ist all diesen Normen, dass gleiche Sachverhalte nicht oder nur mit besonderer Rechtfertigung unter Anknüpfung an die verpönten Diskriminierungskriterien ungleich behandelt werden dürfen.

Die HIV-Infektion als solche ist in keiner der gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsschutznormen erwähnt. Es wird zu prüfen sein, ob HIV/Aids unter das Kriterium „Behinderung" fällt. Bei der HIV/Aids-Diskriminierung spielen Datenschutzaspekte eine wichtige Rolle. Aus diesem Grunde werden auch die gemeinschaftsrechtlichen Datenschutzrichtlinien hinsichtlich ihrer Bedeutung für den Schutz vor Ausgrenzung einer Prüfung unterzogen.

2.2.2 Die Kompetenznorm zum Erlass von Diskriminierungsrichtlinien

Art. 13 EGV lautet:

> Unbeschadet der sonstigen Bestimmungen dieses Vertrages kann der Rat im Rahmen der durch den Vertrag auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments einstimmig geeignete Vorkehrungen treffen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen.

Art. 13 EGV wurde mit dem Ziel der Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit durch den Vertrag von Amsterdam neu in den Vertrag aufgenommen[446]. Die Bestimmung bildet „nur" eine Ermächtigungsnorm an den Rat[447]. Die Formulierung ist eindeutig: Der Rat „kann" i. S. Anti-Diskriminierung tätig werden, muss aber nicht. Weiter verschafft Art. 13 EGV keine subjektiven Rechte; es fehlt an der unmittelbaren Anwendbarkeit[448]. Die Kompetenz des Rates beinhaltet auch den Erlass von Anti-Diskriminierungsbestimmungen mit Horizontalwirkung[449].

---

[446] Zur Entstehungsgeschichte siehe BELL (Basis), S. 6ff.
[447] LENZ, N 11, STREINZ, N 17.
[448] Dies entspricht der herrschenden Meinung, siehe EPINIEY, N 1; Lenz, N 11 und 28; §, N 17, gleicher Ansicht auch BELL, S. 125 und wohl auch KENNER, S. 393. Anderer Ansicht: CIRKEL, S. 3332 und HOLOUBEK, N 9.
[449] KENNER, S. 394, ZULEEG, N 14.

Mit dem Erlass der RL 2000/78/EG und RL 2000/43/EG[450] im Anwendungsbereich „Arbeit und Erwerb“ hat der Rat entsprechend legiferiert. Die RL 2000/78/EG hat die Diskriminierung aufgrund der Kriterien Alter, sexuelle Orientierung, Religion oder Weltanschauung und Behinderung im Arbeitsverhältnis zum Inhalt, während die RL 2000/43 Diskriminierung aufgrund der Rasse und des ethnisch kulturellen Hintergrundes in allen Lebensbereichen verbietet.

2.3 Die Richtlinie 2000/78/EG[451]

2.3.1 Ziel

Die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz und der Schutz vor Diskriminierung werden in Erwägung Nr. 4 zur RL 2000/78/EG unter den Gründen für die Schaffung der Richtlinie aufgeführt. Die RL 2000/78/EG geht aber über ein Diskriminierungsverbot hinaus. Angestrebt wird substantielle Gleichheit. In der Erwägung Nr. 9 wird ausdrücklich auf die „Chancengleichheit“ in Beschäftigung und Beruf hingewiesen. Mit der RL 2000/78/EG soll ein allgemeiner Rahmen zur Bekämpfung der Diskriminierung im Hinblick auf den Grundsatz der Gleichbehandlung in den Mitgliedstaaten geschaffen werden (Art. 1).

Die Umsetzungsfrist der RL 2000/78/EG lief am 2. Dezember 2003 aus. Für die Kriterien Alter und Behinderung hatten die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, eine Verlängerung der Umsetzung bis Ende 2006 zu beantragen.

2.3.2 HIV/Aids als Diskriminierungskriterium

Die Diskriminierungsgründe

Die RL 2000/78/EG führt vier Diskriminierungskriterien auf:

- Religion oder Weltanschauung
- Behinderung
- Alter
- Sexuelle Ausrichtung

[450] Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. L 180/22 vom 19.7200.

[451] Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, Abl. L 303/16 vom 2.12.2000.

Im Grünbuch der Kommission Beschäftigung und Soziales „Gleichstellung sowie Bekämpfung von Diskriminierung in einer erweiterten europäischen Union“ wird mit Verweis auf Art. 21 der Grundrechtscharta die Erweiterung der Diskriminierungsgründe gefordert[452]. In der noch jungen Rechtsprechung des EuGH zur RL 2000/78/EG[453] findet dieser Erweiterungsanspruch allerdings keinen Zuspruch. In der Rechtssache *Navas* hat sich der Gerichtshof gegen eine Erweiterung der Diskriminierungsgründe auf der Grundlage der RL 2000/78/EG entschieden[454]. In der Entscheidung *Mangold* dagegen hielt der Gerichtshof mit Blick auf die Verfassungstraditionen und die völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote fest, das Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters sei als ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts anzusehen[455].

Eine Diskriminierung aufgrund positiver HIV/Aids-Diagnose ist somit nicht direkt in der RL 2000/78/EG erfasst. Innerhalb der HIV-Kohorte ist der Anteil homosexueller Männer vergleichsweise hoch. Bei einer Diskriminierung aufgrund von Homosexualität kann die HIV/Aids-Diagnose für sich allein oder kumulativ eine Rolle spielen. Dies zeigt sich etwa in der vereinzelten Praxis von Lebensversicherern, Anträge von Homosexuellen in höhere Risikokategorien einzuteilen[456]. Im Anwendungsbereich der RL 2000/78/EG ist diese Praxis nicht zulässig[457].

Es wird aufgezeigt, dass die HIV-Infektion als sozial konstruierte Behinderung unter das völkerrechtliche und schweizerische verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot aufgrund einer Behinderung fallen kann[458]. Es fragt sich, ob diese Auslegung auch für den gemeinschaftsrechtlichen Begriff der Behinderung massgeblich ist.

Definition des Begriffs Behinderung

Weder RL 2000/78/EG noch Art. 13 EGV enthalten eine Definition des Begriffs Behinderung. Die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten kennen verschiedene Behinderungsbegriffe, die an das Vorhandensein einer Behinderung unterschiedliche Rechtsfolgen knüpfen. Beispielsweise sind Betriebe verpflichtet, eine bestimmte Quote von Menschen mit

[452] Europäische Kommission, Gleichstellung sowie Bekämpfung von Diskriminierung, Grünbuch, Luxenburg 2004, S. 16ff.
[453] Bis 31.7.2006 wurden erst zwei Vorabentscheidungen gefällt.
[454] EuGH, Rs. C-13/05, *Navas*, N 56 und 57, siehe auch die entsprechenden Ausführungen in den Schlussanträgen von Generalanwalt Geelhood, insbesondere N 45, 53-56.
[455] EuGH, Rs. C-1244/04, *Mangold,* N 75.
[456] Quelle: http://www.aktion-einszueins.de/ (31.07.2006)
[457] Siehe Teil IV, 2.3.3, S. 227.
[458] Siehe Teil III, 3.6.6, S. 187.

Behinderungen zu beschäftigen, was eine klare Definition des Behindertenbegriffs voraussetzt. In vielen Rechtsordnungen ist das Vorhandensein einer Behinderung die Voraussetzung für den Bezug von bestimmten Sozialleistungen. Solche Behinderungsbegriffe stützen sich auf gesundheitliche Beeinträchtigungen mit einer bestimmten Intensität.

Der Behindertenbegriff der RL 2000/78/EG geht unseres Erachtens über solche Definitionen hinaus. Im Diskriminierungskontext hat Behinderung eine andere Bedeutung als bei Sozialleistungen. Schutz vor Diskriminierung aufgrund von Behinderung nimmt auf das Stigma „Behinderung" Bezug während bei Sozialleistungen aufgrund einer Behinderung das Bedürfnis (und dessen Deckung) im Zentrum steht[459].

Im Zusammenhang mit dem gesamten Rahmenprogramm zur Bekämpfung von Diskriminierung ist davon auszugehen, dass auch Personen vor Diskriminierung geschützt werden sollen, die zwar nicht selbst behindert im körperlichen oder geistigen Sinne sind, jedoch von ihrer Umwelt so behandelt werden (sozial konstruierte Behinderung). Eine Definition einer Behinderung im Sinne der RL 2000/78/EG sollte deshalb nicht Kriterien der behinderten Person umfassen, sondern vielmehr darauf abstützen, wann eine Diskriminierung auf einer (tatsächlichen oder sozialkonstruierten) Behinderung basiert[460].

Abgrenzung Behinderung / Krankheit in der Rechtssache *Navas*

Aufgrund der ersten EuGH-Entscheidung[461] zum Behindertenbegriff kann noch nicht klar gesagt werden, ob der Gerichtshof das Konzept der sozialkonstruierten Behinderung unterstützt. Deutlich gemacht hat er in der Entscheidung *Navas*, dass die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts eine autonome und einheitliche Auslegung des Begriffs Behinderung erfordere[462]. Der Gesetzgeber habe mit der Wortwahl „Behinderung" bewusst eine Bezeichnung gewählt, die sich von Krankheit abgrenze. Krankheit und Behinderung liessen sich nicht gleichsetzen[463].

Zur Begriffsdefinition selbst hielt der EuGH fest, der Begriff der Behinderung sei so zu verstehen, dass er eine Einschränkung erfasse, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist und die ein Hindernis für die Teilhabe des Betroffenen am Berufsleben

[459] DEGENER (Definition), S. 11.
[460] DEGENER, (Defintion), S. 11.
[461] Stand November 2006.
[462] EuGH, Rs. C-13/05, *Navas*, N 42.
[463] EuGH, Rs. C-13/05, *Navas*, N 44.

bilde[464]. Physische und geistige Beeinträchtigungen sind nach dieser Definition nicht die einzigen Kriterien, die einer Teilhabe des Betroffenen am Berufsleben entgegenstehen. Durch das Wort „insbesondere“ ist der Weg offen, auch nur durch die Umwelt konstruierte Beeinträchtigungen unter den Behindertenbegriff zu subsumieren. Eine Bestätigung findet sich für diese Einschätzung in den Schlussanträgen des Generalanwaltes[465]. Er schreibt in Randziffer 58 „… Dabei ist nicht auszuschliessen, dass bestimmte physische oder psychische Einschränkungen in einem bestimmten Kontext den Charakter einer Behinderung haben , in einem anderen aber nicht…“ und in Randziffer 61 „… eine grössere Prädisposition für schwere Leiden als Folge eines genetischen Defekts kann für den Betroffenen erhebliche Einschränkungen zur Folgen haben…“ und schliesslich in Randziffer 62 „…solange der genetische Defekt nicht festgestellt ist, wird die fragliche Person keiner Diskriminierung ausgesetzt sein. Nach seinem Bekanntwerden kann sich dies sofort ändern, weil Arbeitgeber oder Versicherer das höhere Risiko der Einstellung der Versicherung des Betroffenen nicht tragen wollen ….“. Im Ergebnis befürwortet der Generalanwalt damit zwar eine autonome und einheitliche Auslegung des Behindertenbegriffs der RL 2000/78/EG, erachtet es jedoch als wichtig, die Begriffsdefinition offen zu gestalten[466]. Der Gerichtshof hat dieses Argument mit dem Wort „insbesondere“ aufgenommen[467].

Personen mit HIV oder Aids fallen dann unter den Behindertenbegriff im Sinne der RL 2000/78/EG, wenn sie als Folge der HIV-Infektion gesundheitlich erheblich an der Teilhabe im Arbeitsleben eingeschränkt sind. Darüber hinaus sind Menschen mit positiver HIV/Aids-Diagnose behindert im Sinne des Art. 1 RL 2000/78/EG, wenn ihnen allein aufgrund ihrer HIV-Infektion eine unterschiedliche Behandlung zukommt.

2.3.3 Anwendungsbereich

Die Richtlinie gilt für alle Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisse, ungeachtet ihres öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Charakters. Sowohl die selbständige als auch die unselbständige Erwerbstätigkeit ist erfasst.

Die Antidiskriminierungsvorschriften der RL 2000/78/EG gelten für alle Personen, die sich auf dem Staatsgebiet eines Mitgliedsstaates aufhalten. Ob auch juristische Personen vom Diskriminierungsschutz erfasst sind, ist nicht ganz klar. In Erwägungsgrund 16 zur RL 2000/43/EG (Gleichbehandlung

[464] EuGH, Rs. C-13/05, *Navas*, N 43.
[465] EuGH, Rs. C-13/05, *Navas*, Schlussanträge Generalanwalt.
[466] EuGH, Rs. C-13/05, *Navas*, Schlussanträge Generananwalt Geelhoed, N 68.
[467] PÄRLI (Behinderungsbegriff), S. 387.

ohne Unterschied der Rasse) ist der Schutz juristischer Personen ausdrücklich erwähnt, in den Erwägungsgründen zur RL 2000/78/EG fehlt es an einem solchen Hinweis. In der Literatur wird argumentiert, es gebe keinen Grund dafür, weshalb nicht sowohl juristische als auch natürliche Personen vom Begriff „Person" erfasst werden sollen[468].

Der materielle Geltungsbereich der RL 2000/78/EG betrifft die folgenden vier Aspekte:

- Bedingungen für den Zugang zu unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit, einschliesslich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen[469];
- Zugang zu allen Formen der Berufsausbildung und der beruflichen Weiterbildung und Umschulung[470];
- Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschliesslich der Entlassungsbedingungen und des Arbeitsentgelts[471];
- Die Mitgliedschaft und Mitwirkung in einer Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerorganisation oder einem Berufsverband[472].

2.3.4 Diskriminierungsformen

Die RL 2000/78/EG verbietet die unmittelbare (direkte) wie die mittelbare (unmittelbare) Diskriminierung, die Anstiftung zur Diskriminierung und die Belästigung. Bezüglich des Kriteriums „Behinderung" kommt ergänzend dazu, dass Arbeitgeber angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderung zu treffen haben.

Eine unmittelbare Diskriminierung liegt nach Art. 2 Abs. 2 lit. a RL 2000/78/EG vor, wenn eine Person wegen eines (oder mehreren) Diskriminierungskriteriums (-kriterien) „in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde". Mit dem Hinweis „erfahren würde" macht der europäische Gesetzgeber deutlich, dass die Berufung auf eine hypothetische Vergleichsperson zulässig ist. Im Gegensatz zur mittelbaren Diskriminierung sind in der RL 2000/78/EG keine Rechtfertigungsgründe einer unmittelbaren Diskriminierung aufgeführt. Zu beachten sind dazu jedoch die Ausnahmetatbestände[473]. Liegen keine Ausnahmetatbestände vor,

[468] COMACK/BELL, S. 44.
[469] Art. 3 Ziffer 1 lit. a RL 2000/78/EG.
[470] Art. 3 Ziffer 1 lit. b RL 2000/78/EG.
[471] Art. 3 Ziffer 1 lit. c RL 2000/78/EG.
[472] Art. 3 Ziffer 1 lit. d RL 2000/78/EG.
[473] Siehe Teil IV, 2.3.5, S. 230ff.

ist jede direkte (unmittelbare) Anknüpfung an ein verpöntes Diskriminierungsmerkmal eine unzulässige Diskriminierung.

Die mittelbare Diskriminierung ist gegeben, „wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung, einer bestimmten Behinderung, eines bestimmten Alters oder mit einer bestimmten sexuellen Ausrichtung gegenüber anderen Personen in besonderer Weite benachteiligen“. Die RL 2000/78/EG sieht in Art. 2 Abs. 2 lit. b/i/ii Gründe vor, bei deren Vorhandensein die mittelbare Benachteiligung gerechtfertigt ist. Die Vorschriften, Kriterien oder Verfahren müssen durch ein rechtsmässiges Ziel sachlich gerechtfertigt sein und die Mittel zur Erreichung des Zieles müssen angemessen und erforderlich sein.

Der Diskriminierungstatbestand der Belästigung wird in Art. 3 der RL 2000/78/EG als unerwünschte Verhaltensweise definiert, die im Zusammenhang mit der Rasse oder der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, dem Alter oder der sexuellen Ausrichtung stehen und „bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird“. Die Richtlinie beschränkt das Belästigungsverbot nicht auf Handlungen der Arbeitgeber oder höhergestellter Arbeitnehmerinnen gegenüber ihren Untergebenen. Es ist auch ist keine Belästigungsabsicht notwendig (siehe den Richtlinientext „… bezwecken oder bewirken“…). Die Richtlinie enthält keine Vorschriften zur Verantwortung des Arbeitgebers von Belästigungen unter Arbeitnehmenden oder von Kunden gegenüber Arbeitnehmenden[474].

Die Anweisung zur Diskriminierung ist nach Art. 2 Abs. 2 Ziff. 4 RL 2000/78/EG der Diskriminierung gleichgestellt. Bei der Umsetzung dieser Bestimmung kommen allgemeine rechtliche Grundsätze der Mittäterschaft zur Anwendung[475].

Nach Art. 5 der RL 2000/78/EG müssen Arbeitgebende angemessene Vorkehrungen treffen, damit der Gleichbehandlungsgrundsatz gegenüber Menschen mit Behinderung gewährleistet werden kann. Die Arbeitgebenden müssen „geeignete und im konkreten Fall erforderliche Massnahmen“ ergreifen, damit Menschen mit Behinderung der Zugang zur Beschäftigung, die Ausübung eines Berufes, der berufliche Aufstieg und die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmassnahmen ermöglicht werden kann. Solche Belastungen sind durch die Arbeitgebenden in dem Rahmen zu tragen, wie

[474] COMACK/BELL, S. 35.
[475] COMACK/BELL, S. 37.

sie den Arbeitgeber nicht unverhältnismässig belasten. In der Rechtssache *Navas* hat der EuGH festgehalten, dass eine Entlassung einer behinderten Arbeitnehmerin nur zulässig sei, soweit der Arbeitgeber die notwendigen angemessenen Vorkehrungen getroffen hat und die fragliche Arbeitnehmerin trotzdem nicht in der Lage ist, ihre Aufgabe am Arbeitsplatz zu erfüllen[476].

2.3.5 Ausnahmen vom Diskriminierungsverbot

Die in Art. 4 der RL 2000/78/EG aufgeführten Ausnahmen vom Diskriminierungsverbot sind nicht mit den Rechtfertigungsgründen einer mittelbaren Diskriminierung zu verwechseln. Liegen Ausnahmetatbestände im Sinne von Art. 4 der RL 2000/78/EG vor, so liegt trotz bestehender Ungleichbehandlung unter Anknüpfung an eines (oder mehrere) der verbotenen Unterscheidungsgründe bereits tatbestandsmässig keine Diskriminierung vor.

Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass eine Ungleichbehandlung aufgrund eines Diskriminierungskriteriums keine Diskriminierung darstellt, „wenn das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten Tätigkeit oder der Bedingung ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmässigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt“. In Erwägungsgrund Nr. 23 zur RL 2000/78/EG wird festgehalten, solche Ausnahmen dürften nur „in sehr begrenzten Bedingungen“ erfolgen. In Art. 4 Abs. 2 der RL 2000/78/EG sind noch weitergehende Ausnahmen vom Diskriminierungsverbot bei Ungleichbehandlungen durch religiöse Organisationen aufgeführt. Diese erlaubten Ungleichbehandlungen sind indes auf das Kriterium der Religion oder Weltanschauung beschränkt.

Es wurde dargestellt, dass HIV/Aids im Zusammenhang mit den Diskriminierungsgründen „Sexuelle Ausrichtung“ und „Behinderung“ relevant ist. Im Lichte des Ziels einer wirksamen Antidiskriminierung, die auf eine möglichst breite Integration in den Arbeitsmarkt abzielt, dürfen nur wenige Gründe als „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen“ akzeptiert werden.

Steht die HIV/Aids bedingte gesundheitliche Nichteignung für die Arbeitstätigkeit in Frage, liegt die Annahme nahe, eine solche behinderungsbedingte Ungleichbehandlung stelle keine Diskriminierung dar, denn die Arbeitsfähigkeit bildet logischerweise eine grundlegende und entscheidende berufliche Anforderung. Zu beachten ist hier allerdings zusätzlich Art. 5 der RL 2000/78/EG. Diese Bestimmung verlangt vom Arbeitgeber, dass er die „geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen

[476] EuGH, Rs C-13/05, *Navas*, N 51.

Massnahmen ergreift, um den Menschen mit Behinderung den Zugang zur Beschäftigung, die Ausübung eines Berufes, den beruflichen Aufstieg und die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmassnahmen zu ermöglichen". Diese Verpflichtungen des Arbeitgebers sind beschränkt durch das Gebot der Verhältnismässigkeit. Im Ergebnis bedeutet dies für einen Arbeitgeber, dass er bsw. die Bewerbung einer an HIV/Aids erkrankten und in ihrer Arbeitsfähigkeit eingeschränkten nicht ablehnen darf, wenn mit verhältnismässigen Massnahmen eine Integration in den Betrieb und am konkreten Arbeitsplatz möglich wäre. Gleiches gilt auch während der Beschäftigung und als Schutz vor Entlassung[477].

Die RL 2000/78/EG führt in Art. 7 sogenannte positive und spezifische Massnahmen auf, die keine Diskriminierung aufgrund einer Behinderung darstellen. Unter positiven Massnahmen sind solche zu verstehen, die Benachteiligungen aufgrund von Behinderung bei der Integration in die Arbeitswelt ausgleichen sollen. Art. 7 Abs. 2 der RL 2000/78/EG erlaubt den Mitgliedstaaten, „Bestimmungen zum Schutz der Gesundheit und der Sicherheit am Arbeitsplatz beizubehalten oder zu erlassen (…)". Das ist nicht unproblematisch[478]. Studien zeigen, dass arbeitsmedizinische und Sicherheitsvorschriften ein schwerwiegendes Hindernis beim Zugang von behinderten Arbeitskräften zu Beschäftigung bzw. Weiterbeschäftigung darstellen können[479]. Medizinische Einstellungstests bergen ein erhebliches Diskriminierungspotenzial. Die strikte Beachtung von Daten- und Persönlichkeitsschutzbestimmungen ist evident[480].

Kann ein HIV/Aids-Test als Bedingung für die Einstellung in einen Beruf mit einem potenziell hohen Übertragungsrisiko als spezifische Massnahme im Sinne des Art. 7 Abs. 2 der RL 2000/78/EG gelten? Unseres Erachtens geht eine solche Überlegung fehl. Auch in Berufen bzw. Tätigkeit mit einem potenziellen Übertragungsrisiko des Hi-Virus müssen die Arbeitsabläufe so ausgestaltet sein, dass keine HIV/Aids-Übertragung möglich ist.

2.3.6 Rechtsschutz bei Diskriminierung

Es ist vorgesehen, dass alle Personen, die Opfer einer Diskriminierung sind oder die sich aufgrund ihrer persönlichen Merkmale ungerecht behandelt fühlen, einen angemessenen Rechtsschutz und ein durchsetzbares Recht auf Wiedergutmachung geniessen sollen (Art. 9 der RL 2000/78/EG). Es steht den einzelnen Mitgliedstaaten frei, ob dies auf dem Gerichtsweg – also durch

[477] Bezügliche Entlassung siehe EuGH, Rs C-13/05, *Navas*, N 51.
[478] DE SCHUTTER, S. 42.
[479] Siehe "The Extent of use of health and safety rquirments as a false excuse for not employing sick of disabled persons, HSE Research Report 167, 2003".
[480] Siehe Teil IV, 2.3.6, S. 231ff.

Straf- oder Zivilverfahren – oder auf dem Verwaltungsweg, bsw. vor einem Schiedsgericht geschieht. Die Mitgliedstaaten können sich auch für ein Schlichtungsverfahren entscheiden.

Die Mitgliedstaaten haben dafür Sorge zu tragen, dass Personen, die eine Beschwerde wegen eines Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz vorbringen, von ihren Arbeitnehmerorganisationen oder einschlägigen Berufsverbänden oder -organisationen unterstützt und vertreten werden können (Art. 10 Abs. 2 der RL 2000/78/EG). Gleichzeitig haben sie sicherzustellen, dass die bei einem Tatbestand der Diskriminierung verhängten Sanktionen „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend" sind (Art. 16 der RL 2000/78/EG). Mit anderen Worten: Die Strafen für diskriminierendes Verhalten sollen in einem angemessenen Verhältnis zum angerichteten Schaden stehen und als Abschreckung gegen derartige Verhaltensweisen dienen.

Zur weiteren Stärkung des Schutzes sind die Mitgliedstaaten zur Einführung gesetzlicher Bestimmungen verpflichtet, die im Zivilverfahren (d.h. Verfahren ohne strafrechtliche Anklage) eine Beweislastverteilung zwischen der wegen Diskriminierung klagenden Partei und der beklagten Partei vorsehen (Art. 10 der RL 2000/78/EG). Dies bedeutet, dass beide Parteien für den Nachweis der Verletzung bzw. Nichtverletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes verantwortlich sind. Die klagende Partei muss zunächst glaubhaft machen, dass der Tatbestand der Diskriminierung erfüllt (und ein prima-facie-Beweis dafür vorliegt) und die Beschwerde daher begründet ist. Anschließend hat die wegen Diskriminierung beklagte Partei nachzuweisen, dass sie nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen hat und es einen triftigen Grund für ihr Handeln gibt. Es obliegt also dem Beklagten, das Gericht oder eine andere zuständige Stelle davon zu überzeugen, dass kein diskriminierendes Verhalten vorliegt. Von der Person, die sich in ihren Rechten verletzt fühlt, wird nicht erwartet, dies schlüssig zu beweisen, da sie hierzu wahrscheinlich kaum in der Lage ist.

Ausserdem sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, Personen, die eine Beschwerde wegen Diskriminierung einlegen, angemessen vor Viktimisierung oder anderen Repressalien zu schützen, die sie andernfalls von einer Durchsetzung ihres Rechtes auf Gleichbehandlung abhalten würden (Art. 11 der RL 2000/78/EG). Dies gilt auch für Zeugen im Diskriminierungsverfahren, die den gleichen Schutz vor Viktimisierung genießen müssen, damit sie zur Aussage bereit sind. Die Mitgliedstaaten haben daher Maßnahmen zu treffen, damit diejenigen, denen eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgeworfen wird, gar nicht erst so reagieren. Insbesondere müssen derartige Maßnahmen die Arbeitnehmer vor einer möglichen Entlassung schützen, wenn sie Beschwerde einlegen oder ein

gerichtliches Verfahren gegen ihren Arbeitgeber anstrengen oder in Diskriminierungsverfahren als Zeuge aussagen.

2.3.7 Verpflichtungen der Mitgliedstaaten

Nach Art. 16 der RL 2000/78/EG haben die Mitgliedstaaten die erforderlichen Massnahmen zur Sicherheit der Durchsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu ergreifen. Das bedeutet die Aufhebung der den Grundsatz verletztenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften. Weiter müssen mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht kompatible Bestimmungen in Arbeits- und Tarifverträgen, Betriebsordnungen und Statuten freier Berufe sowie Regelungen der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen für nichtig erklärt werden können. Die Mitgliedstaaten haben darüber hinaus wirksame, verhältnismässige und abschreckende Sanktionen für Verstösse gegen die einzelstaatlichen Diskriminierungsschutzvorschriften vorzusehen (Art. 16 der RL 2000/78/EG).

Die bisherige Umsetzung der RL 2000/78/EG zeigt die Vielfalt an Möglichkeiten, Diskriminierungsschutzvorschriften ins nationale Recht zu verankern.

Tabelle 17: Umsetzung der RL 2000/78/EG ins nationale Recht

Methode	Staat(en)
Kombination spezifischer Rechtsvorschriften mit einem Beschäftigungsgesetz	Slowenien
Mehrere Antidiskriminierungsgesetze zu einzelnen Diskriminierungsmerkmalen	Vereinigtes Königreich
Kombination von Antidiskriminierungsgesetzen zu mehreren Diskriminierungsmerkmalen und Antidiskriminierungsgesetze zu einem Merkmal	Dänemark, Niederlande, Schweden
Antidiskriminierungsgesetze die i.S.v. Diskriminierungskriterien über die RL 2000/78/EG hinausgehen	Belgien, Finnland, Irland, Niederlande, Österreich, Slowakei, Ungarn
Kombination spezifischer Rechtsvorschriften, arbeits- und strafrechtlicher und verwaltungsrechtlicher Bestimmungen	Frankreich, Litauen, Portugal
Umsetzung durch ein allgemeines Diskriminierungsgesetz	Spanien, Deutschland
Umsetzung nur im Bereich Beschäftigung	Estland, Tschechien, Lettland, Malta, Polten

Quelle: Eigene Darstellung HIV/Aids-Diskriminierungsstudie unter Anlehnung an CORMACK/BELL, S. 18.

Die Mitgliedstaaten verwenden bei der Umsetzung der Richtlinie in das nationale Recht oft nicht präzise die gleichen Formulierungen wie sie in der Richtlinie enthalten sind. Alle nationalen Gerichte unterliegen indes der Pflicht, „das nationale Recht im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen“[481].

2.3.8 Unmittelbare vertikale und horizontale Wirkung der RL 2000/78/EG

Richtlinien sind hinsichtlich des zu erreichenden Ziels für die Mitgliedstaaten verbindlich. Bei der RL 2000/78/EG bildet die Schaffung eines allgemeinen Rahmens zur Diskriminierungsbekämpfung das Ziel. Die Mitgliedstaaten sind aber in der Wahl der Form und Mittel zur Zielerreichung frei. Die Umsetzung der Richtlinien muss in einer Art und Intensität erfolgen, die ein hohes Mass an Rechtssicherheit und Rechtsklarheit für die Bürgerinnen und Bürger sicherstellt[482]. Leitlinie des EuGH bei der Umsetzung von Richtlinien bilden das Effektivitätsgebot (der sogenannte *effet utile*)[483] und die Rechtsicherheit[484].

Die Richtlinien enthalten regelmässig eine Frist, innert derer die Umsetzung erfolgt sein muss. Bei säumigen Mitgliedstaaten kann die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 226 EGV einleiten. RL 2000/78/EG hätte bis zum 2. Dezember 2003 umgesetzt werden müssen, für die Kriterien „Alter“ und „Behinderung“ war eine Zusatzfrist bis zum 2. Dezember 2006 möglich.

Bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist müssen die mitgliedstaatlichen Rechtsnormen im Anwendungsbereich der Richtlinie gemeinschaftsrechtskonform, d.h. auch unter Berücksichtigung der Ziele der Richtlinie ausgelegt und angewendet werden[485].

Nicht fristgemäss umgesetzte Richtlinien haben nach ständiger EuGH-Rechtsprechung und herrschender Lehre dann unmittelbare vertikale, d.h. staatsgerichtete Geltung, wenn Vorschriften der die Richtlinie „inhaltlich unbedingt“ und „hinreichend genau formuliert“ sind[486]. Privaten gegenüber (horizontale Wirkung) kann die noch nicht umgesetzte Richtlinie nicht entgegen gehalten werden. Dem säumigen Mitgliedstaat kann aber ein

[481] EuGH, Rs. 14/83, Von Colson, Slg. 1984, I-1891.
[482] HANAU/STEINMEYER/WANK, N 100.
[483] Grundlegend EuGH, Rs. 6/94, Costa/ENEL, Slg. 1964, 585 ff., 593 N 5. Weitere: EuGH, Rs. 33/76 (Rewe), Slg. 1976, 1989ff.,.EuGH, Rs. 48/75 (Royer), Slg 1976, S. 497, N 69/43.
[484] Dazu ausführlich HERRMANN, S. 209ff.
[485] BIEBER/EPINEY/HAAG, S. 207 f., N 69.
[486] EuGH, Rs 41/84, Van Duyn/Home Office, Slg 1974, S. 1349, Rs. 221/88. Siehe dazu auch HETMEIER, N 12 zu Art. 249 EGV.

Schadenersatzanspruch gegenüber Privaten erwachsen. Das bedingt zuerst das Vorliegen eines aus der Nichtumsetzung der Richtlinie resultierten Schadens. Die fragliche Richtlinie muss zudem die Verleihung von Rechten an Einzelne zum Ziel haben und der Inhalt dieser Rechte muss auf der Grundlage der Richtlinie ermittelt werden können[487]. Als Rechtsfolge muss der säumige Mitgliedstaat für den aus der nicht umgesetzten Richtlinie entstandenen Schaden aufkommen[488].

Diese Rechtslage hat im Kontext der RL 2000/78/EG für Personen, die eine Diskriminierung im Arbeitsverhältnis wegen HIV/Aids geltend machen wollen, die folgende Auswirkung: Bei nicht fristgemässer Umsetzung können sich Private gegenüber staatlichen Behörden und staatlichen Arbeitgebern unmittelbar auf die RL 2000/78/EG beziehen. Die Inhalte der RL 2000/78/EG sind inhaltlich unbedingt und hinreichend genau formuliert. Private Arbeitgeber werden nicht unmittelbar in die Pflicht genommen. Falls jedoch Privaten als Folge einer Diskriminierung eines privaten Arbeitgebers ein Schaden erwächst, kommt die Regel der staatlichen Schadenersatzpflicht bei nicht umgesetzten Richtlinien zur Anwendung.

Einen ersten und wichtigen Grundsatzentscheid zur RL 2000/78/EG im Falle einer Diskriminierung aufgrund des Alters hat der EuGH in der Rechtssache *Mangold* gefällt[489]. Den Anträgen des Generalanwalts folgend, stützt sich das Gericht auf einen ungeschriebenen allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Der EuGH hält fest, der Grundsatz der Gleichbehandlung sei in der RL 2000/78/EG nicht selbst verankert, das Verbot der Diskriminierung ergebe sich vielmehr aus verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen und den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten und folgert: „Das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters ist somit als ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts anzusehen“[490]. Daraus folge, so der EuGH, dass die Umsetzungsfrist der RL 2000/78/EG nicht abgewartet werden müsse, sondern schon vorher müssten geeignete Rechtsbehelfe und andere Umsetzungsmassnahmen erfolgen. Dem nationalen Gericht obliege demzufolge, „…im Rahmen seiner Zuständigkeiten den rechtlichen Schutz, der sich für den Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht ergibt, zu gewährleisten und die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu garantieren, indem es jede möglicherweise entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet lässt“.

---

[487] Siehe. dazu das wegweisende EuGH Urteil, verb. Rs C-6/90, C-9/90 *Francovich*, Slg 1991, I-5357.
[488] BIEBER/EPINEY/HAAG, S. 84ff.
[489] EuGH, Rs. C-144/04, *Mangold*.
[490] EuGH, Rs. C-1244/04, *Mangold*, N 75.

Das Spektakuläre an der Entscheidung *Mangold* besteht in der erstmaligen ausdrücklichen Nennung des Gleichbehandlungsgrundsatzes als ungeschriebenen Rechtsgrundsatz und damit als Quelle primären Gemeinschaftsrechts und mehr noch, dessen Transformation in das europäische Arbeitsrecht[491]. Noch auszuleuchten gilt es die unmittelbare primärrechtliche Horizontalwirkung. Zumindest die sekundärrechtliche Konkretisierung in der RL 2000/78/EG zielt auf Wirkung in allen Arbeits- und Beschäftigungsverhältnissen ab.

2.3.9 Umsetzungsmassnahmen der EU

Ergänzt werden die Richtlinien zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse und zur Gleichbehandlung im Bereich der Beschäftigung durch ein Aktionsprogramm der Gemeinschaft zur Bekämpfung von Diskriminierungen[492]. Dieses Programm deckt alle in Art. 13 EGV niedergelegten Diskriminierungsgründe ab mit Ausnahme der Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, mit denen sich eigens das Programm der Europäischen Gemeinschaft zur Gleichstellung von Frauen und Männern befasst[493].

Mit einem Aktionsprogramm anerkennt die Gemeinschaft, dass die Verabschiedung von Rechtsvorschriften nur einen Teil der Aktivitäten zur Bekämpfung von Diskriminierungen darstellen kann. Vielmehr müssen rechtliche Vorschriften durch ein breites Spektrum weiterer Massnahmen unterstützt werden[494].

In der Antidiskriminierungsrahmenstrategie[495] legt die Kommission dar, dass sie einen „integrierten Ansatze" im Sinne eines eigentliche Anti-Diskriminierungs-Mainstreamings fördern will. Das bedeutet, es sind gezielt rechtliche und politische Massnahmen der Gemeinschaft zu ergreifen. Die Kommission erhofft sich durch diesen integrierten Ansatz ein gezielteres Vorgehen gegen Mehrfachdiskriminierungen.

2.3.10 Auswirkungen auf die Schweiz

---

[491] Siehe auch die Urteilsbesprechung von PÄRLI (Urteilsbesprechung), S. 888ff.

[492] Beschluss des Rates 2000/750/EG vom 27. November 2000 über ein Aktionsprogramm der Gemeinschaft zur Bekämpfung von Diskriminierungen (2001-2006) (ABl. L 303 vom 2. Dezember 2000).

[493] Quelle: http://europa.eu.int/comm/employment_social/equ_opp/fund_de.html (26.09.06).

[494] Die vielfältigen Aktivitäten werden auf der Antidiskriminierungswebseite http://www.stop-discrimination.info/ (26.09.06) laufend dokumentiert.

[495] KOM (2005) 224.

Die Rechtsentwicklung in der Europäischen Gemeinschaft wird auch die Schweiz beeinflussen. Die Schweiz als Nicht-EU-Mitglied ist nicht unmittelbar an den EGV (Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft) gebunden. In der juristischen Lehre wird auf die Auswirkungen für die Schweiz hingewiesen. Mit dem Abschluss der bilateralen Verträge der Schweiz mit der Europäischen Union (EU) sind die den europäischen Wanderarbeitnehmer betreffenden Gleichbehandlungs- und Nichtdiskriminierungsnormen der EU zu beachten. Im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit sind auch Private an das Diskriminierungsverbot des Freizügigkeitsabkommens unmittelbar gebunden[496].

2.4 Die Datenschutzrichtlinie

2.4.1 Bedeutung für HIV/Aids

Es wurde gezeigt, dass der Datenschutzgesetzgebung eine nicht zu unterschätzende Bedeutung bei der Bekämpfung von HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis zukommt[497]. Ist die HIV/Aids-Diagnose von Arbeitnehmenden gar nicht bekannt, kann logischerweise auch keine Diskriminierung aufgrund von HIV/Aids erfolgen.

2.4.2 Datenschutz im Arbeitsverhältnis

Gemeinschaftsrechtlich bildet die Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (RL 95/46/EG) den wichtigsten Erlass[498]. Die Verordnung Nr. 45/2001 des europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2000 regelt die Datenbearbeitung der Organe der Europäischen Gemeinschaft[499]. In der Evaluation der RL 95/46EG wird hervorgehoben, dass das Entstehen einer wissensbasierten Wirtschaft in Verbindung mit dem technischen Fortschritt und der wachsenden Bedeutung des Humankapitals die

[496] Siehe dazu PÄRLI (Gleichbehandlungsansprüche).
[497] Siehe S. 134, 79, 123, 172, 195, 202.
[498] Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. L 281/31 vom 23.11.1995.
[499] Verordnung (EG) Nr. 45/2001 des europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2000 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe und Einrichtung der Gemeinschaft und zum freien Datenverkehr, ABl. L 8/1 vom 12.1.2001.

Datenerhebung am Arbeitsplatz intensiviert habe. Ein wirksamer Datenschutz am Arbeitsplatz sei unumgänglich[500].

Massgebendes Prinzip der Richtlinie ist der Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten und insbesondere der Schutz der Privatsphäre natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten (Art. 1 Abs. 1 der RL 94/46/EG). Im vorliegenden Zusammenhang besonders relevant ist die Bestimmung in Art. 8 Abs. 1 der RL 95/46/EG. Die Mitgliedstaaten haben die Bearbeitung personenbezogener Daten, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, die politische Meinung, religiöse oder philosophische Überzeugung oder die Gewerkschaftszugehörigkeit sowie Daten über die Gesundheit oder das Sexualleben zu verbieten. Ausnahmen von diesem Verbot sollen u.a. unter der Bedingung zulässig sein, dass die Verarbeitung solcher Daten erforderlich ist, um „den Rechten und Pflichten des für die Verarbeitung Verantwortlichen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts Rechnung zu tragen, sofern dies aufgrund von einzelstaatlichem Recht, das angemessene Garantien vorsieht, zulässig ist“ (Art. 8 Abs. 2 lit. b der RL 95/46/EG). Die Richtlinie schreibt also vor, dass die mitgliedstaatliche Datenschutzgesetzgebung im Arbeitsbereich eine angemessene Güterabwägung zwischen den Interessen der Arbeitgebenden an Information und den Interessen der Arbeitnehmenden am Schutz der Privatsphäre zu gewährleisten hat[501].

Eine Studie über den Schutz der Privatsphäre im europäischen Arbeitsrecht zeigt, dass keine Sonderregeln für den Umgang mit HIV/Aids-Daten bestehen. Als allgemeine Regel gelte, dass die Bearbeitung von Arbeitnehmerdaten über HIV/Aids den Regeln über die Bearbeitung anderer medizinischen Daten folgen solle. Bekannte Informationen über den HIV/Aids-Status von Arbeitnehmenden dürften nicht zu Diskriminierungen führen[502].

3 Schutz vor HIV/Aids-Diskriminierung bei Arbeit und Beschäftigung in Grossbritannien

3.1 Ausgangslage

3.1.1 Epidemiologische Situation in Grossbritannien

[500] Bericht der Kommission über die Durchführung der Datenschutzrichtlinie, KOM 203 (265).
[501] HENDRICKS, S. 321.
[502] HENDRICKS, S. 336.

In Grossbritannien[503] leben rund 58 Millionen Menschen. Ende Dezember 2005 leben schätzungsweise 65'000 HIV-positive Menschen in Grossbritannien, wovon ein Drittel undiagnostiziert[504]. 49% der diagnostizierten Fälle leben in London. 13'267 Menschen mit HIV/Aids sind seit Anfang der 80er Jahre gestorben[505]. 2005 gibt es rund 8868 Neuinfektionen[506]. Mehr Männer als Frauen leben mit HIV/Aids (Rate 2:1). 30% aller Neudiagnosen betreffen Männer, die Sex mit Männern haben. In den letzten Jahren ist ein starker Anstieg von Neuinfektionen zu verzeichnen. Die Zahl hat sich im Vergleich zum Jahr 1998 (damals gab es 2967 Neuansteckungen) mehr als verdoppelt. Die Schlüsselfaktoren des starken Neuanstiegs werden in der erhöhten Übertragung im Bereich Männer, die Sex mit Männern haben (MSM) und in der kontinuierlichen Einwanderung von HIV-infizierten heterosexuellen Männern und Frauen aus Subsahara-Ländern gesehen. Von 2000 bis heute haben sich die HIV-Neuinfektionen bei heterosexuellen Menschen mehr als verdoppelt. Im Bereich intravenösem Drogenkonsum ist die Prävalenz seit Ende der 80er Jahre mit unter 1% sehr gering. Seit Einsetzen der antiretroviralen Kombinationstherapien sind die Aids-Diagnosen und Todesfälle gesunken.

3.1.2 Die Struktur der HIV/Aids-Bekämpfung in Grossbritannien

Schon in den frühen 80er Jahren hat sich die Regierung Grossbritanniens mit dem Thema HIV/Aids beschäftigt[507]. Eine umfassende nationale HIV/Aids-Strategie wurde jedoch erst 2001 lanciert. Das Department of Health hat diese unter dem Namen: *Better prevention, better services, better sexual health - The national strategy for sexual health and HIV*[508] entwickelt. Die Hauptziele dieser Strategie sind unter anderem die Eindämmung von HIV/Aids-Übertragungen und Ansteckungen von sexuell übertragbaren Krankheiten (sexual transmitted infections, STI) mittels nationalen Informationskampagnen an die Allgemeinbevölkerung, die Reduktion undiagnostizierter HIV/Aids- und STI-Fälle (Routine HIV/Aids- und STI-Tests an den Genito-Urinary Medicine Clinics, also Kliniken der sexuellen Gesundheit), die Verbesserung der medizinischen und sozialen Unterstützung von Menschen mit HIV/Aids, sowie die Verringerung von Stigmatisierung

[503] Grossbritannien umfasst England, Schottland und Wales, währenddem das Vereinigte Königreich Grossbritannien und Nordirland erfasst.
[504] Die Epidemiologischen Daten werden in Grossbritannien von der Health Protection Agency erfasst. Unpublished Quarterly Surveillance Tables No. 68, 05/4, Januar 2006.
[505] Zahl gemäss WHO Europa, Quelle: http://data.euro.who.int/CISID/ (22.11.06).
[506] Zahl gemäss WHO Europa, Quelle: http://data.euro.who.int/CISID/ (22.11.06).
[507] Zur Geschichte von HIV/Aids in Grossbritannien siehe BERRIDGE.
[508] DEPARTMENT OF HEALTH (2001).

rund um HIV/Aids und STIs. Im „Implementation Action Plan“[509] wurden die Massnahmen zur Zielerreichung der Strategie näher ausgeführt. Betreffend Diskriminierung und Stigmatisierung wurde Ende 2005 der „HIV related stigma and discrimination - action plan“ verfasst, welcher 2006 in die Vernehmlassung geschickt wurde[510]. Die Schlüsselmassnahmen dieses Aktionsplans sind[511]:

- Integration des Themas Stigmatisierung und Diskriminierung in bestehende Gesundheitsförderungsverträge für schwule Männer und Afrikanische Communities;
- Verbreitung von Informationen über HIV/Aids und Abbau von Mythen rund um die HIV/Aids-Übertragung;
- Unterstützung von Menschen mit HIV/Aids im Kampf gegen Diskriminierungen und Bestärkung in ihren Rechten;
- Sicherstellung des Miteinbezugs von Menschen mit HIV/Aids in Entscheidungsprozesse auf nationaler und lokaler Ebene;
- Finanzielle Unterstützung von Projekten, welche sich dem Abbau von Stigmatisierung und Diskriminierung rund um HIV/Aids widmen;
- Fortführung der Zusammenarbeit mit anderen Regierungsdepartementen bezüglich Themen, welche auf Menschen mit HIV/Aids einen Einfluss haben;
- Unterstützung von Trainings am Arbeitsplatz, welche der Stigmatisierung und Diskriminierung rund um HIV/Aids entgegenwirken.

Der Aktionsplan richtet sich auch an andere Akteure des HIV/Aids-Bereichs; so sollen Mitarbeitende des Gesundheitswesens, Mitarbeitende von HIV/Aids-Dienstleistungs- und Voluntärorganisationen folgende Massnahmen ergreifen:

- Sensibilisierung auf HIV/Aids Stigmatisierung und Diskriminierung in allen Feldern;
- Aktive Überwachung und Bekämpfung von HIV/Aids-Diskriminierungen;
- Unterstützung von Programmen, welche das Selbstbewusstsein und Selbstvertrauen von Menschen mit HIV/Aids fördern;
- Miteinbezug von Menschen mit HIV/Aids in Entscheidungsprozesse und bei der Durchführung von Massnahmen;

[509] DEPARTMENT OF HEALTH (2002).
[510] DEPARTMENT OF HEALTH (2005).
[511] DEPARTMENT OF HEALTH (2005), S. 4.

- Vertrautheit mit den verschiedenen Dokumenten, Reglementen und Empfehlungen, welche sich der Diskriminierung und Stigmatisierung widmen;
- Evaluation von Anti-Stigma- und Diskriminierungsinterventionen und Zusammenarbeit mit lokalen und nationalen Netzwerken zur Verbreitung der Resultate;
- Überprüfung und Aktualisierung von professionellen Reglementen, Verhaltenscodes sowie anderen relevanten Publikationen in Bezug auf HIV/Aids.

Nonprofit Organisationen

1982 wurde die erste HIV/Aids-Organisation Grossbritanniens, der *Terry Higgins Trust*, gegründet, benannt nach Terry Higgins, einem der ersten britischen HIV/Aids-Patienten, der 1983 starb. Die Organisation wurde später in *Terrence Higgins Trust* umbenannt. Mit rund 300 Mitarbeitenden und 800 Voluntären ist der *Terrence Higgins Trust* nicht nur die grösste HIV/Aids Organisation Grossbritanniens, sondern ganz Europas[512].

Der *National Aids Trust* ist Grossbritanniens führende unabhängige Kampagnenorganisation. Sie wurde 1987 ins Leben gerufen mit der damaligen Zielsetzung, Voluntärorganisationen im HIV/Aids-Bereich zu koordinieren[513].

1993 wurde die *UK Coalition of People living with HIV/Aids* (UKC) in London gegründet. UKC besteht aus einer Gruppe von Menschen mit HIV und Aids, welche Kampagnen durchführen und Dienstleistungen anbieten von und für Menschen mit HIV/Aids. Das Ziel von UKC ist, die verschiedenen Stimmen und Bedürfnisse von HIV-positiven Menschen hörbar zu machen und damit Änderungen in der Gesellschaft zu bewirken[514].

Daneben gibt es zahlreiche weitere, kleinere HIV/Aids-Organisationen, die in ganz Grossbritannien verteilt sind. Sie werden oftmals ehrenamtlich betrieben.

3.1.3 Daten zur HIV/Aids-Diskriminierung am Arbeitsplatz

Im November 2005 wurde im Auftrag des *National Aids Trust* eine Befragung zur Haltung der Allgemeinbevölkerung gegenüber HIV/Aids

[512] Für nähere Informationen siehe Quelle: www.tht.org.uk (12.09.06).
[513] Für nähere Informationen siehe Quelle: www.nat.org.uk (12.09.06).
[514] Für nähere Informationen siehe Quelle: www.ukcoalition.org (12.09.06).

gemacht, deren Ergebnisse im April 2006 vorgelegt wurden[515]. 66 % der 2048 befragten Personen gaben an, dass sie der Meinung sind, HIV-positive Menschen können im gleichen Ausmass arbeiten wie HIV-negative Menschen. Dieser Ansicht widersprachen insbesondere die 15-24jährigen sowie die über 50jährigen. Die Studie hat auch gezeigt, dass je höher der Wissensstand über die Übertragungswege des HI-Virus ist, desto positiver ist die Einstellung in Bezug auf HIV/Aids am Arbeitsplatz. Acht von zehn derjenigen Befragten, welche sehr gute Kenntnisse über HIV/Aids hatten, vertraten die Meinung, dass Menschen mit HIV/Aids genau gleich arbeiten können wie alle anderen. Erstaunlich ist, dass bei den Befragten im Raum London, in welchem die HIV/Aids-Prävalenz besonders hoch ist, der Wissensstand über HIV/Aids im Vergleich zu den übrigen Teilen Grossbritanniens niedriger war. Nur 70 % der Befragten im Raum London wussten beispielsweise, dass HIV/Aids beim ungeschützten Geschlechtsverkehr zwischen Mann und Frau übertragen werden kann und nur 69 % bei ungeschütztem Geschlechtsverkehr zwischen Männern.

65 % der Befragten gaben an, es sei widerrechtlich, HIV-positive Menschen am Arbeitsplatz zu diskriminieren. 57 % vertraten die Meinung, dass sie sich wohl fühlen würden, mit einem HIV-positiven Kollegen oder einer HIV-positiven Kollegin zusammenzuarbeiten. Auch hier waren es wiederum vor allem die gut über HIV/Aids Informierten sowie die unter 55jährigen, die diese Meinung vertraten. 14 % der Befragten gaben an, sie seien nicht sicher, ob sie sich wohl fühlen würden, mit einer/einem HIV-positiven Mitarbeitenden zusammenzuarbeiten. Erstaunlich ist die Tatsache, dass die Frage, ob die Belegschaft informiert werden sollte, wenn jemand im Betrieb HIV-positiv ist, rund ein Drittel mit ja beantwortete; etwa die gleiche Zahl, also ein Drittel, antwortete mit nein.

Im Februar 2005 wurden die Resultate einer Studie der *Positive Futures Partnership* veröffentlicht[516], welche Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu HIV/Aids befragte. Mehr als 85 % der befragten Manager denken, dass Menschen mit HIV/Aids immer noch Diskriminierungen am Arbeitsplatz erfahren. 40 % waren der Ansicht, dass Menschen mit HIV/Aids nicht als Führungspersonen zugelassen werden sollten, während 24 % die Ansicht vertraten, Menschen mit HIV/Aids sollten nicht im Gastgewerbe arbeiten.

---

[515] Public Attitudes Towards HIV, Research Study conducted for National Aids Trust by MORI (Market&Opinion Research International), London 2006.

[516] Personnel Today, 9. Februar 2005, Quelle: www.personneltoday.com/Articles/2005/02/09/27918/people-living-with-hiv-face-workplace-discrimination.html (20.11.06).

Eine im Jahr 2002 durchgeführte Umfrage bei 1821 HIV-positiven Menschen in Grossbritannien[517] ergab betreffend Diskriminierungen folgende Resultate: 16 % waren unglücklich mit deren Fähigkeit, mit Diskriminierung umzugehen. 20 % haben innerhalb der letzten 12 Monate Diskriminierungen erlebt. 11 % haben kontinuierlich Probleme mit Diskriminierungen und waren der Ansicht, dass mehr Hilfestellungen oder Unterstützung erforderlich bzw. nützlich wären.

Ein Viertel der Diskriminierungen wurde im Bereich der öffentlichen Dienstleistungen erlebt, besonderes seitens des Krankenhauspersonals. Soziale Stigmatisierung und Rückweisung bildeten mit 19 % die zweithäufigste Form von Diskriminierungen (einschliesslich Freundeskreis, Partner, Nachbarn), gefolgt von verbalen Beschimpfungen (17 %) und Diskriminierungen am Arbeitsplatz (15 %). Weitere Diskriminierungen betrafen die Stellensuche (6 %), physische Gewalt (6 %), finanzielle Dienstleistungen (6 %), Reisebeschränkungen (6 %) und Versicherungen (3 %).

3.2 Allgemeines zum Diskriminierungsschutz in Grossbritannien

3.2.1 Das englische Rechtssystem

Das englische Rechtssystem unterscheidet sich klar von der kontinentaleuropäischen Tradition. So kennt Grossbritannien bis heute keine geschriebene Verfassung. Eine wichtige Rechtsquelle ist das so genannte *Common Law* („Fallrecht", „Recht des Richters"), welches auf Präjudizien aufbaut. Für die Aufrechterhaltung einer gewissen Stabilität des Rechtssystems sorgt die *Doctrine of Stare Decisis*, nach welcher Untergerichte an die Entscheide höherer Gerichte gebunden sind (siehe unten). Grundsätzlich sind die Gerichte – im Gegensatz z.B. zu den USA - auch an ihre eigenen früheren Entscheide gebunden[518]. Neben das *Common Law* tritt das *Statutory Law* („Gesetzesrecht"), welches die vom Parlament erlassenen *Statutes* (Gesetze) umfasst. Daneben existieren als ein drittes Element sogenannte C*onstitutional Conventions* (Verfassungskonventionen). Darunter sind Verhaltens- und Verfahrensregeln zu verstehen, an die sich staatliche Institutionen gebunden fühlen. Die Durchsetzung dieser Konventionen kann allerdings nicht eingeklagt werden.

Die Hierarchie der Gerichte im Zivilrecht zeigt sich wie folgt (aufsteigend)[519]:

---

517 WEATHERBURN/ANDERSON/REID/HENDERSON, S. 65ff.
518 MARTIN, S. 23ff.
519 MARTIN, S. 24ff.

County Court (for minor claims) -> *High Court* (Queen's Bench Division – Family Division – Chancery Division) -> *Court of Appeal* (Civil Division) -> *House of Lords*

Gemäss der *Doctrine of stare decisis* herrscht dabei folgende Regelung:

- Die Entscheide von höheren Gerichten sind für die unteren Gerichte bindend;
- Das *House of Lords* ist an die eigenen Entscheide nicht gebunden;
- Der *Court of Appeals* ist an die eigenen Entscheide gebunden (Ausnahmen vorbehalten);
- Die Richter des *High Courts* sind nicht strikt an die Entscheide anderer Richter des *High Courts* gebunden;
- Nur Entscheide der innerstaatlichen Gerichte sind grundsätzlich bindend (Ausnahme: Europäischer Gerichtshof), aber die Entscheide höherer Gerichte von anderen (vornehmlich C*ommon Law*) Ländern können als Entscheidungshilfe herangezogen werden.

Bindend innerhalb eines Entscheids ist die *ratio decidendi* (Begründung des entsprechenden Entscheids), nicht jedoch das *obiter dictum* (Bemerkungen der Richter in deren Reden welche für das Urteil selbst nicht direkt relevant sind).

Um die ordentlichen Zivilgerichte zu entlasten, wurden im Jahre 1964 die *Industrial Tribunals* gegründet[520], die bestimmte arbeitsrechtliche Streitigkeiten beurteilen konnten. Im Jahre 1998 wurden diese in *Employment Tribunals* umbenannt.[521]. Deren Bedeutung ist in den letzten Jahren stark angewachsen, gingen doch in den Jahren 2004/2005 mehr als dreimal so viele Anträge ein als noch in den 90er Jahren[522]. Der *Employment Tribunals* zeichnen sich u.a. durch einen einfachen Zugang und relativ niedrige Gebühren aus. Klagen, welche bei den *Employment Tribunals* eingereicht werden, betreffen bsw. missbräuchlicher Kündigung, Verletzung des Mutterschaftsurlaubs, Vertragsbruch, aber auch Diskriminierungsfälle. Die Entscheide der *Employment Tribunals* können ans *Employment Appeal Tribunal* weitergezogen werden, von da aus an den *Court of Appeal* und in letzter Instanz an das *House of Lords.*

[520] Industrial Training Act 1964.
[521] Employment Rights (Dispute Resolution) Act 1998.
[522] Annual Report 2004/2005, Employment Tribunal Service, London 2005.

Das Gleichheitsprinzip im englischen Recht

Grossbritannien kennt keine geschriebene Verfassung, welche ein Recht auf gleiche Behandlung garantieren würde. Im Laufe der Jahrhunderte wurden gewisse Rechte durch Gerichtsentscheide geschützt. Zwar hat Grossbritannien die wichtigsten internationalen Dokumente, welche Menschenrechte und Nichtdiskriminierung betreffen, unterzeichnet, es jedoch abgelehnt, dafür zu sorgen, dass diese durch das Individuum bzw. direkt durch die einheimischen Gerichte angewandt werden können. Der *Human Rights Act 1998* verpflichtet die britischen Behörden und Gerichte, die Europäische Menschenrechtskonvention durchzusetzen, inklusive Art. 14 EMRK (Diskriminierungsverbot). Grossbritannien hat jedoch das Protokoll 12 weder ratifiziert noch unterzeichnet[523].

3.2.2 Internationale Rahmenbedingungen

Völkerrecht

Grossbritannien hat sich sowohl international als auch national zum Diskriminierungsschutz verpflichtet. Zunächst wird anhand einer auf die völkerrechtlichen Verpflichtungen Grossbritanniens eingegangen[524]. Danach wird die Umsetzung der EU Rahmenrichtlinie dargelegt.

Tabelle 18: Völkerrechtlicher Diskriminierungsschutz in Grossbritannien

Instrument	Ratifiziert	Vorbehalte	Bemerkungen
UN-Pakt für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte	Ja		Kein Individualklagerecht
UN-Pakt für bürgerliche und politische Rechte	Ja		Kein Individualklagerecht
Abkommen Nr. 111 der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) über die Diskriminierung.	Ja		Kein Individualklagerecht
Abkommen Nr. 158 der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO)	Nein		
Abkommen Nr. 159 der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO)	Nein		
Europäische Menschenrechtskonvention	Ja		Individualklage

[523] Siehe Teil IV, 3.2.2, S. 245.
[524] Zum konkreten Inhalt der völkerrechtlichen Dokumente siehe Teil III, 2., S. 108ff.

(integriert ins brit. Recht durch den *Human Rights Act* 1998)		möglich
Zusatzprotokoll Nr. 12 zur EMRK	Nein	
Revidierte Europäische Sozialcharta	Nein	

Quelle: Eigene Darstellung HIV/Aids-Diskriminierungsstudie

Umsetzung RL 2000/78/EG

Für die Umsetzung der Bestimmungen der im Jahr 2000 erlassenen Richtlinie über die Diskriminierung wegen einer Behinderung nahm Grossbritannien eine Zusatzfrist von drei Jahren in Anspruch. Es bedurfte für die Umsetzung einer Änderung des *Disability Discrimination Act 1995* (Gesetz über die Diskriminierung aus Gründen einer Behinderung) und der *Disability Discrimination Act (Pensions) Regulations 2003* (Gesetz über die Diskriminierung aus Gründen einer Behinderung (Altersrente). Die wichtigsten Änderungen betrafen folgende Bereiche:

- Keine Sonderregelung mehr für kleine Unternehmen;
- Keine Sonderregelung mehr für Polizeibeamte und Geschäftspartner;
- Präzisierung der Definitionen von „unmittelbare Diskriminierung“ und „Belästigung behinderter Menschen“;
- Ausweitung des Geltungsbereichs auf Aus- und Weiterbildungseinrichtungen sowie Arbeitnehmer;
- Verbot der Diskriminierung bei der betrieblichen Altersversorgung.

Die geänderten Gesetze und zwei Verfahrenskodizes zu den neuen Rechten und Pflichten traten am 1. Oktober 2004 in Kraft. Ende 2006 werden voraussichtlich weitere neue Rechtsvorschriften betreffend Berufsausbildung in Kraft treten. Im Dezember 2006 soll die Umsetzung der Bestimmungen der Richtlinie über die Diskriminierung des Alters abgeschlossen werden.

3.3 Der gesetzliche Diskriminierungsschutz im Bereich Erwerbstätigkeit

Die Unterscheidung zwischen öffentlich- und privatrechtlichem Arbeitsverhältnis ist dem britischen Recht eher fremd.

3.3.1 Diskriminierungsschutz im Employment Rights Act

Das Arbeitsrecht hat sich in Grossbritannien in den letzten rund vierzig Jahren stark entwickelt, was einerseits auf ein historisch bedingtes, starkes Engagement seitens der Gewerkschaften zurückzuführen ist, andererseits auf

die Mitgliedschaft Grossbritanniens in der EU[525]. Die ersten Arbeitsgesetze waren der *Contract of Employment Act* von 1963 und der *Redundancy Payment Act* von 1965. Es folgte eine Vielzahl von weiteren Gesetzen und Verordnungen. So ist das britische Arbeitsrecht in seiner heutigen Ausgestaltung eher ein Gebilde von förmlichem *Statutory Law* (Gesetzesrecht) denn von *Common Law*. Die Hauptgesetze im Bereich Arbeit sind der *Employment Rights Act 1996* und der *Employment Act 2002*.

Trotz der Verrechtlichung des britischen Arbeitsrechts hat die Vertragsfreiheit in Grossbritannien immer noch einen sehr hohen Stellenwert. Viele Einzelheiten und Eventualitäten werden in den Arbeitsverträgen geregelt[526]. In der Regel finden sich im Arbeitsvertrag neben der Beschreibung der Tätigkeit auch noch Entlassungsvorschriften, so genannte *redundancy selection criteria und procedures*. Ausser der individuellen Vertragsabrede, kollektiven Vereinbarungen und *Common Law* sind die *Acts of Parliament* (nationalen Gesetze) und daraus resultierende *Regulations* (Verordnungen) Quellen des britischen Arbeitsrechts. Daneben gilt jedoch, dass EU-Recht vor nationalem Recht vorgeht.

Die Gesetze und Verordnungen zum Arbeitsrecht lassen sich grundsätzlich in drei Kategorien einteilen:

- Gesetze, die das Arbeitsverhältnis allgemein betreffen[527];
- Gesetze, die die Tätigkeiten von Gewerkschaften und deren Mitglieder regeln[528];
- Anti-Diskriminierungsgesetze[529].

Der *Employment Rights Act 1996*[530] enthält detaillierte Bestimmungen unter anderem zu folgenden Arbeitnehmerrechten[531]:

---

[525] NEAL, Kap. I.2ff; DEAKIN, S. 74f.
[526] Neal, Kap. I.3ff.; Deakin, S. 239ff.
[527] z.B. Employment Protection (Consolidation) Act 1978 (EPCA), modifiziert durch diverse Employment Acts und durch den Trade Union Reform and Employment Rights Act. Verschiedene Einzelgesetze sind 1996 im Employment Rights Act (ERA) zusammengefasst worden. Daneben gibt es noch andere gesetzliche Regelungen, z.B. Verordnungen zum Betriebsübergangn, etc.
[528] z.B. Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992.
[529] Diese beziehen sich jeweils auf Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, aufgrund rassistischer oder ethnischer Zugehörigkeit oder aufgrund einer Behinderung.
[530] Employment Rights Act 1996, Quelle: www.opsi.gov.uk/acts/acts1996/1996018.htm (12.09.06).
[531] Basisinformationsbericht 2004 Vereinigtes Königreich: Ein Bericht des europäischen Beschäftigungsobservatoriums, Esotec, London 2004.

- Recht auf Lohnfortzahlung bei Fernbleiben von der Arbeit aus medizinischen Gründen;
- Rechte hinsichtlich der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses (Kündigungsfrist und Entlassungsgründe, auf Schutz vor unzulässiger Kündigung, auf Abfindungszahlungen, Rechte bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers sowie Rechte hinsichtlich unzulässiger Lohnabzüge).

Dieses Gesetz wurde erlassen aufgrund verschiedener EU-Richtlinien:

- Richtlinie 80/987/EWG vom 20. Oktober 1980 über die Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers[532];
- Richtlinie des Rates 91/533/EWG vom 14. Oktober 1991 über die Pflicht des Arbeitgebers zu Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen[533].

Darüber hinaus wurden noch weitere Rechtsvorschriften in Bezug auf diese Richtlinien eingeführt. Das Gesetz über Arbeitsgerichte von 1996[534] sieht auch Arbeitsgerichte und ein Berufungsgericht für die meisten arbeitsrechtlichen Entscheidungen vor (gemäss dem Gesetz über Arbeitnehmerrechte 1996[535] und anderen arbeitsrechtlich relevanten Gesetzen). Das Gesetz über Arbeitnehmerrechte (Lösung von Konflikten) von 1998[536], durch das die *Industrial Tribunals* in *Employment Tribunals* umbenannt wurden, vereinfacht die Gerichtsverfahren und fördert alternative Verfahren der Konfliktlösung, beispielsweise indem die ACAS[537] zur Durchführung von Schiedsverfahren bei ungerechtfertigter Entlassung ermächtigt wird. Die meisten Bestimmungen traten am 1. August 1998 in Kraft. Das Beschäftigungsgesetz 1998/2002[538] führte weitere Bestimmungen ein, um konstruktive Beschäftigungsbeziehungen aufzubauen und den Bedarf an Schlichtungsverfahren zu vermindern.

---

[532] Quelle: http://europa.eu/scadplus/leg/de/cha/c10810.htm (25.11.2006).
[533] ABl. L 288/32 vom 18. Oktober 1991.
[534] Industrial Tribunals Act 1996, Quelle: http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts1996/1996017.htm (12.09.06).
[535] Employment Rights Act 1996, Quelle: www.opsi.gov.uk/acts/acts1996/1996018.htm (12.09.06).
[536] Employment Rights (Dispute Resolution) Act 1998, Quelle: http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts1998/19980008.htm (12.09.06).
[537] Advisory, Conciliation, and Arbitration Service (ACAS), Quelle: www.acas.org.uk (12.09.06).
[538] Employment Relations Act 1999, Quelle: http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts1999/19990026.htm (12.09.06).

Das britische Arbeitsrecht enthält keine spezifischen Anti-Diskriminierungsregelungen. Diese finden sich – auch in Bezug auf Diskriminierung im Bereich der Erwerbstätigkeit – in eigenen Antidiskriminierungserlassen.

3.3.2 Diskriminierungsschutz im Disability Discrimination Act

Entstehung und Ziele

Grossbritannien kennt bereits seit rund 30 Jahren Antidiskriminierungsgesetze. 1975 wurde der Sex Discrimination Act betreffend Diskriminierungen des Geschlechts[539] und 1976 der Race Relations Act betreffend Diskriminierungen der Rasse und Ethnie[540] erlassen. Rund zwanzig Jahre später, 1995 kam der Disability Discrimination Act[541] hinzu, welcher einen Schutz der Diskriminierung wegen einer Behinderung gewährleistet. Neben dem individuellen Schutz der Arbeitnehmenden und Arbeitsuchenden sehen diese Gesetze eine Gleichbehandlungskommission vor[542]. Diese Kommissionen nehmen keine Schlichtungs- bzw. Entscheidungsfunktion in Einzelfällen wahr, sondern sind in den Bereichen Beratung, Forschung, Öffentlichkeitsarbeit und Unterstützung von Klägerinnen und Klägern tätig.

Der *Disability Discrimination Ac*t (DDA) verfolgt das Ziel, die Gleichstellung von behinderten Menschen zu ermöglichen und zu fördern.

Definition der Behinderung

Disability (Behinderung) wurde im *Disability Discrimination Act 1995* (DDA 1995) wie folgt definiert:

Part 1, section 1:

(1) Subject to the provisions of Schedule 1, a person has a disability for the purposes of this Act if he has a physical or mental

[539] Sex Discrimination Act 1975, Gesetzestext: Equal Opportunities Commission, Quelle: http://www.eoc.org.uk/PDF/sda.pdf (12.09.06).
[540] Race Discrimination Act 1976, Quelle: http://raceandfaith.communities.gov.uk/raceandfaith/reports_pubs/publications/race_faith/race-relation?view=Html (12.09.06).
[541] Disability Discrimination Act 1995, Quelle: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1995/1995050.htm (12.09.06).
[542] Equal Opportunities Commission, Quelle: http://www.eoc.org.uk/ (12.09.06); Commission for Racial Equality, Quelle: http://www.cre.gov.uk (12.09.06); Disability Rights Commission, Quelle: http://www.drc-gb.org (12.09.06).

impairment which has a substantial and long-term adverse effect on his ability to carry out normal day-to-day activities.

(2) In this Act "disabled person" means a person who has a disability.

Behindert war also gemäss dem DDA 1995 eine Person dann, wenn sie eine physische oder psychische Beeinträchtigung hatte, welche eine substantielle und langfristige Auswirkung auf die Fähigkeit hatte, normale alltägliche Tätigkeiten auszuführen.

Diese Definition führte dazu, dass Menschen mit HIV/Aids nur dann als „behindert" galten, wenn sie nicht mehr in der Lage waren, alltägliche Tätigkeiten durchzuführen, was in der Regel erst dann der Fall ist, wenn Symptome von Aids vorliegen. Dies führte dazu, dass Menschen mit HIV/Aids, die diskriminiert wurden, aber nicht in der Verrichtung der normalen, alltäglichen Aktivitäten beeinträchtigt waren, keinen Schutz unter dem DDA 1995 fanden[543]. 1999 legte die *Disability Rights Task Force* (DRTF)[544] den Bericht *from exclusion to inclusion* mit 156 Empfehlungen[545] der Regierung (Department for education and skills) vor. Die DRFT plädierte sehr für den Einschluss von HIV/AIDS ab dem Zeitpunkt der Diagnose in den Behindertenbegriff: "People with the HIV infection sometimes attract fear and prejudice, which affects their lives from when their HIV status is known about, even if there are no symptoms and though there is no risk of transmission from normal contact. Estimates suggest that there are fewer than 20,000 people with asymptomatic HIV. Their coverage would represent an increase of just 0.2% in the numbers of people protected by the DDA"[546].

Im Jahr 2001 reagierte die Regierung auf diesen Bericht und legte ein eigenes Papier *Towards Inclusion – civil rights for disabled people: Government response to the Disability Rights Task Force vor*[547]. Die meisten Vorschläge wurden von der Regierung aufgenommen, so auch der Vorschlag betreffend HIV/AIDS: "We will ensure that HIV infection counts as a disability from the time at which it is diagnosed. [...] We will make these changes as soon as legislative time allows."

---

[543] CHARTIER, S. 6ff.; siehe auch NATIONAL AIDS TRUST (employment); NATIONAL AIDS TRUST (stigma).

[544] Die Disability Rights Task Force (DRTF) wurde 1997 gegründet und war der Vorgänger der Disability Rights Commission, welche 1999 gegründet wurde. Die DRTF hat im Bericht „from exclusion to inclusion" 156 Verbesserungsvorschläge im Bereich der Behindertenrechte aufgeführt. Die Regerung nahm einen Grossteil der Vorschläge an.

[545] DISABILITY RIGHTS TASK FORCE.

[546] DISABILITY RIGHTS TASK FORCE, S. 16, Punkt 7.

[547] DEPARTMENT FOR EDUCATION AND EMPLOYMENT (Towards Inclusion).

Im Dezember 2005 trat dann die Gesetzesrevision des DDA in Kraft, welche u.a. Menschen mit HIV/AIDS bereits in der asymptomatischen Phase ab dem Zeitpunkt der Diagnose unter den Schutz des DDA stellt. Das Gleiche gilt für die Diagnosen Multiple Sklerose und Krebs.

Disability Discrimination Act 2005 (DDA 2005): "A person who has cancer, HIV infection or multiple sclerosis is to be deemed to have a disability, and hence to be a diabled person"[548].

Schutzbereiche

Diese Bereiche werden durch den DDA 2005 geschützt:

- Bewerbungsverfahren;
- Erwerbstätigkeit;
- Ausbildung;
- Zugang zu Gütern, Gebäuden, Dienstleistungen;
- Kauf oder Miete von Land oder Eigentum.

Folgende Arbeitnehmenden werden durch den DDA 2005 geschützt:

- Arbeitnehmende in Betrieben irgendwelcher Grösse;
- Arbeitnehmende inkl. TemporärarbeiterInnen, Teilzeit- und Vollzeitarbeitnehmende;
- auch Berufe wie PolizistInnen, AnwältInnen, etc.;
- in Voluntärorganisationen Tätige;
- NICHT unter den DDA 2005 fallen Angehörige der Armee[549].

Der Arbeitgeber ist verantwortlich für diskriminierende Handlungen seiner Mitarbeitenden, ausser er kann beweisen, dass er vernünftige Schritte zur Verhinderung solcher Handlungen unternommen hat[550]. Zudem sind Arbeitgeber verpflichtet, angemessene Vorkehrungen zu treffen, damit

[548] DDA (Amendment) Regulations Act 2005, section 6A.

[549] Die britische Armee nimmt grundsätzlich keine Personen mit vorbestehenden Krankheiten oder Krankheitsdispositionen auf. Auf der Homepage www.armyjobs.mod.uk der britischen Armee ist zu lesen: „There are many medical conditions that are not compatible with Army service. Recruiting staff have access to this information, but generally, you should not have a medical history of any problem that interferes with a physically and mentally demanding occupation or is likely to be made worse by it." Auf Anfrage hin wurde bestätigt, dass auch HIV ein Hindernis darstellt.

[550] Section 50 des DDA 1995; DISABILITY RIGHTS COMMISSION (Code of Practice on Employment and Education), S. 28f.

Menschen mit Behinderungen nicht diskriminiert werden[551]. Diese Vorkehrungen werden nicht einzeln aufgezählt, sondern im 2004 erlassenen *Code of Practice on Employment and Occupation*[552], welcher sich aus der Rechtsprechung ergeben hat, näher umschrieben. Darin wird explizit erwähnt, welche Rechte und Pflichten sich aus dem DDA 2005 ergeben. Obwohl diese *Codes* selbst keine Gesetzeskraft besitzen, stellen sie verbindliche Richtlinien dar, welche von den Gerichten und Behörden berücksichtigt werden müssen.

Gemäss DDA 1995, der seit Dezember 1996 in Kraft ist, handelt ein Arbeitgeber rechtswidrig, wenn er Behinderte in der Beschäftigung, d.h. bei Einstellung, Beschäftigungsbedingungen, Beförderung, Versetzung, Aus- und Fortbildung, sonstigen Leistungen und Kündigung diskriminiert oder sie in anderer Weise benachteiligt. Wird eine behinderte Person gegenüber nichtbehinderten Personen erheblich benachteiligt (durch Betriebsvorrichtungen, bauliche Merkmale von Gebäuden, etc.), ist der Arbeitgeber verpflichtet, "angemessene" Vorkehrungen vorzunehmen, um dies zu vermeiden.

Schutz vor direkter Diskriminierung

Der DDA schützt die behinderte Person gegen direkte Diskriminierungen:

> A person directly discriminates against a disabled person if, on the ground of the disabled person's disability, he treats the disabled person less favourably than he treats or would treat a person not having that particular disability whose relevant circumstances, including his abilities, are the same as, or not materially different from, those of the disabled person[553].

Der DDA verbietet folglich die schlechtere Behandlung aufgrund der Behinderung, insbesondere aufgrund von Vorurteilen und pauschalen Annahmen. So darf ein Arbeitgeber

- niemandem die Anstellung aufgrund dessen positivem HIV/AIDS-Status verweigern[554];
- niemandem aufgrund dessen/deren positiven HIV/AIDS-Status die Beförderung oder Weiterbildung verweigern[555];

[551] Section 6 des DDA 1995.
[552] DISABILITY RIGHTS COMMISSION (Code of Practice), S 57ff.
[553] DDA 1995 (Amendment) Regulations 2003, 3A.
[554] DDA 1995 section 4 (1); DISABILITY RIGHTS COMMISSION (Code of Practice), S. 93ff.
[555] DDA 1995 section 4 (2); DISABILITY RIGHTS COMMISSION (Code of Practice), S. 113.

- niemandem aufgrund dessen/deren HIV/AIDS-Status die Anstellung verweigern aus Furcht, dass er/sie ein Gesundheits- und Sicherheitsrisiko sein könnte[556];
- niemandem aufgrund dessen/deren HIV/AIDS-Status die Aufnahme in die betriebliche Altersversorgung verweigern aus Furcht, dass er/sie frühzeitig davon Gebrauch machen könnte[557];
- niemanden aufgrund dessen HIV/AIDS-Status entlassen, wenn er dies nicht begründen kann[558].

Schutz vor indirekter Diskriminierung

Der DDA enthält keine Definition der indirekten Diskriminierung[559]. Der DDA definiert den Begriff der direkten Behinderung in umfassender Weise, so dass auch die indirekte Diskriminierung als miteingeschlossen betrachtet werden kann[560]. Die Definition der Diskriminierung im DDA enthält mit anderen Worten Elemente der direkten wie der indirekten Diskriminierung. Zudem bietet die Verpflichtung der Arbeitgeber, angemessene Vorkehrungen zu Gunsten behinderter ArbeitnehmerInnen vorzunehmen[561], einen aktiven Schutz vor indirekten Diskriminierungen.

Angemessene Vorkehrungen zu Gunsten behinderter ArbeitnehmerInnen

Des Weiteren verpflichtet der DDA den Arbeitgeber, "angemessene Vorkehrungen" innerhalb seiner Geschäftspraxis oder am Arbeitsplatz vorzunehmen, falls diese einen bedeutenden Nachteil für Menschen mit Behinderungen mit sich bringen. Dies gilt bereits im Bewerbungsverfahren. Die Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen RL 2000/78/EG verlangte die Verankerung dieses Kriteriums. Der DDA hatte diese Verpflichtung des Arbeitgebers bereits 1995 statuiert, jedoch 2005 noch konkretisiert.

> [...] a person also discriminates against a disabled person if he fails to comply with a duty to make reasonable adjustments imposed on him in relation to the disabled person[562].

---

[556] DDA 1995 section 4 (1), section 3A (6); DISABILITY RIGHTS COMMISSION (Code of Practice), S. 86 und 96.
[557] DDA 1995 section 4 (2), 4A (1); DISABILITY RIGHTS COMMISSION (Code of Practice), S. 155.
[558] DISABILITY RIGHTS COMMISSION (Code of Practice), S. 128ff.
[559] Disability Rights Commission : Initial Submission to the Discrimination Law Review ; London 2006. (http://www.drc-gb.org/Docs/INitial_Submission_to_the_DLR.doc)
[560] FORDHAM, S. 38.
[561] Siehe hierzu unten.
[562] DDA 1995 (Amendment) Regulations 2003, section 3A.

Und Artikel 4A ergänzt:

Where -

(a) a provision, criterion or practice applied by or on behalf of an employer, or

(b) any physical feature of premises occupied by the employer, places the disabled person concerned at a substantial disadvantage in comparison with persons who are not disabled, it is the duty of the employer to take such steps as it is reasonable, in all the circumstances of the case, for him to have to take in order to prevent the provision, criterion or practice, or feature, having that effect[563].

Solche angemessenen Vorkehrungen sind beispielsweise die Gewährung von zusätzlichen Pausen oder Flexibilität in der Präsenzzeit. Wenn ein/e Arbeitnehmer/in z.B. die antiretrovirale Therapie umstellen muss und in der ersten Phase des Therapiewechsels von Übelkeit oder erhöhter Ermüdbarkeit heimgesucht wird, dann könnte die angemessene Vorkehrung darin bestehen, dass der Arbeitgeber dem/der Arbeitnehmer/in gestattet, während einer gewissen Zeit von zu Hause aus zu arbeiten. Eine andere Anpassung könnte darin bestehen, jemandem einen Kühlschank zur Verfügung zu stellen, worin er/sie seine/ihre Medikamente, die er/sie täglich während der Arbeitszeit einnehmen muss, deponieren kann.

Verbot diskriminierender Belästigung („harassment“)

Der DDA schützt auch vor Belästigungen in Bezug auf eine Behinderung, wie bsw. erniedrigende Kommentare oder Tätigkeiten betreffend die Behinderung einer Person, wie Beleidigungen, Kommentare oder Tätigkeiten welche ein feindliches Umfeld kreieren:

(1) [...], a person subjects a disabled person to harassment where, for a reason which relates to the disabled person's disability, he engages in unwanted conduct which has the purpose or effect of -

(a) violating the disabled person's dignity, or
(b) creating an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment for him.

(2) Conduct shall be regarded as having the effect referred to in paragraph (a) or (b) of subsection (1) only if, having regard to all the circumstances, including in particular the perception of the disabled person, it should reasonably be considered as having that effect"[564].

[563] DDA 1995 (Amendment) Regulations 2003, section 4A.
[564] DDA 1995 (Amendment) Regluations 2003, section 3B.

Belästigung ist also dann gegeben, wenn eine Person sich an einem Verhalten beteiligt, welches den Zweck oder die Auswirkung hat, die Würde der behinderten Person zu verletzen oder ein einschüchterndes, feindliches, degradierendes, demütigendes oder offensives Umfeld zu schaffen. War die Belästigung nicht beabsichtigt, hat aber die behinderte Person das Verhalten als solche wahrgenommen, wird geprüft, inwiefern das Verhalten objektiv den Umständen entsprechend als solche gewürdigt werden kann.

Verbot der Viktimisierung

Der DDA schützt auch nicht behinderte Personen, welche einen behinderten Kollegen bei einer Klage wegen Diskriminierung unterstützen.

> (1) A person ("A") discriminates against another person ("B") if he treats B less favourably than he treats or would treat other persons whose circumstances are the same as B's; and he does so for a reason mentioned in subsection (2).
>
> (2) The reasons are that B has (i) brought proceedings against A or any other person under this Act; or (ii) given evidence or information in connection with such proceedings brought by any person; or (iii) otherwise done anything under this Act in relation to A or any other person; or (iv) alleged that A or any other person has (whether or not the allegation so states) contravened this Act; or (b) A believes or suspects that B has done or intends to do any of those things[565].

Jede Person, die im Zusammenhang mit dem DDA daran beteiligt ist, eine Klage zu lancieren, Behauptungen aufzustellen oder Zeugenausssagen zu machen, wird vor Viktimisierungen geschützt. Bestätigt bsw. ein Arbeitskollege vor Gericht, dass der Arbeitgeber einer behinderten Mitarbeiterin die Beförderung aufgrund ihres HIV/AIDS-Status verweigert hat, so dürfen ihm daraus keine Nachteile erwachsen, d.h. der Arbeitgeber darf ihn dafür nicht bestrafen.

Verschulden/Rechtfertigungsgründe

Direkte Diskriminierungen geschehen oftmals ohne Verschulden. Die englische Rechtsprechung hat mehrmals festgehalten, dass es zur Erfüllung des Tatbestands der direkten Diskriminierung irrelevant ist, ob der/die Diskriminierende das Ergebnis beabsichtigt hat oder nicht. So hat das *House of Lords* bereits 1989 in Bezug auf direkte Diskriminierungen gesagt, dass "the intention or motive of the defendant to discriminate, though it may be relevant so fas as remedies are concerned [...] is not a necessary condition of

[565] DDA 1995, section 55.

liability; it is perfectly possible to envisage cases where the defendant had no such motive, and yet did discriminate"[566]. Ähnlich wurde in *James v. Eastleigh*[567] argumentiert, wo das *House of Lords* auf die objektive Kausalursache abgestellt und die Verschuldensfrage explizit beiseite gelassen hat.

Für direkte Diskriminierungen und das Unterlassen von angemessenen Vorkehrungen gibt es grundsätzlich keine Rechtfertigungsgründe. Eine *disability related discrimination* kann jedoch gerechtfertigt sein, wenn ein Arbeitgeber eine behinderte Person schlechter behandelt aufgrund eines mit ihrer Behinderung zusammenhängenden wesentlichen und substantiellen Grundes[568]. Wenn sich bsw. ein Mann mit starken Rückenschmerzen und die dadurch bedingter Unfähigkeit sich zu bücken um die Stelle als Teppichleger bewirbt, dann darf der Arbeitgeber ihm die Anstellung verweigern, weil er die Kernaufgaben dieser Anstellung, nämlich Teppiche zu legen, nicht bewältigen kann. Dieser Rechtfertigungsgrund gilt jedoch nur, wenn auch durch eine angemessene Anpassung keine Veränderung herbeigebracht werden kann. Wenn z.B. eine Person teilweise erblindet und deshalb keine Memos und Notizen in kleiner Schrift mehr lesen kann, könnte eine angemessene Anpassung darin bestehen, die Memos und Notizen in grösserer Schrift zu übermitteln. Dann könnte sie unter Umständen ihre Aufgabe erfüllen und der Kündigungsgrund – Unfähigkeit, den Job auszuführen – würde wegfallen. Nimmt der Arbeitgeber keine solche Anpassung vor, kann er sich nicht auf die Unfähigkeit als materiellen und substantiellen Kündigungsgrund berufen. Eine Kündigung wäre hier ungerechtfertigt. Dies gilt im Übrigen auch bei verweigerten Anstellungen.

Beweislast

Das europäische Recht fordert eine Beweislasterleichterung. Diese war so im englischen Gesetz nicht verankert. In der Regel war es sehr schwierig, einen direkten Beweis für eine Diskriminierung zu finden. Der Arbeitgeber war in der Regel auch nicht bereit, sich selbst gegenüber eine Diskriminierung anzuerkennen. Aus diesem Grund sollten Gerichte nicht erwarten dürfen, dass

[566] R v. Birmingham CC ex p EOC [1989] 1 AC 1156, HL.

[567] James v. Eastleigh BC [1990] 2 AC 751, HL: In diesem sehr berühmten Urteil ging es um folgenden Tatbestand: Der Stadtrat hat RentnerInnen kostenlosen Eintritt ins Schwimmbad gewährt, und zwar Männern ab 65 und Frauen ab 60 Jahren. Das House of Lords hat dies als Geschlechterdiskriminierung ausgelegt: „But for his gender, a man of 61 like Mr James would have received the same free swimming facilities as his wife." Seit diesem Urteil wird regelmässig dieser "but for"-Test, also "wäre-da-nicht-Test" angewandt, also auf die Kausalursache abgestellt.

[568] Siehe DISABILITY RIGHTS COMMISSION (Code of Practice), S. 83ff.

belastende Schriftstücke vorliegen, aus welchen auf diskriminierende Absichten geschlossen werden kann. Die *Employment Tribunals* haben aber dennoch oft an der Beweislast beim Arbeitnehmenden festgehalten. Erst 2005 wurde in *Wong v. Igen, Chamberlin und Emezie v Emokpae, Webster v Brunel University*[569] explizit festgehalten, dass Arbeitgeber, welche der Diskriminierung eines Arbeitnehmenden beschuldigt werden, detaillierte Beweise vorbringen müssen, dass sie nicht diskriminiert haben, ansonsten sie den Fall verlieren. Dieser Entscheid wurde von den Diskriminierungskommissionen sehr begrüsst, nachdem oftmals die Beweislastregelungen nicht konsistent und korrekt durch die Arbeitsgerichte angewendet wurden. Die Beweislast kehrt also zum Arbeitgeber (so genannter *shift of the burden of proof*), sobald der Arbeitnehmende gewisse Fakten vorbringen kann, welche die Vermutung zulassen, dass er/sie diskriminiert wird. Dies wird nun auch im DDA 1995 (Amendment) Regulations 2003 reg 9 (2) sec. 17A (1C) festgehalten, und ist insoweit EU-konform.

Ungeachtet der Beweislast ist natürlich eine Voraussetzung für die Haftung des Arbeitgebers, dass es Anhaltspunkte gibt, die darüber informieren, dass der Arbeitgeber von der Behinderung seines/seiner Angestellten wusste oder hätte wissen müssen zum Zeitpunkt, in welchem der diskriminierende Akt vorgenommen wurde[570].

Rechtsschutz und Rechtsfolgen

Bei Verdacht auf eine Diskriminierung ober bei einer Nichtanpassung am Arbeitsplatz kann der/die diskriminierte Person eine Klage beim *Employment Tribunal* einreichen.[571] Die Klage muss innerhalb dreier Monate ab dem Zeitpunkt der Diskriminierung eingereicht werden. Wenn das *Employment Tribunal* die Klage betreffend Diskriminierung aufgrund einer Behinderung als begründet betrachtet, kann es folgende Entscheide fällen:

- *Declaratory Order* (Feststellungsurteil): Ein Urteil, welches die Rechte des Arbeitnehmenden in Bezug auf den DDA festhält;
- Schadenersatz – Der Arbeitgeber muss dem Arbeitnehmenden einen Schadenersatz bezahlen. Dies beinhaltet eine Entschädigung aufgrund verletzter Gefühle, eine Entschädigung für den Verlust einer Chance auf

[569] Wong v Igen Ltd., Chamberlin Solicitors and Emezie v Emokpae, Webster v Brunel University [2005] EWCA Civ. 142.
[570] Siehe hierzu Naicker v Lanarkshire Primary Care NHS Trust EAT vom 18.5.2005 und DWP v Hall, EAT vom 31.8.2005.
[571] DDA 1995, part 2, section 8.

dem Arbeitsmarkt, welche in der Regel höher ist als der entgangene Lohn. Es gibt grundsätzlich keine Begrenzung für Schadenersatz;

- *Recommendation of Remedial Action* (Empfehlung zur Wiederherstellung): Eine Empfehlung, dass der Arbeitgeber innert einer festgesetzten Frist die durch die Diskriminierung bedingten Auswirkungen der Diskriminierung mildert oder reduziert.

3.3.3 Gerichtspraxis zur HIV/Aids-Diskriminierung

Da die Diskriminierung von HIV/Aids bis Ende 2005 grundsätzlich nicht unter den Diskriminierungsschutz des DDA fiel, wenn noch keine Symptome von Aids vorhanden waren, ist die Gerichtspraxis auf diesem Gebiet spärlich.

Ein Lehrer *outet* sich während seines Arbeitsverhältnisses als HIV-positiv, worauf ihn die Schule entlässt. Die Schule argumentiert dahingehend, dass die Kündigung nicht wegen der HIV-Infektion, sondern aufgrund eines gestörten Verhältnisses des Lehrers zu einem Grossteil der Angestellten (*irretrievably broken down*) ausgesprochen wurde. Der Lehrer wendet sich an das *Emplyment Tribunal*, welches seine Klage mit der Begründung abweist, dass es sich um eine rechtmässige Kündigung handle, welche in keinem Zusammenhang mit seiner Behinderung stehe[572].

Bereits unter dem Einfluss des DDA 2005 wird folgender Fall beurteilt: S.D. arbeitet als Betreuer in einem Heim für Jugendliche mit aggressivem Verhalten und Lernschwierigkeiten. Nachdem er seinen Arbeitgeber, *High Quality Lifestyle*, darüber informiert, dass er HIV-positiv ist, hat dieser ihm gekündigt mit der Begründung, dass er ein hohes Risiko darstellt, da er von einem gewalttätigen Jugendlichen gebissen werden könnte, der sich dadurch anstecken könnte. Auf dem Bebwerbungsfragebogen gibt S.D. seinen HIV/AIDS-Status nicht an, informiert dann aber im Verlauf der Anstellung seinen Arbeitgeber, als er aufgrund der Umstellung der antiretroviralen Therapie einige Zeit krank geschrieben wird. Das Arbeitsgericht hält fest, dass der Arbeitgeber es einerseits unterlassen hat, angemessene Vorkehrungen vorzunehmen sowie den Persönlichkeitsschutz verletzt hat, indem er andere Institutionen und Organisationen in der Region über den HIV/AIDS-Status von S.D. informiert hat[573] und verurteilt den Arbeitgeber zu Schadenersatz- und Genugtuungszahlungen. Auf das Arbeitsverhältnis hat das Urteil keine Auswirkungen mehr, da S.D. in der Zwischenzeit einen neuen Job gefunden hat.

---

[572] Neary v. Egerton-Rothesay Ltd., EAT 0061/05; siehe auch BBC News vom 16. September 2004.
[573] Positive Nation Nr. 118, Dezember 2005.

Ein aktueller Fall aus dem Jahr 2006 beschäftigte sich mit folgendem Sachverhalt[574]: Ein langjähriger Angestellter (M.P.) in einem Café eines Armani-Geschäfts informiert, nachdem er sehr krank geworden ist, seinen Arbeitgeber über seine HIV-Infektion. Als das Geschäft aufgrund Renovierungsarbeiten geschlossen wird, bietet man M.P. keine alternative Arbeit an. M.P. geht vor das *Industrial Tribunal* und klagt auf Diskriminierung und missbräuchliche Kündigung. Das Arbeitsgericht erkennt auf Diskiminierung aufgrund einer Behinderung und verurteilt den Arbeitgeber zu einer Entschädigungszahlung in der Höhe von £18'000.-.

Experten beurteilen die Entschädigungszahlung als sehr tief. Der Kläger trägt aufgrund der Tatsache, dass er seine Arbeit verloren hat und vor Gericht gehen musste, schwere psychische und finanzielle Belastungen davon. Ein Pressesprecher von *Armani* verneint, dass M.P. aufgrund seiner HIV-Infektion entlassen wurde und sagt, dass die Firma – welche sich in der Öffentlichkeit als sehr engagiert im Bereich HIV/AIDS erklärt - ihm eine alternative Stelle angeboten hat.

3.4 Weitere Regelungen und Massnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierung

3.4.1 Die Disability Rights Commission

Der *Disability Rights Commission Act* von 1999[577] hat ein Jahr später zur Lancierung der *Disability Rights Commission* geführt. Diese Kommission nimmt im Wesentlichen folgende Funktionen wahr:

- Kampf gegen Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen und Förderung deren Gleichstellung;
- Förderung der good practice;
- Beratung der Regierung zum Thema Behinderung.

Zur Wahrnehmung dieser Aufgaben erteilt sie persönliche Beratungen, führt Musterprozesse durch, bietet Mediationen an und organisiert nationale Informationskampagnen.

---

[574] Workplace Law Magazine [UK] vom 21. September 2006; Personnel Today, Quelle: http://www.personneltoday.com/Articles/2006/09/22/37342/hiv-positive-armani-employee-receives-18000-compensation-for.html (21.22.06).

[577] Disability Rights Commission Act 1999, Quelle: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1999/19990017.htm (21.11.06).

Die *Disability Rights Commission* vertritt Menschen mit körperlichen und geistigen Behinderungen, sowie Menschen mit chronischen Krankheiten. Gemäss Angaben der Kommission leben rund 8.6 Millionen Menschen in Grossbritannien mit einer Behinderung oder chronischen Erkrankung.

Die Kommission hat ein jährliches Budget von etwa 13 Millionen Pfund und betreibt Zentren in London, Manchester, Wales und Schottland. Rund 180 Angestellte, viele davon Menschen mit Behinderungen oder chronischen Krankheiten, beraten, nehmen Beschwerden auf und leiten rechtliche Schritte ein. Zudem wurde eine telefonische Helpline eingerichtet, bei dieser jährlich etwa 100'000 Anrufe eingehen. Viele der Anrufenden sind auch Arbeitgeber und nicht-behinderte Mitarbeitende eines Betriebs. Oft kann die Diskriminierung in Gesprächen beseitigt werden, so dass der Rechtsweg nicht beschritten werden muss. Rund einen Fall pro Woche bringt die Kommission vor Gericht.

In Grossbritannien gibt es keine Quotenregelung. Wer sich auf eine Stelle bewirbt, muss nach seiner Ausbildung oder beruflichen Qualifikation beurteilt werden. Wenn dies nicht der Fall ist, dann kann die Diskriminierung eingeklagt werden.

Es gilt anzumerken, dass die *Disability Rights Commission* (wie auch die *Equal Opportunities Commission* und die *Commission for Racial Equality*) aufgelöst und durch die *Commission for Equality and Human Rights* (operativ tätig ab Oktober 2007) ersetzt wird[578]. Zudem wird ein neues *Disability Committee* geschaffen[579].

3.4.2 Nicht juristische Mittel zur Diskriminierungsbekämpfung

Positive about disabled people

Arbeitsämter verleihen Arbeitgebern, welche sich bereit erklärt haben fünf spezifische Verpflichtungen einzugehen, die die Bedingungen bei Anstellung, Weiterbildung und Karriereentwicklung von behinderten Menschen verbessern sollen, ein spezielles Gütesiegel[580]. Arbeitgeber, welche dieses

[578] Equality Act 2006, schedule 1, part V, Quelle: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2006/ukpga_20060003_en.pdf (20.11.06)
[579] Commission for Equality and Human Rights, Quelle: http//www.cehr.org.uk (20.11.06)
[580] Britische Regierung, Quelle: http://www.direct.gov.uk/DisabledPeople/Employment/LookingForWork/LookingForWorkArticles/fs/en?CONTENT_ID=4000314&chk=wMankc (25.09.06); Qualtech, Quelle: http://www.qualtech.co.uk/info/positiveFaq.html (25.09.06); Jobcentre Plus, Quelle: http://www.jobcentreplus.gov.uk/JCP/Customers/HelpForDisabledPeople/DisabilitySymbol/index.html (25.09.06).

Symbol (zwei grüne Häkchen auf einer runden Fläche) benutzen, haben sich zu folgenden Handlungen bereit erklärt[581]:

- Alle Stellenbewerberinnen, die die Minimalbedingungen der ausgeschriebenen Stelle erfüllen, zu interviewen und sie nach ihren Fähigkeiten zu beurteilen;
- Sicherzustellen, dass Raum dafür geschaffen wird, jederzeit, jedoch mindestens einmal pro Jahr, mit behinderten Arbeitnehmerinnen zu diskutieren, was zur Weiterentwicklung ihrer Fähigkeiten gemacht werden kann;
- Jede Anstrengung zu unternehmen, dass Menschen – wenn sie behindert werden – angestellt bleiben können;
- Darum bemüht zu sein, dass alle Angestellten sensibilisiert sind in Bezug auf das Thema Behinderung, so dass die Verpflichtungen auch eingehalten werden können;
- Jährlich die fünf Verpflichtungen kritisch zu überprüfen im Hinblick darauf, was erreicht wurde und was verbessert werden kann und die Angestellten und den *Employment Service* über Fortschritte und Pläne zu informieren.

Ensuring Positive Futures

Ensuring Positive Futures ist ein innovatives Beschäftigungsprogramm für Menschen mit HIV/Aids. Es besteht aus einem Zusammenschluss diverser Organisationen, wie beispielsweise HIV/AIDS Organisationen, Firmen, Regierungsorganisationen und Gewerkschaften, welcher zum Ziel hat, Menschen mit HIV/AIDS bei der Arbeitssuche und am Arbeitsplatz zu unterstützen. Dieses Programm beinhaltet unter anderem die Sensibilisierung von Arbeitgebern auf das Thema HIV/AIDS (mittels Workshops, einer Helpline, etc), Unterstützung für Gewerkschaften in der Ausarbeitung von Betriebsvereinbarungen, welche besonders auf die Bedürfnisse und Rechte von Menschen mit HIV/AIDS eingehen und auch praktische Hilfestellungen für Menschen mit HIV/AIDS (Bewerbungskurse, etc.)[582].

[581] Rund 5000 Arbeitgeber nutzen dieses ihnen verliehene Symbol (√√). Zudem gibt es in Grossbritannien rund 400 Firmen, welche Mitglied des „Employers Forum on Disability“ sind. Diese Mitglieder setzen sich dafür ein, dass sie die Berufsaussichten von behinderten Personen verbessern wollen, Quelle: http://www.employers-forum.co.uk/www/index.htm (25.09.06).
[582] Ensuring Positive Futures, Quelle: www.e-pf.org.uk (25.09.06).

3.5 Schutz vor HIV/Aids-Diskriminierung bei Bewerbung, Anstellung, Beschäftigung und Entlassung

3.5.1 Schutz vor HIV/Aids-Diskriminierung im Bewerbungsverfahren

Fragerecht und Offenbarungspflicht

Eine Arbeitnehmerin hat grundsätzlich keine Pflicht, von sich aus ihren positiven HIV/AIDS-Status dem Arbeitgeber gegenüber zu offenbaren. Ein Arbeitgeber darf jedoch den Stellenbewerber fragen, ob er eine Behinderung hat[583]. Dies macht er auch regelmässig auf sogenannten *job application forms* (Bewerbungsformulare). Dort findet sich oftmals auch die Frage nach HIV/AIDS. Wenn er/sie die Frage mit „nein" beantwortet und dies zu einem späteren Zeitpunkt rauskommen sollte, dann würde dies als Vertragsbruch gewertet, was zu einer Kündigung führen kann.

Gemäss Auskunft von HIV-positiven Personen und HIV/AIDS-Organisationen in Grossbritannien, haben sich bei einer Frage nach HIV/AIDS folgende Vorgehensweisen teilweise bewährt:

- Die Frage wird nicht beantwortet. Allenfalls kommt der Arbeitgeber nicht darauf zurück;.
- Der/die Bewerbende bezieht sich explizit auf den *Data Protection Act* und sagt, er/sie weigert sich, persönliche hochsensible Daten wie ethnische Gruppenzugehörigkeit oder Gesundheitsinformationen an den Arbeitgeber weiterzugeben;
- Der/die Bewerbende sagt, dass die persönlichen Fragen erst dann beantwortet werden, wenn die Bewerbung erfolgreich war;
- Der/die Bewerbende bittet den Arzt um das Ausstellen eines Zeugnisses, welches bestätigt, dass er/sie fähig ist, den Job auszuüben trotz der ungenannten Krankheit bzw. Krankheitsdisposition.

Ein Notwehrrecht der Lüge, wie es in der Schweiz vom Grossteil der Lehre anerkannt wird, kennt Grossbritannien nicht.

Die Betroffenenorganisationen in Grossbritannien raten HIV-positiven Personen eher dazu, ihren Status zu offenbaren, da sich so einerseits allfällige Schwierigkeiten, welche sich aus dem Fragerecht des Arbeitgebers ergeben können, vermeiden lassen, andererseits weil sie so von Anfang an unter den

[583] Dies wird durch den DDA nicht verboten, ebensowenig wie eine medizinische Untersuchung. Siehe dazu DISABILITY RIGHTS COMMISSION (Code of Practice), 7.31, S. 109, sowie Terrence Higgins Trust , Living with HIV, Quelle: http://www.tht.org.uk/howwecanhelpyou/livingwithhiv/shoulditell/employers/ (25.09.06).

Schutzbereich des DDA (insbesondere im Bereich der angemessenen Vorkehrungen) fallen.

Eine spezielle Regelung gilt für bestimmtes medizinisches Fachpersonal: Hier ist ein Stellenbewerber oder Arbeitnehmer gemäss Richtlinien vom *Department of Health* verpflichtet, von sich aus seinen/ihren HIV/AIDS-Status gegenüber dem Betriebsarzt zu offenbaren[584]; dies hat zur Folge, dass man nicht (mehr) berechtigt ist, *exposure prone procedures* (invasive Operationen) durchzuführen aufgrund der Gefahr der Übertragung des HI-Virus. Festgehalten sind diese Regelungen in dem vom *Department of Health* herausgegebenen Dokument *HIV infected health care workers – guidance on management and patient notification*[585]:

> "The circumstances in which HIV could be transmitted from an infected health care worker to a patient are limited to exposure prone procedures in which injury to the health care worker could result in the worker's blood contaminating the patient's open tissues. This is described as "bleed-back" in this guidance. HIV infected health care workers must not perform any exposure prone procedures. The majority of health care workers do not perform exposure prone procedures."

Allerdings ist der Arbeitgeber in diesen Fällen verpflichtet, den Status der Angestellten geheim zu halten und dafür zu sorgen, dass ihr eine geeignete alternative Arbeit zugewiesen werden kann oder eine Umschulungsmöglichkeit:

> „Employers should assure infected health care workers that their status and rights as employees will be safeguarded so far as practicable. Where necessary, employers should make every effort to arrange suitable alternative work and retraining opportunities, or where appropriate, early retirement for HIV infected workers, in accordance with good general principles of occupational health practice"[586].

Ärztliche Untersuchung

Einige Unternehmen verlangen eine ärztliche Untersuchung beim Vertrauensarzt. Diese Untersuchung kann manchmal auch HIV/AIDS-Tests beinhalten. Gewerkschaften, HIV/AIDS-Organisationen und ACAS (Advisory, Conciliation and Arbitration Service) weisen immer wieder darauf

[584] Department of Health (2005 II), 4.15, S. 20f.
[585] Department of Health (2005 II), 1.7, S. 11 ; vgl. auch entsprechende Hinweise der UK Coalition, Quelle: http://www.ukcoalition.org/epf/positivepeople/health.php
[586] Department of Health (2005 II), 5.6, S. 23

hin, dass ein HIV/AIDS-Test nicht nötig und nicht aussagekräftig ist[587]. Von der britischen Rechtsetzung und Rechtsprechung her ist nicht klar, inwiefern ein solcher Test rechtlich zulässig ist. Grundsätzlich könnte der Tatbestand der Diskriminierung aufgrund des Disability Discrimination Acts gegeben sein. Explizit erwähnt ist jedoch ein solches Verbot nicht[588]. Nicht zulässig ist, von behinderten Personen eine ärztliche Untersuchung zu verlangen, jedoch nicht von nicht behinderten Personen[589].

Bilanz:

Das britische Antidiskriminierungsrecht bietet insbesondere durch den modifizierten Disability Discrimination Act einen relativ guten Schutz vor HIV/Aids-Diskriminierungen, auch im Bewerbungsverfahren. Zu diesem Schutz steht allerdings in einem Widerspruch, dass der Arbeitgeber im Bewerbungsverfahren grundsätzlich ein Fragerecht betreffend vorhandener Behinderungen besitzt und der/die Stellenbewerbende grundsätzlich eine Auskunftspflicht über vorbestehende Krankheiten besitzt.

3.5.2 Schutz vor HIV/Aids-Diskriminierung während der Anstellung

Lohnfortzahlung

Arbeitgeber sind verpflichtet, für die Gesundheit und die Sicherheit ihrer Arbeitnehmenden bei der Arbeit zu sorgen. Sie sind gemäss Art. 151 bis 163 des *Social Security Contributions and Benefits Act 1992* verpflichtet, allen Arbeitnehmenden, die infolge Krankheit oder Unfall arbeitsunfähig werden, während maximal 28 Wochen so genannten *Statutory Sick Pay* (gesetzliches Krankengeld) von £70.05/Woche (Stand 2006) zu bezahlen[590]. Am Ende der 23. Krankheitswoche ist der Arbeitgeber verpflichtet, den Arbeitnehmer zu informieren, wann die gesetzliche Lohnfortzahlung enden wird. Danach kann der Arbeitnehmer bis zur 52. *Woche* beim *Jobcentre* oder beim *Social Security Office incapacity benefit* (Arbeitsunfähigkeitsleistungen) beantragen, welcher nach Ablauf der 52. Woche bei permanenter Erwerbsunfähigkeit auf Gesuch hin in *long-term incapacity benefit* (Invalidenrente) umgewandelt wird[591].

---

[587] Unison – The public service union: „Bargaining on Privacy“, London 2005, S. 7f., Quelle: www.unison.org.uk/acrobat/B144.pdf (29.10.06); ACAS: Advisory Booklet – Health and Employment, Kapitel “Aids”, S. 26, London 2006, Quelle: www.acas.org.uk/media/pdf/9/6/B11_1.pdf (21.11.06).
[588] Siehe hierzu Terrence Higgins Trust: “20 things”, S. 8.
[589] DISABILITY RIGHTS COMMISSION (Code of Practice), 7.31, S. 109f.
[590] SSCB Act 1992, section 152 (2).
[591] Disability Alliance, Quelle: www.disabilityalliance.org (25.09.06).

Bei der gesetzlichen Lohnfortzahlung gibt es keine Unterscheidung zwischen „gesunden“ und „kranken Arbeitnehmern“. Grossbritannien hat ein Mischsystem, in dem der Staat einen so genannten Sockelbetrag garantiert, der dann oftmals tarifvertraglich aufgestockt wird. Aufgrund des arbeitsrechtlichen Systems wird die Lohnfortzahlung *(*mit Ausnahme des Sockelbetrages) ausschliesslich von den Arbeitgebern finanziert.

Privatversicherung

Trotz des DDA können Privatversicherer für gewisse Krankheiten, die zum Zeitpunkt des Versicherungsabschlusses bestehen, Vorbehalte anbringen oder den Vertragsabschluss verweigern. Dies gilt jedoch nur für die Einzelversicherung. Anders sieht es mit Gruppenversicherungen aus. Hier bestimmt Sektion 18 DDA, dass Menschen mit Behinderungen/Krankheiten grundsätzlich nicht schlechter gestellt werden dürfen als Menschen ohne Behinderungen/Krankheiten. Ein Ausschluss oder ein Vorbehalt ist demzufolge unrechtmässig[592]. Die behinderte Person hat nach SeKtion 18 DDA ein Klagerecht gegen die Versicherungsgesellschaft oder je nach Sachlage gegen den Arbeitgeber. Nicht verantwortlich ist die Versicherungsgesellschaft für Diskriminierungen durch Arbeitgeber, auf welche sie keinen Einfluss nehmen können.

Diskriminierungsschutz durch Datenschutz

Mit dem *Data Protection Act 1998* wurde die RL 95/46/EG ins britische Recht implementiert[593]. Dieser Act ersetzte den *Data Protection Act 1984* vollständig. Er stellte viele neue Rechte und Pflichten auf. Über die Einhaltung der Bestimmungen des *Data Protections Act 1998* wacht das *Information Commissioner's Office*[594], dessen Rolle im *Data Protection Act 1998* näher umschrieben wird.[595]

Der *Data Protection Act 1998*

- ist anwendbar auf lebende, identifizierbare Personen, wie Stellenbewerberinnen und Arbeitnehmende;
- reguliert die Art und Weise, wie Informationen über diese Personen beschafft und verwendet werden dürfen;

[592] DISABILITY RIGHTS COMMISSION (Code of Practice), S. 162ff.
[593] Data Protection Act 1998, Quelle: www.opsi.gov.uk/ACTS/acts1998/19980029.htm (29.10.06)
[594] Information Commissioner's Office, Quelle www.ico.gov.uk (29.10.06).
[595] Data Protection Act 1998, sections 6 und sections 51-54.

- gibt diesen Personen Rechte, wie bsw. Zugang zur Information und Schadenersatz;
- und ist anwendbar sowohl auf computerisierte als auch auf manuelle Informationen, wie gewisse Daten über Stellenbewerberinnen.

Bei der Bewerbung und Anstellung muss zwischen dem Bedürfnis des Arbeitgebers, gewisse Informationen zu erhalten und dem Bedürfnis, des Arbeitnehmers nach Privatsphäre (Persönlichkeitsschutz) eine Verhältnismässigkeit gegeben sein.

Gemäss dem *Data Protection Act 1998* gehören Informationen über die physische oder mentale Gesundheit zu den „sensiblen persönlichen Daten". Ein Arbeitgeber ist verpflichtet, zusätzliche Vorsichtsmassnahmen zu ergreifen, wenn er mit sensiblen persönlichen Daten handelt aufgrund der besonderen Natur der Information.

Wie ausgeführt wurde, ist ein Arbeitgeber gemäss DDA verpflichtet, so genannte *reasonable adjustments* (angemessene Vorkehrungen) für Arbeitnehmende mit HIV/AIDS oder Behinderungen zu treffen. Diese Verpflichtung setzt voraus, dass der Arbeitgeber soweit Kenntnis über die Behinderung hat, dass er seine Verpflichtungen erfüllen kann.

3.5.3 Schutz vor HIV/Aids-bedingter Kündigung

Zum Kündigungsschutz allgemein

Das *Common Law* kannte nur rudimentäre Kündigungsvorschriften. So war der kündigende Arbeitgeber oder der kündigende Arbeitnehmer zur Einhaltung einer angemessenen Kündigungsfrist oder stattdessen zu einer Entschädigungsleistung verpflichtet.

Erst 1963 führte der Gesetzgeber mittels des *Contracts of Employment Act* strikte Kündigungsfristen ein. 1965 trat der *Redundancy Payments Act* in Kraft, der im Fall einer Kündigung aus wirtschaftlichen Zwängen eine Entschädigungszahlung an die Arbeitnehmerinnen vorsieht.

Durch den *Industrial Relations Act* wurde schliesslich 1971 ein Kündigungsschutz der Arbeitnehmenden als schwächere der am Arbeitsvertrag beteiligten Partei verankert. Dieser Kündigungsschutz wurde

auch in den *Employment Rights Act 1996* übernommen. Gemäss diesen Bestimmungen darf der Arbeitgeber dem Arbeitnehmenden nicht ungerechtfertigt kündigen[602].

Für die Kündigung ist keine besondere Form vorgesehen, sie kann folglich ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Sie muss jedoch zweifelsfrei als solche erkennbar sein, sowie das Datum der Beendigung des Arbeitsverhältnisses enthalten. In der Regel wird für die Kündigung im Arbeitsvertrag die Schriftform vereinbart. Bei Nichteinhalten der Schriftlichkeit ist die Kündigung nichtig.

Kündigungsschutz bei HIV/Aids

In Grossbritannien ist die Kündigung von Personen aus Gruppen, die durch das Gesetz ausgeprägter geschützt sind, automatisch widerrechtlich, ohne dass es einer weiteren materiellen Prüfung bedarf., z.B. im Fall einer Diskriminierung gegen Behinderte.

Gemäss DDA 1995 Sektion 4 ist es "unlawful for an employer to discriminate against a disabled person whom he employs [...] by dismissing him or subjecting him to any other detriment".

3.6 Einschätzungen zur Wirkung des britischen Diskriminierungsschutzes

3.6.1 Modalitäten der Befragung und ergänzende Methoden

Zur Einschätzung des Wirkungsschutzes in Grossbritannien werden insgesamt folgende Organisationen und Personen mit der Bitte angeschrieben, einen Fragebogen mit offenen Fragen zum Diskriminierungsschutz und dessen Wirkung für Menschen mit HIV/Aids in der Arbeitswelt zu beantworten:

Regierung/Verwaltung:
- Disability Rights Commission
- Department of Health

Nichtregierungsorganisationen:
- Terrence Higgins Trust
- National Aids Trust

Organisationen von Menschen mit HIV/Aids:
- UK Coalition of people living with HIV/Aids (UKC)

[602] Deakin, S. 386ff.; Selwyn, S. 382ff. und 392ff.
[604] Quelle: http://www.sidaction.org/informer/sidafrance (21.11.06).

- Body Positive North West
- International Community of Women living with HIV/Aids

Menschen mit HIV/Aids:
- T.H., 32, männlich
- M.P., 43, weiblich

RechtsexpertInnen:
- Catherine Casserley, Senior Legislation Advisor, Disability Rights Commission
- Michael Jefferson, Senior Lecturer, Faculty of Law, University of Sheffield
- Disability Law Service (Rechtsberatungsstelle für Menschen mit Behinderungen, NGO)

Die Durchführung der Befragung gestaltet sich als sehr aufwändig. Die angefragten Personen/Institutionen beklagen den Zeitaufwand, einige sehen sich auch fachlich ausserstande, die Fragen zu beantworten.

Ausgefüllte Fragebogen erhalten wir schliesslich von folgenden Institutionen/Personen in Grossbritannien:

- Disability Rights Commission
- Terrence Higgins Trust
- UK Coalition of People Living with HIV/Aids
- Catherine Casserley
- M.P.

Somit erhalten wir immerhin aus jeder der oben erwähnten Kategorien die Rückmeldung je einer Institution bzw. Person.

3.6.2 Bewertung der vorhandenen Diskriminierungsschutznormen

Die entscheidenden Regelungen in Bezug auf den Diskriminierungsschutz sind der DDA 1995, der DDA 2005 sowie die *New Codes of Practice on Employment and Occupation and for Trade Unions and Qualification Bodies*. Von allen Befragten wird der 2005 erlassene Zusatz im DDA, welcher explizit HIV/AIDS vom Zeitpunkt der Diagnose an unter den Schutz der Diskriminierung stellt, als äusserst positiv bewertet. Allerdings hat nach Aussage des *Terrence Higgins Trust* die Regierung sehr wenig unternommen, um diese Neuregelung bekannt zu machen. Viele Leute, auch HIV-positive Menschen, wissen nicht, dass das Gesetz Ende 2005 in Bezug auf HIV/AIDS geändert wurde.

3.6.3 Bewertung der praktischen Anwendung der Diskriminierungsschutznormen

In bezug auf die Jobsuche geben die *UK Coalition* und der *Terrence Higgins Trust* an, dass Diskriminierungen oft sehr subtil passieren und es schwierig sei, gegen diese gesetzlich vorzugehen. Zudem bestehen viele berechtigte, aber auch unberechtigte Ängste auf beiden Seiten. Die meisten Leute entscheiden sich deshalb, ihren HIV/AIDS-Status nicht bekannt zu geben und diejenigen, die ihn bekannt geben, würden oftmals mit Schwierigkeiten und Diskriminierungen bei der Jobsuche konfrontiert, da das Nichtwissen von Personalverantwortlichen und ArbeitskollegInnen in bezug auf HIV/AIDS immer noch sehr hoch sei. Da die Regelung im DDA (Diskriminierungsschutz bei HIV/AIDS ab Zeitpunkt der Diagnose) relativ neu ist, könne noch nicht gesagt werden, inwiefern diese Diskriminierungen erfolgreich bekämpft werden könnten. Dies gilt auch im Hinblick auf Kündigungen.

M.P. berichtet, ihren HIV/AIDS-Status im Arbeitsverhältnis per se nie bekannt zu geben, selbst in denjenigen Fällen, in welchen sie ein gutes Vertrauensverhältnis zum Arbeitgeber bzw. zu den Vorgesetzten aufbauen konnte. Angesprochen auf die Neuregelung des DDA und die allenfalls positiven Auswirkungen der Pflicht des Arbeitgebers, angemessene Vorkehrungen zu treffen, gibt sie an, dass dies alleine für sie noch kein Grund sei, den Arbeitgeber über ihre HIV-Infektion zu informieren, da diese Information ausser ihrem engsten Umfeld niemanden etwas angehe.

Bedauerlich ist gemäss *UK Coalition*, dass die privaten Versicherungsgesellschaften bsw. im Lebensversicherungsbereich immer noch Menschen mit HIV/AIDS ausschliessen, obwohl sich deren medizinische Situation erheblich verbessert habe.

Einig sind sich alle Befragten darin, dass der gesetzliche Schutz allein nicht ausreiche, um Stigmatisierungen und Diskriminierungen zu beseitigen. Eine erhöhte Einbindung der Arbeitgeberschaft sei dringend notwendig. Einige Firmen haben sehr gute Betriebsreglemente zur Bekämpfung von (nicht nur HIV/AIDS-spezifischen) Diskriminierungen am Arbeitsplatz und vermitteln mittels der Reglemente ihren Arbeitnehmenden auch eine gewisse Haltung und Einstellung, die sich insgesamt sehr positiv auf das Betriebsklima auswirkt. Zahlreiche Firmen haben jedoch auch das Gefühl, dass sie dieses Thema nicht betreffe. Gemäss Aussage der *UK Coalition* betrachten selbst Firmen, welche sich auf internationaler Ebene für HIV/AIDS und gegen die Diskriminierung von HIV-positiven Personenen einsetzen, dies in Grossbritannien als kein Thema.

Bemängelt wurde von der *UK Coalition*, vom *Terrence Higgins Trust* und von *M.P.*, dass die Regierung nichts unternehme für die Sensibilisierung von Arbeitgebern. Seit Jahren hat es keine grössere Kampagne mehr gegeben, und noch nie wurde öffentlich darauf hingewiesen, dass sich die Lebenssituation

und Arbeitsfähigkeit von Menschen mit HIV/AIDS mit der Therapie entscheidend verbessert haben. Die Arbeitgeber gehen deshalb immer noch von einem völlig veralteten Bild von HIV/AIDS aus. Beanstandet wird auch, dass die Regierung nichts für die Bekanntmachung der Ausweitung des DDA auf HIV/AIDS, MS und Krebs unternommen hat.

Als zwei Projekte im Bereich HIV/AIDS und Erwerbstätigkeit werden die Lancierung der Website *e-pf.org.uk (UK Coalitaion)* genannt, welche sich an Arbeitgeber, Gewerkschaften und Arbeitskolleginnen richtet, sowie das Projekt *Ensuring Positive Futures Partnership,* an welchem der *Terrence Higgins Trust* mitbeteiligt ist und welches die Unterstüztung von HIV-positiven Menschen und die Lancierung von Kampagnen gegen Diskriminierungen zum Ziel hat. Die *UK Coalition* bietet auch Kurse für Arbeitgeber und Gewerkschaften an sowie Wiedereinstiegsprojekte für Menschen mit HIV/AIDS, mit der Gelegenheit von Praktika, Job Coaching, etc.

Vom *Terrence Higgins Trust* wird eine erneute Anpassung des DDA insofern gefordert, als dass auch Menschen, welche nicht HIV-positiv sind (oder von denen man es nicht weiss), von denen aber angenommen wird, sie könnten es sein, vom Act geschützt werden sollten. Dies könnte bsw. den Partner einer HIV-positiven Person beinhalten, Familienmitglieder, Sozialarbeiter, oder einfach Leute, welche zu einer vulnerablen Gruppe gehören, wie bsw. schwule Männer und afrikanische MigrantInnen. Gewissen Leuten genügt die Angst vor HIV/AIDS, um zu diskriminieren, und dieser Tatsache müsse begegnet werden.

Was von allen Befragten als besonders erfreulich hervorgehoben wird, ist die Pflicht des Arbeitgebers zu angemessenen Vorkehrungen (*reasonable adjustments*) – auch hier jedoch mit der Bemerkung, dass aufgrund der jungen Regelung noch nicht eingeschätzt werden kann, wie genau sich diese Verpflichtung in der Praxis bewährt.

3.7 Würdigung des britischen HIV/Aids-Diskriminierungsschutzes

In Grossbritannien existiert bereits seit 1995 ein spezifisches Gesetz, welches das Ziel verfolgt, die Gleichstellung von behinderten Menschen zu ermöglichen und zu fördern. Seitdem wurde es vollumfänglich revidiert und durch weitere Erlasse ergänzt. Die Antidiskriminierungsvorschriften des DDA ergänzen das englische Arbeitsrecht sinnvoll. Einerseits bieten sie den Angestellten einen wichtigen Schutz, andererseits zwingen sie Arbeitgeber dazu, sich von Willkür zu befreien. Besonders erwähnenswert ist der seit Ende 2005 bestehende explizite Antidiskriminierungsschutz für HIV/AIDS, sowie die Verpflichtung der Arbeitgeber, *reasonable adjustments* zu machen. Die in der RL 2000/78/EG erwähnten Bedingungen wurden im britischen Antidiskriminierungsgesetz vollständig aufgenommen. Die meisten

Bestimmungen existierten bereits vor dem Erlass der Richtlinie. Das Antidiskriminierungsrecht ist in Grossbritannien weit fortgeschritten.

4 Schutz vor HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis in Frankreich

4.1 Ausgangslage

4.1.1 HIV/Aids-Epidemiologie in Frankreich

In Frankreich leben schätzungsweise rund 150'000 Menschen mit HIV/AIDS[604]. Es liegen keine genauen Zahlen vor, da die systematische Erfassung von HIV-Neuinfektionen in Frankreich erst seit 2003 erfolgt. Seit Beginn der HIV/AIDS-Epidemie sind knapp 35'000 Personen an den Folgen von HIV/Aids gestorben[605]. Rund ein Viertel der im Jahr 2005 diagnostizierten HIV-Infektionen betreffen Männer, die Sex mit Männern haben. Knapp 40 % der HIV-Neudiagnosen betreffen Frauen (vor zehn Jahren waren dies nur 30 %). Die Prävalenz im Bereich intravenöser Drogenkonsum ist stark rückläufig und mit deutlich unter 1 % im Jahr 2005 sehr gering[606].

4.1.2 Struktur der HIV/Aids-Bekämpfung in Frankreich

Das Nationale Aidsprogramm

Verantwortlich für die HIV/Aids-Politik ist das französische Gesundheitsdepartment. Grundlage der Aids-Bekämpfung bilden regelmässige erneuerte Nationale Aidsprogramme. Im Programm 2005-2008[607] wird festgestellt, dass HIV/Aids in Frankreich in hohem Masse sozial benachteiligte Gruppen, insbesondere auch Einwandergruppen, betrifft. Es wird darauf hingewiesen, dass die verhältnismässig stark betroffene Gruppe von homosexuellen Männern noch immer Opfer von Diskriminierungen sind[608].

Zu den zentralen Werte des französischen Aidsprogrammes gehören das Prinzip der Nicht-Diskriminierung und der Nicht-Stigmatisierung der von HIV/Aids betroffenen Personen, die Respektierung der sexuellen Freiheit, die Solidarität mit den von HIV/Aids betroffenen Personen sowie die

[605] Quelle: http://data.euro.who.int/CISID/ (21.05.06).
[606] Institut de veille sanitaire, Quelle: http://www.invs.sante.fr/recherche/index2.asp?txtQuery=VIH (21.05.06).
[607] Programme national de lutte contre le VIH/SIDA et les IST 2005-2008. Quelle: www.sante.gouv.fr (21.05.06).
[608] Nationales Aidsprogramm 2005-2008 (Fn 607), S. 15.

Partizipation der HIV/Aids-Betroffenen bei der HIV/Aids-Bekämpfungspolitik[609].

Im Programm finden sich auch Äusserungen zum Problem HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis[610]. Namentlich wird darauf hingewiesen, dass die meisten Arbeitsplätze keine Risiken für die HIV/AIDS-Übertragung mit sich bringen würden. Die therapeutischen Fortschritte würden sich zudem positiv auf die Arbeitsfähigkeit auswirken. Dennoch hätten viele Menschen mit HIV/Aids Schwierigkeiten beim Zugang in die Arbeitswelt oder bei der Wiedereingliederung zu vergegenwärtigen. Im Programm werden deshalb verschiedene Massnahmen zur Verbesserung der Situation diskutiert. Festgestellt wird, dass keine spezifischen Rechtsnormen zur HIV-Infektion im Arbeitsleben bestehen. Die HIV-Infektion wird rechtlich wie jede andere Krankheit behandelt. Damit profitieren Menschen mit HIV/Aids auch vom Diskriminierungsverbot im Arbeitsverhältnis aufgrund einer Krankheit und/oder einer Behinderung. Auf strategischer Ebene wird vorgeschlagen, die Information über die Rechte von HIV-positiven Arbeitnehmenden beim Zugang zum Arbeitsverhältnis zu verbessern. Verstärkte Sensibilisierung sei auch notwendig über die Rechte zum Schutz des Privatlebens und des Arztgeheimnisses. Als Zielgruppen der Informationen werden die Arbeitgeber, die Arbeitsärztinnen, die Arbeitskollegen und die Personalvertreterinnen genannt.

In periodischen Abständen lanciert das Gesundheitsministerium Kampagnen gegen die Diskriminierung von Menschen mit HIV/Aids. Im Juni 2006 wurden über 2 Millionen Euro für Antidiskriminierungskampagnen in der Presse und in den elektronischen Medien investiert[611].

Der Nationale Aids-Rat[612]

Der Nationale Aids-Rat hat die Aufgabe, die Regierung zu allen Aidsproblemen zu beraten und Lösungsvorschläge zu unterbreiten. Der Präsident wird vom Staatspräsidenten gewählt. Die Mission des Aids-Rates umfasst die Anerkennung der individuellen Freiheiten, Förderung der öffentlichen Gesundheit, Schutz der Menschenrechte und Schutz generellen öffentlicher Interessen.
Der Nationale Aids-Rat kann Empfehlungen abgeben. Adressaten sind der Staatspräsident, die Nationalversammlung, der Senat sowie Verwaltungsbehörden, die sich mit HIV/Aids beschäftigen. In den letzten

[609] Nationales Aidsprogramm 2005-2008 (Fn 607), S. 20.
[610] Nationales Aidsprogramm 2005-2008 (Fn 607), S. 61ff.
[611] Quelle: http://www.apf_tx_par_20060608_181041_hza01 (21.06.06).
[612] Für die Internetseite des Rates siehe Quelle: http://www.cns.sante.fr. (21.06.06).

Jahren hat der Nationale Aids-Rat zu zahlreichen Themen Empfehlungen abgegeben. Eine Empfehlung betraf bsw. die Versicherbarkeit von Personen mit positiver HIV/AIDS-Diagnose[613]. Weitere Empfehlungen betrafen die Problematik der Strafbarkeit der HIV-Übertragung oder Diskriminierungen gegenüber HIV-positiven Migrantinnen. Keine Empfehlungen erliess der Nationale Aids-Rat bisher zur Thematik HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsumfeld.

Nonprofit Organisationen

Die *Unals*[614] ist eine Dachorganisation von insgesamt 40 Organisationen, die sich im Bereich HIV/Aids als Nonprofit Organisation in der Prävention und/oder in der Beratung und Unterstützung engagieren. Von diesen Organisationen ist inbesondere auf *Aides* und auf den Service *Sida-Info-Service* kurz näher einzugehen.

Schon im Jahre 1984 gegründet, ist *Aides*[615] eine der ältesten Organisationen in Frankreich, sich im Kampf gegen die HIV/AIDS-Epidemie engagiert. Für *Aides* ist die Solidarität mit den mit HIV/Aids lebenden Personen und der Kampf gegen Diskriminierung zentral. *Aides* hat sich im Kampf gegen Diskrimierung im Versicherungsbereich mit anderen Organisationen zusammengeschlossen, die sich für die Rechte von Menschen mit chronischen Krankheiten engagieren[616].

Die Organisation *Sida-Info-Service*[617] besteht seit 1989. Die Organisation unterhält einen telefonischen Beratungsdienst zu verschiedenen Themen rund um HIV/Aids, so auch zu rechtlichen Fragen (*sida-infodroit*). *Aides* und *Sida-Info-Service* arbeiten eng zusammen.

4.1.3 Daten zur HIV/Aids-Diskrimierung am Arbeitsplatz

Zu Art und Ausmass der HIV/Aids-Diskriminierung am Arbeitsplatz fällt eine Arbeit aus dem Jahre 2001 auf: *Discriminations sur critères de santé ou*

[613] Rapport et recommandations du 20 septembre 1999 „Assurance et VIH/sida". Pour une assurablilité élargie des personnes et une confidentialité renforcée des données de santé, Quelle: http://www.cns.sante.fr/htm/avis/assurances/fr_1_b.htm (21.06.06).
[614] Union nationale des associations de lutte contre le sida, Quelle: http://www.unals.org (21.06.2006).
[615] Quelle: www.aides.org (21.06.2006).
[616] Collectif Interassociatif sur la Santé, CISS, Quelle: www.leciss.org (21.06.2006).
[617] Quelle: www.sida-info-service.org (21.06.2006).

de handicap[618]. Diese repräsentative Befragung von 1986 Personen bringt an den Tag, dass die Diagnose HIV/Aids geeignet ist, Personen aus dem Arbeitsleben auszuschliessen Andere Untersuchungen[619] zeigen, dass die HIV-Infektion eine Form sozial konstruierter Behinderung darstellt, die nicht mit anderen Behinderungen verglichen werden kann[620]. Aufschlussreich ist eine Studie über den Standpunkt der Arbeitgebenden zu HIV/Aids am Arbeitsplatz[621]. 100 Prozent der Befragten gaben an, sie würden eine Person nicht anstellen, wenn im Bewerbungsverfahren der HIV/AIDS-Status bekannt würde. Eine andere Untersuchung bringt mangelnde oder fehlende Toleranz von Arbeitskolleginnen gegenüber Mitarbeitenden mit HIV/Aids an den Tag[622].

Die Organisation *Association Sida Info Service* führt seit dem Jahre 2002 jährlich eine Befragung bei Personen durch, die mit HIV/Aids leben[623]. Inhalt der Befragung bilden Fragen nach erlebten Diskriminierungen in verschiedenen Lebensbereichen. Die Ergebnisse im Jahre 2005 zeigen, dass sich 40 % aller Befragten ganz allgemein als Folge ihrer HIV-Infektion diskriminiert fühl(t)en. Höher ist der Anteil, wenn spezifisch nach Diskriminierungserlebnissen gefragt wird.

Ein Drittel aller Befragten mache geltend, Diskriminierungen im Arbeitsleben erlebt zu haben. Die Bandbreite erlebter Diskriminierungsformen ist dabei sehr breit, sie reicht von direkter Nachfrage nach dem HIV/AIDS-Status im Bewerbungsverfahren über unzulässige Weitergabe der Information über den HIV/AIDS-Status durch Arbeitskollegen, Vorgesetzte oder Personalverantwortliche bis zu Schwierigkeiten am Arbeitsplatz als Folge reduzierter Leistungsfähigkeit[624].

---

[618] Aids-Infotheke, 1/2005, Rubrik „Graue Literatur“, Bericht über Accès, retour et maintien dans l’emploi des personnes atteintes par le VIH/sida - Actes du colloque du 14 avril 2000.

[619] Die nachfolgend erwähnten Untersuchungen stammen mehrheitlich von Selbsthilfeorganisationen oder Non-Profitorganisationen zur Unterstützung von Menschen mit HIV/Aids. Die Berichte über diese Studien erfüllen nicht immer sozialwissenschaftliche Kriterien, sie können jedoch unter der Kategorie „Graue Literatur“ subsumiert werden und haben als solche durchaus einen bestimmten Aussagewert.

[620] «Les tensions actuelles entre VIH et emploi », in: Sciences Sociales et Santé 2001; 19, S. 43-66, «Le monde du travail face au VIH/SID» in, Numéro spécial du Journal du sida et de la démocratie sanitaire, juillet 2001, Arcat Sida diffusion BP90 75961 Paris Cedex 20.

[621] Aides, Publications d’une enquete de l’an 2000. Quelle: www.aides.org (21.06.06).

[622] MOYSOULIVER/LEBLOND, S. 1-2.

[623] Die Ergebnisse der Befragung(en) können unter www.sida-info-service.org eingesehen werden, siehe „Enquete 2005 sur les discriminations à l’encontre des personnes vivant avec le VIH“ (21.06.06).

[624] Enquete 2005, S. 8 (Fn 623).

Zahlreich sind die Diskriminierungen auch im Bereich Banken und Versicherungen. Fast 40 % der Befragten haben aufgrund Ihrer HIV/AIDS-Diagnose beim Zugang zu Versicherungen und Bankkrediten Einschränkungen erlebt[625]. Die Befragung bringt Fälle ans Licht, in denen Arbeitsverhältnisse aufgelöst wurden, nachdem die Versicherung der beruflichen Vorsorge die Information über den HIV/AIDS-Status der Arbeitnehmerin bekannt gegeben hatte[626].

4.2 Allgemeines zum Diskriminierungsschutz in Frankreich

4.2.1 Das französische Rechtssystem

Gesetze sind die wichtigsten Rechtsquellen im französischen Recht. Die Regierung und das Parlament bilden die gesetzgebende Gewalt. Das französische Parlament setzt sich aus zwei Kammern zusammen, dem Nationalversammlung und dem Senat. Bevor der französische Präsident ein Gesetz erlassen kann, muss der Verfassungsrat auf Anfrage von Parlamentsmitgliedern dessen Verfassungsmässigkeit überprüfen. Die eigentliche Umsetzung findet mittels sekundärem Recht in Form von Dekreten statt, die vom *Conseil d'Etat* angenommen werden müssen. Die Judikative ist zweigeteilt: Die Verwaltungsgerichte sind zuständig für Rechtsstreitigkeiten im Verwaltungsverfahren; das höchste Verwaltungsgericht ist der *Conseil d'Etat*. Gerichte sind zuständig für Strafsachen und privatrechtliche Streitigkeiten; das höchste Gericht ist der *Cour de cassation,* welches in verschiedene Kammern aufgeteilt ist: Die zivile Kammer ist für das Privatrecht, die soziale Kammer für das Arbeitsrecht und die Strafkammer für das Strafrecht zuständig. Frankreich hat traditionell eine zentralistische Staatsform; die Staatsgewalt wird zunehmend dezentralisiert. Frankreich teilt sich in 22 Regionen, 95 Departemente und ungefähr 36'000 Gemeinden[627].

4.2.2 Das Gleichheitsprinzip im französischen Recht

Das Gleichheitsrecht Frankreichs basiert auf einem Gleichheitsprinzip, das sich an den Prinzipien „Staat", „Nation" und Bürger/in" orientiert. Verletzungen des Gleichheitsprinzips werden als Angriff auf die menschliche Würde verstanden, was sich in der grossen Bedeutung des Strafrechts als Instrument zur Diskriminierungsbekämpfung ausdrückt[628]. Im Strafrecht soll dem Opfer von Diskriminierung Gerechtigkeit im Namen des Staates

[625] Enquete 2005, S. 9 (Fn 623).
[626] Enquete 2005, S. 10 (Fn 623).
[627] LATRAVERSE (report), S. 1.
[628] LATRAVERSE (report), S. 3.

widerfahren[629]. Die universale Gleichheitskonzeption ist weiter Ausdruck des französischen Verständnisses von Demokratie, nach dem das Gesetz Ausdruck des *volonté général* ist und für alle gleich gelten soll[630]. Ausnahmen von dieser „gleichen Gleichheit für Alle" sind nach der theoretischen Konzeption unzulässig. Auf diesem Hintergrund erscheinen dem französischen Recht Diskriminierungsverbotskonzeptionen fremd, da diese gerade Ungleichbehandlungen nur aus bestimmten Gründen verbietet[631].

4.2.3 Umsetzung des europarechtlichen Diskriminierungsschutzes im französischen Arbeitsrecht

Dynamik Gemeinschaftsrecht – französisches Arbeitsrecht

Das Gemeinschaftsrecht inspiriert das nationale Recht und andererseits widerspiegelt das Gemeinschaftsrecht die Rechtstraditionen und –kulturen der Mitgliedstaaten. Das Europarecht folgt jedoch einer eigenen Logik, die wesentliche durch das Ziel der vollen Verwirklichung der vier Grundfreiheiten (Personen, Dienstleistungen, Waren und Kapital) geprägt ist. Trotz starken Tendenzen zur Stärkung des Europas der Sozialbürger/innen, dominiert doch letztendlich das Europa der Wirtschaftsbürger und der Marktlogik, während dem französischen Arbeitsrecht ein starker Sozialschutz innewohnt. Diese Ausgangslage bildet(e) in der Vergangenheit manchmal Anlass zu Friktionen zwischen den beiden Rechtsordnungen, nicht nur, aber auch im Bereich des Diskriminierungsschutzes[632].

Im Bereich des Antidiskriminierungsrechts ist der prägende Einfluss Frankreichs auf die Entwicklung des gemeinschaftsrechtlichen Gebots der Entgeltgleichheit für gleiche und gleichwertige Arbeit zwischen Männern und Frauen zu nennen. Frankreich hat Wesentlich darauf gedrängt, dass dieser in Frankreich schon lange währende Grundsatz Bestandteil Gemeinschaftsrechts wurde[633].

Das Gemeinschaftsrecht hat demgegenüber Rechtsinstitute wie die Integration der indirekten Diskriminierung oder die positive Diskriminierung ins französische Recht stark beeinflusst bzw. erforderlich gemacht. Die indirekte Diskriminierung hat erst spät ins französische Arbeitsrecht Eingang gefunden. Das darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich die Problematik der indirekten Diskriminierung im französischen Recht anders

[629] LEVY/CHABAS, S. 19.
[630] LE FRIANT, S. 52.
[631] LATRAVERSE (report), S. 4.
[632] BARON/OMARJEE, S. 172.
[633] HANAU/STEINMEYER/WANK, S. 544.

darstellt. Der französische „code de travail“ verbietet *jede* Diskriminierung, sei es zwischen Teilzeit- und Vollangestellten oder zwischen befristet und unbefristet Beschäftigten. Auf diesem Hintergrund sind die Fälle diskriminierender Anstellungsbedingungen von Frauen, die vorwiegend Teilzeit arbeiten, direkt erfasst und es braucht nicht den „Umweg“ über die Figur der indirekten Diskriminierung aufgrund des Geschlechts[634].

4.2.4 Umsetzung Rahmenrichtlinie 2000/78/EG

Der französische Gesetzgeber musste zur Umsetzung der RL 2000/78/EG in verschiedenen Bereichen Ergänzungen vornehmen. Das Gesetz vom 16. November 2001 zur Bekämpfung der Diskriminierung enthält verschiedene Änderungen im Arbeits- und Strafrecht. Weitere Änderungen wurden in den bisherigen Gesetzen betreffend die Gleichbehandlung von Menschen mit Behinderung vorgenommen (Gesetz über gleiche Rechte und Chancen, Partizipation und Bürgerrechte von Personen mit Behinderungen, vom 11. Februar 2002 und das Gesetz über soziale Modernisierung vom 17. Januar 2002). Neu geschaffen wurde das Gesetz vom 30. Dezember 2004 über die Schaffung einer Hohen Behörde zur Bekämpfung von Diskriminierung und zur Förderung der Gleichbehandlung. Die Hohe Behörde hat ihre Arbeit im Februar 2005 aufgenommen.

4.3 Diskriminierungsschutz in Verfassung und Gesetz

4.3.1 Gleichheitsgebot und Diskriminierungsverbot in der Verfassung

Gleichheit ist eines der drei Wesensbestimmenden Elemente des französichen Staates (Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit). Das Prinzip der Nichtdiskriminierung und Gleichheit bildet seit der Erklärung der Menschenrechte von 1789 eine Konstante im französischen Recht[635]. Die Verfassung von 1946 hat in der Präambel dem Wert der Gleichheit noch verstärkt Ausdruck gegeben. Der Anspruch der Frau auf Gleichbehandlung mit dem Mann wurde verankert. Weiter enthält die Präambel das Verbot, eine Person im Arbeitsbereich aufgrund ihrer Herkunft, ihres Glaubens oder ihrer Weltanschauung zu diskriminieren. In der Verfassung von 1958 garantiert Art. 1 die Gleichheit vor dem Gesetz für alle Bürgerinnen und Bürger ohne Unterschied basierend auf Herkunft, Rasse oder Religion.

Kein Verfassungstext schützt vor Diskriminierung aufgrund des Alters, einer Behindert, der Gesundheit oder der sexuellen Orientierung. Der Verfassungsrat hat entschieden, dass die Liste verbotener

[634] LEROY, S. 893.
[635] Siehe dazu YOUNG, S. 147 ff.

Diskriminierungskriterien offen für weitere Entwicklungen sei[636]. Zu ergänzen ist, dass durch den Vorrang des Völkerrechts vor dem französischen Recht die verbotenen Diskriminierungskriterien integrale Wirkung entfalten.

4.3.2 Völkerrechtlicher Diskriminierungsschutz des französischen Rechts

Die Geltung des Völkerrechts erfolgt in Frankreich auf der Grundlage des Monismus[637]. Ratifizierte, publizierte und In Kraft gesetzte Völkerrechtsverträge werden Bestandteil des französischen Rechts[638]. Einzelne Völkerrechtsverträge bedingen die Zustimmung des Parlament oder haben Verfassungsänderungen zur Folge[639].

Die von Frankreich ratifizierten und unterzeichneten internationalen Menschenrechtsverträge entfalten in Frankreich insofern Wirkung, als der französische Staat zur Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen verpflichtet ist .Soweit die Verträge dies vorsehen, haben Private das Recht, sich vor dem innerstaatlichen Gericht unmittelbar auf die Diskriminierungsverbote zu beziehen.

Die folgende Abbildung zeigt den Stand der völkerrechtlichen Verpflichtungen Frankreichs im Überblick:

Tabelle 19: Völkerrechtlicher Diskriminierungsschutz in Frankreich

Instrument	Ratifiziert	Vorbehalte	Bemerkungen
UN-Pakt für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte	Ja	Nein	
UN-Pakt für bürgerliche und politische Rechte	Ja	Ja, zu Art. 13	
Fakultativprotokoll zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte	Ja	Ja, zu Art. 5 Abs. 2 (a)	Deklaration zu Art. 1 und 7
Abkommen Nr. 111 der Internationalen Arbeitsorganisation über die Diskriminierung	Ja	Nein	
Abkommen Nr. 158 der Internationalen Arbeitsorganisation	Nein	Nein	
Abkommen Nr. 159 der Internationalen Arbeitsorganisation	Ja	Nein	
Europäische Menschenrechtskonvention	Ja	Nein	
Zusatzprotokoll Nr. 12zur EMRMK	Nein	Nein	

[636] LATRAVERSE (report), S. 10.
[637] YOUNG, S. 13.
[638] Art. 55 der franz. Verfassung von 1958, Quelle: www.legifrance.fr. (26.06.06).
[639] Art. 53 und 54 der Verfassung von 1958, Quelle: www.legifrance.fr (26.06.06).

Europäische Sozialcharta	Ja	Ja

Quelle: Eigene Darstellung HIV/Aids-Diskriminierungsstudie unter Anlehnung an LATRAVERSE, (Report), S. 54.

4.3.3 Diskriminierungsschutz im „Code du travail“

Geltungsbereich und Struktur des Code du travail

Der „Code du travail“ regelt umfassend die Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitnehmenden und privaten Arbeitgebenden. Der Geltungsbereich umfasst alle privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse. Im Gegensatz etwa zum Arbeitsvertragsrecht im schweizerischen Obligationenrecht, hat sich das französische Arbeitsrecht vom französischen Zivilrecht weitgehend emanzipiert[640]. Nach Art. 120-1 Code du travail gelten ausgewählte Bestimmung des Code du travail auch für öffentlichrechtlich Beschäftige, frei berufliche Tätige sowie Gewerkschaften.

Von grosser Bedeutung sind die Tarifverträge. Nach dem (auch) für das französische Arbeitsrecht massgebenden Günstigkeitsprinzip können die Tarifverträge für Arbeitnehmende günstigere Bestimmungen enthalten. Insbesondere im Bereich der Zulässigkeit von Kündigungsgründen gehen Tarifverträge bezüglich Schutzes über den Code du travail hinaus[641].

Diskriminierungsgründe

Auch Persönlichkeitsschutzrechte und Freiheitsrechte haben eine Diskriminierungsschutzfunktion. Als wichtigen Grundsatz hält Art. 120-2 des Code du travail die Garantie der Persönlichkeitsrechte, individuelle und kollektive Freiheiten der Arbeitnehmenden fest. Niemand darf die Persönlichkeitsrechte und individuellen Freiheiten einschränken, sofern dies nicht durch die Natur der zu erledigenden Aufgaben gerechtfertigt und im Hinblick auf das erstrebte Ziel angemessen ist. Anders formuliert: Einschränkungen der Freiheits- und Persönlichkeitsrechte müssen sachlich begründet und verhältnismässig sein.

Über diese Grundsätze des Persönlichkeitsschutzes hinaus enthält der „Code du travail“ sehr umfassende Diskriminierungsverbote. Nach Art. 122-45 Code du travail darf der Arbeitgeber aus folgenden Gründen keine Ungleichbehandlung vornehmen:

- Herkunft;

[640] WETZEL, S. 15.
[641] AHRENDT, S. 40.

- Sitten,
- Genetische Merkmale;
- Sexuelle Orientierung;
- Familienstand;
- Alter;
- Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit (ob wirklich oder nur angenommen) zu einer Sprachgemeinschaft, einer Nation oder einer Rasse;
- Politische Meinungen;
- Tätigkeiten in Gewerkschaften oder Genossenschaften;
- Glaubensüberzeugungen;
- Körperliches Erscheinungsbild;
- Familienname;
- Gesundheitszustand;
- Behinderung.

Die Diskriminierungsgründe „Gesundheit" und „Behinderung" sind mit dem „Loi Nr 90-602 du Juillet 1990 relative à la protection des personnes contres les Discriminations en raison de santé ou de leur handicap" eingefügt worden.. Das Gesetz wurde hauptsächlich zum Schutze von Menschen mit positiver HIV/AIDS-Diagnose eingeführt[642].

Art. 122-45 Abs. 2 code du travail verbietet jede Diskriminierung aufgrund normaler Ausübung des Streikrechts. Geschützt sind nach Art. 122-45 Abs. 3 Code du travail auch Zeugen, die über unerlaubte Diskriminierungsmachenschaften berichtet haben.

Der Gesetzgeber wollte möglichst alle Diskriminierungsrisiken erfassen[643]. Mit dem Diskriminierungskritierium „Gesundheitszustand" ist die HIV-Infektion als solche unter den verbotenen Diskriminierungsgründen erfasst[644]. Soweit die HIV-Infektion im konkreten Fall Behinderungswert hat, besteht zusätzlich Anspruch auf Schutz vor Diskriminierung aus Gründen einer Behinderung.

[642] COLONNA, N 23, N 360; AHRENDT, S. 216.
[643] LEVY/CHABAS, S. 23.
[644] COLONNA, N 21.

Verbot diskriminiender Belästigung

Das Gemeinschaftsrecht verpflichtet die Mitgliedstaaten, auch Belästigung als eine Form der Diskriminierung zu verbieten. Der Code du travail umfasst sowohl ein Verbot der sexuellen Belästigung wie auch der „moralischen" Belästigung (harrassement moral). Art. 122-49 Code du travail verbietet Handlungen des moralischen Mobbings, „die eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen zum Ziel oder zur Auswirkung haben und die geeignet sind, Rechte und persönliche Würde zu beeinträchtigen, die körperliche oder geistige Gesundheit zu mindern oder die berufliche Zukunft in Frage zu stellen"[645].

Das Verbot belästigenden Verhaltens schützt die körperliche und psychische Integrität der Mitarbeitenden. Das Belästigungsverbot bildet Teil des Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmenden[646]. Es trifft sowohl Vorgesetzte wie Mitarbeitende. Nach Art. 122-51 Code du travail ist der Arbeitgeber bzw. der oder die Verantwortliche des Unternehmens überdies verpflichtet, alle notwendigen Massnahmen zur Beendigung von Belästigungen vorzukehren (Il appartient auch chef d'entreprise d prendre toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les aggisements visés à l'article L. 122-49).

Jede Form von belästigendem Verhalten von Arbeitskollegen/innen und/oder Vorgesetzten gegenüber Menschen mit HIV/Aids steht unter dem Schutz des Belästigungsverbotes. Bei den notwendigen Vorkehrungen zur Vermeidung von Belästigung muss die Arbeitgeberin geeignete Massnahmen zur Vermeidung von HIV/Aids-Mobbing ergreifen. Eine wichtige Rolle kommt hier dem Arbeitsinspektor zu[647]. Er hat das Recht auf Zutritt zu den Unternehmen, das Recht auf zum Unternehmen, kann relevante Dokumente einfordern, Verstösse gegen den Code du travail feststellen und die Protokolle an den Staatsanwalt weiterleiten, der dann über eine allfällige Anklage entscheidet[648] Diskriminierende Belästigung ist auch strafrechtlich verboten[649].

[645] Übersetzung des Gesetzestexts von Art. 122-49 Code du travail nach LE FRIANT, S. 53.
[646] Cons. Const. No 2001-455 DC, 12 janv. 2002 : JO 18 janv. P. 1053, zitiert nach: TEYSSIÉ, S. 225.
[647] Aufgaben und Kompetenzen des Arbeitsinspektors sind im sechsten Buch des „Code du travail", „Controle de l'application de la léglisation et de la réglementation du travail in den Art. 611 ff. geregelt.
[648] LE FRIANT, S. 55.
[649] Siehe dazu Teil IV, 4.3.7, S. 288ff.

Sachlicher Anwendungsbereich der Diskriminierungsverbote

Das Diskriminierungsverbot umfasst sowohl die Bewerbungsphase, die Vereinbarung der Vertragsinhalte, die Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses inkl. Beförderung, Vertragsergänzung und die Sanktionierung sowie die Entlassung. Mit vom Diskriminierungsverbot erfasst ist auch der Zugang zu einem Praktikum und zur beruflichen Weiterbildung.

Verboten ist sowohl jede direkte wie auch jede indirekte Diskriminierung. Die Aufnahme der indirekten Diskriminierung in den Gesetzestext erfolgte im Rahmen der Umsetzungsmassnahmen der RL 2000/78/EG[650]. Bereits vorher wurde das Verbot der indirekten Diskriminierung durch die Rechtsprechung eingeführt[651], allerdings nur im Bereich der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts[652].

Das umfassende Diskriminierungsverbot gilt auch für Kollektivverträge (Art. 132-1) und Betriebsordnungen (Art. 122-35 code du travail).

Der umfassende Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbotes aufgrund des Gesundheitszustandes bedeutet bezüglich HIV/Aids, dass der Arbeitgeber weder einen HIV/AIDS-Test verlangen kann noch sich nach dem HIV/AIDS-Status der Stellenbewerberin oder des Stellenbewerbers erkundigen darf. Nicht zulässig sind auch Fragen, die indirekt auf einen positiven HIV/AIDS-Status schliessen lassen, wie etwa die Frage nach Homosexualität, Hämophilie oder Drogensucht[653].

Angemessene Vorkehrungen zu Gunsten behinderter Arbeitnehmer/innen

Die Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen RL 2000/78/EG ins französische Recht verlangt(e) die Verankerung von sogenannten „angemessenen Vorkehrungen“ zu Gunsten behinderter Arbeitnehmenden. Der französische Gesetzgeber kommt dieser Verpflichtung mit Art. 323-9-1 code du travail nach. Die Arbeitgeber werden verpflichtet, für behinderte Arbeitnehmer/innen angemessene Vorkehrungen zu treffen, damit diese ihren Arbeitsplatz ganz oder teilweise erhalten können. In Art. 323-9-2 Code du travail werden nicht abschliessend solche mögliche Massnahmen beschrieben. Art. 323-9-3 Code du travail hält fest, dass die Verweigerung angemessener Massnahmen eine Diskriminierung im Sinne von Art. 122-45-4 darstellt.

---

650 LATRAVERSE (report), S. 14.
651 CCass. Soc. 9 April 1996, no. 1727 P, *RJS* 5/96 no. 550; CCass. Soc. 23 November 1999 no. 4290, *RJS* 5/00 no. 498.
652 LE FRIANT, S. 54.
653 COLONNA, N 43.

Der Gesetzgeber umschreibt die Gruppen von Arbeitnehmer/innen, welchen angemessene Massnahmen des Arbeitgebers gewährt werden, in Art. 323-9-1 in Verbindung mit Art. 323-3 Code du travail. Arbeitnehmende mit einem positiven HIV/AIDS-Status können unter verschiedene dieser Kategorien fallen, so bsw. unter „Behinderte gemäss Anerkennung der Kommission der Rechte und der Autonomie der Behinderten", „Opfer eines Berufsunfalls oder einer Berufskrankheit" oder „Bezüger/innen einer Invalidenrente gemäss der französischen Sozialversicherung". Im Ergebnisse haben *diese* HIV-Positive oder an Aids erkrankte Arbeitenehmende dann Anspruch auf angemessene Vorkehrungen zu ihren Gunsten.

Rechtfertigungsgründe

Ungleichbehandlungen aufgrund einer Behinderung oder aufgrund des Gesundheitszustandes sind rechtfertigungsfähig. Nach Art. 122-45-4 Code du travail stellt eine Ungleichbehandlung aufgrund einer *vollständigen*[654] Arbeitsunfähigkeit, die durch den Arbeitsmediziner festgestellt wurde, keine Diskriminierung aufgrund des Gesundheitszustandes oder einer Behinderung dar. Dieser Rechtfertigungsgrund kann sowohl bei einer Nichtanstellung wie auch bei einer Kündigung geltend gemacht werden.

Wird folglich eine Person mit HIV/Aids nicht angestellt oder wird ihr gekündigt und ist dies mit einer arbeitsmedizinisch festgestellten Arbeitsunfähigkeit begründet, liegt kein Verstoss gegen das Diskriminierungsverbot vor. Keinen Rechtfertigungsgrund bildet das Arbeitgeberinteresse an der Vermeidung künftiger, befürchteter Arbeitseinbussen[655].

Nicht auf den Rechtfertigungsgrund „gesundheitliche Nichteignung aufgrund einer Behinderung" kann sich der kündigende Arbeitgeber dann berufen, wenn er im Anstellungsverfahren versäumt hat, den Arbeitnehmer auf seine Berufseignung durch den Vertrauensarzt abzuklären. Hintergrund des Entscheides vom 21. September 2005 des „Cour de Cassation" bildete der Fall eines Arbeitnehmers, der im Rahmen des Bewerbungsverfahrens nicht auf seine Behinderung hingewiesen hatte. Der Arbeitgeber wollte dem Arbeitnehmer nach erfolgter Anstellung wegen einer durch den Arbeitsmediziner entdeckten Behinderung kündigen. Der Arbeitgeber berief sich vor Gericht vergeblich auf illoyales Verhalten des Arbeitnehmers im Bewerbungsverfahren. Das Gericht befand, der Arbeitgeber habe versäumt, im Bewerbungsverfahren oder auch noch während der Probezeit das ihm zustehende Recht, den Arbeitnehmer arbeitsmedizinisch abzuklären,

[654] Zu den Rechtsfolgen einer bloss teilweisen Arbeitsunfähigkeit siehe unten, S. 286.
[655] Dazu kritisch: COLONNA, S. 181f.

wahrzunehmen. Aus diesem Grund stellte die Entlassung des fraglichen Arbeitnehmers aufgrund einer Behinderung eine Diskriminierung dar[656].

Beweislast

Die Anforderungen der RL 2000/78/EG hinsichtlich Beweislastverteilung sind in Art. 122-45 erfüllt. Die klagende Partei muss die Diskriminierung lediglich glaubhaft machen (…le salarié concerné ou le canditat….présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte). Gelingt diese Glaubhaftungmachung der Diskriminierung, muss die beklagte Arbeitgeberin beweisen, dass die Ungleichbehandlung durch objektive Gründe gerechtfertigt ist, die nichts mit einer Diskriminierung zu tun haben.

Für die Glaubhaftmachung einer Diskriminierung ist die klagende Partei auf den Zugang zu Beweismitteln angewiesen. Im arbeitsrechtlichen Kontext sind die Beweismitteln in der Regel im Machtbereich des Arbeitsgebers (Personaldossier, Unterlagen zur Einstellungspolitik usw.). Diese Ausgangslage erfordert, in der Klage vom Gericht die Einforderung weiterer Beweismittel zu verlangen. Die aktive Mitwirkung des Gerichts bei der Beweiserhebung ist dem französischen Zivilprozessrecht fremd. Sowohl Richter/innen wie Anwälte/innen müssen sich erst noch an die aus dem angelsächsischen Raum und dem Gemeinschaftsrecht stammenden „Beweisfiguren" gewöhnen[657].

Methoden zur Feststellung einer Diskriminierung

Im Juni 2006 wurde ein neues Gesetz über die Chancengleichheit erlassen (loi pour l'égalité des chances du 31 mars 2006. Art. 24 dieses Gesetzes hält fest, dass in Betrieben mit über 50 Angestellten im Bewerbungsverfahren lediglich anonymisierte Bewerbungen, also ohne Angaben des Geschlechts, Alters oder anderer potenziell diskriminierender Selektionskriterien zulässig sind. Diese Bestimmung wird in Art. 121-6 Code du travail aufgenommen. Die weitere Konkretisierung dieser Bestimmung und das Inkrafttreten sollen auf dem Verordnungsweg erfolgen, was bis jetzt (September 2006) nicht erfolgt ist.

Die Anonymisierung des CV ist im vorliegenden HIV/AIDS-Kontext nicht weiter relevant, da die Angabe des HIV/AIDS-Status ohnehin nicht zu den üblichen Informationen in einem nicht anonymisierten CV gehört.

Eine weitere Methode zur Feststellung einer Diskriminierung besteht im so geannten „Testing", einem Verfahren, das erlaubt, einen Arbeitgeber

[656] Cour de cassation du 21 septembre 2005.
[657] LATRAVERSE (Panorama), S. 9.

hinsichtlich seiner Diskriminierungsbereitschaft mittels fiktiver Bewerbung zu „testen“. Das „Observatoire des discrimination“ in Paris hat im Jahre 2004 eine wissenschaftliche „testing“ – Untersuchung durchgeführt. Ein fiktiver Kandidat gab im Bewerbungsschreiben an, behindert zu sein. Seine Bewerbungschancen haben sich dadurch im Vergleich zu denjenigen Kandidaten ohne Behinderung massiv verschlechtert[658].

Rechtsschutz und Rechtsfolgen

Der code du travail sieht in Art. 122-45 vor, dass jede diskriminierende Anordnung nichtig ist. Das gilt insbesondere für die diskriminierende Kündigung (Art. 122-45-2 code du travail). Klagen auf Diskriminierung während der Anstellung und im Zusammenhang mit einer Entlassung werden beim Arbeitsgericht eingereicht. Über die Klage der Nichtigkeit hinaus kann auch Schadenersatz und/oder Genugtuung verlangt werden. Klagen auf Schadenersatz und/oder Genugtuung sind ferner möglich wegen Verletzung des Belästigungsverbotes oder Verletzung entsprechender Pflichten des Arbeitgebers (Art. 122-49 code du travail).

Bei diskriminierenden Kündigungen steht der Arbeitnehmerin ein Wahlrecht zu. Sie kann statt der Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrages verlangen, dass der Arbeitsvertrag auf das Ende der ordentlichen Kündigungsperiode aufgelöst wird. Diese Rechtslage wird damit begründet, dass es der Arbeitnehmerin nicht zugemutet werden soll, für einen diskriminierenden Arbeitgeber zu arbeiten. Der Arbeitgeber hat die Nichterfüllung des Vertrages durch die Arbeitnehmerin zu verantworten. Der Arbeitgeber muss diesfalls den Lohn bis zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses ausrichten, ohne dass die Arbeitnehmerin dafür eine Arbeitsleistung erbringen muss (Art. 122-45-2 code du travail). Darüber hinaus stehen dem diskriminierten Arbeitnehmer die gesetzliche bzw. tarifvertragliche Kündigungsentschädigung, sowie ein Schadensersatz für eine ungerechtfertigte Kündigung von mindestens sechs Monatsgehältern zu. Eine diskriminierende Kündigung kann die Arbeitgeberin also sehr teuer zu stehen kommen.

Das Arbeitsgericht ist nicht zuständig für vorvertragliche Streitigkeiten. Deshalb müssen Klagen betreffend Anstellungsdiskriminierung beim ordentlichen Zivilgericht eingereicht werden[659].

Im Kontext der Umsetzung der RL 2000/78/EG wurden die Kompetenzen der Arbeitsinspektoren ausgebaut. Diese haben freien Zugang zu allen Geschäftsräumlichkeiten und können Dokumente einfordern (Art. 611-1 ff. Code du travail. Die Arbeitsinspektoren können überdies ihren Bericht dem Staatsanwalt übergeben, der dann entscheidet, ob gegen den betreffenden

[658] AMADIEU, S. 7.
[659] LATRAVERSE (report), S. 38.

Arbeitgeber Strafklage wegen Verletzung des strafrechtlichen Diskriminierungsverbotes eingereicht werden soll (Art. 40 Code procédure pénal).

Klagerechte für Gewerkschaften und Nichtregierungsorganisationen

Art. 122-45-1 des Code du travail sieht eine aktive Rolle der Gewerkschaften und Nichtregierungsorganisationen bei der Umsetzung und Verwirklichung der Diskriminierungsverbote vor. Auch ohne ausdrückliche Vollmacht der diskriminierten Person(en) können Gewerkschaften oder Nichtregierungsorganisationen Diskriminierungsklagen einreichen. Voraussetzung ist, dass die betroffenen Personen benachrichtigt werden und diese nicht innert einer Frist von zwei Wochen Einspruch gegen die Klage einreichen. Nichtregierungsorganisationen sind zu Klagen berechtigt, wenn sie seit mindestens fünf Jahren im Interesse der diskriminierten Gruppe(n) tätig sind.

Mit diesem Beschwerdeverfahren will der Gesetzgeber der Tatsache Rechnung tragen, dass diskriminierte Personen oft aus Furcht vor Repressionen oder aus anderen Gründen das Gericht nicht anrufen[660].

Auch Organisationen im Aids-Bereich stehen solche Klagerechte zu.

4.3.4 Schutz kranker Arbeitnehmer/innen im Code du travail

Während des Arbeitsverhältnisses

Das Verbot der diskriminierenden Ungleichbehandlung von Arbeitnehmer/innen aufgrund des Gesundheitszustandes wird ergänzt durch Bestimmungen, die kranken Arbeitnehmer/innen besonderen Schutz gewähren.

Namentlich zu erwähnen ist Art. 122-24-4 Code du travail. Wenn der Arbeitsmediziner eine Arbeitnehmerin oder einen Arbeitnehmer als arbeitsfähig einschätzt, jedoch die bisherige Tätigkeit nicht mehr ausgeübt werden kann, muss der Arbeitgeber einen den noch verbleibenden Fähigkeiten angepassten Arbeitsplatz anbieten können. Es besteht weiter die Möglichkeit, eine „therapeutische " Teilzeitbeschäftigung zu verlangen. In den zeitlichen Limiten der Lohnausfallentschädigungszahlungen der Sozialversicherung kann einer beschäftigen Person das volle Salär trotz reduzierter Arbeitstätigkeit ausgerichtet werden. Auch diese Bestimmungen dienen dem Schutz vor Diskriminierung aufgrund einer Krankheit.

[660] LE FRIANT, S. 55.

Kündigungsschutz bei Krankheit

Auch das Kündigungsrecht kennt Sonderschutznormen für erkrankte Arbeitnehmer/innen. Der französische Kündigungsschutz zeichnet sich durch strenge Formvorschriften und rigorose materielle Hürden einer Kündigung aus[661]. Die Formvorschriften finden sich Art. 122-14ff. Code du travail. Werden sie nicht eingehalten, ist eine Kündigung, selbst wenn sie in materieller Hinsicht möglich wäre, ungültig. Im Rahmen eines in formeller Hinsicht notwendigen „Anhörungsgesprächs" muss ein Arbeitgeber dem zu kündigenden Arbeitnehmer die Gründe für die geplante Kündigung mitteilen. Erst im Anschluss an dieses Gespräch kann das Kündigungsschreiben unter Angabe der Gründe für die Kündigung erfolgen. In materieller Hinsicht bedarf eine Kündigung eines tatsächlichen und ernsthaften Grunds (cause réelle et sérieuse). Das Erfordernis eines tatsächlichen Grundes bedeutet, dass der vom Arbeitgeber angegebene Grund einer gerichtlichen Überprüfung standhalten muss. Ernsthafte und somit legitime Gründe können sowohl in der Person wie im Verhalten des zu kündigenden Arbeitnehmers liegen. Zulässige personale Gründe sind Eigenschaften oder Identitätsmerkmale, die in der Liste Diskriminierungsverbote gemäss Art. 122-45 Code du travail aufgeführt sind[662].

Auf der Ebene der Verhaltensgründe ist zwischen verschuldeten und unverschuldeten Gründen zu unterscheiden. Verschuldensabhängige Gründe sind schlechte Arbeitsleistung oder für den Arbeitgeber unzumutbares Verhalten. Unabhängig vom Verschulden des Arbeitnehmers kann auch die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit als Kündigungsgrund angebracht werden. Eine Arbeitsunfähigkeit muss gemäss Art. 124-24-4 Code du travail durch den Arbeitsmediziner festgestellt sein. Stellt der Arbeitsmediziner eine vollständige Nichteignung fest, kann das Arbeitsverhältnis aufgelöst werden. Bei nicht vollständiger körperlicher Nichteignung ist der Arbeitsgeber gehalten, der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer eine andere Beschäftigung im Unternehmen vorzuschlagen.

Für Arbeitnehmende mit HIV/Aids wirkt sich der Kündigungsschutz wie folgt aus: Eine Kündigung unter Anknüpfung an die Diagnose HIV/Aids verstösst gegen das Diskriminierungsverbot aufgrund des Gesundheitszustandes und/oder aufgrund einer Behinderung und ist nichtig. Die Kündigung wegen HIV/Aids bedingter Arbeitsunfähigkeit ist nur zulässig, wenn die Arbeitsunfähigkeit durch den Arbeitsmediziner festgestellt ist.

[661] AHRENDT, S. 40ff.
[662] Siehe oben, S. 279.

4.3.5 Schutz vor Diskriminierung durch Datenschutz

Frankreich hat die Datenschutz-Richtlinie (RL 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr) durch das Loi No. 78-17 du 6 Janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (Loi 78-17) ins nationale Recht umgesetzt. Im Loi 78-17 finden sich die zentralen „Spielregeln" der zulässigen Bearbeitung von Arbeitnehmergesundheitsdaten im Arbeitsverhältnis. Art. 8 Loi 78-17 hält fest, dass Personendaten über die Gesundheit dürfen nur bearbeitet werden dürfen, wenn dafür ein Rechtsfertigungsgrund vorhanden ist. Arbeitgeberinteressen sind nicht unter den Rechtfertigungsgründen aufgeführt. Der Arbeitgeber hat also keinen Anspruch auf Kenntnis der Gesundheitsdaten der Arbeitnehmenden. Dem Arbeitgeber ist jede Ungleichbehandlung unter Anknüpfung an den Gesundheitszustand sowohl nach Code du travail wie Code pénal verboten. Anspruch auf Kenntnis der Gesundheitsdaten der Arbeitnehmenden hat jedoch der Arbeitsmediziner, der jedoch lediglich die Schlussfolgerungen über die Eignung oder Nichteignung des Arbeitnehmenden mitteilen darf[663].

4.3.6 Diskrimiminierungsschutz im öffentlichen Dienst

Für Beschäftigte im öffentlichen Dienst ist Art. 6 quinies des Gesetzes Nr. 82-634 vom 13. Juli 1983 in der geänderten Fassung vom 16. November 2001 massgebend. Diese Bestimmung enthält ein Diskriminierungsverbot und ein Belästigungsverbot aufgrund der politischen, philosophischen oder religiösen Anschauung, gewerkschaftlichen Aktivitäten, Geschlecht, Gesundheitszustand, Behinderung, Rasse oder Herkunft.

Für Diskriminierungslagen öffentlichrechtlich Beschäftigter sind die Verwaltungsgerichte zuständig. Die Verfahren werden vom Grundsatz der Untersuchungsmaxime geprägt.

4.3.7 Diskriminierungsschutz im französischen „Code penal"

Diskriminierung als Straftatbestand

Die strafrechtlichen Diskriminierungsverbote sind einerseits im Kapitel unter den Delikten gegen die Würde einer Person (Art. 225-1 bis 225-4 Code pénal) und andererseits unter Rubrik Delikte gegen Einzelne durch missbräuchliche Machtausübung von Beamten (Art. 432-7 Code pénal) verankert.

---

[663] VIGNEAU, S. 114.

Nach Art. 225-1 Code pénal liegt eine Diskriminierung vor, wenn eine unterschiedliche Behandlung natürlicher Personen unter Anknüpfung an die Herkunft, das Geschlecht, die familiäre Situation, das Aussehen, die „patronyme“, den Gesundheitszustand, eine Behinderung, die genetische Veranlagung, der Sitte, die sexuelle Orientierung, die politische Meinung, gewerkschaftliche Aktivitäten, Ethnie, Nation, Rasse oder eine Religion erfolgt. Die Liste der unter Strafandrohung stehender Diskriminierungsgründe ist abschliessend[664].

Art. 225-2 Code pénal sieht eine Geldstrasse von 45 000 Euro und eine Gefängnisstrafe von bis zu drei Jahren vor, wenn die diskriminierende Behandlung (im Sinne von Art. 225-1 Code pénal) in der Verweigerung einer Anstellung, der Disziplinierung oder Entlassung einer Person besteht. Unter der gleichen Strafandrohung steht die diskriminierende Stellenausschreibung. Weiter mit Strafe bedroht wird die diskriminierende Ablehnung eines Praktikums, das nach den Regeln der Sozialversicherung (Art. 412-8 Code sociale) durchgeführt wird

Nicht strafbar bleiben Ungleichbehandlungen unter Anknüpfung an den Gesundheitszustand dann, wenn diese dem Schutz des Arbeitnehmers dienen. Zu denken ist hier an gefährliche Tätigkeiten, die ein bestimmtes Mass an Gesundheit verlangen. Weiter nicht anwendbar sind nach Art. 225-3 die Bestimmungen der Art. 225-1 und 225-2 Code pénal dann, wenn die Ungleichbehandlung zwar aufgrund des Gesundheitszustandes oder der Behinderung der Arbeitnehmenden erfolgt, jedoch die Arbeitsunfähigkeit arbeitsmedizinisch im Sinne der Bestimmungen des „Code du travail“ oder einschlägigen Bestimmungen des öffentlichen Personalrechts festgestellt ist. Strafbar ist aber das Verlangen oder Durchführen von genetischen Tests[665].

Der Straftatbestand der Diskriminierung liegt vor, wenn der Täter oder die Täterin vorsätzlich handelt (Art. 123-1 code pénal). Anders als im arbeitsrechtlichen Kontext kommt es also auf die Absicht der diskriminierenden Person an. Diese Beschränkung der Strafbarkeit auf absichtlich verübte Delikte liegt in der Logik des Strafrechts, das die fahrlässige Begehung von Straftaten nur ausnahmsweise unter Strafe steht. Trotz diesen Einschränkungen kommt es immer wieder zu Fällen strafrechtlicher Verurteilungen wegen Verstössen gegen das strafrechtliche Diskriminierungsverbot im Bereich Arbeit. So wurde ein Apotheker aus Roubaix der Rassendiskriminierung überführt und zu einer Gefängnisstrafe von drei Monaten mit Bewährung und einer Geldstrafe von 30 000 FF verurteilt. Er hatte einen marokkanischen Stellenbewerber mit der Begründung abgelehnt, seine Kunden/innen würden die „ausländischer

[664] COEURET/FORTIS, N 779.
[665] AHRENDT, S. 223.

Ursprünge“ des Angestellten nicht schätzen[666]. Zu 15 000 FF Geldstrafe wurde ein leitender Angestellter im Parfümsektor verurteilt, der am Telefon behauptete, zwei Schwarze in einem Geschäft wären nicht möglich[667].

Für die Diskriminierungsopfer bieten strafrechtliche Verfahren insoweit einen Vorteil, als die Beschaffung der notwendigen Beweise für die Klärung der relevanten Sachverhalte den Untersuchungsbehörden obliegt, was gegenüber dem Zivilprozess einen Vorteil bietet. Dennoch wird die Wirksamkeit der strafrechtlichen Rechtsbehelfe als Mittel gegen Diskriminierung kritisch betrachtet. Das (aus strafrechtlicher Sicht richtige) Erfordernis der Diskriminierungsabsicht ist der effektiven Strafverfolgung hinderlich[668].

Belästigung als Straftatbestand

Der Code pénal enthält in Art. 222-33-2 Code pénal die gleiche Definition von Belästigung wie der Code du travail. Die Strafe beträgt ein Jahr Gefängnis und 15 000 Euro Busse. Der Belästigungsstraftatbestand wurde im Zusammenhang der Umsetzung der RL 2000/78/EG in den Code du pénal aufgenommen.

Strafrechtliche Verantwortlichkeit

Der Täter kann eine natürliche oder juristische Person sein (Art. 225 Abs. 4 Code pénal). Das Strafmaß wird erhöht, wenn der Täter eine “von öffentlicher Hand oder mit einer öffentlichen Aufgabe betraute Person im Zuge oder anlässlich der Ausübung eines Amtes oder der Erfüllung einer Aufgabe” ist und - ein gesetzlich gewährtes Recht verweigert oder - die geregelte Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit behindert wird (Art. 432 Abs. 7 code pénal). Zu ergänzen ist, dass auch der Vertreter einer juristischen Person verurteilt werden kann, sofern und soweit ihr die Verantwortlichkeit für das Tun oder Unterlassen der Juristischen Person angelastet werden kann[669].

4.3.8 Gesetzgebung zum Diskriminierungsverbot gegenüber Menschen mit Behinderung

Behinderungsbegriff

Am 11. Februar 2005 hat der französische Gesetzgeber nach langen Vorarbeiten das nicht weniger als 101 Artikel umfassende „Gesetz der Rechte

[666] Nachweis bei LE FRIANT, S. 54.
[667] Nachweis bei LE FRIANT, S. 54.
[668] LE FRIANT, S. 52.
[669] Siehe dazu COEURET/FORTIS, S. 135ff.

und Chancen und Partizipation der Bürgerinnen und Bürger mit einer Behinderung“ erlassen[670] (Gleichstellungsgesetz). In Art. 2 des Gesetzes wird Behinderung definiert als Einschränkung in der Aktivität oder Beteiligung am gesellschaftlichen Leben aufgrund einer dauerhaften oder definitiven substantiellen Beschränkung körperlicher, sensiorellen, mentalen, kognitiven oder psychischen Funktionen. Für Arbeitsverhältnisse ist die Definition in Art. 323-10 Code du travail massgebend (langdauerende oder ständiges Ungenügen der physischen oder mentalen Kapazitäten). Nicht Voraussetzung für das Vorhandensein einer Behinderung im Sinne des Gleichstellungsgesetzes ist, dass die Personen Inhaber/innen der so genannten „carte COTOREP“ sein müssen, einem amtlichen Ausweis, der die Behinderteneigenschaft bestätigt[671].

Behinderung und Arbeitsplatz

Das zweite Kapitel des Gleichstellungsgesetzes enthält Bestimmungen zum Schutze von Arbeitnehmenden mit Behinderung. Unter dem Titel „Prinzip der Nichtdiskriminierung“ sind verschiedene Bestimmungen enthalten, die den „Code du travail“ ergänzen und präzisieren.

Art. 24 Abs. 3 Gleichstellungsgesetz stipuliert ein Verbandsklagerecht für Organisationen, die sich im Bereich „Behinderung“ engagieren. Dieser Grundsatz wird in Art. 122-45-5 in den „Code du travail“ aufgenommen. Weiter werden durch Art. 24 Abs. 4 Gleichstellungsgesetzes verschiedene Verpflichtungen der Arbeitgeber zur Erleichterung des Erhaltes von Arbeitsplatzen für Arbeitnehmende mit einer Behinderung festgehalten. Die Ablehnung der Vornahme angemessener Arbeitgebermassnahmen kann eine Diskriminierung im Sinne des Art. 122-45-4 darstellen. Behinderten Arbeitnehmenden steht beispielsweise die Möglichkeit zu, vom Arbeitgeber individuelle Arbeitszeiten zwecks Erleichterung des Zugangs zur Arbeit und der Ausübung einer Beschäftigung zu verlangen[672].

Eine Neuerung des Gesetzes betrifft die Einführung einer Verhandlungspflicht der Arbeitgeber über die Integration behinderter Arbeitnehmenden. Die Verhandlungen werden durch die Sozialpartner auf der Basis von durch die Arbeitgebenden auszufüllenden Berichten zur Lage der behinderten Arbeitnehmenden im jeweiligen Betrieb durchgeführt. Die Verhandlungen betreffen insbesondere die Bedingungen des Zugangs zur Arbeit, die betriebliche Aus- und Weiterbildung, die Arbeitsbedingungen

[670] Loi No 2005-102 du 11 février 2005 pour l’égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.
[671] LEVY/CHABAS, S. 18.
[672] Siehe dazu Teil IV, 4.3.3, S. 282.

sowie die vom Arbeitgeber getroffenen Sensibilisierungsmassnahmen (Art. 25 Abs. 1 und 2 Gleichstellungsgesetz).

Die Art. 26 – 36 Gleichstellungsgesetz enthalten unter dem Titel „Berufliche Eingliederung und Arbeitgeberverpflichtungen“ verschiedene Massnahmen, die zur Integration von behinderten Arbeitnehmenden führen sollen. Unter anderen Massnahmen ist eine Quote von sechs Prozent Arbeitnehmende mit Behinderung vorgesehen. Diese Quote muss von Betrieben mit mehr als 20 Beschäftigen erfüllt werden. Wer diese Quote nicht einhält, muss pro nicht beschäftigten behinderten Arbeitnehmer einen Betrag in der Höhe von 600 Mal den gesetzlichen Mindeststundenlohn in einen Fonds einzahlen. Bei Arbeitgebende, die während drei Jahren die Quote nicht erfüllen, erhöht sich der Betrag auf 1500 Mal den gesetzlichen Mindeststundenlohn, was fast einem Jahresgehalt entspricht.

Menschen mit HIV/Aids fallen unter das Gleichstellungsgesetz, sofern und soweit sie die Anforderungen des Behindertenbegriffs erfüllen.

4.4 Weitere Regelungen und Massnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierung

4.4.1 Die Hohe Behörde zur Bekämpfung der Diskriminierung

Mit dem Gesetz vom 30. Dezember 2004 wurde die „Hohe Behörde zum Kampf gegen die Diskriminierung und für die Gleichheit“ (Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l’égalité, Halde) geschaffen. Es handelt sich um eine unabhängige Verwaltungsbehörde, die eine dreifache Mission zu erfüllen hat.

Erstens ist Halde zuständig für individuelle Beschwerden und muss die Diskriminierungsopfer beraten und unterstützen. Halde kann auch ein Mediationsverfahren zwischen dem diskriminierenden Arbeitgeber und dem diskriminierten Arbeitnehmer durchführen. Weiter steht Halde die Kompetenz zu, an den diskriminierenden Empfehlungen abzugeben (Art. 11 loi Halde). Diese Empfehlungen können in amtlichen Publikationen veröffentlicht werden (Art. 31 loi Halde). Diskriminierung stellt nach französischem Recht einen Straftatbestand dar. Es handelt sich um Offizialdelikte. Da Halde als staatliche Behörde Kenntnis diesen Offizialdelikten erhält, muss sie den Staatsanwalt (Procurateur de la République) informieren, der über die Einleitung eines Strafverfahrens entscheidet.

Die zweite Mission von Halde betrifft die Promotion der Gleichheit. Diese Aufgabe erfüllt sie durch aktive Information und Kommunikation (Art. 15 Abs. 1 loi Halde).

Die Koordination relevanter Diskriminierungsforschung schliesslich bildet das dritte Standbein von Halde (Art. 4 Abs. 2 loi Halde). Zur Diskussion steht, ob Halde Sanktionsmacht übertragen werden soll.

Halde wendet auch das so genannte „Testing“ an. „Testing“ ist eine Methode zur Überprüfung diskriminierenden Verhaltens von Arbeitgebern und/oder Vermietern[673]. Es funktioniert wie folgt: Zwei Arbeitslose schicken eine Bewerbung an ein und dieselbe Firma, sie nennen sich Thierry und Raouf. Thierry wird zu einem Einstellungsgespräch eingeladen. Raouf, Sohn eines tunesischen Vaters und einer elsässischen Mutter, erhält nur eine höfliche Absage. Die beiden Lebensläufe sind ausser der unterschiedlichen Herkunft identisch[674]. Das Verfahren des Testing ist höchstgerichtlich vom Kassationshof seit der Entscheidung in der Rechtssache „Montpellier“ vom 11. Juni 2002 erkannt[675].

Im ersten Jahr ihrer Existenz (2005) hat Halde insgesamt 2000 Beschwerden erhalten. 15 Prozent der Beschwerden betrafen eine geltend gemachte Diskriminierung aufgrund des Gesundheitszustandes oder einer Behinderung. Diese Kriterien bilden neben der Herkunft (40 Prozent) die am zweithäufigsten genannten Diskriminierungsgründe. Fast die Hälfte aller Beschwerden (45 Prozent) betrafen Diskriminierungen im Arbeitsbereich[676].

4.4.2 Empfehlungen von Halde betreffend HIV/Aids-Diskriminierung

Im ersten Halbjahr der Tätigkeit von Halde (Januar bis Juni 2006) wurde in einem HIV/Aids betreffenden Fall eine Empfehlung erlassen. Es handelt sich um einen HIV-positiven Mann, der sich darüber beschwerte, aufgrund seines Gesundheitszustandes nicht als „Steward“ angestellt zu werden.[677] Die Ablehnungsentscheidung stützte sich auf einen vertrauensärztlichen Bericht des „Conseil Médical de l’Aéronautique (CMAC)“. Die Ablehnung erfolgte gemäss den Richtlinien für den CMAC. Ein privates Arztzeugnis bestätigte demgegenüber den guten Gesundheitszustand des Mannes. Halde erliess in diesem Fall die Empfehlung, die medizinischen Richtlinien für den CMAC seien so zu ändern, dass keine Diskriminierung von Personen mit positivem HIV/AIDS-Status vorkommen würden. Halde hielt weiter fest, dass Anforderungen an den Gesundheitszustand von Stellenbewerbern und damit eine unterschiedliche Behandlung aufgrund des Gesundheitszustandes gestützt auf Art. 122-45-4 Code du travail nur dann keine Diskriminierung

[673] HALDE, Rapport annuel 2005, S. 12, zu beziehen bei Halde, Quelle: www.halde.fr (26.09.06).
[674] Das Beispiel wurde aus dem Beitrag von LE FRIANT, S. 55, übernommen.
[675] Arret de la Cour de cassation, N° W 01-85.560 F-D N°3294.
[676] HALDE, Rapport annuel 2005, S. 18ff.
[677] HALDE: Délibérations No 2006-02 du 6 février 2006 (Cas No 6).

darstellen würden, wenn sie als objektiv notwendig und verhältnismässig qualifiziert werden könnten.

Ein weiter Fall betraf Verweigerung eines Ausbildungsplatzes als Coiffeur unter Bezugnahme auf die HIV-Infektion[678]. Halde legte dem zuständigen Berufsverband mit einer Empfehlung nahe, seine Mitglieder hinsichtlich der Akzeptanz gegenüber Menschen mit HIV/Aids zu sensibilisieren[679].

4.4.3 Nicht juristische Mittel zur Diskriminierungsbekämpfung

Der Code du travail sieht verschiedene Mitteln der Diskriminierungsbekämpfung ausserhalb der Diskriminierungsklagen an die Gerichte vor. Vorab können auch Kollektiverträge solche Mittel vorsehen. Zu erwähnen sind die Personaldelegierten und die Betriebsräte. Diese können dem Arbeitgeber Diskriminierungsfälle unterbreiten (Art. 422-1-1 code du travail). Das Comité d'entreprise kann zur Vorbeugung von Belästigung Präventionsmassnahmen beantragen (Art. 236-2 code du travail). Zu erwähnen sind weiter die Kontrolltätigkeiten der Arbeitsinspektoren und die zentrale Rolle des Arbeitsmediziners, der bei der Feststellung von gesundheitlichen Einschränkungen der Arbeitnehmenden als Erster Folgen von Diskriminierung und Belästigung zu Gesicht bekommt.

4.4.4 Initiative von Chronischkranken

Mit finanzieller Unterstützung der Europäischen Gemeinschaftsinitiative „Equal"[680] haben sich seit 2002 verschiedene Organisationen, die im Interesse von Menschen tätig sind, die mit chronischen Krankheiten leben, zusammengeschlossen. Unter dem Projektnahmen „Travailler avec une patalogie chronique évolutive" werden gleiche Rechte und gleiche Chancen für chronischkranke Arbeitnehmende gefordert[681]. Auf Initiative dieser Gruppe hat die Firma « Eliance Autoroutes » seit dem 1. Februar 2005 als französische Premiere einen sogenannten Gesundheitskorrespondenten bestellt. Seine Aufgabe ist, die Eingliederung ins Unternehmen für Arbeitnehmende, die mit chronischen Erkrankungen leben wie HIV/Aids, Krebs, Mucoviscidose o.ä. zu fördern und die Akzeptanz für bereits im Unternehmen arbeitende Chronischkranke zu stärken. Weiter zu den Aufgaben des Gesundheitskorrespondenten gehören die Vermittlung

[678] Gespräch mit Marc Morel und weiteren Mitarbeitenden des Ciss vom 9. Juni 2006.
[679] Schriftliche Befragung HALDE, Antwort zu Frage 6.
[680] Zum Inhalt und zu den Zielen der Gemeinschaftsinitiative siehe Quelle: http://ec.europa.eu/employment_social/equal/index_de.cfm (21.06.06).
[681] Angaben zum Projekt finden sich auf der Internetseite der Aidsorganisation « Aides », Quelle: http://www.aides.org/illustration/3/2443.pdf (21.06.06).

zwischen dem Arbeitnehmenden, dem Arbeitsmediziner, den Gewerkschaften, dem Arbeitgeber sowie den Arbeitskollegen[682].

4.5 Diskriminierung und Versicherungsschutz

4.5.1 Ausgangslage

Eine HIV-Infektion kann zu einer vorübergehenden oder auch länger dauernden Arbeitsunfähigkeit oder gar zu einer Invalidität führen.

Die Sicherung des Gehalts bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit erfolgt einerseits durch die gesetzliche Krankenversicherung, die unter dem Titel „Barleistungen" Taggelder bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit ausrichtet. Die Taggeldversicherung bildet Bestandteil der obligatorischen Krankenversicherung. Folglich findet auch keine Risikoselektion statt. Ergänzend zur Taggeldversicherung trifft den Arbeitgeber eine gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht. Überdies sehen Kollektivverträge zum Teil weitergehende Lohnfortzahlungen vor.

Die staatliche Krankenversicherung leistet bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit 50 Prozent des versicherten Verdienstes wobei der Höchstbetrag pro Tag 43 Euro beträgt. Es werden 360 Taggelder in einer Rahmenfrist von drei Jahren ausgerichtet, bei so genannt langdauernden Krankheiten verlängert sich die Taggeldleistungsdauer auf maximal drei Jahre. Dauert die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit länger als sechs Monate, erhöht sich das Taggeld bis zu zwei Dritteln des entgangenen Verdienstes[683].

Die Entschädigungen der Sozialversicherungen werden durch die Pflicht zur Entgeltfortzahlung durch die Arbeitgeberin ergänzt. Voraussetzung ist, dass die Arbeitnehmerin im Zeitpunkt der krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit mindestens drei Jahre Betriebszugehörig aufweist. Die Höhe und Dauer der Entschädigungspflicht des Arbeitgebers steigt mit zunehmender Betriebstreue[684].

---

[682] Zur Einführung des Gesundheitskorrespondenten siehe Quelle: http://www.aides.org/illustration/5/2611.pdf (21.06.06).

[683] Loi 2004-810 relative à l'assurance-maladie, du 13 août 2004 (JO du 17 aout), articles 24, 27 et 28, Code de la Sécurité sociale, articles L.162-1-15, L.162-4-1 et 4, L.315-1, L.321-1 et 2, L.323-4-1. Für Informationen siehe auch die offizielle Internetseite der staatlichen „Assurance maladie". Quelle: www.ameli.fr (26.09.06).

[684] Art. 1 Abs. 3 des « Loi de mensualisation du 19 janvier 1978 » verweis auf Art. 7 des « accord du 10 décembre 1977 », in dem die Dauer und Höhe der durch den Arbeitgeberim Krankheitsfall zu leistenden Lohnzahlungen ersichtlich sind.

Tabelle 20: Lohnausfallentschädigungsregeln im französischen Recht

Dauer der Betriebszugehörigkeit	Leistungen gesetzliche Krankenversicherung	Gesetzl. Lohnfortzahlung Arbeitgeb.	
		90 Prozent Lohnanspruch	66 2/3tel Prozent Lohnanspruch
Bis 2 Jahre	Dauer: - 12 Monate - 36 Monate bei langdauerenden Krankheiten Höhe: - Bis 6 Monate: 50% des versicherten Verdienstes, max. 43 Euro/Tag - Ab 7. Monat: 66% des versicherten Verdienstes, max. 43/Euro/Tag	-	-
3 bis 8 Jahre		30 Tage	30 Tage
8 bis 13 Jahre		40 Tage	40 Tage
13 bis 18 Jahre		50 Tage	50 Tage
18 bis 23 Jahre		60 Tage	60 Tage
23 bis 28 Jahre		70 Tage	70 Tage
28 bis 33 Jahre		80 Tage	80 Tage
Ab 33 Jahre		90 Tage	90 Tage

Quelle: Eigene Darstellung HIV/Aids-Diskriminierungsstudie

Insbesondere in den ersten zwei Dienstjahren bieten die gesetzlichen Sozialversicherungsansprüche keinen optimalen Schutz vor Lohnausfall bei Krankheit. Die Mehrheit der französischen Arbeitnehmenden profitiert von einem Kollektivvertrag mit verbesserter Lohnfortzahlungsbedingungen profitieren. Die Entgeltfortzahlungsdauer für die Beschäftigten im öffentlichen Dienst ist ebenfalls grosszügiger ausgestaltet. Arbeitnehmende, die lediglich Anspruch auf Taggelder der staatlichen Krankenversicherung und die gesetzliche Entgeltfortzahlung für private Arbeitgeber haben, sind auf zusätzlichen Schutz durch Privatversicherungen angewiesen[685].

Die Frage nach einem Schutz durch Privatversicherungen stellt sich auch für Arbeitnehmende, die Ihre Erwerbsfähigkeit verlieren und Anspruch auf eine Invalidenrente haben. Die staatlichen Invalidenrenten allein decken den Erwerbsausfall in den wenigsten Fällen. Die Renten betragen maximal 1258 Euro monatlich bei vollständiger Erwerbsunfähigkeit[686]. Das französische Rentenversicherungssystem beruht jedoch auf zwei Säulen. Die erste Säule besteht aus der staatlichen *Sécurité Sociale,* der sämtliche Erwerbstätige und auch die Nichterwerbstätigen angehören. Die staatliche Invalidenvorsorge wird ergänzt durch die ARRCO (*Association des Régimes de Retraite*

[685] So auch die Angaben im Infomerkblatt „Arbeiten in Frankreich“, Quelle: www.frankreichkontakte.de (21.06.06).

[686] Agence pour la développement et la Coordination Internationale, Protection Sociale en France, Rapport 2005, S. 26, Quelle : www.adecri.org (21.06.06).

Complémentaires) und die AGIRC für höhere Angestellte (*Association Générale des Institutions de Retraite des Cadres*). Die Leistungen der beiden Säulen decken in der Regel den Erwerbsausfall nicht ausreichend. Für Arbeitnehmende besteht demzufolge der Bedarf an zusätzlichem Schutz durch eine Privatversicherung.

Nicht vom Invaliditätsschutz in der zweiten Säule können Selbständig Erwerbende profitieren. Sie sind demzufolge auf den Schutz durch Lebensversicherungen angewiesen.

4.5.2 Privatversicherung

Vertragsfreiheit als Grundsatz

Die für Arbeitnehmende und Selbständig Erwerbenden wichtigen Verdienstausfall-, Invaliden- und Todesfallversicherungen unterstehen allesamt der Gesetzgebung über das Versicherungsrecht (Code des assurances). Die Privatversicherer können vor dem Vertragsabschluss alle ihnen relevant vorkommenden Fragen zum Gesundheitszustand der Versicherungsinteressenten/innen stellen. Gesundheitsfragen der Versicherer sind wahrheitsgemäss zu beantworten. Ansonsten steht den Versicherern gemäss Art. L 113-8 des Code des Assurances das Recht zu, den Versicherungsvertrag zu annullieren.

Einschränkungen für die Kollektivversicherung

Für den Bereich der Kollektivversicherung sieht das „Loi no 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques„ (Loi no 89-1009) einen Mechanismus vor, der verhindert, dass einzelne Arbeitnehmende aufgrund vorbestehender Gesundheitsprobleme bezüglich Versicherungsschutz schlechter gestellt werden. Das Gesetz bezweckt einen besseren Vorsorgeschutz gegen gewisse (gesundheitliche) Risiken. Nach Art 1 Loi no 89-1009 sind u.a. die Risiken „krankheitsbedinge Arbeitsunfähigkeit“ und „Invalidität“ sowie „Todesfall“ vom sachlichen Geltungsbereich umfasst.

Art. 2 Loi no 89-1009 sieht vor, dass kein Ausschluss *einzelner* Arbeitnehmenden aufgrund des Gesundheitszustandes zulässig ist. Der Versicherer muss entweder die ganze Belegschaft versichern oder die Versicherbarkeit generell ablehnen. Der Anwendungsbereich dieser Norm umfasst Vorsorgelösungen aufgrund von Kollektivverträgen oder der Vereinbarung eines einzelnen Arbeitgebers. Entscheidend ist, ob die Versicherung für die einzelnen Arbeitnehmenden obligatorisch ist. Trifft dies zu, entfällt die Möglichkeit einer Risikoselektion. Der Versicherer darf dennoch die einzelnen Arbeitnehmenden beim Eintritt in die Versicherung zu

ihrem Gesundheitszustand befragen, da er die Tariffierung berechnen muss. Als weitere für Arbeitnehmende mit HIV/Aids (und andere chronischkranke Arbeitnehmende) vorteilhafte Regel sieht Art. 4 Loi no 89-1009 vor, dass der Versicherer Arbeitnehmenden, die aus einem Kollektivvertrag austreten, eine Weiterversicherung zum gleichen Tarif ohne Probezeit, ohne medizinische Überprüfung des Gesundheitszustandes anbieten muss.

Durch die Lösung im Loi no 89-1009 werden Arbeitnehmende mit positiver HIV/AIDS-Diagnose gegenüber den HIV-negativen Arbeitnehmenden im Kolektivversicherungsbereich nicht diskriminiert.

Erleichterter Zugang zur Lebensversicherung

Auf Initiative von Aidsorganisationen wurde im Jahre 1991 die so genannte „Convention Belorgay" geschaffen. Der Geltungsbereich wurde im Jahre 2001 auf weitere chronische Krankheiten ausgedehnt. Zurzeit (erste Hälfte 2006) steht eine weitere Verbesserung der Konvention zur Diskussion[687]. Diese Konvention wurde von Patientenorganisationen, Versicherungen, Banken und staatlichen Behörden unterzeichnet und hat zum Ziel, Personen mit Positiver HIV/AIDS-Diagnose einen erleichterten Zugang zu existenziell wichtigen Versicherungen zu schaffen. Eine Einigung erzielt wurde bei der Lebensversicherung zur Abdeckung von Kreditrisiken beim Erwerb einer Liegenschaft bis zum Betrag von 200 000 Euro. Die Versicherer verzichten auf eine Selektion aufgrund von HIV/Aids oder einer anderen Krankheit, die in der Konvention aufgeführt ist. Ein Risikoausgleichspool stellt sicher, dass nicht eine an der Konvention beteiligte Versicherung überdurchschnittlich viele Risiken übernehmen muss.

Die Wirkung der „Convention Belorgay" wird seitens Patientenorganisationen kritisch beurteilt[688]. Auch die Diskriminierungsbehörde „Halde" hat sich mit der „Covention Belorgay" auseinandergesetzt und festgehalten, es müssten wirksamere Mittel zur besseren Anwendung der „Convention Belorgay" gefunden werden. Zudem müssten weitere auch gesetzliche Regeln zum besseren Schutz der Rechte der Kranken erlassen werden, namentlich um die Invaliditätsrisiken Chronischkranker besser versichern zu können[689].

[687] Interview mit Marc Morel, Leiter Ciss (09.06.06).
[688] Convention Belorgey : piteux anniversaire, in : Actio 91, actup Paris, Oktober 2003.
[689] HALDE: Délibération No 2005-80 du 28 novembre 2005.

4.6 Einschätzungen zur Wirkung des französischen Diskriminierungsschutzes

4.6.1 Modalitäten der Befragung und ergänzende Methoden

Ziel dieses Projektbausteins ist, den empirischen Rechtsvergleich mit Einschätzungen seitens Aids-Akteuren und Rechtsexperten/innen zu vertiefen.

Insgesamt wurden folgende Organisationen und Personen mit der Bitte angeschrieben, einen Fragebogen mit offenen Fragen zum Diskriminierungsschutz und dessen Wirkung für Menschen mit HIV/Aids in der Arbeitswelt zu beantworten:

Regierung / Verwaltung:

- Ministère de la Santé et des Solidarités, Bureau Sida, Paris
- Le Conseil National du Sida, Paris
- Haute Autorité contre la discrimination Halde, Paris

Nichtregierungsorganisationen:

- Aides, unterhält die Rechtsberatung « Sida-Infodroit » , Paris
- Association de recherche, de communication et d'action pour l'accès aux traitements (Arcats), Paris
- Union nationale des associations de lutte contre le sida (Unals), Paris

Organisationen von Menschen mit HIV/Aids:

- Actup Paris

Rechtspexperten/innen:

- Martine le Friant, Professorin an der Juristischen Fakultät der Universität Avignon
- Sophie Latraverse, Ländersachverständige „Frankreich“ der EU-Kommission Beschäftigung und Soziales, Abteilung Diskriminierungsschutz, Paris
- Marc Morel, ehemaliger Jurist Sida-Infodroit (Aides), heute Jurist beim „collectif interassociatif sur la Santé» (ciss), Paris

Wie an sich zu erwarten war, gestaltete sich die Durchführung der Befragung als äusserst aufwändig. Trotz mehreren schriftlichen und telefonischen Versuchen gelang es nicht, Actup Paris zum Ausfüllen des Fragebogens zu bewegen. Gleiches gilt für die Rechtsexpertin Sophie Latraverse. Unals war zwar bereit, den Fragebogen auszufüllen, sah sich dann aber fachlich ausserstande, die Fragen zu beantworten. Gleich argumentierte auch der

Conseil Nationale du Sida. Ausgefüllte Fragebogen erhielten wir schlussendlich von folgenden Institutionen/Personen:

- Halde (Juristin Abteilung « Santé/Handicap »)
- Aides / Juristin Sida-Infodroit
- Rechtspexerte Marc Morel, Ciss (vorher Sida-Infodroit)

Vertiefte Gespräche wurden vor Ort mit dem Rechtsexperten, langjährigen Mitarbeiter von Sida-Infodroit und heutigem Leiter des Ciss, Marc Morel und drei Fachleuten der Diskriminierungsschutzbehörde Halde geführt (einem Arbeitsinspektor, einer Juristin der Abteilung „Santé / Handicap“ und einer Juristin der Abteilung „private Arbeitsverhältnisse“.

Da seitens der offiziellen Aidsbehörden (Ministère du Sante, Buero du Sida und Conseil National du Sida) keine Antworten zu unseren Fragen erhältlich sind, erfolgt die Einschätzung dieser Organisationen zum französischen Diskriminierungsschutzrecht bei HIV/Aids anhand von offiziellen Dokumenten dieser beiden Organisationen (Jahresberichte, Stellungnahmen u.ä.).

Trotz den erwähnten Schwierigkeiten, erlauben die stattgefundenen Gespräche, die ausgewerteten Fragebogen sowie die ausgewerteten übrigen Dokumente die Darstellung eines recht präzisen Bildes über die Einschätzung der Wirkungen des französischen Diskriminierungsschutzrechts bei HIV/Aids-Diskriminierung im Bereich der Arbeitswelt.

4.6.2 Bewertung der vorhandenen Diskriminierungsschutznormen

Die Einschätzung über die bestehenden Diskriminierungsschutznormen ist nicht einheitlich. Es überwiegt jedoch der Tenor, die bestehenden Diskriminierungsschutznormen im Strafrecht, im Arbeitsrecht und im spezifischen Behindertenrecht würden an sich genügend Schutz vor HIV/Aids-Diskriminierung bieten. Die Juristin mit Spezialgebiet Krankheit/Behinderung (Halde) weist speziell auf die Verstärkung des Diskriminierungsschutzes im Bereich des Beweises (Glaubhaftmachung einer Diskriminierung genügt) und durch die Verpflichtung der Arbeitgebenden zu angemessenen Vorkehrungen zur Integration von Arbeitnehmenden mit einer Behinderung als Folge der der EU-Richtlinie 2000/78 hin. Auch für den Rechtsexperten (Ciss) ist das Normenbündel zum Schutze vor Diskriminierung an sich ausreichend.

Der Arbeitsinspektor (Halde) weist auf ein unterschiedliches Schutzniveau im öffentlichen Personalrecht hin. Nicht alle öffentlichrechtlichen Angestellten unterstehen dem gleichen Personalrecht, die Vielfalt der für die verschiedenen öffentlichen Stellen geltenden Personalrechtsordnungen sei beachtlich. Der Rechtsexperte (Ciss)

Nicht ausreichend ist das bestehende Normenbündel zum Diskriminierungsschutz nach Ansicht der Juristin von *Aides*. Mängel sieht sie insbesondere im Schutz vor Diskriminierung im Bewerbungsverfahren und vor Kündigung. In verfahrensrechtlicher Hinsicht wird auf die Beweisschwierigkeiten hingewiesen. Ungenügend sei auch der Schutz vor Diskriminierung im Zusammenhang mit Arbeitnehmerversicherungen.

Seitens der staatlichen HIV/Aidsbehörden (Ministère du Santé und Conseil National du Sida) liegen wie erwähnt keine ausgefüllten Fragebogen vor. Eine Analyse verschiedener Dokumente dieser Organisationen zeigt jedoch, dass weniger das „Angebot" an Diskriminierungsschutznormen problematisiert wird, als vielmehr deren Anwendung.

Die insgesamt überwiegend positive Einschätzung über die vorhandenen Diskriminierungsschutznormen bezieht sich auf den Schutz vor Diskriminierung von Arbeitnehmenden. Der *Conseil National du Sida*[690] und der befragte Rechtspexperte (Ciss) sowie *Actup Paris*[691] weisen auf die Schwierigkeiten Selbständigerwerbender mit positiver HIV/AIDS-Diagnose beim Zugang zu Produkten der Privatassekuranz hin. Die Rechtslage in diesem Bereich wird als ungenügend erachtet.

4.6.3 Bewertung der praktischen Anwendung der Diskriminierungsschutznormen

„Il y a un cap entre l'encadrement juridique et la réalité" beschreibt der Rechtsexperte (Ciss) die Situation in Frankreich. Obwohl seit über 15 Jahren Diskriminierung aufgrund des Gesundheitszustandes sowohl im Strafrecht wie im Arbeitsrecht verboten wären, hätte es bis heute kaum Gerichtsfälle gegeben. Erfahrungen von Beratungsstellen und Studien würden aber belegen, dass Arbeitnehmende mit HIV/Aids oder anderen Krankheiten sehr wohl Diskriminierungen ausgesetzt sind. Diesen Umstand bestätigt auch alle drei befragten Mitarbeitenden von *Halde*. Immerhin 15 Prozent aller Diskriminierungsbeschwerden im 2005 betrafen Diskriminierungen aufgrund der Krankheit oder Behinderung.

Ausnahmslos alle befragten Akteure[692] beklagen die Diskrepanz zwischen dem Anspruch der Rechtsordnung auf diskriminierungsfrei Behandlung im

---

[690] Conseil National du Sida Rapport, avis et recommandations du 20 septembre 1999, "*Assurance et VIH/sida* ". Pour une assurabilité élargie des personnes et une confidentialité renforcée des données de santé. Quelle : http://www.cns.sante.fr/htm/avis/avis.htm (06.10.06).

[691] «Assurances et VIH », in Action, 27. juin 1999, Quelle : http://www.actupparis.org/ (06.10.06).

[692] Die schriftlich wie mündlich Befragten.

Arbeitsverhältnis und der Umsetzung dieses Anspruchs. Die Gründe für diese Lücke zwischen Anspruch und Wirklichkeit werden auf verschiedenen Gründen verortet.

Für den Rechtsexperten (*Ciss*) spielt eine gewisse Ignoranz der französischen Gesellschaft gegenüber den subtilen oder indirekten Formen der Diskriminierung eine Rolle. Eine Gesellschaft, die für sich reklamiert, die „égalité“ erfunden zu haben, tut sich mit dem Vorwurf der Diskriminierung schwer. Diskriminierung sei in erster Linie ein gesellschaftliches Problem, dem offensichtlich mit dem Mittel des Rechts alleine nicht beizukommen sei. Allenfalls könnten positive Diskriminierungen, affirmatif Action Programme ein Mittel bilden. Sicher brauche es eine unabhängige staatliche Instanz, die dazu beitragen können, das Bewusstsein für die Diskriminierungsproblematik zu schärfen. Aus diesem Grunde unterstütze er die Schaffung der Halde sehr.

Alle Befragten weisen auf Informations- und Wissensmängel zum Antidiskriminierungsrecht hin. Die beiden befragten *Halde*-Juristinnen stellen fest, dass sowohl bei Diskriminierungstätern wie bei Diskriminierungsopfern die Diskriminierungsschutznormen viel zu wenig bekannt sind. Erschwerend komme bei HIV-Positiven potenziellen Beschwerdeführern hinzu, dass diese im Falle eines Prozesses ihre HIV/AIDS-Diagnose notwendigerweise zum Thema machen müssten, was sie wegen der Stigmatisierungsgefahr gerade nicht möchten.

Der Rechtsexperte (*Ciss*) beklagt, die Rechtsanwender/innen alle Stufen würden praktisch nur die direkte Diskriminierung kennen, deren Nachweis zudem oft an Beweisschwierigkeiten scheitern würde. An einem Informations- und Wissensdefizit würden selbst spezialisierte Anwälte/innen von Lobby-Organisationen leiden. Die *Halde*-Juristinnen erwähnen, Diskriminierungsschutzrecht sei für Anwälte/innen kein besonders lukratives Betätigungsfeld. Diskriminierungsopfer hätten oft nicht die notwendigen finanziellen Mittel zur Bestreitung eines Prozesses und die finanziellen Entschädigungen des Staates an die „Armenanwälte/innen“ wären überaus bescheiden.

Als weitere Gründe für die Ineffizienz des bestehenden Diskriminierungsschutzes nennen alle Befragten verfahrensrechtliche Mängel. Die Schwierigkeiten des Beweises hätten sich zwar durch die im Kontext der Umsetzung der RL 2000/78/EG geänderte Beweisrechtslage (eine Diskriminierung muss „nur“ glaubhaft gemacht werden) verbessert. Es würde jedoch wohl noch eine geraume Zeit dauern, bis dieses neue prozessuale Element Teil der französischen Rechtswirklichkeit werde.

Besonders wenig wirksam werden übereinstimmend Strafrechtsschutznormen eingeschätzt. Dies habe möglicherweise auch mit der überaus langen Dauer von strafrechtlichen Verfahren zu tun *(Halde*-Juristinnen*)*. Obwohl die

Strafrechtsnormen zum Diskriminierungsschutz praktisch nie angewendet werden, seien diese nichtsdestotrotz wertvoll. Die Verankerung des Diskriminierungsschutzes im Strafrecht habe zumindest (auch) eine symbolische Wirkung. Der Staat zeigt damit, dass es ihm ernst sei mit dem Prinzip der Nichtdiskriminierung.

Die negative Einschätzung über die Wirksamkeit des französischen Antidiskriminierungsrechts ist im Lichte aller Aussagen nicht auf HIV/Aids beschränkt. Vielmehr werden hier Mängel sichtbar, die genau so auf andere Krankheiten wie auch auf Diskriminierungsgründe ausserhalb Krankheit/Behinderung zutreffen.

Gut funktioniert im Urteil des Rechtsexperten (*Ciss*) die gesetzliche Regelung, wonach im Bereich der Kollektivversichung für Arbeitsunfähigkeit und berufliche Vorsorge versicherte Arbeitnehmer/innen keinen Benachteiligungen aufgrund ihrer Krankheit ausgesetzt werden dürfen (Loi 89-1009, siehe oben). Arbeitnehmende mit HIV/Aids würden durch dieses Gesetz wirksam vor Diskriminierung geschützt. Der Grundsatz der absoluten Gleichbehandlung führe jedoch dazu, dass Versicherer kleineren Betrieben überhaupt keine Versicherung anbiete. Die Gleichbehandlung von HIV/Aids betroffenen Arbeitnehmenden sei dann nur noch so gewährleistet, dass sie wie die nicht HIV/Aids betroffenen Arbeitnehmenden keinen Versicherungsschutz erhielten.

Übereinstimmend positiv wird die Bildung und Etablierung von Halde beurteilt. Diese könne und müsse dazu beitragen, dass Informations- und Wissensdefizit über Diskriminierung und der rechtlichen Bekämpfung von Diskriminierung zu beseitigen. Die sehr prominente Besetzung des Vorstandes und des Präsidiums von Halde (der Präsident Louis Schweitzer ist gleichzeitig Präsident der Verwaltungsräte von Renault und von Astra Zeneca) sei Symbol dafür, das es der Regierung ernst sei, mit der Bekämpfung der Diskriminierung. Andererseits bestehe gerade durch diese Besetzung auch Interessenkonflikt.

Die Schwierigkeiten des französischen Diskriminierungsschutzrechts bei HIV/Aids-Diskriminierung in der Arbeitswelt bestehen wie erwähnt in der Verwirklichung der bestehenden Normen. Mehr Gesetze zum Diskriminierungsschutz werden nicht gefordert. Die Herausforderung besteht darin, die bestehenden Normen wirksam anzuwenden. Der unabhängigen Diskriminierungsschutzbehörde Halde kommt hier eine wichtige Rolle zu. Es wird denn auch gefordert, die schon heute beachtlichen personellen Ressourcen dieser Institution (66 Angestellte) weiter auszubauen.

4.7 Würdigung des französischen Diskriminierungsschutzes bei HIV/Aids

Die Vielfalt und Dichte der Diskriminierungsschutznormen im französischen Recht zeigt, dass der Gesetzgeber die Frage des Vorrangs des Gleichheitsschutzes oder der Vertragsfreiheit im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis mit nicht mehr diskutierbarer Klarheit entschieden hat. Die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers ist durch das Verbot eingeschränkt, Anstellungs- und Kündigungsentscheidungen und alle Entscheide während des Arbeitsverhältnisses auf der Basis verbotenen Unterscheidungsgründen zu treffen.

Krankheit und Behinderung bilden im privaten und öffentlichen Arbeitsrecht verbotene Diskriminierungsgründe. Die HIV-Infektion fällt je nach Verlauf unter das Kriterium Krankheit und/oder Behinderung und fällt damit als legitimes Unterscheidungskriterium im Arbeitsverhältnis aus. Anders verhält es sich mit der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit. Diese darf für den Selektionsentscheid berücksichtigt werden, wobei die Freiheit des Arbeitgebers in zweifacher Hinsicht beschränkt wird. Zum Einen muss die Arbeitsunfähigkeit durch den Arbeitsmediziner bestätigt sein. Das verhindert, dass der Arbeitgeber seine allenfalls durch Vorurteile und/oder Nichtwissen geprägte eigene Einschätzung über die Arbeitsfähigkeit anstelle einer objektiven medizinischen Beurteilung zur Massgabe des Selektionsentscheid macht. Zum anderen muss der Arbeitgeber so genannte angemessene Vorkehrungen für Behinderte Arbeitnehmende treffen, will er nicht dem Diskriminierungsvorwurf ausgesetzt sein.

Verschiedene weitere Normen flankierenden die Diskriminierungsschutzbestimmen im Strafrecht, Arbeitsrecht und im öffentlichen Personalrecht. Zu nennen sind die umfangreichen Bestimmungen zur Integration behinderter Arbeitnehmenden, die Beweislastregeln, die Verpflichtung zur Einführung des anonymen CV für Betriebe ab 50 Angestellte, die Untersuchungsrechte des Arbeitsinspektor, die absolute Gleichbehandlungspflicht im Bereich Kollektivversicherungen bei Krankkentaggeld und berufliche Vorsorge und das Klagerecht für Nichtregierungsorganisationen.

Die Gesamtheit der unmittelbar und mittelbar dem Diskriminierungsschutznormen dienenden Normen lässt ohne Weiteres die Diagnose zu, dass das französische Recht diesbezüglich sowohl den völkerrechtlichen Diskriminierungsschutzanforderungen wie der RL 2000/78/EG des Gemeinschaftsrecht genügt, ja zum Teil darüber hinausgeht (Weder das Völkerrecht noch das Gemeinschaftsrecht verlangen ein Verbot der Diskriminierung aufgrund einer Krankheit).

In einem auf den ersten Blick eigenartigen Kontrast zum Idealbild des französischen Diskriminierungsschutzrechts stehen die Einschätzungen zur Wirksamkeit der befragten Experten/innen. Bereits die theoretische Auseinandersetzung mit dem französischen Recht zeigte die spärliche Ausbeute an publizierten Entscheiden, was die relative Bedeutungslosigkeit der Normen vermuten liess. Diese vorsichtige Arbeitshypothese hat sich die durch die Befragungen erhärtet. Trotz beeindruckender Normen erscheint der Diskriminierungsschutz weitgehend wirkungslos.

Eine solche Beurteilung greift indes zu kurz. Diskriminierung ist ein gesellschaftliches Problem, dass allein durch die Schaffung von Rechtsnormen nicht gelöst werden kann, sondern eine Auseinandersetzung über Toleranz und Vielfalt in der Zivilgesellschaft erfordert. Rechtsnormen spielen in diesem gesellschaftlichen Diskurs eine wichtige Rolle als Orientierungsrahmen. Rechtsnormen sollen darüber hinaus auch tatsächlich angewendet werden. Ansonsten verlieren sie an Glaubwürdigkeit. Bei diesem Prozess von der Norm zu ihrer Verwirklichung kommt der unabhängigen Diskriminierungsinstanz Halde eine wichtige Rolle zu.

5 Schutz vor HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis in Deutschland

5.1 Ausgangslage

5.1.1 Epidemiologische Situation in Deutschland

In Deutschland ist das AIDS-Zentrum des Robert-Koch-Instituts für die epidemiologische Datensammlung zuständig[693]. In den Jahren 1980-1987 breitete sich in Deutschland HIV/AIDS vor allem unter MSM und i.v. Drogengebrauchern rasch aus. Diese Situation war auf das Risikoverhalten, nämlich ungeschützter Sexualkontakte bzw. Nadeltauschen unter Drogengebrauchern zurückzuführen. Von ca. 1990-2000 stagnierte die Zahl der Neuinfektionen bei ca. 2000 Infektionen pro Jahr. Seit 1996 steigt die Zahl in Deutschland lebenden HIV/AIDS-Infizierten kontinuierlich an. Diese Zunahme ist einerseits mit dem Rückgang der Todesfälle aufgrund der verbesserten Behandlungsmöglichkeiten und andererseits mit einer deutlichen

[693] ROBERT KOCH INSTITUT, S. 438ff. Das Robert Koch Institut ist die zentrale Forschungs- und Referenzeinrichtung des Deutschen Bundesministeriums für Gesundheit und Soziale Sicherung (BMGS) auf dem Gebiet der biomedizinischen Wissenschaften, für die massnahmeorientierte Analyse gesundheitsbezogener Daten, für Qualitätskriterien und Verfahrensstandards in der Gentechnologie und Umweltmedizin und im Bereich der öffentlichen Gesundheit, Quelle: http://www.rki.de/ (14.04.06).

steigenden Zahl von HIV-Neuinfektionen seit ca. dem Jahr 2000 zu erklären. Die Zahl der lebenden HIV/AIDS-Infizierten hat im Vergleich zu 1996 um 33 % zugenommen. Auch die Zahl der an Aids-erkrankten Menschen steigt seit 1996 zunehmend an. Ende 2005 betrug die Zahl der Menschen, die mit HIV/Aids leben, rund 49'000, davon 39'500 Männer, 9'500 Frauen, 300 Kinder und 8'000 Menschen, die mit Aids leben. Im Jahr 2005 betrug die Zahl der Neuinfektionen knapp 2'500. Dabei betrafen schätzungsweise 70% Männer, die Sex mit Männern haben, 20% heterosexuelle Kontakte, 9% intravenösen Drogengebrauch und 1% Mutter-Kind-Transmission.

5.1.2 Die Struktur der HIV/Aids-Bekämpfung

Nationales Aidprogramm

Die HIV/Aids-Bekämpfungsstrategie der deutschen Bundesregierung richtet sich auf die nationalen und globalen Herausforderungen sowie auf diejenigen in Osteuropa[694]. Die geförderten nationalen Aktivitäten zur HIV/Aids-Bekämpfung umfassen:

- die Erfassung der Neuinfektionen und die Führung des Aids-Fallregisters durch das RKI;
- die bisher grösste und bekannteste Gesundheitskampagne Deutschlands „Gib AIDS keine Chance“ durch die BZgA zur Vermittlung von Informationen, Förderung des Schutzverhaltens und den Abbau gesellschaftlicher Stigmatisierung. Die Befragung „AIDS im öffentlichen Bewusstsein der Bundesrepublik Deutschland“ wird seit 1987 jährlich durchgeführt und gibt Aufschluss über den Wissen, Einstellung und Verhalten. Die kontinuierliche Evaluation ermöglicht, dass mit der Aufklärungskampagne auf die veränderten Bedürfnisse reagiert werden kann;
- Austausch mit dem nationalen Aids-Beirat;
- Ressortforschung zur Epidemiologie und sozialwissenschaftliche Untersuchungen;
- Vernetzung nationaler Forschungs- und Aufklärungsarbeiten im Rahmen des BMBF Kompetenznetzes HIV/AIDS
- Institutionelle Förderung der Forschung zu HIV/Aids; Grundlagenforschung durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG)

[694] Siehe dazu BUNDESMINISTERIUM FÜR GESUNDHEIT UND SOZIALE SICHERUNG, HIV/AIDS-Bekämpfungsstrategie der Bundesregierung, Juli 2005.

Die HIV/Aids-Strategie basiert auch auf politischen, kulturellen, gesellschaftliche, ökonomischen und weiteren Faktoren, die die Ausbreitung der HIV-Infektion beeinflussen. Zu den Kernelementen der Strategie gehören Solidarität, Antidiskriminierung und Förderung der Integration HIV-positiver Arbeitnehmerinnen in der Arbeitswelt.

Nationaler Aids-Beirat

Der Nationale Aidsbeirat (NAB) ist das unabhängige Beratungsgremium des Bundesministeriums für Gesundheit in Fragen zur Bekämpfung von HIV/Aids und begleitet so die Vielzahl der notwendigen Massnahmen auf den unterschiedlichsten Gebieten (Medizin, Sozialarbeit, Psychologie, Sozial- und Sexualwissenschaften, Arbeitgeber-/Arbeitnehmervertretung). Die Beratungstätigkeit des NAB widerspiegelt sich in den gemeinsam verabschiedeten Voten zu Sachfragen hinsichtlich HIV/Aids[695]. Bisher sind insgesamt 41 Voten ergangen. Nachfolgend die im Zusammenhang mit der vorliegenden Studie wichtigsten Voten:

Tabelle 21: Ausgewählte Voten des Nationalen Aids-Beirates

Votum	Sachbereich
1	*Berufstätigkeit von HIV/AIDS-Infizierten (05.03.87)* Eine Gefährdung anderer durch eine HIV/AIDS-infizierte Person in Ausübung ihrer Berufstätigkeit als Angsteckungsquelle sowie eine Gefährdung durch HIV/AIDS-bedingte Komplikationen besteht nicht. Eine obligatorische Antikörper-Testung wird deshalb nicht empfohlen. (Der Beirat hat sich in diesem Votum nicht mit der Frage der Prostitution befasst.)
2	*HIV/AIDS-Testung medizinischen Personals (05.03.87)* Eine routinemässige HIV/AIDS-Testung des medizinischen Personals ist nicht erforderlich. Für Mitarbeiter in besonders exponierten Bereichen wird eine Antikörper-Testung bzw. Einfrierung von Serum vor Aufnahme der Tätigkeit empfohlen. Freiwillige Testangebote und deren Wahrnehmung bleiben unberührt.
16	*Antidiskriminierungsappell anlässlich des 1. Welt-AIDS-Tages (30.11.88)* u.a. nannte er das Arbeitsleben und Bewerbungsverfahren als besonders wichtige Lebensbereiche, in denen es zu offenkundigen oder verdeckten Diskriminierungen Betroffener kommt.

Quelle: Eigene Darstellung HIV/Aids-Diskriminierungsstudie unter wörtlicher Anlehnung an die Zusammenstellung der Voten des Nationalen AIDS-Beirates (NAB), Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.)

[695] Voten des Nationalen AIDS-Beirates (NAB), Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.).

Nonprofit Organisationen

Die Deutsche Aids-Hilfe e.V. (DAH) wurde 1983 in Berlin von schwulen Männern und einer Krankenschwester gegründet und ist seit 1985 der Dachverband von etwa 120 regionalen Mitgliedsorganisationen. Im Mittelpunkt ihrer Arbeit steht die strukturelle Prävention und Gesundheitsförderung bei HIV/Aids und anderen sexuell übertragbaren Krankheiten. Mit dem Konzept der „strukturellen Prävention" wird nicht nur die Person mit ihrer Krankheit, sondern auch ihr soziales Umfeld im Handeln der Organisation miterfasst. Der Dachverband betreibt eine Onlineberatung und veranstaltet die Bundesversammlung der Menschen mit HIV/Aids (Bundespositivenversammlung). Er organisiert Gespräche von Betroffenen mit Wissenschaft und Medizin, vertritt die Interessen ihrer Mitglieder in der Politik, Verwaltung, Verbänden und leistet Öffentlichkeitsarbeit[696].

Neben verschiedenen Projekten koordiniert die DAH die Entwicklungspartnerschaft LINK-UP: für Chancengleichheit auf dem Arbeitsmarkt[697]. Das Projekt findet im Rahmen des EU-Programms EQUAL zum Abbau von Diskriminierung auf dem Arbeitsmarkt statt. Das Ziel der Entwicklungspartnerschaft LINK-UP ist es, Unternehmen nachhaltig in das Integrationsgeschehen von Menschen mit HIV/Aids einzubinden und eine entsprechende Arbeitsgestaltung voranzutreiben. Menschen mit HIV/Aids sollen einen leichteren Zugang zum Arbeitsmarkt erhalten und dadurch beschäftigungsfähiger werden.

5.1.3 Daten zur Diskriminierung am Arbeitsplatz

In Deutschland sind Daten zur HIV/Aids-Diskriminierung am Arbeitsplatz kaum vorhanden. Lediglich im Rahmen des seit 1997 laufenden Projekts AIDS & Arbeit der Schwulenberatung in Berlin wurde eine Fragebogenaktion zum Thema „HIV/Aids und Erwerbstätigkeit" durchgeführt[698]. Die Befragung ergab folgende interessante Resultate

zu Erkrankung, Ausbildung; Erwerbstätigkeit der Befragten:

- Mehr als die Hälfte der Befragten (52,9 %)[699] erfuhr eine gesundheitliche Verbesserung innerhalb der letzten 12 Monaten vor der Befragung, welche auf die Therapien mit Mehrfachkombination von Medikamenten zurückgeführt wird (85 % derer mit Gesundheitsverbesserung; 45,3 % aller Befragten);

[696] Quelle: http://www.aidshilfe.de (06.10.06).
[697] Quelle: http://www.aidshilfe.de (06.10.06).
[698] SCHWULENBERATUNG BERLIN, S. 1ff.
[699] Es wurden 519 Fragebögen an die Zielgruppe ausgegeben. Davon wurden 223 Fragebögen ausgefüllt retourniert und konnten ausgewertet werden.

- Das Schul- und Berufsausbildungsniveau der Befragten liegt weit über dem vergleichbaren Berliner Durchschnitt;
- Etwa drei Viertel aller Befragten (86 %) halten ein eigenes Einkommen aus Erwerbstätigkeit und 72,6 % die daraus entstehenden sozialen Kontakte für wichtig (sehr bedeutend oder bedeutend);

zu HIV/AIDS am Arbeitsplatz:

- 47,2 % der Erwerbstätigen berichten, dass der Arbeitgeber über den HIV/AIDS-Status informiert ist;
- bei 51,1 % der Erwerbstätigen ist der HIV/AIDS-Status den Mitarbeiterinnen bekannt;
- für die Unterstützung bei der Mitteilung des HIV/AIDS-Status an den Arbeitgeber/Mitarbeitern wünschten sich die meisten die Unterstützung durch eine HIV/AIDS-spezifische Beratungsstelle;
- Bei 88,4 %, die als schwerbehindert eingestuft sind (das sind 48,3 % der erwerbstätigen Befragten) ist die Schwerbehinderung dem Arbeitgeber bekannt; sie führt bei 68,4 % zu Vorteilen: mehr Urlaub, steuerliche Vergünstigungen, mehr Rücksichtnahme, günstigere Arbeitsbedingungen, mehr Toleranz; bloss 10,5 % gaben an, Nachteile durch die Bekanntgabe erfahren zu haben;
- Diejenigen, die den Behindertenstatus dem Arbeitgeber nicht mitgeteilt haben, haben Angst vor Entlassung, mangelnde Rücksichtnahme und befürchten die Frage nach der Ursache der Behinderung;
- Der Wunsch nach Arbeitszeitreduktion und nach mehr Flexibilität am Arbeitsplatz ist deutlich erkennbar;
- Die Mehrheit (54,3 %) denkt nicht an Ausstieg aus dem Erwerbsleben
- Mehr als drei Viertel der nichterwerbstätigen Befragten (80,5 %) möchten wieder in das Erwerbsleben einsteigen; Hindernisse: Fehlen eines geeigneten Stellenangebots (37,9 %), die Arbeitsmarktsituation, Qualifizierungsdefizit
- Voraussetzungen sind und ein hoher Stellenwert bei den Wiedereinstiegsinteressierten (46,2 %) haben keine Verringerung des derzeitigen Einkommens, keine Diskriminierung am Arbeitsplatz durch den Arbeitgeber und bei einer späteren Wiederbeantragung der Rente, soll diese nicht niedriger oder ungünstiger berechnet werden als die derzeit bezogene;

- 66, 3 % wünschten Informationen und Aufklärung über Arbeitgeber und Arbeitsumfeld sowie Kontakte zu potenziellen Arbeitgebern;
- gewünschte Formen des Wiedereinstiegs: Teilzeitarbeit als flexible Arbeitsmöglichkeit (etwa 50 %), unselbständige Erwerbstätigkeit (knapp 50 %); die Stellenvermittlung durch eine Beschäftigungsgesellschaft für HIV-Positive und Aidskranke[700].

5.2 Allgemeines zum Diskriminierungsschutz in Deutschland

5.2.1 Das Deutsche Rechtssystem

Das Rechtssystem im allgemein

Deutschland ist ein Bundesstaat und besteht aus 16 Bundesländern. Sowohl der Bund als auch die Länder besitzen eigene Staatsorgane der Exekutive, Legislative und Judikative. Nach Art. 20 Grundgesetz (GG) ist Deutschland ein demokratischer und sozialer Bundesstaat und Rechtsstaat. Die Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Ländern ist so aufgeteilt: Grundsätzlich haben die Länder die Gesetzgebungskompetenz, soweit das Grundgesetz nicht dem Bund die ausschliessliche Gesetzgebungskompetenz zuweist oder eine konkurrierende Gesetzgebung zwischen Bund und Ländern begründet. In Fällen der konkurrierenden Gesetzgebung haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat. Das Arbeitsrecht gehört zur konkurrierenden Gesetzgebung und wird in weiten Teilen durch Bundesgesetze geregelt (z.B. das Kündigungsschutzgesetz, das Arbeitszeitgesetz, das BGB).

Regelungen zum Diskriminierungsschutz sind traditionell vorwiegend im Kompetenzbereich des Bundes zu finden. Eine besondere Rolle spielen dabei rechtliche Regelungen, die Geschlechterdiskriminierung verhindern sollen. Zunehmend gibt es allerdings auch Gesetze auf der Länderebene, die den Schutz vor Diskriminierung zum Gegenstand haben. Hier sind vor allem die Landesgleichstellungsgesetze für Menschen mit Behinderungen zu erwähnen, aber auch rechtliche Regelungen im Beamtenrecht der Länder[701].

---

[700] SCHWULENBERATUNG BERLIN, S. 6ff.

[701] Der Überblick über das deutsche Rechtssystem orientiert sich am 2004 vorgelegten deutschen Länderbericht Report on Measures To Combat Discrimination, Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC, der von der Rechtsexpertin in Diskriminierungsfragen Susanne BAER abgefasst wurde, der durch die Föderalismusreform und die Entwicklungen im Bereich des Behindertendiskriminierungsschutzes aber teilweise nicht mehr zutrifft.

Die Diskriminierungsverbote

Die grundgesetzlichen Diskriminierungsverbote betreffen in erster Linie das Verhältnis des Staates zum Bürger, also das öffentliche Recht, das eines der drei Teilgebiete des deutschen Rechts ist (neben Strafrecht und Zivilrecht). Art. 3 GG lautet:

> „Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden."

Eine direkte Anwendung dieser Regelung auf das Privatrecht ist nicht möglich. Bedeutung im zivilrechtlichen Bereich erlangt die Bestimmung jedoch unter dem Aspekt der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte.

Allgemeines Persönlichkeitsrecht

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht wird aus Art. 2 Abs. 1 GG „jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit" in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG „[d]ie Würde des Menschen ist unantastbar" abgeleitet. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gewährleistet das ungeschriebene Freiheitsrecht den Schutz der Privatsphäre[703], das Recht der Selbstdarstellung (soziale Identität)[704] und den Ehrenschutz[705]. So wird beispielsweise die informationelle Selbstbestimmung, d.h. das Recht selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen, vom BVerfG aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitet[706]. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist nicht nur ein subjektives Abwehrrecht gegenüber dem Staat, sondern fordert den Schutz durch den Staat[707]. Eine Einschränkung durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht unterliegt wie alle Grundfreiheiten dem Erfordernis einer hinreichend bestimmten, gesetzlichen Grundlage[708] und dem Verhältnismässigkeitsprinzip[709].

---

[703] BVerfG 16.7.1969 E 27, 1, 6 = NJW 1969, 1707; BVerfG 2.3.1977 E 44, 197, 203 = NJW 1977, 2205.
[704] BVerfG 8.2.1983 E 63, 131, 142 = NJW 1983, 1179.
[705] BVerfG 3.6.1980 E 54, 208, 217 = NJW 1980, 2070; BVerfG 15.8.1989 = NJW 1989, 3269.
[706] BVerfG 15.12.1983 E 65, 1 41f. = NJW 1984, 419; BVerfG 26.1.1993 E 88, 87, 98 = NJW 1993, 1517.
[707] DIETRICH (Art. 2 GG), N 52ff.
[708] BVerfG 15.12.1983 E 65, 1 33, 46 = NJW 1984, 419.
[709] BVerfG 15.12.1983 E 65, 1, 44, 46 = NJW 1984, 419; BVerfG 26.4.1994 E 90, 263, 271 = MJW 1994, 2475.

Im Arbeitsrecht wird der allgemeine Persönlichkeitsschutz verstärkt[710].

5.2.2 Internationale Rahmenbedingungen

Deutschland hat sich sowohl international wie auch regional zum Diskriminierungsschutz verpflichtet. In einem ersten Unterkapitel werden anhand einer Tabelle die völkerrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands festgehalten und die Geltung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht kurz beschrieben. Der wesentliche Inhalt der völkerrechtlichen Dokumente können unter Kapitel III, 2., S. 108 nachgelesen werden. In einem zweiten Unterkapitel wird auf den Stand der Umsetzung der EU Rahmenrichtlinie in Deutschland eingegangen.

Völkerrecht

Art. 25 GG lautet: „Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes." Der Umkehrschluss aus Art. 25 GG legt nahe, dass die Geltung des Völkerrechts in Deutschland auf der Grundlage des (gemässigten) Dualismus basiert. Danach sind das Völkerrecht und das nationale Recht getrennt voneinander zu betrachten und ein völkerrechtlicher Vertrag muss durch einen innerstaatlichen Transaktionsakt umgesetzt werden, um innerstaatlich Geltung zu erlangen.

Die folgende Tabelle zeigt den Stand der völkerrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands im Überblick:

Tabelle 22: Völkerrechtlicher Diskriminierungsschutz in Deutschland

Instrument	Ratifiziert	Vorbehalte	Bemerkungen
UN-Pakt für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte	Ja	Nein	
UN-Pakt für bürgerliche und politische Rechte	Ja	Ja, zu Art. 14	

[710] Siehe Kapitel IV, 5.4, S. 316ff.

[713] Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29.06.2000 (ABl. EG Nr. L 180, S. 22); Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 (ABl. EG Nr. L 303, S. 16); Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.09.02 (ABl. EG Nr. L 269, S. 15); Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13.12.04 (ABl. EG Nr. L 373, S. 37).

		Abs. 3, 14 Abs. 5, 15 Abs. 11; Art. 19, 21, 22 i.V.m. 2 Abs. 1	
Fakultativprotokoll zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte	Ja	Ja, zu Art. 5 Abs. 2 (a)	
Abkommen Nr. 111 der Internationalen Arbeitsorganisation über die Diskriminierung	Ja		
Abkommen Nr. 158 der Internationalen Organisation	Nein		
Abkommen Nr. 159 der Internationalen Organisation	Ja		
Europäische Menschenrechtskonvention	Ja	Nein	
Zusatzprotokoll Nr. 12 zur EMRK	Nein		Unterzeichnet am 4.11.2000
Europäische Sozialcharta	Ja	Nein	Annahme des Kollektivbe-schwerde-verfahrens

Quelle: Eigene Darstellung HIV/Aids-Diskriminierungsstudie

Umsetzung EU Rahmenrichtlinie 2000/78/EG

Folgende Bestimmungen im deutschen Recht schützten bereits ohne die Umsetzung der EU Gleichbehandlungs-Rahmenrichtlinien[713] vor Diskriminierung:

Auf Verfassungsstufe verbietet Art. 3 Abs. 3 GG jede Benachteiligung oder Bevorzugung aufgrund des Geschlechts, der Abstammung, der Rasse, der Sprache, der Heimat und Herkunft, des Glaubens, der religiösen oder politischen Anschauungen. Bei Menschen mit einer Behinderung wird nur die Benachteiligung aufgrund einer Behinderung untersagt, die Bevorzugung bleibt erlaubt.

Das Vertragsrecht greift auf § 242 BGB, der Grundsatz von Treu und Glauben zurück, um Diskriminierungen ggf. zu untersagen und durch § 138 BGB werden sittenwidrige Verträge für nichtig erklärt. Im Arbeitsrecht ist § 611a BGB von Bedeutung, der eine geschlechtsspezifische Benachteilung[714] verbietet und eine Entschädigungspflicht des Arbeitgebers vorsieht. Das

[714] § 616a BGB lautet: „Der Arbeitgeber darf einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme, insbesondere bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, beim beruflichen Aufstieg, bei einer Weisung oder einer Kündigung, nicht wegen seines Geschlechts benachteiligen.“

Kündigungschutzgesetz (KSchG) schützt vor ungerechtfertigter Entlassung, Teilzeitbeschäftigte und befristet Beschäftigte erhalten einen Diskriminierungsschutz durch § 4 des Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG)[715] und das Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) befasst sich mit dem Kollektivarbeitsrecht. Regelungen zum Diskriminierungsschutz sind auch im Strafrecht, im Prozessrecht, Gesellschaftsrecht und Immigrationsrecht niedergelegt. Schutz vor Diskriminierung wegen einer Behinderung besteht aufgrund des Behindertengleichstellungsgesetzes auf Bundesebene, mit dem mittlerweile Landesgleichstellungsgesetze in fast allen Bundesländern korrespondieren. Die Behindertenbeauftragte setzt sich für gleiche Lebensbedingungen von Menschen mit oder ohne Behinderung ein[716]. Gegen die Diskriminierung von Schwerbehinderten gibt es in § 81 Sozialgesetzbuch IX (SGB) einen Sonderschutz. Einen umfassenden arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutz mit wirksamen, verhältnismässigen und abschreckenden Sanktionen, wie es die Richtlinien verlangen, gewährleistete das deutsche Arbeitsrecht bisher nicht[717].

Der bisherige Schutz genügte insgesamt den Anforderungen der 2000er Richtlinien nicht. Nach erheblichen Verzögerungen, einer Verurteilung durch den EuGH wegen Nichtumsetzung der RL 2000/43 innerhalb der vorgeschriebenen Frist und drohenden erheblichen Strafzahlungen hat der Bundestag im Juni 2006 das Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung verabschiedet. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) ist am 18. August 2006 in Kraft getreten. Es transformiert u.a. die vorliegend relevante RL 2000/78.

Auf den für die HIV/AIDS-Thematik relevanten Diskriminierungsschutz im AGG wird im Kapitel 5.4, S. 316ff. vertieft eingegangen.

---

[715] Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge vom 21. Dezember 2000, BGBl I 2000, 1966.

[716] Für weitere Informationen zur Beauftragten der Bundesregierung für die Belange behinderter Menschen siehe Quelle: http://baer.rewi.hu-berlin.de/wissen/antidiskriminierungsrecht/antidiskriminierungsgesetzgebung/ (03.08.06). http://www.behindertenbeauftragte.de/index.php5?nid=1&Action=home (02.08.06).

[717] Quelle: http://www.aus-portal.de/aktuell/gesetze/01/index_8075.htm (03.08.06).

[727] DIETRICH (Art. 3 GG), N 70.

5.3 Diskriminierungsschutz im Grundgesetz

5.3.1 Allgemeines Diskriminierungsverbot

Art. 3 Abs. 3 GG lautet „Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Die Formel „benachteiligt oder bevorzugt" definiert das Diskriminierungsverbot als ein Konzept, das unabhängig von den Konsequenzen weder eine positive noch negative Unterscheidung ungerechtfertigt zulässt, verpönt ist somit jegliche Differenzierung, bei der eine Person in ihren wirtschaftlichen, ideellen oder emotionalen Interessen unmittelbar oder mittelbar berührt wird[727].

5.3.2 Benachteiligungsverbot aufgrund einer Behinderung

Die Privilegierungsmöglichkeit ist hingegen für Behinderte gegeben[728]. In Art. 3 Abs. 3 GG heisst es lediglich, dass niemand wegen seiner Behinderung „benachteiligt" werden darf. Das Benachteiligungsverbot in Bezug auf Behinderte bindet unmittelbar die öffentliche Gewalt (Gesetzgebung, vollziehende Gewalt, Rechtsprechung, Verwaltung). Als verfassungsrechtliche Wertentscheidung beeinflusst es bei der Auslegung und Anwendung der Generalklauseln des Bürgerlichen Rechts[729] auch die Privatrechtsordnung und somit die Rechtsbeziehung unter Privaten[730].

Der Begriff der Behinderung sowie der Kreis der Berechtigten werden vom Grundgesetz nicht näher bestimmt. Das Benachteiligungsverbot orientiert sich an der Definition von § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX, das dem Verständnis der Behinderung der Weltgesundheitsorganisation (WHO) folgt und folgende drei Elemente beinhaltet: Schaden, Funktionsbeeinträchtigung und soziale Beeinträchtigung[731]. Das Bundesverfassungsgericht versteht den Begriff der Behinderung als „Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung, die auf einem regelwidrigen körperlichen,

---

[728] Die Regelung lässt eine privilegierte Behandlung von Menschen mit einer Behinderung zu; der Staat ist dazu jedoch nicht verpflichtet, siehe Bundesverfassungsgericht BVerfGE 96, 288 (302).

[729] BVerfGE 7, 198 (206f.); 73, 261 (269); 81, 242 (254ff.) („mittelbare Drittwirkung der Grundrechte"). Siehe auch HERDEGEN.

[730] HERDEGEN.

[731] Das SGB IX definiert Behinderung in Anlehnung an die „Internationalen Klassifikation der Schädigung, Fähigkeitsstörungen und Beeinträchtigung" (ICIDH) zur „Internationalen Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit" (ICF) der Weltgesundheitsorganisation. Siehe dazu BUNDESAMT FÜR ARBEIT UND SOZIALES (Gleichstellung); auch JÜRGENS, S. 358. Zur ICIDH siehe Teil III, 2.1.1, S.108.

geistigen oder seelischen Zustand beruht“[732]. Regelwidrig ist ein Zustand, wenn er von dem für das Lebensalter typischen abweicht. Die Auswirkung der Funktionsbeeinträchtigung wird als Grad der Behinderung (GdB) festgestellt; er sagt jedoch nichts über die Erwerbsfähigkeit aus[733]. Schliesslich werden vom Begriff der Behinderung auch diejenigen Personen erfasst, denen eine Behinderung im hier beschriebenen Sinn droht[734].

Gegenüber dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG), der sich zur Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen mit einem sachlichen und nachvollziehbaren Grund begnügt[735], verlangt das Bundesverfassungsgericht beim Benachteiligungsverbot eine sehr strenge Rechtfertigungsprüfung[736]. Dies bedeutet, dass eine Ungleichbehandlung von Behinderten nur zulässig ist, wenn sie für die Problemlösung zwingend erforderlich ist, d.h., die Ungleichbehandlung muss auf einen zwingenden Grund und in der Behinderung selbst angelegt sein[737].

Chronische Krankheiten fallen unter den Begriff der Behinderung, da beim Begriff der Behinderung die zur nachhaltigen Funktionsbeeinträchtigung führende Krankheit auf Dauer entscheidend ist[738].

5.4 Diskriminierungsschutz im deutschen Arbeitsrecht

5.4.1 Vertragsfreiheit als Ausgangslage

Die allgemeine Handlungsfreiheit ist in Art. 2 Abs. 1 GG geregelt und umfasst die Freiheit im wirtschaftlichen Verkehr und die Privatautonomie[745]. Jeder ist frei, sich vertraglich zu binden und über den Abschluss, die inhaltliche Gestaltung und Beendigung zu bestimmen. Die allgemeine Handlungsfreiheit wird jedoch nur in den Schranken von Art. 2 Abs. 1 GG

[732] BVerfG, NJW 1998, S. 131. Siehe auch RÜFNER, N 870.
[733] Siehe Teil IV, 5.6.1, S. 332. Siehe Behinderung, gesetzliche Definition, Quelle: http://195.185.214.164/bb/p077.htm (24.04.06). Siehe auch HIV und Arbeitsrecht, Quelle: http://deutschland.hiv-facts.net/hivrecht/arbeitsrecht/index.htm (24.04.06).
[734] Sozialgesetzbuch (SGB) IX, § 2 Abs. 1. (Schwerbehindertengesetz).
[735] BVerfGE1, 14 (52); 46, 55 (62).
[736] BVerfG, NJW 1998, S. 131.
[737] HERDEGEN.
[738] Siehe HERDEGEN.
[745] BVerfG 16.1.1957 E 6, 32, 41f.; BVerfG 23.6.1993 E 89, 48, 61 = NJW 1993, 2923.

gewährleistet, welcher lautet: „Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmässige Ordnung […] verstösst.“ Unter die Rechte anderer sind sämtliche subjektiven Rechte des Privatrechts zu zählen[746]. Die *Diskriminierungsverbote* setzen der allgemeinen Handlungsfreiheit und der *Vertragsfreiheit Grenzen*.

5.4.2 Diskriminierungsschutz im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz

Allgemeines

Das *Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundgesetzes der Gleichbehandlung* ist in drei Artikel aufgeteilt. Art. 1 umfasst die Bestimmung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG), Artikel 2 das Gesetz über die Gleichbehandlung der Soldatinnen und Soldaten (SoldGG) und Art. 3 die Änderung in anderen Gesetzen. Für den vorliegenden Kontext ist das AGG wichtig, das neben einem umfassenden zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot im Wesentlichen arbeitsrechtliche Vorschriften (§ 6-19 AGG) enthält.

Benachteiligungsverbot

Ziel des AGG ist es, Benachteiligungen u.a. aus Gründen einer Behinderung oder der sexuellen Identität sowohl im privaten wie im öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnis (§ 24 AGG) zu verhindern oder zu beseitigen (§ 1 AGG). Krankeit oder HIV/Aids wird nicht aufgelistet.

Das Benachteiligungsverbot gilt u.a. in Bezug auf die Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen im Bewerbungsverfahren, bei den Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen während des Arbeitsverhältnisses, bei der Aus- und Weiterbildung, beim beruflichenn Aufstieg sowie bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses (§ 2 AGG).

Der Begriff der „Benachteiligung“ wird in § 3 AGG definiert, dabei wird zwischen unmittelbarer und mittelbarer Benachteiligung differenziert. Eine unmittelbare Benachteiligung liegt nach § 3 Abs. 1 AGG vor, wenn eine Person wegen einer Behinderung „eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde“. Dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren können nach § 3 Abs. 2 AGG mittelbar diskriminierend sein,

[746] DIETRICH (Art. 2 GG), N 15ff.
[750] Zum Benachteiligungsverbot siehe Teil IV, 5.3.2, S. 315ff.

wenn sie Personen mit einer Behinderung gegenüber anderen Personen „in besonderer Weise“ benachteiligen, es sei denn, diese Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind sachlich gerechtfertigt und verhältnismässig[750].

Eine unterschiedliche Behandlung ist nach § 8 Abs. 1 AGG zulässig, wenn der Grund aus § 1 AGG für die auszuübende Tätigkeit eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt.

Belästigung als Benachteiligung

Gemäss § 3 Abs. 3 AGG gilt als Benachteiligung auch die Belästigung, wenn Verhaltensweisen im Sinne von § 1 AGG „bezwecken“ oder „bewirken“, dass die Würde der betroffenen Person verletzt wird und ein Umfeld geschaffen wird, das von Mobbing-ähnlichen Verhaltensweisen geprägt ist. Ein Verstoss gegen § 1 AGG liegt auch dann vor, wenn eine Person eine Benachteiligung unter der Annahme vornimmt, dass ein Grund nach § 1 vorliegen könnte. Ergreift der Arbeitgeber keine Massnahmen, die geeignet sind, Belästigungen zu unterbinden, ist die betroffene Arbeitnehmerin gemäss § 14 AGG berechtigt, ihre Tätigkeit ohne Verlust des Arbeitsentgelts einzustellen.

Pflichten des Arbeitgebers

Nach § 12 AGG ist der Arbeitgeber verpflichtet, erforderliche Massnahmen zum Schutz vor Benachteiligungen zu treffen. Der Arbeitgeber ist dieser Verpflichtung nachgekommen, wenn er die Arbeitnehmer auf das Gesetz aufmerksam macht, im Rahmen von beruflichen Aus- und Fortbildung auf die Unzulässigkeit von Benachteiligungen im Sinne von § 1 AGG hinweist und dafür sorgt, dass gegen das Gesetz verstossende Verhaltensweisen unterbleiben. Verstossen Arbeitnehmerinnen gegen das Benachteiligungsverbot, so hat der Arbeitgeber die im Einzelfall geeigneten Massnahmen zu treffen, um das diskriminierende Verhalten zu verhindern. Gemäss § 12 Abs. 3 AGG kann dies eine Abmahnung, Umsetzung, Versetzung oder Kündigung sein.

Rechte des Arbeitsnehmers

Die im Sinne von § 1 AGG benachteiligte Person hat unter Umständen sogar das Recht, die Leistung ohne Verlust des Arbeitsentgelt zu verweigern (§ 4 AGG). Wird ein Verstoss gegen das Benachteilungsverbot festgestellt, besteht sowohl bei materiell als auch immateriell entstandenem Schaden ein Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber auf „eine angemessene Entschädigung in Geld“. Die Höhe der Entschädigung wird auf maximal drei Monatslöhne begrenzt für den Fall, dass es um eine Anstellung geht und diese Anstellung auch aus anderen, nicht diskriminierenden Gründen abgelehnt worden wäre

(§ 15 AGG). Der Arbeitgeber schuldet auch Schadenersatz für Benachteiligungen im Sinne von § 1 AGG, die durch Dritte erfolgt sind.

Beweislast, Verbandsklagerecht, Betriebsrat

Der Rechtsschutz in § 22 AGG sieht vor, dass Indizien ausreichen, um eine Benachteiligung aufgrund eines Persönlichkeitsmerkmals im Sinne von § 1 AGG vermuten zu lassen; in diesem Fall muss der Arbeitgeber beweisen, dass er nicht gegen das Benachteiligungsverbot verstossen hat. Betroffene können im Verfahren ohne Anwaltszwang von Antidiskriminierungsverbänden im Sinne von § 23 AGG unterstützt werden; vorbehalten sind die besonderen Klagerechte von Verbänden zugunsten von Menschen mit Behinderung. Schliesslich kann der Betriebsrat gemäss § 17 Abs. 2 AGG bei groben Verstössen des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot unter den Voraussetzungen von § 23 Abs. 3 BetrVG vor Gericht klagen[751]; der Betriebsrat darf dabei keine Rechte eines benachteiligten Arbeitnehmers geltend machen.

Bedeutung für HIV/Aids-Diskriminierung

Das AGG führt im Einklang mit RL 2000/78/EG „nur" Behinderung, nicht jedoch Krankheit als Diskriminierungskriterium auf. Nach der EuGH-Entscheidung in der Rechtssache *Navas*[752] ist Krankheit von Behinderung abzugrenzen. Nach deutscher Praxis gelten Menschen mit einer asymptomatischen HIV-Infektion, d.h. Krankheit oder Krankheitsdispositionen ohne oder mit nur leichter körperlicher und psychischer Beeinträchtigung nicht als schwer behindert. Schutz vor Diskriminierung im Sinne eines Nachteilausgleichs kommt unter dem SGB IX nämlich nur Menschen mit einer schweren Behinderung (Grad der Behinderung (GdB) von mehr als 50) und den Schwerbehinderten gleichgestellten behinderten Menschen (ab GdB 30) zugute[753]. Daran wird sich auch durch das AGG nichts ändern. Hingegen eröffnen sich mit der *Navas*-Entscheidung Perspektiven, den Behinderungsbegriff offen und weit zu verstehen, so dass im Ergebnis auch eine HIV-positive Person, die allein aufgrund ihrer Diagnose ungeachtet ihrer bestehenden Arbeitsfähigkeit eine Benachteiligung im Arbeitsleben erfährt, als Behinderte im Sinne des AGG

[751] Zum Betriebsverfassungsgesetz siehe Teil IV, 5.4.3, S. 317ff.
[752] Siehe dazu Teil IV, 2.3.2, S. 226.
[753] Zur Bewertung der HIV-Infektion siehe Tabelle 24: Grad der Behinderung (GdB), S. 333,

gelten könnte[754]. Die Definition der Behinderung, wie sie der EuGH in der Entscheidung *Navas* vorgenommen hat, bindet auch den deutschen Richter.

Ein Schritt in die richtige Richtung wurde vom Arbeitsgericht Berlin in einem im September 2006 veröffentlichten Beschluss vom 13. Juli 2005 bereits unternommen. In einem Fall, wo die Klägerin wegen Neurodermitis (GdB 40) trotz ihrer beruflichen Befähigung nicht angestellt wurde, stützt sich das Arbeitsgericht Berlin direkt auf die RL 2000/78/EG, da sie zu jenem Zeitpunkt noch nicht vom deutschen Gesetzgeber umgesetzt war; das Arbeitsgericht Berlin sprach der Klägerin eine Entschädigung von 12'000 EURO zu[755].

5.4.3 Diskriminierungsverbote im Betriebsverfassungsgesetz

Inhalt und Geltungsbereich

Das Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) lässt die einzelnen Arbeitnehmerinnen und die betrieblichen Arbeitnehmergewerkschaften im Betrieb mitwirken und mitbestimmen. Die Rechte der Gewerkschaften umfassen das gesamte betriebliche Geschehen und die sozialen, personellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten. Bedeutend sind dabei auch die Diskriminierungsverbote. Die entsprechende Norm findet sich in § 75 BetrVG. Es zeigt sich eine etwas anderer Akzentsetzung als in Art. 3 GG, insbesondere werden die privatrechtlichen Parteien des Arbeitsverhältnisses hier unmittelbar betroffen.

Dem Betriebsverfassungsgesetz unterstehen jedoch nur die Verhaltensweisen der Betriebsparteien, d.h. des Arbeitgebers und des Betriebsrats. In § 75 Abs. 1 BetrVG heisst es: „Arbeitgeber und Betriebsrat haben darüber zu wachen, dass alle im Betrieb tätigen Personen nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit behandelt werden, insbesondere, dass jede Benachteiligung von Personen aus Gründen ihrer Rasse oder wegen ihrer ethnischen Herkunft, ihrer Abstammung oder sonstigen Herkunft, ihrer Nationalität, ihrer Religion oder Weltanschauung, ihrer Behinderung, ihres Alters, ihrer politischen oder gewerkschaftlichen Betätigung oder Einstellung oder wegen ihres Geschlechts oder ihrer sexuellen Identität unterbleibt“[756]. Abs. 2 des § 75 BetrVG regelt schliesslich, dass Arbeitgeber und Betriebsrat „die freie

[754] Zur Diskussion um den Behindertenbegriff im gemeinschaftsrechtlichen Rahmen siehe Teil IV, 2.3.2, S. 224ff.
[755] ArbG Berlin, 13.07.2005, 86 Ca24618/04. Die Entscheidung wurde in der Berufung vom LAG Berlin vom 9.3.2006 aufgehoben und liegt jetzt in der Revision dem BAG vor.
[756] Art. 3 Abs. 3 AGG (Art. 3, Änderungen in anderen Gesetzen).

Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern“ haben.

Behinderung als verpöntes Persönlichkeitsmerkmal war bis zum Inkrafttreten des AGG nicht ausdrücklich aufgeführt. Es konnte jedoch davon ausgegangen werden, dass in Verbindung mit Art. 3 Abs. 3 GG die Ungleichbehandlung aufgrund einer Behinderung gegen Recht und Billigkeit verstossen würde[757]. Der Rechtsunsicherheit wird nun mit Inkrafttreten des AGG begegnet und die Lücke geschlossen. Krankheit und HIV/Aids sind nach wie vor nicht explizit erwähnt.

Die Diskriminierungsverbote in § 75 BetrVG werden ergänzt um bestimmte Förderpflichten der Betriebsvertretungen. So hat der Betriebsrat nach § 80 I Nr. 2a und 2b BetrVG die Durchsetzung der tatsächlichen Gleichstellung von Frauen und Männern ebenso zu fördern wie die Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit, nach Nr. 4 hat er die Eingliederung Schwerbehinderter und sonstiger besonders schutzbedürftiger Personen zu fördern, nach Nr. 6 obliegt es ihm, die Beschäftigung älterer Arbeitnehmer im Betrieb zufördern und nach Nr. 7 hat er die Integration ausländischer Arbeitnehmer im Betrieb und das Verständnis zwischen ihnen und den deutschen Arbeitnehmern zu fördern sowie Maßnahmen zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit zu beantragen. Solche Maßnahmen können nach § 88 Nr. 4 BetrVG Gegenstand von freiwilligen Betriebsvereinbarungen sein.

Bedeutung für HIV/Aids-Diskriminierung

Der *gesetzliche* Diskriminierungsschutz ist im Privatrecht wie bereits andernorts festgestellt, eher schwach ausgebaut. Mit der Einführung des AGG wurden substantielle Fortschritter erzielt. Wie weit sich dies auf die tatsächliche Verbesserung des Diskriminierungsschutzes aufweist, wird die Praxis zeigen. Das Engagement von Gewerkschaften und Arbeitgeber für die Umsetzung des Diskriminierungsverbots in den Gesamtarbeitsverträgen und in den Betrieben ist ein entscheidender Faktor für einen wirksamen Diskriminierungsschutz. Im Lichte der HIV/AIDS-Diskriminierung ist wichtig, dass das Persönlichkeitsmerkmal „Krankheit“ ausdrücklich in die Liste der verpönten Persönlichkeitsmerkmale aufgenommen wird.

5.4.4 Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz

[757] SCHIEK, S. 116, die dies daraus ableitet, dass eine Behandlung, die unvereinbar mit dem objektiv-rechtlichen Gehalt der Grundrechte ist, ebenso unvereinbar mit Recht und Billigkeit sein muss.

Das Arbeitsverhältnis wird durch Gesetzes und vertragliche Regelungen bestimmt sowie durch Weisungen und andere einseitige Anordnungen des Arbeitgebers konkretisiert. Im Entscheidungsbereich des Arbeitgebers ist der Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten. Wenn der Arbeitgeber sämtlichen Beschäftigten nach den von ihm aufgestellten Regeln gleiche Vorteile gewährt, muss er sich daran halten.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts verwehrt der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz als ungeschriebenes Recht dem Arbeitgeber, einzelne Arbeitnehmerinnen oder Gruppen von Arbeitnehmern beim Vorliegen vergleichbarer Sachverhalte ohne sachlichen Grund von allgemein begünstigenden Regelungen auszunehmen und schlechter zu stellen[758]. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz gebiete dem Arbeitgeber, „seine Arbeitnehmer oder Gruppen seiner Arbeitnehmer, die sich in einer vergleichbaren Lage befinden, gleich zu behandeln“[759]. Im Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses verneint das BAG die Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebots[760] und in Bezug auf die Anstellung wird es nur zögerlich angewandt[761].

Dogmatisch wird der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz im Zivilrecht verankert. So wird versucht, eine Ungleichbehandlung im Arbeitsverhältnis als Verstoss gegen die Sitten (§ 138 BGB) einzuordnen oder die allgemeine Diskriminierungspflicht aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) oder dem Prinzip der Billigkeit (§ 315 BGB) abzuleiten[762]. Zwar wird der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz inhaltlich durch die verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote geprägt[764], ein Grundrechtsbezug wird jedoch eher selten hergestellt[765].

---

[758] BAG Urteil vom 25. Januar 1984, BAGE 45, 86 = AP Nr. 68 zu § 242 BGB Gleichbehandlung; BAG Urteil vom 19.4.1995, EzA § 611 BGB Gratifikation, Prämie Nr. 123 (ID: 3K39226).

[759] BAG, 5.3.1980, AP Nr. 44 zu § 242 BGB Gleichbehandlung; BAG, 19.8.1992, AP Nr. 102 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, BAG 20.7.1993, AP Nr. 11 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung; BAG, 12.11.1994, AP Nr. 112 zu § 242 Gleichbehandlung.

[760] BAG 21.10.1969 AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 41; BAG 28.4.1982 AP KSchG 1969 § 2 Nr. 3; so auch die herrschende Auffassung der Lehre, siehe ASCHEID (§ 430 KschG), N 153; SCHIEK, S. 128.

[761] Die Lehre lehnt die Anwendung des Gleichbehandlungsgebots bei der Anstellung ab; bei der Wiedereinstellung nach ungerechtfertigten Kündigungen oder Beförderung wird sie hingegen anerkannt. Siehe dazu SCHIEK, S. 128ff.

[762] SCHIEK, S. 119ff.

[764] BAG, 15.11.1994, DB 1995, 580; BAG 3.12.1997, AP Nr. 149 zu Art. 3 GG, Bl. 2.

Das BAG entnimmt dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot sowohl ein Gleichbehandlungs- als auch eine Differenzierungsgebot[766]. Ein Arbeitgeber darf „Fälle“ nicht „sachfremd oder willkürlich“ ungleich behandeln[767]. Das Gleichbehandlungsgebot ist verletzt, „wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonst wie einleuchtender Grund nicht finden lässt“[768]. Um festzustellen, ob die Ungleichbehandlung sachlich gerechtfertigt ist, wird lediglich überprüft, ob das Mittel zur Erreichung des Zieles geeignet war[769]. Anhand des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebots - angewendet auf die einzelnen Diskriminierungsbereiche in der Arbeitswelt - wird vom Arbeitgeber verlangt (z.T. ist er dazu verpflichtet) im Fall von Ungleichbehandlungen (z.B. Begünstigungen) während des Arbeitsverhältnisses nach einem erkennbaren oder generalisierten Prinzip vorzugehen[770].

Die Verletzung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebots löst als Rechtsfolge einen Anspruch auf die verweigerte Leistung aus[771]. Um dies abzuwenden, muss der Arbeitgeber die Rechtmässigkeit einer Ungleichbehandlung beweisen oder die sachlichen Gründe angeben können, die eine Ungleichbehandlung rechtfertigen. Der Arbeitgeber trägt eine Darlegungs- und Beweislast[772].

Verhältnis zu den arbeitsrechtlichen Normen des AGG

Die Benachteiligungsverbote des AGG unterscheiden sich im Wesentlichen in zweifacher Hinsicht vom arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz: Die arbeitsrechtlichen AGG-Benachteiligungsverbote betreffen auch die arbeitsvertragliche Ungleichbehandlung, wohingegen sich der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz „nur“ auf den Entscheidungsbereich des Arbeitgebers auswirkt. Das AGG ist auf bestimmte

[765] BAG, 15.11.1994, DB 1995, 580; BVerfG v. 27.11.1992, AP Nr. 5a zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung. Siehe dazu DIETERICH (Art. 3 GG), N 32.
[766] BAG, 8.4.1986, AP Nr. 78 zu § 242 BGB Gleichbehandlung; BAG, 27.7.1988, AP Nr. 83 zu § 242 BGB Gleichbehandlung. Das Bundesverfassungsgericht ist in seiner Rechtsprechung uneinheitlich: BVerfG, 14.4.1959, BVerfGE 9, 237 (244) (ablehnend), BVerfG, 28.1.87, BVerfGE 74, 163 (179) (befürwortend).
[767] BAG, 31.3.1982, AP Nr. 64 zu §§ 22, 23 BAT.
[768] BAG, 27.7.1988, AP Nr. 83 zu § 242 BGB Gleichbehandlung.
[769] BAG, 19.8.1992, AP Nr. 102 zu § 242 BGB Gleichbehandlung; siehe SCHIEK, S. 124ff.
[770] BAG, 19.8.1992, AP Nr. 102 zu § 242 BGB Gleichbehandlung; BAG, 25.4. 1959, AP Nr. 15 zu § 242 Gleichbehandlung.
[771] BAG, 25.11.1993, AP Nr. 114 zu § 242 BGB Gleichbehandlung.
[772] Anstatt vieler siehe BAG, 19.8.1992, AP Nr. 102 zu § 242 BGB Gleichbehandlung.

Benachteiligungskriterien beschränkt während der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz diesbezüglich keine Einschränkungen kennt.

5.4.5 Persönlichkeitsschutz im Arbeitsverhältnis

Der Persönlichkeitsschutz der Arbeitnehmenden wird insbesondere in § 75 Abs. 2 BetrVG geregelt. Die Arbeitgeberin und der Betriebsrat haben danach „die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern." Hinsichtlich des Persönlichkeitsrechts werden die Rücksichts-, Schutz- und Förderpflichten im Arbeitsverhältnis nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) bestimmt. Der Arbeitgeber hat die Persönlichkeit der Arbeitnehmerin nicht nur zu respektieren, sondern auch zu schützen, d.h., er ist zu positivem Handeln verpflichtet. Der Arbeitnehmer kann je nach Umständen die Arbeitsleistung verweigern[773]. Das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers begrenzt zudem das Weisungsrecht des Arbeitgebers, die Informationsbeschaffung und Verarbeitung (Datenschutz, Offenbarungspflicht, Fragerecht) sowie die Erhebung und Weitergabe von ärztlichen Befunden[774].

Bei drohender Verletzung der Persönlichkeit kann der betroffene Arbeitnehmer auf Unterlassung und bei Nichterfüllung der Schutzpflichten durch den Arbeitgeber auf Erfüllung nach § 611 BGV i.V.m. 242 BGB klagen. Die Rechtsprechung ist verpflichtet, privatrechtliche Regelungen, die die Persönlichkeit des Arbeitnehmers berühren, im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG auszulegen[775]. Bei Interessenskollision ist im Einzelfall auf das Verhältnismässigkeitsprinzip zurückzugreifen[776]. Die Rechtsfolge bei schuldhaftem Verhalten des Arbeitgebers ist ein Schadenersatzanspruch. Ungeachtet der Regelung in § 253 BGB sieht das Bundesarbeitsgericht (BAG) bei schweren Persönlichkeitsverletzungen im Arbeitsverhältnis ein Schmerzensgeld (Genugtuung) vor[777].

---

[773] Dies gilt nicht bei geringfügigen Persönlichkeitsverletzungen; die Einzelfallabwägung erfolgt aufgrund des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit, siehe BAG 7.6.1973 AP BGB § 615 Nr. 28.

[774] Dietrich (Art. 2 GG), N 80ff.

[775] BVerfG 15.1.1958 E 7, 198, 206 – Lüth = NJW 1958, 257; BVerfG 14.2.1973 E 34, 269, 280 – Soraya = AP Art. 2 Nr. 21.

[776] BAG 4.4.1990 AP BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 21 mwN.

[777] Das BAG wendet hier die Rechtsgrundsätze an, die vom BGH entwickelt wurden. Das BGH vertritt die Auffassung, dass wirksame Sanktionen gegen schwerer Persönlichkeitsverletzungen eine „billige Entschädigung in Geld" notwendig machen, um die Respektierung der Würde des einzelnen Menschen zu sichern, vgl. BGH 5.12.1995 NJW 1996, 984ff.

5.4.6 Verfahrensrechtliche Aspekte des Diskriminierungschutzes

Beweislast

Soweit keine ausdrückliche Regelung die Beweislastverteilung regelt, greift die allgemeine Grundregel der Beweislastverteilung. Sie besagt, dass die rechtsbegründenden Tatbestandsmerkmale vom Anspruchsteller und die rechtshindernden vom Anspruchsgegner bewiesen werden müssen[778]. Das Deutsche Recht kennt eine subjektive und objektive Beweislast. Bei der subjektiven Beweislast obliegt es einer zu Beginn des Prozesses bestimmten Partei, konkrete Beweismittel für die behaupteten Tatbestandsmerkmale zu nennen. Bleiben die Tatsachenbehauptungen unklar, so entscheidet der Richter (= objektive Beweislast), zu wessen Nachteil entschieden wird[779].

Seit Inkrafttreten des AGG gilt nun, dass die klagende Partei Indizien zu beweisen hat. Hat die klagende Partei mit Indizien den Beweis der Benachteiligung erbracht, so muss die andere Partei das Gegenteil beweisen, d.h., dass kein Verstoss gegen das Benachteiligungsverbot vorgelegen hat.

Ausdrückliche Regelungen zur Verteilung der Beweislast im Arbeitsrecht findet man auch im Bereich des Kündigungsrechts, und zwar in § 1 Abs. 2 Satz 4 (Beweislastumkehr) und § 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG. Im Fall einer geschlechtsbezogener Benachteiligung trägt nach § 611a Abs. 1 BGB der Arbeitgeber die Beweislast, wenn die Arbeitnehmerin die behaupteten Tatsachen glaubhaft macht, die eine geschlechtsbezogene Benachteiligung vermuten lassen.

Zuständigkeiten im Urteilsverfahren

Gemäss § 2 des Arbeitsgerichtsgesetzes[780] ist das Arbeitsgericht sowohl für Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmerin und Arbeitgeber aus dem Arbeitsverhältnis als auch „aus Verhandlungen über die Eingehung eines Arbeitsverhältnisses“ und dessen Nachwirkungen zuständig. Daraus folgt, dass das Arbeitsgericht im Fall einer Anstellungsdiskriminierung angerufen werden kann; dies gilt sowohl aufgrund des AGG (§ 2) als auch SGB IX, die gesetzliche Regelungen zum Diskriminierungsschutz im Bewerbungsverfahren vorsehen.

---

[778] PRÜTTING, S. 109, mit Verweis auf den gestrichenen § 193 des 1. Entwurfes zum BGB von 1888.
[779] PRÜTTING, S. 107.
[780] Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) vom 2. Juli 1979 (BGBl I 1953, 1267).

5.5 Schutz vor HIV/AIDS-Diskriminierung im Bewerbungsverfahren

5.5.1 Fragerecht und Offenbarungspflicht

Sowohl dem Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer erwachsen während des Anstellungsverfahrens wechselseitige Schutzpflichten. Sie sind verpflichtet, alle im Zusammenhang mit der Bewerbung erfahrenen Informationen geheim zu halten. Der Arbeitgeber hat das Recht, im persönlichen Gespräch oder mittels Fragebogen nach bestimmten für ihn relevanten Tatsachen zu fragen[781]. Das Fragerecht ist nicht uneingeschränkt. Der Arbeitgeber darf nur Fragen stellen, die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen und wo ein berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung besteht[782]. Der Schutz der Persönlichkeit und der Individualsphäre des Bewerbers geht dem Interesse des Arbeitgebers vor, sich umfassend über den Bewerber zu informiert[783].

Der Bewerber hat das Recht, wahrheitswidrig auf unzulässige Fragen zu antworten. Das „Recht auf Lüge" gilt ebenfalls, wenn für den Bewerber die Zulässigkeit der Frage, weil sie allgemein oder unklar gestellt wurde, nicht erkennbar ist[784]. Die Frage nach einer Behinderung[785] oder chronischen Krankheit ist zulässig, soweit die bestehende Behinderung/Krankheit im Zusammenhang mit der auszuübenden Arbeit steht resp. die Arbeitsfähigkeit beeinträchtigt[786]. Im Falle einer ärztlichen Untersuchung darf der zuständige Arzt aufgrund der ärztlichen Schweigepflicht über die Eignung für die zu erbringende Arbeitsleistung, nicht aber über die Diagnose informieren.

Die Frage nach einer HIV-Infektion ist unzulässig, da die Krankheit bei alltäglichen Arbeiten nicht ansteckend ist. Auch die künftige Arbeitsfähigkeit als Risikofaktor berechtigt nicht zur Frage[787]. Die Frage nach einer HIV-Infektion für eine Arbeitstätigkeit, bei der Blut und anderer Körperflüssigkeiten des Arbeitnehmers in Kontakt mit anderen Mitarbeitern des Betriebs oder auch Dritten kommt, ist umstritten[788]. Gerichtliche

---

[781] SENNE, S. 21ff.
[782] BAG vom 11.11.1993 EzA § 123 BGB Nr. 40.
[783] BAG vom 5.10.1995 EzA § 123 Nr. 41.
[784] BAG 13.6.2002 AP KSchG 1969 § 1 Nr. 69.
[785] Für die Definition der Behinderung, siehe SGB IX.
[786] BAG vom 07.06.1984 EzA § 123 BGB Nr. 24.
[787] Rechtliche Probleme von HIV-Infizierten und AIDS-Kranken, Quelle: http://www.typo3.lsvd.de/573.0.html#3097 (08.08.06).
[788] Bejaht wird das Fragerecht von LEPKE, S. 90, (Lepke ist Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht a.D.) Abglehnend Votum 2 des Nationalen Aids-Beirates, siehe Teil IV, 5.1.2, S. 307ff.; siehe Lesben- und Schwulenverband, Rechtliche Probleme von HIV-

Entscheidungen dazu gibt es nicht. Im Abschlussbericht vom 31.05.1990 lehnt die AIDS-Euquetekommission des Deutschen Bundestages die Frage des Arbeitgebers nach einer HIV-Infektion im Zusammenhang mit ärztlichen Tätigkeiten, in der Pflege, bei Küchenpersonal oder bei Arbeitnehmerinnen, die mit der Herstellung von Lebensmitteln betraut sind, ab. Sie verweist dabei auf die heutigen Erkenntnisse, dass die HIV-Infektion die Eignung des Bewerbers nicht einschränkt und dass mit der Einhaltung der üblichen und vorgeschriebenen Sicherheits- und Hygieneregeln kein Risiko der Infektionsübertragung besteht[789].

Gemäss deutscher Lehre ist die Frage nach Aids im so genannten Vollstadium der Krankheit zulässig[790] und muss entsprechend richtig beantwortet werden. Bei den Vorstadien von AIDS (Lymphadenopathie Syndrom - LAS - und AIDS-related-Complex - ARC) ist die Frage nach der Krankheit nur dann wahrheitsgetreu zu beantworten, wenn damit ein Leistungsabfall verbunden ist und die Eignung der Bewerberin für die vorgesehene Tätigkeit in Frage gestellt ist[791].

Die Zulässigkeit von einzelnen Fragen soll nachfolgend in tabellarischer Form dargestellt werden:

Tabelle 23: Zulässigkeit der Frage nach HIV/Aids

Gesundheitszustand	Zulässigkeit der Frage
HIV-Infektion	Nein
HIV/AIDS-Testergebnis	Nein
Krankheiten	Nur bezüglich konkreter Gesundheitsbeeinträchtigung und konkreter Arbeitsstelle
Aids	Ja
Schwerbehinderteneigenschaften	Ja
Behinderung	Nur, wenn sie die Eignung für die vorgesehene Tätigkeit beeinträchtigt
Einnahme von Medikamente	Nur, wenn sie die Eignung für die vorgesehene Tätigkeit beeinträchtigt

Infizierten und AIDS-Kranken, Quelle: http://www.typo3.lsvd.de/573.0.html#3097 (08.08.06).

[789] Abschlussbericht der AIDS-Enquetekommission des Deutschen Bundestages vom 31.05.1990, Bundestags-Drucksache 11/7200, S. 547.

[790] SENNE, S. 25ff.

[791] Rechtliche Probleme von HIV-Infizierten und AIDS-Kranken, Quelle: http://www.typo3.lsvd.de/573.0.html#3097 (08.08.06).

Quelle: Fragerecht des Arbeitgebers bei der Anstellung, Berliner Aids-Hilfe e.V.

Diese Handhabung ist im Lichte der therapeutischen Forschritte in Frage zu stellen. Die Diagnose „Aids“ ist nicht notwendigerweise mit einer erhöhten Wahrscheinlichkeit der Arbeitsunfähigkeit verbunden, gut behandelte Patienten mit Aids können durchaus auch auf lange oder längere Sicht voll arbeitsfähig sein.

5.5.2 Ärztliche Untersuchung

Das Persönlichkeitsrecht ist durch die Bearbeitung von Gesundheitsdaten berührt. (Vertrauens)ärztliche Untersuchungen dürfen nur mit Einwilligung der Arbeitnehmerin durchgeführt werde. Die Einwilligung ist nur rechtswirksam, wenn sich die Untersuchung auf die Feststellung der Eignung für die vertraglich vereinbarte Arbeitsleistung beschränkt. Der Arbeitnehmer kann die Einwilligung verweigern, wenn seitens des Arbeitgebers kein berechtigtes Interesse besteht[792].

5.6 Schutz vor HIV/Aids-bedingter Kündigung

5.6.1 Kündigungsschutzgesetz

Gemäss Kündigungsschutzgesetz[803] (KSchG) ist eine Kündigung rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist. Eine Kündigung ist im Sinne von § 1 (2) KSchG gerechtfertigt, wenn die Gründe der Kündigung in der Person, im Verhalten des Arbeitnehmers oder am Betrieb liegen. Das Gesetz nennt die Gründe nicht, die eine personenbezogene Kündigung rechtfertigen. Ein Kündigungsgrund liegt jedoch vor, wenn die betroffene Arbeitnehmerin nicht fähig oder geeignet ist, die geschuldete Arbeitsleistung

[792] DIETRICH (Art. 2 GG), N 93. Siehe BVerfG 24.6.1993 E 89, 69, 82f. = NJW 1993, 2365.
[803] Kündigungsschutzgesetz, BGBl I 1951, 499, 10. August 1951.

ganz oder teilweise zu erbringen[804] (z.B. Krankheit[805]). Die Arbeitsunfähigkeit muss sich zudem negativ auf den Betrieb auswirken[806].

Im Fall von Aids kommen die in der Literatur und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze bei Krankheiten zur Anwendung. Bei einer Aids-bedingten Entlassung handelt es sich somit wie bei jeder anderen krankheitsbedingten Entlassung um eine personenbezogene Kündigung, insbesondere wenn die Kündigung wegen krankheitsbedingter Fehlzeiten ausgesprochen wird[807]. Soweit der HIV/AIDS-infizierte Arbeitnehmer die arbeitsvertraglichen Pflichten jedoch erfüllt, darf der Arbeitgeber ihn nicht entlassen[808].

Eine Kündigung ist ausserdem sozial ungerechtfertigt, wenn sie im privaten Arbeitsverhältnis gegen eine Richtlinie über die personelle Auswahl bei Kündigungen nach § 95 des Betriebsverfassungsgesetzes (§ 1 Abs. 2 Ziff. 1 KSchG) und im öffentlichen Bereich gegen Richtlinien über die personelle Auswahl bei Kündigungen (§ 1 Abs. 2 Ziff. 2 KSchG) verstösst. Wie bereits festgestellt, gilt im Rahmen des Betriebsverfassungsgesetzes, dass Arbeitgeber und Betriebsrat alle im Betrieb tätigen Personen nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit behandeln und sie in ihrer freien Entfaltung der Persönlichkeit zu schützen und fördern haben.

Ist der Arbeitnehmer der Auffassung, dass die Kündigung sozial ungerechtfertigt ist, kann er entweder Einspruch beim Betriebsrat einlegen, der versuchen wird zwischen Arbeitnehmerin und Arbeitgeber zu vermitteln, oder innerhalb von drei Wochen beim Arbeitsgericht auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung klagen. Stellt der Betriebsrat fest, dass die Kündigung ungerechtfertigt ist, wird er versuchen, zwischen dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu vermitteln. In einem Gerichtsverfahren wird die soziale Rechtfertigung einer Kündigung aufgrund des Prognoseprinzips, des Ultima-Ratio-Prinzips und des Prinzips der Interessenabwägung festgestellt. Nach dem Prognoseprinzip muss zur Zeit der Kündigung in objektiver Weise eine zukünftige Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses erkennbar sein[809], dem Arbeitgeber darf kein milderes Mittel als die Kündigung zur Verfügung

[804] BAG 20.05.1988, AP Nr. 9 zu § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung.
[805] LANG, S. 111ff.
[806] BAG 20.07.1989, AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969 Sicherheitsbedenken.
[807] LEPKE, S. 89, der in einer HIV/Aids-bedingten Kündigung keine Verletzung des Diskriminierungsverbots nach Art. 3 Abs. 3 GG sieht, und zwar mit der Begründung, dass Krankheit nicht als verpöntes Persönlichkeitsmerkmal im Katalog von Art. 3 Abs. 3 GG aufgelistet ist; vgl. derselbe, S. 93.
[808] LEPKE, S. 91.
[809] BAG 15.08.1984, AP Nr. 16 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit.

stehen (Ultima-Ratio-Prinzip)[810], und es ist umfassend zwischen den Interessen des Arbeitnehmers und denjenigen des Arbeitgebers abzuwägen (Interessenabwägung)[811]. Der Arbeitgeber trägt die Beweislast; er hat das Vorliegen der zulässigen Kündigungsgründe anhand konkreter Tatsachen zu beweisen[812].

Die Rechtsfolgen einer sozial ungerechtfertigten Kündigung ist nicht wie im Schweizerischen Recht eine sanktionierende Ausgleichszahlung, sondern die Weiterbeschäftigung des betroffenen Arbeitnehmers. Die Frage, ob eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses praktikabel ist, wird bei der Interessensabwägung mitberücksichtigt[813]. Ist dem Arbeitnehmer eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten, so wird das Gericht das Arbeitsverhältnis auflösen und den Arbeitgeber zur Zahlung einer angemessenen Abfindung verurteilen (§ 9 KSchG). Gemäss § 10 kann das Gericht eine Abfindung von bis zu zwölf Monatsverdiensten festlegen. In der Praxis läuft es meistens auf einen Vergleich mit Abfindung hinaus; eine Weiterbeschäftigung ist eher selten. Das Kündigungsschutzgesetz ist gemäss § 23 KSchG auf Betriebe und Verwaltungen des privaten und öffentlichen Rechts anwendbar; Kleinbetriebe bis zu 10 Angestellten sind von Anwendungsbereich ausgeschlossen.

5.6.2 Druckkündigung

Die Androhung betrieblicher Nachteile durch Mitarbeiter oder Dritte (z.B. Kunden), wenn der Arbeitgeber einen HIV/Aids-infizierten Arbeitnehmer nicht entlasse, rechtfertigt eine Kündigung nicht[814]. An die Rechtfertigung einer Druckkündigung sind besonders strenge Anforderungen zu stellen[815]. Der Arbeitgeber hat zu überprüfen, ob das Verlangen der Mitarbeiter oder Dritter objektiv begründet und betrieblich unausweichlich ist[816]. Der von Mitarbeitern oder Dritten ausgeübte Druck wird somit nur als Kündigungsgrund anerkannt, wenn dem Arbeitgeber dadurch wirtschaftlich schwer geschädigt wird[817]. Hat der Arbeitgeber die unzumutbare Situation

[810] BAG 30.05.1978, AP Nr. 70 zu § 626 BGB.
[811] BAG 25.11.1982, EzA § 1 KSchG Krankheit Nr. 10. Siehe dazu LANG, S. 119ff.
[812] BAG 02.11.1983, EzA § 1 KSchG Krankheit Nr. 13.
[813] LANG, S. 245.
[814] LEPKE, S. 92.
[815] BAG19.6.1986, DB 1986, 2499.
[816] BAG 18.9.1975 AP Nr. 10 zu § 626 BGB Druckkündigung; BAG 4.10.1990, NZA 1991, 468.
[817] Siehe LEPKE, S. 92.

jedoch selbst verursacht, indem er z.B. die Mitarbeiter über die HIV-Infektion informierte, so ist die Druckkündigung rechtlich unwirksam[818].

5.6.3 Änderungskündigung

Eine Änderungskündigung liegt vor, wenn das bisherige Arbeitsverhältnis mit dem Angebot der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten, meist schlechteren Bedingungen kündigt wird (§ 2 KSchG). Damit die Änderungskündigung rechtswirksam ist, müssen die Kündigungsgründe nach § 1 Abs. 2 KSchG vorliegen. Der Arbeitnehmer kann das Änderungsangebot ablehnen und Klage einreichen. Die Arbeitnehmerin kann aber auch die geänderten Vertragsbedingungen unter dem Vorbehalt, dass die Änderungen sozial gerechtfertigt sind, annehmen. Der Vorbehalt ist gegenüber dem Arbeitgeber innerhalb von drei Wochen seit Zugang der Kündigung zu erklären. Stellt das Gericht fest, dass die Änderungskündigung sozial nicht gerechtfertigt ist, so erwächst dem Arbeitnehmer ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen. Ist die Änderungskündigung sozial gerechtfertigt, muss der betroffenen Arbeitnehmer zu den geänderten Arbeitsbedingungen beschäftigt werden. Die Möglichkeit, einen Vorbehalt anzubringen, verringert somit das Risiko, den Arbeitsplatz zu verlieren.

Der Schutz für Arbeitnehmende mit HIV/Aids ist hinsichtlich Arbeitsausfall bei HIV/Aids-bedingter Arbeitsunfähigkeit, Datenschutz und Kündigung rechtlich gewährleistet. Die Fortzahlung des Arbeitsentgelts ist gesetzlich für alle Arbeitnehmer unabhängig von der Art der vorbestehenden Krankheit gewährleistet. Nach Ablauf der vorgeschriebenen sechs Wochen und fortbestehender krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit besteht ein Anspruch auf Krankengeld aus der gesetzlichen Krankenversicherung gemäss SGB V[819]. Die Bearbeitung von Gesundheitsdaten unterliegen besonderen Anforderungen; sie verlange, dass eine HIV/Aids-betroffene Person informiert und höchstpersönlich zur Datenbearbeitung einwilligt. Im Falle einer Kündigung ist zwischen HIV und Aids zu unterscheiden. Aids-bedingte Kündigung ist eine personenbezogene Kündigung und ist zulässig, wenn die Kündigung wegen Arbeitsunfähigkeit ausgesprochen ist. Ist die HIV-Infektion jedoch asymptomatisch ist eine Kündigung nicht zulässig. Im Fall einer ungerechtfertigten Kündigung ist der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber weiterzubeschäftigen; ist eine Weiterbeschäftigung unzumutbar, so schuldet der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Abfindung bis zu zwölf Monaten.

---

[818] BAG 26.1.1962, DB 1962, 744 = 1962 Druckkündigung.
[819] Siehe Teil IV, 5.7, S. 337.

5.6.4 Schutz vor HIV/Aids-bedingter Diskriminierung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Der potenzielle Arbeitgeber kann auch ohne Einwilligung der Bewerberin Auskunft beim bisherigen Arbeitgeber einholen[820]. Die Auskunftspflicht des bisherigen Arbeitgebers und das Fragerecht des potenziellen Arbeitgebers dürfen nur Informationen über die Leistung und das Verhalten des Arbeitnehmers umfassen[821].

5.7 Schutz für HIV-Positive Arbeitnehmende durch Gesetzgebung für Behinderte

5.7.1 Behinderungsbegriff im Sozialgesetzbuch IX

Im Sozialgesetzbuch (SGB) Neuntes Buch (IX) wurden das Recht auf Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen sowie das Schwerbehindertenrecht[822] zusammengefasst. Den Neuerung vom 1. Juli 2001 im SGB IX liegt die Idee der Teilhabe anstelle der Fürsorge zugrunde[823].

Im Sinne von § 2 Abs. 1 SGB IX sind Menschen behindert, wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit „mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilnahme am Leben in der Gesellschaft beeinträchtig ist".

Die Auswirkungen (Funktionseinschränkungen) auf die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft werden als Grad der Behinderung (GdB) nach Zehnergraden abgestuft festgestellt. Aus medizinischer Sicht erfolgt die Feststellung und Bewertung des Ausmasses der Funktionseinschränkungen anhand der Publikation „Anhaltspunkte für die ärztliche Gutachtertätigkeit" (AHP)[825].

Die Anhaltspunkte (AHP) enthalten auch Kriterien zur Beurteilung einer HIV-Infektion:

---

[820] BAG vom 18.12.1984 EzA § 611 BGB Persönlichkeitsrecht Nr. 2.
[821] SENNE, S. 29.
[822] Das Gesetz zur Sicherung der Eingliederung Schwerbehinderter in Arbiet, Beruf und Gesellschaft stammt aus dem Jahre 1974, BGBl. I, S. 1005.
[823] BUNDESMINISTERIUM FÜR ARBEIT UND SOZIALES (Rehabilitation und Teilhabe).
[825] BUNDESMINISTERIUM FÜR ARBEIT UND SOZIALES (Anhaltspunkte), Teil C Begutachtung im sozialen Entschädigungsrecht, Teil B Begutachtungen nach Teil 2 SGB IX (Schwerbehindertenrecht) und Teil C Begutachtungen im sozialen Entschädigungsrecht.

Tabelle 24: Grad der Behinderung (GdB) bei HIV/Aids

HIV-Infektion	Anhaltspunkte (AHP)
HIV-Infektion ohne klinische Symptomatik	10
HIV-Infektion mit klinischer Symptomatik:	
geringe Leistungsbeeinträchtigung (z.B. bei Lymphadenopathiesyndrom	30-40
stärkere Leistungsbeeinträchtigung (z.B. bei Aids-related complex)	50-80
schwere Leistungsbeeinträchtigung (Aids-Vollbild)	100
Aussergewöhnliche seelische Begleiterscheinungen sind ggf. zusätzlich zu berücksichtigen	

Quelle: Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Anhaltspunkte für die ärztliche Gutachtertätigkeit

Nach § 2 Abs. 2 SGB IX sind Menschen schwer behindert, wenn ein Grad der Behinderung (GdB) von mehr als 50 vorliegt und wenn sie ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Beschäftigung auf einem Arbeitsplatz im Sinne des § 73 rechtmäßig im Geltungsbereich dieses Gesetzbuches haben. Schwerbehinderten Menschen gleichgestellt sind nach § 2 Abs. 3 SGB IX sind behinderte Menschen mit einem Grad der Behinderung von weniger als 50, aber wenigstens 30, bei denen die übrigen Voraussetzungen des Absatzes 2 vorliegen, wenn sie infolge ihrer Behinderung ohne die Gleichstellung einen geeigneten Arbeitsplatz im Sinne des § 73 nicht erlangen oder nicht behalten können.

Damit ist ersichtlich, dass HIV-infizierte Personen mit über 50 AHP als „schwer behindert“ und solche mit AHP zwischen 30 und 50 AHP als „schwerbehinderten Menschen gleichstellt“ gelten.

Zu ergänzen ist diese Rechtslage durch die RL 2000/78/EG. Wie der EuGH in der Rechtssache *Navas* festgestellt hat, ist der Behindertenbegriff nach der RL 2000/78/EG autonom und einheitlich auszulegen[826]. Daraus lässt sich der Schluss ziehen, dass allen behinderten Personen zumindest Anspruch auf das Schutzniveau nach RL 2000/78/EG haben. Eine landesrechtliche Differenzierung zwischen „Schwerbehinderten“ und „Behinderten, die Schwerbehinderten gleichgestellt sind“ einerseits und allen übrigen Behinderten ist nur ausserhalb des Schutzrahmens der RL 2000/78/EG zulässig[827].

[826] Zur Rechtssache *Navas* siehe Kapitel IV, 2.3.2, S. 226f.
[827] So im Ergebnis auch FUCHS, S. 380.

5.7.2 *Arbeitsrechtlicher Schutz für Schwerbehinderte*

Benachteiligungsverbot

Teil 2 SGB IX enthält besondere Regeln zur Teilhabe von Menschen mit Behinderung im Arbeitsleben. Zum geschützten Personenkreis gehören nach § 68 Abs. 1 schwer behinderte *und* diesen gleichgestellten behinderte Menschen[828]. § 81 Abs. 2 SGB IX enthält ein ausdrückliches Verbot der Benachteiligung von Menschen mit einer schweren Behinderung (und solchen, die schwer behinderten Arbeitnehmenden gleichgestellt sind) in der Arbeitswelt. Für die daraus entstehenden Pflichten wird neu auf die Regelungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes verwiesen. Ein schwer behinderter Arbeitnehmer darf wegen seiner Behinderung insbesondere nicht in Bezug auf den Zugang zur Erwerbstätigkeit inklusiv Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen, die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, beim beruflichen Aufstieg oder einer Kündigung benachteiligt werden (§ 2 AGG). Eine Ungleichbehandlung verstösst jedoch nicht gegen das Verbot, wenn die für den Beruf wesentliche und entscheidende Tätigkeit erfordert, die von der betroffenen Person wegen ihrer Behinderung nicht erbracht werden kann. Die beruflichen Anforderungen müssen angemessen sein (§ 8 AGG).

Die Arbeitgeber sind gemäss § 81 SGB IX verpflichtet zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit schwer behinderten Menschen besetzt werden können. Bei Bewerbungen von schwer behinderten Menschen oder Vermittlungsvorschlägen von Agenturen für Arbeit hat der Arbeitgeber frühzeitig die Schwerbehindertenvertretung zu informieren. Die Arbeitgeber, die schwer behinderte Menschen beschäftigen, können zeitlich befristet einen Eingliederungszuschuss von bis zu 70 % des Lohnes inklusiv Sozialversicherungsbeiträge erhalten[831].

Im Streitfall gelten die Regelung zur Beweislastverteilung gemäss § 22 AGG. Hat der Arbeitgeber gegen das Benachteiligungsverbot verstossen, so muss der Arbeitgeber für den Schaden aufkommen. Auch für einen Schaden, der

---

[828] § 68 Abs. 2 SGB IX hält fest, dass die Gleichstellung behinderter Menschen mit schwerbehinderten Menschen auf Grund einer Feststellung nach § 69 auf Antrag des behinderten Menschen durch die Bundesagentur für Arbeit erfolgt. Die Gleichstellung wird mit dem Tag des Eingangs des Antrags wirksam und sie kann befristet werden.

[831] BUNDESMINISTERIUM FÜR ARBEIT UND SOZIALES (Rehabilitation und Teilhabe).

[833] Vor Inkrafttreten des AGG war in (ex)§ 81 Abs. 2 Ziff. 2 SGV IX ausdrücklich geregelt, dass kein Anspruch auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses gewährleistet wird.

nicht Vermögensschaden ist, kann der benachteiligte schwer behinderte Bewerber eine angemessene Entschädigung verlangen (§ 15 AGG). Gemäss § 15 Abs. 6 AGG löst ein Verstoss gegen das Benachteiligungsverbot alleine keinen Anspruch auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses oder einen berufliche Aufstieg aus[833].

Integrationsvereinbarung

Die Arbeitgeber sind gemäss § 83 SGB IX verpflichtet, mit der Schwerbehindertenvertretung und den in § 93 SGB IX genannten betrieblichen Interessenvertretungen eine verbindliche Integrationsvereinbarung auszuhandeln. Man hat sich auf konkrete Massnahmen zur Eingliederung schwer behinderter Menschen in die Betriebe zu einigen. Nach § 83 Abs. 2a SGB IX kann die Besetzung freier Stellen durch schwer behinderte Menschen, eine Beschäftigungsquote, Teilzeitarbeit, die Durchführung der betrieblichen Prävention und Gesundheitsförderung usw. geregelt werden.

Gemäss einer Erhebung des Deutschen Gewerkschaftsbundes vereinbaren grosse Unternehmen und Konzerne sehr detaillierte Regelungen, die über die gesetzlichen Mindestanforderungen hinausgehen[835]. Auch im öffentlichen Bereich werden zunehmend Integrationsvereinbarungen abgeschlossen. Seit 2004 existiert eine neue Rahmenintegrationsvereinbarung für das Bundesministerium für Gesundheit und Soziales[836].

Besonderer Kündigungsschutz

Gemäss § 85 bedarf die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses mit einem schwer behinderten Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes. Nach schriftlicher Anfrage des Arbeitgebers beim Integrationsamt holt dieses bei den in § 93 SGB IX genannten betrieblichen Interessenvertretungen eine Stellungnahme ein und hört die schwer behinderte Arbeitnehmerin an. Erteilt das Integrationsamt die

[835] BERICHT DER BUNDESREGIERUNG, S. 103.

[836] Unterricht durch die Bundesregierung, Bericht der Bundesregierung über die Lage behinderter Menschen und die Entwicklung ihrer Teilhabe, Unterricht durch die Bundesregierung, Deutscher Bundestag, 15. Wahlperiode, Drucksache 15/4575 vom 16.12.2004, Quelle: http://www.bmas.bund.de/BMAS/Redaktion/Pdf/bericht-der-bundesregierung-ueber-die-lage-behinderter-menschen-und-die-entwicklung-ihrer-teilhabe2004,property=pdf,bereich=bmas,sprache=de,rwb=true.pdf#search=%22Rahmenintegrationsvereinbarung%20Bundesministerium%20f%C3%BCr%20Gesundheit%20und%20Soziales%22 (21.09.06).

Zustimmung, so muss der Arbeitgeber die Kündigung innerhalb eines Monats seit der Zustimmung aussprechen. Die Kündigungsfrist muss mindestens vier Wochen betragen (§ 86 SGB IX). Im Falle einer ausserordentlichen Kündigung muss die Zustimmung innerhalb von zwei Wochen seit Kenntnisnahme der für die Kündigung massgebenden Tatsachen beantragt werden.

Befürchtungen, dass der besondere Kündigungsschutz zu einer Unkündbarkeit von Arbeitsverträgen mit schwer behinderten Menschen führt, haben sich laut Jahresbericht 2003/2004 der Bundesarbeitgemeinschaft der Integraiontionsämter und Hauptfürsorgestellen nicht bestätigt und ist somit kein Grund, mit schwer behinderten Menschen ein Arbeitsverhältnis abzulehnen[837].

5.7.3 Verbandsklagerecht

Das SGB IX sieht in § 63 Abs. 1 ein Verbandsklagerecht vor. Anstelle von behinderten Menschen können die ihnen zustehenden Rechte von Verbänden, die nach ihrer Satzung behinderte Menschen auf Bundes- oder Landesebene vertreten, geltend gemacht werden. Somit können Aids-Hilfen, die auf Landesebene tätig sind, und die Deutsche Aids-Hilfe e.V. (DAH) anstelle von behinderten HIV-Infizierten oder Aids-Kranken klagen. Aids-Hilfen, deren Wirkungskreis sich auf Teile eines Bundeslandes (z.B. Stadt Berlin) beschränken, haben kein Verbandsklagerecht. Bei behinderten HIV-Infizierten resp. Aids-Kranken handelt es sich um HIV-Infizierte mit klinischer Symptomatik, wenn dadurch ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist. Eine Anerkennung als „Schwerbehinderter“ ist grundsätzlich nicht erforderlich[838], ausser für den arbeitsrechtlichen Teil des SGB IX, der die Rechte Schwerbehinderter beschreibt und damit auch das Verbandsklagerecht an die Schwerbehinderung koppelt.

5.7.4 Schutz durch das Gesetz zur Gleichstellung behinderter Menschen

Das Kernstück des im Mai 2002 in Kraft getretenen Behindertengleichstellungsgesetzes ist die umfassende Barrierefreiheit. Damit wurde das Gebot in § 3 Abs. 3 Satz 2 GG „Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden“ umgesetzt. Das Behindertengleichstellungsgesetz nimmt nicht direkt Einfluss auf das Arbeitsverhältnis in dem hier diskutierten Sinne. Um behinderten Menschen eine selbstbestimmte Lebensführung und eine gleiche Teilnahme an der Arbeitswelt zu ermöglichen, ist die Nutzung barrierefreier Verkehrsmittel, der

[837] BERICHT DER BUNDESREGIERUNG, S. 111.
[838] Siehe Kapitel IV, 5.7.1, S. 332.

barrierefreie Zugang zu Gebäuden, die Verständigung mittels Gebärden und der Gebrauch moderner Medien Voraussetzung. Nach § 7 Abs. 2 BGG liegt eine Benachteiligung nämlich dann vor, wenn „behinderte und nicht behinderte Menschen ohne zwingenden Grund unterschiedlich behandelt werden“ und behinderte Menschen dadurch unmittelbar oder mittelbar in der Gesellschaft beeinträchtigt werden.

Mit dem Instrument der Zielvereinbarung in § 5 BGG soll ein grundsätzlicher Wandel in der Einstellung gegenüber Behinderten in Unternehmen oder Unternehmensverbänden stattfinden. Die Zielvereinbarungen werden von anerkannten Verbänden[839] mit Vertretern von Unternehmen ausgehandelt und dienen dort der Herstellung von Barrierefreiheit, wo gesetzliche Regelungen fehlen oder gesetzlich nicht angemessen geregelt werden kann[840].

Verbänden, die nach ähnlichen Kriterien im Sinne von § 13 Abs. 3 BGG vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales anerkannt sind, steht die Verbandsklage offen. Sie können mit Einverständnis der betroffenen Person, die Verletzung von im BGG gewährten Rechte geltend machen[841]. Kann ein Mensch mit Behinderung seine Rechte selbstständig geltend machen, so kann die Verbandsklage nur erhoben werden, wenn der Verband nachweist, dass es sich um einen Fall von allgemeiner Bedeutung handelt.

Schliesslich erhielt der seit 1980 eingesetzte Beauftragte der Bundesregierung für die Belange behinderter Menschen mit dem BGG eine gesetzliche Grundlage. Die Bundesbehörden sind nach § 15 Abs. 3 BGG verpflichtet, ihn in der Erfüllung seiner Aufgaben zu unterstützen, insbesondere die erforderlichen Auskünfte zu erteilen und Akteneinsicht zu gewähren.

Für eine gleichberechtigte Teilnahme in der Arbeitswelt ist die Barrierefreiheit für Menschen mit HIV/Aids ebenfalls von Bedeutung. Je nach Krankheitsverlauf und Gesundheitszustand ist es wichtig, dass der Arbeitsplatz so ausgestaltet ist (z.B. Einrichten eines Ruheraums), dass Menschen mit HIV/Aids trotz Gesundheitsstörungen ihre Arbeit leisten können.

5.8 Diskriminierungsschutz im Zusammenhang mit krankheitsbedingter Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit

5.8.1 Entgeltfortzahlung und gesetzliche Krankenversicherung

[839] Die Kriterien zur Erteilung der Anerkennung sind in § 13 Abs. 3 BGG aufgelistet; erteilt wird sie vom Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung.
[840] BUNDESAMT FÜR ARBEIT UND SOZIALES (Gleichstellung).
[841] BUNDESAMT FÜR ARBEIT UND SOZIALES (Gleichstellung).

Für die erste Phase der krankeitsbedingten Arbeitsunfähigkeit schuldet die Arbeitgeberin nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz[842] (EFZG) den Lohn bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit bis zu einer Dauer von sechs Wochen. Gemäss § 3 Abs. 3 EFZG entsteht der Anspruch nach vierwöchiger ununterbrochener Dauer des Arbeitsverhältnisses. Wird die wiederkehrende Arbeitsunfähigkeit von derselben Krankheit ausgelöst, so besteht der Anspruch auf Entgeltfortzahlung insgesamt nur für sechs Wochen[843]. Ausnahmsweise verlängert sich die Dauer der Entgeltfortzahlung um weitere sechs Wochen, wenn es sich um eine Fortsetzungserkrankung handelt, bei der es sich zwar um das gleiche Grundleiden handelt, aber zwischen der ersten und zweiten Erkrankung resp. Arbeitsunfähigkeit insgesamt sechs Monate liegen. Fällt der Anspruch auf Entgeltfortzahlung dahin, besteht für den betroffenen Arbeitnehmer die Möglichkeit, Lohnersatzleistungen[844] zu beziehen[845]. Kündigt der Arbeitgeber wegen Arbeitsunfähigkeit, muss er bei fortbestehender Arbeitsunfähigkeit über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus das Arbeitsentgelt bezahlen.

Nach den sechs Wochen Entgeltfortzahlung nach § 3 EFZG erhält der in der gesetzlichen Krankenversicherung und aufgrund einer Krankheit arbeitsunfähige Versicherte nach § 48 SGB V für maximal 78 Wochen ein Krankengeld in Höhe von 70 % des Bruttoeinkommens oder maximal 90 % des Nettoeinkommens. Die Arbeitsunfähigkeit muss ärztlich attestiert werden. Da es sich hierbei um eine gesetzliche Versicherungsleistung handelt, steht dieser Anspruch grundsätzlich jedem Versicherten unabhängig von der Art der Erkrankung zu. Es müssen lediglich die gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen nach § 44 SGB V erfüllt sein, d.h., wenn die Krankheit sie arbeitsunfähig macht oder die betroffene Person sich auf Kosten der Krankenkasse stationär in einem Krankenhaus, einer Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtigung befindet. Nach Ablauf der 78 Wochen wird die betroffene Person „ausgesteuert“, d.h., der Versicherte erhält keine Leistungen mehr und ist auf andere Sicherungssysteme wie privater Versicherungsschutz, Erwerbsminderungsrente oder Sozialhilfe verwiesen.

Weder bei der gesetzlichen Entgeltfortzahlung noch bei der gesetzlichen Krankenversicherung stellen sich HIV/Aids-spezifische Fragen. Beide

[842] Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall, BGBl I 1994, 1014, 1065, 26.5.1994.

[843] Gemäss § 3 Abs. 1 EFZG bleibt somit im Fall von Erkrankungen, die nicht auf das gleiche Grundleiden zurückzuführen sind, der Anspruch auf Entgeltfortzahlung auch bei einer Krankheitsdauer von insgesamt mehr als sechs Wochen bestehen.

[844] Lohnersatzleistungen sind z. B. Mutterschaftsgeld, Krankengeld, Verletzten- und Übergangsgeld, Arbeitslosengeld, Unterhaltsgeld.

[845] SENNE, S. 109.

Sicherungssysteme sind obligatorisch ausgestaltet und jeder Ausschluss wegen einer vorbestehenden Krankheit oder einer Krankheitsdisposition ist ausgeschlossen. Es besteht keine HIV/Aids-Ungleichbehandlung.

5.8.2 Erwerbsminderungsrenten

Seit 01.01.2001 ersetzt die Erwerbminderungsrente gemäss § 43ff SGB VI die frühere Berufsunfähigkeits- und Erwerbsunfähigkeitsrente. Bei der Erwerbsminderungsrente handelt es sich um eine Rente wegen teilweiser Erwerbsminderung (Erwerbsunfähigkeit) resp. wegen voller Erwerbsminderung. Versicherte erhalten auf Antrag eine entsprechende Rente, wenn sie voll resp. teilweise erwerbsgemindert sind, eine Wartezeit von fünf Jahren zurückgelegt (Versicherungszeit) hat und in den letzten fünf Jahren vor Eintritt der Erwerbsminderung während drei Jahren Pflichtbeiträge für eine versicherte Beschäftigung oder Tätigkeit geleistet haben (§ 43 Abs. 1 SGB VI).

Ein Versicherter hat einen Rentenanspruch, wenn er wegen Krankheit oder Behinderung auf nicht absehbare Zeit ausser Stande ist, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitmarktes unter drei Stunden (voll erwerbsgemindert) (§ 43 Abs. 2 SGB VI), mindestens drei, aber nicht mehr als sechs Stunden (teilweise erwerbsgemindert) (§ 43 Abs. 1 SGB VI) zu arbeiten. Es besteht kein Rentenanspruch, wenn man sechs und mehr Stunden täglich arbeiten kann. Steht dem Versicherten bei einer Arbeitsfähigkeit zwischen drei und unter sechs Stunden täglich jedoch kein entsprechender Teilzeitarbeitsplatz zur Verfügung, so hat er einen Anspruch auf eine Rente wegen voller Erwerbsminderung[846].

Die gesetzlichen Regelungen zur Erwerbsminderungsrente differenzieren nicht aufgrund der Ursache der Erwerbsminderung. Es handelt sich um ein gesetzliches Schadensausgleichsystem ohne Ausschluss vorbestehender Risiken. Wie bei der Entgeltfortzahlung und der gesetzlichen Krankenversicherung besteht auch hier keine HIV/Aids-Ungleichbehandlung.

5.8.3 Privater Versicherungsschutz

---

[846] § 43 Abs. 3 SGB VI; siehe Bayerisches Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familien und Frauen, Erwerbsminderungsrente, Quelle: http://www.stmas.bayern.de/fibel/sf_e067.htm (13.06.06).

[849] Peter Wiessner, Erwerbsminderungsrente, ein Reader, kann bei der Deutschen Aidshilfe i.V. (www.aidshilfe.de) bezogen werden.

Je nach individueller Einkommens- und Familiensituation ist zusätzlich zur gesetzlichen Krankenversicherung und Erwerbsminderungsrentenanspruch ein privater Versicherungsschutz notwendig. Es kann sich dabei um eine Kranken-, Lebens-, Berufsunfähigkeits- und Zusatzversicherung handeln. Diese gleichen im Regelfall das Einkommen bis zur Höhe des Nettoeinkommens aus und leisten auch noch über die Zeiten der gesetzlichen Versicherung, je nach dem bis zum Eintritt einer Berufsunfähigkeit (Invalidität).

Nach deutschem Versicherungsvertragsrecht kann der Versicherer Anträge von Personen mit vorbestehenden Krankheiten oder Krankheitsdispositionen unter Berufung auf die Vertragsfreiheit ablehnen. Anträge von Personen mit HIV/Aids auf eine private Berufsunfähigkeitsversicherung wurden deshalb bis heute regelmässig abgelehnt[849]. Wenn die betroffene Person *vor* Beginn der HIV-Infektion eine Krankenhaustagegeld- oder Krankentagegeldversicherung abgeschlossen hatte, konnte sie je nach Höhe des Abschlusses ein entsprechendes Krankentagegeld erhalten.

Bei einem Versicherungsantrag und vor Vertragsschluss wird man aus obigen Gründen nach einem HIV/AIDS-Test oder einer bestehenden HIV-Infektion gefragt. Je nach Versicherung wird die Vorlage eines HIV/AIDS Antikörpertests vorgeschrieben[850]. Die Antragstellerin ist zudem verpflichtet, alle Ärzte, bei denen sie in den letzten Jahren in Behandlung war, von ihrer Schweigepflicht zu entbinden. Der Versicherer kann sich dadurch einen Überblick über den Gesundheitszustand des Antragsstellers verschaffen. Wird eine HIV-Infektion bei Vertragsabschluss wissentlich verschwiegen und kann dies vom Versicherer nachgewiesen werden, so kann er vom Vertrag zurücktreten und muss keine Leistungen zahlen. Die Rechtsfolgen können jeweils den Versicherungsbedingungen entnommen werden[851].

Etwa 75 % der privaten Lebens- und Krankenversicherungen weigern sich zudem, mit homosexuellen Männern Versicherungsverträge abzuschliessen, weil sie das „AIDS-Risiko“ fürchten. Die Versicherungen fragen jedoch nicht nach der sexuellen Orientierung, sondern schliessen darauf, wenn der Antragsteller angibt, dass er in eingetragener Lebenspartnerschaft lebt, oder einen Mann als Begünstigter angibt. Abgelehnte Antragsteller werden in eine „Schwarze Liste“ aufgenommen mit der Folge, dass sich auch allen anderen Versicherer weigern, mit der betroffenen Person einen Versicherungsvertrag abzuschliessen[852].

---

[850] Wiessner, siehe Fn 849.

[851] Quelle: www.aidshilfe.de (12.06.06)

[852] Rechtliche Probleme von HIV-Infizierten und Aids-Kranken, Quelle: http://typo3.lsvd.de/573.0.html (12.06.06).

Es fragt sich, ob sich die Situation mit dem Inkrafttreten des AGG verändert hat. Gemäss § 19 AGG gilt das Benachteiligungsverbot auch im Zivilrechtsverkehr. Abs. 1 Ziff. 2 verbietet eine Benachteiligung aufgrund einer Behinderung bei der Begründung eines zivilrechtlichen Schuldverhältnisses, u.a., wenn dieses eine privatrechtliche Versicherung zum Gegenstand hat. Die Versicherung kann sich jedoch auf § 19 Abs. 2 stützen und geltend machen, die unterschiedliche Behandlung aufgrund der Behinderung (oder des Alters oder der sexuellen Idendität) beruhe auf anerkannten Prinzipien risikoadäquater Kalkulation, insbesondere auf einer versicherungsmathematisch ermittelten Risikobewertung unter Heranziehung statistischer Erhebungen. Mit dieser Stipulierung objektiver Gründe als Voraussetzung für die zulässige Ablehnung von Versicherungsanträgen obliegt es der Versicherung, den Nachweis zu erbringen, dass eine Antragsstellerin mit positiver HIV/AIDS-Diagnose tatsächlich nicht versicherbar ist. HIV-Positive Versicherte mit gutem Verlauf, insbesondere geringer Virusmenge und hoher CD-4 Zellen dürften je nach Versicherungsprodukt als versicherbar gelten.

5.9 Einschätzungen zur Wirkung des deutschen Diskriminierungsschutzes

5.9.1 Modalitäten der Befragung und ergänzende Methoden

Zur Einschätzung der Wirkung des deutschen Diskriminierungsschutzes wurden insgesamt folgende Organisationen und Personen mit der Bitte angeschrieben, einen Fragebogen mit offenen Fragen zum Diskriminierungsschutz und dessen Wirkung für Menschen mit HIV/Aids in der Arbeitswelt zu beantworten:

Regierung / Verwaltung:

- Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen (Dirk Lesser, der auch Fachbeiratsmitglied der Deutschen AIDS-Stiftung ist)
- Bundesministerium für Gesundheit (Frau Miesala-Edel)

Nichtregierungsorganisationen:

- Deutsche Aids-Hilfe e.V.
- Berliner Aids-Hilfe
- Münchner Aids-Hilfe

Organisationen von Menschen mit HIV/Aids:

- Deutsche Aidshilfe i.V.
- Akademie Waldschlösschen, Heimvolkshochschule

Rechtsexperten/innen:

- Spiros Simitis, Johann Wolfgang Goethe-Universität, Institut für Arbeits-, Wirtschafts- und Zivilrecht, Frankfurt/Main
- Petra Senne, Fachhochschule Dortmund, Fachbereich Wirtschaft (Arbeitsrecht), Dortmund
- Manfred Bruns, Lesben- und Schwulenverband Deutschland (LSVD)
- Markus Mahlmann, Ländersachverständiger der EU für Deutschland zum Thema Diskriminierung
- Jacob Hösl (Anwalt; die Aidshilfe Dresden hat auf Anfrage Herrn Hösl als Rechtsexperten, der seit Jahren juristische Sachverhalte im Kontext zu HIV/Aids analysiert, angegeben.)

Die Durchführung der Befragung zur Einschätzung des Diskriminierungsschutzes in Deutschland gestaltete sich äussert aufwendig wie in den anderen Vergleichsstaaten. Die angefragten Personen/Organisationen in Deutschland zeigten grundsätzlich grosses Interesse an der rechtsvergleichenden Studie und waren sehr kooperativ, sei es, indem sie sich bereit erklärten, den Fragebogen selbst auszufüllen oder uns aus zeitlichen Gründen oder aufgrund mangelnder Kenntnisse an Personen/Institutionen verwiesen, die zum Thema Auskunft gegeben konnten.

Von den Nichtregierungsorganisationen wurde sowohl die Dachorganisation Deutscher Aids-Hilfen als auch einzelne ihrer Satelliten angefragt, welche sich schliesslich für das Ausfüllen des Fragebogens zusammenschlossen. Aus zeitlichen Gründen lehnte es Markus Mahlmann, der deutsche EU Länderbeauftragte zum Thema Diskriminierung, zu den Fragen Stellung zu nehmen. Für die Befragung von HIV/Aids direkt Betroffenen richteten wir unsere Anfrage auf Empfehlung der Deutschen Aids-Hilfe an die Akademie Waldschlösschen, die regelmässig Betroffenen-Treffen organisiert. Herr Wolfgang Vorhagen erklärte sich freundlicherweise bereit, den Fragebogen an einem der nächsten Treffen zur Beantwortung aufzulegen. Er wies jedoch darauf hin, dass nur ein geringer Rücklauf zu erwarten sei, da die Bereitschaft/Motivation der Direktbetroffenen aufgrund der Häufung von Fragebögen in den letzten Jahren stark abgenommen hätte.

Ausgefüllte Fragebogen erhielten wir schliesslich von folgenden Institutionen/Personen in Deutschland:

- Deutsche Aids-Hilfe e.V.
- Spiros Simitis, Johann Wolfgang Goethe-Universität, Institut für Arbeits-, Wirtschafts- und Zivilrecht, Frankfurt/Main
- Petra Senne, Fachhochschule Dortmund, Fachbereich Wirtschaft (Arbeitsrecht), Dortmund
- Manfred Bruns, Lesben- und Schwulenverband Deutschland (LSVD)

Trotz anfänglicher Euphorie, dass es gelungen ist, einige Personen/Organisationen zur Beantwortung des Fragebogens zu bewegen, ist das Resultat der Befragung, ob hinsichtlich der Anzahl der eingetroffenen, ausgefüllten Fragebögen oder hinsichtlich des Umfangs der Antworten, eher ernüchternd. In den folgenden Unterkapiteln wird versucht, ein möglichst präzises Bild über die Einschätzung der Wirkung des deutschen Diskriminierungsschutzrechts bei HIV/Aids-Diskriminierungen im Bereich der Arbeitswelt zu vermitteln.

5.9.2 Bewertung der vorhandenen Diskriminierungsschutznormen

Die entscheidenden Regelungen und relevant in der Bewertung der vorhandenen Diskriminierungsschutzes sind das Grundgesetz (GG), Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG), Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), Sozialgesetzbuch Neuntes Buch (SGB IX), Gesetz zur Gleichstellung behinderter Menschen (BGG), Kündigungsschutzgesetz (KSchG), Entgeltfortzahlungsgesetz, gesetzliche Krankenversicherung (SGB V), Erwerbsminderungsrente (SGB VI) und das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG). Zur Zeit der Befragung war das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) noch nicht in Kraft. Die Befragten erhofften sich jedoch mit einem Antidiskriminierungsgesetz einen verbesserten Diskriminierungsschutz im Allgemeinen, aber auch für Menschen mit HIV/Aids.

Die folgenden Auswertungen sind im Bewusstsein, dass zur Zeit der Befragung das AGG noch nicht in Kraft war, zur Kenntnis zu nehmen.

5.9.3 Bewertung der praktischen Anwendung der Diskriminierungsschutznormen

Die Einschätzung der Wirksamkeit der Diskriminierungsschutznormen reicht von ausreichend bis nicht zufrieden stellend. Hierzu wird von den Rechtsexperten darauf hingewiesen, dass die bereits oben angesprochene Antidiskriminierungsregelung unbedingt notwendig sei.

Die heutigen Regelungen stellen nicht spezifisch auf HIV/Aids ab, sondern enthielten allgemeine Vorschriften für alle Formen von Erkrankungen. Der Schutz wird sich häufig nicht aus dem Gesetz selbst ergeben, sondern erst durch die Anforderungen, die das Bundesarbeitsgericht in seiner Rechtsprechung aufstelle, so z.B., was die Anforderungen an eine krankheitsbedingte Kündigung angehe. Was ebenfalls als stossend empfunden wird, ist, dass ein Mensch mit HIV/Aids erst in den Genuss des besonderen Kündigungsschutzes nach Schwerbehindertengesetz kommt, wenn ein Schwerbehindertengrad von 50 und mehr erreicht werde oder in sogenannten Härtefällen[856]. Im Fall von HIV/Aids mit seinen unregelmässigen Episoden von Arbeitsunfähigkeit resp. -arbeitsfähigkeit sei diese Regelung äusserst unbefriedigend und Betroffene würden nicht in den Genuss eines rechtlich wirksamen (besonderen) Kündigungsschutzes kommen. Überhaupt befinde sich nach Aussage des Dachverbandes Deutschen Aids-Hilfe (Rene Schmidt) das Thema HIV/Aids und Arbeit in Deutschland in den „Kinderschuhen".

Als mögliche Gründe, die betroffene Menschen mit HIV/Aids davon abhalten, den berechtigten Anspruch auf Gleichbehandlung geltend zu machen, werden vor allem Angst vor sozialer Diskriminierung und Stigmatisierung angegeben. Weitere Gründe seien fehlende finanzielle Mittel, fehlende Informationen über die zustehenden Rechte, Sorge vor der psychischen Belastung durch einen Rechtsstreit und die Beweisschwierigkeiten.

Die Betroffenen können ihre Rechte im Klageverfahren vor den Arbeitsgerichten geltend machen. Führen die eingelegten Rechtmittel nicht zum Erfolg, kann der Europäische Gerichtshof (und/oder der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte) angerufen werden. Die Vorgaben der Europäischen Union würden sich geradezu von selbst als Grundlage für die Geltendmachung von Gleichbehandlungsansprüchen anbieten. Ein Verbandsklagerecht gibt es innerstaatlich nicht, aber sei im Entwurf für ein Antidiskriminierungsgesetz sowohl für Antidiskriminierungsverbände, Betriebsräte als auch für Gewerkschaften vorgesehen.

Alles in allem besteht eine grosse Hoffnung in das Antidiskriminierungsgesetz, das einen verbesserten Diskriminierungsschutz gewährleisten soll, aber dessen Entwurf heute noch von der Regierung auf Eis gelegt ist.

[856] Damit meinten die Befragen die Behinderten, die im Sinne von § 68 in Verbindung mit 69 SGB IX schwer Behinderten gleich gestellt sind.

5.10 Würdigung des deutschen Diskriminierungsschutzes bei HIV/Aids

Bereits vor dem Inkraftreten des Allgemeinen Diskriminierungsschutzgesetz AGG zeichnete sich das deutsche Recht durch eine Vielfalt von Normen aus, mit denen Diskriminierung von Menschen mit HIV/Aids im Arbeitsverhältnis bekämpft werden konnte. Das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot, die Bestimmungen des Betriebsverfassungsrechts sowie der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz und der arbeitrechtliche Persönlichkeitsschutz genügten indes den Anforderungen der RL 2000/78/EG, insbesondere für die Kriterien Rasse und ethnische Herkunft, Religion oder Weltanschaung, Alter und sexuelle Orientierung nicht.

Auch der recht weitgehende Schutz in der Gesetzgebung für Schwerbehinderte (ins SGB IX integriert) vermochte den europarechtlichen Anforderungen nicht zu genügen, da RL 2000/78/EG den Schutz für Behinderte nicht auf Schwerbehinderte beschränkt. Damit steht auch fest, dass das AGG-Benachteiligungsverbot aufgrund einer Behinderung nicht auf Schwerbehinderte beschränkt sein kann. Für Menschen mit HIV/Aids hat sich durch das AGG deshalb der Diskriminierungsschutz verstärkt, zumindest sofern und soweit bereits die symptomfreie HIV- oder die noch nicht weit fortgeschrittene Infektion als Behinderung im Sinne der RL 2000/78/EG und des AGG gilt.

Der Zugang zu privaten Zusatzversicherungen für Lohnausfall und Invalidität wird ebenfalls vom AGG erfasst. Das AGG sieht jedoch vor, dass eine Ungleichbehandlung aufgrund (u.a.) einer Behinderung durch anerkannte versicherungsmathematische Risikoeinschätzungen gerechtfertigt ist. Im Ergebnis werden nur wenige HIV-positive Antragsstellende Chancen auf einen Versicherungsabschluss haben. Diese Ungleichbehandlung ist jedoch im Lichte der sehr langen Dauer gesetzlicher Krankenversicherungsleistungen bei fortgesetzter krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit zu betrachten.

6 Schutz vor HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis in Kanada

6.1 Ausgangslage

6.1.1 Epidemiologische Situation in Kanada

In Kanada wurden total 60’160 positive *HIV/AIDS Tests* zwischen 1985 und 2005 gemeldet[857]. Die Anzahl gemeldeter Fälle pro Jahr sind zwar in den

[857] Quelle: http://www.phac-aspc.gc.ca/publicat/aids-sida/haic-vsac1205/pdf/haic-vsac1205.pdf (11.04.06).

letzten Jahren bei ca. 2'500 stagniert, jedoch verändert sich die Ausbreitung unter den verschiedenen Risikogruppen ständig. Leicht rückläufig ist der Anteil positiver HIV/AIDS Tests bei der Kategorie, die sich durch Injektion von Drogen infiziert haben, während der Anteil positiver Testergebnisse bei Männer mit homosexuellen Kontakten und der Gruppe heterosexueller Personen zugenommen haben. Verfolgt man die Entwicklung mit Blick auf die Kategorie Frauen, so stellt man fest, dass Frauen vor 1996 einen Anteil von 10,5 % der positiven HIV/AIDS Test ausmachten, während es im Jahr 2005 bereits über 30 % der positiven HIV/AIDS Tests waren. In Kanada sind bis Ende 2005 total 20'315 Aids Fälle diagnostiziert worden[858].

6.1.2 Die Struktur der HIV/Aids-Bekämpfung

Canadian Strategy on HIV/AIDS

Die National AIDS Strategy[859] trat in Kanada 1990 in ihre erste Phase (1990-1993). Überwachungssysteme und kommunale Aufbauaktivitäten wurden aufgebaut. Eine zweite Phase wurde aufgrund der wachsenden Komplexität von HIV/Aids Problematik auf fünf Jahre (1993-1998) ausgedehnt. Es ging vor allem darum, Partnerschaften mit Bundesbehörden, mit den Regierungen der Provinzen und Territorien, mit Nichtregierungsorganisationen, mit Vertretern des privaten Sektors, professionellen Gruppierungen und sonstigen Interessensvertretern herzustellen.

1998 wurde die Canadian Strategy on HIV/AIDS (CSHA) unter Leitung der Health Canada und nach ausgedehnten Beratungen mit Interessenvertretern[860] lanciert. Neben der Integration und Nachhaltigkeit der bisherigen Massnahmen sind Prävention, Unterstützung von nationalen Interessensvertretern (u.a. NGO), Behandlung und Unterstützung von Menschen mit HIV/Aids, HIV/Aids-Forschung, internationale Zusammenarbeit, Abbau von Stigmatisierung und Diskriminierung, Menschenrechtsschutz, Schutz der kanadischen Ureinwohner („Aboriginal

[858] PUBLIC HEALTH AGENCY OF CANADA, S. 1ff. Bei den Angaben zu Aids fehlen die statistischen Daten der Provinz Quebec.

[859] Für die National AIDS Strategy siehe Quelle: http://www.phac-aspc.gc.ca/aids-sida/hiv_aids/federal_initiative/monitoring/can_strat.html (11.04.06).

[860] Die nationalen Partner: Ministerial Council on HIV/AIDS, National Aborigional Council on HIV/AIDS, Federal/Privincial/Territorial (FPT) Advisory Committee on AIDS; national Interessensvertreter: Canadian AIDS Society, Canadian Aboriginal AIDS Network, International Coalitiion on AIDS and Development, Canadian Treatment Action Council, Canadian AIDS Treatment Information Exchange, Canadian HIV/AIDS Legal Network, Canadian HIV/AIDS Information Centre.

community"), Evaluation und Monitoring wichtige Komponente der CSHA[861].

Federal Initiative to Address HIV/AIDS in Canada

Die Federal Initiative to Address HIV/AIDS baut auf den bisherigen Erfahrungen und Erreichtem in der HIV/Aids-Bekämpfung in Kanada auf. Es geht bei vor allem darum, den kanadischen Aktionsplan 2005-2010 umzusetzen. *Leadingtogether: Canada Takes Action on HIV/AIDS (2005-2010)*[862] ist der „blueprint" für die kanadische Interessensgemeinschaft in der Bekämpfung von HIV/Aids. Um die bis 2010 gesetzten Ziele, u.a. der Abbau sozialer Ungerechtigkeit, Stigmatisierung und Diskriminierung verwirklichen zu können, wurden zentrale Strategien wie die verstärkte Sensibilisierung hinsichtlich der Auswirkungen von HIV/Aids und der Abbau von sozialen Faktoren/Ungleichheiten, die die HIV/Aids-Epidemie antreiben[863], ausgearbeitet. Geschlechtsspezifische Untersuchungen und Menschenrechte werden zentraler Bestandteil sein. Die Verwirklichung des Aktionsplans *leadingtogether* beruht auf einer Zusammenarbeit der HIV/Aids Interessensgemeinschaft unter der Führung von *Public Health Agency* of Canada.

6.1.3 Daten zur HIV/Aids-Diskriminierung am Arbeitsplatz

In Kanada wurden bisher keine wissenschaftlichen Untersuchungen zum Ausmass der HIV/Aids Diskriminierung in der Arbeitswelt durchgeführt. Hingegen wurde im Jahr 2003 eine von der kanadischen Regierung finanzierte Befragung von 2004 Personen abgeschlossen, die die Einstellung der kanadischen Bevölkerung gegenüber Menschen mit HIV/Aids aufzeigt[864].

Die kanadische Bevölkerung ist generell sehr gut über HIV/Aids informiert. Weniger als eine in zehn Personen sieht sich der Gefahr einer Übertragung ausgesetzt. Dahingegen hatten die Befragten eine unterschiedliche Einstellung gegenüber Menschen mit HIV/Aids. 85 % der Befragten konnten sich vorstellen mit Menschen mit HIV/Aids befreundet zu sein. Eine in zehn Personen waren jedoch der Meinung, dass Personen, die sich über Geschlechtsverkehr oder dem Konsum von Drogen mit HIV/AIDS infizierten, das erhielten, was sie verdient hätten. Auf die Frage der

[861] Für die Canadian Strategy on HIV/AIDS siehe Quelle: http://www.hc-sc.gc.ca/ahc-asc/media/nr-cp/2004/2004_29bk2_e.html (11.04.06).
[862] Leading Together: Canada Takes Action on HIV/AIDS (2005-2010), Oktober 2005, Quelle: http://www.leadingtogether.ca/index.html (11.04.06).
[863] Siehe dazu DE BRUYN.
[864] EKOS RESEARCH ASSOCIATES; siehe auch DE BRUYN/GARMAISE, S. 31-32.

Befindlichkeit am Arbeitsplatz gaben ein Drittel der Befragten ein Unbehagen an. Die Hälfte der Befragten war der Auffassung, dass ein Mensch mit HIV/Aids nicht in Berufen wie Zahnarzt oder Koch tätig sein sollte. Die Untersuchung schlägt vor, dass die Kombination von Wissen über HIV/Aids und der Kontakt mit Menschen mit HIV/Aids Stigmatisierung entgegen wirken würde.

Verschiedene kleinere Untersuchungen[865] wiesen darauf hin, dass sowohl bei Arbeit, Miete als auch in anderen Lebensbereich Menschenrechtsverletzungen gegenüber Menschen mit HIV/Aids stattfinden. Eine Untersuchung der Menschenrechtsorganisation AIDS Calgary ergab, dass ein Drittel der in Alberta befragten Personen mit HIV/Aids wegen ihrer Seropositivität von Arbeitgebern und Mitarbeitenden ungerecht behandelt würden: Kündigung, Aufforderung zur Kündigung oder deutliche Reduktion des Arbeitspensums und Verletzung der Geheimhaltungspflicht[866].

6.2 Allgemeines zum Diskriminierungsschutz in Kanada

6.2.1 Rechtssystem

Kanada ist ein Bundesstaat, der aus einer Bundesregierung (Zentralgewalt), zehn verschiedenen Provinzen und drei Territorien aufgebaut ist. Die Kompetenzverteilung zwischen Zentralgewalt und den Provinzen/Territorien ist im Constitution Act, 1867 geregelt. Der Diskriminierungsschutz wird einerseits von der Verfassung und andererseits durch die Antidiskriminierungsgesetze auf Bundesebene und in den Provinzen garantiert.

Die kanadische Charter of Rights and Freedoms als Bestandteil des Constitution Acts, 1985[867], enthält in Sektion 15 („Equality Rights") ein allgemeines Diskriminierungsverbot, das die Ungleichbehandlung aufgrund der Rasse, Nationalität, ethnische Herkunft, Hautfarbe, Religion, Geschlecht, Alter oder geistige oder physische Behinderung verbietet. In *Brown v. British Columbia*[868] wird anerkannt, dass HIV/Aids vom Diskriminierungsmerkmal „Behinderung" erfasst wird. Eine Diskriminierung wegen HIV/Aids kann jedoch nur erfolgreich geltend gemach werden, wenn eine Verletzung der

[865] LEECH, S. 24; für die Resultate der gesamten Studie siehe www.aidscalgary.org/programs/humanRightsQuestion.shtml (01.03.06); OLIVIER, S. 52.
[866] AIDS Calgary human rights questionnaire, 2002, Quelle: www.aidscalgary.org (01.03.06).
[867] The Constitution Act, 1982, Teil I, Verzeichnis B zum Canada Act 1982 (U.K.), 1982.
[868] Brown v. British Columbia (Minister of Health) (1990), 66 DLR (4th) 444 (BCSC); siehe auch Wakeford v. Canada (1998), 166 DLR (4th) 131 (Ont Ct Gen Div).

Menschenwürde nachgewiesen wird[869]. Der Staat seinerseits muss die Verletzung des Diskriminierungsverbots unter Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips rechtfertigen[870]. Die Verfassung ist dem übrigen nationalen Recht übergeordnet[871]. Gemäss Sektion 32 findet die kanadische Charter of Rights and Freedoms nur Anwendung im Verhältnis zum Staat[872] und privaten Akteuren, die mit einer öffentlichen Aufgabe betraut sind. Das allgemeine Diskriminierungsverbot im Sinne der kanadischen Charter of Rights and Freedom verpflichtet den Staat als Arbeitgeberin[873]. Die Charter verpflichtet somit keine Personen im Verhältnis unter Privaten[874].

Im Gegensatz zum verfassungsrechtlichen allgemeinen Diskriminierungsverbot, das dem Einzelnen lediglich Schutz vor staatlichen Übergriffen garantiert, schützen Antidiskriminierungsgesetze auf Bundesebene und in den Provinzen/Territorien vor Diskriminierungen auch unter Privaten bei Arbeit, Miete, Vertrag und Dienstleistungen[875]. Die Kompetenz der Provinzen/Territorien, Antidiskriminierungsgesetze zu erlassen, ist im Constitution Act 1867 geregelt. Sektion 92 besagt, dass es ausschliessliche Kompetenz der Provinzen ist, die Bereiche „property and civil rights“ (13), „matters of a merely local and private nature in the Province“ (16) und „local works and undertakings“ (10) zu regeln. Der auf Bundesebene geltende Canadian Human Rights Act wird hingegen auf Regelungsbereiche angewendet, die aufgrund von Sektion 91 des Constitution Acts 1867 in die ausschliesslich Kompetenz des kanadischen Parlament fallen[876].

6.2.2 Internationale Rahmenbedingungen

[869] Law v. Canada, [1999] 1 SCR 497; Granovsky v. Canada, [2000] 1 SCR 703; Lavoie v. Canada, [2002] 1 SCR 769.
[870] R v. Oakes, [1986] 1 SCR 103; Thomson Newspaper Co v. Canada (Attorney General), [1998] 1 SCR 877.
[871] The Constitution Act, 1982, Teil I, Verzeichnis B zum Canada Act 1982 (U.K.), 1982, Sektion 52 (1).
[872] U.a. R v. Rahey, [1987] 1 SCR 588.
[873] Douglas/Kwantien Faculty Association v. Douglas College, [1989] 3 SCR 570; Lavigne v. OPSEU, [1991] 2 SCR 211.
[874] Siehe auch ELLIOTT/GOLD.
[875] BIRENBAUM/PORTER.
[876] TARNOPOLSKY/PENTNEY/GARDENER, S. 3-51.

Geltung des Völkerrechts in Kanada

Im kanadischen Rechtssystem gilt die strikte Trennung zwischen Völker- und Landesrecht (Dualismus). Das Verhältnis zwischen Völker- und Landesrecht ist einerseits bestimmt durch die „doctrine of transformation“[877]. Danach sind völkerrechtliche Verträge im kanadischen Recht nicht direkt anwendbar[878], sondern müssen, um Geltung zu erlangen, vom Parlament oder vom Gesetzgeber der Provinzen ins kanadische Recht umgesetzt werden[879]. Um bei fehlender Umsetzung nicht gegen internationale Vereinbarungen zu verstossen, herrscht andererseits die „doctrine of adoption“ und „treaty presumption“[880]. Die „doctrine of adoption“ besagt, dass Bestimmungen des Völkerrechts gerichtlich direkt durchsetzbar sind, soweit sie Landesrecht nicht widersprechen. „Treaty presumption“ verlangt von den gerichtlichen Behörden, dass sie nationale Gesetze völkerrechtskonform auslegen und sich dabei auf internationale Bestimmungen beziehen.

Die folgende Tabelle zeigt den Stand der völkerrechtlichen Verpflichtungen Kanadas im Überblick:

Tabelle 25: Völkerrechtlicher Diskriminierungsschutz in Kanada

Instrumente	Ratifiziert	Vorbehalte	Bemerkungen
UN-Pakt für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte	Ja	Nein	
UN-Pakt für bürgerliche und politische Rechte	Ja	Nein	
Fakultativprotokoll zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte	Ja	Nein	
Abkommen Nr. 111 der Internationalen Arbeitsorganisation über die Diskriminierung	Ja		
Abkommen Nr. 158 der Internationalen Arbeitsorganisation	Nein		
Abkommen Nr. 159 der Internationalen Arbeitsorganisation	Nein		
American Declaration on the Rights and			nicht bindend

[877] BRUDNER, S. 219ff.
[878] Baker v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration) (1996), 142 D.L.R. (4th) 554, 207 N.R. 57, 122 F.T.R. 320 (note), [1997] 2 F.C. 127 (Fed. C.A.).
[879] Constitution Act, 1867 (U.K.), 30 & 31, Victoria, c. 3, Titel VI, Art. 91ff.; siehe auch GOVERNMENT OF CANADA (Guide), S. 6ff.
[880] KINDRED, S. 167ff.; Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (1998), 1 S.C.R., 982, E 51.

Quelle: Eigene Darstellung HIV/Aids-Diskriminierungsstudie

6.3 Antidiskriminierungsgesetze

Bei den *Human Rights Acts/Codes* handelt es sich um reine Antidiskriminierungsgesetze, die das Diskriminierungsverbot in verschiedenen Lebensbereich gewährleisten. Der Supreme Court of Canada anerkennt nicht nur die Vorrangstellung der Antidiskriminierungsgesetze[881], sondern spricht ihnen sogar einen „quasi"-Verfassungsrang zu[882]. Nach wie vor ist die Rechtsprechung jedoch unklar, welchem Gericht die Kompetenz zur Entscheidung zufällt, wenn der Sachverhalt sich so verhält, dass der Human Rights Act/Code mit einem anderen Gesetz (z.B. „Canadian Labour Code") kollidiert. Die Frage, ob eine konkurrenzierende („concurrent"), eine überschneidende („overlapping") oder ausschliessliche („exclusive") Gerichtsbarkeit in Bezug auf den Human Rights Act/Code im Verhältnis zu anderen Gesetzgebung ist unbeantwortet[883].

Auf der Basis der Antidiskriminierungsgesetze wird eine Kommission eingesetzt, die geltend gemachte Diskriminierungstatbestände untersucht[884]. Stellt die Kommission fest, dass ein diskriminierendes Verhalten vorliegt und jeglicher Versuch eines Vergleichs scheitert, übergibt sie den Fall zur Entscheidfindung dem Gericht („tribunal")[885].

Die Diskriminierungsverbote in den Antidiskriminierungsgesetzen erwähnen HIV/Aids nicht ausdrücklich als Persönlichkeitsmerkmal, aufgrund derer eine Ungleichbehandlung verboten ist. Gemäss der von der Human Rights Commission auf Bundesebene sowie z.T. in den Provinzen erlassenen Richtlinien zur HIV/Aids-bedingten Diskriminierung und in der Rechtsprechung wird HIV/Aids jedoch vom Begriff der Behinderung („disability" oder „handicap") erfasst. Neben der Anerkennung von HIV/Aids als Behinderung wird eine Diskriminierung aufgrund

[881] Winnipeg School Division No 1 v. Craton, [1985] 2 SCR 150.
[882] Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink [1982] 2 SCR 145; Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpson-Sears Ltd [1985] 2 SCR 536.
[883] Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program) [2006], SCJ 14; Canada (House of Commons) v. Vaid [2005] SCJ 28; Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General) [2004] SCJ 34; Quebec (Attorney General) v. Quebec (Human Rights Tribunal) [2004] 2 SCR 223.
[884] British Columbia hat die Human Rights Commission im Jahre 2003 abgeschafft, was nun eine Klage direkt an ein Human Rights Tribunal ermöglicht. Northwest Territories und Nunavut: Fair Practice Office anstelle einer Kommission.
[885] ELLIOTT/GOLD. Die Gerichte warden je nach Provinz auch als "Board of Inquiry", "Human Rights Panel" oder "Board of Adjucation" bezeichnet.

angenommener („perceived“) HIV-Infektion unter das Persönlichkeitsmerkmal der sexuellen Orientierung subsumiert, da beispielsweise Homosexualität in Verbindung mit HIV/Aids gebracht wird.

In der folgenden Tabelle werden die Antidiskriminierungsgesetze, Richtlinien zur HIV/Aids Diskriminierung und Urteile auf Bundesebene und in den Provinzen aufgelistet:

Tabelle 26: Diskriminierungsschutz auf Bundesebene

	HIV/Aids als Diskriminierungsgrund	
Rechtsinstrument	**Richtlinien**	**Fälle**
Canadian Charter of Rights and Freedoms		
Canadian Human Rights Act	Canadian Human Rights Commission Policy on HIV/Aids Menschen mit HIV/Aids Menschen, die zwar nicht HIV-positiv sind, die jedoch wegen ihrer Zugehörigkeit zu einer Risikogruppe diskriminiert warden, weil eine HIV/Aids Infektion angenommen wird (“perceived disability”) Homosexuelle Drogenabhängige	Brown v. British Columbia [Minister of Health] (1990) 66 DLR (4th) 44 (BC Supreme Court) CPRail v. Canada (HR Commission), [1991] 1 FC 571 (Fed CA) Thwaites v. Canada (Canadian Armed Forces), [1993] CHRD No 9

Quelle: Draft Table of Legislation by Jurisdiction and Ground of Discrimination, Canadian Legal Network

Tabelle 27: Diskriminierungsschutz in den Provinzen

	HIV/Aids als Diskriminierungsgrund	
Rechtsinstrument	**Richtlinien**	**Fälle**
Alberta **Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act**		E (S T) v. Bertelsen, [1998] AJ No 494 (AHRC)
British Columbia **Human Rights Code**		Biggs v. Hudson [1988] BCCHRD No 22 J v London Life Insurance Co., [1999] BCHRTD No 35
Manitoba	Fact Sheet: Prohibiting Discrimination Based on	

Human Rights Code	AIDS/HIV Infection	
New Brunswick **Human Rights Code**	General Criteria for the Investigation of Complaints of HIV/AIDS Discrimination	
Newfoundland & Labrador **Human Rights Code**		
Nova Scotia **Human Rights Act**		Morrison v. O'Leary [1992] NSHRBID No 3, para 61
Ontario **Human Rights Code**	Policy on HIV/Aids related Discrimination	Moffat v. Kinark Child and Family Services, [1998] OHRBID No 19
Prince Edward Island **Human Rights Code**		
Quebec **Charter of Human Rights and Freedoms**	La Prévention de la Discrimination Contre les Personnes Atteintes du HIV/SIDA et la Protection de leurs Droits au Cuébec	Hamel v. Malaxos, [1994] FJQ 173 (CQ)(TDPQ)
Saskatchewan **Human Rights Code**		
Northwest Territories **Fair Practices Act**		
Nunavut **Fair Practices Act** **Yukon** **Human Rights Act**		

Quelle: Draft Table of Legislation by Jurisdiction and Ground of Discrimination, Canadian Legal Network

In den folgenden Unterkapiteln wird der Diskriminierungsschutz mit besonderem Bezug auf die HIV/Aids-relevanten Aspekte in der Arbeitswelt auf Bundesebene anhand des Canadian Human Rights Acts, und in den Provinzen beispielhaft anhand des Ontario Human Rights Acts dargestellt. Der Canadian Human Rights Act und die Human Rights Codes in den Provinzen/Territorien finden sowohl im öffentlichen wie privaten Bereich Anwendung. Auf Bundesebene für den öffentlichen Bereich betrifft dies die Departmente der Bundesregierung, die Vollzugsbehörden, die „Crown corporations" und die „Firsts Nations band councils". Im privaten Bereich auf Bundesebene handelt es sich um Unternehmen, die grenzüberschreitend in den einzelnen Provinzen tätig sind und deshalb vom Bundesrecht erfasst werden: Banken, Fluggesellschaften, TV, Radio, Telefongesellschaften, Buss-

und Eisenbahngesellschaften[886]. Entsprechend verhält es sich auf der Ebene der Provinzen, nur dass es sich hier um private Unternehmen handelt, die innerhalb der Provinzen tätig sind.

6.3.1 Diskriminierungsschutz auf Bundesebene:The Canadian Human Rights Act

Ein umfassendes Diskriminierungsverbot garantiert der Canadian Human Rights Act (CHRA)[887]. Er erweitert den Schutz des Einzelnen vor Diskriminierung in den Lebensbereichen Arbeit, Miete, Dienstleistungen sowie auf Angehörige einer Arbeitnehmerorganisation[888]. Der CHRA findet auf Massnahmen Anwendung, die auf Bundesebene im privaten wie öffentlichen Bereich getroffen werden[889].

The Canadian Human Rights Commission

Für Verletzungen der Diskriminierungsverbote nach CHRA sind die Canadian Human Rights Commission gemäss Sektion 26ff des CHRA und das Canadian Human Rights Tribunal gemäss Sektion 48ff CHRA zuständig. Die Canadian Human Rights Commission hat keine Kompetenzen darüber zu entscheiden, ob eine Verletzung vorliegt. Ihre Aufgabe ist es, vorfrageweise und unter grossem Ermessen abzuklären, ob eine eingegangene Klage an das Canadian Human Rights Tribunal gezogen werden soll. Die Kompetenz über eine Verletzung richterlich zu entscheiden liegt alleine beim Canadian Human Rights Tribunal. Das Urteil ist bindend und kann an ein höheres Gericht weiter gezogen werden[890].

Die Canadian Human Rights Commission wird eine Klage ablehnen, wenn den Parteien andere Möglichkeiten zur Klage gegen Diskriminierung offen stehen. Dies gilt insbesondere für Arbeitnehmer, die einer Gewerkschaft angehören. Die Gewerkschaft kann anstelle ihres Mitglieds den Arbeitgeber wegen Verletzung des Diskriminierungsverbots aus Kollektivverträgen vor dem Arbeitsgericht einklagen. Nach kanadischem Recht sind nämlich Human Rights Code, ob auf Bundesebene oder in den Provinzen/Territorien, automatisch stillschweigender Bestandteil von Kollektivverträgen[891].

---

[886] Quelle: http://www.chrc-ccdp.ca/discrimination/federally_regulated-en.asp (29.08.06).
[887] Canadian Human Rights Act (R.S., 1985, c. H-6).
[888] Art. 2 des Canadian Human Rights Acts.
[889] ELLIOTT/GOLD.
[890] ELLIOTT/GOLD.
[891] ELLIOTT/GOLD.

HIV/Aids als Diskriminierungsmerkmal

Die Persönlichkeitsmerkmale, die keine Ungleichbehandlung erlauben, werden ausdrücklich in Sektion 3 wiederholt. Bei der Behinderung kann es sich nach der Definition in Sektion 25 um eine vorherige oder bestehende geistige oder körperliche Behinderung handeln, wobei Entstellungen und vorherige oder bestehende Alkohol- oder Drogenabhängigkeit ebenfalls darunter fallen.

HIV/Aids ist in Sektion 3 nicht ausdrücklich als verpöntes Diskriminierungsmerkmal aufgeführt. Das kanadische Human Rights Tribunal schloss 1989 diese Lücke, indem sie in *Fontaine v. Canadian Pacific Ltd* bestimmte, dass die Entlassung eines Kochs ausschliesslich wegen HIV/AIDS ein diskriminierendes Verhalten darstelle[892]. Der Entscheid wurde später vom Federal Court of Appeal gutgeheissen[893]. Die Canadian Human Rights Commission bestätigt 1996 ihre Politik, indem sie den Grundsatz ausdrücklich anerkennt, dass

> [e]veryone has the right to equality and to be treated with dignity and without discrimination, regardless of HIV/Aids status[894].

Nach einer Richtlinie zu HIV/Aids bedingter Diskriminierung der Canadian Human Rights Commission ist eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von Menschen mit HIV/Aids vom Schutzbereich des Diskriminierungsverbots aufgrund der Behinderung gemäss Sektion 3 CHRA erfasst. Geschützt sind auch Menschen, von denen angenommen („perceived") wird, dass sie HIV/Aids infiziert sind, weil sie einer Risikogruppe angehören oder in einer Beziehung mit einer HIV-infizierten Person oder Personengruppe leben[895].

Schutzbereich

Ein diskriminierendes Verhalten ist jede direkte oder indirekte Ungleichbehandlung bei Anstellung, Beendigung oder während des Arbeitsverhältnisses (Sektion 7 CHRA) aufgrund der

---

[892] Fontaine v. Canadian Pacific Ltd [1989], 29 CCEL 192; später bestätigt in Thwaites v. Canada (Canadian Armed Forces), [1994] 3 FC 38 (TD).
[893] Canadian Pacific Ltd v. Canadian Human Rights Commission. [1990], 1 FC 571 (CA).
[894] Canadian Human Rights Commission Policy on HIV/Aids, Quelle: http://www.chrc-ccdp.ca/legislation_policies/aids-en.asp (21.02.06). Bereits 1988 hat die Canadian Human Rights Commission HIV/Aids als verpöntes Diskriminierungsmerkmal anerkannt; die heutige revidierte Erklärung basiert auf den neuesten medizinischen und rechtlichen Erkenntnissen.
[895] Canadian Human Rights Commission Policy on HIV/Aids, Quelle: http://www.chrc-ccdp.ca/legislation_policies/aids-en.asp (21.02.06).

Persönlichkeitsmerkmale im Sinne von Sektion 3 CHRA und jede Art von Anstellungsformular, Stelleninserat oder schriftliche resp. mündliche Befragung, das/die eine Beschränkung, Angabe oder Bevorzugung bezogen auf die verpönten Persönlichkeitsmerkmale statuiert (Sektion 8 CHRA). Vergeltungsmassnahmen in der Form einer Gegenklage gegen die Person, die eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung im Sinne von Sektion 3 geltend macht, werden ebenfalls als Diskriminierung definiert (Sektion 14.1).

„Bona fide occupational requirement"

Nach Sektion 15 lit. a liegt keine Diskriminierung vor, solange ein Ausschluss, Nichtberücksichtigung oder eine sonstige Ungleichbehandlung (auch Bevorzugung) in Bezug auf das Arbeitsverhältnis nach den „bona fide occupational requirement" erfolgt. Ein solches ist nach Sektion 15 Abs. 2 nur begründet, wenn Anpassungen an die gesundheitlichen Bedürfnisse der betroffenen Person dem Arbeitgeber nicht zumutbar sind. Dabei muss die ausschliessende Handlung usw. nach Treu und Glauben („good faith") stattfinden und sich objektiv auf die Erbringung der Arbeitsleistung beziehen[896].

In Bezug auf HIV/Aids akzeptiert die Commission eine „bona fide occupational requirement" nur, wenn bewiesen wird, dass die Anforderung, d.h. die Seronegativität unerlässlich für die sichere („safe"), effiziente („efficient") und verlässliche („reliable") Durchführung des Arbeitsvertrages ist. Die Commission verlangt, dass der Arbeitgeber den Ausschluss eines Menschen mit HIV/Aids aufgrund von Sicherheits- oder gesundheitlichen Bedenken erst vornehmen darf, wenn er die individuelle Situation nach den neuesten medizinischen und wissenschaftlichen Erkenntnissen überprüft hat. Bereits in der Erklärung von 1988 anerkennt die Commission

- „health care setting";
- Berufe, die die Reise in Ländern bedingt, die Menschen mit HIV/Aids die Einreise verbieten[897];
- Berufe, in denen der Arbeitnehmer bei der Erfüllung seiner Arbeitspflichten die öffentliche Sicherheit verletzt und diese Tätigkeit alleine ausführt[898].

[896] The Ontario Human Rights Commission v. The Borough of Etobicoke, 1982 (1) SCR 202, welcher auch in der Rechtssprechung des Canadian Human Rights Tribunals vom 01.10.90, Bouchard v. Canadian Armed Forces, Paragraph 7ff.

[897] In ihren Ausführungen weist die Commission darauf hin, dass die Nichtbewilligung der Einreise keine negativen Konsequenzen für das Arbeitsverhältnis auslösen darf, oder dies ein Grund zur Klage gegenüber dem Arbeitgeber darstellen könnte.

als mögliche Ausschlussgründung im Sinne von Sektion 15 lit. a des CHRA. In ihrer Ausführung betont jedoch die Commission, dass „if individuals with the requisitie accommodation are able to perform the essential components of the job […] in a safe, efficient and reliable manner they should be permitted to do so."

Die Human Rights Commission spricht sich gegen eine Negativ-Selektion von Arbeitnehmenden mit HIV/AIDS im Bereich „Health Care" in absoluter Form aus. Sie stimmt der Auffassung zu, wie sie von der Canadian Medical Association in der Richtlinie über HIV/AIDS am Arbeitsplatz vertreten wird, dass „[h]ealth care workers with HIV infection should be afforded the opportunity to compete for jobs and continue at their usual occupation as long as they meet acceptable performance standards". Sie weist darauf hin, dass bisher keine Übertragung des HI-Virus von einem „health care worker" auf eine Patientin festgestellt wurde. Das Risiko einer Übertragung auf einen Patienten sei sehr klein[899].

Test

Die Commission folgt der Ansicht, dass bei HIV/Aids das Übertragungsrisiko am Arbeitsplatz praktisch null ist. Sie lehnt jedes Testverfahren ab, das der Feststellung von HIV/Aids dient, mit der Begründung, dass die Testresultate zu ungerechtfertigter Ungleichbehandlung von Menschen mit HIV/Aids führen kann. Damit unterstützt sie den von der Canadian Medical Association (CMA) aufgestellten Grundsatz betreffend Risikoberufen im Gesundheitswesen und HIV/Aids, dass

> „[t]he routine testing of health care workers for the HIV antibody is not justified. The CMA supports the application of universal precautions that enhance the protection of health care workers against potential infection from patients and vice versa[900]."

Belästigung

In Sektion 14 verbietet der CHRA Belästigungen aufgrund der verbotenen Persönlichkeitskriterien (Abs. 1) und die sexuelle Belästigung (Abs. 2) in

[898] Canadian Human Rights Commission Policy on HIV/Aids, Quelle: http://www.chrc-ccdp.ca/legislation_policies/aids-en.asp (21.02.06).
[899] Canadian Medical Association, HIV Infection in the Workplace, CMA Policy (update 2000), siehe http://www.cma.ca/multimedia/staticContent/HTML/N0/l2/where_we_stand/hiv_in_the_workplace.pdf (28.08.06).
[900] dito

allen Bereichen der Erwerbstätigkeit. Der Canada Labour Code[901] schützt Arbeitnehmer dahingegen ausschliesslich vor sexueller Belästigung und der Schutzbereich des Criminal Codes umfasst den Schutz vor körperlicher und sexueller Übergriffe.

Im Arbeitgeberhandbuch zur Belästigung am Arbeitsplatz[902] hält die Canadian Human Rights Commission fest, dass die vom Arbeitgeber getroffenen Massnahmen zur Bekämpfung von Belästigungen am Arbeitsplatz bei der Evaluation einer Belästigungsklage berücksichtigt werden. Nach dem Entscheid *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*[903] muss der Arbeitgeber beweisen, dass er alles unternommen hat, um die Belästigung zu verhindern oder dessen Auswirkungen zu lindern. Der Arbeitgeber ist einerseits verantwortlich für jegliche Belästigungen, die von Mitarbeiterinnen und Dritten ausgehen, und zwar unabhängig, ob er von den belästigenden Handlungen Kenntnisse hatte. Das Strafmass bemisst sich danach, ob die vom Arbeitgeber getroffenen Massnahmen angemessen sind. Andererseits ist dem Arbeitgeber in *Robichaud v. Canada (Treasury Board)* verboten, seine Rolle als Arbeitgeber (z.B. Weisungsrecht) zu missbrauchen, indem er sich aufgrund eines verbotenen Persönlichkeitskriteriums in unnötiger, herabwürdigender oder schikanöser Weise in die Tätigkeiten des betroffenen Arbeitnehmers einmischt. Im Entscheid *Pond v. Canada Post Corporation* wurde die beklagte Organisation zu einem Schadenersatz von Dollar 5'700 verurteilt, weil sie trotz Information der betroffenen Person keine Massnahmen traf, um die (sexuelle) Belästigung einer Mitarbeiterin zu verhindern. Anhand von Postern mit nackten Frauenkörpern und einer Statue machte der Vorgesetzte der Arbeitnehmerin anzügliche Bemerkungen sexueller Natur. Anstatt die Poster zu entfernen, wies die Organisation der Arbeitnehmerin einen anderen Arbeitsraum mit ähnlichen Bildern zu.

Das systematische Vermeiden jeglichen Kontaktes mit einer HIV/Aids-betroffener Arbeitnehmerin beispielsweise oder andere persönlichkeitsverletzenden Verhaltensweisen, ob durch Mitarbeiter, Dritte oder dem Arbeitgeber selbst, muss vom Arbeitgeber mit angemessenen Massnahmen vermieden oder gestoppt werden. Die Massnahmen dürfen jedoch nicht (nur) bei der HIV/Aids-infizierten Person ansetzen; das

[901] Zu den HIV/Aids-relevanten Vorschriften des Canadian Labour Code siehe Teil IV, 6.4.1, S. 366.

[902] Canadian Human Rights Commission, Anti-Harassment Policies for the Workplace: An Employer's Guide, Quelle: http://www.chrc-ccdp.ca/publications/anti_harassment_toc-en.asp (06.04.06). Siehe auch Treasury Board of Canada, Policy on the Prevention and Resolution of Harassment in the Workplace, Quelle: http://www.tbs-sct.gc.ca/pubs_pol/hrpubs/hw-hmt/hara_e.asp (06.04.06).

[903] Robichaud v. Canada (Treasury Board) [1987] 2 S.C.R. 84.

Arbeitsumfeld soll so gestaltet werden, dass belästigende Verhaltensweisen keinen fruchtbaren Boden finden.

Positive Massnahmen

Gemäss Sektion 16 Abs. 1 CHRA liegt keine Diskriminierung vor, wenn spezielle Massnahmen, die vom Arbeitgeber getroffen werden, Benachteiligungen aufgrund eines Persönlichkeitsmerkmals vorgebeugen, verhindern oder vermindern und damit auch die Möglichkeiten der Betroffenen am Arbeitsplatz verbessert. Die Canadian Human Rights Commission soll Emfehlungen abgeben, wie die in Sektion 16 Abs. 1 CHRA aufgestellten Ziele erreicht werden können. Sie für den Vollzug der getroffenen Massnahmen besorgt sein. Das Sammeln von Informationen betreffend der verbotenen Diskriminierungsmerkmale ist erlaubt, wenn beabsichtigt ist, diese für den Erlass oder die Umsetzung der Massnahmen zu verwenden.

Beweislast

Das Canadian Human Rights Tribunal übernimmt das in *Meiorin*[904] und *Grismer*[905] entwickelte Konzept der Beweislasterleichterung („prima facie case of discrimination"). Hat der Kläger einmal die behauptete Diskriminierung glaubhaft gemacht, d.h., ist die Behauptung vollständig und genügend gerechtfertigt, so geht die Beweislast auf den Beklagten über. Bleibt die Antwort des Beklagten aus, so wird das Urteil zugunsten des Klägers ausfallen. Um den Beweis der Nichtdiskriminierung zu erbringen, muss die Rechtfertigung des Beklagten folgende Kriterien erfüllen:

- it adopted the standard for a purpose that is rationally connected to the performance of the job;
- it adopted the standard in good faith, in the belief that it is necessary for the fulfilment of that legitimate work-related purpose; and
- the standard is reasonably necessary to the accomplishment of that legitimate work-related purpose. To show that the standard is reasonably necessary, it must be demonstrated that it is impossible to

[904] Public Service Employee Relations Commission v. BCGSEU [1999] 3 S.C.R. 3 ("Meiorin")
[905] British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights) [1999] 3 S.C.R. 868 ("Grismer")

accommodate an individual employee sharing the characteristics of the claimant without imposing undue hardship on the employer[906].

Rechtsfolgen

Entscheidet das vom Gericht im Einzelfall eingesetzte Gremium (Sektion 49 CHRA), dass die Klage fundiert ist, kann es den Arbeitgeber anordnen, das diskriminierende Verhalten zu unterlassen und in Absprache mit der Commission Massnahmen zur Verhinderung von Diskriminierungen zu treffen. Mittels Antrag ist vom Arbeitgeber für die zu treffenden behindertengerechten Massnahmen die Zustimmung der Commission einzuholen (Sektion 17 CHRA). Gleichzeitig hat der Arbeitgeber der betroffenen Person die ihm abgesprochenen Rechte, (Arbeits-, Aufstiegs- usw.) Möglichkeiten oder Privilegien nachträglich einzuräumen und für den entstandenen Schaden Ersatz und für die seelische Unbill Genugtuung bis zu insgesamt maximal 20'000 Dollar zu leisten. Schliesslich macht sich der Arbeitgeber einer Zuwiderhandlung strafbar, wenn das Gremium in der Erfüllung seiner Aufgabe durch fehlende Kooperation seitens des Arbeitgebers gehemmt wird. Die Strafe in einem solchen Fall wäre eine Busse von bis zu 50'000 Dollar (Sektion 60 CHRA).

6.3.2 Diskriminierungsschutz in den Provinzen:The Ontario Human Rights Code, 1990

Wie bereits festgestellt wurde, haben die Provinzen ihre eigenen Antidiskriminierungsgesetze. Die umfassenden Diskriminierungsverbote beziehen sich nicht ausdrücklich auf HIV/Aids. Anhand des Ontario Human Rights Code[907] soll beispielhaft ein Antidiskriminierungsgesetz dargestellt werden, das Menschen mit HIV/Aids vor Diskriminierung in der Arbeitswelt schützt[908].

---

[906] Meiorin, Paragraph 54; siehe auch Urteil des Canadian Human Rights Tribunal vom 28.10.2002, Butler v. Nenquayni Treatment Centre Society, Paragraph 102ff.

[907] Der Diskriminierungsschutz in der kanadischen Provinz Ontario wurde bereits 1991 von TRACHSLER (Gleichbehandlungsgebot) im Rahmen seiner Dissertation zum privatrechtlichen Gleichbehandlungsgebot rechtsvergleichend dargestellt.

[908] Dienstleistung, Miete, Vertragsrecht, Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft sind weitere Lebensbereich, die vom Geltungsbereich des Ontario Human Rights Codes erfasst sind, siehe dazu Ontario Human Rights Commission, Policy on HIV/Aids-related Discrimination, Quelle: http://www.ohrc.on.ca/english/publications/hiv-aids-policy.shtml (06.06.06).

The Ontario Human Rights Commission

Der Ontario Human Rights Code[909] beruft sich in der Preamble auf die Schutzwürdigkeit der Menschenwürde und Gleichwertigkeit aller Menschen wie sie in der Allgemeinen Menschenrechtserklärung der UNO deklariert sind. So bestätigt die Preamble das in Ontario geltende Prinzip

> „to recognize the dignity and worth of every person and to provide for equal rights and opportunities without discrimination that is contrary to law, and having as its aim the creation of a climate of understanding and mutual respect fort he dignity and worth of each person so that each person feels a part of the community and able to contribute fully to the development and well-being of the community and the Province".

Zuständig sind für die Beurteilung von Verletzungen der Diskriminierungsverbote im Sinne des Human Rights Codes die Ontario Human Rights Commission und das unter diesem Code ernannte Ontario Human Rights Tribunal. Der Inhalt ihrer Kompetenzen ist vergleichbar mit denen der entsprechenden Organe unter dem Canadian Human Rights Act. Entsprechend ihrer Funktion erliess die Commission eine Richtlinie, die aufzeigt, wie die Commission den Human Rights Codes im Zusammenhang mit HIV/Aids interpretiert.

HIV/Aids als Diskriminierungsmerkmal

Sektion 10 des Human Rights Code listet eine grössere Anzahl Krankheiten auf, die als Behinderung definiert werden. HIV/Aids ist nicht ausdrücklich erwähnt. HIV/Aids und die mit der Infektion zusammenhängenden Krankheiten werden von der Commission jedoch als Behinderung resp. „handicap" im Sinne von Sektion 10 lit. e des Codes anerkannt. „Handicap" wird demnach als Verletzung („injury") oder Behinderung („disability") definiert, die einen Anspruch auf Unterstützungsleistung gemäss Workplace Safety and Insurance Act[910] auslösen.

Sektion 10 (3) des Human Rights Codes („past and presumed disabilities") verbietet zudem eine Ungleichbehandlung aufgrund einer in der Vergangenheit liegenden Behinderung. Schutz erfährt auch eine Person, die zwar nicht Träger des Virus ist, jedoch eine Ungleichbehandlung erfährt, weil bei ihr eine HIV/Aids-Infektion angenommen wird. Nach der Commission handelt es sich dabei um Menschen, die in einer Beziehung mit einer HIV/Aids-infizierten Person stehen oder einer HIV/Aids Organisation

[909] Human Rights Code, R.S.O. 1990, Chapter H 19.
[910] Workplace Safety and Insurance Act, 1997, S.O. 1997, Chapter 16, Schedule A.

angehören. Der Schutz vor Diskriminierung aufgrund von HIV/Aids soll allen Personen unabhängig von ihrer sexuellen Orientierung zukommen. Die Commission stellt fest, dass „[p]ersons identified by this prohibited ground of discrimination are often believed to be at high risk of contracting AIDS or to be carriers of HIV. The erroneous perception of Aids as a „gay disease“ is a form of stereotyping that the Code prohibits“[911].

Schutzbereich

Der Human Rights Code gewährt Schutz vor Diskriminierungen in den Bereichen Dienstleistung, Miete, Vertragsrecht und Arbeit. Das Diskriminierungsverbot findet sowohl im öffentlichen Dienst als auch im privaten Arbeitsverhältnis Anwendung. In Bezug auf das Arbeitsverhältnis verbietet Sektion 5 i.V.m. Sektion 9 jede direkte oder indirekte Diskriminierung aufgrund einer Behinderung oder sexuellen Orientierung.

Eine Ungleichbehandlung aufgrund einer Behinderung verstösst nicht gegen das Diskriminierungsverbot, wenn eine Person unfähig ist („incapable“), die arbeitsvertraglich vereinbarte Leistung zu erbringen (Sektion 17). Die Leistungsunfähigkeit wird von der Human Rights Commission und vom Tribunal erst anerkannt, wenn der Arbeitgeber belegen kann, dass er alle ihm zumutbaren Massnahmen getroffen hat, um die Arbeitsbedingungen den Bedürfnissen der betroffenen Person anzupassen. Entsprechende Massnahmen können eine Neudefinition der Arbeitspflichten, eine Arbeitszeitanpassung an den Gesundheitszustand usw. beinhalten.

Die Rechtsprechung lehnt insbesondere die Anliegen Dritter (Kunden, Mitarbeiter) als Rechtfertigungsgründe für eine Ungleichbehandlung ab.

Bei Risikoberufen wie z.B. medizinische Berufe sind die sogenannten „universal precautions“ genügende Massnahmen, um das Risiko der Übertragung auf ein Mass zu reduzieren, so dass keine weiteren Massnahmen zum Schutz von Patienten nötig sind. Die „universal precaution“ wurden zwar für die zahnmedizinische Berufsgruppen aufgestellt, soll jedoch allgemein für Berufe im medizinischen Bereich zur Festlegung von Richtlinien über verantwortungsvolles Verhalten herangezogen werden[912].

[911] Ontario Human Rights Commission, Policy on HIV/Aids-related Discrimination, Quelle: http://www.ohrc.on.ca/english/publications/hiv-aids-policy.shtml (06.06.06).
[912] Royal College of Dental Surgeons of Ontario, Guidelines Respecting Infection Control in the Dental Office, June 1995; siehe auch Ontario Human Rights Commission, Policy on HIV/Aids-Related Discrimination, Quelle: http://www.ohrc.on.ca/english/publications/hiv-aids-policy.shtml (21.02.06).

„constructive discrimination“

Sektion 11 des Human Rights Codes verbietet die so bezeichnete „constructive discrimination“ oder auch „adverse effect discrimination“. Es muss sich dabei um eine unbeabsichtigte Diskriminierung[913] handeln in dem Sinne, dass Anforderungen, Qualifikation oder andere Determinante zwar formal nicht gegen das Diskriminierungsverbot verstossen, jedoch im Resultat eine Gruppe von Personen, die die verpönten Persönlichkeitsmerkmale aufweisen, ausschliessen, beschränken oder bevorzugen. Die Ungleichbehandlung muss eine Personengruppe betreffen, um unter Sektion 11 subsumiert werden zu können. Sie kann gerechtfertigt sein, wenn die Ungleichbehandlung angemessen und eine weniger einschneidende Massnahme zu kostspielig ist oder eine Gefahr für die Gesundheit und Sicherheit bedeutet[914].

Die indirekte Diskriminierung im Sinne von Sektion 9 des Human Rights Code ist zu verstehen als diskriminierende Handlung, die durch eine Drittperson anstelle der entscheidungs- resp. weisungsbefugten Person ausgeführt wird[915].

Der Human Rights Code ist mit Bestimmungen zur direkten und indirekten Diskriminierung als auch zur „constructive discrimination“ bemüht, alle möglichen Formen von verpönten Ungleichbehandlungen aufzufangen. Dies widerspiegelt die Komplexität und Subtilität der HIV/Aids-bedingten Diskriminierung in der Arbeitswelt.

Medizinische Test/Fragen

Für das Durchführen von Tests im Anstellungsverfahren hat die Commission die *Policy on Employment-Related Medical Information*, die sich an Stellenbewerber, Arbeitnehmerinnen und Arbeitgeber wendet, herausgegeben. Gemäss Sektion 23 (2) des Human Rights Codes ist die Durchführung von medizinischen Tests oder das Stellen von Gesundheitsfragen während des Bewerbungsverfahrens verboten. Mit

[913] Ontario Human Rights Commission, Guide to the Human Rights Code, Quelle: http://www.ohrc.on.ca/english/publications/hr-code-guide.shtml (06.06.06).
[914] Ontario Human Rights Commission, Guide to the Human Rights Code, Quelle: http://www.ohrc.on.ca/english/publications/hr-code-guide.shtml (06.06.06).
[915] Ontario Human Rights Commission, Guide to the Human Rights Code, Quelle: http://www.ohrc.on.ca/english/publications/hr-code-guide.shtml (06.06.06).

anderen Worten, die Durchführung von medizinischen Tests ist erst erlaubt, wenn die Anstellung bereits (schriftlich) angeboten wurde[916].

In schriftlichen oder mündlichen Befragungen resp. in Befragungen mittels Fragebogen dürfen nur Fragen zur Gesundheit gestellt werden, welche über die Fähigkeit zur Erbringung der erforderlichen Leistungspflicht Aufschluss geben. Fragen, die bestimmt sind, lediglich mögliche Behinderungen bei den Arbeitnehmerinnen in Erfahrung zu bringen, verstossen gegen den Code.

Nach der Commission ist das Durchführen von Test für die meistens Arbeitsstellen erlässlich und nicht gerechtfertigt; sie bezieht sich ebenfalls auf die Richtlinie über HIV/AIDS am Arbeitsplatz der Canadian Medical Association[917]. Stellt sich anhand des Tests heraus, dass die erforderliche Arbeitsleistung aus medizinischen Gründen nicht erbracht werden kann, so ist der Arbeitgeber verpflichtet, alle ihm zumutbaren Massnahmen treffen, um eine Anstellung zu ermöglichen[918].

Auswahlverfahren

Sektion 23 (4) verbietet dem Arbeitgeber, eine Auswahl unter den Bewerbungen aufgrund eines der verbotenen Persönlichkeitsmerkmale zu treffen. Demnach ist das Diskriminierungsverbot verletzt „where an employment agency discriminates against a person because of a prohibited ground of discrimination in receiving, classifying, disposing of or otherwise acting upon applications […].“

Arbeitnehmerversicherungsschutz

Nach Sektion 25 (3) ist der Ausschluss von oder eine individuelle Regelung mit Menschen mit einer vorbestehenden Behinderung, die das Versicherungsrisiko substantiell erhöht, sowohl im Rahmen eines individuellen Versicherungsvertrags als auch einer Kollektivversicherung durch den Arbeitgeber kein Verstoss gegen das Diskriminierungsverbot. Die Ungleichbehandlung muss jedoch angemessen sein und nach Treu und

[916] Ontario Human Rights Commission, Policy on Employment-Related Medical Information, Quelle: http://www.ohrc.on.ca/english/publications/employment-medical-info-policy.shtml (09.06.06).
[917] Canadian Medical Association, HIV Infection in the Workplace, CMA Policy (update 2000), siehe http://www.cma.ca/multimedia/staticContent/HTML/N0/l2/where_we_stand/hiv_in_the_workplace.pdf (28.08.06).
[918] Ontario Human Rights Commission, Policy on Employment-Related Medical Information, Quelle: http://www.ohrc.on.ca/english/publications/employment-medical-info-policy.shtml (09.06.06).

Glauben erfolgen. Bei einem Ausschluss aus dem Arbeitnehmerversicherungsschutz – es handelt sich dabei um einen zweijährigen Ausschluss – ist der Arbeitgeber verpflichtet, dem Arbeitnehmer den Betrag auszubezahlen, der er normalerweise für Versicherungsschutz seiner Arbeitnehmer entrichten muss (4). Die Höhe des ausbezahlten Betrags steht in keinem Verhältnis zum Betrag, den die vom Ausschluss betroffene Person aufbringen müsste, um sich individuell in eine Versicherung einzukaufen – falls überhaupt eine Versicherung existiert, die ohne zweijährigen Ausschluss die Aufnahme in die Versicherung gewährt[919].

Belästigung

Die Belästigung am Arbeitsplatz („harassment in employment") durch Arbeitgeber, Vorgesetzte oder Mitarbeiter ist nach Sektion 5 (2) ausdrücklich verboten. Verpönte Persönlichkeitsmerkmale sind u.a. „handicap", aber auch die sexuelle Orientierung[920]. Gemäss der Ontario Human Rights Commission können Bemerkungen oder Handlungen, die nicht willkommen sind oder von denen angenommen werden kann, dass sie nicht willkommen sind, als Belästigung definiert werden; das Verhalten muss mehr als einmal vorkommen („pattern of behaviour").

Rechtsfolgen

Die Klage wegen eines Verstosses gegen das Diskriminierungsverbot im Sinne von Sektion 5 i.V.m. Sektion 9 des Codes („Employment") muss bei der Human Rights Commission eingereicht werden. Diese entscheidet, ob die erbrachten Beweise eine Prüfung durch das Ontario Human Rights Tribunal rechtfertigen. Stellt das Gericht ein diskriminierendes Verhalten fest, wird der Arbeitgeber angeordnet, Massnahmen in Übereinstimmung mit dem Ontario Human Rights Code zu treffen sowohl in Bezug auf die betroffene Person als auch zur Verhinderung von zukünftigen diskriminierender Handlungen. Die Rechtsfolgen einer ungerechtfertigten Diskriminierung unter dem Ontario Human Rights Code ist gemäss Sektion 44 eine Busse von nicht mehr als $

[919] Zur Diskussion des Arbeitnehmerversicherungsschutzes und HIV/Aids siehe Ontario Human Rights Commission, Human Rights Issues in Insurance, Consultation Report, 2001, Quelle: http://www.ohrc.on.ca/english/consultations/insurance-consultation-report.shtml (01.09.06); Ontario Human Rights Commission, Human Rights Issues in Insurance, Discussion Paper, 1999, Quelle: http://www.ohrc.on.ca/english/consultations/insurance-discussion-paper.shtml (01.09.06).

[920] Sektion 5 (2) des Ontario Human Rights Code erwähnt das Persönlichkeitsmerkmal der sexuellen Orientierung nicht ausdrücklich, siehe Ontario Human Rights Commission, Guide to the Human Rights Code, Quelle: http://www.ohrc.on.ca/english/publications/hr-code-guide.shtml (06.06.06).

25000. Die betroffene Person hat zudem einen Anspruch auf Schadenersatz und Genugtuung bis zu 10'000 Dollar bei seelischer Unbill.

6.4 Arbeitsrecht

Aufgrund der im Constitution Act, 1867 geregelten Kompetenzverteilung gehört das Arbeitsrecht sowohl in den Kompetenzbereich des kanadischen Parlaments (Sektion 91) als auch in den Kompetenzbereich der Provinzen (Sektion 92). Die Gerichtsbarkeit im arbeitsrechtlichen Bereich fällt jedoch hauptsächlich den Provinzen zu, und überlässt den Bundesbehörden dafür einen sehr begrenzten Bereich[921]. So werden 90 % der arbeitenden Bevölkerung Kanadas durch die arbeitsrechtlichen Bestimmungen in den Provinzen geschützt; blosse 10 % fallen in den Schutzbereich des Canadian Labour Codes, der für die Bundesverwaltung und für die auf Bundesebene regulierten Unternehmungen wie Schiffahrt, Fluggesellschaft, Eisenbahn, grenzüberschreitende (Provinzen oder international) Transportunternehmen, Telekummunikation, Radio/Fernsehen, Banken, Bergwerke, Fischerei[922] massgebend ist.

6.4.1 Canadian Labour Code

Belästigung („Harassment“)

Der Canadian Labour Code definiert und regelt den Tatbestand der sexuellen Belästigung in Sektion 241.1ff., welcher durch die Sektion 14 des CHRA mit demjenigen der Belästigung aufgrund der nach Sektion 3 CHRA verpönten Persönlichkeitsmerkmale ergänzt wird[923]. Behinderung und die sexuelle Orientierung gehören demnach zu den Persönlichkeitsmerkmale, aufgrund derer nicht ungleich behandelt resp. belästig werden darf.

Krankheit

Sektion 239 Abs. 1 CLC verbietet die Auflösung des Arbeitsverhältnisses wegen Krankheit, wenn die Arbeitnehmerin vor der Erkrankung bereits während drei Monat angestellt ist (lit. a) und die krankheitsbedingte Abwesenheit nicht länger als 12 Wochen beträgt (lit. b). Dem Arbeitnehmer

[921] Government of Canada, Human Resources and Social Development, Division of Legislative Power, Quelle: http://www.hrsdc.gc.ca/asp/gateway.asp?hr=/en/lp/spila/clli/eslc/02Division_of_Legislative_Powers.shtml&hs=lzl (01.09.06),
[922] Government of Canada, Human Resources and Social Development, Quelle: http://www.hrsdc.gc.ca/en/home.shtml (07.06.06).
[923] Zur Belästigung nach CHRA siehe Teil IV, 6.3.1, S. 357ff.

kann somit während den ersten drei Monaten seiner Anstellung wegen Krankheit oder bei länger als 12 Wochen andauernder Krankheit gekündigt werden. Während der Zeit der Erkrankung, die mittels ärztlichem Zeugnis attestiert werden muss (lit. c), ist der Arbeitgeber zur Zahlung des Lohnes und der Sozialleistungen verpflichtet. Ist die Arbeitnehmerin bei der Rückkehr nach der Erkrankung unfähig die arbeitsvertragliche Leistung zu erbringen, darf der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen anderen Arbeitsplatz zuweisen (Abs. 1.1).

Missbräuchliche Kündigung

Die missbräuchliche Kündigung wird in Sektion 240ff. CLC geregelt. In einem Schreiben kann der gekündigte Arbeitnehmer vom Arbeitgeber eine schriftliche Begründung der Kündigung verlangen (Sektion 241 CLC); die schriftliche Begründung seitens des Arbeitgebers muss innerhalb von 15 Tagen erfolgen. Legitimiert zur Klage wegen missbräuchlicher Kündigung ist nach Sektion 240 CLC eine Person, wenn das Arbeitsverhältnis bereits während 12 Monaten ununterbrochen Bestand hatte (lit. a) und diese nicht einer Tarifvereinbarung unterstellt ist (lit. b). Die Klage wird bei einem Inspektor im Sinne von Art. 249 CLC eingereicht, der versucht zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber zu schlichten. Werden sich die Parteien nicht einig, so wird die Klage von einem Schiedsgericht („adjudicator“) unter Berücksichtigung der erbrachten Beweise entschieden (Sektion 242 CLC). Der Richter des Schiedsgerichts hat darüber zu entscheiden, ob eine Kündigung ungerecht („unjust“) ist. Stellt das Schiedsgericht fest, dass die Kündigung ungerecht ist, so wird der Arbeitgeber verpflichtet, eine Entschädigung in der Höhe des vertraglich vereinbarten Lohnes zu leisten, die Arbeitnehmerin wieder einzustellen oder eine diesen gleichwertigen Lösung zur Verhinderung der Konsequenzen aus der Kündigung anzubieten (Sektion 242 Abs. 4 CLC). Der Entscheid des Schiedsgerichts ist nicht anfechtbar (Sektion 243 CLC).

In *Active Transport Inc. v. Ladizhinsky Estate* entschied jüngst das Arbeitsschiedsgericht, dass eine Kündigung weger einer Behinderung im arbeitsrechtlichen Sinn ungerecht ist, es sei denn, dass die Beschäftigung der betroffenen Personen dem Arbeitgeber nicht zuzumuten ist[924]. Der Richter des Arbeitsgeschiedsgerichts bezog sich dabei auf Sektion 240 CLC in Verbindung mit den relevanten Bestimmung des Canadian Human Rights Act, Sektion 7, 15 Abs. 1 und 2. Eine Kündigung aufgrund einer HIV-Infektion ist deshalb eine ungerechte Kündigung im Sinne von Sektion 240 CLC; der belastete Arbeitgeber kann somit die Pflicht haben, eine

[924] Active Transport Inc. v. Ladizhinsky Estate, [2006] C.L.A.D. No. 258.

Entschädigung auszurichten, die Wiedereinstellung zu veranlassen oder eine dieser gleichwertige Lösung anzubieten.

6.5 Arbeitnehmerversicherungsschutz

Bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit und bei fehlendem arbeitsvertraglichem Schutz vor Einkommenseinbussen haben Arbeitnehmer, deren Krankheit auf ihre HIV/Aids-Infektion zurückzuführen ist, einen Anspruch auf Unterstützungsleistungen gemäss Employment Insurance Act (EIA). Der Versicherungsschutz dauert 15 Wochen. Danach können diejenigen, die eine private Versicherung im Fall von Behinderung abgeschlossen haben, ihren Anspruch auf Unterstützungsleistung bei der privaten Versicherungsgesellschaft geltend machen. Die meisten „long-term disability benefits" (LTD) werden jedoch nur unter der Bedingung ausbezahlt, dass gleichzeitig im Rahmen des Canada Pension Plan (CPP) Unterstützungsleistungen beantragt werden[925]. In den folgenden Unterkapitel wird der Arbeitnehmerversicherungsschutz im Rahmen des Employment Insurance Act, von privaten Versicherungen und des Canadian Pension Plan dargestellt.

6.5.1 Employment Insurance Act

Der Employment Insurance Act (EIA) und die Employment Insurance Regulations (EIR) regeln die Unterstützungsleistungen bei Arbeitslosigkeit und Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit und Unfall. Der EIA gewährleistet das Recht auf Unterstützungsleistungen bei Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit und Unfall nicht ausdrücklich. Der Anspruch auf „sickness benefits" lässt sich jedoch aus Sektion 18 EIA ableiten, die vorschreibt, dass der Anspruchssteller nicht zur Leistung berechtigt ist, wenn er nicht beweisen kann, dass er wegen Krankheit oder Unfall während der massgebenden Zeit arbeitsunfähig ist[926]. Um in den Genuss der Unterstützungsleistungen unter dem EIA zu kommen, muss die versicherte Person gemäss Sektion 7 EIA einen Verdienstausfall („interruption of earnings") oder eine Lohneinbusse von mindestens 40 % und 600 versicherte Arbeitsstunden während der „qualified period" nachweisen können (Sektion 8 EIA). Als „qualified period" werden die der Arbeitsunfähigkeit vorausgehenden 52 Wochen oder wird die Zeit seit dem letzten Bezug von Unterstützungsleistung unter dem

[925] CANADIAN HIV/AIDS LEGAL NETWORK (Support for Survival), S. 9.

[926] Sektion 18 EIA: „A claimant is not entitled to be paid benefits […]in a benefit period for which the claimant fails to prove that on that day the claimant was […] (b) unable to work because of prescribed illness, injury or quarantine, and that the claimant would otherwise be available for work […]."

EIA verstanden. Unter gewissen Umständen wird die „qualified period“ auf maximal 104 Wochen ausgedehnt.

Nach Sektion 40 (1) EIR muss ein ärztliches Attest vorliegen, damit der Anspruch auf Unterstützungsleistung nach EIA geltend gemacht werden kann. Es muss sich dabei um ein Krankheit oder einen Unfall handeln, die/der die Arbeitnehmerin hindert, die reguläre oder eine andere angemessene („suitable“) Arbeit auszuführen (4). Die Krankheit oder der Unfall muss kausal für die Arbeitsunfähigkeit sein („cause-and-effect relationship“). Die Tatsache, dass jemand HIV-positiv ist oder dass eine Aids-Diagnose vorliegt, löst nicht automatisch einen Anspruch auf Unterstützungsleistung nach EIA aus. Die EI Commission entscheidet über die Anspruchsberechtigung[927]. Die Digesten zum Arbeitnehmerversicherungsschutz weisen daraufhin, dass körperliche oder geistige Behinderungen nicht zwingend mit Arbeitsunfähigkeit gleichzusetzen sind: „Certain persons may prove that they are capable of work within the limits of their capacities, either because their handicap is not an obstacle to employment, or because they were able to adjust to it on the basis of the labour market, or because they have the opportunity to work in a protected work environment”[928].

Gemäss Sektion 12 (3) EIA besteht ein Anspruch auf Unterstützungsleistung für 15 Wochen. Die Unterstützungsleistungen betragen 55 % des durchschnittlichen Einkommens bis zu maximal $ 413 pro Woche. Normalerweise besteht kein Anspruch auf Unterstützungsleistung während der Rehabilitationszeit. Im Fall einer arbeitsfähigen HIV-positiven Person werden jedoch Unterstützungsleistungen gewährt, falls sie nicht mehr in das frühere Arbeitsverhältnis zurückkehren kann[929].

Das Schutzniveau des Employment Insurance Act ist nicht hoch einzustufen. Für Menschen mit HIV/Aids können die erforderlichen Arbeitsstunden in der „qualified period“ eine erste Hürde bedeuten. Ist die betroffene Person während der „qualified period“ krankheitsbedingt abwesend, so sind 600 Arbeitsstunden nämlich schwierig zu erfüllen. Eine zweite Hürde sind die formellen Anforderungen, nämlich das ärztliche Attest und der Entscheid der EI Commission über die Anspruchberechtigung. Das Verfahren ist (zeitlich) nicht nur aufwendig, sondern es besteht ein grosses Risiko, dass der Arbeitgeber von der HIV/Aids-Infektion erfährt. Die von HIV/Aids-betroffene Person wird es vorziehen, den Anspruch auf Unterstützungsleistung nicht geltend zu machen. Schliesslich senkt eine Unterstützungsleistung von monatlich $ 413 resp. 55 % des Einkommens bei

[927] CANADIAN HIV/AIDS LEGAL NETWORK (Support for Survival), S. 11ff.
[928] Digest of Benefit Entitlement Principles, Chapter 11 Sickness Benefits (11.2.1), Quelle: http://www.hrsdc.gc.ca/en/ei/digest/11_2_0.shtml#11_2_1 (22.05.06).
[929] CANADIAN HIV/AIDS LEGAL NETWORK (Support for Survival), S. 12.

voller Arbeitsunfähigkeit die Lebensqualität vieler Betroffener in unzumutbarer Weise, was sich wiederum gesundheitlich, psychologisch und sozial negativ auf die betroffene Person auswirken wird.

6.5.2 Private „disability insurance“

„Disability insurance“ werden sowohl von privaten Versicherungsgesellschaften als auch von Arbeitgebern angeboten. Die Versicherungsverträge können zwischen der Versicherungsgesellschaft und dem einzelnen Arbeitnehmer abgeschlossen werden. Üblicherweise richtet der Arbeitgeber ein Kollektivversicherung für die ganze Belegschaft ein.

Bei einer „disability insurance“ kann es sich um Kurz- oder Langzeitversicherung („long-term disability insurance“; LTD) handeln. Der Versicherungsschutz bei Kurzzeiterkrankungen resp. -behinderungen wird während vier bis sechs Monaten gewährleistet. Danach werden Unterstützungsleistung im Rahmen der „LTD insurance“ ausbezahlt, sofern die betroffene Person dazu berechtigt ist. Den Anspruch auf Unterstützungsleistung nach „LTD insurance“ kann nur geltend machen, wer nachweisen kann, dass eine Behinderung zu 100 % („total disability“) vorliegt.

Versicherungsgesellschaften ist es rechtlich erlaubt, den Versicherungsantrag aufgrund vorbestehender Krankheit abzulehnen, die wie z.B. HIV/AIDS das Versicherungsrisiko erhöhen. Ein Versicherungsantrag in den individuellen Versicherungsschutz wird im Gegensatz zur Kollektivversicherung bei Menschen mit HIV/Aids regelmässig abgelehnt. Regelungen in verschiedenen kanadischen Antidiskriminierungsgesetzen rechtfertigen die Ungleichbehandlung, indem sie Versicherungen vom Diskriminierungsverbot ausdrücklich ausnehmen, wenn der Ausschluss aufgrund einer vorbestehenden Krankheit angemessen und nach Treu und Glauben erfolgt ist. Der Ausschluss einzelner Arbeitnehmerinnen vom Versicherungsschutz wegen vorbestehender Krankheit ist gemäss verschiedener Antidiskriminierungsgesetze auch im Fall einer vom Arbeitgeber eingerichteten Kollektivversicherung kein Verstoss gegen das Diskriminierungsverbot.

Die meisten „LTD insurance“ nehmen Antragssteller trotz vorbestehender Krankheit in die Kollektivversicherung auf. Die Versicherungsbedingungen sehen jedoch vor, dass den betroffenen Versicherungsnehmerinnen der Versicherungsschutz hinsichtlich einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit während zwölf Monaten verwehrt bleibt, falls sie sich vor Versicherungseintritt diesbezüglich einer ärztlichen Untersuchung oder einer Behandlung unterzogen haben.

Wiederum andere „LTD insurance“ kennen eine Wartezeit. Der betroffene Versicherungsnehmer kann seinen Anspruch auf Unterstützungsleistung erst geltend machen, nachdem die Behinderung resp. Arbeitsunfähigkeit wegen einer Behinderung während vier bis sechs Monate vorgelegen hat. Zur Überbrückung der Wartezeit besteht für den betroffenen Versicherungsnehmer jedoch die Möglichkeit, Unterstützungsleistungen vom Arbeitgeber, aus einer privaten Kurzzeitversicherung oder im Rahmen des Employment Insurance Act zu beantragen.

Die „all-or-nothing“ Lösung, d.h. die Erfordnis der vollständigen Behinderung für die Berechtigung zur Unterstützungsleistung im Fall von „LTD insurance“ erscheint insbesondere seit Einführung der antiretroviralen Therapie für Arbeitnehmerinnen mit HIV/Aids, die teilweise arbeitsunfähig sind, sich jedoch nicht als vollständig behindert einstufen, eine hohe psychologische Hürde zu sein, ihren Anspruch auf Unterstützung überhaupt geltend zu machen. Die Ausstandsregelung trotz Aufnahme in die Versicherung trifft insbesondere Menschen mit HIV/Aids, die für routinemässige Untersuchungen den Arzt aufsuchen und/oder sich einer antiretroviralen Therapie unterzogen haben[930].

6.5.3 Canada Pension Plan

Der Canada Pension Plan (CPP) ist ein nationales Programm zum Schutz der Arbeiter, die während längerer Zeit kein Einkommen haben oder überhaupt keiner Verdienstmöglichkeit nachgehen können wegen Pensionierung, Behinderung oder Tod. Die gewährten Unterstützungsleistungen sind nicht als 100%iger Ersatz des Einkommens, sondern als Ergänzung zu anderen Finanzierungsmöglichkeiten wie Privatversicherung, persönliche Ersparnisse resp. Investitionen oder Sozialhilfe der Provinzen/Territorien vorgesehen. Einen Anspruch auf Unterstützungsleistungen nach CCP hat, wer im Sinne des CPP[931] behindert ist und während einer bestimmten Zeit, Beiträge geleistet hat.

Der CPP definiert den Begriff der Behinderung nicht, sieht jedoch ein Testverfahren vor, das ergeben wird, ob bei einer Person eine Behinderung im Sinne des CPP vorliegt. Um zum Bezug von Unterstützungsleistungen berechtigt zu sein, muss nach Sektion 42 (2) CPP eine ernsthafte („severe“) und anhaltend („prolonged“) geistige oder körperliche Behinderung vorliegen. Eine Person ist ernsthaft behindert, wenn sie unfähig ist, regelmässig erwerbstätig zu sein (i); eine Behinderung ist anhaltend, wenn „the disability is likely to be long continued“ und „of indefinite duration“

[930] CANADIAN HIV/AIDS LEGAL NETWORK (Support for Survival), S. 15ff.
[931] Canada Pension Plan (R.S., 1985, c. C-8).

oder „is likely to result in death“ (ii). In *Villani v. Canada*[932] lehnte es das Gericht ab, dass eine vollständige Behinderung zum Leistungsbezug vorausgesetzt ist. Um feststellen zu können, ob eine Behinderung „severe“ sei, müsse zudem nicht nur auf die Arbeitsunfähigkeit aufgrund medizinischer Kriterien abgestellt werden, sondern es müssten auch die persönlichen Lebensumstände der betroffenen Person berücksichtigt werden[933].

Gemäss CPP findet regelmässig eine Neubeurteilung der Berechtigung zum Leistungsbezug statt. Die zuständige Behörde kann eine medizinische Untersuchung des Gesundheitszustands des Leistungsbezügers verlangen, aufgrund derer die Unterstützungsleistungen eingestellt werden können. Die Voraussetzung der anhaltenden Behinderung kann dabei von Menschen mit HIV/Aids oft nicht erfüllt werden, da der Krankheitsverlauf nicht zu anhaltender, sondern oft nur zu episodischer Arbeitsunfähigkeit führt. Aus dem gleichen Grund kann es deshalb ebenso schwierig sein, die Voraussetzung der regelmässigen Erwerbstätigkeit zu erfüllen. Diese Tatsachen tragen für Menschen mit HIV/Aids zusätzlich zur psychologischen Hürde, sich wegen der HIV/Aids-Infektion als Menschen mit Behinderung anzuerkennen, wesentlich zur finanziellen Unsicherheit bei[934].

6.6 Datenschutz

Dem Datenschutz in Kanada liegt der Gedanke des Schutzes der Menschenwürde und des Respekts gegenüber dem Individuum zugrunde. Da die Bekanntgabe einer Krankheit, insbesondere HIV/Aids, oft nicht auf Verständnis und Mitgefühl stösst, sondern zu Diskriminierung und Intoleranz führt, soll der Einzelne die Möglichkeit haben, selbst darüber zu entscheiden, mit wem und zu welchem Ausmass die betroffene Person persönliche, insbesondere gesundheitliche Informationen mit einer anderen Person teilen möchte[935]. Im Zeitalter, in dem die Technologie eine raschere und umfassendere Übermittlung von Informationen an eine steigende Anzahl von Person ermöglicht, ist die Kontrolle über Daten zur eigenen Personen und somit die Bewahrung der Privatsphäre jedoch immer schwieriger. Im Fall von HIV/Aids kann die Bekanntgabe der Diagnose fatal sein und u.a. zum Arbeitsplatzverlust führen. Dieser existentiellen Gefahr bewusst bei gleichzeitiger Abwesenheit eines effektiven Datenschutzes kann sich die

[932] Villani v. Canada (Attorney General), [2002] 1 FC 130 (FCA).
[933] Das Gericht greift den „real world“ Ansatz auf, der bereits 1988 in Leduc v. Minister of National Health and Welfare (1988), CEB & PGR 8546 (Pension Appeals Board) diskutiert wurde.
[934] CANADIAN HIV/AIDS LEGAL NETWORK (Support for survival), S. 29ff.
[935] R v. Dyment [1988] 2 SCR 417.

Situation einstellen, dass Menschen immer weniger bereit sind, sich auf HIV/Aids zu testen. Das öffentliche und private Interesse sollte deshalb sein, den Datenschutz insbesondere in Bezug auf gesundheitliche Informationen effektiv zu gestalten[936], um so die Auswirkungen von HIV/AIDS auf den Einzelnen, die Familie, das Gemeinwesen sowie den Staat zu minimieren[937].

„Privacy" wird von der kanadischen Charter nicht ausdrücklich gewährleistet. Der Supreme Court of Canada hat in *R v. O'Connor* jedoch festgehalten, dass „a fair legal system requires respect at all times for he complainant's personal dignity, and in particular his or her right to privacy, equality, and security" und "[r]espect for individual privacy is an essential component of what it means to be free"[938]. Die Privatsphäre umfasst Informationen, welche dazu neigen, intime Angaben über den Lebensstil oder die persönlichen Vorlieben zu offenbaren[939]. Gemäss *R v. Sharpe*[940] kann sich eine Person mit HIV/Aids bei unberechtigter Bekanntgabe der Information HIV/Aids auf Sektion 7 („right to life, liberty and security") und Sektion 8 („right do be secure against unreasonable search or seizure") der kanadischen Charter berufen.

Auf Bundesebene schützt der *Privacy Act*[941] im öffentlichen Bereich und der *Personal Information Protection and Electronic Documents Act (PIPEDA)*[942] privaten Bereich vor ungerechtfertiger Datenbearbeitung. Der PIPEDA verpflichtet private Unternehmen auch in ihren Tätigkeiten in den Provinzen/Territorien, solange anstelle des PIDEDA nicht eine als gleichwertig anerkannte Regelung durch die Provinzen/Territorien erlassen wird. Der Privacy Act und der PIPEDA werden in den nachfolgenden Unterkapiteln zu den wichtigsten Punkten diskutiert.

Auf der Ebene der Provinzen wurden in British Columbia, Manitoba, Saskatchewan und Neufundland allgemeine Datenschutzgesetze („Privacy Act") erlassen, die ein Klagerecht auf Verletzung des Datenschutzes vorsehen. Die Provinz Quebec, die wie die meisten europäischen Staat zivilrechtlich organisiert ist, gewährleistet in Art. 35 bis 41 des Code Civil das Recht auf Privatsphäre und hält in Art. 35 fest, dass „[e]very person has a right to the respect of his reputation and privacy. No one may invade the privacy of a person without consent of the person or his heirs unless

[936] CANADIAN HIV/AIDS LEGAL NETWORK (Privacy), S. iff.
[937] United Nations General Assembly Special Session on HIV/Aids. Declaration of Commitment on HIV/Aids. Resolution A/Res/S-26/2, 27. Juni 2001, Paragraph 13.
[938] R v. O'Connor [1995] 4 SCR 411, Paragraph 26.
[939] R v Plant [1993] 3 SCR 281, Paragraph 20.
[940] R v. Sharpe [2991] 1 SCR 45, Paragraph 26.
[941] Privacy Act, RS 1985, c. P-21.
[942] Personal Information Protection and Electronic Documents Act, SC 2000, c 5 (PIPEDA).

authorized by law"[943]. Diese allgemeinen Datenschutzvorschriften regeln nicht spezifisch den Schutz von Gesundheitsdaten. Personen, deren Gesundheitsdaten unberechtigterweise bearbeitet werden, können jedoch ihr Recht auf Privatsphäre mit Hilfe dieses Klagerechts gerichtlich einfordern[944]. Das Einfordern des Rechts wird erleichtert, indem die betroffene Person keinen Schaden aus der Datenschutzverletzung nachweisen muss; sie muss jedoch den Beweis des Vorliegens eines Vorsatzes als auch des Unrechtsbewusstseins („without colour of right") des Angeklagten erbringen[945]. In Manitoba ist schliesslich ein erheblicher („substantiel") Eingriff in die Privatsphäre erforderlich, was wiederum das Prozessrisiko erhöht[946].

Obwohl der Umgang mit Gesundheitsdaten in den verschiedenen Privacy Act nicht spezifisch geregelt ist, finden Menschen mit HIV/Aids über das Recht auf Privatsphäre Schutz vor ungerechtfertigter Bearbeitung, insbesondere vor unberechtigter Bekanntgabe der HIV/Aids Infektion an Dritte. Ausserdem wird das Prozessrisiko erheblich gemindert, da kein Schaden, d.h. die Persönlichkeitsverletzung, die in den meisten Fällen schwierig zu beweisen ist, nachgewiesen werden muss.

Privacy Act

Sektion 12 (1) des Privacy Acts gewährleistet jeder Person das Recht auf Zugang zu den bearbeiteten Informationen über seine Person. Personendaten umfassen u.a. Gesundheitsdaten sowie Daten über seine Erwerbstätigkeit. Der Privacy Act schreibt den Bundesbehörden vor, dass keine Personendaten bearbeitet werden dürfen, ohne dass sie für die Aktivitäten der Verwaltung unerlässlich sind. Personendaten dürfen zu diesem Zweck nur direkt bei der betroffenen Person in Erfahrung gebracht werden, ausser es liegt ihre Einwilligung vor, die Daten auf anderem Wege zu beschaffen. Eine Ausnahme zum Recht auf Zugang zu Informationen über die eigene Person sieht Sektion 28 des Privacy Acts im Fall von medizinischen Informationen über die körperliche oder psychische Gesundheit der anspruchsberechtigten Person vor. Die Bundesbehörden können den Zugang verweigern, wenn festgestellt wird, dass „the examination of the information by the individual would be contrary to the best interests of the individual".

[943] Civil Code of Québéc, SQ 1991, c. 64.
[944] CANADIAN HIV/AIDS LEGAL NETWORK (Privacy), S. 21.
[945] Davis v. McArthur (1969 10 DLR (3d) 250 (BCSC).
[946] Manitoba Privacy Act, CCSM 1987, c. P125, Sektion 2 Abs. 1.

Personal Information Protection and Electronic Documents Act (PIPEDA)

Der PIPEDA schützt die Arbeitnehmerinnen als auch die Kunden eines privaten Unternehmens vor unrechtmässiger Datenbearbeitung. Gemäss Sektion 5 (3) PIPEDA darf das Unternehmen nur Personendaten für den Zweck bearbeiten, den eine vernünftige Person den Umständen entsprechend als angemessen erachtet; ausserdem muss die Datenbearbeitung fair[947], rechtmässig und nicht diskriminierend sein[948]. Sowohl das Wissen um die Datenbearbeitung als auch das Einverständnis der betroffenen Person sind Voraussetzung, damit die Bearbeitung von Personendaten erlaubt ist.

Aus rechtlichen und medizinischen Gründen wie auch aus Gründen der Sicherheit („security reasons") kann unter gewissen Umständen von der Einwilligung der betroffenen Person abgesehen werden. Aufgeweicht wird die Verpflichtung zur Einholung der Einwilligung, wenn eingeräumt wird, dass „[s]eeking consent may be impossible or inappropriate when the individual is […] seriously ill […].

Im Anhang enthält der PIPEDA Richtlinien, die die privaten Unternehmen in der Bearbeitung von Personendaten anleiten. Sie sind verpflichtet, einen Leitfaden und Methoden zur betrieblichen Datenbearbeitung und zum Verfahren des individuellen Zugangs zu Informationen zu entwickeln. Sollen Personendaten an Dritte weitergegeben, muss das Unternehmen vertraglich oder mit anderen Mittel dafür besorgt sein, dass der Datenschutz gewährleistet ist. Um dem Prinzip der Offenheit („openness principle") und dem freien Zugang zu Personendaten über die eigenen Person nicht zu verletzen, muss das Unternehmen den Zweck der Datenbearbeitung bestimmen und ihn dokumentieren, so dass er auf Anfrage erklärt werden kann.

Für Verletzung des PIPEDA ist der Privacy Commissioner nach Section 11 PIPEDA zuständig. Die Privacy Commission kann aufgrund einer eingereichten Klage oder von sich aus einen Sachverhalt untersuchen. Drittpersonen, die eine ungerechtfertigte Datenbearbeitung feststellen, können sich ebenfalls an die Privacy Commission wenden und sind von Sektion 27 PIPEDA gegen Vergeltungsmassnahmen geschützt.

Der PIPEDA verbietet grundsätzlich die Bekanntgabe von Personendaten ohne Einwilligung der betroffenen Person; wie in anderen Gesetzgebungen findet man aber auch hier die Situation, dass unter gewissen Umständen das Verbot nicht greift. Um eine ungerechtfertigte Bekanntgabe von

[947] Die Datenbearbeitung soll "fair" sein, d.h., es soll bei der Datenbearbeitung nicht über den eigentlichen Zweck hinweggetäuscht werden.

[948] "Organizations shall not collect personal information indiscriminately." "indiscriminately" bedeutet "ohne Unterschied" oder "wahllos".

Gesundheitsdaten zu vermeiden und die Rechtsicherheit zu wahren, sollten Datenschutzgesetze nur unter sehr spezifischen Umständen von einem strikten Verbot der Bearbeitung von Gesundheitsdaten absehen[949].

6.7 Einschätzungen zur Wirkung des kanadischen Diskriminierungsschutzes

6.7.1 Modalitäten der Befragung und ergänzende Methoden

Zur Einschätzung der Wirkung des kanadischen Diskriminierungsschutzes wurden insgesamt folgende Organisationen und Personen mit der Bitte angeschrieben, einen Fragebogen mit offenen Fragen zum Diskriminierungsschutz und dessen Wirkung für Menschen mit HIV/Aids in der Arbeitswelt zu beantworten:

Regierung / Verwaltung:

- Public Health Agency of Canada

Nichtregierungsorganisationen:

- Canadian HIV/Aids Legal Network
- Canadian Aids Society
- CANFAR Canadian Foundation for AIDS Research
- Canadian Working Group on HIV and Rehabilitation (CWGHR)
- Canadian HIV/AIDS Information Centre

Organisationen von Menschen mit HIV/Aids:

- Canadian HIV/Aids Legal Network

Rechtsexperten/innen:

- Richard Elliott, Canadian HIV/Aids Legal Network
- Ontario Human Rights Tribunal (Patricia Grenier)

Wie bereits andernorts geschehen, gestaltete sich auch in Kanada die Durchführung der Befragung zur Einschätzung des Diskriminierungsschutzes äusserst aufwendig. Trotz mehreren schriftlichen Anfragen gab es keine Rückmeldungen der Nichtregierungsorganisationen wie CANFAR Canadian Foundation for AIDS Research, Canadian Working Group on HIV and Rehabilitation (CWGHR) und Canadian HIV/AIDS Information Centre. Sehr hilfsbereit zeigte sich die zuständigen Person des Ontario Human Rights Tribunals (Patricia Grenier), einen Rechtsexperten auf dem Gebiet ausfindig zu machen. Sie leitete die Anfrage zur Bearbeitung an die Nichtregierungsorganisation Canadian HIV/Aids Legal Network, welche

[949] Siehe auch Canadian HIV/Aids Legal Network (Privacy), S. 31.

dann über diesen Kontakt und auf unsere direkte Anfrage als Rechtsexperte bereitwillig den Fragebogen ausfüllte. Ähnlich leitete die Canadian AIDS Society, ebenfalls eine Nichtregierungsorganisation, den Fragebogen an die HIV & AIDS Legal Clinic (Ontario) zur Beantwortung weiter.

Da die direkte Kontaktaufnahme mit Menschen mit HIV/Aids aus verständlichen Gründen praktisch unmöglich ist, suchte man den Kontakt zu dieser Gruppe über Organisationen, die die Anliegen von Menschen mit HIV/Aids vertreten. Im Fall von Kanada richtete man sich zu diesem Zweck an das Canadian HIV/Aids Legal Network. Die Organisation stellte freundlicherweise den Fragebogen auf ihren „AIDS-Policy-Law listserv", um auf diese Weise die Menschen mit HIV/Aids mit dem Fragebogen zu erreichen. Von dieser Befragungsgruppe sind jedoch im für die Befragung festgelegten Zeitraum keine ausgefüllten Fragebogen eingetroffen.

Im Verlauf der Befragung, aber auch in anderen Zusammenhängen lässt sich positiv feststellen, dass die HIV/Aids Interessensgemeinschaft in Kanada, ob auf Bundesebene oder in den Provinzen organisiert, sehr gut miteinander vernetzt ist und zusammenarbeitet.

Ausgefüllte Fragebogen erhielten wir schliesslich von folgenden Institutionen/Personen in Kanada:

- Canadian Public Health Agency
- Richard Elliott (Rechtsexperte), Canadian HIV/AIDS Legal Network
- HIV & AIDS Legal Clinic (Ontario) (Ruth Carey) anstelle von Nichtregierungsorganisation Canadian AIDS Society

Obwohl nur eine geringe Zahl an ausgefüllten Fragebogen schliesslich zurückkam, lagen jedoch aufgrund ihrer ausführlichen Beantwortung durch Personen mit ausgezeichneten Kenntnissen und Erfahrungen im Bereich HIV/Aids und Diskriminierung qualifizierte Aussagen zur Auswertung vor.

6.7.2 Bewertung der vorhandenen Diskriminierungsschutznormen

Den ausgefüllten Fragebögen ist eine einheitlich positive Einschätzung („reasonably good") der vorhandenen Diskriminierungsschutznormen sowohl seitens der Verwaltung, des Rechtsexperten als auch der teilnehmenden Nichtregierungsorganisation zu entnehmen. Schutz vor Diskriminierung („disability" oder „handicap") wird durch verschiedene Gesetze auf Bundesebene und in den Provinzen/Territorien und gegenüber verschiedenen Akteuren („public" und „private") und in verschiedenen Situation, u.a. Arbeitswelt gewährleistet; als „quasi-constitutional" ergänzen sie die Canadian Charter of Rights and Freedoms. Die Rechtsprechung hat den Schutz vor Diskriminierung entscheidend mitgeprägt und auf das Persönlichkeitsmerkmal HIV/Aids ausgedehnt.

6.7.3 Bewertung der praktischen Anwendung der Diskriminierungsschutznormen

Die Wirksamkeit resp. die praktische Anwendung von Diskriminierungsschutznormen wurde seitens der Rechtsexperten als auch der teilnehmenden Nichtregierungsorganisationen negativ bewertet („limited effectiveness"). Die schwache praktische Anwendbarkeit der Diskriminierungsschutznormen besteht sowohl auf Bundesebene als auch in den Provinzen. Dies kann den Aussagen der HIV & AIDS Legal Clinic entnommen werden, die ihre Aussagen vor allem auf die Situation in der Provinz Ontario bezieht, und des Canadian HIV/Aids Legal Network, das sowohl Angaben über praktische Anwendbarkeit der Diskriminierungsschutznormen auf Bundesebene und in den Provinzen macht.

Sowohl der Rechtsexperte als auch die Nichtregierungsorganisation nennen verfahrensrechtliche Mängel als Gründe für die beschränkte Wirksamkeit des bestehenden Diskriminierungsschutzes. Kritisiert wird insbesondere die Funktionsweise der Commission, die als „gate-keeping function" beschrieben wird. Es wird bemängelt, dass z.B. in Ontario 300-400 Klagen nach langjährigem Verfahren unter Ausschluss der Öffentlichkeit von der Commission abgelehnt werden und somit nicht an das Gericht („tribunal") zugelassen sind. Als besonders negativ wird die Regelung empfunden, dass bei einer Ablehnung durch die Commission die Revision des Entscheids oder eine erneute Klage vor einer anderen Instanz ausgeschlossen ist. Die Befragten erhoffen sich, mit der „Bill 107", die momentan in Ontario diskutiert wird und den Ontario Human Rights Code um eine direkte Klagemöglichkeit beim Gericht erweitert, einen möglichen und positiven Ausweg aus dieser unbefriedigenden Rechtslage. Dieser Weg wurde bisher erst von der Provinz British Columbia eingeschlagen, wo Betroffene ihren Anspruch auf diskriminierungsfreie Behandlung direkt vor dem Tribunal geltend machen können. Im Gegensatz zum Verfahren vor der Commission, wo die klagende Person unentgeltlich von der Commission selbst vertreten wird, wird hier auch ein Verbandsklagerecht eingeräumt.

Die beschränkte Wirksamkeit des Diskriminierungsschutzes in Kanada sei auch darauf zurückzuführen, dass für Menschen mit HIV/Aids die Prozesskosten zu hoch sind oder dass sie oft überhaupt keinen Zugang zu Informationen über ihre Rechtslage usw. haben. Insbesondere wird aber auf das sehr langsame, je nach dem Jahre dauernde Verfahren hingewiesen, das gerade für Menschen mit HIV/Aids gesundheitlich zu belastend ist („takes a toll of energy") und von Rechtsunsicherheit begleitet wird.

In Bezug auf die Arbeitswelt sind weitere Hindernis zu vermerken wie etwa die Angst vor Vergeltungsmassnahmen im Arbeitsumfeld, entweder durch den Arbeitgeber oder durch Mitarbeiter ausgeführt.

NGOs und Verwaltung vertreten unterschiedliche Auffassungen in Bezug auf staatliche Sensibilisierungsbemühungen in der Bekämpfung von Diskriminierung wegen HIV/Aids in der Arbeitswelt. Die HIV & Aids Legal Clinic stellt fest, dass die Regierungen auf Bundesebene als auch auf der Ebene der Provinzen die Arbeit von NGOs im Zusammenhang mit HIV/Aids zwar finanziell unterstützen; gleichzeitig gibt sie an zu beobachten, dass in der Arbeitswelt fehlende Kenntnisse und Stigmatisierung von HIV/Aids vorherrschen, so dass es nach wie vor zu Kündigungen wegen HIV/Aids durch Arbeitgeber kommt. Dahingegen vertritt die Canadian Public Health Agency, dass gerade die Bekämpfung von Stigmatisierung und Diskriminierung ein zentrales Element der *Federal Initiative to Address HIV/AIDS in Canada (2005)* und auch kanadischen Aktionsprogramm *Leading Together: Canada Takes Action on HIV/Aids (2005-2010)* soziale Gerechtigkeit und den Ansatz, dass jeder in seinem Recht geschützt sein soll, angestrebt.

Mehr Erfolg und zur Sensibilisierung beigetragen hatte nach Angaben der HIV & Aids Legal Clinic eine Reihe von Richtlinien („policies"), die die Commission (Ontario) als Hilfe zur Interpretation bestimmter rechtlicher Regelungen aufgestellt hatte. Diese Richtlinien verhelfen den Diskriminierungsschutznormen, sich zu etablieren. So ist heute festzustellen, dass die meisten Arbeitgeber wissen, dass in der Bewerbungsphase keine Gesundheitsfragen gestellt werden dürfen, dass eine medizinische Untersuchung erst, nachdem die Stelle angeboten und akzeptiert wurde, angeordnet werden darf und auch nur unter der Bedingung durchgeführt werden darf, wenn diese für den Versicherungsantrag notwendig oder um abzuklären, ob spezielle Vorkehrungen im Betrieb zu treffen sind.

6.8 Würdigung des kanadischen Diskriminierungsschutzes bei HIV/Aids

Der Diskriminierungsschutz im Arbeitsverhältnis ist sowohl auf Bundesebene als auch in den Gliedstaaten durch das Diskriminierungsverbot als Bestandteil der (jeweiligen) Human Rights Acts gewährleistet. Die Analyse der Bestimmungen und ihrer Anwendung zeigt die Anstrengungen, möglichst alle Formen verpönter Ungleichbehandlung zu erfassen. HIV/Aids ist als Diskriminierungskriterium zwar nicht ausdrücklich genannt, wird von den zuständigen Organen aber als möglicher verpönter Diskriminierungsgrund anerkannt. Als wegweisend haben sich auch einige HIV/Aids-Diskrimierungsgerichtsfälle erwiesen.

7 Diskriminierung und Rechtsschutz im Vergleich

7.1 HIV/Aids-Diskriminierung und Aidspolitik

7.1.1 Epidemiologie

Tabelle X: Epidemiologische Daten im Vergleich

	Kanada	Deutschland	Gross-britannien	Frankreich	Schweiz
Bevölkerungszahl	32 750 000[950]	82 438 000[951]	60 200 000[952]	62'702'000[953]	7'459'128[954]
Anzahl positive HIV/AIDS-Tests von 1985 bis Ende 2005[955]	60'160[956]	26'333 (Achtung: Gesamthafte Erfassung erst seit 1993)	76'850	11'952 (Achtung: Gesamthafte Erfassung erst seit 2003)	28'606
Anzahl HIV-Neuinfektionen im Jahr 2005[957]	2'483	2451	8868	3'165	722
Anzahl Meldungen	20'315	24'335	21'898	60'212	8'252

[950] Statistics Canada, Quelle: http://www40.statcan.ca/l01/cst01/demo02.htm
[951] Pressemitteilung des statistischen Bundesamtes vom 19. Juli 2006, Quelle: http://www.destatis.de/presse/deutsch/pm2006/p2920021.htm (25.11.06)
[952] National Statistics Online, Diese Zahl umfasst das ganze Vereinigte Königreich; Quelle: http://www.statistics.gov.uk/CCI/nugget.asp?ID=6 (25.11.06)
[953] Institut National de la Statistique et des Études Économiques (Insee) – La France en fait et chiffres http://www.insee.fr/fr/ffc/chifcle_liste.asp?theme=2&soustheme=1&souspop=
[954] Bundesamt für Statistik: Die Bevölkerung der Schweiz 2005, S. 4; Neuchâtel 2006.
[955] Die Zahlen stammen für die europäischen Länder vom Centralized information system for infectious diseases der WHO, Quelle: http://data.euro.who.int/CISID/ (25.11.06). Sie basieren für die Schweiz auf den Daten des Bundesamts für Gesundheit, für Frankreich auf den Daten des Institut de veille sanitaire, für Grossbritannien auf den Daten der Health Protection Agency und für Deutschland auf den Daten des Robert Koch-Instituts. Für Canada entstammen die Daten dem Bericht der Public Health Agency of Canada "HIV and Aids in Canada - Surveillance Report to December 31, 2005", S. 9; Quelle: http://www.phac-aspc.gc.ca/publicat/aids-sida/haic-vsac1205/pdf/haic-vsac1205.pdf (25.11.06).
[956] Public Health Agency of Canada:
[957] Die Zahlen stammen für die europäischen Länder vom Centralized information system for infectious diseases der WHO, Quelle: http://data.euro.who.int/CISID/ (25.11.06), für Canada dem Bericht der Public Health Agency of Canada "HIV and Aids in Canada - Surveillance Report to December 31, 2005", S. 9; Quelle: http://www.phac-aspc.gc.ca/publicat/aids-sida/haic-vsac1205/pdf/haic-vsac1205.pdf (25.11.06).

der Aidsfälle von 1983 bis Ende 2005[958]					
Anzahl neue Aids-Fälle im Jahr 2005[959]	279	1103	906	710	234
Gemeldete Aids-Todesfälle von 1983 bis Ende 2005[960]	13'293	13'360	13'237	34'407	5'663
Gemeldete Todesfälle 2005[961]	59	145	254	227	101

Es ist generell schwierig, eine Vergleichsübersicht über die HIV/AIDS-Prävalenz der verschiedenen Länder zu gewinnen, da die Daten unterschiedlich erfasst werden. So kennt bsw. Frankreich erst seit 2003 eine nationale systematische Erfassung der HIV/AIDS-Daten[962] (Daten über Aids-Fälle wurden hingegen seit den 80er Jahren national erfasst), Deutschland besitzt erst seit 1993 eine differenzierte Erfassung von HIV-Erstdiagnosen[963].

[958] Die Zahlen stammen für die europäischen Länder vom Centralized information system for infectious diseases der WHO, Quelle: http://data.euro.who.int/CISID/ (25.11.06), für Canada dem Bericht der Public Health Agency of Canada "HIV and Aids in Canada - Surveillance Report to December 31, 2005", S. 34; Quelle: http://www.phac-aspc.gc.ca/publicat/aids-sida/haic-vsac1205/pdf/haic-vsac1205.pdf (25.11.06).
[959] Die Zahlen stammen für die europäischen Länder vom Centralized information system for infectious diseases der WHO, Quelle: http://data.euro.who.int/CISID/, für Canada dem Bericht der Public Health Agency of Canada "HIV and Aids in Canada - Surveillance Report to December 31, 2005", S. 34; Quelle: http://www.phac-aspc.gc.ca/publicat/aids-sida/haic-vsac1205/pdf/haic-vsac1205.pdf (25.11.06).
[960] Die Zahlen stammen für die europäischen Länder vom Centralized information system for infectious diseases der WHO, Quelle: http://data.euro.who.int/CISID/ (25.11.06), für Canada dem Bericht der Public Health Agency of Canada "HIV and Aids in Canada - Surveillance Report to December 31, 2005", S. 55; Quelle: http://www.phac-aspc.gc.ca/publicat/aids-sida/haic-vsac1205/pdf/haic-vsac1205.pdf (25.11.06).
[961] Die Zahlen stammen für die europäischen Länder vom Centralized information system for infectious diseases der WHO, Quelle: http://data.euro.who.int/CISID/ (25.11.06), für Canada dem Bericht der Public Health Agency of Canada "HIV and Aids in Canada - Surveillance Report to December 31, 2005", S. 55; Quelle: http://www.phac-aspc.gc.ca/publicat/aids-sida/haic-vsac1205/pdf/haic-vsac1205.pdf (25.11.06).
[962] HIV/Aids Surveillance in Europe, End-year report 2005, S. 7; Quelle: http://www.eurohiv.org/reports/report_73/pdf/report_eurohiv_73.pdf (25.11.06).
[963] HIV/Aids in Deutschland – Eckdaten, hrsg. Vom Robert Koch-Institut; Quelle: http://www.rki.de/cln_006/nn_334076/DE/Content/InfAZ/H/HIVAIDS/Epidemiologie/Dat

Nach der Einführung und weit verbreiteten Anwendung der hochaktiven antiretroviralen Therapie (HAART) gingen Aids-Inzidenz und –Sterberaten in allen Vergleichsstaaten stark zurück. Die Anzahl der Neuansteckungen ist jedoch in allen Staaten eher wieder am ansteigen. Grund hierfür dürfte vor allem in der Vulnerabilität bestimmter Gruppen (bsw. MigrantInnen), in der Behandelbarkeit der HIV-Infektion und in einer Abschwächung des staatlichen Engagements liegen.

Beim Blick auf die Tabelle fällt auf, dass die Schweiz im Vergleich zu den anderen Staaten eine relativ hohe HIV/Aids-Inzidenz aufweist, was allenfalls auch damit zusammenhängt, dass sich Menschen in der Schweiz eher testen lassen und ein guter Zugang zu HIV/AIDS-Testzentren besteht.

7.1.2 HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis

Während über die epidemiologische Situation in allen fünf Staaten vergleichbare Daten vorhanden sind, fehlen solche hinsichtlich Diskriminierungen im Arbeitsverhältnis. Wie in den einzelnen Länderberichten beschrieben, wurden nur wenige systematische und kaum periodische HIV/Aids-Diskriminierungsstudien durchgeführt. Die folgenden Aussagen erheben deshalb keinesfalls den Anspruch auf empirische Vollständigkeit.

Nachfolgend werden aufgrund der Analyse der vergleichenden Länderberichte und den Ausführungen zur Situation in der Schweiz einige besonders auffallende Ergebnisse dargestellt:

- In allen fünf[964] Staaten erleben Menschen mit HIV/Aids in der Arbeitswelt Diskriminierungen, namentlich im Zusammenhang mit der Auflösung von Arbeitsverhältnissen aber auch beim Zugang zur Arbeit. Dabei es handelt es sich nicht um Einzelfälle, vielmehr variieren die Quoten derjenigen Befragten, die erlebte Diskriminierungen geltend machen zwischen 20 und 40 Prozent. Eindrücklich ist das Ergebnis einer Studie in Frankreich, wonach 100 Prozent der Befragten angaben, sie würden eine HIV-positive Person bei bekannter Diagnose nicht anstellen. Aufschlussreich ist die Deutschland betreffende Studie, wonach der Mehrheit der rechtlich als „schwer behindert“ geltende Arbeitnehmende mit HIV/Aids am Arbeitsplatz Vorteile gewährt wird.

en__und__Berichte/EckdatenDeutschland,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/EckdatenDeutschland (25.11.06).

[964] Für Daten zur Schweiz siehe Teil II, 2., S. 75ff.; für diejenigen zu Grossbritannien siehe Teil IV, 3.1.3, S. 241ff., Frankreich 4.1.3, S. 273ff., Deutschland 5.1.3, S. 308ff. und Kanada 6.1.3, S. 347ff.

- Studien in Grossbritannien und Kanada zur Einstellung gegenüber Arbeitnehmenden mit HIV/Aids zeugen trotz grundsätzlich gutem Informationsstand über HIV/Aids von weit verbreiteten Vorurteilen gegenüber Übertragungsrisiken im Gastgewerbe und bei Gesundheitsberufen.
- Auffallend häufig genannt werden Diskriminierungen von Versicherungen in Frankreich und in der Schweiz.

Trotz aller Vorbehalte gegenüber der Repräsentativität der Studienergebnisse und Einschränkungen hinsichtlich Vergleichbarkeit lassen sich auch die vorliegenden Ergebnisse vorsichtig interpretieren.

- Ausgangspunkt für die Frage des rechtlichen Umgangs mit HIV/Aids-Diskriminierung ist in allen Staaten das beachtliche Ausmass tatsächlich erlebter Diskriminierung. Die rechtlichen Antworten fallen, wie die gleich folgende vertiefte rechtsvergleichende Analyse zeigen wird, je nach Staat differenziert aus.
- Die besonders in Frankreich und der Schweiz ausgeprägt geltend gemachten Diskriminierungen von Versicherern haben ihren Ursprung möglicherweise im lückenhaften gesetzlichen Schutz, sei es über die Sozialversicherung oder durch das Arbeitsrecht, gegen länger dauernden Lohnausfall.

7.1.3 Strategie gegen HIV/Aids-Diskriminierung

In allen fünf Staaten bildet der Kampf gegen Diskriminierung und Stigmatisierung von Menschen mit HIV/Aids einen Bestandteil der staatlichen Aidspolitik bzw. Aidsbekämpfungsstrategie[966].

Über die Frage, wie Diskriminierung von Menschen mit HIV/Aids in der Arbeitswelt begegnet werden kann, sind in den einzelnen Staaten sowohl vergleichbare wie unterschiedliche Vorgehensweisen ersichtlich.

Alle fünf Staaten erachten NGO's für die Diskriminierungsbekämpfung als wichtige Akteure und sie werden entsprechend finanziell unterstützt. In

[966] Für die staatliche Aidspolitik der Schweiz siehe Teil II, 4.1., S. 83ff.; für diejenige von Grossbritannien siehe Teil IV, 3.1.2, S. 239ff., Frankreich 4.1.2, S. 271ff., Deutschland 5.1.2, S. 306ff. und Kanada 6.1.2, S. 346ff.

[971] EuGH, Rs. C-43/05, Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Urteil vom 23. Februar 2006.

Grossbritannien wird die HIV/Aids-Diskriminierung mit einem eigenständigen Aktionsplan bekämpft, der insbesondere auch die Unterstützung von Trainings zum Diskriminierungsabbau am Arbeitsplatz vorsieht. Das Nationale Aidsprogramm 2005-2008 in Frankreich sieht vor, Menschen mit HIV/Aids seien besser über ihre Rechte zum Diskriminierungsschutz in der Arbeitswelt zu informieren und sensibilisieren.

7.2 Völker- und europarechtliche (HIV/Aids) Diskriminierungsschutzverpflichtungen

7.2.1 Die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Vergleichsstaaten

Die vorgängig im Einzelnen beschriebenen völkerrechtlichen Verpflichtungen der Vergleichstaaten lassen sich zusammengetragen in einer Tabelle wie folgt darstellen:

Tabelle 28: Völkerrechtliche Verpflichtungen der Vergleichsstaaten

Völkerrechtliche Instrumente	Kanada	Deutschland	Grossbritannien	Frankreich	Schweiz
IPswkR	ratifiziert	ratifiziert	ratifiziert	ratifiziert	ratifiziert
IPpbR	ratifiziert	ratifiziert	ratifiziert	ratifiziert	ratifiziert
Fakultativprotokoll IPpbR	ratifiziert	ratifiziert		ratifiziert	
ILO 111	ratifiziert	ratifiziert	ratifiziert	ratifiziert	ratifiziert
ILO 158					
ILO 159		ratifiziert		ratifiziert	ratifiziert
EMRK		ratifiziert	ratifiziert	ratifiziert	ratifiziert
Zusatzprotokoll Nr. 12 EMRK					
Europäische Sozialcharta		ratifiziert		ratifiziert	unterzeichnet, nicht ratifiziert

Quelle: Eigene Darstellung HIV/Aids-Diskriminierungsstudie

Mit den folgenden Ausführungen wird kein Anspruch auf eine umfassende „Umsetzungsanalyse“ in den einzelnen Staaten erhoben, vielmehr ist unser Fokus entsprechend unserem Studienziel auf HIV/Aids bescrhänkt.

In Bezug auf die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Vergleichsstaaten sind zwei Ebenen feststellbar: die Instrumente auf internationaler Ebene und diejenigen auf regionaler Ebene. Vergleichbar sind alle fünf Staaten hinsichtlich ihrer Verpflichtungen auf internationaler Ebene. Mit der Ratifizierung der IPswkR und IPpbR haben sie sich allgemein und mit der Ratifizierung der ILO 111 speziell in Bezug auf die Arbeitswelt zur Umsetzung des Diskriminierungsverbotes verpflichtet. Art. 26 IPpbR verlangt nicht nur den Ausschluss einer rechtlichen, sondern auch einer tatsächlichen Diskriminierung in allen vom Staat geregelten und geschützten Bereichen. Kanada, Deutschland und Frankreich räumen das Individualklagerecht gemäss Fakultativprotokoll zum IPpbR ein. Die Schweiz hat zu Art. 26 IPpbR einen Vorbehalt angebracht und hat das Fakultativprotokoll nicht unterzeichnet.

Es kann festgestellt werden, dass alle fünf Staaten in rechtlicher Hinsicht ihren internationalen Verpflichtungen nachkommen. Im monistischen Frankreich entfalten Diskriminierungsverbote aus ratifizierten internationalen Verträgen direkte Wirkung im nationalen Recht. Deutschland hat ein Benachteiligungsverbot aufgrund der Behinderung im Grundgesetz verankert. Grossbritannien kennt zwar keine Verfassung und somit kein verfassungsrechtliches allgemeines Diskriminierungsverbot; die Mitgliedschaft in der EU und im Europarat verpflichtet Grossbritannien jedoch zum Diskriminierungsschutz aufgrund einer Behinderung. Die kanadische Charter of Rights and Freedoms enthält ein allgemeines Diskriminierungsverbot, dass eine Ungleichbehandlung aufgrund geistiger und physischer Behinderung verbietet. Auch die Schweiz erfüllt trotz den in dieser Studie bei HIV/Aids und anderen Krankheiten festgestellten Mängeln mit dem verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbot in Art. 8 Abs. 2-4 BV, den Bestimmungen zum Persönlichkeitsschutz im Arbeitsverhältnis sowie dem Schutz vor Kündigung aus missbräuchlichen Motiven *grundsätzlich* die Verpflichtungen des IPbpR, IPwskR und IAO-Übereinkommen Nr. 111.

Im arbeitsrechtlichen Bereich umfasst der französische Code du travail sowohl einen Persönlichkeitsschutz als auch die verbotenen Diskriminierungsgründe „Behinderung“ und „Gesundheitszustand“. Deutschland kennt einen ungeschriebenen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Das britische und kanadische Arbeitsrecht enthalten keine Diskriminierungsverbote; Schutz vor Diskriminierung im Erwerbsleben garantieren Antidiskriminierungsgesetze. Der britische Disability Discrimination Act ist das einzige rechtliche Dokument, das die

HIV-Infektion explizit als Behinderung definiert und somit als Unterscheidungskriterium verpönt.

Alle fünf Staaten engagieren sich für die tatsächliche Umsetzung der internationalen Verpflichtungen durch ihre nationale HIV/Aids-Bekämpfungsstrategien zur Verringerung von Diskriminierung und Stigmatisierung (auch) am Arbeitsplatz.

Die EMRK verpflichtet die Schweiz, Frankreich, Deutschland und Grossbritannien. Sie statuiert jedoch kein Diskriminierungsverbot für den arbeitsrechtlichen Bereich. Datenschutzregelungen zum Schutz der Privatsphäre (Art. 8 EMRK) kennen alle drei Vergleichstaaten. Keiner der Vergleichsstaaten hat sich zur Einhaltung des Zusatzprotokolls Nr. 12 zur EMRK verpflichtet, das ein selbständiges Diskriminierungsverbot enthält. Dieses könnte den Schutz vor HIV/Aids-Diskriminierung am Arbeitsplatz verstärken, sicher im öffentlichrechtlichen und im Rahmen der staatlichen Schutzpflichten auch im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis.

7.2.2 Europarechtliche Verpflichtungen und Umsetzung

Die Umsetzungsverpflichtung der Rahmenrichtlinie 2000/78 EG betrifft lediglich Frankreich, Grossbritannien und GDeutschland.

Keine der drei Rechtsordnungen genügt(e) den Anforderungen der RL 2000/78/EG EWG. Der Anpassungsbedarf fiel indes unterschiedlich aus. In Frankreich und Grossbritannien mussten insbesondere Bestimmungen zum besseren Schutz von Arbeitnehmenden mit einer Behinderung erlassen werden. Beide Staaten mussten ihre Behindertengesetzgebung anpassen, etwa um bisher vom Geltungsbereich ausgenommene Betriebe neu ebenfalls der Gesetzgebung zu unterstellen. Frankreich hatte bislang keine in der RL 2000/78/EG EWG geforderte unabhängige Gleichbehandlungsstelle. Mit der Schaffung der unabhängigen Antidiskriminierungsbehörde Halde hat Frankreich diese Lücke geschlossen.

Deutschland hat die RL 2000/78/EG nicht rechtzeitig umgesetzt und wurde dafür vom EuGH verurteilt[971].

7.3 Rechtsschutz bei HIV/Aids – Diskriminierung

7.3.1 Vorbemerkungen

Im zweiten Kapitel haben wir die in der Schweiz durch Studien und Beratungserfahrungen dokumentierten Diskriminierungserfahrungen von Menschen mit HIV/Aids in die folgenden Phasen eingeteilt[973]:

---

[973] Siehe dazu Tabelle 1: Die Diskriminierungsphase, S. 82.

[975] EuGH, Rs. C-13/05, *Nava*s, Rz 42.

- Bewerbung
- Vertragsabschluss
- Anstellungsphase
- Beendigung des Arbeitsverhältnisses
- Nachvertragliche Phase

Im dritten Kapitel haben wir uns ausführlich mit der Rechtslage in der Schweiz bezüglich der genannten Diskriminierungen beschäftigt.

Ziel des vierten vorliegenden Kapitels ist, mittels Rechtsvergleichung den Rechtsschutz gegen HIV/Aids-Diskriminierungen im Bereich der Erwerbsarbeit in den Rechtsordnungen Frankreichs, Deutschlands, Grossbritanniens und Kanada zu bearbeiten. Zu diesem Zweck haben wir vorab eigentliche Länderberichte erstellt, die auch die Einschätzungen wichtiger Schlüsselpersonen über die Wirksamkeit des jeweiligen Diskriminierungsschutzrechts enthalten. Im Folgenden geht es darum, die Antworten der vier untersuchten ausländischen Rechtsordnungen und der schweizerischen Rechtslage zu den idealtypischen Diskriminierungskonstellationen (Bewerbung, Anstellung usw.) beschreibend darzustellen und zu vergleichen.

7.3.2 Bewerbungsverfahren

Informationen über den HIV/AIDS-Status während des Bewerbungsverfahrens

In allen fünf Staaten ist der Arbeitgeber in der Beschaffung von Gesundheitsinformationen der Stellenbewerbenden Einschränkungen unterworfen. Grundsätzlich sind das Fragerecht des Arbeitgebers und die Informationspflicht der Arbeitnehmerin auf gesundheitliche Belange beschränkt, die für die konkrete Tätigkeit relevant sind. Dieser grundsätzliche Anspruch auf Bewahrung der Privatsphäre beruht in allen fünf Staaten auf unterschiedlichen rechtlichen Grundlagen.

In allen fünf Rechtsordnungen gehört die Information über die HIV-Infektion an sich zu den geschützten Informationen, auf die der Arbeitgeber in Berufen ohne berufsbedingtes Übertragungsrisiko keinen Anspruch hat. In der deutschen und schweizerischen Lehre und Praxis besteht nach Lehre und Rechsprechung bei unzulässigen Fragen ein Notwehrrecht der Lüge.

Differenzierter ist die Rechtslage in medizinischen Berufen. Eine ausdrückliche Regelung dieser Frage auf Gesetzesstufe fehlt zwar in allen fünf Staaten. In Frankreich ist gestützt auf die strenge Datenschutzgesetzgebung und die arbeits- und strafrechtlichen

Diskriminierungsverbote jede direkte oder indirekte Nachfrage des Arbeitgebers nach dem HIV/AIDS-Test oder gar das Verlangen eines HIV/AIDS-Tests unzulässig. Ausnahmeregelungen für Gesundheitsberufe sind nicht vorgesehen. Auch in Deutschland gehört die Information über die HIV/AIDS-Diagnose gestützt auf Empfehlungen der Aids-Behörden in Berufen mit einem Übertragungsrisiko nicht zum Fragerecht der Arbeitgeber. Im schweizerischen Arbeitsrecht ist die Frage nach dem HIV/AIDS-Status von Bewerbenden gestützt auf das Verhältnismässigkeitsprinzip der Datenbearbeitung und Art. 328b OR unzulässig. Unseres Erachtens trifft dies auch auf medizinische Berufe zu. Auch im britischen Recht wird zum Teil eine Offenbarungspflicht für medizinisches Personal postuliert. In *Kanada* erlaubt die (federal) Canadian Human Rights Commission die Anordnung von HIV/AIDS-Tests im Bewerbungsverfahren nicht, da dass Übertragungsrisiko am Arbeitsplatz praktisch nicht vorhanden sei. In einem gewissen Widerspruch steht aber die Aussage derselben Kommission, dass der Nachweis eines negativen HIV/AIDS-Tests von Stellenbewerbenden u.a. für Berufe im „health care setting" zulässig sei. Damit wird auch gesagt, dass Stellenbewerbende in Gesundheitsberufen nach dem HIV/AIDS-Testergebnis gefragt werden dürfen. Einen anderen Weg wählt die Provinz Ontario. Gemäss einer Policy der Ontario Human Rights Commission zum Ontario Human Rights Act sind Gesundheitsfragen im Bewerbungsverfahren nur soweit zulässig, wie sie auf die Fähigkeit zur geforderten Arbeitsleitung Bezug nehmen. Gesundheitstests sind erst nach der Anstellung erlaubt. Der Arbeitgeber muss dann mit angemessenen Massnahmen dafür sorgen, dass eine Beschäftigung trotz allfälligen gesundheitlichen Einschränkungen noch möglich ist.

Die Verankerung von besonderen Schutzpflichten der Arbeitgeber zu Gunsten von Arbeitnehmenden mit Behinderung bzw. gesundheitlichen Einschränkungen hat zur Folge, dass im Bewerbungsverfahren auf gesundheitliche Probleme aufmerkam machen muss, wer diesen Sonderschutz beanspruchen will. So ist nach britischem Recht die Frage nach einer Behinderung von Stellenbewerbenden zulässig. Die Begründung besteht darin, dass Arbeitgebende gegenüber behinderten Arbeitnehmenden besondere Verpflichtungen haben. Mit der Gleichsetzung einer HIV-Infektion mit einer Behinderung im DDA wird somit auch die Frage nach dem HIV/AIDS-Status zulässig. Eine Nichtanstellung (einzig) aufgrund einer positiven HIV/AIDS-Diagnose würde allerdings eine Diskriminierung darstellen. In Deutschland haben Stellenbewerbende, die unter die Gesetzgebung für Schwerbehinderte fallen, eine Pflicht zur wahrheitsgemässen Auskunft, da in diesen Fällen dem Arbeitgeber Verpflichtungen erwachsen.

Verbot diskriminierender Ungleichbehandlung von Bewerbenden mit positiver HIV/AIDS-Diagnose

Darf die HIV/AIDS-Diagnose als solche Anknüpfungspunkt eines Selektionsentscheides des Arbeitgebers bilden? Die Antworten in den fünf Rechtsordnungen fallen differenziert aus.

Die französischen Gesetze (code du travail und Code du penal) schützen Stellenbewerbende mit positiver HIV/AIDS-Diagnose umfassend vor diskriminierender Ungleichbehandlung. Frankreich kennt als einzige der vier untersuchten Rechtsordnungen ein Diskriminierungskriterium „Gesundheitszustand". Will der Arbeitgeber einen Selektionsentscheid mit dem Gesundheitszustand der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers begründen, benötigt er dafür eine Bestätigung über die Nichteignung durch den Arbeitsmediziner. Die gesetzlichen Diskriminierungsverbote gehen nach französischem Verständnis der Vertragsfreiheit unbestrittenermassen vor.

Im deutschen Recht bildet der in Art. 2 Grundgesetz verankerte Persönlichkeitsschutz sowohl für den privatrechtlichen Arbeitgeber Basis seines freien Selektionsentscheides wie für die Stellenbewerbenden Ausgangspunkt für die Geltendmachung von Diskriminierungsschutz. Vor der Einführung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) fehlte es über diese verfassungsrechtliche Orientierung und ausserhalb der Schwerstbehindertengesetzgebung und der Geschlechtergleichheit an einer gesetzlichen Regelung zum Diskriminierungsschutz im Bewerbungsverfahren. Die Diskriminierungsverbote des Betriebsverfassungsgesetzes verfehlen im Bewerbungsverfahren ihre Wirkung. Lehre und Praxis sind zudem gegenüber einer Ausdehnung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf die Bewerbungsphase zurückhaltend. Mit dem AGG ist jedoch jede Benachteiligung im Bewerbungsprozess aufgrund einer Behinderung unzulässig. Im Lichte der EuGH-Rechtssache Navas muss der Begriff der Behinderung europarechtlich autonom und einheitlich ausgelegt werden[975]. Wie weit die HIV-Infektion als solche unter diesen Behinderungsbegriff fällt, ist offen.

In Grossbritannien wurde 2005 im DDA neu die HIV-Infektion als solche aufgenommen. Eine HIV-Infektion stellt heute, wie auch Krebs oder Multiple Sklerose, eine Behinderung im Sinne des DDA dar. Der DDA umfasst auch das Bewerbungsverfahren und somit den Selektionsentscheid des Arbeitgebers. Sowohl die direkte wie die indirekte Diskriminierung aufgrund von HIV/Aids im Anstellungsverfahren sind unzulässig. Auch das englische Recht sind indes Rechtfertigungsgründe für behinderungsbedingte Diskriminierungen vor. Lässt sich die Nichtanstellung der HIV-positiven StellenbewerberInnen mit einer HIV/Aids bedingten Nichteignung Infektion begründen, liegt keine Diskriminierung vor.

In Kanada muss wiederum zwischen dem Federalstate und den Gliedstaaten differenziert werden. Auf Bundesebene gewährt die Rechtsprechung in rechtsfortbildender Auslegung des Canadian Human Rights Acts Schutz vor diskriminierender Nichtanstellung HIV-positiver Bewerbenden. Diese Judikatur wurde durch die Canadian Human Rights Commission in der HIV/Aids-Policy bestätigt. Auch im Ontario Human Rights Code ist HIV/Aids nicht ausdrücklich als Diskriminierungsmerkmal aufgeführt. Die Ontario Human Rights Commission anerkennt jedoch in ihrer HIV/Aids-Policy HIV/Aids als „handicap"; „handicap" wird als Verletzung oder Behinderung definiert.

Im schweizerischen Recht schützen der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz und das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot vor HIV/Aids-Diskriminierung im Bewerbungsverfahren.

Zusammenfassend kann festgehalten werden: Der Grundsatz, dass Stellenbewerbende nicht allein aufgrund ihrer HIV/AIDS-Diagnose schlechter behandelt werden dürfen, ist in allen fünf untersuchten Rechtsordnungen in der einen oder anderen Form verankert. Nur in Grossbritannien (HIV/AIDS als Behinderung) und in Frankreich (Gesundheitszustand als verbotenes Diskriminierungskriterium im Code du travail und Code Pénal) nehmen die Bestimmungen unmittelbar auf die HIV-Infektion Bezug.

Verbot diskriminierender Ungleichbehandlung von Bewerbenden mit einer Behinderung

Die HIV-Infektion kann unter die nationale Behindertengesetzgebung fallen. Die Kriterien dazu sind unterschiedlich. In Grossbritannien wird die HIV-Infektion als solche einer Behinderung im Sinne des Disability Discrimination Act gleichgestellt, während in Frankreich, Deutschland und Kanada ein bestimmtes Ausmass an Funktionseinschränkung notwendig ist, um unter die Normen zum Schutze behinderter Arbeitnehmenden zu fallen. Der rechtliche Status „Behindert" hat in allen untersuchten Staaten Auswirkungen auf den freien Selektionsentscheid der Arbeitgebenden.

In Frankreich schützen der Code du travail und der Code Pénal umfassend vor direkter und indirekter Diskriminierung sowohl aufgrund des Gesundheitszustandes wie auch aufgrund einer Behinderung. Ein Rechtfertigungsgrund besteht in der arbeitsmedizinisch festgestellten Nichteignung für die fragliche Tätigkeit. Der sachliche Geltungsbereich umfasst nach beiden Gesetzen auch das Bewerbungsverfahren. Der Schutz für Stellenbewerbende aufgrund einer Behinderung wurde durch die RL 2000/78/EG nochmals erweitert, indem die Arbeitgeber angemessene Massnahmen zur Integration von Arbeitnehmenden mit einer Behinderung

vornehmen müssen. Dieses Gebot gilt auch im Bewerbungsverfahren. Diese Verpflichtungen wurden im Code du travail verankert.

Bei der Rechtslage in Grossbritannien ist die Erweiterung des DDA relevant. Das DDA erfasst die direkte und die indirekte Diskriminierung auch bei der Anstellung. Stellenbewerbende, die mit einer HIV-Infektion leben, haben damit ungeachtet des konkreten Verlaufs ihrer Krankheit grundsätzlich Anspruch auf Gleichbehandlung. Das Krankheitsstadium spielt hingegen bei der Prüfung der Rechtfertigungsgründe eine wichtige Rolle. Auch Grossbritannien hat die RL 2000/78/EG bezüglich der Verankerung der Arbeitgeberverpflichtungen zu angemessenen Massnahmen gegenüber behinderten Arbeitnehmenden und Stellenbewerber/innen umgesetzt. Im Ergebnis wird der Schutz für behinderte Stellensuchende, auch für von HIV/Aids betroffene Bewerber/innen, verstärkt. Dies allerdings zum Preis der Offenlegung der HIV-Infektion. Nur so können die entsprechenden Schutzrechte geltend gemacht werden.

In Deutschland entfaltet die Schwerbehindertengesetzgebung Wirkung im Bewerbungsverfahren. Wer als schwerbehindert im Sinne der einschlägigen Bestimmungen im neunten Sozialgesetzbuch gilt, hat Anspruch auf Gleichbehandlung bei der Anstellung, sofern die in Frage kommende Tätigkeit aus medizinischen Gründen nicht ausgeübt werden kann (Rechtfertigungsgründe). Soweit die HIV-Infektion fortgeschritten ist, fällt sie unter die Schwerbehindertengesetzgebung. Im Übrigen gilt der Schutz vor Diskriminierung durch das AGG bzw. durch die RL 2000/78/EG.

Im kanadischen Antidiskriminierungsrecht ist die direkte wie die indirekte Diskriminierung aufgrund einer Behinderung sowohl auf Bundesebene wie in den Gliedstaaten unzulässig. Im Ontario Human Rights Code bsw. verstösst eine Ungleichbehandlung aufgrund einer Behinderung dann nicht gegen das Diskriminierungsverbot, wenn eine Unfähigkeit zur im Arbeitsverhältnis vorgesehenen Arbeitsleistung vorliegt. Der Arbeitgeber muss dabei den Nachweis erbringen, dass er alle zumutbaren Massnahmen zur Anpassung eines Arbeitsplatzes an die Bedürfnisse des behinderten Arbeitnehmers getroffen hat.

In der Schweiz sieht das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Menschen mit Behinderung lediglich für Anstellungen bei Bundesbehörden einen spezifischen Schutz vor Anstellungsdiskriminierung vor. Im Übrigen erfahren aber Menschen mit Behinderungen Schutz durch den privatrechtlichen Persönlichkeits- und den verfassungsrechtlichen Diskriminierungsschutz.

Beim Vergleich der Rechtsordnungen fallen die Privilegierung der HIV-Infektion im britischen Behindertenschutzrecht und die vergleichsweise „unterentwickelte“ Rechtslage in der Schweiz und in Deutschland vor dem AGG auf. Das Beispiel Ontario zeigt, dass die in der RL 2000/78/EG

vorgesehenen Verpflichtungen der Arbeitgeber zu angemessenen Massnahmen für die Ermöglichung der Integration behinderter Arbeitnehmenden keine originär europäische oder EU-Erfindung darstellt. Vielmehr wird hier ein Weg verfolgt, der dem kanadischen und US-amerikanischen Recht schon länger eigen ist.

Gerichtsverfahren

Die Verankerung von Diskriminierungsverboten zu Gunsten Arbeitnehmender mit gesundheitlichen Problemen oder Behinderungen wird mit Ausnahme der Schweiz in allen untersuchten Staaten mit dem prozessualen Element der Beweislasterleichterung ergänzt. Für Frankreich, Grossbritannien und Deutschland verlangt die Umsetzung der RL 2000/78/EG, dass Diskriminierungsopfer eine Diskriminierung lediglich glaubhaft machen müssen und die Arbeitgebenden im Gegenzug beweisen müssen, dass keine Diskriminierung vorliegt. Im vorliegenden HIV/Aids-Kontext ist damit das in der RL 2000/78/EG erfasste Kriterium „Behinderung“ erfasst. Da Grossbritannien in seiner Behindertengesetzgebung die HIV-Infektion einer Behinderung gleichsetzt, kann auch eine Person mit symptomfreier HIV-Infektion im Prozess um eine Anstellungsdiskriminierung die Beweislasterleichterung in Anspruch nehmen. Gleiches gilt in Frankreich, wenn auch aus anderem Grund. Hier enthält der Code du travail das Verbot, Arbeitnehmende aufgrund ihrer Gesundheit zu benachteiligen. Beweislasterleichterungen gelten sowohl für das Diskriminierungskriterium „Behinderung“ wie „Gesundheit“. Deutschland kennt die Beweislasterleichterung im Anwendungsbereich der Schwerbehindertengesetzgebung. Mit dem AGG wird sie jedoch auch für Anstellungsdiskriminierungen aufgrund einer Behinderung eingeführt. In Kanada wurde die Beweislasterleichterung durch die Rechtsprechung eingeführt (prima facie cas of discrimination).

Verfahren über Anstellungsdiskriminierungen müssen in Frankreich vor den ordentlichen Zivilgerichten ausgetragen werden. Für vorvertragliche Streitigkeiten sind die Arbeitsgerichte nicht zuständig. Zu erwähnen sind aber die Kompetenzen der Arbeitsinspektoren, denen auch in Fällen von vermuteten Anstellungsdiskriminierungen weitgehende Untersuchungsbefugnisse zukommen. In Grossbritannien können Klagen wegen Diskriminierung, auch wegen Anstellungsdiskriminierungen, beim Employment Tribunal eingereicht werden. Auch in Deutschland können Streitigkeiten aus Bewerbungsverfahren vor den Arbeitsgerichten ausgetragen werden. In Kanada ist die Human Rights Commission für Klagen wegen (Anstellungs)Diskriminierung zuständig. In der Schweiz ist nach der bisherigen (spärlichen) Gerichtspraxis davon auszugehen, dass für

Anstellungsdiskriminierungsfälle das in Art. 343 OR vorgesehene arbeitsgerichtliche Verfahren angewendet wird.

Rechtsfolgen

Keine der fünf Rechtsordnungen sieht eine Kontrahierungspflicht bei HIV/Aids bedingter und nicht sachlich begründeter Verweigerung der Anstellung vor.

Frankreich's Code du travail verbietet zwar jeder Diskriminierung bei der Stellenbewerbung, sieht jedoch keine speziellen Rechtsfolgen im Falle von Anstellungsdiskriminierungen vor. Diskriminierende Handlungen seitens der Arbeitgebenden sind lediglich „null und nichtig". Ob daraus ein Anstellungsanspruch abgeleitetet werden kann, ist fraglich. Ein allfälliger Ersatzanspruch kann wie erwähnt nicht bei den Arbeitsgerichten geltend gemacht werden. Strenge Rechtsfolgen sieht jedoch der Code Pénal vor. Anstellungsdiskriminierung werden mit Bussen von 45 000 Euro und bis zu drei Jahren Gefängnis sanktioniert.

In Grossbritannien sieht der DDA als Rechtsfolge von diskriminierenden Nichtanstellungen Schadenersatzzahlungen in nicht beschränkter Höhe vor, die auch Genugtuungsaspekte umfasst. Das Employment Tribunal kann weiter Empfehlungen zur Beseitigung oder Milderung einer Diskriminierung abgeben, dies umfasst auch die Empfehlung zur Anstellung einer zu Unrecht nicht angestellten Person.

Die Rechtslage in Deutschland schützt wie ausgeführt lediglich Schwerbehinderte wirksam vor Anstellungsdiskriminierung. Als Rechtsfolge einer ungerechtfertigten Nichtanstellung Schwerbehinderter ist eine Entschädigung, nicht aber ein Einstellungsanspruch vorgesehen.

In Kanada sehen sowohl der Bundes - Human Rights Act wie auch der Human Rights Act Ontario Entschädigungszahlen an die Diskriminierungsopfer wie auch zusätzliche Sanktionen gegen die fehlbaren Arbeitgeber vor.

Positive Massnahmen zur Förderung der Anstellung von Menschen mit HIV/Aids

Die RL 2000/78/EG fordert von den Mitgliedstaaten die Einführung von unabhängigen Gleichbehandlungsstellen zur Förderung der Gleichstellung. Frankreich ist dieser Anforderung mit der Schaffung „Haute Autorité independat contre la discrimination" (Halde) nachgekommen. In Grossbritannien nimmt die Disablity Rights Commission eine vergleichbare Aufgabe wahr. In Kanada nehmen sowohl auf Bundesebene wie im Gliedstaat Ontario Human Rights Commissions Aufgaben zur Förderung der Rechte

(u.a.) am Arbeitsplatz von Menschen mit Behinderung wahr. In Deutschland fehlt eine unabhängige Gleichstellungsstelle für die Rechte am Arbeitsplatz von Menschen mit Behinderung. Das § 25 AGG beauftragt nun das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, eine Stelle des Bundes zum Schutz vor Benachteiligungen im Sinne des AGG zu errichten (sog. Antidiskriminierungsstelle des Bundes).

Unsere Befragungen in Frankreich, Kanada, Grossbritannien und Deutschland zeigen die grosse Bedeutung der unabhängigen Gleichbehandlungsstellen, gerade auch für den Bereich der Anstellungsdiskriminierungen. Angesichts der vielen prozessualen Hürden eines formalisierten Gerichtsverfahrens erfüllen diese Institutionen eine wichtige Funktion als niederschwellige Anlaufstellen für Beschwerden.

Ein mögliches Instrument zur Förderung der Anstellung von behinderten Arbeitnehmener besteht in der Verankerung einer Quote. In Frankreich sieht das Behindertengleichstellungsgesetz für Betriebe mit mehr als 20 Angestellten eine Quote von sechs Prozent vor. Wer diese Quote nicht erreicht, ist zu Ersatzzahlungen an einen Fonds verpflichtet. Grossbritannien, Deutschland und Kanada kennen keine starren Quotensysteme.

Zusammenfassung und Übersicht zum Diskriminierungsschutz im Bewerbungsverfahren

In allen fünf Staaten ist die direkte HIV/Aids bedingte Diskriminierung im Bewerbungsverfahren untersagt. Zu diesem Schutz gehört auch die Beweislasterleichterung, Diskriminierungen müssen lediglich glaubhaft gemacht werden. Nur die Schweiz kennt dieses Instrument für Anstellungsdiskriminierung nicht. Die indirekte Diskriminierung ist in Frankreich, Grossbritannien und Kanada miterfasst, in Deutschland erst seit Inkrafttreten des AGG. In der Schweiz ist Schutzniveau generell am Schwächsten.

Bei einer Gesamtbetrachtung der Rechtslage zum Schutz vor Diskriminierung in den fünf Staaten fallen die recht rigiden Regeln in Frankreich auf. Sowohl die Datenschutzgesetzgebung wie auch die Diskriminierungsverbote im Code du travail und Code Pénal bieten theoretisch einen ausgezeichneten Schutz gegen HIV/Aids bedingte Diskriminierung im Bewerbungsverfahren. Jede Benachteiligung im Bewerbungsverfahren aufgrund der HIV-Infektion ist rechtlich unzulässig. Nur eine arbeitsmedizinisch festgestellte vollständige Nichteignung für die in Frage kommende Tätigkeit rechtfertigt einen auf HIV/Aids bezogenen Selektionsentscheid. In einem deutlichen Kontrast dazu stehen nun allerdings die Ergebnisse unserer Befragung, die dem französischen Diskriminierungsschutz eine eher bescheidene Wirkung zubilligen bzw. noch ein grosses Umsetzungsdefizit feststellen. Auffallend ist

weiter, dass in Grossbritannien, Deutschland und Kanada für Arbeitnehmende in einem potenziell mit Übertragungsrisiken behafteten Tätigkeiten die Wahrheits- und Offenbarungspflichten im Bewerbungsverfahren anders gewichtet werden als bei übrigen Tätigkeiten.

Zwischen der freiwilligen oder durch Wahrheits- und Offenbarungspflichten erzwungenen Information über den HIV/AIDS-Status im Bewerbungsverfahren und Diskriminierungsschutz besteht ein innerer Zusammenhang. Je besser Arbeitnehmende mit HIV/Aids im Bewerbungsverfahren vor unberechtigter Benachteiligung geschützt sind, desto eher sind sie bereit bzw. ist ihnen zuzumuten, die HIV/AIDS-Diagnose offen zu legen.

7.3.3 Vertragsabschluss

Schutz vor Diskriminerung bei Arbeitnehmerversicherungen

In Frankreich sind die Privatversicherungsgesellschaften vor Vertragsabschluss befugt, Gesundheitsfragen zu stellen und die potenziell zu Versichernden müssen diese Fragen wahrheitsgemäss beantworten. Im Rahmen einer Risikoselektion önnen Menschen mit HIV/AIDS oder anderen vorbestehenden Krankheiten von der Versicherung ausgeschlossen werden. Eine spezielle Regelung sieht das Gesetz jedoch dann vor, wenn ein Kollektiv von Arbeitnehmenden versichert wird[976]. Hier muss der Versicherer entweder die ganze Belegschaft versichern oder die Versicherbarkeit generell ablehnen. Bedingung für das Greifen dieser gesetzlichen Ausnahmeregelung ist, dass die Versicherung für die einzelnen Arbeitnehmenden obligatorisch ist.

Auch in Deutschland besteht zur besseren Absicherung im Krankheitsfall ein Bedarf, zusätzlich zur gesetzlichen Krankenversicherung eine private Versicherung (Berufsunfähigkeitsversicherung) abgeschlossen werden. Im Rahmen der Risikoselektion ist der Privatversicherer auch in Deutschland befugt, vor Versicherungsabschluss Gesundheitsfragen zu stellen und kann bei Vorliegen von vorbestehenden Krankheiten, wie bsw. eine HIV-Infektion, den Abschluss verweigern, was auch regelmässig getan wird.Mit dem Inkrafttreten des AGG hat sich die Situation insofern verändert, als die Privatversicherer Versicherungsanträge von Behinderten nur dann ablehnen dürfen, wenn sie nachweisen können, dass es dafür eine anerkannte versicherungsmathematische Begründung gibt.

[976] Loi no 89-1009.

In Grossbritannien ist die gesetzliche Lohnfortzahlung tief und muss oft mittels einer Privatversicherung ergänzt werden. Grundsätzlich haben auch die britischen Privatversicherer Privatautonomie, können also bsw. Gesundheitsfragen stellen und Menschen mit vorbestehenden Krankheiten vom Versicherungsschutz ausschliessen. Diese Risikoselektion wird jedoch vom Disability Discrimination Act bei Kollektivversicherungen eingeschränkt: Privatversicherer dürfen hier Menschen mit vorbestehenden Krankheiten nicht schlechter stellen als solche ohne vorbestehende Krankheiten. Gibt es folglich in einer Firma eine kollektive Taggeldversicherung, so müssen alle Arbeitnehmenden darin aufgenommen werden. Ein Nichtbeachten dieser Regelung kann der/die betroffene Arbeitnehmer/in gegen die Versicherung, in gewissen Fällen aber auch gegen den Arbeitgeber klagen.

Der nur minimale Lohnfortzahlungsschutz wird in Kanada durch „disability insurances“ aufgebessert. Dabei wird zwischen Kurz- und Langzeitversicherungen unterschieden: Bei Kurzzeiterkrankungen wird der Versicherungsschutz während vier bis sechs Monaten gewährt. Danach werden Leistungen im Rahmen der Langzeitversicherung ausbezahlt, unter der Voraussetzung, dass eine 100%-Behinderung vorliegt. Die Privatversicherer können auch in Canada den Versicherungsabschluss bei vorbestehenden Krankheiten verweigern. Dies selbst bei kollektiven Versicherungen. Die meisten Langzeitversicherungen nehmen jedoch auch Personen mit vorbestehenden Krankheiten in die Kollektivversicherung auf, allerdings mit einem 12-monatigen Vorbehalt falls sich die Person vor Versicherungseintritt einer ärztlichen Untersuchung oder Behandlung unterzogen hat. Daneben gibt es auch Langzeitversicherungen, welche eine Wartezeit kennen; in der Regel muss hier vor Leistungsbeginn eine 4-6 Monate dauernde Arbeitsunfähigkeit bestanden haben. Das kanadische System des Erfordernisses der vollständigen Behinderung bei der Langzeitversicherung verunmöglicht es Menschen mit HIV/Aids oftmals, Unterstützungsansprüche geltend machen zu können.

In der Schweiz ist die gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit im privatrechltichen Arbeitsverhältnis besonders bei nicht langjährigen Arbietsverhältnissen sehr kurz und es besteht regelmässig Bedarf an Versicherungslösungen. Sowohl in der Krankentaggeldversicherung wie in der weitergehenden beruflichen Vorsorge können Versicherer mit vorbestehenden Krankheiten, auch die symptomfreie HIV-Infektion gehört dazu, vom Versicherungsschutz ausschliessen oder einen eingeschränkten Versicherungsschutz anbieten.

Die Lösungen des Risikoselektionsverbotes für Kollektivversicherungen in Grossbritannien und Frankreich führen dazu, dass Arbeitnehmer/innen mit

HIV/Aids nicht schlechter behandel werden, als ihre HIV-negativen Arbeitskollegen/innen.

Schutz vor HIV/Aids bedingten schlechteren Arbeitsbedingungen

Die Richtlinie 2000/78/EG verbietet schlechtere Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschliesslich Lohn und Entlassungsbedingungen aufgrund einer Behinderung. Aufgrund des EuGH Entscheides *Navas* fallen Arbeitnehmer mit HIV/Aids erst unter den Behindertenbegriff im Sinne der Richtlinie resp. in deren Schutzbereich, wenn sie in ihrer Teilnahme am Berufsleben aus gesundheitlichen Gründen als Folge der HIV-Infektion eingeschränkt sind. Nach unserer Interpretation sind Personen mit HIV/Aids dann im Sinne des Art. 1 RL 2000/78/EG behindert, wenn sie allein aufgrund ihrer HIV-Infektion unterschiedlich behandelt werden.

Der Code du Travail regelt in Frankreich in Art. 122-45 umfassend die Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitnehmenden und privaten Arbeitgebenden. Der sachliche Anwendungsbereich der im Code du Travail enthaltenen Diskriminierungsverbote umfasst die Vereinbarung der Vertragsinhalte, die Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses und Vertragsergänzungen. Arbeitnehmerinnen mit HIV/Aids sind ebenfalls durch die Diskriminierungsverbote des Code penal vor diskriminierenden Arbeitsbedingungen geschützt. Ungleiche Arbeitsbedingungen aufgrund des Gesundheitszustands sind jedoch zulässig, wenn sie dem Schutz der Arbeitnehmerin dienen. Schliesslich schreibt das im 2005 in Kraft getretene Gleichstellungsgesetz eine Verhandlungspflicht des Arbeitgebers im Fall der Integration von behinderten Arbeitnehmern vor, d.h., der Arbeitgeber muss mit dem Sozialpartner die Arbeitsbedingungen im Fall behinderten Arbeitnehmer aushandeln muss.

In Grossbritannien hat die Vertragsfreiheit einen sehr hohen Stellenwert. Gemäss DDA handelt ein Arbeitgeber jedoch rechtswidrig, wenn er Arbeitnehmer mit einer Behinderung in Bezug auf die Beschäftigungsbedingungen ungleich behandelt. Insbesondere verbietet das DDA eine schlechtere Behandlung aufgrund von Vorurteilen und pauschalen Annahmen.

Das deutsche Arbeitsrecht unterliegt dem Prinzip der Privatautonomie; Diskriminierungsverbote setzen dieser jedoch gewisse Grenzen. Art. 3 Abs. 3 GG verbietet jede Benachteiligung aufgrund einer Behinderung. Das Benachteiligungsverbot gemäss AGG gilt sowohl mittelbar wie unmittelbar bei Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen. Benachteiligungen im Sinne des AGG liegen vor, wenn eine Person wegen einer Behinderung eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine Person in vergleichbarer Situation. Gleich wie im französischen Recht ist eine Ungleichbehandlung

wegen einer Behinderung zulässig, wenn sie aufgrund der wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderungen vorgenommen wurde. Gemäss der Rechtsprechung des BAG ist der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt, wenn sich für eine Ungleichbehandlung kein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonst wie einleuchtender Grund finden lässt. Falls Ungleichbehandlungen vorgenommen werden, ist der Arbeitgeber verpflichtet, nach einem erkennbaren oder generalisierten Prinzip vorzugehen.

Gemäss kanadischem Human Rights Act (CHRA) verstösst jede nachteilige Unterscheidung in der Beziehung zu einem Arbeitnehmer das Diskriminierungsverbot aufgrund von Behinderung resp. HIV/Aids, so auch im Zusammenhang mit der Anstellung. Eine differenziertere Regelung sieht der CHRA lediglich in Bezug auf den Grundsatz gleiches Entgelt für gleiche Arbeit im genderspezifischen Kontext vor. Um den Arbeitswert („value of work") zu bemessen, sei auf die Kriterien „skill, effort and responsibility required in the performance of the work and the conditions under which the work is performed" abzustützen. Daraus abgeleitet ergibt sich, dass ungleiche Arbeitsbedingungen aufgrund HIV/Aids ein Verstoss gegen das Diskriminierungsverbot aus CHRA darstellt.

In der Schweiz ist zwischen privat- und öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnissen zu unterscheiden. Aufgrund der Vertragsfreiheit ist jeder Vertragsinhalt zulässig, solange er nicht u.a. sittenwidrig ist oder gegen das Recht der Persönlichkeit verstösst. Willigt der Arbeitnehmer einer vertraglichen Vereinbarung schlechterer Arbeitsbedingungen zu, so wird die Widerrechtlichkeit einer HIV/Aids bedingten Schlechterstellung aufgehoben, soweit die Einwilligung nicht ihrerseits gegen den Persönlichkeitsschutz verstösst.

Zusammenfassung und Übersicht zum Diskriminierungsschutz bei Vertragsabschluss

In allen fünf Staaten entsteht als Folge nicht ausreichender gesetzlich garantierter Lohnfortzahlung im Krankheitsfall für Arbeitnehmer/innen ohne gesamtarbeits- oder Indiviualarbeitsvertraglich abgesicherte Volldeckung ein Bedarf an durch Privatversicherer zu versichernde Vorsorge für den Krankheits- und Invaliditätsfall.

In Grossbritannien ist es gemäss DDA einem Versicherer untersagt, Menschen mit vorbestehenden Krankheiten schlechter zu stellen als solche ohne. Es besteht also quasi ein Kontrahierungszwang, unter der Voraussetzung allerdings, dass eine Kollektivversicherungslösung besteht. Auch in Frankreich besteht eine Ausnahme der Risikoselektion im Bereich kollektive Versicherungen: Wenn ein Versicherer eine ganze Belegschaft

versichert, muss er auch Menschen mit vorbestehenden Krankheiten in die Versicherung aufnehmen. In Kanada werden in der Praxis bei Langzeitversicherung nach Ablauf eines einjährigen Vorbehalts auch Menschen mit vorbestehenden Krankheiten in diese Versicherung aufgenommen. Deutschland und die Schweiz sehen keine spezielle Regelung vor. Hier ist der Versicherer befugt, auch im Bereich der kollektiven Taggeldversicherung Menschen mit vorbestehenden Krankheiten von der Versicherung auszuschliessen, soweit nicht der Gesamt- oder Einzelarbeitsvertrag eine bessere Lösung vorsieht. Im Bereich Einzeltaggeldversicherung besteht in allen fünf Ländern eine Risikoselektion und Menschen mit HIV/AIDS ist es nicht möglich, eine solche abzuschliessen.

7.3.4 Während der Anstellung

Schutz vor HIV/Aids-Mobbing und diskriminierenden Weisungen

Das Gemeinschaftsrecht verpflichtet seine Mitgliedstaaten, auch Belästigung als eine Form der Diskriminierung zu verbieten.

Der *Code du Travail* in Frankreich umfasst sowohl das Verbot der sexuellen Belästigung, als auch das Verbot der „moralischen" Belästigung. Jede Form von belästigendem Verhalten von Mitarbeitern oder Vorgesetzten ist verboten und der Arbeitgeber ist verpflichtet, geeignete Massnahmen zur Verhinderung von HIV/Aids-Mobbing zu treffen. Arbeitsinspektorate sind berechtigt, die relevanten Dokumente vom Arbeitergeber herauszuverlangen und über die Verstösse gemachten Protokolle an die Staatsanwaltschaft für eine allfällige Anklage weiterzuleiten. Klagen wegen Verletzung des Belästigungsverbots werden beim Arbeitsgericht eingereicht und es kann auf Schadenersatz und/oder Genugtuung geklagt werden.

In Deutschland ist sowohl die Belästigung als auch die sexuelle Belästigung verboten. Als Belästigung im Sinne des AGG werden all jene unerwünschten Verhaltensweisen definiert, welche mit einem geschützten Diskriminierungsmerkmal im Zusammenhang stehen und bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird und eine feindliche Umgebung geschaffen wird. Trifft der Arbeitgeber keine Massnahmen, um die Belästigung zu unterbinden, so darf die betroffene Arbeitnehmerin unter Lohnfortzahlung die Arbeit verweigern. Auch die Anweisung einer Person, jemanden wegen eines Diskriminierungsmerkmals zu benachteiligen, oder sich so zu verhalten, dass ein Arbeitnehmer aufgrund seiner Behinderung benachteiligt wird oder benachteiligt werden könnte, ist

eine Diskriminierung im Sinne des AGG. Die Anweisung muss vorsätzlich erfolgen.

In Grossbritannien gewährleistet der DDA ausdrücklich Schutz vor Belästigung. Belästigung ist gemäss Gesetzesdefinition dann gegeben, wenn eine Person sich an einem Verhalten beteiligt, welches den Zweck oder die Auswirkung hat, die Würde der behinderten Person zu verletzen oder ein von Mobbing geprägtes Umfeld zu schaffen. Wird die Belästigung nicht beabsichtigt, aber von der betroffenen Person als solche wahrgenommen, wird geprüft, inwiefern das Verhalten objektiv den Umständen entsprechend als solche gewürdigt werden kann. Im Fall einer Belästigung kann der betroffene Arbeitnehmer beim Employment Tribunal auf Schadenersatz klagen.

Der Canadian Human Rights Act verbietet Belästigung aufgrund der verbotenen Persönlichkeitsmerkmalen bei der Arbeit. Der Canadian Labour Code schützt hingegen ausschliesslich vor sexueller Belästigung, der Criminal Code vor körperlichen und sexuellen Übergriffen. Der Arbeitgeber ist selbst dann für Belästigungen durch Mitarbeitende oder Dritte verantwortlich, wenn er keine Kenntnisse von diesen Handlungen hatte. Gemäss *Robichaud v. Canada* muss der Arbeitgeber beweisen, dass er alles unternommen hat, um die Belästigung zu verhindern oder dessen Auswirkungen zu lindern. Das Strafmass bemisst sich danach, ob die vom Arbeitgeber getroffenen Massnahmen angemessen sind.

Die Schweiz kennt kein ausdrückliches Verbot der Belästigung. Der Arbeitgeber ist jedoch aus Art. 328 OR verpflichtet, auch gegenüber Mobbing-Opfer seine Fürsorgepflicht zu wahren. Er hat für ein taugliches Konfliktmanagement zu sorgen. Trifft der Arbeitgeber keine zumutbaren Massnahmen, so ist der betroffene Arbeitnehmer zur Klage (Unterlassungs-, Beseitigung- und Feststellungsklage) vor Gericht berechtigt und hat einen Anspruch sowohl auf Schadenersatz und, bei schwerer Verletzung der Persönlichkeit, auf Genugtuung. Das Weisungsrecht verbietet es dem Arbeitgeber, dem Arbeitnehmer eine vom Arbeitsvertrag nicht vorgesehene Tätigkeit zuzuweisen.

Besonderer Schutz für erkrankte ArbeitnehmerInnen

Die EU-Antidiskriminierungsrichtlinie verlangt von den Mitgliederstaaten die Verankerung von so genannten „angemessenen Vorkehrungen“ zu Gunsten behinderter Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern.

Der Code du Travail in Frankreich verpflichtet den Arbeitgeber, für behinderte Arbeitnehmende angemessene Vorkehrungen zu treffen, damit diese ihren Arbeitsplatz ganz oder teilweise erhalten können. Kommt der Arbeitgeber dieser Verpflichtung nicht nach, kann die betroffene Arbeitnehmerin ihren Anspruch beim Arbeitsgericht geltenden machen, wobei sie die Nichtanpassung lediglich glaubhaft machen müssen.

Unter dem Titel „positive Massnahmen“ bestimmt das *deutsche* AGG, dass eine unterschiedliche Behandlung zulässig ist, wenn dadurch geeignete und angemessene Massnahmen bestehende Nachteile verhindert oder ausgeglichen werden. Der Arbeitgeber wird unter dem AGG jedoch zu diesen Massnahmen nicht verpflichtet. Hingegen verlangt das Gesetz zur Gleichstellung behinderter Menschen die umfassende Barrierefreiheit, die mittels Zielvereinbarungen angekannter Vertreter von Unternehmen und mit dem Verbandsklagerecht erreicht werden soll. Schliesslich haben schwer behinderte Arbeitnehmer gemäss SGB IX einen Anspruch auf einen behindertengerechten Arbeitsplatz, Arbeitsassistenz und Teilzeitarbeit. Bewirbt sich eine schwer behinderte Person ist der Arbeitgeber verpflichtet, die Schwerbehindertenvertretung zu darüber zu informieren und zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit der schwer behinderten Arbeitskraft besetzt werden könnte.

Grossbritanniens DDA verpflichtet Arbeitgeber, innerhalb ihrer Geschäftspraxis oder am Arbeitsplatz angemessene Vorkehrungen (z.B. Gewährung von zusätzlichen Pausen, flexiblere Arbeitszeiten oder Kühlschrank zur Lagerung von Medikamente) vorzunehmen, falls damit ein bedeutender Nachteil für Menschen mit Behinderungen beseitigt werden kann.

Eine ähnliche Regelung wie Deutschland kennt Kanada, wo der CHRA in Section 16 bestimmt, dass eine unterschiedliche Behandlung keine Diskriminierung darstellt, wenn durch geeignete und angemessene Massnahmen bestehende Nachteile verhindert oder ausgeglichen werden können. Eine Pflicht, solche Vorkehrungen zu treffen, fordert dieses Gesetz jedoch nicht.

In der Schweiz ist der Arbeitgeber verpflichtet, Massnahmen zum Schutz von Gesundheit zu treffen. Bei fehlender Rücksichtnahme auf die Gesundheit der Arbeitnehmenden kann die betroffene Person bei der Vollzugsbehörde Anzeige gegen Verletzung des Arg machen und auf dem Zivilprozessweg den Anspruch auf Schadenersatz geltend machen.

Schutz vor HIV/Aids diskriminierenden Datenschutzverletzungen

In Frankreich dürfen Gesundheitsdaten nur dann bearbeitet werden, wenn ein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Arbeitgeberinteressen sind kein

Rechtfertigungsgrund. Im Gegensatz zum Arbeitgeber hat der Betriebsarzt einen Anspruch auf Kenntnis der Gesundheitsdaten der Arbeitnehmerinnen, jedoch nur soweit, als ihm diese Daten erlauben, die Eignung oder Nichteignung des Arbeitnehmenden für die betreffende Stelle zu beurteilen.

Die Bearbeitung von Gesundheitsdaten ist in Deutschland gemäss BDSG grundsätzlich nur dann zulässig, wenn die betroffene Person höchstpersönlich eingewilligt hat. Die Einwilligung muss freiwillig und informiert erfolgen, bedarf der Schriftlichkeit und muss sich ausdrücklich auf die Daten beziehen. Als Rechtsfolge rechtswidriger Datenbearbeitung sieht das Gesetz die Löschung oder Berichtigung sowie allenfalls einen Anspruch auf Schadenersatz vor.

In Grossbritannien ist der Arbeitgeber verpflichtet, zusätzliche Vorsichtsmassnahmen zu ergreifen, wenn er persönliche, sensible Daten bearbeitet. Damit der Arbeitgeber die angemessenen Vorkehrungen am Arbeitsplatz vornehmen kann (siehe oben), müssen ihm Angaben über die Behinderung gemacht werden. Die Weitergabe detaillierter Angaben über die Art der Behinderung ist ihm jedoch untersagt.

Um Personendaten (Gesundheit, Erwerbstätigkeit) in Erfahrung zu bringen, müssen sich die Bundesbehörden in Kanada direkt an die betroffene Person wenden und dürfen sich die Informationen nicht auf anderem Weg beschaffen. Der Zugang zu eigenen Personendaten kann von den Bundesbehörden verweigert werden, wenn befürchtet wird, dass das Bekanntwerden der Daten nicht im Wohl der betroffenen Person ist. Der PIPEDA schützt Arbeitnehmerinnen und Kunden eines privaten Unternehmens vor unrechtmässiger Datenbearbeitung. Die Bearbeitung von Personendaten setzt die Einwilligung der betroffenen Person voraus. Aus rechtlichen oder medizinischen Gründen sowie aus Gründen der Sicherheit kann von einer Einwilligung abgesehen werden. Die Unternehmen sind ausserdem verpflichtet, einen Leitfanden und Methoden zur betrieblichen Datenbearbeitung zu entwickeln.

In der Schweiz ist die Bekanntgabe von Gesundheitsdaten ohne Einwilligung der betroffenen Person eine Persönlichkeitsverletzung im Sinne des Datenschutzesgesetzes resp. Art. 328b OR. Trifft der Arbeitgeber nicht die ihm zumutbaren Massnahmen, um die Arbeitnehmerinnen vor datenschutzrechtlichen Persönlichkeitsverletzungen zu schützen, verletzt dieser seine Fürsorgepflicht als Arbeitgeber nach Art. 328 OR. Schliesslich ist die Informationen über die HIV/Aids im privaten wie öffentlichen Arbeitsverhältnis durch die berufliche Schweigepflicht geschützt.

7.3.5 Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Schutz bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit

Im Rahmen der RL 2000/78/EG hat der EuGH in der Rechtssache *Navas* entschieden, dass für das Gemeinschaftsrecht die Behinderung klar von der Krankheit abzugrenzen ist. Das Persönlichkeitsmerkmal „Krankheit“ ist vom allgemeinen Diskriminierungsverbot in der RL 2000/78/EG jedoch nicht erfasst. Bei Krankheit besteht somit keine mit Behinderung vergleichbare Arbeitgeberverpflichtung für angemessen Vorkehrungen. Aufgrund der Schlussanträge des Generalanwalts in *Navas* kann jedoch davon ausgegangen werden, dass das Konzept der sozialkonstruierten Behinderung im Fall eines diskriminierenden Verhaltens aufgrund einer HIV/Aids-Infektion gilt. Nach Gemeinschaftsrecht darf einer behinderten Arbeitnehmerin erst gekündigt werden, wenn es sich zeigt, dass sie trotz angemessener Vorkehrungen durch den Arbeitgeber, die vertraglich geforderte Arbeitsleistung nicht erbringen kann.

In Frankreich kann eine Kündigung mit der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit begründet werden. Bei der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit muss es sich um eine vollständige körperliche/psychische Nichteignung handeln, die von einem Arbeitsmediziner festgestellt werden muss. Bei einer nicht vollständigen körperlichen/psychischen Nichteignung ist als mildere Massnahme als die Kündigung dem betroffenen Arbeitnehmer eine geeignete Arbeit zuzuweisen.

Das britische Recht anerkennt die HIV-Infektion auch in der asymptomatischen Phase ausdrücklich als Behinderung. Wird eine behinderte Person erheblich benachteiligt, auch in bezug auf die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses, so ist der Arbeitgeber verpflichtet, angemessene Vorkehrungen zu treffen.

Wie im Gemeinschaftsrecht ist in Deutschland der Begriff der Behinderung nicht mit dem der Krankheit gleichzusetzen. Krankheit kann ein Kündigungsgrund sein, wenn die betroffene Arbeitnehmerin die geforderte Arbeit nicht oder nur teilweise erfüllen kann. Die Arbeitsunfähigkeit muss sich jedoch negativ auf den Betrieb auswirken. Hingegen kennt das Schwerbehindertengesetz einen besonderen Kündigungsschutz für schwer behinderte Arbeitnehmer. In diesem Fall kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nur mit der Zustimmung des Integrationsamtes aufheben.

In Kanada ist es dem Arbeitgeber nach Ablauf der ersten drei Monate verboten, das Arbeitsverhältnis wegen Krankheit (nicht länger als 12 Wochen) aufzuheben. Die Krankheit muss mittels Arztzeugnis attestiert werden. Der Arbeitgeber kann einen anderen Arbeitsplatz zuweisen, wenn die geforderte Leistung nicht mehr erbracht werden kann.

In der Schweiz gilt ein zeitliches Kündigungsverbot. Während der sogenannten Sperrfrist ist der Arbeitnehmer vor einer Kündigung wegen einer krankheitsbedingten Abwesenheit geschützt; nach Ablauf der Sperrfrist, die gesetzlich vorgeschrieben ist, ist die Kündigung zulässig.

Kündigung wegen HIV/Aids, ohne dass sich HIV/Aids auf die Arbeitsfähigkeit auswirkt

Gemeinschaftsrechtlich betrifft der Geltungsbereich der RL 2000/78/EG auch die Entlassungsbedingungen. Eine Entlassung aufgrund einer Behinderung verletzt das Diskriminierungsverbot nach RL 2000/78/EG. Ein Arbeitgeber ist verpflichtet, die notwendigen, angemessenen Vorkehrungen zu treffen, um der behinderten Person den Arbeitsplatz zu erhalten. Eine Kündigung kann ausgesprochen werden, wenn die vertraglich geforderten Arbeitsleistungen trotzdem nicht erbracht werden können.

In Frankreich ist eine Kündigung wegen HIV/Aids nichtig. Die Anknüpfung an den Gesundheitszustand oder das Persönlichkeitsmerkmal der Behinderung verstösst gegen das Diskriminierungsverbot. Eine Kündigung bedarf einer tatsächlichen und ernsthaften Begründung; legitime Gründe können sowohl in der Person als auch im Verhalten der Person liegen.

Gemäss „Code of Practice on Employment and Occupation“ darf in Grossbritannien niemand aufgrund dessen HIV/AIDS-Status und ohne weitere Begründung entlassen werden. Eine Kündigung von Personen aufgrund ihrer Gruppenzugehörigkeit ist automatisch widerrechtlich und bedarf keiner materiellen Prüfung.

Deutschland kennt einerseits den Schutz für Behinderte vor diskriminierender Entlassung nach dem AGG und andererseits die Sonderschutzbestimmungen des neunten Sozialgesetzbuches für Schwerbehinderte und Behinderte, die Schwerbehinderten gleichgestellt sind. Krankheit an sich ist kein Diskriminierungsschutzmerkmal. Der weite und offene Behinderungsbegriff, wie ihn der EuGH in der Rechtssache *Navas* dargelegt hat, ist auch für Deutschland massgebend. Auch symptomfreie HIV-positive Arbeitnehmende fallen deshalb unter den Behinderungsbegriff des AGG, sofern die HIV-Positivität Grund für die Benachteiligung bildet. Bei fortgeschrittenem Verlauf kommt ergänzend der Schutz für Schwerbehinderte und ihnen gleichgestellte Behinderte hinzu.

In Kanada ist eine Entlassung aufgrund von HIV/Aids als diskriminierendes Verhalten definiert und verstösst gegen den Canadian Human Rights Act (auch gegen den Ontario Human Rights Code). In Active Transport Inc.v. Ladizhinsky Estate wird bestimmt, dass eine Kündigung wegen Behinderung eine ungerechte Kündigung im Sinne von § 240 CLC ist, es sei denn, dass die

Weiterbeschäftigung der betroffenen Person dem Arbeitgeber nicht zumutbar ist.

Die Schweiz kennt das Verbot der missbräuchlichen Kündigung (sachliches Kündigungsverbot). Eine Kündigung aufgrund einer HIV-Infektion oder wegen befürchteter HIV/Aids-bedingter Arbeitsunfähigkeit ist missbräuchlich, weil der Kündigungsgrund in beiden Fällen in der persönlichen Eigenschaft der betroffenen Arbeitnehmerin liegt.

Rechtsfolgen

In Frankreich steht der Arbeitnehmerin bei diskriminierender Kündigung ein Wahlrecht zu: Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrages oder Auflösung des Arbeitsvertrages nach ordentlicher Kündigungsperiode. Während der Kündigungsperiode hat der Arbeitgeber den vertraglichen Lohn, ohne Gegenleistung der Arbeitnehmerin, zuzüglich Kündigungsentschädigung sowie Schadenersatz von mindestens sechs Monatslöhne ohne Gegenleistung der Arbeitnehmerin zu leisten.

Stellt das Employment Tribunal in Grossbritannien eine Diskriminierung aufgrund einer Behinderung fest, entsteht für den Arbeitnehmer einen Anspruch auf Schadenersatz, der sowohl eine Entschädigung für verletzte Gefühle als auch für den Verlust einer Chance auf dem Arbeitsmarkt. Die Höhe des Schadenersatzes ist nicht begrenzt.

In Deutschland ist der Arbeitgeber verpflichtet, die von der ungerechtfertigten Kündigung betroffene Arbeitnehmerin weiter zu beschäftigen. Ist die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitnehmer nicht zumutbar, so kann das Arbeitsverhältnis gerichtlich aufgelöst werden und eine Abfindung von bis zu zwölf Monaten entschieden werden.

In Kanada wird als Rechtsfolge einer diskriminierenden Kündigung im Rahmen des Canadian Human Rights Act dem Arbeitgeber die Anordnung erteilt, Massnahmen in Absprache mit der Commission zur Verhinderung von diskriminierendem Verhalten zu treffen. Gegenüber der betroffenen Arbeitnehmerin hat der Arbeitgeber die abgesprochenen Rechte wieder einzuräumen und Schadenersatz sowie eine Genugtuung für seelische Unbill zu leisten (max. 20'000 Dollars). Bei fehlender Kooperation seitens des Arbeitgebers ist die Strafe eine Busse bis zu 50'000 Dollar (Ontario: Massnahmen zur Verhinderung von Diskriminierung; Busse bis zu 25'000 Dollar).

In der Schweiz ist eine während der Sperrfrist erfolgt Kündigung nichtig (zeitlicher Kündigungsschutz). In Bezug auf die Rechtsfolgen bei einer missbräuchlichen Kündigung (sachlicher Kündigungsschutz) ist zwischen privatem und öffentlichrechtlichem Arbeitsverhältnis zu unterscheiden. Im

privaten Arbeitsverhältnis bleibt die missbräuchliche Kündigung rechtswirksam und löst nur einen Anspruch auf eine Entschädigung aus. Dahingegen muss der öffentliche Arbeitgeber die bisherige oder eine entsprechende, zumutbare Tätigkeit der missbräuchlich gekündigten Person anbieten.

V Synthese und Empfehlungen

1 Einleitung

In einer auf Lernfähigkeit und Prävention basierenden Public – Health - Politik zur Bekämpfung von HIV/Aids spielt die Nichtausgrenzung von Menschen mit HIV/Aids eine zentrale Rolle. Stigmatisierung und Ausgrenzung von Menschen mit HIV/Aids im Arbeitsumfeld laufen einer wirksamen HIV/Aids-Bekämpfung entgegen. Weltweit zeigt sich: Eine Politik der Chancengleichheit für Menschen mit HIV/Aids bildet Bestandteil einer erfolgsversprechenden HVI/Aids-Strategie[978].

Im ersten Teil unseres Forschungsprojektes zeigen wir anhand von Literaturstudien und Erfahrungen von HIV/Aids-Beratungsstellen auf, dass Arbeitnehmende mit positiver HIV-Diagnose Benachteiligungen beim Zugang zur Arbeitswelt, während des Arbeitsverhältnisses, beim Versicherungsabschluss und bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses ausgesetzt sind. Wir haben die wichtigsten Diskriminierungskonstellationen idealtypisch[979] herausgearbeit.

HIV/Aids Diskriminierung von Menschen mit HIV/Aids im Arbeitsumfeld stellt ein komplexes soziales Phänomen dar. Alleine mit der Verankerung von Rechtsnormen kann ihm nicht ausreichend begegnet werden. Wirksamer Diskriminierungsschutz erfordert über Diskriminerungsschutznormen hinaus Informations- und Sensibiliserungsarbeit. Wir evaluierten zwei wichtige solche Projekte aus der Schweiz, das Projekt „IG-Benachteiligung“ und *www.workpositive.ch*. Die Ergebnisse umfassen auch Einschätzungen zur

[978] Im nationalen Aidsprogramm 2004-2008 kommt dies in Ziel Nr. 8 zum Ausdruck, siehe Kapitel II, 4, S. 83ff..
[979] Siehe Tabelle 1: Die Diskriminierungsphase, S. 82.

HIV/Aids-Diskriminierung und deren Bekämpfung durch Patientenorganisationen und durch Arbeitgeberinnen[980].

In Teil III unserer Studie (Siehe S. ff. 107ff.) haben wir die Rechtslage in der Schweiz inkl. für die Schweiz verbindliches Völkerrecht gründlich analysiert und dargestellt, wie aufgrund der heute geltenden rechtlichen Normen der Diskriminierungsschutz für Menschen mit HIV/Aids im Arbeitsverhältnis aussieht. Wir haben verschiedene Lücken im Bewerbungsverfahren, während des Arbeitsverhältnissen, im Kündigungsschutz und insbesondere bei der Rechtsdurchsetzung idendifiziert.

Rechtsvergleichend haben wir in Teil IV (Siehe S. 216ff.) die Rechtslage in Frankreich, Deutschland, Grossbritannien und Kanada analysiert. Die empirischen Befunde– die geltenden Normen zum Diskriminierungsschutz und ausgewählte Rechtsprechung und Literatur – haben wir auf ihre Eignung zum Schutz vor HIV/Aids-Diskriminierung entlang dem „Lebenszyklus" eines Arbeitsverhältnisses (Bewerbung, Vertragsabschluss, Vertragsdauer, Vertragsende) gewürdigt. Ergänzend haben wir in allen Vergleichsstaaten wichtige Akteure in der HIV/Aids-Diskrimierungsthematik nach der praktischen Wirksamkeit des je geltenden Diskriminierungsschutzrechts gefragt. Wir haben aus dem durch die Befragungen ergänzten Rechtsvergleich Lösungsansätze zum Diskriminierungsschutz gefunden, die wir in der Synthese auf ihre Übertragbarkeit auf die Schweiz prüfen werden.

Unsere Synthese baut auf den drei vorangehend beschriebenen Erkenntnissen auf. Wir zeigen auf, inwieweit mit Recht die HIV/Aids-Diskriminierung im Lebenszyklus eines Arbeitsverhältnisses wirksam bekämpft werden kann.

Gestützt auf die Synthese formulieren wir anschliessend unsere Empfehlungen an die staatlichen Organe Gesetzgeber, Verwaltung und Gerichte sowie an die Sozialpartner und die Versicherer. Dabei halten wir jeweils fest, inwiefern die diskutierten rechtlichen Möglichkeiten HIV/Aids spezifisch sind und inwiefern sie für alle Arbeitnehmende mit zumindest hinsichtlich ihres Chronifizierungspotenzial vergleichbaren gesundheitlichen Einschränkungen Gültigkeit haben sollen.

2 Synthese

2.1 Die gemeinschaftsrechtlichen Regeln als Orientierung

Unsere Untersuchung zeigt die zentrale Bedeutung der gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsschutzregeln, wie sie in der RL

[980] Siehe Teil II, 4, S. 83ff.

2000/78/EG als die Mitgliedstaaten verpflichtender Rahmen zum Ausdruck kommen. Die kanadische Rechtslage ist zwar angesichts der föderalistischen Struktur äusserst komplex, unterscheidet sich bei einer gesamthaften Betrachtung vom gemeinschaftsrechtlichen Regelwerk nur unwesentlich. Das europäische Antidiskriminierungsrecht ist ohnehin stark vom US-amerikanischen[981] und wohl auch kanadischen Vorbild geprägt.

Die RL 2000/78/EG verpflichtet die Mitgliedstaaten zu einem weitreichenden Schutz vor Diskriminierung bei der Bewerbung, Anstellung, Vertragsdauer und Kündigung. Insbesondere werden:

- die Beweisrechtslage verbessert (Glaubhaftmachung einer Diskriminierung genügt),
- die direkte + indirekte Diskriminierung erfasst,
- die Belästigung als Form der Diskriminierung bezeichnet,
- die Arbeitgeber (auch bei Anstellungen) zu „angemessenen Vorkehrungen" für behinderte Arbeitnehmer/innen verpflichtet,
- Organisationen Behinderten(selbst)hilfe Klagerechte eingeräumt
- und die Mitgliedstaaten müssen wirksame Sanktionen vorsehen.

Die RL 2000/78/EG geht vom Grundsatz aus, dass Gesetze nur dann wirksam sind, wenn die Menschen ihre Rechte kennen und wissen, wie sie diese geltend machen können. Dies zeigt sich in der Verankerung der Verbandsklagerechte. Auch die Pflicht der Mitgliedstaaten zur Etablierung eines sozialen Dialogs zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmer und eines Dialogs mit Nichtregierungsorganisationen ist vom Gedanken getragen, dass die Durchsetzung der Gleichbehandlung eine Aufgabe ist, an der sich alle gesellschaftlichen Gruppen zu beteiligen haben und sich auch beteiligen können.

Die Zusammenarbeit zwischen nationalen Stellen, Gleichstellungsbehörden, Gewerkschaften, Arbeitgeberorganisationen, NRO und Vertretern potenzieller Diskriminierungsopfer ist von wesentlicher Bedeutung für die effektive Durchsetzung der Gleichbehandlungsgesetze. Jeder dieser Akteure verfügt über spezifisches Fachwissen und spielt bei der Information, der Sensibilisierung und der Förderung von Gleichstellung eine entscheidende Rolle.

[981] Siehe dazu umfassend THÜSING, S. 187ff.

Bei einer ersten allgemeinen Würdigung entspricht das schweizerische Recht nicht dem (EU) europäischen Diskriminierungsschutzlevel (Siehe dazu im Einzelnen in Teil III, 5., S.212ff.). Im Einzelnen gehen wir auf die Lücken nachfolgend ein.

2.2 HIV/Aids als Diskriminierungskriterium

Die RL 2000/78/EG schützt nur bei ausgewählten und abschliessend aufgelisteten Kriterien, darunter dem für unseren Kontext besonders massgebenden Kriterium „Behinderung". Nicht aufgeführt ist in der Liste der Diskriminierungskriterien das Merkmal „Krankheit". Es zeigt sich hier der Nachteil eines selektiven Diskriminierungsschutzes, der jedoch vom Gemeinschaftsrechtsgeber so gewollt ist. Nichtsdestotrotz eröffnen sich durch eine offene und weite Auslegung des Behindertenbegriffs Chancen, einer HIV/Aids-Diskriminierung im Bewerbungsverfahren als „sozial konstuierte Behinderung" durch die RL 2000/78/EG gemeinschaftsrechtlichen Schutz zu gewähren. Das EuGH-Urteil *Navas* unterscheidet zwar klar zwischen Krankheit und Behinderung, lässt aber unseres Erachtens eine solche Auslegung zu[982].

Sowohl der arbeits- wie der strafrechtliche Diskriminierungsschutz Frankreichs erwähnen „Krankheit" ausdrücklich als verbotenes Diskriminierungskriterium. Zwar fehlt es an einer Legaldenition des Begriffs Krankheit, hingegen steht zweifelsfrei fest, dass die HIV-Infektion als solche bereits eine Krankheit darstellt und somit unter den arbeits- und strafrechtlichen Diskriminierungsschutz fällt. Der englische Gesetzgeber hat entschieden, dass die HIV-Infektion als solche eine Behinderung im Sinne des Disability Discrimination Acts darstellt. In der Schweiz schliesslich kann der HIV/AIDS-Status unter den arbeitsprivatrechtlichen Begriff der Persönlichkeit subsumiert werden die Anknüpfung an den HIV/AIDS-Status für eine sachlich nicht gerechtfertigte ungleiche Behandlung stellt eine Behinderung im Sinne des Diskriminierungsverbotes nach Art. 8 Abs. 2 BV dar. In Kanada hat die Human Rights Commission HIV/Aids als „disability" im massgebenden Policy-Paper on HIV/Aids definiert.

Der Schutz für Menschen mit HIV/Aids kann durch eine ausdrückliche Aufführung von „HIV/Aids" als Diskriminierungskriterium oder durch Anknüpfung an Kriterien wie „Krankheit", „Behinderung", „Persönlichkeit" oder durch für Erweiterung offene Diskriminierungskriterienlisten („namentlich", „insbesondere" usw.) erreicht werden. Die Subsumation der HIV-Infektion unter die genannten Begriffe erfolgt auf dem Wege einer notwendigerweise wertenden Auslegung. Mit der ausdrücklichen Nennung von HIV/Aids als Diskriminierungskriterium im Gesetz kann

[982] Siehe dazu Abgrenzung Behinderung / Krankheit in der Rechtssache *Navas*, S. 226.

Rechtssicherheit gewonnen werden. Der Wertungsentscheid wird diesfalls an den Gesetzgeber übertragen. Eine Verankerung im Gesetz fördert zudem den Abbau strukturell bedingter Vorurteile.

2.3 Diskriminierungschutz im Bewerbungsverfahren

2.3.1 Bedeutung des Schutzes

In der Evaluation des Projektes „IG-Benachteiligung" bringen die befragten Organisationen ihre Erfahrungen zum Ausdruck, dass Arbeitgeber Personen, die an chronischen Krankheiten oder an Krankheitsdispositionen leiden, aufgrund befürchteter Einschränkungen der künftigen Arbeitsfähigkeit nicht anstellen[983]. Zwei Drittel aller im Rahmen der Evaluation des Projektes *www.workpositive.ch* befragten Arbeitgeber wussten nicht darüber Bescheid, dass eine deutliche Mehrheit der HIV-positiven Arbeitnehmenden voll arbeitsfähig ist[984]. Die Befragungsantworten einzelner Arbeitgeber zur Einschätzung über die Arbeitsfähigkeit wie auch Mutmassungen zu Übertragungsrisiken[985] weisen auf ein mögliches Informationsdefizit von Arbeitgebenden hin.

Angesichts auch heute noch bestehender Vorurteile gegenüber der Leistungsfähigkeit von Arbeitnehmer/innen mit HIV/Aids und wegen irrationaler Ängste vor einer HIV/AIDS-Übertragung im Arbeitsumfeld ist ein wirksamker Diskriminerungsschutz insbesondere im Bewerbungsverfahren wichtig. Die Bewerbungschancen entscheiden über eine Integration in den bzw. die Desintegration aus dem Arbeitsmarkt.

2.3.2 Nützliche Instrumente

Die Notwendigkeit wirksamen Diskriminierungsschutzes im Bewerbungsverfahren ist ausgewiesen. Fraglich ist, wie sich der Schutz rechtlich am Besten realisieren lässt. Die Instrumente der RL 2000/78/EG stellen den Massstab eines wirksamen Diskriminierungsschutzes dar. Die Instrumente alleine schaffen die Diskriminierung nicht ab, sie stellen nur aber immerhin die rechtlichen Möglichkeiten zur Verfügung. Als besonders innovativ könnte sich das Instrument der „angemessenen Vorkehrungen" entpuppen, dass Arbeitgebende zu ihnen zumutbaren Vorkehrungen veranlasst, damit Behinderte eine ihren Fähigkeiten und Einschränkungen angepasste Tätigkeit ausüben können. Arbeitnehmerinnen mit HIV/Aids, die noch teilweise erwerbsfähig sind und für die Verwertung der Resterwerbsfähigkeit auf besondere Rücksichtnahme (bsw. ein

[983] Siehe Tabelle 6: Diskriminierung im Bewerbungsverfahren, S. 93.
[984] Siehe Teil II, 6.2.3, S. 104.
[985] Siehe Teil II, 6.2.2, S. 102.

Jahresarbeitszeitmodell oder längere Pausen) durch die Arbeitgeberin angewiesen sind, erhalten durch das Rechtsinstrument der „angemessenen Vorkehrungen“ angemessenen Schutz.

Zur Durchsetzung des Anspruchs auf diskriminierungsfreie Behandlung im Bewerbungsverfahren müssen die EG-Mitgliedstaaten nach der Vorgabe in der RL 2000/78/EG wirksame und abschreckende Sanktionen gegen Verletzungen des Diskriminierungsverbotes vorsehen. Auch strafrechtliche Massnahmen sind möglich, wie sie Frankreich schon längere Zeit kennt. Keine der untersuchten Rechtsordnungen sehen einen unmittelbar durchsetzbaren Anstellungszwang oder aus der Perspektive des diskriminierten Bewerbungsopfers einen Anspruch auf Anstellung vor. Abschreckende Sanktionen können eine faktische Anstellungspflicht zur Folge haben.

2.3.3 Umsetzungsmassnahmen notwendig

Bei unseren Befragungen im Rahmen der rechtsvergleichenden Untersuchungen in Frankreich, Deutschland, Grossbritannien und Kanada zeigt sich übereinstimmend das Bild einer Diskrepanz zwischen den vorhandenen rechtlichen Diskriminierungsschutzmöglichkeiten und deren tatsächlichen Auswirkungen. Das gilt nicht nur, aber insbesondere für den Schutz im Bewerbungsverfahren.

Besonders deutlich manifestiert sich dies in Frankreich. Einer beeindruckenden Normenfülle und –vielfalt zur Diskriminierungsbekämpfung steht eine lediglich marginale Wirkung im praktischen Leben gegenüber. Damit die Normen ihre beabsichtigte Schutzwirkung im Bewerbungsverfahren entfalten können, braucht es nachhaltige Umsetzungsmassnahmen: Unabhängige Antidiskriminierungsbehörden, finanzielle Unterstützung für NGO’s, Prozesshilfen, Sensibiliserung der Sozialpartner, Gerichte, Verwaltung, Öffentlichkeit. Ein ergänzendes Mittel ist der „anonyme Lebenslauf“ oder das so genannte „Testing“, das unabhängigen Organisationen erlaubt, Arbeitgeber mit fiktiven Bewerbungen auf ihre Diskriminierungsbereitschaft zu testen. Während die Bewerbungen fiktiv sind, müssen die allenfalls diskriminerenden Arbeitgeber mit unerwünschter medialer Aufmerksamkeit und, zumindest in Frankreich, mit rechtlichen Konsequenzen rechnen.

Als Kontrast zum Diskriminierungschutznormen reichen Frankreich haben wir das Beispiel der mit Diskriminierungschutznormen vergleichweise karg ausgestatten schweizerischen Rechtsordnung dargelegt, dass bei einer Anstellungsdiskriminierung durch Anknüpfung an bestehende Konzepte des Persönlichkeitsschutzes und des offenen Diskriminierungsschutzkonzepts in der Verfassung Schutz möglich ist. Der Preis dieses Vorgehens besteht in

einer relativ grossen Rechtsunsicherheit, zumindest solange, bis sich eine höchstgerichtliche Praxis zum Diskriminierungsschutz (nicht nur bei HIV/Aids) entwickelt und durchgesetzt hat. Richterliche Rechtschöpfung im Bereich des Antidiskriminierungsrechts setzt zudem einen fachlichen Diskurs und entsprechende Weiterbildung voraus.

In unseren Empfehlungen legen wir im Einzelnen dar, wie sich in der Schweiz der Schutz vor HIV/Aids bedingter Diskriminierung im Bewerbungsverfahren verbessern lässt.

2.4 Diskriminierungsschutz im Arbeitsverhältnis

2.4.1 Die Versicherungsproblematik

Nach den Aussagen der Befragten im Projekt „IG-Benachteiligung" ist das Problem des eingeschränkten Versicherungsschutzes für Personen mit gesundheitlichen bei Taggeldversicherung und beruflicher Vorsorge „nachhaltig ungelöst[986]. Auch in rechtsvergleichender Perspektive zeigt sich eine Verschärfung des Problems, sofern und soweit Lohnausfall bei Krankheit und Invalidenleistungen nicht durch den Arbeitgeber oder eine gesetzliche Sozialversicherung (die keine Risikoselektion kennt) geregelt ist[987].

Die Versicherungsproblematik ist komplex: Soweit die Versicherer die HIV/AIDS-Diagnose *undifferenziert* als Kriterium des Risikoausschlusses anwenden, verstossen sie bereits nach heute in der Schweiz geltender Rechtslage gegen objektives Recht. Um Diskriminierungen im Rechtssinne handelt es sich bei den Risikoausschlüssen für Menschen mit HIV/Aids allerdings dann nicht, wenn die medizinische Situation nach objektiven versicherungstechnischen Grundsätzen eine Risikoselektion erfordert[988]. Sollen die Versicherer verpflichtet werden, Arbeitnehmende mit positiver HIV/AIDS-Diagnose generell gleich zu behandeln, braucht es dafür einen Entscheid des Gesetzgebers. Die Rechtsordnungen Frankreichs und Grossbritanniens zeigen auf, dass spezifische Regelungen für den Bereich von Kollektivversicherungen eine Gleichbehandlung von Arbeitnehmerinnen mit oder ohne HIV/AIDS-Diagnose möglich machen, ohne dass deswegen die dem privatrechtlichen Versicherungsgeschäft immanente Vertragsfreiheit übermassen eingeschränkt werden muss[989]. Die entsprechenden Regelungen werden in unseren Empfehlungen auf ihre Übertragbarkeit auf die schweizerische Rechtsordnung bearbeitet.

---

[986] Siehe Teil II, 5.2.3, S. 89.
[987] Siehe Teil IV, 7.3.3, S. 395.
[988] Siehe Teil III, 4.3.1, S. 199.
[989] Siehe Teil IV, 7.3.3, S. 395.

2.4.2 Schutz vor HIV/Aids-Mobbing, Gesundheits- und Datenschutz

Im Kern geht es bei der Mobbing-, Gesundheits- und Datenschutzproblematik um die Persönlichkeit eines HIV-positiven Menschen und deren Verletzlichkeit. Über die physischen und emotionalen Anforderungen an die Bewältigung einer chronischen Krankheit hinaus erfordert die HIV-Infektion von den betroffenen Personen einen verantwortungsvollen Umgang mit der Sexualität. Und im Arbeitsumfeld kommen reale Stigmatisierungerfahrungen und/oder Ausgrenzungsängste sowie die bekannte Versicherungsproblematik dazu. Die Persönlichkeit des HIV-positiven Arbeitnehmers bzw. der HIV-positiven Arbeitnehmerin erscheint in diesem Lichte besonders verletzungsanfällig.

Nach den Ergebnissen unserer Untersuchungen ist fraglich, ob das Recht diesen Voraussetzungen angemessen Rechnung trägt bzw. überhaupt angemessen Rechnung tragen kann. Besonders augenfällig offenbart sich dies bei den Datenschutznormen. Datenschutzverletzungen kommen relativ häufig vor[990]. Eine gerichtliche Auseinandersetzung wegen unzulässiger Verbreitung der HIV/AIDS-Diagnose verlangt von der betroffenen Person die Thematisierung ihrer HIV-Infektion, was zur weiteren Verbreitung beiträgt.

Während die genannte Datenschutzproblematik schwer lösbar ist, finden sich im Recht durchaus adäquate Mittel, gegen Mechanismen der Ausgrenzung am Arbeitsplatz während des Arbeitsverhältnisses wirksam vorzugehen. Wir bezeichnen solche Ausgrenzungsphänome als „HIV/Aids-Mobbing“. Im schweizerischen Arbeitsrecht stellt Mobbing eine vom Arbeitgeber zu verantwortende Verletzung der Arbeitnehmerpersönlichkeit und deshalb eine Verletzung der vertraglich übernommenen gesetzlichen Pflicht zum Persönlichkeitsschutz dar. Nach der RL 2000/78/EG stellt auch die Belästigung eine Form der Diskriminierung dar. Falls und soweit HIV/Aids unter dem Begriff „Behinderung“ subsumierbar ist, eröffnet sich durch den Belästigungstatbestand für HIV/Aids-Mobbing-Opfer Chancen für Diskriminierungsklagen. Die vorteilhafte Beweislastverteilung (Glaubhaftmachung der Belästigung genügt) sowie die Verbandsklagemöglichkeiten verbesseren den rechtlichen Mobbingschutz.

Je nach Krankheitsverlauf kann die Arbeitsfähigkeit bei HIV-positiven Arbeitnehmer phasenweise eingeschränkt sein, wobei nicht notwendigerweise eine vollständige Arbeitsunfähigkeit vorliegt. In diesem Kontext stellen sich Fragen des Anspruchs auf angemessene Rücksichtsnahme auf den Gesundheitszustand der betroffenen Personen. Wiederum rückt das im

[990] Das trifft ganz generell auf chronischkranke Arbeitnehmende zu, siehe die Ergebnisse der Evaluation IG-Benachteiligung, Tabelle 8: Diskriminierung während der Anstellung, S. 94.

europäischen Kontext neue Rechtsinstitut der „angemessenen Vorkehrungen“ ins Zentrum des Interessens. Angemessene Vorkehrungen können auch in einer Anpassung des Arbeitsinhaltes, Arbeitsplatzes oder Arbeitsrythmuses bestehen. Verweigert eine Arbeitgeberin die ihr konkret zumutbaren und verhältnismässigen Massnahmen, stellt dies eine unzulässige Diskriminierung dar.

Zwar kennt das schweizerische Arbeitsrecht keinen Anspruch des behinderten Arbeitnehmers auf „angemessenen Vorkehrungen“. Die obligationenrechtlichen und öffentlichrechtlichen (Arbeitsgesetz) Verpflichtungen zur Rücksichtnahme auf die Gesundheit des Arbeitnehmers führen indes zu einem ähnlichen Ergebnis, Unterschiede zeigen sich bezüglich Beweislastverteilung und Rechtsfolgen. Unsere Analyse der Bestimmungen zeigt, dass weder geeignete Instrumente noch ausreichende Mittel vorhanden sind, den einschlägigen Schutznormen zum Durchbruch zu verhelfen.

2.5 Schutz vor diskriminierender Kündigung bei HIV/Aids

Ein funktionierender Kündigungsschutz ist Voraussetzung für die Verhinderung von Ausgrenzung von Arbeitnehmenden mit positiver HIV/AIDS-Diagnose. Der Schutz vor HIV/Aids bedingter Kündigung muss mit einem andäquaten Schutz vor Diskriminierung im Bewerbungsverfahren harmonisieren, da sonst die Gefahr besteht, dass mittels einer möglichst präzisen Selektion HIV-positive Arbeitnehmer/innen gar nicht in einen Betrieb aufgenommen werden. Nach unserer Analyse des schweizerischen Kündigungsschutzrechts und derjenigen der Vergleichsrechtsordnungen erweisen sich insbesondere die drei folgenden Merkmale als wichtig:

- Die Kündigung unter Bezugnahme auf die HIV-Infektion als solche ist unzulässig. Als Rechtsfolge muss der betroffenen Person ein Wahlrecht auf Aufrechterhaltung des Vertrages oder Geltendmachung einer Entschädigung offen stehen, Schadenersatz- bzw. Genugtuungsansprüche bleiben vorbehalten.
- Die Kündigung unter Berufung auf die HIV/Aids bedingte Arbeitsunfähigkeit darf nach Ablauf allfälliger Schonfristen nur dann zulässig sein, wenn die Arbeitsunfähigkeit arbeitsmedizinisch bestätigt ist. Geprüft werden muss vorgängig, ob das Arbeitsverhältnis nicht durch dem Arbeitgeber zumutbare, verhältnismässige angemessene Massnahmen (Anpassung des Arbeitsinhaltes, Teilzeitarbeit o.ä.) erhalten werden kann.
- Die Durchsetzung des Kündigungsschutzes wird durch eine Beweislasterleichterung (Glaubhaftungmachung diskriminierender Kündigungsgründe reichen aus) verbessert.

2.6 Wirksamkeit des Diskriminierungsschutzes bei HIV/Aids

Die Mitgliedstaaten mussten die RL 2000/78/EG bis Ende 2003 ins nationale Recht umsetzen, was zwischenzeitlich fast alle Staaten getan haben. Noch fehlen umfassende Studien, wie sich der verstärkte Diskriminierungsschutz auf die Arbeitsmarktzugangschancen potenzieller Diskriminierungsopfer auswirkt, auch spezifische Untersuchungen zur Wirkung und Wirksamkeit des „neuen" Antidiskriminierungsrechts für behinderte Arbeitnehmer/innen fehlen (noch).

In Deutschland setzen die von uns befragten Experten/innen grosse Hoffnungen in das neue Antidiskriminierungsgesetz, das im Zuge der Umsetzung der RL 2000/78/EG im September 2006 in Kraft trat. Die blosse Existenz von Antidiskriminierungsgesetzen schafft die Diskriminierung jedoch nicht ab. „Il y a un cap entre l'encadrement juridique et la réalité", so beurteilt ein Rechtsexperte die Situation in Frankreich, das seit 15 Jahren eine beeindruckende Dichte an Diskriminierungsverbotsnormen kennt. Auch in Kanada wird dem Diskriminierungsschutzrecht eine beschränkte Wirksamkeit („limited effectniveness") zugebilligt.

Die Gründe, die der Wirksamkeit von Diskriminierungsschutznormen entgegenstehen, sind vielfältig. Besonders hervorgehoben wurde in unseren Befragungen der Aspekt der persönlichen und finanziellen Belastungen, die ein Verfahren und insbesondere die lange Dauer mit sich bringen. Einer Wirksamkeit entgegen steht schliesslich auch das Informations- und Wissensdefizit sowohl unter Menschen mit HIV/Aids wie auch bei Beratungsstellen und selbst bei spezialisierten Anwältinnen und Anwälten. Antidiskriminierungsrecht sei zudem zumindest bis heute kein lukratives Betätigungsfeld für die Branche. Der Wirksamkeit von Diskriminierungsnormen steht möglicherweise auch die Unklarheit betreffend Zuständigkeiten der Gerichte entgegen (Welches Gericht ist zuständig? Wer legt aus? Wer definiert? Einheitlichkeit? Rechtssicherheit? – All diese Fragen stellen insbesondere in Kanada ein Problem dar).

Wie kann Diskriminierung wirksam bekämpft werden? Welche Faktoren sind dafür entscheident? Die Richtlinie 2000/78/EG enthält verschiedene Verplichtungen an die Mitgliedstaaten, die vom Gedanken getragen sind, dass Diskriminierung als soziale Realität nicht einfach durch die Statuierung von Verbotsnormen veschwindet (Verpflichtung der Mitgliedstaaten zu einer aktiven Information über die Anti-Diskriminerungsrechte, Verbandsklagerechte, Förderung des sozialen Dialogs, Einbezug von Nichtregierungsorganisationen). Nötig sind zudem Begleitmassnahmen. Ein gemeinschaftliches Aktionsprogramm 2001-2006 fördert Aktivitäten und Initiativen relevanter gesellschaftlicher Gruppen, ein „Europäisches Jahr der Gleichbehandlung" setzt europaweit ein wegweisendes Werte-Symbol.

Signale von höchster politischer Stelle über die Bedeutung der Nichtdiskriminierung bilden wichtige Elemente in der Umsetzung von Diskriminierungsvorschriften. Das bestätigten auch die von uns befragten Akteure in Frankreich, die es als sehr wichtig erachten, dass Präsidium und Vorstand der „Haute Autorité contre la discrimination (Halde)“ sehr prominent besetzt sind.

3 Empfehlungen

3.1 Ausgangslage: Die Lücken in der bestehenden Rechtslage

Nach einer umfassenden Analyse der heute für die Schweiz massgebenden Rechtslage zur HIV/Aids-Diskriminierungsbekämpfung im Arbeitsverhältnis haben wir in Teil III unserer Studie verschiedene Lücken festgehalten. Wir listen die wesentlichen Mängel hier nochmals zusammenfassend auf:

1. Die Beweislast für die diskriminierende Nichtanstellung trägt die klagende Partei, also der HIV-positive Stellenbewerber oder die HIV-positive Stellenbewerberin.
2. Die Begründungspflicht für eine Nichtanstellung beim BehiG stellt eine geringe Erleichterung der Beweisproblematik dar. Der Anwendungsbereich des BehiG ist auf Bundesstellen und auf das Kriterium „Behinderung“ beschränkt. Zudem sind im BehiG die Rechtsfolgen einer allfälligen aufgrund einer Behinderung diskriminierenden Nichtanstellung nicht geregelt.
3. Als nicht adäquat müssen ganz generell die Rechtsfolgen einer diskriminierenden Nichtanstellung bezeichnet werden. Insbesondere fehlen abschreckende Sanktionen.
4. In hohem Masse problematisch ist die Lücke des fehlenden Versicherungsschutzes für arbeitsunfähige von HIV/Aids betroffene Mitarbeitende als Folge entsprechender Risikoausschlüsse durch die Taggeldversicherer. Soweit solche Ausschlüsse überhaupt nach geltender Rechtslage zulässig sind, ist de lege ferenda zu prüfen, ob Risikoausschlüsse aufgrund einer HIV-Infektion oder auch aufgrund anderer chronischen Krankheiten nicht generell unzulässig sein müssten.
5. Die Probleme des Datenaustausches Arbeitgeber-Versicherung im Zusammenhang mit den Arbeitnehmerversicherungen sind noch ungelöst.
6. Die Umsetzung des Schutzes vor Diskriminierung während des Arbeitsverhältnisses (HIV/Aids-Mobbing, Gesundheitschutz, Datenschutz) ist mangelhaft. Es fehlt insbesondere auch an

Instrumenten und Mitteln, damit der einschlägig relevante öffentlichrechtliche Gesundheitsschutz Wirkung entfalten kann.

7. Die Beweislast für eine Kündigung aufgrund missbräuchlicher Motiven trägt die Arbeitnehmerin. Zwar verhilft die gesetzlich verankerte Begründungspflicht einer Kündigung hier ansatzweise zu einer verbesserten Ausgangslage für die Erbringung eines Beweises einer diskriminierenden Kündigung. Gleichzeitig eröffnet die Begründungspflicht auch die Möglichkeit, andere als diskriminierende Kündigungsgründe vorzuschieben. Die Ausgangslage für die (mutmasslich) aus diskriminierenden Motiven gekündigten Partei würde bei einer eigentlichen Beweislastumkehr, wie sie auch das Gleichstellungsgesetz kennt, verbessert.
8. Die im Gesetz vorgesehenen sanktionierenden *Rechtsfolgen einer diskriminierenden Kündigung* – Entschädigung bis zu sechs Monatslöhnen - werden in der Rechtspraxis selten am oberen Limit ausgesprochen. Die Abschreckungswirkung wird schon durch den auf sechs Monatslöhne eingeschränkten Sanktionsrahmen und erst recht durch den selten ausgeschöpften Spielraum erheblich eingeschränkt.

Eine Verbesserung dieser Schwachstellen des Diskriminierungsschutzes liegt nicht nur im Interesse von HIV-positiven Arbeitnehmerinnen, sondern ganz allgemein von Personen mit chronischen Krankheiten oder Krankheitsdispositionen. Einige Lücken lassen sich nur durch entsprechende Gesetzesänderungen schliessen.

3.2 Verfassungs- und völkerrechtrechtliche Verpflichtungen

Wir haben aufgezeigt, dass die für die Schweiz verbindlichen völkerrechtlichen Menschenrechtsverträge auch Verpflichtungen für einen wirksamen Schutz vor HIV/Aids bedingter Diskriminierung im Arbeitsverhältnis beinhalten[991]. Vergleichbare Pflichten lassen sich auch aus dem Verfassungsrecht ableiten[992].

Hauptsächlich treffen den Staat drei Pflichten[993]:

- Er selbst darf in all seinen Aktivitäten Menschen mit HIV/Aids nicht diskriminerend behandeln, also weder diskriminierende Gesetze erlassen noch entsprechende Einzelfallentscheide treffen;

[991] Siehe Teil III, 2.1.10, S. 127.
[992] Siehe Teil III, 2.2.8, S. 135.
[993] Siehe „Respect. Protect, Fulfil – Working on the legal and human right issues raised by HIV/Aids“, 2005-2006 Annual Report von the Canadien HIV/Aids-Legal Network.

- Er muss für einen wirksamen Schutz vor HIV/Aids-Diskriminierung auch unter Privaten sorgen;
- Er muss mit geeignenten Mitteln dafür sorgen, dass die gesellschaftlichen Ursachen für Diskriminierung von Menschen mit HIV/Aids (nicht nur) im Arbeitsverhältnis beseitigt werden, mit anderen Worten, er muss die HIV/Aids-Diskriminierung strukturell bekämpfen.

Angesprochen sind alle staatlichen Ebenen je im Rahmen ihres Kompetenzbereichs. Gerichte und Verwaltungsstellen müssen deshalb das anwendbare einfache Gesetzesrecht völker- und verfassungskonform auslegen. Alleine durch völker- und verfassungskonforme Auslegung lassen sich die völkerrechtlichen Gebote des Diskrimininerungsschutzes jedoch nicht umsetzen. Der Gesetzgeber ist aufgefordert, entsprechende Regelungen zu verabschieden. Darüber hinaus braucht es begleitende Massnahmen, damit der Zugang zum Recht gesichert werden kann und die den durch die rechtlichen Änderungen angestrebten Wertewandel unterstützen. Adressaten dieser Massnahmen sind einerseits die Verwaltung, andererseits aber auch die Akteure der Zivilgesellschaft, Sozialpartner, Versicherungen.

3.3 Reformvorschläge

Nicht Gegenstand unserer Studie bilden Diskriminierungen aufgrund des ethnisch-kulturellen Hintergrundes, des Alters, der sexuellen Orientierung oder andere in Art. 8 Abs. 2 BV genannte Gründe. Ein Bedarf an einer Verstärkung des Diskriminierungsschutzes im Arbeitsbereich wird in der Literatur auch hier geltend gemacht[994] . Bundesrat und Parlament erachten die heutigen Regelungen hingegen als ausreichend[995].

In unserer rechtlichen Analye haben wir die wichtigsten acht Mängel der heutigen Rechtslage bezüglich HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis idendifiziert. Zur Lösung dieser Problemlagen stellen wir ein Gleichstellungsgesetz für den Arbeitsbereich vor, dass Menschen mit Behinderung und/oder gesundheitlichen Einschränkungen vor nicht

[994] Siehe dazu schon 1992 TRACHSLER (Antidiskriminierungsgesetz), S. weiter CAPLAZI/NAGUIP; MARTENET, S. 419 ff; PÄRLI (Urteilsbesprechung), S. 23 ff.
[995] Motion (06.3084) des Nationalrats Josef Zisyadis, Bundesgesetz gegen Diskriminierung, 22.03.06 und Erklärung des Bundesrates vom 17.05.06; Motion (04.3791) der Nationalrätin Cécile Bühlmann, Gesetz gegen die rassistische Diskriminierung in der Arbeitswelt, 17.12.2004 und Erklärung des Bundesrates vom 23.05.05; Interpellation (03.3372) der Nationalrätin Cécile Bühlmann, Rassistische Diskriminierung in der Arbeitswelt, 19.06.2003 und Erklärung des Bundesrates vom 10.09.2003; Einfache Anfrage (02.1050) des Nationalrates Paul Rechsteiner, Diskriminierung aufgrund des Alters und Antwort des Bundesrates vom 21.08.2002.

gerechtfertigten Ungleichbehandlungen schützen und ihre Integration in den Arbeitsmarkt fördern soll.

Wir verstehen unseren Vorschlag als Grundlage für eine Diskussion in Wissenschaft und Politik, um über Vor- und Nachteile eines selektiven Diskriminierungsschutzes (gesetzliche Lösungen für einzelene Diskriminierungskriterien) im Vergleich zu einem allgemeinen Diskriminierungsschutzgesetz nachzudenken und entsprechende Modelle zu entwickeln.

Die idendifizierten Mängel der heutigen Rechtslage lassen sich alternativ auch durch Reformen in den bestehenden Gesetzen verbessern. Wir sind uns zudem den realpolitisch eher geringen Chancen eines neuen Gleichstellungsgesetzes zu Gunsten von Arbeitnehmerinnen mit gesundheitlichen Einschränkungen sehr bewusst. Auch aus diesen Gründen stellen wir vor, in welchen Erlassen unseres Erachtens welche Änderungen zur Verbesserung des Statuos Quo notwendig wären.

3.4 Vorschlag für ein Gesetz über die Gleichstellung von Arbeitnehmenden mit Behinderung/gesundheitlichen Einschränkungen

3.4.1 Vorbemerkungen

Bei unserem Gesetzesvorschlag haben wir uns durch die RL 2000/78/EG inspirieren lassen. Gleichzeitig knüpfen wir an die (noch junge) Tradition von Gleichstellungsgesetzen in der Schweiz an und orientieren uns gesetzestechnisch und teilweise inhaltlich an das Gleichstellungsgesetz aufgrund des Geschlechts (GlG) und dasjenige für Menschen mit Behinderung (BehiG).

Bezüglich erfasster Diskriminierungskriterien beschränken wir uns nicht auf die unserer Studie zugrunde liegenden Problemlagen von Menschen mit HIV/Aids. Wie wir bereits an mehreren Stellen erwähnt haben, wirken sich die heutigen Mängel in der Rechtslage auf Menschen, die an chronischen Krankheiten oder auch nur an Krankheitsdispositionen leiden sowie für Menschen mit Behinderung ebenfalls nachteilig aus. Die Benachteiligung im Arbeitsverhältnis aufgrund einer Behinderung ist bekanntlich im BehiG, vom Bundespersonal abgesehen, vollständig ausgeklammert.

Wir haben uns deshalb der Herausforderung gestellt, in unserem Gesetz Regelungen zu formulieren, die allen Arbeitnehmenden mit gesundheitlichen Einschränkungen und/oder Behinderungen Schutz gewähren.

[997] Zum GUMG siehe PÄRLI (Bestimmungen).

Der vorliegende Gesetzesvorschlag steht im Stadium eines noch zu vertiefenden Vorentwurfes, wichtige Grundsatz- und zahlreiche Detailfragen bedürfen selbstverständlich noch einer vertiefteren Analyse.

3.4.2 Der Vorschlag

Wir formulieren unsere Anregungen für ein Gleichstellungsgesetz im Arbeitsverhältnis von Menschen mit Behinderung und/oder gesundheitlichen Einschränkungen in der Form und Struktur eines Gesetzes. Den einzelenen Artikeln fügen wir jeweils einen erläuternden Kommentar bei.

1. Abschnitt: Zweck

Art. 1 Ziel des Gesetzes

Dieses Gesetz hat zum Zweck, Diskriminierungen zu verringern oder zu beseitigen, denen Menschen aufgrund einer Behinderung oder des Gesundheitszustandes im Erwerbsleben ausgesetzt sind und die tatsächliche Gleichstellung zu fördern.

Kommentar: Mit der Formulierung „Gesundheitszustand“ wird erreicht, dass auch Personen vom Schutzbereich des Gesetzes erfasst sind, die aufgrund ihres Gesundheitszustandes diskriminiert werden, ohne dass eine eigentliche Gesundheitseinschränkung vorliegt. Dies trifft bsw. auf symptomfreie HIV-positive Personen zu. Ein eingeschränkter Gesundheitszustand ist mit dem Begriff „Gesundheitszustand“ erfasst.

Die eigenständige Nennung von „Behinderung“ bezweckt, klarzustellen, dass eine Behinderung auch ohne Gesundheitseinschränkung vorliegen kann.

Auf eine Legaldefinition der Begriffe „Gesundheitszustand“ und „Behinderung“ verzichten wir. Dies nicht etwa, weil wir vor dieser Aufgabe zurückschrecken, wir wollen dem Gericht bewusst Raum lassen, die Begriffe „Behinderung“ und „Gesundheitszustand“ im Lichte des Zieles dieses Gesetzes auszulegen: Menschen sollen im Arbeitsbereich aufgrund ihrer Fähigkeiten und nicht aufgrund tatsächlicher oder zugeschriebener Einschränkungen bewertet werden. Und wir halten fest, was selbstverständlich ist oder zumindest so sein sollte: Die Auslegung der Begriffe hat die völker- und verfassungsrechtlichen Wertungen zur Verhinderung von Diskriminerung zu beachten. Die Berücksichtigung rechtsvergleichendre Erkenntnisse, nicht nur aber insbesondere aus dem europäischen Gemeinschaftsrecht, bilden ebenfalls Elemente der Konkretisierung des Behinderten- und Gesundheitszustandbegriffs unseres Gesetzesvorschlages. In unserer Studie haben wir durch unsere umfassende Bearbeitung der HIV/AIDS-Thematik eine Grundlage geschaffen, die für eine erweiterte Auseinandersetzung inspirieren soll. Insbesondere ist die weitere internationale Rechtsentwicklung zu beobachten und zu analysieren.

Ein weiterer Vorteil des Fehlens einer Legaldefinition besteht darin, dass die Gerichte so den sozialen Wandel, der regelmässig auch ein Wertewandel mit sich bringt, flexibler berücksichtigen können.

Über das Diskriminierungsverbot hinaus bezweckt das Gesetz die Förderung der tatsächlichen Gleichstellung.

2. Abschnitt: Gleichstellung im Erwerbsleben

Art. 2 Grundsatz

Dieses Gesetz gilt für Arbeitsverhältnisse nach Obligationenrecht sowie für alle öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnisse in Bund, Kantonen und Gemeinden.

Kommentar: Vorbild für diese Bestimmung bildet Art. 2 des GlG. Das Gesetz ist auf sämtliche Arbeitsverhältnisse anwendbar.

Art. 3 Diskriminierungsverbot

[1]Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer dürfen aufgrund einer Behinderung oder des Gesundheitszustandes weder direkt noch indirekt diskriminiert werden.

Kommentar: Das Diskriminierungsverbot umfasst die Behinderung sowie den Gesundheitszustand an sich (z.B. die symptomfreie HIV-Infektion), aber auch die gesundheitliche Einschränkung.

Die Terminologie in der RL 2000/78/EG und im deutschen AGG lautet „Benachteiligungsverbot". Im AGG ist die unmittelbare Benachteiligung definiert als „wenn eine Person wegen […] eine weniger günstige Behandlung erfährt, erfahren hat oder erfahren würde, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Eine mittelbare Benachteiligung liegt demgegenüber vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines […] genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmässiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung angemessen und erforderlich."

Im BehiG finden sich sowohl der Terminius Benachteiligung (mit entsprechender Definition, siehe Art. 2 Abs. 2 BehiG) als auch Diskriminierung (Art. 6 BehiG), während im GlG nur von Diskriminierung die Rede ist. Die sehr restriktive Defnition der Diskriminierung in Art. 2 der VO BehiG (nur krass unterschiedliche und benachteiligende Behandlungen mit dem Ziel oder der Folge einer Herabwürdigung oder Ausgrenzung sind erfasst) ist für einen wirksamen Diskriminierungsschutz nicht tauglich.

Für unser Gesetz schlagen wir vor, bei der Terminologie „direkte Diskriminerung" und „indirekte Diskriminierung" zu bleiben. Diese ist im

schweizerischen Gleichstellungsrecht besser eingeführt. Für die Auslegung der Begriffe können und sollen sich die Gerichte jedoch an den gemeinschaftsrechtlichen Definitionen der Benachteiligungsverbote orientieren.

[2]Das Verbot gilt insbesondere für die Anstellung, Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlöhnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung und für alle mit dem Arbeitsverhältnis in Zusammenhang stehenden Arbeitnehmerversicherungen, insbesondere zur Lohnfortzahlung und in der weitergehenden beruflichen Vorsorge

Kommentar: Der erste Teil der vorgeschlagenen Bestimmung ist Art. 3 Abs. 2 GlG nachgebildet. Ziel ist, dass die Diskriminierung aufgrund einer Behinderung oder des Gesundheitszustandes entlang des ganzen „Lebenszykluses" eines Arbeitsverhältnisses, angefangen von der Bewerbungsphase über die Anstellung zur Beschäftigung bis hin zur Entlassung verboten sein soll. Mit dem zweiten Satzteil soll sichergestellt werden, dass Arbeitnehmerinnen aufgrund einer Behinderung oder des Gesundheitszustandes nicht oder nur zu schlechteren Bedingungen in die Versicherung aufgenommen werden. Allenfalls muss durch eine präzisere Formulierung sichergestellt werden, dass die versicherungstechnisch gebotene Risikoselektion eine Diskriminierung darstellt und folglich nicht zulässig ist.

[3]Angemessene Massnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung stellen keine Diskriminierung dar.

Kommentar: Auch hier haben wir wortgleich die Formulierung aus Art. 3 Abs. 3 GlG übernommen.

Art. 4 Diskriminierung durch Belästigung

Diskriminierend ist jedes belästigende Verhalten oder ein anderes unerwünschtes Verhalten aufgrund einer Behinderung oder des Gesundheitszustandes, das bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person am Arbeitsplatz beeinträchtigt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.

Kommentar: Im HIV/Aids-Kontext haben wir HIV/AIDS-Mobbing als Form der Diskriminierung idendifiziert, der Menschen mit HIV/Aids am Arbeitsplatz ausgesetzt sein können. Dieses Mobbing kann vom Arbeitgeber, aber auch von Arbeitnehmerinnen ausgehen. Nach heutiger Rechtslage sind Arbeitnehmende durch den arbeitsvertraglichen Persönlichkeitsschutz (Art. 328 OR) vor Mobbing geschützt. Dieser Schutz könnte dadurch verstärkt werden, wenn Belästigung als Form der Diskriminierung qualifiziert wird. Dies ist in RL 2000/78/EG so vorgesehen und bsw. im AGG in § 3 Abs. 3 umgesetzt. In unserem Vorschlag nimmt das Belästigungsverbot auf eine Behinderung und den Gesundheitszustand

Bezug. Damit ist sichergestellt, dass auch eine symptomfreie HIV-positive Arbeitnehmerin Belästigungsschutz geniesst.

Art. 5 Angemessene Vorkehrungen

Um die Anwendung des Diskriminierungsverbotes auf Menschen mit Behinderung oder gesundheitlichen Einschränkungen zu gewährleisten, hat der Arbeitgeber die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Massnahmen zu ergreifen, um Menschen mit gesundheitlichen Einschränkungen den Zugang zur Beschäftigung, die Ausübung eines Berufes, den beruflichen Aufstieg und die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmassnahmen zu ermöglichen, es sei denn, diese Massnahmen würden den Arbeitgeber unverhältnismässig belasten.

Kommentar:

Die Verpflichtung zu angemessenen Vorkehrungen für behinderte Arbeitnehmer stellt einen eigentlichen Paradigmawechsel dar. Es kommt zum Ausdruck, dass sich auch der Arbeitsplatz der behinderten Arbeitnehmerin anzupassen hat und nicht nur der behinderte Arbeitnehmer dem Arbeitsplatz. Wir schlagen vor, dieses der RL 2000/78/EG zu Grunde liegende Credo auch in der Schweiz zu verankern. Geschützte Gruppe sind Arbeitnehmerinnen mit Behinderung oder gesundheitlichen Einschränkungen. Selbstverständlich sind dem Arbeitgeber nur verhältnismässige Massnahmen zuzumuten.

Art. 6 Berufliche Anforderungen

Keine Diskriminierung stellt die unterschiedliche Behandlung wegen einer Behinderung oder des Gesundheitszustandes dar, wenn trotz angemessenen Massnahmen des Arbeitgebers die für den Beruf entscheidenden Tätigkeiten nicht erbracht werden können.

Kommentar:

Kein Arbeitgeber soll durch das Diskriminierungsverbot verpflichtet werden, Arbeitnehmende anzustellen oder nicht entlassen zu können, die wegen einer Behinderung oder aus gesundheitlichen Gründen überhaupt nicht in der Lage sind, ihre Arbeitsleistung zu erbringen. Eine Möglichkeit zur Berücksichtigung dieses legitimen Interessens wäre, die behinderungsbedingte oder gesundheitliche Nichteignung als Rechtfertigungsgrund für eine Ungleichbehandlung zu anerkennen. Wir schlagen unter Anlehnung an die Regelung in RL 2000/78/EG vor, bereits auf der Tatbestandsebene festzulegen, dass eine unterschiedliche Behandlung wegen einer Behinderung oder aus gesundheitlichen Gründen dann keine Diskriminierung darstellt, wenn trotz angemessener Massnahmen des Arbeitgebers eine Ausübung der „für den Beruf entscheidenden Tätigkeit" nicht möglich ist.

3. Abschnitt: Diskriminierungsschutz und Verfahrensvorschriften

Art. 7 Rechtsansprüche

[1]Wer von einer Diskriminierung im Sinne des Artikel 3 betroffen ist, kann dem Gericht oder der Verwaltungsbehörde beantragen:

a. eine drohende Diskriminierung zu verbieten oder zu unterlassen;

b. eine bestehende Diskriminierung zu beseitigen;

c. eine Diskriminierung festzustellen, wenn diese sich weiterhin störend auswirkt

d. die Zahlung des geschuldeten Lohnes anzuordnen.

[2]Besteht die Diskriminierung in der Ablehnung einer Anstellung, so hat die betroffene Person Anspruch auf eine Entschädigung. Diese ist unter Würdigung aller Umstände festzusetzen und wird auf der Grundlage des voraussichtlichen oder tatsächlichen Lohnes errechnet. Die Entschädigung beträgt mindest sechs Monatslöhne und darf den Betrag nicht übersteigen, der zwölf Monatslöhnen entspricht.

[3]Besteht die Diskriminierung in der Kündigung, kann die betroffene Person wahlweise die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses oder eine Entschädigung geltend machen. Die Entschädigung beträgt mindest sechs Monatslöhne und darf den Betrag nicht übersteigen, der zwölf Monatslöhnen entspricht.

[4]Vorbehalten bleiben Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung sowie weitergehende vertragliche Ansprüche.

Kommentar:

Die Rechtsansprüche bei einer Anstellungsdiskriminierung orientieren sich an den im GlG vorgesehenen Bestimmungen, wobei der Entschädigungsrahmen höher ausgestaltet ist. Eine Kontrahierungspflicht haben wir nicht vorgesehen. Durch die Festlegung einer Mindestentschädigungsgrenze von sechs Monatslöhnen sollen Arbeitgeber vor diskriminierendem Verhalten abgeschreckt werden. Eine Obergrenze von zwölf Monatslöhnen wahrt die Verhältnismässigkeit und gibt dem Gericht Spielraum für die Festlegung einer den Umständen des Einzelfalles angepassten Entschädigung.

Eine diskriminierende Lohnungleichheit muss ausgeglichen werden (Abs. 1 Bst. d). Eine Diskriminierung (und auch die Belästigung als Form der Diskriminierung) stellt eine Verletzung der arbeitsvertragliche Pflicht des Arbeitgebers zum Persönlichkeitsschutz dar. Beim Vorliegen eines Schadens muss der Arbeitgeber Ersatz leisten. Eine Diskriminierung ist in der Regel eine schwere Persönlichkeitsverletzung und rechtfertigt einen Genugtuungsanspruch.

Bezüglich der Rechtsfolgen einer diskriminierenden Kündigung schlagen wir vor, dass den betroffenen Personen ein Wahlrecht auf Aufrechterhalt des Arbeitsverhältnisses oder ein Anspruch auf eine Entschädigung in der gleichen

Höhe wie bei einer Anstellungsdiskriminierung eingeräumt wird. Eine solche Lösung kennen auch das deutsche Kündigungsschutzgesetz und der französische Code de travail. Näher geprüft werden muss, ob die von uns vorgeschlagene Regelung nur für obligationenrechtliche Arbeitsverhältnisse oder auch für den Bereich des öffentlichen Dienstrechs gelten soll, da in letztem eine missbräuchliche Kündigung i.d.R. nichtig ist.

Art. 8 Beweislasterleichterung

Eine Diskriminierung wird vermutet, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird. Es obliegt in diesem Fall dem Beklagten zu beweisen, dass keine Verletzung des Gleichstellungsgrundsatzes vorgelegen hat.

Kommentar: Die Beweislasterleichterung bildet den wesentlichsten Aspekt jeder Antidiskriminierungsgesetzgebung. Es wird deshalb vorgeschlagen, die Beweislasterleichterung im Gegensatz zur Regelung im GlG bei der Anstellungsdiskriminierung anzuwenden.

Art. 9 Klagen und Beschwerden von Organisationen

[1]Organisationen, die nach ihren Statuten die Gleichstellung von Menschen mit gesundheitlichen Einschränkungen fördern oder die Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wahren und seit mindestens zwei Jahren bestehen, können im eigenen Namen feststellen lassen, dass eine Diskriminierung vorliegt. Sie müssen der betroffenen Arbeitgeberin oder dem betroffenen Arbeitgeber Gelegenheit zur Stellungnahme geben, bevor sie eine Schlichtungsstelle anrufen oder eine Klage einreichen.

[2]Im Übrigen gelten die Bestimmungen für die Klagen und Beschwerden von Einzelpersonen sinngemäss.

Kommentar: Art. 7 GlG sieht einschränkend vor, dass das Verbandsklagerecht nur ausgeübt werden kann, wenn der Ausgang des Verfahrens sich voraussichtlich auf eine grössere Zahl von Arbeitsverhältnissen auswirken wird. Unseres Erachtens ist jedoch einer Lösung der Verzug zu geben, die keine solche Einschränkung kennt. Auch die europäische RL 2000/78/EG sieht keine solche Beschränkung des Verbandsklagerechts vor. Wie wir in unserer Studie aufzeigen, bildet die Arbeit von unabhängigen Organisationen einen wichtigen Aspekt in der Verwirklichung des Diskriminierungsschutzes.

Art. 10 Verbot der Viktimisierung

Der Arbeitgeber darf Beschäftigte nicht wegen der Inanspruchnahme ihrer Rechtsansprüche oder der Weigerung, eine gegen diese Rechte verstossende Anweisung auszuführen, benachteiligen. Dasselbe gilt für Personen, die den Beschäftigten hierbei unterstützen oder als Zeuginnen und Zeugen aussagen.

Kommentar: Diese Bestimmung ist Art. 11 RL 2000/78/EG nachgebildet.

4. Abschnitt: Verfahrensvorschriften für obligationenrechtliche Verhältnisse

Kommentar: Im vierten Abschnitt des Gesetzes sind nach dem Vorbild des GlG Bestimmungen aufzunehmen, die das Verfahren bei diskriminierender Anstellung und dasjenige bei diskriminierender Kündigung regeln. Soll bei einer diskriminierenden Kündigung ein Wahlrecht auf Aufrechterhaltung oder Entschädigung vorgesehen sein, bedarf dies vertiefterer Untersuchung, wie ein solches Wahlrecht verfahrensmässig verwirklicht werden kann. Insbesondere ist die Eignung der Verfahrensbestimmung bei missbräuchlicher Kündigung (Art. 336b OR) auf die vorliegende Konstellation zu prüfen.

Zu prüfen ist weiter, ob die in Art. 11 und 12 GlG vorgesehene Bestimmungen zu einem Schlichtungsverfahren und zur Zivilrechtspflege im vorliegenden Gesetz übernommen werden können.

5. Abschnitt:

Rechtsschutz bei öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnissen

Kommentar:Hier ist zu prüfen, wieweit in unserem Gesetz auf die GlG vorgesehen Bestimmung (Art.13 GlG) zurückgegriffen werden kann bzw. wo Anpassungsbedarf besteht.

6. Abschnitt: Finanzhilfen

Art. 17 Förderungsprogramme

[1]Der Bund kann öffentlichen oder privaten Institutionen, die Programme zur Förderung der Gleichstellung von Menschen mit gesundheitlichen Einschränkungen im Erwerbsleben durchführen, Finanzhilfen gewähren. Er kann selbst Programme durchführen.

[2]Die Programme können dazu dienen:

a. die inner- oder ausserbetriebliche Aus- und Weiterbildung zu fördern;

b. die Vertretung von Menschen mit Behinderung oder gesundheitlichen Einschränkgungen in den verschiedenen Berufen, Funktionen und Führungsebenen zu verbessern;

c. Arbeitsorganisationen und Infrastrukturen am Arbeitsplatz zu fördern, welche die Gleichstellung begünstigen.

[3]In erster Linie werden Programme mit neuartigem und beispielhaftem Inhalt unterstützt.

Art. 18 Beratungsstellen

Der Bund kann privaten Institutionen Finanzhilfen gewähren für:

a. die Beratung und die Information von Menschen mit Behinderung oder gesundheitlichen Einschränkungen im Erwerbsleben;

b. die Förderung der Wiedereingliederung von Menschen mit gesundheitlichen Einschränkungen ins Erwerbsleben sowie die Förderung des Erhalts der Erwerbstätigkeit.

Kommentar: Für diese beiden Bestimmungen stand das GlG (Art. 14 und Art. 15 GlG) Pate. Eine ähnliche Bestimmung enthält auch das BehiG in Art. 16, dessen Inhalte müssten selbstverständlich mit den Bestimmungen im vorliegenden Gesetz koordiniert werden.

7. Abschnitt: Antidiskriminierungsstelle

Art. 19 Eidgenössisches Büro für Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen

[1]Das Eidgenössischen Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen setzt sich für die Beseitigung jeglicher Form direkter oder indirekter Diskriminierung im Sinne dieses Gesetzes gegenüber Menschen aufgrund einer Behinderung oder des Gesundheitszustand ein. Dazu erteilt ihm der Bundesrat ein Sondermandat.

Zu diesem Zweck nimmt es insbesondere folgende Aufgaben wahr:

a. es informiert die Öffentlichkeit;

b. es berät Behörden und Private:

c. es unterstützt Personen bei der Durchsetzung ihrer Rechte zum Schutz vor Benachteiligungen. Hierbei kann es insbesondere über Ansprüche und Möglichkeiten des rechtlichen Vorgehens im Rahmen gesetzlicher Regelungen zum Schutz vor Benachteiligungen informieren, Beratung durch Stellen vermitteln sowie eine gütliche Beilegung zwischen den Beteiligten anstreben.

d. es führt Untersuchungen durch im Bereich der Gleichstellung und Integration von Menschen mit gesundheitlichen Einschränkungen und empfiehlt Behörden und Privaten geeignete Massnahmen;

e. es koordiniert die Tätigkeiten auf diesem Gebiet tätigen öffentlichen und privaten Einrichtigungen;

f. es wirkt an der Ausarbeitung von Erlassen des Bundes mit, soweit diese für die Gleichstellung von Bedeutung sind;

g. es prüft Gesuche um Finanzhilfen nach den Artikeln 17 und 18 und überwacht die Durchführung der Förderungsprogramme.

Kommentar: RL 2000/78/EG sieht die Schaffung unabhängiger Antidiskriminierungsstellen vor, die Diskriminierungsopfer zu informieren und beraten haben. Die vorgeschlagenen Aufgaben könnten durch das Eidgenössiche

Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderung übernommen werden, das hierzu nach heutigem BehiG kein Mandat hat.

7. Abschnitt: Schlussbestimmungen

Hier sind Übergangsbestimmungen und das Inkrafttreten des Gesetzes festzuhalten.

3.4.3 Offene Fragen

Ohne dies näher „gesetzestechnisch" geprüft zu haben, ist festzuhalten, dass sich die Inhalte des von uns vorgeschlagenen neuen Gleichstellungsgesetzes auch ins bestehende BehiG integrieren lassen würden. Eine dergestaltige Erweiterung des BehiG müsste im Lichte unserer Ergebnisse die folgenden Aspekte unbedingt beinhalten:

- Geltungsbereich für alle privat- und öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnisse;
- Verbot der direkten und indirekten Diskriminierung entlang sämtlicher Phasen eines Arbeitsverhältnissesn (Bewerbung, Anstellung, Vertragsdauer, Kündigung);
- Diskriminierungskriterien Behinderung und Gesundheitszustand;
- Beweislasterleichterungen;
- und wirksame Sanktionen.

Die Vor- und Nachteile beider Varianten – Integration ins BehiG oder eigenständiges neues Gesetz – bedürfen noch vertiefter Abklärungen.

Nicht die (nötige) Beachtung schenken konnten wir in unserer Studie den Ungleichbehandlungen, denen HIV-positive oder an Aids erkrankte Selbstständigerwerbende ausgesetzt sind. Namentlich der erschwerte Zugang zur privaten Invaliden- und Todesfallvorsorge stellt generell für selbständigerwerbende Menschen mit Behinderung oder gesundheitlichen Einschränkungen eine reale Schwierigkeit dar, die im Zuge einer Gleichstellungs- und Antidiskriminierungspolitik gelöst werden muss.

3.5 Problemorientierte Verbesserungen der geltenden Rechtslage

3.5.1 Verstärkung des arbeitsvertragsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes

Anstellungsdiskriminierung

Im Bewerbungsverfahren muss für die Geltendmachung einer Anstellungsdiskriminerung auf den allgemeinen Persönlichkeitsschutz, die Figur der *culpa in contrahendo* oder auf die Vorwirkung des arbeitsvertraglichen Persönlichkeitsschutzes zurückgegriffen werden.

Der Rechtsschutz vor Diskriminierung im Bewerbungsverfahren kann mittels einer Verankerung im Obligationenrecht verbessert werden. Abschnitt VII der obligationenrechtlichen Bestimmungen zum Arbeitsvertragsrecht lauten „Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers“, anschliessend folgt 1. im Allgemeinen (Art. 328 OR), 2. bei Hausgemeinschaft (Art. 328a OR) und 3. bei der Bearbeitung von Personendaten (Art. 328b OR). Hier besteht die Möglichkeit, einen Unterabschnitt 4. im Bewerbungsverfahren und einen neuen Artikel 328c OR zu verankern, der wie folgt lautet:

Obligationenrecht

VII) Schutz der Persönlichkeit

4. Im Bewerbungsverfahren

Art. 328c OR

[1]Der Arbeitgeber darf im Bewerbungsverfahren die Persönlichkeit der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers nicht verletzen, namentlich durch nicht sachlich gerechtfertigte Berücksichtigung einer Behinderung oder des Gesundheitszustandes für den Anstellungsentscheid.

[2]Auf Verlangen der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers hat der Arbeitgeber seinen Anstellungsentscheid zu begründen.

Beweislasterleichterung und Rechtsfolgen

Die Beweislasterleichterung im Falle einer Persönlichkeitsverletzung könnten in Art. 343 OR unter prozessualen Vorschriften an die Kantone aufgeführt werden. Wir schlagen jedoch vor, diese unter der Abschnittsüberschrift VII „Schutz der Persönlichkeit“ zu verankern und an gleicher Stelle auch die Rechtsfolgen einer Persönlichkeitsverletzung zu verankern. Sowohl die Beweislasterleichterung als auch Rechtsfolgen sollen für alle Persönlichkeitsverletzungen gelten, ob sie nun im Rahmen der Anstellung oder während des Arbeitsverhältnisses erfolgen.

Obligationenrecht

VII) Schutz der Persönlichkeit

5. Beweislast

Art. 328d

Eine Persönlichkeitsverletzung wird vermutet, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird.

6. Rechtsfolgen

Art. 328e

[1]Bei Persönlichkeitsverletzung besteht Anspruch auf einr Entschädigung, die vom Richter unter Würdigung aller Umstände einschliesslich abschreckender Wirkung festzusetzen ist. Die Entschädigung beträgt mindestens sechs Monatslöhne und darf den Betrag von zwölf Monatslöhnen nicht überschreiten.

[2]Besteht die Persönlichkeitsverletzung in der Ablehnung einer Anstellung, so wird die Entschädigung auf der Grundlage des voraussichtlichen Lohnes errechnet.

[3]Schadenersatzansprüche aus einem anderen Rechtstitel sind vorbehalten

Im öffentlichen Dienstrecht

Eine Übertragung der obligationenrechtlichen Bestimmungen fällt angesichts der Heterogenität der Rechtsquellen schwer. Im Anwendungsbereich des Bundespersonalrechts müsste geprüft werden, wie die vorgeschlagenen Bestimmungen durch die Verweisnorm in Art. 6 Abs. 2 BPG Anwendung finden.

3.5.2 Lösung Ungleichheiten bei den Arbeitnehmerversicherungen

Verbot der Ungleichbehandlung in Kollektivversicherungen

In Frankreich und Grossbritannien ist die Ungleichbehandlung einzelner Arbeitnehmenden im Bereich der Arbeitnehmerkollektivversicherung nicht erlaubt. Wir regen an, die französische resp. britische Lösung (sie sind im Rechtsvergleich ausführlich dargestellt) auf ihre Übertragbarkeit ins schweizerische Recht eingehend zu prüfen, insbesondere auch, was die Auswirkungen auf versicherungstechnischen Belange betrifft. Im Sinne eines Arbeitsvorschlages regen wir an, die Übertragung ins schweizerische Recht wie folgt vorzunehmen:

Krankenversicherungsgesetz KVG

3. Titel: Freiwillige Taggeldversicherung

Art. 69 KVG Versicherungsvorbehalt

[5]Bei Kollektivversicherungen innerhalb eines Betriebes dürfen bei den versicherten Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer keine Vorbehalte angebracht werden.

Damit auch VVG-Versicherungen von dieser Regelung erfasst werden, braucht es die folgende Ergänzung des VVG:

Art. 100 VVG Verhältnis zum Obligationenrecht

[3]*(neu) Für Kollektivkrankentaggeldversicherungen im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis ist Art. 69 Abs. 5 KVG anwendbar.*

Für den Bereich der weitergehenden beruflichen Vorsorge ist in Art. 331c OR festzuhalten, dass keine Gesundheitsvorbehalte zulässig sind.

Vorbildliche Lösung im Bereich von genetischen Untersuchungen

Am 1.1.2007 wird das Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG) in Kraft treten[997]. Das GUMG sieht in Art. 26 ein absolutes Untersuchungsverbot für Versicherungreinrichtungen vor. Diese dürfen weder präsymptomatische noch pränatale genetische Untersuchungen als Mittel der Risikoselektion verwenden. Über das Untersuchungsverbot hinaus dürfen nach Art. 27 GUMG bei den uns hier interessierenden Arbeitnehmerversicherungen (Krankentaggeld und weitergehende berufliche Vorsorge) keine Nachforschungen seitens der Versicherer erfolgen. Das bedeutet, weder die Offenlegung von Ergebnissen aus früheren präsymptomatischen oder pränatalen genetischen Untersuchungen oder Untersuchungen zur Familienplanung dürfen verlangt oder solche Ergebnisse (wenn sie unaufgefordert zugestellt werden) verwertet werden.

Eine Übertragung dieser Bestimmungen auf erworbene Krankheiten und Krankheitsdispositionen erfordert angesichts der komplexen Rechtsquellenlage im Bereich der Arbeitnehmerversicherungen Anpassungen in mehreren Gesetzen, namentlich im Krankenversicherungsgesetz KVG, im Versicherungsvertragsgesetz VVG, im Bundesgesetz über die berufliche Vorsorge BVG und schliesslich auch im Obligationenrecht[998].

Der Arbeitsvertrag bildet das massgebende Grundverhältnis für die Krankentaggeldversicherung im Arbeitsverhältnis. Es genügt deshalb eine Ergänzung innerhalb der Bestimmungen zur Lohnfortzahlung nach Art. 324a OR. Erforderliche ist ein neuer Absatz:

Art. 324a OR

[5]*(neu) Verpflichtet sich der Arbeitgeber aufgrund des Arbeitsvertrages oder eines Gesamtarbeitvertrages, die Arbeitnehmerin oder den Arbeitnehmer gegen die wirtschaftlichen Folgen der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit zu versichern, so hat der Arbeitgeber dafür zu sorgen, dass der Versicherer weder eine medizinische Beitrittsuntersuchung noch die Offenlegung von Gesundheitsdaten verlangt.*

Damit sind sowohl VVG- wie KVG-Taggeldversicherungen erfasst.

[998] Die Vorschläge wurden bei PÄRLI (Datenaustausch), S. 244 ff. vorgestellt.

Im Bereich der beruflichen Vorsorge sind die folgenden Änderungen notwendig:

Art. 331c OR (Änderung)

Vorsorgeeinrichtungen dürfen für die Risiken Tod und Invalidität keine Gesundheitsvorbehalte machen.

Art. 12 FZG (Freizügigkeitsgesetz)

[3](neu) Beim Eintritt in die Vorsorgeeinrichtung dürfen keine gesundheitlichen Vorbehalte angebraucht werden

Art. 14 FZG (bisherige Koordinationsregel zu Gesundheitsvorbehalten bei Stellenwechseln) soll gestrichen werden. Auch Art. 3 der Freizügigkeitsverordnung (FZV) verliert seine Bedeutung.

3.5.3 Gesundheitsdatenaustausch Arbeitgeber – Versicherung

Wichtig ist die Vorbemerkung, dass sich ohne die Problematik des Austausches von Gesundheitsdaten zwischen Arbeitgeber und Versicherung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gar nicht stellt, wenn die Risikoselektion aufgrund vorbestehender gesundheitlicher Einschränkungen ausgeschlossen ist. Soweit dieses Postulat aber nicht oder noch nicht verwirklicht ist, sind für eine Vermeidung des Datenaustausches umfangreiche rechtliche Änderungen notwendig. Ziel der geänderten Bestimmungen ist, den am Datenaustausch beteiligten Parteien rechtsverbindlich vorzuschreiben, wie unzulässiger Datenaustausch verhindert werden kann.

Für die Taggeldversicherung nach KVG ist das KVG wie folgt zu ergänzen:

Art. 69a KVG (neu) Beitritt in die Arbeitnehmertaggeldversicherung

[1]Beim Beitritt in eine Kollektivtaggeldversicherung im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis müssen die Versicherer die zur Abklärung eines Gesundheitsvorbehaltes notwendigen Gesundheitsangaben direkt bei der Arbeitnehmerin oder beim Arbeitnehmer beschaffen.

[2]Die Information über den Gesundheitsvorbehalt ist nur der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer mitzuteilen. Die Versicherer haben dafür zu sorgen, dass keine Gesundheitsdaten der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers zum Arbeitgeber gelangen.

Art. 68 KVG

[2a](neu) Die Betriebskrankenkassen müssen dem Departement den Nachweis erbringen, dass sie beim Beitrittsverfahren die Vorschriften des Artikel 69a KVG einhalten.

Damit die im KVG verankerten Organisationsvorschriften auch für die VVG-Taggeldversicherungen Geltung haben, braucht es die folgende Ergänzung des VVG:

Art. 100 VVG Verhältnis zum Obligationenrecht

[3](neu) Für Kollektivtaggeldversicherungen im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis gilt überdies Art. 69a KVG.

Für den Bereich der weitergehenden beruflichen Vorsorge werden folgende Organisationsvorschriften notwendig:

Art 50 BVG Reglementarische Bestimmungen

[1a](neu) Wird für den Beitritt in die weitergehende berufliche Vorsorge zur Abklärung eines Gesundheitsvorbehaltes eine Gesundheitsprüfung vorgenommen, hat die Vorsorgeeinrichtung das Verfahren wie folgt zu regeln:

a) Die Vorsorgeeinrichtung hat dafür zu sorgen, dass die notwendigen Gesundheitsangaben direkt bei der Arbeitnehmerin oder beim Arbeitnehmer beschafft werden.

b) Die Information über den Gesundheitsvorbehalt ist nur der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer mitzuteilen.

c) Die Vorsorgeeinrichtung hat dafür zu sorgen, dass keine Gesundheitsdaten der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers zum Arbeitgeber gelangen.

Damit diese Vorschrift auch im Bereich der weitergehenden beruflichen Vorsorge Geltung hat, ist Art. 49 BVG wie folgt zu ergänzen:

Art. 49 BVG Selbstständigkeitsbereich

[2]Gewährt eine Vorsorgeeinrichtung mehr als die Mindestleistungen, so gelten für die weitergehende Vorsorge nur (...), Art. 50 Abs. 1a und 1b (neu) sowie die Strafbestimmungen (Art. 75-79).

3.5.4 Verbesserungen Persönlichkeit- und Gesundheitsschutz während des Arbeitsverhältnisses

Die Durchsetzung der gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Gesundheit und der Persönlichkeit der Arbeitnehmenden wird durch eine Beweislastumkehr und wirksame Sanktionen verbessert.

Obligationenrecht

VII) Schutz der Persönlichkeit

5. Beweislast

Art. 328d

Eine Persönlichkeitsverletzung wird vermutet, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird.

6. Rechtsfolgen

Art. 328e

[1]Bei Persönlichkeitsverletzung besteht Anspruch auf eine Entschädigung, die vom Richter unter Würdigung aller Umstände einschliesslich abschreckender Wirkung festzusetzen ist. Die Entschädigung beträgt mindestens sechs Monatslöhne und darf den Betrag von zwölf Monatslöhnen nicht überschreiten.

3.5.5 Verbesserungen Kündigungsschutz

Die Verbesserungen im Kündigungsschutz betreffen einerseits die Beweislastverteilung und andererseits die Verstärkung der Sanktionen. Für das Obligationenrecht werden folgende Änderungen vorgeschlagen:

Obligationenrecht

III. Kündigungsschutz

1. Missbräuchliche Kündigung

b. Sanktion

Art. 336a

[4](neu) Liegt eine missbräuchliche Kündigung nach Art. 336 Abs. 1 Bst. a OR vor, wird die Entschädigung vom Richter unter Würdigung aller Umstände einschliesslich abschreckender Wirkung festgesetzt. Die Entschädigung beträgt mindestens sechs Monatslöhne und darf den Betrag von zwölf Monatslöhnen nicht überschreiten. Schadenersatzansprüche aus anderen Rechtstiteln sind vorbehalten.

Die diskriminierende Kündigung wegen einer Behinderung oder des Gesundheitszustandes fällt unter den Missbrauchstatbestand von Art. 336 Abs. 1 Bst. a OR. Es wird vorgeschlagen, den Sanktionsrahmen für eine Kündigung aus diesen Gründen zu verschärfen.

c. Verfahren

Art. 336 b

[1](neu) Eine Kündigung erfolgt aus missbräuchlichen Gründen, wenn diese von der gekündigten Arbeitnehmerin oder vom gekündigten Arbeitnehmer glaubhaft gemacht werden.

Aus den bisherigen Absätzen 1 (Einsprache) und 2 (Frist für die Einreichung einer Beschwerde) werden neu die Absätze 2 und 3.

3.6 Empfehlungen an die Verwaltung

3.6.1 Bundesamt für Gesundheit und Eidg. Kommission für Aidsfragen

Auf der Homepage des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) wird „Solidarität“ als eines von drei sogenannten Kerngeschäftsfelder der HIV/Aids-Arbeit in der Schweiz dargestellt[999]. Die Förderung der Solidarität mit von HIV/Aids betroffenen und ihnen nahe stehenden Personen und deren Gleichstellung mit nicht-infizierten Menschen schliesse die Verhinderung von Diskriminierung und Stigmatisierung und den Abbau von Ungleichheiten bei der Arbeit und den Sozialversicherungen ein. Diese wird durch die Förderung der internationalen Solidarität bezüglich HIV/Aids ergänzt. Die Forderung der Solidarität bezüglich HIV/Aids sei ein Aspekt der Förderung der Menschenrechte und müsse in diesem Kontext vernetzt und verankert werden. Das BAG wird in seiner Arbeit durch die Eidgenössische Kommission für Aidsfragen (EKAF) unterstützt. Auftrag der EKAF ist u.a. die Förderung der Gleichstellung von Menschen mit HIV/Aids.

In unserer Studie zeigen wir auf, wie Diskriminierung und Ungleichbehandlung im Arbeitsbereich mit der geltenden Rechtslage bekämpft werden und wo gesetzliche Änderungen notwendig sind. Das BAG nimmt für sich die Führungsrolle in der Bekämpfung von HIV/Aids in Anspruch und bereitet gemäss Selbstdarstellung „Themen für die politische Entscheidfindung auf nationaler Ebene vor“. Diesem Selbstverständnis zur Folge kann (und soll) das BAG die Ergebnisse unserer Studie in den politischen Prozess einbringen.

Empfehlung an das BAG und die EKAF:

Die in unserer Studie vorgeschlagenen Gesetzesänderungen sind durch entsprechende Stellungnahmen und Vorstösse in den Gesetzgebungsprozess einzubringen. Dabei ist zu beachten, dass die meisten der den Reformschlägen zugrunde liegenden Probleme auf Menschen mit Behinderung oder gesundheitlichen Einschränkung generell zutreffen, es geht m.a.W. nicht um eine „Lex HIV/Aids“.

BAG und EKAF wird weiter empfohlen, die Umsetzung der nachfolgenden Empfehlungen an übrige Verwaltungsstellen massgeblich zu initieren und zu begleiten.

3.6.2 Empfehlung zum besseren Schutz der persönlichen Integrität der Arbeitnehmenden

[999] Quelle: http://www.bag.admin.ch/hiv_aids/00824/02901/index.html?lang=de (20.11.06).

Die Ausgrenzung von Mitarbeitenden mit HIV/Aids berührt den Vollzug der Gesundheits- und Persönlichkeitsschutzbestimmungen des Arbeitsgesetzes. Der Vollzug der Vorschriften obliegt den kantonalen Arbeitsinspektoraten. Auf Bundesebene hat das Staatssekretariat für Wirtschaft *seco* zu den Zusammenhängen zwischen Mobbing und Gesundheitszustand und zu möglichen Massnahmen gegen Mobbing wertvolle Grundlagen erarbeitet[1000]. Noch fehlen soweit ersichtlich allerdings Erfahrungen mit praxistauglichen Instrumenten, wie eine effiziente behördliche Vollzusgkontrolle des vom Gesetz geforderten Schutzes der persönlichen Integrität erfolgen könnte[1001].

Empfehlungen: Dem seco bzw. der für den Vollzug des Arbeitnehmerschutzes in den Kantonen zuständigen Eidg. Arbeitsinspektorate und den involvierten kantonalen Stellen sowie den einschlägigen Fachorganisationen (Interkantonaler Verband für Arbeitnehmerschutz IVA[1002], Eidgenössische Koordinationskommission für Arbeitssicherheit EKAS[1003]) wird empfohlen, dem Integritätsschutz von Arbeitnehmenden mit HIV/Aids und ganz generell dem Integritätsschutz von gesundheitlich belasteten oder behinderten Arbeitnehmenden besondere Beachtung zu schenken. Das kann in der Form eines Leitfadens erfolgen, der die wichtigsten Verhaltenspflichten des Arbeitgebers zum Schutz der persönlichen Integrität des Arbeitnehmers konkretisiert.

3.6.3 Entwickeln eines Labels „Positive Arbeitgeber"

Im Kapitel über die rechtliche Situation in Grossbritannien[1004] haben wir das *Label „Positive about disabled people"*[1005] vorgestellt, das Arbeitgebern von den Arbeitsämtern verliehen wird, die folgende fünf Kriterien im Umgang mit behinderten Arbeitnehmern erfüllen (in Stichworten):

- Diskriminierungsfreie Stellenausschreibung und –Besetzung;
- Regelmässiger Dialog mit behinderten Arbeitnehmerinnen;
- Verhinderung der Entlassung behinderter Arbeitnehmer;
- Sensibiliserung des Personals für Behindertenanliegen;
- Evaluation der Kriterien und Berichterstattung.

[1000] STAATSSEKRETARIAT FÜR WIRTSCHAFT seco, S. 22.
[1001] Siehe jedoch im Mobbingbericht des seco (Fn 1000) das Beispiel des Kantons Waadt, S. 24.
[1002] Siehe Quelle: www.iva-ch.ch (20.11.06).
[1003] Siehe Quelle: www.ekas.ch (20.11.06).
[1004] Siehe Kapitel IV, 3., S. 238ff.
[1005] Siehe Quelle: www.qualtech.co.uk/info/positiveFaq.html (20.11.06).

Als Ergänzung zum Programm „Erhaltung der Erwerbsfähigkeit von Menschen mit HIV/Aids“ mit dem Teilprojekt der Internetplattform *www.workpositive.ch* könnte ein Label wie das hier vorgestellte einen wertvollen Beitrag zur Sensibiliserung der Arbeitgebenden im Umgang mit behinderten und gesundheitlich belasteten Arbeitnehmerinnen leisten. Das *Label* würde Arbeitgeber auszeichnen, die positiv zu behinderten und gesundheitlich belasteten Arbeitnehmenden stehen. Das Label könnte durch eine Zusammenarbeit verschiedener Bundesstellen, namentlich dem Eidg. Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderung, dem Bundesamt für Gesundheit, dem *seco,* aber auch dem Bundesamt für Sozialversicherung und allenfalls dem Datenschutzbeauftragten entwickelt werden. Es versteht sich von selbst, dass auch die Sozialpartner beigezogen werden müssten.

Empfehlung: Es ist eine interdepartementale Arbeitsgruppe zur Prüfung der Entwicklung eines Labels „Positive Arbeitgeber“ einzusetzen.

3.6.4 Unterstützung privater Initiativen

Die Evaluation des Projektes „IG-Benachteiligung“ zeigt die Notwendigkeit einer nachhaltigen finanziellen Unterstützung von Projekten zur Verbesserung der Chancengleichheit von Arbeitnehmenden mit gesundheitlichen Belastungen auf dem Arbeitsmarkt. Im Kapitel über den Rechtsvergleich mit Frankreich haben wir verschiedentlich auf das von der Europäischen Gemeinschaftsinitiative „*Equa“l*[1006] finanziell unterstützte Projekt „*Travailler avec une patalogie chronique évolutive“*[1007] hingewiesen. Als Nicht-EU-Mitglied ist schweizerischen Organisationen der Zugang zu finanziellen Mitteln der *Euqual*-Initative verwehrt. Das gilt auch für das Europäische Jahr der Gleichbehandlung, in dessen Rahmen im Jahre 2007 vielfältige Initiativen auch zur Bekämpfung von Diskriminierung aufgrund einer Behinderung oder chronischen Krankheit unterstützt werden[1008]. Umso mehr drängt sich eine finanzielle Unterstützung durch die schweizerischen Behörden auf.

Empfehlung: Es ist bundesamtübergreifend und interdepartemental zu prüfen, wie Organisationen unterstützt werden können, die sich für die Chancengleichheit von Arbeitnehmenden mit Behinderung oder gesundheitlichen Einschränkungen einsetzen.

[1006] Zum Inhalt und zu den Zielen der Gemeinschaftsinitiative siehe Quelle: http://ec.europa.eu/employment_social/equal/index_de.cfm (21.06.06).
[1007] Siehe Quelle: http://www.pathologies-et-travail.org (21.06.06).
[1008] Siehe Quelle: http://ec.europa.eu/employment_social/equality2007/index_de.htm (21.06.06).

3.7 Empfehlungen an die Sozialpartner

Den Sozialpartnern wird ganz allgemein empfohlen, in ihren Reihen die Sensibilität über das Diskriminierungspotenzial von HIV/Aids und anderen Krankheiten oder Behinderungen mit geeignetem Wissens- und Informationstranfer zu erhöhen. Die Sozialpartner nehmen mittels Gesamtarbeitsverträge (GAV) erheblichen Einfluss auf die Ausgestaltung der Arbeitsverhältnisse. Die von uns untersuchten GAV enthalten Antidiskriminierungsklauseln, jedoch fehlen soweit ersichtlich Umsetzungsmassnahmen. Wie Antidiskriminierungesetze benötigen auch GAV-Bestimmungen zur Antidiskriminierung Bestimmungen über Sanktionen und insbesondere begleitende, bewusstseinsbildende Massnahmen. Im Lichte unserer Studienergebnisse bedürfen GAV Schutzbestimmungen zugunsten behinderter und gesundheitlich belasteter Arbeitnehmerinnen. Eine Regelung im GAV ist auch der richtige Ort, um Gleichbehandlung behinderter bzw. gesundheitlich (vor)belasteter Arbeitnehmer bei den Arbeitnehmerversicherungen (Krankentaggeld und weitergehende berufliche Vorsorge) zu verankern.

Empfehlungen: Die Sozialpartner sorgen dafür, dass GAV den Schutz vor Diskriminierung u.a. aufgrund einer Behinderung bzw. des Gesundheitszustandes und Begleitmassnahmen zur Umsetzung des Diskriminierungsschutzes vorsehen. Weiter sollen GAV Regelungen enthalten, die bestimmen, dass in der Krankentaggeldversicherung und in der weitergehenden beruflichen Vorsorge keine Unterscheidungen aufgrund einer Behinderung oder des Gesundheitszustandesng getroffen werden dürfen.

3.8 Empfehlungen an Patientenorganisationen und Versicherer

Im Kapitel Rechtsvergleich Frankreich[1009] haben wir die *Convention Belorgay* vorgestellt[1010]. Das Model erlaubt die Versicherung von HIV-positiven Personen und anderen chronisch kranken Personen in der Lebensversicherung und in der freiwilligen Invaliditätsversicherung. Im Weiteren haben wir festgestellt, dass in Frankreich und Grossbritannien in Arbeitnehmerkollektiversicherungen keine Ungleichbehandlung der versicherten Arbeitnehmenden erlaubt ist. Eine vergleichbare Lösung lässt sich durch eine gesetzliche Änderung, durch die Verankerung in Gesamtarbeitsverträgen oder allenfalls auch durch eine der *Convention Belorgay* nachgebildeten Vereinbarung treffen.

Empfehlung: Patientenorganisationen und Versicherern wird empfohlen, die „Convention Belorgay“ und ihre Übertragbarkeit auf schweizerische

[1009] Siehe Kapitel IV, 4., S. 298ff.
[1010] Siehe Kapitel IV, 4.5.2, S. 298f., siehe auch PÄRLI (Dogmen), S. 419.

Verhältnisse für die Lebensversicherung und vor allem für die Krankentaggeldversicherung sowie die weitergehende berufliche Vorsorge zu prüfen.

4 Schlusswort

„The more discrimination is checked by law, the less respectable it becomes" (John Means, 1969, S. 399)

Man mag uns angesichts realpolitischen Gegebenheiten Verwegenheit vorwerfen, wenn wir für die schweizerische Rechtsordnung ein neues Gleichstellungsgesetz vorschlagen. Auch wir wissen zudem und haben es an anderer Stelle bereits festgehalten: Diskriminierung stellt ein komplexes soziales Phänomen dar, dem alleine mit Gesetzen nicht begegnet werden kann.

Aufgrund unserer umfassenden Auseinandersetzung mit HIV/Aids-Diskriminierung am Arbeitsplatz und den rechtlichen Antworten darauf in der Schweiz, in Frankreich, Deutschland, Grossbritannien und Kanada kommen wir indes auch zum Schluss, dass gesetzliche Regelungen zum Schutz vor Diskriminierung für Menschen mit Behinderung oder gesundheitlichen Einschränkungen sehr wohl notwendig sind und dies aus folgenden Gründen:

- Diskriminierungsschutzgesetze haben (auch) eine hohe symbolische Bedeutung. Es wird zum Ausdruck gebracht, dass ein bestimmtes Verhalten gesellschaftlich nicht (mehr) akzeptiert ist.
- Bei der symbolischen Bedeutung darf es aber nicht bleiben. Damit die Symbolkraft der Diskriminierungsgesetze tatsächlich positive Auswirkungen in Richtung Verhinderung oder zumindest Abbau von Diskriminierung zeigt, müssen die Gesetze tatsächlich und wirksam angewendet werden. Adäquate Sanktionen und prozessuale Fragen verdienen deshalb besondere Aufmerksamkeit.
- Je intensiver und insbesondere gehaltvoller die politisch-rechtlichen Auseinandersetzungen im Gesetzgebungsprozes sind, desto eher besteht Gewähr, dass die Grundwerte eines Diskriminierungsschutzgesetzes nach dem Inkrafttreten des Gesetzes sowohl von den rechtsanwendenden Behörden wie auch in der Gesellschaft anerkannt sind.

Wir schlagen bewusst nicht bloss die Variante eines „neuen Gleichstellungsgesetzes" vor, sondern haben Vorschläge entwickelt, wie namentlich der arbeitsrechtliche Persönlichkeitsschutz verbessert werden müsste. Dieses Vorgehen hätte zudem den Vorteil, dass auch Diskriminierungen aus anderen Gründen als Behinderung oder gesundheitliche Einschränkung erfasst würden.

So oder so: Wir sind zuversichtlich, mit unserer Arbeit einen Beitrag zur Lancierung der notwendigen Debatte über das „Wie“ Diskriminierung zu bekämpfen ist, leisten zu können.

Anhang I

1 Projektbeschreibung und AHS-Auswertung IG-Benachteiligung

1.1 Ausgangslage und Projektbeschrieb

Das Projekt „Abbau von Ungleichheiten in der Gesetzgebung und –anwendung für behinderte und chronischkranke Menschen" bildete eine konkrete Massnahme zur Umsetzung von Ziel Nr. 1 des Nationalen Programm 1999-2003 des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) zu HIV und Aids. Ziel 1 lautete:

> Die staatlichen Stellen setzen sich in einer koordinierten Vorgehensweise dafür ein, dass bestehende Ungleichheiten im Zusammenhang mit Krankheit, Berufausübung und Versicherungen in der Gesetzgebung systematisch abgebaut werden.

Ziel 1 des Nationalen Programms 1999-2003 war darauf ausgerichtet, der Gesundheitsförderung generell und besonders der Gesundheitsförderung behinderter und chronischkranker Menschen mehr Gewicht zu geben und im praktischen Alltag vor allem im Zusammenhang mit Fragestellungen der Berufsausübung, Krankheit und Versicherungen vermehrt Rechnung zu tragen. Die Anliegen basieren auf der Erkenntnis, dass die Gesundheit von chronischkranken und behinderten Menschen nur gefördert werden kann, wenn dass gesetzliche Umfeld und die Anwendung der bestehenden Gesetze dies auch erlauben.

Vor diesem Hintergrund erarbeitete die Trägerschaft des Projekts „IG-Benachteiligung" einen Katalog von bestehenden Ungleichheiten mit Vorschlägen für Massnahmen, die den Abbau von Ungleichheiten in Gesetzen und in der Anwendung von Gesetzen für Menschen mit chronischen Krankheiten und Behinderungen bewirken. Aufgrund der begrenzten Dauer des Projekts und der immer wiederkehrenden Frage der finanziellen Ressourcen einigte man sich auf eine beschränkte Anzahl von Zielen. Die Trägerschaft bestand aus 18 Organisationen, die Menschen mit chronischen Krankheiten oder Behinderungen vertreten[1011]. Zielgruppe des Projekts waren

[1011] AIDS-Hilfe Schweiz, Cuore Matto, DOK, Epilepsieklinik, Fragile Suisse, Help C (Deutschschweiz), Knochenmarktransplantiertenvereinigung, Schweizerischer Verein der Herz- und Lungentransplantierten, ParEpi, Schweizerische Fachstelle für Alkohol- und andere Drogenprobleme, Schweizerische Interessengemeinschaft für Zöliakie, Krebsliga Schweiz, Schweizerische Liga gegen Epilepsie, Lungenliga Schweiz, Multiple Sklerose

diejenigen staatlichen und privaten Instanzen, die für Ungleichbehandlungen verantwortlich oder zumindest in der Lage waren, bestehende Ungleichheiten abzubauen.

1.2 Massnahmenkatalog

In der Folge sollen die Bereiche beschrieben werden, in denen die Trägerschaft aufgrund des Massnahmenkatalogs zum Abbau von Ungleichheiten aktiv geworden ist. Es wird auf die Ausgangssituation, Zielsetzung und Lobbyarbeit eingegangen, um dann kurz das Erreichte nach Ende der Projektphase darzustellen.

1.2.1 Krankentaggeldversicherung

Ausgangssituation: (Teilweise) Unmöglichkeit des Abschlusses einer Krankentaggeldversicherung für chronischkranke und behinderte Menschen.

Ziel: Verbesserung der Abschlussmöglichkeiten von Taggeldversicherungen für Menschen mit chronischen Krankheiten

Lobbyarbeit: Die Expertenkommission über den Persönlichkeitsschutz in der sozialen und privaten Kranken- und Unfallversicherung gab im März 2001 den Bericht „Persönlichkeitsschutz in der sozialen und privaten Kranken- und Unfallversicherung“ heraus, in welchem u.a. auch das Obligatorium der Krankentaggeldversicherung gefordert wurde. Aufgrund eines Gesprächs mit dem Präsident der Expertenkommission stellte sich heraus, dass innerhalb des Projekts die Zielsetzung „Verbesserung der Abschlussmöglichkeiten von Taggeldversicherungen für Menschen mit chronischen Krankheiten“ nicht sozialpolitisch, da geringe Erfolgschancen vorausgesagt wurden, sondern mit Hilfe konkreter Sensibilisierungsarbeit anzugehen ist.

Alle grösseren Versicherungsgesellschaften der Schweiz, welche Kollektivtaggeldversicherungen anbieten, wurden mittels persönlicher Gespräche und Schreiben auf die konkreten Probleme von chronischkranken Arbeitnehmer aufmerksam gemacht sowie zu einer Stellungnahme aufgefordert. Diejenigen Gesellschaften, welche Taggeldversicherungen mit Gesundheitsfragen anbieten, beriefen sich auf die Privatautonomie und wettbewerbsorientierte Zielsetzung. Sie zeigten keine Bereitschaft, von ihrer Praxis abzuweichen, solange eine Nachfrage von Seiten der Arbeitgeberinnen nach solchen Versicherungen besteht. Einige Versicherungsgesellschaften lieferten Erfahrungswert bezüglich der konkreten Berechnung des versicherten/versicherbaren Risikos und den genauen finanziellen Auswirkungen einer Versicherungsaufnahme von chronischkranken

Gesellschaft (Schweiz), Schweizerische Patienten-Organisation, Stiftung Aids & Kind, Verband Nierenpatienten Schweiz.

Arbeitnehmerinnen. Dabei zeigte sich, dass der Abschluss einer Taggeldversicherung mit Gesundheitsfragen den Arbeitgeber rund 25 % günstiger kommt als eine solche ohne Gesundheitsfragen.

Das Angebot der Versicherungen mit Gesundheitsprüfung wird somit hauptsächlich durch die Nachfrage von Seiten der Arbeitgeber bestimmt. Aus diesem Grund wurde die Zielsetzung „Verbesserung der Abschlussmöglichkeiten von kollektiven Taggeldversicherungen für Menschen mit chronischen Krankheiten oder Versicherungen“ von der Ziegruppe „Versicherung“ auf die Zielgruppe „Arbeitgeber“ via Gewerkschaften verlagert.

Erreichtes:

- Sensibilisierung der Versicherungsgesellschaften für die Probleme von Menschen mit chronischen Krankheiten oder Behinderungen in Zusammenhang mit dem Ausschluss aus einer kollektiven Taggeldversicherung
- Vorliegen von Berechnungswerten in Bezug auf Versicherungen mit und solche ohne Gesundheitsprüfung
- Erkennen der Ursache für das Anbieten von Versicherungen mit Gesundheitsfragen: Nachfrage der Arbeitgeber
- Aufklärung der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände über die unterschiedliche Praxis der Kollektivtaggeldversicherer.

1.2.2 Anti-Diskriminierungsklausel in Gesamtarbeitsverträgen

Ausgangssituation: Das Erkennen der Ursache für das Anbieten von Versicherungen mit Gesundheitsfragen: Nachfrage der Arbeitgeber.

Ziel: Aufnahme einer Anti-Diskriminierungsklausel in die Gesamtarbeitsverträge, welche explizit besagt, dass Arbeitnehmer aufgrund einer (vermeintlich) gesundheitlichen Einschränkung nicht benachteiligt werden dürfen. Die Arbeitgeberinnen werden dadurch indirekt gezwungen, Taggeldversicherungen abzuschliessen, die sämtliche Arbeitnehmerinnen ungeachtet des Gesundheitszustandes aufnehmen.

Lobbyarbeit: Die Trägerschaft führte zahlreiche Gespräche mit Vertreterinnen von Einzelgewerkschaften und vom Schweizerischen Gewerkschaftsbund. Arbeitgeberverbände wurden ebenfalls kontaktiert. Im Verlaufe der Zeit hat sich jedoch herausgestellt, dass eigentlicher Ansprechspartner die Gewerkschaften sind. Im Oktober 2002 wurde am Kongress des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes beschlossen, in den kommenden Monaten bzw. Jahren eine Anti-Diskriminierungsklausel in einer Kommission, bestehend aus Vertreterinnen des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes, der Einzelgewerkschaften und unter Einsitznahme der

„IG Benachteiligung“ auszuarbeiten. Damals wurde bereits eine erste Version einer Klausel beraten. Die Weiterverfolgung durch den Schweizerischen Gewerkschaftsbund und der „IG Benachteiligung“ konnte gesichert werden.

Erreichtes:

- Sensibilisierung für und nachhaltige Verankerung des Themas bei den Einzelgewerkschaften und beim Schweizerischen Gewerkschaftsbund
- Entscheid anlässlich des Kongresses des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes, die Aufnahme einer Anti-Diskriminierungsklausel in die Gesamtarbeitsverträge zu bewirken
- Einsitznahme der „IG Benachteiligung“ bzw. Aids-Hilfe Schweiz als ständiges Mitglied in die verantwortliche Kommission „Lesben und Schwule“ des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes

1.2.3 Arbeitsplatzbedingungen / Ermüdbarkeit am Arbeitsplatz

Ausgangssituation: Nichtanpassung des Arbeitsplatzes bei krankheitsbedingter zunehmender Ermüdbarkeit.

Ziel: Die Einrichtung eines Ruheraums, die Anpassung von Pausen an die Bedürfnisse der betroffenen Arbeitnehmer oder einer allgemeinen Flexibilisierung der Arbeitszeiten.

Lobbyarbeit: Aufgrund einer Befragung von chronischkranken Menschen und der Kontaktaufnahme mit zahlreichen Arbeitgeberinnen (IBM, ABB usw.) konnte eine Liste mit wünschenswerten Massnahmen erstellt werden, welche Arbeitgeber dazu anregen sollen, den Arbeitsplatz für betroffene Arbeitnehmer bezüglich ihrer erhöhter Ermüdbarkeit gesundheitsfördernd auszugestalten. Das Feedback ermöglichte die Ausarbeitung des Merkblattes „Fatigue – Anregungen für Arbeitgeber/-innen zur Ausgestaltung des Arbeitsplatzes“, das auf Anfrage an viele Arbeitgeberverbände verschickt wurde.

Erreichtes:

- Ausarbeitung eines Merkblattes „Fatigue“ über die Ermüdbarkeit am Arbeitsplatz
- Interesse der schweizerischen Arbeitgeberverbände am Merkblatt „Fatigue“ und die Verteilung des Merkblattes an ihre Mitglieder.

1.2.4 Datenschutz im Bereich Versicherung/Arbeitgeber

Ausgangssituation: Arbeitgeberinnen erhalten immer wieder über Versicherungsformulare Einblick in die Gesundheitsdaten ihrer Mitarbeiter, was eine schwere Persönlichkeitsverletzung im Sinne des Datenschutzgesetzes darstellt.

Ziel: Verhinderung des widerrechtlichen Datenflusses zwischen Arbeitgeber und Versicherern bezüglich des Gesundheitszustandes der Arbeitnehmerinnen.

Lobbyarbeit: In einer ersten Phase ergab die Befragung von Versicherern und Pensionskassen, dass sie sich der Problematik nicht bewusst sind und auch keine Bereitschaft zu einer Praxisänderung haben. In der Folge, Kontaktaufnahme mit dem Eidgenössischen Datenschutzbeauftragen EDSB, welcher die Widerrechtlichkeit des Datenflusses zwischen Arbeitgeberinnen und Versicherer bestätigt. In einer zweiten Phase, Ausarbeitung von Musterfragebögen[1012] und Kontaktaufnahme sowie Sitzungen mit dem Schweizerischen Versicherungsverband (SVV) und Schweizerischen Pensionskassenverband (ASIP) zum Thema Datenschutz. Der SVV signalisiert Bereitschaft, Empfehlungen zur strikten Trennung der Gesundheitsdaten und Fragen, welchem dem Arbeitgeber abgegeben werden dürfen, an ihre Mitglieder abzugeben.

Erreichtes:

- Publikation der Empfehlung als Rundschreiben Nr. 3/2003: „Vertraulichkeit von medizinischen Angaben in Versicherungsformularen“
- Seither kaum noch Anfragen in der Rechtsberatung betreffend Fragebögen.

1.2.5 Schnittstelle Ausbildung/Aufnahme der Erwerbstätigkeit

Ausgangssituation: Menschen mit chronischen Krankheiten und Behinderungen stossen aufgrund ihrer Krankheit/Behinderung immer wieder auf Hindernisse und Diskriminierungen, wenn es um die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit geht.

Ziele:

- Kontinuierlicher Abbau von Schwierigkeiten im Bereich Übergang Ausbildung-Erwerbsleben
- Zugang zur beruflichen Aus-, Weiter- und Fortbildung

Lobbyarbeit: Gemäss Auskünfte der einzelnen Universitäten besteht im Bereich Übergang Ausbildung-Erwerbsleben bezüglich Menschen mit chronischen Krankheiten und Behinderungen kein Handlungsbedarf. Dies

[1012] Musterfragebögen: Ein Blatt mit Gesundheitsfragen, welches direkt mit einem beigehefteten Rückantwortcouvert zuhanden der betreffenden Versicherungseinrichtung versehen ist und ein separates Blatt mit den restlichen Fragen, welches der Arbeitgeberin abgegeben werden kann.

wird jedoch durch die Studie „Übergang Ausbildung – Erwerbsleben für Jugendliche mit Behinderungen“ von Judith Hollenweger[1013] widerlegt.

1.2.6 Lebensversicherung

Ausgangssituation: Menschen mit vorbestehenden Krankheiten/Krankheitsdispositionen wird der Abschluss einer Lebensversicherung verweigert. Das Vorliegen einer Lebensversicherung wird oft für die Aufnahme eines Kredits oder einer Hypothek bei einer Bank vorausgesetzt. Der Kauf eines Hauses oder die Gründung von Firmen wird dadurch stark erschwert.

Ziel: Menschen mit chronischen Krankheiten oder Behinderungen soll der Abschluss von Lebensversicherungen ermöglicht werden, wenn auch unter Anbringen gewisser Vorbehalte.

Lobbyarbeit: Eine schriftliche Kontaktaufnahme mit zahlreichen Lebensversicherungsgesellschaften der Schweiz ergab, dass alle Lebensversicherer Personen mit Krankheitsdispositionen den Abschluss einer Lebensversicherung verweigern. Begründet wird die Verweigerung mit Bezugnahme auf die Rückversicherer, welche die Aufnahmebestimmungen regeln. Abklärungen bei der Schweizerischen Rückversicherungsgesellschaft SwissRe, bei welcher praktisch alle Versicherer der Schweiz rückversichert sind, ergaben, dass bereits heute gewisse Lebensversicherungsgesellschaften Antragsstellerinnen mit vorbestehenden Krankheiten für eine beschränkte Versicherungsdauer von drei bis fünf Jahren aufnehmen. Medizinische Daten müssen jedoch einen gewissen konstanten Verlauf der Krankheit nachweisen, so dass angenommen werden kann, dass sich der Gesundheitszustand in den kommenden drei Jahren mit höchster Wahrscheinlichkeit nicht verändern wird. Eine von SwissRe in Auftrag gegebene Studie ergab, dass jemand, der in einer antiretroviralen Therapie mitmacht (mit guten CD4-Werten) und nicht gleichzeitig an einer Hepatitis C-Erkrankung leidet, kein grösseres Sterberisiko als ein geheilter Krebspatient hat.

(Nicht-)Erreichtes:

- Trotz Studienergebnisse erwägen die Lebensversicherer keine Praxisänderung, da Langzeiterfahrungen betreffend antiretroviraler Therapie fehlen.

[1013] Judith Hollenweger war Leiterin von Projekten im Rahmen des Nationalen Forschungsprogramms „Probleme des Nationalstaates“ (u.a. Schwierigkeiten von Menschen mit Behinderungen an Schweizer Hochschulen) und aktiv beteiligt an der OECD Dreiländer-Studie „Übergang Ausbildung-Erwerbsleben für Jugendliche mit Behinderungen“. Im 2005 kam ihr Bericht „Menschen mit Behinderungen an Schweizer Hochschulen - Befunde und Empfehlungen“ heraus (Verlag Rüegger).

- Aufnahme der Thematik durch die Eidgenössische Kommission für Aidsfragen (EKAF)

1.2.7 Zusammenfassende Würdigung

Im Zusammenschluss von mehreren Patienten- und Gesundheitsorganisationen hat sich gezeigt, dass die Benachteiligungen von Menschen mit chronischen Krankheiten teilweise sehr ähnlich gelagert sind: Probleme beim Abschluss von Privatversicherungen (Lebens- und Taggeldversicherung), die in Zusammenhang mit der Erkrankung oder der Therapie auftretende erhöhte Ermüdbarkeit am Arbeitsplatz, die Datenschutzverletzungen am Arbeitsplatz durch Arbeitgeber und Versicherer oder die Hindernisse beim Übertritt von der Ausbildung ins Erwerbsleben.

Aufgrund der zeitlichen Limite des Projektes konnten nur einzelne Themenfelder angegangen werden und diese nicht in der gewünschten Vertiefung.

Grosse Fortschritte konnten gemäss Aussage einzelner Organisationen im Bereich Datenschutz zwischen Arbeitgeber und Versicherer erreicht werden. Das Empfehlungsschreiben des Schweizerischen Versicherungsverbands hat bewirkt, dass sich die Versicherer in der Regel daran halten, die Gesundheitsfragen auf einem separaten Formular zu stellen, und diesem Formular ein Rückantwortcouvert beizulegen, welches es dem Arbeitnehmer ermöglicht, dieses direkt an den Versicherer, ohne Umweg über den Arbeitgeber, zu senden.

Der Bereich Antidiskriminierungsklausel ist ein langfristiges Projekt. Dies muss beim Aushandeln von neuen/geänderten Gesamtarbeitsverträgen jedes Mal aufs Neue eingebracht werden.

Das Merkblatt „Fatigue“ wurde an zahlreiche Arbeitgeber verteilt und auch den einzelnen, am Projekt beteiligten Organisationen abgegeben. Inwieweit es zu einer Verbesserung der Arbeitsplatzbedingungen oder zu einer höheren Sensibilität der Arbeitgeber geführt hat, kann nicht gesagt werden.

2 Projektbeschreibung „Programm zur Erhaltung der Erwerbsfähigkeit von Menschen mit HIV/Aids“

2.1 Ausgangslage und Projektübersicht

Unter der Trägerschaft der Aids-Hilfe Schweiz wurde das Konzept für das vom BAG finanzierte Projekt „Programm zur Erhaltung der Erwerbstätigkeit bei Menschen mit HIV/Aids“[1014] erarbeitet. Neben Fachpersonen[1015] wurden diverse Organisationen[1016], welche bereits Programme im Bereich „HIV und Erwerbstätigkeit“ anbieten, kontaktiert. Das Programm soll einerseits Menschen mit HIV/Aids befähigen, ihre HIV-Infektion mit ihrer Erwerbstätigkeit in Einklang zu bringen. Das Programm soll ihnen die rechtlichen Möglichkeiten im Bewerbungsverfahren und ihre Ansprüche aus dem Datenschutzgesetz vermitteln, und sie im Fall von Diskriminierung und Mobbing anleiten. Die Arbeitgeberinnen sollen andererseits umfassend über die realen möglichen Beeinträchtigungen informiert werden, die ein Arbeitsverhältnis mit einer HIV-positiven Person mit sich bringt. Sie werden auf Datenschutzfragen und die Schwierigkeiten im Bewerbungsverfahren und im Fall einer Kündigung sensibilisiert, mit versicherungsrelevanten Aspekten vertraut gemacht und auf die Konsequenzen aufmerksam gemacht werden, die eine Offenlegung einer HIV-Infektion (Stigmatisierung, Mobbing, Diskriminierung) am Arbeitsplatz haben kann.

Zur Unterstützung von *Menschen mit HIV/Aids* wurde die Broschüre „Job und HIV“ erstellt. Es werden Fragen behandelt und Schwierigkeiten aufgezeigt, welche sich am Arbeitsplatz bezüglich der HIV-Positivität stellen. Gleichzeitig sollen Menschen mit HIV/Aids mittels der Broschüre motiviert werden, sich gegen Ungleichheiten seitens des Arbeitgebers und auch

---

[1014] Beginn des Projekts: 1. Januar 2003.

[1015] Dan Simmons, Business Development Officer von National Aids Trust (UK/London), Allan Anderson, Leiter des „HIV and Employment“ Programmes „Positive Futures“ von UK Coalition (UK/London), Nicolas Candas von Aides (Frankreich/Paris), welcher massgeblich für das Programm „HIV and Work“ – A Guidebook on Good Practices relating to HIV/Aids on the Workplace) verantwortlich ist, Delphine Meignotte, Chargöe de mission VIH/Sida en milieu de travail, Aides (Frankreich/Paris), Julian Hussey, Policy and Programme Adivser der Global Business Coalition on HIV/Aids (UK/London, USA/New York) und Kurt Pärli, ehemaliger Co-Leiter der Rechtsabteilung der Aids-Hilfe Schweiz und Verfasser der Studie „Rechtliche Aspekte von HIV/Aids und ihre ökonomische Konsequenzen“.

[1016] Terence Higgins Trust (UK), Positive Resource Center (USA/San Francisco), Global Business Coalition on HIV/Aids (USA/Europa), Aides Fédération Nationale (Frankreich) u.a.m.

Mitarbeitenden zu wehren. „Swiss Aids News“ ist eine weitere Zeitschrift, die zum Thema von der Aids-Hilfe Schweiz herausgegeben wird. Damit Menschen mit HIV/Aids das Finden von geeigneten Arbeitsstellen erleichtert wird, wurde im Internet eine Jobbörse *www.workpositive.ch* errichtet. Sie erhalten Zugang zu spezifischen Stellenangeboten und können gleichzeitig auf der virtuellen Jobbörse eigene Stellengesuche aufgeben. Es wurde eine Liste mit engagierter Arbeitgeber zusammengestellt und ebenfalls unter *www.workpositive.ch* online geschaltet; sie wird ständig aktualisiert und ausgebaut. Das Zielpublikum wird mittels speziellen Postkarten auf die Jobbörse *www.workpositive.ch* aufmerksam gemacht.

Zur Unterstützung der Arbeitgeberinnen wurde die „Broschüre „HIV im Arbeitsumfeld – ein Leitfaden für Arbeitgeber“ erstellt. Darin werden sowohl die medizinischen Grundlagen als auch die rechtlichen Aspekte in Bezug auf Bewerbung, Anstellung und Kündigung behandelt. Die Broschüre informiert die Arbeitgeberinnen über den Arbeitsalltag mit HIV/AIDS (Compliance, Nebenwirkungen, Absenzen, Übertragung) und über Möglichkeiten, wie HIV/Aids im Betrieb sichtbar gemacht (Poster, Reglement über HIV/Aids) und verstanden werden kann. Im Rahmen des Projekts bietet die Aids-Hilfe Schweiz den Arbeitgeber eine telefonische Beratung sowohl für juristische wie medizinische Fragen in direktem Zusammenhang mit HIV/Aids. Die Jobbörse *www.workpositive.ch* ermöglicht den Arbeitgeberinnen, die offen gegenüber HIV/Aids und Menschen mit HIV/Aids eingestellt sind, ihre Stellenangebote zu platzieren. Schliesslich bietet die Plattform *www.workpositive.ch* den Arbeitgeber die Möglichkeit, sich eingehender über die Thematik „HIV und Arbeit“ zu informieren. Das Zielpublikum wird mittels speziellen Postkarten auf die Jobbörse *www.workpositive.ch* aufmerksam gemacht.

2.2 Die Jobbörse *www.workpositive.ch*

Das Internet hat sich in den letzten Jahren auch im Bereich des Personalmarktes zu einem attraktiven Kommunikations- und Informationsmedium entwickelt. So platzieren viele Betriebe ihre Stellenangebote regelmässig auf ihrer Firmen-Website. Immer mehr Betriebe bedienen sich sogenannter Jobbörsen.

Vor einigen Jahren wurde in Deutschland die erste internetbasierte Jobbörse für Menschen mit Behinderungen und chronischen Krankheiten lanciert. Dort können Arbeitgeber ihre Angebote platzieren, die bereit sind ihre Stellen mit behinderten oder chronisch kranken Arbeitnehmerinnen zu besetzen. Gleichzeitig können Menschen mit Behinderungen oder chronischen Krankheiten Stellengesuche aufgeben. Die Börse hat bisher mit grossem Erfolg und unter erheblicher öffentlicher Beachtung funktioniert. Viele Menschen, die bislang aufgrund ihrer chronischen Krankheit oder

Behinderung keine Anstellung finden konnten, kamen und kommen aufgrund dieser Jobbörse zu einer Stelle.

Auf dem Hintergrund der deutschen internetbasierenden Jobbörse für Menschen mit Behinderung und chronischen Krankheiten hat die Aids-Hilfe Schweiz eine ergänzende Umfrage bei Arbeitgeberinnen und eine Befragung von Menschen mit HIV/Aids durchgeführt. Eine Jobbörse, die sich speziell an Arbeitssuchende mit HIV/Aids wendet, wurde von allen Befragten als grundsätzlich sinnvoll betrachtet.

So wurde eine internetbasierende Jobbörse unter der URL-Adresse *www.workpositive.ch* errichtet. Den Menschen mit HIV/Aids sollte dadurch das Finden einer geeigneten Arbeitsstelle erleichtert werden, indem sie durch die Jobbörse Zugang zu spezifischen Stellenangeboten erhalten, sei es über die von Arbeitgebern platzierten Stellenangebote, sei es durch selbst aufgegebene Stellengesuche. Die Börse hat den weitergehenden Zweck, Arbeitgeber „zu vermitteln", welche die HIV-Positivität einer Mitarbeiterin akzeptieren und dieser Person unterstützend zur Seite stehen. Arbeitnehmerinnen haben so vermehrt die Möglichkeit, sich im Bewerbungsverfahren und am Arbeitsplatz als HIV-positiv zu outen.

Besonders zu beachten galt es bei der Konzeption der Jobbörse, die Anonymität von HIV-positiven Stellensuchenden zu wahren und Angebote von unseriösen Arbeitgebern zu vermeiden. Die Anonymität wird dadurch gewahrt, dass HIV-positive Menschen die Möglichkeit haben, direkt mit den entsprechenden Arbeitgebern in Kontakt zu treten, diese Arbeitgeber aber im Inserat angeben müssen, wo sie das konkrete Stelleninserat sonst noch publiziert haben. Hat andererseits eine HIV-positive Person ein Stellengesuch platziert, so hat der Arbeitgeber nicht die Möglichkeit, diese Person direkt zu kontaktieren, sondern muss online ein Kontaktanfrageformular ausfüllen, welches nach einer Prüfung auf Seriosität des Anbieters an die entsprechende Person weiterleiten. So kann diese Person selbst entscheiden, ob sie mit dem Arbeitgeber in Kontakt treten oder darauf verzichten will. Sowohl Stellengesuche wie Stellenangebote werden vor der Freischaltung von der Aids-Hilfe Schweiz auf ihre Seriosität und Vollständigkeit geprüft.

Im August 2003 wurde die Jobbörse nach einer langen Konzeptionsphase aufgeschaltet. Die Aids-Hilfe Schweiz hat in einem ersten Schritt rund 700 Arbeitgeber kontaktiert und zu einer Teilnahme an der Jobbörse in Form der Platzierung von Stelleninseraten aufgefordert. Mittels der Jobbörse wurden und werden Firmen dazu animiert, ihre offene Einstellung gegenüber HIV/Aids bzw. gegenüber Menschen mit HIV/Aids kundzutun, indem sie auf dieser Seite ihre Stellenangabote platzieren. Gleichzeitig hatten und haben sie auf der Jobbörse die Möglichkeit, sich über die Thematik „HIV und Arbeit" informieren zu können.

Als konkreten Gewinn für die Unternehmen wurden folgende Punkte erwähnt:

- die Jobbörse ist ein gutes Mittel für Unternehmen, ihr soziales Bewusstsein und Engagement gegen innen und aussen sichtbar zu machen und von der Öffentlichkeit als aufgeschlossen und fortschrittlich wahrgenommen zu werden;
- Unternehmen leisten einen wichtigen volkswirtschaftlichen Beitrag, wenn sie dazu beitragen, dass Leute nicht aus der Erwerbstätigkeit herausfallen; Förderung des Grundsatzes der eidgenössischen Invalidenversicherunge „Eingliederung vor Rente";
- Kostenloser Dienst, d.h., es entstehen keinerlei Kosten für die Firma aus der Stellenplatzierung;
- Informationen über die Thematik HIV und Aids auf der Jobbörse;
- Beratungsangebot der Aids-Hilfe Schweiz;
- Medienwirksamkeit des Projekts;
- Aufnahme der Firma in die Liste der vorbildlichen Arbeitgeber.

Die Resonanz war zu Beginn enttäuschend. Als erstes wurden die Mitgliederfirmen der Global Business Coalition on HIV/Aids angefragt. Dabei handelt es sich um internationale Firmen, welche sich zu einer Vereinigung zusammengeschlossen haben, deren Ziel es ist, sich gemeinsam im Kampf gegen Aids und gegen Diskriminierungen von HIV-positiven Menschen im Arbeitsbereich zu engagieren. Von diesen rund 150 Firmen sind 41 auch in der Schweiz tätig. Davon haben nur gerade vier Firmen eine positive Zusage gemacht: GlaxoSmith Kline, Pfizer, Bristol-Myers Squibb und AIG Private Band. Danben wurden viele grösseren Firmen wie Coop, Migros, Banken, Versicherungen sowie u.a. sämtliche Zulieferer der Aids-Hilfe Schweiz, die auf der WOZ-Liste aufgeführten 200 sozialen Firmen angefragt. Vor allem kleinere Unternehmen haben oft positive Zusagen gemacht; das Problem hier wie auch bei grösseren Firmen ist, dass bei der momentanen Arbeitsmarktsituation kaum offene Stellen vorhanden sind oder die offenen Stellen intern besetzt werden.

Die Aids-Hilfe Schweiz hat auch sämtliche Schweizer Kantone zur Beteiligung an *www.workpositive.ch* angefragt. Als erster hat der Kanton Aargau zugesagt. Es werden wöchentlich alle offenen Stellen zur Ausschreibung zur Aufschaltung auf *www.workpositive.ch* zugeschickt. Mittlerweile beteiligen sich auch der Kanton Glarus und Thurgau an der Jobbörse. Das Bundesamt für Gesundheit schreibt ebenfalls die Stellen auf der Jobbörse aus.

Bis anhin wurden 434 Stelleninserate von Arbeitgeberinnen aufgeschaltet. Stellengesuche wurden bisher 108 aufgegeben. Die im Vergleich mit den Stellenangeboten relativ geringe Zahl ist auf die Tatsache zurückzuführen, dass der Erfolg von Stellengesuchen – auch bei den kommerziell betriebenen Jobbörsen – in der heutigen Wirtschaftslage sehr bescheiden ist. Kaum ein Arbeitgeber sucht sich seine Arbeitnehmenden auf diesem Weg.

Anhang II

Poster

Suter/Caplazi/Pärli, Evaluation of the Project „HIV and Employment“, XVI International AIDS Conference Toronto Canada, 13.-18. August 2006.

Caplazi/Suter/Pärli, Ist he Status HIV/Aids a Disability in a Legal Sense? XVI International AIDS Conference Toronto Canada, 13.-18. August 2006.

Fragebogen

Fragebogen zum ehemaligen Projekt „Abbau von Ungleichheiten in der Gesetzgebung und Gesetzesanwendung für behinderte und chronisch kranke Menschen“ („IG Benachteiligung“).

Fragebogen zum laufenden Projekt „Programm zur Erhaltung der Erwerbstätigkeit bei Menschen mit HIV/Aids“ (*www.workpositive.ch*).