

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 Benachteiligung“ und www.workpositive.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 Arbeitnehmersversicherung 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 besonders gekennzeichnet durch die Ungleichbehandlung von Arbeitnehmerinnen mit HIV/Aids aufgrund der Aufnahmebedingungen in die Arbeitnehmersicherungen. Bei der obligatorischen Unterstellung unter die Unfallversicherung, AHV und bei entsprechender Lohnhöhe unter die berufliche Vorsorge ist eine Ungleichbehandlung ausgeschlossen. Die freiwilligen Arbeitnehmersicherungen 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 Gesundheitsschutz 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 identifiziert, so bsw. die fehlende Beweislastleichterung 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 (wirksames) 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 Beweislastleichterung vorsieht.

In der Phase des Vertragsabschlusses bieten Frankreich, Grossbritannien und Kanada interessante Lösungsansätze an, um den möglichen HIV/Aids-bedingten Diskriminierungen im Bereich der Arbeitnehmersversicherung 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 diskriminierendem 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 HIV/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.