

NEWSLETTER

AUGUST 2019

Autoren: André Bloch, Mauro Loosli, Sonja Stark-Traber und
Jennifer Ehrensperger



AKTUELLE RECHTSPRECHUNG

Arbeitsrecht

Qualifikation von Verträgen zwischen Gesellschaft und CEO mit Gesellschafterstellung **2**

Arbeitsrecht

Entschädigung für Nutzung von privaten Räumen bei notwendigem Homeoffice **5**

Arbeitsrecht

Keine Pflicht zur Offenlegung von Schwangerschaft **8**

Arbeitsrecht

Gleichstellungsgesetz schützt nicht bei direkter Diskriminierung aufgrund sexueller Orientierung **10**

Arbeitsrecht

Qualifikation von Verträgen zwischen Gesellschaft und CEO mit Gesellschafterstellung

Zwischen einer Gesellschaft und einem CEO, welcher eine massgebliche Beteiligung an der Gesellschaft hält, kann nur dann ein Arbeitsvertrag abgeschlossen werden, wenn ein Subordinationsverhältnis besteht.

In einem Entscheid vom 11. April 2019 (4A_500/2018) hat sich das Bundesgericht mit der Frage auseinandergesetzt, ob eine Vereinbarung zwischen einer juristischen Person und ihrem CEO (*Chief Executive Officer*) als Arbeitsvertrag qualifiziert werden kann, wenn dieser (massgeblich) an der Gesellschaft beteiligt ist, ohne diese aber wirtschaftlich zu beherrschen.

Im vorliegenden Fall war der Kläger von 2010 bis 2013 in einer von ihm mitgegründeten Gesellschaft als CEO tätig und hielt während dieser Zeit zunächst 50% und später 40% des Aktienkapitals. Im Rahmen einer im April 2013 erfolgten Reorganisation wurde seine Beteiligung auf 1,38% reduziert und eine bestehende Aktionärsvereinbarung aufgehoben. Unbestritten war dabei, dass die Parteien ab diesem Zeitpunkt an einen Arbeitsvertrag gebunden waren. Nachdem dieser per 30. Juni 2014 von der Gesellschaft gekündigt wurde, machte der Kläger diverse Forderungen geltend, unter anderem auch für Lohn bzw. nicht bezogene Ferien für den Zeitraum von Oktober 2010 bis April 2013.

Im kantonalen Gerichtsverfahren bejahte das Arbeitsgericht für den fraglichen Zeitraum zunächst das Vorliegen eines Arbeitsvertrages und sprach dem Kläger Forderungen für Lohn und nicht bezogene Ferien zu. Hingegen verneinte das zweitinstanzliche kantonale Gericht für die Periode zwischen Oktober 2010 und April 2013 mangels Subordinationsverhältnis das Vorliegen eines Arbeitsvertrages und wies die entsprechenden Forderungen des Klägers ab. Dagegen erhob der Kläger Beschwerde an das Bundesgericht.

Bei der Beurteilung der Qualifikation des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien führte das Bundesgericht zunächst aus, dass die rechtliche Qualifikation eines Vertrages eine Rechtsfrage sei, welche vom Gericht frei und unabhängig von formalen Kriterien vorgenommen werde. Kriterien wie die Bezeichnung des Vertrages, entsprechende Erklärungen der Parteien oder die Vornahme sozialversicherungsrechtlicher Abzüge seien somit nicht massgeblich. Vielmehr sei dabei die Art und Weise, wie die Tätigkeit effektiv aus-

geübt werde, entscheidend, d.h. der Grad der Freiheit bei der Arbeitsorganisation, das Bestehen oder Nichtbestehen einer Pflicht, Bericht zu erstatten bzw. Weisungen zu befolgen oder die Tragung eines wirtschaftlichen Risikos.

Für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages charakteristische Elemente seien: Arbeitsleistung, Unterordnungsverhältnis, Dauer sowie Entgelt. Somit unterscheidet sich ein Arbeitsvertrag von anderen Dienstleistungsverträgen wie namentlich dem Auftrag vor allem durch das Bestehen eines Subordinationsverhältnisses. Dadurch werde der Arbeitnehmer in persönlicher, organisatorischer und zeitlicher – und in einem gewissen Sinne auch in wirtschaftlicher – Hinsicht in eine Abhängigkeit des Arbeitgebers gestellt, unterliege der Aufsicht und den Weisungen des Arbeitgebers und sei in dessen Arbeitsorganisation eingebunden. Mit Bezug auf Verträge zwischen einer juristischen Person und ihren Organen stellte das Bundesgericht die Tendenz fest, Verträge mit einem Direktor als Arbeitsvertrag, hingegen solche mit einem Verwaltungsrat als Auftrag oder Vertrag *sui generis* zu qualifizieren. Entscheidend sei dabei, ob ein Subordinationsverhältnis vorliege und der Betroffene den Weisungen und Instruktionen z.B. des Verwaltungsrates unterliege. Definitionsgemäss könne dabei kein Subordinationsverhältnis vorliegen, wenn zwischen der juristischen Person und dem Leitungsorgan wirtschaftliche Identität bestehe, weshalb zwischen einer Aktiengesellschaft und ihrem alleinigen Aktionär und Verwaltungsrat kein Arbeitsvertrag vorliegen könne. Ob eine Tätigkeit abhängig oder unabhängig ausgeübt werde, beurteile sich dabei aufgrund der konkreten Umstände im Einzelfall.

Bei der konkreten Prüfung berücksichtigte das Bundesgericht, dass der Kläger zunächst als Co-Verwaltungsrat und 50% Gesellschafter an den Entscheidungen über seine Ernennung zum CEO und die Festlegung seiner Vergütung beteiligt war und er aufgrund seines Status sowie gemäss der damaligen Aktionärsvereinbarung bis im April 2013 nicht ohne seine Zustimmung entlassen werden konnte. Ferner

konnte er seine Arbeitszeit, Ferien und Geschäftsreisen frei gestalten und war auch nicht verpflichtet, seine Tätigkeit an einem bestimmten Ort auszuüben. Nicht erwiesen war auch, dass er seine Aufgaben aufgrund von Weisungen der Gesellschaft bzw. des Mitaktionärs ausgeübt hatte, wobei auch seine Verpflichtung, Rechenschaft abzulegen und seine Geschäftsführung durch den Mitaktionär bestätigen zu lassen, keine hierarchische Unterordnung bewies. Nicht bestritten war dabei, dass es für den Mitgründer, Co-Verwaltungsrat und Aktionär legitim war, eine gewisse Kontrolle über den Geschäftsgang der Gesellschaft haben zu wollen. Deshalb hielt das Bundesgericht fest, dass trotz einer gewissen Überwachung nicht davon ausgegangen werden könne, dass der Kläger wie ein Arbeitnehmer Weisungen unterlegen habe.

Schliesslich wurde auch das (sekundäre) Kriterium, dass der Kläger in einer gewissen wirtschaftlichen Abhängigkeit stand, als nicht genügend erachtet, um ein Unterordnungsverhältnis anzunehmen. Und gemäss ständiger Rechtsprechung konnten auch formelle Kriterien wie die Auszahlung eines Fixsalärs, die Erstellung von Gehaltsabrechnungen und die Vornahme von Sozialversicherungsabzügen für die Qualifikation der Vertragsbeziehung nicht entscheidend sein.

Aufgrund dieser Überlegungen bestätigte das Bundesgericht das Urteil der Vorinstanz, welche mangels Subordinationsverhältnis das Vorliegen eines Arbeitsvertrages verneint und die Klage mit Bezug auf die für den Zeitraum Oktober 2010 bis April 2013 geltend gemachten Forderungen auf Lohnzahlung und Ferienentschädigung abgewiesen hatte.

KOMMENTAR

Das vorliegende Bundesgerichtsurteil bestätigt die bisherige Rechtsprechung, dass für die Qualifikation eines Vertrages zwischen einem Organ bzw. Gesellschafter und der Gesellschaft das Bestehen eines Subordinationsverhältnisses massgebend ist, wobei es präzisiert, dass ein solches nicht nur bei wirtschaftlicher Identität zwischen der juristischen Person und dem Leitungsorgan fehlt, sondern bereits wenn aufgrund einer Gesamtbetrachtung der Umstände kein Unterordnungsverhältnis besteht.

Auf jeden Fall nicht entscheidend sind formelle Aspekte, welche auf einen Arbeitsvertrag hinweisen würden, wie die Auszahlung eines Fixsalärs bzw. die Erstellung von Gehaltsabrechnungen oder Sozialversicherungsabzügen.

Zu beachten ist dabei insbesondere, dass die sozialversicherungsrechtliche Qualifikation als selbständig oder unselbständig Erwerbender nichts über die privatrechtliche Qualifikation eines Vertragsverhältnisses aussagt und jeweils separat zu beurteilen ist.

Arbeitsrecht

Entschädigung für Nutzung von privaten Räumen bei notwendigem Homeoffice

Stellt die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer keinen oder keinen geeigneten Arbeitsplatz im Betrieb zu Verfügung, so hat sie dem Arbeitnehmer eine Entschädigung für die Nutzung eines privaten Zimmers als Arbeitszimmer zu entrichten. Der Entschädigungsanspruch des Arbeitnehmers besteht auch dann, wenn er das für die Homeoffice-Arbeit genutzte Zimmer nicht speziell für diesen Zweck gemietet hat.

In einem Entscheid vom 23. April 2019 (4A_533/2018) hatte das Bundesgericht den Anspruch auf Entschädigung eines Arbeitnehmers für die Nutzung eines Zimmers seiner privaten Wohnung als Arbeitszimmer bzw. Archiv im Rahmen seiner Homeoffice-Tätigkeit zu prüfen.

Arbeitnehmer B. war seit Oktober 2014 aushilfsweise für den Betrieb von Arbeitgeberin A. in den Bereichen Treuhand, Buchhaltung und Steuern tätig.

Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses machte B. vor Gericht verschiedene Ansprüche gegen A. geltend, insbesondere eine Entschädigungszahlung für die Nutzung seines privaten Zimmers als Arbeitszimmer resp. Archiv für die Tätigkeit im Homeoffice. Sowohl die erste als auch die zweite Instanz bejahten einen Entschädigungsanspruch von B. Dagegen erhob A. Beschwerde ans Bundesgericht, mit der Begründung, dass die Parteien weder mündlich noch schriftlich eine «Büro- oder Archivmiete» im Arbeitsvertrag vereinbart hätten, weshalb die Vorinstanzen B. zu Unrecht einen Anspruch auf Entschädigung für das Zimmer zugestanden hätten.

B. machte nicht geltend, dass er das Zimmer, welches er als Arbeitszimmer bzw. Archiv genutzt hatte, speziell im Hinblick auf die Arbeit im Homeoffice gemietet hatte. Unstrittig war im Verfahren jedoch, dass B. kein geeigneter Arbeitsplatz im Betrieb von A. zur Verfügung gestanden hatte.

Das Bundesgericht erwog, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gemäss Art. 327a OR alle durch die Ausführung der Arbeit notwendig entstehenden Auslagen zu ersetzen habe. Davon könne gemäss Art. 327a Abs. 3 OR und Art. 362 OR ausschliesslich zugunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden.

Gemäss Lehre sei die Arbeitsinfrastruktur zu Hause für die Berufsausübung auf jeden Fall notwendig und damit nach Art. 327a OR erstattungspflichtig, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer keinen bzw. keinen geeigneten Arbeitsplatz anbiete. Es liege in diesem Fall fast die gleiche Situation vor, wie wenn ein Arbeitnehmer aufgrund der Homeoffice-Tätigkeit ein zusätzliches Zimmer zu mieten hätte. Nicht sachgerecht sei hingegen die in der Lehre vertretene Ansicht, wonach der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Auslagenersatz nach Art. 327a OR habe, wenn er das private Zimmer bzw. die Wohnung nicht im Hinblick auf die Homeoffice-Arbeit gemietet habe, da der Arbeitnehmer in diesem Fall die Auslagen ohnehin gehabt hätte. Es spiele keine Rolle, ob die Arbeitsauslagen direkt oder indirekt entstanden seien. Massgebend sei, dass Auslagen getätigt worden seien, welche indirekt auch dem Arbeitgeber zugutekämen. Die Situation sei mit jener der Benützung des privaten Fahrzeuges für Geschäftsfahrten vergleichbar, welche in Art. 327b OR explizit geregelt sei. Die Zusprechung einer Entschädigung an B. verletze vor diesem Hintergrund kein Bundesrecht, zumal das fragliche Zimmer unbestrittenermassen nicht nur als Arbeitszimmer, sondern zusätzlich auch als Archiv genutzt worden sei.

Das Bundesgericht hielt im Weiteren mit Verweis auf seine Rechtsprechung fest, dass vom Arbeitnehmer in Bezug auf die Höhe der Auslagen kein strenger Beweis verlangt werden dürfe. Effektiv getätigte Auslagen, die betragsmässig nicht mehr beweisbar seien, müssten vom Richter in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR geschätzt werden. Es liege auf der Hand, dass es B. nicht möglich gewesen sei, die Aufteilung zwischen privater bzw. anderweitiger Nutzung des Zimmers einerseits und Nutzung des Zimmers für die Homeoffice-Arbeit andererseits ziffernmässig genau darzutun.

Das Bundesgericht folgte daher der Ansicht der Vorinstanz und bejahte einen Entschädigungsanspruch des Arbeitnehmers.

KOMMENTAR

Das Bundesgericht hat den Entschädigungsanspruch des Arbeitnehmers für die Nutzung seiner privaten Räumlichkeiten als Arbeitszimmer zu Recht bejaht, wenn ihm die Arbeitgeberin keinen oder keinen geeigneten Arbeitsplatz im Betrieb zur Verfügung stellt. In diesem Fall ist die private Arbeitsinfrastruktur für die Ausführung der Arbeit ohne Weiteres notwendig und daher die entsprechenden Auslagen dem Arbeitnehmer von Gesetzes wegen zwingend zu ersetzen, und zwar unabhängig davon, ob das für die Homeoffice-Arbeit genutzte Zimmer speziell dafür gemietet wurde oder nicht. Eine davon abweichende arbeitsvertragliche Vereinbarung ist in jedem Fall nichtig.

Nicht beantwortet ist mit diesem Entscheid die Frage, ob der Arbeitnehmer auch dann einen Entschädigungsanspruch für die Benutzung seiner privaten Räumlichkeiten hat, wenn er – wie in der Praxis meistens der Fall – aus persönlichen Gründen im Homeoffice arbeitet, obwohl ihm im Betrieb jederzeit ein Arbeitsplatz zur Verfügung steht. Mit der herrschenden Lehre ist ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Auslagenersatz in diesem Fall konsequenterweise zu verneinen, denn die Auslagen für die privaten Räumlichkeiten sind in dieser Situation nicht im Sinne von Art. 327a Abs. 1 OR für die Arbeitsausführung notwendig.

Arbeitsrecht

Keine Pflicht zur Offenlegung von Schwangerschaft

Eine Arbeitnehmerin ist grundsätzlich nicht verpflichtet, die Arbeitgeberin vor Abschluss eines Arbeitsvertrages oder während der laufenden Probezeit über eine bestehende Schwangerschaft zu informieren. Ein vor Beginn einer Festanstellung laufender Praktikumsvertrag ist bei der Berechnung der massgebenden Probezeitdauer zu berücksichtigen.

In einem französischsprachigen Entscheid vom 6. Mai 2019 (4A_594/2018) hatte sich das Bundesgericht mit folgendem Sachverhalt zu befassen:

Eine Arbeitgeberin, welche im Bereich des Verkaufs von Haushaltsgeräten tätig ist, stellte eine Arbeitnehmerin in einer ersten Phase befristet von Juli bis September 2015 ohne schriftlichen Arbeitsvertrag als «Stagiaire» im Verkaufsbereich an. Am 1. Oktober 2015 unterzeichneten die Parteien einen Arbeitsvertrag von unbestimmter Dauer mit einer vereinbarten Probezeit von drei Monaten.

Am 27. Oktober 2015 informierte die Arbeitnehmerin die Arbeitgeberin über ihre seit Juli bestehende Schwangerschaft. Noch am gleichen Tag kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der für die Probezeit geltenden siebentägigen Kündigungsfrist. Die Arbeitnehmerin machte geltend, die Kündigung sei zufolge Schwangerschaft nichtig und bot gegenüber der Arbeitgeberin (vergeblich) ihre Arbeit an. In der Folge klagte die Arbeitnehmerin auf Lohnzahlung zufolge nichtiger Kündigung. Beide kantonalen Gerichtsinstanzen hiessen die Klage gut.

Eine von der Arbeitgeberin dagegen eingereichte Beschwerde wies das Bundesgericht ab. Die Arbeitgeberin machte vorab geltend, der Arbeitnehmerin sei noch in der Probezeit gekündigt worden. Da der zeitliche Kündigungsschutz bei Schwangerschaft gemäss Art. 336c OR erst nach Ablauf der Probezeit gelte, sei die Kündigung nicht nichtig.

Das Bundesgericht hielt dafür, dass zwischen den Parteien seit Juli 2015 ein ununterbrochenes Arbeitsverhältnis bestanden habe. Dies gelte unabhängig davon, dass die Parteien die erste Phase zwischen Juli und September 2015 als «Praktikumsvertrag» bezeichnen und erst anschliessend von einem «Arbeitsvertrag»

gesprochen hätten. Die Bezeichnung des Vertrages sei nicht das alleinige Kriterium für die juristische Qualifikation von Vertragsverhältnissen. Die unmittelbare oder enge zeitliche Abfolge zweier Arbeitsverträge dürfe nicht zu einer Verlängerung der gesetzlich maximalen Probezeit von drei Monaten führen. Dies gelte auch im vorliegenden Fall, weshalb die Probezeit im Zeitpunkt der von der Arbeitgeberin ausgesprochenen Kündigung (27. Oktober 2015) bereits abgelaufen sei und daher der zeitliche Kündigungsschutz bei Schwangerschaft vorliegend zur Anwendung gelange.

Als weiteres Argument führte die Arbeitgeberin ins Feld, die Arbeitnehmerin habe gegen das Rechtsmissbrauchsverbot gemäss Art. 2 ZGB verstossen, weil sie mit der Mitteilung der Schwangerschaft bis nach der Unterzeichnung des unbefristet abgeschlossenen Arbeitsvertrages im Oktober 2015 zugewartet habe. Auch dieser Argumentation war kein Erfolg beschieden. Das Bundesgericht erinnerte daran, dass das Obligationenrecht den nach Ablauf der Probezeit geltenden zeitlichen Kündigungsschutz bei Schwangerschaft nicht von einer Ankündigung derselben abhängig mache. Von besonderen Umständen abgesehen – namentlich wenn die vorgeschlagene Arbeit von einer schwangeren Person nicht ordnungsgemäss ausgeführt werden könne – bestehe für eine Arbeitnehmerin weder vor Abschluss des Arbeitsvertrages noch während laufender Probezeit eine Pflicht, über eine bestehende Schwangerschaft zu informieren. Das Bundesgericht erkannte im vorliegenden Fall keinen besonderen Umstand im vorgenannten Sinne und taxierte daher die verzögerte Mitteilung der Schwangerschaft durch die Arbeitnehmerin nicht als missbräuchlich.

Aus diesen Gründen wies das Bundesgericht die Beschwerde der Arbeitgeberin ab und bestätigte den Entscheid der Vorinstanz.

KOMMENTAR

Der vorliegende Bundesgerichtsentscheid ist in zweierlei Hinsicht von Interesse und Bedeutung:

Zum einen ruft er in Erinnerung, dass bei einer befristeten Probeanstellung (sei diese als «Praktikum» oder anderswie betitelt) mit anschliessender Festanstellung von einem einzigen Arbeitsverhältnis auszugehen ist. Dies hat unter anderem zur Folge, dass die Zeit ab Beginn der Probeanstellung als Probezeit mitgezählt wird. Hat die Probeanstellung drei Monate oder länger gedauert, kann im Rahmen der Festanstellung keine Probezeit mehr vereinbart werden. In einem solchen Fall gelten die gesetzlichen Kündigungsfristen für eine ordentliche Kündigung wie auch der zeitliche Kündigungsschutz – namentlich im Falle von Krankheit, Unfall oder Schwangerschaft - ab Beginn der Festanstellung.

Zum anderen hat das Bundesgericht festgehalten, dass seitens einer Arbeitnehmerin weder vor Abschluss eines Arbeitsvertrages noch während der Probezeit eine Offenbarungspflicht besteht, den Arbeitgeber über eine bestehende Schwangerschaft zu informieren. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht lediglich dann, wenn die Arbeit von Schwangeren nicht oder nicht ordnungsgemäss ausgeführt werden kann. Zu denken ist diesbezüglich etwa an Fälle körperlich anstrengender Arbeit oder an Arbeiten, bei denen die Gesundheit einer Schwangeren oder ihres ungeborenen Kindes gefährdet wäre. Ein Arbeitgeber ist dementsprechend auch nur in diesem engen Rahmen berechtigt, bei einem Vorstellungsgespräch das Thema Schwangerschaft anzusprechen.

Arbeitsrecht

Gleichstellungsgesetz schützt nicht bei direkter Diskriminierung aufgrund sexueller Orientierung

Das Bundesgericht verneinte die Geltendmachung einer direkten Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung gestützt auf das Gleichstellungsgesetz. Ein Bewerber für eine Zeitmilitärstelle hatte vergeblich geltend gemacht, ihm sei die Anstellung wegen seiner sexuellen Orientierung (Homosexualität) verweigert worden.

In einem Entscheid vom 5. April 2019 (8C_594/2018; zur amtlichen Publikation vorgesehen) hatte sich das Bundesgericht mit der Frage zu befassen, ob eine Benachteiligung aufgrund der sexuellen Orientierung unter das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Mann und Frau fällt (GIG).

Im Jahr 2015 schloss A. mit der Gruppe Verteidigung einen befristeten Arbeitsvertrag als Einheitskommandant mit Zusatzfunktion in einer Schule ab. Für das Jahr 2016 bewarb er sich wieder um dieselbe, erneut ausgeschriebene Zeitmilitärstelle. Im Januar 2016 teilte ihm der Kommandant der Schule mit, eine Verlängerung der Anstellung sei nicht möglich, da die Schule nur bis Ende Januar 2016 über eine Stelle verfüge.

Im September 2016 und Dezember 2016 beantragte A. den Erlass einer Verfügung betreffend die Nichtanstellung als Zeitmilitär. Er begründete dies damit, dass ihm die Anstellung aufgrund seiner sexuellen Orientierung (Homosexualität) verweigert worden und deshalb abzuklären sei, ob eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorliege. Mit Verfügung vom Januar 2017 verneinte die Gruppe Verteidigung die Diskriminierung mit der Begründung, dass die Zeitmilitärstelle nicht mehr vorhanden sei und A. zudem die Bedingungen für eine Anstellung als angehender Berufsoffizier wegen seines Alters nicht mehr erfüllen könne.

A. gelangte daraufhin zuerst an das Bundesverwaltungsgericht und danach an das Bundesgericht, jeweils mit der Begründung, ihm sei die Anstellung aufgrund seiner sexuellen Orientierung verweigert worden. Dies stelle eine direkte Diskriminierung im Sinne des GIG dar und es stünden ihm eine Entschädigung und eine Genugtuung zu.

Das Bundesgericht hielt zunächst fest, dass abgewiesene Stellenbewerber gemäss den einschlägigen Bestimmungen des Bundespersonalgesetzes keinen An-

spruch auf Erlass einer anfechtbaren Verfügung hätten und eine Beschwerde an das Bundesgericht somit nicht zulässig sei. Allerdings seien Rechtsmittel gegeben, wenn eine Diskriminierung im Sinne von Art. 3 GIG vorliegen würde. Das Bundesgericht könne somit auf die entsprechende Beschwerde von A. nur eintreten, sofern der Streitgegenstand unter das GIG falle. Soweit A. seine Beschwerde auf andere gesetzliche Grundlagen stütze, sei auf diese nicht einzutreten.

Strittig war somit, ob eine Benachteiligung aufgrund der sexuellen Orientierung eine direkte Diskriminierung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GIG darstellen kann. Hierzu legte das Bundesgericht zunächst dar, dass nach Art. 8 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) niemand diskriminiert werden dürfe, namentlich auch nicht wegen der Lebensform. Nach Art. 8 Abs. 3 BV seien Mann und Frau gleichberechtigt und das GIG Sorge für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung (Art. 1 GIG). Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer dürften aufgrund ihres Geschlechts weder direkt noch indirekt benachteiligt werden (Art. 3 Abs. 1 GIG).

Im Rahmen der Gesetzesauslegung von Art. 3 Abs. 1 GIG hielt das Bundesgericht dafür, es ergebe sich bereits aus dem Wortlaut klar, dass die Diskriminierung mit dem Geschlecht im Zusammenhang stehen müsse. Auch der Gesetzeszweck (Förderung der tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann; Art. 1 GIG) mache deutlich, dass es beim GIG um eine Gleichstellung der Geschlechter gehe.

Eine Diskriminierung gelte gemäss Rechtsprechung dann als direkt, wenn sich die Ungleichbehandlung ausdrücklich auf die Geschlechtszugehörigkeit oder auf ein Kriterium stütze, das nur von einem der beiden Geschlechter erfüllt werden könne und wenn sie sich sachlich nicht rechtfertigen lasse. Eine indirekte Diskriminierung liege demgegenüber vor, wenn eine an sich geschlechtsneutrale Regelung überwiegend die

Angehörigen des einen Geschlechts gegenüber denjenigen des anderen erheblich benachteiligen würde, ohne dass dies sachlich gerechtfertigt wäre.

Das Bundesgericht verwies darauf, dass ein Teil der Lehre die Auffassung vertrete, es stelle eine Form der direkten Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gemäss Art. 3 Abs. 1 GIG dar, wenn Personen aufgrund ihrer Homosexualität ungleich behandelt würden. Ein anderer Teil vertrete die Gegenmeinung mit dem Argument, dass eine geschlechtsspezifische Ungleichbehandlung formal ersichtlich sein müsse, um als direkte Diskriminierung zu gelten. Eine generelle Unterstellung der sexuellen Orientierung unter den Tatbestand der direkten Diskriminierung, ohne dass die Angehörigen eines Geschlechts überwiegend nachteilig betroffen wären, entspreche nicht dem Hauptgedanken des GIG, zumal sowohl Männer als auch Frauen homosexuell sein könnten. Anders wäre es, wenn etwa homosexuelle Frauen eingestellt würden, nicht aber homosexuelle Männer, da in diesen Konstellationen direkt

am Geschlecht der sich bewerbenden Person angeknüpft würde.

Das Bundesgericht gelangte zum Schluss, eine direkte Diskriminierung gemäss Art. 3 Abs. 1 GIG aufgrund der sexuellen Orientierung falle ausser Betracht. Es bestünden erhebliche Hinweise dafür, dass dies dem Willen des Gesetzgebers entspreche. Eine solche Gesetzesauslegung stehe ihm Übrigen auch im Einklang mit dem Zweck und dem Wortlaut der Bestimmung. Ferner könnten sowohl Frauen als auch Männer homosexuell sein, weshalb es für eine direkte Diskriminierung an der erforderlichen Geschlechtsspezifität fehle. Erfolge eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung einer Bewerberin oder eines Bewerbers, stütze sich diese gerade nicht auf die Geschlechtszugehörigkeit oder ein Kriterium, das nur von einem der beiden Geschlechter erfüllt werden könne.

Das Bundesgericht wies deshalb die Beschwerde von A. ab, soweit darauf einzutreten war, und bestätigte den Entscheid der Vorinstanz.

KOMMENTAR

Es ist grundsätzlich zu begrüssen, dass das Bundesgericht die umstrittene Frage beantwortet hat, ob eine direkte Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung unter Art. 3 Abs. 1 GIG fällt. Dass das Bundesgericht zum Schluss gelangte, die sexuelle Orientierung falle eben gerade nicht unter besagten Artikel ist zumindest mit Blick auf den Zweck und den Wortlaut des GIG konsequent.

Dies heisst indessen nicht, dass Stellenbewerber, welche aufgrund ihrer sexuellen Orientierung abgewiesen werden, keinerlei Möglichkeit hätten, dagegen vorzugehen. Das Bundesgericht lässt, da A. dies nicht geltend gemacht hatte, insbesondere offen, ob nicht allenfalls aufgrund einer indirekten Diskriminierung gemäss Art. 3 Abs. 1 GIG Ansprüche geltend gemacht werden könnten. Des Weiteren wird in der Lehre vertreten, ein aufgrund seiner sexuellen Orientierung abgewiesener Stellenbewerber könne aufgrund einer Persönlichkeitsverletzung vorgehen. Zu prüfen wäre zudem, ob eine entsprechende Diskriminierung von Art. 8 Abs. 2 BV, der EMRK oder anderen internationalen Übereinkommen erfasst wird.

Der Inhalt dieses Newsletters stellt keine Rechtsauskunft dar und darf nicht als solche verwendet werden. Für eine persönliche Beratung wenden Sie sich bitte an Ihre Kontaktperson bei Suter Howald Rechtsanwälte oder an eine der folgenden Personen:



Dr. André Bloch

Partner

andre.bloch@suterhowald.ch



Dr. Mauro Loosli

Partner

mauro.loosli@suterhowald.ch



Sonja Stark-Traber, LL.M.

Partnerin

sonja.stark@suterhowald.ch



Jennifer Ehrensperger

Senior Associate

jennifer.ehrensperger@suterhowald.ch

Suter Howald Rechtsanwälte – Attorneys at Law

Stampfenbachstrasse 52

Postfach

CH-8021 Zürich

Tel. +41 44 630 48 11

Fax +41 44 630 48 15

www.suterhowald.ch