

Prof. Dr. Kurt Pärli

Neues beim arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutz – mit einem Seitenblick auf die Entwicklung in der Europäischen Union

Völker- und Verfassungsrecht verpflichten die staatlichen Behörden zu einem umfassenden Schutz vor Diskriminierung aufgrund von Persönlichkeitsmerkmalen. Im schweizerischen Arbeitsrecht schützen das Gleichstellungsgesetz und neuerdings auch das Freizügigkeitsabkommen vor diskriminierender Behandlung wegen des Geschlechts oder wegen der EU-ausländischen Staatsangehörigkeit. Im EU-Recht ist der Schutz vor Diskriminierung aufgrund anderer Merkmale, namentlich des Alters stärker ausgebaut. De lege ferenda wird auch die Schweiz nicht um einen Ausbau des Diskriminierungsschutzrechts herumkommen.

Rechtsgebiet(e): Arbeitsrecht; Beiträge

Zitiervorschlag: Kurt Pärli, Neues beim arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutz – mit einem Seitenblick auf die Entwicklung in der Europäischen Union, in: Jusletter 7. Februar 2011

Inhaltsübersicht

- I) Einleitung
- II) Völker- und verfassungsrechtliche Ausgangslage
 - 1. Völkerrechtliche Verpflichtungen zum Diskriminierungsschutz
 - 2. Unmittelbare Anwendbarkeit der Diskriminierungsverbote
 - 3. Verfassungsrechtliche Verpflichtungen
 - 4. Zwischenfazit und Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens Schweiz
- III) Ausgewählte Rechtsprechung
 - 1. Bundesgerichtsentscheid 4A.593/2009: FZA verdrängt GAV
 - 2. Diskriminierungsfälle im öffentlichen Personalrecht
 - 2.1 Diskriminierung wegen einer Behinderung
 - 2.2 Diskriminierende LohnEinstufung
- IV) Arbeitsrechtlicher Schutz vor Diskriminierung in der Europäischen Union
 - 1. Rechtliche Verankerung im Primär- und Sekundärrecht
 - 2. Rechtsprechung des EuGH zum Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters
- V) Schlussbetrachtungen

I) Einleitung

[Rz 1] Ausserhalb des Gleichstellungsgesetzes fristet der arbeitsrechtliche Diskriminierungsschutz im schweizerischen Arbeitsrecht ein recht bescheidenes Dasein. Bundesgericht und die arbeitsrechtliche Lehre betonen die Herrschaft der Vertragsfreiheit als ein Wesensmerkmal des schweizerischen Arbeitsrechts¹, namentlich auch bei Fragen des Kündigungsschutzes² und im Bereich von Anstellungsdiskriminierungen³. Im folgenden Beitrag wird die These vertreten, dass völker- und verfassungsrechtliche Entwicklungen, die zunehmende Bedeutung des arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutzes in der Europäischen Union und vereinzelte schweizerische Gerichtsentscheide den Schluss zu lassen, dass der arbeitsrechtliche Diskriminierungsschutz in Zukunft gerade auch in der Schweiz an Bedeutung gewinnen wird.

II) Völker- und verfassungsrechtliche Ausgangslage

1. Völkerrechtliche Verpflichtungen zum Diskriminierungsschutz

[Rz 2] Schutz vor Diskriminierung bildet seit Ende des zweiten Weltkrieges fester Bestandteil des internationalen Menschenrechtsschutzes⁴. In zahlreichen völkerrechtlichen Abkommen finden sich Diskriminierungsverbote, die den Ratifikationsstaaten die Pflicht auferlegen, innerstaatlich für

wirksamen Diskriminierungsschutz zu sorgen, namentlich auch in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen⁵.

[Rz 3] Für die Schweiz sind nicht alle dieser Abkommen verbindlich. Nicht ratifiziert hat die Schweiz das Abkommen Nr. 158 der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO), das eine arbeitsrechtliche Kündigung nur aus sachlichen Gründen zulässt⁶. Weiter abseits steht die Schweiz bekanntlich bei der Europäischen Sozialcharta⁷ und auch, vorläufig noch, bei der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderung⁸. Beide Abkommen beinhalten Normen zum Schutz vor Diskriminierung im Arbeitsleben⁹. Die UN-Behindertenkonvention schreibt in Art. 27 vor, dass die Vertragsstaaten durch den Erlass von Rechtsvorschriften Diskriminierung aufgrund einer Behinderung «in allen Fragen der Beschäftigung jeder Art einschliesslich der Bedingungen in Bezug auf Rekrutierung, Einstellung und Beschäftigung, Weiterbeschäftigung, Aufstieg (...)» zu verbieten hat. Die Staaten müssen weiter dafür sorgen, dass Arbeitgebende zum Abbau behinderungsbedingter Nachteile verpflichtet werden. Die schweizerische Rechtslage erfüllt diese Anforderungen kaum: Im Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen¹⁰ ist der ganze Bereich privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse nicht erfasst¹¹. Private Arbeitgeber müssen demzufolge gestützt auf das BehiG gegenüber behinderten Arbeitnehmenden keine besonderen Vorkehrungen treffen, um behinderungsbedingte Nachteile auszugleichen.

[Rz 4] Als Nicht-EU-Mitglied muss die Schweiz auch nicht die Richtlinien 2000/78/EG und 2043/78/EG umsetzen, die von Mitgliedstaaten im Bereich Arbeit und Beschäftigung strenge

¹ Frank Vischer, Die Betriebstreue des Arbeitnehmers als Schranke der Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers, recht 2006, 112 ff.; Jean Fritz Stöckli, Das Kündigungsrecht als Hindernis für betriebliche Strukturveränderungen, ArbR 2007, 191 ff.

² Kurt Pärli, Die arbeitsrechtliche Kündigungsfreiheit zwischen Mythos und Realität, AJP 6/2010, 715 ff.

³ Thomas Geiser, Diskriminierung am Arbeitsplatz: Die Rechtslage in der Schweiz, in: Tangram Nr. 11 / September 2001, 13–21.

⁴ Walter Kälin/Jörg Künzli, Universeller Menschenrechtsschutz, 2. Auflage, Basel 2008, 16 ff.

⁵ Dazu umfassend: Kurt Pärli, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis: völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Habil. St. Gallen, Bern 2009, N 128-130.

⁶ IAO Übereinkommen 158, Übereinkommen über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber, 1982, Art. 4.

⁷ Kurt Pärli/Edgar Imhof, Die Vereinbarkeit der schweizerischen Rechtsordnung mit der (revidierten) Europäischen Sozialcharta, in: Jusletter 6. Juli 2009.

⁸ UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, UN, A/61/611. Am 22. Dezember 2010 hat der Bundesrat das Vernehmlassungsverfahren zum Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (ICRPD) eröffnet, siehe dazu die Medienmitteilung unter www.eda.admin.ch/eda/de/home/recent/media/single.html?id=36931 (besucht: 26. Januar 2011).

⁹ Art. 27 UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen; Art.19 Abs. 4 und 5 der Europäischen Sozialcharta legt fest, dass Wanderarbeitnehmer/innen diskriminiert werden dürfen. Die revidierte Sozialcharta von 1996 enthält in Teil V in Art. E ein allumfassendes Diskriminierungsverbot.

¹⁰ Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen, SR 151.3.

¹¹ Kurt Pärli/Annette Lichtenauer/Alexandra Caplazi, Literaturanalyse «Integration in die Arbeitswelt durch Gleichstellung», Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderung EBGB, Bern 2007, N 4.21.

Gesetze zum Schutz vor Diskriminierung aufgrund der Rasse/ethnische Herkunft, des Alters, einer Behinderung, der Weltanschauung/Religion und der sexuellen Orientierung fordert¹².

[Rz 5] Für die Schweiz verbindlich sind die folgenden völkerrechtlichen Abkommen, die alle mehr oder weniger ausdrücklich einen wirksamen Schutz vor Diskriminierung in privaten Arbeitsverhältnissen verlangen.

- Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbpr)¹³ und der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskr)¹⁴
- Übereinkommen über die Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (....)¹⁵.
- Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung¹⁶,
- Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO)¹⁷. Dieses Abkommen ist die «Mutter aller Diskriminierungsnormen im Arbeitsrecht» und gehört zu den 8 Kernabkommen der IAO, die auch dann gelten, wenn sie nicht ratifiziert sind¹⁸.

[Rz 6] Das IAO-Übereinkommen definiert auch, wann eine Diskriminierung vorliegt: «... 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 Gegebenheiten oder der Behandlung in Beschäftigung oder Beruf aufzuheben oder zu beeinträchtigen»¹⁹. Diese Definition enthält drei Elemente:

- ein faktisches Element (die Tatsache einer Unterscheidung, Ausschliessung oder Bevorzugung)
- ein verpöntes Unterscheidungsmerkmal (die aufgezählten Diskriminierungsgründe)
- und das Ergebnis der ungleichen Behandlung

[Rz 7] Keine Diskriminierung liegt vor, wenn das

Unterscheidungsmerkmal eine für die konkrete Tätigkeit entscheidende berufliche Anforderung darstellt²⁰.

2. Unmittelbare Anwendbarkeit der Diskriminierungsverbote

[Rz 8] Die praktische Bedeutung der arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbote in den vorgenannten Abkommen ist umstritten, namentlich was die Frage der Adressaten betrifft. Handelt es sich um programmatische Normen, die sich an den Staat und primär an den Gesetzgeber richten oder sind die Diskriminierungsverbote oder Teile davon unmittelbar anwendbar, allenfalls sogar in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen? Eine Norm ist nach bundesgerichtlicher Praxis dann unmittelbar anwendbar, «... wenn sie inhaltlich hinreichend bestimmt und klar ist, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides zu bilden. Die erforderliche Bestimmtheit geht vor allem blossen Programmartikeln ab. Sie fehlt auch Bestimmungen, die eine Materie nur in Umrissen regeln, dem Vertragsstaat einen beträchtlichen Ermessens- oder Entscheidungsspielraum lassen oder blosser Leitgedanken enthalten, sich also nicht an die Verwaltungs- oder Justizbehörden, sondern an den Gesetzgeber richten²¹».

[Rz 9] Im Lichte dieser Formel ist meines Erachtens der Anspruch auf gleichen Lohn für gleiche Arbeit ohne Unterschied der Rasse (nach der Rassendiskriminierungskonvention) und aufgrund weiterer Diskriminierungsmerkmale gemäss UN-Pakt I unmittelbar anwendbar und dies auch in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen, anderslautende vertragliche Lohnvereinbarungen sind demzufolge nichtig²².

[Rz 10] Ob das Bundesgericht dieser Auslegung folgen würde, ist allerdings fraglich, neigt es doch dazu, die Bestimmungen des UN-Sozialpaktes als nicht unmittelbar anwendbar zu qualifizieren²³. Mit Urteil vom 4. Mai 2010 verwirft das Bundesgericht die Auffassung der Vorinstanz (Genfer Appellationsgericht), Art. 7 lit. d UN-Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, der ein Recht auf «Vergütung gesetzlicher Feiertage» garantiert, sei unmittelbar anwendbar. Hintergrund des Falles bildet die Frage, ob auch im Stundenlohn beschäftigte Arbeitnehmende einen Anspruch auf Bezahlung gesetzlicher Feiertage haben. Nach dem Genfer Urteil ist dies unter Berufung auf den UN-Pakt zu bejahen. Das Bundesgericht indes anerkennt einzig den ersten August als auch für im Stundenlohn beschäftigte Arbeitnehmende bezahlten Feiertag (gestützt auf Art. 110 Abs. 3 BV: Der erste August ist Bundesfeiertag. Er ist arbeitsrechtlich den Sonntagen gleichgestellt).

[Rz 11] Bei den arbeitsrechtlich relevanten völkerrechtlichen

¹² Siehe dazu umfassend: Pärli, Vertragsfreiheit (Fn 5), N 1122 ff.

¹³ SR 0.103.2.

¹⁴ SR 0.103.1.

¹⁵ SR 0.108; Pärli, Vertragsfreiheit (Fn 5), N 465, Hinweis auf Art. 11 Abs. 2 lit. a FDK.

¹⁶ Internationales Übereinkommen vom 21. Dezember 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, SR 0.104; Pärli, Vertragsfreiheit (Fn 5), N 433.

¹⁷ Übereinkommen Nr. 111 vom 25. Juni 1958 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf, SR 0.822.721.1; Pärli, Vertragsfreiheit (Fn 5), N 238 ff.

¹⁸ Lee Swepston, International Labour Law, in: Roger Blanpain (ed.), Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies, 9th edition, Austin 2007, 141.

¹⁹ Art. 1 Abs. 1 lit. a IAO-Abkommen Nr. 111.

²⁰ Art. 1 Abs. 2 IAO-Abkommen Nr. 111.

²¹ BGE 106 Ib 182, Erw. 3.

²² Pärli, Vertragsfreiheit (Fn 5), N 428-432.

²³ BGE 130 I 113, Erw. 3.3.; BGE 126 I 240, Erw. 2. und 3.

Diskriminierungsverboten stellen sich nicht nur innerstaatliche Anwendungsfragen. Die UN-Abkommen sehen in Zusatzprotokollen auch Individualbeschwerdeverfahren vor. Klägerinnen und Kläger können sich nach Ausschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzugs an den zuständigen Beschwerdeausschuss wenden. Der Ausschuss für die Rassendiskriminierungskonvention hat im Fall Yilmaz Dogan ./ Niederlande erkannt, die Niederlande habe das in Art. 6 verankerte Recht auf Arbeit verletzt, weil das niederländische Arbeitsamt bei der Beurteilung einer Kündigung die rassistischen Äusserungen des Arbeitgebers nicht in die Würdigung einbezog²⁴.

[Rz 12] Die Schweiz hat die Zusatzprotokolle zum Individualbeschwerdeverfahren bei der FDK²⁵ und der RDK²⁶ vor nicht allzu langer Zeit ratifiziert. Somit ist der Weg für Beschwerden an die jeweiligen Beschwerdeausschüsse offen. Bis heute ist soweit ersichtlich noch keine Beschwerde eingegangen.

3. Verfassungsrechtliche Verpflichtungen

[Rz 13] Diskriminierungsschutz im Arbeitsverhältnis ist auch aus verfassungsrechtlicher Sicht gefordert. Mit der Nachführung der Bundesverfassung wurden 1999 in Art. 8 Abs. 2 BV einerseits die bisherige Rechtsprechung zur Rechtsgleichheit und dem Willkürverbot und andererseits die für die Schweiz völkerrechtlich geltenden Diskriminierungsverbote ins Verfassungsrecht aufgenommen²⁷.

[Rz 14] Das Diskriminierungsverbot ist ein Grundrecht und richtet sich primär an den Staat und an Institutionen, die staatliche Aufgaben wahrnehmen. Unmittelbare Drittwirkung kommt einzig Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV zu (Anspruch auf gleichen Lohn für gleiche Arbeit). Nach Art. 35 Abs. 3 BV haben die Behörden dafür zu sorgen, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden. Angesichts des Machtungleichgewichts zwischen Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden ist das Arbeitsverhältnis ein geradezu idealtypischer Anwendungsfall für die Übertragung des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes auf das privatrechtliche Arbeitsverhältnis²⁸.

[Rz 15] Der Übertragungsvorgang erfolgt einerseits durch den Gesetzgeber, indem er für das Arbeitsverhältnis geltende Diskriminierungsschutznormen erlässt und andererseits

durch die rechtsanwendenden Behörden; Verwaltung und Gerichte haben namentlich die Generalklauseln in Art. 2 ZGB (Rechtsmissbrauchsverbot) zum Persönlichkeitsschutz in Art. 27/28 ZGB und Art. 328 und 328b OR sowie Art. 336 Abs. 1 lit. a und b OR verfassungs- und auch völkerrechtskonform auszulegen. Dabei haben Gesetzgeber wie Gerichte je in ihrem Kompetenzbereich eine Abwägung zwischen den ebenfalls grundrechtlich geschützten Arbeitgeberinteressen an Wirtschaftsfreiheit und Vertragsfreiheit und den Arbeitnehmerinteressen an Diskriminierungsschutz vorzunehmen²⁹.

[Rz 16] Die Umsetzung dieses Konzeptes lässt sich bei der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Schutz vor missbräuchlicher Kündigung erkennen. Auch ohne ausdrücklich darauf hinzuweisen, nimmt bspw. das Bundesgericht Wertungen zum Anspruch auf Schutz vor Diskriminierung wegen des Alters oder einer Krankheit bzw. Behinderung in seine Rechtsprechung auf; zu denken ist an den Rauchallergikerfall³⁰ oder an den Fall «Entlassung nach 44 Dienstjahren»³¹.

4. Zwischenfazit und Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens Schweiz

[Rz 17] Als Zwischenfazit ist festzuhalten: Völker- und verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbote wirken sich höchstens mittelbar auf die Arbeitsrechtspraxis aus.

[Rz 18] Ganz anders ist die Situation beim Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der EU und ihren Mitgliedstaaten (FZA) und dem Parallelabkommen mit den EFTA-Staaten³². Das Herzstück dieser Abkommen bildet ein allgemeines Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit, das für den Bereich Arbeit und Beschäftigung in Art. 7 FZA und in Artikel 9 Anhang I konkretisiert wird. Das arbeitsrechtlich relevante Diskriminierungsverbot umfasst den ganzen Lebenszyklus eines Arbeitsverhältnisses und mit auch die Kündigung. Verboten sind sowohl die direkte wie die indirekte Diskriminierung³³.

[Rz 19] Das Diskriminierungsverbot des FZA ist unmittelbar anwendbar. Das gilt vorab für die ausländerrechtlichen Vorschriften³⁴, darüber hinaus aber auch für die arbeitsrechtlichen Bestimmungen³⁵. Arbeitnehmende mit EU/EFTA Staatsangehörigkeit können sich deshalb vor schweizerischen

²⁴ CERD, Communication No. 1/1984, Yilmaz Dogan v. Netherland.

²⁵ Fakultativprotokoll vom 6. Oktober 1999 zum Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, SR 0.108.1.

²⁶ Internationales Übereinkommen vom 21. Dezember 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, SR. 0.104.

²⁷ BGE 126 II 377, Erw. 6a; Botschaft zur nachgeführten Bundesverfassung, BBl I 1997 208.

²⁸ Bernhard Waldmann, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote einerseits und der Rechtslage in den USA, in Deutschland, Frankreich sowie im europäischen Gemeinschaftsrecht andererseits, Habil. Freiburg, Bern 2003, 392.

²⁹ Zum ganzen ausführlich: Pärli, Vertragsfreiheit (Fn 5), N 712 ff.

³⁰ BGE 132 III 257.

³¹ BGE 132 III 115.

³² Zum Diskriminierungsverbot des FZA im Bereich Arbeitnehmende siehe: Pärli, Vertragsfreiheit (Fn 5), N 969 ff. und Chantal Delli, Verbotene Beschränkungen für Arbeitnehmende? Überlegungen zur Tragweite des Personenfreizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz sowie der EG und ihren Mitgliedstaaten, Diss. Basel 2008, Basel 2009, 43.

³³ Urteil des Bundesgerichts 4A_593/2009 vom 5. März 2010, Erw. 1.4.

³⁴ BGE 129 II 249, Erw. 3.3.

³⁵ Pärli, Vertragsfreiheit (Fn 5), N 969 ff.; Delli (Fn 32), 43

Behörden und Gerichten unmittelbar auf das FZA berufen. Unmittelbar anwendbar ist das FZA auch im EU-Raum, Angehörige der Vertragsparteien, also Staatsangehörige der EU-Staaten und Schweizerbürgerinnen und –bürger können sich in jedem EU-Staat auf das Abkommen berufen, wenn, vorliegend relevant, die arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbote des Abkommens verletzt sind³⁶.

III) Ausgewählte Rechtsprechung

1. Bundesgerichtsentscheid 4A_593/2009: FZA verdrängt GAV

[Rz 20] Die praktische Bedeutung der Diskriminierungsverbote des FZA zeigt eindrücklich der folgende Bundesgerichtsentscheid:

[Rz 21] Ein Hochbaufacharbeiter aus Deutschland trat im Jahre 2004 in den Dienst einer Unternehmung in der Schweiz ein. Vorgängig war er während elf Jahren als Maurer und Verputzer in diversen Betrieben in Deutschland tätig. Gestützt auf den Landesmantelvertrag für das Baugewerbe wurde der Mann in die Lohnklasse C eingeteilt, wogegen er im Jahre 2008 vor dem Kantonsgericht Glarus Beschwerde führte. Der Kläger verlangte, rückwirkend in die Lohnklasse Q eingeteilt zu werden. Die Lohnklasse Q setzt nach Art. 42 Landesmantelvertrag einen anerkannten Fachausweis und eine mindestens dreijährige Tätigkeit auf schweizerischen Baustellen voraus. Das Kantonsgericht lehnte die Klage auf Lohnzahlung von rund 25'000 Franken ab, das Obergericht Glarus indes gab dem Kläger Recht, wogegen die Arbeitgeberseite Beschwerde ans Bundesgericht einreichte³⁷.

[Rz 22] Das Bundesgericht stützt die Auffassung des Glarner Obergerichts, wonach Art. 42 Landesmantelvertrag eine indirekte Diskriminierung der EU-ausländischen Arbeitnehmer/innen bewirke. Im Ergebnis sind deshalb für die Lohneinstufung auch ausländische Arbeitserfahrungen anzurechnen. Grundlage der Entscheidung bildet Art. 9 Abs. 1 Anhang I des FZA: Ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger einer Vertragspartei ist, darf hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen nicht anders behandelt werden, als die inländischen Arbeitnehmer. Zwar knüpft Art. 42 Landesmantelvertrag nicht an das Kriterium Staatsangehörigkeit an (was eine direkte Diskriminierung bedeuten würde); das Unterscheidungskriterium «Dreijährige Erfahrung auf schweizerischen Baustellen» bewirkt indes eine indirekte Diskriminierung, da zumindest bis heute mehr Schweizer/innen als EU-Ausländer/innen über Erfahrungen auf Schweizer Baustellen verfügen³⁸.

[Rz 23] Bemerkenswert an der Entscheidung ist, dass der Landesmantelvertrag und damit auch der jetzt vom Bundesgericht als unzulässig erachtete Art. 42 vom Bundesrat genehmigt und für allgemeinverbindlich erklärt worden ist. Diese Erklärung schliesst eine gerichtliche Prüfung, ob die Bestimmungen eines GAV's gegen zwingendes Bundes- oder Völkerrecht verstossen, offensichtlich nicht aus³⁹. Für die betroffenen Arbeitgeber ist die nun geschuldete Nachzahlung unbefriedigend; sie sollten sich an sich auf den ausgehandelten GAV und erst recht auf die behördliche Genehmigung verlassen dürfen. Eine Staatshaftung wird jedoch an den Tücken des Widerrechtlichkeitserfordernisses scheitern⁴⁰.

[Rz 24] Einen weiteren Aspekt gilt es im vorliegenden Fall zu beachten: Mit dem Freizügigkeitsabkommen hat die Schweiz den Stand der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) bis zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (Juni 1999) übernommen⁴¹. Der EuGH hielt in mehreren Entscheidungen vor diesem Stichtag – ich verweise nur auf die Rechtssache Bosman⁴² – fest, dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht nur den Staat sondern auch sogenannte kollektive Akteure – Verbände mit staatsähnlicher Gestaltungsmacht – in die Pflicht nehmen würde. In der Rechtssache Angonese⁴³ hat der EuGH (im Jahre 2001) zudem die europarechtlich lang umstrittene Frage, ob auch ein einzelner Arbeitgeber unmittelbar an die Arbeitnehmerfreizügigkeit und das entsprechende Diskriminierungsverbot gebunden sei, bejaht. Auch aus dieser Perspektive ist davon auszugehen, dass auch Bestimmungen eines Einzelarbeitsvertrages gegen das unmittelbar anwendbare Diskriminierungsverbot des FZA verstossen können. Die kürzlich bekannt gewordene Praxis einzelner Arbeitgeber, Grenzgängern/innen den Lohn zu reduzieren, ist deshalb kaum mit dem arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbot des FZA zu vereinbaren. Art. 9 Abs. 4 Anhang I FZA hält unmissverständlich fest, dass diskriminierende Vertragsbestimmungen u.a. betreffend der Entlohnung von Rechts wegen nichtig sind.

[Rz 25] Wird Grenzgänger/innen im Vergleich zu Arbeitnehmer/innen mit inländischem Wohnsitz für die gleiche Arbeit ein tieferer Lohn ausgerichtet, so stellt dies zwar keine direkte aber eine indirekte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit dar. Ob das Bundesgericht die aufgrund des Eurokurses gesunkenen Lebenshaltungskosten als ausreichende Rechtfertigungsgründe für die indirekte Diskriminierung akzeptieren würde, ist äusserst fraglich.

³⁶ EuGH v. 22. Dezember 2008, Rs C-13/08, Hauser.

³⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_593/2009 vom 5. März 2010.

³⁸ Urteil des Bundesgerichts 4A_593/2009 vom 5. März 2010, Erw. 1.5.

³⁹ Urteil des Bundesgerichts 4A_593/2009 vom 5. März 2010.

⁴⁰ Staatshaftung nach Verantwortlichkeitsgesetz setzt Widerrechtlichkeit voraus, ein reiner Vermögensschaden wird nur bei Vorliegen einer relevanten Schutznorm ersetzt; BGE 123 II 577, Erw. 4; BGE 132 II 305, Erw. 4; BGE 132 II 449, Erw. 3.3.

⁴¹ Art. 16 Abs. 2 FZA.

⁴² EuGH v. 15. Dezember 1995, Rs C-415/93, Bosman.

⁴³ EuGH v. 6. Juni 2000, Rs C-281/98, Angonese.

2. Diskriminierungsfälle im öffentlichen Personalrecht

[Rz 26] Die nächsten beiden Diskriminierungsfälle betreffen das öffentliche Personalrecht, beide Entscheide sind jedoch auch für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse nicht ohne Bedeutung.

2.1 Diskriminierung wegen einer Behinderung

[Rz 27] Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil vom 29. April 2008 eine gestützt auf das Behindertengleichstellungsgesetz⁴⁴ erhöhte Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin gegenüber Arbeitnehmenden mit einer Behinderung erkannt⁴⁵. Trotz anderer rechtlicher Grundlage lässt sich diese Entscheidung in die Reihe verschiedener Bundesgerichtsentscheide einordnen, die ebenfalls eine erhöhte Fürsorgepflicht gegenüber bestimmten Arbeitnehmerkategorien zum Inhalt haben (ältere, gesundheitlich angeschlagene Arbeitnehmende, Rauchallergiker, Mobbingopfer usw.)⁴⁶.

[Rz 28] Im fraglichen Bundesverwaltungsgerichtsentscheid war eine Kündigung an eine Reinigungsmitarbeiterin des Amtes für Bundesbauten streitig. Die an einer leichten Geistesschwäche und Sprachschwierigkeiten leidende langjährige Mitarbeiterin hatte nach einer Versetzung im Zusammenhang mit einem neuen Reinigungskonzept zwar fachlich weiterhin ansprechende Qualifikation erhalten, ihre Sozial- und Selbstkompetenz wurde jedoch als ungenügend beurteilt. Nach mehreren erfolglosen Ermahnungen zur Änderung des Verhaltens wurde der Mitarbeiterin schliesslich gekündigt, die Verhaltensmängel seien nicht die Folgen einer Behinderung sondern vielmehr auf ihren «revoltierenden Charakter» zurückzuführen. Die Beschwerdeführerin könne sich zudem nicht auf das Behindertengleichstellungsgesetz berufen, da es ihr an der Behinderteneigenschaft fehle. Das Bundesverwaltungsgericht anerkannte die Beeinträchtigung der Beschwerdeführerin als Behinderung im Sinne des Behindertengleichstellungsgesetzes (BehiG). Nach Art. 13 Abs. 1 BehiG muss der Arbeitgeber Bund alles daran setzen, Behinderten gleiche Chancen wie nicht Behinderten anzubieten. Daraus folgert das Bundesverwaltungsgericht eine erhöhte Fürsorgepflicht gegenüber behinderten Arbeitnehmenden. Diese Pflicht erfordere u.a., dass behinderungsbedingte Nachteile ausgeglichen werden müssen. Eine Benachteiligung von Personen mit Behinderung im Sinne des BehiG liegt auch vor, wenn eine unterschiedliche Behandlung fehlt, die zur tatsächlichen Gleichstellung notwendig sei. Im konkreten Fall hätte das Amt für Bundesbauten deshalb

das neue Reinigungskonzept nicht unterschiedslos auf alle Mitarbeitenden anwenden dürfen. Die Verantwortlichen hätten das Konzept (Zitat) «holzschnittartig, d.h. undifferenziert, auf alle Reinigungsmitarbeitenden gleich angewendet». Die Beschwerdeführerin sei damit zu Unrecht nach den gleichen strengen Kriterien beurteilt worden wie ihre nichtbehinderten Kolleginnen und Kollegen. Die Kündigung erwies sich u.a. deshalb als nicht rechtmässig.

[Rz 29] Mindestens drei Aspekte des Falles sind bemerkenswert: Erstens hat das Bundesverwaltungsgericht klargestellt, dass nicht invalid zu sein braucht, wer unter den Schutz des Benachteiligungsverbotes des BehiG fällt. Das gilt zweifellos auch für das an Private gerichtete Diskriminierungsverbot des BehiG. Zweitens wird gezeigt, dass die materielle Gleichbehandlung manchmal nur durch eine formale Ungleichbehandlung zu erreichen ist. Drittens zeigen die ausführlichen Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts die Wurzeln und Verwandtschaft des behinderungsbedingten Gleichbehandlungsanspruchs zu Art. 6 Arbeitsgesetz und Art. 328 OR. Daraus folgt eine erhöhte Fürsorgepflicht, bei deren Verletzung eine Kündigung als ungültig (im öffentlichen Personalrecht) bzw. missbräuchlich (im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis) qualifiziert werden kann.

2.2 Diskriminierende Lohneinstufung

[Rz 30] Die nächste Entscheidung betrifft den Anspruch von Frauen und Männern auf gleichen Lohn für gleiche und gleichwertige Arbeit (Art. 3 Gleichstellungsgesetz)⁴⁷. Das Urteil vom 31. August 2010⁴⁸ betrifft die Einstufung verschiedener Gesundheitsberufe im Kanton Sankt Gallen. Die Klagen monierten, die typischen Frauenberufe Krankenpflege, Hebamme, medizinisch-technische Radiologie, technische Operationsfachfrauen, med. Laboranten/innen seien im Vergleich zum typischen männlichen Beruf des Polizisten zu tief eingestuft. Die Vorinstanz hat die kantonale Einstufung gestützt auf ein arbeitswissenschaftliches Gutachten gestützt.

[Rz 31] Weitgehend unproblematisch sind Lohndiskriminierungsfälle bei Vorliegen identischer Tätigkeiten. Weitaus schwieriger ist die Eruierung der Gleichwertigkeit verschiedener Tätigkeiten. Diese Ausgangslage prägte auch den vorliegenden Fall. Das Bundesgericht ruft vorerst die in seiner Rechtsprechung entwickelten Leitplanken zur Feststellung gleichwertiger Tätigkeiten in Erinnerung⁴⁹.

[Rz 32] Ob eine Tätigkeit als gleichwertig anzusehen ist oder nicht, lasse sich nach Bundesgericht nicht wissenschaftlich objektiv und wertfrei feststellen. Die zuständigen Behörden hätten bei der Ausgestaltung des Gehaltssystems einen erheblichen Freiraum. Eine Arbeitsplatzbewertung verstosse

⁴⁴ Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen, SR 151.3.

⁴⁵ BVGE A-6550/2007.

⁴⁶ BGE 132 III 257 (Rauchallergikerfall); BGE 132 III 115 (Entlassung nach 44 Dienstjahren); BGE 125 III 70 (Mobbing); Urteil des Bundesgerichts 4A_102/2008 vom 27. Mai 2008 (Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf die gesundheitliche Situation des Arbeitnehmers).

⁴⁷ Bundesgesetz vom 24. März über die Gleichstellung von Frau und Mann, SR 151.1.

⁴⁸ Urteil des Bundesgerichts 8C_78/2009 vom 31. August 2010.

⁴⁹ Urteil des Bundesgerichts 8C_78/2009 vom 31. August 2010, Erw. 5.1.

nicht schon deshalb gegen das Diskriminierungsverbot, wenn eine andere Bewertung ebenfalls mit guten Gründen vertretbar wäre und die Rechtfertigung von Lohnunterschieden erfordere keine wissenschaftlichen Nachweise, sondern nur sachlich haltbare Motive. Schliesslich erwähnt das Bundesgericht, geschlechtsdiskriminierend könnten nur Lohnunterschiede zwischen typisch männlichen und typisch weiblichen oder zwischen geschlechtstypischen und geschlechtsneutralen Funktionen sein, nicht aber Differenzen zwischen zwei typisch weiblichen Funktionen⁵⁰. Die Vorinstanz hat zutreffend erkannt, dass die Berufsgruppe der Krankenschwestern (heute: Gesundheitsfachpersonen) auf Diplomniveau 2 und der Hebammen im Vergleich zu den Polizisten und Rettungssanitätern zu tief entlohnt werden. Die arbeitswissenschaftliche Untersuchung zeigt jedoch auch, dass die ebenfalls weiblich dominierten Berufsgruppen der technischen Operationsassistenten/innen, der medizinischen Laboranten/innen und der medizinisch-technischen Radiologieassistenten/innen im Vergleich zum Polizeiberuf zu hoch eingestuft sei. Der gesamthafte Vergleich der Berufsgruppen zeigt nun, dass die Hebammen und Krankenschwestern auch im Vergleich zu den ebenfalls weiblich dominierten Berufsgruppen zu tief entlohnt würden. Daraus folgert die Vorinstanz, dass keine geschlechtsbedingte Diskriminierung vorliege⁵¹. Das Bundesgericht entschied demgegenüber, eine Diskriminierung könne auch vorliegen, wenn Angestellte des gleichen Geschlechts ungleich behandelt werden. Andernfalls könnten Arbeitgeber jegliche Lohndiskriminierungsklagen durch die unterschiedliche Entlohnung von Personen des gleichen Geschlechts abwehren. Hätten vorliegend zudem nur die Krankenschwestern und Hebammen geklagt, wären die anderen Frauenberufe nicht in den Vergleich einbezogen worden und die Klage hätte bejaht werden müssen. Im Ergebnis stellt das Bundesgericht fest, dass es dem Kanton als Arbeitgeber nicht gelungen ist, die Vermutung zu widerlegen, dass die Lohnungleichheit zwischen Krankenschwestern und Hebammen im Vergleich zu den Polizisten/innen nicht geschlechtsspezifisch motiviert ist. Die Sache wurde zur weiteren Abklärung an die Vorinstanz zurückgewiesen⁵².

[Rz 33] Mit dieser Entscheidung zieht das Bundesgericht eine klare Grenze der Rechtfertigung von Lohnunterschieden: Eine Diskriminierung (die zu tiefen Löhnen der Krankenschwestern/Hebammen gegenüber dem Männerberuf des Polizisten) kann nicht mit einer anderen Ungleichbehandlung (die ebenfalls zu tiefen Löhnen gegen typische Frauenberufe gerechtfertigt werden.

IV) Arbeitsrechtlicher Schutz vor Diskriminierung in der Europäischen Union

1. Rechtliche Verankerung im Primär- und Sekundärrecht

[Rz 34] Der arbeitsrechtliche Diskriminierungsschutz in der EU hat eine lange Tradition. Der Anspruch auf gleichen Lohn für gleiche Arbeit bildet seit den Römerverträgen (1957) fester Bestandteil des Gemeinschafts- und heute des Unionsrechts. Das EU-Gleichstellungsrecht prägte und prägt das schweizerische Gleichstellungsgesetz. Mit dem Freizügigkeitsabkommen hat die Schweiz sich zudem im Bereich der Gleichbehandlungsansprüche im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit weitgehend der EU-Rechtslage angeschlossen. Mit dem Vertrag von Amsterdam hat der europäische Gesetzgeber 1997 im damaligen Art. 13 des EG-Vertrages – heute Art. 19 Vertrag über die Arbeitsweise der Union – eine Kompetenzgrundlage für eine umfassende Bekämpfung der Diskriminierung geschaffen.

[Rz 35] Im Jahre 2000 wurden zwei wichtige Rahmenrichtlinien zur Bekämpfung von Diskriminierung im Bereich Arbeit und Beschäftigung erlassen, die bis ins Jahr 2003 bzw. 2006 in den Mitgliedstaaten umgesetzt werden mussten.

[Rz 36] Die RI 2000/78/EG und 2000/43/EG betreffen die Diskriminierungsmerkmale «Alter, Behinderung», «Rasse/ethnische Herkunft», «Religion/Weltanschauung» und «Sexuelle Orientierung». Die EU-Mitgliedstaaten sind zu einer umfassenden Diskriminierungsschutzgesetzgebung verpflichtet. Die Richtlinien erfassen alle öffentlichen und privaten Arbeitsverhältnisse. Der Anwendungsbereich umfasst den ganzen Lebenszyklus eines Arbeitsverhältnisses⁵³.

[Rz 37] Als Nicht-EU-Mitglied muss die Schweiz diese Richtlinien nicht umsetzen, politische Vorstösse für einen autonomen Nachvollzug dieser Richtlinien wurden mehrfach abgelehnt. Die wesentlichen Inhalte der europäischen Diskriminierungsverbote finden sich bei näherer Betrachtung auch im geltenden schweizerischen Arbeitsrecht, namentlich in den Generalklauseln zum Persönlichkeitsschutz in Art. 27/28 ZGB und Art. 328/328b OR sowie in Art. 336 Abs. 1 lit. a OR. Zur Auslegung dieser Generalklauseln kann die sich entwickelnde arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsdoktrin der EU als rechtsvergleichendes Element herangezogen werden.

2. Rechtsprechung des EuGH zum Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters

[Rz 38] Ein Blick auf die bisherige Rechtsprechung des EuGH zeigt, dass vor allem das Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters viele offene Fragen und ungelöste Probleme mit sich bringt. Die RI 2000/78/EG verbietet jede direkte oder

⁵⁰ Urteil des Bundesgerichts 8C_78/2009 vom 31. August 2010, Erw. 5.1.

⁵¹ Urteil des Bundesgerichts 8C_78/2009 vom 31. August 2010, Erw. 11.1.

⁵² Urteil des Bundesgerichts 8C_78/2009 vom 31. August 2010, Erw. 11.3.

⁵³ Siehe dazu umfassend: Pärli, Vertragsfreiheit (Fn 5), N 1122 ff.

indirekte Diskriminierung aufgrund des Alters. Nicht jede Anknüpfung an das Alter stellt jedoch eine Diskriminierung dar.

[Rz 39] Zulässig ist die Ungleichbehandlung dann, wenn das Alter (Zitat Art. 4 RI) «aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmässigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt». Der EuGH hat in diesem Zusammenhang in der Rechtssache Wolf das Höchst Eintrittsalter 30 für den Eintritt in die Berufsfeuerwehr als zulässig erachtet⁵⁴.

[Rz 40] Einen zusätzlichen Ausweg aus der Gleichbehandlungspflicht wegen des Alters sieht Art. 6 der RI 2000/78/EG vor: Mitgliedstaaten können Ungleichbehandlungen wegen des Alters vorsehen, wenn diese einem legitimen Ziel dienen, insbesondere in den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung. Erforderlich ist weiter, dass die Mittel zur Erreichung dieser Ziele verhältnismässig sind. In der Rechtssache Mangold hat der EuGH die deutsche Regelung, wonach ab einem bestimmten Lebensalter unbeschränkt befristete Arbeitsverträge möglich sind, als unzulässig erachtet. Zwar sei die von Deutschland beabsichtigte Zielsetzung der Förderung der Arbeitsmarktchancen älterer Arbeitnehmenden ein im Sinne von Art. 6 RI 2000/78/EG legitimes Ziel. Die unbeschränkte Zulassung befristeter Verträge sei jedoch kein geeignetes Mittel, um dieses Ziel zu erreichen⁵⁵.

[Rz 41] Kein vom EuGH akzeptiertes rechtmässiges Ziel ist weiter eine Regelung im österreichischen Arbeitsrecht, wonach Dienstjahre unter 18 Jahren nicht an die Gehaltsberechnungen angerechnet werden (Rechtssache Hütter)⁵⁶. Ähnlich fiel die Entscheidung Küçükdeveci aus: Die deutsche Regelung, wonach für die Berechnung der Kündigungsfristen Dienstjahre vor dem 25sten Altersjahr nicht angerechnet werden, ist eine Ungleichbehandlung aufgrund des Alters, die nicht durch ein rechtmässiges Ziel gerechtfertigt werden kann⁵⁷.

[Rz 42] Zu entscheiden hatte der EuGH auch, ob gesetzliche oder (tarif)vertragliche Regelungen, wonach das Arbeitsalter

mit Erreichen des Pensionierungsalters automatisch endet, mit dem Gleichbehandlungsgebot aufgrund des Alters zu vereinbaren sei. In der ersten Entscheidung, Palacios de Villa, sanktionierte der EuGH eine Regelung des spanischen Arbeitsrechts, wonach Tarifverträge das Rücktrittsalter 65 vorsehen können. Für den EuGH war wichtig, dass Arbeitnehmende, die für die Altersleistung der Sozialversicherung noch nicht die erforderlichen Beitragsjahre erfüllt haben, bis zur Vervollständigung der Wartezeit weiter arbeiten können⁵⁸. In der Rechtssache Age Concern bekräftigte der EuGH, dass gesetzliche Vorschriften über Entlassungsmöglichkeiten im Falle des Erreichens des gesetzlichen Ruhestandsalters in den Anwendungsbereich der Diskriminierungsrichtlinien fallen. Nationale Rechtsvorschriften dürften jedoch die Entlassung von Arbeitnehmenden aus Gründen der Pensionierung vorsehen, soweit damit legitime sozialpolitische Ziele umgesetzt werden sollen⁵⁹. Nach dem Urteil Rosenblatt dürfen Tarifvertragsparteien eine allgemeine «Altersgrenze 65» festlegen, mit deren Erreichen das Arbeitsverhältnis automatisch endet. Ebenso zulässig ist, dass ein solcher Tarifvertrag durch den Staat für allgemeinverbindlich erklärt wird⁶⁰. Der EuGH anerkannte das Argument Deutschlands, die automatische Beendigung des Rentenalters sei Ausdruck eines allgemeinen politischen und sozialen Konsenses über die Arbeitsteilung zwischen den Generationen⁶¹.

[Rz 43] Unzulässig ist dagegen gemäss der Rechtssache Petersen das mit dem Gesundheitsschutz der Patienten/innen begründete Pflichtrücktrittsalter 68 für Zahnärzte/innen, die zu Lasten der Sozialversicherung tätig sind⁶². Der Gesundheitsschutz für Patienten/innen ist zwar ein vom EuGH anerkanntes legitimes Ziel für eine Ungleichbehandlung aufgrund des Alters. Das Pflichtrücktrittsalter gilt jedoch nur für Vertragszahnärzte, womit das Argument des Gesundheitsschutzes der Patienten/innen als widersprüchlich entlarvt ist⁶³.

V) Schlussbetrachtungen

[Rz 44] Nach dem Ausflug in die Niederungen und Höhen arbeitsrechtlicher Diskriminierungsverbote in der Europäischen Union komme ich zum Schluss meiner Ausführungen. Ich habe eingangs die These vertreten, dass der arbeitsrechtliche Diskriminierungsschutz in Zukunft an Bedeutung

⁵⁴ EuGH v. 12. Januar 2010, Rs C-229/08, Wolf. Der EuGH sieht in dieser Altersgrenze zwar eine Ungleichbehandlung wegen des Alters. Diese sei jedoch unter mehreren Aspekten gerechtfertigt. Die Höchstaltersgrenze zielt darauf ab, die Einsatzbereitschaft und das ordnungsgemässe Funktionieren der Berufsfeuerwehr zu gewährleisten, was einen rechtmässigen Zweck darstelle. Ausserdem könne eine besonders ausgeprägte körperliche Eignung – wie sie nur jüngere Beamte aufwiesen – als eine für die Berufsausübung im mittleren feuerwehrtechnischen Dienst (insbes. Brandbekämpfung und Personenrettung) eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie angesehen werden.

⁵⁵ EuGH v. 22. November 2005, Rs. C-144/04, Mangold, Rn 42-45.

⁵⁶ EuGH v. 18. Juni 2009, Rs. C-88/08, Hütter.

⁵⁷ EuGH v. 19. Januar 2010, Rs. C-555/07, Küçükdeveci.

⁵⁸ EuGH v. 16. Oktober 2007, Rs. C-411/05, Palacios de Villa.

⁵⁹ EuGH v. 5. März 2009, Rs. C-388/07, Age Concern.

⁶⁰ EuGH v. 12. Oktober 2010, Rs. C-45/09, Rosenblatt.

⁶¹ EuGH v. 12. Oktober 2010, Rs. C-45/09, Rosenblatt, Rn 43-45.

⁶² EuGH v. 12. Januar 2008, Rs. C-341/08, Petersen.

⁶³ Der EuGH weist auf eine andere Rechtfertigungsmöglichkeit hin. Sollte nämlich die deutsche Regelung darauf gerichtet sein, die Berufschancen zwischen den Generationen innerhalb der Berufsgruppe der Vertragszahnärzte zu verteilen, so könne das grundsätzlich ein legitimes Ziel im Sinne Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie sein. Welchen Zweck der Gesetzgeber mit der Altersgrenze für Vertragszahnärzte verfolgt habe, müsse vom vorlegenden Gericht geklärt werden.

gewinnen wird. Im Allgemeinen prägen die völker- und verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote die tägliche Arbeitsrechtspraxis nicht sehr, dafür aber die rechtspolitische und in Ansätzen die rechtswissenschaftliche Debatte. Nicht unterschätzt werden darf die unmittelbare Praxisrelevanz des Diskriminierungsverbotes des Freizügigkeitsabkommens; nach meiner Einschätzung birgt dessen Anwendung noch viele Konfliktfelder. Viel Potential steckt weiter in verschiedenen Gleichbehandlungs- und Persönlichkeitsschutzvorschriften, die einen Schutz für chronischkranke und behinderte Arbeitnehmende bezwecken. Eine grosse Herausforderung stellt auch nach 15 Jahren Existenz das Gleichstellungsgesetz GIG dar, dessen Rechtsprechung sich auch im Schatten entsprechender europarechtlicher Ausprägungen weiterentwickelt. Der weiteren europarechtlichen Diskriminierungsrechtsentwicklung will sich die Schweiz zwar nicht anschliessen; die dem Diskriminierungsschutzrecht zu Grunde liegenden Spannungen und Wertekonflikte in einer globalisierten und durch sozio-kulturelle, religiöse und demographische Vielfalt geprägten Arbeitswelt sind in der Schweiz nicht grundsätzlich anders.

Kurt Pärli ist Professor für Arbeitsrecht und Europarecht an der Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften, School of Management and Law, Winterthur und Privatdozent für Arbeits- und Sozialversicherungsrecht an der Universität Sankt Gallen.

Bei diesem Artikel handelt es sich um die leicht erweiterte schriftliche Fassung eines Referats des Autors anlässlich der Sankt Galler Arbeitsrechtstagung vom 28. Oktober 2010, Grand Casino Luzern.

* * *