

Arbeitgeberverband Region Basel  
St. Jakobs-Strasse 25  
Postfach  
4010 Basel

Tel. +41 61 205 96 00  
info@arbeitgeberbasel.ch  
www.arbeitgeberbasel.ch

Basel, 19. März 2023/DB

Schweizerischer Arbeitgeberverband  
Frau Barbara Zimmermann-Gerster  
Herr Roger Riemer  
Hegibachstrasse 47  
Postfach  
8032 Zürich

### **Stellungnahme i.S. Teilrevision des Behindertengleichstellungsgesetzes**

Sehr geehrte Frau Zimmermann-Gerster, sehr geehrter Herr Herr Riemer

Wir bedanken uns für die Gelegenheit zur Stellungnahme in der obgenannten Angelegenheit und nehmen diese im Folgenden gerne wahr.

Die vorliegende Teilrevision des Behindertengleichstellungsgesetzes beinhaltet verschiedene neue Artikel, die die Gleichstellung von Behinderten verbessern sollen. Dies in erster Linie, indem der Geltungsbereich des Behindertengleichstellungsgesetzes auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse ausgedehnt und das Verbot einer Diskriminierung ausdrücklich verankert werden soll. Durch die Stärkung des Prozessrechts erhofft man sich eine einfachere Durchsetzung einer Diskriminierung, angelehnt an das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Mann und Frau (Gleichstellungsgesetz, GLG). Die Auswirkungen auf private Arbeitgeber sind beträchtlich. Nach dem Eidgenössischen Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderung (EBGB) ist von einer potenziellen Betroffenheit von 1.5 Millionen Menschen auszugehen. Diesen stehen 258'000 Unternehmen mit mehreren Beschäftigten gegenüber und selbst der Bericht zur Regulierungsfolgeabschätzung kommt zum Schluss, dass sich «[...] die Wirkung der Teilrevision nur sehr schwer einschätzen lässt. Der konkrete Nutzen für Menschen mit Behinderung ist nicht eindeutig.»<sup>1</sup>

Menschen mit Behinderung sind heute durch den Schutz der Persönlichkeit (Art. 328 Abs. 1 OR), den Schutz der Gesundheit (Art. 6 ArG) und auch vor einer Kündigung infolge Diskriminierung (Art. 336 Abs. 1 OR) gut geschützt. Aufgrund der vielen unbestimmten Rechtsbegriffe bei den geplanten Änderungen leidet die Rechtssicherheit stark und es kann nicht antizipiert werden, ob diese Neuerung den betroffenen Personen tatsächlich nutzen. Aus diesen Gründen sprechen wir uns klar gegen eine Ausweitung des Behindertengleichstellungsgesetzes auf private Arbeitsverhältnisse aus.

Im Folgenden nehmen wir zu den einzelnen geplanten Artikeln Stellung:

<sup>1</sup> BSS Volkswirtschaftliche Beratung, Regulierungsfolgeabschätzung, Teilrevision BehiG, Basel 6.10.2023, S. 39.

### Art. 3 Best. g Geltungsbereich (neu)

Die Ausweitung des Geltungsbereichs des Behindertengleichstellungsgesetzes (BehiG) auf privatwirtschaftliche Arbeitsverhältnisse stellt den entscheidenden Faktor dar. Wir verstehen die Gründe für diese geplante Erweiterung - die Erfüllung der völkerrechtlichen Verpflichtung welche durch die Unterzeichnung der Behindertenrechtskonvention (UNO-BRK) geschaffen wurde - sind aber der Ansicht, dass diese Ausweitung die Wirtschaft stark behindern wird, sich die Auswirkungen dieser Ausweitung aktuell nur sehr schwer abschätzen lassen und auch der konkrete Nutzen für Menschen mit Behinderung nicht beurteilt werden kann. Wie bei den Bemühungen für einen verstärkten Kündigungsschutz bei älteren Angestellten, ist es sehr wahrscheinlich, dass die Ausweitung des Geltungsbereichs auf private Arbeitsverhältnisse den gegenteiligen Effekt haben wird: Anstatt Menschen mit Behinderung vor Diskriminierung zu schützen, werden sich mit diesen Änderungen Arbeitgeber künftig gut überlegen, ob eine Person mit Behinderung eingestellt wird, oder ob nicht bereits in diesem frühen Zeitpunkt eine gute Begründung vorliegt, dass diese Person nicht angestellt wird. Dies gleich aus mehreren Gründen: Erstens, weil im Falle einer Anstellung kostspielige Anpassungen auf die Arbeitgeber zukommen können, zweitens schwebt fortan ein Damoklesschwert über der Firma: Es wird nicht nur vermutet, dass diese Person diskriminiert wird, die Diskriminierung ist aufgrund der Beweislastleichterung (Art. 9b) bereits gegeben. Es steht immer im Raum, dass diese Person bei den Anstellungs- und Arbeitsbedingungen, der Entlohnung, der Beförderung oder der Aus- und Weiterbildung diskriminiert wird. Und Drittens liegt spätestens bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses eine vermeintliche Diskriminierung nahe. Ebenfalls zu erwähnen ist, dass das Risiko einer (längeren) krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit bei einer Person mit Behinderung sehr gross sein kann, die Arbeitgeber aber auch bei diesen Angestellten dieselben Lohnfortzahlungspflichten haben wie bei allen übrigen Angestellten. Zu erwarten, dass Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber bei diesem enormen Reputationsrisiko wie auch finanziellen Wagnis altruistisch handeln sollen, erachten wir als nicht angebracht.

Durch die Erweiterung des Geltungsbereichs auf private Arbeitsverhältnisse besteht zudem die Gefahr, dass die Stigmatisierung gegenüber Menschen mit Behinderung verstärkt wird. Für Menschen mit Behinderung gelten mit der geplanten Revision des Behindertengleichstellungsgesetzes andere Regeln und auf diese ist besondere Rücksicht zu nehmen. Dies kann wiederum die guten Absichten ins Gegenteil verkehren und dazu führen, dass diese als nicht leistungsfähig betrachtet und herabgesetzt werden. Aus diesen Gründen sprechen wir uns dafür aus, den Geltungsbereich des Behindertengleichstellungsgesetzes nicht auf private Arbeitsverhältnisse auszuweiten.

#### **Antrag:**

Art. 3 Bst. g sei zu streichen.

### Art. 6a Arbeitsverhältnisse (neu)

Abs. 1 Dieser Artikel enthält ein explizites Diskriminierungsverbot von Menschen mit Behinderung in allen Phasen des Arbeitsverhältnisses, von der Stellenbesetzung, den Anstellungs- und Arbeitsbedingungen, der Entlohnung bis zur Beförderung und der Entlassung. Das Gesetz schafft damit die Grundlage, dass 1.5 Millionen Menschen in der Schweiz potenziell gegen ihre Arbeitgeber klagen können. Durch diesen Artikel stehen die Arbeitgeber immer in der Defensive, indem sie sich jeweils rechtfertigen müssen, weshalb eine Person mit Behinderung nicht angestellt wird, eine bestimmte Entlohnung erhält, eine Aus- oder Weiterbildung nicht unterstützt wird, weshalb diese Person nicht befördert wird oder die Kündigung ausgesprochen wird.

Abs. 2 Nach diesem Absatz werden die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber dazu verpflichtet, Massnahmen zu ergreifen, um Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen zu verhindern, zu verringern oder zu beseitigen. Wichtig zu betonen ist, dass die angemessenen Vorkehrungen sich immer an den konkreten Umständen oder Fällen zu orientieren haben und im Rahmen der Verhältnismässigkeit umgesetzt werden müssen, wenn ein konkreter Praxisfall besteht. Die Umsetzung ist somit immer von der betroffenen Person anzustossen. Dennoch ist die entscheidende Frage was unter «angemessenen» Vorkehrungen zu verstehen ist, die nicht zu einer unverhältnismässigen Belastung führen. Es ist völlig unklar, was unter diesen Artikel subsumiert werden kann und in welchem Zeitpunkt dieser zur Anwendung kommt. Solche unbestimmten Rechtsbegriffe führen zu einer grossen Rechtsunsicherheit und widersprechen dem Legalitätsprinzip. Grundsätzlich sind mit Abs. 1 dieses Artikels bereits alle möglichen Varianten der Diskriminierung abgedeckt, weshalb sich Abs. 2 erübrigt, resp. mehr Unsicherheit als Klarheit schafft. Art. 6a Abs. 2 sei ersatzlos zu streichen.

**Antrag:**

Art. 6a Abs. 1 sei zu streichen.

Abs. 2 sei zu streichen.

Art. 8a Rechtsansprüche im Arbeitsverhältnis (neu)

Abs. 1 lit. a – c Dieser Artikel hält die Rechtsansprüche bei einer Diskriminierung aufgrund einer Behinderung fest. Wir sind gegen eine Ausweitung des Geltungsbereichs des Behindertengesetzes auf private Arbeitsverhältnisse und dementsprechend auch gegen das Festhalten von konkreten Rechtsansprüchen im Falle einer Diskriminierung. Der ganze Art. 8a soll deshalb, wie Art. 6a gestrichen werden. Sollte Art. 6a aber dennoch in Kraft treten, ist die Formulierung an diejenige des Gleichstellungsgesetzes anzupassen und die Aufzählung der Rechtsansprüche technisch aufzunehmen.

Abs. 1 lit. d ist ersatzlos zu streichen. Sollte Art. 6a aber dennoch in Kraft treten, ist die Formulierung an diejenige des Gleichstellungsgesetzes anzugleichen, welches vorsieht, dass im Falle der Betroffenheit von einer Diskriminierung, beim Gericht oder der Verwaltungsbehörde beantragt werden kann, die Zahlung des geschuldeten Lohns anzuordnen.

Abs. 2 In Anlehnung an das Gleichstellungsgesetz ist im Falle der Ablehnung einer Anstellung die maximal mögliche Entschädigung auf drei Monatslöhne festzulegen (Art. 5 Abs. 4 GIG). Die gesamte Teilrevision des Behindertengleichstellungsgesetzes ist stark an das Gleichstellungsgesetz angelehnt und verfolgt einen ähnlichen Zweck, dementsprechend sind auch die Maximalbeträge in einem vergleichbaren Fall in derselben Höhe festzulegen.

Abs. 3 Bei der diskriminierenden Kündigung ist der Maximalbetrag von sechs Monatslöhnen festgelegt, was in diesem Fall stimmig erscheint.

Abs. 4 Im Arbeitsrecht wie auch im Gleichstellungsgesetz ist vielfach eine maximale Entschädigung definiert, die zugesprochen werden kann, bspw. im Falle einer missbräuchlichen Kündigung, einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung, einer ungerechtfertigten Entlassung aufgrund des Geschlechts oder einer sexuellen Belästigung. Diese maximale Entschädigung von sechs Monatslöhnen bietet eine gewisse Rechtssicherheit und berücksichtigt die Gewaltenteilung. Es ist daher absolut unverständlich, weshalb in diesem Gesetz im Falle der Weigerung zur Vornahme von angemessenen Vorkehrungen keine maximale Entschädigung in der Höhe von sechs Monatslöhnen festgelegt wird. Dass die Festsetzung eines Maximalbetrags dazu führen kann, dass die Entschädigung gegen die Kosten der Massnahmen abgewogen wird, ist kein stichhaltiges Argument gegen die damit gewonnene Rechtssicherheit und die

Unterstreichung der Gewaltenteilung. Wir unterstützen deshalb klar die Festsetzung eines Maximalbetrages von sechs Monatslöhnen, sofern nicht der ganze Art. 8a und der vorhergehende Art. 6a gemäss unserer Empfehlung gestrichen werden.

**Antrag:**

Der gesamte Art. 8a ist zu streichen.

Eventualiter seien folgende Änderungen aufzunehmen:

Abs. 1 Wer von einer Diskriminierung im Sinne von Art. 6a Absatz 1 betroffen ist, kann ~~beim Gericht oder bei der Verwaltungsbehörde verlangen~~: **dem Gericht oder der Verwaltungsbehörde beantragen**:

lit d. ~~die Arbeitgeberin oder den Arbeitgeber anzuweisen, eine Entschädigung zuzusprechen~~: die Zahlung des geschuldeten Lohns anzuordnen.

Abs. 4 Ergänzung: **Die Entschädigung darf den Betrag nicht übersteigen, der sechs Monatslöhnen entspricht.**

Abs. 5 neu **Die Entschädigung bei Diskriminierung in der Ablehnung einer Anstellung nach Abs. 2 darf den Betrag nicht übersteigen, der drei Monatslöhnen entspricht.**

Art. 9a Verfahren bei Arbeitsverhältnissen

Abs. 1 Dieser Artikel gewährt allen Menschen mit Behinderung ein spezielles Recht auf eine schriftliche Begründung im Falle der Nichtberücksichtigung einer Bewerbung und führt damit zu einer Besserstellung von Personen mit Behinderung. Nach dem Gleichstellungsgesetz (Art. 8a GIG) kann eine schriftliche Begründung für die Nichtanstellung verlangt werden, wenn eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vermutet wird. Bei Vorhandensein einer Behinderung liegt aber gemäss der Revisionsvorlage der Verdacht näher, dass die Behinderung der Grund für die Nichtanstellung darstellt, als dass es bei einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts der Fall ist. Wir sprechen uns deshalb dafür aus, diesen Absatz mit einem speziellen Recht auf schriftliche Begründung ersatzlos zu streichen.

Abs. 2 Sollte Abs. 1 des Artikels so beibehalten werden, wäre es sinnvoll eine kurze Verwirkungsfrist von drei Monaten für die Geltendmachung des Anspruchs bei der Ablehnung der Anstellung aufzunehmen.

Abs. 3 Sollte Abs. 1 des Artikels so beibehalten werden, wäre es sinnvoll, auf das Verfahren gem. Art. 336b OR zu verweisen.

**Antrag:**

Der ganze Art. 9a sei ersatzlos zu streichen.

Art. 9b Beweislast erleichterung

Da eine Diskriminierung in der Regel schwer zu beweisen ist, sieht das Gleichstellungsgesetz wie nun auch das Behindertengleichstellungsgesetz eine Beweislast erleichterung vor. Im Streitfall muss jemand der sich aufgrund einer Behinderung diskriminiert fühlt, seine Benachteiligung nicht beweisen, sondern die Diskriminierung nur glaubhaft machen. Dies ist ein erheblicher Unterschied zu einem normalen Gerichtsverfahren, in dem der Kläger das Gericht nach dem Regelbeweismass der vollen Überzeugung davon überzeugen muss, so dass keine ernsthaften Zweifel mehr bestehen. Es ist aber nicht nachvollziehbar, weshalb in diesem Artikel die

Wortwahl «[...] gilt eine Diskriminierung oder Benachteiligung als gegeben, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird» gewählt wurde. Dies impliziert bereits, dass in jedem Fall eine Diskriminierung, resp. Benachteiligung vorliegt. Damit wird nicht nur die Beweislast umgekehrt, sondern es werden alle Arbeitgeber dem Generalverdacht unterstellt, Personen mit Behinderungen zu diskriminieren oder zu benachteiligen. Das Gleichstellungsgesetz wählt hingegen die Formulierung «wird eine Diskriminierung vermutet, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird» (Art. 6 GIG). Diese Bestimmung des GIG bringt die Beweislaste leichterung korrekt zum Ausdruck und suggeriert nicht noch zusätzlich, dass eine Diskriminierung oder Benachteiligung bereits gegeben ist. Es ist absolut unhaltbar, dass mit dem revidierten Behindertengleichstellungsgesetz ein neues Beweismass (sic!) eingeführt werden soll, welches alle Arbeitgeber unter den Verdacht der Diskriminierung stellt, bis das Gegenteil bewiesen wird. Diese Bestimmung ist zu streichen, eventualiter an diejenige des Gleichstellungsgesetzes anzupassen.

Wenn die Beweislaste leichterung, im Sinne einer Glaubhaftmachung aufrecht erhalten bleiben soll, ist die Anstellungsdiskriminierung von dieser Beweislaste leichterung auszunehmen. Auch im Gleichstellungsgesetz ist die Nichtberücksichtigung einer Anstellung davon ausgenommen. Die Beweislaste leichterung bezieht sich nur auf die Aufgabenzuteilung, die Gestaltung der Arbeitsbedingungen, die Entlohnung, die Aus- und Weiterbildung, die Beförderung und Entlassung. Eine Diskriminierung bei der Anstellung wie auch eine sexuelle Belästigung müssen nach dem üblichen Beweismass nachgewiesen werden. Es entbehrt jeglicher Grundlage, in diesem Gesetz vorzusehen, dass auch die Anstellungsdiskriminierung nur glaubhaft gemacht werden muss.

**Antrag:**

Art. 9b sei zu streichen.

Eventualiter sei der Artikel wie folgt zu ergänzen:

Bei Verfahren nach den Artikeln 8 und 8a bezüglich der *Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung* wird ~~gilt~~ eine Diskriminierung oder eine Benachteiligung *vermutet* ~~als gegeben~~, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird.

Art. 12a Angemessene Vorkehrungen

Abs. 1 Keine Bemerkungen.

Abs. 2 Dieser Artikel soll die angemessenen Vorkehrungen präzisieren und Rechtssicherheit schaffen, indem Kriterien aufgezählt werden, die im Falle eines Rechtsstreits zu berücksichtigen sind. Der Artikel schafft jedoch mehr Unsicherheit als Klarheit, indem wie bereits beim geplanten Art. 6a völlig in der Schwebe bleibt, welche konkreten Vorkehrungen getroffen werden müssen. Es erscheint völlig übermotiviert, alle Arbeitgeber dazu zu verpflichten, angemessene Vorkehrungen zu treffen, weil es immer von der konkreten Situation der betroffenen Person, aber auch von der aktuellen Personalsituation abhängig ist, welche Massnahmen sinnvoll sind. Wenn beispielsweise eine Person mit Behinderung mehr Ruhepausen benötigt, kann je nach Umständen ein Sitzungszimmer mit einem Sofa ausgestattet oder ein Stillzimmer dafür verwendet werden. Auch die Gewährung von mehr Homeoffice für diese Person ist eine mögliche Lösung. Aus der vorgesehenen Bestimmung könnte hingegen auch abgeleitet werden, dass Menschen mit Behinderungen flexiblere Arbeitszeiten zu ermöglichen sind. Es ist sehr wahrscheinlich, dass die Bestimmung den gegenteiligen Effekt haben wird und sich die Arbeitgeber künftig gut überlegen werden, ob eine behinderte Person eingestellt wird, da für diese zwar einerseits dieselben Arbeitsbestimmungen gelten müssen, sie aber mehr

Forderungen stellen können als die übrigen Angestellten. Selbst bei scheinbar unkomplizierten Massnahmen, wie bspw. flexibleren Arbeitszeiten, ist immer im Blick zu behalten, dass diese wiederum zu einer Ungleichbehandlung der übrigen Angestellten führen können.

Die Berücksichtigung der Grösse und der finanziellen Möglichkeiten eines Unternehmens führt ausserdem dazu, dass grosse Unternehmen praktisch jegliche Vorkehrungen treffen müssen, um Benachteiligungen von Menschen mit Behinderung zu verhindern, verringern oder zu beseitigen. Weil der unbestimmte Rechtsbegriff der «angemessenen Vorkehrungen» mehr Rechtsunsicherheit als Klarheit schafft, ist auch diese Bestimmung ersatzlos zu streichen.

**Antrag:**

Art. 12a sei zu streichen.

**Fazit**

Wir unterstützen die Gleichstellung von Menschen mit Behinderung und dass diesen – ähnlich dem Gleichstellungsgesetz – ein diskriminierungsfreies Umfeld gewährleistet wird. Bei der angestrebten Ausgestaltung des Behindertengleichstellungsgesetzes ist es leider sehr wahrscheinlich, dass die Bemühungen zum Schutz dieser Personengruppe ins Gegenteil umschlagen und dazu führen werden, dass Personen mit Behinderungen nicht oder nur mit grosser Zurückhaltung angestellt werden. Dies weil aufgrund der vorgesehenen unklaren Verpflichtungen und v.a. der erhöhten Beweislast erleichterung eine Diskriminierung bereits als gegeben erachtet wird und es einfacher ist, bei der Anstellung einen rechtmässigen Grund für die Nichtanstellung zu haben, als sich im folgenden Arbeitsverhältnis jeweils zu rechtfertigen. Aus diesen Gründen sind wir gegen die Ausweitung des Geltungsbereichs des Behindertengleichstellungsgesetzes auf private Arbeitsverhältnisse. Eventualiter seien die Bestimmungen an diejenigen des Gleichstellungsgesetzes anzupassen, in erster Linie diejenige der Beweislast erleichterung (Art. 9b). Es entbehrt jeglicher Grundlage, in diesem Gesetz eine neues Beweismass vorzusehen, welches eine Diskriminierung bereits als gegeben ansieht, wenn die betroffene Person diese glaubhaft macht. Zudem ist – ebenfalls in Anlehnung an das Gleichstellungsgesetz – im Falle der Weigerung angemessene Vorkehrungen zu treffen (Art. 8a) eine maximale Entschädigung von sechs Monatslöhnen festzusetzen, resp. bei der Anstellungsdiskriminierung eine solche von maximal drei Monatslöhnen. Dies schafft eine gewisse Rechtssicherheit und berücksichtigt die Gewaltenteilung angemessen. Art. 6a Abs. 2 und Art. 12a mit dem unbestimmten Rechtsbegriff der «angemessenen Vorkehrungen» sind ersatzlos zu streichen. Viel sinnvoller als die Ausweitung des Geltungsbereichs auf private Arbeitsverhältnisse erscheint eine verstärkte Förderung von Labels wie iPunkt<sup>2</sup>. Damit können die Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen einen aktiven Beitrag zur Behindertengleichstellung leisten und die Wahrnehmung ihrer sozialen Verantwortung hervorheben.

Wir danken für Ihre Kenntnisnahme.

Mit freundlichen Grüssen



Saskia Schenker  
Direktorin, Lic.rer.soc./EMBA



Daniela Beck  
MLaw, Rechtsanwältin  
Arbeitsrecht und Familienpolitik

<sup>2</sup> Dieses Label wird vom Arbeitgeberverband Region Basel tatkräftig unterstützt.