

Transgender

Umgang mit einem Tabuthema

Der Sieg von Conchita Wurst beim Eurovision Song Contest hat die Abweichung von den zugewiesenen Geschlechterrollen zur Diskussion gestellt. Das schweizerische Gesetz kennt keine Alternativen und dennoch müssen solche im Arbeitsverhältnis respektiert werden.

Von Nicole Vögeli Galli

Das schweizerische Rechtssystem geht stillschweigend davon aus, dass es zwei Geschlechter gibt: Frau und Mann. Entsprechend wird jede Person bei der Geburt im Personenstandsregister einer dieser beiden Kategorien zugeteilt. In der heutigen Gesellschaft ist diese Unterscheidung allerdings nicht mehr immer eindeutig zu treffen.

Transgender ist eine Bezeichnung für Menschen, die sich mit der Geschlechterrolle, die ihnen bei der Geburt aufgrund der äusseren Geschlechtsmerkmale zugewiesen wurde, nur unzureichend oder gar nicht identifizieren. Einige gehen den beschwerlichen Weg der Geschlechtsangleichung oder -umwandlung, womit eine neue rechtliche Zuordnung erfolgen kann. Während der Übergangsphase stellt sich im Arbeitsverhältnis eine Reihe von Fragen, die bis heute gerichtlich nicht geklärt sind. Dies gilt auch für Transgendermitarbeitende, die auf eine Geschlechtsumwandlung verzichten, und für jene, die eine geschlechtliche Zuordnung gänzlich ablehnen.

Gesetzliche Grundlagen

Arbeitsverhältnisse mit Transgendermitarbeitenden fallen zweifellos unter die allgemeinen arbeitsrechtlichen Bestimmungen (vor allem Art. 319 ff. OR und Arbeitsgesetz). Fraglich ist demgegenüber, ob sie sich auch auf das Gleichstellungsgesetz berufen können.

Das Gleichstellungsgesetz bezweckt die tatsächliche Gleichstellung von Frau und Mann im Erwerbsleben (Art. 1 und 2 GIG). Art. 3 Abs. 2 GIG geht über das Diskriminierungsverbot aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit hinaus und zählt nicht abschliessend weitere Tatbestände



Beim Thema Transgender sind viele rechtliche Fragen offen – auch was die WC-Benutzung betrifft.

wie Schwangerschaft und Zivilstand auf. Anerkannt ist insofern, dass das Gleichstellungsgesetz bei Diskriminierungen wegen der geschlechtlichen Orientierung (Homosexualität) anwendbar ist. Kann das Gleichstellungsgesetz mithin auch mit der Begründung, man werde wegen der Transgendereigenschaft diskriminiert, angerufen werden?

Effektiv will das Gleichstellungsgesetz jegliche Diskriminierung aufgrund von Geschlechterrollen unterbinden. Somit sollten Transgenderpersonen die Rechte nach Gleichstellungsgesetz anrufen können.¹ Diese Meinung vertritt auch der Europäische Gerichtshof bezüglich der Gleichbehandlungsrichtlinie in der Europäischen Gemeinschaft.² Weiter stellt sich die Frage, ob eine Transgenderperson geltend machen kann, sie werde in ihrem gewählten Geschlecht diskriminiert, oder, ob einzig das gesetzlich anerkannte bzw. rechtliche Geschlecht

massgebend ist. Meines Erachtens ist auf die innere Haltung des Arbeitgebers abzustellen. Werden Transgendermitarbeitende, wenn sie etwa als Frau auftreten – selbst wenn dies nicht dem gesetzlichen Geschlecht entspricht – wegen ihres Frauseins diskriminiert, müssen sie sich auf das Gleichstellungsgesetz als Frau berufen können. Dabei muss keine eigentliche Diskriminierungsabsicht seitens des Arbeitgebers vorliegen.³ Es genügt die Tatsache, dass aufgrund des Frauseins eine Diskriminierung stattfindet.

Schutz vor Diskriminierung

Transgendermitarbeitende können sich neben den allgemeinen arbeitsrechtlichen Bestimmungen auch auf das Gleichstellungsgesetz berufen; sei dies bei Diskriminierung wegen ihrer Transgendereigenschaft oder sei dies wegen Diskriminierung aufgrund des gewählten Geschlechts.



Wann gilt Informationspflicht?

Jeder Mensch kann entweder unter dem amtlichen Namen oder unter einem frei gewählten Namen auftreten, solange keine Verwechslungsgefahr besteht und keine Rechte anderer verletzt werden (Art. 29 ZGB). Im Zusammenhang mit einer Anstellung kann mithin sehr wohl ein zum gewählten Geschlecht passender Namen verwendet werden. Allerdings kommt eine sich bewerbende Person meist aus praktischen Gründen nicht umhin, dass gesetzlich anerkanntes Geschlecht gegenüber dem Arbeitgeber früher oder später offenzulegen. Da die Anmeldung bei den Sozialversicherungen unter dem rechtlich anerkannten Namen zu erfolgen hat, ist gar eine Informationspflicht zu bejahen.⁴ Es fragt sich nur, wann diese spätestens vorliegt.

Eine Anstellung kann durchaus vom Geschlecht abhängen, was bei sachlichen Gründen, also wenn das Geschlecht selbst wesentliches Merkmal der Arbeit ist, zulässig ist (z.B. Mannequins/Dressmen). Rechtmässig kann in engem Rahmen die direkte Anknüpfung an das Geschlecht auch mit Blick auf das Umfeld und das Erfolgsziel der Arbeit oder im Zusammenhang mit dem Dienstleistungsangebot gegeben sein.⁵ Eine Informationspflicht aufgrund der Treuepflicht vor Vertragsschluss ist wohl auch dann zu bejahen, wenn in Kürze mit längeren Arbeitsunfähigkeiten aufgrund von bevorstehenden medizinischen Massnahmen im Zusammenhang mit der Transgendereigenschaft zu rechnen ist.

Sucht ein Arbeitgeber im Rahmen von angemessenen Massnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung Mitarbeitende eines bestimmten Geschlechts, ist dies zulässig und es besteht ebenfalls eine Informationspflicht (Art. 3 Abs. 3 GIG). Mit anderen Worten hat die Information vor Vertragsabschluss zu erfolgen, wenn das Geschlecht für die Anstellung ein sachlich zulässiges Kriterium bildet oder eine Geschlechtsangleichung oder -umwandlung einen wesentlichen Einfluss auf die Möglichkeit der Arbeitserbringung hat. Wurde zu Unrecht nicht informiert, kann der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag wegen Irrtums rückwirkend aufheben oder mittels fristloser Entlassung per so-

fort beenden. Ob hingegen generell eine Informationspflicht vor Vertragsschluss zu bejahen ist, erscheint zweifelhaft. Letztlich sind grundsätzlich die fachlichen sowie die persönlichen Qualifikationen massgebend und nicht das Geschlecht.

Frühzeitige Information von Vorteil

Rein praktisch erscheint jedoch eine frühzeitige Information als erfolgversprechender, da einesteiils das Bewerbungsdossier Dokumente auf den gesetzlichen Namen enthalten wird und Abweichungen präventiv erklärt werden können. Andernteils handelt es sich um eine zumindest heute noch ungewöhnliche Tatsache, welche zur Schaffung von Vertrauen – worauf das Arbeitsverhältnis im Kern beruht – Arbeitgeber lieber von Anfang an kennen. Zudem können sich bei der täglichen Arbeitserbringung durchaus praktische Probleme ergeben, auf die im Folgenden noch eingegangen wird.

Findet die Veränderung des Geschlechts während des Arbeitsverhältnisses statt, ist diese Tatsache offensichtlich. Hier besteht sicher im Moment der amtlichen Änderung der Personalien ein Anspruch des Arbeitgebers auf Information.

Daten- und Persönlichkeitsschutz

Die Tatsache, dass Mitarbeitende transgender sind, stellt ein besonders schützenswertes Datum dar, welches auch innerhalb des Arbeitgebers geheimzuhalten ist (Art. 328b i.V.m. Art. 3 lit. c Ziff. 2 DSG). Nur jene Personen, welche die Bewerbung abwickeln, und jene, die bei der Arbeitsausführung darauf angewiesen sind, dürfen davon Kenntnis haben.

Unabhängig von der Geschlechterzuteilung hat der Arbeitgeber gegenüber allen Mitarbeitenden seiner Fürsorgepflicht (Art. 328 OR) nachzukommen. Es versteht sich von selbst, dass auch Transgendermitarbeitende davon erfasst sind. Nicht weiter erklärt werden muss, dass diese gleich wie die anderen Mitarbeitenden zu behandeln sind. Es wird aber nicht verhindert werden können, dass die Belegschaft gerade bei äusserlich wahrnehmbaren Differenzen zwischen dem gewählten und dem rechtlichen Geschlecht oder bei Vollzug der Wandlung während der

Dauer des Arbeitsverhältnisses zumindest heute noch mit Unverständnis oder gar offener Ablehnung reagiert.

Aufklärungsarbeit ist nötig

Hier sind die Arbeitgeber verpflichtet, zugunsten der Transgendermitarbeitenden einzuschreiten und bei Bedarf auch Aufklärung zu betreiben. Dies bedingt indes eine offene Kommunikation und Zusammenarbeit zwischen den Arbeitgebern und den Transgendermitarbeitenden. Allerdings haben generell alle Mitarbeitenden als Folge der Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers (Art. 319 Abs. 1 OR) und gestützt auf ihre Treuepflicht (Art. 321a Abs. 1 OR) ihre charakterlichen und persönlichen Besonderheiten im Rahmen des Arbeitsverhältnisses zurückzunehmen und sich anzupassen.⁶ Insofern soll die Transgendereigenschaft auch nicht hervorgehoben oder überzeichnet werden.



Praxistipp

Die Arbeitgeber sollen, sofern die Transgendereigenschaft äusserlich wahrnehmbar ist, so frühzeitig wie möglich mit den Transgendermitarbeitenden ein Vorgehen und die Information der anderen Mitarbeitenden besprechen. Das Ziel müssen sodann einfache und für alle Mitarbeitenden praktikable Lösungen sein.

Umkleieräume und WC-Anlagen

Umkleieräume und WC-Anlagen sind grundsätzlich meist nach Männern und Frauen getrennt. Für viele Arbeitgeber ist dies gar gesetzlich vorgeschrieben, so zum Beispiel für die dem Arbeitsgesetz unterstellten Betriebe gemäss Art. 29 Abs. 3 ArGV3. Dürfen Transgendermitarbeitende nun die Räume gemäss ihrem gewählten Geschlecht aufsuchen oder muss allenfalls ein separates WC eingerichtet werden? Bei diesem Konflikt sind die berechtigten Interessen aller gleichwertig zu wahren. Letztlich ist dieser Konflikt nur im Einzelfall praktisch zu lösen und auch nur, wenn ein solcher wirklich besteht. Da gemäss der genannten Bestimmung zudem die Möglichkeit einer getrennten Benutzung derselben Einrichtungen möglich ist, muss der Arbeitgeber letztlich lediglich sicherstellen, dass keine zeitgleiche Benutzung erfolgt. Dies sollte



eigentlich bereits mit einem klärenden Gespräch möglich sein.

Praxistipp

Arbeitgeber können für Transgendermitarbeitende bei Bedarf für die Benutzung von Umkleieräumen und WC-Anlagen entweder eigene Räume zur Verfügung stellen oder im Gespräch oder mit einer (schriftlichen) Benutzungsordnung die zeitliche Nutzung regeln.

Risiken bei einer Kündigung

Erfolgt eine Kündigung wegen der Transgendereigenschaft oder aufgrund einer Geschlechtsangleichung/-umwandlung, ist diese als diskriminierend einzustufen. Sollten die Gerichte die Anwendbarkeit des Gleichstellungsgesetzes in Zukunft ablehnen, läge indes immer noch eine missbräuchliche Kündigung vor.⁷

In beiden Fällen können seitens des Arbeitgebers Rechtfertigungsgründe gegeben sein, welche indes die Massnahme sachlich rechtfertigen und verhältnismässig sein müssen. Bei der missbräuchlichen Kündigung wird explizit erwähnt, dass kein Missbrauch vorliegt, wenn die zu schützende Eigenschaft in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht

Seminartipp

Schutz der persönlichen Integrität am Arbeitsplatz

Arbeitgeber sind gesetzlich verpflichtet, zum Schutz der persönlichen Integrität und der Persönlichkeit der Arbeitnehmenden präventive Massnahmen zu treffen, die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz oder die Verletzung der psychischen Integrität durch Mobbing, Schikanen und Diskriminierung verhindern. Gemäss Art. 5 Abs. 3/4 Gleichstellungsgesetz kann das Gericht der betroffenen Person eine Entschädigung von bis zu sechs Monatslöhnen zusprechen, wenn der Arbeitgeber nicht beweisen kann, dass er im Vorfeld entsprechende präventive Vorkehrungen getroffen hat. So setzen Sie die gesetzlich vorgeschriebenen Präventionsmassnahmen korrekt um.

Termine: 9. April / 6. Oktober 2015
Ort: Zentrum für Weiterbildung der Universität Zürich

Anmeldung und weitere Informationen:
www.praxisseminare.ch

oder wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb beeinträchtigt. Wie bei der Fürsorgepflicht ausgeführt, ist der Arbeitgeber zusammen mit der Transgenderperson bei Bedarf verpflichtet, gegen eine ablehnende Haltung im Betrieb vorzugehen, bevor er eine Kündigung ausspricht.⁸ Derartige Schwierigkeiten allein vermögen mithin eine Ungleichbehandlung oder eine Kündigung nicht zu rechtfertigen. Vielmehr muss eine Unvereinbarkeit mit dem Arbeitsumfeld vorliegen (siehe sachliche Gründe bei der Informationspflicht) oder die Transgenderperson verletzt mit ihrem Verhalten selbst ihre Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis.

Beeinträchtigt jedoch die Transgendereigenschaft die Arbeitsfähigkeit, ist eine Kündigung nach Ablauf der Sperrfristen – wie bei jeder Arbeitsunfähigkeit – zulässig. So muss sich der Arbeitgeber neu organisieren und Ersatz einstellen können. Eine allgemeine, persönliche Haltung der Kundschaft ist hingegen eigentlich irrelevant. Das (Gleichstellungs-) Gesetz und letztlich auch die Fürsorgepflicht bezweckt geradezu, Stereotypen und Vorurteile zu bekämpfen.⁹

Konfliktbewältigung geht vor

Die Arbeitgeber sind verpflichtet, bei Konflikten jeglicher Art vor dem Aussprechen von Kündigungen Massnahmen zur Konfliktbewältigung zu ergreifen.

Keine Erwähnung im Arbeitszeugnis

Das Arbeitszeugnis stellt eine Urkunde dar, in der die Leistung und das Verhalten des Mitarbeitenden beurteilt werden müssen (Art. 330a Abs. 1 OR). Einerseits soll damit das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers gefördert werden. Andererseits soll es künftigen Arbeitgebern ein möglichst getreues Abbild von Tätigkeit, Leistung und Verhalten des Arbeitnehmers geben, weshalb es grundsätzlich wahr und vollständig zu sein hat. Insofern sind auch negative Tatsachen zu erwähnen, soweit diese für seine Gesamtbeurteilung erheblich sind.¹⁰

Die Transgendereigenschaft hat für sich allein keinen Einfluss auf die Leistung und das Verhalten, womit weder diese Tatsache noch eine allfällige vorgenommene

Geschlechtsangleichung oder -umwandlung zu erwähnen sind. Allerdings umfasst das Arbeitszeugnis zwingend auch die Personalien und die notwendigen Angaben zur Individualisierung. Keine Probleme dürften die Personalien, also der Name, dann aufgeben, wenn zum Zeitpunkt der Ausstellung des Arbeitszeugnisses der rechtliche Namen bereits angepasst wurde. Ist dies nicht der Fall, muss das Arbeitszeugnis gestützt auf die Fürsorgepflicht und zwecks Förderung des wirtschaftlichen Fortkommens auf den gewählten Namen ausgestellt werden, wenn damit keine Verwechslungsgefahr einhergeht. Ob später nach erfolgter Änderung des rechtlichen Namens ein entsprechend korrigiertes Arbeitszeugnis verlangt werden kann, ist wohl mit Verweis auf dieselben Grundlagen ebenfalls zu bejahen.

Verständnis für Diversity fördern

Letztlich sollte der Fokus im Arbeitsverhältnis auf einer möglichst erfolgreichen Arbeitserbringung und Zielerreichung liegen, welche nur zusammen mit allen Mitarbeitenden erbracht werden kann. Dabei sind effektiv fachliche sowie persönliche Fähigkeiten entscheidend und weder Geschlechterrollen noch Alter noch Religion noch Ethnien noch andere ähnliche Faktoren massgebend. Wenn Arbeitgeber dieses Bewusstsein selbst haben, vorleben und der Belegschaft weitergeben, wird auch das schwierige und oft mit viel Leid für die Betroffenen verbundene Thema Transgender keine nennenswerten Probleme auslösen.



Autorin

Dr. Nicole Vögeli Galli ist Fachanwältin SAV Arbeitsrecht und Partnerin bei Engel & Küng Rechtsanwälte in Kloten.

Fussnoten

- 1 FREIVOGEL ELISABETH, Rz 17 zu Art. 3 GIG, in: CLAUDIA KAUFMANN/SABINE STEIGER-SACKMANN (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl., Basel 2009
- 2 Urteil vom 30. April 1996, C-13/94
- 3 FREIVOGEL ELISABETH, Rz 3
- 4 Ausfluss der Treuepflicht nach Art. 321a Abs. 1 OR
- 5 FREIVOGEL ELISABETH, Rz 24 ff.
- 6 siehe auch BGE 136 III 513
- 7 persönliche Eigenschaft, Art. 336 Abs. 1 lit. a OR
- 8 BGE 125 III 70: Allgemeine Pflicht zum Ergreifen von geeigneten Massnahmen bei Konflikten vor Kündigung
- 9 FREIVOGEL ELISABETH, Rz 28
- 10 BGE 136 III 510



Fragen & Antworten

Abseits der Stereotypen

Das Thema Transgender wirft Fragen auf, die bis heute gerichtlich nicht geklärt sind. Die Antworten müssen sich bis auf Weiteres an einem Gesetz orientieren, das nur zwei Geschlechter kennt.

Von Nicole Vögeli Galli

Frage: Gibt es in der Schweiz Bemühungen, das Thema Transgender gesetzlich zu erfassen?

Antwort: In der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft sowie in einigen anderen Ländern auf der Welt ist durch die Rechtsprechung anerkannt, dass bei einer Geschlechtsangleichung oder -umwandlung Anspruch auf Änderung des amtlichen Geschlechts und des amtlichen Namens besteht. Weiteres oder die eigenständige Erfassung auf Gesetzesebene ist zurzeit in der Schweiz nicht vorgesehen. Hingegen hat beispielsweise die Universität Zürich den «Verhaltenskodex Gender Policy» am 11. August 2005 erlassen, wonach gemäss dessen Punkt 3 das Geschlecht bzw. die Geschlechtsidentität sowie ein Wechsel derselben keine nachteiligen Folgen für die betreffenden Personen haben dürfen. Gestützt darauf ergingen die «Richtlinien zur Verwendung der Vornamensinitiale und zur Neutralisierung von Geschlechtsmarkern bei Transgenderpersonen» am 14. März 2013. Damit wird Studierenden ermöglicht, ohne die Bezeichnung «Herr» oder «Frau» sowie einzig mit dem Initial des Vornamens immatrikuliert zu werden.

Frage: Werden ausserhalb der Schweiz auch andere Geschlechter anerkannt?

Antwort: Der Supreme Court von Indien anerkannte mit seinem Aufsehen den Entscheid von 113 Seiten vom 16. April 2014 (Nr. 400/2012 und 604/2013) ein «drittes Geschlecht» für «hijras» (Personen ohne klare Geschlechtszugehörigkeit und Eunuchen) sowie Transgenderpersonen und wies die Umsetzung an. Darüber hinaus führen viele (Online-)Anbieter, welche vermutlich zwecks Auswertung des Konsumverhaltens eine Geschlechtsangabe wünschen, neben der Auswahl «männlich» oder «weiblich» auch «son-



Das Gesetz kennt lediglich Mann und Frau – doch existieren wirklich nur zwei Geschlechter?

tiges» an. Dies findet sich beispielsweise beim Erstellen eines Google Accounts.

Frage: Dürfen Transgendermitarbeitende mit ihrer Geschichte an die Öffentlichkeit gehen oder kann dies vom Arbeitgeber verboten werden?

Antwort: Die Arbeitgeber können über die Ausführung der Arbeit und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb allgemeine Anordnungen erlassen und besondere Weisungen erteilen (Art. 321d OR). Dabei haben die Arbeitgeber Rücksicht auf die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu nehmen (Art. 328 OR). Die Arbeitnehmer haben die Anweisungen im Rahmen ihrer Treuepflicht zu befolgen (Art. 321a Abs. 1 OR), sofern diese sachlich gerechtfertigt sind und nicht treuwidrig erfolgen. Insofern stehen dem Arbeitgeber Verhaltensanweisungen an Mitarbeitende zu ihrem Privatleben nur in sehr eingeschränktem Rahmen zu. Denkbar ist ein zulässiges Verbot bei einem Transgendermitarbeitenden, welcher in der Öffentlichkeit als Mitarbeitender des Arbeitgebers wahrgenommen wird und entsprechend diesen auch gegen aussen vertritt. Wird seine Geschichte bekannt, können allenfalls und je nach Branche

negative Auswirkungen auf den Arbeitgeber nicht vermieden werden. Soll der Beitrag auch die berufliche Situation erfassen, welche eine Identifikation des Arbeitgebers erlaubt oder schwierige Umstände am Arbeitsplatz schildert, wäre der Inhalt je nach Fall allenfalls vorab mit dem Arbeitgeber abzusprechen. Letztlich erfordert diese Frage eine sorgfältige Einzelfallbetrachtung.

Frage: Können längere Arbeitsunfähigkeiten wegen einer Geschlechtsangleichung oder -umwandlung im Arbeitszeugnis erwähnt werden?

Antwort: Unabhängig vom Grund der Abwesenheit ist diese im Arbeitszeugnis aufzunehmen, wenn damit die Eignung zur Erfüllung der bisherigen Aufgabe infrage gestellt ist und damit ein sachlicher Kündigungsgrund vorliegt (BGE 136 III 510). Dies ist auch dann gegeben, wenn eine Abwesenheit lange gedauert hat und die Wiederaufnahme nicht absehbar war. Allerdings ist lediglich der letzte effektive Arbeitstag oder die Dauer der Abwesenheit zu erwähnen, jedoch nicht der Grund, falls dieser wie bei einer Krankheit oder der Geschlechtsveränderung negativ ausgelegt werden könnte.