



Genf, 3. April 2006

[Berufslehre – Kostenpflichtige Tests]

- Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Chancengleichheit
- Rückerstattung durch die Unternehmen

Rechtsgutachten

1. Ausgangslage und Ziel des Rechtsgutachtens

- 1.1 Für die Selektion von Lehrstellenbewerberinnen und -bewerbern ziehen einige Unternehmen einen Eignungstest bei. Dieser Test wurde in Zusammenarbeit mit der Fachhochschule in Oensingen (Kanton Solothurn) vom Unternehmen Multicheck entwickelt, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, deren Sitz sich in Konolfingen (Kanton Bern) befindet.

Das erklärte Ziel des Multicheck-Tests besteht darin, *"den momentanen Stand des Schulwissens und des Potenzials"* von Lehrstellenbewerberinnen und -bewerbern aufzuzeigen. Mit Hilfe dieses Tests werden das allgemeine Schulwissen sowie insbesondere die Logik, die Konzentration, das technische Verständnis und das Vorstellungsvermögen beurteilt. Der Test untersteht einer laufenden Qualitätskontrolle (Validität, Korrelation usw.) durch einen Psychologen der Universität Bern.

Es bestehen vier Typen von Multicheck-Tests mit unterschiedlichen Kosten entsprechend dem jeweiligen Sektor: *"Kauffrau/Kaufmann"*: Fr. 100.–; *"Technisch"*: Fr. 100.–; *"Detailhandel und Service"*: Fr. 60.–; *"Gewerbe"*: Fr. 60.–.

In den Kantonen Freiburg und Wallis wird der Multicheck-Test in öffentlichen Schulen durchgeführt: an der Kaufmännischen Berufsschule Freiburg und an der Hochschule Wallis für Wirtschaftsinformatik in Siders. Dasselbe gilt für den französischsprachigen Teil des Kantons Bern, wo die Tests in den Räumen der Kaufmännischen Berufsschule Biel organisiert werden.

Mehrere Stellen der Bundesverwaltung, auf die sich das Unternehmen Multicheck auf seiner Website <http://www.multicheck.ch/> beruft, verwenden diesen Test bei der Selektion der Lehrstellenbewerberinnen und -bewerber. Dies gilt namentlich für das Bundesamt für Landestopographie, das Eidgenössische Untersuchungsrichteramt, das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum, den Informatikdienst der Bundesversammlung und die Eidgenössische Alkoholverwaltung.

Ausserdem sind in der Referenzliste des Unternehmens verschiedene kantonale Verwaltungsstellen und öffentliche Anstalten erwähnt, die den Multicheck-Test ebenfalls einsetzen.

- 1.2 Die Verwendung des Multicheck-Tests hat eine Diskussion über die Frage der wissenschaftlichen Verlässlichkeit dieses Selektionsinstruments ausgelöst, das keinen Zusammenhang zur Beurteilung der Qualifikationen aufweist, die von der Schule vorgenommen wird. Die zunehmende Verbreitung dieses Instruments wirft eine weitere Frage auf: Ist dieser kostenpflichtige Test, der keinerlei Beschäftigungsgarantie gibt, mit dem Grundsatz der Chancengleichheit vereinbar?

Im vorliegenden Rechtsgutachten soll diese zweite Frage beantwortet werden.

Nach einem Verweis auf die Gesetzesbestimmungen, in denen die Grundsätze der Chancengleichheit und der Unentgeltlichkeit verankert sind (Ziff. 2), werden die Auswirkungen untersucht, die diese Verfassungs- und Rechtsgrundsätze auf die staatlichen Organe und gegebenenfalls auf die privaten Unternehmen haben (Ziff. 3). Schliesslich wird an die Art der vorvertraglichen Verpflichtungen erinnert, die aus den Verhandlungen entstehen können, die im Hinblick auf den Abschluss eines Lehrvertrags geführt werden (Ziff. 4).



2. Grundsätze der Chancengleichheit und der Unentgeltlichkeit

- 2.1 In Artikel 3 Buchstabe c des Bundesgesetzes über die Berufsbildung vom 13. Dezember 2002 (nachfolgend: BBG) wird die Notwendigkeit betont, *"den Ausgleich der Bildungschancen in sozialer [...] Hinsicht"* zu fördern und zu entwickeln.

Die Umsetzung dieses Grundsatzes ist unter anderem mit der Verpflichtung verbunden, darauf zu achten, dass die in den Qualifikationsverfahren verwendeten Beurteilungskriterien *"die Chancengleichheit"* wahren (vgl. Artikel 34 Absatz 1 BBG).

Die gleiche Absicht, die *"Chancengleichheit"* zu fördern, liegt auch der Berücksichtigung individueller Bedürfnisse von Personen mit Lernschwierigkeiten (vgl. Artikel 18 BBG) und der entsprechenden Finanzierung zugrunde, für die der Staat aufkommt.

Dasselbe gilt für die *Unentgeltlichkeit*, die insbesondere in Bezug auf die folgenden Aspekte garantiert ist: Genehmigung des Lehrvertrags (vgl. Artikel 14 Absatz 3 BBG), Besuch der öffentlichen Berufsbildungseinrichtungen (vgl. Artikel 22 Absatz 2 und 25 Absatz 4 BBG) sowie Teilnahme an den Qualifikationsverfahren (vgl. Artikel 41 Absatz 1 BBG).

- 2.2 Der Willen des Bundesgesetzgebers, *"den Ausgleich der Bildungschancen in sozialer [...] Hinsicht"* zu fördern und zu entwickeln, entspricht einem der Ziele, die in Artikel 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 aufgeführt sind (nachfolgend: BV) aufgeführt sind und für deren Erreichung sich der Bund (wie die Kantone) zuständig sind: *"sorgt für eine möglichst grosse Chancengleichheit"* (vgl. Absatz 3).

Artikel 8 Absatz 2 BV untersagt jede Diskriminierung, namentlich *"wegen [...] der sozialen Stellung"*. Diese Formulierung bedeutet, dass es nicht zulässig ist, *"traiter différemment les administrés suivant la position qu'ils occupent dans la vie économique, financière, professionnelle, ou même familiale"* (die Bürgerinnen und Bürger entsprechend der Stellung, die sie im Wirtschafts-, Finanz-, Berufs- oder gar Familienleben einnehmen, unterschiedlich zu behandeln; vgl. Etienne Grisel, *Egalité - Les garanties de la Constitution fédérale du 18 avril 1999*, 2000, S. 79).

Schliesslich wird in Artikel 41 Absatz 1 BV unter den Sozialzielen, für die sich der Bund und die Kantone einsetzen, folgendes Ziel aufgeführt: die Möglichkeit für Kinder und Jugendliche sowie für Personen im erwerbsfähigen Alter, sich nach ihren Fähigkeiten zu bilden, aus- und weiterzubilden (vgl. Buchstabe f).

3. Tragweite dieser Grundsätze und Verpflichtungen der staatlichen Organe

- 3.1 Art. 41 BV enthält eine Klarstellung, die die Tragweite der darin aufgeführten *"Sozialziele"* einschränkt. In Absatz 1 wird die subsidiäre, ergänzende Natur des Eingreifens von Bund und Kantonen betont. Mit anderen Worten, die Letzteren setzen sich *"in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative"* für die Erreichung dieser Sozialziele ein.

Die Tragweite dieser Verfassungsbestimmung wird durch Absatz 4 noch weiter eingeschränkt: *"Aus den Sozialzielen können keine unmittelbaren Ansprüche auf staatliche Leistungen abgeleitet werden."*

Die Artikel 2 Absatz 3 und 8 Absatz 2 BV geben dem Bürger ebenfalls kein Recht, sich vor einem Gericht direkt auf sie zu berufen.

Diese Verfassungsbestimmungen, die keine *"direkte horizontale Wirkung"* haben, richten sich hauptsächlich an den Staat sowie an Private, die eine öffentliche Aufgabe wahrnehmen (vgl. Jean-François Aubert und Pascal Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, 2003, S. 85).

Diese Artikel lassen sich somit nicht direkt auf die Beziehungen zwischen Privatpersonen anwenden, insbesondere im Rahmen einer Vertragsbeziehung, in der die Willensfreiheit Vorrang hat (vgl. Etienne Grisel, *op. cit.*, S. 72 und 101).



- 3.2** Hingegen verpflichten diese Verfassungsbestimmungen die Organe des Bundes und der Kantone, in ihren jeweiligen Zuständigkeitsbereichen die *"Chancengleichheit"* zu fördern und sich für die Erreichung dieses Ziels einzusetzen.

Der Bundesgesetzgeber hat die Umsetzung dieses Ziels gefördert, indem er im vorliegenden Fall die oben angeführten Artikel des BBG verabschiedet hat (vgl. oben Ziff. 2.1), zu deren Umsetzung die Verwaltungsbehörden auf Bundes- und Kantonebene verpflichtet sind (vgl. A. Auer, G. Malinverni, M. Hottelier, Droit constitutionnel suisse, volume II - Les droits fondamentaux, 2000, S. 682 f.; Etienne Grisel, op. cit., S. 110).

Daher sind die für die Umsetzung des BBG zuständigen Verwaltungsbehörden verpflichtet, *"den Ausgleich der Bildungschancen in sozialer [...] Hinsicht"* nach dem ausdrücklichen Willen des Verfassungsgebers zu fördern und zu entwickeln, den der Bundesgesetzgeber in diesem Fall durch die Verabschiedung einiger Bestimmungen im BBG konkretisiert hat.

- 3.3** Die Tätigkeit der Verwaltung besteht nicht nur darin, die im BBG vorgesehenen Massnahmen in Bezug auf die Chancengleichheit und die Unentgeltlichkeit umzusetzen. Darüber hinaus muss die Verwaltung selbst dann, wenn sie nicht hoheitlich handelt (zum Beispiel im Rahmen einer privatrechtlichen Beziehung), ein Verhalten pflegen, das im Einklang mit den Rechtsvorschriften steht, die sie fördern soll (vgl. Pierre Moor, Droit administratif, volume I - Les fondements généraux, 1988, S. 15, wobei der Autor jedoch diese Frage offen lässt).

Daher lässt sich zu Recht die Frage stellen, ob Verwaltungsstellen, die sich an der Erarbeitung von kostenpflichtigen Tests beteiligen oder diese Tests als Hilfsmittel zur Selektion von Personen verwenden, die sich um die von ihnen angebotenen Lehrstellen bewerben, ein Verhalten pflegen, das mit diesen öffentlich-rechtlichen Vorschriften vereinbar ist.

Aus dem gleichen Grund scheint auch die Bewilligung der Organisation bestimmter Tests in den Räumen öffentlicher Berufsbildungseinrichtungen nicht mit den erwähnten Verhaltensregeln vereinbar zu sein. Zudem könnte die Nutzung dieser Orte nicht gut informierte Personen zur Annahme verleiten, dass diese kostenpflichtigen Tests offiziell oder gar obligatorisch sind.

- 3.4** Daher sollten die staatlichen Stellen (Amtsstellen des Bundes und der Kantone) sowie bestimmte privatrechtliche Stellen, die eine öffentliche Aufgabe im Bildungsbereich wahrnehmen (dabei könnte es sich unter anderem um bestimmte "Organisationen der Arbeitswelt" im Sinne von Artikel 1 Absatz 1 BBG handeln), davon absehen, diese kostenpflichtigen Tests zu verwenden, deren Nutzen umstritten ist und deren hohe Kosten geeignet sind, den Verfassungs- und Rechtsgrundsatz des *"Ausgleich[s] der Bildungschancen in sozialer [...] Hinsicht"* zu verletzen.

4. Vorvertragliche Verpflichtungen der Lehrbetriebe und Rückerstattung der Testkosten

- 4.1** Das Rechtsverhältnis zwischen einem Unternehmen, das kostenpflichtige Tests anbietet, und einer Lehrstellenbewerberin oder einem Lehrstellenbewerber fällt in den Bereich des Privatrechts. Dieses Vertragsverhältnis ähnelt einem Auftrag, von dem einige Elemente dem Ausbildungsvertrag entnommen wurden.

Der Staat darf sich dem Abschluss eines derartigen Vertrags nicht mit der Begründung in den Weg stellen, die relativ hohe finanzielle Gegenleistung, die von der Testperson verlangt werde, stehe dem Grundsatz des *"Ausgleich[s] der Bildungschancen in sozialer [...] Hinsicht"* entgegen. Denn diese öffentlich-rechtliche Vorschrift bindet die Vertragsparteien nicht. Gemäss dem Grundsatz der Willensfreiheit steht es diesen frei, dieses privatrechtliche Verhältnis nach ihrem Belieben zu gestalten.

Nach dem gleichen Grundsatz können die privaten Lehrbetriebe frei über die Kriterien entscheiden, die sie für die Selektion der Lehrstellenbewerberinnen und -bewerber als geeignet erachten.

Es ist somit rechtlich zulässig, dass sie von den Lehrstellenbewerberinnen und -bewerbern verlangen, sich einer Eignungsabklärung wie dem Multicheck-Test zu unterziehen.



4.2 An dieser Stelle stellt sich die Frage, wer die Kosten dieser Tests übernehmen sollte.

Allgemein wird davon ausgegangen, dass die Verhandlungen, die im Hinblick auf den Abschluss eines privatrechtlichen Vertrags eingeleitet werden, ein Rechtsverhältnis zwischen den Parteien begründen. Daraus ergeben sich vorvertragliche Verpflichtungen, die tatsächliche Verpflichtungen darstellen und deren Bestehen nicht vom Abschluss der Verhandlungen abhängt. Diese vorvertraglichen Verpflichtungen lassen, selbst wenn kein Vertrag besteht, berechnete Erwartungen entstehen, die von den Verhandlungspartnern erfüllt werden müssen (vgl. Pierre Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, 1997, S. 751 f.; Luc Thévenoz, In: *Commentaire romand du Code des obligations I*, 2003, S. 548 f.).

Dies gilt unter anderem für die Bewerbungskosten, die einer Person entstehen, die sich um eine Stelle bewirbt.

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die Ausgaben, die mit den Verhandlungen im Hinblick auf eine Anstellung verbunden sind (Fahrt-, Gesprächs- und Unterkunftskosten), sowie alle *weiteren Schritte* zu übernehmen, die er von der Kandidatin oder dem Kandidaten verlangt, abgesehen von einem allfälligen Erwerbsausfall.

Eine Verletzung dieser Verhaltensregeln, die während der vorvertraglichen Phase gelten, kann zu Schadenersatzansprüchen führen (vgl. Ch. Brunner, J.-M. Bühler, J.-B. Waeber und Ch. Bruchez, *Commentaire du contrat de travail*, 2004, S. 44 f.).

4.3 Eine Eignungsabklärung wie der Multicheck-Test zählt eindeutig zu den "weiteren vorvertraglichen Schritten", zu denen einige Unternehmen die Lehrstellenbewerberinnen und -bewerber auffordern.

Daher ist es Sache dieser Unternehmen, die gesamten Kosten zu übernehmen, die mit der Organisation und Durchführung des Tests verbunden sind.

Allerdings kann diese Forderung zur Rückerstattung durch ein Unternehmen nicht als rechtlich begründet betrachtet werden, wenn der Test auf Initiative der Lehrstellenbewerberin oder des Lehrstellenbewerbers ausserhalb einer vorvertraglichen Phase oder ohne ausdrückliche Aufforderung durch einen Lehrbetrieb durchgeführt wurde.

Es sollte jedoch der Fall vorbehalten werden, dass die Person die Testresultate spontan mit ihrem Bewerbungsdossier einreicht – und damit der Aufforderung des Betriebs zuvorkommt – und dass sie in der Folge vom Unternehmen angestellt wird.

In diesem Fall ist es gerechtfertigt, dass das Unternehmen der Person, deren Bewerbung berücksichtigt wurde, die durch den Test verursachten Kosten vollständig zurückerstattet.

5. Schlussfolgerungen

Da die staatlichen Stellen für die Förderung und Umsetzung des Verfassungs- und Rechtsgrundsatzes des "*Ausgleich[s] der Bildungschancen in sozialer [...] Hinsicht*" zuständig sind (vgl. oben Ziff. 2 und 3.2), müssen sie davon absehen, die Verwendung von kostenpflichtigen Tests zu erleichtern und diese Tests selbst als Hilfsmittel für die Selektion von Lehrstellenbewerberinnen und -bewerbern zu nutzen (vgl. oben Ziff. 3.3 und 3.4).

Umgekehrt kann der Staat privaten Unternehmen nicht verbieten, diese kostenpflichtigen Tests zu verwenden. Denn nach dem Grundsatz der Willensfreiheit können die Unternehmen die Selektionskriterien frei wählen, die sie als geeignet erachten, um über die Anstellung einer Person in Ausbildung zu entscheiden. Sie können somit von Bewerberinnen und Bewerber verlangen, sich einem kostenpflichtigen Eignungstest zu unterziehen (vgl. oben Ziff. 4.1).

Es ist Sache des privaten Unternehmens, die gesamten Kosten des Eignungstests zu übernehmen, dem sich die Lehrstellenbewerberin oder der Lehrstellenbewerber während der vorvertraglichen Phase unterziehen muss. Diese Rückerstattungsverpflichtung ist nicht davon abhängig, ob die aufgenommenen Verhandlungen zum Abschluss eines Lehrvertrags führen (vgl. oben Ziff. 4.2 und 4.3).

Alain Sartorius
Jurist, OFPC
Inhaber des Anwaltspatents