Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen

Teilstudie 1: Grundsätze des Diskriminierungsschutzes

Lic. iur. Reto Locher, Rechtsanwalt
MA in Public Management & Policy

Bern, Juli 2015

Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)
Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)
Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)
Swiss Center of Expertise in Human Rights (SCHR)

Schanzeneckstrasse 1, 3001 Bern
Telefon +41 31 631 86 55, evelyne.sturm@skmr.unibe.ch

INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungsverzeichnis V
Zusammenfassung 1
I. Aufbau der Teilstudie 1 9
II. Materielles Recht 9
1. Internationale Rechtsquellen 9
1.1. Einleitende Bemerkungen 9
1.2. Das Gebot der Rechtsgleichheit 10
1.3. Das Diskriminierungsverbot 11
1.4. UNO-Menschenrechtspakte 12
1.5. Diskriminierungsverbote im spezialvertraglichen Menschenrechtsschutz 14
1.6. Regionaler Menschenrechtsschutz 15
1.7. Rechtlicher Gehalt und Bedeutung des Diskriminierungsverbotes 18
1.8. Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) 21
1.9. Freizügigkeitsabkommen der EU mit der Schweiz 25
1.10. Zwischenfazit 25
2. Gleichheitsgebot und Diskriminierungsverbot in der BV 34
2.1. Das Rechtsgleichheitsgebot 34
2.2. Das Diskriminierungsverbot 34
2.3. Die Wirkung von Grundrechten 38
3. Spezialgesetzlicher Diskriminierungsschutz im schweizerischen Recht 41
3.1. Gleichstellungsgesetz 41
3.2. Behindertengleichstellungsgesetz 42
3.3. Rassismusstrafnorm 43
3.4. Zwischenfazit 44
4. Auslegung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen des Privatrechts im Lichte des Diskriminierungsverbots 44
4.1. Allgemeine Rechtsprinzipien 44
4.2. Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht 48
4.3. Diskriminierungsschutz im Mietrecht 50
4.4. Diskriminierungsschutz in weiteren Lebensbereichen 50
5. Mehrfachdiskriminierung 54
5.1. Einleitung 54
5.2. Typen von Mehrfachdiskriminierung 55
5.3. Behandlung der Mehrfachdiskriminierung in der Lehre und Praxis 56
5.4. Unterschiedliche rechtliche Schutzstandards 56
5.5. Zwischenfazit 57
III. Verfahrensrecht 58
1. Einleitung 58
1.1. Anlehnung an die Studie der europäischen Union 58
1.2. Das Konzept der EU-Studie im Einzelnen 58
1.3. Übertragung des Konzeptes der EU-Studie auf die schweizerischen Verhältnisse 59

2. Bestehende Institutionen sowie aussergerichtliche und gerichtliche Verfahren, die Zugang zum Recht schaffen ... 60
2.1. Vorbemerkung ... 60
2.2. Bereichsspezifische staatliche Fachstellen ... 61
2.3. Ombudsstellen ... 63
2.4. Opferhilfe-Beratungsstellen ... 64
2.5. Aussergerichtliche Streitbeilegungsmöglichkeiten ... 64
2.6. Ordentliches Gerichtsverfahren ... 66
2.7. Zwischenfazit ... 66
3. Analyse der Verfahrensvorschriften im Zivil-, Verwaltungs- und Strafprozessrecht ... 67
3.1. Die wichtigsten Erkenntnisse der EU-Studie ... 67
3.2. Verfahrensvorschriften im Zivilrecht ... 70
3.3. Verfahrensvorschriften im öffentlichen Recht ... 81
3.4. Verfahrensvorschriften im Strafrecht - StPO ... 89
3.5. Mehrfachdiskriminierung und verfahrensrechtliche Schwierigkeiten ... 98
IV. Gesamtfazit und Problembereiche ... 100
Tabellenverzeichnis ... 105
Literatur- und Materialienverzeichnis ... 106

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

ABAS	Arbeitsbedingungen Arbeitnehmerschutz
Abs.	Absatz
AfCRMV	Afrikanischen Charta der Rechte der Menschen und Völker vom 27. Juni 1981
AHVG	Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20.12.1946 (SR 831.10)
AJP	Aktuelle juristische Praxis
AMRK	Amerikanische Menschenrechtskonvention vom 22. November 1969
ArCMR	Arabischen Charta der Menschenrechte vom 23. Mai 2004
Art.	Artikel
BBl	Bundesblatt
BehiG	Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz; SR 151.3).
BFS	Bundesamt für Statistik
BG	Bundesgesetz
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, SR 173.110).
BPG	Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (SR 172.220.1)
BJ	Bundesamt für Justiz
BPV	Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (SR 172.220.111.3)
bspw.	bspw.
BSV	Bundesamt für Sozialversicherungen
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
CEDAW	Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW-Übereinkommen; SR 0.108)
CERD	Internationales Übereinkommen vom 21.12.1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (Rassendiskriminierungsabkommen, CERD; SR 0.104)
Ders.	derselbe
EBG	Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann
EFTA	European Free Trade Association / Europäische Freihandelszone

EGBG	Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EKF	Eidgenössische Kommission für Frauenfragen
EKFF	Eidgenössische Koordinationskommission für Familienfragen
EKKJ	Eidgenössische Kommission für Kinder- und Jugendfragen
EKM	Eidgenössische Kommission für Migrationsfragen
EKR	Eidgenössische Kommission gegen Rassismus
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101).
ESC	Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961.
et al.	et alli (und andere)
EU	Europäische Union
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FN	Fussnote
FP UNO-Pakt II	Fakultativprotokoll zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966
FRB	Fachstelle für Rassismusbekämpfung
FZA	Abkommen vom 21.06.1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (mit Anhängen, Prot. und Schlussakte) (SR 0.142.112.681).
GlG	Bundesgesetz vom 24.03.1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz; SR 151,1).
HRC	Human Rights Committee
Hrsg.	Herausgeber
i.V.m.	in Verbindung mit
ILO	International Labor Organization
ILO-Ü	Übereinkommen der International Labour Organization
KRK	Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention; SR 0.107)
OHG	Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz, SR 312.5).
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220).
para./paras.	Paragraph/paragraphs

RAV	Regionale Arbeitsvermittlung
RSPM	Fachbereich Rechtssetzungsprojekte und -methodik
S.	Seite
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1)
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
SGK	Schweizerische Konferenz der Gleichstellungsbeauftragten
SKMR	Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte
sog.	sogenannte
SR	Systematische Rechtssammlung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0).
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
UNO	United Nations Organization
UNO-Charta	Charta der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945 (SR 0.120)
UNO-Pakt I	Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, kulturelle und soziale Rechte (SR 0.103.1)
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.2)
UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986
v.	versus
v.a.	vor allem
VGG	Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005
vgl.	vergleiche
VwVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210).
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZP EMRK	Zusatzprotokoll zur EMRK
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)

ZUSAMMENFASSUNG

AUFBAU UND INHALT DER TEILSTUDIE 1

Teilstudie 1 hat zum Ziel, die materiell- und verfahrensrechtlichen Grundsätze des Diskriminierungsschutzes darzustellen und eine generelle Übersicht über die in dieser Studie relevanten Bereiche des Diskriminierungsrechts zu geben.

Die Ausführungen zum *materiellen Recht* (Ziff. II) beinhalten zunächst die Darstellung der verschiedenen für den Diskriminierungsschutz relevanten völkerrechtlichen Übereinkommen, welche die Schweiz ratifiziert hat. Anschliessend werden das Gleichheitsgebot und das Diskriminierungsverbot in der Bundesverfassung[1] (Art. 8 BV) dargestellt und die Wirkung der Grundrechte in der Rechtsordnung (Art. 35 BV) thematisiert. Weiter werden der spezialgesetzliche Diskriminierungsschutz des Gleichstellungsgesetzes[2], des Behindertengleichstellungsgesetzes[3] sowie der Rassismusstrafnorm[4] sowie die Grundsätze der verfassungskonform auszulegenden Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen des Privatrechts (Treu und Glauben, Rechtsmissbrauchsverbot, Persönlichkeitsschutz) und deren Anwendung im Arbeits- und Mietrecht sowie in weiteren Lebensbereichen erläutert. Der letzte Abschnitt der materiell-rechtlichen Analyse befasst sich mit der Mehrfachdiskriminierung.

Im Rahmen der Analyse des Verfahrensrechts (Ziff. III) wird zunächst das Konzept der Studie der europäischen Kommission vom Februar 2011 mit dem Titel „Access to justice in gender equality and anti-discrimination law“ (nachfolgend: EU-Studie[5]), an die sich die vorliegende Studie anlehnt, erläutert und die Übertragung desselben auf die schweizerischen Verhältnisse erklärt. Danach werden die in der Schweiz im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsschutz bestehenden Institutionen sowie die aussergerichtlichen und gerichtlichen Streitbeilegungsmöglichkeiten dargestellt. Nach der Analyse relevanter Verfahrensvorschriften im Zivil-, Verwaltungs-, und Strafprozessrecht werden schliesslich verfahrensrechtliche Schwierigkeiten im Zusammenhang mit Mehrfachdiskriminierung thematisiert.

Ziff. IV. enthält ein Gesamtfazit und weist auf Probleme in den verschiedenen analysierten Bereichen hin.

ÜBERSICHT DER RESULTATE UND PROBLEMBEREICHE

Materiell-rechtliche Bestimmungen

Im Bereich der für die Studie relevanten materiell-rechtlichen Bestimmungen ist die Schweiz zahlreiche *völkerrechtliche Verpflichtungen* zum Schutz vor Diskriminierung eingegangen, allen voran

---

1 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.04.1999 (BV; SR 101).

2 Bundesgesetz vom 24.03.1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GlG; SR 151.1).

3 Bundesgesetz vom 13.12.2002 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG; SR 151.3).

4 Art. 261bis des schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21.12.1937 (StGB; SR 311.0).

5 Abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/conference_sept_2011/final_report_access_to_justice_final_en.pdf (besucht am 15.07. 2015).

die in den beiden UNO-Pakten[6] und der Europäischen Menschenrechtskonvention[7] festgehaltenen Rechtsgleichheitsgebote und Diskriminierungsverbote. Weiter hat die Schweiz verschiedene spezialvertragliche Instrumente zum Menschenrechtsschutz (Anti-Folterkonvention[8], Rassendiskriminierungsübereinkommen[9], CEDAW-Übereinkommen[10] sowie die Kinderrechts-[11] und die Behindertenrechtskonvention[12]) sowie diverse ILO-Übereinkommen ratifiziert. Schliesslich hat sie sich mit dem Abschluss des Freizügigkeitsabkommens mit der EU[13] zum Schutz vor Diskriminierungen im Arbeitsmarkt verpflichtet. Die völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote verlangen von der Verwaltung und den Gerichten bei unmittelbar anwendbaren Normen im Rahmen der *Rechtsanwendung* eine völkerrechtskonforme Auslegung schweizerischen Rechts. Bei Normen mit programmatischem Charakter (wie z.B. in der Regel beim UNO-Pakt I) ist der Gesetzgeber gehalten, völkerrechtskonforme Ausführungsgesetze zu erlassen und damit für eine diskriminierungsfreie *Rechtsetzung* zu sorgen.

Eine Lücke im Rechtsschutz ergibt sich namentlich durch den Vorbehalt zu Art. 26 UNO-Pakt II und aufgrund der Nichtanerkennung des 12. Zusatzprotokolls zur EMRK[14]: Die Anerkennung dieser selbstständigen Diskriminierungsverbote würde die Überprüfung diskriminierender Bundesgesetze durch das Bundesgericht ermöglichen, was heute aufgrund des Anwendungsgebots von Art. 190 BV nicht möglich ist. Bisher nicht anerkannt hat die Schweiz zudem u.a. die Europäische Sozialcharta[15], die Wanderarbeiterkonvention[16] sowie verschiedene Überkommen der internationalen Arbeiterorganisation ILO. Kritisch ist schliesslich die Haltung des Bundesgerichts zur Anwendung des UNO-Paktes I zu beurteilen, der gemäss der höchstrichterlichen Praxis nur sehr zurückhaltend direkt Anwendung findet. In der Regel werden den Bestimmungen des UNO-Paktes I ein zu programmatischer Charakter zugeschrieben.

Die *Schweizerische Bundesverfassung* beinhaltet in Art. 8 einen umfassenden Rechtsgleichheits- und Diskriminierungsschutz. Die in Art. 8 Abs. 2 BV erwähnten Diskriminierungsmerkmale orientieren sich an jenen der UNO-Pakte und der EMRK und gewähren einen umfassenden Schutz vor Diskriminierung aufgrund der Herkunft, Rasse, sozialen Stellung, Lebensform, Alter, religiöser, weltanschaulicher oder politischer Überzeugung, Geschlecht, Sprache sowie körperlicher,

---

6 Internationaler Pakt vom 16.12.1966 über wirtschaftliche, kulturelle und soziale Rechte (UNO-Pakt I; SR 0.103.1) sowie Internationaler Pakt vom 16.12.1966 über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II; SR 0.103.2).

7 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 04.11.1950 (EMRK; SR 0.101).

8 Übereinkommen vom 10.12.1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (Anti-Folterübereinkommen; SR 0.105).

9 Internationales Übereinkommen vom 21.12.1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (Rassendiskriminierungsabkommen, CERD; SR 0.104).

10 Übereinkommen vom 18.12.1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW-Übereinkommen, CEDAW; SR 0.108),

11 Übereinkommen vom 20.11.1989 über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention, KRK; SR 0.107).

12 Übereinkommen vom 13.12.2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (SR 0.109).

13 Abkommen vom 21.06.1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (mit Anhängen, Prot. und Schlussakte) (FZA; SR 0.142.112.681).

14 Protokoll Nr. 12 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 04.11.2000 (12. ZP zur EMRK), SEV-NR. 177.

15 Europäische Sozialcharta (ESC) vom 18.10.1961.

16 Übereinkommen über die Rechte von Wanderarbeitern und ihren Familien vom 18.12.1990 (von der Schweiz nicht ratifiziert).

geistiger oder psychischer Behinderung. Art. 8 gilt primär im Verhältnis zwischen Privaten und dem Staat, entfaltet über Art. 35 Abs. 1 (*Geltung der Grundrechte in der gesamten Rechtsordnung)* und Abs. 3 BV (*Wirkung der Grundrechte unter Privaten)* aber auch Konsequenzen für das Verhältnis zwischen Privaten: Sowohl die Rechtsetzung als auch die Rechtsanwendung in Bereichen, welche dieses Verhältnis betreffen, sind diskriminierungsfrei auszugestalten, was insbesondere auch die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe und Generalklauseln betrifft. Schliesslich können die Diskriminierungsverbote gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Richtschnur dafür sein, was im Verhältnis zwischen Privaten zulässig ist und was nicht.

Die Schweiz hat im Gleichstellungs- und im Behindertengleichstellungsgesetz sowie in der Rassismusstrafnorm den Diskriminierungsschutz bereichsweise *spezialgesetzlich* geregelt. Diese Regelungen sind aber lückenhaft: Der Diskriminierungsschutz im Gleichstellungsgesetz ist auf das Erwerbsleben beschränkt und gemäss dem Behindertengleichstellungsgesetz trifft private Anbieterinnen und Anbieter keine Pflicht, ihre Dienstleistungen an die Bedürfnisse von Menschen mit Behinderung anzupassen. Diskriminierung durch Private in anderen relevanten Lebensbereichen (Erwerbsleben, Wohnen, etc.) sind überhaupt nicht erfasst. Zudem weisen diese Erlasse in verschiedener Hinsicht Schwachpunkte auf, die im verfahrensrechtlichen Teil dieser Teilstudie (Ziff. III) bzw. in den Teilstudien 2 (Geschlecht) und 4 (Behinderung) erläutert werden. Die Rassismusstrafnorm ermöglicht lediglich die Verfolgung von Rechtsverstössen, die gegen Individuen gerichtet sind. Rechtlich relevante rassistische Diskriminierungen gegenüber Gruppen können nicht als solche geltend gemacht werden, was allerdings dem Fehlen von Kollektivrechten im schweizerischen Grundrechts- und internationalen Menschenrechtsschutz entspricht. Weitere Schwachpunkte der Rassismusstrafnorm werden im verfahrensrechtlichen Teil dieser Teilstudie (Ziff. III) bzw. in der Teilstudie 6 (Rassismus) erläutert werden.

Im schweizerischen Privatrecht gibt es verschiedene für den Diskriminierungsschutz im Verhältnis zwischen Privaten bedeutende *Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe*: Das Prinzip von Treu und Glauben gebietet namentlich die schonende Rechtsausübung gegenüber anderen Parteien. Unter gewissen Voraussetzungen kommt in Situationen, wo keine vertragliche Regelung besteht, zudem eine Haftung aus culpa in contrahendo in Betracht. Das Rechtsmissbrauchsverbot besagt, dass der offensichtliche Rechtsmissbrauch nicht geschützt werden soll. Der Schutz vor übermässiger Bindung und die Schranken der Vertragsfreiheit wirken schliesslich zusammen als Schranke vertraglich vereinbarter Diskriminierung. Betreffend den Begriff der Persönlichkeitsverletzung kann schliesslich aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung abgeleitet werden, dass eine an Persönlichkeitsmerkmale anknüpfende und damit diskriminierende Ungleichbehandlung eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 28 ZGB[17] darstellt.

Im Bereich des *Arbeitsrechts* liegt eine diskriminierende Persönlichkeitsverletzung dann vor, wenn für eine benachteiligende Ungleichbehandlung an Diskriminierungsmerkmale angeknüpft wird und für die Ungleichbehandlung keine Rechtfertigungsgründe geltend gemacht werden können. Der Persönlichkeitsschutz im ZGB und im OR[18] gewährt Schutz vor Diskriminierung aufgrund folgender Anknüpfungsmerkmale: „Geschlecht, Rasse und damit zusammenhängende Merkmale, Religion, Weltanschauung und politische Einstellung, soziale Stellung, Alter, Behinderung, sexuelle Orientierung, Krankheit, Krankheitsdispositionen sowie genetischer Status“. Zu-

[17] Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907 (ZGB; SR 210).

[18] Bundesgesetz vom 30.03.1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR; SR 220).

dem sind auch Vorstrafen, charakterliche Eigenschaften und Rauchen diskriminierungssensibel. Im Bewerbungsverfahren kann aus Art. 2 und Art. 28 ZGB sowie Art. 328b OR „ein Verbot, Stellenbewerbende unter Anknüpfung an persönlichkeitsrelevante Merkmale zu diskriminieren", abgeleitet werden.[19] Während dem Arbeitsverhältnis wird der Diskriminierungsschutz durch Art. 328 OR gewährleistet. Art. 336 Abs. 1 lit. a (persönliche Eigenschaften) und lit. b (Ausübung eines verfassungsmässigen Rechts) schützen Arbeitnehmende vor einer Kündigung unter Anknüpfung an Diskriminierungsmerkmale. Dieser Schutz wird durch Art. 2 ZGB während allen Phasen eines Arbeitsverhältnisses ergänzt. Für Diskriminierungen betreffend den Vertragsinhalt sind Art. 19/20 OR sowie Art. 27 Abs. 2 ZGB massgebend. Im Mietrecht gelten analoge Diskriminierungsschutzmechanismen, insbesondere die explizite gesetzliche Verankerung des Grundsatzes von Treu und Glauben in Art. 271 OR. Damit bestehen in der Schweiz verschiedene rechtliche Instrumente, um den Diskriminierungsschutz im Arbeits- und im Mietrecht zu gewährleisten. Es stellt sich allerdings angesichts der Tatsache, dass äusserst wenige Gerichtsurteile zum Diskriminierungsschutz gemäss ZGB und OR greifbar sind die Frage, was die Gründe sind, dass Betroffene diese Bestimmungen in der Praxis nicht in Anspruch nehmen. Diese Fragen werden im Rahmen der sozialwissenschaftlichen Erhebungen (Teilstudien 5, 7 sowie 9-11) und durch die Analyse der Rechtsprechung (Teilstudie 8) geklärt.

Beim Diskriminierungsschutz in den *übrigen Lebensbereichen* stösst das Prinzip der Vertragsfreiheit dort an seine Grenzen, wo vertragliche Abmachungen gegen die öffentliche Ordnung, die guten Sitten oder die Persönlichkeit verstossen. Diese Aussage gilt für den Diskriminierungsschutz im Allgemeinen sowie für die untersuchten Bereiche Kranken- und Motorhaftpflichtversicherung und die Diskriminierung im Freizeitverhalten.[20] Unter gewissen Voraussetzungen bejaht das Bundesgericht gestützt auf das Verbot sittenwidrigen Verhaltens sogar eine Kontrahierungspflicht.[21] Grundsätzlich besteht demnach in den fraglichen Bereichen an sich eine rechtliche Handhabe für die Durchsetzung von Ansprüchen der Opfer von Diskriminierung, gerichtliche Praxis ist aber nicht greifbar.

Die Mehrfachdiskriminierung ist ein in der Praxis häufig in Erscheinung tretendes Phänomen. Dieser Bedeutung vermag die heutige Rechtslage nicht zu genügen: In der Lehre wurde das Thema noch kaum explizit vertieft behandelt und auch das Bundesgericht anerkennt Mehrfachdiskriminierung nicht explizit als solche. Problematisch sind zudem die unterschiedlichen materiell-rechtlichen Schutzstandards und die verschiedenen Verfahrensstandards der verschiedenen Diskriminierungsbereiche (etwa Geschlecht oder Behinderung), und zwar insbesondere in Fällen von intersektorieller Diskriminierungen, wo das gleichzeitige Vorliegen verschiedener Persönlichkeitsmerkmale für die Diskriminierung ausschlaggebend ist.

Bestehende Institutionen und Streitbeilegungsmöglichkeiten

Die Schweiz verfügt über verschiedene staatliche *Institutionen*, die für Opfer von Diskriminierung Zugang zum Recht schaffen können oder mittelbar einen Beitrag dazu leisten. Die Mandate sowie die personellen und finanziellen Mittel dieser Institutionen sind allerdings sehr heterogen.

Im Bereich der *Gleichstellung von Frau und Mann* sind die wichtigsten Ansprechpartner für Opfer von Diskriminierung die kantonalen und kommunalen Gleichstellungsbüros, da diese Einzelfallberatung anbieten. In Bezug auf den Diskriminierungsschutz ist in diesem Zusammenhang jedoch

19 PÄRLI [Vertragsfreiheit], S. 541.

20 Siehe unten, Ziff. II.4.4.2 und 4.4.3.

21 BGE 129 III 35.

problematisch, dass offenbar nur eine Minderheit der dort beschäftigten Personen über juristisches Fachwissen verfügt. Auf Bundesebene ist der zentrale Akteur das EBG, das sich in struktureller Hinsicht für die Förderung der Gleichstellung der Geschlechter in allen Lebenslagen einsetzt. Weiter mit dieser Thematik befasst ist zudem die Eidgenössische Kommission für Frauenfragen EKF.

Im Bereich der *Gleichstellung von Menschen mit Behinderung* ist das EBGB der zentrale Akteur auf Bundesebene. Neben Informations- nimmt das EBGB auch Beratungsaufgaben wahr und schlägt Massnahmen zur Verbesserung des Status quo vor. Auf kantonaler Ebene gibt es zudem zahlreiche Anlaufstellen zur Behinderungsthematik.

In den Bereichen *Familie und Kinder* setzen sich die beiden ausserparlamentarischen Kommissionen EKFF und EKKJ für die Interessen dieser Gruppen ein, sind aber kein direkter Ansprechpartner für Einzelpersonen.

Im Bereich Rassismus verfügt die EKR über ein breites Mandat und „(…) fördert eine bessere Verständigung zwischen Personen unterschiedlicher Rasse, Hautfarbe, nationaler und ethnischer Herkunft, Religion, bekämpft jegliche Form von direkter und indirekter Rassendiskriminierung und schenkt einer wirksamen Prävention besondere Beachtung“.[22] In diesem Zusammenhang erteilt sie Opfern von rassistischen Diskriminierungen auch Rechtsauskünfte. Die FRB ist dagegen zuständig für die Gestaltung, Unterstützung und Koordination der Prävention von Rassismus und der Förderung der Menschenrechte und agiert im Vergleich zur EKR eher im Hintergrund. Sie erarbeitet und erstellt namentlich Informationsmaterial betreffend die rechtlichen Grundlagen und Mechanismen für Diskriminierungsopfer. Im Rahmen der seit dem 1. Januar 2014 bestehenden kantonalen Integrationsprogramme (KIP), in welchem sämtliche „Massnahmen der spezifischen Integrationsförderung gebündelt werden“, haben sich alle Kantone dazu verpflichtet, ein angemessenes Beratungsangebot im Bereich der rassistischen Diskriminierung zu garantieren.[23]

Im Bereich *Migration* berät die EMK den Bundesrat und die Verwaltung in Migrationsfragen und veröffentlicht Berichte und dergleichen.

In der Schweiz gibt es keine nationale *Ombudsstelle*, die sich mit Problemen genereller Art befasst. Auf kantonaler und kommunaler Ebene gibt es dagegen insgesamt 10 solcher Institutionen, nämlich in den Kantonen Basel-Landschaft, Basel-Stadt, Waadt, Zug und Zürich sowie in den Städten Bern, Rapperswil-Jona, St. Gallen, Winterthur und Zürich. Der niederschwellige Zugang und die Kostenlosigkeit stellen einen grossen Vorteil dieser Institution dar und können den Zugang zur Justiz faktisch erleichtern. Ombudsstellen stehen zudem insbesondere auch sozial benachteiligten Personen offen und können formlos kontaktiert werden. Zwar gibt es bspw. im Bereich Rassismusbekämpfung mit der EKR einen nationalen Akteur, der in diesem Feld Rechtsauskünfte gibt, aber sie macht keine Einzelfallberatung und vermag das Fehlen einer nationalen, mit einem breiten Mandat ausgestatteten Ombudsstelle nicht zu kompensieren.

Schliesslich gibt es in der Schweiz ein Netz an Opferhilfe-Beratungsstellen, die Personen, welche durch eine Straftat in ihrer körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden sind, unentgeltliche persönliche Beratungsgespräche anbieten. Die Beratung

[22] Siehe die Angaben auf der Webseite der EKR, abrufbar unter http://www.ekr.admin.ch/orgde/d416.html (besucht am 03.07.2015).

[23] Siehe die Angaben auf der Webseite des Staatssekretariates für Migration SEM, abrufbar unter https://www.bfm.admin.ch/bfm/de/home/themen/integration/foerderung/spezifisch/kip.html (besucht am 06.07.2015).

kann telefonisch oder im Rahmen einer persönlichen Beratung in der Beratungsstelle in Anspruch genommen werden. Es handelt sich somit um ein sehr niederschwelliges, für jedermann zugängliches Angebot.[24]

In der Schweiz gibt es verschiedene *aussergerichtliche Streitbeilegungsmöglichkeiten,* wobei der *Schlichtungsversuch* im Zivilrecht die bedeutendste darstellt. Dieser ist grundsätzlich obligatorisch durchzuführen. Die Klageeinleitung ist im Vergleich zum ordentlichen Gerichtsverfahren relativ einfach und bewirkt insbesondere eine Verjährungsunterbrechung. Weitere, im Zusammenhang mit der Diskriminierungsproblematik weniger zentrale aussergerichtliche Streitbeilegungsmöglichkeiten sind die *Mediation*, die sowohl im Schlichtungs- als auch im Entscheidungsverfahren durchgeführt werden kann sowie das Schiedsverfahren.

Die *ordentlichen Gerichtsverfahren* sind in Zivilsachen in der eidgenössischen Zivilprozessordnung geregelt und werden durch eine Klage eingeleitet. Im *Verwaltungsprozessrecht* braucht es zum Führen eines Verwaltungsbeschwerde- oder Verwaltungsjustizverfahren in der Regel eine Verfügung als Anfechtungsobjekt, das Klageverfahren ist dagegen die Ausnahme. Im *Strafprozessrecht* schliesslich erfolgt die Einleitung der Strafverfolgung durch eine Strafanzeige, einen Strafantrag einer verletzten Person oder durch die Strafverfolgungsbehörden selbst und richtet sich nach den Regeln der eidgenössischen Strafprozessordnung[25].

Verfahrensrecht

Die Standards und Feststellungen der EU-Studie betreffend die Ausgestaltung eines möglichst effektiven Diskriminierungsschutzes sind zu Beginn der Ausführungen zum Verfahrensrecht dargestellt (siehe unten, Ziff. III.3.1). An diesen Erkenntnissen wird die in der Schweiz geltende verfahrensrechtliche Rechtslage gemessen, einerseits weil die Kriterien der EU-Studie den Anforderungen an einen optimalen Diskriminierungsschutz entsprechen, und anderseits um den geforderten Rechtsvergleich vornehmen zu können.

Im *Zivilprozessrecht* entsprechen verschiedene der untersuchten Verfahrensgegenstände, soweit ersichtlich, den international gängigen Standards. In den untersuchten Rechtsbereichen des Arbeits- und Mietrechts sowie im Gleichstellungs- und im Behindertengleichstellungsgesetz trifft dies etwa auf die Voraussetzungen der Klagebefugnis, den Verzicht auf die Erhebung von Verfahrenskosten und der Kosten für die Prozessvertretung im Schlichtungsverfahren, sowie auf den Zugang zur Prozesskostenhilfe zu.

Auf der anderen Seite gibt es in zahlreichen Bereichen Probleme: Im BehiG gilt im Gegensatz zum GlG und zum Arbeits- und Mietrecht, wo der „abgeschwächte Untersuchungsgrundsatz“ zur Anwendung gelangt und das Gericht eine Mitverantwortung für die Erstellung des Sachverhaltes trägt und nicht an die Parteibegehren gebunden ist, der *Verhandlungsgrundsatz*, der das Gericht namentlich an die Vorbringen der Parteien bindet. Dies entspricht nicht den Standards im EU/EWR/EFTA-Raum, die im Diskriminierungsbereich fordern, dass das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellen muss. Zudem ist aus dem Schutzgedanken der infolge Behinderung potenziell diskriminierten Personen nicht einzusehen, weshalb im BehiG etwas anderes gelten sollte als in den anderen Erlassen. Ein weiteres Problem stellt die *Beweislastverteilung* im Arbeits- und Mietrecht sowie im BehiG dar, die nach der normalen Beweislastverteilung, wie sie im

[24] Siehe die Angaben auf der Webseite der Opferhilfe Schweiz mit Links zu den Opferhilfe-Beratungsstellen, http://www.sodk.ch/fachbereiche/familien-und-gesellschaft/opferhilfe/wwwopferhilfe-schweizch/ (besucht am 05.06.2015).

[25] Schweizerische Strafprozessordnung vom 05.10.2007 (StPO; SR 312.0).

ZGB statuiert ist, geregelt ist. Danach hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Darüber hinaus gilt die Beweislasterleichterung des GlG nicht für die Bereiche sexuelle Belästigung und Diskriminierung bei der Anstellung. Dies bedeutet für von Diskriminierung betroffene Personen eine Verschlechterung ihrer prozessualen Stellung und entspricht nicht den Standards, die im Rahmen der EU-Studie ermittelt worden sind. Bei den *Verfahrenskosten* sollten im Mietrecht auch in Entscheidverfahren keine Gerichtskosten gesprochen werden, da eine gegenteilige Regelung gemäss der EU-Studie für Diskriminierungsopfer einen hauptsächlichen Hinderungsgrund darstellt, ihre Rechte vor Gericht geltend zu machen. Gemäss der heutigen Verteilung der Kosten werden diejenigen für die Prozessvertretung in Entscheidverfahren der unterliegenden Partei auferlegt, was für die von Diskriminierung betroffenen Personen ein erhebliches finanzielles Risiko bedeutet und sie von der Geltendmachung ihrer Ansprüche abhalten kann. Im Bereich der *Fristen zur Anhebung eines Verfahrens* ist im Arbeitsrecht festgehalten, dass gegen eine missbräuchliche Kündigung bis zum Ende der Kündigungsfrist, schriftlich Einsprache zu erheben ist. Im Mietrecht muss eine missbräuchliche Kündigung innert 30 Tagen nach Empfang derselben bei der Schlichtungsbehörde angefochten werden. Im GlG bestehen verschiedene solche Fristen, so eine dreimonatige Frist zur Geltendmachung von Entschädigungen aufgrund einer Diskriminierung durch Ablehnung einer Anstellung oder durch Kündigung eines obligationenrechtlichen Arbeitsverhältnisses (Art. 8 Abs. 2 GlG). Weiter muss bei Rachekündigungen die Anfechtung der Kündigung schliesslich beim Gericht vor Ende der Kündigungsfrist verlangt werden, damit die entsprechenden Rechte geltend gemacht werden können. Gemäss der EU-Studie sollten diese Fristen nicht ungünstiger sein als die Fristen zur Einleitung ähnlicher Verfahren in anderen Bereichen und dürfen die tatsächliche Ausübung der Rechte nicht unmöglich werden lassen. Probleme verschiedener Art bestehen schliesslich auch im *Bereich der Sanktionen*: Bei missbräuchlichen Kündigungen im Arbeitsrecht besteht eine Entschädigungsobergrenze von lediglich sechs Monatslöhnen, bei Entschädigungen nach GIG drei (bei Diskriminierungen in der Ablehnung einer Anstellung) bzw. sechs Monatslöhne (bei Diskriminierung in der Kündigung eines obligationenrechtlichen Arbeitsverhältnisses). Im BehiG besteht bei Diskriminierungen durch Private gar lediglich eine Entschädigungsobergrenze von CHF 5‘000.-. Gemäss der EU-Studie ist es bei zivilrechtlichen Sanktionen zentral, dass keine Entschädigungsobergrenzen festgelegt werden, da dies einem wirksamen Rechtsbehelf entgegensteht. Damit entsprechen die Sanktionen in den untersuchten zivilrechtlichen Bereichen den in der EU-Studie geforderten Kriterien nach wirksamen, verhältnismässigen und abschreckenden Rechtsbehelfen nicht.

Im *Verwaltungsprozessrecht* sind, soweit ersichtlich, die meisten allgemeinen prozessualen Regeln der schweizerischen Bundesrechtspflege und der meist analog geregelten kantonalen Verwaltungsprozessordnungen mit den im Rahmen der EU-Studie erarbeiteten Standards kompatibel. Für von Diskriminierung betroffene Personen kann die Beweislastverteilung ein Problem darstellen, da diesbezüglich keine Verfahrenserleichterungen vorgesehen sind und somit stets der volle Beweis im Sinne von Art. 8 ZGB zu erbringen ist. Weiter problematisch sind die im BPG vorgesehenen Entschädigungen, die zwischen sechs Monatslöhnen bis maximal einem Jahreslohn betragen und deren Bemessung sich nach dem Monatslohn richtet. Die Berechnung der Entschädigung aufgrund des Monatslohnes und die Entschädigungsobergrenze von einem Jahr entfalten bei geringen Einkommen keine abschreckende Wirkung. Die entsprechenden Bestimmungen erfüllen somit in diesen Konstellationen die Kriterien der EU-Studie nach wirksamen, verhältnismässigen und abschreckenden Rechtsbehelfen deshalb nicht.

Im *Strafprozessrecht* sind die meisten prozessualen Regeln der schweizerischen Strafprozessordnung soweit ersichtlich mit den im Rahmen der EU-Studie erarbeiteten Standards kompatibel.

Für von Diskriminierung betroffene Personen kann das Kostenrisiko problematisch sein, wenn sie sich als Privatkläger konstituieren wollen und nicht in den Genuss von unentgeltlicher Rechtspflege kommen: Die Verfahrenskosten können namentlich bei der Einstellung des Verfahrens und beim Freispruch der beschuldigten Person der Privatklägerschaft auferlegt werden und die Kosten der Prozessvertretung der beschuldigten Person sind im Fall des Unterliegens der Privatklägerschaft von letzterer zu übernehmen. Bei Antragsdelikten muss innerhalb von 3 Monaten seit Kenntnis des Täters Strafantrag gestellt werden. Ob die beim Rassendiskriminierungstatbestand vorgesehenen Sanktionen die Kriterien von wirksamen, verhältnismässigen und abschreckenden Rechtsbehelfen gemäss dem Massstab der EU-Studie erfüllen, wird in den Teilstudien 6 und 7 zum Thema Rassismus thematisiert. Als problematisch wird in diesem Bereich schliesslich das Fehlen von Parteirechten für Verbände in Strafverfahren wegen Rassismus erachtet, weil deshalb die Verbände insbesondere gegen Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft keine Beschwerde erheben können.

DER ZUGANG ZUR JUSTIZ IN DISKRIMINIERUNGSFÄLLEN

Teilstudie 1: Bereichsübergreifende Rechtsnormen

I. AUFBAU DER TEILSTUDIE 1

Die Ausführungen zum *materiellen Recht* (Ziff. II) beinhaltet zunächst die Darstellung der verschiedenen von der Schweiz ratifizierten, für den Diskriminierungsschutz relevanten völkerrechtlichen Übereinkommen. Anschliessend werden das Gleichheitsgebot und das Diskriminierungsverbot in der Bundesverfassung (Art. 8 BV) dargestellt und die Wirkung der Grundrechte in der Rechtsordnung (Art. 35 BV) thematisiert. Weiter werden der spezialgesetzliche Diskriminierungsschutz des Gleichstellungsgesetzes, des Behindertengleichstellungsgesetzes sowie der Rassismusstrafnorm sowie die Grundsätze der verfassungskonform auszulegenden Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen des Privatrechts (Treu und Glauben, Rechtsmissbrauchsverbot, Persönlichkeitsschutz) und deren Anwendung im Arbeits- und Mietrecht sowie in weiteren Lebensbereichen erläutert. Der letzte Abschnitt der materiell-rechtlichen Analyse befasst sich schliesslich mit der Mehrfachdiskriminierung.

Im Rahmen der Analyse des Verfahrensrechts (Ziff. III) wird zunächst das Konzept der EU-Studie erläutert und die Übertragung desselben auf die schweizerischen Verhältnisse erklärt. Danach werden die in der Schweiz im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsschutz bestehenden Institutionen sowie die aussergerichtlichen und gerichtlichen Streitbeilegungsmöglichkeiten dargestellt. Nach der Analyse der Verfahrensvorschriften im Zivil-, Verwaltungs-, und Strafprozessrecht werden schliesslich verfahrensrechtliche Schwierigkeiten im Zusammenhang mit Mehrfachdiskriminierung thematisiert.

Ziff. IV. enthält ein Gesamtfazit und weist auf Probleme in den verschiedenen analysierten Bereichen hin.

II. MATERIELLES RECHT

1. Internationale Rechtsquellen

1.1. Einleitende Bemerkungen

Die Idee, wonach alle Menschen gleich sind und deshalb auch gleich behandelt werden sollten, war bereits in der Zeit der Aufklärung eine zentrale Forderung. So wurde denn auch in der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung aus dem Jahre 1776 bereits festgehalten, dass „(…) alle Menschen gleich sind von Geburt, dass sie von ihrem Schöpfer mit gewissen, unveräusserlichen Rechten ausgestattet sind (…)“.[26]

Dem Grundgedanken der Gleichheit aller Menschen und dem davon abgeleiteten Schutz vor Diskriminierung – etwa aufgrund der Herkunft, der Rasse oder des Geschlechts – kommt im in-

[26] Allerdings waren unter dem Begriff „alle Menschen“ die amerikanischen Ureinwohner, schwarze Sklaven und Frauen nicht mitgemeint, sondern nur jene weissen Männer, die von der britischen Krone unabhängig werden und die neuen Staaten Amerikas gründeten wollten; KÄLIN/KÜNZLI, S. 4.

ternationalen Recht seit der Gründung der UNO eine zentrale, herausragende Stellung zu und ist eines der Hauptziele der Vereinten Nationen. Dies wird auf globaler Ebene bereits in der UNO-Charta[27] ersichtlich, in der sich die Vereinten Nationen u.a. zum Ziel gesetzt haben, „(…) die Achtung vor den Menschenrechten und Grundfreiheiten für alle ohne Unterschied der Rasse, des Geschlechts, der Sprache oder der Religion zu fördern und zu festigen".[28] An der Weltkonferenz über Menschenrechte im Jahr 1993 wurde in diesem Zusammenhang etwa festgehalten: „Respect for human rights and for fundamental freedoms without distinction of any kind is a fundamental rule of international human rights law".[29] Dem Rechtsgleichheitsgebot und dem Diskriminierungsverbot kommt schliesslich auch deshalb eine besondere Bedeutung zu, weil sie eine Art Querschnittscharakter besitzen, denn sie lassen sich – im Gegensatz zu den meisten anderen Grundrechten – „nicht auf einen bestimmten sachlichen Schutzbereich beschränken, sondern wirken in allen Lebens- und Rechtsbereichen".[30]

1.2. Das Gebot der Rechtsgleichheit

Das Gebot der Rechtsgleichheit bildet den Ausgangspunkt des Diskriminierungsverbotes und gleichzeitig den Kern der Nichtdiskriminierung: Menschen sollen nicht aufgrund ihrer Andersartigkeit – etwa aufgrund ihres Geschlechts, ihrer Religion, ihrer Rasse oder ihrer ethnischen oder sozialen Herkunft benachteiligt, sondern „gleich wie die anderen" behandelt werden. Es geht jedoch nicht darum, alle Menschen absolut gleich zu behandeln, sondern um eine Gleichbehandlung in vergleichbaren tatsächlichen Verhältnissen, bzw. darum „Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich" zu behandeln.[31] Gemäss dem *Gleichbehandlungsgebot* sind demnach rechtliche Unterscheidungen in vergleichbaren Situationen unzulässig, „die sich auf keine sachlichen Gründe stützen lassen und für die kein vernünftiger Grund ersichtlich ist". Andererseits ist es gemäss dem *Differenzierungsgebot* verboten, tatsächlich gleiche Verhältnisse, „die wesentlich voneinander abweichen und daher einer unterschiedlichen Behandlung bedürfen", gleich zu behandeln.[32]

Das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot ist bspw. in Art. 26 Satz 1 UNO-Pakt II festgehalten, der bestimmt: „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich und haben ohne Diskriminierung Anspruch auf gleichen Schutz durch das Gesetz". Gleichheit *vor* dem Gesetz bezeichnet dabei den Anspruch auf rechtsgleiche Gesetzesauslegung und -anwendung („Gleichheit in der Rechtsanwendung"), gleicher Schutz *durch* das Gesetz ist dagegen das Recht auf die gleiche inhaltliche Ausgestaltung der Gesetze („Gleichheit in der Rechtsetzung").[33]

---

27 Charta der Vereinten Nationen vom 26.06.1945 (UNO-Charta; SR 0.120).

28 Art. 1 Ziff. 3 UNO-Charta; Kälin/Künzli, S. 396.

29 MOECKLI, S. 189, mit Verweis auf A/CONF.157/23 (1993), para. 15.

30 Im Gegensatz zum Rechtsgleichheitsgebot erstreckt sich das Diskriminierungsverbot allerdings nur auf spezifische Ungleichbehandlungen; MÜLLER/SCHÄFER, S. 651 f.

31 BGE 136 I 1 E. 4.1 S. 5.

32 KÄLIN/KÜNZLI, S. 397.

33 Ein allgemeines Rechtsgleichheitsgebot ist auch in Art. 24 der Amerikanischen Menschenrechtskonvention vom 22.11.1969 (AMRK), in Art. 3 der Afrikanischen Charta der Rechte der Menschen und Völker vom 27.06.1981 (AfCRMV) sowie in Art. 11 der Arabischen Charta der Menschenrechte vom 23.05.2004 (ArCMR) festgehalten; KÄLIN/KÜNZLI, S. 398.

1.3. Das Diskriminierungsverbot

Das Diskriminierungsverbot ist ein spezielles Gleichheitsgebot und kommt dann zur Anwendung, wenn eine Ungleichbehandlung an ein spezielles Merkmal anknüpft, das einen wesentlichen Bestandteil der Identität einer Person ausmacht und deshalb wie die Rasse oder das Geschlecht nicht aufgegeben werden können, oder deren Aufgabe wegen des identitätsstiftenden Charakters wie bei der Sprache oder der Religion ihr nicht zugemutet werden darf.[34] Diskriminierungsverbote sind eine menschenrechtliche Antwort auf geschichtliche Erfahrungen mit herabwürdigenden oder ausgrenzenden Sonderbehandlungen von bestimmten sozialen Gruppen und haben zum Ziel, die einzelnen Mitglieder dieser „verletzlichen" Gruppen vor Ungleichbehandlungen zu schützen.[35] Dabei kann zwischen direkter und indirekter Diskriminierung unterschieden werden.

1.3.1. Direkte Diskriminierung

Eine *direkte* Diskriminierung liegt dann vor, wenn eine benachteiligende Unterscheidung in der Rechtsetzung oder in der Rechtsanwendung eines grundsätzlich „diskriminierungsfreien Gesetzes direkt an einem verpönten Merkmal anknüpft", ohne dass dafür eine gesetzliche Rechtfertigung besteht. Damit eine direkte Diskriminierung vorliegt, müssen *kumulativ* die folgenden Voraussetzungen gegeben sein:

1) Es liegt eine *Ungleichbehandlung* vor, d.h. eine „Unterscheidung, Ausschliessung oder Beschränkung" von zwei vergleichbaren Sachverhalten;

2) Die von der Diskriminierung betroffenen Personen bzw. Personengruppen müssen „im Vergleich zu anderen Personen oder Personengruppen in ähnlicher Situation benachteiligt werden". Dabei ist unerheblich, ob eine Diskriminierungsabsicht besteht oder nicht; wesentlich ist, dass der Effekt diskriminierend ist, die Benachteiligung muss also „Ziel oder Folge der Unterscheidung sein";

3) Die Benachteiligung muss an einem verpönten Unterscheidungsmerkmal anknüpfen, welches zur Identität der betroffenen Menschen gehört, also etwa an das Geschlecht, die Herkunft oder die Religion. Die Aufzählung der verpönten Unterscheidungsmerkmale der in den verschiedenen internationalen Übereinkommen festgehaltenen Diskriminierungsverbote ist dabei nicht abschliessend festlegbar. Deshalb wird oft der Zusatz „sonstiger Status", „namentlich" oder dergleichen verwendet. Die zentralen und bedeutendsten in diesen Diskriminierungsverboten festgehaltenen Merkmale sind jedoch „die Rasse oder Hautfarbe, die ethnische

---

34 KÄLIN/KÜNZLI, S. 397 ff.

35 MÜLLER/SCHEFER, S. 684. Betreffend den inhaltlichen Kern jeder Diskriminierung gibt es in der Lehre zwei unterschiedliche Ansätze: Gemäss dem ersten Ansatz liegt der Kern einer Diskriminierung darin, dass die Würde einer *einzelnen Person* herabgesetzt wird, d.h. „wenn die ungleiche Behandlung den Menschen in seiner Wertschätzung als Person betrifft" (BGE 106 Ib 182 E. 4.a). Bei der zweiten Auffassung setzt der Diskriminierungsbegriff bei der faktischen Benachteiligung *bestimmter Gruppen* an, und der Diskriminierungsschutz soll diesen speziell gefährdeten Gruppen Schutz vor herabwürdigender Sonderbehandlung gewähren. Bei diesem Ansatz steht also nicht das Individuum, sondern der Mensch als Angehöriger einer bestimmten Gruppe im Zentrum. Diese Gruppen laufen aufgrund historischer Erfahrungen oder aktueller gesellschaftlicher Umstände besonders Gefahr, eine Ausgrenzung zu erfahren und in herabwürdigender Weise ungleich behandelt zu werden. Dies führt zu einem *asymmetrischen* Verständnis des Diskriminierungsverbotes, bei dem nur jene Personen geschützt sind, die Mitglieder der schützenswerten Gruppen sind (z.B. Frauen, nicht aber Männer oder Schwarze, aber nicht Weisse etc.), siehe dazu die Ausführungen auf der Webseite von humanrights.ch, abrufbar unter http://www.humanrights.ch/de/Themendossiers/Diskriminierungsverbot/-Juristisch/Allgemein/idart_1819-content.html (besucht am 15.07.2015).

Minderheit, das Geschlecht, die Religion, die Sprache, die soziale Herkunft oder Geburt und die politische Überzeugung“;

4) Es besteht keine Rechtfertigung für die Unterscheidung, d.h. es gibt keine legitimen Gründe für die Benachteiligung der betroffenen Person oder Personengruppe. Eine Rechtfertigung kann dann gegeben sein, wenn „eine Unterscheidung legitime Ziele verfolgt und verhältnismässig, d.h. geeignet, notwendig und zumutbar ist, um solche Ziele zu verfolgen“.[36]

Ist eine Benachteiligung rechtfertigungsfähig, liegt keine Diskriminierung vor, sondern eine gerechtfertigte Unterscheidung.

1.3.2. Indirekte Diskriminierung

Eine *indirekte* Diskriminierung liegt dagegen dann vor, wenn die Formulierung oder Anwendung eines Gesetzes zwar neutral ist, d.h. nicht an einem verpönten Merkmal anknüpft, in der Praxis jedoch ausschliesslich oder überwiegend Personen mit derartigen Merkmalen dadurch benachteiligt werden.[37] Eine derartige faktische Benachteiligung kann nicht nur durch eine neutral Formulierung oder Anwendung eines Gesetzes geschehen, sondern gerade dadurch, dass keine Unterscheidung getroffen wird, obschon eine solche in der konkreten Situation geboten wäre.[38] Eine indirekte Diskriminierung liegt dann vor, wenn 1) eine Massnahme gemäss ihrer Formulierung keine Unterscheidungen macht, d.h. neutral gefasst ist, 2) ihre tatsächlichen Folgen jedoch ausschliesslich bzw. „klar überwiegend eine Personengruppe benachteiligt“, deren Merkmale gemäss den Diskriminierungsverboten kritisch einzustufen sind und es 3) keine genügende Rechtfertigung für die Benachteiligung gibt.[39]

1.4. UNO-Menschenrechtspakte

Wie erwähnt, verankert bereits Art. 1 Ziff. 3 der UNO-Charta ein Diskriminierungsverbot. Die UNO-Charta räumt den Individuen allerdings keine individuellen Rechtsansprüche ein.[40] Die beiden UNO-Menschenrechtspakte aus dem Jahr 1966 enthalten dagegen Diskriminierungsverbote, aufgrund derer auch individuelle Rechtsansprüche geltend gemacht werden können:

Der *UNO-Pakt I* deckt die „wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte umfassend ab“ und enthält in Art. 2 Abs. 2 ein Diskriminierungsverbot.[41] Danach verpflichten sich die Vertragsstaaten

---

36 KÄLIN/KÜNZLI, S. 402 ff. Zur Frage, unter welchen Umständen Rechtfertigungsgründe vorliegen, siehe MOECKLI, S. 200 ff.

37 MOECKLI, S. 198 und Kälin/Künzli, S. 407. Der UNO-Menschenrechtsausschuss hat beispielsweise eine Vorschrift als (indirekt) diskriminierend qualifiziert, wonach Angestellte der kanadischen Eisenbahn während der Arbeit einen Schutzhelm tragen müssen. Für einen Sikh, dessen Religion gebietet, dass er einen Turban tragen muss, führte diese an sich neutral formulierte Vorschrift zu einer faktischen Diskriminierung, da Angehörige dieser Religion unverhältnismässig stark davon betroffen sind. HRC, Singh Binder v. Canada, CCPR/C/37/D/208/1986 (9.11.1989).

38 In der Schweiz erfolgt bspw. die Bestattung auf öffentlichen Friedhöfen in der Regel der Reihe nach, also im nächsten freien Grab. Diese Regel hat für die Allgemeinheit keine Nachteile zur Folge, jedoch beispielsweise für Angehörige des muslimischen Glaubens, da diese nach Mekka ausgerichtet bestattet werden wollen; KÄLIN/KÜNZLI, S. 407, mit Hinweis auf BGE 125 I 300.

39 KÄLIN/KÜNZLI, S. 407.

40 KÄLIN/KÜNZLI, S. 41.

41 KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI, S. 278.

„zu gewährleisten, dass die [im UNO-Pakt I] verkündeten Rechte ohne Diskriminierung hinsichtlich der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status ausgeübt werden". Das Bundesgericht vertritt allerdings die Ansicht, dass die Bestimmungen des UNO-Paktes I – im Gegensatz zu jenen des UNO-Paktes II – unter Vorbehalt gewisser Ausnahmen grundsätzlich nicht direkt anwendbar sind[42], was in der Lehre kritisiert wird.[43]

Der *UNO-Pakt II*, der bürgerliche und politische Rechte gewährleistet, enthält in Art. 2 Abs. 1 sowie in Art. 26 Diskriminierungsverbote.[44] Gemäss Art. 2 Abs. 1 UNO-Pakt II verpflichtet sich jeder Vertragsstaat, „die [im UNO-Pakt II] anerkannten Rechte zu achten und sie allen in seinem Gebiet befindlichen und seiner Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen ohne Unterschied wie insbesondere der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status zu gewährleisten". Art. 26 UNO-Pakt II bestimmt, dass „alle Menschen (…) ohne Diskriminierung Anspruch auf gleichen Schutz durch das Gesetz [haben]. In dieser Hinsicht hat das Gesetz jede Diskriminierung zu verbieten und allen Menschen gegen jede Diskriminierung, wie insbesondere wegen der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status, gleichen und wirksamen Schutz zu gewährleisten".[45] Art. 3 UNO-Pakt II verpflichtet darüber hinaus die Staaten, die Gleichberechtigung von Mann und Frau bei der Ausübung aller im Pakt verankerten Rechte sicherzustellen.

Die Schweiz hat zu Art. 26 UNO-Pakt II einen Vorbehalt angebracht, wonach diese Bestimmung hier zu Lande nur für diejenigen Rechte anwendbar ist, die explizit vom Übereinkommen garantiert werden,[46] was bedeutet, dass dieser Bestimmung keine Bedeutung zukommt, die über jene von Art. 2 Abs. 1 des UNO-Paktes II hinaus geht. Zudem hat die Schweiz das Fakultativprotokoll zum UNO-Pakt II[47], das ein Individualbeschwerdeverfahren für Verstösse gegen die Paktgarantien vorsieht, nicht ratifiziert.

---

42 Z.B. BGE 136 I 290, S. 292 mit Hinweisen. Siehe zur Justiziabilität (insbesondere von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten) SKMR [Freiheitsentzug, Polizei und Justiz], S. 69 ff.

43 Etwa KÜNZLI/KÄLIN, S. 115.

44 Darüber hinaus enthalten auch Art. 4, 23 und 24 Mechanismen zum Schutz vor Diskriminierung: Art. 4 Abs. 1 UNO-Pakt II hält fest, dass die Vertragsstaaten im *Falle eines öffentlichen Notstandes* keine Massnahmen ergreifen, die Diskriminierung allein wegen der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion oder der sozialen Herkunft enthalten. Art. 23 Abs. 4 UNO-Pakt II bestimmt, dass die Vertragsstaaten durch geeignete Massnahmen sicherstellen, dass *die Ehegatten* gleiche Rechte und Pflichten bei der Eheschliessung, während der Ehe und bei Auflösung der Ehe haben. Und schliesslich hat laut Art. 24 Abs. 1 UNO-Pakt II jedes Kind ohne Diskriminierung hinsichtlich der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens oder der Geburt das Recht auf diejenigen Schutzmassnahmen durch seine Familie, die Gesellschaft und den Staat, die seine Rechtsstellung als Minderjähriger erfordert.

45 Zur Abgrenzung zwischen Art. 2 Abs. 1 und Art. 26 UNO-Pakt II siehe unten, Ziff. II.1.7.1.

46 MALINVERNI, S. 100. Zu den Folgen dieses Vorbehalts siehe unten, Ziff. II.1.7.1 und 1.7.2.

47 Fakultativprotokoll zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16.12.1966 (FP UNO-Pakt II).

1.5. Diskriminierungsverbote im spezialvertraglichen Menschenrechtsschutz

Nachfolgend werden im Sinne einer Übersicht die wichtigsten *spezialvertraglichen UNO-Übereinkommen,* die ebenfalls Diskriminierungsverbote enthalten, in aller Kürze dargestellt.

Der Schutz *bestimmter Menschenrechte* wird bspw. durch das Rassendiskriminierungsübereinkommen[48] oder das Anti-Folterübereinkommen[49] geregelt. Das *Rassendiskriminierungsabkommen* verpflichtet die Staaten neben der Unterlassung von entsprechenden Diskriminierungen zur Verfolgung einer Politik der Beseitigung der Rassendiskriminierung in jeder Form und der Förderung des Verständnisses unter allen Rassen“ (Art. 2 CERD). Gemäss Art. 4 CERD müssen die Staaten deshalb „u.a. rassistische Äusserungen und ihre Verbreitung unter Strafe stellen“ und sind verpflichtet, „alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln und ihnen ihre Rechte ohne Unterschied der Rasse, der Hautfarbe, des nationalen Ursprungs oder des Volkstums [zu] gewährleisten“ (Art. 5 CERD). Das *Anti-Folterübereinkommen*, das neben menschenrechtlichen auch straf-, auslieferungs- und verwaltungsrechtliche Bestimmungen beinhaltet, hält in Art. 1 Ziff. 1 bei der Definition des Folterbegriffs fest, dass keine Folter „aus irgendeiner Art von Diskriminierung beruhendem Grund“ angewendet werden darf.[50] Die Schweiz hat bei beiden Vertragswerken die Möglichkeit zur Individualbeschwerde anerkannt.[51]

Darüber hinaus gibt es verschiedene Übereinkommen, die den Schutz *bestimmter Personengruppen* gewährleisten sollen, wie bspw. das Übereinkommen zur Beseitigung der Diskriminierung von Frauen (CEDAW)[52,] die Kinderrechtskonvention[53], die Wanderarbeiterkonvention sowie die Behindertenrechtskonvention. Das *CEDAW-Übereinkommen* will die Position der Frauen in zahlreichen Lebensbereichen verbessern bzw. jenen der Männer gleichstellen und verpflichtet die Staaten, Diskriminierungen zu unterlassen und „unverzüglich eine Politik zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau zu verfolgen“ (Art. 2 CEDAW).[54] Die *Kinderrechtskonvention* anerkennt und schützt die Menschenrechte von Kindern und Jugendlichen bis zum achtzehnten Altersjahr. In Art. 2 Abs. 2 KRK ist ein umfassendes Diskriminierungsverbot festgehalten, das die Vertragsstaaten verpflichtet, die im Übereinkommen festgehaltenen Rechte „jedem (…) Kind ohne jede Diskriminierung unabhängig von der Rasse, der Hautfarbe, dem Geschlecht, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen, ethnischen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, einer Behinderung, der Geburt oder des sonstigen Status des Kindes, seiner Eltern oder seines Vormunds“ zu gewährleisten. Die *Wanderarbeiterkonvention* schützt die Rechte von Personen, die ausserhalb ihres Heimatstaates einer Tätigkeit nachgehen und enthält in Art. 7 ein Diskriminierungsverbot. Die Konvention enthält einen Katalog von umfassenden

---

48 Die Schweiz hat gegen Art. 4 sowie gegen Art. 2 Abs. 1 lit. a Vorbehalte angebracht, siehe dazu Teilstudie 6, Kap. II.1.2.

49 Der Schutz vor Diskriminierung ist in diesem Übereinkommen in Art. 1 Ziff. 1 festgehalten.

50 KÄLIN/KÜNZLI, S. 44 f.

51 Die Schweiz hat das Individualbeschwerdeverfahren zum Rassendiskriminierungsabkommen gemäss Art. 14 CERD im Juni 2003 ratifiziert, siehe http://www.humanrights.ch/de/Schweiz/UNO/Antirassismuskonvention/-Individualbeschwerden/index.html (besucht am 15.07.2015). Das Fakultativprototoll zum Anti-Folterübereinkommen ist für die Schweiz am 24.10.2009 in Kraft getreten, siehe Fakultativprotokoll vom 18.12.2002 zum Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (SR 0.105.1).

52 Siehe dazu Teilstudie 2, Kap. II.2.

53 Der Schutz vor Diskriminierung ist in diesem Übereinkommen in Art. 2 Ziff. 1 festgehalten. Siehe dazu Teilstudie 3, Kap. II.1.2.

54 KÄLIN/KÜNZLI, S. 51 f.

Rechten der Wanderarbeiterinnen und Wanderarbeitern und gilt auch für Personen, die sich illegal im Land befinden.[55] Die Schweiz hat die Wanderarbeiterkonvention weder unterzeichnet noch ratifiziert. Die *Behindertenrechtskonvention* enthält schliesslich zusätzlich zum in Art. 5 festgehaltenen Verbot der Diskriminierung aufgrund von Behinderung für die Vertragsstaaten die Verpflichtung, „die volle Verwirklichung aller Menschenrechte und Grundfreiheiten für alle Menschen mit Behinderungen ohne jede Diskriminierung auf Grund der Behinderung sicherzustellen und zu fördern" (Art. 4). In Art. 6 und 7 der Behindertenrechtskonvention werden überdies spezielle Massnahmen für Kinder und Frauen mit Behinderungen erwähnt.

Die Schweiz hat das Zusatzprotokoll zu CEDAW, welches die Individualbeschwerdemöglichkeit vorsieht, ratifiziert[56], und die Ratifikation des 3. Zusatzprotokolls zur Kinderrechtskonvention[57] über das Individualbeschwerdeverfahren wird verwaltungsintern geprüft.[58]

1.6. Regionaler Menschenrechtsschutz

1.6.1. Art. 14 EMKR und das 12. Zusatzprotokoll zur EMRK

Für Europa ist das bedeutendste regionale Übereinkommen die Europäische Menschenrechtskonvention, die in Art. 14 ein Diskriminierungsverbot enthält. Art. 14 EMRK bestimmt, dass der Genuss der in der EMRK anerkannten Rechte und Freiheiten ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten ist. Art. 14 EMRK ist akzessorisch ausgestaltet, d.h. man kann sich nur darauf berufen um geltend zu machen, dass man „im Schutzbereich einer materiellen Garantie der EKRM in diskriminierender Weise behandelt worden" sei.[59]

Einen weiteren Schutz vor Diskriminierung gewährt das 12. Zusatzprotokoll zur EMRK (nachfolgend: 12. ZP EMRK), das ein umfassendes, selbstständiges Diskriminierungsverbot enthält. Das 12. ZP EMRK ist am 1. April 2005 in Kraft getreten und mittlerweile von 18 Staaten ratifiziert worden – die Schweiz hat es bisher weder unterzeichnet noch ratifiziert.[60] Gemäss Abs. 1 ist der Genuss eines jeden gesetzlich niedergelegten Rechts „(…) ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten". Art. 2 bestimmt, dass „niemand (…) von einer Behörde diskriminiert werden darf, insbesondere nicht aus einem der in Absatz 1 genannten Gründe".

---

55 KÄLIN/KÜNZLI, S. 48.

56 Fakultativprotokoll vom 06.10.1999 zum Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (SR 0.108.1).

57 Siehe etwa die Stellungnahme des Bundesrates vom 22.08.2012 zur Motion Amherd 12.36.23 vom 15.06.2012 „Ratifizierung des dritten Fakultativprotokolls zur Uno-Kinderrechtskonvention".

58 Das Vernehmlassungsverfahren wurde Anfang Juli 2015 abgeschlossen, siehe https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/ind2015.html (besucht am 23.07.2015).

59 KÄLIN/KÜNZLI, S. 400. Siehe zum Gehalt Diskriminierungsverbote und zum Rechtsschutz in der Schweiz unten, Ziff. II.1.7.1 und 1.7.2.

60 Der aktuelle Stand der Unterzeichnungen und Ratifizierungen ist abrufbar unter http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=8&DF=15/07/2015&CL=GER (besucht am 15.07.2015)

1.6.2. Die europäische Sozialcharta

Neben der EMRK ist in Europa die europäische Sozialcharta von Bedeutung, die ein Pendant zum UNO-Pakt I auf UNO-Ebene darstellt und die EMRK ergänzt, indem sie verschiedene wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte garantiert. Die revidierte Fassung der ESC vom 3. Mai 1996 enthält hinsichtlich Diskriminierung bspw. in Art. 19 eine Schutzbestimmung für Wanderarbeitnehmerinnen und -arbeitnehmer und legt fest, dass diese, „soweit sie sich rechtmässig in ihrem Hoheitsgebiet befinden, nicht weniger günstig behandelt werden dürfen als ihre eigenen Staatsangehörigen“,[61] und Art. 20 ESC gewährt das Recht auf Chancengleichheit und Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ohne Diskriminierung des Geschlechts. Die Schweiz hat die ESC aus dem Jahr 1961 allerdings nicht ratifiziert und die revidierte Fassung von 1996 weder unterzeichnet noch ratifiziert.[62]

1.6.3. Praxis des EGMR zu Art. 14 EMRK

Im Vergleich zu den beiden UNO-Pakten hat die EMRK eine „derart überragende Bedeutung, dass in den europäischen Ländern die universellen Konventionen deutlich in den Hintergrund treten“.[63] Deshalb werden nachfolgend die wichtigsten in den letzten 20 Jahren vom EGMR beurteilten Fälle von Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführern gegen die Schweiz wegen Verletzung des Diskriminierungsgebotes gemäss Art. 14 EMRK in aller Kürze dargestellt:

Im Fall *Schuler-Zgraggen*[64] wurde die Schweiz wegen Geschlechterdiskriminierung im Zusammenhang mit der Berechnung einer IV-Rente verurteilt. Die als Sekretärin tätige Beschwerdeführerin war infolge einer Behinderung zu 60-70% arbeitsunfähig und bezog eine Invalidenrente. Nach der Geburt eines Kindes wurde ihre Rente auf 30% gekürzt. Zur Begründung wurde ausgeführt, „dass sie nach allgemeiner Lebenserfahrung ihre Arbeit nach der Geburt des Kindes sowieso aufgegeben oder wenigstens reduziert hätte“. Weil das Versicherungsgericht dieses frauentypische Verhalten zur Grundlage der Begründung seines Entscheides gemacht hatte und damit eine unterschiedliche Behandlung ausschliesslich nach Massgabe des Geschlechts erfolgte, wurde die Schweiz wegen Verletzung von Art. 14 i.V.m. Art. 6 (Recht auf ein faires Verfahren) verurteilt.[65]

In den Fällen *Burghartz*[66] und *Losonci Rose und Rose*[67] ging es um Verfahren betreffend das Schweizer Namensrecht. Im *Fall Burghartz* war der Streitgegenstand die Eintragung des gemeinsamen Familiennamens einer in Deutschland geschlossenen Ehe und des neuen Namens des Ehemannes. Die Ehefrau hatte den Namen Burghartz angenommen, der gleichzeitig der Familienname war, der Ehemann nahm dagegen den Namen Schnyder-Burghartz an. Das Schweizer

---

61 Art. 19 Abs. 4 und 5 ESC.

62 Weitere Informationen zur ESC sind abrufbar unter http://www.humanrights.ch/de/Themendossiers/-Diskriminierungsverbot/International/Europarat/idart_2048-content.html (besucht am 15.07.2015).

63 KÄLIN/KÜNZLI, S. 51. Allerdings gibt es in den UNO-Pakten, insbesondere im grundsätzlich direkt anwendbaren UNO-Pakt II, verschiedene Garantien, die in der EMRK nicht enthalten sind. Deshalb stellt sich jeweils die Frage, auf welches dieser beiden Übereinkommen sich mutmassliche Opfer von Menschenrechtsverletzungen in der Schweiz berufen sollen. Siehe dazu SKMR [Genf oder Strassburg?].

64 EGMR, Schuler-Zgraggen v. Switzerland, A/263 (1993).

65 Siehe die Zusammenfassung des Urteils in KÄLIN/KÜNZLI, S. 411.

66 EGMR, Burghartz v. Switzerland, A/280-B (1994).

67 EGMR, Losconi Rose und Rose v. Switzerland, Application no. 51001/07 (2010).

Standesamt trug den Namen Schnyder als Familienname ins Familienregister ein. Dem Antrag, Burghartz als gemeinsamen Familienname und Schnyder Burghartz als Namen des Ehemannes einzutragen, wurde nicht stattgegeben. Das Bundesgericht erlaubte zwar den Beschwerdeführern, Burghartz als gemeinsamen Familiennamen zu führen. Dem Ehemann wurde jedoch die Führung des Namens Schnyder-Burghartz mit der Begründung verweigert, nur Frauen sei die Vorabstellung ihres Geburtsnamens vor den Familiennamen gestattet. Der EGMR entschied, dass es im Schweizer Namensrecht keine objektive und vernünftige Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung der Geschlechter gebe und deshalb eine Verletzung von Art. 14 i.V.m. Art. 8 (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) EMRK vorliege.[68] Im *Fall Losonci Rose und Rose* hatten die Beschwerdeführer beantragt, bei der Heirat je ihren bisherigen Namen beizubehalten. Die Ehegattin war Schweizerin, der Ehegatte Ungar, weshalb bei dieser Konstellation – im Gegensatz zum umgekehrten Fall – die Beibehaltung des Namens gemäss der schweizerischen Gesetzgebung nicht vorgesehen war. Der EGMR war jedoch der Ansicht, dass „unter den Mitgliedstaaten des Europarats (…) ein Konsens zur Gleichbehandlung der Eheleute bei der Wahl des Familiennamens [bestehe]", weshalb die Ungleichbehandlung der Eheleute sachlich unbegründet und unangemessen sei und eine Verletzung von Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK vorliege.[69] Seit dem 1. Januar 2013 entspricht die Schweizer Gesetzgebung zum Namens- und Bürgerrecht dem Aspekt der Gleichberechtigung der Geschlechter: „Jeder Ehegatte behält seinen Namen und sein Bürgerrecht. Die Brautleute können aber anlässlich der Eheschliessung erklären, dass sie den Ledignamen der Braut oder des Bräutigams als gemeinsamen Familiennamen tragen wollen".[70]

Im *Fall Jäggi*[71] hatte der Beschwerdeführer beantragt, die Leiche seines mutmasslichen leiblichen Vaters zwecks Entnahme einer DNA-Probe zur Durchführung eines Vaterschaftstests exhumieren zu lassen. Die Vaterschaft war von diesem zeitlebens bestritten worden. Die Exhumierung wurde dem Beschwerdeführer u.a. mit der Begründung verweigert, dass er bereits ein gewisses Alter und zudem gesundheitliche Schwierigkeiten habe, weshalb im Rahmen einer Güterabwägung der Schutz der Persönlichkeit des Verstorbenen stärker zu gewichten sei als die Gewissheit des Beschwerdeführers über seine biologische Abstammung. Der Gerichtshof betrachtete diese Argumentation als diskriminierend und verurteilte die Schweiz wegen Verstosses gegen Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK.

Beim *Fall Glor*[72] ging es um die Beschwerde eines Diabetikers, der für dienstuntauglich erklärt worden war und somit eine Wehrpflichtersatzabgabe entrichten musste, obschon er Dienst hätte leisten wollen. Gemäss der Praxis des Bundesgerichts wurden „nur Personen mit einem Invaliditätsgrad von mehr als 40% von der Pflicht zur Zahlung des Wehrpflichtersatzes ausgenommen", jener des Beschwerdeführers war jedoch tiefer als 40%. Der Gerichtshof stellt fest, dass die erwähnte Regelung gegen Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK verstosse, da dadurch einerseits dienstuntaugliche Männer, die einen normalen Beruf ausüben können gegenüber Behinderten mit einem

---

68 Eine Zusammenfassung dieses Falls ist abrufbar unter http://www.menschenrechte.ac.at/docs/94_2/94_2_12.htm (besucht am 15.07.2015).

69 Vgl. die Zusammenfassung des Urteils auf der Webseite des Bundesamtes für Justiz, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/menschenrechte/egmr/ber-egmr-2010q4-d.pdf (besucht am 15.07.2015).

70 Siehe das Merkblatt des BJ zum neuen Namensrecht, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/archiv/namensrecht/faq-namensrecht-d.pdf (besuch am 15.07.2015).

71 EGMR, Jäggi v. Switzerland, Application no. 58757/00 (2006).

72 EGMR, Glor v. Switzerland, Application no. 13444/04 (2009).

IV-Grad über 40%, die keine Wehrpflichtersatzabgabe entrichten müssten, diskriminiert würden. Zudem bestehe eine Diskriminierung auch im Verhältnis zu Dienstverweigerern aus Gewissensgründen, die Zivildienst leisten dürften (und die damit keine Wehrpflichtersatzabgabe entrichten müssen).[73]

Im *Fall Schwizgebel*[74] beantragte die Beschwerdeführerin mit Jahrgang 1957, die bereits im Jahr 2002 durch Alleinadoption erstmals Mutter geworden war, im Alter von 47 Jahren die Adoption eines zweiten Kindes. Dieser Antrag „wurde unter Hinweis auf ihr Alter abgewiesen", weshalb sie vor dem EGMR eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes (Art. 14 EMRK) i.V.m. einer Verletzung des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) geltend machte. Der Gerichtshof wies die Beschwerde ab mit der Begründung, dass den Staaten im Bereich der Adoption ein weitreichender Ermessensraum zustehe, und dass die Schweiz im konkreten Fall die Berücksichtigung der Umstände angemessen gewürdigt habe. Zudem sei „das Argument des Altersunterschiedes zwischen Adoptierender und Adoptivkind (…) differenziert begründet und nicht willkürlich (…)". Die Ungleichbehandlung der Beschwerdeführerin gegenüber jüngeren Frauen sei somit nicht diskriminierend.[75]

1.7. Rechtlicher Gehalt und Bedeutung des Diskriminierungsverbotes

1.7.1. Akzessorische und selbstständige Diskriminierungsverbote

Der rechtliche Gehalt der erwähnten Diskriminierungsverbote ist unterschiedlich: Art. 3 der beiden UNO-Pakte und Art. 14 EMRK können nur dann geltend gemacht werden, wenn es im konkreten Fall um Rechte geht, die durch das jeweilige Abkommen explizit geschützt werden, d.h. sie können „nur zusammen mit den materiellen Garantien der betreffenden Vertragswerke angerufen werden".[76] Sie werden deshalb als sog. *akzessorische* Diskriminierungsverbote bezeichnet. Art. 26 UNO-Pakt II und das 12. Zusatzprotokoll zur EMRK können hingegen auch dann angerufen werden, wenn es um Rechte geht, die von den jeweiligen Übereinkommen selbst nicht garantiert werden. Damit können „weite Bereiche staatlichen Handelns über das Diskriminierungsverbot einer menschenrechtlichen Kontrolle zugänglich [gemacht werden]", d.h. sogar solche, die bspw. nicht durch den UNO-Pakt II, sondern durch den UNO-Pakt I geschützt werden oder die „überhaupt nicht in den Schutzbereich der Menschenrechte fallen".[77] Deshalb handelt es sich um *selbstständige* Diskriminierungsverbote.

1.7.2. Rechtsschutz in der Schweiz

Im Rahmen der *UNO-Pakte* können das in Art. 3 beider Pakte statuierte akzessorische Diskriminierungsverbot sowie Art. 26 UNO-Pakt II angerufen werden, um Rechtsverletzungen im Diskriminierungsbereich geltend zu machen. Aufgrund des Vorbehalts der Schweiz gegen Art. 26 UNO-Pakt II gewährt diese Bestimmung hierzulande faktisch „nur" ein akzessorisches Diskrimi-

---

73 Vgl. die Zusammenfassung des Urteils Glor, abrufbar unter http://www.humanrights.ch/de/menschenrechte-schweiz/egmr/ch-faelle-dok/dienstuntauglich-maenner-diskriminiert (besucht am 15.07.2015).

74 EGMR, Schwizgebel v. Switzerland, Application no. 25762/07 (2010).

75 Vgl. die Zusammenfassung des Urteils Schwizgebel, abrufbar unter http://www.humanrights.ch/de/menschenrechte-schweiz/egmr/ch-faelle-dok/schwizgebel-schweiz-diskriminierung-alters-verneint (besucht am 15.07.2015).

76 KÄLIN/KÜNZLI, S. 400.

77 Ibid., S. 401 f.

nierungsverbot, d.h. auch hier muss geltend gemacht werden, dass ein im UNO-Pakt II garantiertes materielles Recht verletzt worden ist.[78] Darüber hinaus enthalten Art. 3 beider Pakte ein Geschlechtergleichheitsgebot sowie Art. 26 UNO-Pakt II ein Rechtsgleichheitsgebot. Diese können zwar ebenfalls nur akzessorisch geltend gemacht werden, im Gegensatz zu den Diskriminierungsverboten kann man sich jedoch auch dann darauf berufen, wenn eine Rechtsungleichheit nicht an einem verpönten Merkmal anknüpft.

Im Bereich der *EMRK* beschränkt sich der Rechtsschutz im Diskriminierungsbereich infolge der Nichtunterzeichnung des 12. ZP zur EMRK auf das akzessorische Diskriminierungsverbot gemäss Art. 14 EMRK. Es muss also geltend gemacht werden, dass man im konkreten Fall „im Schutzbereich einer materiellen Garantie der EMRK (d.h. Art. 1-13 EMRK) in diskriminierender Weise behandelt worden [ist]". Falls ein Staat gemäss seinem Recht über die materiellen Garantien der EMRK hinausgehende Ansprüche gewährt, die in einem Zusammenhang mit diesen Garantien stehen, können auch diesbezügliche Rechtsverletzungen durch das Diskriminierungsverbot von Art. 14 EMRK geltend gemacht werden. Das Diskriminierungsverbot ist dabei einerseits dann verletzt, wenn Beschränkungen eines Rechts, d.h. nach objektiven Gesichtspunkten feststehende Menschenrechtsverletzungen, nur Menschen mit einem verpönten Merkmal treffen. Andererseits liegt eine Verletzung auch dann vor, wenn die Einschränkung des Rechts zulässig ist, jedoch nur Menschen mit einem bestimmten Merkmal trifft (z.B. Angehörige einer bestimmten ethnischen Minderheit).[79] Somit muss also geprüft werden, ob das in Frage stehende Anliegen überhaupt vom Schutzbereich der Art. 1-13 EMRK erfasst wird. Falls dies zutrifft, dürfen Personen nicht diskriminiert werden, selbst wenn das in Frage stehende, in Art. 1-13 EMRK festgehaltene Recht nicht verletzt worden ist. Falls der Schutzbereich von Art. 1-13 EMRK hingegen im konkreten Fall nicht berührt ist, gewährt Art. 14 EMRK keinen Schutz.[80]

1.7.3. Gründe für die Nichtanerkennung selbstständiger Diskriminierungsverbote

In der Botschaft betreffend den Beitritt der Schweiz zu den beiden internationalen Menschenrechtspakten von 1966 hat der Bundesrat betreffend den Vorbehalt zu Art. 26 UNO-Pakt II festgehalten, dass einige – mittlerweile grossmehrheitlich revidierte Bundeserlasse – Ungleichbehandlungen in Bezug auf Art. 4 aBV (heute Art. 8 BV) enthalten, die wegen des Anwendungsgebotes von Art. 113 Abs. 3 aBV (heute Art. 190 BV) nicht überprüft werden können und nicht über den Umweg der Anerkennung des direkt anwendbaren und vorrangigen Art. 26 UNO-Pakt II überprüfbar werden sollen. Zudem wolle man „unter den internationalen Menschenrechtsübereinkommen nicht in ähnlichen Regelungsbereichen unterschiedliche Schutzvorkehrungen schaf-

78 MALINVERNI, S. 101.

79 KÄLIN/KÜNZLI, S. 400 f.

80 Die Schweiz hat im Übrigen folgende Zusatzprotokolle zur EMRK ratifiziert: Protokoll Nr. 6 vom 28.04.1983 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die Abschaffung der Todesstrafe (SR 0.101.06); Protokoll Nr. 7 vom 22.11.1984 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Gewährleistung verschiedener verfahrensrechtlicher Garantien) (SR 0.101.07); Protokoll Nr. 11 vom 11.05.1994 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die Umgestaltung des durch die Konvention eingeführten Kontrollmechanismus (SR 0.101.09); Protokoll Nr. 13 vom 03.05.2002 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die vollständige Abschaffung der Todesstrafe (SR 0.101.093) und Protokoll Nr. 14 vom 13.05.2004 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die Änderung des Kontrollsystems der Konvention (SR 0.101.094).

fen“. Deshalb wollte der Bundesrat vermeiden, „dass der Geltungsbereich von Artikel 26 des Paktes II weiter als jener von Artikel 14 EMRK gefasst wird“.[81]

In dieser Argumentationskette ist auch die Nichtunterzeichnung des 12. ZP zur EMRK zu sehen. In seiner Stellungnahme vom 21. Mai 2003 zur Motion Nabholz[82] betreffend die Ratifikation des 12. ZP zur EMRK hat der Bundesrat ausgeführt, dass es eine langjährige Praxis gebe, wonach „ein völkerrechtliches Übereinkommen grundsätzlich nicht unterzeichnet [werde], solange (…) nicht sicher ist, dieses in der Folge auch tatsächlich ratifizieren zu können“. Die Tragweite und die Umsetzung dieses Übereinkommens für die Schweizer Rechtsordnung seien nur schwer abzuschätzen. Insbesondere sei auch unklar, „welchen Spielraum das Protokoll Nr. 12 den Staaten bei der Abgrenzung von zulässiger Unterscheidung und nicht mehr zulässiger Diskriminierung einräume.“ Konkret sei bspw. fraglich, ob Bereiche wie „das Steuerrecht oder das Recht der sozialen Sicherheit, welche in den meisten Staaten stark national geprägt sind, mit diesem neuen Rechtsinstrument vereinbar sind“. Weiter angesprochen wurden das Ausländerrecht, das Pensionierungsalter sowie die Stellung gleichgeschlechtlicher Paare, Minderheiten oder Behinderter. Schliesslich verweist der Bundesrat darauf, dass er und die Bundesversammlung sich aus denselben Gründen bisher geweigert hätten, den Vorbehalt zu Art. 26 UNO-Pakt II zurückzuziehen. Zudem verweist der Bundesrat auf die bisher geringe Zahl von Staaten, die das 12. ZP zur EMRK ratifiziert haben und die seine Bedenken offenbar teilen.[83]

1.7.4. Folgen der Nichtanerkennung selbstständiger Diskriminierungsverbote

Die Grundrechtskonformität kantonaler Erlasse kann durch das Bundesgericht überprüft werden. Aufgrund des Anwendungsgebotes von Art. 190 BV, wonach Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend ist, besteht demgegenüber in diesem Bereich des Grundrechtsschutzes eine Lücke.[84] Diese wird teilweise dadurch gefüllt, dass das Bundesgericht heute grundsätzlich bereit ist, den Vorrang des Völkerrechts auch bei Konflikten zwischen internationalen Menschenrechtsgarantien und Bundesgesetzen anzuerkennen.[85] In diesem Sinn ist in vielen Bereichen bereits heute eine Rüge der Verletzung von völkerrechtlichen, akzessorisch ausgestalteten Diskriminierungsverboten möglich, falls die Benachteiligung in den Schutzbereich der materiellen Garantien des UNO-Paktes II bzw. der EMRK eingreift.[86] Die Nichtanerkennung der erwähnten selbstständigen Diskriminierungsverbote durch die Schweiz hat jedoch bspw. zur Folge, dass das Bundesgericht dem unterschiedlichen Rentenalter im Bereich der Alters- und Hinterbliebenenversicherung nicht wegen Geschlechterdiskriminierung die Anwendung versagen kann.[87] Gerade in diesem Bereich gewährt der EGMR

---

81 BBl 1991 1201.

82 Motion Nabholz 03.3142 vom 21.03.2003.

83 Stellungnahme des Bundesrates vom 21.05.2003 zur Motion Nabholz.

84 Schweizer, St. Galler Kommentar zu Art. 35 BV, N. 30. Siehe zudem die Ausführungen zu Art. 190 BV unten, Ziff. II.2.3.2.B.

85 Siehe z.B. BGE 136 II 120 E. 3.5.3.

86 Etwa im Bereich der Adoption von Kindern durch gleichgeschlechtliche Paare, das den Schutzbereich von Art. 8 (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) berührt.

87 Rüge der geschlechtsspezifisch unterschiedlichen Beitragsdauer und des Beginns des Rentenanspruchs gemäss Art. 3 bzw. Art. 21 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20.12.1946 (AHVG; SR 831.10).[87]

den Vertragsstaaten jedoch einen erheblichen Ermessensspielraum.[88] Eine weitere mögliche Folge könnte allenfalls eine Einschränkung der gesetzgeberischen Möglichkeiten für die Zukunft sein, weil befürchtet werden muss, dass eine ungleiche Behandlung in einem Bundesgesetz vom EGMR als diskriminierend beurteilt werden könnte. Da es zum 12. ZP zur EMRK noch kaum Fälle gibt, ist es allerdings zum jetzigen Zeitpunkt tatsächlich schwierig zu beantworten, was für Folgen die Anerkennung dieses Übereinkommens konkret mit sich bringen wird. Anders ist dies im Bereich des UNO-Paktes II, weil es diesbezüglich eine reichhaltige Praxis des Menschenrechtsausschusses gibt. Die Folgen eines Rückzugs des Vorbehalts zu Art. 26 UNO-Pakt II könnten also relativ gut abgeschätzt werden.

1.8. Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO)

1.8.1. Allgemeine Bemerkungen

Das Ziel der im Jahr 1919 gegründeten ILO besteht darin, die soziale Gerechtigkeit zu verbessern und „den zunehmenden Wettbewerbsdruck durch harmonisierte Arbeitsschutznormen abzufedern".[89] Die ILO hat zu diesem Zweck bis heute über 180 Übereinkommen erlassen, wobei gemäss der ILO-Erklärung von 1998 in vier Bereichen Kernarbeitsnormen bestehen, deren Respektierung und Förderung sich die Mitgliedstaaten speziell zum Ziel gesetzt haben. Einer dieser Bereiche ist die Beseitigung der Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf, der im Kontext der vorliegenden Studie von Interesse ist. Der Schutz vor Diskriminierung wird in diesem Bereich in erster Linie durch die beiden Kernarbeitsübereinkommen Nr. 100 (Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte)[90] und Nr. 111 (Diskriminierung in Beruf und Beschäftigung)[91] gewährleistet.[92] Diese beiden Übereinkommen sind Teil der acht Kernabkommen der ILO, die den Schutz fundamentaler Menschenrechte im arbeitsrechtlichen Kontext gewährleisten sollen.[93]

Darüber hinaus gibt es im Bereich Beseitigung der Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf verschiedene weitere Übereinkommen, die für die Bekämpfung von Diskriminierung im Arbeitsleben von Bedeutung sind. Nachfolgend werden der zentrale Inhalt und die Umsetzung dieser Übereinkommen durch die Schweiz erläutert.

1.8.2. ILO-Übereinkommen Nr. 100: Gleichheit des Entgelts für gleichwertige Arbeit

Das von der Schweiz am 15. Juni 1972 ratifizierte *ILO-Übereinkommen Nr. 100* (ILO-Ü 100) „verbietet die ungleiche Entlöhnung für gleichwertige Arbeit aufgrund des Geschlechts". In persönlicher Hinsicht beschränkt sich der Geltungsbereich auf die Gleichbehandlung zwischen Mann und Frau, der sachliche Geltungsbereich umfasst die Gleichbehandlung bezüglich des Entgelts für

---

88 Siehe EGMR (Grand Chamber) Stec and Others v. The United Kingdom, 65731/01 und 65900/01 (2006), Ziff. 60 ff., erläutert bei KÄLIN/KÜNZLI, S. 411 f.

89 PÄRLI [Vertragsfreiheit], S. 78.

90 Übereinkommen Nr. 100 vom 29.06.1951 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit (SR 0.822.720.0).

91 Übereinkommen Nr. 111 vom 25.06.1958 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf (mit Empfehlung) (SR 0.822.721.1).

92 PÄRLI, [Vertragsfreiheit], S. 84.

93 In der ILO-Erklärung von 1998 werden die Mitgliedstaaten aufgefordert, diese Kernarbeitsnormen «umzusetzen und anzuerkennen, auch wenn sie [diese] nicht oder nicht vollständig ratifiziert haben». Ibid., S. 84 f.

gleichwertige Arbeit.[94] Eine Hauptschwierigkeit der Überprüfung der tatsächlichen Gleichheit des Entgelts liegt in der „Analyse von Gehaltssystemen und Methoden der Arbeitsplatzbewertung".[95] Gemäss PÄRLI ist das Übereinkommen dann direkt anwendbar (self-executing), wenn der Staat „direkt oder indirekt das Entgelt der Arbeitnehmenden bestimmen kann". Für private Arbeitsverhältnisse bedarf es dagegen einer Konkretisierung im innerstaatlichen Recht. Im Übrigen muss der Staat das bereits bestehende nationale Recht übereinkommenskonform auslegen.[96]

Nach der Ratifikation wurde dem Übereinkommen durch die damit befassten Bundesstellen zunächst keine grosse Bedeutung beigemessen.[97] Im Jahr 1977 hatte das Bundesgericht erstmals die Gelegenheit, sich im Rahmen eines Lohngleichheitsprozesses mit der Bindungswirkung des ILO-Übereinkommens Nr. 100 auseinanderzusetzen.[98] Es stellte u.a. fest, die Rechtfertigung, wonach männliche Lehrkräfte für die gleiche Arbeit höhere Löhne als ihre weiblichen Kolleginnen erhalten, da sie für den Unterhalt der Familie aufkommen müssten, könne nicht mehr aufrecht erhalten werden. Weiter sei die Gleichheit der Gehälter für Bundesbeamte und kantonale Angestellte „weitgehend verwirklicht worden", und stellte im zu beurteilenden Fall eine Verletzung der Rechtsgleichheit durch unterschiedliche Besoldung von Lehrerinnen und Lehrern für gleichwertige Arbeit fest.[99] Das Übereinkommen ist zwar nicht direkt anwendbar, sondern muss durch Gesetze oder Ausführungserlasse konkretisiert werden. Es entfaltet jedoch auf indirektem Weg seine Wirkung, indem das Bundesgericht das Rechtsgleichheitsgebot der BV gemäss dem völkerrechtlichen Grundsatz der Entgeltlichkeit auslegt.[100]

Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass das ILO-Übereinkommen Nr. 100 einen massgeblichen Einfluss auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Lohngleichheit zwischen Frau und Mann sowie auf die Entwicklung des Gleichstellungsgesetzes hatte. Der Anspruch auf Lohngleichheit wurde bereits im Jahr 1981 mit der Annahme des Verfassungsartikels zur Gleichstellung von Frau und Mann in der Verfassung verankert und 1999 in die neue BV überführt.[101] Mit dem Erlass des GlG, das am 1. Juni 1996 in Kraft getreten ist, wurden die wichtigsten Forderungen des ILO-Übereinkommens Nr. 100 erfüllt, nämlich die Sicherstellung und Förderung des Grundsatzes der Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit durch die innerstaatliche Gesetzgebung, ein Verfahren zur Lohnfestsetzung, durch Gesamtarbeitsverträge, und die Verbindung der erwähnten Mittel.[102] Diese Forderungen wurden in Art. 3 Abs. 1 und 2 GlG verwirklicht, wonach jede direkte oder indirekte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts – u.a. – wegen der Entlöhnung verboten ist, wobei gemäss Abs. 3 dieser Bestimmung angemessene Massnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung keine Diskriminierung darstellen.

---

94 Zum Entgelt gehören der Lohn sowie sämtliche zusätzlichen, dem Arbeitnehmer aufgrund des Arbeitsverhältnisses ausgerichteten Vergütungen, inkl. Sozialversicherungsbeiträge der Arbeitnehmenden. Ibid., S. 91 f.

95 Ibid., S. 92.

96 Ibid., S. 92 f.

97 Nur für Anstellungsverhältnisse des Bundes wurde eine Bindungswirkung anerkannt.

98 BGE 103 Ia 517.

99 BGE 103 Ia 517 E.7, S. 528.

100 Pärli [Vertragsfreiheit], S. 96.

101 Kaufmann/Steiger-Sackmann, N. 1 zum Hintergrund und Entstehungsgeschichte des Gesetzes sowie Hausammann, S. 3.

102 Art. 2 Ziff. 1 und Ziff. 2 lit. a-d des ILO-Ü 100.

1.8.3. ILO-Übereinkommen Nr. 111: Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf

Das *ILO-Übereinkommen Nr. 111* (ILO-Ü 111) betreffend Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf wurde von der Schweiz am 13. Juli 1961 ratifiziert und „hält in allgemeiner und umfassender Form den Grundsatz der Nichtdiskriminierung und Chancengleichheit fest".[103] Das Übereinkommen gehört – wie auch das ILO-Übereinkommen Nr. 100 – „zu den Kernarbeitsnormen der Erklärung über die grundlegenden Prinzipien und Rechte bei der Arbeit von 1998" und verbietet rechtliche und faktische Diskriminierungen in Beschäftigung und Beruf. Gemäss Art. 1 Ziff. 1 lit. a ILO-Ü 111 gilt „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 Gelegenheiten oder der Behandlung in Beschäftigung oder Beruf aufzuheben oder zu beeinträchtigen", als Diskriminierung. Dabei werden sowohl direkte als auch indirekte Diskriminierungen vom Übereinkommen erfasst, wobei unerheblich ist, ob eine Diskriminierung auch tatsächlich beabsichtigt gewesen ist.[104]

Unter den Begriffen „Beschäftigung und Beruf" ist gemäss Art. 1 Ziff. 3 ILO-Ü 111 „die Zulassung zur Berufsausbildung, zur Beschäftigung und zu den einzelnen Berufen sowie die Beschäftigungsbedingungen" zu verstehen. Der Anwendungsbereich ist weit auszulegen, insbesondere werden sowohl die selbstständige als auch die unselbstständige Erwerbstätigkeit[105] sowie der *Zugang* zum Arbeitsverhältnis – und nicht nur *während* der Dauer der Anstellung – von der Nichtdiskriminierung erfasst.[106]

Gemäss Art. 1 Ziff. 2 ILO-Ü 111 liegt keine Diskriminierung vor, wenn „eine Unterscheidung, Ausschliessung oder Bevorzugung hinsichtlich einer bestimmten Beschäftigung (…) in den Erfordernissen dieser Beschäftigung begründet ist (…)", was restriktiv auszulegen und anzuwenden ist.[107] Die Nichtdiskriminierung gilt im privaten und im staatlichen Bereich, auch wenn private Arbeitgeber keine direkte Verpflichtung trifft. Das ILO-Übereinkommen verpflichtet die Mitgliedstaaten eine Politik umzusetzen, welche Diskriminierungen verhindert. „Als Mindeststandard müssen alle sieben Diskriminierungsgründe gedeckt sein",[108] wobei gemäss dem Sachverständigenausschuss der ILO „eine Verankerung eines Diskriminierungsverbotes und Gewährung rechtlichen Schutzes in der Verfassung allein (…) den Anforderungen des Übereinkommens Nr. 111 nicht [genüge]". Insbesondere sollte der nationale Gesetzgeber „die Beweislastregeln so ausgestalte[n] dass der (vermutliche) Verursacher der Diskriminierung beweispflichtig ist".[109] Im Rahmen der Umsetzung des Übereinkommens äusserte sich der Sachverständigenausschuss positiv zur Aufnahme zusätzlicher Diskriminierungstatbestände in der neuen BV und „stellt die Verstärkung des Schutzes vor rassistischer Diskriminierung fest". Kritisch äusserte er sich dagegen zum Schutz vor Diskriminierung in Art. 328 und 336 OR „aufgrund der Rasse, der Hautfarbe, der nationalen Herkunft

---

103 PÄRLI [Vertragsfreiheit], S. 99.

104 Ibid., S. 100.

105 Vgl. die detaillierte Auflistung der einzelnen Aspekte bei PÄRLI [Vertragsfreiheit], S. 100 f.

106 Ibid., S. 105.

107 Weitere Ausnahmetatbestände sind in Art. 4 und 5 ILO-Ü 111 geregelt; Ibid., S. 101 f.

108 Gemäss Art. 1 Ziff. 1 lit. b ILO-Ü 111 können zusätzliche Diskriminierungsgründe hinzukommen. Insbesondere sind gemäss ILO „neue Diskriminierungsfaktoren wie Alter, Behinderung, Langzeitarbeitslosigkeit, HIV/Aids, genetische Veranlagung, Lebensstil, sexuelle Belästigung oder Mobbing (…) ebenfalls schutzwürdig". Ibid., S. 105 f. Zu den einzelnen Diskriminierungsgründen PÄRLI [Vertragsfreiheit], S. 106 f.

109 Ibid., S. 103 f.

und der Religion“ und verlangte von der Schweiz die Überprüfung der Wirksamkeit dieser Normen.[110]

Das Bundesgericht lehnt die direkte Anwendbarkeit des ILO-Übereinkommens Nr. 111 ab. In einem Leitentscheid hält es fest, dass das Übereinkommen bzw. namentlich Art. 2 und 3 ILO-Ü 111 „Leitgedanken eines Programms, zu dessen Durchführung sich die Vertragsstaaten verpflichtet haben (…)“, enthalte, die sich an den Gesetzgeber wenden würden. Deshalb fehle dem Übereinkommen die für die direkte Anwendbarkeit notwendige Bestimmtheit.[111]

1.8.4. Weitere ILO-Übereinkommen zum Schutz vor Diskriminierung im Arbeitsleben

Wie oben bereits erwähnt wurde, gibt es weitere Übereinkommen, die für die Bekämpfung von Diskriminierung im Arbeitsleben von Bedeutung sind. Nachfolgend werden einige ausgewählte Übereikommen, die in diesem Zusammenhang von Interesse sind, kurz erläutert:

– Das *ILO-Übereinkommen Nr. 156* über die Chancengleichheit und die Gleichbehandlung männlicher und weiblicher Arbeitnehmer: Arbeitnehmer mit Familienpflichten vom 23. Juni 1981, das von 44 Staaten ratifiziert worden ist,[112] schützt Arbeitnehmende mit Familienpflichten. Sowohl Frauen wie auch Männer sollen wegen Kinderbetreuungspflichten in „Ausbildung, Anstellung und beruflicher Förderung nicht diskriminiert werden“.[113] Die Schweiz hat dieses Übereinkommen nicht ratifiziert;
– Das *ILO-Übereinkommen Nr. 158* (ILO-Ü 158) über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber vom 22. Juni 1982, das von 36 Staaten ratifiziert worden ist,[114] hält in Art. 4 fest, dass eine Kündigung nur aus sachlichen Gründen zulässig ist. Gemäss Art. 5 lit. d stellt eine Kündigung aufgrund der Rasse, Hautfarbe, des Geschlechts, des Zivilstandes, familiärer Verpflichtungen, Schwangerschaft, Religion, der politischen Gesinnung, der Abstammung oder der sozialen Herkunft keinen sachlichen Grund dar. Die Schweiz hat dieses Übereinkommen nicht ratifiziert;
– Das *ILO-Übereinkommen Nr. 175* über die Teilzeitarbeit vom 24. Juni 1994, das lediglich von 14 Staaten ratifiziert worden ist,[115] gewährt Teilzeitangestellten in Bezug auf Arbeitsrecht und soziale Sicherheit gleiche Rechte wie Vollzeitangestellten. Damit soll der grossen sozialpolitischen Bedeutung der Teilzeitarbeit, insbesondere der besseren Vereinbarkeit von Beruf und Familie Rechnung getragen werden. Die Schweiz hat dieses Übereinkommen nicht unterzeichnet.[116]

---

110 Ibid., S. 113.

111 BGE 106 Ib 182 E.3 S. 187. Zur Kritik dieser Rechtsprechung PÄRLI [Vertragsfreiheit], S. 114 f.

112 Stand 15.07.2013.

113 PÄRLI [Vertragsfreiheit], a.a.O., S. 115.

114 Stand 15.07.2015.

115 Stand 15.07.2015.

116 Schliesslich hat die ILO ein Handbuch zum Schutz von Arbeitnehmenden im Bereich des Datenschutzes publiziert, da Verletzungen des Datenschutzes oft diskriminierende Unterscheidungen erst möglich machen. PÄRLI [Vertragsfreiheit], S. 116 f.

1.9. Freizügigkeitsabkommen der EU mit der Schweiz

Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EU sowie ihren Mitgliedstaaten „enthält ein Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit".[117] Infolge des FZA haben Arbeitnehmende aus EU- und EFTA-Staaten „Anspruch auf Gleichbehandlung mit den inländischen Beschäftigten".[118] Der sogenannte Diskriminierungsschutz europäischer Wanderarbeitnehmender bindet sowohl staatliche als auch private Arbeitgeber und gewährt Schutz vor unmittelbarer und vor mittelbarer Diskriminierung, wobei letztere rechtfertigungsfähig ist. Das Diskriminierungsverbot entfaltet während der ganzen Dauer eines Arbeitsverhältnisses seine Wirkung, d.h. sowohl bei der Einstellung[119] als auch während der Beschäftigung und bei der Entlassung. In verfahrensrechtlicher Hinsicht fehlt es dem FZA an Vorschriften betreffend Beweislasterleichterung und Sanktionsnormen.[120] Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung können sich Arbeitnehmende aus EU- und EFTA-Staaten vor Schweizer Gerichten direkt auf das FZA berufen.[121] Demgegenüber schützt es schweizerische Staatsangehörige, die im Verhältnis zu solchen Personen schlechter gestellt sind, nicht (sog. Inländerdiskriminierung).[122]

1.10. Zwischenfazit

Die Schweiz hat sich durch die von ihr ratifizierten völkerrechtlichen Übereinkommen in verschiedener Hinsicht zum Diskriminierungsschutz verpflichtet. Dies betrifft sowohl die allgemeinen Diskriminierungsverbote in den beiden UNO-Pakten, das in der EMRK festgehaltene Diskriminierungsverbot sowie die spezialvertraglichen Instrumente zum Menschenrechtsschutz (Anti-Folterkonvention, Rassendiskriminierungsübereinkommen, CEDAW-Übereinkommen sowie die Kinderrechts- und die Behindertenkonvention). Die Schweiz hat sich zudem durch die Ratifizierung verschiedener ILO-Übereinkommen und durch das Freizügigkeitsabkommen mit der EU zum Schutz vor Diskriminierungen im Arbeitsmarkt verpflichtet. Die völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote verlangen von der Verwaltung und den Gerichten bei unmittelbar anwendbaren Normen (wie dies z.B. beim UNO-Pakt II grundsätzlich der Fall ist) im Rahmen der *Rechtsanwendung* eine völkerrechtskonforme Auslegung. Bei Normen mit programmatischem Charakter (wie z.B. in der Regel beim UNO-Pakt I) ist der Gesetzgeber gehalten, völkerrechtskonforme Ausführungsgesetze zu erlassen und damit für eine diskriminierungsfreie *Rechtsetzung* zu sorgen.

Eine Lücke im Rechtsschutz ergibt sich u.a. durch den Vorbehalt zu Art. 26 UNO-Pakt II und aufgrund der Nichtanerkennung des 12. ZP zur EMRK: Die Anerkennung dieser selbstständigen Diskriminierungsverbote würden die Überprüfung diskriminierender Bundesgesetze durch das Bundesgericht ermöglichen, was heute aufgrund des Anwendungsgebots von Art. 190 BV nicht möglich ist. Welche Folgen dies in der Praxis hätte, ist zumindest im Bereich des 12. ZP zur EMRK schwierig abzuschätzen, da diesbezüglich bisher kaum Fälle beurteilt wurden. Anders würde sich dies bei einem Rückzug des Vorbehalts zu Art. 26 UNO-Pakt II verhalten, da es in diesem Bereich eine reichhaltige Praxis des Menschenrechtsausschusses gibt. Es gilt jedoch zu

---

117 Art. 2 FZA; PÄRLI [Vertragsfreiheit], S. 369

118 Ibid., S. 628.

119 Selbst während des Bewerbungsverfahrens besteht ein Gleichbehandlungsanspruch.

120 PÄRLI [Vertragsfreiheit], S. 628.

121 BGer-Urteil 4A_593/2009 vom 5. März 2010 E. 1.4 S. 2.

122 BGE 136 II 120.

beachten, dass bereits heute verschiedene Rechtsverstösse im Rahmen der akzessorisch ausgestalteten völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote überprüft werden können, etwa aufgrund eines Verstosses gegen das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäss Art. 8 EMRK i.V.m. mit dem akzessorisch ausgestalteten Diskriminierungsverbot von Art. 14 EMRK (bspw. betreffend die Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare).

Bisher nicht anerkannt hat die Schweiz zudem namentlich die Europäische Sozialcharta, die Wanderarbeiterkonvention sowie verschiedene Überkommen der internationalen Arbeiterorganisation ILO. Kritisch ist zudem die Haltung des Bundesgerichts zur Anwendung des UNO-Paktes I zu beurteilen, der gemäss der höchstrichterlichen Praxis nur sehr zurückhaltend direkt Anwendung findet. In der Regel werden den Bestimmungen des UNO-Paktes I nur programmatischer Charakter zugeschrieben.

In den untenstehenden Tabellen 1 und 2 sind die analysierten Rechtsgrundlagen und ihr wesentlicher Vertragsinhalt sowie deren Bedeutung überblicksartig dargestellt. Tabelle 1 behandelt die bereichsübergreifenden internationalen Rechtsgrundlagen, Tabelle 2 die personen- und themenspezifischen internationalen Rechtsgrundlagen.

Rechtsgrundlagen	Wesentlicher Vertragsinhalt	Bedeutung
UNO Pakte I und II		
UNO-Pakt I: Art. 2 Abs. 2	Allgemein: Umfassende Abdeckung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte. Die Vertragsstaaten verpflichten sich „zu gewährleisten, dass die [im UNO-Pakt I] verkündeten Rechte ohne Diskriminierung hinsichtlich der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status ausgeübt werden“.	- Kann nur *akzessorisch*, d.h. zusammen mit den im UNO-Pakt I gewährten Rechten geltend gemacht werden; zudem beurteilt das BGer den UNO-Pakt I generell als nicht direkt anwendbar. - In der Praxis *geringe* Bedeutung, da weitgehend als nicht direkt anwendbar eingestuft.
UNO-Pakt II: Art. 2 Abs. 1	Allgemein: Gewährleistung der bürgerlichen und politischen Rechte (ähnlich wie in der EMRK). Jeder Vertragsstaat verpflichtet sich, „die [im UNO-Pakt II] anerkannten Rechte zu achten und sie allen in seinem Gebiet befindlichen und seiner Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen ohne Unterschied wie insbesondere der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status zu gewährleisten“.	- Kann nur *akzessorisch*, d.h. zusammen mit den im UNO-Pakt I gewährten Rechten geltend gemacht werden. - In der *Praxis eher geringe Bedeutung*, da in Europa die EMRK zentral ist und die im UNO-Pakt II gewährten Rechte bei der Anwaltschaft zu wenig bekannt sind.
Art. 26	„Alle Menschen [haben] (…) ohne Diskriminierung Anspruch auf gleichen Schutz durch das Gesetz. In dieser Hinsicht hat das Gesetz jede Diskriminierung zu verbieten und allen Menschen gegen jede Diskriminierung, wie insbesondere wegen der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozi-	- *Selbstständiges* Diskriminierungsverbot; kann für die Schweiz aufgrund eines Vorbehalts jedoch faktisch nur akzessorisch geltend gemacht werden.

Rechtsgrundlagen	Wesentlicher Vertragsinhalt	Bedeutung
	alen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status, gleichen und wirksamen Schutz zu gewährleisten“.	- In der Praxis *eher geringe Bedeutung*, da die Schweiz einen Vorbehalt gegen Art. 26 UNO-Pakt II angebracht hat, was diesen *faktisch zum akzessorischen Diskriminierungsverbot reduziert*; - In Europa ist die EMRK zentral und die im UNO-Pakt II gewährten Rechte sind bei der Anwaltschaft zu wenig bekannt.
Regionaler Menschenrechtsschutz		
Europäische Menschenrechtskonvention, Art. 14	Allgemein: Gewährleistung der bürgerlichen und politischen Rechte (ähnlich wie der UNO-Pakt II). „Der Genuss der in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten ist ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten“.	- Kann nur *akzessorisch*, d.h. zusammen mit den in der EMRK gewährten Rechten geltend gemacht werden. - *Praktisch grosse Bedeutung*, da die EMRK in Europa zentral ist und mit dem EGMR über eine Institution verfügt, die rechtlich verbindliche Urteile fällen kann.
12. Zusatzprotokoll zur EMRK, Art. 1 Abs. 1	„Der Genuss eines jeden gesetzlich niedergelegten Rechtes ist ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten“.	- *Selbstständiges Diskriminierungsverbot*, jedoch von der Schweiz nicht anerkannt.

Rechtsgrundlagen	Wesentlicher Vertragsinhalt	Bedeutung
Europäische Sozialcharta	Art. 19 ESC legt fest, dass die Wanderarbeitnehmerinnen und -arbeitnehmer „soweit sie sich rechtmässig in ihrem Hoheitsgebiet befinden, nicht weniger günstig behandelt werden dürfen als ihre eigenen Staatsangehörigen“. Art. 20 ESC gewährt das Recht auf Chancengleichheit und Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ohne Diskriminierung des Geschlechts.[123]	- Die ESC vom 18.10.1961 wurde von der Schweiz unterzeichnet, aber *nicht* ratifiziert. - Die revidierte ESC vom 03.05.1996 wurde von der Schweiz weder unterzeichnet noch ratifiziert.
Abkommen der ILO		
Nr. 100	- *Thematik:* Gleichheit des Entgelts für männliche und weibliche Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit. - *Persönlicher Geltungsbereich:* Entgeltgleichheit zwischen Frau und Mann. - *Sachlicher Geltungsbereich:* Gilt für private und staatliche Arbeitgeber und umfasst direkte und indirekte Diskriminierungen; Begriff des Entgeltes ist weit auszulegen und umfasst auch Sozialleistungen des Arbeitgebenden. - Gemäss Bundesgericht nicht direkt anwendbar.	- Eines der 8 Kernabkommen der ILO, die den Schutz fundamentaler Menschenrechte im arbeitsrechtlichen Kontext gewährleisten sollen. - Von der Schweiz ratifiziert. - Wichtigste Forderungen des Übereinkommens sind durch Erlass des GlG erfüllt.
Nr. 111	- *Thematik:* Diskriminierung in Beruf und Beschäftigung. - *Sachlicher Geltungsbereich:* Verbot der Ungleichbehandlung aufgrund der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, des	- Eines der acht Kernabkommen der ILO, die den Schutz fundamentaler Menschenrechte im arbeitsrechtlichen Kontext gewährleisten sollen.

[123] Nähere Informationen zur europäischen Sozialcharta unter http://www.humanrights.ch/de/Instrumente/Europarat-Abkommen/Sozialcharta/index.html (besucht am 15.07.2015).

Rechtsgrundlagen	Wesentlicher Vertragsinhalt	Bedeutung
	Glaubensbekenntnisses, der politischen Meinung, der nationalen Abstammung oder der sozialen Herkunft; gilt für private und staatliche Arbeitgeber und umfasst direkte und indirekte Diskriminierungen. - Gemäss Bundesgericht nicht direkt anwendbar.	- Von der Schweiz ratifiziert. - Drittwirkung der Gleichbehandlungs- und Diskriminierungsschutzvorschriften des Übereinkommens im Persönlichkeits- und Kündigungsschutz (Art. 328 und 336 OR).
Nr. 156	- *Thematik:* Chancengleichheit männlicher und weiblicher Arbeitnehmer: Arbeitnehmer mit Familienpflichten. - Frauen und Männer sollen wegen Kinderbetreuungspflichten in Ausbildung, Anstellung und beruflicher Förderung nicht diskriminiert werden.	- Von der Schweiz *nicht* ratifiziert.
Nr. 158	- *Thematik:* Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber. - Eine Kündigung ist nur aus sachlichen Gründen zulässig; unzulässig ist eine Kündigung aufgrund der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, des Zivilstandes, familiärer Verpflichtungen, Schwangerschaft, Religion, der politischen Gesinnung, der Abstammung oder der sozialen Herkunft.	- Von der Schweiz *nicht* ratifiziert.
Nr. 175	- *Thematik:* Übereinkommen über die Teilzeitarbeit. - Gleiche Rechte für Teilzeit- und Vollzeitangestellte in Bezug auf Arbeitsrecht und soziale Sicherheit. Förderung der besseren Vereinbarkeit von Beruf und Familie.	- Von der Schweiz *nicht* ratifiziert.
Abkommen Schweiz – EU		

Rechtsgrundlagen	Wesentlicher Vertragsinhalt	Bedeutung
Freizügigkeitsabkommen	- Allgemeines Diskriminierungsverbot im Bereich Arbeit und Beschäftigung, das für Arbeitnehmende mit EU oder Efta-Staatsangehörigkeit gilt. - Schutz vor unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung; gilt sowohl für staatliche als auch für private Arbeitgebende. - Gilt bei Einstellung, während der Beschäftigung sowie bei der Entlassung.	- Das FZA ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung von Schweizer Gerichten und Behörden direkt anwendbar. - Gilt nur für EU- und EFTA-Staatsangehörige, nicht aber für Schweizerinnen und Schweizer, die in der Schweiz arbeiten

Tabelle 1: Bereichsübergreifende internationale Rechtsgrundlagen

Rechtsgrundlagen	Wesentlicher Vertragsinhalt	Bedeutung
Spezialvertraglicher Menschenrechtsschutz		
Rassendiskriminierungs-übereinkommen	„Jede auf der Rasse, der Hautfarbe, der Abstammung, dem nationalen Ursprung oder dem Volkstum beruhende Unterscheidung, Ausschliessung, Beschränkung oder Bevorzugung, die zum Ziel oder zur Folge hat, dass dadurch ein gleichberechtigtes Anerkennen, Geniessen oder Ausüben von Menschenrechten und Grundfreiheiten im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen oder jedem sonstigen Bereich des öffentlichen Lebens vereitelt oder beeinträchtigt wird“ (Art. Ziff. 1 CERD), ist verpönt.	- Umfassendes Übereinkommen zur Bekämpfung von rassistischer Diskriminierung. - Teilweise direkt anwendbar. - Individualbeschwerdemöglichkeit von der Schweiz anerkannt.
Anti-Folterkonvention	In Art. 1 Ziff. 1 der Anti-Folterkonvention wird bei der Definition des Folterbegriffs erwähnt, dass keine Folter „aus irgendeiner Art von Diskriminierung beruhenden Grund“ angewendet werden darf.	- Umfassendes Übereinkommen zur Verhütung von Folter. - Individualbeschwerdemöglichkeit von der Schweiz anerkannt.
CEDAW-Übereinkommen	Diskriminierungen von Frauen, d.h. „jede mit dem Geschlecht begründete Unterscheidung, Ausschliessung oder Beschränkung, die zur Folge oder zum Ziel hat, dass die auf die Gleichberechtigung von Mann und Frau gegründete Anerkennung, Inanspruchnahme oder Ausübung der Menschenrechte und Grundfreiheiten durch die Frau – ungeachtet ihres Zivilstands – im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen, staatsbürgerlichen oder jedem sonstigen Bereich beeinträchtigt oder vereitelt wird“ (Art. 1 CEDAW-Übereinkommen), sind verpönt.	- Umfassendes Übereinkommen zur Bekämpfung der Diskriminierung der Frau; wirkt asymmetrisch. - Teilweise direkt anwendbar. - Individualbeschwerdemöglichkeit von der Schweiz anerkannt.

Rechtsgrundlagen	Wesentlicher Vertragsinhalt	Bedeutung
Kinderrechtskonvention	Gemäss Art. 2 Abs. 1 KRK treffen die Vertragsstaaten „alle geeigneten Massnahmen, um sicherzustellen, dass das Kind vor allen Formen der Diskriminierung oder Bestrafung wegen des Status, der Tätigkeiten, der Meinungsäusserungen oder der Weltanschauung seiner Eltern, seines Vormunds oder seiner Familienangehörigen geschützt wird“.	- Umfassendes Übereinkommen, das Kinder vor Diskriminierungen jeder Art schützt. - Teilweise direkt anwendbar.
Wanderarbeiterkonvention	Schutz der Rechte von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die in einem Land, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen, arbeitstätig sind.[124]	- Umfassendes Übereinkommen zum Schutz der Rechte von Wanderarbeiterinnen und Wanderarbeitern. - Von der Schweiz (und den meisten Industrieländern) *nicht* ratifiziert.
Behindertenrechtskonvention	Menschen mit Behinderungen sollen in den Genuss der grundlegenden Menschenrechte kommen und aktiv am politischen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Leben teilnehmen.[125]	- Umfassendes Übereinkommen zum Schutz von Menschen mit Behinderung vor Diskriminierung. - Von der Schweiz ratifiziert.

Tabelle 2: Personen- und themenspezifische internationale Rechtsgrundlagen

[124] Nähere Informationen zur Wanderarbeiterkonvention unter http://www.humanrights.ch/de/Schweiz/UNO/Nicht-ratifiziert/idart_5753-content.html (besucht am 15.07.2015).

[125] Nähere Informationen zur Behindertenrechtskonvention unter http://www.humanrights.ch/de/Instrumente/UNO-Abkommen/Behinderte/index.html (besucht am 15.07.2015).

2. Gleichheitsgebot und Diskriminierungsverbot in der BV

2.1. Das Rechtsgleichheitsgebot

Das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot, wonach alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind, ist in Art. 8 Abs. 1 BV festgehalten. Wie bereits bei der Erläuterung der internationalen Rechtsquellen festgehalten wurde, bildet das Rechtsgleichheitsgebot den Kern der Nichtdiskriminierung[126] und garantiert „die Gleichbehandlung der Menschen durch das Recht, unbesehen ihrer physischen, psychischen und sozialen Unterschiede".[127] In persönlicher Hinsicht ist das Rechtsgleichheitsgebot sowohl für natürliche als auch für juristische Personen anwendbar und schützt sowohl Schweizerinnen und Schweizer als auch Ausländerinnen und Ausländer.

Wie im Völkerrecht sind sowohl die rechtsanwendenden als auch die rechtsetzenden Behörden daran gebunden. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist „Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich [Gleichbehandlungsgebot], Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln [Differenzierungsgebot]".[128] Der allgemeine Gleichheitssatz bietet jedoch keine Gewähr dafür, dass verschiedene Kantone und Gemeinden identische Sachverhalte im Rahmen der ihnen zustehenden Kompetenzen gleich regeln.[129]

2.2. Das Diskriminierungsverbot

2.2.1. Begriff und Voraussetzungen

Gemäss Art. 8 Abs. 2 BV darf „niemand (…) diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung". In den Grundzügen orientiert sich diese Bestimmung an den internationalen Grundrechtsgarantien, insbesondere an der EMRK und dem UNO-Pakt II und an neueren Verfassungstexten der Kantone. Die verpönten Merkmale „der Rasse oder Hautfarbe, des Geschlechts, der nationalen oder sozialen Herkunft (…), oder der körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung" stehen in den erwähnten Dokumenten im Vordergrund.[130]

Im Gegensatz zum Rechtsgleichheitsgebot kommt das Diskriminierungsverbot dann zur Anwendung, wenn eine Ungleichbehandlung an einem der soeben erwähnten Merkmale anknüpft.[131] Es geht also um „qualifizierte Fälle der Verletzung des Rechtsgleichheitsgebotes". Ein weiterer Unterschied zum Rechtsgleichheitsgebot besteht darin, dass nur natürliche – und nicht auch juristi-

---

126 Siehe oben, Ziff. II.1.2. Siehe zu den Begriffen der direkten und indirekten Diskriminierung und den entsprechenden Voraussetzungen oben, Ziff. II.1.3.1 und 1.3.2.

127 KIENER/KÄLIN, S. 413.

128 Siehe etwa BGE 106 Ia 275 E. 5b S. 275. Siehe zum Gleichbehandlungs- und zum Differenzierungsgebot oben, Ziff. II.1.2. Die Frage, ob das Gleichbehandlungs- bzw. das Differenzierungsgebot im Einzelfall verletzt ist oder nicht, richtet sich nach einem speziellen Prüfschema, KIENER/KÄLIN, S. 415.

129 KIENER/KÄLIN, S. 414.

130 MÜLLER/SCHEFER, S. 710.

131 Vgl. auch oben, Ziff. II.1.3.

sche – Personen den Schutz von Art. 8 Abs. 2 BV in Anspruch nehmen können.[132] Das Bundesgericht hält zum Begriff und den Voraussetzungen des Diskriminierungsbegriffs folgendes fest:

„*Eine Diskriminierung i.S.v. Art. 8 Abs. 2 BV liegt dann vor, wenn eine Person rechtsungleich behandelt wird allein aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe (…), welche historisch und in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit tendenziell ausgegrenzt oder als minderwertig behandelt wurde (…). Die Diskriminierung stellt eine qualifizierte Art der Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen dar, indem sie eine Benachteiligung eines Menschen bewirkt, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist, weil sie an ein Unterscheidungsmerkmal anknüpft, das einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebbaren Bestandteil der Identität der betreffenden Person ausmacht (…); insofern beschlägt die Diskriminierung auch Aspekte der Menschenwürde (Art. 7 BV). Das Diskriminierungsverbot des schweizerischen Verfassungsrechts macht aber die Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal – wie Herkunft, Rasse, Geschlecht, Sprache und weitere in Art. 8 Abs. 2 BV (in nicht abschliessender Weise) aufgezählte Kriterien - nicht absolut unzulässig. Vielmehr begründet dieser Umstand zunächst den blossen "Verdacht einer unzulässigen Differenzierung", der nur durch eine genügende Rechtfertigung umgestossen werden kann (…). Das Diskriminierungsverbot hat also rechtlich die Bedeutung, dass ungleiche Behandlungen einer besonders qualifizierten Begründungspflicht unterstehen*“.[133]

Im Gegensatz zu einer Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 8 Abs. 1 BV knüpft eine Diskriminierung also erstens an einem *verpönten Merkmal* an und kann zweitens nicht durch sachliche, sondern nur durch *ernsthafte und triftige Gründe* gerechtfertigt werden.

2.2.2. Die verpönten Merkmale

Die in Art. 8 Abs. 2 BV aufgezählten Merkmale sind nicht abschliessend. Gerichte können somit weitere Merkmale als diskriminierungsrelevant anerkennen.[134]

A. Herkunft

Das Merkmal *Herkunft* soll Menschen schützen, die „aufgrund ihrer nationalen[135], ethnischen oder sozialen Herkunft Ziel von Diskriminierungen sein können“.[136] Die Unterscheidung zwischen eigenen und fremden Staatsangehörigen ist generell zulässig, wobei in diesem Zusammenhang das Rechtsgleichheitsgebot und nicht das Diskriminierungsverbot anzuwenden ist. Falls somit sachliche Gründe für eine Unterscheidung gegeben sind, „sind Unterscheidungen zwischen schweizerischen Staatsangehörigen und Ausländerinnen und Ausländern (…) zulässig“.[137] An-

---

132 KIENER/KÄLIN, S. 430.

133 BGE 129 I 217 E. 2.1, S. 223.

134 KIENER/KÄLIN, S. 431.

135 Unter „national“ ist „die Herkunft aus einem bestimmten Staat oder bei Ländern, die auf dem Konzept von Nationen als staatstragenden Völkern aufbauen (z.B. Bosniaken, Serben und Kroaten in Bosnien-Herzegowina) die Zugehörigkeit zu einem Volk“ zu verstehen. Ibid., S. 431 f.

136 Ibid., S. 431.

137 Ibid., S. 432. Im Bereich des Arbeitsrechts enthält das FZA zwischen der Schweiz und der EU sowie ihren Mitgliedstaaten hingegen in Art. 2 ein Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit. Damit sind haben Arbeitnehmende aus EU- und EFTA-Staaten einen Gleichbehandlungsanspruch mit den schweizerischen Arbeitnehmenden. Siehe oben, Ziff. II.1.9. Der Schutz aufgrund der Staatsangehörigkeit gemäss dem FZA ist damit strenger als jener von Art. 8 Abs. 2 BV, siehe MÜLLER/SCHEFER, S. 718.

ders verhält es sich bei unterschiedlicher Behandlung ausländischer Staatsangehöriger: Die Zulässigkeit solcher unterschiedlicher Behandlungen sind „am Massstab des Diskriminierungsverbotes zu messen", denn in solchen Fällen werden „Menschen mit unterschiedlicher Nationalität unterschiedlich behandelt (…)".[138]

B. Rasse

Die „Herabsetzung aufgrund der Rasse ist historisch das typische Beispiel der Diskriminierung" und ist nur schwer greifbar.[139] Davon erfasst werden sollen „Handlungen und Regelungen, die an mehr oder minder willkürlich festgelegte, nicht oder nur schwer veränderbare Merkmale wie Hautfarbe, Augenform, aber auch Sprache und Abstammung anschliessen und zur Legitimierung von abwertender Klassifizierung und Behandlung führen".[140]

C. Soziale Stellung

Mit diesem Merkmal werden „die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit oder das gesellschaftliche Ansehen eines Menschen" erfasst. Es soll verhindert werden, dass Menschen nur wegen ihres Status z.B. als Arbeitslose, Sozialhilfeempfänger oder working poor herabgewürdigt werden.[141]

D. Lebensform

Dieses Diskriminierungsmerkmal schützt in erster Linie Menschen mit gleichgeschlechtlicher Orientierung sowie Fahrende. Letztere pflegen in der Schweiz und anderswo als Grundlage ihres Erwerbslebens und ihrer Kultur „traditionellerweise eine nicht sesshafte Lebensweise".[142]

E. Alter

Unter das Merkmal des Alters fällt sowohl der Schutz vor Diskriminierung von Kindern und Jugendlichen als auch derjenige betagter Menschen.[143] Letztere laufen insbesondere Gefahr, nicht aufgrund tatsächlicher Unterschiede, sondern infolge stereotyper Verallgemeinerungen ungleich behandelt zu werden.[144]

F. Religiöse, weltanschauliche oder politische Überzeugung

Im Unterschied zu anderen Diskriminierungsmerkmalen wird durch das Merkmal der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung nicht eine spezifische Gruppe – wie etwa bei der Rasse oder dem Geschlecht – geschützt, sondern „bestimmte Lebensbereiche (…), [die] sich in der Geschichte als besonders anfällig für Unterdrückung, Aussonderung und andere tiefgreifende Benachteiligungen erwiesen [haben]„.[145] In der Schweiz wurden etwa die Juden während langer Zeit in dieser Hinsicht diskriminiert. Das Diskriminierungsverbot wegen der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung verbietet „Sonderbehandlungen von Angehöri-

---

138 KIENER/KÄLIN, S. 432.

139 Ibid.

140 MÜLLER/SCHEFER, S. 720. Das Merkmal der Rasse kann sich teilweise mit jenem der (ethnischen oder nationalen) Herkunft überschneiden, KIENER/KÄLIN, S. 432.

141 KIENER/KÄLIN, S. 432.

142 Ibid., S. 433.

143 Schweizer, St. Galler Kommentar zu Art. 8 BV, N. 71.

144 MÜLLER/SCHEFER, S. 724.

145 Ibid., S. 734.

gen einer religiösen Gruppe, die einen spezifischen Bezug zu deren religiöser oder weltanschaulicher Überzeugung aufweisen".[146]

G. Geschlecht

Das Merkmal des Geschlechts gemäss Art. 8 Abs. 2 BV hat aufgrund der Bestimmung von Art. 8 Abs. 3 BV als lex specialis beim Schutz der Geschlechterdiskriminierung keine „zusätzlichen Wertungsgesichtspunkte, die nicht in Abs. 3 enthalten wären".[147] Die Hauptbedeutung dieser Bestimmung besteht gemäss einem Teil der Lehre im Schutz vor „Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Orientierung" wie bspw. von homosexuellen Personen.[148] Ein anderer Teil der Lehre ordnet die gleichgeschlechtliche Orientierung dem Kriterium der Lebensform (siehe oben, Ziff. II.2.2.2.D.) zu.[149]

H. Sprache

Die Sprache kann als Ausdruck und Kennzeichen kultureller Eigenart von Bedeutung sein. Bestimmungen, „die Menschen je nach ihrer Muttersprache unterschiedlich behandeln", haben deshalb ein bedeutendes Herabsetzungs- und Entwürdigungspotenzial.[150] Im Vergleich zu den in Art. 4 und Art. 70 BV festgehaltenen Sprachengarantien[151] ist Art. 8 Abs. 2 BV weiter gefasst und umfasst „jede Sprache, derer ein Mensch mächtig ist".[152]

I. Körperliche, geistige oder psychische Behinderung

Menschen, die körperlich, geistig oder psychisch beeinträchtigt sind, können sich auf den Schutz von Art. 8 Abs. 2 BV berufen. Der Begriff der Behinderung richtet sich dabei nach demjenigen in der IV-Gesetzgebung und ist auch in Art. 2 Abs. 1 BehiG festgehalten.[153] Durch Art. 8 Abs. 2 BV soll insbesondere eine Stigmatisierung sowie ein Ausschluss aus der Gesellschaft infolge körperlicher oder geistiger Auffälligkeit verhindert werden.[154]

2.2.3. Rechtfertigungsgründe

Gemäss der in oben in Ziff. II.2.2.1 erwähnten Rechtsprechung des Bundesgerichts haben Ungleichbehandlungen von Menschen, die über diskriminierungsrelevante Merkmale verfügen, den

---

146 Ibid., S. 734 f.

147 SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 8 BV, N. 69, wie auch KIENER/KÄLIN, S. 444.

148 SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 8 BV, N. 69. Siehe zu Art. 8 Abs. 3 BV die entsprechenden Ausführungen in Teilstudie 2, Kap. II.3.

149 Etwa KIENER/KÄLIN, S. 433.

150 MÜLLER/SCHEFER, S. 726.

151 Bei diesen Bestimmungen geht es um die schweizerischen Landessprachen.

152 SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 8 BV, N. 73.

153 Ein Mensch mit Behinderungen (Behinderte, Behinderter*)* ist danach „eine Person, der es eine voraussichtlich dauernde körperliche, geistige oder psychische Beeinträchtigung erschwert oder verunmöglicht, alltägliche Verrichtungen vorzunehmen, soziale Kontakte zu pflegen, sich fortzubewegen, sich aus- und fortzubilden oder eine Erwerbstätigkeit auszuüben".

154 Art. 8 Abs. 4 BV formuliert „einen Auftrag an den Staat zur Ergreifung positiver Massnahmen zum Abbau von Benachteiligungen von Behinderten", dem der Staat mit dem Erlass des BehiG nachgekommen ist. Siehe dazu die entsprechenden Ausführungen in Teilstudie 3. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 8 BV, N. 79.

Verdacht der Unzulässigkeit zur Folge. Die Widerlegung dieses Verdachts kann erfolgen, „wenn die Unterscheidung durch qualifizierte (…) Gründe (…) gerechtfertigt [wird]".[155] Falls eine derartige Rechtfertigung vorliegt, liegt keine Herabwürdigung vor, sondern eine begründete Ungleichbehandlung. Die herrschende Lehre fordert als qualifizierte Rechtfertigung eine Verhältnismässigkeitsprüfung, nach der „Differenzierungen nur zulässig sind, wenn

1) mit der staatlichen Massnahme zulässige Ziele und Zwecke (d.h. andere als die Herabsetzung) verfolgt oder erreicht werden, und
2) die Benachteiligung in Bezug auf das legitimerweise verfolgte Ziel geeignet, erforderlich und zumutbar ist".[156]

2.3. Die Wirkung von Grundrechten

2.3.1. Vorbemerkung

Nachdem erläutert worden ist, wie die Bundesverfassung sowie die Lehre und Rechtsprechung den Begriff und die Voraussetzungen des Rechtsgleichheitsgebotes und der Diskriminierung definieren und unter welchen Voraussetzungen zunächst vermutete Diskriminierungen als gerechtfertigte Ungleichbehandlungen zu qualifizieren sind, ist als nächster Schritt darzulegen, wie und in welchem Umfang Grundrechte in der Rechtsordnung Geltung haben. Dies soll es anschliessend erlauben festzuhalten, in welchem Ausmass das Diskriminierungsverbot zwischen Staat und Privaten sowie zwischen Privaten untereinander wirkt und Gültigkeit hat.

2.3.2. Wirkung der Grundrechte in der gesamten Rechtsordnung (Art. 35 Abs. 1 BV)

A. Allgemeines

Gemäss Art. 35 Abs. 1 BV müssen „die Grundrechte (…) in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen". Dies bedeutet zunächst, dass es kein Rechtsgebiet gibt, wo die Grundrechtsbindung nicht besteht. Grundrechte sind demnach im öffentlichen Recht, im Straf- und Privatrecht, aber auch in allen anderen Rechtsbereichen – so etwa in den Aussenbeziehungen der Schweiz – zu berücksichtigen.[157] Weiter verlangt diese Bestimmung, dass die in der Bundesverfassung festgehaltenen Grundrechte[158] „in der ganzen Rechtsordnung tatsächlich verwirklicht werden müssen".[159] Diese Verpflichtung hat zur Folge, dass

1) die Grundrechte vom Individuum eingefordert werden können, d.h. gerichtlich einklagbar sind;
2) der Gesetzgeber dafür sorgen muss, dass das in Frage stehende Grundrecht konkretisiert wird (programmatischer Gehalt der Grundrechte)[160] und

---

155 KIENER/KÄLIN, S. 433.

156 Ibid. Zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den Rechtfertigungsgründen siehe BGE 135 I 49 E. 6.1, S. 59 und 138 I 217 E. 3.3.5, S. 222.

157 KIENER/KÄLIN, S. 42.

158 Art. 10-34 BV.

159 SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 35 BV, N. 6.

160 Ibid., N. 9.

3) fliesst daraus „das Gebot der grundrechtskonformen Auslegung von Rechtsnormen durch den Rechtsanwender“.[161]

B. Grundrechtskonforme Auslegung

Das Bundesgericht anerkennt den Grundsatz, dass Rechtsnormen unabhängig der Zugehörigkeit zum öffentlichen Recht oder zum Straf- oder Privatrecht „wo immer möglich im Lichte der Grundrechte ausgelegt werden, weil nicht anzunehmen ist, dass der Gesetzgeber verfassungswidrig legiferieren wollte“.[162] Der Grundrechtsgehalt muss insbesondere auch „im Rahmen der Auslegung und der Konkretisierung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen“ Geltung erlangen.[163]

Der Staat ist „bei der Erfüllung seiner Aufgaben unmittelbar an die Grundrechte gebunden“ und hat in dieser Hinsicht primär staatliche Unterlassungspflichten.[164] Zusätzlich treffen ihn aber auch Gewährleistungspflichten, weshalb den Grundrechtsberechtigten „die Voraussetzungen und Bedingungen zur Ausübung von Grundrechten zu gewährleisten [sind]“.[165] Geltung der Grundrechte für alle Träger staatlicher Aufgaben (Art. 35 Abs. 2 BV)

Art. 35 Abs. 2 BV lautet wie folgt: „Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen“. Als Staatsaufgabe ist dabei jedes Tätigkeitsfeld zu verstehen, das „durch die Verfassung oder durch ein Gesetz dem Staat zugewiesen wurde“.[166] Der Staat ist an die Grundrechte im Sinne von Art. 35 Abs. 2 BV gebunden, wenn er 1) als Staat, d.h. hoheitlich, handelt und wenn der Staat 2) in den Formen des Privatrechts öffentliche Aufgaben erfüllt. Wenn der Staat hingegen als Privater handelt, z.B. im Rahmen der Verwaltung seines Finanzvermögens, besteht keine Grundrechtsbindung im Sinne von Art. 35 Abs. 2 BV. Schliesslich sind Private, die staatliche Aufgaben wahrnehmen, im Rahmen dieser Aktivitäten im Sinne von Art. 35 Abs. 2 an die Grundrechte gebunden.[167]

2.3.3. Wirkung der Grundrechte unter Privaten (Art. 35 Abs. 3 BV)

Gemäss Art. 35 Abs. 3 BV sorgen „die Behörden (…) dafür, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden“. Grundrechte sind zwar in erster Linie für den Staat bzw. für Träger staatlicher Aufgaben bindend. Als „elementare Ordnungsprinzipien für die gesamte Rechtsordnung“ sollten sie aber für sämtliche Rechtsgebiete, also sowohl für das Privat- als auch das Straf- und das Verwaltungsrecht, relevant werden.[168] Dabei richtet sich die Verpflichtung von Art. 35 Abs. 3 OR nicht an Private, sondern an die rechtsetzenden und rechtsanwendenden Organe des Staates.[169] Das Bundesgericht hält zur Bedeutung der Grundrechte un-

---

161 KIENER/KÄLIN, S. 44.

162 Ibid., mit Verweis auf BGE 106 Ia 33 E. 2 und 3, S. 34 f. In diesem Fall hielt das Bundesgericht in Erw. 2 fest, dass „die erwähnten Vorschriften des ZGB (…) verfassungskonform auszulegen [sind], es wäre denn, Wortlaut oder Sinn und Zweck der Bestimmung stünden dem entgegen“.

163 SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 35 BV, N. 10.

164 Ibid., N. 11 f.

165 Ibid., N. 16.

166 KIENER/KÄLIN, S. 45.

167 KIENER/KÄLIN, S. 48ff.

168 Siehe oben, Ziff. II.2.3.2 sowie KIENER/KÄLIN, S. 51.

169 Ibid., S. 53.

ter Privaten etwa fest: „Certes, les droits fondamentaux servent en premier lieu à défendre les individus contre les atteintes des pouvoirs publics, *mais leur portée peut se révéler utile dans la détermination de ce qui est tolérable dans les relations entre particuliers*“.[170]

Es gibt drei Konstellationen, die in diesem Zusammenhang unterschieden werden können: Erstens gilt im Privatrecht der Grundsatz, dass jede Person selbst entscheiden kann, mit wem eine rechtliche Bindung eingegangen wird (Grundsatz der Privatautonomie). In den Fällen, in denen ein Grundrecht eine direkte Wirkung entfaltet, wird der Grundsatz der Privatautonomie allerdings durchbrochen. Das Paradebeispiel für eine solche, sogenannte direkte Drittwirkung der Grundrechte, ist die in Art. 8 Abs. 3 BV verankerte Lohngleichheitsgarantie für Frau und Mann. Zweitens hat die Privatautonomie dort ihre Grenzen, wo die schwächere Vertragspartei in ihren grundrechtlich geschützten Handlungsmöglichkeiten beeinträchtigt wird. Der Staat hat hier die Pflicht, die im Privat- und Strafrecht bestehenden unbestimmten Rechtsbegriffe verfassungskonform auszulegen. In diesem Zusammenhang interpretiert das Bundesgericht „(…) offene Normen des Privat- und Strafrechts immer wieder im Lichte der Grundrechte“.[171] *Drittens* findet Art. 35 Abs. 3 BV schliesslich dort Anwendung, „wo der Staat Schutzpflichten aus Grundrechten[172] wahrnimmt“. Grundrechte wirken in derartigen Situationen auf das Verhältnis zwischen Privaten, indem der Staat Massnahmen zum Schutz gefährdeter Rechtsgüter – wie bspw. der körperlichen Unversehrtheit – trifft, um diese vor Übergriffen anderer Personen zu schützen.

Wie nachfolgend gezeigt werden wird, kommt als Instrument zum Schutz vor Diskriminierung in der Beziehung zwischen Privaten in erster Linie die zweiterwähnte Konstellation, d.h. die verfassungskonforme Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe und Generalklauseln, zur Anwendung (siehe unten, Ziff. II.4).

2.3.4. Zwischenfazit

Die Schweizerische Bundesverfassung beinhaltet in Art. 8 einen umfassenden Rechtsgleichheits- und Diskriminierungsschutz. Die in Art. 8 Abs. 2 BV erwähnten Diskriminierungsmerkmale orientieren sich an jenen der UNO-Pakte und der EMRK und gewähren einen umfassenden Schutz vor Diskriminierung aufgrund der Herkunft, Rasse, sozialen Stellung, Lebensform, Alter, religiöser, weltanschaulicher oder politischer Überzeugung, Geschlecht, Sprache sowie körperliche, geistige oder psychische Behinderung.

Zur Wirkung der Grundrechte in der gesamten Rechtsordnung lässt sich festhalten, dass die Grundrechte in sämtlichen Rechtsbereichen zu berücksichtigen sind. Dabei entfalten sie nicht nur Wirkung zwischen dem Staat und Privaten, sondern auch unter Privaten untereinander, und zwar insbesondere dort, wo unter diesen ein erhebliches Machtgefälle besteht, das die Gewährleistung zentraler Grundrechte beeinträchtigen könnte. Sowohl die Rechtsetzung als auch die Rechtsanwendung sind grundrechtskonform auszugestalten, was insbesondere auch die Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln betrifft. Schliesslich können die Grundrechte gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Richtschnur dafür sein, was im Verhältnis zwischen Privaten zulässig ist und was nicht.

---

170 BGE 130 III 28 E. 4.2, S. 32.

171 Ibid., S. 54 f., mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

172 Der Staat hat etwa die Schutzpflicht zu verhindern, „dass Menschen durch andere Menschen getötet werden“. Siehe ibid., S. 37 ff.

3. Spezialgesetzlicher Diskriminierungsschutz im schweizerischen Recht

Im Folgenden soll in aller Kürze festgehalten werden, in welchen Rechtsbereichen es in der Schweiz spezialgesetzliche Grundlagen zum Diskriminierungsschutz gibt. Die Einzelheiten werden in den jeweiligen Teilstudien vertieft dargestellt werden.

3.1. Gleichstellungsgesetz

Das Gleichstellungsgesetz ist das bisher umfassendste spezialgesetzliche Regelwerk im Diskriminierungsbereich. In Kraft seit dem 1. Juli 1996 bezweckt es die tatsächliche Gleichstellung von Frau und Mann im Erwerbsleben (Art. 1 GlG). Verboten sind gemäss Art. 3 Abs. 1 GlG jede direkte oder indirekte Diskriminierung, „namentlich nicht unter Berufung auf den Zivilstand, auf die familiäre Situation, oder, bei Arbeitnehmerinnen, auf eine Schwangerschaft". Laut Abs. 2 gilt dies „insbesondere für die Anstellung, Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlöhnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung". Schliesslich sind auch Sondermassnahmen „zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung" zulässig, sofern sie angemessen sind (Abs. 3).

Definiert wird Diskriminierung als „jedes belästigende Verhalten sexueller Natur oder ein anderes Verhalten aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit, das die Würde von Frauen und Männern am Arbeitsplatz beeinträchtigt. Darunter fallen insbesondere Drohungen, das Versprechen von Vorteilen, das Auferlegen von Zwang und das Ausüben von Druck zum Erlangen eines Entgegenkommens sexueller Art" (Art. 4 GlG). Das Gleichstellungsgesetz gilt gemäss Art. 2 GlG für private und öffentliche Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber, „verbietet also Diskriminierungen in privaten wie in öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen von Bund, Kantonen und Gemeinden".[173]

Wenn jemand diskriminiert wird und sich im Anwendungsbereich des GlG befindet, kann diese Person gemäss Art. 5 Abs. 1 GlG von einem Gericht oder einer Verwaltungsbehörde verlangen, eine drohende Diskriminierung zu verbieten oder zu unterlassen (lit. a), eine bestehende Diskriminierung zu beseitigen (lit. b), eine Diskriminierung festzustellen, wenn diese sich weiterhin störend auswirkt oder den geschuldeten Lohn zu bezahlen (lit. d). Wenn die Diskriminierung „in der Ablehnung einer Anstellung oder in der Kündigung eines obligationenrechtlichen Arbeitsverhältnisses" besteht, kann lediglich eine Entschädigung gefordert werden (Art. 5 Abs. 2 GlG). Eine Entschädigung kann gemäss Abs. 3 auch bei einer Diskriminierung durch eine sexuelle Belästigung zugesprochen werden. Die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber kann dies jedoch verhindern, wenn der Beweis gelingt, „dass sie Massnahmen getroffen haben, die zur Verhinderung sexueller Belästigungen nach der Erfahrung notwendig und angemessen sind und die ihnen billigerweise zugemutet werden können".[174] Die Höhe der Entschädigung ist gemäss Abs. 4 begrenzt und „beträgt bei einer diskriminierenden Ablehnung einer Anstellung maximal drei Monatslöhne. Bei diskriminierender Kündigung und bei Diskriminierung durch sexuelle Belästigung darf die Entschädigung den Betrag von sechs Monatslöhnen nicht übersteigen."[175]

Die verfahrensrechtlichen Besonderheiten des GlG werden in Ziff. III erläutert. Details zum GlG werden in der Teilstudie 2 thematisiert.

---

[173] HAUSAMMANN, S. 14.

[174] Ibid.

[175] Ibid. Gemäss Abs. 5 „bleiben Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung sowie weitergehende vertragliche Ansprüche [vorbehalten]".

3.2. Behindertengleichstellungsgesetz

Das am 1. Januar 2004 in Kraft getretene BehiG ist das Ausführungsgesetz zum Verfassungsauftrag von Art. 8 Abs. 4 BV (siehe oben Ziff. 2.2.2 I.) und „hat zum Zweck, Benachteiligungen zu verhindern, zu verringern oder zu beseitigen, denen Menschen mit Behinderungen ausgesetzt sind. Es setzt Rahmenbedingungen, die es Menschen mit Behinderungen erleichtern, am gesellschaftlichen Leben teilzunehmen und insbesondere selbstständig soziale Kontakte zu pflegen, sich aus- und fortzubilden und eine Erwerbstätigkeit auszuüben“ (Art. 1 BehiG). Das BehiG verpflichtet den Bund und die Kantone, die entsprechenden Massnahmen zu ergreifen und „den besonderen Bedürfnissen behinderter Frauen Rechnung [zu tragen]“ (Art. 5 Abs. 1 BehiG).

Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen sind gemäss Art. 3 BehiG in folgenden Bereichen verboten:

- Bei öffentlich zugänglichen Bauten und Anlagen (lit. a);
- bei Einrichtungen des öffentlichen Verkehrs (Bauten, Anlagen, Kommunikationssysteme, Billettbezug) (lit. b);
- bei Wohngebäuden mit mehr als acht Wohneinheiten (lit. c);
- bei Gebäuden mit mehr als 50 Arbeitsplätzen (lit. d);
- bei grundsätzlich für jedermann beanspruchbaren Dienstleistungen Privater, „der Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) und weiterer, konzessionierter Unternehmen und des Gemeinwesens“[176] (lit. e);
- bei der Aus- und Weiterbildung (lit. f); und
- bei Arbeitsverhältnissen nach dem Bundespersonalgesetz[177] (lit. g).

Eine Benachteiligung ist dann gegeben, wenn Behinderte rechtlich oder tatsächlich anders als nicht Behinderte behandelt und dabei ohne sachliche Rechtfertigung schlechter gestellt werden als diese, oder wenn eine unterschiedliche Behandlung fehlt, die zur tatsächlichen Gleichstellung Behinderter und nicht Behinderter notwendig ist (Art. 2 Abs. 2 BehiG).

Wie oben bereits erwähnt, gilt das BehiG „in erster Linie für staatliche Organe inklusive die Schweizerischen Bundesbahnen und weiterer konzessionierter Unternehmungen“.[178] Für Private gilt es, „sofern sie die entsprechenden Gebäude besitzen“ (Art. 3 BehiG) „oder bei von jedermann beanspruchbaren Dienstleistungen“ (Art. 6 BehiG). Dabei ist der Schutz bei staatlichen Dienstleistungsanbietern grösser als bei Privaten, denn bei letzteren ist die Verweigerung einer Leistung nur dann diskriminierend wenn „Behinderte besonders krass unterschiedlich und benachteiligend [behandelt werden] mit dem Ziel oder der Folge, sie herabzuwürdigen oder auszugrenzen“ (Art. 2 lit. d der Behindertengleichstellungsverordnung[179]).[180]

Das BehiG hält für den Bund besondere Verpflichtungen fest: So hat er „als Arbeitgeber alles daran [zu setzen], Behinderten gleiche Chancen wie nicht Behinderten anzubieten“ und damit

---

176 HAUSAMMANN, S. 16.

177 Bundespersonalgesetz vom 24.03.2000 (BPG; SR 172.220.1).

178 HAUSAMMANN, S. 16.

179 Verordnung über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsverordnung, BehiV; SR 151.31).

180 HAUSAMMANN, S. 16.

deren Anstellung zu fördern (Art. 13 Abs. 1 BehiG).[181] Zudem muss er Massnahmen für Sprach-, Hör- oder Sehbehinderte treffen und Rücksicht auf ihre Anliegen nehmen (Art. 14 BehiG). Für private Arbeitgeber sind im BehiG dagegen keine Ansprüche vorgesehen, der Bundesrat hat aber die Möglichkeit, „zeitlich befristete Pilotversuche durch[zu]führen oder [zu]unterstützen, um Anreizsysteme für die Beschäftigung Behinderter zu erproben“ (Art. 17 BehiG).

Bei Verletzungen des BehiG bestehen folgende Rechtsansprüche: Bei Bauten, Einrichtungen oder Fahrzeugen kann die Unterlassung der Benachteiligung (Art. 7 BehiG), bei Dienstleistungen – etwa der SBB oder des Gemeinwesens – kann die Beseitigung oder Unterlassung gerichtlich gefordert werden (Art. 8 Abs. 1 und 2 BehiG). Gemäss Art. 11 Abs. 1 BehiG wird die Beseitigung der Benachteiligung in jenen Fällen nicht angeordnet, in denen „der für die Behinderten zu erwartende Nutzen in einem Missverhältnis steht, insbesondere zum wirtschaftlichen Aufwand (lit. a), zu Interessen des Umweltschutzes sowie des Natur- und Heimatschutzes (lit. b) oder zu Anliegen der Verkehrs- und Betriebssicherheit“ (lit. c). In diesen Fällen kann jedoch die SBB, die vom Bund konzessionierten Unternehmen und das Gemeinwesen verpflichtet werden, „eine angemessene Ersatzlösung anzubieten“ (Art. 12 Abs. 3 BehiG). Bei Benachteiligungen beim Zugang von Bauten wird eine Beseitigung derselben nicht angeordnet, „wenn der Aufwand für die Anpassung 5 Prozent des Gebäudeversicherungswertes beziehungsweise des Neuwertes der Anlage oder 20 Prozent der Erneuerungskosten übersteigt“ (Art. 12 Abs. 1 BehiG).

Wenn Private Dienstleistungen öffentlich anbieten, sie aber im Einzelfall diskriminierend verweigern, kann nur eine Entschädigung beantragt werden, nicht jedoch eine Unterlassung der Diskriminierung (Art. 8 Abs. 3 BehiG). Die Entschädigung beträgt maximal CHF 5‘000.-, wobei das Gericht bei der Festsetzung derselben den Umständen, der Schwere der Diskriminierung und dem Wert der Dienstleistung Rechnung trägt (Art. 11 Abs. 2 BehiG).

Die verfahrensrechtlichen Besonderheiten und Schwachstellen des BehiG werden in Ziff. III erläutert. Details zum BehiG werden in der Teilstudie 4 thematisiert.

3.3. Rassismusstrafnorm

Die Rassismusstrafnorm gemäss Art. 261bis StGB wurde im Zuge der Ratifizierung der Antirassismuskonvention ins StGB eingefügt, um den damit eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen im nationalen Recht Rechnung zu tragen und diese umzusetzen.[182] Art. 261bis StGB stellt folgende Tatbestände unter Strafe:

– „Rassistische Propaganda im weiteren Sinne (Öffentlicher Aufruf zu Hass oder Diskriminierung) (Abs. 1), Verbreitung rassendiskriminierender Ideologien in der Öffentlichkeit (Abs. 2) sowie Organisation, Förderung oder Teilnahme an Propagandaaktionen, welche zu Hass und Diskriminierung aufrufen oder die Verbreitung rassendiskriminierender Ideologien zum Ziel haben (Abs. 3);
– Angriff auf die Menschenwürde durch öffentliche Herabsetzung und Diskriminierung mittels Wort, Schrift, Bild, Gebärden, Tätlichkeiten (Abs. 4 erster Halbsatz) sowie durch öffentliche

[181] Art. 13 Abs. 2 BehiG verweist dabei auf das BPG, in dem in Art. 4 Abs. 2 lit. f bereits festgehalten ist, dass der Bund als Arbeitgeber geeignete Massnahmen „für die Chancengleichheit der Behinderten sowie zu deren Beschäftigung und Eingliederung“ schafft.

[182] Vgl. die Botschaft über den Beitritt der Schweiz zum Internationalen Übereinkommen von 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung und über die entsprechende Strafrechtsrevision, BBl 1992 III 269.

Leugnung, Verharmlosung oder Rechtfertigung von Völkermord oder anderer Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Abs. 4 zweiter Halbsatz); und
– Verweigerung einer öffentlich angebotenen Leistung aus rassendiskriminierenden Gründen (Abs. 5).

Bei direkten rassistisch motivierten Übergriffen ist „vor allem das Verbot rassistischer Beschimpfung, Verhöhnung und Beleidigung sowie rassistisch motivierte Tätlichkeit gemäss Abs. 4“ massgebend.[183] Die entsprechende Äusserung bzw. Tat muss jedoch für Dritte wahrnehmbar sein. Abs. 5 schützt schliesslich davor, eine für die Allgemeinheit bestimmte Dienstleistung aus rassendiskriminierenden Motiven verweigert zu bekommen, wie bspw. der Einlass in ein Restaurant oder in einen Nachtclub „alleine wegen der Herkunft oder der ethnischen Zugehörigkeit“.[184]

Die relevanten verfahrensrechtlichen Besonderheiten der Strafnorm zur Rassendiskriminierung werden in Ziff. III erläutert. Teilstudie 6 befasst sich im Detail mit der Thematik der rassistischen Diskriminierung.

3.4. Zwischenfazit

Der Diskriminierungsschutz im Gleichstellungsgesetz ist auf das Erwerbsleben beschränkt und gemäss dem Behindertengleichstellungsgesetz trifft private Anbieterinnen und Anbieter keine Pflicht, ihre Dienstleistungen an die Bedürfnisse von Menschen mit Behinderung anzupassen.[185] Zudem weisen diese Erlasse in verschiedener Hinsicht Schwachpunkte auf, die im verfahrensrechtlichen Teil dieser Studie (siehe unten, Ziff. III) bzw. in den Teilstudien 2 (Geschlecht) und 4 (Behinderung) erläutert werden. Die Rassismusstrafnorm ermöglicht schliesslich lediglich die Verfolgung von Rechtsverstössen, die gegen Individuen gerichtet sind. Rechtlich relevante rassistische Diskriminierungen gegenüber Gruppen können jedoch nicht geltend gemacht werden. Weitere Schwachpunkte der Rassismusstrafnorm werden im verfahrensrechtlichen Teil dieser Studie (siehe unten, Ziff. III) bzw. in der Teilstudie 6 (Rassismus) erläutert werden.

4. Auslegung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen des Privatrechts im Lichte des Diskriminierungsverbots

4.1. Allgemeine Rechtsprinzipien

Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe des Privatrechts können im Einzelfall dazu dienen, ein diskriminierendes Verhalten zu sanktionieren, wo es keine spezialgesetzlichen Regelungen zum Schutz vor Diskriminierung gibt.[186] Nachfolgend werden die wichtigsten Merkmale und Voraussetzungen dieser Prinzipien erläutert. Wie weit sie in der Praxis Anwendung finden, untersuchen insbesondere die Teilstudien 2-6 und 8.

183 HAUSAMMANN, S. 13.

184 Ibid.

185 Siehe Égalité Handicap, Rechtsgrundlagen zum Thema Dienstleistungen, abrufbar unter http://www.egalite-handicap.ch/dienstleistungen-rechtsgrundlagen.html (besucht am 15.07.2015).

186 Vgl. die Ausführungen oben, Ziff. II.2.3.

4.1.1. Grundsatz von Treu und Glauben und das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 ZGB)

A. Das Prinzip von Treu und Glauben

Art. 2 Abs. 1 ZGB bestimmt, dass „jedermann (…) in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln [hat]". Das Prinzip von Treu und Glauben gilt im Bereich des Zivilrechts, für das öffentliche Recht ist Art. 9 BV[187] massgebend. Art. 2 Abs. 1 ZGB enthält das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben und stellt „eine allgemeine, sich auf einen objektiven Massstab beziehende Verhaltensnorm dar". Daraus geht hervor, „wie sich Parteien in gewissen Situationen zu verhalten haben". Zudem ist sie eine Beurteilungsnorm und kann „für die Auslegung und Ergänzung von Rechtsgeschäften und anderem rechtlichen Verhalten herangezogen werden".[188] Aus dem Prinzip von Treu und Glauben wird insbesondere auch das Gebot der schonenden Rechtsausübung abgeleitet: Danach ist eine Person gemäss Treu und Glauben gehalten, aus mehreren ihr offenstehenden Handlungsmöglichkeiten jene auszuwählen, die für die andere Partei schonender ist, sofern ihr dies zumutbar ist und wenn der beabsichtigte Zweck damit erreicht werden kann. Dieses Verhalten wurde gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung etwa von einem Arbeitgeber verletzt, der „einen Arbeitnehmer nach 44 Dienstjahren ohne jegliches Vorgespräch unter sofortiger Freistellung entliess".[189]

Das Prinzip von Treu und Glauben kann weiter dann eine Rolle spielen, wenn rechtlich relevantes Verhalten vertraglich nicht geregelt ist. Angesprochen ist dabei insbesondere die Haftung gemäss culpa in contrahendo, eine Haftungsgrundlage, die dann entsteht, wenn im Rahmen von Vertragsverhandlungsverhältnissen Pflichten verletzt werden, die sich aus Treu und Glauben ergeben. Voraussetzung für eine solche Haftung sind 1) ein Vertragsverhandlungsverhältnis, 2) die Verletzung von sich aus Treu und Glauben ergebenden Pflichten, 3) natürlich und adäquat kausaler Schaden infolge der Pflichtverletzung und 4) das Verschulden. Nicht notwendig ist dagegen das Zustandekommen des in Frage stehenden Vertrages. Beispiele für vorvertragliche Pflichten sind „die Pflicht zu ernsthaftem Verhandeln (…), die Aufklärungspflicht (…), die Pflicht zur Rücksichtnahme (…) sowie Schutzpflichten".[190]

Eine Haftung aus culpa in contrahendo und eine daran anknüpfende Verurteilung zur Bezahlung einer Genugtuung wurde etwa in einem vom Arbeitsgericht Zürich beurteilten Fall, bei dem eine Bewerberin mazedonischer Herkunft aus rassistischen Motiven auf ein von der regionalen Arbeitsvermittlung (RAV) publiziertes Stelleninserat für eine Reinigungskraft nicht zum Bewerbungsgespräch zugelassen wurde, angenommen.[191]

B. Das Rechtsmissbrauchsverbot

Gemäss Abs. 2 findet „der offenbare Missbrauch eines Rechts (…) keinen Rechtsschutz". Das Rechtsmissbrauchsverbot hat im Gegensatz zum Prinzip von Treu und Glauben die Funktion einer Berechtigungsnorm und verpflichtet die staatlichen Organe, „im Einzelfall die Überschrei-

---

187 Art. 9 BV bestimmt, dass „jede Person Anspruch darauf [hat], von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden".

188 MIDDENDORF/GROB, N. 1 ff.

189 PÄRLI [Vertragsfreiheit], S. 485.

190 MIDDENDORF/GROB, N 13.

191 Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 13. Januar 2006, 2. Abteilung, Geschäft Nr. AN 050401/U 1, besprochen von PÄRLI, in: ARV 2006, S. 23. Siehe dazu ausführlich Teilstudie 8, Kap. III.3.3.2.

tung subjektiver Rechte von Amtes wegen und somit zwingend zu berücksichtigen und (…)“ zu korrigieren, denn der offenbare Rechtsmissbrauch soll nicht geschützt werden.[192] Diese Bestimmung greift jedoch nur subsidiär im Sinne einer ultima ratio.[193] Die Umstände des Einzelfalles und nicht starre Regeln sind entscheidend für die Beurteilung, ob ein Rechtsmissbrauch vorliegt oder nicht. Ein Beispiel für rechtsmissbräuchliches Handel ist etwa die schikanöse Rechtsausübung. Dabei „übt eine Person Recht, ohne jedes rechtliche Interesse oder bei geringerem eigenen Interesse in der Absicht aus, andere zu schädigen“.[194] Im Gegensatz zur damit eng in Verbindung stehenden schonenden Rechtsausübung, die „eine Anweisung positiver Art an das Verhalten darstellt, ist das Schikaneverbot negativ formuliert und legt sein Augenmerk auf die Schädigung der anderen Partei“.[195] Wie das Prinzip von Treu und Glauben hat somit auch das Rechtsmissbrauchsverbot das Potenzial, als Instrument für den Schutz vor Diskriminierung zur Anwendung zu kommen.[196]

C. Abgrenzung zu Art. 28 ZGB und Art. 336 OR

Bei Art. 2 ZGB besteht das Schutzziel im Funktionieren des Rechtsverkehrs, bei Art. 28 ZGB wird dagegen die Persönlichkeit geschützt – Art. 2 ZGB schützt die Persönlichkeit also nur mittelbar. Mit anderen Worten kann das Verhalten einer Vertragspartei die Persönlichkeitsrechte der anderen Vertragspartei verletzen, ohne gleichzeitig einen Verstoss gegen Art. 2 ZGB darzustellen. Eine schwere Persönlichkeitsverletzung wie bspw. im erwähnten Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, wo im Rahmen einer Stellenausschreibung „Angehörige bestimmter Ethnien, Nationen oder Menschen bestimmter Hautfarbe zum vornherein“ ausgeschlossen worden sind, stellt dagegen gleichzeitig eine Störung des Rechtsverkehrs dar.[197] Der Tatbestand der missbräuchlichen Kündigung gemäss Art. 336 Abs. 1 und 2 OR stellt laut Rechtsprechung und Lehre eine Konkretisierung des Rechtsmissbrauchsverbotes im Arbeitsrecht dar.[198] Die Bedeutung von Art. 2 Abs. 2 ZGB wurde zwar bei der Beurteilung der Begründung der Rechtmässigkeit von Kündigungen vom Bundesgericht verschiedentlich herangezogen. Die Kündigungen waren aber trotzdem rechtmässig, und es traten die Entschädigungsfolgen gemäss Art. 336a OR, und nicht die Ungültigkeit der Kündigungen, ein.[199]

4.1.2. Schutz vor übermässiger Bindung (Art. 27 ZGB) und Schranken der Vertragsfreiheit (Art.19/20 OR)

Gemäss Art. 27 Abs.1 ZGB kann niemand „auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit (…) ganz oder teilweise verzichten. Abs. 2 bestimmt, dass sich „niemand (…) seiner Freiheit oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken [kann]. Der Zweck dieser Bestimmung besteht im „Schutz der Person vor rechtsgeschäftlichen Bindun-

192 MIDDENDORF/GROB, N. 1.

193 Ibid.

194 MIDDENDORF/GROB, N. 22.

195 Ibid., N. 22 mit Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung etwa in Fällen, bei dem es um den Vorwurf von missbräuchlichen Kündigungen ging.

196 Siehe dazu etwa die Ausführungen in Teilstudie 4, Kap. II.3.3.1.

197 PÄRLI [Vertragsfreiheit], S. 487 ff.

198 Vgl. die Ausführungen unten Ziff. 4.2.1.

199 Der Spielraum für die Anwendung des allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbotes gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB ist im Rahmen der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses also klein, da die geltend gemachten Gründe eine Schwere aufzuweisen haben, „die mit jener in Art. 336 OR vergleichbar ist“. PÄRLI [Vertragsfreiheit], S. 498 ff.

gen, die übermässig und besonders persönlichkeitsnah sind".[200] Zusammen mit Art. 19 und 20 OR ist Art. 27 ZGB von Bedeutung als Schranke für vertraglich vereinbarte Diskriminierungen.[201] Gemäss Art. 19 Abs. 1 OR kann „der Inhalt des Vertrages (…) innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig festgelegt werden". Art. 19 Abs. 2 und 20 OR konkretisieren die in Art. 19 Abs. 1 OR allgemein festgehaltenen Schranken der Vertragsfreiheit. Gemäss Art. 19 Abs. 2 OR sind „von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarungen (…) nur zulässig, wo das Gesetz nicht eine unabänderliche Vorschrift aufstellt oder die Abweichung nicht einen Verstoss gegen die öffentliche Ordnung, die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit in sich schliesst. Art. 20 regelt sodann die Rechtsfolgen eines unzulässigen Vertragsinhaltes.[202] Im vorliegenden Kontext interessiert insbesondere das Tatbestandsmerkmal des Rechts der Persönlichkeit, das in der nachfolgenden Ziffer konkretisiert wird.

4.1.3. Schutz der Persönlichkeit gemäss Art. 28 ZGB

Im Gegensatz zu Art. 27 geht es bei Art. 28 ZGB „nicht um rechtsgeschäftliche, sondern um faktische Beeinträchtigungen der Persönlichkeit".[203] Der Gesetzgeber hat keine Legaldefinition des Begriffs der Persönlichkeit aufgestellt, häufig wird jedoch von drei Kategorien von Persönlichkeitsrechten gesprochen, nämlich den Rechten der physischen Persönlichkeit[204], der emotionalen oder affektiven Persönlichkeit[205] und der sozialen Persönlichkeit[206]. In der Literatur gibt es verschiedene Lehrmeinungen betreffend das Potenzial von Art. 28 ZGB für den Diskriminierungsschutz.[207] In einem Leitentscheid „zur Tragweite des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes" hat das Bundesgericht festgehalten, das „eine unsachliche und willkürliche Entscheidung des Arbeitgebers nur dann eine Persönlichkeitsverletzung darstelle, wenn darin eine den Arbeitnehmer verletzende Geringschätzung seiner Persönlichkeit zum Ausdruck kommt".[208] Gemäss PÄRLI ist somit klar, dass „eine (benachteiligende) Ungleichbehandlung (in vergleichbaren Situationen) dann eine Persönlichkeitsverletzung dar[stellt], wenn eine benachteiligende Ungleichbehandlung auf Merkmalen beruht, die den Arbeitnehmenden kraft ihres Persönlichkeitsrechts zustehen. Damit stellt „eine an Persönlichkeitsmerkmale anknüpfende Ungleichbehandlung eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 28 ZGB [dar]".[209] Schliesslich gilt es an dieser Stelle festzuhalten, dass die neuere Lehre die Grundrechte der BV, der Kantonsverfassungen, die beiden UNO-Pakte sowie die EMRK „als massgeblich für die Konkretisie-

---

200 Ibid. S. 502 f.

201 PÄRLI [Vertragsfreiheit], S. 502 f.

202 Für nähere Ausführungen zum Zusammenhang zwischen Art.19/20 OR und Art. 27 ZGB ibid., S. 581 ff.

203 Ibid., S. 503.

204 Etwa das Recht auf Leben oder auf psychische oder physische Integrität.

205 Etwa das Recht auf Beziehungen zu nahen Angehörigen oder die Achtung der persönlichen Gefühlswelt oder Integrität des Seelenlebens.

206 Etwa das Recht auf Namen oder das Recht am eigenen Bild, das Recht auf Ehre oder auf wirtschaftliche Entfaltung.

207 Siehe dazu PÄRLI [Vertragsfreiheit], S. 513 ff.

208 BGE 129 III 276 E. 3.1.

209 PÄRLI [Vertragsfreiheit], S. 517.

rung des Persönlichkeitsbegriffs nach Art. 28 ZGB bezeichnet".[210] Die Anwendung dieser Bestimmung wird in den bereichsspezifischen Teilstudien näher erläutert und konkretisiert.[211]

4.2. Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht

Im Kontext eines (angehenden) Arbeitsverhältnisses ist das Potenzial für Diskriminierungen aufgrund verschiedener Persönlichkeitsmerkmale erheblich, weshalb diesem Diskriminierungsbereich eine sehr grosse Bedeutung zukommt. Nachfolgend sollen die wichtigsten diesbezüglichen Schutzmechanismen des Arbeitsrechts erläutert und insbesondere festgehalten werden, welche Persönlichkeitsmerkmale schützenswert sind. Der Diskriminierungs- und Kündigungsschutz im Bundespersonalrecht wird im verfahrensrechtlichen Teil kurz erläutert (siehe unten Ziff. III.3.3). Die Anwendung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen zum Diskriminierungsschutz wird zudem in den bereichsspezifischen Teilstudien näher erläutert und konkretisiert.[212]

4.2.1. Art. 328 OR: Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers

Art. 328 Abs. 1 OR bestimmt, dass der Arbeitgeber im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen hat. Er muss insbesondere dafür sorgen, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht sexuell belästigt werden und dass den Opfern von sexuellen Belästigungen keine weiteren Nachteile entstehen. Abs. 2 verpflichtet den Arbeitgeber, entsprechende Massnahmen zum Schutz von Leben, Gesundheit und persönlicher Integrität der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu ergreifen. Im Gegensatz zu Art. 28 ZGB, dessen Schutz vor widerrechtlicher Persönlichkeitsverletzung „für die Phase der Stellenbewerbung relevant" ist, greift der Persönlichkeitsschutz gemäss Art. 328 OR „grundsätzlich erst während des Arbeitsverhältnisses".[213] Gemäss den Kommentierungen zu Art. 328 OR zählen folgende Persönlichkeitsmerkmale zu den schützenswerten im Sinne dieser Bestimmung: „Körperliche, sexuelle und geistige Integrität, persönliche und berufliche Ehre, Stellung und Ansehen im Betrieb, private Geheimsphäre einschliesslich die Information über den HIV-Test, die Freiheit der persönlichen Meinungsäusserung, die Organisationsfreiheit und weitere Freiheiten wie die Glaubens- und Gewissensfreiheit". Einzelne Autoren plädieren zudem dafür, dass auch der „Schutz vor Diskriminierungen aufgrund der Religion, Rasse oder Ethnie oder aufgrund einer Behinderung" vom arbeitsrechtlichen Persönlichkeitsschutz mitbeinhaltet ist.[214]

4.2.2. Art. 328b OR: Bearbeitung von Personendaten

Art. 328b OR bestimmt, dass „der Arbeitgeber (…) Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten [darf], soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind, wobei im Übrigen die Bestimmungen des Bundesgesetzes

---

210 Ibid., S. 509.

211 Siehe namentlich Teilstudie 3, Kap. V.5, Teilstudie 4, Kap. II.3.3.1.C sowie Teilstudie 6, Kap. III.1.2 und 1.3,

212 Siehe namentlich die Ausführungen in Teilstudie 3, Kap. V.5, Teilstudie 4, Kap. II.3.3.2 sowie Teilstudie 6, Kap. III.1.2.

213 PÄRLI [Vertragsfreiheit], S. 503.

214 Ibid., S. 524, mit Verweis auf Portmann, N. 45 zu Art. 328 und Streiff/Von Känel, N. 7 zu Art. 328 OR bzw. Portmann, N. 45 zu Art. 328 OR.

vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz gelten. Die besagte Norm dient dem Persönlichkeitsschutz im Arbeitsrecht „in allen Phasen des Arbeitsverhältnisses“, wobei sie „v.a. im Zusammenhang mit der Frage zulässiger und unzulässiger Arbeitgeberfragen im Bewerbungsverfahren erörtert [wird]“.[215] Die Funktion von Art. 328b OR liegt im Ergebnis darin, „Arbeitnehmende vor Ungleichbehandlungen aufgrund persönlichkeitssensibler Merkmale zu schützen, womit dem Datenschutz eine Diskriminierungsschutz-Funktion zukommt.[216]

4.2.3. Art. 336 OR: Missbräuchliche Kündigung

Gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. a OR ist „die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses (…) missbräuchlich, wenn eine Partei sie (…) wegen einer Eigenschaft [ausspricht], die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht, es sei denn, diese Eigenschaft stehe in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb. „Bundesgericht und Lehre zählen zu den Eigenschaften, die einer Person kraft ihrer Persönlichkeit zustehen alle angeborenen oder erworbenen Eigenschaften, welche den Träger als Individuum kennzeichnen“. Dies beinhaltet namentlich „Rasse, Nationalität, sexuelle Orientierung, Alter, Religion, Vorstrafen, Betreibungen [sowie] Krankheiten einschliesslich positiver HIV Befund. Die Lehre und die kantonale Gerichtspraxis zählen zudem die „Partner- und Verwandtschaft zu einer bestimmten Person, Behinderung, der Bezug einer halben Invalidenrente oder das feministische Engagement einer Mitarbeiterin“ zu den Gründen, die eine Kündigung als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR erscheinen lassen.[217] Ebenfalls als geschütztes Persönlichkeitsmerkmal sind Charaktereigenschaften zu qualifizieren.[218]

Lit. b von Art. 336 Abs. 1 OR bestimmt, dass eine Kündigung missbräuchlich ist, „weil die andere Partei ein verfassungsmässiges Recht ausübt, es sei denn, die Rechtsausübung verletze eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb“. Zu denken ist dabei etwa an eine Kündigung, weil eine Arbeitnehmerin in Ausübung ihres Glaubens auf der Arbeit ein Kopftuch getragen hat, wie dies in einem Fall behandelt worden ist, den das Bezirksgericht Arbon im Jahr 1990 beurteilt hat.[219] Diese Kündigung verletzt das verfassungsmässige Recht auf Religionsausübung und gleichzeitig „liegt (…) eine Diskriminierung aufgrund der religiösen Überzeugung vor“. Zugleich „gehört die Religionsfreiheit zu den schützenswerten Eigenschaften, die einer Person kraft ihrer Persönlichkeit zukommen“.[220]

---

215 Danach sind zusammenfassend diejenigen Fragen an die Stellenbewerberin bzw. den Stellenbewerber unzulässig, die „den nach Art. 28 ZGB geschützten Persönlichkeitsbereich des Bewerbers betreffen“. Ibid., S. 532 f.

216 Ibid., S. 534.

217 Erhöhte Sensibilität sind dabei den Merkmalen Alter und Krankheit zu widmen. Bei der Entlassung älterer Arbeitnehmenden kommt insbesondere der Verdacht einer missbräuchlichen Kündigung auf.

218 PÄRLI [Vertragsfreiheit], S. 524 ff.

219 Urteil des Bezirksgerichts Arbon vom 17. Dezember 1990, JAR 1991, S. 254 ff. Siehe dazu Teilstudie 8, Kap. III.3.3.2.

220 Die Schutzpflicht des Arbeitgebers, „die Arbeitnehmenden nicht aufgrund ihrer religiösen Überzeugung zu diskriminieren“, gilt auch im Rahmen von Art. 328 OR. Zudem sind die Gründe für eine missbräuchliche Kündigung im Sinne von Art. 336 Abs. 1 OR auch „diskriminierende Gründe im Sinne von Art. 328 OR. PÄRLI [Vertragsfreiheit], S. 522 f.

4.3. Diskriminierungsschutz im Mietrecht

Ähnlich wie im Arbeitsbereich ist auch im Bereich der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen ein grosses Potenzial vorhanden, dass bestimmte Personen Diskriminierungen erfahren, bspw. weil sie aus einem anderen Kulturkreis kommen und deshalb Schwierigkeiten haben, eine neue Wohnung zu finden. Nachfolgend werden die zentralen rechtlichen Instrumente festgehalten, die in diesem Bereich Schutz vor Diskriminierung gewähren.

Die oben in Ziff. II.4.1 erwähnten allgemeinen Rechtsprinzipien kommen auch im Mietrecht zum Tragen. Das Prinzip von Treu und Glauben ist im Mietrecht sogar explizit festgehalten: Gemäss Art. 271 OR ist eine Kündigung nämlich dann anfechtbar, wenn sie gegen Treu und Glauben verstösst. Ein solcher Verstoss würde etwa dann vorliegen, „wenn einer Mieterin oder einem Mieter allein wegen eines besonderen Persönlichkeitsmerkmals gekündigt wird, ohne dass sie oder er sich mietrechtlich etwas vorwerfen lassen muss".[221]

Ebenfalls zur Anwendung kommen die Bestimmungen von Art. 27 ZGB und von Art. 19/20 OR im Hinblick auf die inhaltliche Ausgestaltung eines Mietverhältnisses. Bei der Bestimmung der Höhe des Mietzinses, das ein zentrales Element der inhaltlichen Ausgestaltung eines Mietverhältnisses darstellt, ist Art. 269 OR als spezialgesetzliche Norm im Mietrecht zu beachten. Danach sind Mietzinse „missbräuchlich, wenn damit ein übersetzter Ertrag aus der Mietsache erzielt wird oder wenn sie auf einem offensichtlich übersetzten Kaufpreis beruhen".[222]

Schliesslich ist auch der Schutz der Persönlichkeit gemäss Art. 28 ZGB zu beachten: Analog zum Arbeitsverhältnis sind im Vorfeld der Unterzeichnung eines Mietvertrages, also in der Phase der Wohnungssuche, Diskriminierungen aufgrund der oben in Ziff. II.4.2.3 erwähnten Anknüpfungsmerkmale verpönt – also etwa der (explizite) Ausschluss eines bestimmten Personenkreises als potenzielle Vertragspartner nur wegen der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Rasse. Solche Diskriminierungen können Entschädigungsfolgen nach sich ziehen, etwa Genugtuungszahlungen im Sinne von Art. 49 OR.

4.4. Diskriminierungsschutz in weiteren Lebensbereichen

4.4.1. Diskriminierungsschutz bei Dienstleistungen im Allgemeinen

Grundsätzlich gilt in einer freien Marktwirtschaft, wie sie in der Schweiz praktiziert wird, die Vertragsfreiheit, d.h. es steht jeder Anbieterin oder jedem Anbieter von Dienstleistungen grundsätzlich frei, mit wem sie oder er einen Vertrag abschliesst oder eben nicht. Wie oben festgehalten wurde, ist die Vertragsfreiheit an bestimmte Grenzen gebunden, insbesondere dürfen vertragliche Abmachungen nicht gegen die öffentliche Ordnung, die guten Sitten oder die Persönlichkeit verstossen.[223] Im sogenannten Post-Entscheid[224] hat das Bundesgericht allerdings gestützt auf das Verbot sittenwidrigen Verhaltens unter ganz bestimmten Voraussetzungen eine Kontrahierungspflicht bejaht. Dies ist jedoch nur sehr zurückhaltend und im Sinne einer Ausnahmerege-

221 HAUSAMMANN, S. 21.

222 Vgl. zudem die Bestimmungen zur Anfechtung des Mietzinses gemäss Art. 270 ff. OR.

223 Vgl. Art. 27 und 28 ZGB sowie Art. 19/20 OR sowie den arbeitsrechtlichen Persönlichkeits- und Kündigungsschutz (Art. 328 und 336 OR).

224 BGE 129 III 35.

lung zu bejahen. Folgende Voraussetzungen müssen kumulativ gegeben sein, damit eine Kontrahierungspflicht vorliegt:

- „Ein Unternehmer [bietet] seine Waren oder Dienstleistungen allgemein und öffentlich an";
- es handelt sich um „Güter oder Dienstleistungen (…), die zum Normalbedarf gehören", wobei dazu Güter und Leistungen zählen, „die heute praktisch jedermann zur Verfügung stehen und im Alltag in Anspruch genommen werden";
- „dem Interessenten [fehlen] aufgrund der starken Marktstellung des Anbieters zumutbare Ausweichmöglichkeiten zur Befriedigung seines Normalbedarfs", wobei von einer derartigen Machtkonstellation dann auszugehen ist, „wenn entweder nur ein einziger Anbieter zureichend erreichbar ist, oder wenn sich alle in Frage kommenden Anbieter gegenüber dem Interessenten gleichermassen ablehnend verhalten"; und
- „wenn der Unternehmer keine sachlich gerechtfertigten Gründe für die Verweigerung des Vertragsabschlusses anzugeben vermag".[225]

4.4.2. Krankenversicherung

Im Bereich der obligatorischen Krankenversicherung bestehen eine Versicherungspflicht sowie eine Aufnahmepflicht der Versicherungen, wobei die versicherten Personen wählen können, bei welcher Krankenkasse sie versichert sein möchten.[226] Im Bereich der Zusatzversicherung ist hingegen nicht das KVG, sondern das Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag[227] anwendbar, bei dem grundsätzlich die Vertragsfreiheit herrscht und kein Aufnahmezwang besteht. In diesem Bereich werden von den Versicherungen vorzugsweise nur Personen aufgenommen, die ein geringes Risiko haben, im Rahmen des zukünftigen Versicherungsverhältnisses aufgrund von Behandlungen, Kosten zu generieren. Die Verweigerung des Abschlusses von Zusatzversicherungen beinhaltet ein erhebliches Potenzial für Diskriminierungen, etwa aufgrund der Anknüpfungsmerkmale Krankheit oder Behinderung, weshalb diese Thematik hier behandelt wird.

In einem vom Bundesgericht beurteilten Fall wurde einem Antragsteller der Abschluss einer Zusatzversicherung durch eine Versicherung verweigert, da er als Tetraplegiker ein erhöhtes Risiko für Spitalaufenthalte habe.[228] Das Bundesgericht prüfte u.a. die Verletzung von Art. 8 Abs. 2 BV und kam zum Schluss, dass die Zusatzversicherung keine staatliche Aufgabenübertragung an die Krankenkasse darstelle, weshalb Art. 8 Abs. 2 gar nicht verletzt sein könne, da die Krankenkasse in diesem Zusammenhang keine staatliche Aufgabe wahrnehme und deshalb gar nicht im Sinne von Art. 35 Abs. 1 BV an die Grundrechte gebunden sei. Zudem prüfte es u.a. die Voraussetzungen der Kontrahierungspflicht.[229] Es kam zum Schluss, dass das Kriterium des sachlichen Rechtfertigungsgrundes (vierte Voraussetzung) vorliegend entscheidend sei. Ausschlaggebend für die Bejahung eines Rechtfertigungsgrundes und damit das Entfallen einer Kontrahierungspflicht ist die Frage, ob die durch die Versicherung vorgenommene Risikoprüfung „nach aner-

225 Ibid., E. 6.3 S. 45 f. Siehe dazu auch Teilstudie 8. Kap. III.3.3.2.

226 Art. 3 und 4 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (KVG; SR 832.10).

227 Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 (VVG; SR 221.229.1).

228 Urteil des Bundesgerichts 5P.97/2006 vom 1. Juni 2006, besprochen von KURT PÄRLI in HAVE 2007, S. 46 ff. Siehe dazu auch die Ausführungen in Teilstudie 4, Kap. II.3.1.3 und 3.3.

229 BGE 129 III 35; dazu oben, Ziff. II.4.4.1.

kannten versicherungsmathematischen Kriterien“ vorgenommen worden ist. Falls dies zutrifft entfällt eine Kontrahierungspflicht, da ein sachlicher Rechtfertigungsgrund für die Verweigerung des Vertragsabschlusses vorliegt.[230] Ansonsten liegt eine diskriminierende Verweigerung einer Zusatzversicherung aufgrund einer Behinderung vor und eine Kontrahierungspflicht wäre zu bejahen.

4.4.3. Motorhaftpflichtversicherung

In den letzten Jahren gab es verschiedene Vorstösse betreffend die angeblich diskriminierende Prämienberechnung bei Motorfahrzeugversicherungen aufgrund bestimmter Nationalitäten und den Ausschluss bestimmter Personen von einigen Versicherungsgesellschaften.[231] In seiner Antwort vom 30. Mai 2007 auf die Interpellation Leuenberger legte der Bundesrat dar, dass nach der Aufhebung des Einheitstarifes im Bereich der Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherungen im Jahr 1996 eine Liberalisierung stattgefunden habe und die Versicherungen nun „im Rahmen ihrer individuellen Tarife Risikogruppen“ bilden würden. Aufgrund dieser auf statistischen Methoden beruhenden risikobasierten Tarifierungen ergäben sich unterschiedliche Prämien, die sich jedoch statistisch belegen und sachlich begründen lassen. Das Bundesamt für Justiz (BJ) habe keine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebotes oder eine unerlaubte Diskriminierung festgestellt, sofern sich die unterschiedlichen Prämien statistisch belegen liessen, da dann ein sachlicher Grund für die Differenzierung vorliege. Im Vorfeld des parlamentarischen Vorstosses hatte der Rechtsprofessor Bernhard Waldmann ein Gutachten zur nationalitätsbedingten Erhöhung der Autoversicherungsprämien verfasst und war zum Schluss gekommen, dass die Prämienberechnung der im konkreten Fall in Frage stehenden Versicherung rechtswidrig sei. Darüber hinaus verstosse die Praxis, Versicherte „je nach Staatsangehörigkeit in verschiedene Gefahrenklassen einzuteilen“, gegen das Versicherungsaufsichtsrecht, da u.a. nicht genügend statistische Daten vorhanden seien, um derartige Einstufungen vorzunehmen und diese somit sinngemäss keine sachlich begründbare Unterscheidung darstelle, um die daraus entstehenden Ungleichheiten zu rechtfertigen.[232] In seiner Antwort vom 22. August 2012 auf die Anfrage Teuscher nimmt der Bundesrat Bezug auf das Gutachten Waldmann. Er hält fest, dass nach herrschender Lehre und Praxis „Unterscheidungen aufgrund der Staatsangehörigkeit nicht per se eine Diskriminierung darstellen, sondern sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung eigener und fremder Staatsangehöriger gestatten“. Die Erkenntnisse des besagten *Gutachtens Waldmann* sowie des Gutachtens des BJ seien jedoch bei der Verwendung des Tarifkriteriums Nationalität berücksichtigt und es seien sieben Prüfkriterien entwickelt worden, bei deren Beachtung diese Tarifierung nicht als missbräuchlich zu qualifizieren sei.[233]

4.4.4. Diskriminierung im Freizeitverhalten

Die Vielschichtigkeit der Freizeitmöglichkeiten in der heutigen Zeit und die zunehmende Heterogenität unserer Gesellschaft sind nur einige Gründe dafür, dass das Potenzial für Diskriminierung

---

230 PÄRLI [Zusatzversicherung], S. 52.

231 Beispielsweise die Interpellation Leuenberger 07.3125 vom 21.03.2007, in jüngerer Zeit die Anfrage Teuscher 12.1071 vom 15.06.2012.

232 WALDMANN [Autoversicherungsprämien], S. 19 ff.

233 Antwort des Bundesrates vom 22.08.2012 auf die parlamentarische Anfrage Teuscher 12.10.71 vom 15.06.2012.

im Freizeitverhalten als erheblich und in der Praxis äusserst relevant zu qualifizieren ist. Zu denken ist bspw. an die Verweigerung des Einlasses von jungen erwachsenen Männern mit Migrationshintergrund in eine Diskothek oder einen sonstigen Anlass, weil das zuständige Sicherheitspersonal davon ausgeht oder vorgibt, durch den Einlass dieser Personengruppen könnte die Sicherheit des betreffenden Anlasses erheblich gefährdet werden, da diese durch ihr (mögliches) Verhalten ein höheres Gefahrenpotential darstellten als bspw. junge erwachsene Männer mit Schweizer Wurzeln. Auch in diesem Bereich können Verletzungen der Persönlichkeit im Sinne von Art. 28 ZGB Genugtuungsansprüche gemäss Art. 49 OR nach sich ziehen. Bei rassistischen Äusserungen ist zudem eine Strafbarkeit gemäss Art. 261bis StGB (Rassendiskriminierung) zu prüfen.

4.4.5. Zwischenfazit

Im schweizerischen Privatrecht gibt es verschiedene für den Diskriminierungsschutz bedeutende Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe: Das Prinzip von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 TGB) gebietet namentlich die schonende Rechtsausübung gegenüber anderen Parteien, d.h. die Auswahl der für die andere Partei schonenderen Handlungsmöglichkeit, wenn mehrere Handlungsoptionen offenstehen. Unter gewissen, klar definierten Voraussetzungen kommt auf der Grundlage dieser Bestimmung zudem eine Haftung aus culpa in contrahendo in Betracht, wenn keine vertragliche Regelung besteht. Das Schutzziel des Rechtsmissbrauchsverbots (Art. 2 Abs. 2 ZGB) besteht im Funktionieren des Rechtsverkehrs. Der Staat kann im Einzelfall bei der Überschreitung subjektiver Rechte intervenieren und korrigierend einwirken, denn der offensichtliche Rechtsmissbrauch soll nicht geschützt werden. Das Rechtsmissbrauchsverbot greift jedoch nur subsidiär als ultima ratio. Der Schutz vor übermässiger Bindung (Art. 27 ZGB) und die Schranken der Vertragsfreiheit (Art. 19/20 OR) wirken schliesslich zusammen als Schranke vertraglich vereinbarter Diskriminierung. Verträge dürfen einerseits keine übermässige und besonders persönlichkeitsnahe Bindung beinhalten. Anderseits muss der Inhalt des Vertrages innerhalb der Schranken des Gesetzes festgelegt werden. Von den gesetzlichen Bestimmungen abweichende Vereinbarungen dürfen insbesondere nicht gegen das Recht der Persönlichkeit verstossen.

Beim Schutz der Persönlichkeit gemäss Art. 28 ZGB geht es nicht um die rechtsgeschäftliche, sondern um faktische Beeinträchtigungen der Persönlichkeit. Der Begriff der Persönlichkeit wurde vom Gesetzgeber nicht definiert. Im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsschutz kann jedoch aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung abgeleitet werden, dass eine an Persönlichkeitsmerkmale anknüpfende Ungleichbehandlung eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 28 ZGB darstellt.

Im Bereich des Arbeitsrechts liegt eine diskriminierende Persönlichkeitsverletzung dann vor, wenn „für eine benachteiligende Ungleichbehandlung an Diskriminierungsmerkmale angeknüpft wird und für die Ungleichbehandlung keine Rechtfertigungsgründe[234] geltend gemacht werden können“. Der Persönlichkeitsschutz im ZGB und im OR gewährt Schutz vor Diskriminierung aufgrund folgender Anknüpfungsmerkmale: „Geschlecht, Rasse und damit zusammenhängende Merkmale, Religion, Weltanschauung und politische Einstellung, soziale Stellung, Alter, Behinderung, sexuelle Orientierung, Krankheit, Krankheitsdispositionen sowie genetischer Status“. Zudem „sind auch Vorstrafen, charakterliche Eigenschaften und Rauchen diskriminierungssensi-

[234] PÄRLI [Vertragsfreiheit], S. 552 ff.

bel".[235] Im Bewerbungsverfahren kann aus Art. 2 und Art. 28 ZGB sowie Art. 328b OR „ein Verbot, Stellenbewerbende unter Anknüpfung an persönlichkeitsrelevante Merkmale zu diskriminieren", abgeleitet werden. Während dem Arbeitsverhältnis wird der Diskriminierungsschutz durch Art. 328 OR gewährleistet. Art. 336 Abs. 1 lit. a (persönliche Eigenschaften) und lit. b (Ausübung eines verfassungsmässigen Rechts) „schützen Arbeitnehmende vor einer Kündigung unter Anknüpfung an Diskriminierungsmerkmale". Dieser Schutz wird durch Art. 2 ZGB während aller Phasen eines Arbeitsverhältnisses ergänzt. Für Diskriminierungen betreffend den Vertragsinhalt sind Art. 19/20 OR sowie Art. 27 Abs. 2 ZGB massgebend.[236] Damit bestehen in der Schweiz verschiedene rechtliche Instrumente mit dem Potenzial, den Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht zu gewährleisten. Die Gerichte sind gehalten, diese rechtlichen Mechanismen in der Praxis anzuwenden und damit den Schutz vor Diskriminierungen im Arbeitsrecht auch faktisch zum Durchbruch zu verhelfen. Die Eingangs erläuterten Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe greifen schliesslich auch im Mietrecht, wo namentlich das Prinzip von Treu und Glauben (Art. 271 OR), der Schutz der Persönlichkeit sowie der Schutz vor missbräuchlicher Kündigung anwendbar sind.[237]

Beim Diskriminierungsschutz in den übrigen Lebensbereichen stösst das Prinzip der Vertragsfreiheit dort an seine Grenzen, wo vertragliche Abmachungen gegen die öffentliche Ordnung, die guten Sitten oder die Persönlichkeit verstossen. Diese Aussage gilt für den Diskriminierungsschutz im Allgemeinen und für die untersuchten Bereiche Kranken- und Motorhaftpflichtversicherung und die Diskriminierung im Freizeitverhalten. Unter gewissen Voraussetzungen bejaht das Bundesgericht, gestützt auf das Verbot sittenwidrigen Verhaltens, sogar eine Kontrahierungspflicht. Grundsätzlich besteht demnach in den fraglichen Bereichen zumindest das Potenzial für eine rechtliche Handhabe für die Durchsetzung von Ansprüchen der Opfer von Diskriminierung.

5. Mehrfachdiskriminierung

5.1. Einleitung

Diskriminierung ist in der Praxis häufig nicht nur auf ein einziges Diskriminierungsmerkmal – bspw. auf die Herkunft, die Rasse oder das Geschlecht – zurückzuführen, sondern aufgrund einer Kombination von Persönlichkeitsmerkmalen.[238] Von Mehrfachdiskriminierung spricht man somit dann, wenn „Diskriminierung (…) nicht nur aufgrund eines Merkmals, sondern gleichzeitig aufgrund von zwei oder mehreren Merkmalen" stattfindet.[239] Diese in der Praxis sehr oft vorkommende Art von Diskriminierung wird in jeder bereichsspezifischen Teilstudie gesondert behandelt werden. Nachfolgend werden im Sinne einer Übersicht die verschiedenen Typen von Mehrfachdiskriminierung und deren Behandlung in der Lehre und Praxis beschrieben, um die Grundzüge des Themenkomplexes Mehrfachdiskriminierung festzuhalten. Im verfahrensrechtlichen Teil werden zudem die prozessualen Schwierigkeiten thematisiert werden, welche Mehrfachdiskriminierung mit sich bringen kann.[240]

---

235 Ibid., S. 538.

236 Ibid., S. 541 ff.

237 Siehe für die Frage, wie weit diese Bestimmungen in der Praxis auch tatsächlich Anwendung finden die in Teilstudie 8 festgehaltenen Erkenntnisse der Analyse der Rechtsprechung.

238 NAGUIB [Mehrfachdiskriminierung], S. 234.

239 JURT/CAPLAZI, S. 29.

240 Siehe unten, Ziff. III.3.5.

5.2. Typen von Mehrfachdiskriminierung

In der Lehre werden drei Typen von Mehrfachdiskriminierung unterschieden, die additive, die verstärkende und die intersektionelle Diskriminierung.[241]

Eine *additive* Diskriminierung liegt dann vor, wenn „Diskriminierung aus mehreren Gründen separat zum Tragen kommt". Eine solche Situation wurde etwa im Fall „Glimmer Man" geprüft, bei der ein Roma mit Sehbehinderung kein Einlass in den Nachtclub „Glimmer Man" gewährt wurde.[242] Begründet wurde dies zunächst mit dem Hinweis, dass Tiere im Klub nicht erlaubt seien. Als der Mann klar machte, dass es sich beim Tier um einen Blindenhund handelt, auf den er aufgrund seiner Sehbehinderung angewiesen sei, wurde ihm mitgeteilt, „dass ab 23 Uhr nur noch Frauen zugelassen würden, weil es davon im Club immer wenige habe". In diesem Fall waren somit die Persönlichkeitsmerkmale „Behinderung" und „Geschlecht" jeweils unabhängig voneinander ursächlich für die Verweigerung des Clubzutritts.[243]

Demgegenüber ist eine *verstärkende* Diskriminierung gegeben, wenn „eine Person aufgrund von mindestens zwei Diskriminierungsmerkmalen (…) gleichzeitig diskriminiert wird, wobei die eine Diskriminierung die andere in ihrer Auswirkung und Schwere verstärkt". Mit anderen Worten kumulieren sich „die Diskriminierungsgründe und damit (oft) auch die Auswirkungen (…)".[244] Als Beispiel einer solchen verstärkenden Diskriminierung kann der Fall einer behinderten jungen Frau aufgeführt werden, die eine Stelle als wissenschaftliche Mitarbeiterin antritt. Nach einiger Zeit bringt sie in Erfahrung, dass ihre nicht behinderten Arbeitskolleginnen mehr Lohn erhalten, obwohl sie gleich qualifiziert ist. Diese wiederum werden schlechter entlöhnt als ihre männlichen Arbeitskollegen. Der Grund für die Lohndiskriminierung liegt damit gleichzeitig in der Behinderung als auch im Geschlecht der betroffenen Person, es liegt also eine doppelte Diskriminierung vor.

Von einer *intersektionellen* Diskriminierung wird schliesslich dann gesprochen, wenn mehrere Diskriminierungsmerkmale zusammenspielen und ein Merkmal für sich allein genommen für die Diskriminierung nicht entscheidend ist. Als Beispiel kann die Leibesvisitation eines dunkelhäutigen Mannes wegen dem Verdacht auf Drogenbesitz durch die Polizei aufgeführt werden. Ausschlaggebend für die polizeiliche Massnahme sind „der Aufenthaltsort des Mannes" (Gegend einer Stadt, in der oft mit Drogen gehandelt wird), „seine dunkle Hautfarbe, sein junges Alter und das männliche Geschlecht". Hätte die Leibesvisitation nicht stattgefunden, falls einer dieser Faktoren nicht gegeben gewesen wäre, ist „das gleichzeitige Vorliegen aller drei sensiblen Persönlichkeitsmerkmale" die „Ursache für die Auslösung des polizeilichen Verdachts. „Bei der Intersektionalität greifen [somit] mehrere Dimensionen ineinander und interagieren miteinander, wobei in der Ungleichbehandlung aufgrund der Überschneidung („intersection") von Diskriminierungsmerkmalen (…) die Diskriminierung begründet liegt".[245]

---

241 Siehe zur Definition der Begriffe auch die Angaben auf der Webseite der Fachhochschule Nordwestschweiz, abrufbar unter http://www.mehrfachdiskriminierung.ch/definition (besucht am 16.07.2015).

242 DEC-S2001-020, Maghan v. The Glimmer Man, besprochen von Tobler.

243 Zudem hatte der Betroffene den Eindruck, dass seine ethnische Herkunft für die Einlassverweigerung ebenfalls mitentscheidend war. Naguib [Mehrfachdiskriminierung], S. 235.

244 Ibid., S. 236.

245 Ibid.

5.3. Behandlung der Mehrfachdiskriminierung in der Lehre und Praxis

Die Thematik der Mehrfachdiskriminierung wurde in der Schweizerischen *Lehre* bisher kaum speziell diskutiert und nur wenige Autoren haben sich damit befasst.[246] WALDMANN befasst sich mit Mehrfachdiskriminierung im Kontext der inneren Hierarchie der Diskriminierungsmerkmale und des Verhältnisses derselben untereinander.[247] SCHEFER äussert sich dazu im Zusammenhang mit seinen Erläuterungen zum Diskriminierungsmerkmal „soziale Stellung" in Art. 8 Abs. 2 BV.[248] BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER thematisieren schliesslich die Problematik einer doppelten Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und einer Behinderung in ihren Ausführungen zu Art. 8 Abs. 4 BV.[249]

In der *Praxis* wird die Mehrfachdiskriminierung nicht ausdrücklich als solche anerkannt. PÄRLI untersuchte die rund 15 Entscheide des Bundesgerichts, die seit Inkrafttreten der neuen BV im Jahr 2000 bis 2009 in die amtliche Sammlung aufgenommen wurden und „bei denen zumindest implizit mehr als ein Diskriminierungsmerkmal in Frage stand".[250] Das Bundesgericht thematisierte bspw. in mehreren Fällen von verweigerter Einbürgerung von kopftuchtragenden Frauen „die geschlechtsspezifische Dimension der Diskriminierungskonstellation" nicht.[251] Im sogenannten Berner Wegweisungsentscheid (BGE 132 I 49) hat das Bundesgericht eine Diskriminierung der in Frage stehenden Personen verneint. Die von den Wegweisungsentscheiden betroffenen Personen „seien keine Gruppe, der ein Schutz aufgrund des Diskriminierungsmerkmals „Lebensform" zustehen würde".[252] Zudem thematisierte das Bundesgericht – wohl auch aufgrund fehlenden Vorliegens entsprechender Rügen – die Frage, „inwieweit die Diskriminierungsmerkmale „soziale Stellung", allenfalls auch „Weltanschauung" sowie „Lebensform", in ihrem Zusammenwirken Diskriminierung bzw. Diskriminierungsschutz bewirken (sollen)", nicht.[253]

5.4. Unterschiedliche rechtliche Schutzstandards

Das Thema Mehrfachdiskriminierung stellt im derzeit geltenden Recht ein Problem dar, da der rechtliche Schutz der verschiedenen Diskriminierungsmerkmale bereits in der Verfassung unterschiedlich ist: Für die Diskriminierungsmerkmale Geschlecht (Art. 8 Abs. 3 BV) und Behinderung (Art. 8 Abs. 4 BV) gibt es bereits in der Verfassung spezifische Gesetzgebungsaufträge, welche mit dem Erlass des GlG und des BehiG erfüllt worden sind. Die erwähnten Erlasse sind jedoch sachlich auf bestimmte Lebensbereiche beschränkt: Das GlG verbietet Diskriminierungen im Er-

---

246 Das deutsche Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) äussert sich dagegen bspw. ausdrücklich zur Mehrfachdiskriminierung. In § 4 ist dazu festgehalten, dass in Fällen, wo eine unterschiedliche Behandlung wegen mehrerer der in § 1 genannten Gründe erfolgt, diese unterschiedliche Behandlung nach den §§ 8 bis 10 und 20 nur gerechtfertigt werden kann, wenn sich diese Rechtfertigung auf alle diese Gründe erstreckt, derentwegen die unterschiedliche Behandlung erfolgt. Die Rechtmässigkeitsprüfung einer Mehrfachbenachteiligung muss mit anderen Worten „stets alle Diskriminierungsmerkmale berücksichtigen", egal um welche Art von Benachteiligung – additive, verstärkend oder intersektionellen – es sich handelt.

247 WALDMANN, S. 573 f.

248 MÜLLER/SCHEFER, S. 679 ff.

249 BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, St. Galler Kommentar zu Art. 8 Abs. 4 BV, N. 144.

250 Ibid., S. 46 f.

251 NAGUIB [Mehrfachdiskriminierung], S. 240.

252 PÄRLI [Mehrfachdiskriminierung], S. 46.

253 Ibid.

werbsbereich und hat sowohl für staatliche als auch für private Arbeitgeber Gültigkeit.[254] „Das BehiG gilt demgegenüber „für private Arbeitsverhältnisse ausdrücklich nicht". Das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8 Abs. 2 BV verpflichtet dagegen „die staatlichen Behörden aller Stufen (…), Private jedoch nur mittelbar."[255]

Problematisch sind die unterschiedlichen Schutzstandards insbesondere in Fällen von intersektioneller Diskriminierung, wie bspw. im Fall schwarzer Frauen.[256] In einer solchen Konstellation sollten gemäss „Vertreterinnen der kritischen und der feministischen Gesellschaftstheorie" die beiden Diskriminierungsmerkmale Rasse und Geschlecht nicht einfach additiv – und damit als doppelte Benachteiligung – beurteilt werden. Die Benachteiligung als schwarze Frau weist vielmehr „einen spezifischen Charakter" auf, wobei „das eine oder andere Merkmal sowohl offen als auch verdeckt auftreten sowie eine Kombination unmittelbarer und/oder mittelbarer Diskriminierung [sein können]".[257] Im Falle einer Anstellungsverweigerung einer schwarzen Frau wäre es bspw. „schwierig (und künstlich), den Vorfall anhand der unterschiedlichen Diskriminierungsmerkmale separieren zu müssen und ihn primär auf der Basis des einen oder anderen Persönlichkeitsmerkmals zu klassifizieren". „(…) Weder das Geschlecht noch die Rasse" waren in diesem Fall für die Anstellungsdiskriminierung nämlich abschliessend ausschlaggebend, womit eine Sanktionierbarkeit weder über das GIG noch über die Rassismusstrafnorm möglich war, denn nur *das gleichzeitige Vorliegen dieser beiden Persönlichkeitsmerkmale* war für die Diskriminierung ausschlaggebend. Die unterschiedlichen Schutzstandards im geltenden Recht und die faktische Ausblendung der Mehrfachdiskriminierungsproblematik kann also dazu führen, dass von Diskriminierung betroffene Personen lediglich einen mangelhaften oder im Extremfall überhaupt keinen Rechtsschutz geniessen.[258]

5.5. Zwischenfazit

Mehrfachdiskriminierung ist ein in der Praxis häufig in Erscheinung tretendes Phänomen. Dieser Bedeutung vermag die heutige Rechtslage nicht zu genügen. In der Lehre wurde das Thema noch kaum explizit vertieft behandelt und auch das Bundesgericht anerkennt Mehrfachdiskriminierung nicht explizit als solche. Problematisch sind zudem die unterschiedlichen rechtlichen Schutzstandards für die verschiedenen Diskriminierungsbereiche (etwa Geschlecht oder Behinderung), und zwar insbesondere in Fällen von intersektorieller Diskriminierung, wo das gleichzeitige Vorliegen verschiedener Persönlichkeitsmerkmale für die Diskriminierung ausschlaggebend ist. In solchen Konstellationen kann die heutige Rechtslage gegebenenfalls gar keinen Schutz für Diskriminierungsopfer bieten.

---

254 Siehe oben, Ziff. II.3.1.

255 PÄRLI [Mehrfachdiskriminierung], S. 48.

256 NAGUIB [Mehrfachdiskriminierung], S. 238

257 „Crenshaw-Fall", ibid., S. 234.

258 Ibid., S. 238. Für verfahrensrechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Mehrfachproblematik siehe unten, Ziff. III.3.5.

III. VERFAHRENSRECHT

1. Einleitung

1.1. Anlehnung an die Studie der europäischen Union

Nachfolgend wird in Anlehnung an die EU-Studie (siehe oben, Ziff. I), erläutert, welche Verfahrensgarantien betreffend den Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen in der Schweiz existieren und wie diese ausgestaltet sind. Die EU-Studie hat in den 27 EU-Staaten und den EWR-Staaten (Island, Liechtenstein und Norwegen) den effektiven Zugang zum Recht in Fällen von Diskriminierung aufgrund von Geschlecht, Rasse und ethnischer Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Orientierung analysiert. Untersucht wurden die in den verschiedenen Ländern bestehenden Verfahrensgarantien, die Anforderungen an wirksame, verhältnismässige und generalpräventiv wirkende Rechtsbehelfe und die tatsächliche Wirksamkeit der rechtlichen Rahmenbedingungen in der Praxis.

1.2. Das Konzept der EU-Studie im Einzelnen

Das europäische Gemeinschaftsrecht schreibt in vier Richtlinien vor, dass die EU-Mitgliedstaaten rechtliche Normen zur Bekämpfung von Diskriminierung schaffen und durchsetzen müssen. Es sind dies die Rassendiskriminierungsrichtlinie[259], die Beschäftigungsrahmenrichtlinie[260], die allgemeine Gleichstellungsrichtlinie[261] sowie die Richtlinie zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männer und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen[262]. In der EU-Studie wurde überprüft, wie die Mitgliedstaaten diese Richtlinien in ihrem nationalen Recht umgesetzt haben und ob diese Massnahmen effektiv und adäquat sind. Dabei analysiert die EU-Studie die verschiedenen prozessualen Vorkehrungen und Rechtsbehelfe, welche einer von Diskriminierung betroffenen Person den Zugang zum Recht gewährleisten sollen.

Zunächst wurde untersucht, welche

– aussergerichtlichen Streitbeilegungsverfahren (aussergerichtliche Verhandlungen, Mediation, Schlichtung und Schiedsverfahren);
– aussergerichtlichen Beratungs- bzw. Streitbeilegungsmöglichkeiten (z.B. Gleichstellungsbeauftragte, Fachstellen, Ombudsstellen und dergleichen); und
– gerichtlichen Verfahren

in den verschiedenen Staaten vorgesehen sind, um den Zugang zum Recht zu gewährleisten.

Weiter wurde untersucht, wie die Verfahrensgarantien in den verschiedenen Staaten ausgestaltet sind, wobei die folgenden Aspekte untersucht wurden:

---

259 Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29.06.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft.

260 Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf.

261 Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen.

262 Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 05.07.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen.

– Welche Voraussetzungen werden an die Klagebefugnis gestellt?;
– wie ist der Rechtsschutz für Verbände, Organisationen und juristische Personen ausgestaltet?;
– ist im Rahmen des Beweisverfahrens eine Beweislastumkehr vorgesehen und wird diese von den Fachpersonen (Anwältinnen und Anwälte, Richterinnen und Richter) in der Praxis korrekt angewandt?;
– welche Fristen gibt es zur Anhebung eines Verfahrens?;
– wie lange ist die Verfahrensdauer?;
– wie hoch sind die Verfahrenskosten?;
– wie hoch sind die Kosten der Prozessvertretung?; und
– wie ist der Zugang zur Prozesskostenhilfe ausgestaltet?

Schliesslich wurde untersucht, ob wirksame, verhältnismässige und generalpräventive Rechtsbehelfe bestehen, die den Diskriminierungsschutz gewährleisten. Dabei wurden die verschiedenen im Straf-, Zivil- und Verwaltungsrecht vorgesehenen Sanktionen analysiert.

Neben der Analyse der relevanten juristischen Normen und Gerichtspraxis wurden sozialwissenschaftliche Interviews und Befragungen mit Expertinnen und Experten und Interessenvertreterinnen und Interessenvertretern durchgeführt, um die Wirksamkeit und Effektivität des Zugangs zur Justiz einzuschätzen. Eine rein juristisch fokussierte Untersuchung hätte nur einen Teil der bestehenden Schwierigkeiten beim Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen erklären können.

1.3. Übertragung des Konzeptes der EU-Studie auf die schweizerischen Verhältnisse

Die in der EU geltenden Richtlinien zur Bekämpfung von Diskriminierung sind in der Schweiz nicht anwendbar, da sie nicht zum im Rahmen der bilateralen Verträge übernommenen Rechtsbestand gehören. Wie oben in Ziff. II erläutert, sind in der Schweiz die völker- und verfassungsrechtlichen Vorgaben, die (wenigen) spezialgesetzlichen Regelungen betreffend den Diskriminierungsschutz (GlG, BehiG und Art. 261bis StGB) sowie die verfassungskonforme Auslegung von Generalklauseln und allgemeinen Rechtsgrundsätzen für den Schutz vor Diskriminierung massgebend. Diese materiellen Rechtsgrundlagen sind gewissermassen das Pendant der EU-Richtlinien. Zwecks Analyse der verfahrensrechtlichen Aspekte des Diskriminierungsschutzes kann das Konzept der EU-Studie ohne weiteres auf die Schweiz und die hierzulande bestehenden Institutionen und geltenden verfahrensrechtlichen Grundlagen übertragen werden. Die nachfolgende Analyse der verfahrensrechtlichen Bestimmungen ist deshalb gleich aufgebaut wie die EU-Studie, d.h. eine Analyse

– der bestehenden aussergerichtlichen, gerichtlichen und alternativen Streitbeilegungsmöglichkeiten;
– der Verfahrensgarantien; sowie
– eine Untersuchung der Rechtsbehelfe auf ihre Wirksamkeit, Verhältnismässigkeit und generalpräventive Wirkung.

Die bereichsübergreifenden verfahrensrechtlichen Abklärungen haben somit die folgenden Verfahrensgarantien und Erlasse zu analysieren:

Verfahrensgarantien	Zu analysierende Erlasse
– Voraussetzungen Klagebefugnis; – Selbstständiges Klagerecht von Verbänden, Organisationen und juristischen Personen; – Verhandlungs- bzw. Untersuchungsgrundsatz; – Beweisprobleme allgemein; – Beweislastumkehr und Beweislasterleichterungen (insb. Glaubhaftmachung); – Verfahrenskosten; – Kosten der Prozessvertretung; – Zugang zu Prozesskostenhilfe; – Frist zur Anhebung eines Verfahrens; – Verfahrensdauer; – wirksame, verhältnismässige und generalpräventive Rechtsbehelfe (Sanktionen); und – prozessuale Rechte von Opfern gemäss StPO / OHG[263].	– Zivilprozessrecht: ZPO, GlG, BehiG – Verwaltungsprozessrecht: VwVG, VGG, BPG und BPV – Strafprozessrecht: StGB / StPO / OHG

Tabelle 3: Analyse der bereichsübergreifend gültigen prozessualen Vorschriften

2. Bestehende Institutionen sowie aussergerichtliche und gerichtliche Verfahren, die Zugang zum Recht schaffen

2.1. Vorbemerkung

Gemäss der EU-Studie braucht es für die „wirksame Umsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes die Schaffung angemessener Verfahren von Seiten der Mitgliedstaaten".[264] Dies beinhaltet nicht nur die ordentlichen Gerichtsverfahren, sondern auch aussergerichtliche „oder alternative Streitbeilegungsverfahren" wie die aussergerichtliche Verhandlung, Meditation, Schlichtung und Schiedsverfahren, welche für die Beschwerdeführer die Vorteile einer schnelleren und kostengünstigeren Wiedergutmachung haben können". Darüber hinaus können „Bürgerbeauftragte und Gleichstellungsstellen" eine weitere Alternative zum Gang vor Gericht sein.[265]

Wichtig ist in diesem Zusammenhang v.a., dass diese verschiedenen Stellen, die im Fall von Diskriminierung aufgesucht werden können, den Betroffenen auch bekannt sind, was im Rahmen der sozialwissenschaftlichen Untersuchungen dieser Studie untersucht worden ist.[266] Das Ziel der

[263] Bundesgesetz vom 23.03.2007 über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz, OHG; SR 312.5).

[264] EU-Studie, S. v.

[265] Ibid.

[266] Siehe die Ausführungen in den Teilstudien 5 und 7.

nachfolgenden Ausführungen besteht darin, eine Übersicht über die in der Schweiz bestehenden staatlichen Anlaufstellen für von Diskriminierung betroffene Personen zu geben. Zunächst wird dargelegt, welche bereichsspezifischen staatlichen Fachstellen (Ziff. 2.2) und welche Ombudsstellen (Ziff. 2.3) in der Schweiz existieren. Anschliessend werden die Opferhilfe-Beratungsstellen (Ziff. 2.4), die aussergerichtlichen Streitbeilegungsmöglichkeiten (Ziff. 2.5) sowie die ordentlichen Gerichtsverfahren (Ziff. 2.6) dargestellt.

2.2. Bereichsspezifische staatliche Fachstellen

Als Vorbemerkung sei an dieser Stelle zunächst festgehalten, dass die Mandate sowie die personellen und finanziellen Mittel der in der Schweiz bestehenden staatlichen Institutionen, die Zugang zum Recht schaffen können oder mittelbar einen Beitrag dazu leisten, sehr heterogen sind. Im Rahmen der sozialwissenschaftlichen Untersuchungen wurde versucht zu eruieren, wie und in welchem Ausmass diese Fachstellen für von Diskriminierung betroffene Personen genutzt werden.[267]

2.2.1. Institutionen für die Gleichstellung von Frau und Mann

Bei Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts steht in der Schweiz die Beratung durch Gleichstellungsbeauftragte zur Verfügung. Gemäss der Webseite der Schweizerischen Konferenz der Gleichstellungsbeauftragten (SKG), einem Zusammenschluss der öffentlichen Gleichstellungsstellen (Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann) des Bundes, der Kantone und Städte, gibt es in der Schweiz auf Bundes-, Kantons- und Gemeindeebene zurzeit 25 Gleichstellungsbeauftragte.[268]

Auf *Bundesebene* ist das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Mann und Frau (EBG) die zentrale Institution. Die Aufgabe des *EBG* besteht in der Förderung der Gleichstellung der Geschlechter in allen Lebensbereichen, d.h. Beseitigung jeglicher Form direkter und indirekter Diskriminierung. Es setzt sich schwerpunktmässig für die rechtliche Gleichstellung sowie die Chancen- und Lohngleichheit im Erwerbsleben und für eine faire Aufgabenteilung in der Familie sowie gegen Gewalt in Paarbeziehungen ein.[269]

Ein weiterer Akteur im Bereich der Gleichstellung von Mann und Frau ist die Eidgenössische Kommission für Frauenfragen EKF, die vom Bundesrat als ständige ausserparlamentarische Kommission eingesetzt wurde. Sie fungiert als beratendes Organ des Bundes und befasst sich mit Fragen betreffend die Situation der Frauen in der Schweiz und die Gleichstellung der Geschlechter. Sie macht keine Beratung in Einzelfällen, sondern gibt u.a. Stellungnahmen und Empfehlungen ab und informiert und sensibilisiert die Öffentlichkeit.[270]

Auf *kantonaler Ebene* gibt es in den Kantonen Aargau, Appenzell-Innerrhoden, Bern, Basel-Landschaft, Basel-Stadt, Freiburg, Genf, Graubünden, Jura, Luzern, Neuenburg, Obwalden, St.

---

267 Siehe dazu die Ausführungen in den Teilstudien 5 und 7.

268 Die SKG unterstützt, koordiniert, plant und realisiert Aktivitäten von nationaler Reichweite. Sie beteiligt sich an der öffentlichen Meinungsbildung und nimmt im Rahmen von Vernehmlassungsverfahren Einfluss auf die Gesetzgebung auf Bundesebene. Damit will sie eine langfristige und kohärente Gleichstellungpolitik sicherstellen, http://www.equality.ch/d/skg.htm (besucht am 16.07.2015).

269 http://www.ebg.admin.ch/org/index.html?lang=de (besucht am 16.07.2015).

270 http://www.ekf.admin.ch/org/00447/index.html?lang=de (besucht am 16.07.2015).

Gallen, Tessin, Wallis, Waadt und Zürich Fachstellen für die Gleichstellung von Frauen und Männern.

Auf *kommunaler Ebene* bestehen in den Städten Bern, Genf, Lausanne, Zürich und Winterthur Fachstellen für die Gleichstellung von Frauen und Männern.[271]

Die SGK erteilt keine Auskunft in Gleichstellungsfragen. Dafür sind die kantonalen und kommunalen Gleichstellungsstellen bzw. das EBG zuständig.[272] Die kantonalen und städtischen Gleichstellungsbeauftragten bieten eine Beratung und Orientierung in Fragen der Gleichstellung von Frau und Mann an. Allerdings verfügt nur eine Minderheit über juristisches Fachwissen. Zudem bezieht sich die Beratung oft auf Fragen im Zusammenhang mit der Verwaltung, jedoch weniger bezüglich der Gleichstellungsprobleme im privatrechtlichen Rahmen. Die Gleichstellungsbeauftragten haben zudem einen Sensibilisierungsauftrag, den sie je nach Schwergewicht und Prioritäten unterschiedlich wahrnehmen. Das EBG macht dagegen keine Einzelfallberatung, sondern arbeitet eher in struktureller Hinsicht.[273]

2.2.2. Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderung (EBGB)

Das EBGB ist auf Bundesebene der institutionelle Ansprechpartner für Fragen betreffend die Gleichstellung von Menschen mit Behinderung. Der Auftrag des EBGB besteht in der „Förderung der Gleichstellung und Beseitigung von Benachteiligungen“. Neben der Information der Öffentlichkeit und des Bundespersonals berät das EBG auch Privatpersonen, Vereine und Behörden und schlägt Massnahmen zur Beseitigung von Hürden für Menschen mit Behinderungen vor.[274]

Zudem bestehen auf kantonaler Ebene Anlaufstellen zum Thema Behinderung.[275]

2.2.3. Institutionen im Bereich Familie und Kinder

Die Eidgenössische Koordinationskommission für Familienfragen (EKFF) ist eine vom Bundesrat eingesetzte ausserparlamentarische Kommission in Familienfragen. Sie hat namentlich den Auftrag, die Öffentlichkeit sowie die zuständigen Institutionen betreffend die familialen Lebensbedingungen in der Schweiz zu informieren, nimmt die Koordination für den fachlichen Austausch der relevanten Akteure in diesem Bereich wahr, betreibt Forschung und befasst sich mit der Umsetzung familienpolitischer Massnahmen und Vorlagen.[276]

Die Eidgenössische Kommission für Kinder- und Jugendfragen (EKKJ) ist eine vom Bundesrat eingesetzte ausserparlamentarische Kommission mit dem Auftrag, die Entwicklung des Verhält-

---

271 Die Gleichstellungsstellen der Städte Zürich und Genf sind seit 2013 auch zuständig für die Behandlung von LGBT Anliegen, siehe https://www.stadt-zuerich.ch/prd/de/index/ueber_das_departement/medien/medienmitteilungen/2013/maerz/130321a.html (besucht am 16.07.2015) sowie http://www.ville-geneve.ch/themes/vie-privee-egalite-citoyennete/egalite-diversite/orientation-sexuelle-identite-genre/ (besucht am 16.07.2015).

272 Siehe http://www.equality.ch/d/skg.htm (besucht am 16.07.2015).

273 Telefonische Auskunft vom 04.10.2013 von Karin Lempen, Juristin beim EBG.

274 Siehe die Angaben auf der Webseite des EBGB, abrufbar unter http://www.edi.admin.ch/ebgb/00594/00595/ (besucht am 16.07.2015).

275 Siehe die entsprechenden Links auf der Webseite des EBGB, abrufbar unter http://www.edi.admin.ch/ebgb/00611/00772/index.html?lang=de (besucht am 23.07.2015).

276 http://www.ekff.admin.ch/content.php?ekff-1-5 (besucht am 16.07.2015).

nisses von Kindern und Jugendlichen zur Gesellschaft zu beobachten und zu deuten. Sie berät den Bundesrat und andere Behörden in kinder- oder und jugendrelevanten Themen und bringt Anliegen und Ansprüche von Kindern und Jugendlichen in die relevanten Entscheidprozesse ein.[277]

2.2.4. Rassismus und Migration

Im Bereich Rassismus verfügt die *EKR* über ein breites Mandat und „(…) fördert eine bessere Verständigung zwischen Personen unterschiedlicher Rasse, Hautfarbe, nationaler und ethnischer Herkunft, Religion, bekämpft jegliche Form von direkter und indirekter Rassendiskriminierung und schenkt einer wirksamen Prävention besondere Beachtung".[278] In diesem Zusammenhang erteilt sie Opfern von rassistischen Diskriminierungen auch Rechtsauskünfte, behandelt aber keine Einzelfälle.

Die *FRB* ist dagegen zuständig für die Gestaltung, Unterstützung und Koordination der Prävention von Rassismus und der Förderung der Menschenrechte und agiert im Vergleich zur EKR eher im Hintergrund. Sie erarbeitet und erstellt namentlich Informationsmaterial betreffend die rechtlichen Grundlagen und Mechanismen für Diskriminierungsopfer.

Im Rahmen der seit dem 1. Januar 2014 bestehenden kantonalen Integrationsprogramme (KIP), in welchen sämtliche „Massnahmen der spezifischen Integrationsförderung gebündelt werden", wurden zudem in jedem Kanton Beratungsstellen geschaffen, die sich auch mit der Rassismusbekämpfung befassen.[279]

Die Eidgenössische Kommission für Migrationsfragen EKM ist schliesslich eine vom Bundesrat eingesetzte ausserparlamentarische Kommission, die aus einem Zusammenschluss der früheren Ausländerkommission EKA und der Kommission für Flüchtlingsfragen entstanden ist. Sie hat u.a. die Aufgabe, den Bundesrat und die Verwaltung in Migrationsfragen zu beraten und Berichte, Stellungnahmen und Empfehlungen zu veröffentlichen.[280]

2.3. Ombudsstellen

Eine Ombudsstelle ist „auf die Behandlung individueller Probleme ausgerichtet und verwaltungsunabhängig. Zudem steht eine Ombudsstellen insbesondere auch sozial benachteiligten Personen offen, da sie niederschwellig[281] und kostenlos arbeitet".[282] Auf *Bundesebene* gibt es in der Schweiz keine Ombudsstelle, die sich mit Problemen genereller Art befasst, obschon es ver-

277 http://www.ekkj.admin.ch/content.php?ekkj-1-6-tbl_1_19 (besucht am 16.07.2015).

278 Siehe die Angaben auf der Webseite der EKR, abrufbar unter http://www.ekr.admin.ch/orgde/d416.html (besucht am 03.07.2015).

279 Siehe die Angaben auf der Webseite des Staatssekretariates für Migration SEM, abrufbar unter https://www.bfm.admin.ch/bfm/de/home/themen/integration/foerderung/spezifisch/kip.html (besucht am 06.07.2015).

280 https://www.ekm.admin.ch/ekm/de/home/ueber-uns/mandat.html (besucht am 16.07.2015).

281 Es genügt ein Telefonanruf, um einen Termin zu vereinbaren. Formalitäten wie die Einreichung eines Gesuchs oder eine sonstige schriftliche Eingabe und diesbezügliche Kenntnisse sind jedoch nicht erforderlich.

282 Transparency International Schweiz (TI Schweiz), „National Integrity System (NIS) Bericht", S. 173, abrufbar unter http://www.transparency.ch/de/PDF_files/Divers/NIS_Schweiz_DEF.pdf (besucht am 16.07.2015).

schiedene gesetzliche Vorstösse gab, um eine solche zu schaffen.[283] Auf *kantonaler und kommunaler Ebene* bestehen die folgenden Ombudsstellen:

– Kantone: Basel-Landschaft, Basel-Stadt, Waadt, Zug und Zürich.
– Kommunen: Bern, Rapperswil-Jona, St. Gallen, Winterthur und Zürich.

Die Aufgaben und Zuständigkeiten der erwähnten Ombudsstellen sind unterschiedlich, gewisse Gemeinsamkeiten bestehen jedoch darin, dass unter einem Ombudsman „eine Vertrauensperson verstanden [wird], die Beschwerden aus der Bevölkerung gegen Dienststellen der öffentlichen Verwaltung untersucht [und] Anliegen und Beschwerden der Vorsprechenden persönlich an[hört] und untersucht (…). Zudem sucht er als Vermittler nach einer möglichst fairen, einvernehmlichen Lösung. Sachlich zuständig ist der Ombudsman grundsätzlich für die Untersuchung aller Probleme und Anliegen, die zwischen Bevölkerung und öffentlicher oder staatlicher Verwaltung auftreten".[284]

Der Gang zu einer Ombudsstelle kann für von Diskriminierung betroffene Personen eine gute (erste) Anlaufstelle sein, um sich von einer unabhängigen, kompetenten Person über ihre Rechte zu informieren. Der niederschwellige Zugang und die Kostenlosigkeit stellen einen grossen Vorteil dieser Institution dar und können den Zugang zur Justiz faktisch erleichtern. Da in der Schweiz nur wenige Ombudsstellen existieren, besteht in diesem Bereich ein beträchtliches Entwicklungspotenzial.

2.4. Opferhilfe-Beratungsstellen

In der Schweiz gibt es ein Netz an Opferhilfe-Beratungsstellen, die Personen, welche durch eine Straftat in ihrer körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden sind, unentgeltliche persönliche Beratungsgespräche anbieten. Die Beratung kann telefonisch oder im Rahmen einer persönlichen Beratung in der Beratungsstelle in Anspruch genommen werden. Es handelt sich somit um ein sehr niederschwelliges, für jedermann zugängliches Angebot.[285]

2.5. Aussergerichtliche Streitbeilegungsmöglichkeiten

2.5.1. Zivilprozessrecht

A. Schlichtungsversuch

Vor dem ordentlichen Gerichtsverfahren ist gemäss Art. 197 ZPO grundsätzlich obligatorisch ein Schlichtungsversuch durchzuführen. Die Ausnahmen von diesem Prinzip sind in Art. 198 ZPO abschliessend erwähnt.[286] Mit dem Schlichtungsversuch sollen die Gerichte entlastet und die

---

283 Ibid., S. 174 f.

284 Ibid., S. 177 f. Zudem bestehen in der Schweiz „zahlreiche weitere Ombudsstellen, die sich mit Beschwerden in Bezug auf Missstände in einer bestimmten Branche befassen, ibid., S. 179.

285 Siehe die Angaben auf der Webseite der Opferhilfe Schweiz mit Links zu den Opferhilfe-Beratungsstellen, http://www.sodk.ch/fachbereiche/familien-und-gesellschaft/opferhilfe/wwwopferhilfe-schweizch/ (besucht am 05.07.2015).

286 Gemäss Art. 198 ZPO entfällt das Schlichtungsverfahren im summarischen Verfahren (lit. a), bei Klagen über den Personenstand (lit. b), im Scheidungsverfahren (lit. c), im Verfahren zur Auflösung der eingetragenen Partnerschaft (lit. d) und bei verschiedenen Klagen aus dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Kon-

Selbstverantwortung der Parteien gestärkt werden.[287] Zudem soll das Verfahren rasch, nämlich innert zwei Monaten seit Eingang des Gesuchs oder nach Abschluss des Schriftenwechsels (Art. 203 Abs. 1 ZPO) durchgeführt werden. Der praktische Nutzen für den Kläger besteht darin, dass bei der Klageeinleitung lediglich die Gegenpartei, das Rechtsbegehren und der Streitgegenstand zu bezeichnen sind (Art. 202 Abs. 2 ZPO). Im ordentlichen Gerichtsverfahren sind die Anforderungen an eine Klage dagegen wesentlich aufwändiger (Art. 220 ff. ZPO, insb. Art. 221 ZPO). Wichtig ist sodann, dass „die Klage mit dem Schlichtungsgesuch rechtshängig (Art. 63) [wird] und (…) eine Verjährungsunterbrechung (Art. 135 OR) [bewirkt]. Bereits aus diesem Grund kann es für den Kläger sinnvoll sein, „die Klage über die Schlichtungsbehörde einzuleiten".[288] Weiter muss in Streitigkeiten aus Miete und Pacht sowie nach dem GlG die Schlichtungsbehörde paritätisch zusammengesetzt sein (Art. 200 ZPO).[289] In vermögensrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von CHF 2000.- kann die Schlichtungsbehörde entscheiden, sofern die klagende Partei einen entsprechenden Antrag stellt (Art. 212 Abs. 1 ZPO). Die Organisation der Schlichtungsbehörde ist Sache der Kantone, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 3 ZPO).

B. Mediation

Die Mediation ist ein aussergerichtliches Vermittlungsverfahren, das durch eine neutrale und unabhängige Drittperson geführt wird.[290] Laut den Richtlinien des Schweizerischen Anwaltsverbandes werden die Konfliktparteien im Rahmen einer Mediation durch einen „oder mehrere unabhängige und unparteiliche Dritte (Mediatorinnen/Mediatoren) (…) darin unterstützt, ihren Konflikt auf dem Verhandlungsweg eigenverantwortlich und einvernehmlich zu lösen".[291] Eine Mediation ist sowohl im *Schlichtungsverfahren* als auch im *Entscheidverfahren* möglich. Gemäss Art. 213 Abs. 1 ZPO tritt sie an die Stelle des Schlichtungsverfahrens, wenn dies sämtliche Parteien beantragen, wobei der Antrag im Schlichtungsgesuch oder an der Schlichtungsverhandlung zu stellen ist (Abs. 2). Wenn eine Partei der Schlichtungsbehörde das Scheitern der Mediation mitteilt, wird die Klagebewilligung ausgestellt (Abs. 3). Im *Entscheidverfahren* kann das Gericht gemäss Art. 214 Abs. 1 ZPO den Parteien jederzeit eine Mediation empfehlen oder die Parteien können dem Gericht jederzeit gemeinsam eine Mediation beantragen (Abs. 2). Das gerichtliche Verfahren bleibt bis zum Widerruf des Antrages durch eine Partei oder bis zur Mitteilung der Beendigung der Mediation sistiert (Abs. 3). Die Organisation und Durchführung der Mediation ist Sache der Parteien (Art. 215 ZPO) und sie ist von der Schlichtungsbehörde und vom Gericht unabhängig und vertraulich (Art. 216 ZPO).[292]

---

kurs (SchKG; SR 281.1) (lit. e). Gemäss Art. 199 Abs. 2 lit. c ZPO kann zudem die klagende Partei bei Verfahren nach dem GlG einseitig auf das Schlichtungsverfahren verzichten.

287 PETER, Berner Kommentar, N. 4 ff. zu Art. 197 ZPO.

288 Ibid., N. 8.

289 Dem öffentlichen Interesse an Streitigkeiten aus Miete und Pacht und im Bereich GlG wird neben der paritätischen Besetzung dadurch Rechnung getragen, dass die Schlichtungsverhandlung, die ansonsten grundsätzlich nicht öffentlich ist, als öffentlich erklärt werden kann, wenn ein entsprechendes Interesse daran besteht (Art. 203 Abs. 3 ZPO).

290 BBl 2006 7221, 7335.

291 PETER, Berner Kommentar, N. 6 Vorbemerkungen zu Art. 213-218.

292 Zur Genehmigung einer Vereinbarung und den Kosten siehe Art. 217 und 218 ZPO.

C. Schiedsverfahren

„Ein Schiedsgericht ist (…) ein privates von den Parteien gewähltes Gericht“[293] (Art. 361 ZPO) und kann von diesen gewählt werden, wenn es um einen Anspruch geht, über den sie frei verfügen können (Schiedsfähigkeit, Art. 354 ZPO). Im Zusammenhang mit der Diskriminierungsproblematik kommt dem Schiedsverfahren keine grosse Bedeutung zu, weshalb an dieser Stelle nicht weiter darauf eingegangen wird.

2.6. Ordentliches Gerichtsverfahren

Das ordentliche Gerichtsverfahren ist im *Zivilprozessrecht* in Art. 219 ff. ZPO geregelt und wird mit einer Klage eingeleitet (Art. 220 ZPO).[294] Für die Organisation der Gerichte und die Rechtsprechung in Zivilsachen sind die Kantone zuständig, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht (Art. 122 Abs. 2 BV).

Im *Verwaltungsprozessrecht* braucht es zum Führen eines Verwaltungsbeschwerde- oder Verwaltungsjustizverfahrens in der Regel eine Verfügung als Anfechtungsobjekt. Das Klageverfahren ist dagegen die Ausnahme.[295] In der Bundesverwaltungsrechtspflege sind die im VwVG bezeichneten Beschwerdeinstanzen für die Beurteilung einer Beschwerde zuständig (Art. 47 VwVG). In den Kantonen regeln die kantonalen Verfahrensgesetze das Verfahren, die letzte kantonale Instanz muss aber gemäss Art. 86 Abs. 2 Bundesgerichtsgesetz (BGG)[296] grundsätzlich ein Gericht sein.

Im *Strafprozessrecht* wird die Strafverfolgung entweder durch eine Strafanzeige, einen Strafantrag einer verletzten Person oder durch die Strafverfolgungsbehörden selbst eingeleitet.[297] Für die Organisation der Gerichte, die Rechtsprechung in Strafsachen sowie den Straf- und Massnahmenvollzug sind die Kantone zuständig, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht (Art. 123 Abs. 2 BV).

2.7. Zwischenfazit

Die Schweiz verfügt über verschiedene *Institutionen*, die Zugang zum Recht schaffen können oder mittelbar einen Beitrag dazu leisten. Im Bereich der *Gleichstellung von Frau und Mann* sind die wichtigsten Ansprechpartner für Opfer von Diskriminierung die kantonalen und kommunalen Gleichstellungsbüros, da diese Einzelfallberatung anbieten. Problematisch ist dabei allerdings, dass offenbar nur eine Minderheit der dort beschäftigten Personen über juristisches Fachwissen verfügt. Auf Bundesebene ist der zentrale Akteur das EBG, das sich in struktureller Hinsicht für die Förderung der Gleichstellung der Geschlechter in allen Lebenslagen einsetzt. Im Bereich der *Gleichstellung von Menschen mit Behinderung* ist das EBGB der zentrale Akteur auf Bundesebene. Neben Informations- nimmt das EBGB auch Beratungsaufgaben wahr und schlägt Massnahmen zur Verbesserung des status quo vor. Auf kantonaler Ebene gibt es zudem zahlreiche Anlaufstellen zur Behinderungsthematik.

---

293 GIRSBERGER/HABEGGER/MRÁZ/WEBER-STECHER, Basler Kommentar, N. 9 vor Art. 353-399.

294 Vgl. dazu unten, Ziff. III.3.2.

295 Vgl. dazu unten, Ziff. III.3.3

296 Bundesgesetz vom 17.06.2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110).

297 Vgl. dazu unten, Ziff. III.3.4.

In den Bereichen *Familie und Kinder* setzen sich die beiden ausserparlamentarischen Kommissionen EKFF und EKKJ für die Interessen dieser Gruppen ein, sind aber kein direkter Ansprechpartner für Einzelpersonen.

In den Bereichen *Rassismus und Migration* verfügt die EKR über ein breites Mandat und erteilt namentlich Opfern von rassistischen Diskriminierungen Rechtsauskünfte, behandelt aber nicht Einzelfälle. Die FRB ist dagegen zuständig für die Gestaltung, Unterstützung und Koordination der Prävention von Rassismus und der Förderung der Menschenrechte. Sie erarbeitet und erstellt namentlich Informationsmaterial betreffend die rechtlichen Grundlagen und Mechanismen für Diskriminierungsopfer.

Im Bereich *Migration* berät die EMK den Bundesrat und die Verwaltung in Migrationsfragen und veröffentlicht Berichte und dergleichen.

In der Schweiz gibt es keine nationale Ombudsstelle, die sich mit Problemen genereller Art befasst. Auf kantonaler und kommunaler Ebene gibt es dagegen insgesamt 10 solcher Institutionen, nämlich in den Kantonen Basel-Landschaft, Basel-Stadt, Waadt, Zug und Zürich sowie in den Städten Bern, Rapperswil-Jona, St. Gallen, Winterthur und Zürich. Der niederschwellige Zugang und die Kostenlosigkeit stellen einen grossen Vorteil dieser Institutionen dar und können den Zugang zur Justiz faktisch erleichtern. Ombudsstellen stehen zudem insbesondere auch sozial Benachteiligten offen und können formlos kontaktiert werden.

In der Schweiz gibt es verschiedene *aussergerichtliche Streitbeilegungsmöglichkeiten,* wobei der *Schlichtungsversuch* im Zivilrecht die bedeutendste darstellt. Dieser ist grundsätzlich obligatorisch durchzuführen. Die Klageeinleitung ist im Vergleich zum ordentlichen Gerichtsverfahren relativ einfach und bewirkt insbesondere eine Verjährungsunterbrechung. Weitere, im Zusammenhang mit der Diskriminierungsproblematik weniger zentrale aussergerichtliche Streitbeilegungsmöglichkeiten sind die *Mediation*, die sowohl im Schlichtungs- als auch im Entscheidungsverfahren durchgeführt werden kann, sowie das Schiedsverfahren.

Die *ordentlichen Gerichtsverfahren* sind in Zivilsachen in der eidgenössischen Zivilprozessordnung geregelt und werden durch eine Klage eingeleitet. Im *Verwaltungsprozessrecht* braucht es zum Führen eines Verwaltungsbeschwerde- oder Verwaltungsjustizverfahrens in der Regel eine Verfügung als Anfechtungsobjekt, das Klageverfahren ist dagegen die Ausnahme. Im *Strafprozessrecht* erfolgt die Einleitung der Strafverfolgung schliesslich durch eine Strafanzeige, einen Strafantrag einer verletzten Person oder durch die Strafverfolgungsbehörden selbst und richtet sich nach den Regeln der eidgenössischen Strafprozessordnung.

3. Analyse der Verfahrensvorschriften im Zivil-, Verwaltungs- und Strafprozessrecht

3.1. Die wichtigsten Erkenntnisse der EU-Studie

In der EU-Studie wurden verschiedene für die Diskriminierungsproblematik zentrale Verfahrensgarantien der an der Studie teilnehmenden Staaten untersucht und einer Bewertung unterzogen. In den nun folgenden Ausführungen werden zunächst die wichtigsten diesbezüglichen Erkenntnisse der EU-Studie festgehalten.[298] Die Struktur und die Bedeutung der verschiedenen Verfahrensgarantien dienen für die Analyse der Verfahrensvorschriften in der Schweiz (siehe unten, Ziff. III.3.2 - 3.4) als Standard und Vergleichsmassstab.

[298] Siehe für die nachfolgenden Ausführungen EU-Studie, S. vi ff.

3.1.1. Klagebefugnis

Die Voraussetzungen für die Klagebefugnis sind in den verschiedenen Staaten unterschiedlich. Die Rechtsfähigkeit und ein rechtliches Interesse sind jedoch im Allgemeinen für die Klagebefugnis erforderlich.

3.1.2. Selbstständige Klage- und -beschwerderechte von Verbänden, Organisationen und juristischen Personen

Klage- und -beschwerdemöglichkeiten von Verbänden zur Unterstützung der von Diskriminierung betroffenen Personen sind geeignet, den Zugang zur Justiz faktisch erheblich zu erhöhen. Auch wenn Opfer um ihre Klagerechte wissen, können verschiedene Hürden (z.B. Befürchtung von Konsequenzen im privaten oder beruflichen Umfeld oder die erwarteten Kosten) sie von der selbstständigen Geltendmachung ihrer Rechte abhalten. Selbstständige Klage- und Beschwerderechte von Verbänden, Organisationen und juristischen Personen sind eine effiziente Möglichkeit, die Durchsetzung der Rechte der Individuen zu gewährleisten, die in den EU-Richtlinien verbrieft sind. Die meisten Staaten sehen Klage- und -beschwerderechte von Vereinen oder Organisationen vor, die im Territorium tätig sind, wo die Streitigkeit entsteht.

3.1.3. Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz

Im Rahmen der Erläuterung der verschiedenen Verfahrensgarantien und ihrer Bedeutung im Zusammenhang mit der Diskriminierungsproblematik äussert sich die EU-Studie zwar nicht explizit zum Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz. Aus den allgemeinen prozessualen Grundsätzen geht jedoch hervor, dass es für von Diskriminierung betroffene Personen wesentliche günstiger ist, wenn in einem solchen Verfahren der Untersuchungsgrundsatz gilt, wonach das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt.[299] Das Gericht ist sodann nicht an „die Beweisanträge und Sachverhaltsdarstellung der Parteien“ gebunden und damit trifft „keine Partei eine subjektive Beweislast (Beweisführungslast), wonach sie den Beweis zu führen hätte“.[300] Im Gegensatz dazu haben bei Geltung des Verhandlungsgrundsatzes die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben (Art. 55 Abs. 1 ZPO).

Im Zivilrechtsprozessrecht gilt in der Schweiz grundsätzlich die Verhandlungs- und nur ausnahmsweise der Untersuchungsgrundsatz sowie darüber hinaus im Bereich des sogenannten „sozialen Privatrechts“ der abgeschwächte Untersuchungsgrundsatz,[301] im Verwaltungs- und im Strafprozessrecht dagegen der Untersuchungsgrundsatz[302].

3.1.4. Beweislastverteilung

Die Beweislastumkehr ist gemäss der EU-Studie „eine wesentliche Errungenschaft in der Unterstützung von Opfern von Diskriminierung“ und „das entscheidende Merkmal, das Diskriminie-

---

299 GASSER/RICKLI, N. 11 zu Art. 55 ZPO.

300 KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N. 142.

301 Siehe dazu unten, Ziff. III.3.2.1.C.

302 Siehe dazu unten, Ziff. III.3.3.2.F. und Ziff. 3.4.4

rungsfälle von anderen unterscheidet".[303] Sobald eine von Diskriminierung betroffene Person glaubhaft machen kann, dass in einem konkreten Fall eine Diskriminierung vorliegt (sog. Anscheinsbeweis), verlagert sich die Beweislast zu Lasten des Beklagten, der beweisen muss, dass keine Diskriminierung geschehen ist.[304]

3.1.5. Verfahrenskosten

Gemäss der EU-Studie sind die Verfahrenskosten ein entscheidender Hinderungsgrund für von Diskriminierung betroffene Personen, ihre Rechte geltend zu machen. Die Verfahrenskosten sind i.d.R. abhängig von der Höhe des Streitwerts, wobei in vielen Staaten Ausnahmen von diesem Grundsatz vorgesehen sind, etwa im Bereich Beschäftigung, wo das Verfahren in einigen Staaten kostenlos ist. Einige Staaten sehen zudem speziell in Diskriminierungsfällen Ausnahmen vor oder die Verfahrenskosten sind abhängig vom Einkommen der klagenden Partei.

3.1.6. Kosten der Prozessvertretung und Zugang zur Prozesskostenhilfe

Die Kosten der Prozessvertretung stellen gemäss der EU-Studie für die Betroffenen einen noch grösseren Hinderungsgrund dar als die Verfahrenskosten, um ihre Rechte geltend zu machen. Eine nicht anwaltlich vertretene Person hat allerdings eine geringere Chance, vor Gericht eine angemessene Wiedergutmachung zugesprochen zu erhalten. Hohe Kosten im Zusammenhang mit der Prozessvertretung führen dazu, dass von Diskriminierung betroffene Personen Verfahren schneller beilegen, eine geringere Schadenersatzsumme annehmen und erstinstanzliche Urteile nur zurückhaltend anfechten. Problematisch ist zudem das in fast allen Staaten geltende „loser pays principle", wonach die im Verfahren unterliegende Partei alle im Verfahren anfallenden Kosten, inkl. die Kosten der Prozessvertretung der anderen Partei, bezahlen muss. Andererseits kann diese Regel in Fällen mit guten Erfolgsaussichten für Diskriminierungsopfer auch einen Anreiz darstellen, ein Verfahren einzuleiten.

Die nur begrenzte Möglichkeit, in den Genuss einer Prozesskostenhilfe zu kommen, ist laut EU-Studie ein weiterer Grund für von Diskriminierung betroffene Personen, ihre Rechte nicht gerichtlich durchzusetzen. Nur ein kleiner Teil der Bevölkerung kann von der Prozesskostenhilfe profitieren und für aussergerichtliche Verfahren steht sie i.d.R. nicht zur Verfügung. Ein weiteres Problem ist die Unkenntnis der Bevölkerung betreffend die ihr zustehenden Rechte.

3.1.7. Fristen zur Einleitung eines Verfahrens

In Diskriminierungsverfahren sollten Fristen zur Einleitung eines Verfahrens nicht ungünstiger sein als Fristen zur Einleitung ähnlicher Verfahren. Insbesondere dürfen sie die Ausübung der Rechte der von Diskriminierung betroffenen Personen faktisch nicht verunmöglichen, denn mitunter benötigen Diskriminierungsopfer einige Zeit, um sich der Diskriminierung bewusst zu werden und sich dazu zu entschliessen, gerichtlich dagegen vorzugehen.

---

303 EU-Studie, S. vi.

304 In der Praxis ist es jedoch oft nicht einfach, den Anscheinsbeweis vom Beweis der Diskriminierung an sich zu unterscheiden und oft werden diese beiden Verfahrensschritte zusammen genommen. Richtern und anderen juristischen Fachpersonen mangelt es zudem an Kenntnissen betreffend das Bestehen und die Anwendung der Beweislastumkehr. EU-Studie, S. vi f.

3.1.8. Verfahrensdauer

Die überlange Verfahrensdauer in vielen Staaten wurde in der EU-Studie als weiteres Hindernis für den Zugang zur Justiz festgestellt, und einige Staaten wurden in diesem Zusammenhang bereits mehrfach vom EGMR verurteilt. Die meisten Staaten verfügen über keine gesetzlichen Vorschriften, in welchem Zeitraum über einen Fall zu entscheiden ist, was de facto zu sehr langen Verfahren führt. Wo derartige Fristen existieren, werden diese gemäss Aussagen von Interessenvertretern in der Praxis oft aufgrund der grossen Arbeitsbelastung und/oder knapper finanzieller Ressourcen nicht eingehalten.

3.1.9. Wirksame, verhältnismässige und generalpräventive Rechtsbehelfe (Sanktionen)

Die Antidiskriminierungsrichtlinien der EU verlangen, dass die Sanktionen, die für die Verletzung der nationalen Umsetzungsregeln vorgesehen sind, wirksam, verhältnismässig und abschreckend sind. Im Zivilrecht kann als Sanktion eine Entschuldigung oder Schadenersatz für den aus der diskriminierenden Handlung folgenden materiellen oder moralischen Schaden vorgesehen sein. Zentral ist in diesem Zusammenhang, dass keine Entschädigungsobergrenze besteht, da eine solche die Wirksamkeit des Rechtsbehelfes in Frage stellen kann. Im Strafrecht sind die typischen Sanktionen Freiheits- oder Geldstrafen. Im Verwaltungsrecht können die Sanktionen in der Aufhebung des in Frage stehenden diskriminierenden Verwaltungsaktes oder in der Verhängung von Geldbussen bestehen. Die in der EU-Studie analysierten Sanktionen haben die Kriterien der wirksamen, verhältnismässigen und generalpräventiven Rechtsbehelfe mehrheitlich erfüllt.

3.2. Verfahrensvorschriften im Zivilrecht

Nachfolgend werden die im Zusammenhang mit Diskriminierungen zentralen Verfahrensvorschriften des schweizerischen Zivilrechts festgehalten und analysiert. Das Verfahren für streitige Zivilsachen vor kantonalen Instanzen wird durch die Schweizerische Zivilprozessordnung[305] geregelt (Art. 1 lit. a ZPO). Sofern keine speziellen verfahrensrechtlichen Vorschriften – wie etwa im Arbeits- und Mietrecht, im GlG oder im BehiG – bestehen, kommen die in der ZPO festgehaltenen Grundsätze zur Anwendung. Wie bereits oben in Ziff. III.2.6 erläutert, ist die Organisation der Gerichte und der Schlichtungsbehörden Sache der Kantone, soweit das Bundesrecht nichts Anderweitiges bestimmt (Art. 3 ZPO). Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf die im Zivilrecht für Diskriminierungsfragen zentralsten Bereiche, nämlich auf das Arbeits- und Mietrecht sowie das Gleichstellungs- und das Behindertengleichstellungsgesetz.[306]

[305] Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO; SR 272).

[306] Zur Diskriminierung im Freizeitverhalten gibt es in verfahrensrechtlicher Hinsicht keine spezialgesetzlichen Regelungen, die über die erwähnten Gesetze hinaus analysiert werden müssten. Diesbezüglich wird insbesondere auf die Ausführungen zur ZPO verwiesen.

3.2.1. Arbeits- und Mietrecht

A. Klagebefugnis

Im OR gibt es keine speziellen Regeln betreffend die Klagebefugnis, somit kommen im Arbeits- und Mietrecht die allgemeinen Regeln der ZPO zur Anwendung. Gemäss Art. 59 Abs. 1 ZPO tritt das Gericht „auf eine Klage oder ein Gesuch ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind". Diese sind in Abs. 2 dieser Bestimmung geregelt, wobei die wesentlichen persönlichen Voraussetzungen für die Anhebung einer Klage oder eines Gesuchs das Vorhandensein eines schutzwürdigen Interesses (lit. a) und die Partei- und Prozessfähigkeit (lit. c) sind. Gemäss Art. 66 ZPO ist parteifähig wer rechtsfähig ist[307] oder von Bundesrechts wegen als Partei auftreten kann[308]. Art. 67 Abs. 1 ZPO bestimmt, dass prozessfähig ist, wer handlungsfähig ist, wobei für eine handlungsunfähige Person ihre gesetzliche Vertretung handelt (Abs. 2).[309] Die Prozessvoraussetzungen werden vom Gericht von Amtes wegen geprüft (Art. 60 ZPO).[310] Damit entsprechen die Bestimmungen der ZPO den Anforderungen an die Klagebefugnis, wie sie in der EU-Studie festgehalten sind.[311]

B. Selbstständiges Klagerecht von Verbänden, Organisationen und Juristischen Personen

Mangels spezialgesetzlicher verfahrensrechtlicher Bestimmungen im Arbeits- und Mietrecht kommen auch hier die allgemeinen Regeln der ZPO zur Anwendung. Gemäss Art. 89 Abs. 1 ZPO können „Vereine und andere Organisationen von gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung, die nach ihren Statuten zur Wahrung der Interessen bestimmter Personengruppen befugt sind, (…) in eigenem Namen auf Verletzung der Persönlichkeit der Angehörigen dieser Personengruppen klagen". Die Verbandsklage ist allerdings „auf das Gebiet des Persönlichkeitsrechts beschränkt (…) und hätte demnach auch im ZGB untergebracht werden können".[312] Mit ihr kann eine Persönlichkeitsverletzung verboten, beseitigt oder festgestellt werden (Abs. 2). Besondere gesetzliche Bestimmungen – wie etwa die Klageberechtigung von Berufs- und Wirtschaftsverbänden und Konsumentenschutzorganisationen gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. a und b UWG[313] oder das Verbandsklagerecht gemäss Art. 7 Abs. 1 GlG – bleiben vorbehalten (Abs. 3). Die schweizerischen Vorschriften scheinen damit den in der EU-Studie festgehaltenen Standards zu entsprechen.

---

307 „Die Parteifähigkeit entspricht der materiellrechtlichen Rechtsfähigkeit" (für natürliche Personen Art. 11 ZGB, für juristische Personen Art. 53 ZGB), GASSER/RICKLI, N. 1 zu Art. 67 ZPO.

308 Das Bundesrecht kann aus Zweckmässigkeitsgründen auch Gebilden die Rechtsfähigkeit zuerkennen, die – wie z.B. die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer oder die Kollektivgesellschaft – an sich nicht rechtsfähig sind, ibid., N. 2 zu Art. 67 ZPO.

309 Die Prozessfähigkeit entspricht also der Handlungsfähigkeit im materiellen Recht (natürliche Personen Art. 12 ff. ZGB, juristische Personen Art. 54 f. ZGB), ibid., N. 1 zu Art. 68 ZPO.

310 Gemäss Art. 59 Abs. 2 ZPO sind die Prozessvoraussetzungen insbesondere das schutzwürdige Interesse der klagenden oder gesuchstellenden Partei (lit. a), die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Gerichts (lit. b.), die Partei- und Prozessfähigkeit der Parteien (lit. c), keine anderweitige Rechtshängigkeit derselben Sache (lit. d), kein rechtskräftiger Entscheid in derselben Sache (lit. e) und die Leistung des Vorschusses und der Sicherheit für die Prozesskosten (lit. f).

311 Erfordernisse der Rechtsfähigkeit und des rechtlichen Interesses, siehe oben Ziff. 3.1.1.

312 GASSER/RICKLI, N. 3 zu Art. 89 ZPO.

313 Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG; SR 241).

C. Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz

Im Zivilprozessrecht gilt grundsätzlich der Verhandlungsgrundsatz: Die Parteien haben dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Das Gericht ist somit an die Vorbringen der Parteien und an die Beweisanträge gebunden, und was von den Parteien nicht vorgetragen wird, ist für das Urteil unerheblich.[314] Das Gesetz kann jedoch Ausnahmen von diesem Grundsatz vorsehen (Art. 55 Abs. 2 ZPO).

In bestimmten Angelegenheiten des „sozialen Privatrechts" hat das Gericht den Sachverhalt jedoch von Amtes wegen abzuklären. Dieser so genannte „abgeschwächte Untersuchungsgrundsatz" ist einerseits anwendbar bei den besonders sensiblen Materien des sozialen Privatrechts (Art. 247 Abs. 2 lit. a i.V.m. 243 Abs. 2 ZPO). Darunter fallen unabhängig vom Streitwert namentlich Streitigkeiten nach dem GIG (Art. 243 Abs. 2 lit. a ZPO) und missbräuchliche Kündigungen im Mietrecht (Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO). Darüber hinaus gilt der abgeschwächte Untersuchungsgrundsatz zudem in den übrigen Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie aus landwirtschaftlicher Pacht und in den übrigen arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, „sofern der Streitwert CHF 30'000.- nicht übersteigt" (Art. 247 Abs. 2 lit. b ZPO).[315]

Der abgeschwächte Untersuchungsgrundsatz hat im Wesentlichen zur Folge, dass „das Gericht eine (Mit-) Verantwortung für die Erstellung des Sachverhaltes [trägt], und dass es insbesondere „nicht an die Parteianträge gebunden ist (Art. 153 Abs. 1 ZPO)". Falls Anhaltspunkte dafür bestehen, dass „Behauptungen und Beweisofferten der Parteien unvollständig sind, ist das Gericht verpflichtet, auf deren Ergänzungen hinzuwirken".[316] Auch im Geltungsbereich des abgeschwächten Untersuchungsgrundsatzes bleibt der Verhandlungsgrundsatz grundsätzlich anwendbar. Der Untersuchungsgrundsatz dient im Zivilprozess in erster Linie zur „Behebung von Unklarheiten, Unvollständigkeiten und Unstimmigkeiten".[317] Er entbindet jedoch etwa nicht von der Leistung von Kostenvorschüssen für Beweisanträge (Art. 102 ZPO) und ändert auch nichts an der Beweislast im Sinne von Art. 8 ZGB. In welchem Ausmass richterliche „Hilfe" zu erwarten ist, hängt vom Einzelfall sowie „von den Erfahrungen und den Kenntnissen der Parteien ab und davon, ob sie anwaltlich vertreten werden". Jedenfalls greift der Grundsatz „nur, soweit dies zum Ausgleich eines Machtgefälles zwischen den Parteien (…) oder bei ungleichem Know-How (…) geboten erscheint".[318] Ob mit dieser Regelung die in der EU-Studie erwähnten Standards, wonach bei der Beurteilung von Diskriminierungsfällen grundsätzlich der Untersuchungsgrundsatz gelten sollte, ist schwierig zu beurteilen. Dies wird v.a. davon abhängen, wie der soziale Untersuchungsgrundsatz in der Praxis tatsächlich gehandhabt wird.

D. Beweislastverteilung

Im Arbeits- und Mietrecht gelten die allgemeinen Beweisregeln des Schweizerischen Zivilrechts, wonach derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, der aus ihr Rechte ableitet (Art. 8 ZGB). Die Beweislastregeln sind in Art. 150 ff. ZPO festgehalten. Gemäss Art. 153 Abs. 1 erhebt das Gericht Beweis „von Amtes wegen, wenn der Sachverhalt von Amtes

---

314 GASSER/RICKLI, N. 2 zu Art. 55 ZPO.

315 KILLIAS, Berner Kommentar zu Art. 247 ZPO, N. 18.

316 Ibid., N. 31.

317 Ibid.

318 Ibid., N. 33.

wegen festzustellen ist“, d.h. grundsätzlich gilt der Verhandlungsgrundsatz (Art. 153 Abs. 1 ZPO e contrario).[319] Das Fehlen einer Verfahrenserleichterung beim Beweis einer Diskriminierung – etwa in Form der blossen Glaubhaftmachung – stellt für im Arbeits- und Mietrecht von Diskriminierung betroffene Personen eine grosse prozessuale Hürde beim Zugang zur Justiz dar und vermag den in der EU-Studie erwähnten Standard, die in Diskriminierungsfällen eine Beweislastumkehr für Diskriminierungsopfer für zielführend erachtet, im Arbeits- und Mietrecht nicht zu genügen.

E. Verfahrenskosten

Gemäss Art. 113 ZPO werden in Streitigkeiten, in welchen ein Schlichtungsverfahren vorgesehen ist, keine Gerichtskosten gesprochen.[320] Dies betrifft u.a. Streitigkeiten aus Miete und Pacht sowie solche aus Arbeitsverhältnissen bis zu einem Streitwert von CHF 30‘000.-.[321] In Entscheidverfahren bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis sowie nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz werden bis zu einem Streitwert von CHF 30‘000.- ebenfalls keine Gerichtskosten gesprochen (Art. 114 lit. c ZPO), in Streitigkeiten aus Miete und Pacht dagegen schon. Dass die Parteien in miet- und pachtrechtlichen Streitigkeiten im Entscheidverfahren bis zu einem Streitwert von CHF 30‘000.- nicht von der Bezahlung der Gerichtskosten entbunden sind, vermag aus Sicht des Diskriminierungsschutzes und im Lichte der Ausführungen der EU-Studie nicht zu überzeugen.

F. Kosten der Prozessvertretung und Zugang zur Prozesskostenhilfe

Mangels spezialgesetzlicher verfahrensrechtlicher Bestimmungen im Arbeits- und im Mietrecht kommen auch hier die allgemeinen Regeln der ZPO zur Anwendung. Gemäss ZPO müssen die Anwaltskosten grundsätzlich von jeder Partei selbst getragen werden. Zudem hat die unterliegende Partei die Anwaltskosten der anderen Partei zu übernehmen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Im Schlichtungsverfahren, das in Streitigkeiten aus Miete und Pacht sowie solchen aus Arbeitsverhältnissen bis zu einem Streitwert von CHF 30‘000.- anwendbar ist[322], werden jedoch keine Parteientschädigungen, d.h. Kosten für eine berufsmässige Vertretung[323], gesprochen (Art. 113 Abs. 1 ZPO).[324]

Der Zugang zur unentgeltlichen Rechtspflege ist in Art. 117 ff. ZPO geregelt. Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b).

Die Bestimmungen zu den Kosten der Prozessvertretung und zum Zugang zur Prozesskostenhilfe entsprechen der Regelung in den meisten der im Rahmen der EU-Studie analysierten Staaten.

---

319 Laut Art. 153 Abs. 2 ZPO kann das Gericht von Amtes wegen Beweis erheben, wenn an der Richtigkeit einer nicht streitigen Tatsache erhebliche Zweifel bestehen.

320 Zum Begriff der Gerichtskosten siehe Art. 95 Abs. 2 ZPO.

321 Art. 113 Abs. 2 lit. c und d ZPO.

322 Vgl. oben, Ziff. III.3.2.1.E.

323 Für die Definition des Begriffs „Parteientschädigung“ siehe Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO.

324 Gemäss dem zweiten Satz von Art. 113 Abs. 1 ZPO (…) bleibt die Entschädigung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin oder eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes durch den Kanton [vorbehalten]“. Eine weitere Ausnahme gilt zudem in jenen Fällen, in denen „die Schlichtungsbehörde über ihre Schlichtungstätigkeit hinausgeht und einen Urteilsvorschlag (…) oder einen Entscheid (…) trifft“. Dann gelten „die üblichen Kosten- und Verteilungsregeln (…)“. Gasser/Rickli, N. zu Art. 113 ZPO. Der Umfang der unentgeltlichen Rechtspflege ist in Art. 118 ZPO geregelt.

G. Frist zur Anhebung eines Verfahrens

In der ZPO gibt es keine spezielle Norm betreffend Fristen für die Anhebung eines Verfahrens. Wichtig ist in diesem Zusammenhang die Einhaltung der relativen und absoluten Verjährungsfristen gemäss den einschlägigen materiell-rechtlichen Bestimmungen, ansonsten wird die Gegenpartei im Rahmen eines Verfahrens die Verjährungseinrede geltend machen.

Eine wichtige Frist betreffend die Anhebung eines Verfahrens ist allerdings im Arbeitsrecht festgehalten: Gemäss Art. 336b OR muss gegen die Kündigung längstens bis zum Ende der Kündigungsfrist beim Kündigenden schriftlich Einsprache erhoben werden, wenn eine missbräuchliche Kündigung im Sinne von Art. 336 und 336a OR geltend gemacht werden will. Im Mietrecht ist in Art. 273 Abs. 1 OR eine ähnliche Bestimmung festgehalten: Wenn eine Partei eine missbräuchliche Kündigung anfechten will, so muss sie das Begehren innert 30 Tagen nach Empfang der Kündigung der Schlichtungsbehörde einreichen. Dies kann aus Sicht von Diskriminierungsopfern, die nach einem Vorfall u.U. eine Weile brauchen um zu realisieren, dass sie in einem rechtlichen Sinn diskriminiert worden und entsprechende Fristen zur Einforderung ihrer Rechte wahrzunehmen haben, problematisch sein.[325]

Das generelle Fehlen einer Frist zur Anhebung von Verfahren scheint – abgesehen von den Ausführungen zu den Fristen beim Vorgehen gegen missbräuchliche Kündigungen – im Lichte der Standards der EU-Studie unproblematisch zu sein.

H. Verfahrensdauer

Wie in den meisten Ländern der EU gibt es auch in der Schweiz im Allgemeinen und in Bezug auf die Verfahren, die typischerweise im Zusammenhang mit Diskriminierung angestrebt werden,[326] keine klaren Bestimmungen betreffend die Dauer eines Gerichtsverfahrens.[327] Eine Ausnahme stellt die Regelung im Schlichtungsverfahren dar, wonach gemäss Art. 203 Abs. 1 ZPO die Verhandlung innert zwei Monaten seit Eingang des Gesuchs oder nach Abschluss des Schriftenwechsels stattzufinden hat. Gewisse Leitlinien für die Dauer eines Verfahrens können aus dem Recht auf die Beurteilung eines Verfahrens vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen innert angemessener Frist und aus dem Verbot der Rechtsverzögerung abgeleitet werden (Art. 29 Abs. 1 BV). „Zur Garantie eines gerechten Verfahrens (…) zählen der ausdrückliche Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist und das Verbot der Rechtsverzögerung“, der für „sämtliche Rechtsbereiche und alle Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsbehörden aus Art. 29 Abs. 1 [BV] (…) sowie für zivilrechtliche Streitigkeiten und Strafverfahren aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK und für Strafverfahren aus Art. 14 Ziff. 3 lit. c UNO-Pakt II“.[328]

---

[325] Diese Fristen sind zwingend einzuhalten, ansonsten ist „der Anspruch auf eine Pönalentschädigung verwirkt“. Die Einhaltung dieser Frist verunmöglicht nach PÄRLI „einen wirksamen Rechtsschutz bei diskriminierenden Kündigungen.“ PÄRLI [Missbräuchliche Kündigung], S. 40 f. Wenn die Einsprache gültig erfolgt ist und sich die Parteien nicht über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses einigen, so kann die Partei, der gekündigt worden ist, ihren Anspruch auf Entschädigung geltend machen. Wird nicht innert 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Klage anhängig gemacht, ist der Anspruch verwirkt (Art. 336b Abs. 2 OR).

[326] Also etwa Streitigkeiten aus dem Arbeits- oder Mietrecht, nach dem GlG oder gemäss dem BehiG, wie sie hier in Ziff. 3 behandelt werden.

[327] Eine Ausnahme stellt etwa das SchKG dar, wo einige derartige Fristen bestehen, siehe etwa Art. 20 SchKG, wonach bei der Wechselbetreibung die Frist der Behörde zur Beurteilung einer Beschwerde fünf Tage beträgt.

[328] STEINMANN, St. Galler Kommentar zu Art. 29 BV, N. 22.

Damit verfügt auch die Schweiz wie die meisten im Rahmen der EU-Studie analysierten Staaten ausser im Schlichtungsverfahren über keine expliziten Regeln betreffend die Dauer von Gerichtsverfahren. Ob dies problematisch ist, wird in den Teilstudien 2-6 und 8 untersucht.

I. Wirksame, verhältnismässige und generalpräventive Rechtsbehelfe (Sanktionen)

Im Arbeitsrecht beträgt die Entschädigung für eine missbräuchliche Kündigung gemäss Art. 336a Abs. 1 und 2 OR maximal sechs Monatslöhne. Damit gibt es erstens eine Entschädigungsobergrenze, was gemäss der EU-Studie nicht zielführend ist für einen wirksamen Rechtsbehelf. Und zweitens ist die Berechnung dieser Entschädigung von der Höhe des Lohns der Arbeitsnehmerin oder des Arbeitnehmers abhängig, was faktisch zumindest bei geringen Einkommen zu Entschädigungssummen führt, die keine abschreckende Wirkung haben.[329] Dazu kommt, dass die Gerichte offenbar dazu neigen, „regelmässig lediglich Entschädigungen von zwei bis drei Monatslöhnen auszurichten".[330]

3.2.2. Gleichstellungsgesetz

A. Klagebefugnis

Im GIG gibt es keine spezielle Bestimmung betreffend die Klagebefugnis, d.h. es kommen die allgemeinen Regeln gemäss ZPO zur Anwendung.[331]

B. Selbstständiges Klagerecht von Verbänden, Organisationen und juristischen Personen

Gemäss Art. 7 Abs. 1 GIG besteht bei Streitigkeiten nach GIG ein spezielles Verbandsklage- bzw. -beschwerderecht im Sinne von Art. 89 Abs. 2 ZPO: Die betreffenden Organisationen müssen nach ihren Statuten die Gleichstellung von Frau und Mann fördern oder die Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wahren und seit mindestens zwei Jahren bestehen. Dies vorausgesetzt können sie in eigenem Namen feststellen lassen, dass eine Diskriminierung vorliegt, wenn der Ausgang des Verfahrens sich voraussichtlich auf eine grössere Zahl von Arbeitsverhältnissen auswirken kann.[332]

C. Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz

Bei Verfahren nach GIG gilt der soziale Untersuchungsgrundsatz, d.h. das Gericht muss den Sachverhalt von Amtes wegen feststellen und ist nicht an die von den Parteien gestellten Beweisanträge gebunden.[333] Diese Regelung ist grundsätzlich zu begrüssen, inwiefern sie sich in der Praxis für von Diskriminierung betroffene Personen – im Vergleich zur vollen Geltung des Verhandlungsgrundsatzes (Art. 55 Abs. 1 ZPO) – vorteilhaft auswirkt ist jedoch schwierig zu beurteilen.[334]

---

329 Wenn ein Mitarbeiter bspw. CHF 4'500.- Bruttolohn verdient, so ist die maximale Entschädigungssumme, d.h. sechs Monatslöhne, CHF 27'000.-, was ein Unternehmen i.d.R. problemlos verkraften kann.

330 PÄRLI [Missbräuchliche Kündigung], S. 41.

331 Siehe oben, Ziff. III.3.1.1.

332 Dabei müssen sie der betroffenen Arbeitgeberin oder dem betroffenen Arbeitgeber Gelegenheit zur Stellungnahme geben, bevor sie eine Schlichtungsstelle anrufen oder eine Klage einreichen (letzter Satz von Art. 7 Abs. 1 GIG).

333 Art. 243 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO. Siehe dazu oben, Ziff. III.3.2.1.C.

334 Siehe dazu Teilstudie 2, Kap. X.

D. Beweislastverteilung

Gemäss Art. 6 GIG muss eine von einer Diskriminierung betroffene Person diese nicht beweisen, sondern es reicht aus, wenn sie glaubhaft macht, dass sie diskriminiert worden ist.[335] Der Arbeitgebende hat dann die Möglichkeit zu beweisen, dass keine Diskriminierung stattgefunden hat bzw. dass „die unterschiedliche Behandlung durch sachliche Gründe gerechtfertigt gewesen" ist.[336] Die Beweislasterleichterung gilt laut Art. 6 GIG bezüglich der Aufgabenteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlöhnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung sowie Beförderung und Entlassung, nicht jedoch „für Belästigungen oder Diskriminierungen bei der Anstellung".[337] Die im GlG vorgesehene Beweislasterleichterung ist zentral für die Verbesserung der verfahrensrechtlichen Stellung der in diesem Bereich von Diskriminierung betroffenen Personen, allerdings gilt sie nicht für alle im GlG geregelten Bereiche.

E. Verfahrenskosten

Wie bei den Ausführungen zum Arbeits- und Mietrecht bereits erläutert worden ist, werden in Streitigkeiten, in welchen ein *Schlichtungsverfahren* vorgesehen ist, keine Gerichtskosten gesprochen. Dies trifft auch auf Streitigkeiten nach dem GlG zu (Art. 113 Abs. 2 lit. a ZPO). Zudem werden auch in *Entscheidverfahren* bei Streitigkeiten nach GlG keine Gerichtskosten gesprochen (Art. 114 lit. a ZPO).[338]

F. Kosten der Prozessvertretung und Zugang zur Prozesskostenhilfe

Bei den Ausführungen zum Arbeits- und Mietrecht wurde bereits festgehalten, dass im Schlichtungsverfahren, das auch in Streitigkeiten nach GlG durchgeführt werden muss[339], keine Parteientschädigung gesprochen wird (Art. 113 Abs. 1 ZPO).[340] Ansonsten sind die Kosten der Prozessvertretung von der unterliegenden Partei zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Der Zugang zur unentgeltlichen Rechtspflege richtet sich auch bei Streitigkeiten nach GlG nach den allgemeinen Regeln gemäss Art. 117 ff. ZPO.[341]

G. Frist zur Anhebung eines Verfahrens

Gemäss Art. 8 Abs. 2 GlG ist der Anspruch auf eine Entschädigung nach Artikel 5 Abs. 2 GlG – d.h. eine Entschädigung aufgrund einer Diskriminierung durch die Ablehnung einer Anstellung oder durch die Kündigung eines obligationenrechtlichen Arbeitsverhältnisses – verwirkt, wenn nicht innert 3 Monaten, nachdem die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber die Ablehnung der Anstellung mitgeteilt hat, die Klage angehoben wird. Bei diskriminierenden Kündigungen gelten im Übrigen die Bestimmungen von Art. 336b OR.[342] Schliesslich wird bei sogenannten Rachekündigungen gemäss Art. 10 GlG die Anfechtung der Kündigung beim Gericht vor Ende der Kündi-

---

335 Zum Begriff der Glaubhaftmachung siehe etwa KAUFMANN/STEIGER-SACKMANN, N. 125 ff. zu Art. 6 GlG.

336 HAUSAMMANN, S. 14.

337 Ibid.

338 Vgl. zur Bedeutung dieser Regelung die Ausführungen oben, Ziff. III.3.1.5.

339 Art. 113 Abs. 2 lit. a ZPO.

340 Vorbehalten bleibt aber die Entschädigung für eine unentgeltliche Rechtsbeiständin/einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, siehe die Ausführungen in Ziff. 2.1.6.

341 Siehe dazu oben, Ziff. III.3.1.6.

342 Siehe dazu oben, Ziff. III.3.1.7.

gungsfrist verlangt, damit die entsprechenden Rechte geltend gemacht werden können (Art. 10 Abs. 3 GlG).

H. Verfahrensdauer

Wie bereits bei den Ausführungen zum Arbeits- und Mietrecht erläutert wurde, gibt es in der Schweiz generell – mit einigen Ausnahmen – keine eindeutigen Fristen in Bezug auf die Dauer eines Gerichtsverfahrens.[343] Bei der Evaluation des GlG, die auch eine Analyse der nach GlG beurteilten Fälle beinhaltet hat, konnte eine durchschnittliche Verfahrensdauer zwischen Eingangs- und Urteilsdatum einer Klage von 15 Monaten festgestellt werden.[344]

I. Wirksame, verhältnismässige und generalpräventive Rechtsbehelfe (Sanktionen)

Gemäss Art. 5 Abs. 4 GlG darf die Entschädigung bei Diskriminierung in der Ablehnung eines obligationenrechtlichen Arbeitsverhältnisses den Betrag nicht übersteigen, der drei Monatslöhnen entspricht. Zudem darf die Gesamtsumme der Entschädigungen diesen Betrag auch dann nicht übersteigen, wenn mehrere Personen einen Anspruch auf eine Entschädigung wegen diskriminierender Ablehnung derselben Anstellung geltend machen. Bei Diskriminierungen bei der Kündigung eines obligationenrechtlichen Arbeitsverhältnisses und bei Diskriminierungen durch sexuelle Belästigungen darf die Entschädigung den Betrag nicht übersteigen, der sechs Monatslöhnen entspricht.[345] Damit werden die im GlG festgelegten Entschädigungsobergrenzen und die den Entschädigungen zugrunde liegenden Berechnungsmassstäbe zumindest bei geringen Einkommen den Standards der Antidiskriminierungsrichtlinien der EU nicht gerecht.[346]

3.2.3. Behindertengleichstellungsgesetz

A. Klagebefugnis

Im BehiG gibt es keine spezielle Bestimmung betreffend die Klagebefugnis, d.h. es kommen die allgemeinen Regeln gemäss ZPO zur Anwendung.[347]

B. Selbstständiges Klagerecht von Verbänden, Organisationen und Juristischen Personen

Das BehiG sieht in Art. 9 ein Verbandsklage- und beschwerderecht vor: Danach können Behindertenorganisationen von gesamtschweizerischer Bedeutung, die seit mindestens zehn Jahren bestehen, Rechtsansprüche auf Grund von Benachteiligungen, die sich auf eine grosse Zahl Behinderter auswirken, geltend machen. Diese Organisationen haben ein Klage- und Beschwerderecht zur Feststellung von Diskriminierungen bei Dienstleistungen Privater, die diese öffentlich anbieten (Art. 9 Abs. 3 lit. a). Ein öffentlich-rechtliches Verbandsbeschwerderecht besteht im Übrigen bei Verfahren betreffend Bewilligungserteilung von Bauten und Anlagen (lit. b), bei Verfahren zur Plangenehmigung bzw. Zulassung oder Prüfung von Fahrzeugen für den öffentlichen

---

343 Siehe dazu oben, Ziff. III.3.1.8.

344 Bundesamt für Justiz, Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes, Synthesebericht, S. 87 f., abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gleichstellung/syntheseber-gleichstellung-d.pdf (besucht am 16.07.2015). Siehe zur Verfahrensdauer in ausgewählten Fällen gemäss GlG Teilstudie 8, Kap. III.3.2.1.

345 Siehe zur Festsetzung der Entschädigung den jeweils letzten Satz von Art. 5 Abs. 2 bzw. Abs. 3 GlG.

346 Siehe dazu oben, Ziff. III.3.1.9.

347 Siehe oben, Ziff. III.3.2.1.A.

Transport (lit. c) sowie gegen Verfügungen von Bundesbehörden betreffend Konzessionserteilungen (lit. d).[348]

C. Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz

Bei Streitigkeiten nach dem BehiG gilt wie in der ZPO der Verhandlungsgrundsatz (es existiert keine spezielle gesetzliche Bestimmung im Sinne von Art. 55 Abs. 2 ZPO).[349] Es ist im Hinblick auf das Schutzbedürfnis von Menschen, die aufgrund einer Behinderung diskriminiert werden nicht nachvollziehbar, weshalb in Streitigkeiten gemäss BehiG nicht wie beim GlG oder im Mietrecht zumindest der abgeschwächte Untersuchungsgrundsatz Anwendung finden sollte. Dies ist ein gewichtiger prozessualer Nachteil, ist doch das Gericht an die Vorbringen der Parteien gebunden.[350]

D. Beweislastverteilung

Im BehiG ist keine Beweislasterleichterung vorgesehen, wie das etwa im GlG der Fall ist. Mit anderen Worten gilt die allgemeine Beweislastregel gemäss Art. 8 ZGB, wonach derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, der aus ihr Rechte ableitet. Diese Regelung stellt für Opfer von Diskriminierungen, die sich auf das BehiG berufen, einen gewichtigen prozessualen Nachteil dar.

E. Verfahrenskosten

Wie bereits oben ausgeführt worden ist, werden in Streitigkeiten, in welchen ein Schlichtungsverfahren vorgesehen ist, keine Gerichtskosten gesprochen,[351] was auch auf Streitigkeiten nach dem BehiG zutrifft (Art. 113 Abs. 2 lit. b ZPO). Zudem werden auch in Entscheidverfahren bei Streitigkeiten nach BehiG keine Gerichtskosten gesprochen (Art. 114 lit. b ZPO).

F. Kosten der Prozessvertretung und Zugang zur Prozesskostenhilfe

Bei den Ausführungen zum Arbeits- und Mietrecht wurde bereits festgehalten, dass im Schlichtungsverfahren keine Parteientschädigung gesprochen wird (Art. 113 Abs. 1 ZPO).[352] Ansonsten sind die Kosten der Prozessvertretung von der unterliegenden Partei zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Zugang zur unentgeltlichen Rechtspflege richtet sich auch bei Streitigkeiten nach BehiG nach den allgemeinen Regeln gemäss Art. 117 ff. ZPO.[353]

G. Frist zur Anhebung eines Verfahrens

Im BehiG ist keine spezielle Frist betreffend die Anhebung eines Verfahrens festgehalten, und wie oben in Ziff. III.3.1.7 erwähnt, ist dies auch in der ZPO nicht der Fall. Wichtig ist in diesem

---

348 Siehe zur Bedeutung dieses prozessualen Instrumentes die Ausführungen oben, Ziff. III.3.1.2.

349 Es existiert keine spezielle gesetzliche Bestimmung im Sinne von Art. 55 Abs. 2 ZPO und der abgeschwächte Untersuchungsgrundsatz ist auf Streitigkeiten gemäss BehiG nicht anwendbar (siehe dazu oben, Ziff. III.3.2.1.C.).

350 Siehe dazu oben, Ziff. III.3.1.3.

351 Siehe dazu oben, Ziff. III.3.1.5.

352 Vorbehalten bleibt aber die Entschädigung für eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bzw. einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, siehe die Ausführungen oben in Ziff. 3.1.6.

353 Siehe dazu oben, Ziff. III.3.1.6.

Zusammenhang die Einhaltung der relativen und absoluten Verjährungsfristen gemäss den jeweiligen materiell-rechtlichen Bestimmungen.

H. Verfahrensdauer

Im BehiG sind, wie dies in der Schweiz generell nur ausnahmsweise der Fall ist, keine Vorschriften betreffend die Dauer von Gerichtsverfahren festgehalten. Diesbezüglich wird auf die entsprechenden Ausführungen in Ziff. III.3.1.8 oben verwiesen.

I. Wirksame, verhältnismässige und generalpräventive Rechtsbehelfe (Sanktionen)

Gemäss Art. 8 Abs. 3 BehiG kann bei Diskriminierungen durch Private, die Dienstleistungen anbieten (Art. 6 BehiG), eine Entschädigung verlangt werden. Diese beträgt höchstens CHF 5‘000.-, wobei das Gericht bei der Festsetzung der Entschädigung den Umständen, der Schwere der Diskriminierung und dem Wert der Dienstleistung Rechnung trägt (Art. 11 Abs. 2 BehiG). Diese Sanktion wird aufgrund der geringen Höhe und der definierten Entschädigungsobergrenze den Anforderungen der Antidiskriminierungsrichtlinien offensichtlich nicht gerecht.[354]

[354] Siehe dazu oben, Ziff. III.3.1.9.

Verfahrensgegenstand	Arbeitsrecht	Mietrecht	GlG	BehiG
Klagebefugnis	Allgemeine Regeln gemäss Art. 59/60 ZPO			
Selbstständiges Klagerecht	Verbandsklage gemäss Art. 89 ZPO		Verbandsklagerecht (Art. 7 GlG / Art. 9 BehiG)	
Verhandlungs-/ Untersuchungsgrundsatz	Bei Miete und Pacht sowie arbeitsrechtlichen Streitigkeiten bis Fr. 30‘000.-: abgeschwächter Untersuchungsgrundsatz[355]		Es gilt der abgeschwächte Untersuchungsgrundsatz[356]	Verhandlungsgrundsatz[357]
Beweislasterleichterung	Keine Beweislasterleichterung (es gilt Art. 8 ZGB)		Glaubhaftmachung genügt (Art. 6 GlG)	Keine Beweislasterleichterung (es gilt Art. 8 ZGB)
Verfahrenskosten	Keine Gerichtskosten[358]	keine in Schlichtungsverfahren	Keine Gerichtskosten[359]	
Kosten Prozessvertretung	Keine Parteientschädigung in Schlichtungsverfahren (Art. 113 Abs. 1 ZPO); in Entscheidverfahren werden die Kosten der Prozessvertretung der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO)			
Zugang Prozesskostenhilfe	Allgemeine Regeln gemäss Art. 117 ff. ZPO: Prozessarmut und keine Aussichtslosigkeit			
Frist Anhebung Verfahren	Missbräuchliche Kündigung: Bis Ende Kündigungsfrist (Art. 336b OR)	Missbräuchliche Kündigung: 30 Tage ab Kündigung (Art. 273 Abs. 1 OR)	Diskriminierende Nichtanstellung/ Kündigung: drei Monaten (Art. 8 Abs. 2 GlG)	Keine speziellen Fristen im BehiG
Verfahrensdauer	I.d.R. keine gesetzliche Regelung; Art. 29 BV: Behandlung innert angemessener Frist / Verbot der Rechtsverzögerung			
Sanktionen	Missbräuchliche Kündigung: Max. 6 Monatslöhne (Art. 336a Abs. 2 OR)	Keine explizite gesetzliche Regelung	Maximal 3 bzw. 6 Monatslöhne (Art. 5 Abs. 4 GlG)	Diskriminierungen durch Private: Fr. 5‘000.- (Art. 8 Abs. 3 BehiG)

Tabelle 4: Übersicht der untersuchten Verfahrensgegenstände im Zivilprozessrecht

355 Art. 247 Abs. 2 lit. b ZPO.

356 Art. 247 Abs. 2 lit. a und Art. 243 Abs. 2 lit. a ZPO.

357 Keine spezialgesetzliche Bestimmung im Sinne von Art. 55 Abs. 2 ZPO. BehiG in Art. 243 und 247 ZPO nicht erwähnt.

358 Art. 113 Abs. 2 lit. d (Schlichtungsverfahren) und Art. 114 lit. c ZPO (Entscheidverfahren).

359 Art. 113 Abs. 2 lit. a und b (Schlichtungsverfahren) und Art. 114 lit. a und b ZPO (Entscheidverfahren).

3.3. Verfahrensvorschriften im öffentlichen Recht

3.3.1. Vorbemerkung

Einleitend ist festzuhalten, dass im öffentlichen Recht die Träger staatlicher Aufgaben direkt an die Grundrechte gebunden und verpflichtet sind, zu ihrer Verwirklichung beizutragen.[360] Dies im Gegensatz zum Zivilrecht, wo die Grundrechte unter Privaten dann wirksam sind, wenn sie sich dazu eignen.[361] Der Diskriminierungsschutz im öffentlichen Recht hat deshalb eine andere Ausgangslage und Bedeutung als im Zivilrecht, wo insbesondere das Ausmass und die Tragweite des Diskriminierungsschutzes unter Privaten und deren Durchsetzung in der Praxis umstritten sind.

Nachfolgend werden die auf Bundesebene zentralen Bestimmungen des Verwaltungsbeschwerdeverfahrens dargestellt und gemäss den in Ziff. III.1.3 oben festgehaltenen Verfahrensgegenständen gegliedert, analysiert und mit den Vorgaben der EU-Studie verglichen. Da das Arbeitsrecht eines jener Rechtsgebiete dargestellt, in welchem mit Diskriminierungen zu rechnen ist, werden zusätzlich zum Verwaltungsbeschwerdeverfahren die wesentlichen Bestimmungen des Bundespersonalrechts dargestellt.

Die meisten kantonalen Verwaltungsverfahrensgesetze regeln die hier behandelten Punkte auf Stufe Verwaltungsgericht gleich oder ähnlich wie das Bundesrecht, sodass die hier gemachten Ausführungen weitgehend auch für sie gelten.

3.3.2. Verwaltungsbeschwerdeverfahren

A. Wesentlicher verfahrensrechtlicher Unterschied zum Zivilprozessrecht

Im Gegensatz zum Zivilprozessrecht, in dem von Diskriminierung betroffene Personen i.d.R. eine Klage einreichen müssen, um ihre zivilrechtlichen Ansprüche geltend zu machen, „setzt der Rechtsschutz gegen Verwaltungshandeln typischerweise das Vorliegen einer Verfügung voraus“[362], in der die Rechte und Pflichten der von der Verfügung betroffenen Person(en) festgelegt werden.[363] Diese sogenannte *nachträgliche* Verwaltungsrechtspflege unterscheidet sich von der *ursprünglichen* Verwaltungsrechtspflege, bei der Klage erhoben werden muss, damit durch die Verwaltungsbehörde überhaupt erst ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis begründet werden kann.[364] Die nachträgliche Verwaltungsrechtspflege dominiert im öffentlichen Recht, da die ursprüngliche Verwaltungsrechtspflege „nur in wenigen, vom Gesetz spezifisch geregelten Fällen zum Zuge“ kommt.[365] Weil bei der Thematik des Zugangs zur Justiz in Diskriminierungsfällen die

---

360 Art. 35 Abs. 2 BV, siehe dazu oben, Ziff. 0.

361 Art. 35 Abs. 3 BV, siehe dazu oben, Ziff. II.2.3.3.

362 KIENER/RÜTSCHE/KUHN, N. 9.

363 Siehe zum Begriff der Verfügung Art. 5 VwVG. In den Konstellationen, bei denen noch keine Verfügung vorliegt und wo beispielsweise die Widerrechtlichkeit einer Amtshandlung festgestellt werden soll, kann die Ausstellung einer solchen verlangt werden, damit dagegen Rechtsmittel ergriffen werden können (Verfügungen über Realakte, Art. 25a VwVG; KIENER/RÜTSCHE/KUHN, N. 409 ff.).

364 Ein Klageverfahren muss etwa für die Durchsetzung von Ansprüchen auf Schadenersatz aus der Amtstätigkeit gewisser Behördenmitglieder durchgeführt werden, vgl. Art. 120 Abs. 1 lit. c BGG.

365 KIENER/RÜTSCHE/KUHN, N. 10 f.

nachträgliche Verwaltungsrechtspflege im Zentrum steht, widmen sich die nachfolgenden Äusserungen ausschliesslich diesem Themenkomplex.

B. Geltungsbereich des VwVG und Anfechtungsobjekt einer Beschwerde

Art. 29a BV bestimmt, dass jede Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf die Beurteilung durch eine richterliche Behörde hat. Im Verwaltungsprozessrecht findet gemäss Art. 1 Abs. 1 VwVG[366] das Verwaltungsverfahrensgesetz Anwendung auf das Verfahren in Verwaltungssachen, die durch Verfügungen von Bundesverwaltungsbehörden in erster Instanz oder auf Beschwerde zu erledigen sind. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG). Als Behörden im Sinne des VwVG gelten gemäss Art. 1 Abs. 2 VwVG:

– der Bundesrat, seine Departemente, die Bundeskanzlei und die ihnen unterstellten Dienstabteilungen, Betriebe, Anstalten und anderen Amtsstellen der Bundesverwaltung (lit. a);
– Organe der Bundesversammlung und der eidgenössischen Gerichte für erstinstanzliche Verfügungen und Beschwerdeentscheide nach Beamtengesetz vom 30. Juni 1927 (lit. b);
– die autonomen eidgenössischen Anstalten oder Betriebe (lit. c);
– das Bundesverwaltungsgericht (lit. c^{bis});
– die eidgenössischen Kommissionen (lit. d); und
– andere Instanzen oder Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung, soweit sie in Erfüllung ihnen übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben des Bundes verfügen (lit. e).

Wie oben bereits erläutert wurde,[367] bedarf es für die Erhebung einer Beschwerde eines tauglichen Anfechtungsobjektes, i.d.R. einer Verfügung (im Sinne von Art. 5 VwVG), die Rechte und Pflichten der betroffenen Person im Einzelfall regelt. Liegt eine solche vor, kann dagegen – unter Vorbehalt der übrigen Prozessvoraussetzungen – Beschwerde erhoben werden.

C. Zuständigkeit für Beschwerden

Seit der Totalrevision der Bundesrechtspflege, die auf den 1. Januar 2007 in Kraft getreten ist, „sind die Beschwerdeverfahren (…) prinzipiell als verwaltungsexterne Verfahren ausgestaltet", und „Verfügungen von Bundesbehörden sind (…) [grundsätzlich] direkt beim Bundesverwaltungsgericht anzufechten".[368] Gesetzlich ist dies in Art. 1 Abs. 2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes[369] festgehalten, wonach das Bundesverwaltungsgericht das allgemeine Verwaltungsgericht des Bundes ist. Gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung entscheidet es als Vorinstanz des Bundesgerichts, soweit das Gesetz die Beschwerde an das Bundesgericht nicht ausschliesst.

---

366 Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

367 Siehe dazu Ziff. III.3.3.2.A.

368 Auf Bundesebene kommt der verwaltungsinternen Rechtspflege, d.h. „der Rechtspflege durch verwaltungsinterne Beschwerdeinstanzen (…)", nur noch geringe Bedeutung zu. Auf kantonaler Ebene ist die verwaltungsinterne Rechtspflege dagegen nach wie vor von grosser Bedeutung, wobei oftmals zuerst beim Departement bzw. der Direktion, die der verfügenden Behörde übergeordnet ist, Beschwerde erhoben werden muss. Dieser Entscheid kann dann „beim kantonalen Verwaltungsgericht angefochten werden". KIENER/RÜTSCHE/KUHN, N. 14.

369 Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG; SR 173.32).

Im VwVG ist das Beschwerdeverfahren in Art. 44 ff. geregelt. Art. 44 VwVG bestimmt, dass die Verfügung der Beschwerde unterliegt. Die Beschwerdeinstanzen sind in Art. 47 VwVG festgehalten, wobei gemäss Art. 47 Abs. 1 lit. b VwVG i.V.m. Art. 31 VGG grundsätzlich das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG zuständig ist.[370]

D. Beschwerdebefugnis

Die Beschwerdebefugnis bzw. die Voraussetzungen zum Eintreten auf eine Beschwerde in der Sache (Verfahrensvoraussetzungen) werden von der zuständigen Behörde von Amtes wegen geprüft (Art. 7 Abs. 1 VwVG). Die Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein und beinhalten:

– in der Person der beschwerdeführenden Partei liegenden Gründe, d.h.
  - Parteifähigkeit (Art. 6 VwVG) und
  - Prozessfähigkeit[371] sowie

– weitere, objektive Voraussetzungen, d.h.
  - Zuständigkeit der Beschwerdeinstanz (Art. 7 Abs. 1 VwVG);
  - Vorliegen eines Anfechtungsobjektes (Art. 31 VGG i.V.m. Art. 45 VwVG);
  - Beschwerdelegitimation (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 48 VwVG);
  - Zulässigkeit der vorgebrachten Beschwerdegründe (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 49 VwVG);
  - Formerfordernisse (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 52 VwVG);
  - Fristerfordernisse (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 50 VwVG); und
  - eine allfällige Kostenvorschusspflicht (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 63 Abs. 4 VwVG).[372]

Die Bestimmungen des VwVG und des VGG entsprechen, soweit ersichtlich, den Standards der Voraussetzungen der Klagebefugnis, wie sie in der EU-Studie festgehalten sind, u.a. in Bezug auf die Kriterien der Rechtsfähigkeit und des für die Beschwerdeerhebung erforderlichen rechtlichen Interesses.[373]

E. Selbstständiges Beschwerde von Verbänden, Organisationen und juristischen Personen

Im Verwaltungsbeschwerde- sowie im Verwaltungsjustizbeschwerdeverfahren können Verbände, Organisationen und juristische Personen auf zwei Arten befugt sein, Beschwerde zu erheben: Verbände, d.h. „körperschaftlich organisierte juristische Personen“, können – unter der Voraussetzung der Partei- und Prozessfähigkeit – einerseits „in *eigenem Namen und zur Wahrung ihrer eigenen Interessen* als Beschwerdeführer“ auftreten. Darüber hinaus können Verbände aber

---

370 Weitere für die Beurteilung einer Beschwerde zuständige Behörden sind der Bundesrat (Art. 47 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 72 ff. VwVG), andere Instanzen, die ein Bundesgesetz als Beschwerdeinstanz bezeichnet (Art. 47 Abs. 1 lit. c VwVG) und die Aufsichtsbehörde, wenn die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht unzulässig ist und das Bundesrecht keine andere Beschwerdeinstanz bezeichnet (Art. 47 Abs. 1 lit. d VwVG). Für nähere Angaben zur sachlichen Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts siehe KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N. 842 ff.

371 Die Prozessfähigkeit meint die „Handlungsfähigkeit im Verfahren (…), d.h. die Fähigkeit, den Rechtsstreit selber zu führen oder durch einen gewählten Vertreter führen zu lassen“. Damit diese Voraussetzung erfüllt ist, muss die beschwerdeführende Person handlungsfähig im Sinne von Art. 12 ff. ZGB sein, KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N. 444.

372 KIENER/RÜTSCHE/KUHN, N. 1135. Ausführlich zu den einzelnen Beschwerdevoraussetzungen Kölz/Häner/Bertschi, N. 816 ff.

373 EU-Studie, S. vi.

auch in eigenem Namen, „aber *im Interesse ihrer Mitglieder* Beschwerde“ führen, obschon „der Verband selber vom angefochtenen Entscheid [nicht] berührt ist“ (sog. *egoistische* Verbandsbeschwerde).[374] Die Legitimation dieser beiden soeben erwähnten Beschwerdeformen richtet sich nach Art. 48 Abs. 1 VwVG, d.h. nach den Voraussetzungen, die auch auf Privatpersonen Anwendung finden. Im Gegensatz dazu steht das besondere Beschwerderecht „für die Vertretung öffentlicher Interessen“ gemäss Art. 48 Abs. VwVG, bei dem Personen, Organisationen und Behörden, denen ein anderes Bundesgesetz ein Beschwerderecht einräumt, zur Beschwerdeerhebung im öffentlichen Interesse befugt sind (sog. *ideelle* Verbandsbeschwerde).[375]

Durch die erwähnten prozessualen Vorkehrungen ist gewährleistet, dass Interessenorganisationen in eigenem Namen oder im Interesse ihrer Mitglieder Beschwerde erheben und somit Einfluss auf die Durchsetzung der rechtlichen Ansprüche von Personen nehmen können, die von Diskriminierung betroffen sind. In dieser Hinsicht erfüllt die Ausgestaltung der Bundesrechtspflege, soweit ersichtlich, die in der EU-Studie festgehaltenen Anforderungen.[376]

F. Untersuchungsgrundsatz

Im Verwaltungsbeschwerdeverfahren gilt gemäss Art. 12 VwVG der Untersuchungsgrundsatz, d.h. die Behörde stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Eingegrenzt wird dieser Grundsatz durch die Mitwirkungspflicht der Parteien (Art. 13 VwVG), die im Beschwerdeverfahren besonders wichtig ist, da dieses vom Begehren der Parteien abhängig ist (Art. 13 Abs. 1 lit. a und b VwVG). Zudem muss eine Beschwerde begründet werden (Art. 52 Abs. 1 VwVG), was eine weitere Eingrenzung des Untersuchungsgrundsatzes zur Folge hat.[377]

Die Geltung des Untersuchungsgrundsatzes stellt für von Diskriminierung betroffene Personen eine wesentliche Verfahrenserleichterung dar, denn das Gericht ist nicht an „die Beweisanträge und Sachverhaltsdarstellung der Parteien“ gebunden, d.h. „keine Partei [trifft] eine *subjektive* Beweislast (Beweisführungslast).[378]

G. Beweislastverteilung

Die Frage nach der Beweislastverteilung „stellt sich unabhängig davon, ob im Verfahren (…) [der Untersuchungs- oder der Verhandlungsgrundsatz] gilt“. Im Gegensatz zur *subjektiven* geht es dabei um die vom materiellen Recht geregelte *objektive* Beweislast, die „festlegt, zu wessen Lasten es sich auswirkt, wenn ein Sachumstand unbewiesen bleibt“. In der Verwaltungsrechtspflege gilt wie im Zivilprozessrecht die vom Bundesgericht als allgemeiner Rechtsgrundsatz qualifizierte Beweislastregel von Art. 8 ZGB, wonach derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, der aus ihr Rechte ableitet, wo das Gesetz es nicht anders bestimmt.[379]

Eine Beweislasterleichterung ist also im Verwaltungsbeschwerdeverfahren grundsätzlich nicht vorgesehen, was für von Diskriminierung betroffene Personen faktisch zu erheblichen Schwierigkeiten beim Zugang zur Justiz führen kann.

---

374 KIENER/RÜTSCHE/KUHN, N. 1360 ff., für die Voraussetzungen zur Erhebung der egoistischen Verbandsbeschwerde siehe N. 1362.

375 Ibid., N. 1371 ff.

376 EU-Studie, S. vi.

377 KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N. 1133 ff.

378 Ibid., N. 142. Die Parteien sind jedoch gemäss Art. 13 VwVG zur Mitwirkung verpflichtet.

379 Ibid., N. 115.

H. Verfahrenskosten

Im Verwaltungsbeschwerdeverfahren werden gemäss Art. 63 Abs. 1 die Verfahrenskosten (d.h. die Spruchgebühr, die Schreibgebühren und die Barauslagen) in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Unterliegerprinzip). Bei teilweisem Unterliegen werden die Verfahrenskosten ermässigt.[380] Gemäss Art. 63 Abs. 4bis VwVG richtet sich die Spruchgebühr nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien und beträgt in Streitigkeiten ohne Vermögensinteresse CHF 100-5‘000.- (lit. a) und in den übrigen Streitigkeiten CHF 100-50‘000.- (lit. b).

Wie oben bereits erwähnt,[381] sind die Verfahrenskosten gemäss der EU-Studie ein wesentlicher Hinderungsgrund für Diskriminierungsopfer, ihre Ansprüche geltend zu machen. Wie in vielen anderen Staaten wird in der Schweiz bei der Berechnung der Spruchgebühr im Rahmen eines Verwaltungsbeschwerdeverfahrens die finanzielle Lage der Parteien berücksichtigt. Zudem sind gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG beschwerdeführende Parteien, deren Antrag auf unentgeltliche Prozessführung gutgeheissen wird, von der Bezahlung der Verfahrenskosten befreit.

I. Kosten der Prozessvertretung und Zugang zur Prozesskostenhilfe

Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG kann die Beschwerdeinstanz der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen. Wie bei den Verfahrenskosten gilt also „grundsätzlich das Unterliegerprinzip bzw. das Erfolgsprinzip“. Art. 64 Abs. 3 VwVG bestimmt weiter, dass einer unterliegenden Gegenpartei je nach deren Leistungsfähigkeit eine Parteientschädigung auferlegt werden kann, wenn sich die Partei mit selbstständigen Begehren am Verfahren beteiligt hat. Allerdings kann sich gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung „eine gesuchsstellende Person als Hauptpartei der Entschädigungspflicht nicht entziehen“.[382]

Die unentgeltliche Rechtspflege ist in Art. 65 VwVG geregelt. Nach Abs. 1 befreit die Beschwerdeinstanz, ihr Vorsitzender oder der Instruktionsrichter nach Einreichung der Beschwerde eine Partei, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, auf Antrag von der Bezahlung der Verfahrenskosten, sofern ihr Begehren nicht aussichtslos erscheint. Die Befreiung von der Bezahlung der Verfahrenskosten betrifft auch „die Befreiung von der Kostenvorschusspflicht“.[383] Schliesslich bestimmt Art. 65 Abs. 2 VwVG, dass die Beschwerdeinstanz, ihr Vorsitzender oder der Instruktionsrichter der Partei einen Anwalt bestellt, wenn es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist. Die bedürftige Partei ist allerdings dazu verpflichtet, das Honorar sowie die Kosten des Anwaltes der Körperschaft oder autonomen Anstalt zurückerstatten, wenn sie zu einem späteren Zeitpunkt zu hinreichenden Mitteln kommt (Art. 65 Abs. 4 VwVG).

J. Frist zur Anhebung eines Verfahrens und Verfahrensdauer

Art. 50 VwVG bestimmt, dass die Beschwerde innerhalb von 30 Tagen nach der Eröffnung der Verfügung einzureichen ist. Wie bereits in den Ausführungen zum Zivilprozessrecht ausgeführt, gibt es auch im Verwaltungsbeschwerdeverfahren keine „feste Frist, innert derer ein Verfahren

---

380 Ausnahmsweise können sie sogar erlassen werden: Gemäss Art. 63 Abs. 2 VwVG werden den Vorinstanzen oder den beschwerdeführenden und unterliegenden Bundesbehörden keine Verfahrenskosten auferlegt. Ibid., N. 1172 f.

381 Siehe Ziff. III.3.1.5.

382 KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N. 1184.

383 Ibid., N. 1185.

erledigt sein muss“, auch nicht aus dem Beschleunigungsgebot gemäss Art. 29 Abs. 1 BV. Im Rahmen dieser Bestimmung prüft das Bundesgericht „die Angemessenheit der Verfahrensdauer anhand der Natur und des Umfangs der Sache sowie der Gesamtheit der übrigen Umstände“.[384]

K. Wirksame, verhältnismässige und generalpräventive Rechtsbehelfe (Sanktionen)

Im Zusammenhang mit diskriminierendem Verhalten sind in der Verwaltungsrechtspflege verschiedene Sanktionsmöglichkeiten denkbar, namentlich die Aufhebung der diskriminierenden Verfügung und die Zusprechung von Schadenersatz für das diskriminierende Verhalten.

3.3.3. Diskriminierungs- und Kündigungsschutz im Bundespersonalrecht

Das BPG regelt gemäss Art. 1 das Arbeitsverhältnis des Bundespersonals und enthält Bestimmungen zur Chancengleichheit und zur Gleichstellung von Frau und Mann sowie solche zum Schutz des Bundespersonals vor zu Unrecht ausgesprochenen Kündigungen.[385] Gemäss Art. 4 Abs. 2 BPG setzen die Arbeitgeber des Bundes ihr Personal auf zweckmässige, wirtschaftliche und sozial verantwortbare Weise ein und treffen u.a. geeignete Massnahmen für die Chancengleichheit von Frau und Mann und zu deren Gleichstellung (lit. d). Art. 6 der Bundespersonalverordnung[386] konkretisiert diese Bestimmung: Laut Art. 6 Abs. 1 BPV sorgt der Arbeitgeber dafür, dass die Angestellten nicht aufgrund ihres Geschlechts oder ihrer Lebensform benachteiligt werden.[387] Abs. 3 hält schliesslich fest, dass die Arbeitgeber die Würde von Frau und Mann am Arbeitsplatz schützen und geeignete Massnahmen treffen, um das Diskriminierungsverbot durchzusetzen und insbesondere jeder Form sexueller Belästigung vorzubeugen.

Der verfahrensrechtliche Schutz wird im Bundespersonalrecht durch Art. 34 ff. BPG geregelt. Wenn bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis keine Einigung zustande kommt, erlässt der Arbeitgeber eine Verfügung (Art. 34 Abs. 1 BPG), wobei das erstinstanzliche Verfahren und das Beschwerdeverfahren nach Art. 36 BPG – ausser bei Mutwilligkeit – kostenlos sind (Art. 34 Abs. 2 BPG). Wenn die Beschwerdeinstanz eine Beschwerde gegen eine Verfügung über die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber gutheisst, und sie die Sache nicht ausnahmsweise an die Vorinstanz zurückweist, so muss sie gemäss Art. 34b Abs. 1 BPG:

– Der Beschwerdeführerin oder dem Beschwerdeführer eine Entschädigung zusprechen, wenn sachlich hinreichende Gründe für die ordentliche Kündigung oder wichtige Gründe für die fristlose Kündigung fehlen oder Verfahrensvorschriften verletzt worden sind (lit. a);
– die Fortzahlung des Lohnes bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist oder des befristeten Arbeitsvertrags anordnen, wenn im Fall einer fristlosen Kündigung wichtige Gründe fehlen (lit. b);
– das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist erstrecken, wenn Vorschriften über die Kündigungsfristen verletzt worden sind (lit. c).

---

384 Namentlich folgt aus dem Beschleunigungsgebot „eine Pflicht des Gesetzgebers, die Behörden und Gerichte in persönlicher und sachlicher Hinsicht mit genügenden Mitteln auszustatten, so dass auch eine vorübergehende Überlastung aufgefangen werden kann“. Ibid., N. 254.

385 Das dem BPG unterstellte Personal ist in Art. 2 BPG festgehalten.

386 Bundespersonalverordnung vom 03.07.2001 (BPV; SR 172.220.111.3).

387 Abs. 2 bestimmt weiter, dass die Departemente im Rahmen der bundesrätlichen Vorgaben gezielte Massnahmen treffen, um die Chancengleichheit und die Gleichstellung von Frau und Mann zu verwirklichen. Sie erlassen Förderungsprogramme und können Fachpersonen einsetzen oder Zielquoten festlegen.

Gemäss Abs. 2 wird die Entschädigung nach Absatz 1 Buchstabe a von der Beschwerdeinstanz unter Würdigung aller Umstände festgelegt und beträgt in der Regel mindestens sechs Monatslöhne und höchstens einen Jahreslohn.

Art. 34c BPG regelt die Thematik der Weiterbeschäftigung von angestellten Personen. Laut Abs. 1 bietet der Arbeitgeber der angestellten Person die bisherige oder, wenn dies nicht möglich ist, eine zumutbare andere Arbeit an, wenn die Beschwerdeinstanz die Beschwerde gegen eine Verfügung über die Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus einem der folgenden Gründe gutgeheissen hat:

– Die Kündigung wurde ausgesprochen, weil die angestellte Person in guten Treuen eine Anzeige nach Art. 22a Abs. 1[388] oder eine Meldung nach Art. 22a Abs. 4[389] erstattet oder weil sie als Zeuge oder Zeugin ausgesagt hat (lit. a);
– Die Kündigung ist missbräuchlich nach Art. 336 OR[390] (lit. b);
– Die Kündigung ist während eines in Art. 336c Abs. 1 OR genannten Zeitraums[391] ausgesprochen worden (lit. c);
– Die Kündigung ist diskriminierend nach Art. 3 oder 4 des Gleichstellungsgesetzes vom 24. März 1995 (lit. d).

Abs. 2 bestimmt schliesslich, dass die Beschwerdeinstanz der angestellten Person bei einer Gutheissung einer Beschwerde auf deren Gesuch hin anstelle einer Weiterbeschäftigung nach Abs. 1 eine Entschädigung von in der Regel mindestens sechs Monatslöhnen und höchstens einem Jahreslohn zuspricht. Gemäss Art. 36 Abs. 1 BPG können Verfügungen des Arbeitgebers mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden.

Die im Bundespersonalrecht bei Gutheissung einer Beschwerde vorgesehenen Entschädigungen gemäss Art. 34b Abs. 2 und 34c Abs. 2 BPG entsprechen wegen der Bemessung der Entschädigung aufgrund des Monatslohns und der Maximalentschädigung von einem Jahreslohn bei geringen Einkommen nicht den Kriterien der EU-Studie, die wirksame, verhältnismässige und abschreckende Rechtsbehelfe fordert.[392]

388 Diese Bestimmung regelt die Anzeigepflicht von Angestellten für alle von Amtes wegen zu verfolgenden Verbrechen oder Vergehen.

389 Diese Bestimmung regelt die Meldung anderer Unregelmässigkeiten an die Eidgenössische Finanzkontrolle.

390 Vgl. dazu oben, Ziff. II.4.2.3.

391 Kündigung während der Schwangerschaft und in den 16 Wochen nach der Niederkunft einer Arbeitnehmerin.

392 Siehe dazu oben, Ziff. III.3.1.9.

Verfahrensgegenstand	Verwaltungsprozessrecht
Beschwerdebefugnis	Namentlich Parteifähigkeit (Art. 7 VwVG) und Prozessfähigkeit (Art. 13 ff. ZGB) sowie rechtliches Interesse (Art. 48 Abs. 1 VwVG).
Verbandsbeschwerde	- Nach Art. 48 Abs. 1 VwVG: ▪ Verbandsbeschwerde in eigenem Namen und zur Wahrung eigener Interessen („normale" Verbandsbeschwerde); ▪ Verbandsbeschwerde in eigenem Namen und zur Wahrung von Interessen der Mitglieder (egoistische Verbandsbeschwerde).[393] - Nach Art. 48 Abs. 2 VwVG: Spezialgesetzliche Legitimation (Ideelle Verbandsbeschwerde zur Wahrung öffentlicher Interessen).
Verhandlungs-/ Untersuchungsgrundsatz	Untersuchungsgrundsatz (Art. 12 VwVG); Eingrenzung durch Mitwirkungspflicht der Parteien (Art. 13 VwVG) und im Verwaltungsbeschwerdeverfahren durch die Begründungspflicht der Beschwerde (Art. 52 Abs. 1 VwVG).
Beweislasterleichterung	Keine Beweislasterleichterung (es gilt Art. 8 ZGB).
Verfahrenskosten	Unterliegerprinzip (Art. 63 Abs. 1 VwVG);[394] bei uP keine Verfahrenskosten (Art. 65 Abs. 1 VwVG).
Kosten Prozessvertretung	Erfolgs- bzw. Unterliegerprinzip (Art. 64 Abs. 1 und 3 VwVG).
Zugang Prozesskostenhilfe	Prozessarmut und keine Aussichtslosigkeit (Art. 65 Abs. 1 VwVG); notwendige Verteidigung gemäss Art. 65 Abs. 2 VwVG.
Frist Anhebung Verfahren	Beschwerde innerhalb von 30 Tagen nach Verfügungseröffnung (Art. 50 VwVG).
Verfahrensdauer	I.d.R. keine gesetzliche Regelung; Grenzen aus Art. 29 BV: Behandlung innert angemessener Frist / Verbot der Rechtsverzögerung.
Sanktionen	Namentlich Aufhebung der diskriminierenden Verfügung und Zusprechung von Schadenersatz; Bemessung der Entschädigungen im BPG und Entschädigungsobergrenze von einem Jahr[395] sind nicht wirksam, verhältnismässig und generalpräventiv im Sinne der Kriterien der EU-Studie.

Tabelle 5: Übersicht der untersuchten Verfahrensgegenstände im Verwaltungsprozessrecht

393 Gemäss der einschlägigen, vom Bundesgericht definierten Voraussetzungen.

394 Finanzielle Lage der Parteien wird jedoch bei der Bemessung der Spruchgebühr berücksichtigt.

395 Art. 34b Abs. 2 BPG und Art. 34c Abs. 2 BPG.

3.4. Verfahrensvorschriften im Strafrecht - StPO

Die nachfolgenden Ausführungen richten sich wie jene zum Zivil- und Verwaltungsprozessrecht nach dem Aufbau des Konzepts der EU-Studie. Strafprozessuale Rechtsvorschriften kommen im Diskriminierungsschutz namentlich im Zusammenhang mit der strafrechtlichen Verfolgung von Rassendiskriminierung im Sinne von Art. 261bis StGB, von strafbaren Handlungen gegen die Ehre[396] wie bspw. Beschimpfung oder etwa bei der Diskriminierung von Frauen durch Ausübung von häuslicher Gewalt zur Anwendung. Im Strafprozessrecht ist im Kontext des Diskriminierungsschutzes namentlich von Bedeutung, unter welchen Voraussetzungen diskriminierte Personen als Opfer im Sinne der StPO bzw. des OHG gelten und die damit verbundene (privilegierte) prozessuale Stellung einnehmen können.[397]

3.4.1. Einleitung der Strafverfolgung

Bei Offizialdelikten müssen die zuständigen Behörden die Strafverfolgung von Amtes wegen einleiten. „Die Strafverfolgungsbehörden – [d.h. die Polizei, die Staatsanwaltschaft oder die Übertretungsstrafbehörden (Art. 12 StPO)] – sind also unabhängig vom Willen des oder der Verletzten verpflichtet, ihnen bekannt gewordene Delikte zu verfolgen und allenfalls zu ahnden".[398] Diese Verfolgungspflicht ist in der StPO in Art. 7 festgehalten. Gemäss Abs. 1 dieser Bestimmung sind die Strafbehörden verpflichtet, im Rahmen ihrer Zuständigkeit ein Verfahren einzuleiten und durchzuführen, wenn ihnen Straftaten oder auf Straftaten hinweisende Verdachtsgründe bekannt werden. Zudem besteht für die Strafbehörden auch für den Fall, dass sie selber nicht zuständig sind, die Verpflichtung, alle Straftaten, die sie in ihrer amtlichen Tätigkeit festgestellt haben oder die ihnen gemeldet worden sind, der zuständigen Behörde anzuzeigen (Art. 302 Abs. 1 StPO). Die Strafverfolgung kann aber auch von einer Privatperson ausgehen, denn gemäss Art. 301 Abs. 1 StPO ist jede Person berechtigt, Straftaten bei einer Strafverfolgungsbehörde schriftlich oder mündlich zu melden. Der anzeigenden Person, die weder geschädigt noch Privatklägerin oder Privatkläger ist, stehen allerdings keine weitergehenden Verfahrensrechte zu (Art. 301 Abs. 3 StPO).

Anders als bei Offizialdelikten braucht es bei Straftaten, die nur auf Antrag verfolgt werden, einen Strafantrag, d.h. eine „Willenserklärung des Antragsberechtigten"[399], damit das Vorverfahren und somit die Strafverfolgung eingeleitet wird (Art. 303 Abs. 1 StPO). Art. 30 Abs. 1 StGB hält zum Antragsrecht fest, dass jede Person, die durch eine Tat verletzt worden ist, die Bestrafung des Täters beantragen kann. Nur die verletzte Person, d.h. „der Träger des unmittelbar angegriffenen Rechtsgutes", ist antragsberechtigt „was sich aus der „Auslegung des betreffenden Tatbestands" ergibt.[400] Im Hinblick auf die Antragsfrist bestimmt Art. 31 StGB, dass diese nach Ablauf von drei

396 Art. 173 ff. StGB.

397 Die StPO regelt seit ihrer Einführung am 01.01.2011 alle strafprozessualen Rechte der Opfer abschliessend und die diesbezüglichen Vorschriften des OHG sind aufgehoben und in die neue StPO integriert worden, EBG [Informationsblatt Nr. 12], S. 2.

398 RIEDO [Basler Kommentar zum StGB], N. 1 vor Art. 30 StGB.

399 Ibid., N. 2.

400 TRECHSEL/JEAN-RICHARD [Praxiskommentar zum StGB], N. 1 f. zu Art. 30 StGB.

Monaten erlischt, wobei die Frist mit dem Tag beginnt, an welchem der antragsberechtigten Person der Täter bekannt wird.

Der im Zusammenhang mit Diskriminierungen im strafrechtlichen Kontext zentrale *Rassendiskriminierungstatbestand* gemäss Art. 261bis StGB ist als Offizialdelikt ausgestaltet worden, d.h. die Behörden trifft eine Strafverfolgungspflicht (Art. 7 Abs. 1 StPO).[401] *Strafbare Handlungen gegen die Ehre* wie bspw. Beschimpfung (Art. 177 StGB) sind als Antragsdelikt ausgestaltet. Bei *Diskriminierungen durch häusliche Gewalt* ist per 1. April 2004 eine Gesetzesänderung „in Kraft [getreten], wonach einfache Körperverletzung (Art. 123 Ziff. 2 Abs. 3-5 StGB), wiederholte Tätlichkeiten (Art. 126 Abs. 2 lit. b, b^{bis} und c StGB), Drohung (Art. 180 Abs. 2 StGB) sowie sexuelle Nötigung (Art. 189 StGB) und Vergewaltigung (Art. 190 StGB) in Ehe und Partnerschaft“ neu als Offizialdelikte ausgestaltet sind. Im Gegensatz zu den übrigen Offizialdelikten des StGB kann in diesen Fällen das Strafverfahren gemäss Art. 55a Abs. 1 StGB allerdings auf Ersuchen des Opfers oder auf Antrag der zuständigen Behörden sistiert werden.[402]

3.4.2. Opferrechte und die Stellung als Privatklägerschaft

Besondere Rechte kommen den Opfern im Sinne der StPO bzw. des OHG zu. Als Opfer gilt die geschädigte Person, die durch die Straftat ihr ihrer körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden ist (Art. 116 Abs. 1 StPO). Die gleichen Rechte wie den Opfern kommen Angehörigen zu, die Zivilansprüche geltend machen (Art. 117 Abs. 3 StPO). Diese besonderen Rechte betreffen namentlich den Schutz der Persönlichkeit der Opfer, spezielle Informationsrechte sowie Schutzrechte bei Befragungen im Rahmen der Strafuntersuchung und vor Gericht sowie Massnahmen.[403] In der Praxis stellt sich oft die Frage, in welchen Fällen durch eine Straftat geschädigten Personen die Opfereigenschaft und die damit verbundenen verfahrensrechtlichen Privilegien zukommen, und zwar sowohl im Bereich des Rassendiskriminierungstatbestandes als etwa auch bei häuslicher Gewalt durch Delikte gegen die sexuelle Integrität.[404]

Opfer – oder sonstige Geschädigte – die im Strafverfahren Parteirechte wahrnehmen wollen, können sich bis zum Abschluss des Vorverfahrens (Art. 318 Abs. 1 StPO) als Privatklägerschaft konstituieren (Art. 118 Abs. 3 StPO). Der Strafantrag ist dieser Erklärung gleichgestellt (Art. 118 Abs. 2 StPO). Als Privatklägerschaft gilt die geschädigte Person, die ausdrücklich erklärt, sich am Strafverfahren als Straf- oder Zivilklägerin oder -kläger zu beteiligen (Art. 118 Abs. 1 StPO). Eine Konstituierung im Strafpunkt bedeutet, dass die Privatklägerschaft die Verfolgung und Bestrafung der für die Straftat verantwortlichen Person verlangt, mit einer Konstituierung im Zivilpunkt werden zivilrechtliche Ansprüche geltend gemacht (Art. 119 Abs. 2 lit. a und b StPO). Der Privatklägerschaft stehen im Verfahren verschiedene besondere Rechte zu, namentlich:

– Behandlung als Partei im Verfahren (Art. 104 Abs. 1 StPO);
– Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 107 StPO);
– Legitimation, einen Einstellungsbeschluss anzufechten (Art. 322 Abs. 2 StPO);

---

401 Für weitere Ausführungen zum Rassendiskriminierungstatbestand siehe Teilstudie 4.

402 EBG [Nr. 11], S. 2. Für weitere Ausführungen zur Diskriminierung durch häusliche Gewalt siehe Teilstudie 2, Kap. VI.

403 EGB [Informationsblatt Nr. 12], S. 3 f.

404 Siehe zur Thematik der Frage der Opfereigenschaft Teilstudie 6, Kap. II.2.3.1.

– Gewährung von unentgeltlicher Prozessführung, wenn sie sich im Zivilpunkt als Privatklägerschaft konstituiert hat (Art. 136 StPO);
– Möglichkeit der Zusprechung einer Parteientschädigung für die notwendigen Aufwendungen im Falle des Obsiegens (Art. 433 StPO); und
– Möglichkeit der Einlegung eines Rechtsmittels gegen einen Entscheid (Art. 382 Abs. 1 StPO), inklusive Einstellung des Strafverfahrens durch die Staatsanwaltschaft (Art. 322 Abs. 2 StPO)[405] nicht aber im Hinblick auf die Anfechtung der ausgesprochenen Sanktion (Art. 382 Abs. 2 StPO).[406]

3.4.3. Selbstständige Parteirechte von Verbänden, Organisationen und juristischen Personen

Gemäss StPO gelten im Strafverfahren die beschuldigte Person, die Privatklägerschaft und im Haupt- und im Rechtsmittelverfahren die Staatsanwaltschaft als Parteien (Art. 104 Abs. 1 StPO). Abs. 2 dieser Bestimmung hält weiter fest, dass Bund und Kantone weiteren Behörden, die öffentliche Interessen zu wahren haben, volle oder beschränkte Parteirechte einräumen können. Im Rahmen des Verfassens des Entwurfs der neuen eidgenössischen StPO stellte sich im Zusammenhang mit Art. 104 Abs. 2 StPO die Frage, „ob neben den Behörden auch Vereinigungen, die sich dem Schutz allgemeiner Interessen verpflichtet haben, Verfahrensrechte oder sogar Parteistellung zuzugestehen ist“. In der eidgenössischen StPO wurde darauf verzichtet, „Verbänden Parteistellung einzuräumen und damit Rechtsmittelmöglichkeiten zu gewähren“.[407] Zur Begründung wird in der Botschaft zur neuen StPO auf die Antwort des Bundesrates auf zwei Motionen verwiesen, die zum Ziel hatten, in der StPO ein Verbandsbeschwerderecht einzuführen. Die Motion Schwaab[408] forderte die Einführung einer Beschwerdelegitimation für antirassistische Vereinigungen gemäss Art. 261bis StGB in Anlehnung an das Beschwerderecht von Wirtschaftsverbänden gemäss Art. 10 UWG. Der Motionär argumentierte sinngemäss u.a. damit, dass bspw. Holocaustopfer und ihre Angehörigen angesichts der langen Zeit seit der Tatbegehung nur eine geringe Zahl ausmachen und es deshalb angezeigt wäre, Organisationen, die sich für die Anliegen der Opfer des Holocaust einsetzen, verfahrensrechtlich Parteistellung einzuräumen (Ziff. 2). Weiter seien „Opfer rassistischer Handlungen oftmals nicht in der Lage, aus eigener Initiative zu handeln, sei es aus Furcht, infolge eines fehlenden Rechtsbeistandes oder ganz einfach wegen Unkenntnis ihrer Rechte“ (Ziff. 4). Der Bundesrat erachtete die Einführung eines Verbandsbeschwerderechts für antirassistische Organisationen als problematisch und befürchtete insbesondere, dass dies den Strafprozess verkomplizieren könnte.

In der Botschaft zum Entwurf zur eidgenössischen StPO wurde zur Frage der Einführung eines Verbandbeschwerderechts festgehalten, dass „im Straf- und Strafprozessrecht, anders als in Rechtsgebieten, die eine Verbandslegitimation kennen (etwa im Bereich des unlauteren Wettbewerbs, Art. 10 UWG) mit der Staatsanwaltschaft eine Behörde tätig [ist], die allgemeine, überindividuelle Rechte zu wahren und den Strafanspruch von Amtes wegen durchzusetzen hat (…). Falls die Strafverfolgungsbehörden nicht aus eigenem Antrieb ein Verfahren eröffnen, kann jede Person und jede Personenvereinigung, die solche Delikte feststellt, Strafanzeige erstatten und

---

405 Siehe bspw. Bger, 1B_298/2012, Urteil vom 27.08.2012, E. 2.1: Notwendig ist allerdings, dass sich das Opfer vor der Einstellung des Verfahrens als Privatklägerschaft konstituiert hatte bzw. das Verfahren eingestellt wurde, bevor dem Opfer Gelegenheit gewährt wurde, sich als Privatklägerschaft zu konstituieren.

406 EGB [Informationsblatt Nr. 12], S. 5 f.

407 BBl 2006 1085, 1163.

408 Motion Schwaab 00.3268 vom 13.06.2000.

damit eine Strafuntersuchung auslösen (…) [Art. 301 Abs. 1 StPO]. Die Einführung von Verfahrensrechten für solche Verbände würde im Übrigen den im schweizerischen Strafverfahrensrecht herrschenden Grundsatz durchbrechen, dass als Parteien im Prinzip nur die beschuldigte Person, die Privatklägerschaft und der verfolgende Staat zugelassen sind (Abs. 1). Die Zulassung weiterer Parteien hätte eine wesentliche Erschwerung des Verfahrens zur Folge, die mit den dadurch erzielten Vorteilen in einem Missverhältnis stünde".[409]

In ihrer Stellungnahme zum Recht gegen rassistische Diskriminierung kritisiert die EKR die fehlenden Mitwirkungsrechte von Interessenorganisationen[410] und hält in ihrer Empfehlung Nr. 7 lit. f fest, dass ein gesetzliches Verbandsbeschwerde- oder -klagerecht für ideelle Vereinigungen eingeführt werden sollte, die sich im Rassismusbereich, „für die Integration von Ausländerinnen oder Ausländern oder für die Menschenrechte engagieren".[411] Die fehlende Parteistellung von Verbänden hat nämlich insbesondere zur Folge, dass diese gegen Einstellungsverfügungen der Staatsanwaltschaft keine Beschwerde erheben können (Art. 322 Abs. 2 StPO).

3.4.4. Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz

Die Geltendmachung von zivilrechtlichen Ansprüchen im Strafverfahren, der sog. Adhäsionsprozess, ist zwar „seiner Natur nach ein Zivilprozess im Strafprozess". Dieses Vorgehen hat für die Privatklägerschaft jedoch den Vorteil, dass nicht wie im ordentlichen Zivilverfahren der Verhandlungsgrundsatz gilt. Vielmehr kann „sich der Strafrichter auch im Zivilpunkt auf die im Strafverfahren gewonnen Erkenntnisse stützen und diese von Amtes wegen ergänzen lassen, ohne diesbezüglich an die Parteivorbringen gebunden zu sein".[412] Somit gilt also faktisch der Untersuchungsgrundsatz.

3.4.5. Beweislastverteilung

Die Beweislastverteilung im Strafverfahren leitet sich aus der in Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 10 StPO festgehaltenen Unschuldsvermutung ab. Gemäss Art. 10 StPO gilt jede Person bis zu ihrer rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig. Daraus folgt, „dass es Sache der Anklagebehörde ist, die Schuld der angeklagten Person zu beweisen, und nicht diese ihre Unschuld nachweisen muss". Bei der adhäsionsweisen Geltendmachung von Zivilansprüchen erhebt gemäss Art. 313 Abs. 1 StPO „die Staatsanwaltschaft (…) die zur Beurteilung der Zivilklage erforderlichen Beweise, sofern das Verfahren dadurch nicht wesentlich erweitert oder verzögert wird". Wenn eine Konstituierung als Privatklägerschaft vorliegt, sind „die Zivilansprüche [demnach] beweismässig von Amtes wegen abzuklären"[413]. Dabei hat die Privatklägerschaft gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. e

---

409 BBl 2006 1163. In der jüngeren Vergangenheit wurde eine parlamentarische Initiative zur Einführung eines Verbandsklage- und -beschwerderechts für Nichtregierungsorganisationen im Kampf gegen Geldwäscherei, Korruption, Beteiligung an kriminellen Organisationen und ungetreue Amtsführung mit derselben Argumentation keine Folge gegeben. Parlamentarische Initiative Carlo Sommaruga 11.420 vom 18.03.2011.

410 EKR, Kritikpunkt Nr. 19, S. 49.

411 Ibid., 64.

412 LIEBER, N. 3 zu Art. 122 StPO. Zudem besteht nur eine eingeschränkte Vorschusspflicht (siehe Art. 125 StPO).

413 Landshut, N. 2 zu Art. 313 StPO.

StPO das Recht, Beweisanträge zu stellen, namentlich auch im Hinblick auf „die Feststellung des Schadens und der Genugtuung“.[414]

3.4.6. Verfahrenskosten

Bei der Auferlegung der Verfahrenskosten ist im Kontext des Diskriminierungsschutzes die Sicht der Privatklägerschaft zentral, geht es doch um die Frage, welche Kostenrisiken eine von Diskriminierung betroffene Person beim Führen eines Strafverfahrens gegen die mutmassliche Täterschaft eingeht. Gemäss Art. 426 Abs. 1 StPO trägt die beschuldigte Person die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird. Es gilt somit das Verschuldensprinzip, wonach „das kostenrechtliche Verschulden (…) durch das strafrechtliche Verschulden indiziert [wird]“[415]. Ausgenommen davon sind gemäss der vorerwähnten Bestimmung die Kosten für die amtliche Verteidigung, wobei Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten bleibt. D.h., dass zunächst der Staat für die Kosten der amtlichen Verteidigung aufkommt, dass diesem jedoch ein Rückgriffsrecht zusteht, sobald es die wirtschaftlichen Verhältnisse der beschuldigten Person zulassen.[416]

Auf Seiten der Privatklägerschaft und der antragstellenden Person wird die Kostentragungspflicht folgendermassen geregelt (Art. 427 Abs. 1 StPO): Der Privatklägerschaft können die Verfahrenskosten, die durch ihre Anträge zum Zivilpunkt verursacht worden sind, auferlegt werden, wenn das Verfahren eingestellt oder die beschuldigte Person freigesprochen wird (lit. a), die Privatklägerschaft die Zivilklage vor Abschluss der erstinstanzlichen Hauptverhandlung zurückzieht (lit. b) oder wenn die Zivilklage abgewiesen oder auf den Zivilweg verwiesen wird (lit. c). Unter Abs. 1 „fallen nur diejenigen Privatkläger, die sich als Zivilkläger konstituiert haben“, für Zivilkläger im Strafpunkt gilt dagegen Abs. 2.[417] Danach können die Verfahrenskosten bei Antragsdelikten der antragsstellenden Person auferlegt werden, sofern diese mutwillig oder grob fahrlässig die Einleitung des Verfahrens bewirkt oder dessen Durchführung erschwert hat, wenn das Verfahren eingestellt oder die beschuldigte Person freigesprochen wird (lit. a) und soweit die beschuldigte Person nicht nach Artikel 426 Abs. 2 kostenpflichtig ist (lit. b).[418]

3.4.7. Kosten der Prozessvertretung

Wie Eingangs erläutert[419] ist im Kontext des Diskriminierungsschutzes die Kostenfrage für die Führung eines Strafverfahrens von grosser Bedeutung. Dies betrifft nicht nur die soeben erläuterten Verfahrenskosten, sondern auch die Kosten der Prozessvertretung. Mit anderen Worten geht es um die Frage, welche Kostenrisiken eine von Diskriminierung betroffene Person beim Führen

414 Ibid., N. 3 zu Art. 313 StPO.

415 DOMEISEN [Basler Kommentar zur StPO], N. 2 zu Art. 426 StPO.

416 Ibid., N. 14. Bei Verfahrenseinstellung oder Freispruch der beschuldigten Person können dieser gemäss Art. 426 Abs. 2 StPO die Verfahrenskosten trotzdem (ganz oder teilweise) auferlegt werden, wenn sie rechtswidrig und schuldhaft die Einleitung des Verfahrens bewirkt oder dessen Durchführung erschwert hat.

417 DOMEISEN [Basler Kommentar zur StPO], N. 3 zu Art. 427 StPO.

418 Abs. 3 bestimmt weiter, dass in den Fällen, in denen die antragstellende Person im Rahmen eines durch die Staatsanwaltschaft vermittelten Vergleichs den Strafantrag zurückzieht, in der Regel der Bund oder der Kanton die Verfahrenskosten tragen. Gemäss Abs. 4 bedarf eine Vereinbarung zwischen der antragstellenden und der beschuldigten Person über die Kostentragung beim Rückzug des Strafantrags der Genehmigung der Behörde, welche die Einstellung verfügt. Die Vereinbarung darf sich nicht zum Nachteil des Bundes oder des Kantons auswirken. Die Kostentragung im Rechtsmittelverfahren ist schliesslich in Art. 428 StPO geregelt.

419 Siehe oben, Ziff. III.3.1.5 und Ziff. 3.1.6.

eines Strafverfahrens gegen die mutmassliche Täterschaft eingeht. Art. 433 Abs. 1 StPO bestimmt, dass die Privatklägerschaft gegenüber der beschuldigten Person Anspruch auf angemessene Entschädigung für notwendige Aufwendungen im Verfahren hat, wenn sie obsiegt (lit. a) oder die beschuldigte Person nach Art. 426 Abs. 2 StPO kostenpflichtig ist. Laut Abs. 2 muss die Entschädigungsforderung der Privatklägerschaft bei der Strafbehörde beantragt, beziffert und belegt werden. Ansonsten tritt die Strafbehörde auf den Antrag nicht ein. Unter Obsiegen der Privatklägerschaft wird „die Verurteilung der beschuldigten Person und/oder Obsiegen der Privatklägerschaft verstanden".[420] „Die Entschädigungspflicht begrenzt sich auf den nötigen Aufwand".[421]

Auf der anderen Seite hat die obsiegende beschuldigte Person gemäss Art. 432 Abs. 1 StPO gegenüber der Privatklägerschaft Anspruch auf angemessene Entschädigung für die durch die Anträge im Zivilpunkt verursachten Aufwendungen. Ein Obsiegen der beschuldigten Person ist dann gegeben, „wenn das Gericht die Zivilklage zunächst als spruchreif betrachtet, im Urteil jedoch abgewiesen hat" (Art. 126 Abs. 1 StPO).[422] Falls die beschuldigte Person bei Antragsdelikten im Schuldpunkt obsiegt, so können gemäss Art. 432 Abs. 2 StPO die antragstellende Person, sofern diese mutwillig oder grob fahrlässig die Einleitung des Verfahrens bewirkt oder dessen Durchführung erschwert hat, oder die Privatklägerschaft verpflichtet werden, der beschuldigten Person die Aufwendungen für die angemessene Ausübung ihrer Verfahrensrechte zu ersetzen.

3.4.8. Zugang zur Prozesskostenhilfe

Gemäss Art. 136 Abs. 1 StPO gewährt die Verfahrensleitung der Privatklägerschaft für die Durchsetzung ihrer Zivilansprüche ganz oder teilweise die unentgeltliche Rechtspflege, wenn die Privatklägerschaft nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und die Zivilklage nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Die Privatklägerschaft muss also bedürftig sein und die Zivilklage darf nicht aussichtslos erscheinen. „Der Anwendungsbereich der unentgeltlichen Rechtspflege zugunsten der Privatklägerschaft ist auf die Durchsetzung der mit der Straftat konnexen privatrechtlichen Ansprüche beschränkt", wobei „der Rechtsbeistand auch für Tätigkeiten im Strafpunkt gestellt und entschädigt werden [kann], wenn die Privatklägerschaft Zivilklage erhebt". Es besteht dagegen „kein Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung, wenn sich die Privatklägerschaft ausschliesslich im Strafpunkt beteiligt".[423] Art. 136 Abs. 2 StPO bestimmt, dass die unentgeltliche Rechtspflege die Befreiung von Vorschuss- und Sicherheitsleistungen (lit. a) und der Verfahrenskosten (lit. b) sowie die Bestellung eines Rechtsbeistandes, wenn dies zur Wahrung der Rechte der Privatklägerschaft notwendig ist, umfasst.

---

420 WEHRENBERG/BERNHARD [Basler Kommentar zur StPO], N. 6 zu Art. 433 StPO.

421 Ibid., N. 10.

422 Dasselbe gilt für den Rückzug der Zivilklage, WEHRENBERG/BERNHARD [Basler Kommentar zur StPO], N. 5 f. zu Art. 432 StPO. Wenn das Gericht die Zivilklage auf den Zivilweg verweist, sind die „ausschliesslich mit der Zivilklage zusammenhängenden Anwaltskosten oder anderweitige Auslagen der Privatklägerschaft, die einzig den Zivilpunkt betreffen", im Zivil- und nicht im Strafverfahren zu entschädigen, BGE 139 IV 102 E. 4.4 S. 109.

423 Mazzucchelli/Postizzi [Basler Kommentar zur StPO], N. 4 ff. zu Art. 136 StPO.

3.4.9. Frist zur Anhebung eines Verfahrens

Art. 31 StGB bestimmt, dass bei Antragsdelikten das Antragsrecht nach Ablauf von drei Monaten erlischt. Die Frist beginnt mit dem Tag, an welchem der antragsberechtigten Person der Täter bekannt wird. Ansonsten gibt es im Strafprozessrecht – ausser bei den Fristen zur Erhebung von Rechtsmitteln – keine Fristen zur Anhebung eines Verfahrens. Vorbehalten bleiben jedoch sowohl bei Antrags- als auch bei Offizialdelikten die relativen und absoluten Verjährungsfristen gemäss den einschlägigen materiell-rechtlichen Bestimmungen.

3.4.10. Verfahrensdauer

Wie bereits bei den Ausführungen zum Zivil- und zum Verwaltungsverfahren ausgeführt worden ist, gibt es auch im Strafprozessrecht keine festen Fristen zur Erledigung eines Verfahrens. Gewisse diesbezügliche Leitlinien ergeben sich jedoch aus dem Anspruch auf ein gerechtes Verfahren gemäss Art. 29 Abs. 1 BV. „Zur Garantie eines gerechten Verfahrens (…) zählen der ausdrückliche Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist und das Verbot der Rechtsverzögerung“, welche für „sämtliche Rechtsbereiche und alle Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsbehörden aus Art. 29 Abs. 1 [BV] (…) sowie für zivilrechtliche Streitigkeiten und Strafverfahren aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK und für Strafverfahren aus Art. 14 Ziff. 3 lit. c UNO-Pakt II“ gelten.[424]

3.4.11. Wirksame, verhältnismässige und generalpräventive Rechtsbehelfe (Sanktionen)

Gemäss der EU-Studie sind die typischen strafrechtlichen Sanktionen Freiheits- und Geldstrafen.[425] Das StGB sieht als Sanktionen grundsätzlich die Geldstrafe, gemeinnützige Arbeit und die Freiheitsstrafe (Art. 34 ff. StGB) vor. Die mildeste Form ist die Geldstrafe, die zwischen mind. CHF 1-. und maximal CHF 1‘080‘000.- betragen kann.[426] Die strengste Sanktion ist dagegen die Freiheitsstrafe, die „in erster Linie für schwerwiegende Sanktionen [vorgesehen ist].[427] Die Höchststrafe beträgt 20 Jahre. Wo es das Gesetz ausdrücklich bestimmt, dauert die Freiheitsstrafe lebenslänglich (Art. 40 StGB).[428] Diese Sanktionen können unbedingt, bedingt oder teilbedingt ausgesprochen werden (Art. 42 ff. StGB). Die Strafzumessung erfolgt dabei nach dem Verschulden des Täters (Art. 47 StGB). Weiter sind therapeutische Massnahmen und die Verwahrung als Massnahmen vorgesehen (Art. 56 ff. StGB).

Bei den bereits angesprochenen, im Zusammenhang mit Diskriminierung im strafrechtlichen Kontext wichtigen Bestimmungen,[429] sind als Sanktion bei der *Rassendiskriminierung* (Art. 261bis StGB) eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder eine Geldbusse vorgesehen. Bei *häuslicher Gewalt* sind folgende Sanktionen vorgesehen:

---

424 STEINMANN, St. Galler Kommentar zu Art. 29 BV, N. 22.

425 EU-Studie, S. viii.

426 Das Gesetz legt keinen Mindestsatz fest, das Minimum wird jedoch „aus praktischen und aus Gründen der Ernsthaftigkeit (…) bei einem Franken angesetzt“. Der Maximalbetrag ergibt sich aus der Multiplikation der maximalen 360 Tagessätze (Art. 34 Abs. 1 StGB) mit dem Tageshöchstsatz von CHF 3‘000.- (Art. 34 Abs. 2 StGB). Trechsel/Keller [Praxiskommentar zum StGB], N. 5 zu Art. 34 StGB.

427 TRECHSEL/KELLER [Praxiskommentar zum StGB], N. 1 zu Art. 40 StGB.

428 Als weitere Sanktion ist die gemeinnützige Arbeit vorgesehen. Gemäss Art. 37 Abs. 1 StGB kann das Gericht mit Zustimmung des Täters an Stelle einer Freiheitsstrafe von weniger als sechs Monaten oder einer Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen gemeinnützige Arbeit von höchstens 720 Stunden anordnen.

429 Siehe oben, Ziff. III.3.4.

- Einfache Körperverletzung (Art. 123 Ziff. 2 Abs. 3-5 StGB): Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe;
- Wiederholte Tätlichkeiten (Art. 126 Abs. 2 lit. b, b^{bis} und c StGB): Busse;
- Drohung (Art. 180 Abs. 2 StGB): Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe;
- Sexuelle Nötigung (Art. 189 StGB): Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe;
- Vergewaltigung (Art. 190 StGB) in Ehe und Partnerschaft: Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren (Grundtatbestand gemäss Abs. 1) bzw. bei qualifizierter Vergewaltigung (Abs. 3) eine Freiheitsstrafe nicht unter 3 Jahren.

Die im schweizerischen Strafrecht vorgesehenen Sanktionsarten sind somit grundsätzlich mit jenen vergleichbar, die im Rahmen der EU-Studie analysiert worden sind (namentlich Geld- und Freiheitsstrafen). Siehe betreffend das Ausmass der Sanktionen die Ausführungen in Teilstudie 6., Kap. II.2.4.

Verfahrensgegenstand	Strafprozessordnung/Strafgesetzbuch
Einleitung der Strafverfolgung	I.d.R. von Amtes wegen (Art. 7 StPO); bei Antragsdelikten auf Antrag des dazu Berechtigten (Art. 30 Abs. 1 StGB i.V.m. Art. 303 Abs. 1 StPO); Anzeigerecht für jedermann gemäss Art. 301 Abs. 1 StPO.
Opferrechte/Stellung der Privatklägerschaft	Definition Opfer in Art. 116 Abs. 1 StPO; Spezielle Rechte gemäss Art. 117 StPO; Definition Privatklägerschaft in Art. 118 Abs. 1 StPO; Konstitution der Opfer oder sonstiger Geschädigter als Privatkläger/in bis zum Abschluss des Vorverfahrens möglich (Art. 118 Abs. 3 StPO). Konstitution im Straf- und/oder im Zivilpunkt (Art. 119 Abs. 2 StPO).
Verbandslegitimation	Keine Parteirechte für Verbände, da die Staatsanwaltschaft allgemeine, überindividuelle Rechte wahrt und i.d.R. von Amtes wegen tätig wird (Ausnahme: Antragsdelikte).
Verhandlungs-/ Untersuchungsgrundsatz	Im Rahmen der adhäsionsweisen Geltendmachung von Zivilansprüchen durch die Privatklägerschaft gilt der Untersuchungsgrundsatz.
Beweislasterleichterung	Die Konstituierung als Privatklägerschaft vorausgesetzt sind die Zivilansprüche beweismässig von Amtes wegen abzuklären (Art. 313 StPO); gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. e StPO Recht zum Stellen von Beweisanträgen.
Verfahrenskosten	Angeschuldigte Person trägt bei einer Verurteilung die Verfahrenskosten (Verschuldensprinzip, Art. 426 Abs. 1 StPO). Die Privatklägerschaft hat namentlich bei Verfahrenseinstellung und Freispruch des Angeklagten die von ihr verursachten Kosten zu tragen (Art. 427 StPO).
Kosten Prozessvertretung	Entschädigungsanspruch der Privatklägerschaft, wenn sie obsiegt oder im Fall von Art. 426 Abs. 2 StPO (Art. 433 Abs. 1 StPO).
Zugang Prozesskostenhilfe	Bedürftigkeit der Privatklägerschaft und keine Aussichtslosigkeit der Zivilansprüche (Art. 136 Abs. 1 StPO).
Frist Anhebung Verfahren	Bei Antragsdelikten 3 Monate (Art. 31 StGB); Sowohl bei Antrags- als auch bei Offizialdelikten sind die relativen und absoluten Verjährungsfristen gemäss dem materiellen Recht zu beachten.
Verfahrensdauer	I.d.R. keine gesetzliche Regelung; Art. 29 BV: Behandlung innert angemessener Frist / Verbot der Rechtsverzögerung.
Sanktionen	Geldstrafe (max. CHF 1‘080‘000.-, Art. 34 StGB), gemeinnützige Arbeit (höchstens 720 Stunden, Art. 37 StGB) und Freiheitsstrafe (max. 20 Jahre bzw. lebenslänglich, Art. 40 StGB); Sanktionen können unbedingt, teilbedingt oder bedingt ausgesprochen werden. Zudem therapeutische Massnahmen und Verwahrung (Art. 56 StGB).

Tabelle 6: Übersicht der untersuchten Verfahrensgegenstände im Strafprozessrecht

3.5. Mehrfachdiskriminierung und verfahrensrechtliche Schwierigkeiten

Nicht nur in materiell-rechtlicher, sondern auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht kann die Thematik der Mehrfachdiskriminierung zu Problemen führen, die für den Zugang zur Justiz für von Diskriminierung betroffene Personen zentral sein können. Die bei den Erläuterungen zum materiellen Recht oben Ziff. II.5 erwähnten unterschiedlichen Schutzstandards sind nicht nur für das materielle Diskriminierungsrecht, sondern auch hinsichtlich des Verfahrensrechts von Bedeutung. Aufgrund der je nach Lebenssachverhalt unterschiedlich ausgestalteten prozessualen Verfahrenserleichterungen der verschiedenen Rechtsgrundlagen führt dies zu unterschiedlichen Ausgangslagen und Prozesschancen:

Wie der Übersicht der untersuchten Verfahrensgegenstände im Zivilprozessrecht (Tabelle 3) entnommen werden kann, gilt bspw. bei Miete und Pacht und in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten bis CHF 30‘000.- sowie in Verfahren gemäss GlG der abgeschwächte Untersuchungsgrundsatz, in Verfahren gemäss BehiG dagegen der (volle) Verhandlungsgrundsatz. Ein weiteres Beispiel ist die Beweislastverteilung: Im GlG genügt die Glaubhaftmachung (Art. 6 GlG), im Arbeits- und Mietrecht gemäss OR und im BehiG gibt es dagegen keine Beweislasterleichterungen (es gilt Art. 8 ZGB).[430] Bei missbräuchlichen Kündigungen im Arbeits- und Mietrecht gemäss OR sowie bei Ablehnung einer Anstellung oder bei diskriminierenden Kündigungen im GlG bestehen Fristen zur Anhebung eines Verfahrens, nicht jedoch im BehiG. Und schliesslich sind die im Arbeits- und Mietrecht sowie die im BehiG vorgesehenen Sanktionen sehr schwach ausgestaltet, im Mietrecht besteht dagegen in dieser Hinsicht keine besondere gesetzliche Regelung. Auf welches Persönlichkeitsmerkmal beruft sich aus dieser Perspektive bspw. eine behinderte junge Frau, die bei ihrer Arbeit in der Bundesverwaltung aufgrund verschiedener Faktoren eine Lohndiskriminierung erfährt? In verfahrensrechtlicher Hinsicht drängt es sich aus strategischer Sicht für eine mehrfach diskriminierte Person (bzw. für deren Rechtsvertreter) auf, sich auf jenes Persönlichkeitsmerkmal zu berufen, dessen Durchsetzungsmechanismen am griffigsten und deshalb am erfolgsversprechenden sind.

Weiter stellt sich im Zusammenhang mit der erleichterten Beweislastverteilung im GlG etwa die Frage, ob diese nicht auch zu einer Hürde werden kann, insbesondere bei intersektioneller Diskriminierung, wo nur alle Merkmale zusammen, jedoch jedes für sich allein für die Diskriminierung nicht ausschlaggebend ist. Wird bspw. eine türkische Journalistin Opfer einer Lohndiskriminierung, welche sie beim Schlichtungsverfahren glaubhaft machen kann, könnte die Gegenpartei im Rahmen der Beweislastumkehr „Schritt um Schritt nachweisen, dass das Geschlecht bei der Lohnvereinbarung nicht ausschlaggebend war“. Die Gegenpartei müsste einzig nachweisen, „dass die im selben Ressort arbeitenden Schweizer Journalistinnen gleich hohe Löhne wie die Männer erhalten“. Nur eine ausdrückliche Anerkennung der Mehrfachdiskriminierungs-Problematik im GlG könnte diese Situation ändern und die Erfolgschancen der Journalistin erhöhen, indem sie glaubhaft machen könnte, „dass die ‘‘quasi-sexistische‘‘ Komponente in Kombination mit der ‘‘quasi-rassistischen Komponente‘‘ ursächlich war für die Diskriminierung“.[431] Das GlG schützt bekanntlich nur vor Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, nicht jedoch wegen der Herkunft (Art. 3 Abs. 1 GlG). Rassistische Diskriminierung kann zwar im Rahmen des

[430] Im Verwaltungs- und im Strafprozessrecht gilt der Untersuchungsgrundsatz, Beweislasterleichterungen sind jedoch nicht vorgesehen, siehe die Ausführungen oben in den Tabellen 4 und 5.

[431] NAGUIB [Mehrfachdiskriminierung], S. 239.

Persönlichkeitsschutzes gemäss Art. 28 ZGB geltend gemacht werden, dort profitiert die Journalistin aber nicht von der Beweislasterleichterung des GlG.

Schliesslich gilt es die Frage zu klären, wie der Problematik der Mehrfachdiskriminierung gesetzgeberisch am besten begegnet werden kann. Für die von Diskriminierung betroffenen Personen wäre es am günstigsten, wenn sie sämtliche sie betreffenden Rechtsverstösse im jeweiligen Verfahren mit für alle Rügen gleichen und möglichst umfassenden Verfahrenserleichterungen geltend machen könnten. Heute kann z.B. im Schlichtungsverfahren gemäss GlG nur Geschlechterdiskriminierung angerufen werden. Im anschliessenden Zivilprozess kann die betroffene Frau zwar durchaus eine Diskriminierung wegen eines weiteren Grundes gemäss Art. 28 ZGB geltend machen, dabei aber nicht von den Verfahrenserleichterungen des GLG profitieren.

IV. GESAMTFAZIT UND PROBLEMBEREICHE

Das Ziel der nachfolgenden Ausführungen besteht in einer komprimierten Darstellung der wesentlichen im Rahmen der vorliegenden Teilstudie herausgearbeiteten Problemfelder.

MATERIELLES RECHT

Im Bereich der materiell-rechtlichen Bestimmungen ist die Schweiz zahlreiche *völkerrechtliche Verpflichtungen* zum Schutz vor Diskriminierung eingegangen, namentlich die Bestimmungen in den beiden UNO-Pakten und der EMRK sowie verschiedene spezialvertragliche Instrumente zum Menschenrechtsschutz, ILO-Übereinkommen und das Freizügigkeitsabkommen mit der EU zum Schutz vor Diskriminierung im Arbeitsmarkt. Eine Lücke im Rechtsschutz ergibt sich u.a. durch den Vorbehalt zu Art. 26 UNO-Pakt II und aufgrund der Nichtanerkennung des 12. ZP zur EMRK: Die Anerkennung dieser selbstständigen Diskriminierungsverbote würden die Überprüfung grundrechtswidriger Bundesgesetze durch das Bundesgericht ermöglichen, was heute aufgrund des Anwendungsgebots von Art. 190 BV nicht möglich ist.

Auf *Verfassungsstufe* orientiert sich der in Art. 8 BV festgehaltene Gleichbehandlungs- und Diskriminierungsschutz weitgehend an den bestehenden völkerrechtlichen Gleichbehandlungs- und Diskriminierungsverboten und entspricht insofern weitgehend den international üblichen Standards. Zudem sind Grundrechte gemäss Art. 35 BV in der ganzen Rechtsordnung zu berücksichtigen, und zwar sowohl in der Rechtsetzung als auch in der Rechtsanwendung. Darüber hinaus können Grundrechte gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Richtschnur dafür sein, was im Verhältnis zwischen Privaten zulässig ist und was nicht. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Schweizer Verfassung grundsätzlich über die nötigen rechtlichen Grundlagen und Mechanismen verfügt, um in der Rechtsordnung insgesamt und im Verhältnis zwischen Privaten im Speziellen einen angemessenen Schutz vor Diskriminierung zu gewährleisten. Andererseits ist fraglich, in welchem Ausmass diese Rechtsgrundlagen in der Praxis auch konsequent angewendet werden, handelt es sich doch um relativ komplexe Rechtsmechanismen, deren Anwendung in der Praxis Mühe bereiten kann, sofern sie denn überhaupt bekannt sind. Diese Frage ist im Rahmen der Analyse der Rechtsprechung in Teilstudie 8 geklärt worden.

Der spezialgesetzliche Diskriminierungsschutz beschränkt sich im schweizerischen Recht auf das Gleichstellungsgesetz, das Behindertengleichstellungsgesetz und die Rassismusstrafnorm. Der Diskriminierungsschutz im Gleichstellungsgesetz ist weitgehend auf das Erwerbsleben beschränkt und gemäss dem Behindertengleichstellungsgesetz trifft private Anbieterinnen und Anbieter keine Pflicht, ihre Dienstleistungen an die Bedürfnisse von Menschen mit Behinderung anzupassen. Bei der Rassismusstrafnorm können nur Rechtsverstösse gegen Individuen zur Rechenschaft gezogen werden – rechtlich relevante rassistische Diskriminierungen gegenüber Gruppen können jedoch nicht geltend gemacht werden. Die erwähnten Gesetze haben zudem in verfahrensrechtlicher Hinsicht einige Schwachpunkte, die bei den Schlussfolgerungen zum Verfahrensrecht thematisiert werden.

Im schweizerischen Privatrecht gibt es verschiedene für den Diskriminierungsschutz bedeutende *Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe,* nämlich das Prinzip von Treu und Glauben, das Rechtsmissbrauchsverbot, der Schutz vor übermässiger Bindung, die Schranken der Vertragsfreiheit und der Schutz der Persönlichkeit. Diese Grundsätze sind in verschiedener Ausprägung im Arbeits- und im Mietrecht verankert und haben grundsätzlich das Potenzial, Schutz vor Diskriminierungen zu gewährleisten, wenn auch verschiedene, bei den Ausführungen zum Ver-

fahrensrecht näher erläuterte Schwachstellen bestehen. Beim Diskriminierungsschutz in den übrigen Lebensbereichen stösst das Prinzip der Vertragsfreiheit dort an seine Grenzen, wo vertragliche Abmachungen gegen die öffentliche Ordnung, die guten Sitten oder die Persönlichkeit verstossen. Diese Aussage gilt für den Diskriminierungsschutz im Allgemeinen und für die untersuchten Bereiche Kranken- und Motorhaftpflichtversicherung und die Diskriminierung im Freizeitverhalten. Unter gewissen Voraussetzungen bejaht das Bundesgericht gestützt auf das Verbot sittenwidrigen Verhaltens sogar eine Kontrahierungspflicht. Auch hier ist fraglich, in welchem Ausmass diese teilweise komplexen und nicht jedermann bekannten Rechtsgrundlagen in der Praxis auch konsequent angewendet werden. Die Analyse der Rechtsprechung in Teilstudie 8 gibt hierzu Auskunft.

Der komplexen Problematik der *Mehrfachdiskriminierung* vermag die heutige Rechtslage nicht zu genügen. In der Lehre wurde das Thema bisher kaum explizit vertieft behandelt und auch das Bundesgericht anerkennt Mehrfachdiskriminierung nicht explizit als solche. Problematisch sind zudem die unterschiedlichen rechtlichen Schutzstandards für die verschiedenen Diskriminierungsbereiche (etwa Geschlecht oder Behinderung), und zwar insbesondere in Fällen von intersektorieller Diskriminierung, wo das gleichzeitige Vorliegen verschiedener Persönlichkeitsmerkmale für die Diskriminierung ausschlaggebend ist.

BESTEHENDE INSTITUTIONEN

Die Schweiz verfügt über verschiedene staatliche *Institutionen*, die Zugang zur Recht schaffen können oder mittelbar einen Beitrag dazu leisten. Die Mandate sowie die personellen und finanziellen Mittel dieser Institutionen sind allerdings sehr heterogen. Im Bereich der *Gleichstellung von Frau und Mann* sind die wichtigsten Ansprechpartner für Opfer von Diskriminierung die kantonalen und kommunalen Gleichstellungsbüros, da diese Einzelfallberatung anbieten. In Bezug auf den Diskriminierungsschutz ist in diesem Zusammenhang jedoch problematisch, dass offenbar nur eine Minderheit der dort beschäftigten Personen über juristisches Fachwissen verfügt. Auf Bundesebene ist der zentrale Akteur das EBG, das sich in struktureller Hinsicht für die Förderung der Gleichstellung der Geschlechter in allen Lebenslagen einsetzt. Weiter mit dieser Thematik befasst ist zudem die Eidgenössische Kommission für Frauenfragen EKF.
Im Bereich der *Gleichstellung von Menschen mit Behinderung* ist das EBGB der zentrale Akteur auf Bundesebene. Neben Informations- nimmt das EBGB auch Beratungsaufgaben wahr und schlägt Massnahmen zur Verbesserung des Status quo vor. Zudem gibt es auf kantonaler Ebene zahlreiche Anlaufstellen zur Behinderungsthematik.

In den Bereichen *Familie und Kinder* setzen sich die beiden ausserparlamentarischen Kommissionen EKFF und EKKJ für die Interessen dieser Gruppen ein, sind aber kein direkter Ansprechpartner für Einzelpersonen.

Im Bereich *Rassismus* verfügt die EKR über ein breites Mandat und „(…) fördert eine bessere Verständigung zwischen Personen unterschiedlicher Rasse, Hautfarbe, nationaler und ethnischer Herkunft, Religion, bekämpft jegliche Form von direkter und indirekter Rassendiskriminierung und schenkt einer wirksamen Prävention besondere Beachtung“. In diesem Zusammenhang erteilt sie Opfern von rassistischen Diskriminierungen auch Rechtsauskünfte. Die FRB ist dagegen zuständig für die Gestaltung, Unterstützung und Koordination der Prävention von Rassismus und der Förderung der Menschenrechte und agiert im Vergleich zur EKR eher im Hintergrund. Sie erarbeitet und erstellt namentlich Informationsmaterial betreffend die rechtlichen Grundlagen und Mechanismen für Diskriminierungsopfer. Im Rahmen der seit dem 1. Januar 2014 bestehenden

kantonalen Integrationsprogramme (KIP), in welchem sämtliche „Massnahmen der spezifischen Integrationsförderung gebündelt werden“, wurden zudem in jedem Kanton Beratungsstellen geschaffen, die sich auch mit der Rassismusbekämpfung befassen.

Im Bereich *Migration* berät die EMK den Bundesrat und die Verwaltung in Migrationsfragen und veröffentlicht Berichte und dergleichen.

In der Schweiz gibt es keine nationale *Ombudsstelle*, die sich mit Problemen genereller Art befasst. Auf kantonaler und kommunaler Ebene gibt es dagegen insgesamt 10 solcher Institutionen, nämlich in den Kantonen Basel-Landschaft, Basel-Stadt, Waadt, Zug und Zürich sowie in den Städten Bern, Rapperswil-Jona, St. Gallen, Winterthur und Zürich. Der niederschwellige Zugang und die Kostenlosigkeit stellen einen grossen Vorteil dieser Institutionen dar und können den Zugang zur Justiz faktisch erleichtern. Ombudsstellen stehen zudem insbesondere auch sozial Benachteiligten offen und können formlos kontaktiert werden, weshalb sie namentlich im Diskriminierungsbereich von zentraler Bedeutung für den Zugang zum Recht und die Durchsetzung von Rechtsansprüchen sind. Zwar gibt es bspw. im Bereich Rassismusbekämpfung mit der EKR einen nationalen Akteur, der in diesem Feld Rechtsauskünfte gibt, aber keine Einzelfallberatung macht. Dies vermag das Fehlen einer nationalen, mit einem breiten Mandat ausgestatteten allgemein tätigen Ombudsstelle jedoch nicht zu kompensieren.

Schliesslich gibt es in der Schweiz ein Netz an Opferhilfe-Beratungsstellen, die Personen, welche durch eine Straftat in ihrer körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden sind, unentgeltliche persönliche Beratungsgespräche anbieten. Die Beratung kann telefonisch oder im Rahmen einer persönlichen Beratung in der Beratungsstelle in Anspruch genommen werden. Es handelt sich somit um ein sehr niederschwelliges, für jedermann zugängliches Angebot.

AUSSERGERICHTLICHE UND GERICHTLICHE STREITBELEGUNGSMÖGLICHKEITEN

In der Schweiz gibt es verschiedene *aussergerichtliche Streitbeilegungsmöglichkeiten,* wobei der *Schlichtungsversuch* im Zivilrecht die bedeutendste darstellt. Dieser ist grundsätzlich obligatorisch durchzuführen. Die Klageeinleitung ist im Vergleich zum ordentlichen Gerichtsverfahren relativ einfach und bewirkt insbesondere eine Verjährungsunterbrechung. Weitere, im Zusammenhang mit der Diskriminierungsproblematik weniger wichtige aussergerichtliche Streitbeilegungsmöglichkeiten sind die *Mediation*, die sowohl im Schlichtungs- als auch im Entscheidungsverfahren durchgeführt werden kann sowie das *Schiedsverfahren.*

Die *ordentlichen Gerichtsverfahren* sind in Zivilsachen in der eidgenössischen Zivilprozessordnung geregelt und werden durch eine Klage eingeleitet. Im *Verwaltungsprozessrecht* braucht es in der Bundesrechtspflege zum Führen eines Verwaltungsbeschwerde- oder Verwaltungsjustizverfahrens in der Regel eine Verfügung als Anfechtungsobjekt, das Klageverfahren ist dagegen die Ausnahme. Im *Strafprozessrecht* erfolgt die Einleitung der Strafverfolgung schliesslich durch eine Strafanzeige, einen Strafantrag einer verletzten Person oder durch die Strafverfolgungsbehörden selbst und richtet sich nach den Regeln der eidgenössischen Strafprozessordnung.

VERFAHRENSRECHT

Im *Zivilprozessrecht* entsprechen verschiedene der untersuchten Verfahrensgegenstände soweit ersichtlich den international gängigen Standards. In den untersuchten Rechtsbereichen des Arbeits- und Mietrechts sowie im Gleichstellungs- und im Behindertengleichstellungsgesetz trifft

dies etwa auf die Voraussetzungen der Klagebefugnis, den Verzicht auf die Erhebung von Verfahrenskosten oder Kosten für die Prozessvertretung im Schlichtungsverfahren und auf den Zugang zur Prozesskostenhilfe zu.

Auf der anderen Seite gibt es in zahlreichen Bereichen Probleme: Im BehiG gilt im Gegensatz zum GlG und zum Arbeits- und Mietrecht, wo der „abgeschwächte Untersuchungsgrundsatz" zur Anwendung gelangt und das Gericht eine Mitverantwortung für die Erstellung des Sachverhaltes trägt und nicht an die Parteibegehren gebunden ist, der *Verhandlungsgrundsatz*, der das Gericht namentlich an die Vorbringen der Parteien bindet. Dies entspricht nicht den Standards im EU/EWR-Raum, die im Diskriminierungsbereich fordern, dass das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellen muss. Zudem ist aus dem Schutzgedanken der infolge Behinderung potenziell diskriminierten Personen nicht einzusehen, weshalb im BehiG etwas anderes gelten sollte als in den anderen Erlassen. Ein weiteres Problem stellt die *Beweislastverteilung* im Arbeits- und Mietrecht gemäss OR sowie im BehiG dar, die nach der normalen Beweislastverteilung, wie sie im ZGB statuiert ist, geregelt ist. Danach hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Darüber hinaus gilt die Beweislasterleichterung des GlG auch innerhalb des GlG, nämlich für die Bereiche sexuelle Belästigung und Diskriminierung bei der Anstellung, nicht. Dies bedeutet für von Diskriminierung betroffene Personen eine Verschlechterung ihrer prozessualen Stellung und entspricht nicht den Standards, die im Rahmen der EU-Studie ermittelt worden sind. Bei den *Verfahrenskosten* sollten im Mietrecht in diskriminierungsrechtlichen Fällen auch in Entscheidverfahren keine Gerichtskosten gesprochen werden, da eine gegenteilige Regelung gemäss der EU-Studie für Diskriminierungsopfer einen hauptsächlichen Hinderungsgrund darstellt, ihre Rechte vor Gericht geltend zu machen. Gemäss der heutigen Regelung werden die Kosten für die Prozessvertretung in Entscheidverfahren der unterliegenden Partei auferlegt, was für die von Diskriminierung betroffenen Personen ein erhebliches finanzielles Risiko bedeutet und sie von der Geltendmachung ihrer Ansprüche abhalten kann. Im Bereich der Fristen zur Anhebung eines Verfahrens ist im Arbeitsrecht festgehalten, dass gegen eine missbräuchliche Kündigung bis zum Ende der Kündigungsfrist, schriftlich Einsprache zu erheben ist. Im Mietrecht muss eine missbräuchliche Kündigung innert 30 Tagen nach Empfang derselben bei der Schlichtungsbehörde angefochten werden. Im GlG bestehen verschiedene solche Fristen, so eine dreimonatige Frist zur Geltendmachung von Entschädigungen aufgrund einer Diskriminierung durch Ablehnung einer Anstellung oder durch Kündigung eines obligationenrechtlichen Arbeitsverhältnisses (Art. 8 Abs. 2 GlG). Weiter muss bei Rachekündigungen die Anfechtung der Kündigung beim Gericht vor Ende der Kündigungsfrist verlangt werden, damit die entsprechenden Rechte geltend gemacht werden können. Gemäss der EU-Studie sollten diese Fristen nicht ungünstiger sein als die Fristen zur Einleitung ähnlicher Verfahren in anderen Bereichen und dürfen die tatsächliche Ausübung der Rechte nicht unmöglich werden lassen. Probleme verschiedener Art bestehen schliesslich auch im Bereich der Sanktionen: Bei missbräuchlichen Kündigungen im Arbeitsrecht besteht eine Entschädigungsobergrenze von lediglich sechs Monatslöhnen, bei Entschädigungen nach GlG drei (bei Diskriminierungen in der Ablehnung einer Anstellung) bzw. sechs Monatslöhne (bei Diskriminierung in der Kündigung eines obligationenrechtlichen Arbeitsverhältnisses), was auf jeden Fall bei geringen Einkommen problematisch ist. Im BehiG besteht bei Diskriminierungen durch Private gar lediglich eine Entschädigungsobergrenze von CHF 5'000.-. Gemäss der EU-Studie ist es bei zivilrechtlichen Sanktionen zentral, dass keine Entschädigungsobergrenzen festgelegt werden, da diese einem wirksamen Rechtsbehelf entgegenstehen. Damit entsprechen die Sanktionen in den untersuchten zivilrechtlichen Bereichen den in der EU-Studie geforderten Kriterien nach wirksamen, verhältnismässigen und abschreckenden Rechtsbehelfen nicht.

Im *Verwaltungsprozessrecht* sind soweit ersichtlich, die meisten allgemeinen prozessualen Regeln der schweizerischen Bundesrechtspflege und analoger kantonaler Regelungen mit den im Rahmen der EU-Studie erarbeiteten Standards kompatibel. Für von Diskriminierung betroffene Personen kann die Beweislastverteilung ein Problem darstellen, da diesbezüglich keine Verfahrenserleichterungen vorgesehen sind und somit stets der volle Beweis im Sinne von Art. 8 ZGB zu erbringen ist. Weiter problematisch sind die im BPG vorgesehenen Entschädigungen, die zwischen sechs Monatslöhnen bis maximal einem Jahreslohn betragen und deren Bemessung sich nach dem Monatslohn richtet. Die Berechnung der Entschädigung aufgrund des Monatslohnes ist zumindest bei geringen Einkommen nicht sachgerecht und die Entschädigungsobergrenze von einem Jahr entfaltet keine abschreckende Wirkung. Die entsprechenden Bestimmungen erfüllen die Kriterien der EU-Studie nach wirksamen, verhältnismässigen und abschreckenden Rechtsbehelfen deshalb nicht.

Im *Strafprozessrecht* sind die meisten prozessualen Regeln der schweizerischen Strafprozessordnung soweit ersichtlich, mit den im Rahmen der EU-Studie erarbeiteten Standards kompatibel. Für von Diskriminierung betroffene Personen kann das Kostenrisiko problematisch sein, wenn sie sich als Privatkläger konstituieren wollen und nicht in den Genuss von unentgeltlicher Rechtspflege kommen: Die Verfahrenskosten werden nach dem Verschuldensprinzip auferlegt und die Kosten der Prozessvertretung werden grundsätzlich im Falle des Obsiegens entschädigt. Bei Antragsdelikten muss innerhalb von 3 Monaten seit Kenntnis des Täters Strafantrag gestellt werden. Ob die beim Rassendiskriminierungstatbestand vorgesehenen Sanktionen die Kriterien von wirksamen, verhältnismässigen und abschreckenden Rechtsbehelfen gemäss dem Massstab der EU-Studie erfüllen, wird in den Teilstudien 6 und 7 zum Thema Rassismus thematisiert. Als problematisch erachtet wird beim Rassendiskriminierungstatbestand das Fehlen jeglicher Parteirechte für Verbände, Organisationen und juristische Personen. Die fehlende Parteistellung von Verbänden, die sich für die Bekämpfung von Rassendiskriminierung einsetzen hat insbesondere zur Folge, dass diese gegen Einstellungsverfügungen der Staatsanwaltschaft keine Beschwerde erheben können.

TABELLENVERZEICHNIS

Tabelle 1: Bereichsübergreifende internationale Rechtsgrundlagen 31
Tabelle 2: Personen- und themenspezifische internationale Rechtsgrundlagen 33
Tabelle 3: Analyse der bereichsübergreifend gültigen prozessualen Vorschriften 60
Tabelle 4: Übersicht der untersuchten Verfahrensgegenstände im Zivilprozessrecht 80
Tabelle 5: Übersicht der untersuchten Verfahrensgegenstände im Verwaltungsprozessrecht 88
Tabelle 6: Übersicht der untersuchten Verfahrensgegenstände im Strafprozessrecht 97

LITERATUR- UND MATERIALIENVERZEICHNIS

LITERATURVERZEICHNIS

BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH/REGULA KÄGI-DIENER, Art. 8 Abs. 4 BV, in: Bernhard Ehrenzeller et. al., Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 3. Aufl., St. Gallen/Zürich 2014, S. 251 ff. [zit.: Bigler-Eggenberger/Kägi-Diener, St. Galler Kommentar zu Art. 8 BV, N. X].

DOMEISEN THOMAS, Art. 426 StPO, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar, Basel 2011, S. 2796 ff. [zit.: Basler Kommentar zur StPO, N. X zu Art. 426 StPO].

DOMEISEN THOMAS, Art. 427 StPO, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar, Basel 2011, S. 2822 ff. [zit.: Basler Kommentar zur StPO, N. X zu Art. 427 StPO].

EIDGENÖSSISCHE KOMMISSION GEGEN RASSISMUS EKR, Recht gegen rassistische Diskriminierung, Analyse und Empfehlungen, Stellungnahme der EKR, Bern 2010 [zit.: EKR].

FROWEIN JOCHEN ABR./PEUKERT WOLFGANG, Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl 2009.

GASSER DOMINIK/RICKLI BRIGITTE, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, Zürich/St. Gallen 2010.

HANGARTNER YVO, Diskriminierung – ein neuer verfassungsrechtlicher Begriff, ZSR 122 (2003), S. 97 ff.

HAUSAMMANN CHRISTINA, Instrumente gegen Diskriminierung im schweizerischen Recht – ein Überblick, im Auftrag des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen EBGB und der Fachstelle für Rassismusbekämpfung, Bern 2008.

JURT LUZIA/CAPLAZI ALEXANDRA, Diskriminierung: einfach – doppelt – mehrfach?, Tangram 23, 2009, S. 29 ff.

KÄLIN WALTER/EPINEY ASTRID/CARONI MARTINA/KÜNZLI JÖRG, Völkerrecht, Eine Einführung, Dritte Aufl., Bern 2010.

KÄLIN WALTER/KÜNZLI JÖRG, Universeller Menschenrechtsschutz, 3., vollständig überarbeitete und ergänzte Aufl., Helbling Lichtenhahn Verlag, Basel 2013.

KAUFMANN CLAUDIA/STEIGER-SACKMANN SABINE (HRSG.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl., Basel 2009.

KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, Grundrechte, 2. Aufl., Bern 2013.

KIENER REGINA/RÜTSCHE BERNHARD/KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, Zürich/St. Gallen 2012.

KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. vollständig überarbeitete Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013.

KÜNZLI JÖRG/KÄLIN WALTER, Die Bedeutung des UNO-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte für das schweizerische Recht, in: Walter Kälin/Giorgio Malinverni/Manfred Nowak (Hrsg.), Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. Aufl., Basel/Frankfurt am Main 1997, S. 83 ff.

LANDSHUT NATHAN, Art. 313 StPO, in: Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zürich 2010.

LIEBER VIKTOR, Art. 122 StPO, in: Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zürich 2010.

MALINVERNI GIORGIO, Les réserves de la Suisse, in: Walter Kälin/Giorgio Malinverni/Manfred Nowak (Hrsg.), Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. Aufl., Basel/Frankfurt am Main 1997, S. 100 ff.

MAZZUCCHELLI GORAN/POSTIZZI MARIO, Art. 136 StPO, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar, Basel 2011, S. 918 ff. [zit.: Basler Kommentar zur StPO, N. X zu Art. 136 StPO].

MIDDENDORF CHK-P./GROB B., Art. 2 ZGB, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 2. Aufl., Zürich 2012, N. 1 ff.

MOECKLI DANIEL, Equality and Non-Discrimination, in: Daniel Moeckli/Sangeeta Shah/Sandesh Sivakumaran (eds.), International Human Rights Law, Oxford 2010.

MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008.

NAGUIB TAREK, Diskriminierende Verweigerung des Vertragsabschlusses über Dienstleistungen Privater: Diskriminierungsschutzrecht zwischen Normativität, Realität und Idealität, AJP 2009, S. 993 ff.

NAGUIB TAREK, Mehrfachdiskriminierung: Analysekategorie im Diskriminierungsschutzrecht, SJZ 106/2010 [Mehrfachdiskriminierung], S. 233 ff.

NOVAK MANFRED, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary, 2nd revised edition, Kehl 2005.

PÄRLI KURT, Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf das Arbeitsrecht, ARV 3/2007, S. 133 ff.

PÄRLI KURT, MEHRFACHDISKRIMINIERUNG: IN DER SCHWEIZERISCHEN LEHRE UND PRAXIS NOCH KEIN THEMA, Tangram 23/2009 [zit.: Mehrfachdiskriminierung], S. 45 ff.

PÄRLI KURT, Missbräuchliche Kündigung: Sanktionen wenig abschreckend, Plädoyer 3/11, S. 33 ff. [zit.: Missbräuchliche Kündigung].

PÄRLI KURT, Urteil des Bundesgerichts 5P.97/2006 vom 1. Juni 2006, besprochen in HAVE 2007, S. 46-52.

PÄRLI KURT, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des europäischen Gemeinschaftsrechts, Habilitationsschrift der Universität St. Gallen, Bern 2009 [zit.: Vertragsfreiheit].

PETER JAMES T., Art. 197, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II, Art. 150-352 ZPO, Art. 400-406 ZPO, Bern 2012, S. 2023 ff. [zit.: Berner Kommentar].

PETER JAMES T., Vorbemerkungen zu Art. 213-218, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II, Art. 150-352 ZPO, Art. 400-406 ZPO, Bern 2012, S. 2127 ff. [zit.: Berner Kommentar].

PORTMANN WOLFGANG, Kommentar zum zehnten Titel des Schweizerischen Obligationenrechts; Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, neu bearbeitete und stark erweiterte Auflage, in: Honsel/Vogt/Wiegand (Hrsg.): Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Aufl., Basel 2007, S. 1735-2167 [zit.: N. zu Art.]

PULVER BERNHARD, Die Verbindlichkeit staatlicher Schutzpflichten – Am Beispiel des Arbeitsrechts, AJP/PJA 2005, S. 413 ff.

RIEDER ANDREAS, Form oder Effekt? Art. 8 Abs. 2 BV und die ungleichen Auswirkungen staatlichen Handelns, Diss. Bern 2002 (ASR Heft 675, Bern 2003).

RIEDO CHRISTOF, Art. 30 StGB, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Strafrecht I, Art. 1-110 StGB, Jugendstrafgesetz, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2007, S. 589 ff. [zit.: Basler Kommentar zum StGB, vor Art. 30 N. X].

RIEDO CHRISTOF/FIOLKA GERHARD, Art. 6 StPO, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar, Basel 2011, S. 73 ff. [zit.: Basler Kommentar zur StPO, Art. 6 StPO N. X].

SCHWEIZER RAINER J., Art. 35 BV, in: Bernhard Ehrenzeller et. al., Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, S. 793 ff. [zit.: Schweizer, St. Galler Kommentar zu Art. 35 BV, N. X].

SCHWEIZER RAINER J., Art. 8 BV, in: Bernhard Ehrenzeller et. al., Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 3. Aufl., St. Gallen/Zürich 2014, S. 201 ff. [zit.: Schweizer, St. Galler Kommentar zu Art. 8 BV, N. X].

SKMR, Genf oder Strassburg?, Die Rechtsprechung des UNO-Menschenrechtsausschusses und des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im Vergleich, Studie des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte zuhanden des Lenkungsausschusses EDA/EJPD, Bern 2012 [zit.: Genf oder Strassburg?].

SKMR, Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz, Eine Bestandesaufnahme im Bereich Freiheitsentzug, Polizei und Justiz, Bern 2013 [zit.: Freiheitsentzug, Polizei und Justiz].

STEINMANN GEROLD, Art. 29 BV, in: Bernhard Ehrenzeller et. al., Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, S. 640 ff. [zit.: Steinmann, St. Galler Kommentar zu Art. 29 BV, N. X].

STREIFF ULLIN/VON KÄNEL ADRIAN, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. vollständig überarbeitete und stark erweiterte Aufl., Zürich 2006.

TOBLER CHRISTA, Geschlecht, Behinderung, ethnische Zugehörigkeit - Komplexität und Konstellationen, Tangram 23 2009, S. 40 ff.

TOPHINKE ESTHER, Art. 10 StPO, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar, Basel 2011, S. 152 ff. [zit.: Basler Kommentar zur StPO, N. X. zu Art. 10 StPO].

TRANSPARENCY INTERNATIONAL SCHWEIZ (TI SCHWEIZ), „National Integrity System (NIS) Bericht“, abrufbar unter http://www.transparency.ch/de/PDF_files/Divers/NIS_Schweiz_DEF.pdf (besucht am 23.07.2015).

TRECHSEL STEFAN/JEAN-RICHARD MARC, Art. 30 StGB, in: Stefan Trechsel/Marc Pieth, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013 [zit.: Praxiskommentar zum StGB, N. X zu Art. 30 StGB].

TRECHSEL STEFAN/KELLER STEFAN, Art. 34 StGB, in: Stefan Trechsel/Marc Pieth, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013 [zit.: Praxiskommentar zum StGB, N. X zu Art. 34 StGB].

TRECHSEL STEFAN/KELLER STEFAN, Art. 40 StGB, in: Stefan Trechsel/Marc Pieth, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013 [zit.: Praxiskommentar zum StGB, N. X zu Art. 40 StGB].

WALDMANN BERNHARD, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, Habilitationsschrift der Universität Freiburg i.Ue., Bern, 2003.

WALDMANN BERNHARD, Nationalitätsbedingte Erhöhung der Autoversicherungsprämien, in: Jusletter 22. Januar 2007 [zit.: Autoversicherungsprämien].

WEHRENBERG STEFAN/BERNHARD IRENE, Art. 429 StPO, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar, Basel 2011, S. 2841 ff. [zit.: Basler Kommentar zur StPO, N. X zu Art. 429 StPO].

WEHRENBERG STEFAN/BERNHARD IRENE, Art. 432 StPO, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar, Basel 2011, S. 2863 ff. [zit.: Basler Kommentar zur StPO, N. X zu Art. 432 StPO].

WEHRENBERG STEFAN/BERNHARD IRENE, Art. 433 StPO, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar, Basel 2011, S. 2868 ff. [zit.: Basler Kommentar zur StPO, N. X zu Art. 433 StPO].

AMTLICHE PUBLIKATIONEN

AMHERD VIOLA, Motion 12.36.23 vom 15. Juni 2012 „Ratifizierung des dritten Fakultativprotokolls zur Uno-Kinderrechtskonvention“.

BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes, Synthesebericht, abrufbar unter http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/staat_buerger/gleichstellung/syntheseber-gleichstellung-d.pdf (besucht am 28.08.2013).

EIDGENÖSSISCHES BÜRO FÜR DIE GLEICHSTELLUNG VON FRAU UND MANN (EGB), Häusliche Gewalt in der Schweizer Gesetzgebung, Informationsblatt Nr. 11, Bern 2013 [zit.: Informationsblatt Nr. 11].

EIDGENÖSSISCHES BÜRO FÜR DIE GLEICHSTELLUNG VON FRAU UND MANN (EGB), Häusliche Gewalt in der Schweizer Gesetzgebung, Informationsblatt Nr. 12, Bern 2012 [zit.: Informationsblatt Nr. 12].

EUROPÄISCHE KOMMISSION, Studie „Access to justice in gender equality and anti-discrimination law" [EU-Studie], abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/-conference_sept_2011/final_report_access_to_justice_final_en.pdf (besucht am 12. Juli 2013).

NABHOLZ LILI, Motion 03.3142 vom 21.03.2003.

NAEF MARTIN, Postulat 12.3543 vom 14.06.2012 „Bericht zum Recht auf Schutz vor Diskriminierung".

SCHWAAB JEAN JAQUES, Motion 00.3268 vom 13. Juni 2000.

TEUSCHER FRANZISKA, Anfrage 12.1071 vom 15.6.2012.

NORMTEXTE

Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (mit Anhängen, Prot. und Schlussakte) (FZA; SR 0.142.112.681).

Afrikanische Charta der Rechte der Menschen und Völker vom 27. Juni 1981 (AfCRMV).

Amerikanische Menschenrechtskonvention vom 22. November 1969 (AMRK).

Arabische Charta der Menschenrechte vom 23. Mai 2004 (ArCMR).

Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG; SR 173.32).

Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG; SR 241).

Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 (VVG; SR 221.229.1).

Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (AHVG; SR 831.10).

Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1).

Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG; SR 151.3).

Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110).

Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz, OHG; SR 312.5).

Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GlG; SR 151.1).

Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (KVG; SR 832.10).

Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR; SR 220).

Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (BPG; SR 172.220.1).

Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (BPV; SR 172.220.111.3).

Charta der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945 (UNO-Charta; SR 0.120).

Europäische Sozialcharta (ESC) vom 18. Oktober 1961.

Fakultativprotokoll vom 18. Dezember 2002 zum Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (SR 0.105.1).

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

Fakultativprotokoll zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (FP UNO-Pakt II).

Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (UNO-Pakt II; SR 0.103).

Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO-Pakt I; SR 0.103.1).

Internationales Übereinkommen vom 21. Dezember 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (Rassendiskriminierungsabkommen, CERD; SR 0.104).

Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK; SR 0.101).

Protokoll Nr. 12 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 2000, SEV-NR. 177.

Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft.

Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf.

Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen.

Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen.

Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO; SR 312.0).

Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO; SR 272).

Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0).

Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210).

Übereinkommen Nr. 100 vom 29. Juni 1951 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit (SR 0.822.720.0).

Übereinkommen Nr. 111 vom 25. Juni 1958 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf (mit Empfehlung) (SR 0.822.721.1).

Übereinkommen über die Rechte von Wanderarbeitern und ihren Familien vom 18. Dezember 1990.

Übereinkommen vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (Anti-Folterübereinkommen; SR 0.105).

Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW-Übereinkommen, CEDAW; SR 0.108).

Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention, KRK; SR 0.107).

Übereinkommen zum Schutz der Rechte von Personen mit Behinderungen vom 20. Dezember 2006.

Verordnung über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsverordnung, BehiV; SR 151.31).