



Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen

Synthesebericht

Prof. Dr. Walter Kälin

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

INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungsverzeichnis	VII
Zusammenfassung	1
Synthesebericht	7
I. Einleitung	7
1. Ausgangslage	7
2. Forschungsdesign und Aufbau der Studie	7
3. Aufbau des Syntheseberichts	8
II. Diskriminierungsschutz im materiellen Recht	9
1. Einleitung	9
2. Diskriminierung aufgrund des Geschlechts	9
2.1. Übersicht der materiell-rechtlichen Rechtsquellen	9
2.2. Wichtigste Resultate der Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes	11
2.3. Diskriminierung schwangerer Frauen und Mütter	12
2.3.1. Einleitung	12
2.3.2. Internationale und nationale Rechtsnormen	12
2.3.3. Analyse der Rechtsprechung	14
2.4. Hinweise zu häuslicher Gewalt	17
2.5. Ergebnisse der Befragungen	19
2.5.1. Persönliche Interviews	19
2.5.2. Anwaltschaft	19
2.6. Schlussfolgerungen	20
3. Diskriminierung von LGBTI-Menschen	20
3.1. Begriff LGBTI	20
3.2. Rechtsschutz durch internationale Übereinkommen und die Bundesverfassung	21
3.3. Spezialgesetzlicher Rechtsschutz bei Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung	21
3.3.1. Partnerschaftsgesetz und Gleichstellungsgesetz	21
3.3.2. Rechtsschutz durch weitere Bestimmungen	22
3.4. Rechtsschutz bei Diskriminierung von Transmenschen	22
3.5. Rechtsschutz bei Diskriminierung von Menschen mit Intersex-Status	23
3.6. Ergebnisse der persönlichen Interviews	24
3.7. Schlussfolgerungen	26
4. Diskriminierung aufgrund einer Behinderung	27
4.1. Rechtsschutz durch internationale Übereinkommen und die Bundesverfassung	27
4.2. Rechtsschutz durch das Behindertengleichstellungsgesetz	27
4.2.1. Zweck und Geltungsbereich	27
4.2.2. Adressaten des Diskriminierungsschutzes	28
4.2.3. Rechtsfolgen bei Diskriminierungen	29
4.3. Schutz vor Diskriminierung durch allgemeine privatrechtliche Bestimmungen und das Strafrecht	29
4.4. Analyse der Rechtsprechung	31
4.4.1. Übersicht	31
4.4.2. Inhaltliche Erkenntnisse und Beurteilung	31
4.5. Ergebnisse der Befragungen	32
4.5.1. Persönliche Interviews	32
4.5.2. Anwaltschaft	33

4.5.3.	Gerichte.....	33
4.6.	Schlussfolgerungen.....	34
5.	Diskriminierung aufgrund der Rasse.....	35
5.1.	Strafrechtlicher Diskriminierungsschutz.....	35
5.1.1.	Die Antirassismus-Strafnorm (Art. 261 ^{bis} StGB).....	35
5.1.2.	Ehrverletzungsdelikte.....	37
5.2.	Privatrechtlicher Diskriminierungsschutz.....	37
5.3.	Analyse der Rechtsprechung.....	37
5.4.	Ergebnisse der Befragungen.....	38
5.4.1.	Persönliche Interviews.....	38
5.4.2.	Anwaltschaft.....	39
5.4.3.	Gerichte.....	39
5.5.	Schlussfolgerungen.....	39
6.	Bereichsübergreifender Diskriminierungsschutz.....	40
6.1.	Materiellrechtliche Grundlagen.....	40
6.1.1.	Öffentliches Recht.....	40
6.1.2.	Privatrecht.....	40
6.2.	Rechtspraxis zum öffentlichen Recht.....	42
6.2.1.	Thematische Verteilung der Entscheide.....	42
6.2.2.	Verteilung der Entscheide betreffend Ausländerinnen und Ausländer.....	43
6.3.	Rechtspraxis zu ZGB und OR.....	43
6.3.1.	Bekannte Fälle.....	43
6.3.2.	Analyse der Rechtsprechung.....	46
6.4.	Ergebnisse der Befragungen.....	46
6.4.1.	Anwaltschaft.....	46
6.4.2.	Gerichte.....	47
6.5.	Schlussfolgerungen.....	47
7.	Synthese.....	48
III.	Prozessualer Diskriminierungsschutz.....	49
1.	Einleitung.....	49
2.	Klage- und Beschwerdebefugnis.....	50
2.1.	Zivilprozessrecht.....	50
2.2.	Verwaltungsprozessrecht.....	51
2.3.	Strafprozessrecht.....	51
2.3.1.	Einleitung der Strafverfolgung.....	51
2.3.2.	Prozessuale Rechte der beeinträchtigten Person.....	52
2.3.3.	Qualifikation als geschädigte Person und Opfer bei Verstößen gegen die Rassismusstrafnorm.....	52
2.4.	Ergebnisse der Befragungen.....	53
2.4.1.	Persönliche Interviews.....	53
2.4.2.	Anwaltschaft.....	53
2.5.	Schlussfolgerung.....	53
3.	Verbandsklage- und -beschwerderecht.....	54
3.1.	Allgemeines.....	54
3.2.	Spezialgesetzliche Verbandsklage- und -beschwerderechte.....	55
3.2.1.	Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.....	55
3.2.2.	Diskriminierung von LGBTI-Personen.....	56
3.2.3.	Diskriminierung aufgrund einer Behinderung.....	56
3.3.	Fehlen prozessualer Mitwirkungsrechte im Bereich der Rassendiskriminierung.....	57
3.4.	Ergebnisse der Befragungen.....	59

3.4.1.	Persönliche Interviews	59
3.4.2.	Anwaltschaft und Gerichte	59
3.5.	Schlussfolgerungen	59
4.	Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz	61
4.1.	Zivilprozessrecht	61
4.2.	Verwaltungsprozessrecht	62
4.3.	Strafprozessrecht	63
4.4.	Ergebnisse der Befragungen	63
4.4.1.	Persönliche Interviews	63
4.4.2.	Anwaltschaft	63
4.4.3.	Gerichte	63
4.5.	Schlussfolgerungen	63
5.	Beweislasterleichterung	64
5.1.	Zivilprozessrecht	65
5.1.1.	Grundsätzliche Regelung der Beweislastverteilung	65
5.1.2.	Gleichstellungsgesetz	65
5.2.	Verwaltungs- und Strafprozessrecht	66
5.3.	Ergebnisse der Befragungen	66
5.3.1.	Persönliche Interviews	66
5.3.2.	Anwaltschaft	67
5.3.3.	Gerichte	67
5.4.	Schlussfolgerungen	68
6.	Kosten und unentgeltliche Rechtspflege	69
6.1.	Zivilverfahren	69
6.2.	Verwaltungsbeschwerdeverfahren	70
6.3.	Strafverfahren	70
6.3.1.	Verfahrenskosten	70
6.3.2.	Kosten der Prozessvertretung und unentgeltliche Rechtspflege	71
6.4.	Rechtspraxis	71
6.4.1.	Diskriminierung aufgrund des Zivilstandes, der familiären Situation und infolge Schwangerschaft oder Mutterschaft (Art. 3 Abs. 1 GIG)	72
6.4.2.	Diskriminierung infolge Behinderung	72
6.5.	Ergebnisse der Befragungen	73
6.5.1.	Persönliche Interviews	73
6.5.2.	Anwaltschaft	73
6.5.3.	Gerichte	73
6.6.	Schlussfolgerungen	73
7.	Frist zur Anhebung von Verfahren	75
7.1.	Zivilrecht und Zivilprozessrecht	75
7.2.	Verwaltungs- und Strafprozessrecht	76
7.3.	Verjährungsfristen als Fristen zur Anhebung von Verfahren	76
7.4.	Ergebnisse der Befragungen	77
7.4.1.	Persönliche Interviews	77
7.4.2.	Anwaltschaft	77
7.4.3.	Gerichte	77
7.5.	Schlussfolgerungen	77
8.	Verfahrensdauer	78
8.1.	Grundsätzliche Bemerkungen	78

8.2.	Rechtspraxis.....	78
8.2.1.	Gleichstellungsgesetz	78
8.2.2.	Fälle betreffend Menschen mit Behinderung.....	79
8.2.3.	Privatrecht Allgemein	79
8.2.4.	Rassendiskriminierung	80
8.3.	Ergebnis der Befragungen	80
8.3.1.	Persönliche Interviews	80
8.3.2.	Anwaltschaft.....	80
8.3.3.	Gerichte.....	80
8.4.	Schlussfolgerungen.....	80
9.	Wirksame, verhältnismässige und generalpräventive Rechtsbehelfe (Sanktionen).....	81
9.1.	Zivilrecht.....	81
9.2.	Verwaltungs- und Strafrecht.....	82
9.3.	Rechtspraxis.....	83
9.4.	Ergebnisse der Befragungen.....	83
9.4.1.	Persönliche Interviews	83
9.4.2.	Anwaltschaft.....	84
9.4.3.	Gerichte.....	84
9.5.	Schlussfolgerungen.....	84
10.	Übersicht Prozessualer Diskriminierungsschutz	85
11.	Synthese	89
IV.	Institutionen und Streitbeilegungsmöglichkeiten	90
1.	Einleitung	90
2.	Bestehende Institutionen.....	90
3.	Ergebnisse der Befragungen.....	91
3.1.	Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.....	92
3.2.	Diskriminierungen von LGBTI-Menschen.....	92
3.3.	Diskriminierung aufgrund einer Behinderung	93
3.4.	Diskriminierung aufgrund der Rasse	93
4.	Streitbeilegungsmöglichkeiten.....	93
5.	Synthese	94
V.	Schlussfolgerungen und Empfehlungen	95
1.	Rechtliche Instrumente.....	95
2.	Praktische Relevanz.....	96
3.	Hinderungsgründe für die Durchsetzung.....	97
4.	Rechtsvergleich.....	98
4.1.	Europäische Union	99
4.2.	Das deutsche Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz	100
4.3.	Vor- und Nachteile.....	101
5.	Empfehlungen	102
	Tabellen- und Anhangsverzeichnis	105
	Literatur- und Materialsverzeichnis	106

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abs.	Absatz
aBV	alte Bundesverfassung
ArG	Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz; SR 822.11)
ArGV 1	Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz vom 10. Mai 2000 (SR 822.111).
Art.	Artikel
BBI	Bundesblatt
BehiG	Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz, SR 151.3)
BehiV	Behindertengleichstellungsverordnung vom 19. November 2003 (SR 151.31).
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BJ	Bundesamt für Justiz
BPG	Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (SR 172.220.1)
BRK	Übereinkommen vom 13.12.2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Behindertenrechtskonvention, SR 0.109)
BSG	Bernische Systematische Gesetzessammlung
bspw.	beispielsweise
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 (SR 0.108)
d.h.	das heisst
E.	Erwägung
EAZW	Eidgenössisches Amt für das Zivilstandswesen
Eidg.	Eidgenössische
EKR	Eidgenössische Kommission gegen Rassismus
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)
EOG	Bundesgesetz über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft (Erwerbsersatzgesetz; SR 834.1)
EU	Europäische Union
f.	folgende
ff.	fortfolgende

Fn.	Fussnote
GIG	Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GIG; SR 151.1)
KIP	Kantonale Integrationsprogramme
KRK	Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention; SR 0.107)
LGBTI	„Lesbian“, „Gay“, „Bisexual“, „Transgender“ und „Intersex“-Menschen
lit.	litera
LU	Luzern
MStG	Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927 (SR 321.0)
N.	Nota
NEK	Nationalen Ethikkommission
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
PartG	Bundesgesetz vom 18. Juni 2004 über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (SR 211.231)
PKV	Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostensatzes (Parteikostenverordnung; BSG 168.811)
Rz.	Randziffer
SBB	Schweizerische Bundesbahnen
SEM	Staatssekretariat für Migration
SKMR	Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte
SR	Systematische Rechtssammlung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)
UNO-Pakt I	Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, kulturelle und soziale Rechte (SR 0.103.1)
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2)
UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241).
VKD	Dekret vom 24. März 2010 betreffend die Verfahrenskosten und die Verwaltungsgebühren der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (Verfahrenskostendekret; BSG 161)
VwVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz; SR 172.021)
z.B.	zum Beispiel

ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Zürich
Ziff.	Ziffer
zit.	Zitiert
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, SR 272).

ZUSAMMENFASSUNG

ZIEL, GEGENSTAND UND AUFBAU DER STUDIE

Die Studie „Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen“ hat zum *Ziel*, zu klären ob die in der Schweizer Rechtsordnung vorgesehenen Rechtsnormen in der Praxis einen effektiven und angemessenen Diskriminierungsschutz gewährleisten und wie der Zugang zur Justiz bei Diskriminierungen in der Schweiz funktioniert. Sie soll den mit der Diskriminierungsproblematik befassten Behörden eine fundierte Grundlage für die Einschätzung der Wirksamkeit der bestehenden Instrumente geben und aufzeigen, inwiefern der bestehende Rahmen befriedigend ist und wo Verbesserungen notwendig oder wünschenswert sind. Zugleich soll die Studie die Grundlagen für die Ausarbeitung des mit dem Postulat 12.3543 Naef (Bericht zum Recht auf Schutz vor Diskriminierung) verlangten Berichts des Bundesrats liefern.

Die Studie deckt die Diskriminierungsgründe *Geschlecht* (inklusive Geschlechtsorientierung und Geschlechtsidentität), *Behinderung* und *Rasse* und ethnische Herkunft ab. Dabei analysiert sie die für den Diskriminierungsschutz relevanten materiell- und verfahrensrechtlichen Garantien und institutionellen Vorkehrungen, beleuchtet die Praxis der Gerichte und untersucht mit Befragungen die Wirksamkeit der bestehenden Instrumente. Der verfahrensrechtliche Teil der Studie orientiert sich strukturell an der von der EU-Kommission durchgeführten Studie „Access to justice in gender equality and anti-discrimination law“.¹ Die zur Analyse der aktuellen Situation durchgeführten Befragungen umfassten persönliche Interviews bei Beratungsstellen, Online-Befragungen bei Beratungsstellen und bei der Anwaltschaft, sowie eine schriftliche Befragung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter aller in der Schweiz tätigen Schlichtungsstellen und Gerichte. Zudem wurde flächendeckend die Praxis aller Schlichtungsstellen und Gerichte in der Schweiz erhoben, wobei 65% der angeschriebenen Spruchkörper total 453 Entscheide und Urteile zu Diskriminierungsfragen aus den letzten 10 Jahren einreichten.

Die Studie ist wie folgt gegliedert: Der vorliegende Synthesebericht fasst die Erkenntnisse der Teilstudien zusammen, stellt Informationen zur Beantwortung des Postulates bereit, und enthält Schlussfolgerungen und Empfehlungen für die Verbesserung des Diskriminierungsschutzes in der Schweiz. Der Synthesebericht beruht auf 11 Teilstudien, die ihm angefügt sind. Teilstudie 1 widmet sich den Grundsätzen des Diskriminierungsschutzes. Die anderen Teilstudien befassen sich mit den Themen Geschlecht, LGBTI² und Behinderung (Teilstudien 2-5) sowie Rassendiskriminierung (Teilstudien 6 und 7). Weitere Teilstudien widmen sich der Analyse der erhobenen Rechtsprechung (Teilstudie 8), und halten die Ergebnisse der Gerichtsumfrage sowie der Online-Befragung der Anwaltschaft und der Beratungsstellen (Teilstudien 9-11) fest.

MATERIELL-RECHTLICHER DISKRIMINIERUNGSSCHUTZ

Im Bereich des materiellen Rechts besitzt die Schweiz mit Art. 8 Abs. 2 Bundesverfassung (BV)³, dem Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (GIG),⁴ dem Bundesgesetz über

¹ Abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/conference_sept_2011/final_report_access_to_justice_final_en.pdf (besucht am 20.07.2015).

² Die Abkürzung steht für „Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex“.

³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.04.1999 (BV; SR 101)

die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (BehiG)⁵ und Art. 261^{bis} Strafgesetzbuch (StGB)⁶ wichtige spezialgesetzliche Normen zum Schutz vor Diskriminierung.

Gut ausgebaut ist dieser Schutz im Bereich des *öffentlichen Rechts*, weil hier GIG und BehiG detaillierte Regeln enthalten und dort, wo spezialgesetzliche Normen fehlen, immer auf Art. 8 Abs. 2 BV mit seiner umfassenden Liste von Diskriminierungsmerkmalen zurückgegriffen werden kann.

Diskriminierung *zwischen Privaten* erfassen die spezialgesetzlichen Regeln nur lückenhaft und in sehr unterschiedlichem Ausmass. Hier gibt es neben den expliziten Normen zum Arbeitsleben im GIG und zu öffentlich angebotenen Dienstleistungen Privater im BehiG zwar die Rechtsprechung zur Bedeutung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes (Art. 27 ff. Zivilgesetzbuch [ZGB]⁷ sowie Art. 328 und 336 Obligationenrecht [OR]⁸) und des Verbots unzulässiger, sittenwidriger oder gegen die öffentliche Ordnung verstossende Verträge (Art. 19 und 20 OR) für den Diskriminierungsschutz. Diese Praxis bezieht sich im Wesentlichen aber nur auf den Bereich der Arbeit und äussert sich zur Frage, wann Kündigungen wegen des Geschlechts oder der Rasse (bzw. des Alters) unzulässig sind. Andere Fragen des Arbeitslebens wurden, soweit ersichtlich, von den Gerichten bisher nicht behandelt, und Urteile zu Diskriminierungen in anderen Lebensbereichen konnten keine identifiziert werden. Völlig unklar ist mangels Rechtsprechung und Äusserungen der Lehre, wieweit die erwähnten Bestimmungen von ZGB und OR auf LGBTI Personen Anwendung finden. Schliesslich konnten schweizweit nur zehn Urteile zum Diskriminierungsschutz von ZGB und OR identifiziert werden: Diese äusserst geringe Zahl von Gerichtsurteilen zu Fällen von Diskriminierung, die auf der Grundlage von ZGB und OR entschieden wurden, zeigt, dass der privatrechtliche Diskriminierungsschutz in der Praxis weitgehend ineffektiv bleibt. Gründe dafür sind nicht so sehr die an sich existierende Rechtsprechung, sondern wohl eher das Fehlen verfahrensrechtlicher Erleichterungen, welche wegen der in Diskriminierungsfällen notorisch bestehenden Beweisprobleme ein hohes Prozessrisiko schaffen, und die teilweise fehlende Kenntnis und Sensibilisierung bei Beratungsstellen, Anwaltschaft und Gerichten für das Schutzpotenzial des geltenden Rechts.

Das strafrechtliche Rassendiskriminierungsverbot erfasst xenophobe Herabsetzung und Propaganda nicht, wenn sie nicht wegen der Rasse, Ethnie oder Religion der Betroffenen erfolgt, sondern aus Hass gegen bestimmte Nationalitäten oder dem Status als Ausländerin oder Ausländer (Asylsuchender, Flüchtling etc.). Fälle von Herabwürdigung und Hasspropaganda gegen Frauen oder LGTBI als solche werden vom Strafrecht überhaupt nicht erfasst. Diskriminierende Motive sind nicht ein im Gesetz verankerter Strafverschärfungsgrund.

⁴ Bundesgesetz vom 24.03.1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GIG; SR 151.1)

⁵ Bundesgesetz vom 13.12.2002 über die Beseitigung von Benachteiligungen mit Behinderungen (BehiG; SR 151.3).

⁶ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937 (StGB; SR 311.0).

⁷ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907 (ZGB; SR 210).

⁸ Bundesgesetzes vom 30.03.1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR; SR 220).

PROZESSUALER DISKRIMINIERUNGSSCHUTZ

Diskriminierungsoffer verzichten oft darauf, ihre Ansprüche gerichtlich durchzusetzen. Gründe sind die Furcht vor persönlichen Nachteilen (z.B. Arbeitsverlust), das hohe Prozessrisiko angesichts der Schwierigkeit, Diskriminierung zu beweisen, die erwarteten Kosten oder das Missverhältnis zwischen den Belastungen, die jedes Gerichtsverfahren für die Beteiligten mit sich bringt, und das oft geringe Ausmass der Sanktionen für jene, die für die Diskriminierung verantwortlich sind. Der Gesetzgeber hat dies teilweise anerkannt und punktuell Verfahrenserleichterungen geschaffen.

Beweislasterleichterungen sind angesichts der beim Vorwurf der Diskriminierung regelmässig bestehenden Beweisprobleme ein wesentliches Element, prozessuale Hindernisse abzubauen. Sie bestehen indes heute nur für das GIG, ohne dass genügend ernsthafte Gründe ersichtlich sind, warum sie in allen anderen Diskriminierungsbereichen ausgeschlossen sein sollen.

Ideelle Verbandsklage und -beschwerderechte sind angesichts der Gründe, welche Individuen davon abhalten können, den Gerichtsweg zu beschreiten, besonders geeignet, in Diskriminierungsfällen den Zugang zur Justiz zu erleichtern. Ein solches Recht ist im GIG verankert. Allerdings ist unklar, ob es bei Diskriminierungen von Schwulen, Lesben und Bisexuellen und Intersex-Menschen auch gilt. Das Verbandsbeschwerderecht ist auch im BehiG vorgesehen. Für zivil- und öffentlich-rechtliche Diskriminierungen, die nicht von diesen beiden Gesetzen erfasst werden, existiert keine Möglichkeit für Verbände, mit Klagen und Beschwerden das öffentliche Interesse an der Einhaltung dieser Gesetze durchzusetzen. Egoistische Verbandsbeschwerden, d.h. Beschwerden von Organisationen zugunsten ihrer Mitglieder, sind allerdings auch hier möglich.

Ebenfalls wichtig für die Erleichterung des Zugangs zur Justiz ist der Untersuchungsgrundsatz. Während sie im öffentlichen Recht und im Strafrecht umfassend gilt, findet im privatrechtlichen Bereich des GIG und Teilen des ZGB und OR der abgeschwächte „soziale“ Untersuchungsgrund der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)⁹ Anwendung.

Schliesslich erscheinen die *gesetzlich beschränkten Sanktionen* bei arbeitsrechtlichen Diskriminierungen wegen des Geschlechts und anderen Gründe nicht immer als genügend wirksam, verhältnismässig und abschreckend.

INSTITUTIONEN UND STREITBEILEGUNGSMÖGLICHKEITEN

Der niederschwellige Zugang zu Anlauf- und Beratungsstellen ist für Diskriminierungsoffer wichtig. Solche Stellen existieren, wenn auch in unterschiedlichem Ausmass, für die Bereiche Geschlecht (kantonale und kommunale Gleichstellungsbüros), Behinderung und Rassismus. Ihnen fehlt es oft an genügenden juristischen Fachkenntnissen um zu entscheiden, in welchen Situation sie Diskriminierungsoffer an Fachleute mit den entsprechenden Kenntnissen verweisen sollten. Zudem wird eine allgemeine Ressourcenknappheit festgestellt. Im LGBTI-Bereich fehlt es gänzlich an einer institutionelle Verankerung und die damit verbundene Sensibilisierung und Information durch staatliche Stellen. In diesem Bereich besteht ein erhebliches Entwicklungs- und Handlungspotential.

Insgesamt sind Mandate und konkrete Ausgestaltung der verschiedenen Institutionen sehr heterogen. Ihre hochgradige Spezialisierung auf bestimmte Diskriminierungstypen erschwert zudem

⁹ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, SR 272).

die Identifizierung von Fällen multipler Diskriminierung. Auch hier ist die mangelnde Kohärenz ein Faktor, welcher der Zugang zur Justiz erschwert.

Schliesslich existieren in der Schweiz sowohl aussergerichtliche als auch gerichtliche Streitbeilegungsmöglichkeiten. Aus Sicht des Diskriminierungsschutzes bestehen im Zivilrecht einfache und kostenlose Schlichtungsverfahren, die vor der Einleitung eines Gerichtsverfahrens durchzuführen sind, und die oft eine raschere und kostengünstigere Wiedergutmachung ermöglichen. Besonders wichtig sind die Schlichtungsstellen gemäss GIG. Insgesamt liegen die Probleme im Justizbereich nicht im Institutionellen, sondern in verfahrensrechtlichen Teilaspekten.

SCHLUSSFOLGERUNGEN UND EMPFEHLUNGEN

In der Praxis können verschiedene rechtliche und faktische Gründe die Durchsetzung der Diskriminierungsverbote des schweizerischen Rechts erschweren. Zu ihnen gehören namentlich: (1) *Fehlende Sensibilisierung und mangelnde oder beschränkte Kenntnis* bei Opfern und Beratungsstellen dafür, wann eine Diskriminierungserfahrung rechtlich relevant ist, d.h. wann gegen die Täterschaft rechtlich vorgegangen werden könnte; (2) *ungenügende finanzielle und personelle Ressourcen bei Beratungsstellen*; (3) *fehlende Bereitschaft von Opfern, den Rechtsweg zu beschreiten*, wie die Angst vor negativen Konsequenzen (z.B. Arbeitsplatzverlust), der ungewisse Ausgang des Verfahrens, die bei Unterliegen drohenden relativ hohen Kosten, oder fehlende Bereitschaft, angesichts der im Erfolgsfall zu erwartenden vergleichsweise schwachen Sanktionen die Schwernisse eines Gerichtsverfahrens auf sich zu nehmen; (3) *das Fehlen klarer Gerichtspraxis*, v.a. im Bereich LGBTI und zum zivilrechtlichen Diskriminierungsschutz gemäss ZGB und OR in anderen Bereichen als Anstellung und Kündigung; (4) *die Lückenhaftigkeit und fehlende Kohärenz des materiellen Rechts* und verbleibende Unklarheiten über die Tragweite relevanter Bestimmungen von ZGB und OR für den Diskriminierungsschutz zwischen Privaten; und (5) *verfahrensrechtliche Erschwerungen*, namentlich das Fehlen des ideellen Verbandsklage- und -beschwerderechts im Bereich von Diskriminierungen von Schwulen, Lesben und Bisexuellen sowie wegen der Rasse, ethnischen Herkunft und Religion, das Fehlen des abgeschwächten („sozialen“) Untersuchungsgrundsatzes im Bereich LGBTI und Diskriminierungen wegen Behinderung und Rasse im Arbeitsleben bei Streitwerten über CHF 30'000, das Fehlen der Umkehr der Beweislast in allen Bereichen ausserhalb des GIG und die Begrenzung der Sanktionsmöglichkeiten gemäss GIG und BehiG.

Das schweizerische Recht unterscheidet sich in wichtigen Punkten vom EU Recht. Im Bereich des Schutzes vor Geschlechterdiskriminierung im Arbeitsleben gewährt das schweizerische Recht einen mit der EU vergleichbaren Schutz. In den meisten anderen Bereichen bleibt die Schweiz jedoch hinter den europäischen Standards zurück: Anders als dieses kennen weder das BehiG noch die öffentlich- und privatrechtlichen Rassendiskriminierungsverbote Beweislastentlastungen. Generell gilt, dass der privatrechtliche Schutz wegen Diskriminierung wegen des Geschlechts ausserhalb des Arbeitsbereichs und im Arbeitsleben wegen Weltanschauung, Behinderung, Alter und der sexuellen Ausrichtung in der EU umfassender ist als in der Schweiz.

Im Vergleich zum deutschen Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz hat schweizerische Recht den Vorteil, mit Art. 8 BV einen detaillierten verfassungsmässigen Schutz zu gewähren und mit den detaillierten spezialgesetzlichen Regelungen des GIG und BehiG besser als ein allgemeines Diskriminierungsgesetz auf die Besonderheiten der entsprechenden Diskriminierungsarten eingehen zu können. Die Erfahrung zeigt zudem, dass sich Organisationen und Beratungsstellen stark mit den entsprechenden Spezialgesetzen identifizieren und damit entsprechende Experti-

sen aufgebaut haben. Dies kann allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass – wie oben ausgeführt – das schweizerische Recht verschiedene materiell- und verfahrensrechtliche Schwächen und Lücken aufweist.

Gestützt auf diese Schlussfolgerungen lassen sich in Hinblick auf einen optimalen Diskriminierungsschutz verschiedene Empfehlungen machen:

- *Rechtsetzung:* Auch wenn es nicht Aufgabe dieser Studie war, detaillierte Reformvorschläge zu machen, erlauben die gewonnen Erkenntnisse die Empfehlung, in Hinblick auf eine bessere Kohärenz des schweizerischen Diskriminierungsrechts, die Schaffung von mehr Rechtssicherheit und insgesamt die Stärkung des Diskriminierungsschutzes insbesondere Folgendes zu prüfen: (1) Die Schaffung eines spezifisch privatrechtlichen Diskriminierungsverbotes in einer Norm, welche die Art. 27 ff. ZGB zum Persönlichkeitsschutz ergänzt und auf der bundesgerichtlichen Praxis aufbaut bzw. diese ergänzt, soweit keine Praxis besteht; (2) die Erweiterung des Anwendungsbereichs der Anti-Rassismusstrafnorm zum Schutz vor xenophober Herabsetzung und Hass gegenüber bestimmten Nationalitäten oder dem Status als Ausländerin oder Ausländer (Asylsuchender, Flüchtling etc.) und die Schaffung strafrechtlicher Normen, welche auch andere Diskriminierungsopfer (Frauen, Behinderte, LGTBI) vor Herabsetzung und Hass schützen; (3) die Ausdehnung des ideellen Verbandsklagerechts im Zivilprozess und des Verbandsbeschwerderechts im Verwaltungs(prozess)verfahren auf alle Bereiche des Diskriminierungsrechts; (4) die Ausdehnung des abgeschwächten („sozialen“) Untersuchungsgrundsatzes auf weitere Bereiche des Diskriminierungsrechts (v.a. im Geltungsbereich des BehiG); (5) die Einführung der Beweislast erleichterung (Vermutung einer Diskriminierung bei Glaubhaftmachung) für alle Diskriminierungsfälle; und (6) die Verstärkung der Sanktionsmöglichkeiten, wo das geltende Recht sie gegenüber den üblichen Regeln beschränkt.
- *Aussergerichtliche Streitbeilegung:* Aussergerichtliche Schlichtungs- und Streitbeilegungsverfahren sind oft besser als Gerichtsverfahren geeignet, Konflikte im Zusammenhang mit Diskriminierungen beizulegen. Sie sind deshalb, soweit sie nicht bereits bestehen, zu stärken und zu fördern.
- *Sensibilisierung aller Beteiligten:* Angesichts der Tatsache, dass das vorhandene Potential im Bereich des Privatrechts, insbesondere der Garantien des Persönlichkeitsschutzes (Art. 28 ZGB) und der egoistischen Verbandsklage (Art. 89 ZPO) offenkundig nicht ausgeschöpft werden, besteht Sensibilisierungs- und Ausbildungsbedarf bei Fachleuten. Auch wird empfohlen zu prüfen, ob auch stark marginalisierte Bevölkerungsgruppen (z.B. MigrantInnen) von Sensibilisierungsmassnahmen erreicht werden und Zugang zu relevanten Informationen haben.
- *Ressourcen:* In den Bereichen Geschlechtergleichstellung, Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen und nun mit den im Rahmen der kantonalen Integrationsprogramme (KIP) geschaffenen Stellen auch im Bereich Rassismus existieren zwar alimentierte Beratungsstellen. Diese verfügen aber zum Teil nur über ungenügende Ressourcen und im LGBTI-Bereich fehlen sie ganz, weshalb die Beratung vom freiwilligen Engagement einzelner Personen abhängt. Es ist zu prüfen, wie diese Lücken geschlossen werden können.

- *Daten:* Die wirksame Durchsetzung des Diskriminierungsschutzes wird schliesslich zumindest in Teilbereichen durch die ungenügende Datenlage beeinträchtigt. So sind nach Meinung der Fachleute die Dunkelziffern und Informationslücken in Bereichen wie häusliche Gewalt, Rassismus und LGBTI gross. Es ist zu prüfen, wie die Erhebung diskriminierungsrelevanter Daten verstärkt werden kann.

Nicht empfohlen wird die Schaffung eines allgemeinen Antidiskriminierungsgesetzes, das alle Diskriminierungsbereiche zusammenbringen und die heute bestehende Spezialgesetzgebung ersetzen würde. Die vorliegende Studie zeigt deutlich die stark unterschiedliche Lagerung der Problematik in den verschiedenen Diskriminierungsbereichen und legt damit nahe, dass es schwierig sein dürfte, übergreifende Normen zu schaffen, welche allen Bereichen gerecht werden. Vor allem aber besteht die Gefahr, dass ein solches Gesetzgebungsvorhaben bereits Erreichtes in Frage stellen und etablierte Strukturen und Institutionen des Monitorings, der Beratung und Unterstützung schwächen könnte. Hingegen ist eine gewisse Harmonisierung der für die verschiedenen Diskriminierungsbereiche geltenden Rechtsnormen im Sinne der obenstehenden Empfehlungen angezeigt, um den Diskriminierungsschutz insgesamt kohärenter zu machen und die Geltendmachung von Mehrfachdiskriminierungen zu erleichtern.

Zusammenfassend wird dem Bund empfohlen, auch im Lichte der verschiedenen diskriminierungsrelevanten parlamentarischen Vorstösse und Gesetzgebungsvorhaben, einen *Aktionsplan „Diskriminierungsverbote“* in die Wege zu leiten, einen kohärenten Rahmen für Reformschritte und Gesetzesrevisionen im Sinne der in dieser Studie und ihren Anhängen identifizierten Elementen und Aktionsfeldern bietet.

DER ZUGANG ZUR JUSTIZ IN DISKRIMINIERUNGSFÄLLEN

SYNTHESEBERICHT

I. EINLEITUNG

1. Ausgangslage

Die Existenz von Diskriminierung, d.h. die Benachteiligung und Herabwürdigung von Personen wegen ihres Geschlechts, sexuellen Orientierung, Hautfarbe, ethnischen Herkunft, Behinderung und anderer Merkmale, welche die Identität eines Menschen ausmachen, ist eine Herausforderung auch für die Schweiz. Seit dem Inkrafttreten der totalrevidierten Bundesverfassung von 1999 existieren mit Art. 8 Abs. 2-4 detaillierte Verfassungsbestimmungen zum Diskriminierungsschutz. Bereits vorher hatte das Gleichstellungsgesetz (GIG) von 1995 einen wichtigen Aspekt der Diskriminierungsproblematik einer detaillierten gesetzlichen Regelung zugeführt. Dem Schutz vor Diskriminierung dienen auch das Behindertengleichstellungsgesetz (BehiG) von 2002 und verschiedenen Bestimmungen von ZGB und OR, namentlich zum Persönlichkeitsschutz.

Diese Rechtsnormen bewähren sich in der Rechtswirklichkeit nur in dem Ausmass als sie alle relevanten Bereiche abdecken, in welchen Diskriminierungen existieren, und gerichtlich durchgesetzt werden können. Dabei zeigt die Erfahrung, dass neben rechtlichen auch faktische Hindernisse wie fehlende Rechtskenntnis, Angst vor negativen Folgen, oder Beweisprobleme Diskriminierungsoffer davon abhalten können, ihr Recht geltend zu machen.

In diesem Kontext hat der Nationalrat am 14. Dezember 2012 ein Postulat Naef (12.3543) angenommen, womit der Bundesrat mit der Vorlage eines Berichts beauftragt wird, „der die Potentiale des geltenden Bundesrechts beim Schutz vor Diskriminierung aufzeigt und eine rechtsvergleichende Auslegeordnung zur Wirksamkeit verschiedener Rechtsinstrumente vornimmt.“

Die Studie „Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen“ hat gemäss Vereinbarung mit den Auftraggebern zum Ziel zu klären, ob die in der Schweizer Rechtsordnung vorgesehenen Rechtsnormen in der Praxis einen effektiven und angemessenen Diskriminierungsschutz gewährleisten und wie der Zugang zur Justiz bei Diskriminierungen in der Schweiz funktioniert. Sie soll den mit der Diskriminierungsproblematik befassten Behörden eine fundierte Grundlage für die Einschätzung der Wirksamkeit der bestehenden Instrumente geben und aufzeigen, inwiefern der bestehende Rahmen befriedigend ist und wo Verbesserungen notwendig oder wünschenswert sind. Zugleich soll die Studie die Grundlagen für die Ausarbeitung des mit dem Postulat 12.3543 Naef (Bericht zum Recht auf Schutz vor Diskriminierung) verlangten Berichts des Bundesrats liefern.

2. Forschungsdesign und Aufbau der Studie

Die Studie untersucht die für den Diskriminierungsschutz relevanten materiell- und verfahrensrechtlichen Garantien und institutionellen Vorkehrungen, beleuchtet die Praxis der Gerichte und untersucht mit sozialwissenschaftlichen Befragungen die Wirksamkeit der bestehenden Instrumente. Der verfahrensrechtliche Teil der Studie orientiert sich strukturell an der von der EU-

Kommission durchgeführten Studie „Access to justice in gender equality and anti-discrimination law“ (nachfolgend: EU-Studie¹⁰). Zur Analyse der Rechtspraxis wurde darüber hinaus eine flächendeckende Analyse der Rechtsprechung aller Schlichtungsstellen und Gerichte in der Schweiz durchgeführt.

Die Studie beruht zudem auf Befragungen der für den Diskriminierungsbereich namhaften Akteure, d.h. persönliche Interviews bei Beratungsstellen¹¹, Online-Befragungen bei Beratungsstellen¹² und bei der Anwaltschaft¹³ sowie eine schriftliche Befragung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sowie der Spruchkörper aller in der Schweiz tätigen Schlichtungsstellen und Gerichte¹⁴. Letztere wurden zudem aufgefordert, von ihnen gefällte Urteile und Entscheide der letzten 10 Jahre einzureichen.¹⁵

Neben bereichsübergreifenden Analysen von Art. 8 BV und diskriminierungsrelevanten Rechtsnormen des ZGB und OR und der entsprechenden Behördenpraxis behandeln die Teilstudien die Diskriminierungsgründe Geschlecht (inkl. LGBTI), Behinderung und Rassendiskriminierung.

Die Studie ist wie folgt gegliedert: Der Synthesebericht fasst die Erkenntnisse der Teilstudien zusammen, beantwortet die Fragen des Postulates und enthält Schlussfolgerungen und Empfehlungen für die Verbesserung des Diskriminierungsschutzes in der Schweiz. Teilstudie 1 widmet sich den Grundsätzen des Diskriminierungsschutzes. Die anderen Teilstudien befassen sich mit den Themen Geschlecht, LGBTI und Behinderung (Teilstudien 2-5), Rassendiskriminierung (Teilstudien 6 und 7), der Analyse der Rechtsprechung (Teilstudie 8) und halten weiter die Ergebnisse der Gerichtsumfrage sowie der Online-Befragung der Anwaltschaft und der Beratungsstellen (Teilstudien 9-11) fest.

3. Aufbau des Syntheseberichts

Der Synthesebericht ist wie folgt aufgebaut:

In Ziff. II werden die Erkenntnisse der Teilstudien zum *Diskriminierungsschutz im materiellen Recht* und in Ziff. III zum *prozessualen Diskriminierungsschutz* thematisch gegliedert dargestellt. Jeder Bereich umfasst Ausführungen zu den rechtlichen Grundlagen, der Rechtspraxis sowie zu den Erkenntnissen aus den Befragungen der verschiedenen Fachpersonen und Schlussfolgerungen. Am Schluss folgt eine Synthese der gewonnenen Erkenntnisse.

Ziff. IV enthält Ausführungen zu den in der Schweiz bestehenden *staatlichen Institutionen im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsschutz* und den diesbezüglichen Einschätzungen der

¹⁰ Abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/conference_sept_2011/final_report_access_to_justice_final_en.pdf (besucht am 20.07.2015).

¹¹ Dabei wurden in den Bereichen Gender, LGBTI und Rassismus insgesamt über 40 persönliche Interviews sowie eine Online-Befragung der in diesen Bereichen tätigen Beratungsstellen durchgeführt.

¹² Bei dieser Online-Befragung haben 58 Beratungsstellen teilgenommen. Bei 127 kontaktierten Stellen beläuft sich der Rücklauf damit 46%.

¹³ Bei dieser Online-Befragung haben 432 Anwältinnen und Anwälte teilgenommen. Bei 1'620 kontaktierten Personen beläuft sich der Rücklauf damit 27%.

¹⁴ Bei dieser schriftlichen Befragung haben 150 Schlichtungsstellen und Gerichte teilgenommen. Bei 522 kontaktierten Schlichtungsstellen und Gerichten beläuft sich der Rücklauf damit auf 29%.

¹⁵ Insgesamt wurden 522 Schlichtungsbehörden und Gerichte angeschrieben. Bei einer Rücklaufquote von rund 65% wurden dem SKMR insgesamt 453 Entscheide zur Auswertung zugestellt. Siehe zur Analyse der Rechtsprechung Teilstudie 8.

befragten Fachpersonen. Weiter sind die in der Schweiz bestehenden *Streitbeilegungsmöglichkeiten* dargestellt. Am Schluss folgt eine Synthese der gewonnenen Erkenntnisse.

Ziff. V enthält schliesslich die sich aus den Teilstudien ergebenden *Schlussfolgerungen und Empfehlungen*. Dabei werden zunächst die Fragen des Postulates (Ziff. V.1-4) beantwortet. Ziff. V.5 enthält schliesslich Empfehlungen für die Verbesserung des Diskriminierungsschutzes in der Schweiz.

II. DISKRIMINIERUNGSSCHUTZ IM MATERIELLEN RECHT

1. Einleitung

Ob Betroffene sich gegen Diskriminierung juristisch zur Wehr setzen können, hängt vorab von der Existenz materieller Normen ab, welche Diskriminierungsverbote enthalten. In der Schweiz existiert kein umfassendes Diskriminierungsgesetz. Vielmehr existieren verschiedene spezialgesetzliche Regelungen zu den verpönten Anknüpfungspunkten des Geschlechts, der Behinderung und der Rasse, sowie bereichsübergreifend das verfassungsmässige Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV und verschiedene Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe des Privatrechts, welche für den Diskriminierungsschutz fruchtbar gemacht werden können. Letztere haben den Charakter von Auffangnormen, welche zum Zug kommen, wo spezialgesetzliche Normen keinen Schutz bieten.

Im Folgenden werden zuerst die spezialgesetzlichen Bestimmungen in den Bereichen Geschlecht, LGBTI, Behinderung und Rasse dargestellt (Ziff. 2-5), bevor die bereichsübergreifenden allgemeinen Garantien von Art. 8 BV und des Privatrechts behandelt werden.

2. Diskriminierung aufgrund des Geschlechts

2.1. Übersicht der materiell-rechtlichen Rechtsquellen

Auf internationaler Ebene gewährt das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW-Übereinkommen)¹⁶ ein umfassendes, allgemeines Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts bzw. ein Geschlechtergleichstellungsgebot.¹⁷ Darüber hinaus wird der Diskriminierungsschutz durch die in Art. 26 des UNO-Pakts II¹⁸ sowie Art. 14 EMRK¹⁹ festgehaltenen Diskriminierungsverbote gewährleistet, allerdings nur bezüglich der Anwendung der in diesen Menschenrechtskonventionen garantierten Rechte.

Im Schweizer Recht ist das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in Art. 8 Abs. 2 BV festgehalten, und Art. 8 Abs. 3 BV enthält einen Gesetzgebungsauftrag für die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung von Mann und Frau.²⁰ Diesem Auftrag ist der Gesetzgeber mit dem am 1. Juli 1996 in Kraft getretenen Gleichstellungsgesetz (GIG) nachgekommen. Damit wurde in

¹⁶ Vom 18.12.1979 (CEDAW-Übereinkommen; SR 0.108). Männer können sich nicht auf das Abkommen berufen.

¹⁷ Siehe dazu Teilstudie 2, Kap. II.1.1 und 1.2.

¹⁸ Internationaler Pakt vom 16.12.1966 über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II; SR 0.103.2).

¹⁹ Konvention vom 04.11.1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101). Siehe dazu Teilstudie 1, Kap. II.1.1-1.7.

²⁰ Siehe dazu Teilstudie 2, Kap. II.3.

der Schweiz zum ersten Mal ein spezielles Regelwerk zum Schutz vor Diskriminierung geschaffen, das auch für Private unmittelbar Anwendung findet.

Das GIG bezweckt die Förderung der tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann (Art. 1 GIG) und ist auf das Erwerbsleben beschränkt. Gemäss Art. 3 Abs. 1 GIG werden sowohl weibliche als auch männliche Arbeitnehmende vor direkten oder indirekten Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts geschützt. Dabei darf bei Ungleichbehandlungen weder an den Zivilstand, noch an die familiäre Situation oder an eine Schwangerschaft oder Mutterschaft²¹ angeknüpft werden. Gemäss Art. 3 Abs. 2 GIG gilt dieses Diskriminierungsverbot namentlich für die Anstellung, Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung sowie für die Beförderung und Entlassung. Art. 3 Abs. 3 GIG bestimmt schliesslich, dass angemessene Sondermassnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung keine Diskriminierungen darstellen. Auch sexuelle Belästigungen gelten als Diskriminierung (Art. 4 GIG). Das GIG findet sowohl für private Arbeitsverhältnisse als auch für öffentlich-rechtliche Arbeitgeber von Bund, Kantonen und Gemeinden Anwendung (Art. 2 GIG). Bei Diskriminierungen kann die betroffene Person gemäss Art. 5 Abs. 1 GIG verlangen, dass eine drohende Diskriminierung verboten oder unterlassen wird (lit. a), dass eine bestehende Diskriminierung beseitigt wird (lit. b), dass eine Diskriminierung festgestellt wird, wenn sie sich weiterhin störend auswirkt (lit. c), oder dass die Zahlung des geschuldeten Lohns angeordnet wird (lit. d). Im Fall einer diskriminierenden Ablehnung einer Anstellung oder Kündigung eines obligationenrechtlichen Verhältnisses hat die betroffene Person nur Anspruch auf eine Entschädigung (Art. 5 Abs. 2 GIG). Eine Entschädigung kann auch bei einer sexuellen Belästigung gefordert werden, sofern die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber nicht beweisen kann, dass er die notwendigen Vorkehrungen zur Verhinderung derselben getroffen hat (Art. 5 Abs. 3 GIG). Die Entschädigungssumme beträgt bei diskriminierender Ablehnung einer Anstellung maximal drei bzw. bei diskriminierender Kündigung und bei Diskriminierung durch sexuelle Belästigung maximal sechs Monatslöhne (Art. 5 Abs. 4 GIG).

Keinen Schutz gewährt das GIG gegen Geschlechterdiskriminierung ausserhalb der Arbeitswelt, wie z.B. sexuelle Belästigung in der Öffentlichkeit, Verbreitung von Hass gegen Frauen in der Öffentlichkeit oder bei durch Frauenhass motivierten Straftaten. Hier greifen neben dem strafrechtlichen Schutz (siehe dazu unten) allenfalls relevante Bestimmungen des Privatrechts, v.a. der Persönlichkeitsschutz von Art. 28 ZGB, diskriminierungsrelevante allgemeine Rechtsgrundsätze und Generalklauseln wie namentlich das Gebot von Treu und Glauben und das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 ZGB), das Verbot unzulässiger, sittenwidriger oder gegen die öffentliche Ordnung verstossender Verträge (Art. 19 und 20 OR) sowie der Kündigungsschutz im Mietrecht (Art. 271 OR).

Auf strafrechtlicher Ebene können ehrverletzende Äusserungen aufgrund der im Strafgesetzbuch festgehaltenen Ehrverletzungsdelikte (Art. 173 ff. StGB) geahndet werden. Bei strafbaren Handlungen gegen die sexuelle Integrität sind zudem die entsprechenden Bestimmungen gemäss Art. 187 ff. StGB relevant, namentlich sexuelle Belästigung in der Öffentlichkeit, die durch Art. 198 StGB „Übertretungen gegen die sexuelle Integrität“ geahndet werden kann.

²¹ Die Anknüpfung an die Schwangerschaft umfasst auch die Mutterschaft. Siehe Freivogel, N. 18 zu Art. 3 GIG.

2.2. Wichtigste Resultate der Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes

Aufgrund der in den Jahren 2003-2005 vorgenommenen Evaluation der Wirksamkeit des GIG wurde im Rahmen der vorliegenden Studie auf eine erneute, umfassende Evaluation verzichtet. Der Auftrag bestand vielmehr darin, die wichtigsten Resultate der Evaluation nochmals aufzunehmen sowie die Stärken und Schwächen des Gesetzes zu beleuchten. Diese Kurzanalyse brachte folgende Resultate hervor:

Grundsätzlich kann in *positiver Hinsicht* einerseits festgehalten werden, dass sich das Gesetz bewährt hat:²²

- *Bei der Umsetzung der tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann* wurden Fortschritte erzielt, und das GIG bot sowohl in der Lehre als auch in der Rechtsprechung Anlass für eine breite Auseinandersetzung. Das Bewusstsein für Geschlechterdiskriminierung im Erwerbsleben konnte damit vergrössert und bestehende stereotype Vorstellungen über die Geschlechterrollen aufgeweicht werden.
- *Der individuelle Rechtsschutz wurde deutlich gestärkt:* Gestützt auf den 1981 in die Verfassung aufgenommenen Lohngleichheitsartikel von Art. 4 Abs. 2 aBV waren nur 15 Lohngleichheitsklagen erhoben worden. Mit der Einführung des GIG 1995 erhöhte sich der Anteil bis ins Frühjahr 2004 deutlich auf 153 Gerichtsurteile aufgrund von Lohnklagen und 270 Gerichtsurteile generell zum Gleichstellungsgesetz.²³ Heute sind allein in der Sammlung der Fälle aus den deutschsprachigen Kantonen unter www.gleichstellungsgesetz.ch rund 640 Fälle aufgeführt. Von einer Klageflut kann hingegen nicht gesprochen werden; die Fallzahlen in der deutschsprachigen Schweiz sind, wie die Angaben in der Datenbank www.gleichstellungsgesetz.ch zeigen,²⁴ in den letzten Jahren in der Tendenz sogar eher rückläufig.²⁵ Kontraproduktive Wirkungen des Gesetzes (zurückhaltende Anstellungen von Frauen), wie sie bei dessen Schaffung befürchtet worden waren, konnten hingegen nicht festgestellt werden.²⁶
- *Lohndiskriminierungen:* Bei typisch weiblicher Erwerbstätigkeit im öffentlichen Sektor konnten diese erfolgreich angegangen und eindeutige Verbesserungen erzielt werden.²⁷

Andererseits ist auf folgende, sich aus der Evaluation 2003-2005 sowie den aktuellen Erhebungen ergebenden *Probleme* bei der Umsetzung des GIG hinzuweisen:²⁸

- Der Bundesrat sah aufgrund der Evaluation im Wesentlichen einen *Handlungsbedarf im Bereich Information und Sensibilisierung* aller beteiligten Personengruppen und Institutionen. Darüber hinaus müssten weitergehende Gleichstellungsmassnahmen ergriffen werden wie

²² Diese Ausführungen stützen sich auf Teilstudie 2, Kap. IV.5.

²³ Ramseyer/Müller, S. 1333 f.

²⁴ Die Datenbank www.gleichstellungsgesetz.ch versucht, möglichst alle GIG-Fälle der Deutschschweizer Kantone zu erfassen.

²⁵ In den letzten Jahren wurden folgende Fallzahlen erfasst: 2009: 64; 2010: 60; 2011: 39; 2012: 46, 2013: 40. Die Fallzahlen des Jahres 2014 sind noch nicht definitiv bekannt.

²⁶ Von Witzleben, S. 108.

²⁷ Stutz/Schär Moser/Freivogel, S. V. „Die geführten Gruppen- und Massenklagen sowie kombinierte Verbands- und Individualklagen von Beschäftigten in typischen Frauenberufen bewirkte eine breite Veränderungen im Lohngefüge vorab der Kantone. Allein vier parallel geführte kombinierte Verbands- und Individualklagen im Zürcher Gesundheitswesen führten zu Lohnnachzahlungen von rund 280 Millionen Franken an mehrere tausend Personen sowie zu wiederkehrenden jährlichen Lohnmehrkosten von 70 Mio. Franken“.

²⁸ Stutz/Schär Moser/Freivogel, S. XIV sowie Von Witzleben, S. 108.

z.B. ein Kontrollsystem der Einhaltung des Lohngleichheitsgebots sowie Anreizsysteme für Unternehmen, die sich für die Gleichstellung engagieren. In diesem Bereich sind Bemühungen im Gang.²⁹

- Die Evaluation kam zum Schluss, dass das GIG zu wenig Anwendung findet. Aufgrund der Evaluation 2003-2005 wurden in den letzten Jahren verschiedene Initiativen gestartet, um das GIG bekannt zu machen. Trotzdem hat sich die Zahl der Gerichtsverfahren nicht erhöht, sondern auf eher tiefem Niveau eingependelt (siehe oben, Fn. 25).
- Die Ängste der Betroffenen, gegen Diskriminierung vorzugehen, stehen nach wie vor einer individuellen Klage entgegen, wobei das Haupthindernis für das Einreichen einer Gleichstellungsklage in der *Angst vor Kündigung* begründet liegt.³⁰ Der Kündigungsschutz, wie er im GIG festgelegt ist, wurde in der Evaluation 2003-2005 jedoch von fast drei Vierteln der Schlichtenden als an sich ausreichend eingestuft. Sie schätzten das Problem der Angst vor Arbeitsplatzverlust zwar gross ein, waren aber gleichzeitig der Meinung, dieses Problem lasse sich nicht auf der Ebene des Kündigungsschutzes im Gesetz lösen.³¹
- Die in Art. 10 GIG verankerte Bestimmung zum Schutz vor Rachekündigungen hat sich in der Praxis nicht bewährt: Es ist kein Fall bekannt geworden, in dem in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis die Arbeit von der Klagenden nach einer diskriminierenden Kündigung während der vorgesehenen Schutzfrist wieder aufgenommen worden wäre.
- Problematisch ist der Umgang mit indirekten Diskriminierungen. Diese werden häufig weder von den Betroffenen noch ihren Vertretern und Vertreterinnen noch von den Arbeitgebenden als solche erkannt.

2.3. Diskriminierung schwangerer Frauen und Mütter

2.3.1. Einleitung

Die Schweizerische Konferenz der Schlichtungsstellen nach GIG SKS hat eine zunehmende Diskriminierung von schwangeren Frauen und Müttern festgestellt, weshalb im Rahmen der Studie die in diesem Bereich relevanten Rechtsnormen analysiert sowie sozialwissenschaftliche Befragungen und eine Analyse der Rechtsprechung vorgenommen wurden.

2.3.2. Internationale und nationale Rechtsnormen

Auf internationaler Ebene sehen Art. 10 des UNO-Pakts I³², das CEDAW-Übereinkommen (namentlich Art. 4 Abs. 2 sowie Art. 11 CEDAW), das ILO-Übereinkommen Nr. 183 über den Mutterschutz³³ sowie die von der Schweiz nicht ratifizierte revidierte Sozialcharta vom 3. Mai 1996 rechtliche Mechanismen zum Schutz der Frau bei Mutterschaft vor.

²⁹ Siehe Medienmitteilung des Bundesrates vom 22.10.2014, „Lohnleichheit: Bundesrat will zusätzliche staatliche Massnahmen ergreifen“, abrufbar unter <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msgid=54905> (besucht am 07.07.2015).

³⁰ Diese Einschätzung ergibt sich aufgrund von Befragungen von Vertreterinnen von Arbeitnehmendenorganisationen und Schlichtungsstellen.

³¹ Stutz/Schär Moser/Freivogel, S. 15. Siehe auch S. V, S. XII und S. 121.

³² Internationaler Pakt vom 16.12.1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO-Pakt I; SR 103.1).

³³ Übereinkommen Nr. 183 vom 15.06.2000 über den Mutterschutz (SR 0.822.728.3).

Gemäss der Schweizerischen Bundesverfassung werden Bund und Kantone verpflichtet, sich dafür einzusetzen, dass jede Person gegen die wirtschaftlichen Folgen von Mutterschaft gesichert ist (Art. 41 Abs. 2 BV). Der in Art. 116 Abs. 3 BV festgehaltenen Verpflichtung, eine Mutterschaftsversicherung einzurichten, ist der Bund im Jahr 2005 nachgekommen.³⁴

Auf Gesetzesstufe wird der Rechtsschutz durch das Arbeitsgesetz,³⁵ das Obligationenrecht sowie das GIG gewährleistet:

- *Arbeitsbedingungen während der Schwangerschaft und in der Stillzeit:* Das ArG befreit Schwangere insbesondere von der Verrichtung gefährlicher und beschwerlicher Arbeit (Verpflichtung der Arbeitgeber zum Anbieten gleichwertiger Ersatzarbeit ohne Risiken, Art. 35 Abs. 1 ArG). Weiter muss Frauen, die Abend- oder Nachtarbeit verrichten, eine Tagesarbeit angeboten werden (falls keine gleichwertige Ersatzarbeit angeboten werden kann, steht den Schwangeren das Recht auf 80% ihres Lohns zu, Art. 35 Abs. 3 ArG). *Stillenden Müttern* ist die Zeit zum Stillen freizugeben (Art. 35a Abs. 2 ArG) und sie haben das Recht auf Stillpausen bzw. können die Zeit zum Abpumpen von Milch als Arbeitszeit geltend machen, die ebenfalls bezahlt werden muss (Art. 60 Abs. 2 ArGV 1³⁶).
- *Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers bzw. der Arbeitgeberin:* Das zivilrechtliche Arbeitsvertragsrecht enthält die Lohnzahlungspflicht für den Fall, dass eine Arbeitnehmerin wegen ihrer Schwangerschaft nicht zur Arbeit gehen kann (Art. 324a Abs. 2 OR). Der Anspruch ist – analog zu Krankheit und Unfall – abhängig von der Dauer der Anstellung.³⁷
- *Arbeitsverbot:* Nach der Geburt dürfen Wöchnerinnen während 8 Wochen nicht arbeiten (Art. 35a Abs. 3 ArG). Beginnen sie nach dieser Zeit zu arbeiten, entfällt die Entschädigung der Mutterschaftsversicherung.
- *Kündigungsschutz:* Während der Schwangerschaft und in den 16 Wochen nach der Niederkunft gilt ein absoluter Kündigungsschutz, das heisst, jede Kündigung in dieser Zeit ist nichtig (Art. 336c OR, Kündigung zu Unzeit). Der Kündigungsschutz läuft ab dem ersten Tag der Schwangerschaft unabhängig vom Wissen um die Schwangerschaft. Dieser absolute Kündigungsschutz gilt jedoch *nicht* für die Dauer der Probezeit,³⁸ die gemäss Art. 335b OR maximal drei, in öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen (z.B. des Bundes)³⁹ bis zu sechs Monaten betragen kann. Während der Probezeit kann die schwangere Arbeitnehmerin jedoch *gestützt auf das Gleichstellungsgesetz* wegen diskriminierender Kündigung eine Entschädigung einklagen (gemäss Art. 5 Abs. 2 GIG). Die Kündigung während der Probezeit ist also auch im Falle einer Schwangerschaft gültig, sofern es sich um ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis handelt, und kann nicht rückgängig gemacht werden.⁴⁰

³⁴ Art. 16b ff. Bundesgesetz über den Erwerbssersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft (Erwerbssersatzgesetz, EOG; SR 834.1) eingefügt durch Ziff. I des BG vom 03.10.2003, in Kraft seit 01.07.2005.

³⁵ Bundesgesetz vom 13.03.1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (ArG; SR 822.11).

³⁶ Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz vom 10.05.2000 (ArGV 1; SR 822.111).

³⁷ Dabei wird nicht unterschieden zwischen Fehlen wegen einer Schwangerschaft und Fehlen wegen einer Krankheit oder eines Unfalls. Das heisst, alle Arbeitsverhinderungen werden ungeachtet des Grundes zusammengerechnet und es besteht kein Anspruch auf Lohnzahlung mehr, wenn die Arbeitnehmerin bereits etwa wegen einer Krankheit vor Beginn der Schwangerschaft Lohn beansprucht hat. BBl 2002 7529.

³⁸ Ebenfalls wenn aus wichtigen Gründen das Arbeitsverhältnis fristlos aufgelöst wird (Art. 337 ff. OR).

³⁹ Art. 8 Abs. 2 Bundespersonalgesetz vom 24.03.2000 (BPG; SR 172.220.1).

⁴⁰ Riemer-Kafka /Ueberschlag, Art. 5 GIG, S. 173 f., N. 39 und N. 40; Pärli [Kündigung], S. 36. Für das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis siehe etwa Art. 34c Abs. 1 BPG.

- *Diskriminierungsschutz*: Wie bereits erwähnt (siehe oben, Ziff. II.2.1), kann gegen weitere direkte und auch indirekte Diskriminierung aufgrund der Schwangerschaft oder Mutterschaft und weitergehend aufgrund des Zivilstands oder der familiären Situation *gestützt auf das GIG* vorgegangen werden (Art. 3 Abs. 1 GIG). Neben diskriminierenden Entlassungen verbietet das GIG zusätzlich Diskriminierungen bezüglich Anstellung, Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung sowie Beförderung. Betreffend Anstellung gilt es schliesslich festzuhalten, dass eine Bewerberin im Bewerbungsgespräch nicht nach einer Schwangerschaft oder der Familienplanung gefragt werden darf.⁴¹

2.3.3. Analyse der Rechtsprechung

A. Übersicht der Entscheide nach GIG

Im Rahmen der Studie wurden neben dem Bundesverwaltungs- und dem Bundesgericht sämtliche Schlichtungsstellen und erst- und zweitinstanzlichen Gerichte in der Schweiz gebeten, dem SKMR Entscheide zu Diskriminierungsfällen einzureichen. Von den insgesamt 453 dem SKMR zur Auswertung eingereichten Fälle betrafen 143, also rund ein Drittel, das GIG⁴². Die Entscheide zum GIG sind thematisch wie folgt verteilt:⁴³

	<i>Anzahl Fälle</i>	<i>Anteil gerundet</i>
Entscheide im Zusammenhang mit der Lohnthematik	40	33%
Kündigung aufgrund des Zivilstandes, der familiären Situation, aufgrund von Schwangerschaft oder Mutterschaft sowie Kündigungen während der Sperrfrist von Art. 336c Abs. 1 lit. c OR	16	13%
Verschiedene Fälle ⁴⁴ :	66	54%
<i>Total</i>	122	100%

Tabelle 1: Übersicht Entscheide GIG

B. Entscheide betreffend Kündigung wegen des Zivilstandes, der familiären Situation und Schwangerschaft

Die Entscheide betreffend Kündigung wegen des Zivilstandes, der familiären Situation oder wegen einer Schwangerschaft oder Mutterschaft (Art. 3 Abs. 1 GIG) sowie Kündigungen während der Sperrfrist von Art. 336c Abs. 1 lit. c OR wurden aufgrund der Fokussierung auf diese Fallkategorie einer detaillierten Analyse unterzogen. Die 16 Entscheide wurden noch ergänzt durch

⁴¹ ZH Fall 86; LU Fall 2; eingehend Ueberschlag, S. 192 f.

⁴² Von den Schlichtungsstellen und Gerichten wurden nur Entscheide betreffend Diskriminierung aufgrund des Zivilstandes, der familiären Situation und aufgrund von Schwangerschaft oder Mutterschaft (Art. 3 GIG) sowie Kündigungen während der Sperrfrist von Art. 336c Abs. 1 lit. c OR zur Auswertung verlangt, die zwischen dem 01.01.2004 und dem 30.06.2014 ergangen sind. Es wurden jedoch auch Entscheide zu anderen Bereichen des GIG eingereicht.

⁴³ Aufgrund mangelnder Informationen in den eingereichten Unterlagen konnten einige Fälle thematisch nicht zugeordnet werden. Diese Fälle sind deshalb in der Statistik nicht enthalten.

⁴⁴ D.h. solche, die nicht den zwei folgenden Kategorien zugeordnet werden konnten.

eine eigene Recherche von Bundesgerichtsurteilen,⁴⁵ um möglichst alle wichtigen Entscheide in die Beurteilung miteinzubeziehen. Darüber hinaus wurden einzelne Entscheide aus den Datenbanken leg.ch sowie gleichstellungsgesetz.ch näher analysiert.⁴⁶ Aus methodischen Gründen wurden nur jene Entscheide einbezogen, die auch Daten für die Auswertung der Verfahrensdauer, der Verfahrens- und Parteikosten sowie der Höhe der Entschädigung beinhalten. Von den insgesamt 29 eingegangenen bzw. recherchierten Entscheide der kantonalen Schlichtungsstellen sowie der erst- und zweitinstanzlichen Gerichte betreffen 23 Kündigungen wegen des Zivilstandes, der familiären Situation oder infolge Schwangerschaft oder Mutterschaft (Art. 3 Abs. 1 GIG) sowie ein Fall eine Kündigung während der Sperrfrist von Art. 336c Abs. 1 lit. c OR. Hinzu kommen fünf vom Bundesgericht beurteilte Fälle, bei denen es in vier Fällen um die vorerwähnte Sperrfrist geht.⁴⁷

Die inhaltliche Analyse dieser Entscheide hat die in der untenstehenden Tabelle erwähnten Fallkonstellationen hervorgebracht:

<i>Fallkonstellation: Kündigung...</i>	<i>Anzahl Fälle</i>	<i>Anteil gerundet</i>
...nach Vertragsabschluss, aber vor Arbeitsbeginn	3	10%
...während der Probezeit	4	14%
...während eines regulären Beschäftigungsverhältnisses	6	20%
...während bzw. auf Ende des Mutterschaftsurlaubs	1	3%
...nach der Rückkehr aus dem Mutterschaftsurlaub	5	17%
Andere ⁴⁸	10	34%
<i>Total</i>	29 ⁴⁹	100%

Tabelle 2: Fallkonstellationen Entscheide Schwangerschaft/Mutterschaft

Die Analyse der Entscheide hat ergeben, dass die Rechtsprechung der Schlichtungsstellen und Gerichte, soweit ersichtlich, die relevanten Rechtsgrundlagen zum Schutz von Schwangeren und von Mutterschaft korrekt und im Sinn und Geist der verschiedenen relevanten Bestimmungen umsetzt. Namentlich stellt etwa die Anwendung der Sperrfrist Art. 336c Abs. 1 lit. c OR in der Praxis keine Probleme dar: In jenen Fällen, wo die Verletzung dieser Bestimmung von den Be-

⁴⁵ Beim Bundesgericht wurden für die Analyse alle in der Beurteilungszeitspanne veröffentlichten Entscheide berücksichtigt.

⁴⁶ Relevant sind dabei alle Entscheide während der Beurteilungszeitspanne vom 01.01.2004-30.06.2014.

⁴⁷ Die Analyse der Fälle betreffend die Höhe der Verfahrens- und Parteikosten, der Verfahrensdauer sowie Schadenersatz wurde in den untenstehenden Ausführungen zum prozessualen Diskriminierungsschutz eingebaut.

⁴⁸ Ein sozialversicherungsrechtlicher Fall (BGE 133 V 73; Anspruch einer arbeitsunfähigen Mutter auf Mutterschaftsentschädigung); Reduktion der Gerichtskosten (Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 18.11.2010, APH 10 408; Frage, welcher Teil des Verfahrens und damit auch der Gerichtskosten auf das GIG und welcher auf das OR zurückzuführen ist), Kündigung durch Reorganisation des kantonalen Gerichtswesens infolge Einführung der Eidg. StPO (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz, Kammer III vom 27.05.2011), missbräuchliche Kündigung gemäss Art. 336 OR nach 20 Jahren guter und loyaler Arbeit (Urteil des Zivilgerichts du Littoral et du Val-de-Travers vom 14.06.2012), Wiederherstellung der Beschwerdefrist im Falle einer Klage wegen Diskriminierung durch Ablehnung einer Anstellung (Kantonsgesicht Luzern, Urteil vom 06.05.2014), diskriminierende Nichtbeförderung wegen Schwangerschaft (Verwaltungsgericht Kanton Zürich, Urteil vom 20.04.2008 (PB.2007.00029)).

⁴⁹ Ein in Tabelle 2 erwähnter Fall lief über zwei Instanzen und ist in Tabelle 3 deshalb nur einmal erwähnt.

troffenen gerügt wird und anschliessend beweismässig erstellt werden kann, dass die Kündigung in der Sperrfrist erfolgt ist, wird die Kündigung zur Unzeit bejaht und für nichtig erklärt.⁵⁰

Wichtig ist in diesem Zusammenhang zu erwähnen, dass der Schutz durch die besagte Bestimmung *keine Mitteilung der Schwangerschaft voraussetzt*. Das Bundesgericht hatte in diesem Zusammenhang einen Fall zu beurteilen, in dem eine Arbeitnehmerin ihre Schwangerschaft erst einen Monat nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mitteilte.⁵¹ Die Richter in Lausanne bestätigten ihre diesbezügliche Rechtsprechung in diesem Entscheid und verneinten zudem im konkreten Fall ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Arbeitnehmerin, weil sie ihre Schwangerschaft erst in diesem Zeitpunkt mitgeteilt hatte. Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten sei nur in ausserordentlichen Umständen zu bejahen.⁵²

In den vier Fällen, in denen eine Kündigung während der Probezeit bzw. eine Kündigung nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs gerügt wurde, prüften die Gerichte, ob die Kündigung diskriminierend im Sinne von Art. 3 GIG war, und berücksichtigten dabei die Beweiserleichterung von Art. 6 GIG.⁵³ Dabei wurde in den Urteilen festgehalten, dass eine Diskriminierung keine entsprechende Absicht oder ein Verschulden voraussetzt. Massgeblich ist allein die Frage, ob eine Massnahme eine diskriminierende Wirkung nach sich zieht.⁵⁴ Das Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden z.B. sah in der Kündigung einer Schwesternhilfe, nachdem diese nach dem Mutterschaftsurlaub ihre Stelle wieder angetreten hatte, eine Benachteiligung der Klägerin, da nur ihr und nicht den anderen Angestellten gekündigt worden war. Der Zusammenhang zwischen der Kündigung und der Schwangerschaft und damit eine gemäss GIG verbotene Geschlechterdiskriminierung sah das Gericht somit als erwiesen an. Das von den Beklagten vorgebrachte Argument, es sei mit der Kündigung keine Diskriminierung beabsichtigt gewesen, liess es nicht gelten. Festgehalten wurde, dass der Arbeitgeber oder die Arbeitgeberin sicherstellen muss, dass die Frau nach dem Mutterschaftsurlaub die gleiche Stelle weiterführen bzw. mit dem gleichen Pensum weiterarbeiten kann. Die Rechtfertigung des Arbeitgebers, der unterdessen eine andere Person unbefristet für die Stelle der Klägerin eingestellt hatte und Überkapazitäten geltend machte, wurde damit nicht akzeptiert.⁵⁵ In einem Fall, den das Kantonsgericht Schaffhausen zu beurteilen hatte, führte der Beklagte als Rechtfertigung der Kündigung einer Mitarbeiterin nach Wiederaufnahme der Arbeit nach dem Mutterschaftsurlaub unentschuldigtes Wegbleiben und Störung des Betriebsfriedens an, konnte den diesbezüglichen Beweis allerdings nicht erbringen. Das Gericht entschied zugunsten der Klägerin, dass die Kündigung erfolgt war, weil die Klägerin weiterhin ihr Kind stillen wollte.⁵⁶ In einem weiteren Fall, der das Verwaltungsgericht Luzern zu entscheiden hatte, konnte der Arbeitgeber den Nachweis erbringen, dass er gegenüber der Klägerin

⁵⁰ In einigen Entscheiden haben die Gerichte überzeugend dargelegt, dass nicht die Schwangerschaft/Mutterschaft, sondern wirtschaftliche Gründe für die Kündigung kausal waren.

⁵¹ BGE 135 III 349. So auch Arbeitsgericht Winterthur, Urteil vom 21.02.2013, AN120002-K/U1/bu, E. III.2.

⁵² BGE 135 III 352 E. 3.

⁵³ Siehe z.B. Kantonsgericht Schaffhausen, Urteil vom 15.08.2012, Nr. 2008/1659-41-sr: der Klägerin wurde nach dem Schwangerschaftsurlaub gekündigt, weil sie die gesetzlich geregelten Stillzeiten in Anspruch nahm. Im Weiteren Obergericht Appenzell Ausserrhoden, Einzelrichterentscheid vom 12.11.2010; E. 2.3 und 2.4; Bezirksgericht der Sense, Urteil vom 08.03.2010.

⁵⁴ In diesem Sinne etwa Bezirksgericht der Sense, Urteil vom 08.03.2010, E. 4.2; Obergericht Appenzell Ausserrhoden, Einzelrichterentscheid vom 12.11.2010 (OGP 10 24), E. 2.3.1 und Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden, Einzelrichterentscheid vom 12.02.2010 (ER3 09 06), E. 2.2.1 mit Verweis auf Elisabeth Freivogel, S. 53, N. 3.

⁵⁵ Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden, Einzelrichterentscheid vom 12.11.2010, E. 2.2.4.

⁵⁶ Kantonsgericht Schaffhausen, Urteil vom 15.08.2012 (Nr. 2008/1659-41).

bereits vor der Schwangerschaft mehrmals die Qualität ihrer Arbeit bemängelt hatte. Das Gericht erachtete in der Folge die Kündigung nach Rückkehr aus dem Mutterschaftsurlaub als nicht diskriminierend im Sinne des GIG.⁵⁷

Betreffend der Abgrenzung des Kündigungsschutzes *während und nach der Probezeit* hatte das Bundesgericht überdies einen Fall⁵⁸ zu beurteilen, bei dem es um die Berechnung der Probezeit im Sinne von Art. 335b Abs. 2 OR ging: Einer Arbeitnehmerin wurde während der Probezeit unbezahlter Urlaub gewährt. Rund zwei Wochen nach dem Bezug des unbezahlten Urlaubs und über drei Monate nach Arbeitsbeginn wurde der Vertrag von der Arbeitgeberin aufgelöst. Im Zeitpunkt der Vertragsauflösung war die Arbeitnehmerin bereits seit mehreren Monaten schwanger. Die kantonale Vorinstanz hatte in diesem Fall entschieden, dass der unbezahlte Urlaub an die Dauer der Probezeit angerechnet werden muss, weshalb die Kündigung in der Sperrfrist erfolgt und deshalb nichtig gewesen sei. Das Bundesgericht schützte dieses Urteil und stellte fest, dass für die Berechnung der Dauer der Probezeit nicht unterschieden werden dürfe, ob es sich um einen bezahlten oder einen unbezahlten Urlaub handle. Die vertragliche Beziehung bestehe in beiden Fällen weiter, weshalb der Urlaub an die Dauer der Probezeit anzurechnen sei.

In Bezug auf die Dauer der Probezeit und den Schutz vor Kündigungen von Schwangeren ist weiter auf einen Entscheid des Bundesgerichts betreffend das öffentliche Dienstrecht des Kantons Neuenburg hinzuweisen.⁵⁹ In diesem Fall ging es um eine in der Buchhaltung tätige, provisorisch angestellte Sekretärin. Trotz Schwangerschaft wurde ihr mit einer Probezeit von zwei Jahren versehener Arbeitsvertrag aufgrund ungenügender Leistungen während der Dauer der Probezeit aufgelöst. Die gegen die Kündigung erhobenen Beschwerden wurden von den Vorinstanzen abgewiesen. Das Bundesgericht hatte in diesem Fall zu beurteilen, ob das kantonale Dienstrecht des Kantons Neuenburg eine (echte) Lücke enthalte, die das Bundesgericht in Anwendung von Art. 336c Abs. 1 lit. c OR zu füllen hat. Die Richter in Lausanne verneinten das Vorliegen einer derartigen Lücke mit der Begründung, dass die arbeitsvertraglichen Regeln gemäss OR im öffentlichen Recht nur subsidiär anzuwenden seien. Das Bundesrecht verpflichte die Kantone nicht, die Regeln betreffend die Auflösung eines Vertrages während der Schwangerschaft auf gleiche Weise auszugestalten, wie dies in Art. 336c Abs. 1 lit. c geschehen sei.⁶⁰ Weiter liege vorliegend keine echte Lücke vor, da der kantonale Gesetzgeber bewusst auf einen Schutz im Sinne der arbeitsrechtlichen Bestimmungen des OR verzichtet habe.⁶¹ Unseres Erachtens scheint eine Probezeit von zwei Jahren in Anbetracht der in Art. 335b Abs. 2 OR festgehaltenen maximalen Dauer der Probezeit von drei Monaten im Privatrecht als äusserst lang und mit dem Schutzbedürfnis von missbräuchlichen Kündigungen von Schwangeren während der Probezeit nicht vereinbar.

2.4. Hinweise zu häuslicher Gewalt

Die Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen stellt auf internationaler Ebene eine der zentralen Massnahmen im Rahmen der Bemühungen zur Verwirklichung der Gleichstellung von Frau und Mann dar. Gemäss CEDAW-Ausschuss stellt geschlechtsbezogene Gewalt eine Form der Dis-

⁵⁷ Verwaltungsgericht Kanton Luzern, Urteil vom 13.11.2007 (V 07 53).

⁵⁸ BGE 136 III 562.

⁵⁹ BGE 139 I 57.

⁶⁰ BGE 139 I 60 E. 5.1.

⁶¹ BGE 139 I 62 E. 6.2.

kriminierung der Frau gemäss Art. 1 CEDAW-Übereinkommen dar, weil sie die Betroffenen daran hindert, die ihnen durch das im internationalen Recht garantierten Menschenrechte und Grundfreiheiten in Anspruch zu nehmen.⁶² Der Europarat sieht häusliche Gewalt als „Ausdruck historisch gewachsener ungleicher Machtverhältnisse zwischen Frauen und Männern“ und als „einen der entscheidenden sozialen Mechanismen, durch den Frauen in eine untergeordnete Position gegenüber Männern gezwungen“⁶³ und an der Inanspruchnahme der Menschenrechte gehindert werden. Das von der Schweiz noch nicht ratifizierte Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (sog. Istanbulkonvention)⁶⁴ will mit detailliert ausformulierten Verpflichtungen zur Bekämpfung häuslicher Gewalt „einen Beitrag zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau leisten und eine echte Gleichstellung von Frauen und Männern, auch durch die Stärkung der Rechte der Frauen, fördern“ (Art. 1 Abs. 1 lit. b).

Im schweizerischen Recht schützt die Bundesverfassung in Art. 10 Abs. 2 die körperliche und geistige Unversehrtheit, die Bewegungsfreiheit und die individuelle Selbstbestimmung; Abs. 3 verbietet Folter und jede andere Art grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung. Die daraus fliessenden Schutzpflichten im Falle von häuslicher Gewalt hat die Schweiz in verschiedenen Gesetzen umgesetzt, insbesondere im Bereich des Strafrechts und der Strafverfolgung sowie im zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ZGB). Dieser wurde 2006 mit Bestimmungen zum Schutz gegen Gewalt, Drohungen oder Nachstellungen ergänzt (Art. 28b ZGB).⁶⁵ Das Opferhilfegesetz trägt sodann mit den darin vorgesehenen Leistungen zur Unterstützung der Opfer von Straftaten bei der Durchsetzung ihrer Rechte bei. Sowohl das Opferhilfegesetz und die schweizerische Strafprozessordnung (StPO)⁶⁶ wie auch im Weiteren etwa das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) kennen spezifische Bestimmungen, die den – insbesondere weiblichen – Opfern von häuslicher Gewalt Rechnung tragen und ihnen den Zugang zum Recht erleichtern und gewährleisten sollen.

Opfer häuslicher Gewalt beschreiten allerdings in den wenigsten Fällen den Rechtsweg, das heisst, sie erstatten selten eine Anzeige und das Strafverfahren wird häufig gemäss Art. 55a StGB sistiert. Diese Problematik wurde erkannt und der Bundesrat hat Empfehlungen erarbeiten lassen, wie der Schutz vor häuslicher Gewalt verbessert werden kann.⁶⁷

„Häusliche Gewalt“ stellt eine strukturelle Diskriminierung dar, deren Bekämpfung von der Schweiz gemäss den internationalen und grundrechtlichen Vorgaben an die Hand genommen wurde. In der Rechtspraxis wird häusliche Gewalt allerdings in der Regel nicht als Diskriminierungsform, sondern als Problem des Persönlichkeitsschutzes eingestuft bzw. behandelt. Im Zentrum steht die Frage, wie weit die Schweiz ihren in diesem Bereich bestehenden Pflichten nachkommt, Frauen vor Gewalt zu schützen. Die sozialwissenschaftlichen Befragungen haben ergeben, dass das OHG als grosser Fortschritt empfunden wird, wobei die Praxis zur Einstellung der

⁶² CEDAW, General Recommendation Nr. 19 (1992), Ziff. 7. Zitiert gemäss deutscher Übersetzung in: BUNDES-MINISTERIUM FÜR FAMILIEN, SENIOREN, FRAUEN UND JUGEND, S. 46.

⁶³ Siehe Präambel Europäisches Übereinkommen zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention). Siehe auch Gender Equality Commission (GEC), Gender Equality Strategy 2014-2017, CM(2013)136 final, 6.11.2013.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Siehe Teilstudie 2, Kap. VI.3.3.

⁶⁶ Schweizerische Strafprozessordnung vom 05.10.2007 (StPO; SR 312.0).

⁶⁷ Bericht des Bundesrates zur Motion Heim 09.3059, Eindämmung der häuslichen Gewalt, vom 28.01.2015, S. 51 f.; Medienmitteilung des Bundesrates, Gewaltprävention fortsetzen – Häusliche Gewalt eindämmen, vom 28.01.2015. Siehe Teilstudie 2, Kap. VI.1.

Strafverfahren allerdings als problematisch bezeichnet wird, da sie den Offizialgrundsatz faktisch aushöhlt. Gleichzeitig haben die Befragungen deutlich gemacht, wie sensibel rechtliche Interventionen in diesem Bereich ausgestaltet sein müssen, da Opfer und Tatperson in enger Beziehung zueinander stehen. Weiter geht aus den Interviews hervor, dass gezielte Sensibilisierung bestimmter Berufsgruppen sowie ausreichende Ressourcen für Beratung unabdingbar sind. Schliesslich sollten, neben einem ausgebauten Opferschutz, auch die Tatpersonen in die Bewältigungsarbeit einbezogen werden. Hier besteht Handlungsbedarf. Auch die Beratungsstellen be- greifen „Häusliche Gewalt“ in der Regel nicht als Diskriminierungsproblem.

2.5. Ergebnisse der Befragungen

2.5.1. Persönliche Interviews

Der *gesetzliche Schutz* vor Diskriminierung wegen des Geschlechts wird von den befragten Expertinnen und Experten als vergleichsweise weitreichend beurteilt. Als erfolgreiches Instrument wird vor allem das Schlichtungsverfahren bezeichnet. Als weitere Stärken des Gleichstellungsgesetz wurde die Beweislastleichterung, der Untersuchungsgrundsatz, die Kostenlosigkeit des Verfahrens sowie die Pflicht der Arbeitgebenden, für ein diskriminierungsfreies Arbeitsklima zu sorgen speziell erwähnt. Gleichzeitig wird die Beschränkung des sachlichen Geltungsbereichs des GIG auf das Erwerbsleben bemängelt. Diskriminierungen etwa aufgrund des Alters und der Herkunft seien zudem nicht erfasst, womit kein Schutz vor Mehrfachdiskriminierungen bestehe. Die Hürden eines gerichtlichen Verfahrens werden sodann als hoch eingeschätzt; emotionale und finanzielle Belastung, die Länge des Verfahrens sowie etwa auch die geringen Entschädigungssummen, die die Betroffenen am Ende des Verfahrens erwarten können, lassen die Beschreitung des Rechtsweges als wenig attraktiv erscheinen. Arbeitskonflikte könnten mittels eines gerichtlichen Verfahrens in den meisten Fällen sodann nicht gelöst werden: die grosse Mehrheit der Betroffenen organisiert aus Angst vor Repressalien Hilfe erst, wenn sie eine neue Arbeitsstelle in Aussicht oder die Kündigung erhalten hat. Zum Teil wird gefordert, dass der Kündigungsschutz ausgebaut und die Handlungsspielräume der Arbeitgebenden eingeschränkt werden sollten.

Im Bereich Sensibilisierung haben die Befragten festgehalten, dass eine kontinuierliche Sensibilisierungsarbeit notwendig sei, damit das einmal erreichte Bewusstsein nicht wieder nachlasse. Gleichzeitig sei das GIG bei der Anwaltschaft und bei Richterinnen und Richtern teilweise immer noch zu wenig bekannt. Betreffend Diskriminierungen durch sexuelle Belästigung und aufgrund von Schwangerschaft herrsche bei Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden tendenziell grosses Unwissen. Sodann würde mehr Transparenz im Bereich Lohn helfen, Lohnungleichheiten überhaupt erkennbar zu machen.

2.5.2. Anwaltschaft

Im Rahmen der Online-Befragung wurde den befragten Anwältinnen und Anwälten die Frage unterbreitet, ob das Gleichstellungsgesetz ihrer Einschätzung nach einen angemessenen Schutz für von Diskriminierung betroffene Personen gewährt. Mit rund 70% war eine deutliche Mehrheit der Befragten der Ansicht, dass dies voll und ganz oder eher zutrifft.

2.6. Schlussfolgerungen

Aus den Ergebnissen der Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes sowie aus den im Rahmen dieser Studie durchgeführten Befragungen der Beratungsstellen und der Anwaltschaft geht hervor, dass sich das GIG grundsätzlich bewährt hat, auch wenn die Fallzahlen sich auf einem relativ tiefen Niveau bewegen. Insbesondere wurden bei der Umsetzung der tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann Fortschritte erzielt, der individuelle Rechtsschutz gestärkt und bei Lohndiskriminierungen bei typisch weiblichen Erwerbstätigkeiten im öffentlichen Sektor konnten Verbesserungen erzielt werden. Schwierigkeiten ergeben sich aber bei intersektionalen Diskriminierungen, d.h. Mehrfachdiskriminierungen, bei welchen das Zusammenfallen mehrerer Merkmale (z.B. Geschlecht und Behinderung oder ethnische Herkunft) die Diskriminierung auslöst und das Merkmal Geschlecht für sich allein dafür nicht entscheidend war: Für solche Konstellationen gewährt das GIG keinen Schutz.

Im Bereich Information und Sensibilisierung hatte der Bundesrat aufgrund der Erkenntnisse der Wirksamkeit des GIG bereits einen Handlungsbedarf festgestellt. Aus den Befragungen der Beratungsstellen geht zudem hervor, dass in diesem Bereich auch weiterhin Handlungsbedarf besteht: Sowohl bei Fachpersonen (Anwaltschaft sowie Richterinnen und Richter) als insbesondere auch bei jüngeren Frauen sind das GIG und dessen Anwendungsbereich tendenziell zu wenig bekannt. Dies ist namentlich auch bei Diskriminierungen aufgrund der Schwangerschaft der Fall. Ein weiteres Indiz für den Bedarf für Informations- und Sensibilisierungsmassnahmen sind möglicherweise die in den letzten Jahren eher rückläufigen Fallzahlen bei der Gleichstellungsdatenbank gleichstellungsgesetz.ch.

Bei Diskriminierung schwangerer Frauen und Mütter werden die gesetzlichen Grundlagen zum Schutz derselben im Arbeitsgesetz, im Obligationenrecht und im Gleichstellungsgesetz als genügend eingeschätzt. Auch in diesem Bereich ist der Handlungsbedarf im Informations- und Sensibilisierungsbereich zu verorten. Gemäss den befragten Fachleuten scheinen die rechtlichen Möglichkeiten zum Schutz vor Diskriminierung aufgrund von Schwangerschaft und Mutterschaft noch zu wenig bekannt zu sein. Dies gilt etwa für den Umstand, dass bei Diskriminierungen bei Kündigungen während der Probezeit das Obligationenrecht zwar keinen Schutz gewährt, gegen Diskriminierungen in solchen Fällen jedoch auf der Grundlage des GIG vorgegangen werden kann. Es ist fraglich, ob breite Kreise der Anwaltschaft, der Arbeitgebenden sowie von Diskriminierung betroffenen Personen über diesen Umstand in Kenntnis sind.

3. Diskriminierung von LGBTI-Menschen

3.1. Begriff LGBTI

Das Akronym LGBTI bedeutet „Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex“ und bezeichnet zwei voneinander zu unterscheidende Bereiche. „LGB“ sind Ausdrucksformen der sexuellen Orientierung, während „TI“ angeborene Merkmale bezeichnen, in denen entweder das biologische Geschlecht nicht dem sozialen Geschlecht entspricht („trans“) oder das biologische Geschlecht sich nicht in das dualistische System „Mann“/„Frau“ einordnen lässt, da z.B. Geschlechtsmerkmale beider Geschlechter vorhanden sind („inter“⁶⁸).

⁶⁸ In der Fachwelt ist allerdings umstritten, ob der Sammelbegriff „inter“ sinnvoll ist, da damit Gemeinsamkeiten suggeriert werden, die vielleicht gar nicht bestehen.

3.2. Rechtsschutz durch internationale Übereinkommen und die Bundesverfassung

Die relevanten verbindlichen internationalen Übereinkommen schützen zwar LGBTI-Menschen nicht explizit vor staatlicher oder privater Diskriminierung aufgrund deren sexuellen Orientierung, der Geschlechtsidentität oder Intersex-Status. Verschiedene Vertragsüberwachungsorgane gehen jedoch davon aus, dass LGBTI-Personen durch das Kriterium „Geschlecht“ oder das Aufangkriterium „sonstiger Status“ erfasst werden (UNO-Pakte I und II, CEDAW). Auf europäischer Ebene garantiert die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) in Art. 14 den Genuss der Konventionsrechte ohne Diskriminierung wegen verschiedener, nicht abschliessend formulierter Merkmale. Obwohl die Merkmale der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität nicht ausdrücklich erwähnt sind, werden sie laut der Rechtsprechung des Gerichtshofs vom Geltungsbereich des Art. 14 EMRK erfasst.⁶⁹

Auf Stufe Bundesverfassung wird der Diskriminierungsschutz durch das in Art. 8 Abs. 2 BV festgehaltene Diskriminierungsverbot gewährleistet. Dabei werden gemäss Lehre und Rechtsprechung Diskriminierungen aufgrund der *sexuellen Orientierung* durch das Merkmal „Lebensform“, und Diskriminierungen wegen der *Geschlechtsidentität* durch das Merkmal „Geschlecht“ erfasst. Die Rechtsprechung zu Art. 8 Abs. 2 BV ist in diesem Zusammenhang jedoch sehr spärlich, weshalb der tatsächliche verfassungsmässige Schutz in diesen Bereichen nach wie vor nicht geklärt ist. Zum verfassungsmässigen Schutz von Menschen mit Intersex-Status haben sich bisher schliesslich weder die Lehre noch die Rechtsprechung umfassend geäussert.

3.3. Spezialgesetzlicher Rechtsschutz bei Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung

Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich auf Rechtsnormen, die homosexuellen Personen Schutz vor Diskriminierung gewähren. Der rechtliche Schutz vor Diskriminierung von *bisexuellen Personen* wird soweit ersichtlich weder in der Rechtsordnung noch in der Rechtsprechung oder der Lehre thematisiert.

3.3.1. Partnerschaftsgesetz und Gleichstellungsgesetz

Das *Partnerschaftsgesetz*⁷⁰ eröffnet gleichgeschlechtlichen Paaren zum einen den Zugang zu einer staatlich anerkannten Form der Partnerschaft, womit die mit diesem Gesetz angestrebte Gleichstellung zu einem Teil erreicht worden ist. Gleichzeitig schafft das PartG neue Diskriminierungen bzw. verfestigt bisherige Ungleichbehandlungen: Während z.B. nicht-eingetragenen homosexuellen Paaren zumindest die Einzeladoption offen steht, ist eine Adoption für eingetragene Paare nicht möglich. Ausserdem hat eine eingetragene Partnerschaft keinen erleichternden Einfluss auf die Einbürgerung eines Partners/einer Partnerin. Zudem wird mit diesem Rechtsinstitut das Eheverbot für homosexuelle Paare zementiert, und homosexuelle Paare haben keinen legalen Zugang zu Mittel der assistierten Fortpflanzung. Eingetragene Partnerinnen und Partner sind damit nach wie vor schlechter gestellt als Ehepartnerinnen und Ehepartner. Die Möglichkeit der

⁶⁹ ECHR, P.V. v. Spanien, Appl. No. 35159/09, 30.11.2010, § 30; aktuell: *Identoba and Others v. Georgia*, Appl. No. 73235/12, 12.5.2015, § 96.

⁷⁰ Bundesgesetz vom 18.06.2004 über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (PartG; SR 211.231).

Stiefkindadoption sowie der erleichterten Einbürgerung befinden sich aktuell in politischer Diskussion.⁷¹

Die Anwendbarkeit des *Gleichstellungsgesetzes* bei Diskriminierungen im Erwerbsleben, die sich einzig und allein auf Ungleichbehandlungen gestützt auf die sexuelle Orientierung beziehen, ist in der Lehre umstritten. Das Bundesgericht hat sich bisher nicht zu dieser Frage geäußert.

3.3.2. Rechtsschutz durch weitere Bestimmungen

Da soweit ersichtlich nur ein unpublizierter Entscheid des Bundesgerichts⁷² betreffend den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz zum Schutz vor Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung vorliegt, besteht nach wie vor nicht genügend Rechtssicherheit zur Frage, ob die entsprechenden Bestimmungen – Art. 2 und 28 ZGB sowie Art. 328/336 OR – tatsächlich genügenden Schutz vor Persönlichkeitsverletzungen aufgrund der sexuellen Orientierung gewährleisten..

Auf strafrechtlicher Ebene fallen öffentliche Verleumdungen und Herabsetzungen von Menschen aufgrund ihrer sexuellen Orientierung, d.h. homophobe Hassreden, gemäss geltendem Recht nicht unter die Antirassismus-Strafnorm von Art. 261^{bis} StGB. Im März 2015 hat der Nationalrat jedoch einen Vorstoss⁷³ angenommen, der das Kriterium der sexuellen Orientierung in diese Norm integrieren will. Im April 2015 hat die Rechtskommission des Ständerates dieser Initiative Folge gegeben.⁷⁴ Darüber hinaus kann gegen ehrverletzende Äusserungen betreffend die sexuelle Orientierung Anzeige wegen einer *strafbaren Handlung gegen die Ehre* (Art. 173 ff. StGB) gemacht werden.

3.4. Rechtsschutz bei Diskriminierung von Transmenschen

Zunächst gilt es festzuhalten, dass Transmenschen in der schweizerischen Rechtsordnung unsichtbar sind: Weder die Existenz, noch die Rechte von Transmenschen und das Merkmal der Geschlechtsidentität werden in der schweizerischen Rechtsordnung explizit genannt oder anerkannt.⁷⁵ Lediglich in Art. 7 Abs. 2 lit. o Zivilstandsverordnung (ZStV) wird die Änderung des Geschlechts als Gegenstand der Beurkundung des Personenstands genannt.⁷⁶

⁷¹ Betreffend Stiefkindadoption siehe Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Adoption) vom 28.11.2014, BBI 2015 877; Medienmitteilung des Bundesrates, Adoptionsrecht soll neuen Familienformen Rechnung tragen, vom 28.11.2014. Betreffend erleichterte Einbürgerung siehe Parlamentarische Initiativen, Gleichstellung der eingetragenen Partnerschaft und der Ehe im Einbürgerungsverfahren, Vorentwurf und erläuternder Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 26. März 2015.

⁷² Siehe unten, Fn. 139.

⁷³ Parlamentarische Initiative Reynard 13.407 vom 07.03.2013 „Kampf gegen Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung“.

⁷⁴ Im Hinblick auf die Annahme des Vorstosses Reynard hat der Ständerat im Juni 2015 eine Standesinitiative des Kantons Genf abgelehnt, die das Kriterium der sexuellen Orientierung explizit in Art. 8 Abs. 2 BV aufnehmen und Art. 261^{bis} StGB entsprechend erweitern wollte, siehe http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/s/4919/469283/d_s_4919_469283_469441.htm (besucht am 01.07.2015).

⁷⁵ Siehe Teilstudie 3, Kap. IV.

⁷⁶ Zivilstandsverordnung vom 28.04.2004 (ZStV; SR 211.112.2). Siehe auch die Artikel 40 Abs. 1 lit. j, 98 Abs. 2 lit. h und 98 Abs. 2 lit. c. Hierzu hat das Eidgenössische Amt für das Zivilstandswesen EAZW eine Rechtsauskunft zuhanden der kantonalen Aufsichtsbehörden im Zivilstandswesen formuliert, in der unter anderem klargestellt wird, dass die Sterilisation und chirurgische Eingriffe nicht als Voraussetzungen einer Personenstandsänderung gefordert werden dürfen und eine Ehescheidung oder Auflösung einer eingetragenen Partnerschaft nicht als Bedingung für die Eintragung einer Geschlechtsänderung gefordert werden und diese auch nicht zwangsweise durchgeführt werden dürfe. Siehe EAZW, Rechtsauskunft, Transsexualität vom

Ob Transmenschen bei Diskriminierungen im Erwerbsleben durch das *Gleichstellungsgesetz* geschützt sind, *ist unklar*. Obwohl die herrschende Lehre von der Anwendbarkeit des GIG auf Transmenschen ausgeht, fehlt es an einer autoritativen Bestätigung durch das Bundesgericht.

Transmenschen, die gemäss Registereintrag unterschiedlichen Geschlechts sind, steht grundsätzlich das Eingehen einer Ehe offen, um zusammen eine rechtliche Verbindung einzugehen. Bei einer gleichgeschlechtlichen Beziehung kommt zum Eingehen einer rechtlichen Verbindung der Eintrag ins Partnerschaftsgesetz in Frage. Dieser setzt allerdings voraus, dass beide Partner gemäss Registereintrag gleichgeschlechtlich sind. Transmenschen, deren Geschlechtsidentität bspw. weiblich ist, die aber im Register aufgrund ihres Geburtsgeschlechts (noch) als männlich registriert sind, haben keinen Zugang zur gleichgeschlechtlichen Partnerschaft mit einer anderen Frau. Mit anderen Worten wird Transmenschen der Zugang zur eingetragenen Partnerschaft (bzw. zur Ehe) solange verwehrt, als sie das Verfahren zur (medizinischen und juristischen) Geschlechtsanpassung nicht durchlaufen haben. Sie können damit bis zur Geschlechtsanpassung nicht jene rechtliche Verbindung eingehen, die ihren tatsächlichen Lebensverhältnissen entspricht.

Betreffend den *zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz* kann festgehalten werden, dass etwa Art. 28 ZGB auch den Schutz aller Aspekte der persönlichen Integrität beinhaltet und damit Transmenschen potenziell gegen entsprechende Persönlichkeitsverletzungen vorgehen könnten. Allerdings wird diese Thematik weder in der Lehre noch in der Rechtsprechung behandelt, weshalb hier eine beträchtliche Rechtsunsicherheit besteht.

Auf *strafrechtlicher Ebene* scheint das Diskriminierungsmerkmal „Geschlechtsidentität“ nicht von der aktuellen Ausweitungsdiskussion der Rassismustrafnorm betroffen zu sein (siehe dazu oben, Ziff. II.3.3.2). Gegen ehrverletzende Äusserungen aufgrund der Geschlechtsidentität kann also einzig Strafanzeige wegen Verstoss gegen Art. 173 ff. StGB (Ehrverletzungsdelikte) vorgegangen werden.

3.5. Rechtsschutz bei Diskriminierung von Menschen mit Intersex-Status

Gleich wie bei den Transmenschen werden auch die Menschen mit Intersex-Status in der schweizerischen Rechtsordnung weder explizit genannt noch anerkannt. Gemäss Schätzungen werden in der Schweiz pro Jahr 20 bis 100 Kinder mit Geschlechtsvariante geboren. Konkrete Zahlen sind mangels statistischer Erhebung nicht verfügbar. Ausserdem hat sich die Lehre bisher kaum mit dem Thema Intersex auseinandergesetzt; entsprechend unklar ist auch der verfassungsmässige Grundrechtsschutz (so z.B. hinsichtlich Menschenwürde gemäss Art. 7, dem Diskriminierungsschutz gemäss Art. 8 Abs. 2 BV sowie dem Recht auf körperliche Unversehrtheit gemäss Art. 10 Abs. 2 BV) von Intersex-Menschen. Nicht geklärt ist zudem die Anwendbarkeit allfälliger strafrechtlicher Normen sowie des Sterilisationsgesetzes auf geschlechtsangleichende Operationen.

Unklarheiten bestehen darüber hinaus in Bezug auf *die Durchsetzung persönlichkeitsrechtlicher Ansprüche von Intersex-Menschen*: Obwohl gemäss der Nationalen Ethikkommission (NEK) und dem Bundesrat kosmetische geschlechtsangleichende Operationen in Übereinstimmung mit Art. 10 Abs. 2 BV nur nach Erreichen der Volljährigkeit und mit Einwilligung der betroffenen Person erfolgen dürfen, scheinen aus medizinischer Sicht nicht notwendige Operationen an Kindern

auch heute noch durchgeführt zu werden. Es bedarf der Klärung, inwiefern dies tatsächlich zutrifft sowie einer klaren Durchsetzung des Persönlichkeitsschutzes von Intersex-Kindern sowohl auf Verfassungs- als auch auf Gesetzesstufe (Art. 19c ZGB).

Betreffend das *Verfahren für die Änderung des Geschlechtseintrages im Zivilstandsregister* hat das Eidgenössische Amt für Zivilstandswesen EAZW Anfang 2014 in Umsetzung einer Stellungnahme der NEK und im Auftrag des Bundesrates eine amtliche Mitteilung erlassen. Danach ist die Eintragung und Änderung des Geschlechts und der Vorname im Personenstandsregister unter gewissen Voraussetzungen unkompliziert, d.h. insbesondere ohne die Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens, möglich. Diese pragmatische Lösung ist zu begrüßen, für die Zukunft sollte jedoch eine nachhaltige Lösung getroffen werden, welche den Persönlichkeitsrechten von Intersex-Menschen dauerhaft Rechnung trägt. Ausserdem sollte über die Möglichkeit nachgedacht werden, auf den Geschlechtseintrag eine gewisse Zeit verzichten zu können, um den Eltern zu ermöglichen, eine umfassend informierte Entscheidung zu treffen. Zu diskutieren wäre ferner die Aussetzung des Eintrags bis zur Erreichung der Urteilsfähigkeit des Kindes.

Weiter ist die Frage nach der *Anwendbarkeit des Gleichstellungsgesetzes* auf Menschen, die wegen ihrem *Intersex-Status* im Erwerbsleben diskriminiert werden, noch völlig im Dunkeln und bisher weder von der Lehre noch der Rechtsprechung thematisiert worden.

Auf *strafrechtlicher Ebene* scheint die Diskriminierung von Menschen mit Geschlechtsvariante nicht von der Ausweitungsdiskussion der Rassismustrafnorm betroffen zu sein (siehe oben Ziff. II.3.3.2). Gegen entsprechende ehrverletzende Äusserungen kann also einzig Strafanzeige wegen Verstoß gegen Art. 173 ff. StGB (Ehrverletzungsdelikte) vorgegangen werden.

3.6. Ergebnisse der persönlichen Interviews

Die befragten Expertinnen und Experten geben für den gesamten LGBTI-Bereich an, dass im Gegensatz zu anderen Diskriminierungsmerkmalen hier kaum gesetzliche Regelungen, Literatur und Rechtsprechung sowie ein gesellschaftliches Bewusstsein vorhanden sind. Zudem fehlt es weitgehend an staatlich (mit-) finanzierten Beratungsangeboten. Vielmehr wird viel Freiwilligenarbeit geleistet. Sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität betreffen zudem höchstpersönliche Fragen, die beim Vorgehen gegen Diskriminierungen und Einleitung eines Gerichtsverfahrens „öffentlich“ gemacht werden müssen und unter Umständen mit einem Outing verbunden sind. Dies kann Betroffene von der Einleitung eines Gerichtsverfahrens abhalten.

Im *Bereich Homosexualität* sollten gemäss den Befragten beim Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8 Abs. 2 BV das Merkmal „sexuelle Orientierung“⁷⁷ hinzugefügt werden, da der Rechtsschutz nur durch eine explizite Nennung dieses Merkmales greift. Generell fehlt es an gesetzlichen Grundlagen, um gegen Diskriminierung vorzugehen; die gesellschaftliche Entwicklung ist dem Recht voraus. Weiter wird die Einführung eines Verbandsklage- und -beschwerderechts, die Aufnahme homophober Taten in Art. 261^{bis} StGB sowie generell eine umfassende rechtliche und gesellschaftliche Gleichstellung gefordert (etwa in Bezug auf die Adoption von Kindern, die Nutzung sämtlicher Möglichkeiten zur medizinischen Fortpflanzung oder bei Einbürgerungsverfahren). Schliesslich wird die Einführung eines allgemeinen Gesetzes zum Schutz vor Diskriminierungen, sofern ein solches das Merkmal der sexuellen Orientierung explizit aufnimmt, von allen

⁷⁷ Vertreterinnen und Vertreter von Trans- und Intersexmenschern verlangen zudem, dass auch das Merkmal der „Geschlechtsidentität“ bei Art. 8 Abs. 2 BV hinzugefügt wird.

interviewten Fachpersonen begrüsst. Schliesslich besteht Handlungsbedarf bezüglich Sensibilisierung der Akzeptanz von Homosexualität im öffentlichen Raum.

Im Bereich Transsexualität braucht es gemäss den Befragten einen expliziten gesetzlichen Schutz betreffend das Diskriminierungsmerkmal „Geschlechtsidentität“ und eine entsprechende rechtliche Verankerung in der Verfassung sowie im Privat-, Asyl- und Strafrecht. Die zuständigen Stellen sollten sich zudem mit der Frage nach einer allfälligen Aufhebung der geltenden binären Geschlechterordnung auseinandersetzen. Weiter wird ein vereinfachtes Prozedere bei Änderungen im Personenstandsregister gefordert. Zudem wird für einen überwiegenden Teil der betroffenen Personen als Voraussetzung für die Änderung des amtlichen Geschlechts auch heute noch eine Sterilisation verlangt. Darüber hinaus wird für eine amtliche Namensänderung oft verlangt, dass die Ehe in eine eingetragene Partnerschaft umgeändert wird, was von den Befragten mehrheitlich kritisiert wird. Schliesslich besteht Handlungsbedarf im Bereich Sensibilisierung bei der Gesamtbevölkerung, und insbesondere bei Kindern und Jugendlichen, weshalb das Thema Trans im Lehrplan thematisiert werden sollte. Weiter besteht ein grosser Forschungsbedarf, etwa betreffend Wissen und Zugang zu Beratungsstellen, Gewalt an Transmenschen sowie Suizidalität. Schliesslich fordern die Befragten, dass sich die Schweiz an Best-Practice-Beispielen im Ausland orientieren sollte, um in diesem Bereich auf allen Ebenen Fortschritte zu erzielen.

Im Bereich Intersex besteht gemäss den Befragten das Problem zunächst darin, dass die Betroffenen meist gar keine Kenntnis davon haben, dass sie betroffen sind und sich schon deshalb nicht zur Wehr setzen können.⁷⁸ Zudem fehlt es generell an einem gesellschaftlichen Bewusstsein zu dieser Thematik, und es gibt kaum Hilfsangebote für Eltern eines Kindes mit Geschlechtsvarianten. Gemäss den Befragten sollte das Kriterium „Intersex“ als Diskriminierungsmerkmal in Art. 8 Abs. 2 BV aufgenommen werden. Weiter wird verlangt, dass die Eintragung und Änderung im Personenstandsregister, wie von der NEK gefordert, einfach und unkompliziert möglich sein sollte. Zudem sollten operative Eingriffe keine Voraussetzung für die Eintragung des Geschlechts in das Personenstandsregister sein. Die gesetzlichen Rahmenbedingungen sollten so ausgestaltet sein, dass sie den Handlungsspielraum für medizinische Massnahmen nicht völlig offen lassen. Damit wäre gewährleistet, dass die Eltern nicht in jedem Fall über die Operation ihres Kindes bestimmen könnten. Darüber hinaus sollte das Kinderschutzrecht ausgebaut werden: Zu denken ist an ein Melderecht der Ärzteschaft an die Kinderschutzbehörde, wenn die Eltern ihr Kind operieren lassen wollen und damit das Wohl des Kindes gefährdet ist. Im Bereich der Invalidenversicherung wird weiter die Übernahme der Kosten einer Operation auch nach dem 20. Lebensjahr gefordert. Die befragten Fachpersonen waren sich uneinig, ob das binäre Geschlechtersystem beibehalten werden sollte oder ob eine dritte Kategorie eingeführt werden sollte. Weiter fordern einzelne Befragte, dass geschlechtsanpassende Operationen bei Kleinkindern als Menschenrechtsverletzung und Körperverstümmelung – und nicht bloss als Diskriminierung – anerkannt werden. Schliesslich besteht Handlungsbedarf bezüglich Sensibilisierungsarbeit in Schulen, spezifischen Berufsgruppen (Hebammen, medizinisches Personal) sowie der Gesamtbevölkerung.

⁷⁸ Gemäss den Befragten wird das Thema Intersex-Menschen in unserer Gesellschaft immer noch tabuisiert. Die Eltern sprechen etwa nicht darüber, weil sie ihre Kinder nicht belasten wollen und sowohl die Ärztinnen und Ärzte als auch die Eltern beachten generell das Recht des Kindes auf Mitbestimmung, wie es etwa in Art. 12 der Kinderrechtskonvention (Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989, SR 0.107) verbrieft ist, nicht.

3.7. Schlussfolgerungen

Sowohl auf *internationaler als auch auf nationaler Ebene* gibt es noch keine bzw. wenige verbindliche Regeln, die gezielt den Schutz von LGBTI-Personen vor Diskriminierung bezwecken. Vielmehr werden LGBTI-Personen hauptsächlich durch allgemeine Diskriminierungsverbote geschützt. Auf nationaler Ebene kommt dabei dem Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8 Abs. 2 BV eine übergeordnete Bedeutung zu. Aufgrund der spärlichen Rechtsprechung ist jedoch der tatsächliche verfassungsmässige Schutz noch weitgehend ungeklärt.

Auf *Gesetzesstufe* fehlen in der schweizerischen Rechtsordnung ausdrückliche Gleichbehandlungsregelungen für LGBTI-Menschen weitgehend. LGBTI-Menschen und deren Rechte sind damit nicht sichtbar, und es gibt insbesondere zu Diskriminierungen von Trans- und Intersexmenschen praktisch weder Literatur noch Rechtsprechung. *Das Partnerschaftsgesetz (PartG)* ist spezifisch auf einen Teil der Gruppe der LGBTI-Menschen, nämlich auf homosexuelle Menschen (L und G), ausgerichtet. Die Studie zeigt allerdings, dass das PartG neben der angestrebten Beseitigung von Ungleichbehandlung homosexueller Menschen in Bezug auf die Ehe auch nicht zu vernachlässigende Benachteiligungen zur Folge hat. Zu erwähnen ist hier bspw. das Adoptionsverbot für gleichgeschlechtliche Paare. Für Transmenschen kommt das PartG nur zur Anwendung, wenn sie gemäss Registereintrag offiziell gleichgeschlechtlich sind. Bislang unklar und klärungsbedürftig sind die Relevanz und Auswirkungen des PartG für Intersex-Menschen und bisexuelle Menschen. Auch die Anwendbarkeit des *Gleichstellungsgesetzes* auf LGB und T Menschen ist noch nicht zweifellos geklärt. Während die herrschende Lehre davon ausgeht, dass sich Transmenschen auf das Gleichstellungsgesetz berufen können, ist offen, ob dies auch auf Menschen zutrifft, die aufgrund ihrer sexuellen Orientierung am Arbeitsplatz diskriminiert werden. Das Bundesgericht hat sich bisher noch nicht mit dieser Frage befasst. In Bezug auf die Diskriminierung im Erwerbsleben aufgrund Intersex-Status geben weder Lehre noch Rechtsprechung Aufschluss. Die relevanten Bestimmungen zum *zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz* sollten LGBTI-Menschen zumindest theoretisch Schutz vor Diskriminierungen gewähren. Es gibt jedoch kaum Rechtsprechung zu dieser Thematik, weshalb hier eine erhebliche Rechtsunsicherheit herrscht. Strafrechtlich können sich LGBTI-Menschen bei ehrverletzenden Äusserungen derzeit einzig durch eine Strafanzeige wegen Ehrverletzung (Art. 173 ff. StGB) gegen Diskriminierungen zur Wehr setzen. Die vom Nationalrat beschlossene Ausweitung der Rassismustrafnorm auf homophobe Hassreden erfasst Trans- und Intersexmenschen nicht. Bei Menschen mit Intersex-Status sind schliesslich der Grundrechtsschutz bei geschlechtsangleichenden Operationen im Allgemeinen, sowie die Durchsetzung persönlichkeitsrechtlicher Ansprüche sowie die Anwendbarkeit des Sterilisationsgesetzes im Speziellen zu klären. Zudem bedarf es einer dauerhaften befriedigenden rechtlichen Lösung für eine vereinfachte Änderung des Geschlechtseintrages im Zivilstandsregister.

Die im LGBTI-Bereich befragten Expertinnen und Experten fordern zusammengefasst die explizite Nennung der verschiedenen angesprochenen Diskriminierungsmerkmale in Art. 8 Abs. 2 BV und einen gesetzlich verankerten Diskriminierungsschutz. Im *Bereich Homosexualität* werden die Einführung eines Verbandsklage- und -beschwerderechts, die rechtliche Gleichstellung in sämtlichen Bereichen sowie die Einführung eines allgemeinen Gesetzes zum Schutz vor Diskriminierung gefordert. Im *Bereich Transmenschen* werden die Diskussion der Frage der Aufhebung der binären Geschlechterordnung sowie ein vereinfachtes Verfahren bei Änderungen im Personenstandsregister gefordert. Weiter soll das Verfahren zur Änderung des amtlichen Geschlechts in einer dafür angemessenen Form durchgeführt werden, und von der Voraussetzung der Sterilisation und der Umwandlung der Ehe in eine eingetragene Partnerschaft abgesehen werden. Zu-

dem besteht u.a. ein Handlungsbedarf betreffend Sensibilisierung. *Im Bereich Intersex* fehlt es an einer systematischen Datenerhebung in den Geburtsabteilungen der Spitäler. Zudem geht aus der Befragung hervor, dass eine Sensibilisierung der ganzen Gesellschaft und von Fachpersonal für diese Problematik angezeigt ist. Darüber hinaus sollen Eintragungen und Änderungen im Personenstandsregister unkompliziert möglich sein, und von der Voraussetzung von operativen Eingriffen für die Eintragung des Geschlechts soll abgesehen werden. Weiter sollen gesetzliche Rahmenbedingungen für operative Eingriffe geschaffen und der Kinderschutz ausgebaut werden, um das Kindeswohl zu schützen. Schliesslich wird gefordert, dass operative Eingriffe auch nach dem 20. Lebensjahr von der Invalidenversicherung übernommen werden und geschlechtsanpassende operative Eingriffe bei Kleinkindern rechtlich als Genitalverstümmelung qualifiziert und verboten werden.

4. Diskriminierung aufgrund einer Behinderung

Beim Schutz von Menschen mit Behinderungen steht die Sicherstellung oder zumindest die Erleichterung des Zugangs zu Örtlichkeiten, Bildungsangeboten, Tätigkeiten und Arbeitsplätzen und Dienstleistungen, d.h. ihre Integration in das gesellschaftliche und wirtschaftliche Leben im Vordergrund. Dies verhindert oder vermindert ihre Ausgrenzung und hat damit einen deutlichen Bezug zum Diskriminierungsrecht. Darüber hinaus können solche Menschen aber auch direkt wegen ihrer Behinderung herabgewürdigt und ohne sachliche Gründe benachteiligt werden.

4.1. Rechtsschutz durch internationale Übereinkommen und die Bundesverfassung

Auf internationaler Ebene enthalten die Konvention über die Rechte der Menschen mit Behinderung⁷⁹ sowie die Kinderrechtskonvention explizite Normen zum Schutz der Rechte behinderter Menschen.⁸⁰ Auf europäischer Ebene wird der Diskriminierungsschutz durch das in Art. 14 EMRK festgehaltene Diskriminierungsverbot gewährleistet.⁸¹ Auf *nationaler Ebene* ergibt sich ein verfassungsrechtlicher Schutz vor Diskriminierung aufgrund einer Behinderung aus Art. 8 Abs. 2 BV. Ausserdem enthält Art. 8 Abs. 4 BV einen Gesetzgebungsauftrag und formuliert ganz allgemein eine staatliche Schutzpflicht gegenüber Menschen mit Behinderung. Dieser Gesetzgebungsauftrag wurde mit dem Erlass des am 1. Januar 2004 in Kraft getretenen Behindertengleichstellungsgesetzes (BehiG)⁸² erfüllt.

4.2. Rechtsschutz durch das Behindertengleichstellungsgesetz

4.2.1. Zweck und Geltungsbereich

Das BehiG *bezweckt*, 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

⁷⁹ Übereinkommen vom 13.12.2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (BRK; SR 0.109).

⁸⁰ Andere wichtige Menschenrechtsvertrage wie die UNO Pakte oder die Frauenrechtskonvention enthalten keine entsprechenden ausdrücklichen Bestimmungen. Allerdings ist heute anerkannt, dass diese Verträge das Verbot einer Diskriminierung aufgrund einer Behinderung zumindest implizit beinhalten.

⁸¹ Laut der Rechtsprechung des Gerichtshofs fallen Benachteiligungen aufgrund einer Behinderung mangels expliziter Aufführung bei den Diskriminierungsmerkmalen unter „sonstigen Status“.

⁸² Bundesgesetz vom 13.12.2002 über die Beseitigung von Benachteiligungen mit Behinderungen (BehiG; SR 151.3).

selbstständig soziale Kontakte zu pflegen, sich aus- und fortzubilden und eine Erwerbstätigkeit auszuüben (Art. 1 BehiG). Dabei liegt eine *Benachteiligung* gemäss Art. 2 Abs. 2 vor, 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. Der *Geltungsbereich des BehiG* ist in Art. 3 geregelt, wonach Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen zusammenfassend in den folgenden Bereichen verboten sind:

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

Betreffend Kompetenz- und Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen bestimmt Art. 4 BehiG, dass das Gesetz weitergehenden Bestimmungen der Kantone zugunsten der Menschen mit Behinderung nicht entgegensteht. Weiter ergreifen sowohl der Bund als auch die Kantone Massnahmen, um Benachteiligungen zu verhindern, zu verringern oder zu beseitigen, wobei den besonderen Bedürfnissen behinderter Frauen Rechnung zu tragen ist (Art. 5 Abs. 1 BehiG).

Das BehiG räumt der Schaffung von Rahmenbedingungen, welche die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft erleichtern, einen hohen Stellenwert ein. Es ist in dieser Hinsicht in Bezug zu den Massnahmen der Behindertenpolitik zu sehen, die ebenfalls auf Förderung der Integration ausgerichtet sind, dabei aber den Akzent auf eine Verbesserung der individuellen Voraussetzungen einer Eingliederung setzen (z.B. Eingliederungsmassnahmen der Invalidenversicherung⁸³).

Ein besonderer Fokus des BehiG liegt auf der Zugänglichkeit, d.h. der Beseitigung von baulichen oder sonstigen Hindernissen, welche die Teilhabe erschweren. Das BehiG setzt damit einen besonderen Akzent auf der Beseitigung derjenigen Form der Diskriminierung, welche in der BRK als Verweigerung angemessener Vorkehrungen umschrieben wird (vgl. Art. 2 BRK); anderen Formen der Diskriminierung, die beim Schutz vor Diskriminierung aufgrund anderer Eigenschaften im Vordergrund stehen, räumt das Gesetz explizit wenig Raum ein.

4.2.2. Adressaten des Diskriminierungsschutzes

Das BehiG schützt v.a. vor Diskriminierungen durch *staatliche Organe* sowie durch die Schweizerischen Bundesbahnen und andere konzessionierte Unternehmen. Zudem ist der Bund als Arbeitgeber daran gebunden: Gemäss Art. 13 Abs. 1 BehiG hat er alles daran zu setzen, Behinderten gleiche Chancen wie nicht Behinderten anzubieten und insbesondere Anstellungen von Menschen mit Behinderungen zu fördern.⁸⁴ Darüber hinaus hat der Bund im Verkehr mit Sprach-, Hör-

⁸³ Solche Massnahmen der IV sind nicht Gegenstand dieser Untersuchung.

⁸⁴ Dabei wird auf Art. 4 Abs. 2 lit. f BPG verwiesen, wonach der Bund geeignete Massnahmen für die Chancengleichheit der Behinderten sowie zu deren Beschäftigung und Eingliederung trifft.

oder Sehbehinderten auf deren besondere Anliegen Rücksicht zu nehmen und spezielle Massnahmen für sie zu treffen (Art. 14 BehiG).

Schutz vor Diskriminierungen *durch Private* gewährleistet das BehiG, wenn diese Gebäude im Sinne von Art. 3 BehiG besitzen (lit. c und d) sowie bei Dienstleistungen, die grundsätzlich von allen beansprucht werden können (Art. 6 BehiG).⁸⁵ Bei privaten Dienstleistungen geht der Schutz allerdings weniger weit als bei staatlichen Dienstleistungen: Art. 2 lit. d der Behindertengleichstellungsverordnung⁸⁶ bestimmt nämlich, dass die Verweigerung einer privaten Dienstleistung nur dann diskriminierend ist, wenn Behinderte *besonders krass unterschiedlich und benachteiligend behandelt werden* mit dem Ziel oder der Folge, sie herabzuwürdigen oder auszugrenzen. Vom BehiG nicht erfasst ist schliesslich der Schutz vor Diskriminierungen bei privaten Anstellungsverhältnissen.⁸⁷

4.2.3. Rechtsfolgen bei Diskriminierungen

Bei Bauten, Einrichtungen oder Fahrzeugen kann grundsätzlich gefordert werden, dass die in Frage stehende Benachteiligung unterlassen wird (Art. 7 BehiG),⁸⁸ bei Dienstleistungen konzessionierten Unternehmen oder von Gemeinwesen kann die Beseitigung oder Unterlassung verlangt werden (Art. 8 Abs. 1 und 2 BehiG). Gemäss Art. 11 Abs. 1 BehiG ordnet das zuständige Gericht oder die Verwaltungsbehörde die Beseitigung der Benachteiligung allerdings nicht an, wenn der für Behinderte zu erwartende Nutzen in einem Missverhältnis zum wirtschaftlichen Aufwand (lit. a), zu den Interessen des Umwelt-, Natur- und Heimatschutzes (lit. b) oder zu Anliegen der Verkehrs- und Betriebssicherheit stehen. In solchen Fällen kann das konzessionierte Unternehmen oder das Gemeinwesen jedoch zu einer Ersatzlösung verpflichtet werden (Art. 12 Abs. 3 BehiG). Anpassungen an Bauten werden in jenen Fällen nicht angeordnet, wo der Aufwand dafür 5% des Gebäudeversicherungswertes bzw. des Neuwertes der Anlage oder 20% der Erneuerungskosten übersteigt (Art. 12 Abs. 1 BehiG).

Bei *Diskriminierungen durch Private*, die Dienstleistungen öffentlich anbieten (Art. 6 BehiG), kann gemäss Art. 8 Abs. 3 BehiG lediglich eine Entschädigung beantragt werden. Bei der Festsetzung derselben trägt das Gericht den Umständen, der Schwere der Diskriminierung und dem Wert der Dienstleistung Rechnung. Sie beträgt jedoch höchstens CHF 5'000.- (Art. 11 Abs. 2 BehiG), was die Frage aufwirft, ob die Sanktion damit wirksam eine präventive Schutzwirkung entfaltet.

4.3. Schutz vor Diskriminierung durch allgemeine privatrechtliche Bestimmungen und das Strafrecht

Da das BehiG bei Diskriminierungen durch Private nur ganz beschränkt anwendbar ist, stellt sich die Frage, welche allgemeinen privatrechtlichen Bestimmungen in Frage kommen, um gegen

⁸⁵ Das BehiG definiert allerdings nicht, was unter einer Dienstleistung zu verstehen ist, und auch die Rechtsprechung hat den Schutzbereich von Art. 6 BehiG noch nicht abschliessend geklärt.

⁸⁶ Behindertengleichstellungsverordnung vom 19.11.2003 (BehiV; SR 151.31).

⁸⁷ In dieser Hinsicht sieht Art. 17 BehiG einzig die Möglichkeit vor, Pilotversuche zur Integration im Erwerbsleben durchzuführen.

⁸⁸ Bei nicht publikationspflichtigen Bauten besteht allerdings das Problem, dass das BehiG keine besondere Pflicht zur Publikation der Baugesuche bzw. zur Information der Behindertenorganisationen vorsieht, und dass deshalb mangels Kenntnis keine Beschwerde erhoben werden kann. Nur wenige Kantone sehen Bestimmungen zur Sicherstellung der Information der Beschwerdeberechtigten vor.

Diskriminierungen vorzugehen.⁸⁹ Die *Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kontrahierungszwang*, wonach unter bestimmten Voraussetzungen ein Vertrag zwischen Privaten auch gegen den Willen einer Vertragspartei abgeschlossen werden kann (dazu unten Ziff. II.6.3.1), ist auf den Grossteil der in der Studie untersuchten Lebensbereiche, nämlich auf das Erwerbsleben generell und auf die Stellensuche im Speziellen, auf die Wohnungssuche sowie auf den Bezug von Dienstleistungen in der Freizeit nicht anwendbar: Entweder können die entsprechenden Voraussetzungen nicht erfüllt werden, oder es bestehen sachliche Rechtfertigungsgründe für die Verweigerung eines Vertragsabschlusses (etwa der Verweis auf Sicherheitsvorschriften). Der Schutz greift allenfalls im Bereich des Abschlusses von Krankenzusatzversicherungen.

Der *arbeitsrechtliche Persönlichkeitsschutz* (Art. 328 und 336 ff. OR sowie Art. 6 ArG) gewährt Menschen mit Behinderungen (zumindest theoretisch) Schutz vor verletzenden, abwertenden und ausgrenzenden Verhaltensweisen wie z.B. bei einer Kündigung wegen einer Behinderung. Zudem sind die Arbeitgeber verpflichtet, zumutbare Anstrengungen zu unternehmen, um behinderte Arbeitnehmende im Arbeitsverhältnis zu integrieren. Allerdings besteht kein Anspruch auf Anpassungen des Arbeitsplatzes: Gestützt auf die arbeitsrechtlichen Bestimmungen kann nur finanzielle Entschädigung, nicht jedoch die Beseitigung von Hindernissen verlangt werden. Dasselbe gilt bei einer missbräuchlichen Kündigung einer Arbeitnehmerin oder eines Arbeitnehmers aufgrund einer Behinderung (Art. 336 Abs. 1 lit. a OR): Auch hier kann lediglich eine Entschädigung verlangt werden, die Kündigung ist dagegen gültig (Art. 336a OR). Möglicherweise lassen sich die Voraussetzungen der Rechtsprechung zur Anstellungsdiskriminierung aus rassistischen Gründen⁹⁰ auf den Zugang zum Erwerbsleben für Behinderte übertragen, die Rechtsprechung hat dies allerdings bisher nicht geklärt. Klar ist allerdings, dass keine wirksame Handhabe gegen diskriminierende Stellenabsagen aufgrund einer Behinderung besteht: Falls kein finanzieller Schaden erlitten wurde, kann einzig eine Genugtuung verlangt werden (Art. 49 OR), eine Anstellung kann dagegen nicht erwirkt werden.

Die *mietrechtlichen Bestimmungen* betreffend Mängel während der Mietdauer (Art. 256 ff. OR) scheinen zumindest das Potenzial für einen gewissen Schutz vor Diskriminierung durch Nachbarn zu bieten und wohl zu einem gewissen Grad auch vor Diskriminierung durch Vermieterinnen und Vermieter, namentlich die in Art. 271 Abs. 1 OR festgehaltene Möglichkeit der Anfechtung einer Kündigung, wenn sie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst.⁹¹ Soweit ersichtlich, gibt es jedoch noch keine Rechtsprechung, welche die wirksame Anwendbarkeit der relevanten Bestimmungen auf Fälle von Diskriminierung wegen Behinderung tatsächlich zeigen.

Herabwürdigende Äusserungen gegenüber einer behinderten Person können weiter eine Persönlichkeitsverletzung gemäss Art. 28 ZGB darstellen, wenn die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen.⁹²

Auf *strafrechtlicher Ebene* können ehrverletzende Äusserungen aufgrund der im Strafgesetzbuch festgehaltenen Ehrverletzungsdelikte (Art. 173 ff. StGB) geahndet werden.

⁸⁹ Siehe zum bereichsübergreifenden Diskriminierungsschutz unten, Ziff. II.6.1.2.

⁹⁰ Siehe dazu unten, Ziff. II.6.3.1.

⁹¹ Siehe dazu die Ausführungen unten, Ziff. II.6.1.2.

⁹² Allgemeine Verunglimpfungen von Menschen mit Behinderung sind jedoch weder durch Art. 28 ZGB noch durch das BehiG umfasst. Vielmehr muss sich jede einzelne Person an ein Gericht wenden, um eine entsprechende Rechtsverletzung geltend zu machen.

4.4. Analyse der Rechtsprechung⁹³

4.4.1. Übersicht

Bei der Analyse der Rechtsprechung ging es bei 71 Fällen von insgesamt 453 eingegangenen Entscheiden um solche betreffend Diskriminierung bzw. Benachteiligungen aufgrund einer Behinderung, was rund 15% der insgesamt eingegangenen Fälle ausmacht (davon 11 Fälle, die sich auf Art. 8 Abs. 2 stützen und 60 Fälle gestützt auf das BehiG). Die grosse Mehrheit dieser 71 Fälle, nämlich 67 (darin enthalten jene 11 Fälle, die sich auf Art. 8 Abs. 2 BV stützen) wurde von Verwaltungsgerichten und lediglich 4 von Zivilgerichten beurteilt.⁹⁴

Die 60 Entscheide zum BehiG sind thematisch wie folgt verteilt:

	<i>Anzahl Entscheide</i>	<i>Anteil</i>
Bildungsbereich ⁹⁵	32	54%
Bauen	10	17%
Steuerrecht ⁹⁶	4	6%
Verschiedene ⁹⁷	14	23%
Total	60	100%

Tabelle 3: Übersicht Entscheide BehiG

4.4.2. Inhaltliche Erkenntnisse und Beurteilung

Die Arbeitsgemeinschaft Büro BASS/Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften ZHAW hat in der ersten Hälfte 2015 eine Evaluation des Behindertengleichstellungsgesetzes durchgeführt, die sich detailliert mit der Analyse der materiell-rechtlichen Bestimmungen des BehiG in der Praxis auseinandergesetzt hat. Die entsprechenden Resultate werden voraussichtlich noch in diesem Jahr veröffentlicht werden. Vorliegend soll deshalb nur kurz auf einige wichtige Erkenntnisse und Konstellationen hingewiesen werden, da der Fokus der vorliegenden Studie auf dem prozessualen Diskriminierungsschutz liegt.

Tabelle 3 zeigt, dass insgesamt mehr als 50% der Entscheide den *Bildungsbereich* betreffen. Dabei ging es einerseits um Entscheide betreffend das Recht auf Anpassung von Prüfungsmodalitäten im tertiären Bildungsbereich. Die Betroffenen haben dabei eine Mitwirkungspflicht zu erfüllen. Unter dieser Voraussetzung haben sie einen Anspruch auf Anpassungsleistungen, damit sie eine Prüfung ohne (behinderungsbedingte) Benachteiligung absolvieren können.⁹⁸ Inwieweit auch

⁹³ Siehe dazu Teilstudie 8, Kap. III.3.2.2.

⁹⁴ Die Analyse der Fälle betreffend die Höhe der Verfahrens- und Parteikosten, der Verfahrensdauer sowie Schadenersatz ist den Ausführungen zum prozessualen Diskriminierungsschutz zu entnehmen (siehe dazu unten, Ziff. III).

⁹⁵ Entscheide betreffend Zuteilung zu Sonderschulen, Kostenübernahme von pädagogischen Massnahmen für Behinderte sowie betreffend Nichtpromotion an Gymnasien und Universitäten.

⁹⁶ Namentlich betreffend die Abzugsfähigkeit behinderungsbedingter Kosten.

⁹⁷ Bspw. ein Entscheid betreffend Anpassung der Perronhöhe, ein Entscheid betreffend den Zugang zu Zügen für Behinderte und verschiedene verfahrensrechtliche Entscheide (etwa betreffend die Beschwerdelegitimation einer Behindertenorganisation oder betreffend die Leistung eines (relativ hohen) Kostenvorschusses zur Bezahlung eines Gebärdendolmetsches).

⁹⁸ Siehe zu dieser Thematik etwa das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-541/2009 vom 24.11.2009 sowie das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2007.00564 vom 25.06.2008.

ein Anspruch auf Anpassung der Prüfungsanforderungen besteht, ist nicht abschliessend geklärt.⁹⁹ Im obligatorischen Schulbereich ging es um Fragen der Integration sowie der Finanzierung sonderpädagogischer Massnahmen und von Privatschulen. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Gerichtspraxis als eher integrationsfördernd zu beurteilen ist.¹⁰⁰ Bei der Rechtsprechung im *Baubereich* kann zudem erwähnt werden, dass das BehiG dann keine Anwendung findet, wenn es um Wohnkomplexe geht, in denen die einzelnen Gebäude nur über eine gemeinsame unterirdische Garage verbunden sind und ansonsten keine Verbindungen haben.¹⁰¹ Ferner besteht bei Teilumbauten eine Anpassungspflicht bei jenen Gebäudeteilen, die nicht umgebaut werden sollen nur insoweit, als ein funktionaler Zusammenhang besteht zum Gebäudeteil, der umgebaut wird. Diese Rechtsprechung wird in der Literatur kritisiert.¹⁰² Schliesslich ist auf einen Fall betreffend den Bezug von privaten Dienstleistungen hinzuweisen, bei dem das Bundesgericht einem Kino-Betreiber, der einem Rollstuhlfahrer aus Sicherheitsgründen den Einlass verweigerte, Recht gab, da sein Verhalten nicht auf einer herabwürdigenden Motivation beruht hatte.¹⁰³ Die Voraussetzung einer Diskriminierungsabsicht in derartigen Fällen hat zu erheblicher Rechtsunsicherheit geführt und den ohnehin bereits engen gesetzlichen Schutzbereich von Diskriminierungen bei privaten Dienstleistungen weiter eingeschränkt.

4.5. Ergebnisse der Befragungen

4.5.1. Persönliche Interviews

Gemäss den befragten Expertinnen und Experten stellen sich je nach Behinderungsart unterschiedliche Probleme, was zu einem grossen Differenzierungsbedarf führt. Im Vergleich zu anderen Diskriminierungsfeldern leisten Beratungsstellen viel alltagsorientierte Lebenshilfe. Allerdings wird in diesem Kontext oft nicht von Diskriminierung gesprochen, sondern es geht vielmehr um Integration, d.h. den Abbau von Hürden, um eine Teilnahme behinderter Menschen am gesellschaftlichen Leben zu ermöglichen (insb. im schulischen Bereich sowie bei psychischen Behinderungen). Weiter benötigen Menschen mit Behinderungen oft positive Leistungen (angemessene Vorkehrungen), um eine Ungleichbehandlung aufzuheben. Zudem sind unmittelbar geäusserte Diskriminierungen gegen Behinderte in der Öffentlichkeit selten, Diskriminierungen geschehen vielmehr in subtilerer Form. In *rechtlicher Hinsicht* betonen viele Fachpersonen die Komplexität des BehiG und die Schwierigkeit, einen rechtserheblichen Sachverhalt zu beweisen und die Rechtslage zu bestimmen. Generell gibt es häufiger aussergerichtliche als gerichtliche Lösungen. Das rechtliche Know-how im Bereich des BehiG konzentriert sich im Wesentlichen auf die Fachstelle Égalité Handicap. Beratungsstellen aus der ganzen Schweiz überweisen ihr Fälle von Diskriminierung im Bereich Behinderung, wenn es um spezifische rechtliche Fragen geht.

⁹⁹ Als Schranke der Anpassungspflicht bzw. des Anspruchs auf Anpassung von Prüfungsmodalitäten verweist das Bundesgericht im Urteil 2P.140/2002 sowie das Bundesverwaltungsgericht in B-7914/2007 auf die fachlichen Anforderungen, die als solche von Massnahmen des Nachteilsausgleichs nicht betroffen sein dürfen. Allerdings wird in der Lehre eine schematische Vorgehensweise kritisch betrachtet (vgl. etwa Schefer/Hess-Klein, S. 390 ff.).

¹⁰⁰ In BGE 138 I 163 hat das Bundesgericht in einem Grundsatzentscheid festgehalten, dass die integrierte gegenüber einer separaten Sonderschulung grundsätzlich Vorrang genießt.

¹⁰¹ Siehe dazu den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2007.00356, Urteil vom 05.12.2007, E. 3.2.2.

¹⁰² Schefer/Hess Klein, S. 52 ff.

¹⁰³ BGE 138 I 475. Eine Beschwerde gegen dieses Urteil ist derzeit vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte hängig.

Bei den *gesetzlichen Grundlagen* sehen die Befragten einen *Handlungsbedarf*, wobei sie sich einig sind, dass der Diskriminierungsschutz für Menschen mit Behinderung Defizite aufweist. Wie weiter hinten gezeigt wird, sehen sie insbesondere Handlungsbedarf im Bereich der Verfahrenserleichterung. Bei den gesetzlichen Grundlagen nennen die Befragten insbesondere der fehlende Schutz vor Diskriminierung durch Private. Gesetzgeberische Anpassungen werden insbesondere im Bereich Erwerbsleben und private Dienstleistungen gefordert. Weiter ist problematisch, dass sich Behinderte bei Gebäuderenovationen und damit verbundenen Einschränkungen oft nicht selber zur Wehr setzen können, da sie nicht unmittelbar davon betroffen und deshalb in solchen Fällen auf die Hilfe von Verbänden angewiesen sind. Weitere gesetzgeberische Anpassungen werden bei der Harmonisierung gewisser kantonaler oder kommunaler Regelungen gefordert (z.B. Schulgesetzgebung oder Sozialhilfegesetz). Schliesslich soll der Schutz von psychisch behinderten Menschen im BehiG explizit verankert werden.

Im *Bereich Sensibilisierung* sehen die Befragten grundsätzlich unterschiedlichen Handlungsbedarf: Einer breiten Bevölkerung fehle derzeit das Bewusstsein für die Diskriminierungsthematik, und viele Betroffene sind offenbar nicht über ihrer Rechte informiert. Insbesondere juristische Fachpersonen, Fachstellen und Fachkräfte, Beratungsstellen und Behindertenorganisationen sowie Behördenmitglieder müssen über die Bedürfnisse und den Rechtsschutz von Behinderten besser geschult werden. Schliesslich brauche es mehr Ressourcen in den Beratungsstellen, damit vermehrt juristisch geschultes Personal eingesetzt werden kann.

4.5.2. Anwaltschaft

Im Rahmen der Online-Befragung wurde den befragten Anwältinnen und Anwälten die Frage unterbreitet, ob das Behindertengleichstellungsgesetz ihrer Einschätzung nach einen angemessenen Schutz für von Diskriminierung betroffene Personen gewährt. Mit knapp 40% konnte ein grosser Teil der Anwaltschaft keine Antwort auf diese Frage geben. Bei den verbleibenden auskunftgebenden Personen ist die Tendenz hingegen klar. Fast 80% sehen einen angemessenen Schutz für von Diskriminierung betroffenen Personen durch das Behindertengleichstellungsgesetz voll und ganz oder eher gewährt.

4.5.3. Gerichte

Bei der Beantwortung der Fragen zum Diskriminierungsschutz durch das BehiG im Rahmen der Gerichtsumfrage¹⁰⁴ gilt es zur Verständlichkeit der Antworten zunächst festzuhalten, dass hier der Anteil „Weiss-nicht-Antworten“ – ähnlich wie bei der Anwaltschaft – sehr hoch ausgefallen ist und zwischen 55 und 65% liegt. Dass ein so grosser Teil der befragten Schlichtungsstellen und Gerichte (nachfolgend: Behörden) keine Aussage zum Schutz durch das BehiG machen kann, ist wohl der Tatsache geschuldet, dass sich nur eine Minderheit der Befragten in der Praxis mit spezifischen Fragen zum BehiG auseinandersetzt.

Für die Mehrheit der Stellen, die sich zum BehiG geäussert haben, führt die Anwendung des Benachteiligungsverbot in der Praxis eher oder voll und ganz zu einem angemessenen Schutz für Personen mit Behinderung vor Benachteiligung. Beim Zugang zu staatlichen Dienstleistungen,

¹⁰⁴ Siehe Teilstudie 9, S. 11ff. Bei der Gerichtsumfrage wurden sowohl die Gerichte als auch die Schlichtungsstellen gemäss GIG sowie die Schlichtungsstellen für arbeits- und mietrechtliche Streitigkeiten befragt.

beim Zugang zu öffentlichen Bauten und Anlagen und beim Zugang zum öffentlichen Verkehr trifft dies für über 70% der Stellen zu, die sich zu diesen Fragen äussern.

Auch betreffend den Zugang zu *privaten Dienstleistungen* fällt die Beurteilung positiv aus. So gewährt für über drei Viertel der auskunftgebenden Gerichte und Schlichtungsstellen die Anwendung des Diskriminierungsverbotes nach Art. 6 BehiG ihrer Erfahrung nach, in der Praxis einen angemessenen Schutz vor Diskriminierung beim Zugang zu privaten Dienstleistungen.

4.6. Schlussfolgerungen

Das BehiG enthält hauptsächlich Bestimmungen zum Schutz vor *Diskriminierung durch den Staat* im Zusammenhang mit Bauten und Anlagen, dem öffentlichen Verkehr, der Ausbildung oder anderen Dienstleistungen (Art. 3 BehiG). Innerhalb dieser Schutzbereiche beansprucht das BehiG jedoch keine umfassende Geltung. Als Arbeitgeber hat der Bund die Chancengleichheit von Behinderten sowie deren Anstellung zu fördern. Öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse von Kantonen und Gemeinden werden vom BehiG dagegen nicht erfasst. Weiter ist der Geltungsbereich des BehiG durch die Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen sowie durch politische und finanzielle Überlegungen stark fragmentiert und daher ohne juristische Fachkenntnisse kaum zu durchschauen. Dies geht sowohl aus der Analyse der gesetzlichen Grundlagen als auch aus den Befragungen der im Beratungsbereich tätigen Expertinnen und Experten hervor.

Diskriminierungen durch Private werden vom BehiG nur in geringem Umfang geschützt, was insbesondere im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme von Dienstleistungen problematisch ist. Die Definition einer Diskriminierung durch Private ist zudem enger als bei staatlichen Diskriminierungen. Darüber hinaus ist mit dem privatrechtlichen Erwerbsleben ein sehr bedeutender Lebensbereich umfassend vom Schutzbereich des BehiG ausgenommen. Während das BehiG bei staatlichen Diskriminierungen die aktive Verhinderung oder Beseitigung von Beeinträchtigungen verlangt, sind Menschen mit Behinderung bei Diskriminierung durch Private auf *finanzielle Entschädigungen* verwiesen. Das Diskriminierungsverbot im Zusammenhang mit Dienstleistungen verpflichtet die Privatpersonen also nicht, bestimmte (positive) Massnahmen zur Beseitigung von tatsächlichen Benachteiligungen von Menschen mit Behinderung zu ergreifen oder umfassend auf Differenzierungen zwischen Kunden zu verzichten. Private können durch das BehiG damit weder zu einem aktiven Tätigwerden noch zu einem Vertragsabschluss verpflichtet werden. Zum Schutz vor Diskriminierung durch Private sind Menschen mit Behinderung daher auf die *allgemeinen Bestimmungen zum Persönlichkeitsschutz* verwiesen. Während sich die Lehre, wenn auch in geringem Umfang, mit der Anwendbarkeit des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes sowie arbeits- und mietrechtlicher Bestimmungen befasst, gibt es kaum Rechtsprechung, auf welche sich Rechtsberatende, Menschen mit Behinderung oder die Wissenschaft stützen könnten. Nur vier der insgesamt 71 im Rahmen der Analyse der Rechtsprechung durch Schlichtungsstellen und Gerichte eingereichten Fälle haben von Zivilgerichten beurteilte Streitigkeiten zum Gegenstand. Dies legt den Schluss nahe, dass der Mangel an Rechtsprechung, die damit verbundene Rechtsunsicherheit sowie die nicht bedarfsgerechten Rechtsfolgen – die Möglichkeit von Entschädigungsforderungen anstatt der im Falle von staatlichen Diskriminierungen vorgesehenen Unterlassung bzw. Beseitigung der Diskriminierung – dazu führen, dass Menschen mit Behinderung bei Leistungsverweigerungen und Problemen im Erwerbssektor selten den juristischen Weg bestreiten.

Ein weiteres Problem besteht in der mangelnden Kenntnis der den Behinderten zustehenden Rechte durch die Betroffenen selbst, aber auch durch Fachpersonen (juristische Fachpersonen,

Fachstellen und Fachkräfte, Beratungsstellen und Behindertenorganisationen) sowie die breite Bevölkerung. Die Befragung der im Beratungsbereich tätigen Expertinnen und Experten hat hervorgebracht, dass in diesem Bereich umfassende Sensibilisierungsmassnahmen erforderlich sind. Schliesslich braucht es mehr Ressourcen in den Beratungsstellen, damit vermehrt juristisch geschultes Personal eingestellt werden kann.

5. Diskriminierung aufgrund der Rasse

5.1. Strafrechtlicher Diskriminierungsschutz

5.1.1. Die Antirassismus-Strafnorm (Art. 261^{bis} StGB)

Im Schweizerischen Strafrecht besteht mit der Antirassismus-Strafnorm (Art. 261^{bis} StGB) ein expliziter Schutz vor rassistischer Diskriminierung. Die Bestimmung wurde im Zuge der Ratifikation der Antirassismuskonvention¹⁰⁵ erlassen, um den damit eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen im nationalen Recht Rechnung zu tragen und diese umzusetzen.¹⁰⁶

Die Antirassismus-Strafnorm bezweckt primär den „Schutz des Kerns der Würde aller Menschen“, unabhängig von Hautfarbe, Ethnie und Glauben. Darüber hinaus schützt sie den öffentlichen Frieden, d.h. das friedliche Zusammenleben der Bevölkerung. Allen Tatbeständen ist gemeinsam „dass sie Handlungen verbieten, mit denen anderen Menschen aufgrund ihrer Hautfarbe, ihrer Rasse, ihrer ethnischen oder nationalen Herkunft und ihrer Religionszugehörigkeit explizit oder implizit das gleichberechtigte Dasein oder gar das Existenzrecht schlechthin abgesprochen wird“¹⁰⁷. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird das Kriterium der „Rasse“ namentlich durch die Hautfarbe charakterisiert. Der Begriff der Ethnie basiert auf der Identifikation mit einer bestimmten Kultur (ausgedrückt durch Sprache, Gebräuche, Traditionen), die von einer auf die andere Generation weitergegeben wird. Der Begriff der Religion wird schliesslich in einem weiten Sinn verstanden und umfasst alle Überzeugungen, die auf einer göttlichen Beziehung gründen.¹⁰⁸

Nicht jedes rassistische Verhalten, sondern nur schwerwiegende Verstösse gegen die Menschenwürde, sind strafbar.¹⁰⁹ Zudem muss die rassistische Äusserung um strafbar zu sein in der Öffentlichkeit, und nicht im privaten Umfeld (d.h. im Freundes- oder Familienkreis) geschehen.¹¹⁰ Die folgenden Tatbestände werden durch Art. 261^{bis} StGB unter Strafe gestellt, wobei der Strafrahmen Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe beträgt:¹¹¹

¹⁰⁵ Internationales Übereinkommen vom 21.12.1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (SR 0.104).

¹⁰⁶ Im Militärstrafgesetz vom 13.06.1927 (MStG; SR 321.0) findet sich in Art. 171c eine gleichlautende Bestimmung.

¹⁰⁷ Siehe Naguib/Zannol, S. 170.

¹⁰⁸ Siehe Teilstudie 6, Kap. II.1.1.

¹⁰⁹ Siehe zur Gerichtspraxis Naguib/Zannol, S. 172 f.

¹¹⁰ Siehe dazu Naguib et al., Rz. 1162 ff.

¹¹¹ Siehe zu den Tatbeständen Teilstudie 6, Kap. II.1.1. Nicht erwähnt wurde dagegen die „nationale Zugehörigkeit“. In der Botschaft zu Art. 261^{bis} StGB wurde dies damit begründet, dass die Erfassung dieses Kriteriums „im schweizerischen Kontext zu Missverständnissen [hätte] führen können, insbesondere im Zusammenhang mit den Bestimmungen über den Erwerb der schweizerischen Nationalität“ (siehe BBL 92.029, S. 311). Siehe Teilstudie 6, Kap. II.1.2.

- Abs. 1: Aufruf zu Hass oder Diskriminierung: Strafbar macht sich, „*wer öffentlich gegen eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion zu Hass oder Diskriminierung aufruft*“. Dabei geht es um „Äusserungen, die dazu bestimmt und geeignet sind, gegenüber bestimmten Menschen (...) eine fundamentale feindliche Grundhaltung zu erzeugen“ oder „die ausdrücklich dazu auffordern oder aufstacheln, Menschen Rechte zu verweigern oder sie zu verletzen“.¹¹²
- Abs. 2: Verbreiten von rassendiskriminierenden Ideologien: Strafbar macht sich, „*wer öffentlich Ideologien verbreitet, die auf die systematische Herabsetzung oder Verleumdung der Angehörigen einer Rasse, Ethnie, oder Religion gerichtet sind*“. Verboten wird damit ideologische Propaganda, die behauptet, eine Gruppe von Menschen sei einer anderen überlegen, womit diese Gruppe als zweitklassig degradiert wird.¹¹³
- Abs. 3: Handlungen zur Vorbereitung rassistischer Propaganda: Strafbar macht sich, „*wer mit dem gleichen Ziel Propagandaaktionen organisiert, fördert oder daran teilnimmt*“. Damit sind nicht nur die „öffentliche rassistische Hetze, sondern [auch] Vorbereitungshandlungen im Privaten zur Förderung rassistischer Propagandaaktionen [strafbar]“.¹¹⁴
- Abs. 4, Teilsatz 1: Angriff auf die Menschenwürde durch Herabsetzung und Diskriminierung: Strafbar macht sich, „*wer öffentlich durch Wort, Schrift, Bild, Gebärden, Tätlichkeiten oder in anderer Weise eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise herabsetzt oder diskriminiert*“. Aus der Rechtsprechung folgt die Erkenntnis, dass es sich bei den meisten Verstössen um verbal geäusserte Herabsetzungen handelt.¹¹⁵
- Abs. 4, Teilsatz 2: Leugnung von Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit: Strafbar macht sich, wer „*aus einem anderen dieser Gründe Völkermord oder andere Verbrechen gegen die Menschlichkeit leugnet, gröblich verharmlost oder zu rechtfertigen sucht*“.¹¹⁶ Die entsprechende Äusserung muss nicht direkt gegen ein Mitglied einer betroffenen Gruppe geäussert werden, sondern ist auch dann strafbar, wenn sie sich gegen Dritte richtet.¹¹⁷
- Abs. 5: Verweigerung von Waren- und Dienstleistungen, die für die Allgemeinheit gedacht sind: Strafbar macht sich, „*wer eine von ihm angebotene Leistung, die für die Allgemeinheit bestimmt ist, einer Person oder einer Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion verweigert*“. Ziel dieser Bestimmung ist die Sanktionierung rassistischer Diskriminierungen in der Öffentlichkeit, die ansonsten zu einer Form von Segregation führen könnte. Zu denken ist bspw. an eine Einlassverweigerung in eine Diskothek oder in ein Restaurant allein wegen der Herkunft oder der ethnischen Zugehörigkeit.¹¹⁸ Ob diese Bestimmung im Arbeits- oder Mietrecht Anwendung findet, ist in der Doktrin umstritten und von den Gerichten noch ungeklärt.¹¹⁹

¹¹² Naguib et al., Rz. 1166 ff.

¹¹³ Siehe Teilstudie 6, Kap.II.1.1, S. 12.

¹¹⁴ Naguib et al., Rz. 1180.

¹¹⁵ Siehe Teilstudie 6, Kap.II.1.1, S. 12.

¹¹⁶ Die Begriffe „Völkermord“ und „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“ entsprechen dabei den in Art. 6 und 7 des Römer Status des Internationalen Strafgerichtshofs verwendeten Begriffen.

¹¹⁷ Siehe Teilstudie 6, Kap.II.1.1, S. 13.

¹¹⁸ Hausammann, S. 13.

¹¹⁹ Ibid.

Die im Rahmen der Studie erfolgte Analyse der (publizierten) bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 261^{bis} StGB war in quantitativer Hinsicht wenig ergiebig. Deshalb können daraus keine repräsentativen Schlussfolgerungen gezogen werden.¹²⁰

In materiell-rechtlicher Hinsicht fällt auf, dass die von Art. 261^{bis} StGB geschützten Kriterien (Rasse, Ethnie und Religion) sich im Rechtsalltag als zu eng erweisen: Xenophobe Äusserungen, die an der Nationalität oder dem Status als Ausländerin oder Ausländer (Asylsuchende, Flüchtlinge etc.) anknüpfen, können unter Umständen ebenso herabwürdigend und verletzend sein bzw. die öffentliche Ordnung beeinträchtigen wie traditioneller Rassismus. Diese Kriterien werden jedoch nicht von Art. 261^{bis} StGB nicht erfasst.¹²¹

5.1.2. Ehrverletzungsdelikte

Darüber hinaus können rassistische Verhaltensweisen aufgrund der im Strafgesetzbuch festgehaltenen *Ehrverletzungsdelikte* (Art. 173 ff. StGB) geahndet werden. Dies könnte etwa in Frage kommen, wenn die Voraussetzungen eines Tatbestandes von Art. 261^{bis} StGB aufgrund eines fehlenden Tatbestandselementes – z.B. wenn die Handlung oder Äusserung nicht öffentlich gemacht wurde – nicht erfüllt sind.

5.2. Privatrechtlicher Diskriminierungsschutz

Im privatrechtlichen Kontext gibt es keinen expliziten gesetzlichen Schutz vor rassistischen Diskriminierungen. Deshalb kommt hier der bereichsübergreifende Diskriminierungsschutz zur Anwendung (wie z.B. das Prinzip von Treu und Glauben oder der Schutz der Persönlichkeit und für das Mietrecht namentlich Art. 271 Abs. 1 OR, wonach eine Kündigung angefochten werden kann, wenn sie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst.¹²² Aus der Analyse der Literatur und Rechtsprechung ist allerdings hervorgegangen, dass es in diesem Bereich nur sehr wenige Gerichtsfälle gibt (siehe die vier in Ziff. II.6.3.1 erwähnten Fälle). Dies verunmöglicht eine quantitative Analyse der Rechtsprechung.

5.3. Analyse der Rechtsprechung

Im Rahmen der Analyse der Rechtsprechung sind von den Gerichten rund 100 Entscheide zu rassistischen Diskriminierungen zur Auswertung eingereicht worden. Dabei handelt es sich ausschliesslich um strafrechtliche Entscheide. Die Umfrage hat über die vier bereits vorher bekannten Fälle keine weiteren zivilrechtlichen Urteile betreffend rassistische Diskriminierungen hervor gebracht.

¹²⁰ In den 15 analysierten Bundesgerichtsentscheide haben sich insbesondere nicht zu allen in der EU-Studie untersuchten verfahrensrechtlichen Themen Informationen gefunden, siehe Teilstudie 6, Ziff. II.2.1.

¹²¹ Siehe die entsprechenden Ausführungen in Teilstudie 6, Kap. II.1.2.

¹²² Siehe dazu die Ausführungen unten, Ziff. II.6.1.2.

5.4. Ergebnisse der Befragungen

5.4.1. Persönliche Interviews

Das *materielle Diskriminierungsschutzrecht* in der Schweiz wird von den Expertinnen und Experten, mit welchen Gespräche geführt worden sind, allgemein als unvollständig, kompliziert und zu wenig explizit eingeschätzt. Hierbei wird es häufig mit dem besser entwickelten Recht anderer europäischer Staaten verglichen. Die Antirassismus-Strafnorm (Art. 261^{bis} StGB) erscheint den Befragten als wichtig, obgleich sie ihrer Einschätzung nach die verschiedenen Erscheinungsformen des Phänomens der rassistischen Diskriminierung nur ungenügend abdeckt.¹²³ Zudem wird die Beschränkung des Anwendungsbereiches auf öffentliche Äusserungen kritisiert. Das Spannungsverhältnis der Antirassismus-Strafnorm zu anderen Rechtsgütern, wie vor allem der Meinungsfreiheit, wird von einigen Experten wahrgenommen, aber nicht als Hindernis für einen besseren Diskriminierungsschutz betrachtet.

Die grössten Defizite stellen die befragten Expertinnen und Experten im Privatrecht fest, wo die bestehenden Regelungen besonders dünn seien und nur wenige Möglichkeiten für die Einleitung rechtlicher Schritte böten. Insbesondere das Arbeits- und Mietrecht werden häufig als Bereiche zitiert, die quasi keine Regelungen zum Diskriminierungsschutz enthalten. Nach Einschätzung der Befragten führen die materiell-rechtlichen Lücken dazu, dass die Erfolgchancen der meisten Fälle nur schwer einzuschätzen sind und das Prozessrisiko als hoch wahrgenommen wird. Dies hat eine geringe Anzahl von Verfahren und Verurteilungen zur Folge, weshalb es nur wenig Jurisprudenz im Bereich der rassistischen Diskriminierung gibt. Der Mangel an Präzedenzen erhöht die Rechtsunsicherheit, welche abschreckend wirkt und somit die Anzahl der effektiv eingeleiteten Verfahren verringert. Auf Nachfrage geben die meisten Befragten an, dass ein umfassendes und einheitliches Anti-Diskriminierungsgesetz hilfreich wäre, um diesen Teufelskreis zu durchbrechen. Allerdings ist eine Steigerung der Anzahl von Gerichtsverfahren nicht für alle Beratenden unbedingt erstrebenswert, da ihnen die Justiz oft nicht als adäquate Lösung für die Probleme der Betroffenen erscheint. Eine Verbesserung der Rechtslage wäre ihnen zu Folge vor allem für eine effektivere Prävention förderlich.

Mit Blick auf den *allgemeingesellschaftlichen Kontext* geben viele der Befragten an, dass die gesellschaftliche Toleranz gegenüber der Migrationsbevölkerung gesteigert werden sollte. Zudem sollten Sensibilisierungskampagnen zum Thema Diskriminierung durchgeführt und das im öffentlichen Dienst tätige Personal sowie juristische Fachpersonen für Migrations- und Diskriminierungsfragen sensibilisiert und geschult werden. Weiter wird angeregt, das Netzwerk der Hilfs- und Beratungsangebote auszubauen und bestehende Strukturen ressourcenmässig besser auszustatten. Viele der Befragten erachten derartige Massnahmen als mindestens so wichtig wie gesetzgeberische Vorstösse. Aufgrund ihrer beruflichen Erfahrung sei von Diskriminierung betroffenen Menschen mit niederschwelliger Beratung sowie aussergerichtlichen Interventionen und Beratungen oft eher geholfen als mit einem oftmals komplizierten und langwierigen Gang vor Gericht.

¹²³ Wie die Fallanalyse zeigt, kommt etwa der vor Leistungsverweigerungen schützende Abs. 5 von Art. 261^{bis} StGB quasi nicht zur Anwendung, womit insbesondere rassistisch motivierende materielle Benachteiligungen kaum geahndet werden. Dies ist laut den befragten Expertinnen und Experten vor allem auf die besonders schwierige Beweislage in diesem Bereich zurück zu führen.

5.4.2. Anwaltschaft

Im Rahmen der Online-Befragung wurde den befragten Anwältinnen und Anwälten die Frage unterbreitet, ob die Anti-Rassismusstrafnorm (Art. 261^{bis} StGB) ihrer Ansicht nach einen angemessenen Schutz für von Diskriminierung betroffene Personen gewährt. Rund 40% der Anwältinnen und Anwälte, die sich zu dieser Frage äussern, sind der Ansicht, dass dies voll und ganz oder eher zutrifft. Für einen ebenso grossen Anteil ist dies nicht oder ganz und gar nicht zutreffend.

5.4.3. Gerichte

Im Rahmen der Gerichtsumfrage wurde den Befragten die Frage unterbreitet, ob ihrer Erfahrung nach die Anwendung der Antirassismus-Strafnorm (Art. 261^{bis} StGB) einen angemessenen Schutz gegen rassistische Diskriminierung gewährt. Bei einem „weiss-nicht-Anteil“ von rund 35% verbleiben 92 Gerichte und Schlichtungsstellen, die sich zu dieser Frage äussern. Von diesen sehen fast 90% den Schutz voll und ganz oder eher gewährleistet.

5.5. Schlussfolgerungen

Bei der Gerichtsumfrage sind rund 90%, und bei der Online-Befragung der Anwaltschaft rund 50% der auskunftgebenden Personen der Ansicht, dass die Anwendung von Art. 261^{bis} StGB einen angemessenen Schutz für Diskriminierungsopfer gewährt. Die im Beratungsbereich tätigen Expertinnen und Experten bemängeln in Bezug auf Art. 261^{bis} StGB insbesondere dessen Beschränkung auf öffentliche Äusserungen. Zudem ist der Geltungsbereich der Antirassismus-Strafnorm mit seiner Begrenzung auf die geschützten Kriterien „Rasse, Ethnie und Religion“ gemäss Wortlaut und bundesgerichtlicher Praxis nicht geeignet, xenophobe Herabsetzung und Hasspropaganda wegen der Nationalität und dem Status als Ausländerin oder Ausländer (Asylsuchender, Flüchtling etc.) zu bekämpfen.

Die grössten Defizite sehen diese Fachpersonen jedoch im zivilrechtlichen Diskriminierungsschutz, da es dort kaum möglich sei, gerichtlich gegen Diskriminierungen vorzugehen. Diese Einschätzung wird durch die Analyse der Rechtsprechung gestützt: Die Recherche in Literatur und Rechtsprechung hat lediglich vier zivilrechtliche Fälle hervorgebracht, bei denen es um rassistische Diskriminierungen gegangen ist. Darüber hinaus sind im Rahmen der Analyse der Rechtsprechung von den Gerichten rund 100 Entscheide zur Auswertung eingereicht worden, darunter jedoch keine zivilrechtlichen Urteile betreffend rassistische Diskriminierung, sondern ausschliesslich strafrechtliche Fälle. Gemäss der Einschätzung der im Beratungsbereich tätigen Fachpersonen führt die fehlende zivilrechtliche Rechtsprechung bei rassistischen Diskriminierungen zu einer schwierigen Einschätzung der Erfolgschancen und zu Rechtsunsicherheit, was viele Betroffene davon abhält, ihr Recht vor Gericht einzufordern. Auf Nachfrage haben die meisten dieser Befragten die Schaffung eines umfassenden Anti-Diskriminierungsgesetzes befürwortet, wobei sie sich dadurch in erster Linie eine erhöhte Präventionswirkung versprechen. Schliesslich wünschen Sie sich mehr Sensibilisierung und eine ressourcenmässig adäquate Ausstattung der Hilfs- und Beratungsangebote.

6. Bereichsübergreifender Diskriminierungsschutz

6.1. Materiellrechtliche Grundlagen

6.1.1. Öffentliches Recht¹²⁴

Soweit im öffentlichen Recht keine spezialgesetzlichen Normen existieren oder diese einen bestimmten Sachverhalt nicht erfassen, können sich Opfer von Diskriminierung auf Art. 8 Abs. 2 BV berufen.

Die Schweizerische Bundesverfassung beinhaltet in Art. 8 einen umfassenden Rechtsgleichheits- und Diskriminierungsschutz. Die in Art. 8 Abs. 2 BV in nicht abschliessender Weise aufgezählten Diskriminierungsmerkmale orientieren sich an jenen der UNO-Pakte und der EMRK und gewähren einen umfassenden Schutz vor Diskriminierung aufgrund von Herkunft, Rasse, sozialer Stellung, Lebensform, Alter, religiöser, weltanschaulicher oder politischer Überzeugung, Geschlecht, Sprache sowie körperlicher, 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 Wirkungen 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 von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln betrifft. Schliesslich können die Diskriminierungsverbote gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung¹²⁵ eine Richtschnur dafür sein, was im Verhältnis zwischen Privaten zulässig ist und was nicht.

6.1.2. Privatrecht¹²⁶

Aus dem Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8 Abs. 2 BV und dem Grundsatz der Wirkung der Grundrechte unter Privaten (Art. 35 Abs. 3 BV) folgt somit, dass „das Diskriminierungsverbot bei der Anwendung privatrechtlicher Normen durch Gerichte und Behörden wenn möglich zu beachten ist“¹²⁷. Im Privatrecht gibt es auf Gesetzesebene verschiedene für den Diskriminierungsschutz bedeutende Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe, die bereichsübergreifend, d.h. unabhängig davon, an welches Merkmal eine (potenzielle) Diskriminierung anknüpft, angerufen werden können.

Das Prinzip von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) 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) wir-

¹²⁴ Teilstudie 1, Kap. II.2.

¹²⁵ Z.B. BGE 130 III 28 E. 4.2, S. 32.

¹²⁶ Teilstudie 1, Kap. II.4.

¹²⁷ Antwort des Bundesrates vom 20.05.2009 auf die Interpellation Heim 09.3242 vom 20.03.2009.

ken schliesslich zusammen als Schranke vertraglich vereinbarter Diskriminierung. Verträge dürfen einerseits keine übermässige und besonders persönlichkeitsnahe Bindung beinhalten. Andererseits 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. Zudem haben dies verschiedene kantonale Zivilgerichte in Fällen rassistisch motivierter Diskriminierung ausdrücklich bejaht.¹²⁸

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“¹²⁹. 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“.¹³⁰ Zudem „sind auch Vorstrafen, charakterliche Eigenschaften und Rauchen diskriminierungssensibel“.¹³¹ 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.¹³² Während des Arbeitsverhältnisses 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“.¹³³ Zudem kann im Anstellungsverfahren, während des Arbeitsverhältnisses und bei der Kündigung der Schutz von Treu und Glauben gemäss Art. 2 ZGB angerufen werden. Für Diskriminierungen betreffend den Vertragsinhalt sind Art. 19/20 OR sowie Art. 27 Abs. 2 ZGB massgebend.¹³⁴ Damit bestehen in der Schweiz verschiedene rechtliche Instrumente mit dem Potenzial, den Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht zu gewährleisten.

Die eingangs erläuterten Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe greifen schliesslich auch im *Mietrecht*, wo namentlich das Prinzip von Treu und Glauben und der Schutz der Persönlichkeit anwendbar sind. Der Schutz vor missbräuchlicher Kündigung bei Verstössen gegen das Prinzip von Treu und Glauben ist dabei in Art. 271 Abs. 1 OR, wonach Kündigungen bei Verstössen gegen diesen Grundsatz anfechtbar sind, explizit festgehalten. Ein Verstoß gegen dieses Prinzip liegt gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung etwa dann vor, wenn einem Mieter aufgrund seiner Hautfarbe gekündigt werden würde.¹³⁵ Im Unterschied zum Arbeitsrecht hat eine

¹²⁸ Siehe dazu oben, Ziff. II.4.3 sowie unten, Ziff. II.6.3.1.

¹²⁹ Pärli [Vertragsfreiheit], S. 552 ff.

¹³⁰ *Ibid.*, S. 538.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² *Ibid.*, S. 541.

¹³³ *Ibid.*, S. 552.

¹³⁴ *Ibid.*, S. 541 ff.

¹³⁵ BGE 120 II 105 E. 3.a S. 108.

erfolgreiche Anfechtung und Aufhebung einer missbräuchlichen Kündigung zudem die Rechtsfolge, dass das Mietverhältnis fort dauert wie bis anhin.¹³⁶

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 insbesondere für die Bereiche Kranken- und Motorhaftpflichtversicherung sowie 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 auf theoretischer Ebene eine rechtliche Handhabe für die Durchsetzung von Ansprüchen im Fall von Diskriminierung. Durch die konsequente Anwendung der erwähnten rechtlichen Mechanismen durch die Behörden kann der Bedeutung der Grundrechte auch im Rechtsverkehr unter Privaten Achtung und Geltung verschafft werden.

6.2. Rechtspraxis zum öffentlichen Recht

6.2.1. Thematische Verteilung der Entscheide

Bei der Analyse der Rechtsprechung ging es bei den insgesamt 453 eingegangenen Entscheiden bei 92 Fällen um solche gestützt auf Art. 8 Abs. 2 BV, was rund 20% der insgesamt eingegangenen Fälle ausmacht.

Die Entscheide sind thematisch wie folgt verteilt:

	<i>Anzahl Entscheide</i>	<i>Anteil</i>
Ausländerinnen und Ausländer	43	47%
Behinderung	11	12%
Sozialversicherung	10	11%
Geschlecht	4	4%
Verschiedene ¹³⁷	24	26%
Total	92	100%

Tabelle 4: Verteilung Entscheide öffentliches Recht

¹³⁶ Siehe Lachat/Thanei, Rz. 29/8.1.

¹³⁷ Bspw. (behauptete) Diskriminierungen aufgrund des Alters oder im Rahmen von Prüfungen.

6.2.2. Verteilung der Entscheide betreffend Ausländerinnen und Ausländer

Aufgrund der hohen Anzahl Entscheide betreffend Ausländerinnen und Ausländer wird nachfolgend dargestellt, welche Themen innerhalb dieser Unterkategorie behandelt worden sind:

	<i>Anzahl Entscheide</i>	<i>Anteil</i>
Einbürgerung	28	65%
Aufenthaltsbewilligung	11	26%
Familiennachzug	3	7%
Diverse	1	2%

Tabelle 5: Verteilung Entscheide betreffend Ausländerinnen und Ausländer

Gemessen an der gesamthaft auf der Grundlage von Art. 8 Abs. 2 BV eingereichten Entscheide ist die Anzahl ausländerrechtlicher Fälle relativ hoch. Das gilt insbesondere für Einbürgerungsfälle. Grund dafür ist wohl, dass seit zwei Grundsatzurteilen des Bundesgerichts¹³⁸ aus dem Jahr 2003 Rechtssicherheit zur Frage besteht, wann bei Nichteinbürgerungen Diskriminierung vorliegt, das Bundesgericht relativ viele solche Beschwerden gutgeheissen hat, und die Betroffenen in solchen Fällen – anders als Bspw. im Arbeits- oder Mietrecht, wo der Verlust der Stelle oder der Wohnung droht – ausser allfälligen Prozesskosten auch im Fall eines negativen Urteils, kaum weitere Nachteile zu befürchten haben. All dies macht es vergleichsweise attraktiv, den Rechtsweg zu beschreiten.

6.3. Rechtspraxis zu ZGB und OR

6.3.1. Bekannte Fälle

Die Rechtsprechung zur diskriminierungsrechtlichen Bedeutung der erwähnten Normen von ZGB und OR ist äusserst spärlich (dazu auch unten, Ziff. 6.2.1). Um das inhaltliche Potenzial dieser Bestimmungen zu identifizieren, werden nachfolgend in aller Kürze alle sieben publizierten Entscheide dargestellt, in denen Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe in Diskriminierungsfällen in der Praxis zur Anwendung gekommen sind:¹³⁹

In einem *Urteil des Bezirksgerichts Arbon* vom 17. Dezember 1990 wurde ein Fall beurteilt, bei dem einer Montagearbeiterin gekündigt wurde, nachdem sie sich über ein Verbot, bei der Arbeit ein Kopftuch zu tragen, hinweggesetzt hatte. Das Gericht gab der Klägerin Recht und bejahte eine missbräuchliche Kündigung gemäss Art. 336 Abs. 1 OR, da die Klägerin mit dem Tragen des Kopftuchs zu Recht ein verfassungsmässiges Recht ausgeübt hatte. Der Klägerin wurde eine Entschädigung von CHF 5'000.- zugesprochen.

¹³⁸ BGE 129 I 232 (Zürcher Einbürgerungsfall) und BGE 129 I 217 (Einbürgerungsfall Emmen).

¹³⁹ Siehe für die detaillierte Darstellung dieser Entscheide Teilstudie 8, Kap. III.3.3.2. Zusätzlich zu diesen publizierten Fällen konnte noch ein nicht-publizierter Entscheid des Bundesgerichts eruiert werden, der sich zu dieser Thematik äussert, nämlich BGer-Urteil 2c_103/2008. Darin hat das Gericht ausdrücklich festgehalten, dass in einem Bewerbungsgespräch Fragen zur sexuellen Orientierung der Bewerberin oder des Bewerbers unzulässig sind: „*Ainsi, des questions relatives à une éventuelle séropositivité, aux opinions politiques, à la volonté future d'une femme d'avoir des enfants, à la situation familiale, au cercle d'amis et de fréquentations du candidat ou à ses tendances sexuelles sont par exemple inadmissibles. Ceci vaut également sous l'angle de l'art. 328b CO (...).*“ (E. 6.2).

In einem *Urteil des Bundesgerichts* vom 11. November 1993 ging es um einen Fall, bei dem drei Mitarbeiter mit schwarzer Hautfarbe entlassen worden waren. Beim Kündigungsgespräch erklärte ihr Chef, dass Mitarbeiter mit schwarzer Hautfarbe, die in anderen Filialen der Unternehmen gearbeitet hatten, Waren gestohlen hätten. Das Bundesgericht bejahte eine missbräuchliche Kündigung gemäss Art. 336 Abs. 1 OR und hielt u.a. fest, dass sich der Diebstahlsverdacht nicht auf konkrete Elemente, sondern einzig auf die Hautfarbe des Klägers bezogen habe. Ein derartiges Motiv sei offenkundig widerrechtlich.¹⁴⁰ In einem *Urteil vom 8. November 1999* hatte das *Bezirksgericht St. Gallen* einen Fall zu beurteilen, bei dem ein Maler jüdischen Glaubens aus rassistischen Gründen von seinem Arbeitgeber entlassen worden war. In diesem Fall ging es darum, dass der Vorgesetzte des Klägers für Fehlstellen, d.h. mangelhaft ausgeführte Punkte in Malerarbeiten, den Begriff „Juden“ verwendete, was den Kläger verletzt hatte. Letzterer hatte seinen Vorgesetzten vergeblich gebeten, diese Bezeichnung zukünftig zu unterlassen und beschwerte sich deshalb beim Mitinhaber des Betriebes darüber, woraufhin er entlassen worden war. Er erhob in der Folge Klage wegen Persönlichkeitsverletzung, die das Bezirksgericht St. Gallen gut hiess. Das Gericht führte namentlich aus, dass Art. 328 Abs. 1 OR dem Arbeitgeber gebietet, im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, und dass der Arbeitgeber dabei „alle Eingriffe in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu unterlassen [habe], die nicht durch das Arbeitsverhältnis gerechtfertigt sind“. Der Arbeitgeber sei dabei verpflichtet, entsprechende Eingriffe von Vorgesetzten, Mitarbeitern oder Dritten abzuwehren. Die vom Vorgesetzten des Klägers verwendete Bezeichnung für Fehlstellen stellt gemäss dem Bezirksgericht St. Gallen „eine Herabsetzung der Angehörigen dieser Glaubensrichtung und (...) zweifellos einen ungerechtfertigten Eingriff in die Persönlichkeit des [Klägers] dar“. Nicht relevant sei dabei, dass der Begriff im Malergewerbe offenbar seit langem gebräuchlich war. Das Gericht qualifizierte die Entlassung als missbräuchliche Kündigung im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR.

Das Bundesgericht hat sich in seinem Urteil vom 7. Mai 2002 (sogenannter Post-Entscheid), bei dem es um die Frage der Verpflichtung der Post zur Beförderung von Publikationen des Vereins gegen Tierfabriken ging, zur *Problematik der privatrechtlichen Kontrahierungspflicht* geäussert.¹⁴¹ Zwar gelte in der freien Marktwirtschaft grundsätzlich die Vertragsfreiheit, d.h. es stehe jeder Anbieterin oder jedem Anbieter von Dienstleistungen grundsätzlich frei, mit wem sie oder er einen Vertrag abschliesse oder eben nicht. Die Vertragsfreiheit sei jedoch an bestimmte Grenzen gebunden, insbesondere dürfen vertragliche Abmachungen nicht gegen die öffentliche Ordnung, die guten Sitten oder die Persönlichkeit verstossen.¹⁴² Gestützt auf das Verbot sittenwidrigen Verhaltens hat das Bundesgericht in dieser Entscheidung unter ganz bestimmten Voraussetzungen eine Kontrahierungspflicht bejaht, gleichzeitig aber betont, eine solche sei jedoch nur sehr zurückhaltend und im Sinne einer Ausnahmeregelung anzuerkennen. Folgende Voraussetzungen müssen kumulativ gegeben sein, damit eine Kontrahierungspflicht vorliegt:

- 1) „Ein Unternehmer [bietet] seine Waren oder Dienstleistungen allgemein und öffentlich an“;
- 2) 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“;

¹⁴⁰ Auf die Rüge der Beklagten, es seien in Tat und Wahrheit wirtschaftliche Gründe für die Kündigung ausschlaggebend gewesen, konnte das Bundesgericht aus Kognitionsgründen nicht eingehen.

¹⁴¹ BGE 129 III 35.

¹⁴² Vgl. Art. 27 und 28 ZGB sowie Art. 19/20 OR sowie den arbeitsrechtlichen Persönlichkeits- und Kündigungsschutz (Art. 328 und 336 OR).

- 3) „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 ausreichend erreichbar ist, oder wenn sich alle in Frage kommenden Anbieter gegenüber dem Interessenten gleichermaßen ablehnend verhalten“; und
- 4) „wenn der Unternehmer keine sachlich gerechtfertigten Gründe für die Verweigerung des Vertragsabschlusses anzugeben vermag“.¹⁴³

Unter diesen Voraussetzungen wird demnach das Prinzip der Vertragsfreiheit durchbrochen und die Anbieter verpflichtet, mit den Interessierten einen Vertrag einzugehen.

Im *Urteil des Tribunal des Prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne* vom 10. Oktober 2005 ging es um eine dunkelhäutige Frau, die aufgrund ihrer Hautfarbe nicht als Nachtwache in einem privaten Alterspflegeheim angestellt worden war. Sie erhob Klage wegen Persönlichkeitsverletzung gemäss Art. 328 OR und wegen Verletzung des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsschutzes. Das Gericht bejahte eine schwere Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 328 OR und verurteilte die Beklagte zur Bezahlung einer Genugtuung von CHF 5'000.-.

Im *Urteil des Cour d'appel des prud'hommes de Genève* vom 10. November 2005 ging es um einen Hilfgärtner, der bei einem Unternehmen für Gebäude- und Gartenpflege angestellt gewesen war. Nachdem er von seinem Arbeitgeber wegen Fehlverhaltens zweimal schriftlich „gemahnt“ worden war, wurde er fünf Monate nach dem zweiten Schreiben wegen angeblich notwendiger Umstrukturierungen sowie rückläufigem Geschäftsgang gekündigt. Der Entlassene erhob eine Klage wegen fehlender Lohnzahlungen und missbräuchlicher Kündigung, da er der Ansicht war, dass er entlassen worden war, weil er über 50 Jahre alt sei. Das Gericht prüfte eine Diskriminierung aufgrund von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR und stellte fest, dass „Alter“ unter das Kriterium einer Eigenschaft, die der anderen Person kraft ihrer Persönlichkeit zustehe, falle. Zwar liege gemäss Art. 8 ZGB die Beweislast bei derjenigen Person, die daraus Rechte ableiten wolle. Andererseits können jedoch auch Indizien oder eine Wahrscheinlichkeit aufgrund der Chronologie der Ereignisse als Beweis ausreichen. Jene Partei, die den Vertrag aufgelöst habe, müsse bei der Beweisführung mitwirken und die wahren Motive, die zur Auflösung des Vertrages geführt haben, darlegen. Die von der Beklagten im Kündigungsschreiben genannten Gründe könnten von dieser nicht nachgewiesen werden, weshalb es das Gericht als höchst wahrscheinlich erachtete, dass die in den „Mahnungen“ festgehaltenen Gründe nur ein Vorwand für die später erfolgte Kündigung gewesen seien. Das Gericht bejahte somit eine missbräuchliche Kündigung aufgrund des Alters des Klägers und sprach diesem eine Entschädigung von CHF 16'780.- zu.

Im *Urteil des Arbeitsgerichts des Kantons Zürich* vom 13. Januar 2006 lehnte eine Reinigungsfirma die über eine regionale Arbeitsvermittlung eingereichte Bewerbung einer Schweizerin mit mazedonischer Abstammung aufgrund deren Herkunft aus dem Balkan ab und hielt in einer E-Mail explizit fest, dass sie keine Leute aus dem Balkan einstellen wolle. Die Klägerin machte gestützt auf Art. 28 ZGB sowie Art. 328 OR und infolge Kontrahierungspflicht Schadenersatz und Genugtuung von CHF 5'000.- geltend. Das Gericht bejahte eine vorvertragliche Sorgfaltspflicht der Beklagten, qualifizierte ihr Verhalten als widerrechtliche, schwere Persönlichkeitsverletzung und sprach der Klägerin eine Genugtuung von CHF 5'000.- zu.

¹⁴³ BGE 129 III 35, E. 6.3, S. 45 f.

6.3.2. Analyse der Rechtsprechung

Bei der im Rahmen der Studie durchgeführten Analyse der Rechtsprechung bestand ein wesentlicher Schwerpunkt darin, weitere Entscheide zu identifizieren, bei denen sich der Diskriminierungsschutz auf Bestimmungen des Privatrechts stützt. Von den total 453 eingegangenen Entscheiden konnten nur sechs Fälle identifiziert werden, die sich auf das Obligationenrecht im Allgemeinen und/oder auf unbestimmte Rechtsbegriffe bzw. Generalklauseln gestützt haben.

Die Detailanalyse der eingereichten Fälle hat folgende Ergebnisse hervorgebracht: In drei Entscheiden konnte nicht nachvollzogen werden, um was für eine Diskriminierung es sich gehandelt hat, da die Verfahren nicht mit einem materiellen Urteil endeten und jeweils nur das Entscheidendispositiv vorlag.¹⁴⁴ In zwei weiteren Entscheiden¹⁴⁵ wurde zwar das Prinzip von Treu und Glauben (im Zusammenhang mit Art. 336 Abs. 1 lit. d OR) bzw. in einem weiteren der arbeitsrechtliche Persönlichkeitsschutz (Art. 328 OR) angesprochen. Bei all diesen Entscheiden lag jedoch keine Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV und damit keine Diskriminierung im Sinne der Studie vor.¹⁴⁶ Somit wurde zusätzlich zu den publizierten sieben Fällen (siehe oben, Ziff. II.6.3.1) im Rahmen der Analyse der Rechtsprechung kein weiterer Fall identifiziert, bei dem von einem Gericht für den Diskriminierungsschutz Normen des ZGB und OR angewandt wurden, der im Sinne der vorliegenden Studie relevant ist.

6.4. Ergebnisse der Befragungen

6.4.1. Anwaltschaft

Im Rahmen der Online-Befragung¹⁴⁷ wurde den befragten Anwältinnen und Anwälten die Frage unterbreitet, ob die folgenden materiell-rechtlichen Bestimmungen gemäss ihrer Einschätzung einen angemessenen Schutz für von Diskriminierung betroffene Personen gewähren. Eine deutliche Mehrheit der befragten Anwältinnen und Anwälte ist der Ansicht, dass das *Diskriminierungsverbot der Bundesverfassung (Art. 8 Abs. 2 BV)* und der *zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz (Art. 27 ff. ZGB sowie Art. 328 und 336 OR)* diskriminierten Personen einen angemessenen Schutz voll und ganz oder eher gewährt. Hingegen betrachtet lediglich eine Minderheit der Befragten das *Verbot unzulässiger, sittenwidriger oder gegen die öffentliche Ordnung verstossende Verträge (Art. 19 und 20 OR)* sowie den *Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB)* als geeignet für die Gewährung eines angemessenen Schutzes.

¹⁴⁴ Es handelt sich dabei um Forderungsklagen aus arbeitsrechtlichen Streitigkeiten der Gewerbekammer bzw. des Arbeitsgerichts des Bezirksgerichts der Sense (Kt. FR) (zwei Vergleiche und ein Säumnisurteil).

¹⁴⁵ Ein von der Gewerbekammer des Bezirksgerichts der Sense (FR) beurteilte arbeitsrechtliche Streitigkeit sowie ein Urteil des Zivilgerichts des Bezirksgerichts der Sense (FR).

¹⁴⁶ In einem weiteren Fall ging es um eine vom solothurnischen Obergericht beurteilte arbeitsrechtliche Streitigkeit, bei der die Auszahlung einer Dienstjubiläums-Entschädigung Streitgegenstand gewesen ist, die vom Kläger nach dessen Entlassung geltend gemacht worden war. In diesem Zusammenhang nahm das Gericht auf die aus Art. 328 OR abgeleitete bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Gleichbehandlungsgrundsatz und zur Tragweite dieses Grundsatzes im Arbeitsrecht Bezug. Dabei stellte es fest, dass der Kläger ungleich behandelt worden wäre, wenn ihm der strittige Dienstjubiläums-Anteil nicht ausbezahlt worden wäre.

¹⁴⁷ Siehe Teilstudie 10, S. 14 f.

6.4.2. Gerichte

Im Rahmen der Gerichtsumfrage¹⁴⁸ wurde den Befragten die Frage unterbreitet, ob die Bestimmungen, die im Rahmen der geltenden Rechtsordnung im Falle einer Diskriminierung angerufen werden können¹⁴⁹, grundsätzlich geeignet sind, um von Diskriminierung betroffenen Personen einen angemessenen Schutz zu gewähren. Der allergrösste Teil der Befragten (rund 85%) gab an, dass dies voll und ganz oder eher zutrifft. Auf die Frage, ob diese Bestimmungen durch die Schlichtungsstellen/Gerichte grosszügiger ausgelegt werden sollten, um einen angemessenen Schutz zu gewährleisten, gaben etwa ein Viertel der Befragten an, dass dies voll und ganz oder eher zutrifft. Weiter wurde die Frage unterbreitet, ob die Anwendung von Art. 8 Abs. 2 BV gemäss der Erfahrung der Befragten in der Praxis einen angemessenen Schutz für alle Kategorien von diskriminierten Personen gewährt. Hierzu gab nur eine Minderheit der Befragten (rund 20%) an, dass dies eher nicht oder überhaupt nicht zutrifft.

Betreffend die Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze wurde den Gerichten und Schlichtungsstellen schliesslich die Frage unterbreitet, ob der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB), der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ff. ZGB, Art. 328 und 336 OR) sowie das Verbot unzulässiger, sittenwidriger oder gegen die öffentliche Ordnung verstossende Verträge (Art. 19 und 20 OR) ihrer Erfahrung nach im Zusammenspiel mit dem Grundsatz der Geltung der Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung (Art. 35 BV, namentlich Abs. 3) einen angemessenen Schutz für alle Kategorien von diskriminierten Personen gewähren. Auch hier ist die Mehrheit der Befragten der Ansicht, dass das materielle Recht einen angemessenen Diskriminierungsschutz zwischen Privaten bietet. Für den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz (Art. 27 ff. ZGB, Art. 328 und 336 OR) fällt die Beurteilung dabei am positivsten aus.

6.5. Schlussfolgerungen

In der Schweiz gibt es mit dem Prinzip von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) und dem Schutz der Persönlichkeit im ZGB (Art. 27 ff. ZGB sowie Art. 19 und 20 OR) sowie im Arbeitsrecht (Art. 328 und 336 OR) verschiedene Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe, die durchaus das Potenzial für den Schutz vor Diskriminierung zwischen Privaten haben. Die (spärliche) Rechtsprechung hat diese Normen in Einzelfällen so ausgelegt, dass Diskriminierungsopfer Schutz erlangen können. Dies gilt v.a. im Arbeitsrecht bei Kündigungen, welche wegen eines anderen Merkmals als das des Geschlechts erfolgen. Weniger klar angesichts fehlender Praxis ist demgegenüber, wieweit der Persönlichkeitsschutz von Art. 27 ff. und Art. 19 und 20 OR Schutz vor Diskriminierung in anderen Lebensbereichen gewähren kann.

Bei der Beantwortung parlamentarischer Vorstösse zur Erweiterung des Diskriminierungsschutzes nimmt der Bundesrat regelmässig Bezug auf diese Normen und vertritt die Haltung, dass die bestehenden gesetzlichen Grundlagen genügen, um Schutz vor Diskriminierung zu gewährleisten.

¹⁴⁸ Siehe Teilstudie 9, S. 5 ff.

¹⁴⁹ Insbesondere Art. 8 Abs. 2 BV (Diskriminierungsverbot) und Art. 35 BV (Wirkung der Grundrechte in der gesamten Rechtsordnung), den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB), den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ff. ZGB, Art. 271, 328, 336 Abs. 1 lit. a, b, c und d sowie Art. 336c Abs. 1 lit. c OR), das Verbot unzulässiger, sittenwidriger oder gegen die öffentliche Ordnung verstossender Verträge (Art. 19 und 20 OR) sowie die Antirassismus-Strafnorm (Art. 26^{bis} StGB).

Die Online-Befragung hat ergeben, dass die Anwaltschaft den aus Art. 8 Abs. 2 BV sowie durch den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz abgeleiteten Diskriminierungsschutz als angemessen beurteilt. Der aus dem Grundsatz von Treu und Glauben sowie aus Art. 19 und 20 OR abgeleitete Diskriminierungsschutz wird dagegen als unzureichend eingeschätzt.

Die im Rahmen der Gerichtsumfrage befragten Personen erachten den durch die bestehenden Rechtsgrundlagen gewährten Diskriminierungsschutz mehrheitlich in allen Bereichen als angemessen. Zudem waren ein Viertel der Befragten der Ansicht, dass die relevanten Bestimmungen durch die Schlichtungsstellen/Gerichte grosszügiger ausgelegt werden sollten, um einen angemessenen Schutz zu gewährleisten.

Die Einschätzung des Bundesrates und der im Rahmen der Online-Umfrage bei der Anwaltschaft und der Gerichtsumfrage befragten Expertinnen und Experten kontrastiert stark mit der Rechtspraxis: Soweit ersichtlich, haben kantonale Gerichte und das Bundesgericht seit 1990 lediglich sieben publizierte Fälle beurteilt, in denen die in Frage stehenden Rechtsnormen in Diskriminierungsfällen zur Anwendung gekommen sind.¹⁵⁰ Bei dieser geringen Anzahl Fälle über einen derart langen Zeitraum muss – selbst wenn es noch ein paar wenige Fälle geben sollte, die nicht bekannt sind – die Schlussfolgerung gezogen werden, dass zwischen Recht und Wirklichkeit ein grosser Graben besteht. Zwar würde die Auslegung relevanter Normen durch das Bundesgericht und kantonale Gerichte durchaus erlauben, im Verhältnis zwischen Privaten gegen Diskriminierungen wirksam vorzugehen, ohne den Grundsatz der Privatautonomie als solchen auszuhöhlen. Davon wird aber offenbar nur äusserst selten Gebrauch gemacht. Während über die Gründe dafür letztlich nur spekuliert werden kann, dürften neben der Existenz bereichsspezifischer Regeln mit Bedeutung für die Beziehung zwischen Privaten (oben, Ziff. II.2-5) mangelnde Kenntnis bei Betroffenen sowie verfahrensrechtliche Hindernisse (unten, Ziff. III) wichtige Ursachen sein, warum relevante bereichsübergreifende privatrechtliche Normen ihr Schutzpotenzial für den Diskriminierungsschutz nicht entfalten können.

7. Synthese

Im Bereich des materiellen Rechts besitzt die Schweiz mit Art. 8 Abs. 2 BV, dem GIG, dem BehiG und Art. 261^{bis} StGB wichtige Normen zum Schutz vor Diskriminierung. Gut ausgebaut ist dieser Schutz im Bereich des öffentlichen Rechts, weil hier GIG und BehiG detaillierte Regeln enthalten und dort, wo spezialgesetzliche Normen fehlen, immer auf Art. 8 Abs. 2 BV mit seiner umfassenden Liste von Diskriminierungsmerkmalen zurückgegriffen werden kann.

Im Bereich des Strafrechts wird bemängelt, dass das strafrechtliche Rassendiskriminierungsverbot xenophobe Herabsetzung und Propaganda nicht erfasst, wenn sie nicht wegen der Rasse, Ethnie oder Religion der Betroffenen erfolgt, sondern aus Hass gegen bestimmte Nationalitäten oder dem Status als Ausländerin oder Ausländer (Asylsuchender, Flüchtling etc.). Andere Fälle von Herabwürdigung und Hasspropaganda werden vom Strafrecht überhaupt nicht erfasst, und diskriminierende Motive sind nicht ein im Gesetz verankerter Strafverschärfungsgrund, was allerdings in den Umfragen nicht bemängelt wurde.

¹⁵⁰ Die im Rahmen der Analyse der Rechtsprechung in dieser Studie vorgenommene Erhebung von Fällen bei sämtlichen Schlichtungsstellen und Gerichten in der Schweiz hat zudem noch einen weiteren Fall hervorgebracht, in dem ein kantonales Gericht den vom Bundesgericht aus Art. 328 OR abgeleiteten arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz angewendet hat.

Die grössten Lücken und Unklarheiten existieren im privaten Bereich. Hier gibt es neben den expliziten Normen zum Arbeitsleben im GIG und zu öffentlich angebotenen Dienstleistungen im BehiG zwar die Rechtsprechung zur Bedeutung zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes (Art. 27 ff. ZGB sowie Art. 328 und 336 OR) und des Verbots unzulässiger, sittenwidriger oder gegen die öffentliche Ordnung verstossende Verträge (Art. 19 und 20 OR) für den Diskriminierungsschutz. Sie bezieht sich im Wesentlichen aber nur auf den Bereich der Arbeit und äussert sich zur Frage, wann Kündigungen wegen des Geschlechts oder der Rasse (bzw. des Alters) unzulässig sind. Andere Fragen des Arbeitslebens wurden, soweit ersichtlich, von den Gerichten bisher nicht behandelt, und Urteile zu Diskriminierungen in anderen Lebensbereichen fehlen ganz. Völlig unklar ist mangels Rechtsprechung und Äusserungen der Lehre, wieweit privatrechtliche Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe auf LGBTI Personen Anwendung finden. Schliesslich zeigt die äusserst geringe Zahl von Gerichtsurteilen zu Fällen von Diskriminierung, die auf der Grundlage von ZGB und OR entschieden wurden, dass der privatrechtliche Diskriminierungsschutz weitgehend ineffektiv ist. Grund dafür ist nicht so sehr die Rechtsprechung, soweit sie existiert, sondern wohl eher die fehlende Kenntnis und Sensibilisierung für diese Möglichkeit, sowie – wie unten Ziff. III zu zeigen ist – das Verfahrensrecht.

Insgesamt erweist sich das geltende Diskriminierungsrecht angesichts der Vielzahl relevanter Normen, der je nach Diskriminierungsgrund unterschiedlichen Regelungen und verschiedener Unklarheiten insbesondere im Bereich des Zivilrechts als äusserst komplex, was betroffenen Personen verunmöglichen kann, die rechtliche Relevanz erlittener Diskriminierung zu erkennen. Diese Komplexität kann auch dazu führen, dass Beratungsstellen und teilweise auch die Anwaltschaft und Gerichte das volle Schutzpotenzial des geltenden Rechts nicht erkennen. Dies gilt v.a. für Fälle von Mehrfachdiskriminierungen. Während es prozessual durchaus möglich ist, bei staatlicher Diskriminierung im Verwaltungsjustizverfahren und bei privater Diskriminierung im Zivilprozess die für mehrere Diskriminierungsgründe relevanten Rechtsgrundlagen im gleichen Verfahren anzurufen, konnten keine solchen Fälle eruiert werden.

III. PROZESSUALER DISKRIMINIERUNGSSCHUTZ

1. Einleitung

Rechtsgarantien ohne Möglichkeit zur prozessualen Durchsetzung im Verletzungsfall bleiben im Rechtsalltag nur wenig relevant. Inwieweit Diskriminierungsverbote tatsächlich Schutz gewähren, hängt massgeblich davon ab, ob und inwieweit Betroffene Zugang zur Justiz haben. Dabei sind zwei Aspekte zu unterscheiden, die sich in folgende Fragen fassen lassen:

- Erleichtert oder erschwert das geltende Recht es Betroffenen, vor zuständigen Gerichten geltend zu machen, sie seien Opfer verbotener Diskriminierung geworden? Dies ist eine Frage, welche das Verfahrensrecht und seine konkrete Ausgestaltung betrifft.
- Existieren Gründe ausserhalb des Verfahrensrechts, welche sich in bestimmten Konstellationen oft oder gar regelmässig als Hindernis für den Zugang zur Justiz erweisen? Diese Frage betrifft faktische Gründe, welche den Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen beschränken können.

Diesen Fragen werden im Folgenden unter den Aspekten Beschwerde- und Klagebefugnis (Ziff. 2), Verbandsklage- und -beschwerderecht (Ziff. 3), Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz (Ziff. 4), Beweislastverteilung (Ziff. 5), Verfahrens- und Parteikosten, und unentgeltliche Rechts-

pflege (Ziff. 6), Frist zur Anhebung von Verfahren (Ziff. 7), Verfahrensdauer (Ziff. 8), und Wirksamkeit möglicher Sanktionen (Ziff. 9) behandelt. Die Darstellung deckt jeweils das Zivil-, Verwaltungs- und Strafprozessrecht ab.

Ein besonderes Augenmerk gilt der Interaktion zwischen der Ausgestaltung des Verfahrensrechts und der Bedeutung faktischer Hindernisse, d.h. der Frage, wieweit hohe prozessuale Hürden zur Folge haben können, dass Diskriminierungsoffer darauf verzichten, ihre Rechte geltend zu machen.

Die folgenden Ausführungen beruhen auf der Analyse der Gesetzgebung und Rechtsprechung sowie qualitativen Interviews mit Beratungsstellen sowie Umfragen bei der Anwaltschaft, Gerichten und Schlichtungsstellen.¹⁵¹

2. Klage- und Beschwerdebefugnis

Im Prozessrecht dient die Umschreibung der Klage- und Beschwerdebefugnis dazu zu bestimmen, wer unter welchen Umständen den Rechtsweg beschreiten darf. Ob diese Befugnis weit oder restriktiv umschrieben ist, bestimmt zu einem wichtigen Teil wie zugänglich die Justiz für Diskriminierungsoffer ist.

2.1. Zivilprozessrecht

Im Zivilprozessrecht, d.h. namentlich in den für den Diskriminierungsschutz besonders wichtigen Bereichen Arbeits- und Mietrecht, gelten für die Klagebefugnis die allgemeinen Regeln der Zivilprozessordnung¹⁵². Gemäss Art. 59 Abs. 1 ZPO tritt das Gericht auf eine Klage oder ein Gesuch ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind. Laut Abs. 2 dieser Bestimmung sind die wesentlichen persönlichen Prozessvoraussetzungen das Vorhandensein eines schutzwürdigen Interesses (lit. a) sowie die Partei- und Prozessfähigkeit (lit. c). Gemäss Art. 66 ZPO ist parteifähig, wer rechtsfähig ist oder von Bundesrechts wegen als Partei auftreten kann. Art. 67 Abs. 1 ZPO bestimmt schliesslich, dass prozessfähig ist, wer handlungsfähig ist, wobei für eine handlungsunfähige Person ihre gesetzliche Vertretung handelt (Abs. 2). Die Prozessvoraussetzungen werden vom Gericht von Amtes wegen geprüft (Art. 60 ZPO).¹⁵³

Im GIG und im BehiG gibt es bezüglich Klagebefugnis keine speziell anwendbaren Bestimmungen, weshalb die allgemeinen Regeln der ZPO zur Anwendung kommen. Im Übrigen müssen von Diskriminierung betroffene Personen im persönlichen und sachlichen Geltungsbereich des jeweiligen Gesetzes sein, um sich darauf berufen zu können. In dieser Hinsicht gilt bezüglich dem GIG festzuhalten, dass sich sowohl Frauen auch als Männer darauf berufen können.¹⁵⁴

Probleme bezüglich Klagebefugnis bestehen im Bereich des BehiG insofern, als körperlich oder geistig schwerstbehinderte Menschen unter Umständen weder handlungsfähig sind, noch ihre

¹⁵¹ Zu den Methoden der sozialwissenschaftlichen Erhebung oben, Ziff. I.2.

¹⁵² Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19.12.2008 (Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272).

¹⁵³ 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). Siehe dazu die Ausführungen in Teilstudie 1, Kap. III.3.2.1.

¹⁵⁴ Siehe Kaufmann/Steiger-Sackmann, N. 5. zu Art. 3 GIG.

Bedürfnisse artikulieren können. Hier hängt es vom Entscheid ihrer gesetzlichen Vertretung ab, ob ein Prozess geführt wird (Art. 67 Abs. 2 ZPO). Die für den Diskriminierungsschutz relevanten Bestimmungen des ZGB und OR sind Rechte, welche den Berechtigten im Sinne von Art. 67 Abs. 3 ZPO um ihrer Persönlichkeit willen zustehen. Sie können deshalb von handlungsunfähigen Personen insoweit selbstständig wahrgenommen werden, als sie urteilsfähig sind.¹⁵⁵

2.2. Verwaltungsprozessrecht

Die Beschwerde Voraussetzungen im Verwaltungsjustizverfahren, d.h. die Voraussetzungen zum Eintreten auf eine Beschwerde in der Sache (Verfahrensvoraussetzungen) beinhalten in der Person der beschwerdeführenden Partei liegende Gründe, d.h. Parteifähigkeit (Art. 6 VwVG¹⁵⁶) und Prozessfähigkeit sowie weitere, objektive Voraussetzungen, namentlich die Beschwerdelegitimation (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 48 VwVG) sowie die Zulässigkeit der vorgebrachten Beschwerdegründe (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 49 VwVG).¹⁵⁷ Die Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Sie werden von der zuständigen Behörde von Amtes wegen geprüft (Art. 7 Abs. 1 VwVG). Die kantonalen Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessgesetze regeln die Beschwerde Voraussetzungen regelmässig gleich oder ähnlich wie der Bund.

2.3. Strafprozessrecht

2.3.1. Einleitung der Strafverfolgung

Die Einleitung der Strafverfolgung erfolgt bei *Offizialdelikten* von Amtes wegen, d.h. die zuständigen Behörden sind unabhängig vom Willen des oder der verletzten Person verpflichtet, tätig zu werden (Art. 7 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).

Bei Delikten, die nur *auf Antrag* verfolgt werden, braucht es dagegen zur Einleitung eines Vorverfahrens und damit der Strafverfolgung eine Willenserklärung der antragsberechtigten Person (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.“¹⁵⁸

Die im Kontext des Diskriminierungsschutzes zentrale *Rassismusstrafnorm* (Art. 261^{bis} StGB) ist als Offizialdelikt ausgestaltet, *strafbare Handlungen gegen die Ehre* wie bspw. üble Nachrede, Verleumdung oder Beschimpfung (Art. 173 ff. StGB), die zur Ahndung von (rassistischen) Diskriminierungen ebenfalls in Betracht kommen, sind dagegen als Antragsdelikte ausgestaltet.

¹⁵⁵ Sterchi, N. 12 ff. zu Art. 67 ZPO.

¹⁵⁶ Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

¹⁵⁷ Siehe dazu die Ausführungen in Teilstudie 1, Kap. III.3.2.2.

¹⁵⁸ Trechsel/Jean-Richard [Praxiskommentar zum StGB], N. 1 f. zu Art. 30 StGB sowie die Ausführungen in Teilstudie 1, Kap. III.3.4.1.

2.3.2. Prozessuale Rechte der beeinträchtigten Person

Im Strafverfahren stehen neben den Parteien (vgl. Art. 104 StPO) namentlich auch den durch eine Straftat geschädigten Personen besondere Verfahrensrechte zu (Art. 105 StPO). Gemäss Art. 115 Abs. 1 StPO gilt als *geschädigte Person* die Person, die durch die Straftat in ihren Rechten unmittelbar verletzt worden ist, wobei gemäss Abs. 2 die zur Stellung eines Strafantrages berechnete Person in jedem Fall zu den geschädigten Personen gehört. Als *Opfer* im Sinne der Strafprozessordnung gilt gemäss Art. 116 Abs. 1 StPO die geschädigte Person, die durch die Straftat in ihrer körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden ist.¹⁵⁹ Geschädigten Personen und Opfern im vorgenannten Sinne, 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).¹⁶⁰ 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).¹⁶¹

Der Privatklägerschaft stehen im Verfahren verschiedene besondere Rechte zu, namentlich die Behandlung als Partei im Verfahren (Art. 104 Abs. 1 StPO), der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 107 StPO), die Legitimation, einen Einstellungsbeschluss anzufechten (Art. 322 Abs. 2 StPO), die Gewährung von unentgeltlicher Prozessführung, wenn sie sich im Zivilpunkt als Privatklägerschaft konstituiert hat (Art. 136 StPO), die Möglichkeit der Zuspreehung einer Parteient-schädigung für die notwendigen Aufwendungen im Falle des Obsiegens (Art. 433 StPO), sowie die Möglichkeit der Einlegung eines Rechtsmittels gegen ein Urteil (Art. 382 Abs. 1 StPO), nicht aber im Hinblick auf die Anfechtung der ausgesprochenen Sanktion (Art. 382 Abs. 2 StPO).¹⁶²

2.3.3. Qualifikation als geschädigte Person und Opfer bei Verstössen gegen die Rassistusstrafnorm

Damit eine von einer Straftat gemäss Art. 261^{bis} StGB betroffene Person nur als geschädigte Person im Sinne von Art. 115 Abs. 1 StPO gelten kann, muss sie *unmittelbar in ihren Rechten verletzt sein*. Dies setzt voraus, dass das von einem Straftatbestand geschützte Rechtsgut individuelle Rechte betrifft. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind im Rahmen von Art. 261^{bis} StGB die in Abs. 1 (Aufrufen und Anstacheln zu Hass und Diskriminierung), Abs. 4 erster Satzteil (Herabsetzung und Diskriminierung in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Art und Weise) sowie Abs. 5 (Verweigerung von Waren und Dienstleistungen, die für die Allgemeinheit gedacht sind) erwähnten Tatbestände grundsätzlich geeignet, die betroffenen Personen unmittelbar in ihren Rechten zu verletzen. Geschütztes Rechtsgut ist in diesen Fällen die Menschenwürde und die von solchen Rechtsverletzungen direkt betroffenen Personen können sich somit grundsätzlich als Opfer im Sinne der StPO konstituieren und die entsprechenden Parteirechte wahrnehmen. Bei Verstössen gegen Abs. 4 zweiter Satzteil (Leugnen, gröbliches Verharmlosen und Rechtfertigen von Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit) von Art. 261^{bis} StGB ist das geschützte Rechtsgut dagegen der öffentliche Frieden, weshalb eine direkte

¹⁵⁹ Die gleichen Rechte wie den Opfern kommen Angehörigen zu, die Zivilansprüche geltend machen (Art. 117 Abs. 3 StPO).

¹⁶⁰ Der Strafantrag ist dieser Erklärung gleichgestellt (Art. 118 Abs. 2 StPO).

¹⁶¹ 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).

¹⁶² EGB [Informationsblatt Nr. 12], S. 5 f.

individuelle Rechtsverletzung in diesen Fällen nicht in Frage kommt.¹⁶³ Bezüglich Abs. 2 und 3 (öffentliche Verbreitung rassistischer Ideologien und Propagandaaktionen) hat das Bundesgericht soweit ersichtlich, die Frage der Opfereigenschaft bisher nicht ausdrücklich behandelt, aber darauf hingewiesen, dass sich solche Aktionen gegen eine unbestimmte Zahl von Menschen richten,¹⁶⁴ was vermuten lässt, dass das Bundesgericht hier die Opfereigenschaft von betroffenen Personen verneinen würde. Allerdings lässt sich argumentieren, dass Aktivitäten gemäss diesen beiden Absätzen eine gesteigerte Form der Herabsetzung gemäss Abs. 1 darstellen und damit die Opfereigenschaft erhalten bleibt, wenn nicht nur eine oder wenige Personen, sondern eine Vielzahl betroffen sind.

2.4. Ergebnisse der Befragungen

2.4.1. Persönliche Interviews

Befragte Expertinnen und Experten im Bereich Rassendiskriminierung betrachten es als problematisch, dass Verfahrensbeteiligte selbst zur diffamierten Gruppe gehören müssen, um im Strafverfahren Parteirechte wahrnehmen zu können. Da im Rassismusbereich kein Verbandsklage- und -beschwerderecht existiert bzw. Verbände nicht Partei im Strafverfahren sein können, kann gegen Rechtsverletzungen nicht vorgegangen werden, wenn die Betroffenen nicht selbst aktiv werden.¹⁶⁵

2.4.2. Anwaltschaft

Im Rahmen der Online-Befragung wurde den befragten Anwältinnen und Anwälten die Frage unterbreitet, ob ihrer Ansicht nach von Diskriminierung betroffene Personen aufgrund zu hoher rechtlicher Voraussetzungen an die Erhebung einer Klage davon abgehalten bzw. darin eingeschränkt würden, ihre Rechte durchzusetzen. Rund 55% waren der Ansicht, dass dies zutreffe oder eher zutreffe. Im Vergleich zu anderen Faktoren wird der Einfluss dieses Faktors von der Anwaltschaft somit als eher gering eingeschätzt.

2.5. Schlussfolgerung

Im europäischen Vergleich scheinen die untersuchten Bestimmungen zum Klage- und Beschwerderecht Zivil-, Verwaltungs- und Strafprozessrecht den üblichen Standards zu genügen und ähnlich konzipiert zu sein. Gemäss der EU-Studie sind die Voraussetzungen für die Klagebefugnis in den verschiedenen Staaten zwar unterschiedlich geregelt. Im Allgemeinen wird jedoch als gemeinsamer Nenner das Erfordernis der Rechtsfähigkeit und des rechtlichen Interesses zur Klageerhebung verlangt.¹⁶⁶ Die Schweiz folgt dem gleichen Ansatz.

Bei der Anwendung der Rassismusstrafnorm ist grundsätzlich zu begrüssen, dass diese als Offizialdelikt konzipiert ist und die Strafverfolgungsbehörden somit aus eigenem Antrieb gegen Verstösse vorzugehen haben, wenn sie davon Kenntnis erhalten. Der Zugang zur Justiz wird jedoch dadurch eingeschränkt, dass gegen jene Absätze der Rassismusstrafnorm, die den öf-

¹⁶³ Siehe Teilstudie 6, Kap. II.2.3.1.

¹⁶⁴ BGE 126 IV 20, E. 1c.

¹⁶⁵ Die Expertinnen und Experten der anderen Bereiche haben sich zu dieser Frage nicht geäussert.

¹⁶⁶ EU-Studie, S. vi.

fentlichen Frieden und nicht die Menschenwürde schützen, sich von derartigen Verstössen betroffen fühlende Personen nicht als Partei im Sinne von Art. 104 StPO konstituieren können, da sie nicht unmittelbar in ihren Rechten verletzt sind. Dies hat etwa zur Folge, dass in solchen Fällen gegen Einstellungsbeschlüsse der Staatsanwaltschaft keine Rechtsmittel ergriffen werden können. Dies führt in Kombination mit dem in diesem Bereich nicht bestehenden Verbandslegitimation¹⁶⁷ zur Durchsetzung überindividueller Rechte von Betroffenen zu einer Lücke im Zugang zur Justiz.

Im Bereich des BehiG können sich Probleme dort ergeben, wo im konkreten Fall eine Person mit einer sehr schweren Behinderung wegen fehlender Handlungsfähigkeit nicht prozessfähig ist und es deshalb vom Entscheid der gesetzlichen Vertretung abhängt, ob im Diskriminierungsfall der Rechtsweg beschritten wird.

3. Verbandsklage- und -beschwerderecht

3.1. Allgemeines

Verbandsklage- und -beschwerderechte geben je nach Ausgestaltung Organisationen die Möglichkeit, entweder anstelle und für betroffene Mitglieder oder zur Verfolgung ideeller Zwecke, den Rechtsweg zu beschreiten. Diese Möglichkeit kann den Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen erleichtern, wo direkt betroffene Personen namentlich die damit verbundene Belastung und finanziellen Risiken sowie die Angst, sich zu exponieren, scheuen.

Wo – wie etwa im Arbeits- und Mietrecht – im *Zivilverfahren* kein spezialgesetzliches prozessrechtliches Klagerecht für Verbände, Organisationen und juristische Personen besteht, kommen die allgemeinen Bestimmungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung (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. Mit ihr kann eine Persönlichkeitsverletzung verboten, beseitigt oder festgestellt werden (Art. 89 Abs. 2 ZPO). Besondere gesetzliche Bestimmungen – wie etwa die Klageberechtigung von Berufs- und Wirtschaftsverbänden und Konsumentenschutzorganisationen gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. a und b UWG¹⁶⁸ oder das Verbandsklagerecht gemäss Art. 7 Abs. 1 GIG – bleiben vorbehalten (Art. 89 Abs. 3 ZPO).

Im *Verwaltungsbeschwerde*- sowie im Verwaltungsjustizbeschwerdeverfahren können Verbände, Organisationen und juristische Personen auf drei Arten befugt sein, Beschwerde zu erheben: Verbände (d.h. körperschaftlich organisierte juristische Personen), können als von einer Rechtsverletzung direkt Betroffene gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG und Art. 89 Abs. 1 BGG im eigenem Namen und zur Wahrung ihrer eigenen Interessen als Beschwerdeführer auftreten. Darüber hinaus können Verbände laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu diesen Bestimmungen aber auch in eigenem Namen, jedoch im Interesse ihrer Mitglieder Beschwerde führen, obwohl der Verband selbst gar nicht vom angefochtenen Entscheid berührt ist, falls die Mehrheit oder eine grosse Zahl von Mitgliedern selbst beschwerdebefugt wären (sog. *egoistische* Verbandsbe-

¹⁶⁷ Siehe unten, Ziff. III.3.3.

¹⁶⁸ Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 19.12.1986 (UWG; SR 241).

schwerde).¹⁶⁹ Die Legitimation dieser Beschwerdeformen richtet sich nach Art. 48 Abs. 1 VwVG, d.h. nach den Voraussetzungen, die auch auf Privatpersonen Anwendung finden. Schliesslich können Verbände im eigenen Namen, aber zur Durchsetzung öffentlicher Interessen den Rechtsweg beschreiten, wo das Gesetz dies vorsieht (*ideelle* Verbandsbeschwerde).

Im Strafprozessrecht existiert keine dem Klage- und Beschwerderecht der Verbände entsprechende Möglichkeit für Kollektive, sich an Strafverfahren zu beteiligen.¹⁷⁰

3.2. Spezialgesetzliche Verbandsklage- und -beschwerderechte

3.2.1. Diskriminierung aufgrund des Geschlechts

Gemäss Art. 7 Abs. 1 GIG besteht bei Streitigkeiten nach GIG ein spezielles Verbandsklagerecht im Sinne von Art. 89 Abs. 2 ZPO bzw. ein Recht, im Fall des Unterliegens das Urteil mit Beschwerde anzufechten: 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 im eigenen Namen feststellen lassen, dass eine Diskriminierung vorliegt, wenn der Ausgang des Verfahrens sich voraussichtlich auf eine grössere Zahl von Arbeitsverhältnissen auswirken kann. Das Verbandsklagerecht beschränkt sich damit auf Feststellungsklagen, d.h. mit solchen Klagen kann kein Verbot der Diskriminierung oder die Beseitigung der Diskriminierung und die Herstellung des rechtmässigen Zustandes bzw. die Verurteilung zur Leistung an Dritte beantragt werden. Bei Lohndiskriminierungen kann namentlich vom Gericht nicht verlangt werden, dass die Beklagten dazu verurteilt werden, den Diskriminierten den diskriminierungsfrei geschuldeten Lohn zu bezahlen.

In der Rechtspraxis hat sich im Rahmen der Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes im Jahr 2003-2005 herausgestellt, dass nur 32 von 269 untersuchten Fällen Verbandsklagen betroffen hatten. In den meisten Fällen wurde die Verbandsklage nicht in dem vom Gesetz beabsichtigten Sinn, nämlich zur Klärung von Grundsatzfragen aufgegriffen, sondern vielmehr als strategisches Mittel eingesetzt, um Individualklagen zu verstärken. Dabei war ihre Erfolgsquote geringer als bei der Geltendmachung individueller Anliegen. Meist ging es um komplexe Lohngleichheitsverfahren mit breiten Auswirkungen. Für die letzten Jahre sind – zumindest in der Datenbank www.gleichstellungsgesetz.ch – kaum mehr Fälle dokumentiert; die jüngsten Urteile stammen aus dem Jahr 2011.¹⁷¹ Somit hat dieses Instrument in der aktuellen Form in der Praxis nur beschränkte Bedeutung erhalten.

In seinem Bericht zur Evaluation 2003-2005 lehnt der Bundesrat die Forderung nach einer Ausdehnung des Klagerechts auf Leistungen unter dem Hinweis darauf ab, dass damit der „ursprüngliche Gedanke, wonach das Verbandsklagerecht der *Klärung von Grundsatzfragen*, die für eine Vielzahl von Arbeitsverhältnissen bedeutsam sind, dienen soll,“ verlassen und die mit der Verbandsklage gewollte *Anonymität* der betroffenen Personen damit verunmöglicht werde. Die

¹⁶⁹ Siehe etwa BGE 136 II 539 E.1.1.

¹⁷⁰ Siehe dazu unten, Ziff. III.3.3.

¹⁷¹ Siehe Teilstudie 2, Kap. IV.5.4.

Verhinderung dieser persönlichen Exponierung sei aber gerade einer der Gründe für die Einführung des Verbandsklagerechtes gewesen.¹⁷²

Unterdessen hat der Bundesrat in einem Bericht zum kollektiven Rechtsschutz in der Schweiz¹⁷³ den Handlungsbedarf betreffend das Verbandsklagerecht bestätigt und festgestellt, dass u.a. im Bereich des Gleichstellungsrechts „im geltenden Rechtssystem Lücken zur effektiven Durchsetzung von Massen- und Streuschäden“ bestehen.¹⁷⁴

3.2.2. Diskriminierung von LGBTI-Personen¹⁷⁵

Bei Diskriminierungen von LGBTI-Personen im Erwerbsleben können sich Transmenschen auf das GIG berufen und – falls die einschlägigen Voraussetzungen im konkreten Fall gegeben sind – damit auch das Verbandsklage- und beschwerderecht gemäss Art. 7 GIG geltend machen. Das gleiche sollte auch für Intersex-Menschen gelten, da deren Diskriminierung ebenfalls am Merkmal des Geschlechts anknüpft.

Ob Schwule, Lesben und Bisexuelle das spezialgesetzliche Verbandsklage- und -beschwerderecht gemäss Art. 7 GIG in Anspruch nehmen können, ist dagegen offen. Sie können sich jedenfalls auf das allgemeine Verbandsklage- und -beschwerderecht in der ZPO sowie im VwVG berufen (siehe oben, Ziff.III.3.1).

3.2.3. Diskriminierung aufgrund einer Behinderung

Das BehiG sieht in Art. 9 ein ideelles Verbandsbeschwerde- und klagerecht vor: Danach können Behindertenorganisationen von gesamtschweizerischer Bedeutung, die seit mindestens zehn Jahren bestehen, Rechtsansprüche auf Grund von Benachteiligungen, die sich auf eine grosse Zahl von Behinderten auswirken, geltend machen. Bei *Diskriminierungen durch den Staat* besteht das Beschwerderecht der Verbände in Bezug auf Rechtsansprüche bei Bauten, Einrichtungen oder Fahrzeugen (Art. 7 BehiG), nicht jedoch in Bezug auf die Schlechterstellung bei *Dienstleistungsangeboten* des Gemeinwesens oder konzessionierter Unternehmen (d.h. bezüglich Art. 8 BehiG). Bei *Diskriminierungen durch Private* besteht bei öffentlich angebotenen Dienstleistungen ein Verbandsklagerecht. Klageberechtigte Organisationen (Art. 5 BehiV) haben die Möglichkeit, im Zivilverfahren die Feststellung einer Diskriminierung zu erwirken.¹⁷⁶

¹⁷² Bundesrat, Bericht über die Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes in Erfüllung der Motion Vreni Hubmann 02.3142, die der Nationalrat am 21.06.2002 als Postulat überwiesen hat, BBL 2006 3161, 3190f.

¹⁷³ Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten, Bern, 03.07.2013, abrufbar unter <http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2013/2013-07-03/ber-br-d.pdf> (besucht am 05.06.2015).

¹⁷⁴ Ibid., S. 55. Siehe dazu auch die Motion Birrer-Heimo 13.3931 vom 27.09.2013 „Förderung und Ausbau der Instrumente der kollektiven Rechtsdurchsetzung“ und die Stellungnahme des Bundesrates vom 29.11.2013.

¹⁷⁵ Der Begriff LGBTI ist eine Kurzformel für die unterschiedlichen Untergruppen innerhalb der sexuellen Minderheiten, nämlich „Lesbian“, „Gay“, „Bisexual“, „Transgender“ und „Intersex“-Menschen.

¹⁷⁶ Siehe Teilstudie 4, Kap. II.2.1.2.

3.3. Fehlen prozessualer Mitwirkungsrechte im Bereich der Rassendiskriminierung

Im Rahmen des Anwendungsbereichs der Antirassismustrafnorm, d.h. bei Diskriminierungen aufgrund der Rasse existieren keine mit dem Verbandsbeschwerderecht vergleichbaren strafprozessualen Mitwirkungsrechte.¹⁷⁷ Im Strafverfahren sind nämlich nur die beschuldigte Person, die Privatklägerschaft und im Haupt- und Rechtsmittelverfahren die Staatsanwaltschaft Parteien (Art. 104 Abs. 1 StPO). Die Einführung einer Verbandslegitimation stand jedoch verschiedentlich zur Debatte, zum einen bei der Debatte des Entwurfes der neuen eidgenössischen Strafprozessordnung, zum anderen bei der Beantwortung von zwei Motionen zu dieser Thematik. Für die Einführung einer Verbandslegitimation antirassistischer Vereinigungen wurde dabei sinngemäss argumentiert, 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. 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“.¹⁷⁸ In einer weiteren Motion wurde gefordert, dass der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus bei Verfahren über Verstösse gegen Art. 261bis StGB Parteirechte im Sinne von Art. 104 Abs. 2 der Strafprozessordnung eingeräumt werden sollten.¹⁷⁹

Der Bundesrat erachtete die Einführung einer Verbandslegitimation für antirassistische Organisationen als problematisch und befürchtete insbesondere, dass dies den Strafprozess verkomplizieren könnte. In seiner Botschaft zur eidgenössischen StPO führte er diesbezüglich insbesondere aus, 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, könne jede Person und jede Personenvereinigung, die solche Delikte feststellt, Strafanzeige erstatten und damit eine Strafuntersuchung auslösen (...)“.¹⁸⁰

In ihrer Stellungnahme zum Recht gegen rassistische Diskriminierung kritisiert die EKR die fehlenden Mitwirkungsrechte von Interessenorganisationen¹⁸¹ 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“.¹⁸² Die fehlende Parteistellung von Verbänden habe nämlich insbesondere zur Folge, dass gegen Einstellungsverfügungen der Staatsanwaltschaft keine Beschwerde erhoben werden kann (Art. 322 Abs. 2 StPO).

¹⁷⁷ So ausdrücklich BGE 125 IV 206.

¹⁷⁸ Motion Schwaab 00.3268 vom 13.06.2000 „Rassendiskriminierung. Beschwerdelegitimation“.

¹⁷⁹ Motion Reynard 14.3980 vom 26.09.2014 „Ausbau der Kompetenzen der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus“.

¹⁸⁰ BBl 2006 1085, S. 1163.

¹⁸¹ EKR, Kritikpunkt Nr. 19, S. 49.

¹⁸² Ibid., 64.

Rechtsgebiet	Voraussetzungen	Anwendungsbereich / mögliche Begehren
Zivilprozessrecht allgemein (Art. 89 ZPO)	<ul style="list-style-type: none"> - Verein/Organisation mit gesamtschweizerischer/regionaler Bedeutung - Gemäss Statuten zur Wahrung der Interessen bestimmter Personengruppen befugt, im eigenem Namen auf Verletzung der Persönlichkeit der Angehörigen dieser Gruppe zu klagen 	<ul style="list-style-type: none"> - <u>Anwendungsbereich</u>: Nur bei Persönlichkeitsverletzungen; etwa bei Diskriminierungen im Arbeitsleben, in Mietverhältnissen oder in der Freizeit. Im Anwendungsbereich des GIG und des BehiG gehen diese vor - <u>Mögliche Begehren</u>: Klage auf Verbot, Beseitigung oder Feststellung einer Persönlichkeitsverletzung
Verwaltungsprozessrecht allgemein	<ul style="list-style-type: none"> - Egoistische Verbandsbeschwerde: Verbände führen Beschwerde in eigenem Namen aber im Interesse ihrer Mitglieder (Verband selber nicht beschwert); (Art. 48 Abs. 1 VwVG) - Ideelle Verbandsbeschwerde: Verbände führen Beschwerde in eigenem Namen, aber zur Wahrung öffentlicher/ideeller Interessen. Nur, falls spezialgesetzlich vorgesehen (48 Abs. 2 VwVG) 	<p>Egoistische Verbandsbeschwerde:</p> <ul style="list-style-type: none"> - <u>Anwendungsbereich</u>: Verwaltungsprozessrecht allgemein. - <u>Mögliche Begehren</u>: Unterlassung, Leistung und Feststellung
Diskriminierung aufgrund des Geschlechts (Art. 7 GIG)	<ul style="list-style-type: none"> - Gemäss Statuten Förderung der Gleichstellung von Frau und Mann bzw. der ArbeitnehmerInnen; bestehen seit mind. 2 Jahren - Ausgang des Verfahrens kann sich voraussichtlich auf grösserer Zahl von Arbeitsverhältnissen auswirken 	<ul style="list-style-type: none"> - <u>Anwendungsbereich</u>: Nur im Erwerbsleben - <u>Mögliche Begehren</u>: Nur Feststellung
Diskriminierung aufgrund einer Behinderung (Art. 9 BehiG)	<ul style="list-style-type: none"> - Organisation hat gesamtschweizerische Bedeutung und besteht sei mind. 10 Jahren - Benachteiligungen wirken sich voraussichtlich auf eine grosse Zahl von Behinderten aus 	<ul style="list-style-type: none"> - <u>Anwendungsbereich</u>: <i>Bei staatlichen Diskriminierungen</i> Beschwerderecht in Bezug auf Rechtsansprüche bei Bauten, Einrichtungen oder Fahrzeugen, <i>nicht aber</i> bei Dienstleistungen des Gemeinwesens; <i>Private Diskriminierungen</i> Klagerecht in Bezug auf öffentlich angebotene Dienstleistungen - <u>Mögliche Begehren</u>: Bei <i>privaten Dienstleistungen</i> nur Feststellung, sonst auch Leistung
LGBTI / Rasse	<p>Offen, ob LGBTI-Menschen das spezialgesetzliche Verbandsbeschwerde- oder klagerecht gemäss Art. 7 GIG in Anspruch nehmen können. Keine spezialgesetzlichen Parteirechte für ideelle Verbände im Strafverfahren wegen Rassendiskriminierungen</p>	

Tabelle 6: Übersicht Verbandsklage- und -beschwerderecht

3.4. Ergebnisse der Befragungen

3.4.1. Persönliche Interviews

Diskriminierung von LGBTI-Personen: Die in diesem Bereich befragten Expertinnen und Experten fordern zudem vereinzelt die Einführung eines Verbandsklage- und -beschwerderechts für alle LGBTI-Personen.¹⁸³

Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen: Die Befragung ergab, dass die Zusammenarbeit zwischen den verschiedenen Organisationen verbessert werden müsste (dazu unten, Ziff. IV.2.2.2). Insbesondere braucht es mehr Ressourcen in den Beratungsstellen, um juristisch geschultes Personal einzustellen, damit die Weiterleitung von Fällen an Fachstellen wie Égalité Handicap auch funktioniert und das Verbandsbeschwerderecht besser wahrgenommen werden kann.

Diskriminierung aufgrund der Rasse: Gemäss den in diesem Bereich befragten Expertinnen und Experten äussern Ratsuchende oft den Wunsch, von der Beratungsstelle direkt begleitet und vertreten zu werden oder hoffen gar, die Organisation könnte die Prozessführung übernehmen. Beratende bedauern es, diesen Wünschen nicht begegnen zu können und bemängeln in diesem Zusammenhang das Fehlen von Parteirechten für Verbände im Strafverfahren. Ein solches Recht würde ihrer Ansicht nach die Handlungsmöglichkeiten der Beratungsstellen signifikant erhöhen und zur Anwendung der bestehenden Rechtsnormen beitragen.

3.4.2. Anwaltschaft und Gerichte

Im Rahmen der Online-Befragung wurde *Anwältinnen und Anwälten* die Frage unterbreitet, ob ihrer Einschätzung nach die Einführung einer weitgehenden selbständigen Klagebefugnis von Verbänden und anderen Organisationen in Diskriminierungsfällen den Zugang zur Justiz für von Diskriminierung betroffene Personen erleichtern würde. Rund 70% der Befragten bejahen dies indem sie den in der Frage enthaltenen Vorschlag entweder als voll und ganz zutreffend (rund 40%) bzw. als eher zutreffend (30%) erachten.¹⁸⁴

Aus Sicht der Schlichtungsbehörden und Gerichte trifft es für 50 % eher oder voll und ganz zu, dass mit der Einführung einer selbständigen Klagebefugnis von Verbänden, Organisationen und juristischen Personen in Diskriminierungsfällen mehr Fälle vor Gericht gebracht würden.¹⁸⁵

3.5. Schlussfolgerungen

Die Klagemöglichkeit im Namen oder zur Unterstützung der von Diskriminierung betroffenen Personen kann den Zugang zur Justiz faktisch erheblich erhöhen, da die Opfer zwar teilweise um ihre Klagerechte wissen, verschiedene Hürden, wie etwa die Befürchtung von Repressalien im privaten oder beruflichen Umfeld, sie jedoch von der selbständigen Geltendmachung ihrer Rech-

¹⁸³ Siehe Teilstudie 5, Kap. III.1.1.2.

¹⁸⁴ Weitere Antworten: Eher nicht zutreffend = 12%. Ganz und gar nicht zutreffend = rund 15%. Weiss nicht = rund 5%.

¹⁸⁵ Weitere Antworten: Eher nicht zutreffend = rund 29%. Ganz und gar nicht zutreffend = rund 10%. Weiss nicht = rund 12%.

te abhalten. Selbstständige Klage- und Beschwerderechte von Verbänden und Organisationen sind demnach grundsätzlich eine effiziente Möglichkeit, die Durchsetzung der Rechte der Betroffenen zu garantieren.¹⁸⁶ Dies wird gestützt durch die Gerichtsumfrage, bei der rund 50% der Ansicht waren, dass durch die Einführung selbstständiger Klage- und Beschwerdebefugnisse die Zahl der Gerichtsfälle steigen würde. Von Seiten der Anwaltschaft sind zudem rund 70% der Ansicht, dass die Einführung solcher Rechte den Zugang zur Justiz für von Diskriminierungen betroffene Personen erleichtern würde. Die Bedeutung von Verbandsklage- und -beschwerderechten ist somit für den Diskriminierungsschutz als erheblich einzustufen.

Die gemachten Ausführungen zeigen deutlich, dass die rechtlichen Grundlagen je nach betroffenem Rechtsbereich unterschiedlich ausgestaltet sind. Während im Zivilrecht im sachlichen Anwendungsbereich des GIG und des BehiG spezialgesetzliche Verbandsklagerechte bestehen, ist dies für bei Diskriminierungen von Schwulen, Lesben und Bisexuellen Menschen offen¹⁸⁷ und bei Diskriminierungen aufgrund der Rasse nicht der Fall. Bei derartigen Diskriminierungen kann lediglich auf das allgemeine Verbandsklagerechte gemäss ZPO – diese ist allerdings auf Persönlichkeitsverletzungen beschränkt – zurückgegriffen werden. Im Bereich des öffentlichen Rechts steht allenfalls die egoistische Verbandsbeschwerde gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Verfügung.

Bei den spezialgesetzlichen Bestimmungen des GIG fällt auf, dass mit dem Verbandsklagerecht Rechtsverletzungen lediglich festgestellt werden und keine Leistungen gefordert werden können. Zudem wird das Verbandsklagerecht gemäss GIG eher selten geltend gemacht und nicht in der vom Gesetzgeber beabsichtigten Art (Klärung von Grundsatzfragen statt Unterstützung in Einzelfällen) wahrgenommen. Der Bundesrat hat anerkannt, dass in diesem Bereich ein gesetzlicher Handlungsbedarf besteht, da echte Instrumente der kollektiven Rechtsetzung derzeit im Gleichstellungsrecht fehlen.

Bei den spezialgesetzlichen Bestimmungen des BehiG fällt auf, dass der Anwendungsbereich innerhalb des Gesetzes, nämlich in Bezug auf die Geltendmachung staatlicher und privater Diskriminierungen, unterschiedlich ist und insbesondere bei privaten Dienstleistungen nur auf Feststellung, nicht aber Leistung geklagt werden kann. Ob tatsächlich ein gesetzlicher Handlungsbedarf zur Ausweitung oder Umgestaltung des im BehiG festgehaltenen Verbandsbeschwerde- und klagerechts besteht, lässt sich aus den erhobenen Informationen nicht schlüssig beantworten.

Bei Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Orientierung, d.h. gegen Lesben, Schwule und Bisexuelle Menschen, sollte aufgrund der Ergebnisse der Befragungen der Beratungsstellen und der grundsätzlich grossen Bedeutung des Verbandsklage- und -beschwerderechts die Schaffung einer spezialgesetzlichen Grundlage geprüft und deren mögliche Ausgestaltung diskutiert werden.

Bei Diskriminierungen aufgrund der Rasse vermag die Argumentation des Bundesrates gegen die Einführung von Parteirechten von Verbänden im Strafverfahren nicht zu überzeugen: Zwar trifft es zu, dass in diesem Bereich die Staatsanwaltschaft dafür zuständig ist, den Strafanspruch der Allgemeinheit durchzusetzen und aktiv zu werden, wo dies angezeigt ist. Die grosse Arbeitslast der Staatsanwaltschaft und das bei der Strafverfolgung geltende Opportunitätsprinzip können aber etwa dazu führen, dass dieser überindividuelle Strafverfolgungsaspekt nur ungenügend zum

¹⁸⁶ Siehe EU-Studie, S. vi.

¹⁸⁷ Zudem sollten sich auch Intersex-Menschen auf das Verbandsbeschwerderecht gemäss GIG berufen können, es ist jedoch unklar, ob dem wirklich so ist.

Tragen kommt. Gerade in solchen Fällen könnten Verbände Beschwerde gegen Einstellungsverfügungen der Staatsanwaltschaft führen, und damit den Rechten ganzer Gruppen zur Durchsetzung verhelfen. Wie ausgeführt, wird die Einführung von Parteirechten für Verbände im in diesem Bereich sowohl von juristischen Experten (EKR) als auch von den Beratungsstellen gefordert und als für die Durchsetzung des Zugangs zur Justiz bedeutend erachtet.

4. Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz

Bei dieser Thematik geht es um die Frage, ob das Gericht oder die Parteien dafür verantwortlich ist, die für die in Frage stehende Streitigkeit rechtserheblichen Tatsachen zusammenzutragen und die dafür notwendigen Beweisanträge vorzubringen. Beim *Verhandlungsgrundsatz* kommt diese Pflicht den Parteien zu, beim *Untersuchungsgrundsatz* stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest, was die Erhebung von Beweisen mitbeinhaltet.¹⁸⁸

Der Verhandlungsgrundsatz kann den Zugang zur Justiz erschweren, weil Parteien v.a. bei der Beweisführung und beim Detaillierungsgrad der Begründung von Klagen und Beschwerden mehr Aufwand als beim Untersuchungsgrundsatz zu treiben haben und insofern ein grösseres Prozessrisiko tragen.

4.1. Zivilprozessrecht

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.¹⁸⁹ 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 Fr. 30'000 nicht übersteigt“ (Art. 247 Abs. 2 lit. b ZPO).¹⁹⁰

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

¹⁸⁸ Siehe etwa im Geltungsbereich der Zivilprozessordnung Art. 153 Abs. 1 ZPO, wonach das Gericht Beweis von Amtes wegen erhebt (Untersuchungsgrundsatz), wenn der Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen ist. Ansonsten ist dies die Aufgabe der Parteien (Verhandlungsgrundsatz). Im Gegensatz dazu geht es bei der Verteilung der Beweislast um die Frage, wer die Folgen der Beweislosigkeit einer rechtserheblichen Tatsache trägt.

¹⁸⁹ Gasser/Rickli, N. 2 zu Art. 55 ZPO.

¹⁹⁰ Killias, Berner Kommentar zu Art. 247 ZPO, N. 18.

verpflichtet, auf deren Ergänzungen hinzuwirken“.¹⁹¹ Auch im Geltungsbereich des abgeschwächten Untersuchungsgrundsatzes gilt jedoch der Verhandlungsgrundsatz. Der Untersuchungsgrundsatz im Zivilprozessrecht gilt deshalb „in erster Linie für die (...) Behebung von Unklarheiten, Unvollständigkeiten und Unstimmigkeiten“.¹⁹² 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“.¹⁹³

Anders als im GIG und im Arbeits- und Mietrecht *gilt im Anwendungsbereich des BehiG der Verhandlungsgrundsatz*, da hier keine gesetzliche Ausnahmeregelung im Sinne von Art. 55 Abs. 2 ZPO besteht und weil das BehiG in Art. 243 und 247 nicht erwähnt wird.

Bei der in den Jahren 2003-2005 vorgenommenen *Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes* ergab sich aus der Inhaltsanalyse der ausgewerteten Gerichtsentscheide, dass vor allem die erstinstanzlichen Zivilgerichte den Untersuchungsgrundsatz „kaum je bewusst und ernsthaft berücksichtigt [haben]“.¹⁹⁴ Weder in zivil- noch in öffentlich-rechtlichen Verfahren wurde von den Gerichten selbstständig Beweismittel angeordnet oder eingeholt. Darüber hinaus scheint den Gerichten nicht bewusst gewesen zu sein, dass der Untersuchungsgrundsatz auch dort Gültigkeit hat, wo die Beweislastenerleichterung gemäss Art. 6 GIG nicht greift.¹⁹⁵

Bei der Analyse der Rechtsprechung im Rahmen dieser Studie gab es in den wenigen zur Thematik Kündigung aufgrund des Zivilstandes, der familiären Situation und aufgrund von Schwangerschaft oder Mutterschaft sowie zu Kündigungen während der Sperrfrist von Art. 336c Abs. 1 lit. c OR zur Auswertung eingereichten Fälle (siehe oben, Ziff. II.2.3.3) keine Hinweise auf diese Thematik.

4.2. Verwaltungsprozessrecht

Im Verwaltungsbeschwerdeverfahren gilt gemäss Art. 12 VwVG der *Untersuchungsgrundsatz*, d.h. die Behörde stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Dieser Grundsatz wird eingegrenzt durch die Mitwirkungspflicht der Parteien (Art. 13 VwVG), die im Beschwerdeverfahren besonders wichtig ist, da das Anfechtungsobjekt einer Beschwerde von den Begehren der Parteien abhängig ist (Art. 13 Abs. 1 lit. a und b VwVG). Eine weitere Einschränkung ergibt sich durch die den Parteien obliegende Begründungspflicht einer Beschwerde (Art. 52 Abs. 1 VwVG).¹⁹⁶

¹⁹¹ Ibid., N. 31.

¹⁹² Ibid.

¹⁹³ Ibid., N. 33.

¹⁹⁴ Namentlich wurde nur ungenügend nachgefragt und „der Sachverhalt [wurde] nicht erhoben, wenn die Parteien etwas nicht konkret geltend [gemacht haben]“, und zwar insbesondere bei Streitigkeiten betreffend Kündigungen und Höhe des Lohnes. Siehe Stutz/Schär Moser/ Freivogel, S. 33.

¹⁹⁵ Sexuelle Belästigung und Anstellungsdiskriminierung.

¹⁹⁶ Kölz/Häner/Bertschi, Rz. 1133 ff.

4.3. Strafprozessrecht

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“.¹⁹⁷ Somit gilt also faktisch der Untersuchungsgrundsatz.

4.4. Ergebnisse der Befragungen

4.4.1. Persönliche Interviews

Gemäss den im Bereich Behinderung befragten Expertinnen und Experten besteht beim BehiG ein gesetzlicher Handlungsbedarf zur Einführung des Untersuchungsgrundsatzes, wobei sich allerdings nur wenige Befragte zu dieser Thematik geäussert haben.

4.4.2. Anwaltschaft

Im Rahmen der Online-Befragung wurde den befragten Anwältinnen und Anwälten die Frage unterbreitet, ob die grundsätzliche Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes ihrer Einschätzung nach den Zugang zur Justiz für von Diskriminierung betroffene Personen erleichtern würde. Über 70% der Befragten waren der Ansicht, dass dies voll und ganz oder eher zutrifft.

4.4.3. Gerichte

Im Rahmen der Gerichtsumfrage waren nur etwas mehr als 30% der Ansicht, der Verhandlungsgrundsatz bei Zivilprozessen – und im Strafprozess im Zivilpunkt – halte von Diskriminierung betroffene Personen davon ab, ihre Rechte vor Gericht geltend zu machen. Rund 50% fanden, in Diskriminierungsfällen sollte grundsätzlich der Untersuchungsgrundsatz zur Anwendung kommen, da dies die Geltendmachung der Rechte für von Diskriminierung betroffene Personen wesentlich erleichtert. Etwas mehr als 55% befürworteten die Anwendung des sogenannten "sozialen" Untersuchungsgrundsatzes (Art. 247 Abs. 2 ZPO) in allen Diskriminierungsfällen, da dies die Geltendmachung der Rechte für von Diskriminierung betroffene Personen wesentlich erleichtern würde.

4.5. Schlussfolgerungen

Der Untersuchungsgrundsatz gilt im Verwaltungs- und Strafprozessrecht und im Zivilprozessrecht gemäss Art. 247 Abs. 2 ZPO, soweit es (unabhängig vom Streitwert) um die Anwendung des GIG oder um miet- und arbeitsrechtliche Streitigkeiten mit Streitwerten bis CHF 30'000 geht. Sie deckt somit bereits weite Bereiche des Diskriminierungsschutzes ab.

Der Verhandlungsgrundsatz findet demgegenüber im Zivilprozess Anwendung:

¹⁹⁷ Lieber, N. 3 zu Art. 122 StPO. Zudem besteht nur eine eingeschränkte Vorschusspflicht (siehe Art. 125 StPO).

- im Bereich des BehiG, soweit es um zivilrechtliche Streitigkeiten geht, die nicht unter Art. 247 Abs. 2 ZPO fallen. Relevant sind v.a. Diskriminierungen im Bereich von Dienstleistungen, welche Private öffentlich anbieten (Art. 6 BehiG);
- bei Diskriminierungen im Bereich des Miet- und Arbeitsrechts oberhalb der Streitwertgrenze von CHF 30'000 mit Ausnahme arbeitsrechtlicher Streitigkeiten, die unter das GIG fallen;
- generell und unabhängig vom Diskriminierungsmerkmal bei Diskriminierungen, welche im Rahmen des Persönlichkeitsschutzes gemäss Art. 28 ff. ZGB geltend gemacht werden.

Die Geltung des Untersuchungsgrundsatzes stellt für von Diskriminierung betroffene Personen eine Verfahrenserleichterung dar, denn die Gerichte sind bei dieser Ausgangslage nicht an die Sachverhaltsdarstellung und Beweisanträge der Parteien gebunden, sondern müssen den Sachverhalt von Amtes wegen feststellen. Während sich bei den Gerichten kein eindeutiges Bild abzeichnet, unterstützen eine klare Mehrheit der Anwältinnen und Anwälte und die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter von Beratungsstellen diese Auffassung.

Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass sich im Bereich des Diskriminierungsschutzes der Untersuchungsgrundsatz heute als Regel durchgesetzt hat, davon aber wichtige Ausnahmen vor allem im Bereich des BehiG und den Regeln des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes als Auffangnormen für den privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz bestehen. Insbesondere für das BehiG ist nicht ersichtlich, welche Gründe diese Sonderbehandlung rechtfertigen.

In Europa hat sich kein einheitlicher Standard zum Thema Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz herausgebildet,¹⁹⁸ was seinen Grund wohl in den in diesem Punkt stark unterschiedlichen prozessrechtlichen Konzepten des angelsächsischen und kontinentaleuropäischen Verfahrenstraditionen hat.

Bei der Analyse der Rechtsprechung gab es in den wenigen zur Thematik Kündigung aufgrund des Zivilstandes, der familiären Situation und aufgrund von Schwangerschaft oder Mutterschaft sowie zu Kündigungen während der Sperrfrist von Art. 336c Abs. 1 lit. c OR zur Auswertung eingereichten Fälle (siehe oben, Ziff. II.2.3.3) keine Hinweise zum Thema Untersuchungsgrundsatz.

Auch zur Frage, ob der Untersuchungsgrundsatz in der Rechtsprechung zum GIG korrekt angewendet wird, können aufgrund der eingegangenen Fällen keine Aussagen gemacht werden, da es bei den wenigen eingegangenen Entscheiden keine Hinweise auf dieses Thema gegeben hat.¹⁹⁹ Deshalb kann keine Aussage darüber gemacht werden, ob in diesem Bereich (grössere) Probleme bestehen. Da gerade im Zivilverfahren in der Regel zumeist der Verhandlungsgrundsatz zur Anwendung gelangt, wäre es jedoch interessant und sinnvoll, im Rahmen einer möglichst flächendeckenden Untersuchung zu überprüfen, inwiefern bei der Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes Probleme und Wissenslücken bestehen. Je nach Ergebnis einer derartigen Untersuchung könnte es zweckmässig sein, in diesem Bereich Weiterbildungs- und/oder Sensibilisierungsmassnahmen einzuleiten.

5. Beweislasterleichterung

Normen zur Beweislast legen fest, wer den Nachteil zu tragen hat, wenn eine behauptete Tatsache nicht bewiesen werden kann. Die Regeln zur Beweisführungslast bestimmen dagegen, wer

¹⁹⁸ Siehe Tabelle IA.1 in Annex IA der EU Studie (ohne Seitenzahl).

¹⁹⁹ Aus diesem Grund ist ein Vergleich mit den Resultaten der Evaluation des GIG, wo eine ungenügende Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes festgestellt worden war, leider nicht möglich.

in welchem Ausmass Beweis führen muss. Während beim Untersuchungsgrundsatz das Gericht den Sachverhalt zu erstellen hat, muss beim Verhandlungsgrundsatz jene Partei den Beweis erbringen, welche die Existenz einer Tatsache behauptet. Je stärker Beweislast und Beweisführungslast bei den Diskriminierungsoffern liegen, desto mehr können sich entsprechende Regeln als Hindernis für den Zugang zur Justiz erweisen.

5.1. Zivilprozessrecht

5.1.1. Grundsätzliche Regelung der Beweislastverteilung

Im schweizerischen Zivilprozessrecht – und damit mangels anderslautender spezialgesetzlicher Bestimmungen namentlich auch im Bereich Arbeits- und Mietrecht sowie im Anwendungsbereich des Behindertengleichstellungsgesetzes – gilt als allgemeine Regel, dass derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, der aus ihr Rechte ableitet (Art. 8 ZGB). Für die *Beweisführungslast* bedeutet dies, dass in jenen Verfahren, in denen der Verhandlungsgrundsatz gilt, das Diskriminierungsopfer die Beweise beizubringen hat; demgegenüber hat das Gericht gemäss Art. 153 ZPO den Sachverhalt zu erstellen, wo der Untersuchungsgrundsatz greift.²⁰⁰

Bezüglich der *Beweislast* gilt gemäss Art. 8 ZGB, dass diese das Diskriminierungsopfer trifft, es sei denn, eine Umkehr der Beweislast sei spezialgesetzlich vorgesehen.

5.1.2. Gleichstellungsgesetz

Art. 6 GIG bestimmt, dass in den Bereichen Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung eine Diskriminierung vermutet wird, wenn diese von der betroffenen Person *glaubhaft* gemacht wird.²⁰¹ Das GIG ist damit das einzige Gesetz im Diskriminierungsbereich, das eine erleichterte Beweislastverteilung vorsieht. Gemäss Bundesgericht bedeutet Glaubhaftmachen, „dass der Richter nicht von der Richtigkeit der aufgestellten tatsächlichen Behauptungen überzeugt zu werden braucht, sondern dass es genügt, ihm auf Grund objektiver Anhaltspunkte (...) den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit für das Vorhandensein der in Frage kommenden Tatsachen zu vermitteln, ohne dass er dabei den Vorbehalt preisgeben müsse, dass die Verhältnisse sich auch anders gestalten könnten“.²⁰² Falls die Glaubhaftmachung gelingt, obliegt es der Arbeitgeberin oder dem Arbeitgeber zu beweisen, dass keine Diskriminierung erfolgt ist, bzw. dass die unterschiedliche Behandlung durch sachliche Gründe gerechtfertigt gewesen ist.²⁰³

Im Rahmen der *Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes* wurden beim Vollzug der Beweislastverteilung namentlich folgende Mängel festgestellt: Zu hohe Anforderungen an die Glaubhaftmachung (namentlich durch die erstinstanzlichen Gerichte), kein zweistufiges Beweis-

²⁰⁰ Siehe oben Ziff. II. 4.1 zur Frage, wo im Zivilrecht in diskriminierungsrelevanten Bereichen der Verhandlungs- und der Untersuchungsgrundsatz gelten. Zu den Beweisregeln Art. 150 ff. ZPO.

²⁰¹ Bei Diskriminierungen bei sexuellen Belästigungen (Art. 4 GIG) oder bei Diskriminierungen bei der Anstellung (Art. 8 GIG) gilt jedoch die allgemeine Beweislastverteilung gemäss Art. 8 ZGB. In diesen Bereichen genügt jedoch eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit, d.h. dass reine Indizienbeweise zulässig sind. Siehe dazu Teilstudie 2, Kap. IV.4.5.

²⁰² 130 III 321 E. 3.3; 132 III 715, E. 3.

²⁰³ Hausammann, S. 14 f.

verfahren (Differenzierung zwischen Glaubhaftmachung und Rechtfertigung/Entlastung) und häufige Verneinung einer Diskriminierung aufgrund klarerweise unzulässiger Rechtfertigungsgründe.²⁰⁴ Insgesamt wird das Instrument der Beweislasteileichterung zwar als nützlich bewertet, der Nachweis von Diskriminierungen im Einzelfall wird aber dennoch als Hauptschwierigkeit beurteilt. Die Evaluation fordert zudem die Ausdehnung der Beweislasteileichterung auf die Anstellungsdiskriminierung.²⁰⁵

5.2. Verwaltungs- und Strafprozessrecht

In der *Verwaltungsrechtspflege* gilt wie im Zivilprozessrecht die vom Bundesgericht als allgemeiner Rechtsgrundsatz qualifizierte Beweislastregel von Art. 8 ZGB. Danach hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet, wo das Gesetz es nicht anders bestimmt.²⁰⁶ Wegen dem Untersuchungsgrundsatz liegt die Beweisführung zwar nicht beim Diskriminierungsopfer, es hat aber die Beweislast zu tragen. Eine Beweislasteileichterung ist in diesem Bereich grundsätzlich nicht vorgesehen.²⁰⁷ Im *Strafprozessrecht* muss bei der adhäsionsweisen Geltendmachung von Zivilansprüchen durch als Privatkläger konstituierte Diskriminierungsopfer gemäss Art. 313 Abs. 1 StPO „die Staatsanwaltschaft (...) die zur Beurteilung der Zivilklage erforderlichen Beweise, erheben sofern das Verfahren dadurch nicht wesentlich erweitert oder verzögert wird“. Die Zivilansprüche sind somit „beweismässig von Amtes wegen abzuklären“.²⁰⁸

5.3. Ergebnisse der Befragungen

5.3.1. Persönliche Interviews

Im *Bereich Geschlechterdiskriminierung* waren die Befragten der Ansicht, dass Diskriminierungen trotz Beweislasteileichterung schwierig zu beweisen sei. Ob die Beweislasteileichterung auf die Bereiche sexuelle Belästigung und Anstellungsdiskriminierung ausgeweitet werden solle, war umstritten, wobei sich die Befragten in der Tendenz dagegen ausgesprochen haben.²⁰⁹

Die Befragung der Expertinnen und Experten in den Bereichen Gender, LGBTI und Behinderung hat ergeben, dass *Ungewissheit der Erfolgsaussichten und die Angst vor einem negativen Urteil*, die vor allem in der schwierigen Beweisbarkeit der in Frage stehenden Diskriminierung begründet liegt, einer der Gründe für die Einschränkung beim Zugang zur Justiz darstellt.²¹⁰

Im *Bereich Behinderung* betonten viele Fachpersonen die ausgeprägte Komplexität der juristischen Materie im BehiG. Es sei schwierig, den Sachverhalt zu beweisen und die Rechtslage zu bestimmen. Sie forderten die Einführung des Untersuchungsgrundsatzes, der Unentgeltlichkeit

²⁰⁴ Teilstudie 2, Kap. IV.5.4.2.

²⁰⁵ Ibid.

²⁰⁶ Kölz/Häner/Bertschi, N. 115.

²⁰⁷ Siehe Teilstudie 1, Kap. III.3.3.2.

²⁰⁸ Landshut, N. 2 zu Art. 313 StPO.

²⁰⁹ Siehe Teilstudie 5, Kap. II.1.1.2.

²¹⁰ Weitere Gründe sind namentlich die Exponiertheit, die Fremdbestimmung durch den Richterspruch, das finanzielle Risiko, die Länge des Verfahrens sowie die Angst vor Stellenverlust. Siehe Teilstudie 5, Kap. II.1.1.1.

des Verfahrens kombiniert mit der Einführung einer Beweislast erleichterung im BehiG, wobei die Wirkung der letzterwähnten Punkte unter den Fachpersonen umstritten war.²¹¹

Im Bereich Rassismus gaben die Befragten Expertinnen und Experten an, dass in der Rechtsberatung namentlich das Fehlen von Zeuginnen und Zeugen oder anderen Beweismitteln häufig dazu führe, dass der Rechtsweg kaum in Betracht komme. Die Beweislage stelle in Diskriminierungsfragen oft ein Kernproblem dar, das den Zugang zur Justiz behindere.²¹² Dies wird durch die Online-Befragung der Beratungsstellen bestätigt, in der Beweisprobleme als wichtigster Hinderungsgrund für ein gerichtliches Vorgehen genannt werden. Die Befragten sind schliesslich der Ansicht, dass die zu Ungunsten der Diskriminierungsopfer ausgestaltete Beweislastverteilung im Zivilrecht ein wesentlicher Hinderungsgrund für den Zugang zur Justiz sei. Sie plädieren deshalb für eine Umverteilung der Beweislast zugunsten der von Diskriminierung betroffenen Personen.²¹³

5.3.2. Anwaltschaft

Im Rahmen der Online-Befragung wurde den befragten Anwältinnen und Anwälten die Frage unterbreitet, ob ihrer Ansicht nach von Diskriminierung betroffene Personen durch Beweisprobleme davon abgehalten bzw. darin eingeschränkt werden, ihre Rechte durchzusetzen. Rund 85% der Befragten beantworteten diese Frage mit ja oder ja eher, was der höchsten Zustimmung aller in dieser Frage aufgeführten Faktoren entspricht.²¹⁴ Der befragten Anwaltschaft wurde überdies die Frage unterbreitet, ob die Einführung von themenübergreifenden Beweislast erleichterungen (z.B. Glaubhaftmachung) ihrer Einschätzung nach den Zugang zur Justiz für von Diskriminierung betroffene Personen erleichtern würde. Rund 80% der Befragten beantworteten auch diese Frage mit ja oder eher ja.

5.3.3. Gerichte

Im Rahmen der Gerichtsumfrage wurde die Frage gestellt, ob nach Einschätzung der Gerichte und Schlichtungsstellen mit der Einführung von themenübergreifenden Beweislast erleichterungen (z.B. Glaubhaftmachung) mehr Diskriminierungsfälle vor Gericht gebracht würden. Für rund 55% der Befragten trifft dies voll und ganz oder eher zu.²¹⁵ Im Zusammenhang mit dem Behindertengleichstellungsgesetz wurde weiter erfragt, ob das Recht auf Begründung einer Nichtanstellung nach Art. 14 BehiV wesentlich dazu beiträgt, vor Gericht leichter beweisen zu können, dass die Nichtanstellung aufgrund einer Behinderung erfolgt ist. Für die Mehrheit der Personen, die sich zu dieser Frage äussern, trifft dies voll und ganz oder eher zu.²¹⁶

²¹¹ Ibid., Ziff. IV.1.

²¹² Dabei könne in Fällen direkter Diskriminierung das Motiv der diskriminierenden Person oft nur unterstellt, aber nicht bewiesen werden. Siehe Teilstudie 7, Kap. III.2.

²¹³ Ibid.

²¹⁴ Angst vor Arbeitsplatzverlust (rund 83% Zustimmung) und vor zu hohen Verfahrens und/oder Parteikosten (rund 75% Zustimmung) waren die nächsthäufigst genannten Faktoren. Siehe Online-Befragung Teilstudie 10, S. 16.

²¹⁵ Siehe Teilstudie 9, S. 10.

²¹⁶ Ibid., S. 14.

5.4. Schlussfolgerungen

Die Frage der Beweislastverteilung ist zweifelsohne eine der zentralsten Fragen im Zusammenhang mit dem Zugang zur Justiz von durch Diskriminierung betroffene Personen. Dies wird durch die Online-Befragung der Anwaltschaft, aber auch durch die Gerichtsumfrage klar belegt: Beide Befragtenkreise sind der Ansicht, dass die Einführung einer themenübergreifenden Beweislasteileichterung den Zugang zur Justiz vereinfachen würde bzw. dass damit mehr Fälle vor Gericht gebracht würden. Die Beweislastumkehr ist auch gemäss der EU-Studie „eine wesentliche Erlungenschaft in der Unterstützung von Opfern von Diskriminierung [und] das entscheidende Merkmal, das Diskriminierungsfälle von anderen unterscheidet“.²¹⁷ Sie hat sich in Europa über das Arbeitsleben hinaus in den meisten Diskriminierungsbereichen weitgehend durchgesetzt.²¹⁸ Im Zusammenhang mit dem von der Schweiz ratifizierten ILO-Übereinkommen betreffend Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf,²¹⁹ welches weitgefaste Diskriminierungsgründe erfasst, fordert der Sachverständigenausschuss denn auch, der nationale Gesetzgeber solle „die Beweislastregeln so auszugestalte[n], dass der (vermutliche) Verursacher der Diskriminierung beweispflichtig ist.“²²⁰ In der Schweiz ist dies im Erwerbsbereich im GIG, also bei Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, mit der Einführung einer Beweislasteileichterung sinngemäss umgesetzt worden, nicht jedoch in anderen Rechtsgebieten. Die Schweiz hinkt hier hinter der europäischen Entwicklung her.

Die im Bereich *rassistische Diskriminierung* durchgeführten persönlichen Befragungen haben ergeben, dass Verstösse im Bereich des zivilrechtlichen Arbeits- und Mietrechts im Rahmen der heute geltenden Beweislastverteilung praktisch nicht zu beweisen sind und ein zentrales Hindernis zum Zugang zur Justiz darstellen. In einem Fall betreffend die Kündigung von drei Angestellten mit dunkler Hautfarbe mit der Begründung, dass in anderen Filialen, in denen schwarze Mitarbeiter gearbeitet hätten, gestohlen worden sei, hat die kantonale Appellationsinstanz etwa festgehalten, es sei extrem schwierig zu beweisen, dass eine Kündigung im konkreten Fall missbräuchlich gewesen sei.²²¹ In der Literatur wurde deshalb bereits gefordert, dass in solchen Situationen Indizienbeweise ausreichen sollten.²²² Ob dies ausreichen würde, muss aufgrund der Ergebnisse der vorliegenden Studie bezweifelt werden. Eine Beweislasteileichterung müsste indes nach Meinung der Befragten so ausgestaltet werden, dass es nicht zu „Verdachtsstrafen“ kommt. Dies setzt angemessene Informations- und Sensibilisierungsmassnahmen im Beratungsbereich und die Schulung der juristischen Fachpersonen bei der Umsetzung dieser Norm voraus.

Im *Anwendungsbereich des GIG*, in dem bereits eine Beweislasteileichterung gilt, konnte im Rahmen der vorliegenden Studie nicht überprüft werden, ob die bei der Evaluation des GIG festgestellten Umsetzungsprobleme bei der Beweislasteileichterung – insbesondere bei den erstinstanzlichen Gerichten – nach wie vor bestehen. In den ausgewerteten Entscheiden betreffend Kündigung wegen Schwangerschaft in der Probezeit und nach Wiederaufnahme der Arbeit nach dem Mutterschaftsurlaub wurde die Beweislastregel gemäss Art. 6 GIG korrekt angewendet. Allerdings besteht nach Meinung der Befragten nach wie vor ein Bedarf für angemessene Sensibi-

²¹⁷ Siehe EU-Studie, S. vi.

²¹⁸ EU-Studie, S. 23.

²¹⁹ Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf vom 25.06.1958 (SR 0.822.721.1).

²²⁰ Siehe Pärli [Vertragsfreiheit], S. 103 f., zitiert in Teilstudie 1, Kap. II.1.8.3.

²²¹ „Genfer Diskriminierungsfall“, Urteil des Bundesgerichts vom 11.11.1993, siehe dazu Teilstudie 6, Kap. II.2.3.7 und III.2.9 sowie Teilstudie 8, Kap. III.3.3.2.E.

²²² So etwa Reh binder, zitiert in Teilstudie 6, Kap. III.2.5.

lisierungs- und Informationsmassnahmen der juristischen Fachpersonen und Beratungsstellen, dass die Beweislast erleichterung korrekt umgesetzt wird. Ob die Beweislast erleichterung auch auf Fälle von sexueller Belästigung und Anstellungsdiskriminierung ausgeweitet werden soll, war schliesslich unter den befragten Fachpersonen umstritten. Die diesbezüglichen im Rahmen dieser Studie erhobenen Informationen erlauben keine abschliessende Beurteilung.

Im *Anwendungsbereich des BehiG* war unter den Fachpersonen umstritten, ob die Einführung einer Beweislast erleichterung im BehiG tatsächlich zielführend wäre. Diese Frage sollte die zuständigen Behörden aufgrund der Ergebnisse der laufenden Evaluation des BehiG unter Berücksichtigung der Ergebnisse der vorliegenden Studie näher prüfen und gegebenenfalls entsprechende Massnahmen ergreifen.

Im *Verwaltungs- und im Strafprozessrecht* konnte kein Handlungsbedarf betreffend die Beweislastverteilung festgestellt werden

6. Kosten und unentgeltliche Rechtspflege

Die zu erwartenden Prozesskosten und Schwierigkeiten, unentgeltliche Rechtspflege zugesprochen zu erhalten, können ein wesentliches Hindernis für die Beschreitung des Rechtswegs darstellen.

6.1. Zivilverfahren

Gemäss Art. 113 ZPO werden für *Schlichtungsverfahren* keine *Gerichtskosten* gesprochen.²²³ Dies betrifft namentlich Streitigkeiten gemäss GIG und BehiG, aus Miete und Pacht sowie bei arbeitsrechtlichen Streitwerten bis CHF 30'000.²²⁴ Dasselbe trifft mit Ausnahme von Miet- und Pachtangelegenheiten grundsätzlich auch für Streitigkeiten in Entscheidungsverfahren zu.²²⁵

Bei den Kosten der Prozessvertretung werden im Schlichtungsverfahren grundsätzlich keine Parteientschädigungen erhoben (Art. 113 Abs. 1 ZPO).²²⁶ Ansonsten kommen mangels spezialgesetzlicher Bestimmungen im Arbeits- und Mietrecht sowie im GIG und im BehiG die allgemeinen Regeln der ZPO zur Anwendung. Danach 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, sog. Unterliegerprinzip). Gemäss Art. 105 Abs. 2 ZPO werden die Parteientschädigungen vom Gericht nach Tarifen zugesprochen. Letztere werden durch die Kantone festgesetzt (Art. 96 ZPO).

Gemäss Art. 107 Abs. 1 ZPO kann das Gericht in folgenden Fällen von den Grundsätzen der Verteilung der Kosten gemäss dem Ausgang des Verfahrens abweichen und die Prozesskosten²²⁷ nach Ermessen verteilen: Wenn die Klage zwar grundsätzlich, aber nicht in der Höhe der Forderung gutgeheissen wurde und diese Höhe vom gerichtlichen Ermessen abhängig oder die Bezifferung des Anspruchs schwierig war (lit. a), wenn die Partei in guten Treuen zur Prozessfüh-

²²³ Zum Begriff der Gerichtskosten siehe Art. 95 Abs. 2 ZPO.

²²⁴ Art. 113 Abs. 2 lit. a, b, c und d ZPO.

²²⁵ Art. 114 lit. a, b und c ZPO.

²²⁶ Eine solche ist jedoch dann zu entrichten, wenn eine unentgeltliche Rechtsberaterin oder ein unentgeltlicher Rechtsberater beigezogen wird, allerdings nicht durch die Gegenpartei, sondern durch den Kanton (Art. 113 Abs. 1 ZPO, zweiter Satz).

²²⁷ D.h. die Gerichtskosten und die Parteientschädigung, siehe Art. 95 Abs. 1 ZPO.

rung veranlasst war (lit. b), in familienrechtlichen Angelegenheiten (lit. c), in Verfahren bei eingetragener Partnerschaft (lit. d), wenn das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben wird und das Gesetz nichts anderes vorsieht (lit. e) oder wenn andere besondere Umstände vorliegen, die eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen (lit. f). Gemäss Abs. 2 kann das Gericht schliesslich Gerichtskosten, die weder eine Partei noch Dritte veranlasst haben, aus Billigkeitsgründen dem Kanton auferlegen. *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).

6.2. Verwaltungsbeschwerdeverfahren

Im Verwaltungsbeschwerdeverfahren werden die *Verfahrenskosten* in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Unterliegerprinzip). Bei teilweisem Unterliegen werden die Verfahrenskosten ermässigt.²²⁸ Gemäss Art. 63 Abs. 4^{bis} 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 100-5000 Franken (lit. a) und in den übrigen Streitigkeiten 100-50'000 Franken (lit. b).

Bei der Auferlegung der Prozesskosten gilt wie bei den Verfahrenskosten grundsätzlich das Unterlieger- bzw. das Erfolgsprinzip: 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.

Die unentgeltliche Rechtspflege ist in Art. 65 VwVG geregelt und bestimmt, dass eine Partei von der Bezahlung der Verfahrenskosten befreit wird, sofern ihr Begehren nicht aussichtslos erscheint. Die Befreiung von der Bezahlung der Verfahrenskosten beinhaltet auch die Befreiung von der Kostenvorschusspflicht. Schliesslich bestimmt Art. 65 Abs. 2 VwVG, dass einer Partei ein Anwalt bestellt werden kann, 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).

6.3. Strafverfahren

6.3.1. Verfahrenskosten

Im Strafverfahren gilt bei der Verteilung der Verfahrenskosten das Verschuldensprinzip, d.h. die beschuldigte Person trägt die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird (Art. 426 Abs. 1 StPO).²²⁹

Wenn sich eine von Diskriminierung betroffene Person im Strafverfahren als Privatkläger konstituiert, d.h. ausdrücklich erklärt, sich am Strafverfahren als Straf- oder Zivilklägerin oder -kläger zu beteiligen (Art. 118 Abs. 1 StPO), trägt diese(r) ebenfalls ein Kostenrisiko für die durch ihre An-

²²⁸ Ausnahmsweise können sie sogar erlassen werden (Art. 63 Abs. 1 VwVG, dritter Satz).

²²⁹ 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.

träge zum Zivilpunkt verursachten Kosten, wenn das Verfahren eingestellt oder die beschuldigte Person freigesprochen oder die Zivilklage abgewiesen oder auf den Zivilweg verwiesen wird (Art. 427 Abs. 1 StPO). Wer sich nur im Strafpunkt als Privatklägerschaft konstituiert hat, kann bei Antragsdelikten u.U. ebenfalls kostenpflichtig werden (Art. 427 Abs. 2 StPO).

6.3.2. Kosten der Prozessvertretung und unentgeltliche Rechtspflege

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 StPO²³⁰ kostenpflichtig ist.²³¹ Mit anderen Worten gilt auch hier das Erfolgsprinzip. 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.²³²

Gemäss Art. 136 Abs. 1 StPO gewährt die Verfahrensleitung der Privatklägerschaft für die Durchsetzung ihrer Zivilansprüche – nicht aber bei ausschliesslicher Beteiligung im Strafpunkt – 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).²³³

6.4. Rechtspraxis

Im Rahmen der Analyse der Rechtsprechung wurde die Höhe der Verfahrens- und Parteikosten verschiedener Fallkategorien analysiert und berechnet²³⁴. Diese Analyse hat die folgenden Resultate ergeben, welche allerdings nur geringe Aussagekraft haben, da die Kosten massgeblich vom Streitwert abhängig sind und dieser in den eingereichten Urteilen nicht immer eruiert werden konnte.²³⁵

²³⁰ Gemäss Art. 426 Abs. 2 StPO können im Falle der Einstellung des Verfahrens oder bei einem Freispruch der beschuldigten Person derselben die Verfahrenskosten ganz oder teilweise auferlegt werden, wenn sie rechtswidrig und schuldhaft die Einleitung des Verfahrens bewirkt oder dessen Durchführung erschwert hat.

²³¹ Dabei muss die Entschädigungsforderung der Privatklägerschaft gemäss Art. 433 Abs. 2 StPO bei der Strafbehörde beantragt, beziffert und belegt werden. Ansonsten tritt die Strafbehörde auf den Antrag nicht ein.

²³² Obsiegen meint dabei die Abweisung der zunächst vom Gericht als spruchreif betrachteten Zivilklage. Weitere Kostenfolgen sind in Art. 432 Abs. 2 StPO geregelt (Kostenfolgen bei mutwilliger oder grob fahrlässiger Einleitung/Erschwerung der Durchführung des Verfahrens).

²³³ 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 (lit. c), umfasst.

²³⁴ Bei der Berechnung der durchschnittlichen Höhe der Verfahrens- und Parteikosten wurden bei über mehrere Instanzen beurteilten Fällen die jeweiligen Kennzahlen für jedes Verfahrensstadium separat in die Berechnung miteinbezogen. Die Angaben zu den Verfahrens- und Parteikosten konnten bei den Fällen zu rassistischen Diskriminierungen nicht ausgewertet werden, da die eingereichten Fälle keine auswertbaren Angaben zu den Kosten der Privatkläger enthalten haben.

²³⁵ Wie bereits oben erwähnt (Ziff. III.6.1) setzen die Kantone die Tarife für die Prozesskosten fest (Art. 96 ZPO), wobei die Berechnung der Kosten vom Streitwert abhängig ist. Siehe dazu beispielhaft die entsprechenden Bestimmungen im Kanton Bern: Die Berechnung der Gerichtskosten ist im Dekret vom 24.03.2010 betreffend die Verfahrenskosten und die Verwaltungsgebühren der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (Verfahrenskostendekret, VKD; BSG 161.12) und die Berechnung der Parteikosten in der Verordnung vom 17.05.2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811) geregelt.

6.4.1. Diskriminierung aufgrund des Zivilstandes, der familiären Situation und infolge Schwangerschaft oder Mutterschaft (Art. 3 Abs. 1 GIG)

	<i>Maximal pro Fall</i>	<i>Minimal pro Fall</i>	<i>Mittelwert</i>	<i>Median</i>
Verfahrenskosten ²³⁶ (erhoben in 10 Fällen)	CHF 6'500.-	CHF 500.-	CHF 2'392.-	CHF 1'600.-
Parteikosten ²³⁷ (erhoben in 10 Fällen)	CHF 8'174.-	CHF 2'000.-	CHF 4'366.-	CHF 2'793.-

Tabelle 7: Verfahrens- und Parteikosten Fälle Zivilstand/familiäre Situation/Schwangerschaft

6.4.2. Diskriminierung infolge Behinderung²³⁸

	<i>Maximal pro Fall</i>	<i>Minimal pro Fall</i>	<i>Mittelwert</i>	<i>Median</i>
Verfahrenskosten ²³⁹ (erhoben in 31 Fällen)	CHF 20'986.-	CHF 400.-	CHF 3'039.-	CHF 2'060.-
Parteikosten ²⁴⁰ (erhoben in 19 Fällen)	CHF 22'279.-	CHF 500.-	CHF 5'070.-	CHF 3'240.-

Tabelle 8: Verfahrens- und Parteikosten Fälle Diskriminierung infolge Behinderung

Bei der Analyse der Rechtsprechung der Kategorie Behinderung ist ein interessanter Fall zum Thema Verfahrenskosten und Kostenvorschuss für einen Gebärdensprachdolmetscher eingegangen: Das Gericht hat in dieser familienrechtlichen Angelegenheit gestützt auf Art. 3 lit. e und Art. 2 Abs. 4 BehiG entscheiden, dass die Vorinstanz dem Beschwerdeführer für die Einsetzung eines Gebärdensprachdolmetschers keine zusätzlichen Kosten hätte auferlegen dürfen.²⁴¹

²³⁶ In dieser Kategorie lagen zu 24 Fällen Angaben über Verfahrenskosten vor. Dabei wurden in 14 Fällen (58% der Fälle) keine Verfahrenskosten und in 10 Fällen (42% der Fälle) Verfahrenskosten erhoben.

²³⁷ In dieser Kategorie lagen zu 21 Fällen Angaben zu den Parteikosten vor. Davon wurden die Kosten in zwei Fällen wettgeschlagen. In den übrigen Verfahren wurden 9 Mal keine Parteikosten erhoben. Dort wo Parteikosten erhoben worden sind, lassen sich die erwähnten Angaben aus den Fällen ablesen.

²³⁸ Zur streitwertabhängigen Berechnung der Verfahrens- und Parteikosten siehe oben, Ziff. III.6.4.1.

²³⁹ In dieser Kategorie lagen zu 66 Fällen Angaben vor. Dabei wurden in 35 Fällen (53% der Fälle) keine Verfahrenskosten erhoben und in 31 Fällen (47% der Fälle) Verfahrenskosten erhoben.

²⁴⁰ Informationen über die Parteikosten sind bei 55 Fällen ersichtlich. Davon wurden die Kosten in je zwei Fällen wettgeschlagen und im Hauptverfahren liquidiert. In den übrigen Verfahren wurden 32 Mal keine Parteikosten erhoben, womit 19 Fälle vorliegen, in denen die Höhe der Parteikosten erhoben werden konnte.

²⁴¹ Zur Begründung führte das Gericht aus, dass die Einsetzung eines Gebärdensprachdolmetschers im Prozess bezweckt, „den Hörbehinderten das für ihn nicht Hörbare „hörbar“ zu machen“. Die damit einhergehenden Kosten seien deshalb zu den Infrastrukturkosten und nicht zu den Prozesskosten zu zählen (Entscheidung der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 26.11.2013, ZK 13 551, E. IV. 6.

6.5. Ergebnisse der Befragungen

6.5.1. Persönliche Interviews

Diskriminierung aufgrund der Rasse: Gemäss den in diesem Bereich befragten Expertinnen und Experten trägt die für Opfer rassistischer Diskriminierung ungünstige materielle Rechtslage zu einem relativ hohen Prozesskostenrisiko bei. Ein verlorener Prozess kann sehr hohe Kosten verursachen, welche die häufig wenig wohlhabenden Betroffenen kaum tragen könnten. Insofern stellt das finanzielle Risiko einen wichtigen Hinderungsgrund im Zugang zum gerichtlichen Verfahren dar. Eine kompetente und erschwingliche Prozessvertretung würde die Hürde zum Verfahren sicherlich senken.

Im Rahmen der Online-Befragung bei den Beratungsstellen wurde diesen die Frage unterbreitet, ob zu hohe Verfahrens- und Parteikosten und die Unsicherheit über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ihrer Ansicht nach von Diskriminierungen betroffene Personen davon abhält bzw. darin einschränkt, ihre Rechte durchzusetzen. Von zehn möglichen Faktoren wurden die Verfahrens- und Parteikosten an dritter Stelle (Zustimmung ja oder eher ja von rund 80%) und die unentgeltliche Rechtspflege an siebter Stelle (Zustimmung ja oder eher ja von rund 60%) der verschiedenen Faktoren genannt.

6.5.2. Anwaltschaft

Im Rahmen der Online-Befragung wurde den befragten Anwältinnen und Anwälten die Frage unterbreitet, ob zu hohe Verfahrens- und Parteikosten und die Unsicherheit über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ihrer Ansicht nach von Diskriminierungen betroffene Personen davon abhält bzw. darin einschränkt, ihre Rechte durchzusetzen. Von zehn möglichen Faktoren wurden die Verfahrens- und Parteikosten an dritter Stelle (Zustimmung ja oder eher ja von rund 75%) und die unentgeltliche Rechtspflege an siebter Stelle (Zustimmung ja oder eher ja von rund 55%) der verschiedenen Faktoren genannt.

6.5.3. Gerichte

Im Rahmen der Gerichtsumfrage wurde den Befragten die Frage unterbreitet, ob die von Diskriminierung betroffenen Personen ihre Rechte nicht geltend machen, weil sie die mit einem Gerichtsverfahren verbundenen Verfahrens- und Parteikosten fürchten. Rund 55% der Befragten gaben an, dass dies voll und ganz oder eher zutrifft. Bei derselben Frage betreffend die Anwendung der Bestimmungen über die unentgeltliche Prozessführung gaben rund 10% der Befragten an, dass dies voll und ganz oder eher zutrifft.

6.6. Schlussfolgerungen

Die Ausgestaltung und die Höhe *der Verfahrens- und Parteikosten* stellen für von Diskriminierung Betroffene nicht nur hypothetisch, sondern auch faktisch wesentliche Hinderungsgründe dar, um ihre Rechte geltend zu machen. Dies geht klar aus den Befragungen der Anwaltschaft und der Gerichte hervor. Die EU-Studie sieht in den Kosten ebenfalls ein wichtiges Hindernis. Einen etwas weniger ausgeprägten Hinderungsgrund stellt die *Frage der unentgeltlichen Rechtspflege* und dessen Anwendung in der Praxis dar – für rund 50-60% der Beratungsstellen und der Anwaltschaft war dies im Hinblick auf den Zugang zur Justiz problematisch.

Im Zivilprozessrecht werden im Schlichtungs- und Entscheidverfahren in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten sowie in Streitigkeiten gemäss GIG und BehiG grundsätzlich *keine Verfahrenskosten* erhoben, was aus Sicht des Diskriminierungsschutzes zu begrüssen ist. In mietrechtlichen Angelegenheiten ist nur beim Schlichtungs-, nicht aber beim Entscheidverfahren eine Befreiung von den Verfahrenskosten vorgesehen. Die derzeitige Regelung erscheint im Hinblick auf den Zugang zur Justiz in mietrechtlichen Diskriminierungsfällen nicht als sachgerecht.

In Schlichtungsverfahren werden grundsätzlich *keine Parteientschädigungen* gesprochen, in Entscheidverfahren werden diese der unterliegenden Partei auferlegt. Das Unterliegerprinzip bringt für von Diskriminierung betroffene Personen ein erhebliches finanzielles Risiko mit sich, insbesondere in Rechtsgebieten, wo die Erfolgchancen – z.B. weil es kaum Fälle und (damit) keine gesicherte Rechtsprechung gibt – schwer einzuschätzen sind. Dieses auch in fast allen Staaten der EU geltende „loser pays principle“ wird in der EU-Studie als problematisch beurteilt. Andererseits kann diese Regel in Fällen mit guten Erfolgsaussichten für Diskriminierungsopfer auch einen Anreiz darstellen, ein Verfahren einzuleiten. Gemäss der EU-Studie hat eine nicht anwaltlich vertretene Person zudem geringere Chancen, vor Gericht eine angemessene Wiedergutmachung zugesprochen zu erhalten. Hohe Kosten im Zusammenhang mit der Prozessvertretung führen weiter dazu, dass von Diskriminierung betroffene Personen Verfahren schneller beilegen, eine geringere Schadenersatzsumme annehmen und erstinstanzliche Urteile nur zurückhaltend anfechten.²⁴² Diese Erkenntnisse der EU-Studie dürften auch auf die hiezulande geltenden Rechtsvorschriften und deren Umsetzung anwendbar sein. Die Ausgestaltung der Voraussetzungen zum Genuss der unentgeltlichen Prozessführung und die bei Gewährung derselben damit verbundene Entbindung von der Leistung von Vorschüssen für Verfahrenskosten scheinen auch im internationalen Vergleich üblich zu sein.²⁴³

Im Verwaltungsprozessrecht kann das sowohl bei den Verfahrens- als auch den Prozesskosten geltende Unterliegerprinzip aus den bereits bei den Bemerkungen zum Zivilprozessrecht genannten Gründen problematisch sein. Aus Sicht des Diskriminierungsschutzes ist hier positiv hervorzuheben, dass bei der Bemessung der Verfahrenskosten u.a. auf die finanzielle Lage der Parteien berücksichtigt wird.

Im Strafprozessrecht sind die meisten prozessualen Regeln der Schweizerischen Strafprozessordnung soweit ersichtlich, mit den im Rahmen der EU-Studie erarbeiteten Standards²⁴⁴ 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 (Art. 427 Abs. 1 lit. a StPO) und die Kosten der Prozessvertretung werden grundsätzlich im Falle des Obsiegens entschädigt oder sind im Fall des Unterliegens der Privatklägerschaft zu übernehmen, und zwar auch allfällige Kosten der Prozessvertretung der Gegenpartei (Art. 432 Abs. 1 StPO). Bei unsicherem Ausgang des Verfahrens stellt dies also für die Privatklägerschaft ein erhebliches finanzielles Risiko dar. Diese Einschätzung wird durch die persönlichen Interviews von Beratungsstellen im Bereich rassistischer Diskriminierung bestätigt.

²⁴² EU-Studie, S. vii.

²⁴³ Gemäss der EU-Studie ist problematisch, dass nur ein kleiner Teil der Bevölkerung von der Prozesskostenhilfe profitiert, und dass sie für aussergerichtliche Verfahren i.d.R. nicht zur Verfügung steht.

²⁴⁴ EU-Studie S. vii.

Die Analyse der Verfahrens- und Parteikosten hat ergeben, dass die Verfahrenskosten in den analysierten Fällen zu Diskriminierung aufgrund des Zivilstandes, der familiären Situation und infolge Schwangerschaft oder Mutterschaft im Durchschnitt rund CHF 2'400.- und zu Diskriminierungen aufgrund einer Behinderung im Durchschnitt rund CHF 3'000.- betragen. Bei den Parteikosten sind es in der ersten Fallkategorie rund CHF 4'400.-, in der zweiten Kategorie rund CHF 5'100.-²⁴⁵. Auch wenn diese Werte massgeblich durch den Streitwert beeinflusst sind, erscheinen sie insgesamt doch als relativ hoch und können zusammen mit anderen Gründen wie Beweisproblemen Diskriminierungsopfer davon abhalten, den Rechtsweg zu beschreiten.

7. Frist zur Anhebung von Verfahren

7.1. Zivilrecht und Zivilprozessrecht

Im Zivilrecht gibt es verschiedene Fristen, innerhalb derer ein Verfahren einzuleiten ist: Im *Arbeitsrecht* muss gemäss Art. 336b OR 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. Diese Frist kann mitunter kurz sein, beträgt doch etwa die Kündigungsfrist in Arbeitsverhältnissen im ersten Dienstjahr ohne gegenteilige Vereinbarung z.B. lediglich einen Monat (Art. 335c Abs. 1 OR). Im *Mietrecht* bestimmt Art. 273 Abs. 1 OR in ähnlicher Weise wie im Arbeitsrecht, dass im Falle der Geltendmachung einer missbräuchlichen Kündigung innert 30 Tagen nach Empfang derselben, bei der Schlichtungsbehörde ein Begehren einzureichen ist.

Auch im *Gleichstellungsgesetz* sind verschiedene Fristen vorgesehen:²⁴⁶ Der *Anspruch auf Entschädigung wegen diskriminierender Ablehnung der Anstellung* (im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GIG) muss innert drei Monaten, nachdem die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber die Ablehnung der Anstellung mitgeteilt hat, geltend gemacht werden (Art. 8 Abs. 2 GIG). Im Fall einer *diskriminierenden Kündigung* muss der oder die Arbeitnehmende bis zum Ende der Kündigungsfrist eine schriftliche Einsprache beim Arbeitgeber einreichen (Art. 9 GIG i.V.m. Art. 336b OR). Können sich die Parteien danach nicht über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses einigen, hat der oder die Arbeitnehmende nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses den Anspruch innert 180 Tagen mit einer Klage anhängig zu machen, ansonsten ist er verwirkt (Art. 9 GIG i.V.m. Art. 336b Abs. 2 OR). Schliesslich muss eine Kündigung eines Arbeitsverhältnisses, die als Reaktion auf eine innerbetriebliche Beschwerde über eine Diskriminierung oder auf die Anrufung der Schlichtungsstelle oder des Gerichts durch die Arbeitnehmerin oder den Arbeitnehmer folgt (*sog. Rache Kündigung*) beim Gericht vor Ende der Kündigungsfrist angefochten werden (Art. 10 Abs. 1 und 3 GIG).²⁴⁷

Die Fristen sind sowohl in arbeits- und mietrechtlichen Streitigkeiten als auch in Streitigkeiten nach GIG mit der Anrufung der Schlichtungsstelle gewahrt. Falls im Schlichtungsverfahren keine Einigung erzielt und die Klagebewilligung erteilt wird, muss innerhalb von drei Monaten nach deren Eröffnung beim Gericht Klage eingereicht werden (Art. 209 Abs. 1 und 3 ZPO). In Streitigkei-

²⁴⁵ Bei der Berechnung der Parteikosten liegen Ausreisser nach oben vor, deshalb fällt der Median mit CHF 2'800.- bzw. CHF 3240.- tiefer aus, als der Mittelwert. Auch wenn diese Werte auf einer geringen Fallzahl basieren, können sie doch als aussagekräftig angenommen werden.

²⁴⁶ Siehe dazu Teilstudie 2, Kap. IV.4.8.

²⁴⁷ Dabei gilt der Kündigungsschutz gemäss Art. 10 Abs. 2 GIG für die Dauer eines innerbetrieblichen Beschwerdeverfahrens, eines Schlichtungs- oder eines Gerichtsverfahrens sowie sechs Monate darüber hinaus.

ten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen beträgt die Klagefrist 30 Tage (Art. 209 Abs. 4 ZPO).

7.2. Verwaltungs- und Strafprozessrecht

Im *Verwaltungsprozessrecht* ist im Zusammenhang mit der vorliegenden Thematik Art. 50 VwVG von Interesse, wonach eine Beschwerde innerhalb von 30 Tagen nach der Eröffnung der Verfügung einzureichen ist. Diese Frist ist auch im kantonalen Recht weit verbreitet. Im *Strafprozessrecht* ist bei sog. Antragsdelikten, d.h. bei Taten, die nur auf Antrag strafbar sind (Art. 30 Abs. 1 StGB), die dreimonatige Frist zur Geltendmachung des Antragsrechts zu beachten (Art. 31 Abs. 1 StGB).²⁴⁸

7.3. Verjährungsfristen als Fristen zur Anhebung von Verfahren

Die Geltendmachung eines Anspruchs kann dadurch verhindert werden, dass von der Gegenpartei bei verjährten Ansprüchen die Verjährungseinrede geltend gemacht wird, die der Durchsetzung der aus dem jeweiligen Anspruch abgeleiteten Leistungen dann entgegensteht. Die Verjährungsfristen sind im Schweizer Recht differenziert geregelt. Im Kontext des Diskriminierungsschutzes und der vorliegenden Studie von Interesse sind:

Im *Zivilrecht* beträgt die ordentliche Verjährungsfrist gemäss Art. 127 OR 10 Jahre. Im Miet- und Pachtrecht beträgt diese dagegen gemäss Art. 128 Ziff. 1 OR nur 5 Jahre. Für Ansprüche aus Delikt (Art. 41 OR) sowie solche aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 f. OR) gilt gemäss Art. 60 Abs. 1 OR bzw. Art. 67 Abs. 1 OR eine doppelte Verjährungsfrist: Einerseits eine einjährige Frist seit Kenntnis des Gläubigers (relative Verjährungsfrist) und andererseits eine zehnjährige Frist, die mit der schädigenden Handlung bzw. mit der Entstehung des Bereicherungsanspruchs zu laufen beginnt (absolute Verjährungsfrist).²⁴⁹

Im *Strafrecht* beträgt die Verjährungsfrist bei Verstössen gegen die Rassismusstrafnorm (Art. 261^{bis} StGB) 10 Jahre.²⁵⁰ Bei schwerer Körperverletzung (Art. 122 StGB) und weiblicher Genitalverstümmelung (Art. 124 StGB) (anwendbar bei Eingriffen in die körperliche Integrität von Intersex-Menschen) beträgt die Verjährungsfrist 15 Jahre.²⁵¹ Bei Ehrverletzungsdelikten (Art. 173 ff. StGB) beträgt die Verjährungsfrist 4 Jahre (Art. 178 Abs. 1 StGB). Da es sich dabei um Antragsdelikte handelt, ist zudem die dreimonatige Antragsfrist gemäss Art. 31 Abs. 1 StGB zu beachten.

²⁴⁸ Die Frist beginnt mit dem Tag, an welchem der antragsberechtigten Person der Täter bekannt wird (Art. 31 Abs. 1 StGB, zweiter Satz).

²⁴⁹ Siehe Teilstudie 6, Kap. III.2.8. Derzeit ist eine Verlängerung der Verjährungsfristen im Haftpflichtrecht geplant, siehe dazu die entsprechende Dokumentation auf der Webseite des BJ, abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/verjaehrungsfristen.html> (besucht am 03.07.2015).

²⁵⁰ Die Verjährungsfrist ist gekoppelt an die Strafandrohung, die im Falle von Art. 261^{bis} StGB gemäss Abs. 6 dieser Norm maximal 3 Jahre Freiheitsstrafe beträgt. Die Verjährungsfrist ergibt sich somit aus Art. 261^{bis} Abs. 6 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 lit. c StGB.

²⁵¹ Siehe Art. 97 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 122 und 124 StGB.

7.4. Ergebnisse der Befragungen

7.4.1. Persönliche Interviews

Laut der Befragung besteht bei „Intersex“-Menschen ein Handlungsbedarf betreffend die Frage, welche Verjährungsfristen bei unrechtmässig vorgenommenen Operationen gelten.²⁵²

7.4.2. Anwaltschaft

Im Rahmen der Online-Befragung wurde den befragten Anwältinnen und Anwälten die Frage unterbreitet, ob die Nichteinhaltung der Fristen zur Anhebung eines Verfahrens ihrer Ansicht nach von Diskriminierungen betroffene Personen davon abhält bzw. darin einschränkt, ihre Rechte durchzusetzen. Bloss 25% der Befragten waren der Ansicht, dass dies voll oder eher zutrifft.

7.4.3. Gerichte

Im Rahmen der Gerichtsumfrage wurde den Gerichten und Schlichtungsstellen die Frage unterbreitet, ob die von Diskriminierung betroffenen Personen ihre Rechte nicht geltend machen, weil sie die Fristen zur Anhebung eines Verfahrens nicht einhalten können. Nur rund 3% der Befragten gaben an, dass dies voll und ganz oder eher zutrifft. Rund 65% gaben dagegen an, dass dies eher oder überhaupt nicht zutrifft.

7.5. Schlussfolgerungen

Gemäss der EU-Studie sollten die Fristen zur Anhebung von Verfahren nicht ungünstiger sein als die Fristen zur Einleitung ähnlicher Verfahren in anderen Bereichen. Darüber hinaus dürfen „sie die tatsächliche Ausübung der Rechte nicht unmöglich werden lassen“. Kurze Fristen können problematisch sein, insbesondere darum, weil von Diskriminierung betroffene Personen zunächst Zeit benötigen, „um sich über [eine] Diskriminierung bewusst zu werden und juristische Schritte einzuleiten“.²⁵³

Im Allgemeinen werfen die schweizerischen Verfahrensfristen keine Probleme auf. Von Fachleuten und in der Literatur²⁵⁴ kritisiert wird allerdings die einmonatige Frist zur Einsprache gegen eine missbräuchliche Kündigung im Arbeitsrecht (Art. 336b i.V.m. Art. 335c Abs. 1 OR) und die 30-tägige Frist im Mietrecht (Art. 273 Abs. 1 OR). Betroffene scheinen diese Fristen oft nicht zu kennen, wenden sich erst nach einigem Zögern an Beratungsstellen und brauchen Bedenkzeit für den Entscheid, den Rechtsweg zu beschreiten. Die Festlegung dieser Fristen steht allerdings in einem Spannungsfeld zwischen der individuellen Gefühlslage und dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit.

Betreffend *Verjährungsfristen* gilt es festzuhalten, dass die Regeln an sich für alle Diskriminierungskonstellationen an sich klar sind, angesichts der unterschiedlichen Regeln von einer rechtsunkundigen, von Diskriminierung betroffenen Person aber nicht ohne weiteres erwartet werden

²⁵² Siehe Teilstudie 5, Kap. III.3.1.2. Rechtlich besteht keine Unklarheit, da die normalen Regeln über Verjährungsfristen auch hier Anwendung finden.

²⁵³ EU-Studie, S. vii.

²⁵⁴ Pärli [Kündigung], S. 40 f.

kann, die für sie relevanten Fristen zu kennen. Umso wichtiger ist es, dass Beratungsstellen und Anwaltschaft dafür angemessen sensibilisiert und geschult sind.

8. Verfahrensdauer

8.1. Grundsätzliche Bemerkungen

In der Schweiz gibt es keine klaren Bestimmungen bezüglich der Frage, wie lange ein Gerichtsverfahren dauern soll oder darf. Gewisse Leitlinien lassen sich jedoch aus dem in Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK festgehaltenen *Beschleunigungsgebot* ableiten. Danach hat jede Person in einem Verfahren vor Gerichts- oder Verwaltungsinstanzen Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist.²⁵⁵ Was angemessen ist, hängt vom einzelnen Fall ab und ist „anhand der Natur und des Umfangs der Sache sowie der Gesamtheit der übrigen Umstände“ zu bestimmen. Dabei sind laut dem EGMR „besonders die Komplexität des Falles und dessen Bedeutung für die Betroffenen sowie das Verhalten der Behörden und der beschwerdeführenden Partei“ massgebend²⁵⁶.

8.2. Rechtspraxis²⁵⁷

8.2.1. Gleichstellungsgesetz

Im Rahmen der *Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes* wurde für Verfahren vor Schlichtungsstellen eine durchschnittliche Dauer von 4.8 Monaten ermittelt. Zudem waren im gesamtschweizerischen Durchschnitt innert drei Monaten die Hälfte aller Schlichtungsverfahren abgeschlossen. Auf Gerichtsebene betrug die durchschnittliche Verfahrensdauer 15 Monate, wobei die Hälfte aller Gerichtsentscheide innert 7.3 Monaten gefällt wurde.²⁵⁸

Im Rahmen der *Analyse der Rechtsprechung* wurde die Verfahrensdauer verschiedener Fallkategorien analysiert und berechnet. Unter Verfahrensdauer wird dabei die Zeitspanne verstanden, die vom Eingang eines Schlichtungsgesuchs oder einer anderen Rechtsschrift (Beschwerde oder Klage) bis zum Abschluss eines Vergleichs bzw. zum Ergehen eines Entscheides in der jeweiligen Instanz (Schlichtungsverfahren oder Verfahren vor einer Gerichtsbehörde) vergangen ist. Analysiert wurden Diskriminierungen aufgrund des Zivilstandes, der familiären Situation und infolge Schwangerschaft oder Mutterschaft (Art. 3 Abs. 1 GIG)²⁵⁹, wobei in dieser Kategorie in 23 Fällen Angaben für die Berechnung der Verfahrensdauer vorlagen.

²⁵⁵ Siehe Kölz/Häner/Bertschi, N. 253. Für zivilrechtliche Streitigkeiten und Strafverfahren leitet sich der Schutz zudem aus Art. 6 Ziff. EMRK und für Strafverfahren aus Art. 14 Ziff. 3 lit. c UNO-Zivilpakt ab, siehe Steinmann, St. Galler Kommentar zu Art. 29 BV, N. 22. Das Beschleunigungsgebot ist etwa auch in Art. 5 StPO festgehalten, gemäss dessen Abs. 1 die Strafbehörden die Strafverfahren unverzüglich an die Hand nehmen und sie ohne unbegründete Verzögerung zum Abschluss bringen.

²⁵⁶ Namentlich folgt aus dem Beschleunigungsgebot „eine Pflicht des Gesetzgebers, die Behörden und Gerichte in persönlicher und sachlicher Hinsicht mit genügend Mitteln auszustatten, so dass auch eine vorübergehende Überlastung aufgefangen werden kann“. Siehe Kölz/Häner/Bertschi, N. 254.

²⁵⁷ Bei der Berechnung der durchschnittlichen Verfahrensdauer wurden bei über mehrere Instanzen beurteilten Fällen die jeweiligen Kennzahlen für jedes Verfahrensstadium separat in die Berechnung miteinbezogen.

²⁵⁸ Dabei haben sich vor allem die Lohnverfahren teilweise sehr lange hingezogen – das Maximum lag bei über sieben Jahren. Siehe Teilstudie 2, Kap. IV.5.4.5.

²⁵⁹ Siehe Teilstudie 8, Kap. III.3.2.1.

Die folgende Tabelle fasst die Resultate zusammen:

	<i>Maximal</i>	<i>Minimal</i>	<i>Mittelwert</i>	<i>Median</i>
Verfahrensdauer Schlichtung (Angaben in 2 Fällen)	3 Monate,	1 Monat, 3 Wochen	2 Monate, 2 Wochen	2 Monate, 2 Wochen
Verfahrensdauer Gerichtsverfahren (Angaben in 21 Fällen)	47 Monate, 3 Wochen	1 Monat, 2 Wochen	9 Monate, 1 Woche	7 Monate, 2 Wochen

Tabelle 9: Verfahrensdauer Fälle Zivilstand/familiäre Situation/Schwangerschaft

Bei den beiden Schlichtungsverfahren ist die mittlere Verfahrensdauer mit 2 Monaten und 2 Wochen erwartungsgemäss niedriger als bei den Gerichtsverfahren.

Im Vergleich zu der Dauer der Verfahren bei der Evaluation des GIG sind bei den Gerichtsverfahren zumindest in Bezug auf die Hälfte der Entscheide der Verfahren nur geringe Unterschiede auszumachen (Evaluation GIG 7,3 Monate, Studie rund 9 ¼ Monate).²⁶⁰

8.2.2. Fälle betreffend Menschen mit Behinderung²⁶¹

Informationen über die *Verfahrensdauer* lagen in dieser Kategorie in 61 Fällen vor.

	<i>Maximal</i>	<i>Minimal</i>	<i>Mittelwert</i>	<i>Median</i>
Verfahrensdauer (Angaben in 61 Fällen)	67 Monate, 2 Wochen	1 Monat	8 Monate	5 Monate, 3 Wochen

Tabelle 10: Verfahrensdauer Fälle betreffend Menschen mit Behinderung

8.2.3. Privatrecht Allgemein²⁶²

Die Gerichte lieferten Informationen zu sechs allgemeinen privatrechtlichen Verfahren in Fällen von Diskriminierungen. Rechtsgrundlagen dafür sind das Arbeitsrecht (allgemein), OR (missbräuchliche Kündigung) sowie unbestimmte Rechtsbegriffe/Generalklauseln des Privatrechts. Die Verfahrensdauer ist nur bei zwei dieser Verfahren ersichtlich und lag bei 24 Monaten und 3 Wochen bzw. bei 2 Monaten und einer Woche.

²⁶⁰ Da die Schlichtungsstellen nur zwei Entscheide eingereicht haben, bei denen Angaben zur Verfahrensdauer vorliegen, erscheint hier ein Vergleich mit den Werten der Evaluation des GIG aufgrund der knappen Datenmenge nicht sachgerecht.

²⁶¹ Siehe Teilstudie 8, Kap. III.3.2.2.

²⁶² Siehe Teilstudie 8, Kap. III.3.2.3.

8.2.4. Rassendiskriminierung²⁶³

	<i>Maximal</i>	<i>Minimal</i>	<i>Mittelwert</i>	<i>Median</i>
Verfahrensdauer (Angaben in 60 Fällen)	50 Monate, 1 Woche	1 Monat	11 Monate, 2 Wochen	10 Monate, 1 Woche

Tabelle 11: Verfahrensdauer Fälle Diskriminierung aufgrund der Rasse

8.3. Ergebnis der Befragungen

8.3.1. Persönliche Interviews

Die Befragung der im Bereich Rassismus tätigen Expertinnen und Experten hat ergeben, dass von rassistischer Diskriminierung betroffene Personen in der Beratung nicht nur über die Rechts- und Beweislage und eventuelle finanzielle Folgen, sondern auch über allgemeine Schwierigkeiten des Verfahrens, wie z.B. seine möglicherweise sehr lange Dauer, aufgeklärt werden.²⁶⁴

8.3.2. Anwaltschaft

Im Rahmen der Online-Befragung wurde den befragten Anwältinnen und Anwälten die Frage unterbreitet, ob eine mutmasslich zu lange Verfahrensdauer ihrer Ansicht von Diskriminierungen betroffene Personen davon abhält bzw. darin einschränkt, ihre Rechte durchzusetzen. Mit 57% der Befragten waren über die Hälfte der Ansicht, dass dies voll oder eher zutrifft.

8.3.3. Gerichte

Im Rahmen der Gerichtsumfrage wurde den Befragten die Frage unterbreitet, ob die von Diskriminierung betroffenen Personen ihre Rechte nicht geltend machen, weil die Verfahrensdauer solcher Prozesse oft sehr lange ist. Ein Viertel der Befragten gab an, dass dies voll und ganz oder eher zutrifft.

8.4. Schlussfolgerungen

Die Analyse der Rechtsprechung hat nicht offenbart, dass die Verfahrensdauer in den untersuchten Diskriminierungsfällen übermässig ist, im Gegenteil: in den Kategorien *Diskriminierung aufgrund des Zivilstands, der familiären Situation und infolge Schwangerschaft oder Mutterschaft* sowie *Behinderung* betrug die durchschnittliche Verfahrensdauer 8 Monate. In der Kategorie *„Privatrecht Allgemein“* betrug sie rund 13 Monate²⁶⁵ und in der Kategorie *Rassismus* rund 11 Monate.

²⁶³ Bei den ausgewerteten Fällen wurden neben strafbaren Handlungen gemäss Art. 261^{bis} StGB auch andere Tatbestände wie etwa Körperverletzung, Beschimpfung etc. beurteilt.

²⁶⁴ Siehe Teilstudie 7, Kap. III.3.

²⁶⁵ Hier lagen allerdings nur Angaben zu zwei Fällen vor, weshalb dieser Wert nicht sehr aussagekräftig ist.

Im europäischen Vergleich schneidet die Schweiz gut ab, da lange Verfahrensdauern in vielen EU Mitgliedstaaten ein wichtiges Hindernis für den Zugang zur Justiz darstellen.²⁶⁶ Trotzdem kann eine an sich nicht überlange Verfahrensdauer von durchschnittlich 8 Monaten etwa in einem Verfahren betreffend die schulische Integration eines behinderten Kindes für die Betroffenen höchst problematisch sein, da das Schuljahr nach dieser Zeit schon fast verstrichen ist.

Aufgrund der relativ bescheidenen Anzahl analysierter Fälle²⁶⁷ sind diese Ergebnisse jedoch mit Vorsicht zu geniessen und dürfen keinesfalls überinterpretiert werden. Die Befragung der im Rassismusbereich tätigen Expertinnen und Experten sowie die Online-Befragung der Anwaltschaft hat gezeigt, dass die Angst vor langen Verfahren durchaus ein ernstzunehmender Faktor ist, der von Diskriminierung betroffene Personen – zusammen mit anderen Faktoren – vom Zugang zur Justiz abhalten kann. Klare empirische Belege dafür, dass die Verfahren in der Schweiz zu lang sind, hat die Studie jedoch nicht zu Tage gebracht.

9. Wirksame, verhältnismässige und generalpräventive Rechtsbehelfe (Sanktionen)

9.1. Zivilrecht

Im *Arbeitsrecht* ist im Falle einer missbräuchlichen Kündigung eine Entschädigung von maximal sechs Monatslöhnen geschuldet (Art. 336a Abs. 1 und 2 OR).²⁶⁸

Im *Gleichstellungsgesetz* gibt es verschiedene Bestimmungen betreffend Sanktionen: Gemäss Art. 5 Abs. 4 GIG 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* beträgt die Entschädigung maximal sechs Monatslöhne.²⁶⁹ Sowohl die Lehre wie auch das Bundesgericht beurteilen die im GIG vorgesehenen Entschädigungen als zu gering und in ihrer Wirkung als wenig abschreckend, zumal in der Praxis die Gerichte kaum die maximalen sechs Monatslöhne zusprechen.²⁷⁰ Das finanzielle Risiko ist für die Arbeitgeberseite sodann vor allem bei wenig qualifizierten Arbeitnehmerinnen mit kleinen Löhnen oder Teilzeitarbeitenden klein.²⁷¹

Laut *Behindertengleichstellungsgesetz* kann *bei staatlichen Dienstleistungen* bei Benachteiligungen durch ein konzessioniertes Unternehmen oder das Gemeinwesen im Sinne von Art. 2 Abs. 4 BehiG beim Gericht oder der Verwaltungsbehörde verlangt werden, dass der Anbieter der Dienst-

²⁶⁶ EU-Studie, S. 27 ff.

²⁶⁷ Insbesondere im Hinblick auf die Analysezeitspanne von 10 Jahren.

²⁶⁸ Siehe Teilstudie 1, Kap. III.3.2.1. Derzeit ist eine Teilrevision des Obligationenrechts im geplant, anlässlich welcher u.a. die Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung angepasst werden sollen, siehe dazu die Informationen auf der Webseite des BJ, abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/whistleblowing.html> (besucht am 21.07.2015).

²⁶⁹ Siehe zur Festsetzung der Entschädigung den jeweils letzten Satz von Art. 5 Abs. 2 bzw. Abs. 3 GIG. Siehe Teilstudie 2, Kap. IV.4.9.

²⁷⁰ Siehe Riemer-Kafka/Ueberschlag, S. 160 f. und 177, N. 45, Pärli [Kündigung], S. 41 sowie BGE 131 II 361, E. 4. Die Evaluation des GIG hat sich zu den im GIG vorgesehenen Sanktionen und der Praxis dazu nicht geäußert. Siehe dazu die entsprechenden Ausführungen in Teilstudie 2, Kap. IV.5.4.6.

²⁷¹ So auch Riemer-Kafka/Ueberschlag, S. 177 f., N. 46.

leistung die Benachteiligung beseitigt oder unterlässt (Art. 8 Abs. 1 BehiG).²⁷² Bei durch Private erbrachten Dienstleistungen (im Sinne von Art. 6 BehiG) kann bei Diskriminierungen bei einem Gericht eine Entschädigung beantragt werden (Art. 8 Abs. 3 BehiG). Das Gericht trägt bei der Festsetzung der Entschädigung nach Art. 8 Abs. 3 BehiG den Umständen, der Schwere der Diskriminierung und dem Wert der Dienstleistung Rechnung. Die Entschädigung beträgt höchstens CHF 5'000 (Art. 11 Abs. 2 BehiG).²⁷³ Bei durch ein Gemeinwesen angebotenen Aus- und Weiterbildungen im Sinne von Art. 5 Abs. 2 BehiG kann bei Benachteiligungen beim Gericht oder bei der Verwaltungsbehörde verlangt werden, dass das Gemeinwesen die Benachteiligung beseitigt oder unterlässt (Art. 8 Abs. 2 BehiG). Werden Aus- und Weiterbildungen von Privaten öffentlich angeboten, kann bei Diskriminierungen lediglich eine Entschädigung gefordert werden (Art. 8 Abs. 3 i.V.m. Art. 6 BehiG). Die Möglichkeit, eine positive Leistung, d.h. den Zugang zum betreffenden Ausbildungsangebot bzw. eine Anpassung des Angebots zu erhalten, ergibt sich jedoch aus Art. 8 Abs. 3 BehiG nicht.²⁷⁴ Darüber hinaus stehen den Benachteiligten im Falle des Neubaus oder der Erneuerung einer Baute oder Anlage die Unterlassung der Benachteiligung bei der Erstellung der Baute und u.U. deren nachträgliche Beseitigung (Art. 7 BehiG) zur Verfügung.²⁷⁵

9.2. Verwaltungs- und Strafrecht

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.²⁷⁶ Im *Bundespersonalrecht* ist bei Kündigungen bzw. im Rahmen der Weiterbeschäftigung der angestellten Person im Falle der Gutheissung einer Beschwerde eine Entschädigung vorgesehen, die einen Jahreslohn nicht übersteigen darf und aufgrund des Monatslohnes bemessen wird (siehe Art. 34b Abs. 2 und 34c Abs. 2 BPG).²⁷⁷

Im *Strafrecht* sind in der Schweiz vorgesehene Sanktionen die Geldstrafe, gemeinnützige Arbeit und die Freiheitsstrafe (Art. 34 ff. StGB).²⁷⁸ Bei der Rassismustrafnorm ist als Sanktionsrahmen eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder eine Geldbusse vorgesehen.²⁷⁹ Im Rahmen der

²⁷² Ansprüche gegen konzessionierte Unternehmen, welche zwar privatrechtlich handeln, sich aber in einem bundesrechtlich monopolisierten Bereich (wie z.B. Art. 87 BV Eisenbahnen (Art. 87 BV) und weitere Verkehrsträger Post- und Fernmeldewesen (Art. 92 BV)) befinden, werden als Gemeinwesen und nicht als private Dienstleister behandelt. Siehe dazu und zur Problematik der in diesem Kontext vorgesehenen Sanktionen die Ausführungen in Teilstudie 4, Kap. II.3.2.2.

²⁷³ Siehe Teilstudie 4, Kap. II.2.1. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gibt es überdies unter bestimmten, klar definierten Voraussetzungen bei privaten Dienstleistungen gestützt auf das Verbot sittenwidrigen Verhaltens eine Kontrahierungspflicht. Faktisch wird dies wohl jedoch lediglich im Bereich der Versicherungsverträge und im Rahmen von Aus- und Weiterbildungen der Fall sein, in den Bereichen Wohnen, Arbeit und Freizeit jedoch mangels Erfüllung der Voraussetzungen kaum. Ansonsten steht es einem Dienstleistungsbetrieb frei zu entscheiden, welche Personen er als Kundinnen oder Kunden akzeptiert, das BehiG sowie die allgemeinen privatrechtlichen Regeln statuieren in solchen Fällen keinen Kontrahierungszwang. Siehe BGE 129 III 35 und die diesbezüglichen Erläuterungen in Teilstudie 4, Kap. II.3.3.1 sowie in Teilstudie 8, Kap. III.3.3.2.

²⁷⁴ Siehe Teilstudie 4, Kap. III.3.2.2.

²⁷⁵ Siehe zur Beschwerdebefugnis von Behindertenorganisationen und den diesbezüglichen Sanktionsmöglichkeiten Art. 9 BehiG sowie die entsprechenden Ausführungen in Teilstudie 4, Kap. III.1.1.2 und 2.1.2.

²⁷⁶ Siehe Teilstudie 1, Kap. III.3.3.2.

²⁷⁷ Siehe Teilstudie 1, Kap. III.3.3.3.

²⁷⁸ Weitere Sanktionsmöglichkeiten sind zudem therapeutische Massnahmen und die Verwahrung, siehe Art. 56 ff. StGB).

²⁷⁹ Siehe Teilstudie 1, Kap. III.3.4.11.

Analyse verschiedener Entscheide zur Rassismustrafnorm, die allerdings oftmals noch Verurteilungen aufgrund weiterer Straftaten beinhaltet haben, konnte festgestellt werden, dass die Bandbreite der Sanktionen sehr gross ist. Bei den erstinstanzlichen Gerichten gingen die Sanktionen etwa von einer Busse von CHF 300 bis zu Gefängnisstrafen.²⁸⁰ Auf Bundesgerichtsebene betragen die Bussen in den analysierten Entscheiden von CHF 1000.- bis 18'000.- und eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von dreieinhalb Jahren.²⁸¹

9.3. Rechtspraxis²⁸²

Im Rahmen der Analyse der Rechtsprechung wurden bei der Fallkategorie Kündigungen aufgrund des Zivilstandes, der familiären Situation oder infolge Schwangerschaft oder Mutterschaft in jenen Fällen, wo diesbezügliche Angaben verfügbar waren, die Höhe der Entschädigungen analysiert.²⁸³ Dabei wurde in 16 der insgesamt 29 Verfahren Schadenersatz gefordert und zugesprochen. Zur Höhe des Schadenersatzes lassen sich folgende Werte darstellen:

	<i>Maximal</i>	<i>Minimal</i>	<i>Mittelwert</i>	<i>Median</i>
Schadenersatz (Angaben in 17 Fällen)	CHF 42'628.- (an zwei Klägerinnen)	CHF 733.-	CHF 15'064.-	CHF 11'577.-

Tabelle 12: Schadenersatz Fälle Zivilstand/familiäre Situation/Schwangerschaft

Darüber hinaus konnten sich die Parteien in einem Fall auf einen Vergleich einigen, wobei die von Diskriminierung betroffene Person CHF 7'500.- erhalten hat.²⁸⁴

9.4. Ergebnisse der Befragungen

9.4.1. Persönliche Interviews

Gemäss den im Bereich *Geschlechterdiskriminierung* befragten Expertinnen und Experten werden die im Rahmen des GIG gesprochenen Entschädigungssummen von den Betroffenen teilweise als viel zu niedrig empfunden und stehen in keinem Verhältnis zu dem, was sie erlebt haben.²⁸⁵

Die im Bereich *Rassismus* befragten Expertinnen und Experten geben an, dass die Beratenen oft auf die unbefriedigende Ausgestaltung der Sanktionen hinweisen. Anstatt der Verhängung von

²⁸⁰ Siehe dazu Teilstudie 6, Kap. II.2.4.1.

²⁸¹ Ibid.

²⁸² Bei der Berechnung der durchschnittlichen Höhe der Entschädigungen wurden bei über mehrere Instanzen beurteilten Fällen die jeweiligen Kennzahlen für jedes Verfahrensstadium separat in die Berechnung miteinbezogen.

²⁸³ Dabei geht es nicht um die Analyse des Schadens im Sinne des Ausgleichs eines eigentlichen, materiell tatsächlich entstandenen Schadens. Vielmehr wurden Entschädigungen für rechtswidriges Verhalten erfasst, d.h. solche, die vom Bundesgericht als „sui generis“ bezeichnet werden, und denen sowohl eine Straf- als auch eine Präventions- und Wiedergutmachungsfunktion zukommt. Siehe Kaufmann/Steiger-Sackmann, N. 25 f. zu Art. 5 GIG.

²⁸⁴ Siehe Teilstudie 8, Kap. III.3.2.1.

²⁸⁵ Siehe Teilstudie 5, Kap. II.1.1.

Bussgeldern würden sich die Betroffenen eine wirkliche Wiedergutmachung, sprich die Aufhebung der negativen Konsequenzen des diskriminierenden Verhaltens, wünschen.²⁸⁶ Weiter stellen die vorgesehenen Sanktionen für potenzielle Klägerinnen und Kläger generell nur schwache Anreize dar. Finanzielle Entschädigungen fallen laut Expertinnen und Experten meist relativ gering aus und verfehlten im Allgemeinen das Ziel der Wiedergutmachung. Letztere sei für Personen, die aus diskriminatorischen Gründen benachteiligt wurden, dann gegeben, wenn die Benachteiligung rückgängig gemacht würde, wenn also z.B. eine Arbeitseinstellung erzwungen, ein ungerechtes Gehalt angeglichen oder eine verweigerte Leistung gewährt würde. In gewissen Fällen könne auch eine formelle Entschuldigung als Wiedergutmachung sinnvoll sein.²⁸⁷

9.4.2. Anwaltschaft

Im Rahmen der Online-Befragung wurde den befragten Anwältinnen und Anwälten die Frage unterbreitet, ob ihrer Ansicht nach die nicht angemessenen Sanktionen und/oder Entschädigungen im Erfolgsfall von Diskriminierung betroffene Personen davon abhalten bzw. darin einschränken, ihre Rechte durchzusetzen. Etwas mehr als 60% der Befragten waren der Ansicht, dass dies voll oder eher zutrifft.

9.4.3. Gerichte

Im Rahmen der Gerichtsumfrage wurde den Befragten die Frage unterbreitet, ob die maximale Höhe der Entschädigung von CHF 5'000 nach Art. 11 Abs. 2 BehiG wegen Diskriminierung aufgrund von Art. 6 BehiG der Art und Schwere des Tatbestandes angemessen, tendenziell zu tief oder tendenziell zu hoch sei. Die Umfrage ergab folgende Resultate: Angemessen: 14%, tendenzielle zu tief: 21.7%, tendenziell zu hoch: 2.1%, weiss nicht: 62.2%.

9.5. Schlussfolgerungen

Sanktionen für Diskriminierungen sollen wirksam, verhältnismässig und abschreckend sein.²⁸⁸ Diesbezüglich stellt das *Strafrecht* auf Ebene der Gesetzgebung kein Problem dar, da Rassen- diskriminierung gemäss Art. 261^{bis} StGB mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe sanktioniert werden kann. Allerdings ist aufgrund der vorliegenden Informationen schwierig zu beurteilen, ob die im Rahmen der vorliegenden Studie ausgewerteten Rechtsgrundlagen im konkreten Fall tatsächlich wirksam, verhältnismässig und abschreckend waren. Im *Verwaltungsrecht* können die Sanktionen in der Aufhebung des in Frage stehenden diskriminierenden Verwaltungsaktes oder in der Verhängung von Geldbussen bestehen,²⁸⁹ und insofern den erwähnten Anforderungen entsprechen.

Im *Zivilrecht* kann als Sanktion Schadenersatz für den aus der diskriminierenden Handlung folgenden materiellen oder moralischen Schaden oder Genugtuung zugesprochen werden. Im Bereich des Diskriminierungsschutzes bestehen diesbezüglich gewisse Defizite: Sowohl bei missbräuchlichen Kündigungen im Arbeitsrecht als auch im GIG bestehen Entschädigungsobergren-

²⁸⁶ Siehe Teilstudie 7, Kap. II.4.

²⁸⁷ Ibid., Kap. IV.2.

²⁸⁸ So die Antidiskriminierungsrichtlinien der EU.

²⁸⁹ Siehe Teilstudie 1, Kap. III.3.1.9.

zen und die Bemessung der Entschädigungen erfolgt nach Monatslöhnen. Damit und weil die Gerichte in der Praxis offenbar nur selten Entschädigungen an der Bemessungsobergrenze zusprechen, haben Rechtsverletzungen für Unternehmen nur geringe Folgen, womit die Sanktionen dem Erfordernis wirksamer, verhältnismässiger und generalpräventiver Rechtsbehelfe nicht nachgekommen wird.²⁹⁰ Dasselbe gilt auch für die im BehiG bei Diskriminierungen beim Erbringen von Dienstleistungen durch Private vorgesehene maximale Entschädigung von CHF 5'000.- zu. Hier, aber etwa auch im Bereich rassistischer Diskriminierung, ist überdies problematisch, dass nicht nur die Höhe der Entschädigung, sondern auch die Art der vorgesehenen Sanktion für die von Diskriminierung betroffenen Personen unbefriedigend ist. *Im Anwendungsbereich des BehiG besteht etwa im privaten Bereich keine Verpflichtung zur Verhinderung, Beseitigung oder Verringerung der Beeinträchtigung. Vielmehr kann lediglich eine finanzielle Entschädigung verlangt werden.*²⁹¹ *Bei rassistischen Diskriminierungen* wünschen sich Betroffene statt einer Busse für die Täterin oder den Täter als Sanktion etwa die Beseitigung der Diskriminierung oder eine formelle Entschuldigung.

Die Antidiskriminierungsrichtlinien der EU verlangen, dass Sanktionen, die für die Verletzung der nationalen Umsetzungsregeln vorgesehen sind, wirksam, verhältnismässig und abschreckend sind. Zentral ist in diesem Zusammenhang, dass keine Entschädigungsobergrenzen bestehen, die die Wirksamkeit des Rechtsbehelfes in Frage stellen können. In der Praxis werden allerdings auch in vielen europäischen Ländern Sanktionen verhängt, welche von Fachleuten als ungenügend eingestuft werden.²⁹²

Auch in der Schweiz gibt es Verbesserungsbedarf, denn unwirksame Sanktionen sind in Kombination mit dem Kostenrisiko eines Prozesses, mit der Schwierigkeit des Abschätzens der Prozesschancen und der mit einem Prozess verbundenen emotionalen Belastung ein bedeutsames Hindernis für den Zugang zur Justiz.

10. Übersicht Prozessualer Diskriminierungsschutz

In den nachfolgenden Tabellen sind die untersuchten Verfahrensgegenstände geordnet nach den Bereichen Zivil-, Verwaltungs- und Strafprozessrecht dargestellt:

²⁹⁰ Die Ergebnisse der Analyse der Entschädigungen der Fälle infolge Kündigungen aufgrund des Zivilstandes, der familiären Situation oder infolge Schwangerschaft oder Mutterschaft können aufgrund der geringen Fallzahl nicht als Massstab für die Entschädigungshöhe herangezogen werden.

²⁹¹ Siehe Teilstudie 4, Kap. III.3.2.2.

²⁹² EU-Studie, S. 43 f.

Verfahrensgegenstand	Arbeitsrecht	Mietrecht	GIG	BehiG
Klagebefugnis	Allgemeine Regeln gemäss Art. 59/60 ZPO			
Selbstständiges Klagerecht	Verbandsklage gemäss Art. 89 ZPO		Verbandsklagerecht (Art. 7 GIG / Art. 9 BehiG)	
Verhandlungs-/ Untersuchungsgrundsatz	Bei Miete und Pacht sowie arbeitsrechtlichen Streitigkeiten bis Fr. 30'000.-: abgeschwächter Untersuchungsgrundsatz ²⁹³		Es gilt der abgeschwächte Untersuchungsgrundsatz ²⁹⁴	Verhandlungsgrundsatz ²⁹⁵
Beweislasterleichterung	Keine Beweislasterleichterung (es gilt Art. 8 ZGB)		Glaubhaftmachung genügt (Art. 6 GIG)	Keine Beweislasterleichterung (es gilt Art. 8 ZGB)
Verfahrenskosten	Keine Gerichtskosten ²⁹⁶	keine in Schlichtungsverfahren	Keine Gerichtskosten ²⁹⁷	
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 GIG)	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 GIG)	Diskriminierungen durch Private: Fr. 5'000.- (Art. 8 Abs. 3 BehiG)

Tabelle 13: Übersicht untersuchte Verfahrensgegenstände im Zivilprozessrecht

²⁹³ Art. 247 Abs. 2 lit. b ZPO.

²⁹⁴ Art. 247 Abs. 2 lit. a und Art. 243 Abs. 2 lit. a ZPO.

²⁹⁵ Keine spezialgesetzliche Bestimmung im Sinne von Art. 55 Abs. 2 ZPO. BehiG in Art. 243 und 247 ZPO nicht erwähnt.

²⁹⁶ Art. 113 Abs. 2 lit. d (Schlichtungsverfahren) und Art. 114 lit. c ZPO (Entscheidverfahren).

²⁹⁷ Art. 113 Abs. 2 lit. a und b (Schlichtungsverfahren) und Art. 114 lit. a und b ZPO (Entscheidverfahren).

Verfahrensgegenstand	Verwaltungsprozessrecht
Beschwerdebefugnis	Namentlich Parteifähigkeit (Art. 7 VwVG) und Prozessfähigkeit (Art. 13 ff. ZGB) sowie rechtliches Interesse (Art. 48 Abs. 1 VwVG).
Verbandsbeschwerde	<ul style="list-style-type: none"> - Nach Art. 48 Abs. 1 VwVG: <ul style="list-style-type: none"> ▪ Verbandsbeschwerde in eigenem Namen und zur Wahrung eigener Interessen („normale“ Verbandsbeschwerde); ▪ Verbandsbeschwerde in eigenem Namen und zur Wahrung von Interessen der Mitglieder (egoistische Verbandsbeschwerde).²⁹⁸ - 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); ²⁹⁹ 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 ³⁰⁰ erfüllen Kriterien der EU-Studie nicht (wirksam/generalpräventiv)

Tabelle 14: Übersicht untersuchte Verfahrensgegenstände im Verwaltungsprozessrecht

²⁹⁸ Gemäss der einschlägigen, vom Bundesgericht definierten Voraussetzungen.

²⁹⁹ Finanzielle Lage der Parteien wird jedoch bei der Bemessung der Spruchgebühr berücksichtigt.

³⁰⁰ Art. 34b Abs. 2 BPG und Art. 34c Abs. 2 BPG.

Verfahrensgegenstand	Strafprozessrecht
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 15: Übersicht untersuchte Verfahrensgegenstände im Strafprozessrecht

11. Synthese

Auf der Ebene des geschriebenen Rechts muss die Frage, wieweit verfahrensrechtliche Regelungen Hindernisse für einen wirksamen Diskriminierungsschutz darstellen, differenziert beantwortet werden (siehe den untenstehenden Überblick). Während die Ausgestaltung der *Klage- und Beschwerdebefugnis* für Diskriminierungsopfer, die *Fristen* für die Anhebung von Verfahren und die durchschnittlichen *Verfahrensdauern* höchstens Probleme von untergeordneter Bedeutung schaffen, weisen die im Rahmen dieser Studie erhobenen Informationen darauf hin, dass im Bereich der *Kosten* zwar nicht die gesetzlichen Regeln, aber ihre Anwendung Opfer zusammen mit anderen Faktoren (z.B. Beweisprobleme) unter Umständen davon abhalten können, rechtliche Schritte zu unternehmen, um das Risiko relativ hoher Verfahrenskosten zu vermeiden.

Demgegenüber lassen sich folgende hauptsächliche Lücken oder Probleme feststellen:

- Das *ideelle Verbandsklage und -beschwerderecht* von GIG und BehiG ist ein wichtiges Instrument, um die entsprechenden Diskriminierungsverbote durchsetzen zu können. Ob sich Schwule, Lesben und Bisexuelle bei Diskriminierungen im Arbeitsmarkt darauf berufen können, ist allerdings offen. Schliesslich ist unklar, ob sich Intersex-Menschen auf das Verbandsklage- und -beschwerderecht gemäss GIG berufen können. Im Bereich der Rassendiskriminierungsgesetzgebung fehlt dieses Instrument für Zivil- und Verwaltungsverfahren ganz, ohne dass sich Argumente grundsätzlicher Art dafür finden lassen, warum Rassendiskriminierung in diesem Punkt anders als Diskriminierung aufgrund des Geschlechts oder einer Behinderung behandelt werden sollte. Als problematisch erachtet wird auch das Fehlen von Parteirechten für Verbände in Strafverfahren wegen Rassismus.
- Ebenfalls wichtig für die Erleichterung des Zugangs zur Justiz ist der *Untersuchungsgrundsatz*. Während er im öffentlichen Recht und im Strafrecht umfassend gilt, findet im Bereich des GIG der abgeschwächte „soziale“ Untersuchungsgrundsatz Anwendung. Da offen ist, ob sich Schwule, Lesben und Bisexuelle auf das GIG berufen können oder nicht, können diese wie auch Personen, die wegen einer Behinderung oder wegen Rassismus im Arbeitsleben diskriminiert werden, nur bis zu einem Streitwert von CHF 30'000.- (mit Sicherheit) vom abgeschwächten Untersuchungsgrundsatz profitieren.
- *Beweislasterleichterungen* können angesichts der beim Vorwurf der Diskriminierung regelmässig bestehenden Beweisprobleme einen wesentlichen Beitrag leisten, prozessuale Hindernisse abzubauen. Eine Mehrheit der befragten Fachleute ist deshalb der Meinung, entsprechende Regelungen seien für alle Diskriminierungsbereiche sachgerecht. Allerdings bestehen Beweislasterleichterungen heute nur für das GIG, ohne dass genügend ernsthafte Gründe ersichtlich sind, warum sie nicht auch für die anderen Diskriminierungsbereiche gelten soll.
- Schliesslich erscheinen die Begrenzung der *Sanktionen* bei arbeitsrechtlichen Diskriminierungen wegen des Geschlechts und den anderen in dieser Studie untersuchten Gründe nicht als genügend wirksam, verhältnismässig und abschreckend.

IV. INSTITUTIONEN UND STREITBEILEGUNGSMÖGLICHKEITEN

1. Einleitung

Die Durchsetzung des Diskriminierungsschutzes erfordert zum einen das Bestehen von staatlichen Institutionen, an die sich Betroffene für Beratung und Unterstützung wenden können bzw. die sich auf andere Weise für den Diskriminierungsschutz engagieren (z.B. durch Informations- und Sensibilisierungsarbeit). Zum anderen müssen die entsprechenden gerichtlichen und aussergerichtlichen Verfahren bereitgestellt werden. Nachfolgend wird dargestellt, welche staatlichen Institutionen in der Schweiz im Hinblick auf den Diskriminierungsschutz bestehen und in welchen Bereichen die im Rahmen der Studie befragten Expertinnen und Experten diesbezüglich Handlungsbedarf festgestellt haben. Danach folgt ein kurzer Überblick über die in der Schweiz bestehenden gerichtlichen und aussergerichtlichen Streitbeilegungsmöglichkeiten.

2. Bestehende Institutionen

Die Schweiz verfügt über verschiedene staatliche Institutionen, die Zugang zur Recht schaffen können oder mittelbar einen Beitrag dazu leisten. Die Mandate und die personellen und finanziellen Mittel dieser Institutionen sind allerdings sehr heterogen. In einigen Bereichen, etwa in Bezug auf Diskriminierungen von LGBTI-Personen, gibt es jedoch keine staatlichen oder staatlich finanzierten Institutionen, die sich für den Diskriminierungsschutz dieser Gruppe einsetzen.³⁰¹

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 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

³⁰¹ Siehe dazu die Studie des SKMR „Institutionelle Verankerung von LGBTI-Themen in der Schweiz“ zu dieser Problematik, abrufbar unter <http://www.skmr.ch/de/publikationen/geschlechterpolitik/institutionelle-verankerung-lgbti.html?zur=107> (besucht am 06.07.2015).

schenkt einer wirksamen Prävention besondere Beachtung“.³⁰² 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.³⁰³

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 umfassend mit Anliegen und Beanstandungen von Privaten gegenüber Behörden befasst. Auf *kantonomer 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. Zwar gibt es bspw. im Bereich Rassismusbekämpfung mit der EKR einen nationalen Akteur, der in diesem Feld Rechtsauskünfte gibt, aber keine Einzelfallberatungen macht. Dies vermag das Fehlen einer nationalen, mit einem breiten Mandat ausgestatteten 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.³⁰⁴

3. Ergebnisse der Befragungen

Die im Beratungsbereich tätigen Expertinnen und Experten haben auf institutioneller Ebene in verschiedener Hinsicht Handlungsbedarf zur Verbesserung des Diskriminierungsschutzes in der Schweiz festgestellt, der nun zusammenfassend dargestellt wird.

³⁰² Siehe die Angaben auf der Webseite der EKR, abrufbar unter <http://www.ekr.admin.ch/orgde/d416.html> (besucht am 03.07.2015).

³⁰³ 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).

³⁰⁴ 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).

3.1. Diskriminierung aufgrund des Geschlechts

Die im Beratungsbereich befragten Expertinnen und Experten waren der Ansicht, dass der Trend zur Fusionen von Gleichstellungsbüros gestoppt werden sollte. Betreffend Datenerhebung und statistische Grundlagen wird zudem eine systematische Erfassung der Fälle angeregt, damit der gesamte Rechtsweg erfasst und damit nachvollzogen werden kann, wie ein Fall letztendlich entschieden wird. Zudem wird bemängelt, dass die Gerichte oft unter zeitlichem Druck sind, was einen negativen Einfluss auf die Qualität der Arbeit haben könne.

Das häufige Fehlen von unabhängigen Vertrauenspersonen in Unternehmen wird als problematisch beurteilt. Bei Diskriminierungsfällen seien HR-Verantwortliche oder vorgesetzte Personen oftmals die einzigen Ansprechpersonen für von Diskriminierung betroffene Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.

Unabhängig von den Befragungen ist schliesslich die im Rahmen der Anwendung des Gleichstellungsgesetzes zur Anwendung kommende doppelte paritätische Besetzung der Schlichtungsbehörden gemäss GIG zu erwähnen: Art. 200 Abs. 2 ZPO sieht vor, dass bei der Schlichtungsbehörde gemäss GIG sowohl die Arbeitgeber- als auch die Arbeitnehmerseite sowie zusätzlich auch die Geschlechter gleichermassen vertreten sein müssen. Diese Regelung ist positiv zu beurteilen, trägt sie doch der Tatsache Rechnung, dass die überwiegende Mehrheit der Klagenden weiblichen Geschlechts ist.

3.2. Diskriminierungen von LGBTI-Menschen

Aus der Analyse der rechtlichen Grundlagen in diesem Bereich geht hervor, dass LGBTI-Themen in der Schweiz institutionell nicht verankert sind: Anders als Bspw. für Menschen mit Behinderung oder für Fragen der Gleichstellung von Frau und Mann mangelt es in der Schweiz an staatlichen Stellen, welche mit der Durchsetzung, Sicherstellung und Überwachung der Rechte von LGBTI-Menschen mandatiert sind (siehe dazu auch oben, Ziff. **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**) . Daher fehlt es sowohl an Sensibilisierung und Information als auch an staatlichen Ansprechstellen für LGBTI-Menschen, Eltern, Arbeitgebende, Rechtsberatende und dergleichen. Dies ist der wirksamen Realisierung der bestehenden Schutznormen nicht dienlich. Vielmehr ruht die Last und Verantwortung aktuell auf den Schultern der Zivilgesellschaft.

Im Bereich Homosexualität sehen die befragten Expertinnen und Experten Handlungsbedarf bezüglich spezifischer Beratungs- und Unterstützungsangebote für Jugendliche. Zudem wird die systematische Erfassung von homophoben Gewalttaten in Polizeirapporten gefordert (so wie es etwa in Schweden gehandhabt wird).

Im Bereich Transmenschen sind die Befragten der Ansicht, dass es eine stärkere institutionelle Verankerung sowie eine finanzielle Unterstützung durch den Staat braucht. Zudem wird die Etablierung einer unabhängigen Ombudsstelle gefordert, die zuständig ist für die Themen Geschlecht, Geschlechtsidentität, Intersex und sexuelle Orientierung. Neben einer Vermittlerrolle sollte diese auch im Namen einer betroffenen Person gegen staatliche Stellen Klagen einreichen und an staatliche Stellen herantreten können. Schliesslich sollte gemäss den Befragten eine Verwaltungseinheit geschaffen werden, an die ein Gesuch zur Personenstandsänderung gestellt werden kann.

Im Bereich Menschen mit Intersex-Status besteht gemäss den Befragten eine offensichtliche institutionelle Unterversorgung in Bezug auf kompetente Fachkräfte und staatliche Ressourcen.

Nach der Geburt eines Kindes mit Geschlechtsvarianten braucht es die richtigen Informationen und Unterstützungsangebote für Eltern und Angehörige. Dies umfasst namentlich ein interdisziplinäres Beratungsangebot im Spital sowie die Gewährleistung der Partizipation der betroffenen Familien. Auch ausserhalb von medizinischen Einrichtungen braucht es niederschwellige Beratungsangebote.³⁰⁵ Zudem sollten mehr Selbsthilfegruppen etabliert werden.

3.3. Diskriminierung aufgrund einer Behinderung

Die Befragung der in diesem Bereich tätigen Expertinnen und Experten hat ergeben, dass im Bereich Sensibilisierung Handlungsbedarf besteht: Die Weiterleitung an die kompetenten Stellen funktioniert teilweise nicht, da die zuständigen Personen zu wenig sensibilisiert sind. Bessere Beratungsressourcen und mehr Fachkompetenz seien nötig. Das rechtliche Know-How in dieser äusserst komplizierten Materie konzentrierte sich derzeit auf ein paar wenige Beratungsstellen, die oft überlastet seien. Aufgrund fehlender Ressourcen können derzeit nicht alle Anfragen beantwortet werden. Zudem sei nicht allen Organisationen bewusst, dass Égalité Handicap die Funktion eines Dachverbandes innehat und die Rechtsberatung übernehmen kann. Dies ist problematisch, da Égalité Handicap auf eine gut funktionierende Basis angewiesen ist. Deshalb bedarf es klarer Zuständigkeiten und einer Verbesserung der Zusammenarbeit innerhalb des Dachverbandes. Weiter sollte der Informationsaustausch verbessert werden: So wäre es für Beratungsstellen hilfreich zu wissen, ob Betroffene nach einer Beratung tatsächlich ein Gerichtsverfahren einleiten und wie dieses ausgeht. Schliesslich fordern die Befragten die Errichtung von Ombudsstellen sowie mehr staatliche Kontrollen bei Neubauten und Renovationen.

3.4. Diskriminierung aufgrund der Rasse

Die befragten Expertinnen und Experten fordern im Wesentlichen den Ausbau des bestehenden Netzwerkes der Hilfs- und Beratungsangebote sowie die bessere ressourcenmässige Ausstattung der bestehenden Beratungsangebote.³⁰⁶

4. Streitbeilegungsmöglichkeiten

In der Schweiz gibt es verschiedene *aussergerichtliche Streitbeilegungsmöglichkeiten*, wobei der *Schlichtungsversuch* im Zivilrecht die bedeutendste darstellt. Dieser ist grundsätzlich obligatorisch durchzuführen. Die Tatsache, dass für die Behandlung eines bestimmten Streitgegenstandes (zwingend) ein Schlichtungsverfahren vorgesehen ist, ist für sich schon eine grosse Vereinfachung für von Diskriminierung betroffene Personen: Es handelt sich dabei um ein einfaches, formloses Verfahren ohne aufwendige Beweismassnahmen, welches eine gütliche Lösung des Konflikts innert nützlicher Frist unter Vermeidung eines Gerichtsverfahrens erlaubt. 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

³⁰⁵ Derzeit ist ein Netzwerk im Aufbau (Schweizer Netzwerk für Intersex und Variationen der Geschlechtsentwicklung SNIV), das ein Angebot schaffen will, bei dem sich Fachleute (Medizinische Fachpersonen, Lehrerinnen etc.) und Eltern auf einer Plattform mit Fragen oder Problemen melden können. Das dahinter stehende interdisziplinäre Team hat sich zum Ziel gesetzt, eine niederschwellige und zentrale Anlaufstelle für Betroffene, Familienangehörige etc. zu etablieren, was derzeit noch nicht existiert.

³⁰⁶ Siehe zu den kantonalen Integrationsprogrammen oben, Ziff. IV.2.

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.

5. Synthese

Bei den bestehenden Institutionen fällt die thematische Fragmentierung der Akteure sowie das Fehlen einer niederschweligen und kostenlosen Ansprechstelle für bereichsübergreifende Diskriminierungsfragen auf Bundesebene, wie es etwa eine nationale Ombudsstelle sein könnte, auf. Generell gibt es nur wenige Ombudsstellen in einigen Kantonen und Gemeinden. Gerade solche Stellen wären jedoch für eine kostenlose, einfache und niederschwellige Beratung, die auch sozial benachteiligten Personen offensteht, geeignet.

Bei den bestehenden Institutionen mangelt es sowohl im Bereich Geschlecht (kantonale und kommunale Gleichstellungsbüros) als auch im Bereich Behinderung sowie im Bereich Rassismus im Beratungsbereich generell an juristischen Fachkenntnissen. Zudem wird eine allgemeine Ressourcenknappheit festgestellt. Im LGBTI-Bereich fehlt es gänzlich an einer institutionellen Verankerung und die damit verbundene Sensibilisierung und Information durch staatliche Stellen. In diesem Bereich besteht ein erhebliches Entwicklungs- und Handlungspotential.

Insgesamt sind Mandate und konkrete Ausgestaltung der verschiedenen Institutionen sehr heterogen. Ihre hochgradige Spezialisierung auf bestimmte Diskriminierungstypen erschwert zudem die Identifizierung von Fällen multipler Diskriminierung. Auch hier ist die mangelnde Kohärenz ein Faktor, welcher der Zugang zur Justiz erschwert.

Schliesslich bestehen in der Schweiz sowohl aussergerichtliche als auch gerichtliche Streitbeilegungsmöglichkeiten. Aus Sicht des Diskriminierungsschutzes bestehen im Zivilrecht einfache und kostenlose Schlichtungsverfahren, die vor der Einleitung eines Gerichtsverfahrens durchzuführen sind, und die oft eine raschere und kostengünstigere Wiedergutmachung ermöglichen. Insgesamt liegen die Probleme im Justizbereich nicht im Institutionellen, sondern in verfahrensrechtlichen Teilaspekten (oben Ziff. III).

V. SCHLUSSFOLGERUNGEN UND EMPFEHLUNGEN

Abschliessend sind folgende Fragen³⁰⁷ zu beantworten:

1. *Welche rechtlichen Instrumente - institutionell-organisatorischer und materieller Natur - im geltenden öffentlichen Recht und Privatrecht stehen zur Verhinderung, Verringerung, Wiedergutmachung und Sanktionierung von rechtlichen und tatsächlichen Diskriminierungen zur Verfügung?*
2. *In welchem Umfang wurden sie in welchen Bereichen eingesetzt, und wie hoch war die Erfolgsquote?*
3. *Welches sind die wesentlichen Gründe, die die Mobilisierung des geltenden Rechtsschutzes, der aufsichtsrechtlichen sowie weichen administrativen Massnahmen bei mutmasslichen rechtswidrigen Diskriminierungshandlungen behindern?*
4. *Welches sind die Vor- und Nachteile bestehender Ansätze aus dem inländischen Recht und ausgewählter ausländischer Rechtsordnungen?*

1. Rechtliche Instrumente³⁰⁸

Auf völkerrechtlicher Ebene untersagen verschiedene Menschenrechtsverträge³⁰⁹ der Schweiz Menschen namentlich wegen ihres Geschlechts, ihrer Rasse oder ethnischen Herkunft oder wegen einer Behinderung in Rechtsetzung und Rechtsanwendung zu diskriminieren und verpflichten sie in diesen drei Bereichen auch dazu, dafür zu sorgen, dass Diskriminierung seitens Privater unterbleibt.

Materiellrechtlich verbietet Art. 8 Abs. 2 BV Diskriminierungen „namentlich [...] 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.“ Als Grundrecht wendet sich diese Bestimmung an staatliche Behörden aller Stufen. Weiter enthält Art. 8 Abs. 3 BV für die Behörden einen Auftrag für die Gleichstellung der Geschlechter zu sorgen, und Art. 8 Abs. 4 BV statuiert, dass das Gesetz Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen der Behinderten vorsieht.

Gestützt auf die Bundesverfassung und teilweise das Völkerrecht hat der Bund Spezialgesetzgebung in drei Bereichen erlassen: Art. 261^{bis} StGB erklärt bestimmte Formen der Rassendiskriminierung zur Straftat; das GIG bezweckt die Förderung der tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann im Erwerbsleben; und das BehiG hat zum Zweck, Benachteiligungen zu verhindern, zu verringern oder zu beseitigen, denen Menschen mit Behinderungen in Lebensbereichen wie Aus- und Weiterbildung, Zugang zu bestimmten öffentlich zugänglichen Gebäuden und Einrichtungen des öffentlichen Verkehrs, sowie öffentlich angebotenen Dienstleistungen ausgesetzt sind.

Darüber hinaus können Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes (Art. 27 ff. ZGB sowie Art. 328 und 336 OR) und des Verbots unzulässiger, sittenwidriger oder gegen die öffentliche Ordnung verstossender Verträge (Art. 19 und 20 OR) für den Diskriminierungsschutz fruchtbar gemacht werden.

³⁰⁷ Siehe Postulat Naef 12.3543 vom 14.06.2012.

³⁰⁸ Ziff. 1 Postulat Naef.

³⁰⁹ Namentlich UNO-Pakt I und II, das CEDAW-Übereinkommen und das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung.

Institutionell können diese Rechte und Schutznormen von der Verwaltungs-, Zivil- und Strafgerichtsbarkeit auf dem ordentlichen Rechtsweg durchgesetzt werden. Ebenso wichtig wie Gerichte oder gar wichtiger als sie sind Schlichtungs- und Mediationsverfahren im Zivilrecht und die Arbeit von Beratungsstellen und Gleichstellungsbüros, die in verschiedenen Bereichen des Diskriminierungsschutzes bestehen.

2. Praktische Relevanz³¹⁰

Die beiden folgenden Tabellen zeigen die praktische Relevanz der verschiedenen Normen und Gesetze und die Erfolgsquoten, wobei die Zahlen auf total 453 Entscheiden und Urteilen beruhen, die von Gerichten bei einer Rücklaufquote von rund 65% übermittelt wurden.³¹¹

	<i>Anzahl Fälle</i>	<i>Gutheissung</i> ³¹²	<i>Erfolgsquote</i>
Art. 8 Abs. 2 BV	87 ³¹³	23	25%
GIG	72 ³¹⁴	38	55%
BehiG	58 ³¹⁵	25	45%
ZGB und OR	3 ³¹⁶	3	100%

Tabelle 16: Erfolgsquoten Fälle Art. 8 Abs. 2 BV, GIG, BehiG und ZGB/OR gerundet

³¹⁰ Ziff. 2 Postulat Naef.

³¹¹ Siehe zur Diskrepanz der Anzahl zur Auswertung eingegangenen Entscheide und der Anzahl der in den Tabellen 16 und 17 für die Berechnung der Erfolgsquote ausgewerteten Entscheide die Erläuterungen in den Fussnoten dieser beiden Tabellen. Zudem wurden über 30 Fälle zur Auswertung eingereicht, die offensichtlich nichts mit der Diskriminierungsproblematik zu tun hatten.

³¹² Beinhaltet vollumfängliche und teilweise Gutheissungen.

³¹³ Zusätzlich sind 5 Nichteintretensentscheide eingegangen.

³¹⁴ Insgesamt sind 143 Entscheide eingegangen. Für die Berechnung der Erfolgsquote wurden Vergleiche, Klagebewilligungen sowie Nichteintretens- und Abschreibungsentscheide nicht berücksichtigt.

³¹⁵ Zusätzlich sind ein Abschreibungs- und ein Nichteintretensentscheid eingegangen.

³¹⁶ Zusätzlich sind seit 1990 sieben publizierte Fälle bekannt. Diese Zahlen sind zu klein um über die Gutheissungsquote eine statistisch signifikante Aussage zu machen.

Die nachfolgende Tabelle 17 zeigt die Erfolgsquote der Fälle betreffend Art. 261^{bis} StGB, die dem SKMR im Rahmen dieser Studie von den Gerichten zur Auswertung eingereicht worden sind. Die ausgewiesene Erfolgsquote weicht von jener der statistischen Auswertung der Fälle in der Datenbank der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus EKR ab.³¹⁷ Die Diskrepanz lässt sich wohl auf die unterschiedliche Zahl und den unterschiedlichen Zeitraum der in dieser Studie bzw. in der EKR-Datenbank erfassten Fälle zurückführen, weshalb sie nicht überinterpretiert werden sollte.

	Anzahl Fälle ³¹⁸	Verurteilungen bzw. Gutheissungen von Beschwerden ³¹⁹	Erfolgsquote
Art. 261 ^{bis} StGB	72		
Urteile gemäss Art. 261 ^{bis} StGB	57	41	70% ³²⁰
Beschwerden gegen Verfügungen der Staatsanwaltschaft bezüglich Art. 261 ^{bis} StGB	16	6	40% ³²¹

Tabelle 17: Erfolgsquoten Fälle betreffend Art. 261^{bis} StGB

3. Hinderungsgründe für die Durchsetzung³²²

Fachleute, die bei Beratungsstellen tätig sind, gehen davon aus, dass die Zahl von Diskriminierungsfällen, die nicht Gerichten unterbreitet werden, gross ist. Dafür sind nach unseren Erkenntnissen vielfältige Gründe auf verschiedenen Ebenen verantwortlich. Zu ihnen gehören namentlich:

- *Fehlende Sensibilisierung* und mangelnde oder beschränkte Kenntnis bei Opfern und Beratungsstellen dafür, wann eine Diskriminierungserfahrung rechtlich relevant ist, d.h. wann gegen die Täterschaft rechtlich vorgegangen werden könnte: Die Komplexität des geltenden Rechts trägt zu dieser Problematik bei. Diese Probleme lassen sich in unterschiedlichem Ausmass für alle hier untersuchten Diskriminierungsbereiche feststellen.³²³ Die äusserst geringen Fallzahlen zu ZGB und OR legen die Vermutung nahe, dass es bei Beratungsstellen

³¹⁷ Die EKR kommt für den Zeitraum von 1995-2013 auf folgende Quoten: Von allen erfassten Entscheiden sind rund 51 % Schuldsprüche. Betrachtet man nur die materiellen Entscheide, liegt die Verurteilungsquote bei 84% (siehe <http://www.ekr.admin.ch/dienstleistungen/d277.html>, besucht am 29.06.2015). Grundlage der Statistik der EKR sind die Entscheide, welche dem Nachrichtendienst aufgrund der Verordnung über die Mitteilung kantonaler Strafentscheide vom 10.11.2004 (SR 312.3) von den kantonalen Gerichten und Staatsanwaltschaften zugestellt werden. Nichtanhandnahmen sind in der Mitteilungsverordnung jedoch nicht explizit erfasst, weshalb die EKR nur eine sehr kleine Anzahl an Nichtanhandnahmen in die Auswertung miteinbezogen hat. Siehe dazu auch die Ausführungen in Teilstudie 6, Kap. II.2.1.

³¹⁸ Insgesamt sind 101 Fälle eingegangen, davon 72 auswertbare, den Beurteilungsgegenstand der Studie betreffende Fälle.

³¹⁹ Bei Urteilen geht es um Verurteilungen, bei Beschwerden gegen Verfügungen der Staatsanwaltschaft um Gutheissungen.

³²⁰ Verurteilungsquote.

³²¹ Quote der Gutheissungen von Beschwerden gegen Verfügungen der Staatsanwaltschaft.

³²² Ziff. 4 Postulat Naef.

³²³ Oben, Ziff. II.2.5.1 (Geschlecht); Ziff. II.3.6 (LGBTI), Ziff. II.4.5.1 (Behinderung) und Ziff. II.5.4.1 (Rassismus).

und Teilen der Anwaltschaft vor allem auch an Kenntnis der Möglichkeiten gemäss ZGB und OR fehlt.

- *Ungenügende finanzielle und personelle Ressourcen bei Beratungsstellen:* Das gilt grundsätzlich für alle Themenbereiche, aber besonders ausgeprägt im LGBTI-Bereich, wo es keinerlei staatliche Finanzierung gibt.
- *Schwierigkeit von Opfern, den Rechtsweg zu beschreiten:* Die Angst vor negativen Konsequenzen (z.B. Arbeitsplatzverlust), der ungewisse Ausgang des Verfahrens, die bei Unterliegen drohenden relativ hohen Kosten, die vergleichsweise schwachen Sanktionen im Erfolgsfall, welche die Risiken des Beschreitens des Rechtsweg nicht aufwiegen, und insgesamt die grosse persönliche Belastung von Justizverfahren können Opfer von Diskriminierungen davon abhalten, Klage oder Beschwerde zu erheben oder nach dem Scheitern einer Einigung im Schlichtungsverfahren gemäss GIG den Fall der Zivilgerichtsbarkeit zu unterbreiten.³²⁴
- *Fehlen klarer Gerichtspraxis:* Im Bereich LGBTI fehlt einschlägige Gerichtspraxis zur Geltung des GIG weitgehendst. Eine – wenn auch spärliche - zivilrechtliche Praxis zum Diskriminierungsschutz gemäss ZGB und OR für Bereiche, die vom GIG und BehiG nicht erfasst sind, existiert zwar zum Erwerbsleben (Nichtanstellung und Kündigung), fehlt aber für andere Lebensbereiche wie Wohnen, Bildung oder Schutz gegen herabsetzende Äusserungen in der Öffentlichkeit weitgehend.³²⁵ Dies schafft Rechtsunsicherheit und erhöht das Prozessrisiko.
- *Lücken und Schwächen des materiellen Rechts,* namentlich das Fehlen expliziter strafrechtlicher Schutznormen gegen Herabsetzung und Hasspropaganda wegen anderer Merkmale als der Rasse, ethnischen Herkunft oder Religion; Unklarheiten über die Tragweite von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen für den Diskriminierungsschutz in weiten Teilen des Privatrechts,³²⁶ das weitgehende Fehlen von Normen zum Schutz von Transmenschen, und insgesamt die Unterschiede zwischen den für die verschiedenen Diskriminierungsbereiche geltenden Regeln und die dadurch verursachte fehlende Kohärenz des schweizerischen Diskriminierungsrechts
- *Verfahrensrechtliche Erschwerungen,* namentlich das Fehlen des ideellen Verbandsklage- und -beschwerderechts im Bereich von Diskriminierungen von Schwulen, Lesben und Bisexuellen sowie wegen der Rasse, ethnischen Herkunft und Religion, das Fehlen des abgeschwächten („sozialen“) Untersuchungsgrundsatzes im Bereich LGBTI und Diskriminierungen wegen Behinderung und Rasse im Arbeitsleben bei Streitwerten über CHF 30'000, das Fehlen der Umkehr der Beweislast in allen Bereichen ausserhalb des GIG und die Begrenzung der Sanktionsmöglichkeiten gemäss GIG und BehiG.³²⁷

4. Rechtsvergleich³²⁸

Es war nicht Aufgabe dieser Studie, einen umfassenden Rechtsvergleich anzustellen. Trotzdem rechtfertigt es sich, einen Vergleich mit den relevanten Richtlinien der EU anzustellen und mit

³²⁴ Z.B. oben, Ziff. II.5.4.1.

³²⁵ Oben, Ziff. II.7.

³²⁶ Ibid.

³²⁷ Oben, Ziff. III.10.

³²⁸ Ziff. 5 Postulat Naef.

dem deutschen Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz ein Beispiel für die nationale Umsetzung in einem für die schweizerische Diskussion relevanten Land zu untersuchen.

4.1. Europäische Union

Die EU hat vier Richtlinien zum Thema Diskriminierung verabschiedet:

- Die *Richtlinie 2000/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft* verbietet Diskriminierung wegen der Rasse und ethnischen Herkunft in öffentlichen und Privaten Bereichen des Arbeitslebens, der Bildung, der sozialen Sicherheit, des Gesundheitsdienstes und des Zugangs zu sowie der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschliesslich von Wohnraum (Art. 3), es sei denn, die Rasse oder ethnische Herkunft stelle „aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Rahmenbedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung dar[...]“, und die Unterscheidung diene einem rechtmässigen Zweck und sei angemessen (Art. 4). Nicht erfasst sind unterschiedliche Behandlungen aufgrund der Staatsangehörigkeit (Art. 3 Abs. 2). Verboten sind sowohl die direkte Diskriminierung, d.h. jede Schlechterstellung einer Person aufgrund ihrer Rasse oder ethnischen Herkunft, und die indirekte Diskriminierung, d.h. die Verwendung von dem Anschein nach neutralen Kriterien, welche Angehörige einer bestimmten Rasse oder ethnischen Gruppe „in besonderer Weise“ benachteiligen können, es sei denn, die Unterscheidung lasse sich durch ein rechtmässiges Ziel sachlich rechtfertigen und sei verhältnismässig (Art. 2). Im Bereich des Rechtsschutzes sieht die Richtlinie sowohl die Verbandsklage bzw. -beschwerde (Art. 7) als auch – mit Ausnahme des Strafverfahrens – die Umkehr der Beweislast (Art. 8) vor.
- Die *Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung allgemeiner Rahmenbedingungen für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf* gilt, wie der Name sagt, nur für den Arbeitsbereich, deckt aber die Diskriminierungsmerkmale der Religion oder der Weltanschauung, der Behinderung, des Alters und der sexuellen Ausrichtung ab (Art. 1). Wie die Richtlinie 2000/43/EG verbietet sie die direkte und die indirekte Diskriminierung (Art. 2), erfasst aber die unterschiedliche Behandlung wegen der Staatsangehörigkeit ebenfalls nicht (Art. 3 Abs. 2). Sie gilt für öffentliche wie private Stellen und deckt sowohl den Zugang zu Arbeitsstellen, einschliesslich des beruflichen Aufstiegs, und die Arbeitsbedingung als auch die berufliche Aus- und Weiterbildung und die Mitgliedschaft in Gewerkschaften oder Berufsorganisationen (Art. 3) ab. Die Richtlinie regelt detailliert, wann Ungleichbehandlungen wegen des Alters zulässig sind (Art. 6). Sie sieht sowohl die Verbandsklage bzw. -beschwerde (Art. 9 Abs. 2) als auch die Umkehr der Beweislast (Art. 10) vor.
- Die *Richtlinie 2004/113/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen* gilt für Lebensbereiche ausserhalb von Beschäftigung und Beruf (Art. 3 Abs. 4). Sie verbietet u.a. geschlechtsbezogene bzw. sexuelle Belästigung und die Berücksichtigung des Faktors Geschlecht bei der Berechnung von Prämien und Leistungen im Bereich des Versicherungswesens, soweit sich solche Unterschiede nicht versicherungsmathematisch und statistisch nachweisen lassen. Die Richtlinie sieht die Verbandsklage bzw. -beschwerde (Art. 8 Abs. 3) und die Umkehr der Beweislast (Art. 9) vor.

- Die *Richtlinie 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen* sieht vor, dass bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit jede direkte und indirekte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in Bezug auf sämtliche Bestandteile und Bedingungen des Entgelts zu beseitigen sind (Art. 4) und dass es in betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit keine solchen Diskriminierungen geben darf (Art. 5). Als Diskriminierung gelten auch geschlechtsbezogene und sexuelle Belästigungen (Art. 2 Abs. 2). Die Richtlinie gilt für öffentliche wie private Stellen, deckt sowohl den Zugang zu Arbeitsstellen, einschliesslich des beruflichen Aufstiegs, und die Arbeitsbedingung sowie die berufliche Aus- und Weiterbildung und die Mitgliedschaft in Gewerkschaften oder Berufsorganisationen (Art. 14) ab. Ausserdem garantiert sie die Rückkehr an den Arbeitsplatz nach einer Schwangerschaft (Art. 15). Sie sieht die Verbandsklage bzw. -beschwerde (Art. 17 Abs. 2) und die Umkehr der Beweislast (Art. 19) vor.

Für alle Richtlinien ist die Frist für die Umsetzung im nationalen Recht inzwischen abgelaufen. Ein Entwurf für eine allgemeine Richtlinie zum „Grundsatz der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung“, welche ausserhalb von Beschäftigung und Beruf gilt, ist seit 2008 zur Verabschiedung durch den Rat bereit, nachdem das Europäische Parlament den Entwurf der Europäischen Kommission in verschiedenen Punkten ergänzt hat; ein Entscheid darüber ist jedoch nicht in Sicht.

Das schweizerische Recht unterscheidet sich in wichtigen Punkten vom EU Recht. Art. 8 BV und das GIG enthalten bedeutsame Garantien für den Schutz vor Geschlechterdiskriminierung im Arbeitsbereich, die die Sicherung des gleichen Lohns für Mann und Frau enthalten und in diesen Bereichen sowohl die Verbandsklage und -beschwerde als auch die Umkehr der Beweislast vorsehen. In diesen Bereichen gewährt das schweizerische Recht einen mit der EU vergleichbaren Schutz. In den meisten anderen Bereichen bleibt die Schweiz jedoch hinter den europäischen Standards zurück: Anders als dieses kennen weder das BehiG noch die öffentlich- und privatrechtlichen Rassendiskriminierungsverbote Beweislasteasierungen. Generell gilt, dass der privatrechtliche Schutz wegen Diskriminierung wegen des Geschlechts ausserhalb des Arbeitsbereichs und im Arbeitsleben wegen Weltanschauung, Behinderung, Alter und der sexuellen Ausrichtung in der EU umfassender ist als in der Schweiz.

4.2. Das deutsche Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz

Das 2006 in Deutschland verabschiedete Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz ist für die Schweiz interessant, da es anders als das schweizerische Recht die diskriminierungsrelevanten Rechtsgebiete in einem einzigen Erlass vereint und insbesondere detaillierte Bestimmung zum privatrechtlichen Diskriminierungsschutz enthält.

Das Gesetz bezweckt „Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen“ (§ 1). Es gilt für das Arbeitsleben, Berufsaus- und Weiterbildung, Sozialschutz einschliesslich soziale Sicherheit und Gesundheitswesen, soziale Vergünstigungen, die Bildung und Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschliesslich Wohnraum (§ 2). Die Diskriminierungsbegriffe des Gesetzes (§ 3) decken sich mit jenen des EU-Rechts. Das Gesetz regelt im Detail, wann unterschiedliche Behandlungen wegen beruflicher Anforderungen, der Religion und Weltanschauung und des Alters vorliegen (§§ 8 – 10), bzw. was im Bereich des

Zivilrechts Diskriminierung darstellt bzw. welche sachlichen Gründe hier eine Ungleichbehandlung rechtfertigen (§§ 19 und 20). Interessant ist § 4, welcher die Mehrfachdiskriminierung anspricht und bestimmt, dass eine unterschiedliche Behandlung wegen mehrerer verpöner Anknüpfungsmerkmale nur dann keine Diskriminierung darstellt, wenn eine allfällige Rechtfertigung für alle Diskriminierungsgründe gilt. Das Gesetz kennt eine umfassende Umkehr der Beweislast (§ 22) und das Verbandsklage- bzw. -beschwerderecht (§ 23). Im institutionellen Bereich schafft es eine allgemeine Antidiskriminierungsstelle des Bundes (§§ 25 – 30).

Vor allem die detaillierten Bestimmungen zur Bedeutung des Diskriminierungsverbots im Privatrecht, die umfassende Geltung von Umkehr der Beweislast und Verbandsklage- und -beschwerderecht, und die explizite Bestimmung zur Mehrfachdiskriminierung gehen über das schweizerische Recht hinaus.

4.3. Vor- und Nachteile

Die Bewertung dessen, was die Vor- und Nachteile bestehender Ansätze aus dem inländischen Recht und des europäischen bzw. des deutschen Rechts sind, hängt offenkundig vom gewählten Bewertungsmaßstab ab. Aus der Sicht eines optimalen Diskriminierungsschutzes ist offenkundig, dass die Ausgestaltung des Diskriminierungsschutzes stärker ist, wenn gleiche oder zumindest ähnliche materiell- und verfahrensrechtliche Grundsätze in allen Bereichen des Diskriminierungsschutzes gelten, d.h. die Gesetzgebung alle relevanten Diskriminierungsmerkmale abdeckt, den Begriff der Diskriminierung auf einer abstrakten Ebene für alle Merkmale gleich oder zumindest ähnlich definiert, und zentrale verfahrensrechtliche Grundsätze Beweislaste erleichterung sowie die Möglichkeit der Verbandsklage- und -beschwerde für alle Diskriminierungsgründe vorsieht. Dies macht es insbesondere auch leichter, wirkungsvoll gegen Mehrfachdiskriminierung vorzugehen. Alle relevanten Normen in einem oder wenigen Gesetzen vereint zu haben, erleichtert die Orientierung für Rechtsuchende, und eine allgemeine Antidiskriminierungsstelle statt verschiedener zuständiger Behörden zu haben kann effizienter und kostengünstiger sein. In diesen Punkten sind die EU-Richtlinien und ihre Umsetzung in einem allgemeinen Antidiskriminierungsgesetz wie jenem des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes Deutschlands der fragmentarischen schweizerischen Gesetzgebung mit ihren je nach Diskriminierungsmerkmal unterschiedlichen Regelungen überlegen.

Die Stärke des schweizerischen Rechts liegt demgegenüber in der Verankerung des Diskriminierungsverbots auf Verfassungsebene und der Existenz von Gesetzen wie des GIG und BehiG, welche besser als ein allgemeines Diskriminierungsgesetz auf die Besonderheiten der entsprechenden Diskriminierungsarten eingehen können. Die Erfahrung zeigt zudem, dass sich Organisationen und Beratungsstellen stark mit den entsprechenden Spezialgesetzen identifizieren und damit entsprechende Expertisen aufgebaut haben. Dies kann allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass – wie oben ausgeführt – das schweizerische Recht verschiedene materiell- und verfahrensrechtliche Schwächen und Lücken aufweist.

5. Empfehlungen

Gestützt auf diese Schlussfolgerungen lassen sich in Hinblick auf einen optimalen Diskriminierungsschutz folgende Empfehlungen³²⁹ machen:

- *Rechtsetzung*: Das schweizerische Diskriminierungsrecht weist neben vielen Stärken auch verschiedene Schwächen und Lücken auf. So erlaubt Art. 261^{bis} StGB nicht, gegen xenophobe Herabsetzung und Hasspropaganda vorzugehen, wenn diese sich nicht gegen eine spezifische ethnische oder religiöse Gruppe, sondern generell aufgrund der Nationalität und dem Status als Ausländerin oder Ausländer (Asylsuchender, Flüchtling etc.) erfolgt.³³⁰ Hass gegenüber Frauen und LGTBI-Menschen, der sich nicht auf ein bestimmtes Individuum, sondern auch Gruppen bezieht, ist ebenfalls nicht strafbar. Trotz Rechtsprechung zur Bedeutung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes (Art. 27 ff. ZGB sowie Art. 328 und 336 OR) und des Verbots unzulässiger, sittenwidriger oder gegen die öffentliche Ordnung verstossende Verträge (Art. 19 und 20 OR) bestehen grosse Unklarheiten im Bereich des Privatrechts, soweit GIG und BehiG dazu nicht spezifische Normen enthalten oder nicht anwendbar sind, weil eine spezifische Diskriminierung nicht in ihren Geltungsbereich fällt. Im Verfahrensrecht stehen erstens das Fehlen des ideellen Verbandsklage- und -beschwerderechts im Bereich von Diskriminierungen von Schwulen, Lesben und Bisexuellen sowie wegen der Rasse, ethnischen Herkunft und Religion, zweitens das Fehlen der Beweislast erleichterung in öffentlich- und privatrechtlichen Verfahren ausserhalb des Anwendungsbereichs des GIG und drittens die Problematik der als ungenügend erachteten Sanktionsmöglichkeiten im Vordergrund. Obwohl es an sich durchaus möglich ist, in einem bestimmten zivil- oder öffentlich-rechtlichen Verfahren sich jeweils gleichzeitig auf unterschiedliche Diskriminierungsgründe zu berufen, erschweren die je nach Grund unterschiedlichen Regelungen die Geltendmachung von Mehrfachdiskriminierung erheblich. Auch wenn es nicht Aufgabe dieser Studie war, detaillierte Reformvorschläge zu machen, erlauben die gewonnenen Erkenntnisse die Empfehlung, in Hinblick auf eine bessere Kohärenz des schweizerischen Diskriminierungsrechts, die Schaffung von mehr Rechtssicherheit und insgesamt die Stärkung des Diskriminierungsschutzes insbesondere Folgendes zu prüfen:
 - Die Schaffung eines *spezifisch privatrechtlichen Diskriminierungsverbotes* in einer Norm, welche die Art. 27 ff. ZGB zum Persönlichkeitsschutz ergänzt, auf der bundesgerichtlichen Praxis aufbaut bzw. diese ersetzt, soweit keine Praxis besteht. Eine explizite Diskriminierungsnorm im ZGB, welche nicht oder nur wenig über das hinaus gehen würde, was gemäss Auffassung des Bundesrates bereits zivilrechtlich garantiert ist, würde angesichts der fehlenden oder nur punktuellen und offenkundig wenig bekannten Rechtsprechung wesentlich zur Reduzierung der bestehenden Unklarheiten beitragen, alle Beteiligten dafür sensibilisieren, was Diskriminierung im Verhältnis zwischen Privaten bedeutet, und damit für Opfer den Zugang zur Justiz erleichtern. Das Beispiel des deutschen Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes zeigt, dass es an sich möglich ist, auch beim Thema Diskriminierung zivilrechtliche Lösungen zu finden, welche den Schutz der Persönlichkeit und der Privatautonomie in ein ausgewogenes Verhältnis bringen.

³²⁹ Detailliertere Schlussfolgerungen und Empfehlungen, die hier nicht alle wiedergegeben werden, finden sich in den Teilstudien.

³³⁰ Oben, Ziff. II.5.1.1.

- Die Verbesserung der Rechtslage von Transmenschen.
 - Die Erweiterung des Anwendungsbereichs der Anti-Rassismusstrafnorm zum Schutz vor xenophober Herabsetzung und Hasspropaganda gegenüber bestimmten Nationalitäten oder dem Status als Ausländerin oder Ausländer (Asylsuchender, Flüchtling etc.).
 - Die Ausdehnung des ideellen Verbandsklagerechts im Zivilprozess und des Verbandsbeschwerderechts im Verwaltungs(prozess)verfahren auf alle Bereiche des Diskriminierungsrechts.
 - Die Ausdehnung des abgeschwächten („sozialen“) Untersuchungsgrundsatzes auf weitere Bereiche des Diskriminierungsrechts (namentlich im Geltungsbereich des BehiG).
 - Die Einführung der Beweislastleichterung (Vermutung einer Diskriminierung bei deren Glaubhaftmachung) für alle Diskriminierungsfälle in zivil- und öffentlich-rechtlichen Verfahren.
 - Die Verstärkung der Sanktionsmöglichkeiten, wo das geltende Recht wie im GIG sie gegenüber den üblichen Regeln beschränkt.
- *Aussergerichtliche Streitbeilegung:* Gerichtsverfahren sind für die Beteiligten belastend, mit Ungewissheiten über den Verfahrensausgang verbunden, unter Umständen kostspielig und oft ungeeignet, erlittene Diskriminierung rückgängig zu machen oder zu effektiver Wiedergutmachung zu führen. Aussergerichtliche Schlichtungs- und Streitbeilegungsverfahren sind oft besser geeignet, Konflikte im Zusammenhang mit Diskriminierungen beizulegen. Sie sind deshalb, soweit sie nicht wie im GLG und Zivilprozessrecht mit seinem Schlichtungsverfahren (Art. 197 ff. ZPO) bereits bestehen, zu stärken und zu fördern. Insbesondere wird empfohlen zu prüfen, ob die Einrichtung einer aussergerichtlichen Mediations- und Schlichtungsstelle für Konflikte im Bereich der Rassendiskriminierung zielführend wäre.
 - *Sensibilisierung* aller Beteiligten: Ungenügende Sensibilisierung für Diskriminierungsprobleme und fehlende Kenntnis relevanter Rechtsnormen sowohl bei Täterschaft und Opfern als auch zumindest teilweise bei Beratungsstellen, Anwaltschaft und Gerichten sind ein wichtiger Grund für die schwache Durchsetzung des Diskriminierungsrechts.³³¹ Angesichts der Tatsache, dass das vorhandene Potential im Bereich des Privatrechts, insbesondere der Garantien des Persönlichkeitsschutzes (Art. 28 ZGB) und der Verbandsklage (Art. 89 ZPO) offenkundig nicht ausgeschöpft werden, besteht Sensibilisierungs- und Ausbildungsbedarf. Während verschiedene Amtsstellen und Organisationen regelmässig Sensibilisierungsarbeit leisten, sind die Anstrengungen zu verstärken. Insbesondere wird empfohlen zu prüfen, ob auch stark marginalisierte Bevölkerungsgruppen (z.B. MigrantInnen) von Sensibilisierungsmassnahmen erreicht werden und Zugang zu relevanten Informationen haben.
 - *Ressourcen:* In den Bereichen Geschlechtergleichstellung, Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen und nun mit den im Rahmen der kantonalen Integrationsprogramme (KIP) geschaffenen Beratungsstellen auch im Bereich Rassismus existieren zwar alimentierte Fach- und Beratungsstellen. Diese verfügen aber zum Teil nur über ungenügende Ressourcen und im LGBTI-Bereich fehlen sie ganz, weshalb die Beratung vom freiwilligen Engagement einzelner Personen abhängt. Es ist zu prüfen, wie diese Lücken geschlossen werden

³³¹ Siehe etwa oben, Ziff. II.2.5.1.

können. Besonders wichtig erscheint die Schaffung von mit genügenden personellen und finanziellen Ressourcen ausgestatteten staatlichen oder staatlich unterstützten Fach-Beratungsstellen für die Anliegen von LGBTI-Menschen.

- *Daten*: Die wirksame Durchsetzung des Diskriminierungsschutzes wird schliesslich zumindest in Teilbereichen durch die ungenügende Datenlage beeinträchtigt. So sind nach Meinung der Fachleute die Dunkelziffern in Bereichen wie häusliche Gewalt, Rassismus und Diskriminierung im Bereich LGBTI hoch. Die Situation von Transmenschen ist weitgehend unbekannt. Es ist zu prüfen, wie die Erhebung diskriminierungsrelevanter Daten systematisiert und verstärkt werden könnte.

Nicht empfohlen wird die Schaffung eines allgemeinen Antidiskriminierungsgesetzes, das alle Diskriminierungsbereiche zusammenbringen und die bestehende Spezialgesetzgebung ersetzen würde. Die vorliegende Studie zeigt deutlich die stark unterschiedliche Lagerung der Problematik in den verschiedenen Diskriminierungsbereichen und legt damit nahe, dass es schwierig sein dürfte, übergreifende Normen zu schaffen, welche allen Bereichen gerecht werden. Ausserdem besteht die Gefahr, dass ein solches Gesetzgebungsvorhaben bereits Erreichtes in Frage stellen und etablierte Strukturen und Institutionen des Monitorings, der Beratung und Unterstützung schwächen könnte. Hingegen ist eine gewisse Harmonisierung der für die verschiedenen Diskriminierungsbereiche geltenden Rechtsnormen im Sinne der obenstehenden Empfehlungen angezeigt, um den Diskriminierungsschutz insgesamt zu verbessern und die Geltendmachung von Mehrfachdiskriminierungen zu erleichtern.

Zusammenfassend wird dem Bund empfohlen, auch im Lichte der verschiedenen diskriminierungsrelevanten parlamentarischen Vorstösse und Gesetzgebungsvorhaben einen *Aktionsplan* „Diskriminierungsverbote“ in die Wege zu leiten, welcher den eben erwähnten Elementen und Aktionsfeldern einen kohärenten Rahmen für Reformschritte und Gesetzesrevisionen bietet.

TABELLEN- UND ANHANGSVERZEICHNIS

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1: Übersicht Entscheide GIG	14
Tabelle 2: Fallkonstellationen Entscheide Schwangerschaft/Mutterschaft	15
Tabelle 3: Übersicht Entscheide BehiG	31
Tabelle 4: Verteilung Entscheide öffentliches Recht	42
Tabelle 5: Verteilung Entscheide betreffend Ausländerinnen und Ausländer	43
Tabelle 6: Übersicht Verbandsklage- und -beschwerderecht	58
Tabelle 7: Verfahrens- und Parteikosten Fälle Zivilstand/familiäre Situation/Schwangerschaft	72
Tabelle 8: Verfahrens- und Parteikosten Fälle Diskriminierung infolge Behinderung	72
Tabelle 9: Verfahrensdauer Fälle Zivilstand/familiäre Situation/Schwangerschaft	79
Tabelle 10: Verfahrensdauer Fälle betreffend Menschen mit Behinderung	79
Tabelle 11: Verfahrensdauer Fälle Diskriminierung aufgrund der Rasse	80
Tabelle 12: Schadenersatz Fälle Zivilstand/familiäre Situation/Schwangerschaft	83
Tabelle 13: Übersicht untersuchte Verfahrensgegenstände im Zivilprozessrecht	86
Tabelle 14: Übersicht untersuchte Verfahrensgegenstände im Verwaltungsprozessrecht	87
Tabelle 15: Übersicht untersuchte Verfahrensgegenstände im Strafprozessrecht	88
Tabelle 16: Erfolgsquoten Fälle Art. 8 Abs. 2 BV, GIG, BehiG und ZGB/OR gerundet	96
Tabelle 17: Erfolgsquoten Fälle betreffend Art. 261 ^{bis} StGB	97

Anhangsverzeichnis

Teilstudie 1: Grundsätze des Diskriminierungsschutzes

Teilstudie 2: Geschlecht – Juristische Analyse

Teilstudie 3: LGBTI – Juristische Analyse

Teilstudie 4: Behinderung – Juristische Analyse

Teilstudie 5: Geschlecht/LGBTI/Behinderung – Sozialwissenschaftliche Erhebungen

Teilstudie 6: Rassismus – Juristische Analyse

Teilstudie 7: Rassismus – Sozialwissenschaftliche Erhebungen

Teilstudie 8: Analyse der Rechtsprechung

Teilstudie 9: Gerichtsumfrage

Teilstudie 10: Online-Befragung Anwaltschaft

Teilstudie 11: Online-Befragung Beratungsstellen

LITERATUR- UND MATERIALIENSVERZEICHNIS

LITERATURVERZEICHNIS

- FREIVOGEL ELISABETH, Art. 3 GIG, in: Claudia Kaufmann/Steiger-Sackmann Sabine (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Auflage, Basel 2009.
- GASSER DOMINIK/RICKLI BRIGITTE, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, Zürich/St. Gallen 2010.
- 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.
- KAUFMANN CLAUDIA/STEIGER-SACKMANN SABINE (HRSG.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl., Basel 2009.
- KILIAS LAURENT, Art. 247 ZPO, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter, Berner Kommentar zur Schweizerischen ZPO, Bern 2012.
- KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. vollständig überarbeitete Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013.
- LACHAT DAVID/THANEI ANITA, Mietrecht für die Praxis, 8. Aufl., Zürich 2010.
- 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.
- NAGUIB TAREK/PÄRLI KURT/COPUR EYLEM/STUDER MELANIE (Hrsg.), Diskriminierungsrecht. Handbuch für Jurist_innen, Berater_innen und Diversity-Expert_innen, Bern 2014.
- NAGUIB TAREK/ZANNOL FABIENNE, Zehn Jahre Strafnorm gegen Rassendiskriminierung (Art. 261bis StGB, Art. 171c MStG): ein Rückblick unter Einbeziehung der nicht publizierten Praxis, Recht 5/2006, S. 161 ff.
- 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].
- PÄRLI, KURT, Missbräuchliche Kündigung : Sanktion wenig abschreckend, Plädoyer 3/11 vom 30. Mai 2011 – aktualisiert am 4. Oktober 2013, S. 33 ff. [zit. Kündigung].
- RAMSEYER JEANNE/MÜLLER CORINA, Bewährt, aber noch zu wenig bekannt, AJP/PJA 11/2006, S. 1331 ff.
- RIEMER-KAFKA GABRIELA/UEBERSCHLAG JAKOB, Art. 5, in: Claudia Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl., Basel 2009, S. 153 ff.

- SCHEFER MARKUS / HESS-KLEIN CAROLINE, Behindertengleichstellungsrecht, Bern 2014.
- STEINMANN GEROLD, Art. 29 BV, in: Ehrenzeller et. al., Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.
- STERCHI MARTIN H., Art. 67 ZPO, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter, Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Bern 2012.
- STUTZ HEIDI/SCHÄR MOSER MARIANNE/FREIVOGLER ELISABETH, Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes, Synthesebericht im Auftrag des Bundesamts für Justiz, Bern/Binningen 2005.
- 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].
- UEBERSCHLAG JAKOB, Die Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis (Art. 3 Abs. 2 GIG) – unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Rechts, Zürich/Basel/Genf 2009 [zit.: Anstellungsdiskriminierung].
- VON WITZLEBEN THOMAZINE, Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes, LeGes 2006/3, S. 103 ff.

AMTLICHE PUBLIKATIONEN

- BUNDESMINISTERIUM FÜR FAMILIEN, SENIOREN, FRAUEN UND JUGEND, Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW) vom 18. Dezember 1979, Berlin, November 2007.
- BUNDESRAT, Bericht des Bundesrates zur Motion Heim 09.3059 „Eindämmung der häuslichen Gewalt“ vom 28. Januar 2015.
- BUNDESRAT, Bericht über die Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes in Erfüllung der Motion Hubmann 02.3142 vom 15. Februar 2006, BBL 2006 3161.
- BUNDESRAT, Botschaft über den Beitritt der Schweiz zum Internationalen Übereinkommen von 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung und über die entsprechende Strafrechtsrevision vom 2. März 1992, BBL 92.029.
- BUNDESRAT, Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Adoption) vom 28. November 2014, BBI 2015 877.
- EIDGENÖSSISCHE KOMMISSION GEGEN RASSISMUS EKR, Recht gegen rassistische Diskriminierung, Analyse und Empfehlungen, Stellungnahme der EKR, Bern 2010 [zit.: EKR].
- EIDGENÖSSISCHES BÜRO FÜR DIE GLEICHSTELLUNG VON FRAU UND MANN (EGB), Häusliche Gewalt in der Schweizer Gesetzgebung, Informationsblatt Nr. 11, Bern 2012 [zit.: Informationsblatt Nr. 11].
- GENDER EQUALITY COMMISSION (GEC), Feasibility Study – Equal Access of women to justice, Strasbourg, 28. Mai 2013, GEC (2013) 1 abridged Rev. vom 6. November 2013.
- HEIM BEA, Interpellation 09.3242 vom 20. März 2009 „Diskriminierungsschutz“.

NAEF MARTIN, Postulat 12.3543 vom 14. Juni 2012 „Bericht zum Recht auf Schutz vor Diskriminierung“.

REYNARD MATHIAS, Parlamentarische Initiative 13.407 vom 7. März 2013 „Kampf gegen Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung“.

SCHWAAB JEAN JACQUES, Motion 00.3268 vom 13. Juni 2000 „Rassendiskriminierung. Beschwerdelegitimation“.

STAATSPOLITISCHE KOMMISSION DES NATIONALRATES, Vorentwurf und erläuternder Bericht vom 26. März 2015 zur parlamentarischen Initiative „Gleichstellung der eingetragenen Partnerschaft und der Ehe im Einbürgerungsverfahren“.

URTEILE ZU DISKRIMINIERUNGSRELEVANTEN NORMEN DES ZGB UND OR

BGE 129 III 35

Urteil der Chambre d'appel des prud'hommes de Genève vom 10. November 2005, abgedruckt in JAR 2006, S. 469-471.

Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 2. Abteilung vom 13. Januar 2006, Verfahrensnummer AN 050401/U 1, abgedruckt in JAR 2007, S. 509-510.

Urteil des Bezirksgerichts Arbon (TG) vom 17. Dezember 1990, abgedruckt in SJZ 87/1991, S. 176-178.

Urteil des Bezirksgerichts St. Gallen vom 8. November 1999, abgedruckt in JAR 2000, S. 178-179.

Urteil des Bundesgerichts vom 11. November 1993, abgedruckt in JAR 1994, S. 198-200.

Urteil des Tribunal de Prud'Hommes de l'arrondissement de Lausanne vom 10. Oktober 2005, Verfahrensnummer T 304.021563, abgedruckt in JAR 2007, S. 511-519.

NORMTEXTE

Behindertengleichstellungsverordnung vom 19. November 2003 (BehiV; SR 151.31).

Bundesgesetz über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft (Erwerbsersatzgesetz, EOG; SR 834.1).

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

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

Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11).

Bundesgesetz vom 18. Juni 2004 über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (PartG; SR 211.231).

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

- Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GIG; SR 151.1).
- Bundesgesetzes 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).
- Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)
- Dekret vom 24. März 2010 betreffend die Verfahrenskosten und die Verwaltungsgebühren der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (Verfahrenskostendekret, VKD; BSG 161.12).
- Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (UNO Pakt II; SR 0.103.2).
- Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, kulturelle und soziale Rechte (UNO Pakt I; SR 0.103.1).
- Internationales Übereinkommen vom 21. Dezember 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (SR 0.104).
- Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK; SR 0.101).
- Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927 (MStG; SR 321.0)
- Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO; SR 312.0).
- Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272).
- Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0).
- Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210).
- Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf vom 25.06.1958 (SR 0.822.721.1).
- Übereinkommen Nr. 183 vom 15. Juni 2000 über den Mutterschutz (SR 0.822.728.3).
- Übereinkommen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Behindertenrechtskonvention, BRK; SR 0.109).
- Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW; SR 0.108).
- Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention; SR 0.107).
- Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz vom 10. Mai 2000 (ArGV 1; SR 822.111).
- Verordnung des Bundesrates vom 19. November 2003 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (BehiV; SR 151.31).
- Verordnung über die Mitteilung kantonaler Strafentscheide vom 10. November 2004 (SR 312.3)
- Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostensatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811).