Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen

Teilstudie 8: Analyse der Rechtsprechung

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

Bern, Juli 2015

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

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

source: https://doi.org/10.7892/boris.136253 | downloaded: 12.10.2024

INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungsverzeichnis V
Zusammenfassung 1
I. Übergeordnetes Ziel und Aufbau der Teilstudie 8 3
1. Ziel der Analyse der Rechtsprechung 3
2. Aufbau der Teilstudie 8 3
II. Methodisches Vorgehen 3
1. Beurteilungsgegenstand und relevante Rechtsgrundlagen 3
1.1. Beurteilungszeitraum 4
1.2. Vollerhebung aller Fälle in der Schweiz 4
1.3. Angeschriebene Behörden 5
1.3.1. Allgemeine Bemerkungen 5
1.3.2. Angeschriebene Behörden: Grosse Heterogenität der Gerichtsorganisation der Kantone 5
III. Resultate der Analyse der Rechtsprechung 7
1. Methodische Vorbemerkungen 7
1.1. Auswertung der Fälle 7
1.2. Rücklaufquote 7
1.3. Auswahl spezifischer Rückmeldungen zur Anfrage des SKMR 7
2. Quantitative Analyse der eingegangenen Fälle 8
2.1. Verteilung der Entscheide nach Sprachregionen 8
2.2. Verteilung der Entscheide nach Rechtsgrundlagen 9
2.3. Verteilung der Entscheide innerhalb der meistgenannten Rechtsgrundlagen 10
2.3.1. Gleichstellungsgesetz 10
2.3.2. Verteilung der Entscheide innerhalb Art. 8 Abs. 2 BV 11
2.3.3. Verteilung der Entscheide innerhalb des Ausländerrechts 12
2.3.4. Verteilung der Entscheide innerhalb des BehiG 13
2.4. Verteilung nach Instanzen und Rechtsgebieten 14
2.4.1. Verteilung nach Instanzen 14
2.4.2. Verteilung der Entscheide nach Rechtsgebieten und Instanzen 15
2.5. Verteilung der Entscheide nach Verfahrensausgang 16
2.5.1. Verfahrensausgang Zivilrecht 17
2.5.2. Verfahrensausgang Verwaltungsrecht 17
2.5.3. Strafrecht 18
2.6. Fazit 19
3. Analyse spezifischer Informationen aus den eingegangenen Entscheiden 20
3.1. Methodisches Vorgehen 20
3.2. Resultate der Analyse 21
3.2.1. Gleichstellungsgesetz: Kündigungen aufgrund des Zivilstandes, der familiären Situation und infolge Schwangerschaft oder Mutterschaft 21
3.2.2. Fälle betreffend Menschen mit Behinderung 23
3.2.3. Privatrecht Allgemein 25
3.2.4. Fälle betreffend rassistische Diskriminierung 25
3.3. Qualitative Analyse der Entscheide der Kategorie „Privatrecht Allgemein“ 26
3.3.1. Einleitung 26
3.3.2. Publizierte Entscheide zum zivilrechtlichen Diskriminierungsschutz 26
3.3.3. Analyse der im Rahmen der vorliegenden Studie eingegangenen zivilrechtlichen Entscheide zum Diskriminierungsschutz 33

3.4. Zwischenfazit 36
IV. Gesamtfazit und Schlussfolgerungen 37
Tabellen-, Abbildungs- und Anhangsverzeichnis 38
Literatur- und Materialienverzeichnis 39

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
ALV	Arbeitslosenversicherung
Art.	Artikel
BehiG	Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz; SR 151.3)
BFS	Bundesamt für Statistik
BJ	Bundesamt für Justiz
bspw.	bspw.
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
d.h.	das heisst
E.	Erwägung
FN	Fussnote
FR	Freiburg
GlG	Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz; SR 151.1)
OR	Bundesgesetzes vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220).
RAV	Regionales Arbeitsvermittlungszentrum
SKMR	Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
TG	Thurgau
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210).
Ziff.	Ziffer

ZUSAMMENFASSUNG

Das Ziel der Analyse der Rechtsprechung bestand in der Überprüfung der Umsetzung der einschlägigen Normen zum Diskriminierungsschutz in der Praxis. Von besonderem Interesse war in diesem Zusammenhang die Identifizierung weiterer zivilrechtlicher Entscheide zur Diskriminierungsproblematik, da bisher nur wenige derartige Fälle bekannt waren, und weil dem zivilrechtlichen Diskriminierungsschutz in der Praxis eine grosse Bedeutung zukommt. Zu diesem Zweck hat das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR) in Zusammenarbeit mit dem Bundesamt für Justiz (BJ) im Rahmen einer Vollerhebung sämtliche Schlichtungsbehörden gemäss Gleichstellungsgesetz[1], alle Schlichtungsstellen in arbeits- und mietrechtlichen Angelegenheiten sowie alle erst- und zweitinstanzlichen kantonalen Gerichte und das Bundesstraf- und das Bundesverwaltungsgericht gebeten, dem SKMR Entscheide zu Diskriminierungen zur Auswertung zukommen zu lassen, die sie in den letzten 10 Jahren getroffen haben. Aufgrund seiner besonderen Stellung als höchstinstanzliche Gerichtsbehörde in der Schweiz wurde das Bundesgericht direkt kontaktiert und von diesem mit den entsprechenden Entscheiden dokumentiert. Beurteilungsgegenstand der Analyse der Rechtsprechung waren sämtliche Entscheide, die sich namentlich auf Art. 8 Abs. 2 der schweizerischen Bundesverfassung[2], auf das Behindertengleichstellungsgesetz[3], auf das GlG im Zusammenhang mit Kündigungen aufgrund des Zivilstandes, der familiären Situation und aufgrund von Schwangerschaft oder Mutterschaft, auf Art. 261bis des schweizerischen Strafgesetzbuches[4] sowie auf diskriminierungsrelevante Rechtsprinzipien und Normen des Privatrechts (Art. 2 und 28 ff. des schweizerischen Zivligesetzbuches[5], Art. 19, 20, 271, 328, 336 des Obligationenrechts[6]) gestützt haben. Insgesamt wurden 522 Schlichtungsstellen und Gerichte angefragt, von denen 342 auf die Anfrage des SKMR/BJ reagiert haben. Dies entspricht einer *Rücklaufquote von rund 65%*, womit den Erkenntnissen dieser Teilstudie eine hohe Aussagekraft zukommt.

Die angefragten Behörden haben 453 Entscheide eingereicht, davon 79% aus der deutschen, rund 14% aus der französischen und 7% aus der italienischen Schweiz. Damit sind die aus den deutschsprachigen Kantonen eingegangenen Entscheide im Verhältnis zu den in der Schweiz gesprochenen Hauptsprachen überrepräsentiert. Die meisten Entscheide, nämlich 143 (32%) stützen sich auf das Gleichstellungsgesetz. Des Weiteren betreffen 101 Entscheide (22%) die Rassismusstrafnorm (Art. 261bis STGB) bzw. Ehrverletzungsdelikte (Art. 173 ff. StGB), 92 Entscheide (20%) Art. 8 Abs. 2 BV und 60 Entscheide das BehiG (13%).

Bei der *Verteilung der Entscheide nach Instanzen und Rechtsgebieten* fällt auf, dass rund 70% von zweitinstanzlichen Gerichten und nur 30% von erstinstanzlichen Gerichten und Schlichtungsstellen eingereicht worden sind. Zudem betreffen nur rund 20% zivilrechtliche Diskriminierungen, wobei diese Urteile sich mit Ausnahme von sechs Fällen auf spezialgesetzliche Bestimmungen

---

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

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

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

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

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

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

des GlG und BehiG und nicht auf diskriminierungsrelevante Bestimmungen von ZGB und OR stützen.

Bei der *Verteilung der Entscheide nach Verfahrensausgang* wurden im *Zivilrecht* rund 40% der beurteilten Fälle mit einem Vergleich abgeschlossen, ein Viertel wurde abgewiesen und ein Viertel wurde teilweise oder vollständig gutgeheissen. Im *Verwaltungsrecht* wurden dagegen rund 60% der Fälle abgewiesen und ein rund Drittel teilweise oder vollständig gutgeheissen.

Die quantitative Analyse der Höhe der Verfahrens- und Parteikosten sowie der Verfahrensdauer erlaubt den Schluss, dass bei den eingereichten Entscheiden im Grundsatz weder die Kosten noch die Verfahrensdauer ein signifikantes Hindernis für den Zugang zur Justiz darstellen dürften. Weiter wurde die *Höhe der Entschädigungen* analysiert, die allerdings nur in wenigen Fällen ermittelt werden konnte, weshalb die diesbezüglichen Ergebnisse nur bedingt aussagekräftig sind.

Im Rahmen der *Identifizierung von Entscheiden betreffend zivilrechtlicher Diskriminierungen*, die sich auf relevante Normen des Obligationenrechts oder auf unbestimmte Rechtsbegriffe bzw. Generalklauseln des ZGB stützen, wurden von den angefragten Behörden keine zivilrechtlichen Entscheide eingereicht, bei denen Diskriminierungen an ein verpöntes Merkmal im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV anknüpfen. Die Aussage des Bundesrates, wonach die in der Schweiz bestehenden gesetzlichen Grundlagen – namentlich die unbestimmten Generalklauseln und Rechtsbegriffe des Privatrechts – genügen, um einen ausreichenden Rechtsschutz vor Diskriminierung im Verhältnis zwischen Privaten in jenen Bereichen zu gewährleisten, in welchen die spezialgesetzlichen Regelungen von GlB und BehiG nicht zur Anwendung kommen, kann durch die umfassende Analyse der Rechtsprechung somit nicht bestätigt werden: In der Zeitspanne von 1990 bis heute konnten in Literatur und Rechtsprechung nämlich gerade mal sieben Fälle identifiziert werden, in denen die besagten zivilrechtlichen Rechtsgrundlagen von kantonalen Gerichten oder dem Bundesgericht zur Anwendung gebracht wurden. *Die zentrale Schlussfolgerung der Analyse der Rechtsprechung besteht somit darin, dass sich die in der Schweiz bestehenden gesetzlichen Grundlagen zum allgemeinen zivilrechtlichen Diskriminierungsschutz in der Praxis als unzulänglich erwiesen haben um in jenen Bereichen, die nicht von GlG und BehiG abdeckt werden, Opfern Schutz zu gewähren.*

DER ZUGANG ZUR JUSTIZ IN DISKRIMINIERUNGSFÄLLEN

Teilstudie 8: Analyse der Rechtsprechung

I. ÜBERGEORDNETES ZIEL UND AUFBAU DER TEILSTUDIE 8

1. Ziel der Analyse der Rechtsprechung

Diese Teilstudie hat zum Ziel, den Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen in der Gerichtspraxis zu analysieren. Die Analyse der Rechtsprechung soll die Umsetzung der einschlägigen Normen zum Diskriminierungsschutz überprüfen. Zu diesem Zweck wurden die Schlichtungsstellen und Gerichte angefragt, dem SKMR Entscheide zu Diskriminierungen zur Auswertung zukommen zu lassen, die sie in den letzten 10 Jahren behandelt haben.

2. Aufbau der Teilstudie 8

Zunächst wird das methodische Vorgehen der Fallanalyse erläutert (Ziff. II). Anschliessend folgt die Präsentation der Resultate, die namentlich eine quantitative Analyse (Ziff. III.2) sowie eine Analyse spezifischer Informationen der eingegangenen Entscheide (Ziff. III.3) enthält. Das Gesamtfazit der gewonnenen Erkenntnisse schliesst die Ausführungen dieser Teilstudie ab (Ziff. IV).

II. METHODISCHES VORGEHEN

1. Beurteilungsgegenstand und relevante Rechtsgrundlagen

Beurteilungsgegenstand der Analyse der Rechtsprechung bildeten die infolge Diskriminierung angehobenen Fälle vor Schweizer Schlichtungsstellen und Gerichten (nachfolgend: Behörden). Zu diesem Zweck hat das SKRM in Zusammenarbeit mit dem Bundesamt für Justiz (BJ) am 1. Juli 2014 ein Schreiben an die Behörden gerichtet, in welchem sie eingeladen wurden, dem SKMR alle Diskriminierungsfälle zur Auswertung zuzusenden, in denen *folgende Rechtsgrundlagen* angewendet wurden:

- Verfassungsrechtliches Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8 Abs. 2 BV;
- BehiG;
- GlG: Kündigung aufgrund des Zivilstandes, der familiären Situation und aufgrund von Schwangerschaft oder Mutterschaft;[7]
- Art. 261bis StGB;

[7] Die Beschränkung des Untersuchungsgegenstandes im Bereich des GlG ist darauf zurückzuführen, dass aufgrund der erst im Jahr 2005 abgeschlossenen Evaluation des GlG auf eine erneute umfassende Analyse der diesbezüglichen Rechtsprechung verzichtet wurde. Diskriminierungen durch Kündigungen aufgrund des Zivilstandes, der familiären Situation und aufgrund von Schwangerschaft oder Mutterschaft sind jedoch für die Auftraggeberinnen von besonderem Interesse, weshalb die Behörden gebeten wurden, dem SKMR diese Fälle zur Auswertung zuzustellen.

- weitere Straftatbestände, insb. betreffend Ehrverletzungsdelikte, bei denen die strafbare Handlung an ein Unterscheidungsmerkmal im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV anknüpft bzw. ein diskriminierendes Motiv mit ausschlaggebend war;
- im Falle von Diskriminierungen zwischen Privatpersonen: allgemeine Rechtsprinzipien wie das Prinzip von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB), den Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ff. ZGB, Art. 271, 328, 336 Abs. 1 lit. a, b, c und d und 336c Abs. 1 lit. c OR) oder das Verbot unzulässiger, sittenwidriger oder gegen die öffentliche Ordnung verstossender Verträge (Art. 19 und 20 OR).

1.1. Beurteilungszeitraum

Beurteilungszeitraum waren die von den Behörden in den letzten 10 Jahren gefällten Entscheide, d.h. Entscheide vom 1. Januar 2004 bis zum 30. Juni 2014. Ursprünglich war ein Beurteilungszeitraum von 15 Jahren vorgesehen, was sich aber bei näherer Betrachtung als untauglich erwiesen hat: Zum einen sind in den letzten Jahren in der Schweiz zahlreiche Verwaltungs- und Gerichtsreformen durchgeführt worden, was die Suche für einen Zeitraum von 15 Jahren sehr schwierig gemacht hätte. Zum anderen sind die bei den Behörden bestehenden Datenablage- und Suchsysteme nicht darauf angelegt, bis zu 15 Jahre alte Entscheide mit vernünftigem Aufwand – bzw. überhaupt – ausfindig zu machen.[8] Der gewählte Zeithorizont von 10 Jahren ist genügend aussagekräftig und die Suche von Entscheiden in diesem Zeitrahmen war für die Behörden – wenn auch mit erheblichen Herausforderungen und gewissen Einschränkungen[9] – realisierbar.

1.2. Vollerhebung aller Fälle in der Schweiz

Das SKMR hat sich aus folgenden Gründen für eine Vollerhebung entschieden: Die Grundgesamtheit, d.h. die insgesamt von den angefragten Behörden zur Diskriminierungsproblematik beurteilten Entscheide, ist vorliegend unbekannt, da bei den Behörden keine (einheitlichen) Datenbanken für die Entscheidsuche vorhanden sind. Eine Teilerhebung hätte die Gefahr mit sich gebracht, dass sie nicht repräsentativ gewesen wäre, denn aufgrund der erwähnten Ausgangslage hätten die Kriterien zur Auswahl einer Stichprobe nicht festgelegt werden können, weil bspw. nicht bekannt ist, wie die Entscheide nach Kantonen und Sprachregionen verteilt sind. Bei einer Vollerhebung entspricht hingegen die Grundgesamtheit grundsätzlich der Stichprobe, womit auf die Anwendung von Verfahren der analytischen Statistik verzichtet werden kann. Die Zuverlässigkeit der Resultate hängt somit einzig vom Rücklauf sowie von der Vollständigkeit der eingesandten Entscheide ab

[8] Diese Feststellung hat sich aufgrund verschiedener Rückmeldungen der angefragten Behörden im Rahmen der Analyse der Rechtsprechung bestätigt.

[9] Siehe dazu die mehrfach eingegangenen spezifischen Rückmeldungen der angefragten Behörden zu dieser Thematik unter Ziff. III.1.3 unten.

1.3. Angeschriebene Behörden

1.3.1. Allgemeine Bemerkungen

Auf der Ebene der Schlichtungsbehörden wurden sämtlichen kantonalen Schlichtungsstellen gemäss Gleichstellungsgesetz sowie die Schlichtungsbehörden in Arbeits- und Mietsachen angeschrieben.

Bei den *kantonalen Gerichtsbehörden* wurden sämtliche für die Behandlung von Zivil- und Strafrecht zuständigen erst- und zweitinstanzlichen Gerichte, und im Verwaltungsrecht sämtliche zweitinstanzlichen Verwaltungsgerichtsbehörden angeschrieben.[10]

Auf *Bundesebene* wurden das Bundesstrafgericht und das Bundesverwaltungsgericht angeschrieben. Aufgrund seiner besonderen Stellung als letztinstanzliche Gerichtsbehörde in der Schweiz wurde das Bundesgericht ausserhalb der übrigen Korrespondenz direkt kontaktiert. Herr Jacques Bühler, stellvertretender Generalsekretär des Bundesgerichts und Leiter des Bereichs wissenschaftliche Dienste, hat dem SKMR eine Liste mit den vom Bundesgericht behandelten Fällen zur Diskriminierungsproblematik zugestellt.

1.3.2. Angeschriebene Behörden: Grosse Heterogenität der Gerichtsorganisation der Kantone

Da die Kantone gemäss Art. 191b BV weitgehende Autonomie bei der Bestellung ihrer Gerichte besitzen, ist die Gerichtsorganisation in den 26 Kantonen äusserst heterogen und die Recherche der Adressen der verschiedenen in den Kantonen zuständigen Behörden war relativ aufwändig.[11] Die Anzahl der angeschriebenen Behörden variierte dabei sehr stark und war von der Grösse und der Organisation des Gerichtswesens in den verschiedenen Kantonen abhängig.

Die Heterogenität des Gerichtswesens in der Schweiz zeigt sich in den folgenden Zahlen: *Die meisten Behörden* wurden in den Kantonen Graubünden (36), Tessin (26), St. Gallen (24) und Schwyz (19)[12] angeschrieben. *Am wenigsten Behörden* wurden hingegen in den Kantonen Neuenburg, Nidwalden und Uri (je 4) sowie in Basel-Stadt, Obwalden und Zug (je 5) kontaktiert.[13]

---

10 Da im Verwaltungs(justiz)verfahren die Zuständigkeiten zur Anfechtung einer Verfügung oder zur Erhebung einer Beschwerde bzw. zur Erhebung einer Klage je nach Sachgebiet und kantonaler Organisation vollkommen uneinheitlich sind, hat das SKMR im Bereich des Verwaltungsrechts nur die zweitinstanzlichen Verwaltungsjustizbehörden zur Einreichung von Entscheiden angeschrieben. Ein anderes Vorgehen wäre faktisch im Rahmen der zur Verfügung stehenden Ressourcen nicht durchführbar gewesen.

11 Für die Recherche wurden insbesondere die Webseite des Bundesgerichts mit den Links zu den eidgenössischen und kantonalen Gerichte (http://www.bger.ch/index/press/press- inherit-template/press-jurisdiction-links/jurisdiction-links-schweizerische-gerichte.htm (besucht am 10.12.2014) sowie die Webseite zivilgereichte.ch verwendet (http://www.zivilgerichte.ch/de/ (besucht am 10.12.2014) konsultiert.

12 Das Beispiel des (kleinen) Kantons Schwyz illustriert, dass die Anzahl anzuschreibender Behörden nicht einzig von der Grösse der Kantone abhängt, sondern namentlich auch von der individuellen Organisation des Gerichtswesens in den Kantonen.

13 Da verschiedene Behörden unterschiedliche sachliche Zuständigkeiten hatten, aber über die gleiche Postadresse zu erreichen waren, wurden diese Behörden nur mit einem Schreiben kontaktiert mit der Bitte, dem SKMR Entscheide für sämtliche Zuständigkeitsbereiche zur Auswertung einzureichen. Dies war typischerweise bei kleineren Gerichten auf dem Land der Fall, bei denen sich die erstinstanzlichen Straf- und Zivilgerichte sowie die Schlichtungsstellen in arbeits- und mietrechtlichen Angelegenheiten am selben Ort befanden.

Insgesamt wurden 522 Schlichtungsstellen und Gerichtsbehörden angeschrieben und gebeten, dem SKMR Entscheide zu Diskriminierungsfällen zur Auswertung zukommen zu lassen.[14] Unterteilt nach sachlicher Zuständigkeit wurden folgende Behörden angeschrieben:

– Schlichtungsstellen GlG: 26
– Schlichtungsstelle Arbeitsrecht: 45 (teilweise in den Zivilgerichten integriert)
– Schlichtungsstelle Mietrecht: 55
– Zivil- und Strafgericht 1. Instanz: 124
– Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichte 2. Instanz: 27
– Verwaltungsgerichte (2. Instanz, eigene Behörde[15]): 13
– Bund: Bundesverwaltungs- und Bundesstrafgericht; Bundesgericht.

Die nachfolgende Tabelle zeigt eine Übersicht der angeschriebenen Behörden unterteilt nach sachlichem Zuständigkeitsbereich und Kantonen:

Kanton	Schlichtungsstelle GlG	Schlichtungsstelle Arbeitsrecht	Schlichtungsstelle Mietrecht	Zivilgericht- und Strafgericht 1. Instanz	Zivil-, Straf- und Verwaltungsgericht 2. Instanz	Verwaltungsgericht (2. Instanz) [eigene Behörde]	Total Behörden pro jeweiliger Kanton
AG	1	ZG	2	11	1		15
AI	1	6	1	1	1		10
AR	1	3	1	1	1		7
BE	4			7	1	1	13
BL	1	2	1	3	1		8
BS	1	ZG	1	2	1		5
FR	1	ZG	3	7	1		12
GE	1	1	1	4	1	1	9
GL	1	3	1	1	1	1	8
GR	1	11	11	11	1	1	36
JU	1	1	1	2	1		6
LU	1	1	1	5	1		9
NE				3	1		4
NW	1			1	1	1	4
OW	1	1		1	1	1	5
SG	1	7	7	7	1	1	24
SH	1	4	1	1	1		8
SO	1	ZG	4	5	1		11
SZ	1	4	6	6	1	1	19
TG	1	ZG		5	1	1	8
TI	1	ZG	11	11	2	1	26
UR	1			2	1		4
VD	1	ZG	1	4	1	1	8
VS	1	1	1	9	1		13
ZG	1			2	1	1	5
ZH	1			12	1	1	15
Total	26	45	55	124	27	13	

Tabelle 1: Kantone und angeschriebene Behörden nach sachlicher Zuständigkeit

14 Jeder angefragten Behörde wurde zudem ein Fragebogen zu den rechtlichen Rahmenbedingungen und zur Umsetzung derselben in der Praxis zum Ausfüllen zugestellt (siehe dazu die entsprechenden Angaben in der Gerichtsumfrage, Teilstudie 9).

15 In diesen Kantonen sind die Verwaltungsgerichte nicht in die zweitinstanzlichen Justizbehörden, d.h. in die Straf- und Zivilgerichte, integriert, sondern organisatorisch als eigene Behörde aufgestellt (also nicht wie in den anderen Fällen, wo die Verwaltungsgerichte neben den Straf- und Zivilgerichten als eigene Abteilung eines Ober- bzw. Kantonsgerichts (je nach Bezeichnung im jeweiligen Kanton) bestehen.

III. RESULTATE DER ANALYSE DER RECHTSPRECHUNG

1. Methodische Vorbemerkungen

1.1. Auswertung der Fälle

Die Auswertung erfolgte zweistufig, indem zunächst eine statistische Grobauswertung vorgenommen wurde (Sichtung und thematische Zuordnung der eingegangenen Fälle). Danach wurden jene Fälle näher analysiert, die für die gesamte Studie und die Abbildung der Rechtswirklichkeit zur Diskriminierungsproblematik in der Schweiz von besonderem Interesse waren.

1.2. Rücklaufquote

Wie bereits erwähnt (siehe oben, Ziff. II.1.3.2), wurden insgesamt 522 Schlichtungsstellen und Gerichte angeschrieben, von denen 342 auf das Schreiben des SKMR/BJ reagiert haben. Dies ergibt eine Rücklaufquote von rund 65%. Diese für eine derartige wissenschaftliche Studie als hoch einzustufende Quote lässt darauf schliessen, dass die angeschriebenen Behörden die Anfrage des SKMR/BJ sehr ernst genommen haben. Zudem bedeutet es, dass den aus der Analyse der Rechtsprechung gewonnenen Erkenntnissen eine signifikante Aussagekraft zukommt. Insgesamt wurden von den angefragten Behörden 453 Fälle eingereicht.

1.3. Auswahl spezifischer Rückmeldungen zur Anfrage des SKMR

Im Folgenden werden einige mehrfach genannte Rückmeldungen der Behörden zur Anfrage des SKMR/BJ festgehalten, die illustrieren sollen, mit welchen (typischen) Schwierigkeiten diese bei der Umsetzung der Anfrage konfrontiert gewesen sind.

– *Verwaltungsreformen:*
  Verschiedene Behörden haben darauf hingewiesen, dass sie in dieser Form aufgrund einer in ihrem Kanton in jüngerer Zeit vorgenommenen Verwaltungs- bzw. Gerichtsreform erst seit einigen Jahren existieren. Dies hatte zur Folge, dass sie für den Zeitpunkt davor keine Angaben machen konnten.

– *Fehlende Ressourcen:*
  Verschiedene Behörden haben darauf hingewiesen, dass die Anfrage einen grossen Aufwand mit sich bringt und dass sie nicht über die personellen Ressourcen verfügen, um die umschriebenen Fälle zu suchen.

– *EDV-System:*
  Verschiedene Behörden haben darauf hingewiesen, dass die Suchmöglichkeiten ihrer EDV-Systeme nicht darauf ausgerichtet sind, Fälle zu Diskriminierungen ausfindig zu machen. Dies hatte zur Folge, dass die Behörden entweder nicht garantieren konnten, dass alle diesbezüglichen Fälle gefunden wurden, oder dass die Fälle überhaupt nicht gesucht werden konnten.[16]

[16] Die Thematik der fehlenden Ressourcen und der mangelhaften Suchmöglichkeiten im EDV-System wurden von den Behörden teilweise auch in Kombination als Herausforderung vermerkt.

– *Fälle nach Gleichstellungsgesetz:*
Drei der insgesamt 26 angefragten Schlichtungsstellen gemäss GlG haben darauf verwiesen, dass sie die von ihnen behandelten Fälle den Betreibern der Datensammlung Entscheide nach Gleichstellungsgesetz[17] zur Verfügung gestellt haben. Sie verwiesen deshalb auf die entsprechenden Angaben in dieser Datensammlung.

Die von den Behörden genannten Schwierigkeiten haben mit grosser Wahrscheinlichkeit zur Folge, dass dem SKMR weniger Entscheide eingereicht wurden, als im Beurteilungszeitraum tatsächlich ergangen sind.[18] In Folge der hohen Rücklaufquote vermag dies die generell hohe Aussagekraft der Studie jedoch nicht zu unterminieren.

2. Quantitative Analyse der eingegangenen Fälle

Im Folgenden werden die eingegangenen Entscheide nach verschiedenen, im Kontext dieser Studie interessierenden Kategorien aufbereitet. Diese Darstellung dient dazu, eine Übersicht über die im Rahmen der Analyse der Rechtsprechung eingegangenen Entscheide zu gewinnen. Dabei wird die Verteilung der Entscheide nach Sprachregionen, Rechtsgrundlagen sowie nach Instanzen und Rechtsgebieten (Ziff. 2.1 bis 2.4) und gemäss dem Verfahrensausgang in Zivil-, Verwaltungs- und strafrechtlichen Verfahren (Ziff. 2.5) dargestellt.

2.1. Verteilung der Entscheide nach Sprachregionen

Die Verteilung der Entscheide nach Sprachregionen vermittelt eine Aussage über die aus deutsch-, französisch- und italienischsprachigen Kantonen eingegangenen Entscheide.[19] Sie präsentiert sich wie folgt: 79% (354 Entscheide) der eingegangenen Entscheide stammt aus der deutschen Schweiz, 14% (61 Entscheide) aus der französischen Schweiz und 7% (33 Entscheide) stammen aus der italienischen Schweiz. Damit sind die aus deutschsprachigen Kantonen eingegangenen Entscheide im Verhältnis zu den in der Schweiz gesprochenen Hauptsprachen überrepräsentiert.[20] Über die Gründe für die geringe Anzahl der aus der lateinischen Schweiz ergangenen Entscheide lässt sich nur spekulieren. Es wäre jedoch unzulässig daraus den Schluss zu ziehen, dass Diskriminierungen in der deutschsprachigen Schweiz häufiger vorkommen als in der lateinischen Schweiz.

---

17 http://www.gleichstellungsgesetz.ch.

18 Dabei ist davon auszugehen, dass neben diesen expliziten Rückmeldungen weitere Behörden im Rahmen der Anfrage mit denselben oder ähnlichen Problemen konfrontiert gewesen sind.

19 Der Einfachheit halber wurden die zweisprachigen Kantone Bern, Freiburg und Wallis als deutschsprachig (Bern) bzw. als französischsprachig (Freiburg und Wallis) qualifiziert.

20 Gemäss dem BFS sind die Hauptsprachen der Schweiz wie folgt repräsentiert: 64.9% deutsch, 22.6% französisch und 8.3% italienisch, siehe BFS, Sprachen, abrufbar unter http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/05/blank/key/sprachen.html (besucht am 28.01.2015).

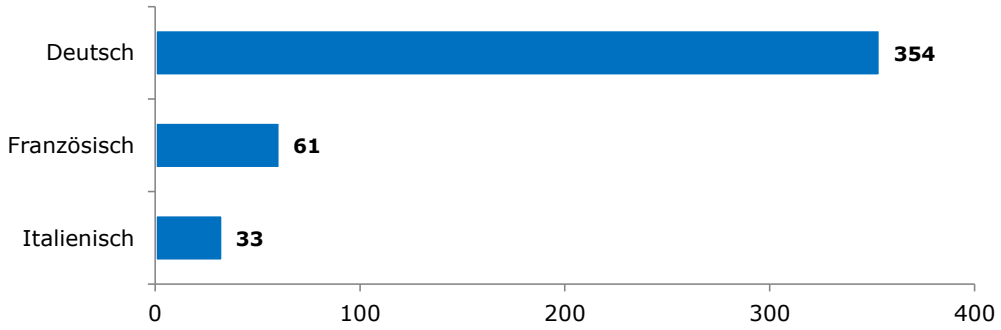

Abbildung 1: Verteilung der Entscheide nach Sprachregionen

2.2. Verteilung der Entscheide nach Rechtsgrundlagen

Der Grossteil der Entscheide stützt sich auf folgende Rechtsgrundlagen (aufgeführt in absteigender Reihenfolge):

- Entscheide gestützt auf das Gleichstellungsgesetz (GlG): *32% (143 Entscheide)*;
- Entscheide gestützt auf die Rassismusstrafnorm (Art. 261bis StGB) bzw. Art. 173 ff. StGB (strafbare Handlungen gegen die Ehre): *22% (101 Entscheide)*;
- Entscheide gestützt auf Art. 8 Abs. 2 BV: *20% (92 Entscheide)*; und
- Entscheide gestützt auf das Behindertengleichstellungsgesetz (BehiG): *13% (60 Entscheide)*.

Die Behörden reichten dem SKMR zudem als „Privatrecht allgemein“ bezeichnete Entscheide ein, d.h. solche, die sich auf das Obligationenrecht im Allgemeinen oder unbestimmte Rechtsbegriffe/Generalklauseln gestützt haben.[21] Diese machten insgesamt *2% (6 Entscheide)* aus. Diese Entscheide werden aufgrund ihrer grossen Bedeutung im Folgenden noch im Detail analysiert werden (siehe unten, Ziff. III.3.3.3). Die Kategorie „andere/unklar“, die *4% (19 Entscheide)* ausmacht, betrifft Fälle, die nicht einer der soeben erwähnten Kategorien zugeordnet werden konnte. Die Kategorie „kein Diskriminierungsfall“, die 7% (32 Entscheide) ausmacht, betrifft schliesslich Entscheide, die offensichtlich nicht als Diskriminierungsfall zu qualifizieren sind.[22]

[21] Und die nicht dem GlG oder dem BehiG zugeordnet werden können.

[22] Etwa solche, bei denen bei der Suche im Datenverarbeitungssystem durch die Behörde als Suchbegriff „Diskriminierung“ eingegeben worden sein muss, die aber inhaltlich offensichtlich nichts mit der Diskriminierungsproblematik im vorliegend relevanten Sinn zu tun hatten.

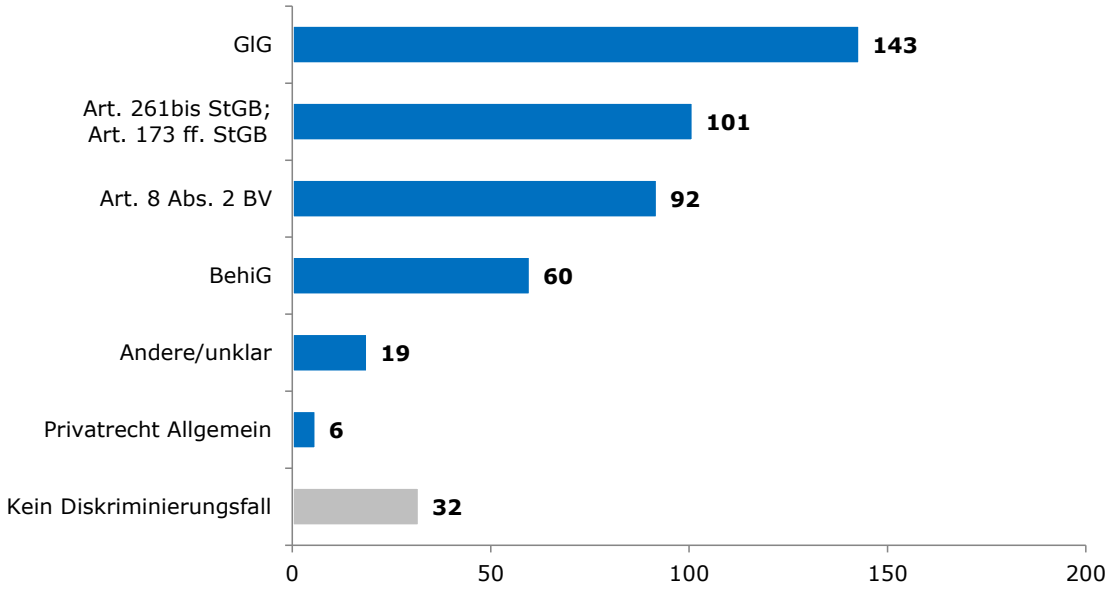

Abbildung 2: Verteilung der Entscheide nach Rechtsgrundlagen

2.3. Verteilung der Entscheide innerhalb der meistgenannten Rechtsgrundlagen

Die nachfolgenden Ausführungen dienen der Veranschaulichung der Themen, die im Rahmen der meist genannten Rechtsgrundlagen der eingereichten Entscheide behandelt worden sind. Dargestellt werden die Verteilung der Entscheide innerhalb des GlG, von Art. 8 Abs. 2 BV, des Ausländerrechts und innerhalb des BehiG.

2.3.1. Gleichstellungsgesetz

Die Entscheide zum GlG sind thematisch wie folgt verteilt (genannt in absteigender Reihenfolge):[23]

- Verschiedene Fälle[24]: *54% (66 Entscheide)*;
- Entscheide im Zusammenhang mit der Lohnthematik: *33% (40 Entscheide) und*
- Kündigung aufgrund des Zivilstandes, der familiären Situation und aufgrund von Schwangerschaft oder Mutterschaft sowie wegen Art. 336c Abs. 1 lit. c OR (Kündigungen während der Sperrfrist): *13% (16 Entscheide)*.

Wie oben erläutert worden ist (siehe Ziff. II.1), war der Beurteilungsgegenstand der Studie im Bereich des GlG an sich auf die Fälle von Kündigungen aufgrund des Zivilstandes , der familiären Situation und aufgrund von Schwangerschaft oder Mutterschaft sowie wegen Art. 336c Abs. 1 lit. c OR begrenzt, trotzdem gingen auch zahlreiche Fälle anderer Kategorien ein. Die Entscheide im Zusammenhang mit der Lohnthematik, d.h. namentlich solche, welche die Einstufung einer bestimmten Berufsgruppe in eine Lohnklasse rügten, werden nachfolgend nicht genauer analysiert

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

[24] D.h. solche, die nicht den zwei folgenden Kategorien zugeordnet werden konnten.

werden, da sie für die vorliegende Thematik und aufgrund des Forschungsschwerpunktes der Teilstudie 2 Geschlecht nicht von vordringlichem Interesse sind.

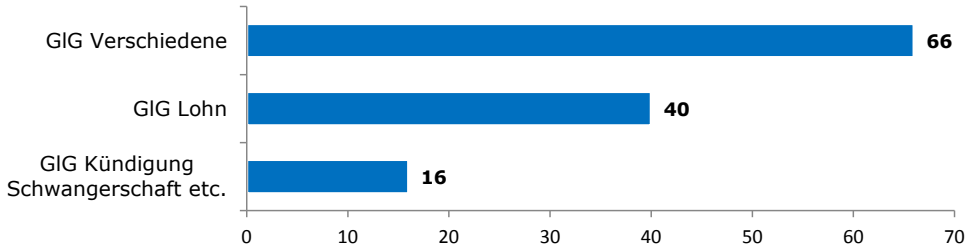

Abbildung 3: Verteilung der Entscheide innerhalb des GlG

2.3.2. Verteilung der Entscheide innerhalb Art. 8 Abs. 2 BV

Innerhalb von Art. 8 Abs. 2 BV sind die Entscheide thematisch wie folgt verteilt (genannt in absteigender Reihenfolge):

– Ausländerrecht: *47% (43 Entscheide)*;
– Verschiedene: *26% (24 Entscheide)*;[25]
– Behinderung: *12% (11 Entscheide)*;
– Sozialversicherungsrecht: *11% (10 Entscheide)*; und
– Geschlecht: *4% (4 Entscheide)*.

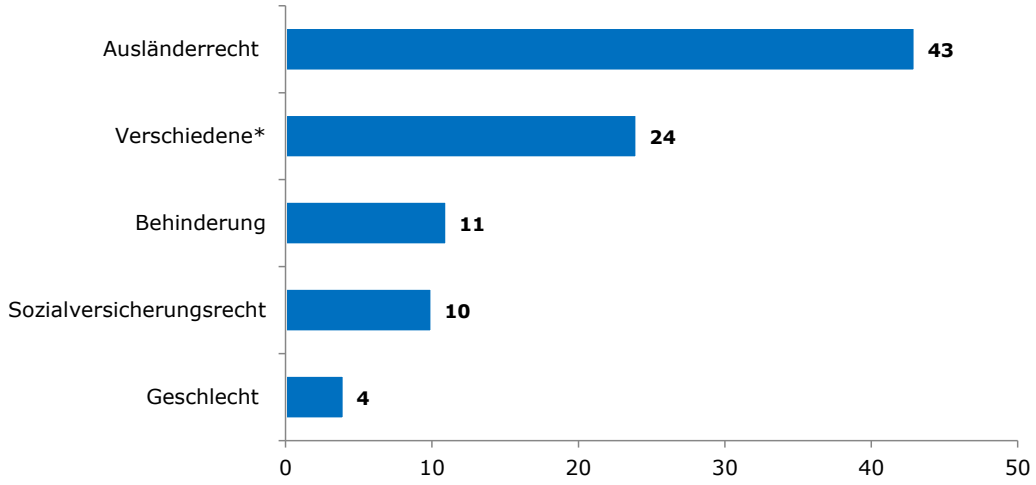

Abbildung 4: Verteilung der Entscheide innerhalb von Art. 8 Abs. 2 BV

[25] Bspw. (behauptete) Diskriminierungen aufgrund des Alters oder im Rahmen von Prüfungen.

2.3.3. Verteilung der Entscheide innerhalb des Ausländerrechts

A. Art und Anzahl der eingegangenen Entscheide

Aufgrund der hohen Anzahl ausländerrechtlicher Entscheide nachfolgend dargestellt, welche Themen innerhalb dieser Unterkategorie behandelt worden sind. Zudem wird erläutert werden, was die mutmasslichen Gründe dafür sind, dass in dieser Unterkategorie derart viele Entscheide ergangen sind. Die Entscheide in diesem Bereich sind thematisch wie folgt verteilt (genannt in absteigender Reihenfolge):

– Einbürgerung: *65% (28 Entscheide)*;
– Aufenthaltsbewilligung: *26% (11 Entscheide)*;[26]
– Familiennachzug: *7% (3 Entscheide)*; und
– Verschiedene: *2% (1 Entscheid)*.

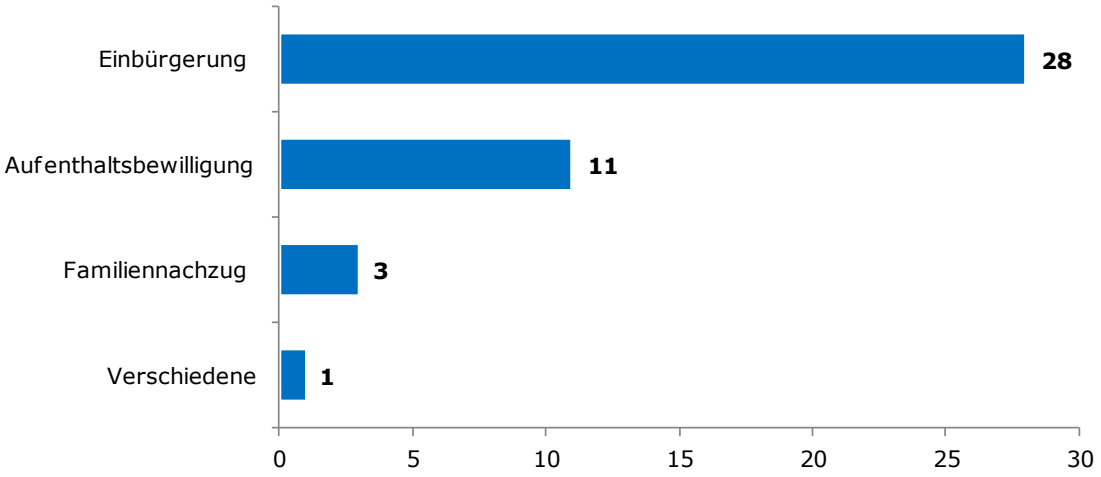

Abbildung 5: Verteilung der Entscheide innerhalb des Ausländerrechts

B. Erklärungsansätze zur hohen Anzahl ausländerrechtlicher Fälle

Aufgrund der gemessen an der gesamthaft auf der Grundlage von Art. 8 Abs. 2 BV ergangenen Entscheide hohen Anzahl ausländerrechtlicher Fälle kommt die Frage auf, weshalb die Rechtssuchenden in diesem Bereich derart viele Gerichtsverfahren geführt haben. Dafür drängen sich in erster Linie folgende Erklärungsansätze auf: Im Bereich der Einbürgerungen, aus dem die meisten Entscheide eingereicht worden sind, hat das Bundesgericht im Jahr 2003 zwei Grundsatzurteile gefällt:[27] Es kam dabei namentlich zum Schluss, dass Einbürgerungsentscheide aufgrund in Art. 29 Abs. 2 BV festgehaltenen Anspruchs auf rechtliches Gehör zu begründen sind und hat deshalb Einbürgerungsentscheide an der Urne untersagt. Diese Urteile schufen einen hohen Grad an Rechtssicherheit, d.h. erleichterten Diskriminierungsopfern die Abschätzung der Prozesschancen erheblich. Dies könnte ein möglicher Grund für die grosse Anzahl eingereichter Ent-

[26] Bspw. (behauptete) Diskriminierungen aufgrund des Alters oder im Rahmen von Prüfungen,

[27] BGE 129 I 232 (Zürcher Einbürgerungsfall) und BGE 129 I 217 (Einbürgerungsfall Emmen).

scheide in diesem Bereich sein. Ein weiterer Erklärungsansatz ist die Tatsache, dass die Entscheidsuchenden im Falle eines negativen Entscheides keine Nachteile zu gewärtigen haben. Werden sie eingebürgert bzw. wird ihnen Aufenthaltsbewilligung gewährt oder dürfen sie Familienangehörige in die Schweiz nachziehen, haben sie ihr Ziel erreicht. Falls der in Frage stehende Entscheid jedoch zu ihren Ungunsten ausgeht, haben sie darüber hinaus – natürlich abgesehen von der Übernahme der Verfahrens- und Parteikosten – keine negativen Folgen zu fürchten. Dies steht im klaren Gegensatz zu Verfahren in anderen Bereichen, insbesondere zu solchen im Arbeits- oder auch im Mietrecht: Wer sich in diesem Bereich gegen Diskriminierungen zur Wehr setzt, muss neben dem Kostenrisiko befürchten, seine Stelle oder seine Wohnung zu verlieren, wenn dies nicht bereits geschehen ist. Zudem ist in diesem Bereich die Rechtsunsicherheit aufgrund der komplizierten Rechtslage bei zivilrechtlichen Diskriminierungen und der sehr geringen Anzahl Fälle zu dieser Thematik äusserst gross.[28] In verfahrensrechtlicher Hinsicht gilt schliesslich im Bereich des Ausländerrechts die für die rechtssuchenden Parteien günstigere Untersuchungsmaxime, im Arbeits- und Mietrecht ausserhalb der Schlichtungsverfahren gilt hingegen die Verhandlungsmaxime

2.3.4. Verteilung der Entscheide innerhalb des BehiG

Die Entscheide zum BehiG sind thematisch wie folgt verteilt (genannt in absteigender Reihenfolge):

– Schule: *32% (19 Entscheide)*;[29]
– Verschiedene: *23% (14 Entscheide)*;[30]
– Bauen: *17% (10 Entscheide);*
– Prüfungen: *17% (10 Entscheide);*[31]
– Steuerrecht: *6% (4 Entscheide)*;[32] und
– Nachteilsausgleich im Bildungsrecht: *5% (3 Entscheide).*

28 Siehe dazu Teilstudie 1, Kap. II.4.

29 Entscheide betreffend Zuteilung zu Sonderschulen sowie betreffend Kostenübernahme von pädagogischen Massnahmen für Behinderte.

30 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 Gebärdendolmetschers).

31 Mehrheitlich Entscheide betreffend Nichtpromotionen an Gymnasien und Universitäten.

32 Namentlich betreffend die Abzugsfähigkeit behinderungsbedingter Kosten.

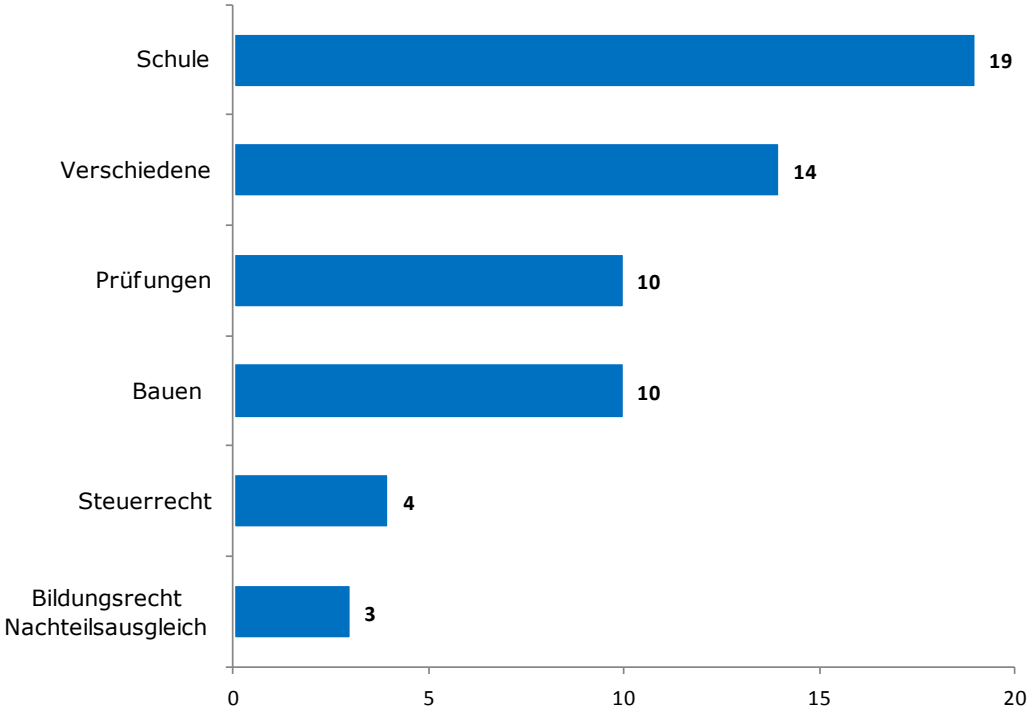

Abbildung 6: Verteilung der Entscheide innerhalb des BehiG

2.4. Verteilung nach Instanzen und Rechtsgebieten

2.4.1. Verteilung nach Instanzen

Die Verteilung der eingegangenen Entscheide nach Instanzen präsentiert sich wie folgt (genannt in absteigender Reihenfolge):

– Zweitinstanzliche Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichte: *68% (307 Entscheide)*;
– Erstinstanzliche Zivil- und Strafgerichte: *16% (74 Entscheide)*;[33]
– Schlichtungsstellen (Arbeits- und Mietrecht sowie nach GlG): *15% (67 Entscheide)*; und
– Bundesverwaltungs- und Bundesstrafgericht: *1% (5 Entscheide)*.

[33] Wie bereits Eingangs dieser Teilstudie erwähnt (siehe oben, Ziff. II.1.3), wurden aus den dort genannten Gründen im Verwaltungsrecht nur die zweitinstanzlichen Gerichte angeschrieben.

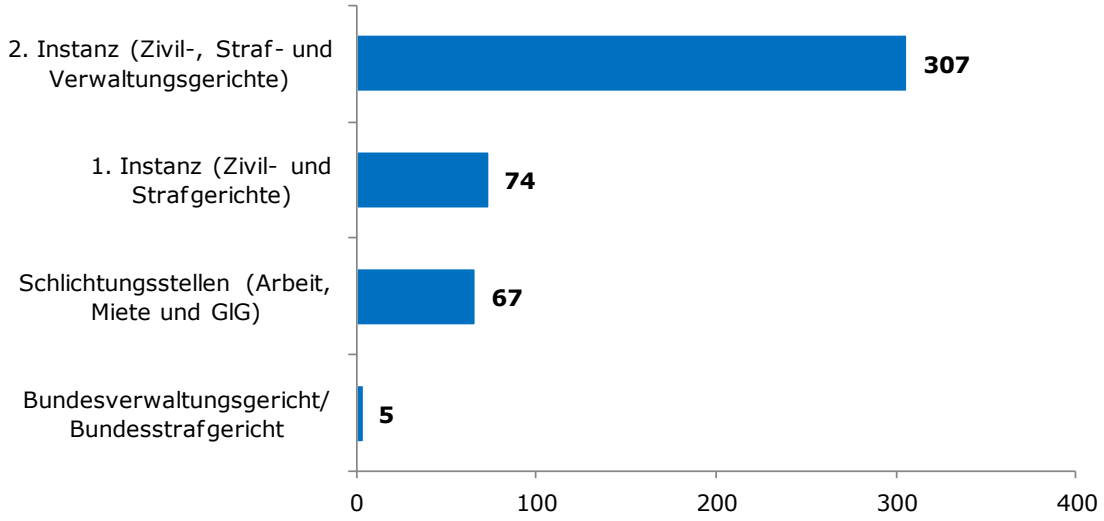

Abbildung 7: Verteilung der Entscheide nach Instanzen

Die eingereichten Entscheide stammen also zu fast 70% von zweitinstanzlichen Gerichten und nur zu je rund 15% von Schlichtungsstellen und erstinstanzlichen Gerichten. Aus der Sichtweise der behandelten Thematik „Zugang zur Justiz“, wo insbesondere die Untersuchung des untersten, niederschwelligsten Zugangs zu den Behörden von Interesse ist, sind die Ergebnisse der eingegangenen Entscheide also nicht optimal, da nur rund 1/3 der Entscheide von Schlichtungsbehörden und erstinstanzlichen Gerichten stammt. Über die Gründe dafür lässt sich nur spekulieren. An dieser Stelle gilt es jedoch festzuhalten, dass im Bereich des Verwaltungsrechts sicher noch zahlreiche erstinstanzliche Entscheide existieren, die entsprechenden Behörden konnten jedoch aus forschungsökonomischen Gründen (siehe dazu die Ausführungen in Ziff. II.1.3) nicht befragt werden.

2.4.2. Verteilung der Entscheide nach Rechtsgebieten und Instanzen

Die Verteilung der eingegangenen Entscheide nach Rechtsgebieten und Instanzen präsentiert sich wie folgt (genannt in absteigender Reihenfolge):

– Verwaltungsgerichte (2. Instanz): *49% (223 Entscheide)*;
– Schlichtungsstellen GlG: 13% *(60 Entscheide)*;
– Zweitinstanzliche Strafgerichte: *14% (62 Entscheide)*;
– Erstinstanzliche Strafgerichte: *10% (47 Entscheide)*;
– Erstinstanzliche Zivilgerichte: *6% (27 Entscheide)*;
– Zweitinstanzliche Zivilgerichte: *5% (21 Entscheide)*; und
– Schlichtungsstellen Arbeitsrecht: *2% (8 Entscheide)*.
– Bund: 1% (5 Entscheide)

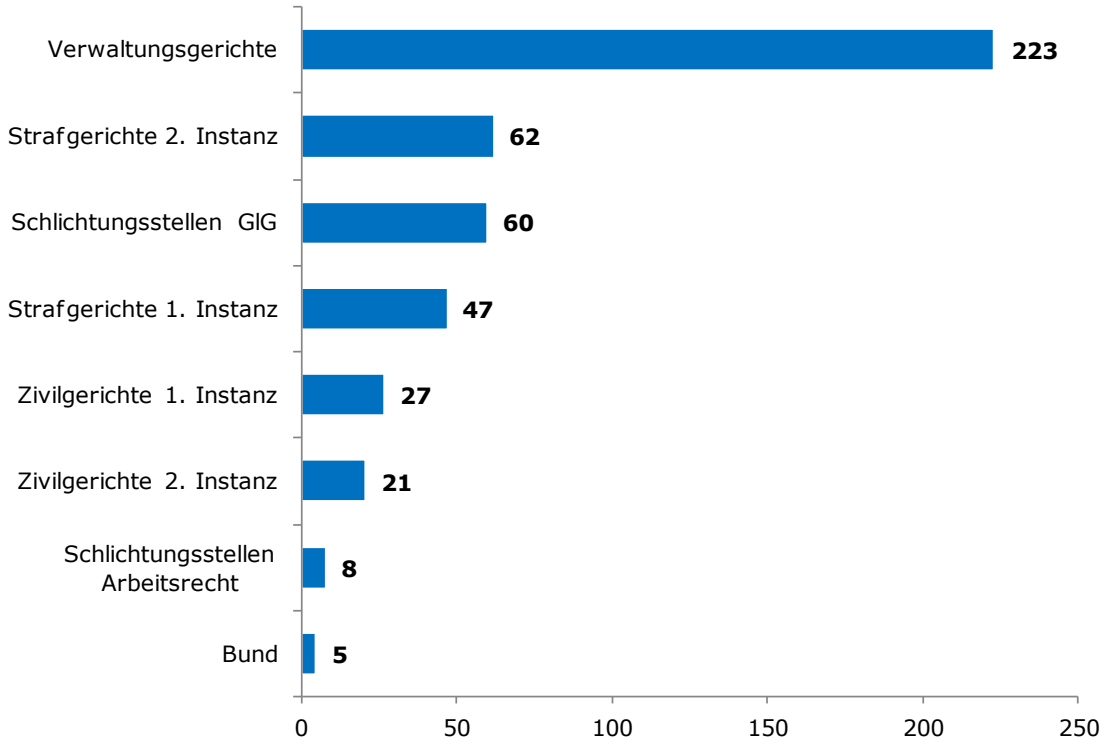

Abbildung 8: Verteilung der Entscheide nach Rechtsgebieten und Instanzen

Zur Kommentierung dieser Verteilung kann grundsätzlich auf die oben erwähnten Bemerkungen (Ziff. 2.4.1) verwiesen werden. Die zusätzliche Aufschlüsselung der eingegangenen Entscheide nach Rechtsgebieten lässt zudem erkennen, dass im Bereich des Zivilrechts auf der Stufe Schlichtungsstellen und erstinstanzlichen Zivilgerichte nur wenige Entscheide, nämlich lediglich rund 20%, eingegangen sind. Diese Urteile sind stützen sich mit Ausnahme von sechs Fällen auf spezialgesetzliche Bestimmungen des GlG und BehiG und nicht auf diskriminierungsrelevante Bestimmungen von ZGB und OR. Damit können betreffend dem niederschwelligen Zugang zur Justiz bei zivilrechtlichen Diskriminierungen im Verhältnis zu den gesamthaft eingegangenen Entscheiden nur eine relativ bescheidene Anzahl Fälle analysiert werden.

2.5. Verteilung der Entscheide nach Verfahrensausgang[34]

Die Darstellung der Verteilung der Entscheide nach Verfahrensausgang dient namentlich dazu, Aussagen über die Erfolgsrate der eingegangenen Entscheide zu machen. Dabei wird auch ein Vergleich zwischen Zivil- und Verwaltungsrecht angestellt.

[34] Nicht erfasst werden hier die nicht als Diskriminierungsfälle qualifizierten Entscheide, da diese bei dieser Auswertung nicht von Interesse sind. Ebenfalls nicht erfasst werden die Fälle betreffend vorsorgliche Massnahmen (nicht relevant in diesem Kontext). Schliesslich konnten aufgrund mangelnder Informationen in den eingereichten Unterlagen einige Fälle thematisch nicht zugeordnet werden. Diese Fälle sind deshalb in der Statistik nicht enthalten.

2.5.1. Verfahrensausgang Zivilrecht

Der Verfahrensausgang der im Zivilrecht eingegangenen Entscheide präsentiert sich wie folgt (genannt in absteigender Reihenfolge):

– Vergleiche: *38% (32 Entscheide)*;
– Abweisungen: *20% (17 Entscheide)*;
– Klagebewilligungen: *20% (17 Entscheide);*
– Teilweise Gutheissungen: *14% (12 Entscheide)*;
– Gutheissungen: *7% (6 Entscheide)*; und
– Abschreibungen: *1% (1 Entscheide)*.

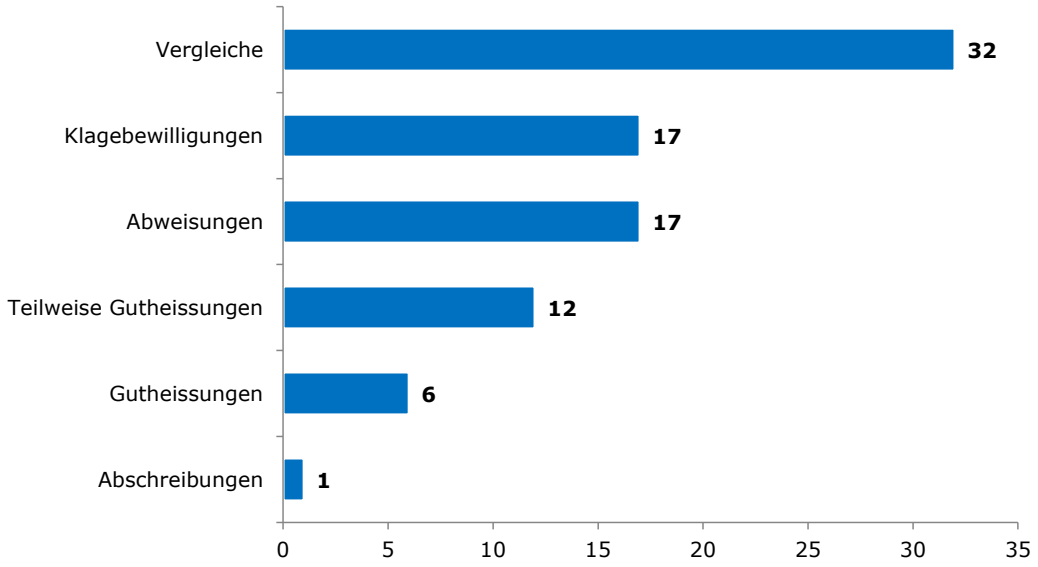

Abbildung 9: Verfahrensausgang der zivilrechtlichen Entscheide

Bei den zivilrechtlichen Verfahrensausgängen fällt der insgesamt relativ hohe Anteil an Vergleichen – fast 40% – auf. Abweisungen sowie teilweise und vollständige Gutheissungen machen zusammen dagegen je rund ein Fünftel der Entscheide aus.

2.5.2. Verfahrensausgang Verwaltungsrecht

Der Verfahrensausgang der im Verwaltungsrecht eingegangenen Entscheide präsentiert sich wie folgt (genannt in absteigender Reihenfolge):

– Abweisungen: *59% (131 Entscheide)*;
– Teilweise Gutheissungen: *18% (41 Entscheide)*;
– Gutheissungen: *15% (34 Entscheide)*;
– Nichteintreten: *4% (10 Entscheide);*
– Vergleiche: *2% (4 Entscheide);*
– Klagebewilligungen: *1% (2 Entscheide);* und
– Abschreibungen: *1% (2 Entscheide).*

Bei den verwaltungsrechtlichen Entscheiden wurden rund 60% abgewiesen, rund ein Drittel wurde dagegen ganz oder teilweise gutgeheissen.

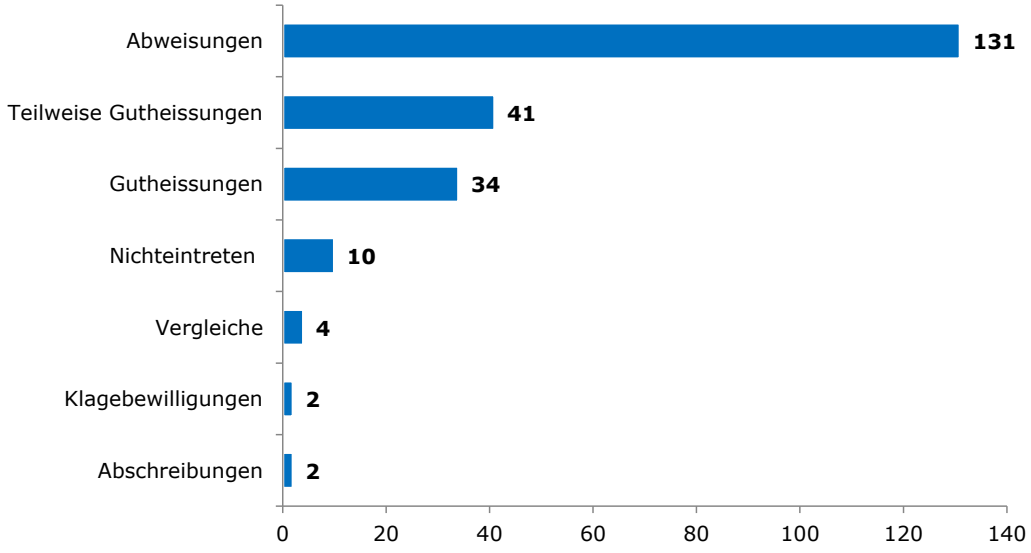

Abbildung 10: Verfahrensausgang der verwaltungsrechtlichen Entscheide

2.5.3. Strafrecht

Der Verfahrensausgang der im Strafrecht ergangenen Entscheide präsentiert sich wie folgt:

- Freisprüche: *22% (16 Entscheide)*;
- Verurteilungen: *56% (40 Entscheide)*;
- Gutheissungen von Beschwerden gegen Verfügungen der Staatsanwaltschaft: *8% (6 Entscheide)*; und
- Abweisungen von Beschwerden gegen Verfügungen der Staatsanwaltschaft *14% (10 Entscheide)*.

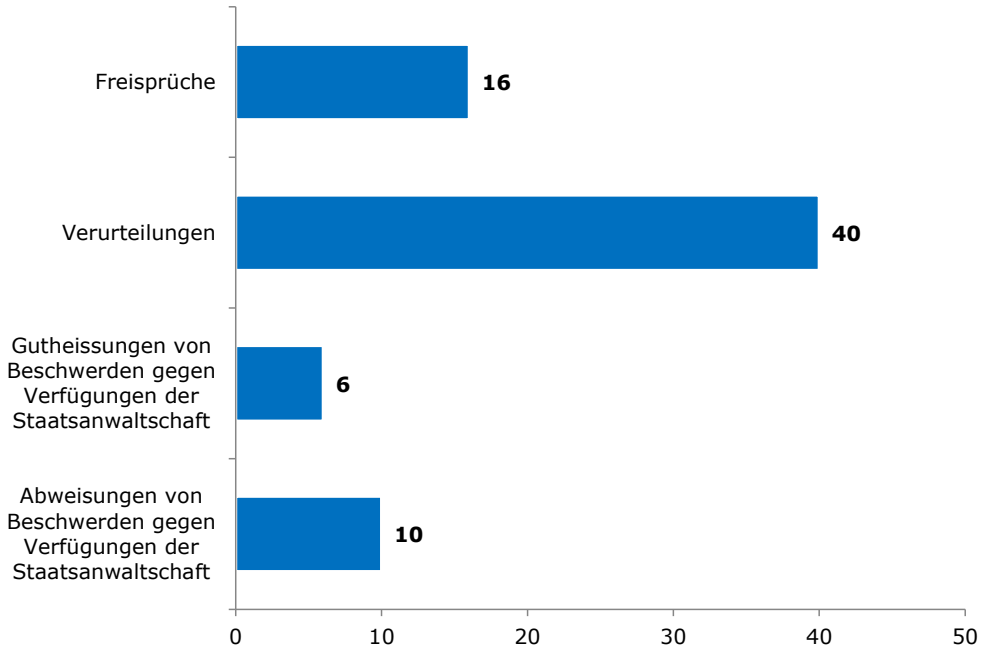

Abbildung 11: Verfahrensausgang der strafrechtlichen Entscheide

2.6. Fazit

Die *Verteilung der Entscheide nach Sprachregionen* hat gezeigt, dass die aus deutschsprachigen Kantonen eingegangenen Entscheide im Verhältnis zu den in der Schweiz gesprochenen Hauptsprachen überrepräsentiert sind. Daraus lässt sich jedoch nicht schliessen, dass Diskriminierungen in der Deutschschweiz häufiger vorkommen als in der lateinischen Schweiz.

Bei der *Verteilung der Entscheide nach Rechtsgrundlagen* wurde festgestellt, dass sich rund ein Drittel auf das GlG stützen, je rund 20% auf die Rassismusstrafnorm und Ehrverletzungsdelikte sowie auf das Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8 Abs. 2 BV. Rund 15% der Entscheide stützen sich schliesslich auf das BehiG. Lediglich 3% betreffen Fälle aus dem Privatrecht, die sich nicht auf das GlG oder das BehiG stützen.

Bei den *gestützt auf Art. 8 Abs. 2 BV eingegangenen Entscheiden* fällt insbesondere die Anzahl ausländerrechtlicher Entscheide (47%) auf. Ein Erklärungsansatz dafür ist die klare bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Einbürgerungsthematik und die damit einhergehende Rechtssicherheit. Zudem haben Personen, die im Ausländerrecht Rechtsmittel erheben – ausser dem Kostenrisiko – keine negativen Folgen zu befürchten. Dies etwa im Gegensatz zum Arbeits- oder Mietrecht, wo der Verlust der Stelle oder der Wohnung droht (wenn dies nicht bereits geschehen ist), wenn sich Betroffene rechtlich gegen Diskriminierungen zur Wehr setzen.

Bei der *Verteilung der Entscheide nach Instanzen und Rechtsgebieten* fällt auf, dass nur rund ein Drittel der eingegangenen Entscheide von Schlichtungsstellen und erstinstanzlichen Gerichten stammt. Zudem sind lediglich 20% der Entscheide von Schlichtungsstellen und erstinstanzlichen Zivilgerichten ergangen, d.h. behandeln zivilrechtliche Diskriminierungen.

Bei der *Verteilung der Entscheide nach Verfahrensausgang* lässt sich konstatieren, dass im Zivil- und Verwaltungsrecht rund die Hälfte der Entscheide abgewiesen und rund 30% teilweise oder vollständig gutgeheissen worden sind. Beim Zivilrecht wurden rund ein Drittel der Fälle mit einem

Vergleich abgeschlossen, Abweisungen sowie teilweise und vollständige Gutheissungen machen dagegen je rund ein Viertel der eingegangenen Entscheide aus. Beim Verwaltungsrecht beträgt die Rate der Abweisungen schliesslich rund zwei Drittel, rund ein Drittel der Entscheide wurde dagegen teilweise oder vollständig gutgeheissen.

3. Analyse spezifischer Informationen aus den eingegangenen Entscheiden

Nachfolgend werden einige spezifische Informationen aus den eingegangenen Entscheiden ausgewertet, die Schlussfolgerungen zum Zugang zur Justiz in der Rechtspraxis zulassen sollen. Im Folgenden werden zunächst das diesbezügliche methodische Vorgehen und anschliessend die Resultate der Analyse erläutert.

3.1. Methodisches Vorgehen

Die nachfolgende Analyse bezieht sich auf *verfahrensrechtliche Aspekte* der eingegangenen Entscheide. Zu diesem Zweck wurden die in der Teilstudie 1 erläuterten verfahrensrechtlichen Elemente der Studie analysiert[35] und eruiert, welche dieser Verfahrensgarantien sich für einen systematischen Vergleich eignen. Dies sind die Folgenden:

- Verfahrenskosten;
- Kosten der Prozessvertretung (Parteikosten),
- Verfahrensdauer; und
- Wirksame, verhältnismässige und generalpräventive Rechtsbehelfe.[36]

Bei der Kategorie der Verfahrensdauer wird die Zeitspanne erfasst, die vom Eingang eines Schlichtungsgesuchs oder einer anderen Rechtsschrift (Beschwerde oder Klage) bis zum Abschluss eines Vergleichs bzw. zum Ergehen eines Entscheids in der jeweiligen Instanz (Schlichtungsverfahren oder Verfahren vor einer Gerichtsbehörde) vergangen ist.

Bei der Kategorie der wirksamen, verhältnismässigen und generalpräventiven Rechtsbehelfe geht es *nicht* um die Analyse des Schadenersatzes im Sinne des Ausgleichs eines eigentlichen, materiell tatsächlich entstandenen Schadens. Vielmehr sollen Entschädigungen für rechtswidriges Verhalten erfasst und verglichen werden, d.h. bspw. für eine diskriminierende Ablehnung einer Anstellung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 und 4 GlG[37] oder Entschädigungszahlungen für eine unrechtmässige Kündigung im Sinne von Art. 336 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 336a OR.

---

35 Es handelt sich um die folgenden Elemente: Voraussetzungen der Klagebefugnis, Rechtsschutz durch Verbände, Organisationen und juristische Personen, Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz, Beweisführung, Verfahrens- und Parteikosten, Zugang zu Prozesskostenhilfe, Frist zur Anhebung eines Verfahrens, Verfahrensdauer sowie wirksame, verhältnismässige und generalpräventive Rechtsbehelfe. Siehe dazu Teilstudie 1, Kap. III.3.

36 Die übrigen, in FN. 35 erwähnten Kriterien, waren aufgrund der geringen Anzahl Entscheide (Rechtschutz durch Verbände etc. sowie Zugang zu Prozesskostenhilfe), aufgrund mangelnder Aussagekraft (Verhandlungs-/Untersuchungsmaxime, Beweisführung) oder weil aus den Entscheiden keine Aussagen gewonnen werden können (Frist zur Anhebung eines Verfahrens, diese ist in den Rechtsgrundlagen geregelt) für eine Analyse nicht geeignet.

37 Das Bundesgericht bezeichnet derartige Entschädigungen als „sui generis“, denen sowohl eine Straf- als auch eine Präventions- und Wiedergutmachungsfunktion zukommt. Siehe Kaufmann/Steiger-Sackmann, N. 25 f. zu Art. 5 GlG.

Die Analyse dieser Elemente erlaubt es, aus der Analyse der Rechtsprechung zusätzliche Informationen zu gewinnen, die ein konkretes Bild über die Ausgestaltung dieser Elemente in der Rechtspraxis aufzeigen. Die Erhebung dieser Informationen wurde auf die Entscheide der folgenden Kategorien beschränkt:

- GlG: Kündigung aufgrund des Zivilstandes, der familiären Situation und aufgrund von Schwangerschaft oder Mutterschaft sowie Kündigungen innerhalb der Sperrfrist von Art. 336c Abs. 1 lit. c OR;
- Behinderung (Fälle gemäss Art. 8 Abs. 2 BV sowie Fälle gemäss BehiG) und
- Privatrecht Allgemein.

Dieses Vorgehen hat sich aufgedrängt, weil die erwähnten Rechtsgebiete thematisch im Zentrum der Studie stehen. Eine Analyse weiterer Rechtsgebiete wäre im Hinblick auf den Beurteilungsgegenstand der Studie und den mit der Analyse verbundenen Aufwand weder zielführend noch aus forschungsökonomischer Sicht sinnvoll gewesen.

3.2. Resultate der Analyse

3.2.1. Gleichstellungsgesetz: Kündigungen aufgrund des Zivilstandes, der familiären Situation und infolge Schwangerschaft oder Mutterschaft

A. Anzahl Fälle und Verteilung

Im Folgenden wird eine detailliertere Analyse zu Verfahren betreffend Diskriminierungen aufgrund des Zivilstandes, der familiären Situation und infolge Schwangerschaft oder Mutterschaft (Art. 3 Abs. 1 GlG) und Art. 336c Abs. 1 lit. c OR (Kündigungen innerhalb der Sperrfrist) aufgezeigt. Die Schlichtungsstellen und Gerichte haben dem SKMR zu dieser Thematik insgesamt 16 Fälle eingereicht. Die 16 Entscheide wurden ergänzt durch eine eigene Recherche beim Bundesgericht,[38] um möglichst alle wichtigen Entscheide in die Beurteilung miteinzubeziehen. Darüber hinaus wurden einzelne Entscheide aus den Datenbanken leg.ch sowie gleichstellungsgesetz.ch näher analysiert.[39] Aus methodischen Gründen wurden dabei 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, Schwangerschaft oder Mutterschaft (Art. 3 Abs. 1 GlG) sowie ein Fall einer 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.

B. Verfahrenskosten

Zu 24 Fällen liegen Angaben über *Verfahrenskosten* vor, dabei wurden

- in 14 Fällen (58% der Fälle) keine Verfahrenskosten erhoben;
- in 10 Fällen (42% der Fälle) Verfahrenskosten erhoben.

---

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

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

Wie hoch fallen die Verfahrenskosten aus? Die folgende Tabelle zeigt den maximalen und minimalen Betrag sowie den Mittelwert und Median[40] aller Fälle, in denen Verfahrenskosten erhoben worden sind.

	Maximal	**Minimal**	**Mittelwert**	**Median**
Verfahrenskosten (erhoben in 10 Fällen)	CHF 6‘500.-	CHF 500.-	CHF 2‘392.-	CHF 1‘600.-

Tabelle 2: Verfahrenskosten Fälle Zivilstand/familiäre Situation/Schwangerschaft/Mutterschaft

C. Parteikosten

Informationen über die *Parteikosten* sind bei 21 Fällen ersichtlich. 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 folgende Angaben aus den Fällen ablesen.

	Maximal	**Minimal**	**Mittelwert**	**Median**
Parteikosten (erhoben in 10 Fällen)	CHF 8‘174.-	CHF 2‘000.-	CHF 4‘366.-	CHF 2‘793.-

Tabelle 3: Parteikosten Fälle Zivilstand/familiäre Situation/Schwangerschaft/Mutterschaft

D. Verfahrensdauer

Zur *Verfahrensdauer* können bei 23 Verfahren Angaben aufgezeigt werden. Die folgende Tabelle fasst diese zusammen.

	Maximal	*Minimal*	*Mittelwert*	*Median*
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 4: Verfahrensdauer Fälle Zivilstand/familiäre Situation/Schwangerschaft/Mutterschaft

[40] Der Median beschreibt denjenigen Wert, der die Gesamtheit aller Werte so teilt, dass 50% über und 50% unter diesem Wert liegen. Im Gegensatz zum Mittelwert (arithmetisches Mittel) ist der Median robust gegen Ausreisser.

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

Im Vergleich zur Dauer der Verfahren bei der Evaluation des GlG sind bei den Gerichtsverfahren zumindest in Bezug auf die Hälfte der Entscheide der Verfahren nur geringe Unterschiede auszumachen (Evaluation GlG 7,3 Monate, Studie rund 9 ¼ Monate).[41]

E. Schadenersatz

Schadenersatz wurde in 16 der insgesamt 29 Verfahren gefordert und zugesprochen. Zur Höhe des Schadenersatzes lassen sich folgende Werte darstellen.

	Maximal	**Minimal**	**Mittelwert**	**Median**
Schadenersatz (Angaben in 16 Fällen)	CHF 42‘628.- (an zwei Klägerinnen)	CHF 733.-	CHF 15‘064.-	CHF 11‘577.-

Tabelle 5: Schadenersatz Fälle Zivilstand/familiäre Situation/Schwangerschaft/Mutterschaft

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

3.2.2. Fälle betreffend Menschen mit Behinderung

A. Anzahl Fälle und Verteilung

Die folgende Tabelle zeigt auf, zu wie vielen Verfahren betreffend eine Diskriminierung von Menschen mit Behinderung die befragten Gerichte Informationen geliefert haben. Dabei wird zum einen zwischen Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit und zum anderen zwischen der Rechtsgrundlage (BehiG oder Art. 8 Abs. 2 BV) differenziert.

	Fälle BehiG	**Fälle Art. 8 Abs. 2 BV, Behinderung**	**Total**
Entscheide Zivilgerichte	4	0	**4**
Entscheide Verwaltungsgericht	56	11	**67**
Total	**60**	**11**	**71**

Tabelle 6: Anzahl Fälle und Verteilung betreffend Menschen mit Behinderung

[41] Da von den Schlichtungsstellen nur zwei Entscheide eingereicht wurden, bei denen Angaben zur Verfahrensdauer vorliegen, erscheint hier ein Vergleich mit den Werten der Evaluation des GlG aufgrund der knappen Datenmenge nicht sachgerecht.

Total gaben die Gerichte also Auskunft über 71 Fälle von Diskriminierung von Menschen mit Behinderung, über 90% dieser Fälle wurden von Verwaltungsgerichten entschieden.

B. Verfahrenskosten

Zu 66 Fällen liegen Angaben über *Verfahrenskosten* vor, dabei wurden

– in 35 Fällen (53% der Fälle) keine Verfahrenskosten erhoben;
– in 31 Fällen (47% der Fälle) Verfahrenskosten erhoben.

Wie hoch fallen die Verfahrenskosten aus? Die folgende Tabelle zeigt den maximalen und minimalen Betrag sowie den Mittelwert und Median[42] aller Fälle, in denen Verfahrenskosten erhoben worden sind.

	Maximal	**Minimal**	**Mittelwert**	**Median**
Verfahrenskosten (erhoben in 31 Fällen)	CHF 20‘986.-	CHF 400.-	CHF 3‘039.-	CHF 2‘060.-

Tabelle 7: Verfahrenskosten Fälle betreffend Menschen mit Behinderung

C. Parteikosten

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. Dort wo Parteikosten erhoben worden sind, lassen sich folgende Angaben aus den Fällen ablesen.

	Maximal	**Minimal**	**Mittelwert**	**Median**
Parteikosten (erhoben in 19 Fällen)	CHF 22‘279.-	CHF 500.-	CHF 5‘070.-	CHF 3‘240.-

Tabelle 8: Parteikosten Fälle betreffend Menschen mit Behinderung

[42] Der Median beschreibt denjenigen Wert, welcher die Gesamtheit aller Werte so teilt, dass 50% über und 50% unter diesem Wert liegen. Im Gegensatz zum Mittelwert (arithmetisches Mittel) ist der Median robust gegen Ausreisser.

D. Verfahrensdauer

Informationen über die *Verfahrensdauer* liegen in 61 Fällen vor. Im Folgenden werden die Eckdaten hierzu aufgezeigt.

	Maximal	**Minimal**	**Mittelwert**	**Median**
Verfahrensdauer (Angaben in 61 Fällen)	67 Monate, 2 Wochen	1 Monat	8 Monate	Monate, 3 Wochen

Tabelle 9: Verfahrensdauer Fälle betreffend Menschen mit Behinderung

3.2.3. Privatrecht Allgemein

Die Gerichte lieferten Informationen zu sechs allgemeinen privatrechtlichen Verfahren in Fällen von Diskriminierungen. Rechtsgrundlagen dafür sind das Arbeitsrecht (allgemein), OR (missbräuchliche Kündigung) sowie diskriminierungsrelevante unbestimmte Rechtsbegriffe/Generalklauseln des ZGB.

In zwei dieser sechs Fälle wurden *Verfahrenskosten* erhoben, einmal in Höhe von CHF 3‘300.- und einmal in Höhe von CHF 10‘000.-.

Parteikosten sind in zwei Fällen nicht ersichtlich und wurden in drei Fällen wettgeschlagen. Im einzigen Fall, in welchem Parteikosten erhoben wurden und ersichtlich sind, betrugen diese CHF 1‘922.-.

Die *Verfahrensdauer* ist nur bei zwei Verfahren ersichtlich und lag bei 24 Monaten und 3 Wochen beziehungsweise bei 2 Monaten und einer Woche.

Schadensersatz wurde in drei dieser sechs Verfahren gefordert und zugesprochen, in Höhe von CHF 3‘060.-, 4‘200.- und 54‘953.-. Beim letzteren Betrag handelt es sich um Schadensersatz in Höhe eines Jahreslohnes. In zwei Fällen konnten sich die Parteien auf einen Vergleich einigen, wobei die von Diskriminierung betroffenen Personen CHF 3‘000.- bzw. 3‘500.- erhalten haben.

3.2.4. Fälle betreffend rassistische Diskriminierung

A. Anzahl Fälle und Verteilung

Bei den Fällen betreffend rassistische Diskriminierung sind von den Gerichten insgesamt rund 100 Entscheide zur Auswertung eingereicht worden. Dabei handelt es sich ausschliesslich um strafrechtliche Entscheide. Effektiv ausgewertet werden konnten davon 72 Fälle. Die restlichen Fälle wurden vom Forschungsgegenstand nicht erfasst, und zwar weil es entweder inhaltlich nicht um Fälle rassistischer Diskriminierung ging oder weil sie nicht im relevanten Beurteilungszeitraum[43] ergangen waren. Zivilrechtliche Entscheide wurden keine eingereicht.

Die Angaben zu den Verfahrens- und Parteikosten konnten bei den Fällen zu rassistischer Diskriminierung nicht ausgewertet werden, da die eingereichten Falle keine verwertbaren Angaben zu den Kosten der Privatkläger enthalten haben.

[43] Vom 01.01.2004 bis am 30.06.2014.

B. Verfahrensdauer

Informationen über die *Verfahrensdauer* liegen in 60 Fällen vor. Im Folgenden werden die Eckdaten hierzu aufgezeigt.

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

Tabelle 10: Verfahrensdauer Fälle betreffend rassistische Diskriminierung

3.3. Qualitative Analyse der Entscheide der Kategorie „Privatrecht Allgemein“

3.3.1. Einleitung

Der Hintergrund dieser Ausführungen besteht darin, dass es in der Schweiz in der jüngeren Vergangenheit verschiedene parlamentarische Vorstösse betreffend die Verbesserung des Diskriminierungsschutzes in der Schweiz gegeben hat. Diese hatten namentlich auch die Einführung eines allgemeinen Gesetzes zum Schutz vor Diskriminierung bzw. eines bereichsspezifischen Einzelfallgesetzes im Bereich Rassismus zum Ziel.[44] Der Bundesrat argumentierte bei der Beantwortung dieser Vorstösse zusammenfassend jeweils sinngemäss, dass die bestehenden gesetzlichen Grundlagen ausreichend seien, um den Diskriminierungsschutz in der Schweiz zu gewährleisten. Er verwies dabei namentlich auf den Diskriminierungsschutz durch die verfassungskonforme Auslegung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen des Privatrechts[45] sowie darauf, *dass es bereits Fälle gebe, „in denen Arbeitgeber wegen diskriminierender Persönlichkeitsverletzungen verurteilt wurden, namentlich wegen Diskriminierung aufgrund der Hautfarbe oder aufgrund der Religion“*[46]. Die nachfolgende Darstellung der bereits bekannten zivilrechtlichen Entscheide zur Diskriminierungsproblematik sowie jener Fälle, die von den angefragten Behörden im Rahmen der vorliegenden Analyse der Rechtsprechung zur Auswertung eingereicht worden sind, hat zum Ziel zu überprüfen, ob die Einschätzung des Bundesrats mit der Rechtswirklichkeit übereinstimmt.

3.3.2. Publizierte Entscheide zum zivilrechtlichen Diskriminierungsschutz

Nachfolgend werden im Sinne einer Übersicht diejenigen publizierten zivilrechtlichen Entscheide zur Diskriminierungsproblematik dargestellt, die Diskriminierungsschutz durch die Auslegung

---

44 Namentlich die Motion Bühlmann 04.3791 vom 17.12.2004 „Gesetz gegen die rassistische Diskriminierung in der Arbeitswelt“, die Motion Zisyadis 06.3082 vom 22.03.2006 „Bundesgesetz gegen Diskriminierung“, die parlamentarische Initiative Rechsteiner 07.422 vom 23.03.2007 „Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz“, die Interpellation Heim 09.3242 vom 20.03.2009 „Diskriminierungsschutz“ sowie die parlamentarische Initiative Prelicz-Huber 10.523 vom 15.12.2010 „Gesetz über die Bekämpfung von rassistischer Diskriminierung“.

45 Siehe dazu Teilstudie 1, Kap. II.4.

46 Siehe die Antwort des Bundesrates vom 20.05.2009 auf die Interpellation Heim 09.3242 „Diskriminierungsschutz“.

diskriminierungsrelevanter Generalklauseln und unbestimmter Rechtsbegriffen des Privatrechts gewährleisten.[47]

A. Tragen eines Kopftuches während der Arbeit: Urteil des Bezirksgerichts Arbon (TG) vom 17. Dezember 1990

Dieser Entscheid[48] betrifft eine Frau, die seit 1981 als Montagearbeiterin bei einer Unternehmung angestellt war, die Elektrohaushaltsgeräte herstellte. Seit Ende 1989 trug sie bei der Arbeit ein Kopftuch. Nachdem sie dazu angehalten worden war, das Kopftuch während der Arbeit in Zukunft nicht mehr zu tragen, da dies gemäss der Betriebsordnung untersagt sei, wurde sie wegen Zuwiderhandelns gegen diese Anweisung, unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist, per Ende März 1990 entlassen. Die Frau erhob in der Folge Klage wegen Verstosses gegen die Glaubensfreiheit, da sie dieses aus religiösen Gründen – und somit in Ausübung eines verfassungsmässigen Rechts – trage. Die Zusammenarbeit im Betrieb werde dadurch nicht beeinträchtigt und im Übrigen gebe es zwei andere Mitarbeiterinnen, die das Kopftuch während der Arbeit tragen dürften. Sie forderte eine Entschädigung von 5,5 Monatslöhnen, wobei ihr Monatslohn etwas mehr als CHF 2000.- betrug. Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klage und gab an, es habe eine Weisung bestanden, die das Tragen von Kopftüchern verbiete, und zwar im Interesse des Bildes der Unternehmung gegen aussen. Einzig für zwei langjährige Angestellte gelte diese Weisung nicht.

Das Bezirksgericht Arbon hält in seinem Urteil fest, dass die Klägerin eine missbräuchliche Kündigung gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. b geltend macht. Laut dieser Bestimmung ist die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses missbräuchlich, wenn eine Partei sie ausspricht, weil die andere Partei ein verfassungsmässiges Recht ausübt, es sei denn, die Rechtsausübung verletze eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb. Die Klägerin habe sich zu Recht auf die Religionsfreiheit berufen, weil das Tragen eines Kopftuches in den sachlichen Geltungsbereich dieses Grundrechts falle. Deshalb sei die Grundvoraussetzung einer missbräuchlichen Kündigung wegen Ausübung eines verfassungsmässigen Rechts im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. b OR gegeben (Erw. 4.a). Das Gericht führt weiter aus, dass ein Arbeitnehmer zwar Weisungen des Arbeitgebers unterliege, diese dürften jedoch nur im Rahmen der betrieblichen Bedürfnisse ausgesprochen werden. Für ein Kopftuchverbot gebe es jedoch im konkreten Fall keine betriebliche Notwendigkeit, weshalb sich die Klägerin auch nicht an diese rechtswidrige Weisung habe halten müssen. Darüber hinaus dürfe der Arbeitgeber den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzen, was vorliegend jedoch durch die Privilegierung von zwei anderen Arbeitnehmerinnen, für die das Kopftuchverbot nicht gegolten habe, geschehen sei (Erw. 4.b). Schliesslich hält das Gericht fest, dass die Rechtsausübung, d.h. das Tragen des Kopftuches durch die Klägerin, die Zusammenarbeit im Betrieb nicht wesentlich beeinträchtigt habe (Erw. 4.c) und bejahte deshalb eine missbräuchliche Kündigung durch die Beklagten. Die aufgrund dieser Rechtsfolge gemäss Art. 336 a OR geschuldete Entschädigung setzte das Gericht in Anbetracht der gesamten Umstände – die Dauer des Arbeitsverhältnisses betrug fast 9 Jahre und der Eingriff in die Rechte der Klägerin wurde als erheblich eingestuft – auf CHF 5‘000.- fest (Erw. 4.d).

---

47 Die Fälle wurden aufgrund einer umfassenden Literaturrecherche und einer Recherche auf der Webseite des Bundesgerichts ausfindig gemacht.

48 Das Urteil wurde abgedruckt in SJZ 87/1991, S. 176-178.

B. Rassistische Persönlichkeitsverletzung, die zu einer Kündigung geführt hat: Urteil des Bezirksgerichts St. Gallen vom 8. November 1999

Diesem Urteil[49] liegt folgender Sachverhalt zu Grunde: Der Kläger jüdischen Glaubens war in einem Malerbetrieb tätig. Sein Vorgesetzter verwendete für Fehlstellen, d.h. mangelhaft ausgeführte Punkte in Malarbeiten, die Bezeichnung „Juden". Der Kläger bat seinen Vorgesetzten vergeblich, diese Bezeichnung für Fehlstellen aufzugeben. Er wandte sich deshalb an den Mitinhaber des Betriebes und beschwerte sich über den fortgesetzten Gebrauch des ihn verletzenden Ausdrucks durch seinen Vorgesetzten. In der Folge wurde der Beklagte entlassen. Er erhob dagegen Klage wegen Persönlichkeitsverletzung.

Das Bezirksgericht St. Gallen hält in seinem Urteil fest, dass Art. 328 Abs. 1 OR dem Arbeitgeber gebietet, im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen. Der Arbeitgeber habe dabei „alle Eingriffe in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu unterlassen, die nicht durch das Arbeitsverhältnis gerechtfertigt sind, und im Rahmen des Arbeitsverhältnisses entsprechende Eingriffe von Vorgesetzten, Mitarbeitern oder Dritten abzuwehren. Zu den geschützten Persönlichkeitsgütern gehören namentlich die persönliche und berufliche Ehre sowie die psychische Integrität". Das Gericht kommt zum Schluss, dass die Bezeichnung „Juden" für Fehlstellen „eine Herabsetzung der Angehörigen dieser Glaubensrichtung und (…) zweifellos einen ungerechtfertigten Eingriff in die Persönlichkeit des [Klägers] dar[stellt]". Nicht relevant sei dabei, dass der Begriff im Malergewerbe offenbar seit langem gebräuchlich war. Art. 328 Abs. 2 OR verpflichtet den Arbeitgeber, Massnahmen zum Schutz der persönlichen Integrität der Arbeitnehmer zu treffen. Obschon der Geschäftsführung der Unternehmung der problematische Gebrauch der Bezeichnung „Juden" und die Betroffenheit des Klägers bekannt war, habe sie keine ihr zumutbaren Massnahmen unternommen, um den Gebrauch dieses Begriffs durch die Mitarbeitenden – etwa eine ausdrückliche Weisung, dies zu unterlassen – ergriffen. Deshalb habe sie ihre Schutzpflichten vernachlässigt, weshalb sie die Persönlichkeitsverletzung des Klägers mitzuverantworten habe. Die Kündigung wurde vom Gericht als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR qualifiziert, da sie unmittelbar ausgesprochen wurde, nachdem der Kläger beim Mitinhaber des Betriebes die Unterlassung der Persönlichkeitsverletzung gefordert hatte.

C. Anstellungsdiskriminierung aus rassistischen Gründen: Urteil des Tribunal de Prud'Hommes de l'arrondissement de Lausanne vom 10.10.2005

Dieser Entscheid[50] betrifft eine dunkelhäutige Frau, die sich spontan für eine Teilzeittätigkeit (30%) als Nachtwache in einem privaten Alterspflegeheim beworben hatte. Beim Bewerbungsgespräch wurde ihr mitgeteilt, dass eine Anstellung als Nachwache wegen ihrer Hautfarbe nicht in Frage komme. Zur Begründung führt die (potenzielle) Arbeitgeberin aus, dass ein Teil der pflegebedürftigen Patienten Pflegerinnen mit anderer Hautfarbe nicht akzeptieren würden. Die Frau erhob in der Folge Klage und forderte, dass die Nichtanstellung aus Gründen der Hautfarbe als Persönlichkeitsverletzung gemäss Art. 328 OR, sowie als Verletzung des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes festzustellen sei. Zudem forderte sie die Bezahlung einer Genugtuung von CHF 10'000.

---

49 Auszüge des Urteils sind abgedruckt in JAR 2000, S. 178-179.

50 Besprochen von Pärli, ARV 2006 [ARV], S. 23-26, S. 23. Auszüge des Urteils sind abgedruckt in JAR 2007, S. 511-519.

Das Gericht hielt in seinem Urteil zunächst fest, dass abgeleitet aus Art. 328 OR bereits im Bewerbungsverfahren ein Anspruch auf Schutz der Persönlichkeit bestehe, auch wenn zwischen den Parteien kein Arbeitsvertrag bestehe. Die Nichtanstellung aufgrund der Hautfarbe qualifizierte das Gericht als schwere Persönlichkeitsverletzung, welche die Ausrichtung einer Genugtuung rechtfertigte. Diese legte das Gericht auf CHF 5‘000.- fest. In Bezug auf die Verletzung des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes folgte das Gericht der Klägerin hingegen nicht, und verneinte eine direkte Drittwirkung der Grundrechte. Dagegen bejahte das Gericht eine indirekte Drittwirkung der Grundrechte, und zwar dahingehend, dass der Zivilrichter Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe grundrechtskonform auszulegen habe.

D. Anstellungsdiskriminierung aus rassistischen Gründen: Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 13. Januar 2006

Bei diesem Entscheid[51] meldete eine Reinigungsfirma einem Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) eine offene Teilzeitstelle mit dem Hinweis, man wolle (wegen der Kundschaft und dem Firmenprofil) keine Leute aus dem Balkan. Die Klägerin, eine Schweizerin mit mazedonischer Abstammung, bewarb sich auf Vorschlag ihrer RAV-Beraterin bei der Reinigungsfirma (dies wurde im Prozess bestritten). Auf die Bewerbung hin schrieb die Beklagte dem RAV per E-Mail, dass sie ausdrücklich keine Leute aus dem Balkan einstellen wolle. Die Klägerin forderte von der Beklagten infolge einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung gestützt auf Art. 28 ZGB und Art. 328 OR sowie infolge einer Kontrahierungspflicht der Beklagten Schadenersatz und Genugtuung in der Höhe von CHF 5‘000.-. Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klage und führte u.a. aus, dass die Klägerin aufgrund ihrer Deutschkenntnisse für die in Frage stehende Stelle ohnehin nicht in Frage gekommen wäre, und dass sie nicht ins Firmenprofil passe, da sie aus dem Balkan stamme.

Das Gericht beschäftigte sich in seinem Urteil zunächst mit seiner Zuständigkeit und hielt fest, dass der Begriff der arbeitsrechtlichen Streitigkeit wegen dem Sozialschutz weit auszulegen sei. Der zu prüfende Anspruch aus Vertragsverhandlungen genüge, um die sachliche Zuständigkeit des Gerichts – auch ohne Vorliegen eines Arbeitsvertrages – zu bejahen. Weiter liess das Gericht offen, ob Art. 328 OR eine Vorwirkung zukomme (Erw. 5.1). Es prüfte vielmehr eine Haftung aus culpa in contrahendo, „die besagt, dass für den Schaden einzustehen hat, wer schuldhaft in vorvertraglicher Pflicht zu einem Verhalten nach Treu und Glauben verstösst“[52]. Gemäss dem Urteil stellt „ein Stelleninserat oder eine Offerte an eine Personalvermittlungsfirma eine Aufforderung zur Aufnahme von Vertragsverhandlungen dar“, weshalb die Vertragsverhandlungen mit der Bewerbung des stellensuchenden Arbeitnehmers beginnen würden (Erw. 5.2/a). Die Beklagte wendete hierzu ein, sie sei gar nicht in Vertragsverhandlungen mit der Klägerin eingetreten, da sie gemäss Stelleninserat gar keine Leute aus dem Balkan habe anstellen wollen. Das Gericht beurteilte diesen Teil des Inserates als teilnichtig im Sinne von Art. 20 OR, da es gegen die Rassendiskriminierungskonvention (CERD) verstosse, welche die Schweiz ratifiziert habe. Deshalb galt „die Aufforderung der Beklagten zu Vertragsverhandlungen (…) für alle arbeitslosen Stellensuchenden und damit galten auch die gegenüber Bewerbern erhöhten Sorgfaltspflichten“[53] (Erw. 5.2/e). Weiter wurden die von der Beklagten aufgeführten Rechtfertigungsgründe vom Gericht

---

51 Ebenfalls besprochen bei Pärli [ARV], S. 24-26. Auszüge des Urteils sind abgedruckt in JAR 2007, S. 509-510.

52 Pärli [ARV], S. 24.

53 Ibid., S. 25.

nicht gehört, insbesondere die Weigerung der Beklagten, Leute aus dem Balkan anzustellen, da sie durch die Anstellung solcher Personen einen Kundenverlust befürchtete. Die Beklagte konnte dafür keine sachlich übergeordneten betrieblichen Gründe aufführen (Erw. 5.4/b). Schliesslich berief sich die Beklagte auf die Vertragsfreiheit, wofür das Gericht jedoch kein Gehör fand. Gemäss dem Urteil stellt die Vertragsfreiheit zwar ein Grundprinzip des schweizerischen Zivilrechts dar (Art. 19 Abs. 1 OR), das besagt, „dass grundsätzlich niemand verpflichtet werden könne, mit jemandem einen Vertrag einzugehen". Deshalb könne der Arbeitgeber zwar grundsätzlich die Anstellung von Personen einer bestimmten Rasse ablehnen. Unsere Rechtsordnung anerkenne jedoch auch, „dass diskriminierendes Verhalten bei der Anstellung sanktioniert werden könne (…). Bestimmte diskriminierende, vorvertragliche Verhaltensweisen bei der Anstellung könnten nicht durch die Vertragsfreiheit gerechtfertigt werden und ausserdem Anlass für eine Genugtuung geben"[54] (Erw. 5.5/b). Die Äusserungen des Beklagten wurden vom Gericht schliesslich aufgrund der rassistischen, diskriminierenden Äusserungen (E-Mail der Beklagten an das RAV) und infolge des Ausschlusses „der Klägerin am weiteren Bewerbungsprozess aufgrund ihrer Herkunft und ihrer Religionszugehörigkeit" als widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung qualifiziert.[55] Aufgrund der Schwere der Persönlichkeitsverletzung verurteilte das Gericht die Beklagte zur Zahlung einer Genugtuung von CHF 5'000 (Erw. 5.6/k).

E. Missbräuchliche Kündigung aus rassistischen Motiven: Urteil des Bundesgerichts vom 11. November 1993

Diesem Entscheid[56] lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Ende Oktober 1991 sprach der Chef des Verkaufs einer Unternehmung in Genf gegenüber drei Mitarbeitern mit schwarzer Hautfarbe unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus. Im Rahmen des Kündigungsgesprächs erklärte er, dass in den Filialen, in denen schwarze Mitarbeiter gearbeitet hätten, Waren gestohlen worden seien. Die Mitarbeiter folgerten aus dieser Aussage, dass ihnen aufgrund ihrer schwarzen Hautfarbe gekündigt worden war. Der Verkaufschef behauptete jedoch im darauf folgenden Prozess, den betreffenden Mitarbeitern sei aus wirtschaftlichen Gründen gekündigt worden, da die Direktion der Unternehmung einen Personalabbau angeordnet habe.

Das Bundesgericht befasste sich in seinem Urteil mit der Frage der missbräuchlichen Kündigung gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. a OR. Danach ist die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses missbräuchlich, wenn eine Partei sie ausspricht wegen einer Eigenschaft, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht, es sei denn, diese Eigenschaft stehe in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb. Gemäss der kantonalen Vorinstanz haben wirtschaftliche Gründe sowie der Entscheid der Unternehmung, sich von den unter dem Verdacht des Diebstahls befindenden Mitarbeitern schwarzer Hautfarbe zu trennen, zur Kündigung geführt. Dabei sei das zweite, missbräuchliche Motiv für die Kündigung ausschlaggebend gewesen. Die Beklagte wendete vor Bundesgericht ein, dass den Klägern ohnehin gekündigt worden wäre, da die Direktion der Unternehmung angeordnet habe, in erster Linie Asylbewerber zu entlassen, wovon damals sechs in der Unternehmung gearbeitet

---

54 Ibid.

55 Ibid.

56 Der Sachverhalt des Urteils wird erwähnt bei GEISER, Diskriminierung am Arbeitsplatz: Die Rechtslage in der Schweiz, Tangram Nr. 11, September 2001, S. 13-21, S. 13. Für einen Auszug des Urteils siehe JAR 1994, S. 198-200.

hätten. Die Beklagte machte deshalb geltend, wirtschaftliche Gründe seien für die Kündigungen ausschlaggebend gewesen.

Das Bundesgericht hielt fest, dass für die Annahme einer missbräuchlichen Kündigung ein Kausalzusammenhang zwischen dem verwerflichen Kündigungsmotiv und der Kündigung bestehen müsse. Mit anderen Worten müsse das widerrechtliche Motiv für den Entschluss, den Vertrag aufzulösen, eine entscheidende Rolle gespielt haben. Falls mehrere mögliche Kündigungsmotive in Frage kommen, und eines davon nicht schützenswert sei, müsse geklärt werden, ob der Vertrag auch ohne dieses nicht schützenswerte Motiv aufgehoben worden wäre. Wenn dies zutrifft, ist die Kündigung nicht missbräuchlich. Gemäss Bundesgericht geht es bei der Beantwortung dieser Frage um die Frage der natürlichen Kausalität. Somit handelt es sich um eine Sachverhaltsfeststellung, die das Bundesgericht im Rahmen dieses Verfahrens nicht überprüfen könne. Es beurteilte die desbezügliche Rüge deshalb als unzulässig.

Die Beklagte stellte schliesslich subsidiär den unzulässigen Charakter des Kündigungsmotives in Frage, welches das kantonale Gericht als ausschlaggebend qualifiziert hatte. Gemäss der Beklagten könne eine Unternehmung nämlich einen des Diebstahls verdächtigten Mitarbeiter entlassen, ohne missbräuchlich zu handeln. Das Bundesgericht hält zu diesem Einwand der Beklagten folgendes fest: Der Diebstahlverdacht des Chefs des Verkaufs der Beklagten bezog sich gemäss den für das Bundesgericht bindenden Aussagen der kantonalen Vorinstanz nicht auf konkrete Elemente, sondern einzig auf der Hautfarbe des Klägers. Ein derartiges Motiv sei offenkundig widerrechtlich.[57] Das Bundesgericht bestätigte somit die Schlussfolgerungen der kantonalen Vorinstanz.

F. Altersdiskriminierung: Urteil des Cour d'appel des prud'hommes de Genève vom 10. November 2005

In diesem Fall[58] ging es um einen Hilfsgärtner, 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. Während die erste Instanz dem Kläger die Lohndifferenz zusprach, verneinte es jedoch das Vorliegen einer missbräuchlichen Kündigung. Der Kläger zog das Urteil betreffend missbräuchliche Kündigung weiter. 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; anderseits 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

---

[57] Dabei spiele es keine Rolle, ob sich der Arbeitgeber von einem Mitarbeiter trennt, weil er eine schwarze Hautfarbe hat oder weil er ihn des Diebstahls verdächtigt, weil er eine schwarze Hautfarbe hat – dies komme auf das Gleiche hinaus. Es spiele also keine Rolle, ob die Kündigung direkt oder indirekt auf rassistischen Motiven beruhe.

[58] Dieser Entscheid ist abgedruckt in JAR 2006, S. 469-471.

eine missbräuchliche Kündigung aufgrund des Alters des Klägers und sprach diesem eine Entschädigung von CHF 16‘780.- zu.

G. Privatrechtliche Kontrahierungspflicht

Das Bundesgericht hat sich in seinem sogenannten „Post-Entscheid“[59] aus dem Jahr 2002, 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. In diesem Zusammenhang hielt es zunächst fest, dass „sich eine Kontrahierungspflicht (…) aus allgemeinen Prinzipien des Privatrechts wie dem Verbot sittenwidrigen Verhaltens ergeben [könne]“. Vor der Konkretisierung dieses Grundsatzes sei jedoch zunächst festzuhalten, „dass die Vertragsfreiheit – und damit auch die Vertragsabschlussfreiheit – als Element der Privatautonomie einen ausserordentlich hohen Stellenwert in der Privatordnung [habe]“. Es führte weiter aus, dass Kontrahierungspflichten, der keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage zugrunde liegen, nur in Ausnahmefällen und „nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden [dürfen]“.[60] Aus dem Grundsatz des Verbots sittenwidrigen Verhaltens könne jedoch unter den folgenden Voraussetzungen eine Kontrahierungspflicht abgeleitet werden:

Erstens müssen die Waren oder Dienstleistungen des fraglichen Unternehmers allgemein und öffentlich angeboten werden (der rein private Güteraustausch fällt demnach nicht darunter). Zweitens müsse es sich um Güter und Dienstleistungen handeln, die zum Normalbedarf gehören, d.h. solche, „die heute jedermann zur Verfügung stehen und im Alltag in Anspruch genommen werden“. Drittens dürfen dem Interessenten aufgrund der starken Marktstellung des Anbieters keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stehen, um seinen Normalbedarf zu befriedigen. Und viertens könne eine Kontrahierungspflicht nur dann angenommen werden, „wenn der Unternehmer keine sachlich gerechtfertigten Gründe für die Verweigerung des Vertragsabschlusses anzugeben vermag“[61]. Unter diesen Voraussetzungen wird demnach das Prinzip der Vertragsfreiheit durchbrochen und die Anbieter werden damit verpflichtet, mit den Interessierten einen Vertrag einzugehen. Andernfalls ist zu prüfen, ob im konkreten Fall eine Diskriminierung vorliegt.

H. Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz

Das Bundesgericht hat sich in seinem Leitentscheid vom 17. Dezember 2002[62] zur Tragweite des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Arbeitsrecht geäussert. Hintergrund war die Verweigerung der Ausrichtung einer Gratifikation für den aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschiedenen Kläger, wohingegen anderen Arbeitnehmenden eine Gratifikation ausgerichtet worden war. Das Bundesgericht hielt fest, dass „eine unsachliche und willkürliche Entscheidung des Arbeitgebers nur dann eine Persönlichkeitsverletzung und damit einen Verstoss gegen das individuelle Diskriminierungsverbot darstellen kann, wenn darin eine den Arbeitnehmer verletzende Geringschätzung seiner Persönlichkeit zum Ausdruck kommt. Eine solche [könne] von vorherein nur dann gegeben sein, wenn ein Arbeitnehmer gegenüber einer Vielzahl von anderen Arbeitnehmern deutlich un-

59 BGE 129 III 35, S. 45 f.,E. 6.3.

60 Ibid., S. 45.

61 Ibid., S. 46.

62 BGE 129 III 276.

günstiger gestellt wird, nicht jedoch, wenn der Arbeitgeber bloss einzelne Arbeitnehmer besser stellt".[63]

Im Gegensatz zu den oben erläuterten Fällen (Ziff. III.3.3.2.A-F) geht es in diesem Urteil allerdings um die Ungleichbehandlung zwischen Arbeitnehmenden und nicht um einen Fall individueller Diskriminierung im Sinne der Anknüpfung an gemäss Art. 8 Abs. 2 BV und analoger Normen verpönte Merkmale. Er ist deshalb für die vorliegende Studie nur von beschränkter Relevanz.

3.3.3. Analyse der im Rahmen der vorliegenden Studie eingegangenen zivilrechtlichen Entscheide zum Diskriminierungsschutz

Nachfolgend werden die Entscheide der Kategorie „Privatrecht allgemein" dargestellt, die dem SKMR im Rahmen der Analyse der Rechtsprechung von den Behörden zur Auswertung eingereicht worden sind. Wie bereits erwähnt (siehe oben, Ziff. III.2.2), handelt es sich dabei um Entscheide, die sich auf das Obligationenrecht im Allgemeinen oder auf unbestimmte Rechtsbegriffe/Generalklauseln stützen, und die weder dem GlG noch dem BehiG zugeordnet werden können.

A. Zwei Vergleiche und ein Säumnisurteil

In dieser Unterkategorie geht es um insgesamt drei Fälle betreffend Forderungsklagen aus arbeitsrechtlichen Verhältnissen, die von der Gewerbekammer bzw. vom Arbeitsgericht des Bezirksgerichts der Sense (FR) entschieden worden sind. Da lediglich das Dispositiv der Entscheide vorliegt, sind die Informationen zum genauen Streitgegenstand und den daraus abgeleiteten Rechtsansprüchen in diesen Fällen nicht greifbar.

In den beiden ersten Entscheiden[64] geht es um arbeitsrechtliche Streitigkeiten, die jeweils per Vergleich erledigt und abgeschrieben wurden, wobei keine Verfahrenskosten gesprochen und die Parteikosten wettgeschlagen worden sind. Im dritten Entscheid[65] wird der beklagte Arbeitgeber im Rahmen eines Säumnisurteils zur Bezahlung von Lohnforderungen (total CHF 47'458.30) und einer Entschädigung für nichtbezogene Ferien von CHF 7'494.70 verurteilt. Zudem muss er dem Arbeitnehmer ein Arbeitszeugnis ausstellen, dessen Aufgabenbereich im Urteil definiert worden ist. Die Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 300.- sowie die Gerichts- (CHF 3'000.-) und Parteikosten werden dem Beklagten auferlegt.

Fazit: Weil von diesen Entscheiden nur das Dispositiv vorliegt, bleibt unklar, welcher Art der Diskriminierung die Arbeitnehmer erfahren haben und wie diese vom Gericht rechtlich qualifiziert worden ist bzw. auf welche Tatbestände des Obligationenrechts sich die Entscheide gestützt haben.

---

63 Ibid., E. 3.1.

64 Urteile der Gewerbekammer des Bezirksgerichts der Sense (FR) vom 15.12.2008 sowie vom 09.01.2011, Verfahrensnummern 35 08-13 sowie 35 09-2.

65 Entscheid des Arbeitsgerichts des Bezirksgerichts der Sense (FR) vom 21.02.2012.

B. Rachekündigung (Art. 336 Abs. 1 lit. d OR)

Dieser von der Gewerbekammer des Bezirksgerichts der Sense (FR) beurteilten arbeitsrechtlichen Streitigkeit[66] liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Die Klägerin hatte im Februar 2004 einen Arbeitsvertrag mit der Beklagten abgeschlossen und machte diesen mit Schreiben vom 26. August 2005 darauf aufmerksam, dass die Lohnzahlungen immer zu spät erfolgen würden, dass der 13. Monatslohn ausstehend sei, dass zu hohe AHV-Beiträge in Abzug gebracht würden, dass krankheitsbedingte Abwesenheiten von den Überstunden abgezogen und ihr die Feiertage von den Ferien abgezogen würden. Die Beklagte kündigte daraufhin das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 31. August 2005 per Ende Oktober 2006. Die Gewerbekammer folgte grundsätzlich den Begehren der Klägerin, wonach ihr die ausstehenden Lohnforderungen (inkl. Rückvergütung zu viel abgezogener ALV-Beiträge) zu erstatten sind. Zudem qualifizierte sie die Kündigung der Beklagten als eine gegen das Prinzip von Treu und Glauben verstossende Rachekündigung im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR. Eine solche liegt gemäss der Gewerbekammer vor, „wenn eine Partei die Kündigung ausspricht, weil die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht“ (E. 4.1). Die Höhe der Entschädigung wurde aufgrund der relativ kurzen Dauer des Arbeitsverhältnisses und der gesamten Umstände auf *einen Monatslohn* – gefordert worden waren mind. drei Monatslöhne –, d.h. CHF 4’200.-, festgelegt. Es wurden keine Gerichtskosten erhoben und die Parteikosten wurden wettgeschlagen. Die Verfahrensdauer betrug vom Eingang der Klage bis zum Urteil zwei Monate und eine Woche.

Fazit: Die Gewerbekammer des Bezirksgerichts der Sense hat in ihrem Urteil zwar den Grundsatz von Treu und Glauben angewendet und das Verhalten der Beklagten rechtlich als missbräuchliche Kündigung qualifiziert. Bei diesem Sachverhalt liegt jedoch keine Diskriminierung im Sinne der Studie vor, d.h. eine solche, die an ein verpöntes Merkmal im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV anknüpft, sondern eine Rachekündigung. Das Urteil ist deshalb für die Problematik der zivilrechtlichen Entscheide in Diskriminierungsfällen nicht ergiebig.[67]

C. Rachekündigung und Persönlichkeitsverletzung (Art. 336 Abs. 1 OR und Art. 328 OR)

Diese vom Zivilgericht des Bezirksgerichts der Sense (FR) beurteilte arbeitsrechtliche Streitigkeit[68] betrifft ebenfalls eine Konstellation, in der von der Klägerin eine missbräuchliche Kündigung im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR geltend gemacht wird. Zur Begründung führte die Klägerin aus, dass sie entlassen worden sei, weil sie die angeblich widerrechtlich zustande gekommene Senkung der BVG-Sparbeiträge verhindern wollte. Das Gericht legt jedoch überzeugend dar, dass wirtschaftliche Gründe für die Kündigung ausschlaggebend gewesen sind (Erw. 2.2.3). Weiter macht die Beklagte eine Verletzung der Persönlichkeit gemäss Art. 328 OR geltend, da die Beklagte angeblich unbefugt unwahre und nachteilige Referenzen erteilt habe. Diesen Teil der Klage weist das Gericht ebenfalls ab, da die Vorbringen der Klägerin beweismässig nicht erstellt gewesen sind (Erw. 7). Damit liegt auch in diesem Fall keine Diskriminierung vor, wie es im Rahmen der vorliegenden Studie von Interesse ist.[69]

---

66 Urteil vom 08.02.2006, Verfahrensnummer GK 05-6.

67 Aus diesem Grund wird auch nicht näher darauf eingegangen, namentlich auf die Beweiswürdigung, die jedoch grundsätzlich als plausibel und nachvollziehbar beurteilt wird.

68 Urteil vom 11.11.2008, Verfahrensnummer 15 08-37.

69 Aus diesem Grund wird auch nicht näher darauf eingegangen, namentlich auf die Beweiswürdigung, die jedoch grundsätzlich als plausibel und nachvollziehbar beurteilt wird.

Fazit: Bei der von der Klägerin behaupteten missbräuchlichen Kündigung sowie der Persönlichkeitsverletzung geht es nicht um Diskriminierungen im Sinne der Studie, da nicht an ein verpöntes Merkmal im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV angeknüpft wird. Das Urteil ist deshalb für die Problematik der zivilrechtlichen Urteile in Diskriminierungssituationen nicht ergiebig.

D. Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsanspruch (Art. 328 OR)

Diesem von der Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Solothurn in zweiter Instanz beurteilten arbeitsrechtlichen Streitigkeit,[70] liegt folgender Sachverhalt zu Grunde: Der Arbeitnehmer (nachfolgend: Z) war innerhalb des Geschäftszweigs einer Unternehmung (nachfolgend: X-AG) tätig, die von seiner nachmaligen Arbeitgeberin (nachfolgend: Y-AG) per 1. April 2002 übernommen worden war. Bei dieser Übernahme wurden die Arbeitsverträge der Arbeitnehmer der X-AG ohne Änderung übernommen, so auch jener von Z. Die Übernahme beinhaltete auch eine Dienstjubiläums-Entschädigung pro rata, die mit dem Erreichen des Jubiläums ausbezahlt werden musste. Falls ein Mitarbeiter die Y-AG vorher verlassen würde, sollte diesem zumindest der Anteil der X-AG ausbezahlt werden. Infolge Auftragsmangels kündigte die Y-AG dem Z per Ende 2005. Dieser erhob anschliessend Klage gegen die Y-AG und klagte die erwähnte Dienstjubiläumsentschädigung in der Höhe von CHF 991.90 nebst Zins zu 5% ein. Das Arbeitsgericht Thal-Gäu gab Z recht und verurteilte die Y-AG zur Bezahlung der Dienstjubiläumsentschädigung sowie einer Parteientschädigung von CHF 2'655.35.

Die Y-AG erhob in der Folge beim Obergericht des Kantons Solothurn eine Nichtigkeitsklage gegen dieses Urteil und machte eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung und eine unrichtige Rechtsanwendung durch das erstinstanzliche Gericht geltend. Das Gericht wies sie in allen Punkten ab. Im vorliegenden Kontext interessant ist die Bezugnahme auf die aus Art. 328 OR abgeleitete bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Gleichbehandlungsgrundsatz und zur Tragweite dieses Grundsatzes im Arbeitsrecht:[71] In der Nichtigkeitsklage war u.a. strittig, ob die Vorinstanz zu Recht davon ausgehen konnte, dass der Dienstjubiläumsanteil der X-AG an Z weiterzugeben sei, was das solothurnische Obergericht bejahte. Es führt diesbezüglich aus, der Arbeitgeber dürfe „nicht einzelne Arbeitnehmer derselben Unternehmung willkürlich, d.h. ohne sachlichen Grund, benachteiligen“[72]. Einzelne Arbeitnehmer dürften dagegen besser gestellt werden. Anschliessend zitiert das solothurnische Obergericht die oben erwähnte Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Gleichbehandlungsgrundsatz und zur Trageweite dieses Grundsatzes im Arbeitsrecht (siehe Ziff. III.3.3.2.H. Das solothurnische Obergericht wendete diese Rechtsprechung schliesslich auf den konkreten Fall an und kam zum Schluss, dass vorliegend nicht bloss einzelne Arbeitnehmer besser gestellt worden seien, da von den durch die Y-AG entlassenen sechs Arbeitnehmer – darunter auch Z – drei, d.h. mindestens die Hälfte, den Dienstjubiläumsbeitrag erhalten hätten. Wie diese drei Arbeitnehmer sei auch Z ordentlich entlassen worden, und „der Kläger würde diskriminiert, wenn er den Dienstjubiläumsanteil wie seine Kollegen in der gleichen Situation *nicht* erhielte“.

Fazit: Dieser Entscheid des solothurnischen Obergerichts nimmt explizit Bezug auf den vom Bundesgericht aus Art. 328 OR abgeleiteten Gleichbehandlungsgrundsatz und zur Tragweite dieses Grundsatzes im Arbeitsrecht. Es stellt im beurteilten Fall fest, dass der Kläger im Verhältnis zu seinen ehemaligen Arbeitskollegen diskriminiert worden wäre, wenn ihm der strittige

---

70 Urteil vom 22.09.2008, Verfahrensnummer ZKNIB.2007.79.

71 BGE 129 III 276 E. 3.1 S. 281 ff.

72 E.. 5.4, S. 10.

*Dienstjubiläumsanteil nicht ausbezahlt worden wäre. Es handelt sich hier also um einen Fall, in dem ein kantonales Gericht aus dem arbeitsrechtlichen Persönlichkeitsschutz, einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, und der davon abgeleiteten bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Rechtstellung des Klägers u.a. mit dem Schutz vor Diskriminierung begründet. Wie oben erwähnt (*Ziff. III.3.3.2.H. *geht es dabei jedoch nicht um einen Fall individueller Diskriminierung, wie es dem Konzept der vorliegenden Studie zugrunde liegt. Dieser Entscheid ist deshalb nicht weiter von Interesse.*

3.4. Zwischenfazit

Bei der vorliegenden Analyse der Rechtsprechung bestand ein wesentlicher Schwerpunkt darin, weitere zivilrechtliche Entscheide zu identifizieren, bei denen sich der Diskriminierungsschutz auf Bestimmungen des Privatrechts stützt. Von den total 453 eingegangen Entscheiden konnten lediglich sechs Fälle identifiziert werden, die sich auf das Obligationenrecht im Allgemeinen und/oder auf unbestimmte Rechtsbegriffe bzw. Generalklauseln stützen.

Die Detailanalyse 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 Urteil in der Sache geendet haben und jeweils nur das Entscheiddispositiv vorlag.[73] In zwei weiteren Entscheiden[74] wurde zwar das Prinzip von Treu und Glauben (im Zusammenhang mit Art. 336 Abs. 1 lit. d OR) und in einem weiteren Entscheid[75] der arbeitsrechtliche Persönlichkeitsschutz (Art. 328 OR) angesprochen. Bei diesen drei 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. Somit wurde zusätzlich zu den publizierten sieben Fällen[76] kein weiterer Fall identifiziert, bei dem von einem Gericht für den Diskriminierungsschutz unbestimmte Rechtsbegriffe bzw. allgemeine Generalklauseln des ZGB und OR angewandt wurden.

Die Aussage des Bundesrates, wonach die in der Schweiz bestehenden gesetzlichen Grundlagen – namentlich die unbestimmten Generalklauseln und Rechtsbegriffe – genügen, um einen ausreichenden Rechtsschutz vor Diskriminierung zu gewährleisten, kann durch die umfassende Analyse der Rechtsprechung somit nicht bestätigt werden: Diese Analyse der Rechtsprechung hat seit 1990 nur sieben Fälle hervorgebracht, in denen kantonale Gerichte oder das Bundesgericht die besagten Grundlagen in Diskriminierungsfällen zur Anwendung gebracht haben. 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 sich die rechtlichen Grundlagen zum Diskriminierungsschutz in der Praxis als untauglich erwiesen haben.

---

73 Siehe oben, Ziff. III.3.3.3.A.

74 Siehe oben, Ziff. III.3.3.3.B.

75 Siehe oben, Ziff. III.3.3.3.D.

76 Siehe oben, Ziff. III.3.3.2.

IV. GESAMTFAZIT UND SCHLUSSFOLGERUNGEN

Von den im Rahmen der Analyse der Rechtsprechung angefragten 522 Schlichtungsstellen und Gerichten haben 342 auf die Anfrage des SKMR/BJ reagiert. Dies entspricht einer *Rücklaufquote von rund 65%*, womit den Erkenntnissen aus dieser Teilstudie eine hohe Aussagekraft zukommt.

Insgesamt sind 453 Entscheide eingegangen, davon 79% aus der deutschen, rund 14% aus der französischen und 7% aus der italienischen Schweiz. Damit sind die aus den deutschsprachigen Kantonen ergangenen Entscheide im Verhältnis zu den in der Schweiz gesprochenen Hauptsprachen überrepräsentiert. Die meisten Entscheide, nämlich 143 (32%) stützen sich auf das Gleichstellungsgesetz. Des Weiteren stützen sich 101 (22%) auf die Rassismusstrafnorm (Art. 261bis STGB) bzw. auf Ehrverletzungsdelikte (Art. 173 ff. StGB), 92 Entscheide (20%) auf Art. 8 Abs. 2 BV und 60 Entscheide auf das Behindertengleichstellungsgesetz (13%).

Bei der *Verteilung der Entscheide nach Instanzen und Rechtsgebieten* fällt auf, dass rund 70% von zweitinstanzlichen Gerichten und nur 30% von erstinstanzlichen Gerichten und Schlichtungsstellen eingereicht worden sind.

Nur rund 20% der eingereichten Entscheide betreffen zivilrechtlich Diskriminierungen, wobei diese Urteile sich mit Ausnahme von sechs Fällen auf spezialgesetzliche Bestimmungen des GlG und BehiG und nicht auf diskriminierungsrelevante Bestimmungen von ZGB und OR stützen.

Bei der *Verteilung der Entscheide nach Verfahrensausgang* wurden im *Zivilrecht* rund ein Drittel der beurteilten Fälle mit einem Vergleich abgeschlossen, ein Viertel wurde abgewiesen und ein Viertel wurde teilweise oder vollständig gutgeheissen. Im *Verwaltungsrecht* wurden dagegen rund zwei Drittel der Fälle abgewiesen und ein Drittel teilweise oder vollständig gutgeheissen.

Die quantitative Analyse der Höhe der Verfahrens- und Parteikosten sowie der Verfahrensdauer legt den Schluss nahe, dass bei den eingereichten Entscheiden im Grundsatz weder die Kosten noch die Verfahrensdauer ein signifikantes Hindernis für den Zugang zur Justiz darstellten. Weiter wurde die *Höhe der Entschädigungen* analysiert, die allerdings nur in wenigen Fällen ermittelt werden konnte, weshalb die diesbezüglichen Ergebnisse wenig aussagekräftig sind.

Ein Hauptaugenmerk der Analyse der Rechtsprechung lag schliesslich in der *Identifizierung von Entscheiden betreffend zivilrechtlicher Diskriminierungen*, die sich auf das Obligationenrecht im Allgemeinen oder auf diskriminierungsrelevante unbestimmte Rechtsbegriffe bzw. Generalklauseln des ZGB stützen. Von den angefragten Schlichtungsstellen und Gerichten wurden jedoch keine zivilrechtlichen Entscheide eingereicht, bei denen Diskriminierungen an ein verpöntes Merkmal im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV anknüpfen. Die Aussage des Bundesrates, wonach die in der Schweiz bestehenden gesetzlichen Grundlagen des Privatrechts – namentlich die unbestimmten Generalklauseln und Rechtsbegriffe des ZGB – genügen, um einen ausreichenden Rechtsschutz vor Diskriminierung im Verhältnis zwischen Privaten in jenen Bereichen zu gewährleisten, in welchen die spezialgesetzlichen Regelungen von GlB und BehiG nicht zur Anwendung kommen,kann durch die umfassende Analyse der Rechtsprechung somit nicht bestätigt werden: In der Zeitspanne von 1990 bis heute konnten in Literatur und Rechtsprechung nämlich gerade mal sieben Fälle identifiziert werden, in denen die besagten zivilrechtlichen Rechtsgrundlagen von kantonalen Gerichten oder dem Bundesgericht zur Anwendung gebracht wurden. *Die zentrale Schlussfolgerung der Analyse der Rechtsprechung besteht somit darin, dass sich die in der Schweiz bestehenden gesetzlichen Grundlagen zum allgemeinen zivilrechtlichen Diskriminierungsschutz in der Praxis als unzulänglich erwiesen haben, um in jenen Bereichen, die nicht von GlG und BehiG abdeckt werden, Opfern Schutz zu gewähren.*

TABELLEN-, ABBILDUNGS- UND ANHANGSVERZEICHNIS

TABELLENVERZEICHNIS

Tabelle 1: Kantone und angeschriebene Behörden nach sachlicher Zuständigkeit 6
Tabelle 2: Verfahrenskosten Fälle Zivilstand/familiäre Situation/Schwangerschaft/Mutterschaft 22
Tabelle 3: Parteikosten Fälle Zivilstand/familiäre Situation/Schwangerschaft/Mutterschaft 22
Tabelle 4: Verfahrensdauer Fälle Zivilstand/familiäre Situation/Schwangerschaft/Mutterschaft 22
Tabelle 5: Schadenersatz Fälle Zivilstand/familiäre Situation/Schwangerschaft/Mutterschaft 23
Tabelle 6: Anzahl Fälle und Verteilung betreffend Menschen mit Behinderung 23
Tabelle 7: Verfahrenskosten Fälle betreffend Menschen mit Behinderung 24
Tabelle 8: Parteikosten Fälle betreffend Menschen mit Behinderung 24
Tabelle 9: Verfahrensdauer Fälle betreffend Menschen mit Behinderung..... 25
Tabelle 10: Verfahrensdauer Fälle betreffend rassistische Diskriminierung 26

ABBILDUNGSVERZEICHNIS

Abbildung 1: Verteilung der Entscheide nach Sprachregionen 9
Abbildung 2: Verteilung der Entscheide nach Rechtsgrundlagen 10
Abbildung 3: Verteilung der Entscheide innerhalb des GIG 11
Abbildung 4: Verteilung der Entscheide innerhalb von Art. 8 Abs. 2 BV 11
Abbildung 5: Verteilung der Entscheide innerhalb des Ausländerrechts 12
Abbildung 6: Verteilung der Entscheide innerhalb des BehiG 14
Abbildung 7: Verteilung der Entscheide nach Instanzen..... 15
Abbildung 8: Verteilung der Entscheide nach Rechtsgebieten und Instanzen 16
Abbildung 9: Verfahrensausgang der zivilrechtlichen Entscheide 17
Abbildung 10: Verfahrensausgang der verwaltungsrechtlichen Entscheide 18
Abbildung 11: Verfahrensausgang der strafrechtlichen Entscheide 19

ANHANG

Schreiben des SKMR/BJ vom 1. Juli 2014

LITERATUR- UND MATERIALIENVERZEICHNIS

LITERATURVERZEICHNIS

GEISER THOMAS, Diskriminierung am Arbeitsplatz: Die Rechtslage in der Schweiz, Tangram Nr. 11, September 2001, S. 13-21.

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

PÄRLI KURT, Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf das Arbeitsrecht, ARV 1/2006, S. 23-26.

AMTLICHE PUBLIKATIONEN

BÜHLMANN CÉCILE, Motion 04.3791 vom 17. Dezember 2004 „Gesetz gegen die rassistische Diskriminierung in der Arbeitswelt“.

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

HEIM BEA, Interpellation 09.3242 vom 20. März 2009 „Diskriminierungsschutz“.

PRELICZ-HUBER KATHARINA, Parlamentarische Initiative 10.523 vom 15. Dezember 2010 „Gesetz über die Bekämpfung von rassistischer Diskriminierung“.

RECHSTEINER PAUL, Parlamentarische Initiative 07.422 vom 23. März 2007 „Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz“.

ZISYADIS JOSEF, Motion 06.3082 vom 22. März 2006 „Bundesgesetz gegen Diskriminierung“.

NORMTEXTE

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

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

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

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

Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0).

Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210).

GERICHTSURTEILE

Bundesgericht

BGE 129 I 217.

BGE 129 I 232.

BGE 129 III 276.

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

Kantonale Gerichtsurteile

Entscheid des Arbeitsgerichts des Bezirksgerichts der Sense (FR) vom 21.02.2012.

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

Urteil der Gewerbekammer des Bezirksgerichts der Sense (FR) vom 09.01.2011, Verfahrensnummer 35 09-2.

Urteil der Gewerbekammer des Bezirksgerichts der Sense (FR) vom 15.12.2008, Verfahrensnummer 35 08-13.

Urteil der Gewerbekammer des Bezirksgerichts der Sense (FR) vom 8. Februar 2006, GK 05-06.

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 Obergerichts des Kantons Solothurn vom 22. September 2008, Verfahrensnummer ZKNIB.2007.79.

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.

Urteil des Zivilgerichts des Bezirksgerichts der Sense (FR) vom 11.11.2008, Verfahrensnummer 15 08-37.

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

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD

Bundesamt für Justiz BJ
Direktionsbereich Öffentliches Recht

An das Bundesgericht,
das Bundesstrafgericht,
das Bundesverwaltungsgericht,
die erst- und zweitinstanzlichen kantonalen Gerichte sowie alle kantonalen Schlichtungsstellen in arbeits- und mietrechtlichen Angelegenheiten sowie nach Gleichstellungsgesetz

Bern, 1. Juli 2014

Studie über den Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen / Evaluation des Behindertengleichstellungsgesetzes:

Fallanalyse aller Schlichtungs- und Gerichtsverfahren zu Diskriminierungsfällen

Sehr geehrte Frau Präsidentin,
sehr geehrter Herr Präsident,
sehr geehrte Damen und Herren,

Das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR) führt im Auftrag mehrerer Bundesstellen[1] eine Studie zum Thema „Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen" durch. Die Studie soll klären, wie der Zugang zur Justiz bei Diskriminierungen in der Schweiz funktioniert und ob die in der Schweizer Rechtsordnung vorgesehenen Rechtsnormen in der Praxis einen effektiven und angemessenen Schutz gegen Diskriminierungen gewährleisten. Sie wird unter anderem als Grundlage für die Beantwortung eines parlamentarischen Postulats dienen[2].

Unabhängig von dieser Studie wurde die Arbeitsgemeinschaft Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften (ZHAW)/Büro BASS vom Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements des Innern beauftragt, das Behindertengleichstellungsgesetz (BehiG) zu evaluieren. Die Evaluation soll Anwendung und Wirksamkeit der geltenden materiellrechtlichen Bestimmungen sowie der Instrumente zur Erleichterung der Durchsetzung der Rechtsansprüche analysieren.

In beiden Projekten ist eine Analyse aller relevanten Gerichtsfälle der vergangenen 10 Jahre vorgesehen. Zudem soll eine Einschätzung der Wirksamkeit der untersuchten Bestimmungen vorgenommen werden.

---

[1] Bundesamt für Justiz, Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann, Fachstelle für Rassismusbekämpfung, Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen.

[2] Das Postulat 12.3543 (Naef) verlangt vom Bundesrat, „einen Bericht vorzulegen, der die Potenziale des geltenden Bundesrechts zum Schutz vor Diskriminierung aufzeigt und eine rechtsvergleichende Auslegeordnung zur Wirksamkeit verschiedener Rechtsbehelfe vornimmt".

Damit diese Untersuchungen vorgenommen werden können, möchten wir Sie höflich darum bitten:

- Dem SKMR alle relevanten Entscheidungen, die Ihre Behörde im massgebenden Zeitraum gefällt hat, zuzustellen;[3]
- Von einem oder mehreren Mitarbeitern Ihrer Behörde mit einschlägiger Erfahrung den beiliegenden Fragebogen ausfüllen zu lassen (persönliche Einschätzung der rechtlichen Instrumente gegen Diskriminierungen).

Zustellung der relevanten Entscheidungen:

Wir währen Ihnen dankbar, wenn Sie dem SKMR alle Urteile, Endentscheide und Abschreibungsbeschlüsse der Verfahren, in welchen Diskriminierung im hiernach beschriebenen Sinn geltend gemacht wurde und die Ihre Behörde seit dem 1. Januar 2004 bis heute zu behandeln hatte (auch zu diesem Punkt bereits hängige Verfahren), zuschicken könnten.

Für die Durchführung der Untersuchungen und damit sie möglichst vollständige Ergebnisse erbringen kann, möchten wir Sie bitten, die nachfolgenden Punkte zu berücksichtigen:

- Die Untersuchungen umfassen sowohl die *veröffentlichten* als auch die *unveröffentlichten Entscheide.*
- Bitte schicken Sie uns die Entscheide im *Volltext*, wenn möglich in *elektronischer Form.*
- Bei Abschreibungen infolge Vergleich bitten wir Sie auch um den *Vergleichstext.*
- Falls die Dokumente anonymisiert sind, sollten die *Informationen zu den finanziellen Konsequenzen* (inkl. Kostenteiler und Parteientschädigungen) vollständig vorhanden sein.
- Für die Rekonstruktion der Verfahrenswege bitten wir Sie, auf dem Beiblatt zur Fallsuche anzugeben, gegen welche Ihrer Entscheide welche Rechtsmittel eingelegt wurden.

Die Untersuchungen umfassen alle Diskriminierungsfälle, in denen folgende Rechtsgrundlagen angewendet wurden:

- Verfassungsrechtliches Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8 Abs. 2 BV;
- Behindertengleichstellungsgesetz sowie Fälle zur Benachteiligung von Menschen mit Behinderung, die sich lediglich indirekt auf das BehiG beziehen (insb. baurechtliche Bestimmungen der Kantone und Gemeinden);
- Gleichstellungsgesetz: Kündigungen aufgrund des Zivilstandes, der familiären Situation (Mutterschaft) und aufgrund von Schwangerschaft;
- strafrechtliches Verbot zur Rassendiskriminierung (Art. 261bis StGB);
- weitere Straftatbestände, insb. betreffend Ehrverletzungsdelikte, bei denen die strafbare Handlung an Unterscheidungsmerkmale in Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV anknüpft

---

[3] In diesem Zusammenhang möchten wir Sie darauf aufmerksam machen, dass Sie im Juli wie jedes Jahr auch noch die Aufforderung erhalten werden, Urteile des Jahres 2013, die sich auf das Gleichstellungsgesetz stützen, zu Handen der Datenbank www.gleichstellungsgesetz.ch zu melden. Dieses Schreiben wird ebenfalls vom Schweizerischen Kompetenzzentrum für Menschenrechte (Bereich Geschlechterpolitik) verschickt werden.

bzw. ein diskriminierendes Motiv mit ausschlaggebend war (insb. üble Nachrede, Verleumdung und Beschimpfung, Art. 173 ff. StGB);

- Im Falle von Diskriminierungen zwischen Privatpersonen: allgemeine Rechtsprinzipien wie das Prinzip von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB), den Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ff. ZGB, Art. 271, 328, 336 Abs. 1 lit. a, b, c und d und 336c Abs. 1 lit. c OR) oder das Verbot unzulässiger, sittenwidriger oder gegen die öffentliche Ordnung verstossender Verträge (Art. 19 und 20 OR).

  Zur Illustration dieser Kategorie seien folgende Beispiele angeführt:
  - Nichtanstellung einer Frau als Krankenschwester wegen ihrer Hautfarbe;
  - Kündigung einer Frau, da sie während der Arbeit ein Kopftuch trägt;
  - Nichtanstellung eines Mannes wegen seiner Herkunft aus Ex-Jugoslawien;
  - Kündigung des Arbeitsverhältnisses einer Person, da sich diese einer Geschlechtsumwandlung unterzogen hat;
  - Nichtberücksichtigung eines Bewerbers für eine Mietwohnung wegen seiner Herkunft aus Schwarzafrika.

Fragebogen:

Der Fragebogen soll als Grundlage dienen für eine Einschätzung der Wirksamkeit des geltenden Diskriminierungsschutzes. Zusätzlich wird das SKMR persönliche Interviews mit Expertinnen und Experten sowie eine Online-Befragungen von Anwältinnen und Anwälten und von Beratungsstellen durchführen.

Falls Ihr Gericht in mehrere Abteilungen gegliedert ist (Straf-, Zivil-, und/oder Verwaltungs- bzw. Verfassungsrecht) oder in Ihrer Institution mehrere Schlichtungsstellen integriert sind (für Miet- und Arbeitsrecht und/oder gemäss GIG), bitten wir Sie, die Fragebogen durch Personen aus den verschiedenen Bereichen ausfüllen zu lassen.

Definition des Begriffs Diskriminierung:

Die Studie orientiert sich am verfassungsrechtlichen Diskriminierungsbegriff. Dabei handelt es sich um eine qualifizierte Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV, die an ein verpöntes Unterscheidungsmerkmal anknüpft, namentlich an die Herkunft, die Rasse, das Geschlecht, das Alter, die Sprache, die soziale Stellung, die Lebensform, die religiöse, weltanschauliche oder politische Überzeugung oder an die körperliche, geistige oder psychische Behinderung. Die Definition in der Verfassung wird konkretisiert durch spezifische gesetzliche Regelungen, namentlich durch Art. 261bis StGB, Art. 2 BehiG und implizit durch Art. 2 und 28 ZGB sowie durch Art. 19, 20, 271, 328, 336 Abs. 1 lit. a, b, c und d und 336c Abs. 1 lit. c OR. Im Übrigen enthält auch Art. 3 des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann (GIG) eine Definition des Diskriminierungsbegriffs. Da in jüngerer Zeit bereits eine umfassende Evaluation des GIG durchführt wurde, ist dieses jedoch nur insofern Teil der Fallanalyse, als es um Fälle von Kündigungen aufgrund des Zivilstandes, der familiären Situation (Mutterschaft) und von Schwangerschaft geht.

Wir bitten Sie, die Entscheide (auf elektronischem Datenträger oder auf Papier) und die ausgefüllten Fragebogen

<u>bis zum 15. August 2014</u>

dem SKMR zukommen zu lassen.
Eine Klebeetikette für die Adressierung Ihrer Rückantwort liegt bei.

Für Rückfragen stehen Ihnen folgende Personen zur Verfügung:

- Herr Reto Locher, Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte, Tel. 031 / 631 46 41, E-Mail reto.locher@oefre.unibe.ch;
- Frau Cordelia Ehrich, Bundesamt für Justiz, Tel. 031 / 323 88 79, E-Mail cordelia.ehrich@bj.admin.ch,.

Die statistische Erfassung der Fälle und die anschliessende materielle Auswertung werden durch das SKMR bzw. bei Fällen nach BehiG zusätzlich durch die Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften durchgeführt.

Sollten die übermittelten Unterlagen Personendaten erhalten, werden bei der Datenbearbeitung selbstverständlich die Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG, SR 235.1), insbesondere Art. 22 DSG (Bearbeiten für Forschung, Planung und Statistik) eingehalten werden. Diese Unterlagen werden anschliessend vernichtet. Es werden folglich keine Personendaten an Dritte weitergegeben.

Wir sind uns bewusst, dass die Zusammenstellung der einschlägigen Entscheidungen mit einem erheblichen Aufwand verbunden ist. Angesichts der Bedeutung der Thematik sowohl in menschenrechtlicher Hinsicht als auch in der politischen Diskussion sind wir jedoch der Überzeugung, dass eine breit angelegte Untersuchung der Praxis gerechtfertigt ist. Mit Ihrer Mitarbeit leisten Sie einen sehr wesentlichen Beitrag für die Qualität der Fallstudie bzw. der Evaluation des BehiG. Für diesen Beitrag danken wir Ihnen im Voraus sehr herzlich. Selbstverständlich werden wir Sie gerne über die Ergebnisse der Projekte informieren.

Mit freundlichen Grüssen

Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)

Walter Kälin
Direktor

Bundesamt für Justiz BJ
Direktionsbereich öffentliches Recht

Luzius Mader
Stellvertretender Direktor

Beilagen:

- Beiblatt zur Fallsuche
- Fragebogen
- Klebeetikette für Ihre Rückantwort