

Sachdokumentation:

Signatur: DS 5359

Permalink: www.sachdokumentation.ch/bestand/ds/5359



Nutzungsbestimmungen

Dieses elektronische Dokument wird vom Schweizerischen Sozialarchiv zur Verfügung gestellt. Es kann in der angebotenen Form für den Eigengebrauch reproduziert und genutzt werden (private Verwendung, inkl. Lehre und Forschung). Für das Einhalten der urheberrechtlichen Bestimmungen ist der/die Nutzer/in verantwortlich. Jede Verwendung muss mit einem Quellennachweis versehen sein.

Zitierweise für graue Literatur

Elektronische Broschüren und Flugschriften (DS) aus den Dossiers der Sachdokumentation des Sozialarchivs werden gemäss den üblichen Zitierrichtlinien für wissenschaftliche Literatur wenn möglich einzeln zitiert. Es ist jedoch sinnvoll, die verwendeten thematischen Dossiers ebenfalls zu zitieren. Anzugeben sind demnach die Signatur des einzelnen Dokuments sowie das zugehörige Dossier.



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössische Kommission gegen Rassismus EKR
Commission fédérale contre le racisme CFR
Commissione federale contro il razzismo CFR
Cumissiun federala cunter il rasissem CFR

deutsch

Schutz vor rassistischer Diskriminierung im Privatrecht – Analyse und Lösungsvorschläge

Prof. Dr. iur. Kurt Pärli
Lic. iur. Tarek Naguib

Juni 2025





Schutz vor rassistischer Diskriminierung im Privatrecht – Analyse und Lösungsvorschläge

**Prof. Dr. iur. Kurt Pärli
Lic. iur. Tarek Naguib**

Juni 2025

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz	i. S. v.	im Sinne von
AJP	Aktuelle Juristische Praxis	i. V. m.	in Verbindung mit
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 13. März 1964 (SR 822.11)	ICERD/RDK	Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, in Kraft getreten für die Schweiz am 29. Dezember 1994 (SR 0.104)
Art.	Artikel	ILO	International Labour Organisation
ARV	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung	lit.	littera
Aufl.	Auflage	Ltd.	Limited
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts	mp	mietrechtspraxis mp – Zeitschrift für schweizerisches Mietrecht
bpb	Bundeszentrale für politische Bildung	m. w. H.	mit weiteren Hinweisen
BSK	Basler Kommentar	MERS	Menschenrechte Schweiz
bspw.	beispielsweise	MStG	Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927 (SR 321.0)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)	N	Randnote
BWO	Bundesamt für Wohnungswesen	NCCR	National Center of Competence in Research
bzw.	beziehungsweise	Nr.	Nummer
c.	contre	OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
CEDAW	Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, in Kraft getreten für die Schweiz am 26. April 1997 (SR 0.108)	PK	Praxiskommentar
d. h.	das heisst	Rz	Randziffer
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz (Datenschutzgesetz) vom 25. September 2020 (SR 235.1)	S.	Seite
EDÖB	Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter	SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte	SKMR	Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte
EKR	Eidgenössische Kommission gegen Rassismus	SR	Systematische Rechtssammlung
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974 (SR 0.101)	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
et. al	et alii	u. a.	unter anderem
etc.	et cetera	UNO	Vereinte Nationen
EU	Europäische Union	v.	versus
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union	v. a.	vor allem
f./ff.	folgende Seite(n)	vgl.	vergleiche
GIG	Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz) vom 24. März 1995 (SR 151.1)	Vol.	Volume
HIV	Humanes Immundefizienz-Virus	z. B.	zum Beispiel
Hrgs.	Herausgeberinnen und Herausgeber	z. T.	zum Teil
i. S.	im Sinne	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
		ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
		zit.	zitiert
		ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	7
A. Ausgangslage und Fragestellung	7
B. Methodisches Vorgehen und Aufbau	7
Teil 1 – Begriffsklärung: Rassistische Diskriminierung	9
A. Direkte (unmittelbare) rassistische Diskriminierung	10
B. Indirekte (mittelbare) rassistische Diskriminierung	10
C. Assoziierte rassistische Diskriminierung	10
D. Strukturelle (systemische) rassistische Diskriminierung	11
E. Mehrdimensionale rassistische Diskriminierung	11
F. Rassistische Diskriminierung durch Unterlassung	12
G. Rassistische Diskriminierung durch sogenannte «Rachemassnahmen»	12
Teil 2 – Privatrechtliches Arbeitsverhältnis	15
A. Einleitung	15
B. Rechtslage in der Schweiz	16
C. Rassistische Diskriminierung im Verlauf des Arbeitsverhältnisses	17
D. Fazit und Lösungsvorschläge	27
Teil 3 – Privatrechtliches Mietverhältnis	33
A. Fehlender Schutz vor Diskriminierung im Mietrecht	33
B. Wohnungssuche und Vertragsabschluss	34
C. Diskriminierung während des Mietverhältnisses	37
D. Diskriminierung durch Kündigung	39
E. Anpassungsvorschläge im geltenden Recht	39
Teil 4 – Ein allgemeines Gleichbehandlungsgesetz	43
A. Auslegeordnung bestehender Herausforderungen	43
B. Spezialgesetzliche Lösungsansätze im Vergleich zum Ansatz der Regelgesetzgebung	45
Zusammenfassendes Fazit	49
Literaturverzeichnis	52

Einleitung

A. Ausgangslage und Fragestellung

Der rechtliche Schutz vor rassistischer Diskriminierung im Verhältnis zwischen Privaten ist seit Einführung der Strafnorm zum Schutz vor Diskriminierung und Aufruf zu Hass (Art. 261^{bis} StGB / Art. 171c MStG) immer wieder Thema rechtswissenschaftlicher, rechtssoziologischer und rechtspolitischer Auseinandersetzung.¹ Die Diskussion war von Anfang an (und ist bis heute) auch durch die Frage geprägt, ob der rechtliche Schutz vor Diskriminierung mittels zivilrechtlicher Regelungen gestärkt werden soll.² Mittlerweile besteht in der rechtswissenschaftlichen Literatur über den Verbesserungsbedarf Konsens, sowohl auf materiell-rechtlicher als auch auf prozessualer Ebene werden Mängel benannt.³ Diese Frage steht auch im Mittelpunkt dieser Untersuchung: Gemäss Dienstleistungsvertrag vom November 2022 sollen die Vertragsnehmer einen Bericht verfassen, «der die Lücken im zivilrechtlichen Schutz vor rassistischer Diskriminierung praxisnah aufzeigt. Wo dies möglich ist, soll auch die Dimension der Mehrfach-/intersektionellen Diskriminierung aufgenommen werden». Differenzen bestehen in der Beurteilung überwiegend bei der Frage, wie diese Mängel behoben werden können. Daher hat sich diese Untersuchung ausserdem zum Ziel gesetzt, Vorschläge für die Behebung dieser Lücken auszuarbeiten.

B. Methodisches Vorgehen und Aufbau

Die Studie fokussiert auf die zwei Bereiche «privatrechtliches Arbeitsverhältnis» und «privatrechtliches Mietverhältnis». Gemäss Untersuchungen handelt es sich dabei um jene Bereiche, die besonders stark von Rassismus betroffen sind.⁴ In den Berichten des von der EKR und der Menschenrechtsorganisation humanrights.ch getragenen Beratungsnetzes für Rassismuspfer stehen die beiden Bereiche statistisch regelmässig ganz oben.⁵ Hinzu kommt, dass beide Bereiche starke existenzielle Bezüge für das Leben der Menschen und die Lebensqualität aufweisen. Darüber hinaus sind die beiden Bereiche aus rechtlicher Sicht besonders interessant, weil es sich um Dauerverhältnisse handelt, die vom Abschluss über die Vertragsdauer bis zur Beendigung mehrere Phasen der rechtlichen Beziehung betreffen.

Ausgehend von einer Klärung des Begriffes der «rassistischen Diskriminierung» (Teil 1) zeigt die Studie basierend auf der bestehenden rechtswissenschaftlichen Literatur auf, inwieweit im geltenden privatrechtlichen Arbeits- (Teil 2) bzw. Mietrecht (Teil 3) Lücken beim Schutz vor rassistischer Diskriminierung bestehen. Anschliessend wird in Teil 4 geprüft, ob bzw. inwieweit ein Spezialgesetz zum Schutz vor Diskriminierung eine Alternative zu gesetzgeberischen Anpassungen im Obligationenrecht bieten kann. Dabei werden auch rechtssoziologische Erkenntnisse zur Mobilisierung des Rechts mitberücksichtigt, insbesondere zur Frage, wo es Schwierigkeiten gibt, trotz rechtlicher Schutzbestimmungen vor Gericht vorzugehen. Um das Verständnis der ausgewiesenen Probleme für die Lesenden fassbar zu machen, werden an diversen Stellen Beispiele aus der Beratungspraxis des Beratungsnetzes für Rassismuspfer und der Rechtspraxis angeführt. Abschliessend werden Vorschläge gemacht, wie die Mängel durch gesetzgeberische Massnahmen behoben werden können.

1 Vgl. die Auseinandersetzung mit der Debatte (von Anfang der 1990er-Jahre bis 2009) in: EKR, Recht gegen rassistische Diskriminierung.

2 Vgl. etwa die Botschaft über den Beitritt der Schweiz zum Internationalen Übereinkommen von 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung und über die entsprechende Strafrechtsrevision vom 2. März 1992 (BBl 1992 III 269), S. 299 f.

3 Siehe die Ausführungen weiter unten.

4 Mugglin et al., S. 25 ff.

5 Beratungsnetz für Rassismuspfer, S. 12 f.

Teil 1

Begriffsklärung: Rassistische Diskriminierung

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt eine *Diskriminierung* vor, «wenn eine Person ungleich behandelt wird allein aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe, die historisch oder in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit tendenziell ausgegrenzt oder als minderwertig angesehen wird. Die Diskriminierung stellt eine qualifizierte Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen dar, indem sie eine Benachteiligung von Menschen bewirkt, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist, weil sie an Unterscheidungsmerkmalen anknüpft, die einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebbaren [veränderbaren] Bestandteil der Identität der betroffenen Person ausmachen; insofern berührt das Diskriminierungsverbot auch Aspekte der Menschenwürde nach Art. 7 BV.»⁶

In ihrer rechtstheoretischen Studie «Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus» untersucht Doris Liebscher auf umfassende Weise die Beziehung des Rechts zum Phänomen des Rassismus und umgekehrt. Als Ergebnis ihrer Untersuchung definiert die Autorin *rassistische Diskriminierung* wie folgt:

- «Benachteiligung von Menschen,
- die biologischen, ethnisch-kulturellen oder nationalen Abstammungsgruppen zugeordnet werden, die im Zusammenhang mit einer Geschichte von Rassismus und Antisemitismus steht und die
- mit einer asymmetrischen Verteilung von sozialen, politischen und ökonomischen Chancen und Ressourcen zuungunsten dieser Gruppen einhergeht.»⁷

Beispiel

Einer Schwarzen Bewerberin wird die Anstellung als Nachtwache in einem Alterspflegeheim verweigert mit der Begründung, eine Anstellung als Nachtwache komme wegen ihrer Hautfarbe nicht in Frage. Ein Teil der pflegebedürftigen und teils verwirrten alten Patienten würden Pflegerinnen anderer Hautfarbe nicht akzeptieren und während der Nachtwache würde jeweils nur eine Pflegerin arbeiten, so dass keine Ausweichmöglichkeiten bestünden.⁸

Das Beispiel stellt eine Benachteiligung aufgrund der biologischen Abstammung (dunkle Hautfarbe) dar. Diese Benachteiligung steht im Zusammenhang einer Geschichte des Rassismus (Nichtakzeptanz aufgrund von Rassismus gegen Schwarze Menschen). Zudem geht sie mit einer asymmetrischen Verteilung von Chancen einher – so ist nachgewiesen, dass Schwarze Menschen u. a. auf dem Arbeitsmarkt Diskriminierung erfahren.⁹

6 BGE 148 V 84 E. 7.6.2; BGE 143 I 361 E 5.1; BGE 139 I 292 E. 8.2.1; BGE 139 I 169 E 7.2.1; BGE 138 I 305 E. 3.3; BGE 135 I 49 E. 4.1; BGE 134 I 56 E. 5.1; BGE 134 I 49 E. 3.1; BGE 129 I 217 E. 2.1; BGE 126 II 377 E. 6.a.

7 Liebscher, S.482 f.; vgl. zudem Naguib et al., Begrifflichkeit, S.12 ff.

8 Vgl. Pärli, ARV 2006, S.23 ff.

9 Fachstelle für Rassismusbekämpfung, S.72 ff., 151 ff.; vgl. zudem grundlegend Naguib et al., Anti-Schwarzer-Rassismus.

Die Rechtswissenschaften unterscheiden folgende *Formen* der rassistischen Diskriminierung:

- direkte/unmittelbare (A);
- indirekte/mittelbare (B);
- assoziierte (C);
- strukturelle/systemische (D);
- mehrdimensionale (E);
- durch Unterlassung (F);
- in Form von Rachemassnahmen (G).

A. Direkte (unmittelbare) rassistische Diskriminierung

Die *direkte* rassistische Diskriminierung knüpft unmittelbar an eine rassistisch aufgeladene (biologische, ethnisch-kulturelle oder nationale) Kategorie an. *Nicht* entscheidend ist, ob damit eine Absicht zur Diskriminierung gegeben ist.¹⁰

Beispiel

Wie im oben genannten Beispiel, in welchem die zuständige Heimleitung direkt an die Hautfarbe der Bewerberin anknüpft, liegt beispielsweise auch bei einer Verweigerung des Einlasses in ein Tanzlokal für junge Männer aus den «Balkanstaaten» eine unmittelbare Anknüpfung an ein sensibles Merkmal vor.¹¹ Es wird auf die ethnisch-kulturelle bzw. nationale Abstammung (Sammelbegriff «Balkanstaaten») auf eine Weise Bezug genommen, die im antiosteuropäischen Rassismus¹² begründet ist.

Eine spezifische Form der direkten rassistischen Diskriminierung ist die *Anweisung* zur Diskriminierung. Eine solche Anweisung liegt vor, wenn jemand eine Person zu einem Verhalten bestimmt, das eine andere Person rassistisch diskriminiert – wenn etwa im oben genannten Beispiel der Betreiber des Tanzlokales vom ihm beauftragten Sicherheitsunternehmen verlangt, bestimmte Gruppen von Männern den Einlass zu verweigern.

B. Indirekte (mittelbare) rassistische Diskriminierung

Eine *indirekte* rassistische Diskriminierung (auch mittelbare Diskriminierung genannt) bezieht sich auf Gesetze, Politiken und Praktiken, die zunächst mit Blick auf die genannten Kategorien neutral erscheinen, sich faktisch jedoch übermässig nachteilig auf Menschen auswirken, die entsprechenden biologischen, ethnisch-kulturellen oder nationalen Abstammungsgruppen zugeordnet werden.¹³

Beispiel

Ein Beispiel für eine indirekte rassistische Diskriminierung ist die Anforderung einer C-Bewilligung oder des Schweizer Passes bei der Vergabe einer Mietwohnung. Dieses mit Blick auf biologische, ethnisch-kulturelle oder nationale Abstammung auf den ersten Blick neutrale Selektionskriterium ist im konkreten Fall deshalb rassistisch diskriminierend, weil sich das genannte Mietobjekt in einem Quartier befindet, in welchem sich überproportional viele geflüchtete Menschen aus afrikanischen Ländern für Wohnungen bewerben.

C. Assoziierte rassistische Diskriminierung

Eine *assoziierte* rassistische Diskriminierung liegt vor, wenn eine Person eine sachlich nicht gerechtfertigte Benachteiligung erfährt, weil sie ein besonderes Naheverhältnis zu einem Menschen hat, der biologischen, ethnisch-kulturellen oder nationalen Abstammungsgruppen zugeordnet wird.¹⁴

¹⁰ Vgl. ausführlich Naguib et al., Begrifflichkeiten, S. 27 ff., 39 ff.

¹¹ EKR-Datenbank, Fall 2006-009N (Einlassverweigerung: «keine Personen aus den Balkanstaaten»).

¹² Vgl. ausführlich dazu Petersen/Panagiotidis.

¹³ Naguib et al., Begrifflichkeiten, S. 32; EGMR v. 13.11.2007, D.H. u. a. v. Tschechische Republik, 57325/00.

¹⁴ Vgl. EuGH, Coleman v. Attridge Law, Rechtssache C-303/06.

Beispiel

Das Einbürgerungsgesuch eines Mannes wurde abgewiesen, weil die Ehefrau des Gesuchstellers das Kopftuch als religiöses Symbol trägt.¹⁵

In den britischen Urteilen *Zarczyńska v. Levy, Showboat Entertainment Centre Ltd. v. Owens* und *Wethersfield Ltd. v. Sargent* wurde eine Assoziationsdiskriminierung festgestellt, weil den klagenden Personen die Stelle gekündigt wurde, da sie sich gegen eine Diskriminierung von Kundinnen und Kunden aufgrund der Hautfarbe oder der Herkunft zur Wehr setzten.¹⁶

D. Strukturelle (systemische) rassistische Diskriminierung

Neben der sogenannten *interaktionellen* Diskriminierung, d.h. der Diskriminierung, die im Rahmen einer konkreten, individualisierbaren Handlung oder Unterlassung erfolgt, beziehen sich die Rechtswissenschaften auch auf *strukturelle* bzw. *systemische* rassistische Diskriminierung. Dies bezeichnet das Phänomen der allgegenwärtigen, versteckten oder offenen Muster institutionellen Verhaltens, kultureller Traditionen und sozialer Normen und Regeln, die dazu führen, dass bestimmte Menschengruppen verstärkt Diskriminierungen ausgesetzt sind.¹⁷ Strukturelle bzw. systemische Diskriminierung ist «tief im sozialen Verhalten und in der Organisation verwurzelt». Sie kann sich durch gesetzliche Vorschriften, Politiken, Praktiken und kulturelle Haltungen im öffentlichen oder privaten Sektor manifestieren, die für einige Gruppen aufgrund ihrer biologischen, ethnisch-kulturellen oder nationalen Abstammung wiederholt und andauernd Nachteile schaffen.¹⁸

E. Mehrdimensionale rassistische Diskriminierung

Rassistische Diskriminierungen erfolgen häufig im Zusammenwirken mit anderen sensiblen Persönlichkeitskategorien wie z.B. Geschlecht, Sprache, Religion, Weltanschauung, Lebensalter, Behinderung, genetische Disposition, Geburt oder soziale Stellung.¹⁹ In solchen Fällen wird von sogenannter *multipler* Diskriminierung gesprochen. Dabei handelt es sich um eine *Mehrfachdiskriminierung*, wenn es eine Situation betrifft, in der eine Person aus zwei oder mehr Gründen diskriminiert wird, was zu einer Diskriminierung führt, die verstärkt oder verschlimmert wird.²⁰

Beispiel

So werden bei der Berechnung von Prämien für die Autohaftpflichtversicherung neben der Nationalität auch die Kriterien «Lebensalter» und «Geschlecht» mitberücksichtigt. Dies führt für bestimmte Gruppen von männlichen Junglenkern zu vergleichsweise erhöhten Prämien, die in der Literatur als diskriminierend bezeichnet werden.²¹

Mehrdimensionale Diskriminierung tritt auch als *intersektionelle* Diskriminierung auf, die sich auf eine Situation bezieht, in der mehrere Gründe gleichzeitig mit anderen Gründen in einer Weise interagieren, die sie nicht voneinander trennen lassen und die die betroffenen Personen auf spezifische Weise benachteiligen.²²

Beispiel

So etwa im Fall der 22-jährigen S.U., die aus religiösen Gründen ein Kopftuch trägt, und daher per E-Mail eine Absage auf ihre Bewerbung für eine Lehrstelle im medizinischen Bereich bei einer Zahnarztpraxis erhält. In der Begründung schreibt die Zahnärztin an die Bewerberin: Sie sei sich nicht sicher, ob jemand,

15 BGE 134 I 56; Naguib, Migration, N 1032.

16 Vgl. dazu Naguib et al., Begrifflichkeiten, S. 37 ff.

17 Mugglin et al., S. 18 ff.

18 De Weck/Naguib, S. 260 ff.; Naguib, Das Recht kann die Gesellschaft mobilisieren, S. 31; Naguib, mit Recht gegen Rassismus, S. 259 ff.

19 Vgl. Kleber, S. 4 ff.

20 Baer et al., S. 16 ff.; Naguib, SJZ 2010, S. 235.

21 Vgl. Kull, S. 315.

22 Rössl, Juridikum 2021, S. 31 ff.; Naguib et al., Begrifflichkeiten, S. 46 ff.

der seine Gesinnung derart offensichtlich trage, in ihre Praxis passe. In einer zweiten E-Mail schreibt sie: Wenn sie in ein muslimisches Land gehe, passe sie sich den dortigen Gegebenheiten an, zeige Respekt vor der Kultur des Landes. Dies erwarte sie auch von S.U.: Nur wenn diese bereit sei, sich für die Arbeit derart anzupassen [sprich: das Kopftuch nicht zu tragen], komme ein persönliches Gespräch in Frage.²³

Die Konstellation ist typisch für sexistischen Rassismus, dem Frauen muslimischen Glaubens, die ein Kopftuch tragen, ausgesetzt sind.²⁴

F. Rassistische Diskriminierung durch Unterlassung

Das Unterlassen, das eine rassistische Diskriminierung nicht beendet oder zu einer solchen führt, steht einem aktiven Tun gleich, sofern eine Pflicht zum Tätigwerden besteht.²⁵

Beispiel

Mobbing durch rassistische Diskriminierung ist eine Persönlichkeitsverletzung. Unterlassen es Arbeitgebende, die angestellte Person auf angemessene Weise davor zu schützen, verletzen sie die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht gemäss Art. 328 OR. Das *Unterlassen* wird nach vorliegendem Verständnis als eine Form der rassistischen Diskriminierung verstanden, weil dadurch die rassistische Diskriminierung nicht unterbunden und indirekt gestützt wird.

G. Rassistische Diskriminierung durch sogenannte «Rachemassnahmen»

Wenn eine natürliche oder juristische Person von Seiten einer anderen Person einen Nachteil erleidet, weil Erstere Rechte in Anspruch nimmt, um sich gegen rassistische Diskriminierung durch Letztere zur Wehr zu setzen, handelt es sich um sogenannte Rachemassnahmen, die ebenfalls als eine Form der rassistischen Diskriminierung bezeichnet werden.

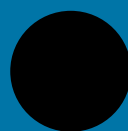
Beispiel

Ein Wohnungsmieter wehrt sich gegen den Vermieter, weil sich dieser in diversen Schreiben immer wieder auf rassistische Weise äussert. Weil sich die Situation trotz mehrmaligem Ansprechen von Seiten des Mieters nicht ändert, ruft er die Mietschlichtungsstelle an. Daraufhin kündigt der Vermieter die Wohnung, um die «Probleme» möglichst rasch loszuwerden.

²³ Basler Zeitung, 14.12.2020, Wegen Kopftuch Lehrstelle verweigert, abrufbar unter: <https://www.bzbasel.ch/basel/baselland/we-gen-kopftuch-lehrstelle-verweigert-das-ist-einfach-nur-diskriminierung-und-rassismus-ld.2075406> (zuletzt besucht am 4.5.2023).

²⁴ Vgl. auch Naguib, Multiple discrimination in Swiss legal discourse, S 139.

²⁵ Anders beim Staat, der immer eine Schutzpflicht hat (vgl. z. B. EGMR, *Semenya c. Suisse*, 10934/21, Urteil vom 11. Juli 2023).



Teil 2

Privatrechtliches Arbeitsverhältnis

A. Einleitung

Das Erwerbseinkommen stellt für die Mehrheit der schweizerischen Bevölkerung die bedeutendste Einkommensquelle dar. Gemäss der Erwerbstätigenstatistik sind in der Schweiz mehr als fünf Millionen Personen erwerbstätig, davon der überwiegende Teil in einem Angestelltenverhältnis.²⁶ Die Erwerbstätigkeit ist nicht nur die primäre Einnahmequelle, um den Lebensunterhalt zu verdienen, sondern auch ein wichtiger Faktor für die gesellschaftliche Integration. Hinzu kommt, dass die durch Sozialversicherungen gewährten Ersatzeinkommen im Falle von Alter, Unfall, Krankheit, Invalidität und Arbeitslosigkeit in hohem Masse von dem vor Eintritt des versicherten Ereignisses erzielten Einkommen abhängen.²⁷

Rassistische Diskriminierung am Arbeitsplatz ist eine Realität, die es leider auch in der Schweiz gibt. Diese Art von Diskriminierung kann sich in verschiedenen Formen äussern, wie zum Beispiel durch eine geringere Bezahlung oder geringere Beförderungschancen im Vergleich zu Mitarbeitenden mit ähnlicher Qualifikation und Erfahrung, durch Schikane oder Mobbing, oder sogar durch eine rassistisch motivierte Entlassung. Betroffene Menschen erleben Diskriminierung nicht nur durch die Arbeitgebenden, sondern auch durch ihre Mitarbeitenden und zum Teil auch durch die Kundschaft. Werden grundsätzlich arbeitsfähige Menschen wegen nicht veränderbaren oder nicht zumutbar veränderbaren Persönlichkeitsmerkmalen beim Zugang zum Arbeitsmarkt benachteiligt oder müssen sie im Arbeitsmarkt zu schlechteren Bedingungen arbeiten oder verlieren sie deswegen ihre Stelle, ist die Rechtsordnung gefordert, hier mit geeigneten Mitteln Abhilfe zu schaffen.²⁸

Dieses Kapitel beschäftigt sich mit der Problematik der rassistischen Diskriminierung im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis. Es zeigt auf, wo das schweizerische Rechtssystem an seine Grenzen stösst, wenn es um den Schutz vor Rassendiskriminierung am Arbeitsplatz geht, und bietet konkrete Vorschläge zur Verbesserung an. Nach einem kurzen Überblick über die allgemeine Rechtslage in der Schweiz werden hier die wichtigsten Phasen eines Arbeitsverhältnisses behandelt: Stellensuche, Bewerbungsverfahren, Anstellungsverhältnis und Kündigung. Es wird erläutert, wie Diskriminierung in diesen Phasen auftreten kann und welche rechtlichen Schritte den Betroffenen zur Verfügung stehen, um sich vor rassistisch motivierter Diskriminierung zu schützen. Konkrete Fallbeispiele dienen dazu, die Ausführungen zu veranschaulichen. Abschliessend erfolgt eine Bewertung des aktuellen Rechtsdefizits und es werden konkrete Verbesserungsvorschläge vorgestellt.

26 <www.bfs.admin.ch> Statistiken > Arbeit/Erwerb > Erwerbstätigkeit/Arbeitszeit > Erwerbsbevölkerung > arbeitsmarkttatus> (zuletzt besucht am 23.4.2023).

27 Pärli/Studer, Rz 318.

28 Pärli/Studer, Rz 318.



B. Rechtslage in der Schweiz

1. Fehlender umfassender Diskriminierungsschutz in der Schweiz

Im Unterschied zu den Rechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten kennt die Schweiz weder ein umfassendes Diskriminierungsschutzgesetz noch ein Antirassismugesetz, das spezifisch Arbeitnehmende vor rassistisch motivierter Diskriminierung schützt. Schutz vor Diskriminierungen im Bereich von Arbeit, Erwerb, Berufsbildung etc. kann lediglich aus anderen Rechtsvorschriften abgeleitet werden. In einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis lässt sich der Diskriminierungsschutz bspw. aus dem Anspruch auf Persönlichkeitsschutz ableiten. Im Zentrum steht Art. 328 OR; die Bestimmung verpflichtet Arbeitgebende, die Persönlichkeit der Arbeitnehmenden zu achten und zu schützen. Diese Bestimmung kann bei vertraglicher Inhaltsdiskriminierung²⁹ und Diskriminierung im Rahmen des Weisungsrechts und bei freiwilligen Arbeitgeberleistungen sowie bei interpersonellen Konflikten im Rahmen des Arbeitsverhältnisses (z.B. rassistisches Mobbing durch Mitarbeitende oder die Kundschaft) eine Rolle spielen, denn eine Benachteiligung im Arbeitsverhältnis aus rassistischen Motiven verletzt zweifellos das Recht der Arbeitnehmenden auf Persönlichkeitsschutz im Arbeitsverhältnis. Wie noch näher ausgeführt wird, genügt dieser Schutz indes nicht, um Arbeitnehmende wirksam vor rassistischer Diskriminierung im Arbeitsverhältnis zu schützen. Gleiches gilt für den in Art. 28 ZGB verankerten allgemeinen Persönlichkeitsschutz und für die arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzbestimmungen in den Art. 336 und 337 OR.³⁰ Im Weiteren wird der Persönlichkeitsschutz bei Anstellungen überdies durch das in Art. 2 Abs. 1 ZGB verankerte Gebot des Handelns nach Treu und Glauben flankiert. Auch daraus leitet sich ein – wenn auch nur minimaler – Schutz vor rassistischer Diskriminierung ab. Hinzuweisen ist weiter auf die Möglichkeit, dass Sozialpartner in den Gesamtarbeitsverträgen (GAV) den Schutz vor (rassistischer) Diskriminierung verstärken.³¹ Soweit ersichtlich, wird von dieser Möglichkeit nicht Gebrauch gemacht.

Zu erwähnen ist schliesslich auch Art. 8 Abs. 2 der Bundesverfassung. Niemand dürfe, so die Verfassung, diskriminiert werden, namentlich auch nicht aufgrund der Herkunft und (zugeschriebenen) «Rasse». Das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot richtet sich jedoch primär an den Staat und an Institutionen, die staatliche Aufgaben wahrnehmen (Art. 35 Abs. 1 und 2 BV). In privaten Arbeitsverhältnissen ist gemäss der Lehre das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot nicht unmittelbar anwendbar.³² Dies bedeutet jedoch nicht, dass die grund- und menschenrechtlichen Ansprüche auf Schutz vor Rassendiskriminierung im privaten Arbeitsverhältnis gar nicht zum Tragen kommen. Gerade im Arbeitsverhältnis ist angesichts des Machtungleichgewichts zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmenden das Bedürfnis nach Schutz der Grundrechte der Arbeitnehmenden besonders ausgeprägt. Das gilt auch für die Frage des Diskriminierungsverbots aufgrund der Herkunft bzw. «Rasse». Konkret bedeutet dies, dass die Gerichte die Generalklauseln zum Persönlichkeitsschutz in Art. 27 und Art. 28 ZGB und insbesondere Art. 328 OR sowie die Bestimmungen zum Kündigungsschutz in Art. 336 Abs. 1 lit. a und b OR grundrechtskonform auslegen müssen. Als Ausfluss der grund-

²⁹ Damit sind diskriminierende Klauseln in einem Arbeitsvertrag gemeint.

³⁰ Pärli/Studer, Rz 330.

³¹ Pärli/Studer, Rz 332.

³² Pärli/Pileggi, FS Breitenmoser, Rz 1009, mit weiteren Hinweisen.

rechtlichen und völkerrechtlichen Schutzpflichten (*obligation to respect, protect and fulfill*) ist überdies der Gesetzgeber gefordert das Diskriminierungsverbot wegen dem ethnischen Hintergrund unter Privaten und namentlich im privaten Arbeitsverhältnis zu verwirklichen.³³

2. Diskriminierungsschutz im Rahmen von internationalen Verträgen

Die Schweiz hat sich völkerrechtlich dazu verpflichtet, rassistische Vorfälle im zivilrechtlichen Bereich zu verhindern und zu beseitigen. Als Mitgliedsstaat der ILO ist sie z. B. dazu gehalten, die in der Verfassung der ILO verankerten Rechte auf persönliche Entwicklung und Entfaltung sowie auf wirtschaftliche Sicherung unabhängig von der ethnischen Herkunft zu garantieren und zu verwirklichen. Die Ratifizierung des ILO-Übereinkommens Nr. 111 über Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf verpflichtet die Schweiz zudem, eine Politik zu fördern, die Gleichheit in Beschäftigung und Beruf fördert und Diskriminierung auf diesem Gebiet beseitigt (Art. 2). Diese Politik hat die Schweiz konkret durch Erlass von Gesetzen zu verwirklichen (Art. 3 lit. b).³⁴

Das wohl bedeutendste internationale Vertragswerk in der Bekämpfung von Rassendiskriminierung ist das von der Schweiz ratifizierte Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (Rassendiskriminierungskonvention, ICERD/RDK). Die RDK verpflichtet die Vertragsstaaten, mit allen geeigneten Mitteln unverzüglich eine Politik der Beseitigung der Rassendiskriminierung zu verfolgen, indem sie alle Gesetze ändern, aufheben oder als nichtig erklären, die eine Rassendiskriminierung bewirken (Art. 2 Abs. 1 lit. c RDK). In Art. 5 lit. e RDK wird sodann auf die Pflicht zur Verurteilung, Verfolgung und Beseitigung von Rassendiskriminierung in der Arbeitswelt eingegangen. Darunter fällt auch die Pflicht eines Staates zu garantieren, dass die in der RDK verankerten Rechte ebenfalls von Privatpersonen respektiert werden.³⁵ Eine entsprechende Gesetzgebung, die den Verpflichtungen gem. ILO-Übereinkommen 111 oder der RDK nachkommen würde, gibt es in der Schweiz jedoch nicht.

Nach dieser allgemeinen Darstellung der Rechtslage (und ihrer Defizite) wird im nächsten Abschnitt nun aufgezeigt, wie sich rassistische Diskriminierung im Lebensverlauf eines Arbeitsverhältnisses manifestiert sowie ob und wie betroffene Menschen auf der Grundlage des geltenden Rechts dagegen vorgehen können.



C. Rassistische Diskriminierung im Verlauf des Arbeitsverhältnisses

1. Rassistische Diskriminierung bei der Stellensuche

Ein Unternehmen schliesst bei den Stellenangeboten Menschen aufgrund ihrer Nationalität oder Religion explizit aus (diskriminierende Vorauswahl). Bestimmte Personen werden aufgrund ihres ausländisch klingenden Namens nicht zu einem Selektionsverfahren (Bewerbungsgespräch oder Assessment) eingeladen. Im Selektionsverfahren werden Bewerbende aufgrund ihrer regionalen Herkunft direkt benachteiligt oder es werden Fragen zum ethnisch-kulturellen Hintergrund gestellt, die in die Entscheidung einfließen, obwohl diese überhaupt nicht im Zusammenhang mit der Arbeitsstelle

³³ Pärli/Pileggi, FS Breitenmoser, Rz 1009, mit weiteren Hinweisen.

³⁴ Naguib/Caplati, Rz 8.

³⁵ Pärli/Pileggi, FS Breitenmoser, S. 1012.

stehen. Bewerbende werden trotz guter Qualifikation aufgrund ihrer Hautfarbe oder religiösen Kleidung nach dem Bewerbungsgespräch nicht eingestellt.³⁶ Solche Fälle sind Realität und entsprechen einem rassistischen Ausschreibungs-, Bewerbungs- und Einstellungsverfahren. Im Folgenden wird auf die drei genannten Phasen der Arbeitssuche näher eingegangen.

1.1 (Vor)Rekrutierung

Die Diskriminierung beginnt häufig bereits vor dem Markteintritt. Dies ist auf verschiedene Faktoren zurückzuführen, wie das unterschiedliche Bildungsniveau, den Aufenthaltsstatus oder die Anerkennung von Diplomen.³⁷ Genau diese Faktoren sind jedoch entscheidend, um z.T. überhaupt eine Stelle zu finden. Viele Menschen mit Migrationsgeschichte und Rassismuserfahrung sehen sich zudem mit indirekt diskriminierenden Rekrutierungsverfahren konfrontiert.³⁸ Zum Beispiel, wenn ein Unternehmen bei der Personalsuche vor allem auf Mund-zu-Mund-Propaganda setzt oder auf Bekannte der Belegschaft zurückgreift und diese vorwiegend von Einheimischen dominiert wird, so werden Angehörige von Minderheiten dadurch automatisch benachteiligt. Zudem werden häufig Stellen z. B. mit dem Hinweis darauf ausgeschrieben, dass Bewerbende deutscher Muttersprache sein müssen, obwohl fortgeschrittene Sprachkenntnisse für die bestimmte Stelle eigentlich nicht relevant sind. Eine entscheidende Rolle bei der Rekrutierung kommt den Stellenvermittlungszentren zu. Leider kommt es vor, dass Stellenvermittlungsbüros (zum Teil auf Druck der Arbeitgebenden) von den Stellensuchenden nicht stellenrelevante Merkmale erfassen. Diese Menschen scheiden dann aus dem Bewerbungsprozess von Anfang an aus bzw. sie erhalten die Möglichkeit, sich zu bewerben erst gar nicht.³⁹

Beispiele

«Arbeitgeberin bekundet gegenüber dem Arbeitsamt, dass sie keine Personen aus der Türkei oder dem ehemaligen Jugoslawien als Stellenbewerberbende wünschen. Dieses übernimmt die Ausgrenzung und kennzeichnet auf seiner Liste der offenen Stellen jene Ausschreibungen, die mit dieser Auflage verbunden sind» (Angst 2001, 58).

«Eine Reinigungsfirma meldete eine Stelle beim RAV und teilte mit, man wolle keine «Leute aus dem Balkan»» (Entscheid des ArbGer ZH AN050401 vom 13. Januar 2016).

«Ein regionales Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) der Stadt Zürich schreibt eine Stelle im Gastgewerbe aus. Dies mit dem Hinweis, dass eine Weitervermittlung von Stellensuchenden aus dem Balkan diesmal leider nicht möglich ist» (Sambuc 2001, 9).

36 Caplazi/Naguib, Rz 20.

37 Caplazi/Naguib, Rz 15.

38 Egger/Bauer/Künzi, S. 17.

39 Egger/Bauer/Künzi, S. 17.

40 Gem. Art. 328b OR darf der Arbeitgeber nur diejenigen Arbeitnehmerdaten bearbeiten, die für die Durchführung der Arbeit notwendig sind und einen Arbeitsbezug haben. Unter Datenbearbeiten wird «jeder Umgang mit Personendaten, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren, insbesondere das Beschaffen, Speichern, Aufbewahren, Verwenden, Verändern, Bekanntgeben, Archivieren, Löschen oder Vernichten von Daten» verstanden (Art. 5 lit. d DSGVO).

Menschen mit Migrationsgeschichte und Rassismuserfahrung werden oft schon früh im Selektionsprozess durch die vermehrte Verwendung von Online-Bewerbungstools benachteiligt. Diese Tools verlangen «erforderliche» persönliche Angaben, um die Bewerbung bearbeiten zu können. Oft sind diese Felder mit einem Sternchen (*) markiert und die Bewerbung wird nicht weiterverarbeitet, wenn sie nicht ausgefüllt werden. Viele dieser Tools fragen auch nach der Herkunft, und diese Spalte wird als «erforderlich» gekennzeichnet. Was jedoch gem. Tool als erforderlich angegeben wird, entspricht nicht zwingend dem arbeitsrechtlichen Begriff der Erforderlichkeit von Personendaten der bewerbenden Person i.S.v. Art. 328b OR.⁴⁰ Die Angabe einer bestimmten Herkunft kann sich bereits negativ auf den weiteren Bewerbungsprozess auswirken.

1.2 Selektions- und Bewerbungsverfahren

Im Selektionsverfahren kann Diskriminierung auftreten, wenn Personen aufgrund ihres ausländisch klingenden Namens nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen werden oder ihnen mitgeteilt wird, dass die Stelle bereits vergeben ist, ohne ihnen die Möglichkeit zu geben, ihre Bewerbung einzureichen. In einigen Fällen wird Stellensuchenden sogar offen gesagt, dass sie als Ausländer oder Ausländerinnen nicht erwünscht sind. Diese Praktiken schliessen Minderheitsgruppen bereits in der frühen Phase des Bewerbungsprozesses aus, in der ihre Qualifikationen beurteilt werden sollten.⁴¹ Diskriminierung kann auch bei der Bewertung und Selektion von Bewerbungen auftreten, wenn z.B. Bewerbungen von Personen mit einheimisch klingenden Namen bevorzugt werden und jene mit ausländisch klingenden Namen bzw. wenn das Bewerbungsfoto ethnische Merkmale zeigt, auf einen separaten Stapel gelegt werden.⁴² Eine jüngste Studie der Universität Neuenburg hat ergeben, dass wenn jemand mit einem schweizerischen Namen für eine bestimmte Anzahl Einladungen 100 Bewerbungen senden muss, jemand mit einem portugiesischen Namen 133 Bewerbungen, jemand mit einem osteuropäischen Namen 124, und jemand mit einem türkischen Namen 130.⁴³ Den gleichen Grad von Diskriminierung erfahren auch Secondos der oben genannten Nationalitäten.⁴⁴ Der schweizerische Pass hilft bei der Stellensuche also nichts, solange jemand einen ausländisch klingenden Namen besitzt. Hat es die stellensuchende Person geschafft, trotz Diskriminierungshürden die Einladung zum Bewerbungsgespräch zu erhalten, kann es dennoch vorkommen, dass sie aufgrund rassistischer Vorurteile die Stelle nicht erhält, obwohl ihre Qualifikationen objektiv betrachtet gleichwertig sind.

Beispiele

«Junger Muslimin wird die Lehrstelle als Zahnarztgehilfin aufgrund Tragen eines Kopftuchs verweigert» (Julian Förbacher, Basler Zeitung vom 14.12.2020).

«Schweizerin mit algerischen Wurzeln wird Anstellung an einer Kantonsschule verweigert mit der Begründung «es passe kulturell nicht»» (humanrights.ch)⁴⁵.

«Arbeitgeber verweigert Schwarzer Bewerberin eine Anstellung als Nachtwache mit der Begründung «Angst der verwirrten Patienten vor schwarzer Nachtwache»» (Tribunal de Prud'Hommes de l'arrondissement de Lausanne, arrêt du 10 octobre 2005).

1.3 Vertragsabschluss und Vertragsbedingungen

Zu Beginn eines Arbeitsverhältnisses wird der Arbeitsvertrag zwischen den Arbeitgebenden und den Arbeitnehmenden ausgehandelt. In den meisten Fällen stellen die Arbeitgebenden den Arbeitnehmenden einen vorformulierten Arbeitsvertrag zur Verfügung, der von den Arbeitnehmenden angenommen oder abgelehnt werden kann (take it or leave it). Diskriminierende Vertragsbedingungen liegen vor, wenn Unterschiede in den Arbeitsverträgen zwischen den Arbeitnehmenden auftreten und diese Unterschiede auf Merkmale wie Ethnie, nationale Herkunft oder Religion der Arbeitnehmenden zurückzuführen sind, ohne dass sachliche Gründe dafür vorlägen. Die am häufigsten vorkommenden diskriminierenden Unterschiede sind unterschiedliche Löhne für gleiche Arbeit bei gleicher Qualifikation und Alter der Arbeitnehmenden. Eine Vertragsdiskriminierung besteht auch dann, wenn unterschiedliche vertragliche Vereinbarungen im Rahmen freiwilliger Leistungen des Arbeitgebers getroffen werden, wie z.B. die Festlegung von Ferien im Arbeitsplan und Weiterbildungsmöglichkeiten.⁴⁶

41 Egger/Bauer/Künzi, S. 17.

42 Wrench/Modood 2000, S. 26.

43 Mugglin/Efionayi/Ruedi/D'Amato, S. 25.

44 Zschirnt/Fibbi, S. 1 ff.

45 Der Fall wurde abgeändert.

46 Naguib/Caplazi, Rz 31.

Beispiele

«Afrikanische Mitarbeitende in einer Küche dürfen als einzige Gruppe ihre Ferien nicht selbst bestimmen» (humanrights.ch).

«Arbeitnehmer dunkler Hautfarbe darf nicht an internen Schulungen oder an Französischkursen teilnehmen» (humanrights.ch).

Eine Diskriminierung zeigt sich bei Vertragsabschluss und Vertragsbedingungen oft auch darin, dass Menschen mit Migrationsgeschichte und Rassismuserfahrung einen Arbeitsvertrag mit einem sehr niedrigen Lohn erhalten (teilweise sogar unter dem gesetzlichen oder branchenüblichen Mindestlohn) oder dass ihnen schlechtere Arbeitsbedingungen auferlegt werden.

Beispiel

«Arbeitgeber zahlt Arbeitnehmerin ecuadorianisch-spanischer Herkunft unpünktlich und unter dem branchenüblichen Mindestlohn» (humanrights.ch).

1.4 Würdigung der rechtlichen Lage

Das schweizerische Arbeitsrecht kennt kein Recht auf Anstellung. Aus der Partnerwahlfreiheit als Teilgehalt der Vertragsfreiheit ergibt sich die Freiheit der Arbeitgebenden, Kriterien und Wertungen für den Anstellungsentscheid selbst festzulegen. Eine Rechtspflicht zu einem vernünftigen Handeln existiert nicht, die privatrechtlichen Arbeitgebenden dürfen auch ungeeignet Kandidatinnen oder Kandidaten anstellen.⁴⁷ Werden in Stelleninseraten bestimmte Gruppen (wie z. B. «Schwarze» oder «Türken») ausgeschlossen, ist die Ahndung des diskriminierenden Vorfalls auf privatrechtlichem Weg nicht möglich, da es an einer konkreten interpersonalen Beziehung fehlt. Somit verfällt die Möglichkeit vor Gericht Genugtuung wegen schwerer Persönlichkeitsverletzung einzuklagen.⁴⁸

Anders verhält es sich, wenn die Person zu einem Bewerbungsgespräch eingeladen wird und in diesem Rahmen rassistische Diskriminierung erfährt oder ihr letztendlich die Stelle trotz geeigneter Qualifikationen aufgrund ihrer Herkunft verwehrt wird. Bereits im Bewerbungsverfahren entsteht zwischen der stellensuchenden Person und der potenziellen Arbeitgebenden eine rechtliche Beziehung. Auch wenn noch keine vertragliche Beziehung besteht, so schulden die Parteien einander doch erhöhte Sorgfalt und Rücksicht.⁴⁹ Die Stellenbewerbenden sind dabei zumindest theoretisch durch das Persönlichkeitsverletzungsverbot in Art. 28 ZGB und die Pflicht zum Handeln nach Treu und Glauben in Art. 2 ZGB vor diskriminierender Nichtanstellung geschützt.

Erhält jemand eine Arbeitsstelle aus diskriminierenden Gründen nicht, kann diese Person grundsätzlich Rechtsschutz nach Art. 28 ZGB beanspruchen.⁵⁰ Voraussetzung ist das Vorliegen einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung. Jede Persönlichkeitsverletzung ist als Eingriff in ein absolutes Rechtsgut grundsätzlich widerrechtlich. Die Widerrechtlichkeit einer Persönlichkeitsverletzung entfällt, wenn ein Rechtfertigungsgrund vorliegt (Art. 28 Abs. 2 ZGB).⁵¹ Im Falle einer diskriminierenden Nichtanstellung wird regelmässig das überwiegende private Arbeitgeberinteresse bzw. die privatrechtliche Vertragsfreiheit (Art. 11 OR) als Rechtfertigungsgrund angeführt.⁵² Liegt eine Persönlichkeitsverletzung vor, so kann die verletzte Person deren Unterlassung, Beseitigung oder Feststellung vom Gericht verlangen (Art. 28a Abs. 1 ZGB).⁵³ Auch kann Schadenersatz und/oder Genugtuung gefordert werden. Ein Schaden liegt regelmässig kaum vor (es könnten höchstens die unnützen Kosten im Zusammenhang mit der Bewerbung geltend gemacht werden). Ein Anspruch auf Genugtuung setzt voraus, dass ein Gericht

47 Pärli/Studer, Rz 338.

48 Naguib/Caplazi, Rz 22.

49 Pärli/Studer, Rz 346.

50 Göksu, N 609.

51 Haas, Rz 83.

52 Pärli/Studer, Rz 348.

53 BSK ZGB I-Meili, Art. 28a N 1.

die rassistische Nichtanstellung als schwere Persönlichkeitsverletzung qualifiziert. Die Hürde für die Bejahung dieses Erfordernisses sind praxisgemäss hoch.⁵⁴ Eine Pönalentschädigung ohne Vorliegen eines Schadens oder einer schweren Persönlichkeitsverletzung kann mangels entsprechender rechtlicher Grundlage nicht gefordert werden. Anders verhält es sich im Anwendungsbereich des Gleichstellungsgesetzes. Hier ist vorgesehen, dass bei diskriminierender Nichtanstellung eine Entschädigung in der Höhe von bis zu drei Monatslöhnen (voraussichtliches Gehalt) eingeklagt werden kann.

Behauptet jemand, die Stelle aus diskriminierenden Gründen nicht erhalten zu haben, so muss diese Person zuerst diese Tatsache beweisen (Art. 8 ZGB). Im Gegensatz zum Gleichstellungsgesetz (GIG) besteht im Rahmen der Ablehnung einer Arbeitsstelle aus rassistischen Gründen keine Möglichkeit der Beweiserleichterung für das Opfer. Zudem verlangt weder das OR noch das ZGB, dass die Arbeitgebenden die Ablehnung zu begründen haben. Wird der Beweis erfolgreich erbracht, haben die Arbeitgebenden die Möglichkeit, den Gegenbeweis zu erbringen, dass die Nichtanstellung zwar auf einem Persönlichkeitsmerkmal beruht, aber sachlich gerechtfertigt ist.⁵⁵ In jedem Fall erfolgt eine Abwägung zwischen dem Recht der abgelehnten Person, in ihrer Persönlichkeit gewürdigt zu werden, und dem privaten Interesse der Arbeitgebenden, den Arbeitsvertrag mit der von ihr ausgewählten Person abzuschliessen.⁵⁶

Das Fehlen eines expliziten Diskriminierungsverbots im Rahmen der Stellensuche bzw. im Selektions- und Bewerbungsverfahren stellt die Betroffenen vor grosse Unsicherheiten. Einerseits herrscht Rechtsunsicherheit darüber, ob eine Stellenverweigerung aufgrund von Herkunft überhaupt eine Persönlichkeitsverletzung darstellt. Ferner gibt es weitere Probleme, die das Verfahren erschweren: Das Opfer trägt die Beweislast, um seine Ansprüche zu belegen; Nachweise über die geltend gemachte Diskriminierung sind schwer zu erbringen, da die Arbeitgeber die Ablehnung der Stelle nicht begründen müssen; ausserdem besteht ein teilweise erhebliches Risiko in Bezug auf den Prozessverlauf und die damit verbundenen Kosten. Schliesslich fehlen adäquate Sanktionsmöglichkeiten (wie sie im Gleichstellungsgesetz vorgesehen sind). Sprachbarrieren und mangelnde Vertrautheit mit dem schweizerischen Rechtssystem erschweren die Situation zusätzlich. Schliesslich haben Betroffene häufig Angst, dass eine Klage negative Folgen für sie bei den Arbeitgebenden oder den Behörden haben könnte. Angesichts all dieser Faktoren wird der Rechtsschutz vor Gericht nur selten in Anspruch genommen.⁵⁷

2. Rassistische Diskriminierung im Arbeitsverhältnis

2.1 Diskriminierendes Verhalten durch die Arbeitgebenden

2.1.1 Beförderung und Weiterbildung

Die rassistische Diskriminierung seitens Arbeitgebenden kann sich auf verschiedene Arten und Weisen äussern. Ein Beispiel dafür ist die (Nicht)Beförderung von Arbeitnehmenden aufgrund von Vorurteilen bezüglich ihrer ethnischen Herkunft. Das bedeutet, dass selbst bei gleichen individuellen Qualifikationen ausländische Arbeitskräfte geringere Chancen haben, eine höhere Position zu erreichen. Die betroffenen Arbeitnehmenden fühlen sich nicht nur ungerecht behandelt und demotiviert, sondern auch in ihrer Karriereentwicklung behindert.⁵⁸ Wenn der Zugang zu Weiterbildungsmöglichkeiten blockiert wird, hat dies auch negative Auswirkungen auf die Beförderungschancen der betroffenen Arbeitnehmenden. Dies führt dazu, dass sie den Arbeitsplatz möglicherweise verlassen.⁵⁹

⁵⁴ In der Schweiz wurde eine Persönlichkeitsverletzung aufgrund rassistischer Nichtanstellung bisher nur zweimal von einem Gericht anerkannt: S. z. B. Tribunal de Prud'Homes de l'arrondissement de Lausanne, arrêt du 10 octobre 2005 (T 304.021563) und Arbeitsgericht Zürich, 2. Abteilung, Geschäft Nr. AN 050401/U 1 vom 13. Januar 2006 (ZH). Ausführlich dazu: Pärli, ARV 2006, S. 23, S. 23 ff.

⁵⁵ Pärli/Studer, Rz 349.

⁵⁶ Niggli, Rz 1596 ff.

⁵⁷ Naguib/Caplazi, Rz 34.

⁵⁸ Caplazi/Naguib, Rz 38.

⁵⁹ Egger/Bauer/Künzi, S. 19.

Beispiele

«Afrikanische Arbeitnehmende in einer Küche erhalten keine Lohnerhöhung im Gegensatz zu allen anderen Mitarbeitenden im Team» (humanrights.ch).

«Schwarzer Arbeitnehmer darf nicht an internen Schulungen oder an Französischkursen teilnehmen. Infolge seiner Mitteilung an die Personalabteilung des Unternehmens wird er entlassen» (humanrights.ch).

«Schwarze Krankenschwester wird von ihrem Vorgesetzten beruflich herabgesetzt. Er hindert sie daran, an Weiterbildungen teilzunehmen, und fordert sie dann auf, ihren Status als Krankenschwester aufzugeben und Pflegehelferin zu werden, mit der Begründung, dass Schwarze eine schöne Haut und einen schönen Kopf haben, aber nichts darin» (humanrights.ch).

Ungleichbehandlungen bei den freiwilligen Leistungen, bei der Weiterbildung und Umschulung, bei der Beförderung sowie bei der Arbeitszuteilung sind grundsätzlich unzulässig.⁶⁰ In Art. 328 OR ist die Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden verankert. Hierbei ist auch die Verpflichtung der Arbeitgebenden enthalten, die Persönlichkeit der Arbeitnehmenden zu schützen. In Verbindung mit dem zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ZGB) ergibt sich ein allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz im Arbeitsrecht. Art. 328 OR verbietet jedoch lediglich die willkürliche Schlechterstellung einzelner bei der gleichen arbeitgebenden Person beschäftigten Arbeitnehmenden.⁶¹ Laut Bundesgericht liegt Willkür dann vor, wenn es keine sachlichen Gründe für die Schlechterstellung in gleichliegenden Sachverhalten gibt. Dabei muss die oder der einzelne Arbeitnehmende im Vergleich zu einer Vielzahl von Mitarbeitenden deutlich benachteiligt sein, und diese Behandlung muss eine verletzendende Geringschätzung der Persönlichkeit zum Ausdruck bringen.⁶² Gemäss Caplazi/Naguib ist eine Ungleichbehandlung bereits dann willkürlich und verstösst gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn sie auf ethnisch-kulturelle Kriterien gründet und dies sachlich nicht begründet werden kann.⁶³ Im Gegensatz dazu stellt eine Besserstellung einzelner Arbeitnehmender im Vergleich zu einer Vielzahl anderer Angestellter keinen Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung im Arbeitsrecht dar.⁶⁴ Darüber hinaus hat die Vertragsfreiheit Vorrang vor dem Grundsatz der Gleichbehandlung im Arbeitsrecht.⁶⁵

2.1.2 Arbeitsschutz und rassistische Belästigung

Diskriminierung kann sich auch in unzureichenden Schutzmassnahmen für die körperliche und geistige Gesundheit der Arbeitnehmenden äussern, wie z.B. eine mangelnde Sicherheitsausrüstung oder eine Missachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Höchstarbeitszeiten.⁶⁶ Solche Bedingungen können zu einer erhöhten Belastung und einem höheren Risiko für Verletzungen oder Krankheiten führen. Die rassistische Belästigung am Arbeitsplatz kann sich in Form von verbalen Angriffen, sozialem Ausschluss oder sogar physischen Angriffen äussern und hat schwerwiegende Auswirkungen auf die betroffenen Arbeitnehmenden, wie etwa psychischer Stress oder gesundheitliche Probleme.⁶⁷

Beispiel

«Arbeitnehmer auf einem Bauernhof wurde gebeten, über Nacht auf dem Hof zu bleiben, wurde aber für die zusätzliche Arbeitszeit nicht entschädigt. Er musste zudem an bestimmten Tagen bis zu 12 Stunden arbeiten, erhielt jedoch einen Lohn von 8 Stunden pro Tag» (humanrights.ch).

⁶⁰ Caplazi/Naguib, Rz 43.

⁶¹ Pärli/Studer, Rz 356.

⁶² BGE 129 III 276, E. 3.1; Pärli, Vertragsfreiheit, Rz 1459.

⁶³ Caplazi/Naguib, Rz 45.

⁶⁴ BGE 129 III 276, E. 3.1.

⁶⁵ Pärli, Vertragsfreiheit, Rz 1459.

⁶⁶ Egger/Bauer/Künzi, S. 19.

⁶⁷ Beratungsnetz für Rassismusköper, S. 20.

Auch hier gilt der Grundsatz der Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden gem. Art. 328 OR, wonach diese auf die Gesundheit der Arbeitnehmenden gebührend Rücksicht zu nehmen haben. Gem. Abs. 2 von Art. 328 OR haben sie zudem alle zumutbaren Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes oder Haushaltes angemessen sind. Gleiches gilt gem. Art. 6 Abs. 1 ArG, sofern das Arbeitsgesetz auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet (s. Art. 2 ff. ArG). Mögliche zumutbare Massnahmen zum Schutz der Gesundheit sind z. B. Schutzausrüstungen, Arbeitsplatzgestaltung, Schulungen, Ruhepausen etc.

Die Arbeitsschutzbestimmungen und die Pflicht zur Achtung der Gesundheit der Arbeitnehmenden gem. Art. 328 OR beziehen sich nicht nur auf deren körperliche, sondern auch auf die psychische Gesundheit. Darunter fällt auch die Pflicht zum Schutz vor Belästigung und Mobbing. Somit ist jegliche Form von rassistischer Belästigung durch die Arbeitgebenden unzulässig und gem. Art. 328 OR zu unterlassen. Im Falle einer Verletzung haften die Arbeitgebenden, und die betroffenen Arbeitnehmenden haben das Recht, auf der Grundlage von Art. 328 OR i. V. m. Art. 97 ff. OR gerichtlich vorzugehen und eine Persönlichkeitsverletzung durch rassistische Belästigung geltend zu machen. Dabei kann die betroffene Person die Feststellung und Beseitigung der Belästigung sowie die Einforderung finanzieller Genugtuung gem. Art. 99 Abs. 3, Art. 47 und 49 OR verlangen.⁶⁸ Treffen die Arbeitgebenden die erforderlichen Massnahmen zum Schutz der Gesundheit nicht, so liegt ein Fall von Art. 324 OR vor, wonach die Arbeit infolge Verschuldens der Arbeitgebenden nicht geleistet werden muss. In einem solchen Fall hat die Arbeitnehmende das Recht dem Arbeitsplatz fernzubleiben und hat Anspruch auf den vollen Lohn.⁶⁹

Beispiele

«Schweizer Bürger mit ägyptischem Migrationshintergrund wird am Arbeitsplatz von seinem Chef regelmässig beleidigt. Eine seiner Aussagen lautet: «Ihr Muslime müsst erst mal lernen, wie man arbeitet» (humanrights.ch).

«Arbeitnehmer algerischer Herkunft wird als einziger vom Chef gebeten, sich zu rasieren. Grund dafür ist, dass der Chef befürchtete, dass sein Bart bei den Kunden einen falschen Eindruck erwecken könnte» (humanrights.ch).

2.1.3 Lohndiskriminierung

Die wohl am häufigsten vorkommende Form von Diskriminierung in einem Arbeitsverhältnis nach der rassistischen Belästigung ist die Lohndiskriminierung. Diese zeigt sich nicht nur im Grundlohn, sondern auch in anderen Einkommensbestandteilen, wie Gratifikationen, Prämien, Kommissionen oder Umsatz- und Gewinnbeteiligungen.⁷⁰

Beispiele

«Arbeitgeber zahlt Arbeitnehmerin ecuadorianisch-spanischer Herkunft unpünktlich und unter dem branchenüblichen Mindestlohn. Zuletzt als ihr gekündigt wird, werden die letzten drei Löhne nicht ausbezahlt mit der Begründung, sie bräuchte das Geld nicht und sollte zurück in ihr Heimatland gehen» (humanrights.ch).

⁶⁸ BSK OR I-Rehbinder/Portmann, Art. 328 N 29 ff.

⁶⁹ BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 324 N 3.

⁷⁰ Egger/Bauer/Künzi, S. 18.

«In einer Lebensmittelproduktion werden den Arbeitnehmenden systematisch Arbeitsstunden nicht ausbezahlt. Es betrifft v. a. Personen aus dem Flüchtlingsbereich» (humanrights.ch).

Art. 328 OR bietet grundsätzlich keinen Schutz vor ungleichen Löhnen, weil in eine schlechterstellende, die Persönlichkeit verletzende Lohnvereinbarung gültig eingewilligt werden kann.⁷¹ Einzige Grenze stellt hier das Verbot der Übervorteilung gem. Art. 21 OR dar. Demgemäss muss die verletzte Partei den Vertrag nicht halten, wenn ein offenkundiges Missverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung besteht, und der Vertragsabschluss durch Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns der schwächeren Partei (in casu die arbeitnehmende Person) herbeigeführt worden ist. Diese Gesetzesbestimmung kennt allerdings nur eine Entschädigung für das bereits Geleistete innerhalb Jahresfrist vom Abschluss des Vertrags an und gewährt keinen Anspruch auf Anpassung des Vertrags.⁷² Neben dem Lohn werden zur Vergütung der Arbeitsleistung oft variable, freiwillige Leistungen des Arbeitgebers, wie z.B. Gratifikation, Bonus etc., ausgerichtet.⁷³ Eine freiwillige Leistung darf zwar von Bedingungen abhängig gemacht werden, dies allerdings nur in den Grenzen von Art. 27 Abs. 2 ZGB. Bedingungen, die einen persönlichkeitsverletzenden Charakter haben, sind unzulässig. Der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 328 OR) ist auch im Bereich von freiwilligen Leistungen zu beachten. Eine willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmender ist daher verboten.⁷⁴

2.2 Diskriminierendes Verhalten durch Mitarbeitende und Kundschaft

Menschen mit Migrationsgeschichte und Rassismuserfahrung erfahren im Arbeitsverhältnis nicht nur Diskriminierung durch Vorgesetzte, sondern auch durch Mitarbeitende. Dabei kann es zu unterschiedlichen Formen der Diskriminierung kommen, wie bspw. beleidigenden Äusserungen, sozialer Ausgrenzung oder sogar physischen Angriffen. Allerdings sind verbale Angriffe die am häufigsten vorkommende Form von rassistischem Verhalten. Diskriminierendes Verhalten wird oft auch durch die Kundschaft ausgeübt. Dies kann sich bspw. in Form von beleidigenden Äusserungen, absichtlich schlechter Behandlung oder dem Verweigern von Dienstleistungen äussern. Dabei sind insb. Arbeitsbereiche mit viel Kundenkontakt wie Einzelhandel, Gastronomie oder Dienstleistungsbranchen betroffen.

Beispiele

«Juristin wird regelmässig von einer Arbeitskollegin beschimpft: «Sie solle doch in eine Kebab-Bude arbeiten gehen»» (humanrights.ch).

«Frau beschimpft Taxi-Fahrer als «scheiss Afrikaner» und weigert sich, die Fahrt zu bezahlen, weil der Taxi-Fahrer aufgrund eines vorübergehenden Fahrverbots nicht bis zur gewünschten Adresse fahren kann. Sie schlägt ihn mit ihrer Tasche auf den Kopf und es fällt dabei Geld raus. Der Taxi-Fahrer liest den entsprechenden Betrag für die Taxi-Fahrt auf. Später erhält er eine Anzeige wegen Diebstahls» (humanrights.ch).

Aus der Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden (Art. 328 OR) ergibt sich deren Verpflichtung, die Arbeitnehmenden vor rassistischen Angriffen durch Mitarbeitende und Kundschaft zu schützen. Sorgen die Arbeitgebenden nicht für einen genügenden Schutz vor solchen Angriffen, verletzen sie ihre vertraglichen Pflichten und machen sich haftbar.⁷⁵ Die betroffene Person hat die Möglichkeit, auf der Grundlage von Art. 328 OR in Verbindung mit Art. 97 ff. OR, eine Persönlichkeitsverletzung durch rassistische Belästigung gerichtlich feststellen und beseitigen zu lassen sowie finanzielle Genugtuung einzufordern (Art. 99 Abs. 3, Art. 47 und 49 OR).⁷⁶ Auch in diesem Fall dürfen die Arbeitnehmenden die Arbeitsleistung verweigern und haben trotzdem Anspruch auf den vollen Lohn gem. Art. 324 Abs. 1 OR.⁷⁷

⁷¹ Pärli/Studer, Rz 356.

⁷² BSK OR I-Meise/Huguenin, Art. 21 N 15.

⁷³ Pärli/Studer, Rz 372.

⁷⁴ Pärli/Studer, Rz 373.

⁷⁵ Geiser, S. 18 ff.; Caplazi/Naguib, Rz 42.

⁷⁶ Caplazi/Naguib, Rz 42.

⁷⁷ Siehe oben 2.1.2.

2.3 Würdigung der rechtlichen Lage

Wie bei der Anstellungs- und Vertragsdiskriminierung bestehen auch beim Schutz vor Diskriminierung am Arbeitsplatz bestimmte strukturelle, ökonomische und psychologische Barrieren, die es den Betroffenen schwermachen, effektiven Rechtsschutz zu erhalten. Die Beweislast liegt grundsätzlich beim Opfer (Art. 8 ZGB), was ein Hindernis für eine gerechte Lösung darstellt. Insbesondere dann, wenn die Arbeitgebenden selbst diskriminieren oder Dritte, wie die Kundschaft oder Mitarbeitende, diskriminieren und nicht kooperieren, kann es schwierig sein, Beweise zu sammeln. Ein weiterer, nicht zu unterschätzender Faktor ist ebenfalls das Kostenrisiko.⁷⁸ Eine Klage vor Gericht ist meistens teuer und kann sich über lange Zeiträume erstrecken, was viele Opfer davon abhält, rechtliche Schritte zu unternehmen. Im seltenen Erfolgsfall sind die ausgesprochenen Summen i. S. eines Schadenersatzes oder einer Genugtuung zudem eher bescheiden.⁷⁹ Eine weitere ernsthafte Barriere ist die Angst vor möglichen Konsequenzen. Viele Betroffene fürchten sich davor, dass sie, wenn sie sich wehren und vor Gericht gehen, in ein kontradiktorisches und aggressives Verfahren hineingezogen werden, das ihre Karriere oder ihr persönliches Leben beeinträchtigen könnte.⁸⁰ Dazu kommt, dass der Kündigungsschutz in der Schweiz eher schwach ausgestaltet ist (dazu mehr unten). Ein gerichtliches Vorgehen gegen die Arbeitgeberin während eines noch bestehenden Arbeitsverhältnisses ist mit einem sehr hohen Risiko einer Kündigung verbunden. Zum Schluss hindern auch die mangelnde Vertrautheit mit dem schweizerischen Rechtssystem, die fehlenden Sprachkenntnisse sowie eine bereits bestehende hohe psychische Belastung Diskriminierungsopfer daran, ein Gericht anzurufen.

3. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

3.1 Rassistisch motivierte Kündigung

Es gibt verschiedene Gründe, weshalb eine Kündigung diskriminierend sein kann. Zum einen kann dies damit zusammenhängen, dass die Arbeitgebenden bestimmte kulturelle Eigenheiten nicht tolerieren möchten. Es kann jedoch auch vorkommen, dass eine Kündigung ausgesprochen wird, wenn eine Person gegenüber den Arbeitgebenden Kritik an einer diskriminierenden Unternehmenskultur äussert, oder wenn sie die Arbeitgebenden wegen rassistischer Äusserungen vor Gericht bringt.⁸¹ Oftmals wird eine Kündigung auch aufgrund von Konflikten zwischen Mitarbeitenden oder mit der Kundschaft ausgesprochen. Zum Beispiel, wenn jemand von einem Arbeitskollegen rassistisch belästigt wird. In solchen Fällen kann es vorkommen, dass das Opfer entlassen wird, um den Frieden im Unternehmen wiederherzustellen. Es kommt jedoch häufig auch vor, dass das Belästigungsoffer von sich aus kündigt, da es die belastende Situation nicht länger ertragen kann.

Beispiele

«Arbeitnehmerin in bernischer Grosswäscherei wird aufgrund des Tragens ihres Kopftuchs entlassen. Die Kündigung war missbräuchlich» (Entscheid vom Regionalgericht Bern CIV 16 1317 P57/BLM vom 08.09.2016).

«Pflegefachfrau aus Brasilien mit sehr guten Abschnittsnoten wird von der Vorgesetzten gekündigt mit der Begründung die PatientInnen verstünden sie nur mit viel Mühe, wegen ihres südamerikanischen Akzents» (humanrights.ch).

«Arbeitnehmerin wurde von einer Arbeitskollegin rassistisch belästigt und sowohl verbal als auch physisch angegriffen. Obwohl die Arbeitnehmerin die rassistischen Angriffe der Arbeitgeberin meldete, reagierte diese nicht angemessen».

⁷⁸ Caplazi/Naguib, Rz 47.

⁷⁹ Landolt, Rz 557 m.w.H.

⁸⁰ Caplazi/Naguib, Rz 47.

⁸¹ Caplazi/Naguib, Rz 47.

sen, weshalb sich die Arbeitnehmerin dazu entschloss, zu kündigen. Daraufhin wurde ihr fristlos gekündigt» (humanrights.ch).

«Arbeitnehmer wird von einer Arbeitskollegin vermehrt mit rassistischen Bemerkungen über seine Hautfarbe belästigt. Sie sagt ihm zudem, dass er stinke und dass er zurück in seine Heimat kehren solle, dass die Schweiz keine «Schwarzen» haben wolle. Nach mehrmonatigem Konflikt wird ihm ein Teller angeworfen, was zu Verletzungen am Gesicht führt. Der Arbeitgeber hat nie etwas unternommen, weshalb der Arbeitnehmer kündigte» (humanrights.ch).

Kündigen Arbeitnehmende von sich aus, besteht grundsätzlich kein Schutz, da die Kündigung aus eigenem Willen erfolgt, auch wenn die Arbeitnehmenden sich indirekt dazu gezwungen sehen.⁸² Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis bietet Art. 336 Abs. 1 OR einen gewissen Schutz vor diskriminierenden Kündigungen durch die Arbeitgebenden. Gem. Art. 336 Abs. 1 lit. a OR ist eine Kündigung missbräuchlich (aber nichtsdestotrotz gültig), wenn sie aufgrund einer Eigenschaft ausgesprochen wird, die einer Person kraft ihrer Persönlichkeit zusteht.⁸³ Bei der «Rasse» und der ethnischen bzw. nationalen Herkunft handelt es sich um eine persönliche Eigenschaft.⁸⁴ Missbräuchliche Kündigungen gem. Art. 336 Abs. 1 lit. a OR führen zu einem Anspruch auf eine Entschädigung. Eine Kündigung wegen einer persönlichen Eigenschaft ist jedoch nicht missbräuchlich, wenn die kündigende Partei einen Rechtfertigungsgrund geltend machen kann. Das Gesetz erwähnt als Rechtfertigungsgründe Situationen, in denen die persönliche Eigenschaft in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht oder die Zusammenarbeit im Betrieb beeinträchtigt.⁸⁵ Zu erwähnen ist auch der Schutz vor ungerechtfertigten fristlosen Kündigungen. Eine fristlose Kündigung ist nur zulässig, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (Art. 337 Abs. 1 OR). Eine persönliche Eigenschaft ist kein anerkannter wichtiger Grund.⁸⁶ Eine ungerechtfertigte fristlose Kündigung führt ebenfalls zu einer Entschädigungspflicht (Art. 337c Abs. 3 OR).

3.2 Würdigung der rechtlichen Lage

Dass eine Kündigung missbräuchlich ist, muss von der gekündigten Person bewiesen werden. Die Arbeitnehmenden müssen dann nicht nur die Missbräuchlichkeit der Kündigung, sondern auch die Kausalität zwischen dem Missbrauchstatbestand und der Kündigung beweisen, d.h., sie müssen beweisen, dass ihnen tatsächlich aus dem missbräuchlichen Grund gekündigt worden ist.⁸⁷ Eine Beweislasterleichterung ist im Gesetz nicht vorgesehen. Gelingt der Beweis, dass ein Missbrauchstatbestand erfüllt ist, obliegt es den Arbeitgebenden, das Vorhandensein von Rechtfertigungsgründen zu beweisen.⁸⁸ Eine missbräuchliche Kündigung ist allerdings nicht etwa nichtig, sondern sie bleibt gültig. Die Arbeitgebenden werden lediglich verpflichtet, einen Entschädigungsanspruch in der Höhe von maximal sechs Monatslöhnen zu entrichten (vgl. Art. 336a Abs. 1 und 2 OR). Das Vorliegen eines Schadens ist keine Voraussetzung, damit dieser Entschädigungsanspruch geltend gemacht werden kann.⁸⁹

Die Regelungen zur missbräuchlichen Kündigung bewirken einen gewissen Schutz gegen diskriminierende Kündigungen. Ungelöst sind indes jedoch die Probleme der Beweislast und des Kostenrisikos. Immerhin haben die Opfer aufgrund einer vom Bundesgericht leicht modifizierten Beweislastregelung bessere Chancen, eine missbräuchliche Kündigung nachzuweisen als bei Anstellungs-, Vertragsdiskriminierung oder Diskriminierung während des Arbeitsverhältnisses.⁹⁰ Lehre und Rechtsprechung lassen nämlich eine hohe Wahrscheinlichkeit (Indizienbeweis) genügen. Dabei ist ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen dem diskriminierenden Grund und der Kündigung ein ausreichendes Indiz, um auf eine möglicherweise missbräuchliche Kündigung zu schliessen.⁹¹

82 Allenfalls liegt hier eine Vertragsverletzung der Arbeitgeberin vor (Verletzung der Fürsorgepflicht).

83 Pärli/Studer, Rz 376.

84 Caplazi/Naguib, Rz 50.

85 Pärli/Studer, Rz 377.

86 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 337 N 18 ff.

87 Caplazi/Naguib, Rz 54.

88 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 336a N 31 m.w.H.

89 Pärli/Studer, Rz 383.

90 Naguib/Caplazi, Rz 50.

91 BGE 125 II 285, JAR 1993, S. 269, JAR 1994, S. 205, JAR 1995, S. 163, JAR 2001, S. 283.



D. Fazit und Lösungsvorschläge

1. Diskriminierung im Rahmen von privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen

Rassendiskriminierung erfahren Menschen mit Migrationsgeschichte und Rassismuserfahrung in jeder Phase des Berufslebens. Es fängt schon bei der Stellenausschreibung und beim Bewerbungsverfahren an. Werden in Stelleninseraten bestimmte Gruppen (wie z.B. die «Schwarzen» oder «Türken») ausgeschlossen, ist die Ahndung des diskriminierenden Vorfalls auf privatrechtlichem Weg nicht möglich, da es an einer konkreten interpersonalen Beziehung fehlt. Wird eine Stelle aus rassistischen Gründen verweigert, so kennt das schweizerische Arbeitsrecht kein Recht auf Anstellung. Der Bewerber kann lediglich Rechtsschutz nach Art. 28 ZGB beanspruchen und eine Persönlichkeitsverletzung geltend machen oder sich auf den Grundsatz von Treu und Glauben gem. Art. 2 ZGB berufen. Im seltenen Erfolgsfall sind die ausgesprochenen Summen i.S. eines Schadenersatzes oder einer Genugtuung zudem eher bescheiden. Allerdings bieten weder der allgemeine Persönlichkeitsschutz noch der Grundsatz von Treu und Glauben einen ausreichenden Schutz vor rassistischer Diskriminierung. Diese rechtlichen Prinzipien sind allgemein gehalten und nicht spezifisch auf rassistische Diskriminierung ausgerichtet. Dadurch können sie möglicherweise nicht angemessen auf Diskriminierungsfälle reagieren, die aufgrund von «Rasse», ethnischer Herkunft oder ähnlichen Faktoren auftreten. Zudem liegt bei der Durchsetzung des Persönlichkeitsschutzes oder des Grundsatzes von Treu und Glauben die Beweislast bei der diskriminierten Person, was eine hohe Hürde darstellen kann. Betroffene haben oft Schwierigkeiten, eine Diskriminierung nachzuweisen oder die erforderlichen Beweise vorzulegen. Im Gegensatz dazu legen spezifische Antidiskriminierungsgesetze klare Verpflichtungen für Institutionen, Arbeitgebende und den Staat fest und bieten klare Anweisungen und Vorschriften, wie Diskriminierung vermieden oder bekämpft werden soll.

Wie bei der Anstellungs- und Vertragsdiskriminierung bestehen auch beim Schutz vor Diskriminierung am Arbeitsplatz bestimmte strukturelle, ökonomische und psychologische Barrieren, die es den Betroffenen schwermachen, effektiven Rechtsschutz zu erhalten. Auch hier liegt die Beweislast beim Opfer, was die Hürde für eine gerechte Lösung erhöht. Besonders schwierig wird es, wenn die Arbeitgebenden oder Dritte diskriminieren und nicht kooperieren. Das Kostenrisiko und die Angst vor möglichen Konsequenzen halten viele Opfer davon ab, rechtliche Schritte zu unternehmen. Fehlende Pönalentschädigungen stellen ein weiteres deutliches Rechtsdefizit dar, da diskriminierte Personen oft keine finanzielle Entschädigung erhalten. Dadurch wird zudem die Abschreckung vor Diskriminierung verringert, da es für Diskriminierende praktisch keine rechtlichen Konsequenzen gibt. Ein Beweis dafür, dass in diesem Bereich grosse rechtliche Unsicherheit herrscht, ist die fehlende Rechtsprechung. Benannte Unsicherheit besteht nicht nur bei den Betroffenen, sondern auch bei Fachpersonen und führt dazu, dass Anwälte und Anwältinnen zögern, Diskriminierungsfälle vor Gericht zu bringen.⁹²

Im Falle einer Entlassung kennt das OR einen Schutz gegen missbräuchliche Kündigungen (Art. 336 Abs. 1 lit. a und b OR). Gem. Art. 336 Abs. 1 lit. a OR ist eine Kündigung

missbräuchlich, wenn sie aufgrund einer Eigenschaft ausgesprochen wird, die einer Person kraft ihrer Persönlichkeit zusteht,⁹³ was bei der «Rasse» und der ethnischen Herkunft regelmässig der Fall sein wird.⁹⁴ Die Kündigung unterliegt zwar einem Diskriminierungsverbot, jedoch ist die Problematik der Beweislast und des Kostenrisikos auch bei der Kündigung noch nicht gelöst. Problematisch ist auch, dass oft die Opfer die belastende Situation am Arbeitsplatz nicht mehr ertragen können und deshalb von sich aus kündigen. In diesem Fall besteht kein Rechtsschutz, obwohl die Arbeitgebenden ihrer Fürsorgepflicht nicht nachgekommen sind.

2. Auswertung und Verbesserungsvorschläge

2.1 Antidiskriminierungsgesetz am Beispiel vom Gleichstellungsgesetz (GIG)

Im Gegensatz zum Bereich der Geschlechterdiskriminierung, wo gewisse Hürden beim Zugang zum Recht erkannt und erfolgreich behoben wurden, bleibt dies im Kontext der rassistischen Diskriminierung nach wie vor ungelöst. Um von Diskriminierung betroffenen Menschen effektiven Schutz zu bieten, könnte eine konkrete Möglichkeit darin bestehen, eine Art Rahmengesetz (am Beispiel vom GIG) einzuführen, das Diskriminierung verbietet, den Opfern wirksame Schutzmechanismen zur Verfügung stellt und den Staat verpflichtet, in Zusammenarbeit mit den Unternehmen weitere Sensibilisierungs-, Präventions- und Schutzmassnahmen zu treffen.⁹⁵ Dabei müssen wir nicht weit suchen, denn das Grundgerüst wurde bereits vom Gesetzgeber geschaffen (siehe GIG). Jetzt bedarf es lediglich einer Anpassung. Im Folgenden werden Elemente aus dem Gleichstellungsgesetz (GIG) aufgezeigt, die in ein umfassendes Antidiskriminierungsgesetz übernommen werden könnten, um den Antidiskriminierungsschutz im Privatrecht zu verbessern.

2.1.1 Besonderes Schlichtungsverfahren

Die Zivilprozessordnung (ZPO) sieht für Verfahren nach dem Gleichstellungsgesetz ein besonderes Verfahren vor. Es gilt das vereinfachte Verfahren mit Untersuchungsmaxime (Art. 243 ff. ZPO). Zudem entfallen die Gerichtskosten ungeachtet der Streitsumme sowohl beim Schlichtungs- als auch beim Entscheidungsverfahren (Art. 113 Abs. 2 lit. a und Art. 114 lit. a ZPO). Die Kantone müssen für Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz eine paritätische Schlichtungsbehörde einrichten (Art. 200 Abs. 2 ZPO), die auch die Funktion einer Rechtsberatungsstelle auszuüben hat (Art. 201 Abs. 2 ZPO). Die Schlichtungsbehörde verfügt in Gleichstellungsfällen über eine Urteilsvorschlagskompetenz (Art. 210 Abs. 1 lit. a ZPO). In einem Gleichstellungsverfahren kann die klagende Partei überdies auf das Schlichtungsverfahren auch verzichten und direkt an das Gericht gelangen (Art. 199 Abs. 2 lit. c ZPO).

2.1.2 Beweislasterleichterung

Heute ist die allgemeine Beweislastregel im Privatrecht normiert. Sie besagt, dass diejenige Partei den Beweis zu erbringen hat, die daraus Rechte ableitet (Art. 8 ZGB). Kann die Partei die Beweise nicht erbringen, weist das Gericht ihren Anspruch ab. Das Gleichstellungsgesetz sieht in Art. 6 GIG eine Beweislasterleichterung vor. Diese hilft, die prozessualen Hürden für die Durchsetzung von Gleichstellungsansprüchen herabzusetzen. Die klagende Partei (Arbeitnehmende) trägt nur noch die Last der Glaubhaftmachung. Die Beweislasterleichterung verringert das Prozessrisiko der klagenden Partei und wird so den tatsächlichen Möglichkeiten der Beweisführung beider Parteien gerecht.⁹⁶ Eine Beweislasterleichterung im Sinne des Gleichstellungsgesetzes würde den strukturellen Beweisnotstand von Opfern rassistischer Diskriminierung verringern und dem wichtigen Aspekt Rechnung tragen, dass diese selten in der Lage sind, die erlebte Diskriminierung

93 Pärli/Studer, Rz 376.

94 Caplazi/Naguib, Rz 50.

95 Caplazi/Naguib, Rz 84.

96 Caplazi/Naguib, Rz 100 ff.

nachzuweisen. Den Arbeitgebenden, im Gegenteil, ist es zuzumuten, den Gegenbeweis zu erbringen und damit auch aktiv an der Wahrheitsfindung mitzuwirken.⁹⁷

2.1.3 Klagen und Beschwerden von Organisationen

Ähnlich wie das Klage- und Beschwerderecht von Organisationen in Art. 7 GIG, soll auch das Antidiskriminierungsgesetz ein Verbandsklagerecht kennen. Betroffene müssen nicht als Partei am Verfahren teilnehmen, ihr Name muss nicht genannt werden. Berufsverbände, Gewerkschaften und Interessenverbände (Antidiskriminierungsorganisationen) können eine Klage auch ohne Einwilligung der Betroffenen einreichen. Mit dem Verbandsklagerecht soll verhindert werden, dass die Klärung von Diskriminierungsfragen daran scheitert, dass das Opfer nicht in der Lage ist, sich den grossen strukturellen, ökonomischen oder psychischen Schwierigkeiten, die eine Klage mit sich bringt, auszusetzen.⁹⁸

2.1.4 Diskriminierung durch rassistische Belästigung

In Art. 4 GIG ist das Verbot der sexuellen Belästigung explizit verankert. Dieses richtet sich ausschliesslich an die Arbeitgebenden, unabhängig davon, ob das belästigende Verhalten von ihnen selbst, von Arbeitnehmenden in ihrem Betrieb oder auch von Dritten (z.B. Kundschaft) ausgeht. Die Arbeitgebenden sind dafür verantwortlich, die Arbeitnehmenden in ihrer psychischen und physischen Integrität zu schützen (vgl. Art. 6 ArG und Art. 328 OR).⁹⁹ Am Beispiel von Art. 4 GIG soll die rassistische Belästigung als Spezialfall des allgemeinen Diskriminierungsverbots in das Antidiskriminierungsgesetz aufgenommen werden. Ziel ist es, die rassistische Belästigung ausdrücklich in Bezug auf Anstellung, Lohn, Berufs- und Weiterbildung, Beschäftigung, Arbeitsschutz und Kündigung zu verbieten und im Verletzungsfall mit Rechtsfolgen zu verbinden, wie z.B. einem Anstellungs- oder Entschädigungsanspruch. Das Verbot rassistischer Belästigung soll vor allem abschreckende und präventive Wirkung entfalten.¹⁰⁰

2.1.5 Anpassung des OR

Ein wirksamer Diskriminierungsschutz kann auch durch Anpassungen des OR erreicht werden. Ausgangspunkt und Anknüpfung für Anpassungen innerhalb des OR bildet die Pflicht der Arbeitgebenden, die Persönlichkeit der Arbeitnehmenden zu achten und zu schützen (Art. 328 OR). Es ist bereits heute anerkannt, dass rassistische Diskriminierungen gegen das Recht der Persönlichkeit verstossen.¹⁰¹ Insbesondere im Bewerbungsverfahren besteht jedoch Handlungsbedarf, da hier nach Lehre und Rechtsprechung Art. 328 OR noch nicht Anwendung findet. Problematisch ist weiter das Fehlen prozessualer Erleichterungen und fehlende Pönalentschädigungen. Wird der Persönlichkeitsschutz sowohl der Stellenbewerbenden als auch der Arbeitnehmenden verstärkt, führt dies auch zu einer Verbesserung des Schutzes vor Diskriminierung aus anderen Gründen (z.B. aufgrund einer Behinderung). Diskriminierungsmerkmale stellen praktisch immer einen schützenswerten Aspekt unserer Persönlichkeit dar.

Der Rechtsschutz vor Diskriminierung im Bewerbungsverfahren, während des Arbeitsverhältnisses und bei Kündigungen kann mittels einer Verankerung im Obligationenrecht verbessert werden. Voraussetzung ist, dass das Bewerbungsverfahren ausdrücklich innerhalb der Bestimmungen zum Arbeitsvertrag im OR geregelt wird. In Abschnitt VII der obligationenrechtlichen Bestimmungen zum Arbeitsvertragsrecht finden sich bereits heute unter dem Titel «Schutz der Persönlichkeit der Arbeitnehmenden» drei Bestimmungen. Nach «1. Im Allgemeinen» (Art. 328 OR), folgt «2. Bei Hausgemeinschaft (Art. 328a OR)» und «3. Bei der Bearbeitung von Personendaten» (Art. 328b OR). Hier besteht die Möglichkeit, einen Unterabschnitt «4. Im Bewerbungsverfahren» und einen neuen Artikel 328c OR zu verankern, der wie folgt lautet:

⁹⁷ Caplazi/Naguib, Rz 105.

⁹⁸ Caplazi/Naguib, Rz 112 ff.

⁹⁹ Caplazi/Naguib, Rz 120.

¹⁰⁰ Caplazi/Naguib, Rz 125 und 127.

¹⁰¹ Lempen, S. 59.

Zehnter Titel: Der Arbeitsvertrag

VII) Schutz der Persönlichkeit der Arbeitnehmenden

4. Im Bewerbungsverfahren

Art. 328c OR (neu)

¹Die Arbeitgebenden haben im Bewerbungsverfahren die Persönlichkeit der Arbeitnehmenden zu achten und zu schützen. Namentlich dürfen sie die Bewerbenden nicht ohne sachliche Rechtfertigungsgründe aufgrund eines Persönlichkeitsmerkmals ablehnen.

²Auf Verlangen der Bewerbenden haben die Arbeitgebenden ihren Anstellungsentscheid schriftlich zu begründen.

³Bei einer Ablehnung der Bewerbung aufgrund eines Persönlichkeitsmerkmals ohne sachliche Rechtfertigungsgründe hat die betroffene Person Anspruch auf eine Entschädigung in der Höhe von maximal drei Monatslöhnen.

Zu diskutieren ist, ob an dieser Stelle nicht auch eine Beweislast erleichterung für die Geltendmachung einer Diskriminierung im Bewerbungsverfahren eingeführt werden soll. Die Glaubhaftmachung einer diskriminierender Nichtanstellung würde genügen, es wäre dann Sache der Arbeitgebenden zu beweisen, dass die Nichtanstellung unter Anknüpfung an Persönlichkeitsmerkmale sachlich gerechtfertigt war. Eine solche Beweislast erleichterung für Anstellungsdiskriminierungen findet sich jedoch auch nicht im GLG. Aus diesem Grund wurde im hier vorliegenden Vorschlag auf die Beweislast erleichterung bei Anstellungsdiskriminierungen verzichtet. Es wird aber angeregt, die Beweislast erleichterung bei Anstellungsdiskriminierungen sowohl im GLG als auch im Rahmen einer allfälligen Anpassung des OR zu verankern.

Eine Verbesserung des Diskriminierungsschutzes im laufenden Arbeitsverhältnis kann ebenfalls durch eine Ergänzung der Bestimmungen zum arbeitsvertragsrechtlichen Persönlichkeitsschutz verwirklicht werden. Ausgangspunkt bildet die Überlegung, dass diskriminierende Persönlichkeitsverletzungen regelmässig schwierig zu beweisen sind. Ein konkreter wirtschaftlicher Schaden lässt sich in vielen Fällen nicht hinreichend nachweisen. Zudem sind die Hürden für den Erhalt einer Genugtuung sehr hoch (nur bei schweren Persönlichkeitsverletzungen anerkennen die Gerichte einen Genugtuungsanspruch). Soll die Diskriminierung wirksam bekämpft werden, braucht es adäquate Entschädigungsansprüche, die unabhängig von einem Schaden oder einer schweren Persönlichkeitsverletzung eingeklagt werden können.

VII) Schutz der Persönlichkeit

5. Beweislast

Art. 328d OR (neu)

Eine Persönlichkeitsverletzung während des Arbeitsverhältnisses wird vermutet, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird.

6. Rechtsfolgen

Art. 328e OR (neu)

Bei Persönlichkeitsverletzungen während des Arbeitsverhältnisses besteht Anspruch auf eine Entschädigung, die vom Richter unter Würdigung aller Umstände einschliesslich abschreckender Wirkung festzusetzen ist. Die Entschädigung beträgt mindestens sechs Monatslöhne und darf den Betrag von zwölf Monatslöhnen nicht überschreiten.

Konsequenterweise bedarf es auch einer Verbesserung des Kündigungsschutzes. Hier kann an die bestehende Regelung in Art. 336 Abs. 1 lit. a OR (Kündigung wegen persönlicher Eigenschaften ist missbräuchlich) angeknüpft werden. Die erforderlichen Änderungen betreffen einerseits die Beweislastverteilung und andererseits die Verstärkung der Sanktionen. Folgende Änderungen werden vorgeschlagen:¹⁰²

III. Kündigungsschutz

Missbräuchliche Kündigung

b) Sanktion

Art. 336a OR

⁴ (neu) *Liegt eine missbräuchliche Kündigung nach Art. 336 Abs. 1 lit. a OR vor, wird die Entschädigung vom Richter unter Würdigung aller Umstände einschliesslich abschreckender Wirkung festgesetzt. Die Entschädigung beträgt mindestens sechs Monatslöhne und darf den Betrag von zwölf Monatslöhnen nicht überschreiten. Schadenersatzansprüche aus anderen Rechtstiteln sind vorbehalten.*

Ebenfalls ist eine Beweislast erleichterung für die Geltendmachung einer diskriminierenden Kündigung einzuführen.

c. Verfahren

Art. 336b OR

³ (neu) *Eine Kündigung durch die Arbeitgebende erfolgt aus missbräuchlichen Gründen, wenn diese von der gekündigten Arbeitnehmerin oder vom gekündigten Arbeitnehmer glaubhaft gemacht werden.*

Zu ergänzen ist: Eine Änderung des OR wirkt sich auch auf viele öffentlich-rechtliche Beschäftigungsverhältnisse aus, da in den einschlägigen personalrechtlichen Bestimmungen regelmässig auf das OR verwiesen wird.

Teil 3

Privatrechtliches Mietverhältnis

A. Fehlender Schutz vor Diskriminierung im Mietrecht

Wie bereits im Kapitel zum privatrechtlichen Arbeitsverhältnis ausgeführt¹⁰³, kennt die Schweiz weder ein allgemeines Gesetz zum Schutz vor Diskriminierung noch ein Gesetz, das spezifisch auf den Schutz vor rassistischer Diskriminierung ausgerichtet ist. Auch im Mietrecht gibt es keinerlei Bestimmungen, die ausdrücklich vor rassistischer Diskriminierung Schutz gewähren.¹⁰⁴ Den Bewerbenden für eine Wohnung und den Mietenden steht einzig die Möglichkeit offen, sich im Rahmen unbestimmter Rechtsbegriffe und allgemeiner Generalklauseln wie der Persönlichkeitsschutz (Art. 27 ff. ZGB), das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB; Art. 271 OR) und das Mängelrecht (Art. 258 ff. OR) rechtlich gegen rassistische Diskriminierung zur Wehr zu setzen¹⁰⁵ – dies im Lichte des völker- und verfassungsrechtlichen Verbots der Diskriminierung «aufgrund der Rasse».¹⁰⁶ Das Fehlen ausdrücklicher Regeln «schafft Rechtsunsicherheit und erhöht das Prozessrisiko»¹⁰⁷ auf eine Weise, welche die von Rassismus betroffenen Menschen abschreckt, den Rechtsweg zu beschreiten: «Il n'est pas rare que les locataires soient victimes de discriminations. Pourtant, très peu de cas arrivent devant les tribunaux.»¹⁰⁸ Auch das geltende Verfahrensrecht vermag die Prozessrisiken und damit verbundenen Herausforderungen nicht zu kompensieren: Die «Angst vor negativen Konsequenzen (...), der ungewisse Ausgang des Verfahrens, die bei Unterliegen drohenden relativ hohen Kosten, die vergleichsweise schwachen Sanktionen im Erfolgsfall, welche die Risiken des Beschreitens des Rechtswegs nicht aufwiegen, und insgesamt die grosse persönliche Belastung von Justizverfahren können Opfer von Diskriminierungen davon abhalten, Klage oder Beschwerde zu erheben (...).»¹⁰⁹ Da konnte bis anhin auch das in Art. 89 ZPO verankerte Recht der Verbandsklage auf Verletzung der Persönlichkeit keine Abhilfe schaffen.

Im Folgenden werden die rechtlichen Schutzlücken mit Blick auf folgende Aspekte dargelegt:

- Wohnungssuche und Vertragsabschluss (B);
- Mietverhältnis (C);
- Beendigung des Mietverhältnisses (D).

Im Anschluss daran werden Vorschläge zur Verbesserung der rechtlichen Grundlagen gemacht.

¹⁰³ S. 15.

¹⁰⁴ Vgl. dazu Naguib/Fuchs, N 450 ff.

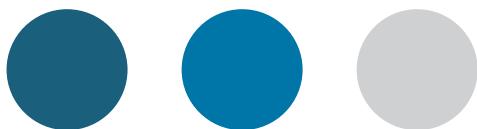
¹⁰⁵ Jaun, S. 473 ff.; Locher, S. 50; Naguib/Fuchs, N 450 ff.; vgl. zudem Eidgenössische Kommission gegen Rassismus, Online-Rechtsratgeber – Wohnen und Nachbarschaft: www.rechtsratgeber-rassismus.admin.ch > Lebensbereiche > Wohnen und Nachbarschaft

¹⁰⁶ Locher, S. 12 ff.; Jaun, S. 466 f. Naguib, Antidiskriminierungsrecht im Vergleich; Bieri, N 4 ff.

¹⁰⁷ Kälin/Locher, S. 98.

¹⁰⁸ Bieri, N 72.

¹⁰⁹ Kälin/Locher, S. 98.



B. Wohnungssuche und Vertragsabschluss

Eine Übersichtsstudie des Bundes aus dem Jahre 2021 zeigt¹¹⁰, dass «immer wieder Wohnungen aufgrund diskriminierender Kriterien nicht vergeben werden» und Wohnungsinserate «Menschengruppen beispielweise wegen ihrer Nationalität oder Religionszugehörigkeit direkt oder indirekt auszuschliessen versuchen». Im Rahmen einer Grundlagenstudie vom Dezember 2022 zu strukturellem Rassismus wird dies bestätigt.¹¹¹ Jann stellt in einer Untersuchung Diskriminierungen von Personen mit serbo-kroatischen, arabischen, tamilischen, albanischen und eritreischen Namen fest.¹¹² Demgegenüber keine systematische Benachteiligung findet gegenüber Personen aus den Nachbarländern der Schweiz statt.¹¹³ Dies zeigt, dass es sich bei der Benachteiligung auf dem Wohnungsmarkt nicht um allgemeine Ausländerfeindlichkeit handelt, sondern um rassistische Diskriminierung, die gegen bestimmte Gruppen gerichtet ist. Diese Befunde werden durch Studien aus anderen europäischen Ländern bestätigt.¹¹⁴

1. Bewerbung und Verweigerung des Vertragsabschlusses

Das schweizerische Mietrecht kennt kein Recht auf Abschluss eines Mietvertrages.¹¹⁵ Vermietende haben grundsätzlich die Freiheit, die Kriterien für den Mietvertragsabschluss und den Vertragsinhalt frei festzulegen (Art. 19 Abs. 1 OR).¹¹⁶ Einzig der Willkürfreiheit sind bis zu einem gewissen Grad Grenzen gesetzt. Die Parteien können einen Vertrag auf indirekt diskriminierende Weise verweigern (indem z. B. Menschen aufgrund ihres Aufenthaltstitels ausgeschlossen werden), solange damit nicht gegen das Recht der Persönlichkeit (Art. 28 ZGB) und den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) verstossen wird.¹¹⁷

In jedem Fall liegt eine Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 28 ZGB vor, wenn eine rassistische Weigerung des Abschlusses eines Mietvertrages mit einer *herabsetzenden Äusserung* einhergeht.¹¹⁸ Unabhängig davon, ob eine diskriminierende Äusserung tatsächlich erfolgt oder nicht, verletzt ein Vermietender mit der diskriminierenden Weigerung eines Vertragsabschlusses den Grundsatz von Treu und Glauben im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB, wenn zwischen der Mietinteressentin oder dem Mietinteressenten und dem Vermietenden bereits eine vertragsähnliche Sonderbeziehung bestanden hat und mit der Vergabe der Wohnung gerechnet werden durfte.¹¹⁹ Fehlt es sowohl an einer rassistischen Äusserung als auch einer Sonderbeziehung, besteht Unsicherheit darüber, ob eine Diskriminierung von den zuständigen Gerichten als Verstoß gegen den Persönlichkeitsschutz bzw. den Grundsatz von Treu und Glauben bewertet würde.¹²⁰ Hinzu kommt, dass eine Diskriminierung ohne einschlägige Äusserung aufgrund der geltenden Beweisregelung (Art. 8 ZGB) nur sehr schwer nachgewiesen werden kann. Auch verfügen die Betroffenen oft nicht über die sozialen Ressourcen, sich effektiv zur Wehr zu setzen. Gelingt der Beweis einer Persönlichkeitsverletzung, werden realistischere Weise maximal ein paar wenige hundert Franken Genugtuung gesprochen; die Aussicht auf einen gerichtlich erzwungenen Vertragsabschluss liegt praktisch bei null.¹²¹

110 Fachstelle für Rassismusbekämpfung, Bericht 2019/2020, S. 87 ff.

111 Mugglin et al., S. 28 f.; vgl. auch Ruedin, «Do We Need Multiple Questions to Capture Feeling Threatened by Immigrants?».

112 Jann/Seiler, Diskriminierung auf dem Wohnungsmarkt.

113 Auer et al., Ethnische Diskriminierung auf dem Schweizer Wohnungsmarkt.

114 Flage, S. 251 ff.

115 Rohrer, Art. 253 OR, N 24.

116 Vgl. Pärli, Vertragsfreiheit, Rz 1475; BSK OR I-Huguenin, Art. 19/20 N 1.

117 Vgl. dazu Naguib/Fuchs, N 483; Jaun, Rz 476 ff.

118 Jaun, S. 477.

119 Naguib/Fuchs, N 483.

120 Jaun, S. 478 f.; Naguib, Antidiskriminierungsrecht im Vergleich; vgl. dazu auch Bieri, N 11 ff.

121 Bieri, N 22 ff. und 33 ff.

Beispiel

Die Bewerbung einer Familie für eine Mietwohnung bei einer Genossenschaft wird «aufgrund mangelnder Deutschkenntnisse» abgewiesen. Da die Wohnung anderweitig vergeben wurde, besteht keine Aussicht auf eine gerichtlich erzwungene Kontrahierung.

Risiken der Diskriminierung bestehen nicht erst bei Vertragsabschluss, sondern bereits vorgelagert *im Rahmen des Bewerbungsverfahrens*. Wer sich auf eine Wohnung bewirbt, tut dies in der Regel basierend auf ein Wohnungsinserat und nach anschließender Besichtigung mit einem Bewerbungsformular. Bei einem *Wohnungsinserat*, das bestimmte Gruppen ausdrücklich ausschliesst, greift einzig das strafrechtliche Diskriminierungsverbot, sofern eine Gruppe aufgrund ihrer «Ethnie, Rasse oder Religion» explizit genannt wird.¹²²

Beispiel

«Mieter gesucht: Bewerbungen von XX unerwünscht».

Rechtlich zulässig sind Inserate, die sich an Gruppen bestimmter Herkunft richten, während alle anderen Gruppen davon ausgeschlossen sind, unabhängig davon, ob dahinter ein rassistisches Motiv liegt.¹²³

Beispiel

Im Fall einer Zürcher Genossenschaft wurde an der Generalversammlung entschieden, dass sie drei ihrer Wohnungen für Menschen stellen möchten, die «aufgrund des Krieges in der Ukraine» geflüchtet sind. Geflüchtete aus anderen Regionen werden explizit ausgeschlossen.

Werden bestimmte Gruppen aufgrund ihres Aufenthaltstitels in Inseraten ausgeschlossen, besteht auch strafrechtlich keine wirksame Handhabe dagegen, da es nicht offen auf bestimmte Gruppen aufgrund von «Rasse, Ethnie und Religion» zielt.

Das Risiko der diskriminierenden Selektion besteht ausserdem aufgrund der Anfrage für einen Besichtigungstermin.

Beispiel

Frau X wird aufgrund ihres Namens, der auf «ic» endet, die Einladung zu einem Besichtigungstermin verweigert, während ihr Ehemann (Herr Müller), der sich ebenfalls mit demselben Familienprofil bewirbt, eine Einladung erhält. Frau X beschwert sich bei der zuständigen Angestellten der Liegenschaftsverwaltung, die sich allerdings auch bei mehrfacher Nachfrage nicht meldet. Daraufhin übernimmt ihr Ehemann (Herr Müller) die Kommunikation, der rasch einen Gesprächstermin bei der Verwaltung erhält. Trotz gutem Gespräch erhielt die Familie die Wohnung nicht und verzichtete darauf, den Rechtsweg zu beschreiten – wie viele, die sich in derselben Position befinden.

122 EKR 2000-51: «Aus Sicherheitsgründen haben Gäste aus Ex-Jugoslawien/Albanien keinen Zutritt! (Neues Gastgewerbegesetz); Naguib/Fuchs, S. 175 f.; zum Problem der «Sammelbegriffe» vgl. Leimgruber, S. 30 f.

123 Wohlers, Art. 261^{bis} StGB, N 14, 30 ff.

124 Kälin/Locher, S. 49 ff.

Da über die Auswahlverfahren keine Transparenz besteht, ist es für die von einem Nichtabschluss betroffenen Wohnungsbewerbenden fast unmöglich, die Diskriminierung im Rahmen eines Rechtsverfahrens nachzuweisen.¹²⁴

Beispiel

Ein Mann tibetischer Herkunft ohne Schweizer Pass, der als Lagerist arbeitet und wegen einer Beeinträchtigung eine kleine IV-Rente bezieht, ist seit Monaten auf

der Suche nach einer Wohnung. Trotz Empfehlungsschreiben von einer Kirche mit Solidarhaftung kommt es regelmässig zur Ablehnung mit der Begründung: «Es wurden bessere Kandidaten gefunden» oder «über das Auswahlverfahren können wir keine Auskunft erteilen».

In *Formularen für ein Mietgesuch* werden nicht selten persönlichkeitsensible Informationen verlangt. Die abgefragten Personendaten müssen geeignet, aber auch erforderlich sein, aus dem Kreis der Mietinteressenten die passende Mieterschaft auszuwählen.¹²⁵ Nach dem Datenschutzrecht unzulässig ist die Frage nach dem Zivilstand¹²⁶, der Nationalität, dem Bürgerrecht oder der Konfession. Erlaubt ist die Frage nach der Schweizer Staatsangehörigkeit bzw. dem ausländerrechtlichen Aufenthaltstitel.¹²⁷ Ebenfalls rechtmässig ist die Frage nach dem Geburtsdatum, der Anzahl Familienmitglieder und dem Einkommen. Diese Informationen bergen gewisse Potenziale für Diskriminierung nach der Herkunft, gegen die sich die Personen angesichts der Rechtslage nur schwer zur Wehr setzen können.¹²⁸

Eine Person, der aufgrund sensibler Fragen im Rahmen eines Mietgesuchsformulars eine Diskriminierung droht bzw. die einer mutmasslichen Diskriminierung ausgesetzt ist, kann sich zumindest theoretisch auf die im Datenschutzgesetz (DSG) vorgesehenen zivilrechtlichen Rechtsbehelfe berufen. Art. 32 DSG verweist Klagen wegen Persönlichkeitsverletzenden Datenbearbeitungen auf die Klagen nach Art. 28 ff. ZGB. Zudem kann eine betroffene Person sich an den Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) wenden, der gestützt auf Art. 49 DSG aktiv werden kann, sofern die verwendeten Mietgesuchsformulare Datenschutzvorschriften verletzen. Der EDÖB kann bzw. könnte den Vermietenden die Verwendung dieser Formulare untersagen. Die Hürden der Mobilisierung der datenschutzrechtlichen Rechtsbehelfe sind insgesamt sehr hoch. Daran ändert auch die Revision des DSG nichts, die per 1.9.2023 in Kraft getreten ist.

2. Vertragsbedingungen

Wie bereits erwähnt, können die Vertragsparteien den Inhalt eines Mietvertrages grundsätzlich frei bestimmen (Art. 19 Abs. 1 OR). Ein erhöhter Mietzins, der einzig auf der Herkunft beruht, stellt allerdings eine sittenwidrige Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB dar, die gemäss Lehre in Art. 19/20 OR miterfasst ist und damit zur Nichtigkeit des entsprechenden Vertragsinhaltes führt.¹²⁹ An die Stelle der sittenwidrigen Regelung tritt wegen Verletzung von Art. 27 Abs. 2 ZGB eine Regelung, die nicht diskriminierend ist (Art. 20 Abs. 2 OR).¹³⁰ Allerdings zeigt sich auch hier, dass die Hürden des Rechtsschutzes, wie insbesondere die Beweislast, die vollumfänglich bei der klagenden Person liegt, den Rechtsschutz stark behindern.¹³¹

¹²⁵ Vgl. ausführlich Bucheli, S. 383 ff.

¹²⁶ Zulässig ist jedoch die Frage, ob eine Wohnung als Familienwohnung genutzt wird. Die Zulässigkeit der Frage steht im Zusammenhang mit Art. 266m OR. Diese Bestimmung sieht vor, dass eine Familienwohnung von einem Ehegatten nur mit Zustimmung des anderen gekündigt werden kann.

¹²⁷ Zum Ganzen EDÖB, Erläuterungen zu den Anmeldeformularen für Mietwohnungen, <https://www.edoeb.admin.ch/de/anmeldeformulare-fuer-mietwohnungen>.

¹²⁸ Vgl. auch Pärli/Eggmann, S. 45 ff.

¹²⁹ Schwenger/Fountoulakis, Rz 25.01 ff.

¹³⁰ Wetzstein, Art. 3 GIG, N 3.

¹³¹ Kälin/Locher, S. 64 ff.



C. Diskriminierung während des Mietverhältnisses

Rassistische Diskriminierung geschieht in allen Phasen des Mietverhältnisses.¹³² Nicht selten kommt es zu diskriminierenden Konflikten zwischen Mietenden bzw. Nachbarinnen und Nachbarn, in denen es die Vermietenden unterlassen, die notwendigen Massnahmen zum Schutz der diskriminierten Partei zu ergreifen. Im Rahmen einer aktuellen Studie aus dem Jahre 2022 konnten Leonie Mugglin et al. zeigen, dass Personen, welche in den Feldexperimenten stärker diskriminiert sind, von der Bevölkerung als Nachbarn und Nachbarinnen weniger toleriert werden.¹³³ Insbesondere Personen aus südosteuropäischen Ländern wurden viel stärker abgelehnt und als bedrohlich beschrieben, während zwischen Personen aus Italien und Portugal und Personen aus einem Nachbarkanton kein wesentlicher Unterschied zu Schweizerinnen und Schweizern, die dem Stereotyp des Zentraleuropäers entsprechen, ausgemacht werden konnten. Dabei handle es sich gemäss den Autorinnen und Autoren der Studie um Personen, die als kulturell verschieden konstruiert oder durch ihre Hautfarbe oder Kleidung als «anders» wahrgenommen – rassifiziert – würden.¹³⁴

1. Allgemeiner Schutz mit niedriger Effektivität

Wie bereits mehrfach ausgeführt, stellt eine rassistische Diskriminierung durch Wort, Schrift oder Gestik eine Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 28 ZGB dar.¹³⁵ Auch in diesen offensichtlichen Konstellationen, wird der zivilprozessrechtliche Weg nur in äusserst seltenen Fällen genutzt; die rechtlichen Gründe wurden bereits oben ausgeführt. Auch das zur Verfügung stehende Strafrecht¹³⁶ wird von den Betroffenen kaum genutzt. Von den in der Datenbank der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus ausgewiesenen total 1185 Fällen¹³⁷ zum strafrechtlichen Verbot der Rassendiskriminierung betreffen gerade mal gut 8 Fälle das Mietumfeld.

2. Unsicherheiten im Schutz bei Diskriminierung durch die Vermietenden

Die Mietenden und die Vermietenden schulden einander während des Mietverhältnisses ein redliches und anständiges Verhalten. Sie haben in der Ausübung der mietvertraglichen Rechte und Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln (Art. 2 Abs. 2 ZGB) und die Persönlichkeit des Gegenübers zu achten (Art. 28 ZGB). Dies schützt die Mietenden davor, nicht auf offen rassistische Weise (in Form von Gewalt oder Äusserungen) durch die Vermietenden benachteiligt zu werden.¹³⁸

Weniger eindeutig ist die Rechtslage bei rassistischem Verhalten (mit oder ohne rassistische Absicht), welches nicht mit einer rassistischen Äusserung und Gewaltanwendung einhergeht. In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird erwähnt, dass es sich dabei ebenfalls um treuwidriges Verhalten handelt.¹³⁹ Eine gesicherte Praxis hierzu liegt allerdings nicht vor.

Beispiele

Eine Mieterin wird von der Immobilienverwaltung beschuldigt, sie würde sich aufgrund von «Geruchs- und Lärmbelästigungen» nicht an die Hausregeln halten.

¹³² Naguib/Fuchs, S. 166 f.

¹³³ Mugglin et al., S. 28.

¹³⁴ Mugglin et al., S. 28.

¹³⁵ Jaun, S. 476 f.

¹³⁶ Je nach Konstellation wird auch ein Straftatbestand erfüllt, namentlich: Verstoß gegen das strafrechtliche Diskriminierungsverbot (Art. 261^{bis} StGB), eine Ehrverletzung oder Beschimpfung (Art. 177 StGB), eine üble Nachrede (Art. 173 StGB), eine Verleumdung (Art. 174 StGB) oder Drohung (Art. 180 StGB). Bei rassistischen Anwendungen von physischer Gewalt gelangen zudem die entsprechenden Straftatbestände der Tötlichkeit und Körperverletzung (Art. 122 ff. StGB) zur Anwendung; vgl. zudem Eidgenössische Kommission gegen Rassismus, Rechtsratgeber rassistische Diskriminierung, Übersicht abrufbar unter: <https://www.rechtsratgeber-rassismus.admin.ch/rechtslage/d119.html> (zuletzt besucht am 4.5.2023).

¹³⁷ Abrufbar unter: <https://www.ekr.admin.ch/dienstleistungen/d272.html> (zuletzt besucht am 16.5.2023).

¹³⁸ Vgl. Naguib/Fuchs, Rz 511.

¹³⁹ Naguib/Fuchs, Rz 511 ff.

Dieser Vorwurf stellte sich jedoch als haltlos heraus; der eigentliche Grund dahinter war die rassistische Einstellung der Mitarbeiterin der Immobilienverwaltung gegenüber der Mieterin.

Rassistische Formen der Benachteiligung während des Mietverhältnisses erfolgen nicht selten indirekt über andere Kategorien des Ausschlusses. In solchen Konstellationen besteht das Problem, dass es für die rechtsanwendenden Behörden ohne eine genügend bestimmte rechtliche Grundlage nicht immer klar ist, ob es sich tatsächlich um rechtswidrigen Rassismus oder um anderweitige Formen der willkürlichen Benachteiligung, bzw. um eine gerechtfertigte Benachteiligung handelt.

3. Inadäquater Schutz bei Diskriminierung durch die Nachbarschaft über das Mängelrecht

Gestützt auf Artikel 257f OR muss die mietende Person auf Hausbewohnende und die Nachbarschaft Rücksicht nehmen. Bei wiederholenden Diskriminierungen handelt es sich um einen schwerwiegenden mietrechtlichen Mangel (im Sinne von Art. 258 Abs. 1 und Art. 259b lit a OR), da die Tauglichkeit der Mietwohnung erheblich beeinträchtigt oder gar ausgeschlossen ist (s. weiterführend unten).¹⁴⁰ Beendet die vermietende Person das diskriminierende Verhalten nicht oder schreitet nicht innert angemessener Frist gegen das diskriminierende Verhalten ein, obwohl sie über die Vorfälle informiert ist, kann die betroffene Mieterschaft den Mietvertrag fristlos kündigen (Art. 259b lit. a und Art. 266g OR), sofern es sich um einen Mangel handelt, der bereits bei Mietantritt vorliegt.¹⁴¹ Sodann steht der Mieterschaft die Möglichkeit offen, auf der Grundlage des Haftungsrechts (im Sinne von Art. 99 Abs. 3 OR, Art. 47 und 49 OR) vorzugehen und entsprechend Schadenersatz zu verlangen.

Bei singulären oder sporadischen diskriminierenden Äusserungen, die keine Diskriminierungsabsicht aufweisen oder bei denen die Qualität der Aussage weniger stark ist, bestehen offene Fragen. Vereinzelt wird in der Literatur die Auffassung vertreten, dass es sich dabei um einen mittleren Mangel (im Sinne von Art. 258 Abs. 3 lit. a, Art. 259b lit. b und Art. 259d OR) handelt, wenn dadurch die Tauglichkeit der Mietwohnung vermindert ist.¹⁴² Allerdings müssen auch hier Zweifel angebracht werden, ob die Rechtspraxis das Nichteinschreiten des Vermietenden gegen eine einzelne Diskriminierungshandlung durch eine Person aus der Nachbarschaft als genügend intensiv qualifizieren würde, um die eingeschränkte Tauglichkeit der Mietwohnung festzustellen.

Dass Mietende auf das Mängelrecht zugreifen müssen, wenn sie sich gegen Diskriminierung rechtlich zur Wehr setzen möchten, erhöht die bereits bestehenden Hürden beim Rechtsschutz noch weiter. Das dafür notwendige spezifische rechtliche Wissen auf der Schnittstelle Mietrecht und Recht zum Schutz vor rassistischer Diskriminierung macht den Rechtsschutz faktisch zu einer in der Realität der betroffenen Mietenden wenig hilfreichen intellektuellen «Übung» unter einem engen Kreis von rechtswissenschaftlichen Fachpersonen.¹⁴³

¹⁴⁰ Bieri, N46 ff.; Naguib/Fuchs, N517 ff.

¹⁴¹ Vgl. Bieri, N46 ff.

¹⁴² Naguib/Fuchs, Rz523.

¹⁴³ Siehe etwa die recht komplexe Abhandlung bei Bieri, N58 und 74.



D. Diskriminierung durch Kündigung

Anders als im Arbeitsrecht gibt es im Mietrecht keine separate Regelung für missbräuchliche Kündigungen. Die Kündigung aus rassistischen Motiven stellt einen Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) dar.¹⁴⁴ Der betroffenen Person steht die Möglichkeit offen, die Kündigung anzufechten (Art. 271 Abs. 1 OR).¹⁴⁵ Eine Verletzung des diskriminierungsschutzrechtlichen Gehaltes des Grundsatzes von Treu und Glauben liegt ausserdem vor, wenn der Vermietende bei Streitigkeiten eine Kündigung ausspricht, ohne vorgängige Abklärung, oder wenn er Bagatellen zum Anlass einer Kündigung nimmt.¹⁴⁶

Beispiel

Ungültig ist beispielsweise die Kündigung gegenüber einer tamilischen Familie, die sich in einem Konflikt mit einem Nachbarn befindet, der regelmässige Sachbeschädigungen an der Wäsche begeht sowie die Kinder auf rassistische Weise als «Schoggi-Gofe» beschimpft. Die Begründung, dass der Konflikt für die Nachbarn unzumutbar sei, ohne mit den betroffenen Personen gesprochen zu haben und vorgängig deeskalierend eingewirkt zu haben, erscheint gemäss Art. 271 OR unbegründet.¹⁴⁷

Weniger klar ist die Kündigung durch die Verwaltung bei einem rassistischen Nachbarschaftskonflikt. Hier müssen die Interessen der diskriminierten Mieterschaft, der Nachbarschaft sowie der Verwaltung gegenseitig abgewogen werden.



E. Anpassungsvorschläge im geltenden Recht

Wer eine Diskriminierung geltend machen möchte, muss auf den allgemeinen Persönlichkeitsschutz und den Grundsatz von Treu und Glauben (bzw. seine Vorwirkung) zugreifen. Zudem bestehen gewisse implizite Schutzgehalte vor Diskriminierung im mietrechtlichen Mängelrecht. Allerdings werden diese Bestimmungen in der Praxis praktisch kaum genutzt. Die Gründe dafür sind, wie oben ausführlich dargestellt, vielfältig: materiell-rechtlich ist der Schutz auf schwerwiegende Diskriminierungen beschränkt mit sehr tiefen Sanktionen; darüber hinaus bestehen grosse rechtliche Unsicherheiten ohne etablierte Praxis. Formell-rechtlich sind die Regelungen ungenügend, um die mit dem Rechtsweg verbundenen Risiken abzufedern, namentlich: die prozessualen (Beweislastproblem), die psychologischen (Angst vor negativen Konsequenzen,

¹⁴⁴ Bieri, N58 ff.

¹⁴⁵ Bieri, N62 ff.

¹⁴⁶ Naguib/Fuchs, N534.

¹⁴⁷ Naguib/Fuchs, N534.

Ungewissheiten über den Ausgang des Verfahrens, Exponierung), die ökonomischen (drohende Kosten) und die sozialen (Exponierung).

Diese Schwächen können bis zu einem gewissen Grad abgebaut werden, indem im Mietrecht an jeweils passender Stelle gezielt explizite Regelungen zum Schutz vor Diskriminierung eingeführt sowie wirksame Rechtsfolgen und Verfahrenserleichterungen geschaffen werden. Konkret könnte dies so aussehen:

Achter Titel: Die Miete

A. Begriff und Geltungsbereich

3. Schutz der Persönlichkeit (neu)

Art. 253c OR

¹ Der Vermieter hat im Bewerbungsverfahren und während des Mietverhältnisses die Persönlichkeit der Mieterin oder des Mieters im Sinne von Art. 28 ZGB zu achten und schützen. Namentlich darf der Vermieter Bewerbende und Mietende nicht ohne sachliche Rechtfertigungsgründe aufgrund eines Persönlichkeitsmerkmals benachteiligen. Die Abfrage von sensiblen Persönlichkeitsmerkmalen, die keinen sachlichen Bezug zum Mietvertrag aufweisen, sind im Rahmen von Bewerbungen untersagt.

² Eine Persönlichkeitsverletzung, die bei Antritt oder während des Mietverhältnisses besteht oder entsteht, stellt einen Mangel im Sinne von Art. 258 OR dar, der je nach Schweregrad die Tauglichkeit der Mietsache vermindert, erheblich beeinträchtigt oder ausschliesst.

³ Bei einer Persönlichkeitsverletzung besteht Anspruch auf Entschädigung, die vom Richter unter Würdigung aller Umstände einschliesslich abschreckender Wirkung festzusetzen ist.

Art. 269 OR (Ergänzung)

Mietzinse sind missbräuchlich, wenn damit ein übersetzter Ertrag aus der Mietsache erzielt wird oder wenn sie auf einem offensichtlich übersetzten Kaufpreis beruhen. Ebenfalls missbräuchlich sind Mietzinse, die als Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 253c OR zu qualifizieren sind.

Art. 271a OR (Ergänzung)

Die Kündigung durch den Vermieter ist insbesondere dann anfechtbar, wenn sie im Sinne von Art. 253c OR persönlichkeitsverletzend ist oder ausgesprochen wird:

Art.152a ZPO – Beweislastleichterung bei Persönlichkeitsverletzung
(neu)

Eine Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 28 ZGB und Spezialbestimmungen zum Schutz der Persönlichkeit wird vermutet, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird.

Über das Mietrecht hinaus (auf andere Vertragsverhältnisse) kann der privatrechtliche Diskriminierungsschutz im Rahmen eines Spezialgesetzes zum Schutz vor Diskriminierung und/oder durch entsprechende Bestimmungen im Allgemeinen Teil des Obligationenrechts gestärkt werden.

Teil 4

Ein allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

A. Auslegeordnung bestehender Herausforderungen

1. Berührungspunkte rassistischer Diskriminierungen mit anderen Diskriminierungsdimensionen

Wie bereits ausgeführt, zeigt sich rassistische Diskriminierung auch in Form der *mehrfachen, mehrdimensionalen* oder *intersektionalen Diskriminierung*. Dabei handelt es sich um spezifische Benachteiligungen, die sich aus dem Zusammenwirken mehrerer Diskriminierungsgründe, -kategorien bzw. -dimensionen ergeben.¹⁴⁸ Derart verwobene, interdependente Manifestationen rassistischer Diskriminierungen können einerseits einen Eingriff in die Persönlichkeit oder gar eine rechtswidrige Persönlichkeitsverletzung bedeuten, sofern sie die bereits dargelegten Voraussetzungen erfüllen.¹⁴⁹ Andererseits kann die Rechtsunsicherheit mit Blick auf die Tragweite des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes noch grösser sein, wenn das vielfach komplexe Zusammenwirken mehrerer Diskriminierungsdimensionen die rechtliche Auslegung weiter erschwert. Eine Regelung, die explizit festlegt, dass mehrdimensionale und intersektionale Diskriminierung rechtswidrig ist, schafft für alle Rechtsunterworfenen Rechtssicherheit.¹⁵⁰

Studien zeigen¹⁵¹, dass Menschen, die Rassismus erfahren (wie Menschen mit Migrationsgeschichte, People of Color, Schwarze Personen), im Vergleich zu Menschen, die Rassismus nicht erleben müssen, vermehrt von anderen Diskriminierungen wie insbesondere aufgrund des Geschlechts, einer Behinderung, des hohen Lebensalters, der sozialen Stellung oder von Armutsdiskriminierung betroffen sein können. Hinzu kommt, dass Diskriminierungen nicht rassistischer Natur Menschen mit Migrationsgeschichte, Schwarze Menschen und People of Color vergleichsweise härter und mit grösseren negativen Konsequenzen treffen können, wenn sie sich aufgrund regelmässiger Rassismuserfahrung bereits in einer verletzlichen, fragilen bzw. strukturell benachteiligenden Situation (psychischer, finanzieller, aufenthaltsrechtlicher etc. Art) befinden.¹⁵² Umgekehrt hat rassistische Diskriminierung für Menschen, die unter weiteren Diskriminierungen leiden, stärkere Nachteile und trifft sie vergleichsweise härter bzw. führt zu einer höheren Belastung als Menschen, die diese zusätzliche Diskriminierung nicht erleben müssen. Demnach kann der rechtliche Schutz vor Diskriminierungen jenseits rassistischer Diskriminierung dazu beitragen, den Schutz von Menschen, die von Rassismus betroffen sind, zu verbessern und damit auch zu einer Verringerung und Verhinderung institutioneller und strukturell rassistischer Stigmatisierung, Ausgrenzung und sonstigen Benachteiligungen führen. Hier zeigt sich die Bedeutung eines allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (allenfalls auch: Antidiskriminierungsgesetz), welches die Möglichkeit bieten würde, solchen übergreifenden Diskriminierungsproblematiken ent-

¹⁴⁸ Kleber, *passim*; Naguib, SJZ 2010, *passim*; Hugentobler/von Rütte, S. 7 ff.

¹⁴⁹ Naguib, AJP 2009 S. 993, 1007.

¹⁵⁰ Naguib/Pärli, S. 477 ff.

¹⁵¹ Mugglin/Efionayi/Ruedi/D'Amato, S. 47 f.; Fachstelle für Rassismusbekämpfung FRB, Broschüre «Rassismus in der Schweiz: Zahlen, Fakten, Handlungsbedarf», S. 18, abrufbar unter: <<https://www.rassismus-in-zahlen.admin.ch/de>> (letzter Zugriff 13.03.2025).

¹⁵² Naguib et al., Anti-Schwarze-Rassismus.

gegenzuwirken bzw. diese anzugehen.¹⁵³

2. Algorithmische Diskriminierung als Herausforderung jenseits spezifischer Diskriminierungsdimensionen

Die Diskriminierung durch den Einsatz von Künstlicher Intelligenz und algorithmischen Systemen ist ein Problem, das noch wenig untersucht ist. AlgorithmWatch CH hat in einer Reihe von Kurzpublikationen die Diskriminierungspotenziale für unterschiedliche Gruppen wie rassifizierte Personen, Frauen, Trans*- und Menschen mit Geschlechtsvarianten, homosexuellen Menschen, Armutsbetroffenen und Kindern aufgezeigt¹⁵⁴ und fordert, dass algorithmische Diskriminierung spezifisch geregelt werden muss.¹⁵⁵ Humanrights.ch knüpft daran an und schlägt vor, dass der Schutz vor algorithmischer Diskriminierung explizit in einem umfassenden Rahmengesetz zum Schutz jeder Form von Diskriminierung geregelt wird.¹⁵⁶ Auch der Bundesrat hat mit Vorlage eines Berichts am 12. Februar 2025 den Handlungsbedarf anerkannt und unter anderem in grundrechtsrelevanten Bereichen wie dem Daten- und Diskriminierungsschutz gesetzgeberischen Handlungsbedarf angekündigt.¹⁵⁷

3. Tiefer Grad der Befolgung und Mobilisierung des Rechts als Grundproblem bei Diskriminierungskonstellationen

In der rechtssoziologischen Forschung besteht Einigkeit darüber, dass spezifische und ausdrückliche Regeln einen besseren Schutz vor Diskriminierung gewährleisten als unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln.¹⁵⁸ Mit den Evaluationen des Bundesgesetzes zur Gleichstellung von Frau und Mann¹⁵⁹ und des Bundesgesetzes zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen¹⁶⁰ konnte festgestellt werden, dass beide Gesetze den Grad der Befolgung der Rechtsunterworfenen sowie den Grad der Mobilisierung von Rechtsschutzinstrumenten erhöht haben.¹⁶¹ Zu sehr ähnlichen Ergebnissen kamen die Evaluationen des Deutschen Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes¹⁶² sowie des britischen Equality Act 2010¹⁶³. Sie haben festgestellt, dass spezialgesetzliche Diskriminierungs- und Benachteiligungsverbote und Rechtsansprüche flankiert durch prozessuale Instrumente (wie eine Verbandsklage- bzw. ein Verbandsbeschwerderecht sowie die Unentgeltlichkeit des Verfahrens) und institutionelle Vorkehrungen, wie die Einführung von Gleichstellungs- und Antidiskriminierungsfachstellen, entscheidend dazu beitragen, dass die Sensibilität für das Diskriminierungsproblem und die Entwicklung und Umsetzung von Gegenmassnahmen verbessert werden.¹⁶⁴ Solange sich Menschen, die von rassistischer und anderen Formen der Diskriminierung betroffen sind, einzig auf Regeln wie den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz und den Grundsatz von Treu und Glauben berufen können, bleibt der Zugang zum Rechtsverfahren «erwiesenermassen aufgrund materiell-rechtlicher, psychologischer, ökonomischer, wissensbezogener und prozessualer Hindernisse eingeschränkt», wie in einer aktuellen Studie zu antimuslimischen Rassismus festgestellt wird.¹⁶⁵

153 Naguib/Pärli, S. 478 f.

154 Algorithm Watch Switzerland, Diskriminierung 2.0: <<https://algorithmwatch.ch/de/serie-algorithmische-diskriminierung/>> (letzter Zugriff: 13.03.25).

155 Algorithm Watch Switzerland, Positionspapier: <<https://algorithmwatch.ch/de/diskriminierende-algorithmen/>> (letzter Zugriff: 13.03.25).

156 Humanrights.ch, Plädoyer für ein Antidiskriminierungsgesetz: <https://www.humanrights.ch/de/ipf/menschenrechte/diskriminierung/antidiskriminierungsgesetz/?search=1> (letzter Zugriff 13.03.2025).

157 Auslegeordnung zur Regulierung von künstlicher Intelligenz, Bericht an den Bundesrat vom 12.02.25.

158 Locher, Rz. 67 f.

159 Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes, Synthesebericht Büro BASS, Büro a&o und Advokaturbüro Elisabeth Freivogel vom 21.06.2010 (Evaluation GIG), abrufbar unter: <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/publiservice/publikationen/externe/2005-04-01.html>> (letzter Zugriff, 13.03.2025).

160 Evaluation des Behindertengleichstellungsgesetzes, integraler Schlussbericht Büro BASS, 2015, (Evaluation BehiG), abrufbar unter: <<https://www.edi.admin.ch/edi/de/home/fachstellen/ebgb/recht/schweiz/evaluation-des-behindertengleichstellungsgesetzes.html>> (letzter Zugriff 13.03.2025).

161 Evaluation GIG, S. 114 ff.; Evaluation BehiG, S. 356 ff.

162 Evaluation des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, 2016, (Evaluation AGG), abrufbar unter: <https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/forschungsprojekte/DE/AGG_Evaluation.html> (letzter Zugriff 13.03.2025).

163 Evaluation of the Implementation of the Equality Act 2010, (Evaluation Equality Act 2010), abrufbar unter: <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a75775640f0b6397f35ea47/Eval_of_Equality_Act_Report1.PDF> (letzter Zugriff 13.03.2025).

164 Evaluation AGG, S. 7 f., S. 129 ff., S. 173 ff.; Evaluation Equality Act 2010, S. 26 f.

165 Trucco/Dehbi/Dziri/Schmid, S. 66.



B. Spezialgesetzliche Lösungsansätze im Vergleich zum Ansatz der Regelgesetzgebung

1. Elemente einer Spezialgesetzgebung

In Anlehnung an rechtsvergleichende Untersuchungen von Spezialgesetzen zur Gleichbehandlung und Bekämpfung von Diskriminierung in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union, Grossbritannien und den USA¹⁶⁶ umfassen Spezialgesetze folgende Elemente:

- Transparente und genügend bestimmte Regelungen betreffend Tragweite des Schutzes vor Diskriminierung: rechtliche und tatsächliche Verwirklichung der Gleichbehandlung und Bekämpfung von Diskriminierung; Definition von Diskriminierung und Gleichbehandlung; erfasste Lebensbereiche (insb. Vertragsverhältnisse über Angebote, die für die Allgemeinheit bestimmt sind, Arbeits- und Mietverhältnisse); Verhältnis des Gesetzes zum kantonalen und kommunalen Recht; zur Verletzung des Diskriminierungsverbotes (Formen von Diskriminierung, Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen).
- Effektive Regeln zu Rechtsschutz und Sanktionierung wie namentlich: Rechtsansprüche; Verbandsklagerecht (zur verbesserten Durchsetzung des Rechts insbesondere, wenn sich der Ausgang eines Verfahrens voraussichtlich auf eine grössere Zahl von Betroffenen auswirken wird oder eine über die individuelle Betroffenheit hinausgehende Bedeutung hat); Beweiserleichterung; einem Gerichtsverfahren vorgeschaltete Schlichtungs- und allenfalls auch Mediationsverfahren; Reduktion der Kostenrisiken (z.B. Unentgeltlichkeit des Verfahrens); sowie ein Anspruch auf unentgeltliche juristische und psychosoziale Beratung, um insbesondere wissensbezogene und psychologische Hürden beim Zugang zum Rechtsverfahren herabzusetzen.
- Regelungen zum Abbau struktureller und institutioneller Diskriminierung, so insbesondere: Verpflichtung des Staates zur Sicherstellung, dass legislative und exekutive Entscheidungen Diskriminierung, verhindern, verringern und beseitigen (so z. B. über Subventions-, Beschaffungs- und sonstige verwaltungsrechtliche Bestimmungen); Verpflichtung von privatrechtlichen Organisationen mit Mehrheitsbeteiligung der öffentlichen Hand, über ihre Massnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierung Bericht zu erstatten; spezifische Regelungen zu neuen Herausforderungen (wie aktuell die Prävention von algorithmischer Diskriminierung); ferner denkbar ist die Verankerung eines Rechts für Unternehmen bis zu einer gewissen Grösse auf unentgeltliche oder kostengünstige Überprüfung organisatorischer Regeln, von Aufbau, Abläufen und Prozessen auf mögliche diskriminierende Effekte.
- Institutionelle Vorkehrungen zur Förderung der Durchsetzung des Diskriminierungsverbots wie z. B.: Fachstellen mit dem Auftrag, zu informieren, sensibilisieren, Programme zu entwickeln, Projekte zu fördern, Analysen und Untersuchungen vorzunehmen sowie Akteure zu koordinieren; unabhängige staatliche

¹⁶⁶ Siehe dazu: <<https://www.migpolgroup.com/index.php/2025/01/07/country-reports-on-non-discrimination-law-2024/>>; <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/0624900d-e73b11ee-9ea8-01aa75ed71a1/language-en>>; <<https://www.equalitylaw.eu/publications/comparative-analyses>> (alle, letzter Zugriff 14.03.2025).

Gremien (wie z.B. eidgenössische Kommissionen), welche gesellschaftlich verbreitete und neue Formen von Diskriminierung analysieren und Empfehlungen abgeben; Einführung eines unabhängigen Monitorings von Diskriminierung und Gegenmassnahmen (etwa mittels Auftrag an eine nationale Menschenrechtsinstitution); Anlaufstellen für Ratsuchende (wie z.B. eine Ombudsstelle oder ein staatlich finanziertes Netzwerk von privaten Beratungsstellen).

Die Vorteile einer spezialgesetzlichen Regulierung rassistischer und anderweitiger Diskriminierung gegenüber kursorischen Anpassungen im bestehenden Privatrecht liegen insbesondere in der Schaffung von Rechtssicherheit, der verbesserten Um- und Durchsetzung des Rechts, der Stabilisierung des Wertes der Nichtdiskriminierung und nicht zuletzt in der Umsetzung von Empfehlungen internationaler Menschenrechtsüberwachungsorgane, welche die Schweiz regelmässig wegen mangelhafter Antidiskriminierungsgesetzgebung rügen. Private Organisationen und staatliche Institutionen sehen sich dadurch nachweislich verstärkt in der Verantwortung, Massnahmen zur Umsetzung des Diskriminierungsverbotes zu ergreifen. Von rassistischer und sonstiger Diskriminierung betroffene Menschen sehen sich weniger Hürden ausgesetzt, sich im Rechtsverfahren vor Gericht zu wehren. Insgesamt entstehen eine erhöhte Transparenz, Effektivität und Effizienz in der Umsetzung des völker- und verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots.¹⁶⁷

Zugleich ist festzuhalten, dass auch ein Spezialgesetz den Gesetzgeber nicht davon entbindet, weiterführende Bestimmungen im Verwaltungs-, Privat- und Strafrecht zu erlassen, die das spezialgesetzliche Diskriminierungsverbot mit Blick auf bestimmte Herausforderungen sowie einzelne Gruppen betreffende Probleme konkretisieren. Zwei Beispiele sind die Regulierung von algorithmischer Diskriminierung in den dafür vorgesehenen Regelgesetzen sowie die mögliche Ausweitung des strafrechtlichen Diskriminierungsverbotes.

2. Gesetzesmodelle

Mit einem Spezialgesetz gegen rassistische Diskriminierung können die Defizite bei der Um- und Durchsetzung des geltenden Rechts bis zu einem gewissen Grad beseitigt werden. Ausserdem besteht die Möglichkeit, intersektionale Formen der Diskriminierung zu regeln, die sich allerdings auf rassistische Diskriminierungen beschränken. Ein solches Gesetz könnte nach dem Vorbild der EU-Richtlinie 2000/43/EG¹⁶⁸ ausgestaltet werden. Verboten wäre jede direkte und indirekte Diskriminierung aufgrund der (zugeschriebenen) «Rasse» und des ethnischen Hintergrundes. Der sachliche Anwendungsbereich wäre weit und würde den Arbeits- und Mietbereich genauso umfassen wie den Zugang und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen.¹⁶⁹ Denkbar wäre zudem eine Verbesserung der Effizienz des Schutzes vor Diskriminierung durch Behörden, indem Instrumente verankert werden, die die Um- und Durchsetzung des völker- und verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes verbessern.

¹⁶⁷ Vgl. hierzu Evaluationen: BehiG, GlG, AGG, Equality Act 2010.

¹⁶⁸ Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft ABl. L 180 vom 19/07/2000.

¹⁶⁹ s. Art. 3 RI 2004/43/EG.

¹⁷⁰ Siehe <https://www.human-rights.ch/de/ipf/menschenrechte/diskriminierung/antidiskriminierungsgesetz/?search=1> (letzter Zugriff 14.03.2025).

Als zielführende Alternative würde sich ein umfassendes bzw. allgemeines Gleichbehandlungsgesetz anbieten. Als Beispiel kann der Vorschlag genannt werden, den humanrights.ch in die Diskussion eingebracht hat.¹⁷⁰ Vorgeschlagen wird ein «Rahmengesetz zur Bekämpfung von Diskriminierung und Förderung der Teilhabe (Antidiskriminierungs- und Teilhabegesetz, ADG)». Das ADG soll Diskriminierungen aus verschiedenen Gründen bekämpfen. Unter Anknüpfung an Art. 8 Abs. 2 BV soll jede Form von Diskriminierung verboten sein, «unter anderem aufgrund des fehlenden Anwesenheitsrechts, des Aufenthaltstitels, der sozialen Stellung, des Geschlechts, der Schwangerschaft, Mutterschaft oder Vaterschaft, des Zivilstandes, der ethnischen Herkunft,

einer rassistischen oder antisemitischen Zuschreibung, der Religion, Weltanschauung und politischen Überzeugung, der Sprache, einer Behinderung, einer chronischen Erkrankung, einer genetischen Disposition, des Lebensalters und der Zugehörigkeit zu einer Generation, der sexuellen Orientierung, des Körpergewichts und der reisenden Lebensform» (Art. 2 ADG). Der sachliche Anwendungsbereich (Art. 3 ADG) ist ebenfalls weit angedacht. Das Diskriminierungsverbot soll einerseits für alle Akteure (neben staatlichen auch private) verbindlich sein, für Arbeits- und Mietverhältnisse sowie für Dienstleistungen und Güter gelten, die für die Allgemeinheit bestimmt sind.

Ein solch umfassendes Gleichbehandlungsgesetz (oder Antidiskriminierungsgesetz) würde erlauben, neben rassistischer Diskriminierung auch weitere Diskriminierungen zu erfassen. Auch auf diese Weise könnte gewährleistet werden, dass Menschen mit Migrationsgeschichte, Schwarze Menschen und People of Color vor anderen Diskriminierungen wie etwa aufgrund der sozialen Stellung und des Geschlechts geschützt werden, die sie im Vergleich zu Menschen ohne Rassismuserfahrung vergleichsweise härter treffen können. Durch einen umfassenden Diskriminierungsschutz, der alle Menschen vor Diskriminierung schützt, werden Ressourcen und Teilhabemöglichkeiten gestärkt und damit auch strukturelle Diskriminierungen abgebaut. Zudem kann mit einem allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz die völker- und verfassungsrechtliche Verpflichtung eines gerechten Diskriminierungsschutzes besser gewährleistet werden. So können etwa auch neue Herausforderungen wie algorithmische Diskriminierung kohärent und umfassend reguliert werden.



Zusammenfassendes Fazit

Verschiedene Studien und Erfahrungsberichte von Beratungsstellen zeigen, wie Menschen rassistischer Diskriminierung in den Bereichen «Arbeit» und «Wohnen» ausgesetzt sind. Das geltende Zivilrecht, Arbeitsvertragsrecht einerseits und Mietvertragsrecht andererseits, sieht Rechtsschutzmöglichkeiten bei persönlichkeitsverletzenden Handlungen vor. Rassistische Diskriminierung stellt rechtlich eine Persönlichkeitsverletzung dar. Die Hürden, vor Gericht entsprechende Klagen durchzusetzen, sind indes hoch und allfällige Entschädigungszahlungen für die Täterschaft in keiner Weise abschreckend. Dazu kommen strukturelle, ökonomische und psychologische Barrieren, die den effektiven Rechtsschutz vor Diskriminierung erschweren.

Eine zentrale Hürde ist die beim Opfer liegende Beweislast. Dies stellt eine erhebliche Belastung dar, insbesondere in Fällen, in denen Arbeitgebende oder Vermietende selbst diskriminieren oder Dritte, wie Kundschaft, Mitarbeitende oder Nachbarschaft involviert sind und nicht kooperieren. Das Sammeln ausreichender Beweise gestaltet sich somit schwierig. Darüber hinaus besteht ein hohes Prozessrisiko, das mit beträchtlichen Kosten verbunden ist. Klagen vor Gericht sind oft teuer und können sich über lange Zeiträume erstrecken, was viele Opfer davon abhält, rechtliche Schritte zu unternehmen. Die finanziellen Belastungen wirken abschreckend und erschweren den Zugang zum Rechtsschutz. Die mangelnden Sprachkenntnisse und die psychische Belastung der Betroffenen stellen ebenfalls erhebliche Barrieren dar. Die fehlende Vertrautheit mit dem schweizerischen Rechtssystem und die Angst vor möglichen Konsequenzen, wie negativen Auswirkungen auf Karriere oder persönliches Leben, hindern viele Diskriminierungsopfer daran, rechtliche Schritte einzuleiten. Die herrschende Rechtsunsicherheit, sowohl unter Betroffenen als auch bei Fachpersonen, trägt zusätzlich zur unzureichenden Effektivität des Schutzes vor Diskriminierung auf der Grundlage des geltenden Rechts bei.

Um diese Mängel zu beheben und eine inklusive und diskriminierungsfreie Gesellschaft zu fördern, müssen geeignete Massnahmen ergriffen werden. Konkret braucht es eine Erleichterung der Beweislast, indem die Glaubhaftmachung der Persönlichkeitsverletzung ausreicht, um den Anspruch geltend machen zu können. Darüber hinaus sollte ein kostenloses Schlichtungsverfahren speziell für Fälle rassistischer Diskriminierung eingeführt werden, um den Betroffenen eine alternative und niederschwellige Möglichkeit der Konfliktlösung zu bieten. Die Einführung eines **ausdrücklichen Diskriminierungsverbots**, auch im Rahmen vom Bewerbungsverfahren, sowie insb. von Pönalentschädigungen könnten abschreckende Wirkung entfalten und einen effektiven Schutz vor Diskriminierung gewährleisten. Die benannten Rechtsdefizite lassen sich durch die **Einführung eines allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (bzw. Antidiskriminierungsgesetzes)** oder eines **spezifischen Gesetzes gegen rassistische Diskriminierung** oder **der Anpassung des bestehenden Obligationenrechts** beheben.

Die Vorteile eines **Spezialgesetzes gegen rassistische Diskriminierung** gegenüber Anpassungen im Obligationenrecht bestehen darin, dass die wichtigsten Regeln in einem Gesetz und damit übersichtlich dargestellt werden können. Dies führt zu mehr Transparenz und Rechtssicherheit, was sowohl die Bereitschaft zur Umsetzung von Massnahmen gegen Diskriminierung erhöht als auch die tatsächlichen Möglichkeiten, der von Rassismus betroffenen Personen, sich auf dem Rechtsweg zu wehren, erweitert.

Mit einem **umfassenden Antidiskriminierungs- oder Gleichbehandlungsgesetz**, das neben rassistischer auch andere Diskriminierungen erfasst, werden im Vergleich zu einem Spezialgesetz, welches lediglich rassistische Diskriminierungen erfasst, Massnahmen eingeführt, mit denen strukturelle Diskriminierungen von Menschen mit Migrationsgeschichte, Schwarze Menschen und People of Color auf umfassende Weise bekämpft werden. Ausserdem würde mit einer breiten Lösung den Forderungen internationaler Menschenrechtsüberwachungsorganen eines gerechten rechtlichen Diskriminierungsschutzes, der auch Menschen schützt, die zwar nicht rassistischer, aber anderen Diskriminierungen ausgesetzt sind, Rechnung getragen.

Die Identifizierung und Lösung dieser Defizite leisten einen bedeutenden Beitrag zur Förderung von Gleichberechtigung, Chancengleichheit und Rechtsschutz. Es ist von grosser Bedeutung, dass angemessene Massnahmen ergriffen werden, um Diskriminierung effektiv zu bekämpfen und den Betroffenen den erforderlichen Rechtsschutz zu bieten. Nur so kann eine inklusive und diskriminierungsfreie Gesellschaft verwirklicht werden.



Literaturverzeichnis

Angst Doris	Rassismus am Arbeitsplatz – kein Thema in der Schweiz, in: Eidgenössische Kommission gegen Rassismus (Hrsg.), Tangram Nr.11, S. 56-59, Bern 2001
Auer Daniel/Lacroix Julie/Ruedin Didier/ Zschirnt Eva	Ethnische Diskriminierung auf dem Schweizer Wohnungsmarkt, Bern 2019
Baer Susanne	Mehrdimensionale Diskriminierung – Begriffe, Theorien und juristische Analyse, Berlin 2020
Beratungsnetz für Rassismusopfer	Rassismuvorfälle aus der Beratungspraxis, Bern 2023
Bieri Laurent	La protection des locataires contre les discriminations, in: François Bohnet/Blaise Carron (Hrsg.), 20 ^e Séminaire sur le droit du bail, Basel 2018, S. 161 ff.
Bucheli Bernadette	Datenschutz im Mietverhältnis: Ausgangslage und Revision des DSG, mp 2020, S. 383 ff.
Caplazi Alexandra/ Naguib Tarek	Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung in der Arbeitswelt trotz Vertragsfreiheit, in: Jusletter vom 7. Februar 2005
De Weck Fanny/Naguib Tarek	Vor Gericht die Schweizer Migrationspolitik ändern? Eine Debatte über Möglichkeiten und Grenzen des Rechtswegs zur Erreichung politischer Fortschritte, in: Institut Neue Schweiz INES (Hrsg.), Handbuch Neue Schweiz, Diaphanes 2021, S. 251 ff.
Egger Theres/Bauer Tobias/Künzi Kilian	Möglichkeiten von Massnahmen gegen rassistische Diskriminierung in der Arbeitswelt, Bern 2003
Eidgenössische Kommission gegen Rassismus	Recht gegen rassistische Diskriminierung, Bern 2010
Fachstelle für Rassismusbekämpfung	Rassistische Diskriminierung in der Schweiz. Bericht der Fachstelle für Rassismusbekämpfung 2019/2020, Bern 2021
Facincani Nicolas/Hirzel Monika/Sutter Reto/Wetzstein Simone (Hrsg.)	Stämpfli Kommentar Gleichstellungsgesetz, Bern 2022 (zit. Wetzstein, Art.3 GIG, N3.)
Flage Alexandre	Ethnic and gender discrimination in the rental housing market: Evidence from a meta-analysis of correspondence tests, 2006-2017, in: Journal of Housing Economics 2018, Volume 41, S. 251-273
Flückiger Yves/Ramirez José	Hierarchische Stellung im Betrieb und Segregation nach Herkunft in der Schweiz, in: Hans-Rudolf Wicker, Rosita Fibbi, Werner Haug (Hrsg.), Migration und die Schweiz, S. 302 ff., Zürich 2003
Geiser Thomas	Diskriminierung am Arbeitsplatz: Die Rechtslage in der Schweiz, in: Eidgenössische Kommission gegen Rassismus (Hrsg.), Tangram Nr. 11, S. 13 ff., Bern 2001
Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.)	Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 7. Auflage, Basel 2022, (zit. BSK ZGB I-Bearbeiter)
Göksu Tarkan	Rassendiskriminierung beim Vertragsabschluss als Persönlichkeitsverletzung, Freiburg 2003
Haas Raphaël	Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Luzern 2007
Hugentobler Manuela/von Rütte Barbara	Die sogenannte «intersektionelle» Diskriminierung, in: cognito 2022/LGS
Jann Ben/Seiler Simon	Ethnische Diskriminierung auf dem Schweizer Wohnungsmarkt, in: Workshop «Rational Choice Sociology: Theory and Empirical Applications», Venice 2014
Jaun Manuel	Diskriminierungsschutz durch Privatrecht – Die Schweiz im Schatten der europäischen Rechtsentwicklung, in: ZBJV 7-8/2007, S. 457-494
Kälin Walter/Locher Reto	Synthesebericht, in: SKMR (Hrsg.), Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, Bern 2015
Kleber Eleonor	La discrimination multiple, Zürich 2015
Kull Vivianne	Die Tarifierung aufgrund der Staatsangehörigkeit in der Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung, Zürich 2017

Landolt Hardy	Genugtuungsrecht, 2. Auflage, Zürich 2020
Leimgruber Vera	Die Rassismustrafnorm in der Gerichtspraxis, Analyse der Rechtsprechung zu Art. 261 ^{bis} StGB von 1995 bis 2019, Bern 2021
Lempen Karine	Le port du hijab en Europe /IV.-V., in: Stöckli Andreas/Kühler Anne/Hafner Felix/Pärli Kurt (Hrsg.), Recht, Religion und Arbeitswelt, Zürich/St. Gallen 2021, S. 59 ff.
Liebscher Doris	Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus, Berlin 2021
Locher Reto	Teilstudie 1: Grundsätze des Diskriminierungsschutzes, in: SKMR (Hrsg.), Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, Bern 2015
Locher Reto	Law in action – Wirkungen des Antidiskriminierungsrechts, in: Jusletter 6 Juni 2016
Mugglin Leonie/Efionayi Denise/Ruedi Didier/ D'Amato Gianni	Grundlagenstudie zu strukturellem Rassismus in der Schweiz, Neuenburg 2022
Naguib Tarek	Antidiskriminierungsrecht im Vergleich: Schweiz – Europäische Union, in: Jusletter 21. März 2011
Naguib Tarek	Rassendiskriminierende Einstellungspraxis: Besprechung des ersten EuGH-Urteils zur Richtlinie 2000/43 mit Anmerkungen aus einer schweizerischen Perspektive, in: AJP 2008, S. 1240 ff.
Naguib Tarek	Diskriminierende Verweigerung des Vertragsabschlusses über Dienstleistungen Privater: Diskriminierungsschutz zwischen Normativität, Realität und Idealität, in: AJP 2009, S. 993 ff.
Naguib Tarek	Begrifflichkeiten zum Thema Rassismus im nationalen und im internationalen Verständnis. Eine Auslegeordnung unter Berücksichtigung des Völker- und Verfassungsrechts, Winterthur/Bern 2014 (zit. Naguib, Begrifflichkeiten)
Naguib Tarek	Migration, in: Tarek Naguib et al. (Hrsg.), Diskriminierungsrecht, Handbuch für Jurist:innen, Berater:innen und Diversity-Expert:innen, S. 325 ff., Bern 2014 (zit. Naguib, Migration)
Naguib Tarek	Das Recht kann die Gesellschaft mobilisieren, in: Eidgenössische Kommission gegen Rassismus (Hrsg.), Tangram Nr. 46, Bern 2022
Naguib Tarek	Mit Recht gegen Rassismus im Recht, in: Mohamed Wa Baile, Serena O. Dankwa, Tarek Naguib, Patricia Purtschert und Sarah Schilliger (Hrsg.), Racial Profiling, Struktureller Rassismus und antirassistischer Widerstand, Bern 2019
Naguib Tarek	Mehrfachdiskriminierung: Analysekategorie im Diskriminierungsschutzrecht, in: SJZ 2010, S. 233-243
Naguib Tarek	Multiple discrimination in Swiss legal discourse, in: Sociologia del diritto 2, 2016, S. 139-168
Naguib Tarek/Caplazi Alexandra	Der Schutz gegen Rassendiskriminierung in der Arbeitswelt ist noch zu schwach, in: MERS Nr. 1, Bern 2005
Naguib Tarek/Fuchs Tiziana	Wohnen, in: Tarek Naguib et al. (Hrsg.), Diskriminierungsrecht, Handbuch für Jurist:innen, Berater:innen und Diversity-Expert:innen, S. 163 ff., Bern 2014
Naguib Tarek/Pärli Kurt	Diskriminierungsschutzrecht: Errungenschaften und Kritik, in: Tarek Naguib et al. (Hrsg.), Diskriminierungsrecht, Handbuch für Jurist:innen, Berater:innen und Diversity-Expert:innen, S. 445 ff., Bern 2014
Naguib Tarek/Pärli Kurt/Bircher Nadine/Licci Sara/Schärer Salome	Anti-Schwarze-Rassismus: juristische Untersuchung zu Problem und Handlungsbedarf, Zürich 201, (zit. Naguib et al., Anti-Schwarze-Rassismus)
Niggli Marcel Alexander	Rassendiskriminierung, Ein Kommentar zu Art. 261 ^{bis} StGB und Art. 171 c MStG, 2. Aufl., Zürich 2007
Pärli Kurt	Einwirkungsformen des EU- und des internationalen Arbeitsrechts auf das schweizerische Arbeitsrecht, in: Kurt Pärli/Tobias Baumgartner/Eylem Demir/Cornelia Junghanss/Sara Licci/Wesselina Uebe, Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht, Zürich 2017 (zit. Pärli, Einwirkungsformen)
Pärli Kurt	Gutachten zur Bedeutung der EMRK und der Beschwerde an den EGMR für das schweizerische Arbeitsrecht, Bern 2015 (zit. Pärli, Gutachten)
Pärli Kurt	Besprechung von Tribunal de Prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne, arrêt du 10 octobre 2005 (t 304.021563) und Arbeitsgericht Zürich, 2. Abteilung, Geschäft Nr. AN 050401/u 1 vom 13. Januar 2006, in: ARV 2006
Pärli Kurt	Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Bern 2009

Pärli Kurt/Caplazi Alexandra/Sutter Caroline	Recht gegen HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Situation in der Schweiz, Deutschland, Frankreich, Grossbritannien und Kanada, Bern 2007
Pärli Kurt/Eggmann Jonas	Datenschutz in privaten Arbeits- und Versicherungsverhältnissen. Auslegeordnung und Analyse der wichtigsten Probleme, in: Ueli Kieser/Kurt Pärli/Ursula Uttinger (Hrsg.), Datenschutztagung 2019, Aktuelle Entwicklungen im Datenschutz, Zürich 2020, S. 45-62
Pärli Kurt/Pileggi Sefora	Religiöse Bekleidung und Symbole am Arbeitsplatz – Europarechtliche Antworten und ihre Auswirkungen auf die Schweiz, in: Claudia Seitz et al. (Hrsg.), Rechtsschutz in Theorie und Praxis, Festschrift für Stephan Breitenmoser, S. 1007 ff., Basel 2022
Pärli Kurt/Studer Melanie	Arbeit und Existenzsicherung, in: Tarek Naguib et al. (Hrsg.), Diskriminierungsrecht, Handbuch für Jurist:innen, Berater:innen und Diversity-Expert:innen, S. 121 ff., Bern 2014
Petersen Hans-Christian/ Panagiotidis Jannis	Geschichte und Gegenwart des antiosteuropäischen Rassismus und Antislawismus, in: bpb vom 8.7.2022
Probst Johanna	Teilstudie 7: Rassismus – Sozialwissenschaftliche Erhebungen, in: SKMR (Hrsg.), Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, Bern 2015
Pulver Bernhard	Die Verbindlichkeit staatlicher Schutzpflichten – am Beispiel des Arbeitsrechts, AJP 2005, S. 413 ff.
Rohrer Beat	SVIT-Kommentar, das schweizerische Mietrecht, 4. Auflage, Vorbemerkungen zu Art. 253-273c OR (zit. Rohrer, Art. N 24)
Rössli Ines	Rereading Crenshaw: Aspekte einer intersektionalen rechtswissenschaftlichen Forschungsperspektive, in: juridikum 2021, S. 31-40
Ruedin Didier	Do we need multiple questions to capture feeling threatened by immigrants?, in: Political Research Exchange, Vol. 2 2020
Sambuc Boël	Les discriminations liées à l'origine nationale ou ethnique sur le marché du travail en Suisse : quelle réalité, quels remèdes, in : Eidgenössische Kommission gegen Rassismus (Hrsg.), Tangram Nr. 11, S. 9-12, Bern 2001
Schwenzer Ingerborg/ Fountoulakis Christiana	Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Bern 2020
Streiff Ullin/von Kaenel Adrian/Rudolph Roger	Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7., vollständig überarbeitete und stark erweiterte Auflage, Zürich 2012 (zit. PK OR-Streiff/Von Kaenel/Rudolph)
Trucco Noemi/Dehbi Asmaa/Dziri Amir/Schmid Hansjörg	Antimuslimischer Rassismus in der Schweiz: Grundlagenstudie, SZIG/CSIS-Studies, Freiburg 2025
Widmer-Lüchinger Corinne/ Oser David (Hrsg.)	Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 7. Aufl., Basel 2020 (zit. BSK OR I-Bearbeiter)
Wohlers Wolfgang/ Godenzi Gunhild/ Schlegel Stephan	Schweizerisches Strafgesetzbuch, Stämpfli Handkommentar, Bern 2020 (zit. Wohlers, Art. 261 ^{bis} StGB, N 14)
Wrench John/Modood Tariq	The effectiveness of employment equality policies in relation to immigrants and ethnic minorities in the UK, Geneva 2000
Zschirnt Eva/Fibbi Rosita	Do Swiss Citizens of Immigrant Origin Face Hiring Discrimination in the Labour Market?, NCCR On the Move Working Paper Series 20, S. 1-38, 2019

Eidgenössische Kommission gegen Rassismus EKR
Inselgasse 1 · CH-3003 Bern
ekr-cfr@gs-edi.admin.ch



www.ekr.admin.ch