

Alexandra Caplazi / Tarek Naguib

Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung in der Arbeitswelt trotz Vertragsfreiheit **Ein Diskussionsbeitrag zur Frage der Notwendigkeit, Nützlichkeit und der inhaltlichen Ausgestaltung eines verstärkten Schutzes vor und bei ethnisch-kultureller Diskriminierung in der Arbeitswelt**

Ethnisch-kulturelle Diskriminierung in der Arbeitswelt ist eine Realität. Auf der Suche nach Rechtsschutz sind die Opfer oft hilflos. Die juristischen, strukturellen, ökonomischen und psychischen Hürden sind meist zu hoch. Die Autorin und der Autor des folgenden Beitrags sind der Meinung, dass die Stärkung des Rechtsschutzes eine grund- und menschenrechtliche Pflicht ist, für die Opfer eine Dringlichkeit darstellt und der Gesamtgesellschaft von grossem Nutzen sein kann. Die Autoren plädieren – nebst weiteren Ansätzen – für ein Rahmengesetz zum Schutze vor und bei ethnisch-kultureller Diskriminierung. Sie diskutieren einzelne inhaltliche Aspekte eines solchen Gesetzes.

Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage
- II. Ethnisch-kulturelle Diskriminierung in der Arbeitswelt
 - 1. Ungleichbehandlung «vor dem Markt»
 - 2. Ungleichbehandlung «im Grenzbereich zum Markt»
 - 3. Ungleichbehandlung «auf dem Markt»
- III. Rechtsschutz bei ethnisch-kultureller Diskriminierung auf dem Arbeitsmarkt
 - 1. Rechtsschutz und seine Wirksamkeit in den einzelnen Diskriminierungsbereichen
 - 2. Mängeltypologie
- IV. Mögliche Kosten- und Nutzeneffekte bei einer Stärkung des Schutzes vor ethnisch-kultureller Diskriminierung in der Arbeitswelt
 - 1. Aus der Sicht der Betroffenen
 - 2. Aus der Sicht der Unternehmen
 - 3. Aus der Sicht des Staates
 - 4. Aus der Sicht der Gesellschaft
- V. Stärkung des Schutzes bei ethnisch-kultureller Diskriminierung durch ein Antidiskriminierungsgesetz: eine Diskussion
 - 1. Das Gleichstellungsgesetz als Vorbild
 - 2. Schlichtungsverfahren
 - 3. Beweislastregelung
 - 4. Verbandsklagerecht
 - 5. Diskriminierung durch rassistische Belästigung
- VI. Schlussbetrachtungen

I. Ausgangslage

[Rz 1] Jeder Mensch hat den Anspruch, in seiner unantastbaren Würde respektiert zu werden.¹ Die Würde des Menschen beinhaltet nicht ein bestimmtes oder «verordnetes» Menschenbild. Sie ist individualistisch und intersubjektiv bedingt. Das Prinzip der Menschenwürde schliesst die gleiche Achtung des Anderen in seiner Einmaligkeit und jeweiligen Besonderheit, aber auch als gleichwertigen Menschen ein.² Der allgemeine Gleichheitssatz in Art. 8 Abs. 1 BV legt fest, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind³ und in ihrer unantastbaren Würde gleichen Schutz erfahren, unabhängig von ihrer Nationalität, Religion oder ihrem Geschlecht.⁴ Die Menschenwürde ist Kerngehalt⁵ jedes Grundrechts und ist in allen Bereichen der Gesetzgebung mitbestimmend.⁶

[Rz 2] Das Diskriminierungsverbot in Art. 8 Abs. 2 BV differenziert die «sensiblen» Kriterien, auf Grund derer Gleiches nicht ungleich behandelt resp. eine Ungleichbehandlung nur dann gerechtfertigt werden kann, wenn sie ein

legitimes öffentliches Interesse verfolgt und verhältnismässig ist. Das Diskriminierungsverbot Art. 8 Abs. 2 BV lautet:

«Niemand darf diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung.»⁷

[Rz 3] Es besteht keine Hierarchie zwischen den einzelnen Kriterien, d.h., sie sind alle gleichwertig. Die Kriterien sind «sensibel», weil sie einerseits dem einzelnen Menschen eigen und deshalb unveränderlich sind oder deren Verzicht dem Einzelnen nicht zumutbar ist, da sie die Identität eines Menschen massgeblich mitbestimmen.⁸ Wer Frau ist, kann nicht Mann sein; wer schwarz ist, kann nicht weiss sein; wer von einer bestimmten Herkunft ist, kann diese nicht ändern. Auch die religiöse, weltanschauliche oder politische Überzeugung ist ein wesentlicher Bestandteil der Persönlichkeit.⁹ Andererseits zeigt sich die Sensibilität in der historischen Tatsache, dass Menschen auf Grund der genannten Eigenschaften zu allen Zeiten und überall auf der Welt immer wieder Gefahr laufen, systematisch von der Mehrheitsgesellschaft ausgegrenzt zu werden.

[Rz 4] Obwohl die Privilegierung einzelner «sensibler» Kriterien nicht vorgesehen ist und wiederum diskriminiert, hebt die Bundesverfassung die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und Behinderung hervor. Mit Art. 8 Abs. 3 BV erhält der Gesetzgeber den Auftrag, für die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung von Frau und Mann, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit zu sorgen. Mit der exemplarischen Aufzählung der Bereiche Familie, Ausbildung und Arbeit visiert die Gesetzgebung insbesondere die Gleichstellung in wichtigen Lebensbereichen an und berücksichtigt im Wesentlichen das Verhältnis unter Privaten.¹⁰ Seit Juli 1996 ist das Gleichstellungsgesetz¹¹ in Kraft und bezweckt die tatsächliche Gleichstellung von Frau und Mann im privat- und öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnis. Mit Art. 8 Abs. 4 BV wird der Gesetzgeber beauftragt, Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen der Behinderten vorzusehen. Das im Januar 2004 in Kraft getretene Behindertengleichstellungsgesetz¹² setzt die Rahmenbedingungen, die den Menschen mit Behinderungen die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben erleichtern. Die Menschen mit Behinderungen sollen soziale Kontakte pflegen, sich aus- und fortbilden und eine Erwerbstätigkeit ausüben können.¹³ Dem Verfassungstext in Art. 8 BV ist jedoch kein expliziter Auftrag an den Gesetzgeber in Bezug auf die «sensiblen» Kriterien wie die Herkunft, die Rasse, die Lebensform und die religiöse, weltanschauliche oder politische Überzeugung zu entnehmen.¹⁴ Die vorgenommene Klassifikation deutet darauf hin, dass die Diskriminierung auf Grund des Geschlechts und der Behinderung vom Gesetzgeber als gravierender betrachtet wird als jene aufgrund der übrigen «sensiblen» Kriterien. Diese Einteilung hinterlässt den Eindruck, dass Diskriminierungshandlungen je nach Ausrichtung vom Gesetzgeber in Kauf genommen oder gar toleriert werden. Der Erlass von Normen, welche das Diskriminierungsverbot Art. 8 Abs. 2 BV konkretisieren, steht aber nicht im Belieben des Gesetzgebers. Der Gesetzgeber ist sowohl aus der Qualität der Grundrechte als fundamentale Wertentscheidungen¹⁵ als auch aus dem Text der Verfassung (Art. 35 BV) verpflichtet, Massnahmen zur Verhinderung und Beseitigung von Diskriminierung aller in Art. 8 Abs. 2 BV erwähnten «sensiblen» Kriterien zu ergreifen.

[Rz 5] Dass der Erlass konkretisierender Normen mit Wirkung unter Privaten nicht nur eine politische, sondern insbesondere eine Forderung des Rechts ist, ist Art. 35 BV zu entnehmen. Abs. 1 bezieht sich auf sämtliche Grundrechte und bestimmt, dass sie in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen müssen.¹⁶ Abs. 3 greift dann spezifisch die Verwirklichung der Grundrechte unter Privaten auf und lautet:

«Die Behörden sorgen dafür, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden.»

[Rz 6] Das positive Recht verlangt, dass die Behörden für die Wirkung der in den Grundrechten widerspiegelten fundamentalen Wertentscheidungen nicht nur zwischen BürgerInnen und Staat, sondern auch zwischen Privaten sorgen müssen.¹⁷ Insbesondere dort, wo die Würde des einzelnen Menschen und damit der Kerngehalt der Grundrechte¹⁸ auf dem Spiel steht, ist die Pflicht des Staates klar gegeben, möglichst umfassenden Schutz zu gewährleisten.¹⁹ Die Kerngehalte als absolute Grundrechtsgarantien sind von der einschränkenden Formulierung «soweit sie sich dazu eignen» wohl kaum tangiert. Die Schweiz und mit ihr alle staatlichen Organe sind nach unserer Meinung gemäss Art. 8 (und Art. 15 BV)²⁰ i.V.m. Art. 35 Abs. 3 BV verpflichtet, Menschen vor ethnisch-kultureller Diskriminierung (ekD) in der Arbeitswelt zu schützen. Für die Gerichte bedeutet dies, die aktuelle Rechtsordnung

grundrechtskonform auszulegen. Das Diskriminierungsverbot und die Glaubens- und Gewissensfreiheit entfalten dabei eine indirekte Drittwirkung. Ist die grundrechtskonforme Auslegung auf Grund der Interpretation der bestehenden Gesetze nicht möglich, stellt sich die Frage, ob die entsprechenden Grundrechte sogar unmittelbar Anwendung finden (müssen), mithin eine direkte Drittwirkung zu bejahen ist. Von Parlament und Bundesrat verlangen die obigen Verfassungsbestimmungen, bestehende Hürden auf der Suche nach Rechtsschutz abzubauen. Der Bundesrat ist zudem verpflichtet, dafür zu sorgen, dass die Umsetzung bestehender Sensibilisierungs- und Präventionsmassnahmen im Rahmen der Bekämpfung ekD weitergeführt wird und neue Konzepte entwickelt werden.

[Rz 7] Die Arbeitswelt gehört zu den Lebensbereichen, die besonders diskriminierungsanfällig sind. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf ist nicht nur in Bezug auf geschlechtsspezifische Diskriminierung resp. Behinderung, sondern auch bei ekD gegeben. Verschiedene Studien belegen, dass die Diskriminierung von Menschen mit Migrationshintergrund auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt eine Realität ist.²² Diskriminierungen finden in teils unterschiedlicher Weise und Intensität statt. Da sich eine diskriminierungsfreie Ordnung nicht von alleine einstellt, ist eine ausdrückliche Gesetzgebung zum Schutz vor ekD im arbeitsrechtlichen Bereich notwendig (s. Kapitel III).²³ Die Notwendigkeit verstärkt sich durch die Tatsache, dass Arbeiten bzw. Geld verdienen eine der wichtigsten Voraussetzungen sind, damit der Mensch überhaupt ein autonomes Leben, d.h., ein Leben in Würde führen kann. Durch diese existenzielle Dimension gewinnen die verfassungsrechtlichen Vorgaben noch zusätzliches Gewicht.

[Rz 8] Die Verpflichtung der Schweiz zur Verhinderung und Beseitigung von rassendiskriminierenden Vorfällen im zivilrechtlichen Bereich ist auch rechtlich verbindlichen internationalen Verträgen zu entnehmen. So ist die Schweiz Mitglied der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO/ILO), deren Verfassung bestätigt, dass alle Menschen, ohne Ansehen ihrer Rasse, ihres Glaubens oder Geschlechts, das Recht haben, an ihrem materiellen Fortschritt und ihrer geistigen Entwicklung in Freiheit und Würde, wirtschaftlich gesichert und unter gleichen Erfolgsmöglichkeiten zu arbeiten. Mit der Ratifizierung des ILO Übereinkommens Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf hat sich die Schweiz zudem zu einer innerstaatlichen Politik und, um diese Politik zu sichern, zum Erlass von Gesetzen verpflichtet, die die Chancengleichheit und Gleichbehandlung inkl. Anstellungsbedingungen und Ausbildung fördern (Art. 3 lit. b).²⁴ Ähnliche Bestimmungen mit verbindlichem Charakter sind im Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO Pakt I) und im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO Pakt II) zu finden. UNO Pakt I enthält das gleiche Recht jedes Menschen auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen, auf einen angemessenen Lohn und gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit ohne Unterschied, sichere und gesunde Arbeitsbedingungen, gleiche Möglichkeiten für jedermann, in seiner beruflichen Tätigkeit entsprechend aufzusteigen. Der von der Schweiz angebrachte Vorbehalt zu Art. 26 UNO Pakt II vereitelt nun aber, dass das darin enthaltene umfassende Diskriminierungsverbot für die Schweiz auf die Rechte in UNO Pakt I Anwendung findet.²⁵

[Rz 9] Das wohl bedeutendste internationale Vertragswerk in der Bekämpfung von Rassendiskriminierung ist das von der Schweiz ratifizierte Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (Rassendiskriminierungskonvention, CERD/RDK).²⁶ 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 nichtig erklären, die eine Rassendiskriminierung bewirken (Art. 2 Abs. 1 lit. c RDK). Die getroffenen Massnahmen müssen «bestimmte Rassengruppen oder ihnen angehörende Einzelpersonen in die Lage des gleichberechtigten Genusses der Menschenrechte versetzen. Art. 5 RDK konkretisiert das Recht jedes Einzelnen auf Gleichheit vor dem Gesetz und verbietet jede Form von Rassendiskriminierung insbesondere in Bezug auf wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte. Namentlich bezieht sich Art. 5 lit. e (i) RDK auf das Recht auf Arbeit, auf die freie Wahl des Arbeitsplatzes, auf gerechte und befriedigende Arbeitsbedingungen, auf Schutz gegen Arbeitslosigkeit, auf gleiches Entgelt für gleiche Arbeit, auf gerechte und befriedigende Entlohnung. Mit Art. 2 Abs. 1 lit. b RDK verpflichten sich die Vertragsstaaten zudem, rassendiskriminierendes Verhalten von Privatpersonen weder zu schützen noch zu unterstützen. Die Ansicht des Bundesrates zum Zeitpunkt des Beitritts zur Konvention, dass die aktive Bekämpfung von rassendiskriminierendem Verhalten von Privatpersonen in der Schweiz nicht notwendig sei,²⁷ lässt sich auf Grund der neuesten Erkenntnis nicht teilen. Auch kann es dem Gesetzgeber nicht erlaubt sein, seine Untätigkeit mit dem Einwand zu begründen, dass der Beweis rassendiskriminierender Motivation für ein bestimmtes Verhalten in privaten Beziehungen schwierig zu erbringen sei.²⁸ Solche Hinweise verlieren spätestens dann ihre Gültigkeit, wenn Überwachungsorgane der internationalen Menschenrechtsverträge regelmässig in ihren Berichten beklagen, dass die Schweiz immer noch kein Antidiskriminierungsgesetz erlassen hat²⁹ und Opfer

von Diskriminierungen auf Grund der Herkunft, Hautfarbe, ethnischen Zugehörigkeit und religiöser Überzeugung ihren Anspruch auf Gleichbehandlung nur nach Überwindung hoher rechtlicher Hürden und mit geringen Erfolgsaussichten vor Schweizer Gerichten einfordern können.³⁰ Der nationale Gesetzgeber ist deshalb aufgerufen³¹, Instrumente bereitzustellen, mit denen die Anliegen und Bedürfnisse der diskriminierungsgeschützten Gruppen praktisch durchgesetzt werden können.³²

[Rz 10] Das vorliegende «Paper» ist ein Beitrag für eine Diskussionsgrundlage zu Fragen rund um die Notwendigkeit, die Nützlichkeit und einzelne inhaltliche Aspekte einer Stärkung des Schutzes vor ekD in der Arbeitswelt. In Kapitel II greifen wir die durch verschiedene Studien gewonnene Erkenntnis auf, dass ekD in der Arbeitswelt eine Realität ist. Wir fassen zusammen, in welchen Bereichen bzw. Unterbereichen und auf welche Arten Diskriminierung in der Arbeitswelt stattfindet. In Kapitel III zeigen wir auf, dass die aktuelle Rechtsordnung noch zu wenig Schutz bei ekD bietet. In Kapitel IV listen wir assoziativ mögliche Vor- und Nachteile (bzw. Kosten- und Nutzeffekte) für potenziell von Diskriminierung Betroffenen, Unternehmen, Staat und Gesellschaft auf, wenn der Schutz bei ekD gestärkt würde. In Kapitel V werden wir die gewonnenen Erkenntnisse verarbeiten und versuchen, Vorschläge zu machen für die Schliessung vereinzelter Lücken im Rechtsschutz. Wir greifen hierbei in erster Linie auf schon bestehende Instrumente im Gleichstellungsgesetz für Frau und Mann zurück³³ und versuchen Analogien für ein Antidiskriminierungsgesetz zu ziehen. Zudem erläutern wir kurz, welche Vorgaben die EU ihren Mitgliedstaaten macht, und auf welche Weise diese umgesetzt werden.

II. Ethnisch-kulturelle Diskriminierung in der Arbeitswelt

[Rz 11] Laut der im Auftrag der Fachstelle für Rassismusbekämpfung durchgeführten Studie zum Thema «Arbeitswelt ohne Diskriminierung»³⁴ ist Ungleichbehandlung von Menschen mit Migrationshintergrund in der Arbeitswelt eine Realität. Ungleichbehandlung von Menschen mit Migrationshintergrund umfasst einerseits Ungleichbehandlung von Ausländern/-innen wegen ihrer ausländischen Herkunft und andererseits Ungleichbehandlung von Ausländern/-innen und Schweizern/-innen, weil sie einer bestimmten «Rasse» zugehören, einer bestimmten ethnischen oder nationalen Herkunft entstammen oder sich einer bestimmten Religion zugehörig fühlen. Diese beiden Kategorien können dann unter dem Begriff ethnisch-kulturelle Ungleichbehandlung zusammengefasst werden, wenn Menschen wegen ihres ethnischen, kulturellen und religiösen «Andersseins» ungleich behandelt werden.

[Rz 12] Ethnisch-kulturelle Ungleichbehandlung kann einerseits gesetzlich verankert sein (z.B. in der unterschiedlichen ausländergesetzlichen Zulassungspolitik zum Arbeitsmarkt), was sich dann im individuellen Handeln staatlicher Stellen (z.B. Arbeitsamt) und Privater (z.B. Arbeitgebende) niederschlägt. Andererseits manifestiert sich ethnisch-kulturelle Ungleichbehandlung im individuellen Handeln staatlicher und privater Arbeitgebenden, ohne dass dies auf gesetzliche Vorgaben zurückgeführt werden kann. Eine von der Europäischen Kommission herausgegebene Studie belegt, dass ethnisch-kulturelle Ungleichbehandlung in der Arbeitswelt in allen Ländern der EU – wenn auch in unterschiedlichem Masse – relativ oft vorkommt.³⁵

[Rz 13] Nicht jede ethnisch-kulturelle Ungleichbehandlung ist diskriminierend. Im allgemeinen Sprachgebrauch steht Diskriminierung für «Herabsetzung», «Verächtlichmachung», für eine «ungerechtfertigte Ungleichbehandlung» oder für eine «ungleiche Behandlung».³⁶ Ethnisch-kulturelle Ungleichbehandlung ist somit nur dann Diskriminierung, wenn durch die Ungleichbehandlung ungerechtfertigter Weise ein Mensch entwürdigt wird. Juristisch liegt ethnisch-kulturelle Diskriminierung (ekD) dann vor, wenn durch eine bestimmte Handlung oder Unterlassung Menschen auf Grund ihrer «Rasse», ihrer ethnischen und nationalen Herkunft und ihrer Religion gegenüber andern in besonderer Weise benachteiligt werden, ohne dass hierfür zwingende sachliche Gründe angebracht werden können.³⁷ Eine sachlich begründete Ungleichbehandlung und somit keine Diskriminierung wäre z.B. die Nichteinstellung eines Moslems als katholischer Pfarrer oder das Nichtberücksichtigen weisser Schauspieler für eine Rolle des früheren US-amerikanischen und dunkelhäutigen Bürgerrechtskämpfers Martin Luther King. Der Diskriminierungsbegriff setzt kein Bestehen einer Diskriminierungsabsicht voraus.³⁸ Diskriminierung kann direkt oder indirekt stattfinden. Direkte Diskriminierung liegt in Analogie zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei Geschlechterdiskriminierung³⁹ dann vor, wenn sich eine Ungleichbehandlung ausdrücklich auf die Zugehörigkeit zu einer «Rasse», Ethnie, Nation und Religion stützt. Bei der indirekten Diskriminierung werden durch scheinbar neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einer anderen «Rasse», Ethnie, Nation und Religion in besonderer Weise qualitativ und/oder

quantitativ benachteiligt. Ein Kopfbedeckungsverbot für Kassiererinnen eines Lebensmittelladens gilt zwar für alle, trifft jedoch in erster Linie diejenigen Frauen und Männer, die zu einer Religion gehören, bei der das Tragen einer Kopfbedeckung als religiöses Bekenntnis gilt.

[Rz 14] Rechtlich zulässige und unzulässige Ungleichbehandlung in der Arbeitswelt geschehen «vor dem Markt», im «Grenzbereich zum Markt» und «auf dem Markt».⁴⁰

1. Ungleichbehandlung «vor dem Markt»

[Rz 15] Ungleichbehandlung «vor dem Markt» zeigt sich beim unterschiedlichen *Bildungsniveau*, beim *Aufenthaltsstatus*, bei den *Sozialleistungen* und bei der *Anerkennung von Diplomen*.⁴¹ Sprachkenntnisse, das generelle Bildungsniveau, der Aufenthaltstatus und die Anerkennung von Diplomen sind Faktoren, welche entscheidend sind für die Chance, eine qualitativ hochstehende oder überhaupt eine Arbeitsstelle zu finden. Zudem sind sie mitbestimmend für die Einkommenshöhe.⁴² Statistische Angaben hinsichtlich Bildungsstand und Weiterbildung zeigen ein starkes Bildungsgefälle unter den ausländischen Arbeitnehmenden, dies im Gegensatz zu den SchweizerInnen. Zudem verfügen ca. 40% der ausländischen Arbeitnehmenden über eine mittlere Bildung. Bei den SchweizerInnen liegt der Prozentsatz bei 60%.⁴³

2. Ungleichbehandlung «im Grenzbereich zum Markt»

[Rz 16] Ungleichbehandlung «im Grenzbereich zum Markt» lässt sich bei der Berufsbildung, bei den Lehrstellen, bei der Stellenvermittlung sowie bei den Beschäftigungsprogrammen beobachten. In diesen Bereichen werden die letzten entscheidenden Weichen gestellt, um sich bei der Arbeitssuche bewähren zu können. Eine im Rahmen des Nationalfondsprogramms 43 (NFP 43) entstandene Studie zeigt, dass im selben Zeitraum, in dem 70 % der interessierten Schweizer Jugendlichen einen Lehrvertrag unterschrieben oder mündlich vereinbart hatten, nur 44 % der interessierten ausländischen Jugendlichen eine Lehrstelle erhielten.⁴⁴ Eine weitere Studie belegt, dass Jugendliche «Secondos» in Konkurrenz mit einem jungen Schweizer, der dieselbe Schulbank gedrückt und dieselbe Lehre erfolgreich absolviert hat, weniger Chancen haben, eine Arbeitsstelle zu finden.⁴⁵

3. Ungleichbehandlung «auf dem Markt»

[Rz 17] Ungleichbehandlung «auf dem Markt» geschieht bei der Anstellung, bei der Festlegung des Vertragsinhaltes (z.B. Lohn), während des Arbeitsverhältnisses sowie bei der Kündigung.⁴⁶ Ungleichbehandlung und Diskriminierung während des Arbeitsverhältnisses reichen von verschiedenen Diskriminierungsformen im Rahmen der Vergabe freiwilliger Leistungen, der Beförderung, dem Arbeitsschutz, der Weiterbildung und Umschulung bis zum wissentlichen und willentlichen oder unbewussten intoleranten Umgang mit den Menschen bezüglich ihren kulturspezifischen Bedürfnissen. Eine häufige Form ekD ist die rassistische Äusserung.

III. Rechtsschutz bei ethnisch-kultureller Diskriminierung auf dem Arbeitsmarkt

[Rz 18] Ethnisch-kulturelle Ungleichbehandlung «vor dem Arbeitsmarkt» und im Grenzbereich zum Arbeitsmarkt sind nicht Thema des Kapitels III. Der Artikel möchte sich auf diejenigen Formen ethnisch-kultureller Ungleichbehandlung konzentrieren, die erstens unabhängig von ausländerrechtlichen Vorgaben im unmittelbaren Bezug zur Arbeitswelt – also unmittelbar vor und während des Arbeitsverhältnisses – geschehen und von Individuen ausgehen (z.B. Arbeitgebende, Arbeitskollegen/-innen und Kunden/-innen) und zweitens diskriminieren, weil sie nicht durch sachliche Gründe zu rechtfertigen sind.

[Rz 19] Es gibt eine Vielfalt von aktuellen Massnahmen, ekD in der Arbeitswelt zu bekämpfen. Es würde den Rahmen des vorliegenden Beitrags sprengen, auf alle bestehenden Massnahmen einzugehen und diese auf ihre Wirksamkeit hin zu beleuchten. Wir beschränken uns auf den Bereich des Opferschutzes. Im Folgenden soll geprüft werden, ob Opfer konkreter Akte ekD in der Lage sind, sich juristisch wirksam zur Wehr zu setzen. *Im ersten Teil* wird aufgezeigt, ob Diskriminierung in der Arbeitswelt verboten oder erlaubt ist und welche Hindernisse die Betroffenen auf der Suche nach Rechtsschutz antreffen. Hierbei unterteilen wir die Arbeitswelt in vier Diskriminierungsbereiche: Diskriminierung bei der Anstellung (Anstellungsdiskriminierung), Diskriminierung im

Rahmen vertraglicher Vereinbarungen (Vertragsdiskriminierung), Diskriminierung während des Arbeitsverhältnisses und Diskriminierung bei der Kündigung (Kündigungsdiskriminierung). Dies ist notwendig, damit einigermassen differenziert auf die Problematik eingegangen werden kann. Zur Veranschaulichung werden wir jeweils am Anfang der Erläuterungen zu den einzelnen Diskriminierungsbereichen kurz aufzeigen, auf welche Arten und Weisen Diskriminierung vorkommen können. *Im zweiten Teil* werden die Ergebnisse in einer zusammenfassenden Mängeltypologie dargestellt.

1. Rechtsschutz und seine Wirksamkeit in den einzelnen Diskriminierungsbereichen

1.1 Anstellungsdiskriminierung

[Rz 20] Das Ausschreibungs-, Bewerbungs- und Einstellungsverfahren kann diskriminierend sein, indem beispielsweise...

- ...bei den Stellenangeboten der Unternehmen eine diskriminierende Vorselektion getroffen wird – Inserenten z.B. bestimmte Nationalitäten oder Religionsgruppen explizit ausschliessen –; indem...
- ...bestimmte Menschen (z.B. auf Grund ihres ausländisch tönenden Namens) erst gar nicht zu einem Selektionsverfahren (Bewerbungsgespräch oder Assessment) eingeladen werden; indem...
- ...einzelne im Selektionsverfahren gegenüber ihren Mitbewerbenden (z.B. auf Grund ihrer regionalen Herkunft) direkt benachteiligt werden oder Fragen zum ethnisch-kulturellen Hintergrund gestellt werden, welche in die Entscheidung einfließen oder indem...
- ...Bewerber/-innen (z.B. auf Grund ihrer Hautfarbe oder ihrer religiösen Kleidung) trotz guter Qualifikation nach dem Bewerbungsgespräch nicht eingestellt werden.⁴⁷

1.1.1 Rechtsschutz

Schutz bei einem Ausschluss bestimmter Gruppen in Stelleninseraten:

[Rz 21] Werden in Stelleninseraten bestimmte Gruppen (wie z.B. die Schwarzen oder Türken) ausgeschlossen, gilt es zu prüfen, ob ein Verstoß gegen die Antirassismustrafnorm Art. 261bis Abs. 4 StGB vorliegt.⁴⁸ Genugtuung wird keine zugesprochen, da nicht unmittelbar eine konkrete Person oder mehrere konkrete Personen betroffen sind, wir uns mithin noch nicht im Rahmen einer oder mehrerer konkreter interpersonaler Beziehung(en) befinden.

Schutz bei rassistischen Äusserungen:

[Rz 22] Unbestritten ist, dass sich Stellensuchende gegen rassistische Kommunikationsformen zur Wehr setzen können: Eine stellensuchende Person muss sich rassendiskriminierende Äusserungen bei Assessment-Tests, während einem Bewerbungsgespräch und bei einer Ablehnung nicht gefallen lassen. Bei einer Verletzung hat sie die Möglichkeit auf der Grundlage von Art. 28 ZGB möglicherweise auch Art. 328 OR i. V. m. Art. 97ff. OR eine durch rassistische Äusserung begangene Persönlichkeitsverletzung gerichtlich feststellen und beseitigen zu lassen sowie finanzielle Genugtuung einzufordern (Art. 49 OR bzw. Art. 99 Abs. 3 OR und Art. 49 OR).⁴⁹ Rassistische Äusserungen während Assessments, in Bewerbungsgesprächen und bei Ablehnungen stellen zudem einen Verstoß gegen die Antirassismustrafnorm Art. 261bis Abs. 4 HS 1 StGB dar,⁵⁰ sofern Drittpersonen anwesend sind, die untereinander keine persönliche Beziehung aufweisen.⁵¹ Rassistische Äusserungen in Stelleninseraten richten sich im Normalfall gegen eine ganze Gruppe von Personen (wie z.B. Türken, Juden etc.) und können deshalb nicht auf dem privatrechtlichen Weg geahndet werden, sind aber über Art. 261bis Abs. 1, 4 HS 1 sanktionierbar.⁵²

Schutz bei Ungleichbehandlungen während des Selektionsverfahrens:

[Rz 23] Arbeitgebende sind verpflichtet, während des Assessments und Bewerbungsgesprächs alle Beteiligten gleich zu behandeln. Sachlich nicht begründbare Ungleichbehandlungen auf Grund ethnisch-kultureller Kriterien sind willkürlich und verstossen unseres Erachtens gegen den Grundsatz von culpa in contrahendo (c.i.c.). Als c.i.c.-Tatbestände können jene Fälle verstanden werden, bei denen im Rahmen von Vertragsverhandlungen eine Partei verletzt wird und diese Verletzungen der anderen zuzurechnen sind.⁵³ Eine Verletzung liegt insbesondere dann vor,

wenn das Verhalten der arbeitgebenden Partei gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) bzw. gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz⁵⁴ (Art. 328 OR) verstösst. Es gibt unseres Erachtens keine einsichtigen Gründe, weshalb diese Grundsätze nicht auch auf das Assessmentverfahren und das Bewerbungsgespräch ausgeweitet werden könnten oder sogar müssten.

[Rz 24] In diesem Zusammenhang ist auch zu klären, inwiefern Fragen über den kulturellen Hintergrund und die weltanschauliche Einstellung während des Bewerbungsgesprächs zulässig sind. Hier handelt es sich um Bereiche, die zentraler Bestandteil der Persönlichkeit darstellen und unseres Erachtens von den Bewerbenden nicht beantwortet werden müssen oder sogar falsch beantwortet werden dürfen. Eine Ausnahme sind Fragen, die unmittelbar die Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrags erforderlich sind.⁵⁵ Beispielsweise wäre eine Frage über die konfessionelle Zugehörigkeit gegenüber einem Bewerber für eine Pfarrerstelle einer katholischen Kirchgemeinde gestattet⁵⁶, wohingegen es nicht erlaubt wäre diese Frage einem Bewerber für eine Stelle als Pflegefachmann in einem von einer muslimischen Kirche geführten Alterspflegeheim zu stellen; obwohl hier angebracht werden könnte, dass die Pflegefachperson auch Seelsorge gegenüber den muslimisch gläubigen Kundinnen und Kunden betreiben muss, und der muslimische Glaube der pflegenden Person somit unmittelbar die Eignung für das Arbeitsverhältnis betrifft bzw. zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist.

Schutz bei diskriminierender Nichtberücksichtigung ohne rassistische Äusserung:

[Rz 25] Ob gegen diskriminierende Nichtberücksichtigungen ohne rassistische Kommentare vorgegangen werden kann, ist unklar. In diesem Zusammenhang ist zu prüfen, ob der Vertragsfreiheit oder dem Diskriminierungsverbot mehr Gewicht beigemessen werden soll. Diese Abwägung ist nicht ganz einfach: Art. 27 BV schützt die Wirtschaftsfreiheit. Diese umfasst den Grundsatz der Vertragsfreiheit. Die Vertragsfreiheit beinhaltet unter anderem die Freiheit der Arbeitgebenden zu entscheiden, wen sie für eine bestimmte Arbeit einstellen möchten und wen nicht. Der Staat darf nur dann in diese Freiheit eingreifen, wenn er dies rechtfertigen kann und der Eingriff verhältnismässig ist. Nach unserem Dafürhalten ist der Vertragsfreiheit jedoch überall dort Grenzen zu setzen, wo sie fundamentale Werte unserer Gesellschaft wie die Menschenwürde verletzt. Dort, wo Menschen ausgegrenzt werden wegen eines Merkmals, das elementarer Bestandteil ihrer Persönlichkeit ist, dürfen und müssen der individuellen Freiheit Grenzen gesetzt werden; denn aus der historischen Erfahrung kann die Lehre gezogen werden, dass insbesondere «rassistische», ethnische und religiöse Minderheiten einer erhöhten Gefahr ausgesetzt sind, systematisch ausgegrenzt zu werden.

[Rz 26] GÖKSU bestätigt diese Auffassung. Er sieht in einer rassendiskriminierenden Vertragsverweigerung eine Persönlichkeitsverletzung.⁵⁷ Auch er sagt grundsätzlich, dass als rechtfertigende Momente die Partnerwahlfreiheit, das Persönlichkeitsrecht auf wirtschaftliche Entfaltung und die persönliche Freiheit in der Gestaltung zu Mitmenschen in Betracht kommen könne. Er kommt aber zum Schluss, dass rassendiskriminierende Vertragsverweigerung unter Vorbehalt eines Sonderfalls persönlichkeitsverletzend und widerrechtlich ist.⁵⁸ Nach anderer Meinung geht bei der Anstellung grundsätzlich die Vertragsfreiheit vor; d.h., der arbeitgebenden Person steht offen, einer Person aus ethnisch-kulturell diskriminierenden Gründen den Abschluss eines Vertrages zu verweigern.⁵⁹ REHBINDER/PORTMANN beispielsweise stellen im Basler Kommentar fest, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz keine Anwendung finde auf die Einstellung.⁶⁰ Lediglich die Geschlechterdiskriminierung sei von dieser Einschränkung ausgenommen.⁶¹

[Rz 27] Wir sind jedoch der Überzeugung, dass es mit dem verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbot und der Religionsfreiheit nicht zu vereinbaren ist, wenn der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht auch auf die ethnisch-kulturelle Diskriminierung Anwendung findet. Die Gerichte sind demnach verpflichtet, bestehende Regelungen zum Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ZGB oder evt. Vorwirkung von Art. 328 OR und c.i.c.) im Sinne des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes (Art. 8 Abs. 2 BV) und der Religionsfreiheit (Art. 15 BV) auch unter Privaten zur Anwendung zu bringen (Art. 35 Abs. 3 BV).⁶² Wird in einem konkreten Fall der Abschluss eines Arbeitsvertrages verweigert, ohne dass dies durch ein Gesetz oder ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse gerechtfertigt werden kann (Art. 28 Abs. 2 ZGB), müsste die betroffene Person gemäss Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB gerichtlich die Widerrechtlichkeit der Persönlichkeitsverletzung feststellen lassen und gemäss Abs. 3 von Art. 28a ZGB i.V.m. Art. 49 OR eine Genugtuung und Schadenersatz einfordern können. Möglicherweise können die Gerichte in bestimmten Fällen sogar einen Zwang zum Abschluss des Vertrages erwirken. Hier muss jedoch auf die

Verhältnismässigkeit geachtet werden. Beispielsweise wäre es unzumutbar, eine Einzelunternehmerin, die eine Schreinerei führt, zu verpflichten, eine Person gegen ihren Willen einzustellen, mit der sie tagtäglich direkt zusammenarbeiten müsste. Hingegen ist durchaus denkbar, dass ein Grossunternehmer per Gerichtsbeschluss zum Vertragsabschluss mit einer Kassierin mit Kopftuch gezwungen werden könnte, obwohl er den Verzicht auf das Kopftuch während der Arbeit als Bedingung für den Vertragsabschluss betrachtete. Es wäre jeweils im Einzelfall zu prüfen, wie intensiv die Interessen der Arbeitgebenden und wie intensiv die Persönlichkeit und Interessen der Arbeitssuchenden betroffen ist.

[Rz 28] Schliesslich bleibt noch zu erwähnen, dass eine diskriminierende Verweigerung einer Arbeitsstelle aus rein rassendiskriminierenden Absichten möglicherweise gegen Art. 261bis Abs. 5 StGB verstösst.⁶³

1.1.2 Hürden auf der Suche nach Rechtsschutz

[Rz 29] Nebst den juristischen Unsicherheiten gibt es weitere Faktoren, die eine mehr oder weniger stark hemmende Wirkung auf die Opfer ausübt, sich auch tatsächlich zur Wehr setzen zu können. Auch wenn beispielsweise die Verweigerung der Vergabe einer Lehrstelle an einen Kosovo-Albaner wegen seiner Herkunft gegen das Gesetz verstossen würde, heisst dies noch lange nicht, dass die abgewiesene Person sich durchsetzen kann. Art. 8 ZGB besagt, dass die klagende Person die Diskriminierung nachzuweisen hat. Für die Arbeitgebenden ist es ein leichtes Unterfangen, andere Gründe als die Nationalität bzw. regionale Herkunft für die Nichtberücksichtigung anzugeben. Die Beweislast führt dazu, dass es sehr schwierig ist, sich vor Gericht durchzusetzen. Hinzu kommt, dass der Respekt vor dem Risiko, die Verfahrenskosten tragen zu müssen, zu gross ist (Kostenrisiko). Die von Diskriminierung betroffene Person entscheidet sich aus diesen Gründen in den meisten Fällen gegen die Einreichung einer Klage.

1.1.3 Fazit

[Rz 30] Im Obligationenrecht fehlt ein ausdrückliches Diskriminierungsverbot. Bei einer diskriminierenden Nichtberücksichtigung ist unklar, ob ein Diskriminierungsverbot implizit in der bestehenden Rechtsordnung integriert ist. Die daraus resultierende Rechtsunsicherheit ist für schutzsuchende Opfer äusserst unangenehm. Im Rahmen eines Assessments/Bewerbungsgesprächs ist diskriminierende Ungleichbehandlung unzulässig. In beiden Fällen zeigt sich, dass die Beweislastproblematik und das Kostenrisiko signifikante Hindernisse sein können. Die Kombination dieser drei Faktoren führt dazu, dass die Opfer es selten wagen, die diskriminierende Person vor Gericht einzuklagen. Wird der Gang ans Gericht trotzdem angetreten, ist es meistens schwierig oder praktisch unmöglich nachzuweisen, dass tatsächlich eine Diskriminierung stattgefunden hat. Im Falle einer rassistischen Äusserung ist die Ausgangslage etwas einfacher. Rassistische Äusserungen sind sowohl privatrechtlich als auch strafrechtlich unzulässig. Dank der in kantonalen Strafprozessordnungen vorgesehenen Möglichkeit, ein Adhäsionsverfahren⁶⁴ anzustrengen, fällt das Kostenrisiko weniger ins Gewicht als bei einer diskriminierenden Nichtberücksichtigung oder Ungleichbehandlung. Zudem wird dank der Besonderheit des Strafverfahrens, wo die Anklagebehörde verpflichtet ist, von sich aus Beweise zu sammeln und vorzubringen, dem Opfer das Sammeln von Beweisen etwas erleichtert. Aber auch hier muss der Vorwurf der ekD zuerst einmal bewiesen werden.

1.2 Vertragsdiskriminierung

[Rz 31] Einzelarbeitsverträge werden zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden ausgehandelt. Derartige vertragliche Vereinbarungen sind dann diskriminierend, wenn Unterschiede bestehen zwischen den einzelnen Arbeitnehmenden wegen ihrer Ethnie, ihrer nationalen Herkunft oder ihrer Religion, ohne dass hierfür sachliche Gründe angebracht werden können. Diskriminierende Unterschiede zeigen sich z.B. bei den Löhnen für vergleichsweise identische Arbeiten bei gleicher Qualifikation und Alter der lohnempfangenden Person. Vertragsdiskriminierung liegt aber auch dann vor, wenn unterschiedliche vertragliche Vereinbarungen getroffen werden im Rahmen freiwilliger Leistungen der arbeitgebenden Person wie z.B. bei zusätzlichen Ferienansprüchen und Weiterbildungsmöglichkeiten.

1.2.1 Rechtsschutz

[Rz 32] Auch hier ist die Rechtslage unklar. Es stellt sich – wie in gewissen Bereichen der Anstellungsdiskriminierung – die Frage, ob die Wirtschaftsfreiheit oder das Diskriminierungsverbot vorgeht. Die

Wirtschaftsfreiheit schützt im vorliegenden Zusammenhang die Arbeitgebenden vor einem unzulässigen Eingriff in ihre Vertragsinhaltsautonomie. Die Vertragsinhaltsautonomie erlaubt den Arbeitgebenden, gemeinsam mit der arbeitnehmenden Person und grundsätzlich frei von staatlichen Vorgaben den Vertragsinhalt festzulegen. Nach GEISER erlaubt das schweizerische Arbeitsrecht eine nach ethnisch-kulturellen Kriterien vorgenommene differenzierte Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen.⁶⁵ Nur wenn dadurch eine Geringschätzung der Persönlichkeit zum Ausdruck kommt, liegt eine Persönlichkeitsverletzung vor. GÖKSU ist der Meinung, dass, wer mit seinem/seiner Vertragspartner/-in rassendiskriminierende Vertragsinhalte vereinbart, sich nicht auf die Inhaltsfreiheit berufen kann.⁶⁶ Nach der hier vertretenen Auffassung ist jegliche Unterscheidung aus rein rassistischen Motiven eine schwerwiegende Verletzung der Persönlichkeit (Art. 28 ZGB)⁶⁷ der betroffenen Person. Die diskriminierte Person kann gemäss Art. 19 Abs. 2 i.V.m. Art. 20 OR (nach den Regeln der modifizierten Teilnichtigkeit) die Anpassung des entsprechenden Vertragsinhaltes an nicht rassendiskriminierende Bedingungen verlangen.⁶⁸ Die Rechtsprechung hat bis zum heutigen Zeitpunkt noch nicht geklärt, inwiefern sie obiger Argumentation entspricht. Zumindest hat die diskriminierte Person mit Sicherheit die Möglichkeit, eine Anpassung des Lohnes zu verlangen, wenn er in einem krassen Missverhältnis zur Arbeitsleistung steht, und dieses Missverhältnis durch Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns entstand (Art. 21 i.V.m. Art. 20 OR).

1.2.2 Hürden auf der Suche nach Rechtsschutz

[Rz 33] Auch hier zeigen sich weitere gravierende Mängel nebst der fehlenden Rechtssicherheit. Klagt eine betroffene Person die arbeitgebende Person ein, muss sie belegen, dass sie unter schlechteren Vertragsbedingungen (z.B. niedrigerem Lohn) arbeiten muss als andere. Dies bedingt, dass sie Einsicht erhält in die Löhne der anderen Arbeitnehmenden. Zudem hat sie nachzuweisen, dass ihr aus ethnisch-kulturell diskriminierenden Gründen gekündigt wurde. Was sich oft als sehr schwierig erweist, da sie nachweisen muss, dass die Arbeitskollegen/-innen einen besseren Lohn bekommen trotz gleicher Qualifikation, Alter, Erfahrung etc. Es stellt sich auch hier in zugespitzter Form das Problem der Beweislast. Hinzu kommt, dass die Betroffenen mit Ängsten vor Konsequenzen konfrontiert werden. Sie stellen sich zu Recht die Frage, ob sich eine Klage negativ auf das Verhältnis zum Arbeitgebenden auswirken wird. Schliesslich zeigt sich auch hier das Risiko, die Verfahrenskosten tragen zu müssen.

1.2.3 Fazit

[Rz 34] Das Fehlen eines ausdrücklichen Diskriminierungsverbots stellt wie bei der Anstellungsdiskriminierung die Opfer vor grosse Unsicherheiten; denn auf Grund der bestehenden Rechtsnormen lässt sich nicht einwandfrei feststellen, ob Diskriminierung in Verträgen rechtlich zulässig ist oder nicht. Hinzu kommt die Nachweisproblematik und das Kostenrisiko. Schliesslich zeigt sich, dass Opfer häufig Ängste in sich tragen vor negativen Konsequenzen mit den Arbeitgebenden und mit den Schweizerischen Behörden, wenn sie Klage erheben.⁶⁹ Kombiniert man diese Faktoren, kann davon ausgegangen werden, dass der Rechtsschutz vor Gericht nur sehr selten gesucht wird.

1.3 Diskriminierung während des Arbeitsverhältnisses

[Rz 35] **Rassistische Belästigung** ist die häufigste Form ekD während des Arbeitsverhältnisses. Rassistische Belästigung geschieht durch verbale und körperliche Gewalt, sexuelle Belästigung, durch Verbreiten von Lügen und durch schikanöses Verhalten. Täter/-innen sind oft Arbeitskollegen/-innen, aber auch Kunden/-innen sowie Arbeitgebende. Wird eine Person oder eine Gruppe am Arbeitsplatz von gleichgestellten, vorgesetzten oder untergebenen Mitarbeitenden schikaniert, belästigt, beleidigt, ausgegrenzt oder mit kränkenden Arbeitsaufgaben bedacht, spricht man auch von Mobbing. Mobbing kann – muss aber nicht – rassistisch motiviert sein. Die Mobbing-Studie des seco (2002) zeigt, dass bei ausländischen Arbeitnehmenden und Doppelbürgern die Häufigkeit von Mobbing etwa doppelt so hoch ist.⁷⁰

[Rz 36] **Diskriminierende Arbeitszuteilung** ist eine weitere mögliche Diskriminierungsform. Die ungleiche Verteilung der Arbeit manifestiert sich dadurch, dass bestimmten Personen trotz gleicher Qualifikation, gleichem Alter und gleicher körperlicher und psychischer Belastbarkeit aus rassistischen Motiven bewusst physisch und psychisch belastendere Arbeit zugewiesen wird, sie länger und häufiger als andere am Sonntag und in der Nacht arbeiten müssen, mehr Maschinenlärm ausgesetzt sind oder qualitativ schlechtere Arbeiten verrichten müssen. Gemäss einer Studie sind überproportional viele ausländische Arbeitnehmende an Arbeitsplätzen zu finden, die psychisch und physisch sehr belastend sind.⁷¹

[Rz 37] Einkommensdiskriminierung drückt sich nicht nur beim Grundlohn aus, sondern auch bei *freiwilligen Zulagen* wie Gratifikationen, Prämien, Kommissionen oder Umsatz- und Gewinnbeteiligungen aus. Eine Studie zeigt, dass Ausländer/-innen diesbezüglich benachteiligt werden, ohne dass hierfür klare sachliche Gründe ersichtlich sind.⁷²

[Rz 38] *Beförderungsdiskriminierung* ist eine besonders perfide Form von Diskriminierung. Durch Ausschluss von einer systematischen Laufbahnplanung, durch mangelhafte Förderung oder durch Nichtberücksichtigung für andere und höhere Jobs kann das berufliche Weiterkommen erheblich erschwert werden.

[Rz 39] *Arbeitsschutz*: Diskriminierendes Verhalten kann sich auch in schlechteren Bedingungen für den Schutz von Körper und Gesundheit wie beispielsweise mangelnde Sicherheitsvorkehrungen zeigen. Zum Teil geschieht dies absichtlich. Hingegen besteht auch die Gefahr, dass durch Unwissenheit bestimmte kulturspezifische Bedürfnisse unberücksichtigt bleiben.

[Rz 40] *Weiterbildung und Umschulung*: Ausschluss von Weiterbildungs- oder Umschulungsangeboten, bewusste Fehl- oder Nichtinformation über mögliche Angebote, aber auch unbewusste und damit unbeabsichtigte Informationsunterschiede zwischen den einzelnen Gruppen kann auch ethnisch-kulturell diskriminierend motiviert sein. Dies wirkt sich negativ auf die Beförderungs- und Berufswechselchancen aus.

[Rz 41] *Inakzeptanz gegenüber kulturspezifischen Bedürfnissen* ist eine häufig anzutreffende Form von ekD. Menschen aus anderen Kulturen haben eigene kulturspezifische Bedürfnisse. Unterschiede zeigen sich z.B. in Essgewohnheiten, in der Bekleidung oder bei religiösen Ritualen. Die Arbeitgebenden verfügen oft nicht über genügende Kenntnisse oder sind nicht gewillt, kulturelle Unterschiede zuzulassen bzw. notwendige Anpassungen zu machen.

1.3.1 Rechtsschutz

Schutz bei rassistischer Belästigung:

[Rz 42] Rassistische Belästigung durch die arbeitgebende Person ist unzulässig. Gemäss Artikel 328 OR haben Arbeitgeber/-innen rassistische Belästigung zu unterlassen. Im Verletzungsfall machen sie sich haftbar. Die betroffene Person hat die Möglichkeit auf der Grundlage von Art. 328 OR in Verbindung mit Art. 97ff. 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).⁷³ Aus der Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden (Art. 328 OR) ergibt sich zudem deren Verpflichtung, die Arbeitnehmenden vor rassistischen Angriffen durch Arbeitnehmende und Kunden zu schützen. Insbesondere Verstösse gegen die Antirassismustrafnorm (Art. 261bis StGB) dürfen nicht toleriert werden.⁷⁴ Sorgt die arbeitgebende Person nicht für einen genügenden Schutz vor solchen Angriffen, verletzt sie ihre vertraglichen Pflichten und haftet.⁷⁵ Rassistische Äusserungen können zudem unmittelbar über Art. 261bis StGB sanktioniert werden.

Schutz bei diskriminierender Ungleichbehandlung bei den freiwilligen Leistungen, bei der Weiterbildung und Umschulung, bei der Arbeitszuteilung und bei der Beförderung:

[Rz 43] Ungleichbehandlung bei den freiwilligen Leistungen, bei der Weiterbildung und Umschulung, bei der Beförderung⁷⁶ sowie bei der Arbeitszuteilung sind grundsätzlich unzulässig. Der Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 328 OR) verpflichtet die Arbeitgebenden, alle Arbeitnehmenden gleich zu behandeln.⁷⁷ Im Bereich der freiwilligen Leistungen und der Weiterbildungs- und Umschulungsangebote haben die Arbeitgebenden einen bestimmten Spielraum. Der Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet nicht jede Ungleichbehandlung, sondern lediglich willkürliche Schlechterstellungen. Nach der Meinung des Bundesgerichts liegt nur in jenen Fällen unzulässige Schlechterstellung von einzelnen Arbeitnehmenden vor, wenn sie gegenüber der Mehrzahl vergleichbarer Arbeitnehmenden schlechter gestellt sind.⁷⁸ Es stellt sich somit die Frage, ab wann das Bundesgericht im Rahmen nichtobligatorischer Leistungen ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz annimmt.

[Rz 44] Im Bereich der Arbeitszuteilung hat die arbeitgebende Person einen gewissen Ermessensspielraum, der jedoch nicht willkürlich wahrgenommen werden darf. In jedem Fall muss sich die arbeitgebende Person an die im

Vertrag festgelegten Stellenbeschreibungen halten.

[Rz 45] Nach der hier vertretenen Auffassung ist eine Ungleichbehandlung dann willkürlich und verstösst gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn sie auf ethnisch-kulturelle Kriterien gründet und dies sachlich nicht begründet werden kann. Es erscheint uns nicht richtig, wenn das Bundesgericht sagt, dass nur die Schlechterstellung gegenüber einer Mehrzahl vergleichbarer Arbeitnehmenden unzulässig sei. Es wäre unseres Erachtens beispielsweise unrechtmässig, einer Schweizerin, welche freiwillig das Weihnachtsessen organisierte, am Ende des Jahres zur Belohnung einen Büchergutschein zukommen zu lassen, währenddem einer Gruppe von Kosovo-Albanerinnen, die im Sommer davor das Betriebsfest freiwillig organisierten, eine entsprechende Belohnung aus rein rassendiskriminierenden Motiven nicht zugestanden wird.

Intoleranz gegenüber kulturspezifischen Bedürfnissen:

[Rz 46] Gemäss der allgemeinen Fürsorgepflicht (Art. 328 OR) sind die Arbeitgebenden verpflichtet, kulturelle Eigenheiten zu respektieren. Die arbeitgebenden Personen haben insbesondere bestimmte kulturspezifische Eigenheiten zuzulassen, sofern nicht sachliche Gründe dagegen sprechen, d.h., das Arbeitsklima und die vertragskonforme Ausübung des Jobs wesentlich beeinträchtigt werden oder Interessen anderer Personen stärker zu gewichten sind. Beispielsweise sind Kopftücher und Gebete unseres Erachtens grundsätzlich zuzulassen. Die Verweigerung gegenüber einer Krankenschwester, ein Gebet zu führen, wenn sie gerade dringend benötigt wird, wäre hingegen zulässig, da sachlich begründbar. Da oft eine Abwägung zwischen den beteiligten Interessen stattfinden muss, kann diese Frage nicht durch eine einfache juristische Formel gelöst, sondern muss jeweils im Einzelfall geprüft werden. Schwieriger ist die Frage dort zu beantworten, wo das Akzeptieren der kulturellen Eigenart mit bestimmten personellen, finanziellen und infrastrukturellen Aufwendungen verbunden ist; wo eben nicht ein Zulassen reicht, sondern eine Leistung seitens der Arbeitgebenden erbracht werden muss, damit die Bedürfnisse auch effektiv berücksichtigt werden können. Auch dort sind jeweils die verschiedenen Interessen vernünftig abzuwägen. Es stellt sich jeweils die Frage, wem was zuzumuten ist. Die Arbeitgebenden haben hier vernünftigerweise einen gewissen Ermessensspielraum.

1.3.2 Hürden auf der Suche nach Rechtsschutz

[Rz 47] Wie bei der Anstellungs- und Vertragsdiskriminierung bestehen auch hier bestimmte gewichtige strukturelle, ökonomische und psychologische Barrieren. Die Beweislast ist insbesondere dann ein Hindernis für einen wirksamen Rechtsschutz, wenn die arbeitgebende Person selbst diskriminiert oder bei Diskriminierung seitens Dritter (Kunden/-innen, Arbeitskollegen/-innen) nicht mit dem Opfer kooperiert. Das Kostenrisiko ist auch hier ein nicht zu unterschätzender Faktor. Eine besonders schwerwiegende Barriere ist zudem die Angst vor Konsequenzen, wenn die arbeitgebende Person vor Gericht angeklagt wird, mithin in ein kontradiktorisches und aggressiv ausgerichtetes Verfahren auf unfreiwillige Weise hineingezogen wird. Schliesslich sind die Betroffenen insbesondere im Bereich der Toleranz ihren kulturspezifischen Bedürfnissen gegenüber vom Goodwill und der Sensibilität der Arbeitgebenden abhängig. Insbesondere dort, wo die Erstellung bestimmter Strukturen und Erbringung von Leistungen notwendig sind, ist die Problematik juristisch nicht einfach zu lösen.

1.3.3 Fazit

[Rz 48] Das Fehlen eines expliziten Diskriminierungsverbots hat zwar kaum schwerwiegende normative Konsequenzen auf das Arbeitsverhältnis, denn Diskriminierung während des Arbeitsverhältnisses ist unzulässig. Hingegen wäre auch hier eine ausdrückliche Verankerung eines Diskriminierungsverbots – insbesondere aus psychologischen Gründen – von Vorteil. Trotz grundsätzlicher materiell-rechtlicher Klarheit zeigt sich aber, dass insbesondere im Bereich der Intoleranz gegenüber kulturspezifischen Bedürfnissen anhand der bestehenden Rechtsordnung noch keine befriedigenden juristischen Lösungsansätze bestehen. Nebst der materiell-rechtlichen Dimension wurde durch die Erläuterungen kurz aufgezeigt, dass wie bei der Anstellungs- und Vertragsdiskriminierung bestimmte gewichtige strukturelle, ökonomische und psychologische Barrieren wie die Beweislastproblematik, das Kostenrisiko und die Ängste vor Konsequenzen bestehen.

1.4 Kündigungsdiskriminierung

[Rz 49] Kündigungen können ausgesprochen werden, weil die arbeitgebende Person gewisse kulturelle Eigenheiten nicht akzeptieren möchte bzw. kann oder aus klar rassistisch-ideologischen Motiven. Kündigungen können aber auch dann stattfinden, wenn sich jemand gegenüber der arbeitgebenden Person zur Wehr setzt, z.B. Kritik an der fremdenunfreundlichen Unternehmenskultur übt, oder den Arbeitgebenden wegen einer z.B. rassistischen Äusserung vor Gericht zieht.

1.4.1 Rechtsschutz

[Rz 50] Eine Kündigung ist nach Schweizerischem Arbeitsrecht missbräuchlich, wenn das Arbeitsverhältnis aufgelöst wird wegen einer Eigenschaft, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht (Art. 336 Abs. 1 lit. a OR) oder wegen der Ausübung eines verfassungsmässigen Rechts (Art. 336 Abs. 1 lit. b OR).⁷⁹ Bei der «Rasse» und der ethnischen bzw. nationalen Herkunft handelt es sich um eine persönliche Eigenschaft. Bei der Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft übt jemand ein verfassungsmässiges Recht aus.⁸⁰

[Rz 51] Der sachliche Kündigungsschutz anerkennt jedoch, dass eine Kündigung wegen einer persönlichen Eigenschaft gerechtfertigt ist, wenn die Eigenschaft im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht, oder wenn sie die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt. Eine Eigenschaft im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis ist gegeben, wenn die Arbeits-, Sorgfalts- und Treuepflicht des Arbeitnehmers berührt ist oder wenn sie erkennbare Voraussetzung für die Anstellung gebildet hat.⁸¹ Der Zusammenhang zwischen persönlicher Eigenschaft und Arbeitsverhältnis kann durch ausdrücklichen Vorbehalt im Einzelarbeitsvertrag begründet werden, solange der Zusammenhang für die andere Partei subjektiv tatsächlich bestand und nicht nur zur Erleichterung einer späteren Kündigung im Vertrag aufgenommen wurde. Die Zusammenarbeit im Betrieb kann wegen Charaktereigenschaften wie Unverträglichkeit, übermässige Empfindlichkeit, Unkollegialität, Querulantenentum beeinträchtigt werden. Auch persönliche Eigenschaften können eine Kündigung rechtfertigen, wenn sie zu einer wesentlichen Beeinträchtigung des Betriebes führt, d.h., unzumutbare Umstände herbeiführen. Die Arbeitgebenden müssen jedoch alle zumutbaren Vorkehrungen zur Verbesserung des Arbeitsverhältnisses wie Ermahnung, Gespräch, interne Versetzungen etc. getroffen haben, bevor sie die Kündigung aussprechen.⁸²

[Rz 52] Der sachliche Kündigungsschutz anerkennt auch bei der Kündigung wegen Ausübung eines verfassungsmässigen Rechtes zwei Rechtfertigungsgründe, und zwar, wenn die Ausübung verfassungsmässiger Rechte eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis, insbesondere Treuepflicht verletzt oder die Zusammenarbeit im Betrieb *wesentlich* beeinträchtigt. Wie bei der Kündigung wegen persönlichen Eigenschaften muss auch hier von den Arbeitgebenden verlangt werden, dass vorgängig alle erforderlichen Vorkehrungen zur Verhinderung von Beeinträchtigungen der Zusammenarbeit im Betrieb getroffen wurden. Ausserdem ist eine Kündigung nur gerechtfertigt, wenn die Beeinträchtigung wesentlich ist, d.h., unzumutbare Umstände vorliegen.⁸³

[Rz 53] Steht die Missbräuchlichkeit einer Kündigung fest, bleibt sie zwar gültig, hingegen sind die Arbeitgebenden verpflichtet, der gekündigten Person eine Genugtuungssumme von bis max. 6 Monatslöhnen auszubezahlen.⁸⁴

1.4.2 Hürden auf der Suche nach Rechtsschutz

[Rz 54] Die Kündigungsempfangenden, i.d.R. die Arbeitnehmenden müssen nicht nur die Missbräuchlichkeit der Kündigung, sondern auch die Kausalität zwischen dem Missbrauchtatbestand und der Kündigung beweisen, d.h., sie müssen beweisen, dass ihnen tatsächlich aus dem missbräuchlichen Grund gekündigt worden ist. Je nach Situation ist dieser Beweis schwer zu erbringen, weshalb die Lehre und Rechtsprechung eine hohe Wahrscheinlichkeit (Indizienbeweis) genügen lassen.⁸⁵ Einen engen zeitlichen Zusammenhang zwischen Grund und Kündigung ist genügend Indiz auf eine missbräuchliche Kündigung zu schliessen.⁸⁶

[Rz 55] Die Kündigungsempfangenden können gemäss Art. 335 Abs. 2 OR die schriftliche Begründung der Kündigung verlangen. Eine unwahre Begründung lässt die Kündigung nicht missbräuchlich werden.⁸⁷ Wird jedoch ein unwahrer Grund vorgeschoben oder eine Begründung verweigert, so ist die Kausalität des Missbrauchtatbestandes zu vermuten.⁸⁸

[Rz 56] Werden für den Kündigungsentschluss mehrere Gründe genannt, wovon einige missbräuchlich sind, andere hingegen nicht, so stützt sich der Entscheid über die Missbräuchlichkeit der Kündigung auf denjenigen

Kündigungsgrund ab, der für den Kündigenden wahrscheinlich der überwiegende und ausschlaggebende Grund zur Kündigung war.⁸⁹ Es obliegt den Kündigenden nachzuweisen, ob sie auch ohne den missbräuchlichen Grund das Arbeitsverhältnis aufgelöst hätten.⁹⁰

1.4.3 Fazit

[Rz 57] Die Kündigung unterliegt klar einem expliziten Diskriminierungsverbot. Die Problematik der Beweislast und somit auch des Kostenrisikos ist aber auch bei der Kündigung noch ungelöst. Trotzdem ist es für die Opfer dank einer vom Bundesgericht leicht modifizierten Beweislastregelung leichter, eine missbräuchliche Kündigung nachzuweisen als bei einer Anstellungs-, Vertragsdiskriminierung oder einer Diskriminierung während des Arbeitsverhältnisses.

2. Mängeltypologie

[Rz 58] Die obigen Erläuterungen haben gezeigt, dass Opfer von ekD in der Arbeitswelt auf der Suche nach Rechtsschutz auf *juristische Schwierigkeiten* und erhebliche *ökonomische Hindernisse*, *psychische Widerstände* sowie *strukturelle Unzulänglichkeiten* stossen.

Juristische Schwierigkeiten:

[Rz 59] Es ist nicht in allen Bereichen garantiert, dass ekD unzulässig ist. Insbesondere bei der Nichtberücksichtigung für eine Arbeitsstelle und bei diskriminierenden Vertragsvereinbarungen ist die Rechtslage unsicher. Zudem zeigt sich, dass in Bereichen, wo Arbeitgebende freiwillige Leistungen erbringen (Einkommenszulagen, Weiterbildung/Umschulung) oder einen Ermessensspielraum haben (Arbeitszuteilung), die Rechtsprechung noch nicht eingehend geklärt hat, wann eine Ungleichbehandlung die Persönlichkeit einer Person beeinträchtigt und somit unrechtmässig ist. Schliesslich bestehen noch viele juristische Unsicherheiten im Zusammenhang mit kulturspezifischen Bedürfnissen. Es stellt sich z.B. die Frage, inwiefern Arbeitgebende verpflichtet werden können, auf kulturspezifische Bedürfnisse und Unterschiede einzugehen.

[Rz 60] Nach der hier vertretenen Auffassung ist jede direkte ekD, d.h. jede sachlich unbegründete Ungleichbehandlung auf Grund der Hautfarbe, «Rasse», ethnischen oder nationalen Herkunft sowie der Religionszugehörigkeit eine rechtlich unzulässige Herabwürdigung der Persönlichkeit. Der Wortlaut bestehender Normen des Obligationenrechts, des Zivilgesetzbuches und des Strafrechts erlaubt es, so ausgelegt zu werden, dass direkte ekD in jedem Fall für unzulässig erklärt werden kann. Bei der Anstellungsdiskriminierung findet die Rechtsfigur von culpa in contrahendo, der Grundsatz von Treu und Glauben und möglicherweise der Gleichbehandlungsgrundsatz Art. 328 OR (im Sinne einer Vorwirkung) Anwendung. Bei der Vertragsdiskriminierung liegt eine Verletzung der Persönlichkeit oder der guten Sitten und somit gegen Art. 19 Abs. 2 vor. Der Inhalt ist durch das Gericht gemäss der Regeln der modifizierten Teilnichtigkeit im Sinne von Art. 20 OR entsprechend anzupassen. Während des Arbeitsverhältnisses schützt die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht bzw. der Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 328 OR) vor Ungleichbehandlungen. Bei der Kündigung greift Art. 336 Abs. 1 OR. Die Privatautonomie steht dem keineswegs entgegen. Sie findet ihre Grenzen in den Kerngehalten der Grund- und Menschenrechte, den fundamentalen unabdingbaren Prinzipien unserer Werteordnung. Diese Meinung wird jedoch nicht von allen geteilt. Insbesondere bei der Anstellung und den vertraglichen Vereinbarungen soll der Vertragsautonomie Vorrang eingeräumt werden. Bei der indirekten Diskriminierung ist die Antwort komplexer. Die Gerichte haben gemäss Art. 8 Abs. 2 (und Art. 15 BV) i.V.m. Art. 35 Abs. 3 BV die Pflicht, bei konkret nachgewiesener ekD, das Opfer zu schützen, indem sie im Sinne der obigen Erläuterungen eine Rechtsverletzung feststellen, verbieten oder beseitigen, sowie Genugtuung zusprechen, wo eine Verletzung bereits vorliegt.

[Rz 61] Trotzdem: Das Fehlen eines expliziten Diskriminierungsverbotes im Arbeitsrecht, die in der Lehre noch nicht ausgereifte Diskussion über den Schutzgehalt bestehender Bestimmungen, der Mangel an Rechtspraxis und die spezifischen Fragestellungen bei der indirekten Diskriminierung führen zu grosser Rechtsunsicherheit.

Ökonomisches Hindernis:

[Rz 62] Die unterlegene Vertragspartei hat die Verfahrenskosten zu tragen. Dies verhindert in vielen Fällen die Einreichung einer Klage. Betroffene Personen sind darauf angewiesen, sich durch Dritte (z.B. Gewerkschaften,

Minderheitenorganisationen) finanziell absichern zu lassen.

Psychische Hindernisse:

[Rz 63] Die Angst vor Konsequenzen mit den direkt ins Verfahren verwickelten Personen (wie z.B. Konflikte mit den Arbeitgebenden, den Arbeitskollegen/-innen und den Kunden/-innen), Unsicherheiten über allfällige weitere Konsequenzen wie der Verlust des Aufenthaltsrechts («verliere ich mein Aufenthaltsrecht?», «werde ich in mein Heimatland zurückgeschickt?») und die Aussicht auf zermürbende Gerichtsverfahren (da repressiv ausgerichtet) führen dazu, dass auf Klagen verzichtet wird.

Strukturelle Hürden:

[Rz 64] Fehlende oder mangelhafte Rechtsschutzstrukturen, die es ermöglichen, auf einfache Art und Weise Verfahren anzustrengen und durchzuführen, sind Grund dafür, dass Prozesse nicht in Angriff genommen werden, weil die betroffene Person nicht genügend Kenntnis über ihre Möglichkeiten besitzt, also an einem Informationsdefizit leidet (Informationsstruktur), die Gerichtsverfahren zu komplex und träge sind (Verfahrensstruktur) und es ein oft unmögliches Unterfangen ist, Diskriminierung zu beweisen (Beweisführungsstruktur).

IV. Mögliche Kosten- und Nutzeneffekte bei einer Stärkung des Schutzes vor ethnisch-kultureller Diskriminierung in der Arbeitswelt

[Rz 65] Die folgenden Überlegungen geben einen Einblick über mögliche Nutzen- und Kosteneffekte eines gestärkten Diskriminierungsschutzes in der Arbeitswelt für die betroffenen Opfer, die Unternehmen, den Staat und die Gesellschaft. Die Überlegungen basieren nicht auf statistisch erwiesenen Erkenntnissen. Sie sind subjektiv geprägt, sind jedoch – soweit dies möglich ist – einer gedanklichen Objektivierung unterzogen worden. Die Aufzählungen sind nicht abschliessend. Es wird keine Gewichtung vorgenommen und schliesslich auch kein klares Fazit gezogen, ausser dass die Stärkung des Diskriminierungsschutzes als notwendig und als gesamtgesellschaftlich fruchtbar angesehen wird und die Kosten im Verhältnis zum Nutzen als relativ gering betrachtet werden.

[Rz 66] In erster Linie sollen folgende Gedanken als Auslegeordnung verstanden werden und zur Diskussion anregen.

1. Aus der Sicht der Betroffenen

[Rz 67] Eine Stärkung des Rechtsschutzes führt generell zu einer Stärkung der persönlichen Autonomie der von Rassendiskriminierung und Rassismus betroffenen Menschen: Das Sicherheitsgefühl steigt, die Zufriedenheit nimmt zu, Ängste nehmen ab und ein Risikofaktor für die Gesundheit⁹¹ fällt – zumindest zum Teil – weg. Strukturelle und möglicherweise auch soziale Integration wird erleichtert.

[Rz 68] Klar ist: Gegen eine rassistische und fremdenfeindliche Einstellung kann durch eine Stärkung des Rechtsschutzes nicht – oder nur sehr beschränkt – angegangen werden. Auch ist es kaum möglich, Rassendiskriminierungen vollständig zu beseitigen. Offene Diskriminierung wird zwar mit grosser Sicherheit reduziert, hingegen besteht die Gefahr, dass sich Rassismus und Fremdenfeindlichkeit vermehrt in subtileren Diskriminierungsformen ausdrücken wird.

2. Aus der Sicht der Unternehmen

[Rz 69] Rassendiskriminierung am Arbeitsplatz verursacht Kosten für den einzelnen Betrieb. Diskriminierung beeinträchtigt die Produktivität auf vielfältige Art und Weise. Durch die positiven Auswirkungen eines umfassenden Diskriminierungsschutzes wird sich das Potenzial von Minderheiten zugunsten des Betriebes vermehrt entfalten können. Durch eine diskriminierungsfreie Rekrutierung und MitarbeiterInnenförderung werden Kompetenzen optimal eingesetzt. Menschen, die fair behandelt werden, haben eine stärkere Arbeitsmotivation. Diskriminierungsschutz hilft, ressourcenbelastende Konflikte zu verhindern oder minimieren. Fehler werden vermieden, die Abwesenheits- und Krankheitsrate ist geringer. Interkulturalität fördert Innovation. Betriebe, die unterschiedliche Kulturen einbeziehen,

haben die Chance ein Klima der gegenseitigen Befruchtung zu schaffen.⁹²

[Rz 70] Dies setzt allerdings die Bereitschaft der Unternehmensführung voraus, sich für ein diskriminierungsfreies Umfeld einzusetzen. Sie haben eine gezielte Präventions- und Kommunikationspolitik anzustreben, müssen die Unternehmenskultur vermehrt auch anderen Kulturen anpassen. Mittel- und Grossunternehmen haben betriebsinterne Anlaufstellen zu schaffen. Bei konkreten Diskriminierungsfällen müssen sie sich auf Verfahren einlassen und werden schadenersatz- und genugtuungspflichtig.

[Rz 71] All dies fordert zumindest kurzfristig mehr finanzielle, personelle und eventuell auch infrastrukturelle Ressourcen.⁹³ Eine EU-Studie, welche direkt Unternehmen befragte, besagt jedoch, dass es für die Unternehmen trotz Schwierigkeiten immer einsichtiger werde, dass Aufwendungen für die Durchführung von Massnahmen in Sachen Mitarbeitervielfalt erforderlich seien.⁹⁴

3. Aus der Sicht des Staates

3.1 Wirtschaftsstaat (Volkswirtschaft)

[Rz 72] Ein gestärkter Diskriminierungsschutz führt mittel- und langfristig zu einer Optimierung der Ressourcenallokation. Diskriminierungsschutz führt zu erhöhter Motivation, Leistungsbereitschaft, weniger Gesundheitsprobleme und somit automatisch zu einer erhöhten Arbeitsproduktivität. Gezieltes Fördern anderer Kulturen führt zu einer Erhöhung der Vielfalt und Innovation. Die Volkswirtschaft und somit die Gesamtwohlfahrt steigt.

[Rz 73] Chancengleichheit bedeutet zwar Chancenerhöhung auf der einen Seite, aber möglicherweise auch Chancenreduktion auf der bis anhin privilegierten Seite. Wird die Leistung der Gesamtwirtschaft dadurch gestärkt, heisst dies aber nicht automatisch, dass volkswirtschaftliche Probleme von den von Diskriminierung Betroffenen auf die Gesamtgesellschaft umgelagert werden.

3.2 Sozialstaat

[Rz 74] Schutz vor Diskriminierung fördert die Arbeitszufriedenheit, das Bildungsniveau, die Gesundheit, die Motivation, die Integration und somit das Selbstbewusstsein. Der Sozialstaat wird längerfristig weniger beansprucht. Gleichzeitig werden ihm mehr Mittel zugeführt, da die Wirtschaft gestärkt wird.

3.3 Rechtsstaat

[Rz 75] Die vermehrte Berücksichtigung des verfassungsmässigen Diskriminierungsverbotes in privatrechtlichen Verhältnissen und die explizite Verankerung eines Diskriminierungsverbots, das zwischen Privatpersonen gilt, ist eine Stärkung des materiellen und formellen Rechtsstaats. Der Staat ist verpflichtet, die Grund- und Menschenrechte soweit als möglich unter Privaten Geltung zu verschaffen. Insbesondere dort, wo grundlegende Werte der Gesamtgesellschaft, der Kern der Würde jedes einzelnen Menschen ist, und existenzielle Bedürfnisse der Schutzsuchenden berührt werden, soll nicht mehr gefragt werden, ob sich Private auch an bestimmte Regeln halten müssen oder nicht, ob ihre Freiheit durch staatliche Massnahmen eingeschränkt werden soll oder nicht. Die Freiheit jedes Individuums hat die Grenzen dort, wo andere Menschen auf Grund ihrer Rasse, Ethnie, Nationalität oder Religionszugehörigkeit nicht mehr gleichberechtigt am öffentlichen Leben teilnehmen können oder wo die Ausübung dieser individuellen Freiheit die Befriedigung existenzieller Bedürfnisse verhindert.

[Rz 76] Eine Stärkung des Rechtsschutzes fordert hingegen auch eine Stärkung der Schutzmechanismen. Dies ist nicht gratis. Es müssen wirksame Strukturen und Verfahren geschaffen werden, die es ermöglichen, dass sich der einzelne unabhängig von seinem sozialen Status, seiner finanziellen Situation, seiner Ausbildung gegen Diskriminierung vorgehen kann, ohne hierbei unzumutbare negative Konsequenzen in Kauf nehmen zu müssen.

3.4 Aussenpolitik

[Rz 77] Die Schweiz gilt als Vorbild in der Welt wegen ihrer humanitären, demokratischen und rechtsstaatlichen

Tradition. Aus Berichten von Migrantinnen und Migranten ist jedoch immer wieder zu hören, dass sie ihr Bild von der Schweiz korrigieren, sobald sie erste Erfahrungen machen konnten. Zwar sehen sich insbesondere die in ihren Herkunftsländern sozial benachteiligten Menschen dank dem Wechsel in die Schweiz in einer sozial besseren Stellung. Unabhängig davon fühlen sie sich jedoch oft hilflos gegenüber rassendiskriminierenden Ereignissen.⁹⁵ Damit die Schweiz auch weiterhin grundsätzlich als Vorbild in Sachen Demokratie und Rechtsstaat wahrgenommen wird, darf sie die innerstaatliche Fortentwicklung des Schutzes der Grund- und Menschenrechte nicht vernachlässigen. Sie soll sich nicht mit dem Erreichten zufrieden geben und den Menschenrechtsschutz starr als Schutz vor Verletzungen durch den Staat verstehen. Sie soll sich vielmehr überlegen, wie sie den Schutz aller Minderheiten vor Kernverletzungen von Menschenrechten unter Privaten sicherstellen kann, ohne hierbei die individuelle Freiheit der Individuen auf unverhältnismässige Art einzuschränken. Diese Entwicklung ist unseres Erachtens notwendig, um die Glaubwürdigkeit der Menschenrechtspolitik aufrecht zu erhalten.

4. Aus der Sicht der Gesellschaft

[Rz 78] Stärkung des Diskriminierungsschutzes führt zu einer Stärkung des Integrationsfaktors Wirtschaft. Dadurch werden Abhängigkeiten beseitigt, die zu diffuser Machtlosigkeit und Wut führen können. Die Schweiz wird von Menschen anderer Kultur positiver wahrgenommen. Soziale Spannungen, Kriminalität und Parallelgesellschaften werden vermieden. All dies ist unabdingbar für die langfristige Sicherstellung des öffentlichen Friedens.

[Rz 79] Mehr noch und positiv formuliert: Eine Rechtsordnung, die sich proaktiv dafür einsetzt, dass Diskriminierungen abgebaut werden, dass Unternehmen vermehrt auf integrative und interkulturelle Dynamiken setzen, wird sich positiv auf die gesellschaftliche Einstellung gegenüber Minderheiten auswirken. Der Schutz aller Menschen unabhängig ihrer «Rasse», ethnischen und nationalen Herkunft wird immer mehr zur Selbstverständlichkeit.

V. Stärkung des Schutzes bei ethnisch-kultureller Diskriminierung durch ein Antidiskriminierungsgesetz: eine Diskussion

[Rz 80] Die Bekämpfung von Rassismus und Rassendiskriminierung kann zweifellos nur durch eine Kombination unterschiedlicher, aufeinander angepasster Massnahmen in den Bereichen Sensibilisierung, Prävention und Opferschutz wirksam angegangen werden. **Sensibilisierung** in einem umfassenden Sinn zielt in erster Linie darauf ab, das Bewusstsein der Arbeitgebenden, der Arbeitnehmenden, der Kundinnen und Kunden sowie der potenziell und konkret von Diskriminierung betroffenen Personen für die Problematik und für mögliche Lösungsansätze zu schärfen. **Prävention** bezweckt, konkrete rassendiskriminierende Handlungen zu verhindern. **Opferschutz** ist dafür da, den von ekD betroffenen Personen ein Instrumentarium in die Hand zu geben, damit sie sich zur Wehr setzen können.

[Rz 81] In allen drei Bereichen gibt es eine Vielzahl möglicher Massnahmen, die ergriffen werden können: Sensibilisierung und Prävention geschieht in erster Linie durch Kampagnen, Lehrveranstaltungen, Diskussionen, Beratung, Betreuung, Förderung der kulturellen Vielfalt in Unternehmen, Kulturprojekte, aber auch durch die Auseinandersetzung mit bzw. durch die Erarbeitung von Gesetzen. Opferschutz braucht engagierte Arbeitgebende und Arbeitnehmende, Anlauf- und Beratungsstellen, Antidiskriminierungsklauseln in Gesamt- und Normalarbeitsverträgen, gesetzliche Verbote und ein Rechtsschutzverfahren, das den Betroffenen ermöglicht, auf einfache Art und Weise Schutz zu finden.

[Rz 82] Sensibilisierungs-, Präventions- und Opferschutzmassnahmen können durch private Organisationen, Unternehmen und den Staat ergriffen werden, sie können innerbetriebliche oder ausserbetriebliche Ansätze verfolgen, präventive und repressive Dynamik aufweisen. Opferschutz kann zudem gerichtliche und aussergerichtliche Ansätze anstreben.

[Rz 83] Nach unserem Dafürhalten können die einzelnen Bereiche, Massnahmen, Stossrichtungen und Ansätze für sich alleine kaum genügend Schutz bieten. Alle sind miteinander verlinkt und hängen voneinander ab. Ohne Sensibilisierung ist auch ein starker Opferschutz überfordert. Eine gute Sensibilisierungs- und Präventionsarbeit ohne funktionierenden Opferschutz ist für die von Diskriminierung betroffene Person kaum nützlich. Die Antwort liegt somit im Zusammenspiel der Möglichkeiten. Wir möchten jedoch nochmals betonen, dass wir uns im vorliegenden

Beitrag nur auf den Opferschutz konzentrieren.

[Rz 84] Damit von Diskriminierung betroffene Menschen wirksam Schutz einfordern können, braucht es unseres Erachtens eine Art Rahmengesetz, 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.

[Rz 85] Wir werden aber in den folgenden fünf Teilen weder auf ein explizit zu verankerndes Diskriminierungsverbot eingehen noch dem Opferschutz förderliche Sensibilisierungs- und Präventionsmassnahmen behandeln. Wir werden uns lediglich auf drei zentrale Opferschutzmechanismen konzentrieren und im Speziellen den Schutz vor rassistischer Belästigung aufgreifen. In den Teilen 2-4 soll aufgezeigt werden, wie die in Kapitel III festgestellten Mängel im Opferschutz durch die gesetzliche Einführung bestimmter Instrumente wie z.B. einer niederschweligen Schlichtungsstelle, einer für die Opfer mit weniger Nachteilen verbundenen Beweislastregelung und eines Verbandsklagerechts zumindest teilweise behoben werden können. Damit die Rechtsunsicherheit in eine Rechtssicherheit umgewandelt wird, braucht es ein klares Diskriminierungsverbot. Damit die Opfer ihre psychologischen Barrieren abbauen können, sind einfache Verfahren zu schaffen, die primär darauf abzielen, einvernehmliche Lösungen zwischen Arbeitgebenden und -nehmenden zu verhandeln. Zudem ist ein Verbandsklagerecht einzuführen, welches massgeblich dazu beitragen wird, die psychologischen Barrieren abzubauen und das Kostenrisiko für die Betroffenen zu beseitigen. Schliesslich braucht es eine Umkehr der Beweislast, damit es den Opfern vereinfacht wird, tatsächliche Diskriminierung auch nachweisen zu können. Dies darf jedoch nicht dazu führen, dass Arbeitgebende durch schikanöse Klagen bedrängt werden. Schliesslich werden wir im fünften Teil eine häufige Form von Diskriminierung aufgreifen, die rassistische Belästigung, um konkret aufzuzeigen, welchen Nutzen die vorgestellten Instrumente für die Stärkung des Schutzes haben können. Wir werden in den einzelnen Teilen jeweils kurz die entsprechenden Lösungen in einzelnen EU-Mitgliedsstaaten aufzeigen.

[Rz 86] Bevor wir vertiefter auf die einzelnen Bereiche eingehen, werden wir kurz in einem ersten Teil entsprechende Lösungsansätze des Gleichstellungsgesetzes in Erinnerung rufen, da wir der Überzeugung sind, dass diese sehr hilfreich sein werden bei der Erarbeitung eines entsprechenden Antidiskriminierungsgesetzes. Das Rad muss auch hier nicht neu erfunden, aber entsprechend angepasst und verfeinert werden. Die Ansätze im Gleichstellungsgesetz werden uns danach durch die Teile 2-5 begleiten.

1. Das Gleichstellungsgesetz als Vorbild

[Rz 87] Das Gleichstellungsgesetz beruht auf dem Verfassungsgebot «Gleiche Rechte für Mann und Frau» in Art. 8 Abs. 3 BV, das sowohl die formale Rechtsgleichheit garantiert als auch einen umfassenden Auftrag zur tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann in sämtlichen Lebensbereichen enthält. Mit dem Ziel der tatsächlichen Gleichstellung soll nicht nur die Gleichberechtigung, sondern die tatsächliche Gleichstellung, d.h. die rechtliche und *faktische* Gleichstellung der Frauen erreicht werden.⁹⁶ Zur Zielerreichung beabsichtigte man ein Gesetz, das die erforderlichen Instrumente schafft, um den Betroffenen die Durchsetzung der Verfassungsansprüche auf Gleichbehandlung zu erleichtern.⁹⁷ Denn es zeigte sich, dass sich die Stellung der Frauen im Erwerbsleben anhand des Verfassungsgebots «Gleiche Rechte für Mann und Frau» nicht wesentlich verändert hatte.⁹⁸ Auch war das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 3 BV (1. Satz) (damals Art. 4 Abs. 2 BV) nur selten Gegenstand eines Gerichtsverfahrens.⁹⁹

[Rz 88] Der Zweck des Gleichstellungsgesetzes ist «die Förderung der tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann.» Gemäss Art. 2 GIG gilt der Grundsatz, dass ArbeitnehmerInnen des öffentlichen Bereichs den gleichen, umfassenden Schutz erfahren wie jene im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis.¹⁰⁰ Dies betrifft sowohl die Rechtsansprüche (Unterlassungs-, Beseitigungs-, Feststellungsanspruch Art. 5 GIG) als auch die Durchsetzungserleichterungen (Beweislasterleichterung Art. 6 GIG, Verbandsklagen Art. 7 GIG). Mit Art. 3 GIG wird ein sämtliche Bereiche des Erwerbslebens umfassendes Diskriminierungsverbot¹⁰¹ erlassen. Das Diskriminierungsverbot ist absolut zwingend, d.h., die Vertragsfreiheit kann ihm nicht entgegengehalten werden,¹⁰² und unterstellt auch privatrechtliche Arbeitsverhältnisse.¹⁰³

[Rz 89] In der Folge werden die aus unserer Sicht unerlässlichen Instrumente diskutiert, die den Betroffenen eKD die erleichterte Durchsetzung ihres Rechts auf Gleichbehandlung in der Arbeitswelt ermöglichen.

2. Schlichtungsverfahren

2.1 Vorbild Art. 11 GIG: Schlichtungsverfahren

[Rz 90] Das Gleichstellungsgesetz verpflichtet die Kantone, Schlichtungsstellen zur Vermittlung in Gleichstellungskonflikten einzurichten.¹⁰⁴ Die spezialisierten Behörden haben die Parteien zu beraten und zu versuchen, eine Einigung herbeizuführen (Art. 11 Abs. 1 GIG). Sie haben keine Entscheidungskompetenz. Die Schlichtungsbehörden können lediglich einen Vergleich ohne präjudizielle Wirkung vorschlagen.¹⁰⁵ Ein Einigungsverfahren wird vom Gleichstellungsgesetz nicht festgelegt. Das Erzielen einer Einigung unter den Parteien hängt so vom juristischen und gleichstellungsrechtlichen Fachwissen sowie vom verhandlungstechnischen und psychologischen Geschick des Mitglieds der Schlichtungsstelle (Schlichterin) ab.¹⁰⁶ Das Schlichtungsverfahren ist freiwillig, d.h., es braucht das Einverständnis der klagenden wie auch beklagten Partei.¹⁰⁷ Weitere Verfahrensgrundsätze, soweit vom Gleichstellungsgesetz vorgesehen, sind die Kostenlosigkeit und Formlosigkeit des Verfahrens¹⁰⁸, die persönliche Anwesenheit der Parteien,¹⁰⁹ mündliche Verhandlung,¹¹⁰ Öffentlichkeit¹¹¹, keine Protokollführung. Den Schlichtungsstellen stehen keine Zwangsmittel zur Sachverhaltserforschung zur Verfügung. Um dem Verfahren den Charakter der Freiwilligkeit nicht zu nehmen, kann der Sachverhalt nur aufgrund von Informationen der Parteien geprüft werden.¹¹² Schliesslich besteht keine Möglichkeit, gegen den Vergleich ein Rechtsmittel an ein höheres Gericht resp. Behörde zu eröffnen.¹¹³

2.2 Antidiskriminierungsgesetz

2.2.1 Gesetzesvorschlag: Niederschwelliges Schlichtungsverfahren

[Rz 91] In der Ausarbeitung eines Antidiskriminierungsgesetz soll die Niederschwelligkeit eines Schlichtungsverfahrens ein zentrales Anliegen sein. Fälle, die von den Schlichtungsstellen nach Gleichstellungsgesetz behandelt wurden, haben gezeigt, dass die Niederschwelligkeit des Schlichtungsverfahrens dazu beiträgt, dass Diskriminierungssachverhalte vorgebracht werden, die sonst nicht vor Gericht gelangen würden.¹¹⁴ Es sind dies Fälle, bei denen das Prozessrisiko schwer einschätzbar ist oder Fälle von Frauen, die in Tieflohnbereichen und in ungeschützten Arbeitsverhältnissen arbeiten.¹¹⁵ Das hohe Prozessrisiko und die mit einem Gerichtsverfahren verbundenen Kosten sind auch für Opfer ekD mithin Gründe, die sie hindern, sich für eine gerichtliche Durchsetzung ihrer Ansprüche auf Nichtdiskriminierung zu entscheiden. Mit der Einführung eines niederschwelligen Schlichtungsverfahrens sollen Betroffene ermutigt werden, sich in einer «freiwilligen»¹¹⁶ Atmosphäre und ohne präjudizielle Wirkung der Vergleichsvorschläge frei über die empfundene Diskriminierung zu äussern.¹¹⁷ In der Folge wird auf die einzelnen wesentlichen Verfahrensgrundsätze eingegangen, die zur erwünschten Niederschwelligkeit eines Schlichtungsverfahrens, das zur Klärung von rassendiskriminierendem Verhalten in der Arbeitswelt dient, beitragen.

i) Formlosigkeit

[Rz 92] Die Formlosigkeit des Verfahrens erleichtert den Zugang zu den Schlichtungsstellen. Ein Schriftenwechsel ist insbesondere dann ein Hindernis in der Suche nach Rechtshilfe, wenn das Opfer ekD nur mit Mühe fähig ist, sich schriftlich in einer der Landessprachen auszudrücken. Die Formlosigkeit eines Verfahrens birgt jedoch die Gefahr, dass bei komplexen Rechts- und Sachverhaltsfragen eine sachkundige Beratung und ein gut begründeter Vergleichsvorschlag mangels vorgängigen Informationen nicht möglich ist.¹¹⁸

[Rz 93] Ein vorgängiger, einfacher Schriftenwechsel, der auch in Form eines Augenscheins oder einer Personenbefragung stattfinden kann, würde eine sorgfältige Vorbereitung der Schlichtungsverhandlungen erlauben, und so die Chancen erhöhen, dass beide Parteien mit dem begründeten Vorschlag einverstanden sind.¹¹⁹ Aus diesen Gründen ist der einfache Schriftenwechsel der Formlosigkeit des Verfahrens vorzuziehen.

ii) Kostenlosigkeit

[Rz 94] Ein kostenloses Verfahren würde es auch finanziell schwächeren Personen erlauben, sich gegen rassistische Diskriminierung in der Arbeitswelt zur Wehr zu setzen. Bei mutwilliger Anrufung der Schlichtungsstelle soll die Möglichkeit bestehen, dass Gebühren und sämtliche Aufwendungen der Schlichtungsstelle der fehlbaren Partei

aufgelegt werden können.¹²⁰ Eine solche Regelung steht nicht im Widerspruch zur Forderung der Niederschwelligkeit eines Schlichtungsverfahrens. Einer korrekt handelnden Person wäre die Kostenlosigkeit des Verfahrens garantiert.

iii) Entscheidungskompetenz

[Rz 95] Die gütliche Einigung der Parteien ist das Ziel des Schlichtungsverfahrens. Bei fehlender Kooperation der beklagten Partei und um einen für beide Parteien befriedigenden Vergleichsvorschlag ausarbeiten zu können, soll es der Schlichtungsstelle erlaubt sein, die Herausgabe aller erforderlichen Akten zu verlangen und schriftliche oder mündliche Auskünfte einzuholen. Gerade im Fall von Anstellungs- oder Lohndiskriminierung wäre ein vergleichender Einblick in die Personaldossiers aufschlussreich und würden von den Arbeitgebenden wohl kaum freiwillig herausgegeben werden. Die Verfügungsmacht der Schlichtungsstelle würde der diskriminierten Person aus ihrem Beweisnotstand verhelfen ähnlich der Beweislasteileichterung.¹²¹

iv) Verbeiständung der Parteien

[Rz 96] Die Verbeiständung der Parteien ist vorzusehen, da das Machtungleichgewicht zwischen den Arbeitnehmenden und –gebenden im Verfahren resp. in der Verhandlung wieder zum Tragen kommt und sich zum Nachteil der klagenden Partei auswirken kann.

2.2.2 Ausländisches Recht

[Rz 97] Die Mitgliedstaaten der EU standen aufgrund der EU Richtlinie 2000/43¹²² vor der Aufgabe, ihre nationale Gesetzgebung an neue Anforderungen anzupassen. Gemäss Art. 7 müssen die Mitgliedstaaten sicher stellen, dass für alle Betroffenen Gerichts- und Verwaltungsverfahren offen stehen. Falls angezeigt, sollen Schlichtungsverfahren vorgesehen werden.

[Rz 97a] Einige Mitgliedstaaten haben Einrichtungen geschaffen, die ein Schlichtungsverfahren kennen, das den beteiligten Parteien ermöglicht, zu einem einvernehmlichen Vergleich zu gelangen. Bei diesen Einrichtungen handelt es sich um unabhängige Gleichbehandlungsstellen, die eine Vermittlerrolle einnehmen, die im Namen von Personen vor Gericht klagen können (**Irland** und **Schweden**) oder bei denen die Opfer direkt Beschwerde einreichen können (**Niederlande**).

[Rz 98] In **Schweden** und dem **Vereinigten Königreich** übernehmen die Zivil- und Arbeitsgerichte die Vermittlerrolle, mit dem Ziel, im Diskriminierungsverfahren einen Vergleich auszuhandeln.

[Rz 99] In **Frankreich** übernimmt das Arbeitsgericht (Conseil des prud'hommes) die Aufgabe, eine einvernehmliche Lösung zu finden.¹²³

3. Beweislastregelung

3.1 Ausgangslage

[Rz 100] Die allgemeine Beweislastregel ist im Privatrecht normiert, gilt aber auch im öffentlichen Bereich. Sie dient der Rechtsicherheit und 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.¹²⁴ Arbeitnehmende sehen sich oft einem hohen Prozessrisiko ausgesetzt, da der Nachweis einer Diskriminierung ohne genügend gesicherte Angaben nur schwer zu erbringen ist (a.a.O.). Ihnen fehlen Angaben über Arbeitsbedingungen, die Anstellung oder Kündigung der übrigen Angestellten, über die nur die Arbeitgebenden verfügen (a.a.O.). Das strukturelle Machtungleichgewicht zwischen Arbeitnehmenden und –gebenden kommt hier besonders zum Tragen. Die Schwierigkeit der Beweisführung in Gleichstellungs- resp. Gleichbehandlungsprozessen ist wohl einer der ausschlaggebenden Gründe, warum betroffene Arbeitnehmende nicht den gerichtlichen Weg zur Durchsetzung ihrer Rechte wählen.

3.2. Vorbild Art. 6 GIG: Beweislasteileichterung

[Rz 101] Die im Gleichstellungsgesetz eingeführte Beweislast *erleichterung* soll nun die prozessualen Hürden für die Durchsetzung von Gleichstellungsansprüchen herabsetzen. Die klagende Partei (Arbeitnehmende) trägt nur noch die Last der Glaubhaftmachung. Eine Geschlechterdiskriminierung gilt dann als glaubhaft gemacht, wenn das Gericht anhand objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit feststellt. Die Wahrscheinlichkeit kann unter 50% liegen. Das Gericht darf weder blossе Behauptungen gelten lassen noch zwingende Beweise verlangen. Es hat vielmehr die gegenüberliegenden Interessen anhand der vorgebrachten Tatsachen abzuwägen und auf ihre Wahrscheinlichkeit hin zu überprüfen.¹²⁵ Gelingt der klagenden Partei, die Geschlechterdiskriminierung glaubhaft zu machen, wird die Diskriminierung vom Gericht vermutet. Die Beweislast geht nun an die beklagte Partei (Arbeitgebende) über, welche den vollen Beweis der Nichtdiskriminierung erbringen muss.¹²⁶

[Rz 102] Die Beweislast *erleichterung* verringert das Prozessrisiko der klagenden Partei und wird so den tatsächlichen Möglichkeiten der Beweisführung beider Parteien gerecht.¹²⁷ Mit dieser Regelung erhofft sich der Gesetzgeber, dass die Gefahr der Beweislastumkehr die Bereitschaft beider Parteien beeinflusst, bei der Wahrheitsfindung mitzuwirken.¹²⁸

3.3 Antidiskriminierungsgesetz

3.3.1 Ausgangspunkt: Beweisnotstand

[Rz 103] Durchgeführte Studien belegen: Diskriminierung aufgrund der Herkunft, Hautfarbe, der ethnischen Zugehörigkeit und Religion in der Arbeitswelt ist eine Realität. Trotz Diskriminierungsverbot und der arbeitsrechtlichen Pflicht der Arbeitgebenden, die Arbeitnehmenden in ihrer psychischen und physischen Integrität zu schützen (Art. 328 OR), ist die Anzahl gerichtlicher Verfahren gering, in denen Opfer ekD ihren Anspruch auf Gleichbehandlung gegenüber ihren Arbeitgebenden geltend machen. Mit ein Grund ist das hohe Prozessrisiko (a.a.O.). Ausländische Arbeitnehmende, die sich in ihrem Recht auf Gleichbehandlung verletzt fühlen, sehen sich vor die hohe prozessuale Hürde «allgemeine Beweislastregel des Privatrechts» gestellt. In arbeitsrechtlichen Verfahren haben die Arbeitnehmenden als klagende Partei die volle Beweislast und somit auch die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen (Art. 8 ZGB). Seit Inkrafttreten des Gleichstellungsgesetzes gilt diese Regel nun nicht mehr für Verfahren zur Durchsetzung von Gleichstellungsansprüchen.

[Rz 104] Ob es sich um eine ekD oder Geschlechterdiskriminierung im Arbeitsverhältnis handelt, die Gründe, die zum Beweisnotstand bei den betroffenen Person führen, sind vergleichbar. Ethnisch-kulturelle wie genderspezifische Diskriminierung ist oft auf innere Vorgänge zurückzuführen, die jedoch schwierig sind, nachzuweisen. Betroffenen Arbeitnehmenden ist es nicht zuzumuten, vergleichende Beweise über Arbeitsbedingungen, Lohnpolitik, Anstellungsverfahren und Kündigung zu erbringen.

3.3.2 Gesetzesvorschlag: Beweislaste erleichterung

[Rz 105] Die tatsächliche Verwirklichung des Diskriminierungsverbots im arbeitsrechtlichen Bereich kann nur erreicht werden, wenn geeignete Instrumente zur Verfügung stehen, mit denen Rechtsansprüche diskriminierungsgeschützter Gruppen praktisch durchgesetzt werden können.¹²⁹ Dieses Ziel kann erreicht werden, indem die Hemmschwelle für die gerichtliche Durchsetzung von Gleichbehandlungsansprüchen herabgesetzt wird.¹³⁰ Eine Beweislaste erleichterung im Sinne des Gleichstellungsgesetzes würde den strukturellen Beweisnotstand von Opfern ekD verringern und dem wichtigen Aspekt Rechnung tragen, dass Opfer ekD selten in der Lage sind, die empfundene Diskriminierung nachzuweisen. Den Arbeitgebenden ist es zuzumuten, den Gegenbeweis zu erbringen und damit auch aktiv an der Wahrheitsfindung mitzuwirken. Schliesslich ist die Präventivwirkung einer Risikoverteilung auf beide Parteien nicht zu unterschätzen.

3.3.3 Ausländisches Recht

[Rz 106] Der Beweisnotstand von Arbeitnehmenden, die sich einer diskriminierende Ungleichbehandlung berechtigterweise widersetzen wollen, wurde vom Europäischen Rat erkannt und widerspiegelt sich in Beweislastregelung von Art. 8 der EU-Richtlinie 2000/43. Die Regelung sieht vor, dass die klagende Partei zunächst die Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes glaubhaft machen muss. Ist der Tatbestand der Diskriminierung erfüllt, muss die beklagte Partei nachweisen, dass es einen triftigen Grund für ihr gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstossendes Handeln gibt. Es ist den Mitgliedstaaten überlassen, eine für den Kläger

günstigere Beweislastregelung vorzusehen.

[Rz 107] In **Belgien** wurde ein umfassendes Antidiskriminierungsgesetz (2003) verabschiedet, das ausdrücklich regelt, dass statistische Daten oder Situationsprüfungen¹³¹ als Beweis für Ungleichbehandlungen herangezogen werden können. Die Beweislast verschiebt sich nach Feststellung der Tatsachen auf den Beklagten, der dann nachweisen muss, dass es berechnigte Gründe für die Ungleichbehandlung gibt.

[Rz 108] Polen und Ungarn als jüngste Mitglieder der Europäischen Union können in neuen Gesetzen Beweislastregelungen im Sinne der EU-Richtlinie 2000/43 vorweisen. Das polnische Recht sieht vor, dass in Fällen, in denen der Grundsatz der Gleichbehandlung verletzt zu sein scheint, der Beklagte nachweisen muss, dass «rechtmässige und sachliche» Gründe für sein Handeln bestanden hätten. Ungarn sieht in einem Gesetz über die Gleichbehandlung und die Förderung der Chancengleichheit vor, dass die klagende Person glaubhaft machen muss, dass sie erstens eine Benachteiligung erlitten hat und zweitens die im Gesetz definierten Diskriminierungsmerkmale aufweist. Der Beklagte muss nachweisen, dass er sich an den Grundsatz der Gleichbehandlung gehalten hat oder nicht verpflichtet war, sich daran zu halten.

[Rz 109] In die geplanten Gesetze zum Verbot der Diskriminierung in **Dänemark, Spanien, den Niederlanden und Schweden** werden die gleichen Bestimmungen über die Beweislasteilerleichterung wie in den Gesetzen zur Gleichstellung von Mann und Frau aufgenommen werden.

[Rz 110] In **Irland** enthalten das Gesetz über die Gleichheit im Berufsleben (Employment Equality Act) von 1998 und das Gleichstellungsgesetz (Equal Status Act) von 2000 keine Beweislastregelung. In der Praxis stützen sich die Gleichstellungsgerichte auf die Vorgaben der EU-Richtlinie 2000/43. Im bereits veröffentlichten Entwurf zum Gleichstellungsgesetz vom Januar 2004 ist eine Bestimmung zur Beweislasteilerleichterung nun aufgenommen worden.¹³²

4. Verbandsklagerecht

4.1. Vorbild Art. 7: Klagen und Beschwerden von Organisationen

[Rz 111] Die Verbandsklage dient der blossen Feststellung einer Diskriminierung und ergänzt die individuelle Durchsetzung der Gleichstellungsanliegen auf kollektiver Ebene.¹³³ Im Geltungsbereich des Gleichstellungsgesetzes kann sie nur eingesetzt werden, wenn sich die aufgeworfene Frage auf eine grössere Zahl von Arbeitsverhältnissen auswirkt oder inskünftig für eine Vielzahl von Arbeitsverhältnissen von Bedeutung sein wird.¹³⁴ Der Nachweis eines spezifischen Rechtsschutzinteresses ist nicht notwendig. Betroffene Personen müssen nicht als Partei am Verfahren teilnehmen; ihr Name muss nicht genannt werden.¹³⁵ Berufsverbände, Gewerkschaften und Interessenverbände (Frauenverbände) können eine Feststellungsklage auch ohne Einwilligung der Betroffenen einreichen. Voraussetzung ist, dass die Verbände gemäss Statuten die Gleichstellung von Frau und Mann fördern und seit mindestens zwei Jahren bestehen. Mit dem Verbandsklagerecht soll verhindert werden, dass die Klärung von grundsätzlichen Gleichstellungsfragen nicht daran scheitert, dass das Opfer nicht in der Lage ist, sich den grossen strukturellen, ökonomischen oder psychischen Schwierigkeiten auszusetzen.¹³⁶

4.2 Antidiskriminierungsgesetz

4.2.1 Gesetzesvorschlag: Verbandsklagerecht

[Rz 112] Die Verwirklichung einer diskriminierungsfreien Arbeitswelt muss ein öffentliches Interesse sein. Verbände sollen sich schützend vor Opfer ekD stellen können und verhindern, dass sich einzelne Arbeitnehmende exponieren und an ihrem Arbeitsplatz einem grossen psychischen Druck aussetzen müssen.¹³⁷ Im Gegensatz zum Verbandsklagerecht nach Gleichstellungsgesetz soll eine Verbandsklage im Fall von ekD nicht von der Bedingung abhängig gemacht werden, dass sich die Durchsetzung eines Gleichbehandlungsanliegens im Einzelfall zukünftig auf eine Vielzahl von Arbeitsverhältnissen auswirken muss. In den meisten Fällen ekD könnte diese Anforderung nicht erfüllt werden und das Verbandsklagerecht würde leerlaufen und seine Bedeutung als Instrument zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebots verlieren.

[Rz 113] Bei Opfer ekD handelt es sich oft um individuelle und z.T. einmalige Sachverhalte. Arbeitnehmende werden zwar in der Berufswelt wegen ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten ethnischen, religiösen oder kulturellen Gruppe diskriminiert, aber eine Lohndiskriminierung beispielsweise ist meistens auf den Einzelfall bezogen und betrifft nicht eine ganze Berufsgruppe. Mitglieder diskriminierungsgeschützter Gruppen sind nicht als Konglomerat in einer Berufsgruppe zu finden, sondern verteilen sich auf alle Berufszweige. Somit fehlt in den meisten Fällen ekD die Vergleichsmöglichkeit auf kollektiver Ebene. Das Argument, dass sich in aller Regel jeder Entscheid über eine im Einzelfall diskriminierende Nicht-Anstellung oder Nicht-Beförderung potentiell auf eine Vielzahl von Verhältnissen auswirken kann¹³⁸, würde ebenfalls für ein Verbandsklagerecht ohne die Bedingung der kollektiven Auswirkung sprechen.

[Rz 114] Das Verbandsklagerecht soll nicht nur ein Feststellungs-, sondern auch eine Beseitigungs- und Unterlassungsklage ermöglichen. Ein Feststellungsurteil entfaltet seine Wirkung nur, wenn sich die verurteilte Person diesem auch unterzieht. Richtet sich die verurteilte Person nicht nach dem Feststellungsurteil, muss die betroffene Person ihre Rechte alleine mittels Beseitigungs- oder Leistungsklage einfordern.¹³⁹ Das Opfer ekD sieht sich nun mehr den strukturellen, ökonomischen und psychischen Schwierigkeiten eines gerichtlichen Verfahrens gegenübergestellt. Die Erfahrung zeigt, dass sich die betroffenen Personen aus bereits erwähnten Gründen nicht zu einem Gerichtsverfahren entscheiden werden. Eine Verbandsklage als blosser Feststellungsklage genügt nicht als Instrument, das Diskriminierungsverbot in der Arbeitswelt zu verwirklichen. Die Arbeitgebenden sollen mittels Beseitigungs- und Unterlassungsklage verpflichtet werden, bereits eingetretene und andauernde Diskriminierungen zu beseitigen und drohende Diskriminierungen (z.B. Entlassungen von v.a. ausländischen Arbeitnehmenden) zu unterlassen.¹⁴⁰

4.2.2 Ausländisches Recht

[Rz 115] Die EU-Richtlinie 2000/43 räumt den Gewerkschaften und Nichtregierungsorganisationen ein Verbandsklagerecht ein, um Angehörige einer bestimmten Rasse oder ethnischen Gruppe in der gerichtlichen Durchsetzung ihres Anspruchs auf Nichtdiskriminierung zu unterstützen. Die Mitgliedstaaten haben gemäss Art. 7 der EU-Richtlinie 2000/43 zu sorgen, dass Verbände und Organisationen, die ein rechtmässiges Interesse an der Bekämpfung der Diskriminierung auf Grund der «Rasse» oder ethnischen Herkunft haben, sich im Namen des Opfers oder zu deren Unterstützung und mit deren Einwilligung an Gerichts- und/oder Verwaltungsverfahren beteiligen können.

[Rz 116] In **Luxemburg** und **Belgien** können anerkannte Nichtregierungsorganisationen, die seit mindestens fünf Jahren bestehen und aktiv gegen Diskriminierung kämpfen, Opfer ekD im zivilrechtlichen Prozess vertreten.

[Rz 117] In **Italien** sind «gesetzsmässige Vereinigungen» und Gewerkschaften berechtigt, Opfer ekD vor dem Arbeitsgericht zu vertreten.

[Rz 118] In **Spanien** können juristische Personen, die zur Vertretung von Opfern ekD berechtigt sind, sich in deren Namen am Gerichtsverfahren beteiligen.

[Rz 119] In **Finnland** und **Polen** sind hingegen die Vertretungsmöglichkeiten begrenzt. Finnische Gewerkschaften dürfen Opfer nicht vor Gericht vertreten, sondern lediglich Hilfestellung leisten. In Polen können Gewerkschaften und Nichtregierungsorganisationen im Namen von Betroffenen ein Gerichtsverfahren in die Wege leiten.¹⁴¹

[Rz 119a] Im folgenden und letzten Kapitel wird auf die Diskriminierung durch rassistische Belästigung eingegangen. Im Gegensatz zu anderen rassendiskriminierenden Tatbestände wird sie gesondert behandelt, weil die Beweisführung hier besonders schwierig ist und eine Beweislasterleichterung das Prozessrisiko der ekD betroffenen Person erheblich herabsetzen würde.

5. Diskriminierung durch rassistische Belästigung

5.1 Vorbild Art. 4 GIG: Diskriminierung durch sexuelle Belästigung

[Rz 120] Unter sexueller Belästigung wird «jedes belästigende Verhalten sexueller Natur oder ein anderes Verhalten

aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit, das die Würde von Frauen und Männer am Arbeitsplatz beeinträchtigt» verstanden und als Diskriminierung definiert (Art. 4 Satz 1 GlG).¹⁴² Belästigendes Verhalten sexueller Natur sind sexuelle Handlungen, Gesten oder Äusserungen, die gegen den Willen der betroffenen Person stattfinden. Es ist ein Angriff auf die persönliche Integrität und schafft ein feindseliges Arbeitsklima, das die Arbeitsleistung der betroffenen Personen beeinträchtigen kann. Die sexuelle Belästigung kann als Instrument zur Aufrechterhaltung der herkömmlichen Geschlechterrollen oder zur Verdrängung aus immer noch männlich dominierten Berufsbereichen resp. -positionen dienen. Bei Fällen sexueller Belästigung handelt es sich oft um Machtmissbrauch. Das Verbot der sexuellen Belästigung in Art. 4 GlG richtet sich ausschliesslich an die Arbeitgebenden, unabhängig davon, ob das belästigende Verhalten von ihm/ihr selbst, von Arbeitnehmenden in seinem Betrieb oder auch von Dritten (KundInnen, LieferantInnen usw.) ausgeht. Die Arbeitgebenden sind dafür verantwortlich, die Arbeitnehmenden in ihrer psychischen und physischen Integrität zu schützen.¹⁴³ Insbesondere ist die Gültigkeit einer Kündigung anfechtbar, die ohne begründeten Anlass auf eine innerbetriebliche Beschwerde über eine sexuelle Belästigung, oder die Anrufung der Schlichtungsstelle oder des Gerichts durch die betroffenen Arbeitnehmenden erfolgt ist.

5.2 Antidiskriminierungsgesetz

5.2.1 Rassistische Belästigung

[Rz 121] Persönlichkeitsverletzung und Machtfaktor als die wesentlichen Elemente der sexuellen Belästigung können analog auf die Wesensmerkmale der rassistischen Belästigung angewandt werden. Diese beiden Elemente werden denn auch in Art. 2 der EU-Richtlinie 2000/43 zusammengefasst, der die rassistische Belästigung definiert als «unerwünschte» Verhaltensweisen, die im Zusammenhang mit der Rasse oder der ethnischen Herkunft einer Person stehen und bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.» Die schweizerische Rechtsordnung bietet hingegen keine Definition des Begriffs der rassistischen Belästigung.

[Rz 122] Rassistische Belästigungen am Arbeitsplatz gehen häufig von Vorgesetzten oder Arbeitskollegen/-innen aus.¹⁴⁴ Sie werden in Form von Bemerkungen, Ausdrücken, Unterstellungen, Spötteleien, Witzen, der Verbreitung von Lügen, Grafiken, Aushängen, Verletzungen von Eigentum, körperlicher Belästigungen oder Gewalt ausgeübt.¹⁴⁵ Rassistische Verhaltensweisen sind verletzend, auch wenn sie nicht direkt an die betroffene Person gerichtet werden. Die unerwünschten rassistischen Verhaltensweisen sind ein Angriff auf die persönliche Integrität und Würde. Schliesslich trägt das entsprechende Verhalten zu einem feindseligen Arbeitsklima bei, das sich auf die Arbeitsleistung der betroffenen Person, aber auch auf die der Mitarbeitenden des Betriebes auswirken kann.

[Rz 123] Rassistische Verhaltensweisen im Arbeitsverhältnis sind auf verschiedene Ursachen zurückzuführen. Besteht ein Machtgefälle, wie dies im unselbständigen Arbeitsverhältnis meistens der Fall ist, so wird mittels rassistischem Verhalten versucht, die hierarchische und strukturelle Macht aufrecht zu erhalten. Es handelt sich hier um ein aggressives Verhalten seitens des Vorgesetzten, das sich auf die Durchsetzung der Vorherrschaft und eigener Interessen abzielt.¹⁴⁶ Gehen rassistische Belästigungen von Mitarbeitenden aus, so ist dies oft Ausdruck von Unwissen, diffusen Ängsten, Aggressionen, Vorurteilen und mangelndem Einfühlungsvermögen.¹⁴⁷ Der Unterschied zwischen den verschiedenen Menschen resp. Menschengruppen ist das Unbekannte, das verunsichert und Ängste auslöst. Der Unterschied wird einer Bewertung unterzogen und, wenn verallgemeinert, zum eigenen Vorteil gebraucht.¹⁴⁸ Unsicherheiten, Schuldgefühle und Unzulänglichkeiten werden durch rassistische Verhaltensweisen kaschiert.¹⁴⁹

[Rz 124] Mobbing fällt ebenfalls unter den Begriff der rassistischen Belästigung. Das Schikanieren, Belästigen oder Ausgrenzen einer Person aus der Gruppe oder einer Gruppe aus der grösseren Gemeinschaft erfolgt in dieser Form systematisch.

5.2.2 Gesetzesvorschlag: Diskriminierung durch rassistische Belästigung

[Rz 125] Rassistische Belästigung ist Diskriminierung.¹⁵⁰ Die Diskriminierung durch rassistische Belästigung soll als Spezialfall des allgemeinen Diskriminierungsverbots in das Antidiskriminierungsgesetz aufgenommen werden. Die Aufnahme einer Spezialnorm zur rassistischen Belästigung soll die strukturelle Bedeutung, die die entsprechenden

rassistischen Verhaltensweisen einnehmen, hervorheben. Es soll deutlich gemacht werden, dass rassistische Belästigung ebenso verboten und mit Rechtsfolgen verbunden ist wie Diskriminierung in Bezug auf Anstellung, Lohn, Berufs- und Weiterbildung, Beschäftigung, Arbeitsschutz und Kündigung.

[Rz 126] Der Gehalt der Spezialnorm zur rassistischen Belästigung soll absolut zwingenden Charakter haben, d.h., die Privatautonomie kann dem Verbot der Diskriminierung durch rassistische Belästigung nicht entgegengehalten werden. Die Arbeitgebenden sind bereits aus Art. 328 OR verpflichtet, die Arbeitnehmenden in ihrer psychischen und physischen Integrität zu schützen. Die verlangte Sorgfaltspflicht würde nun im Antidiskriminierungsgesetz spezifiziert.

[Rz 127] Das Verbot rassistischer Belästigung soll vor allem präventive Wirkung entfalten. Vorschläge für eine gezielte Präventionsarbeit sind von den SozialpartnerInnen auszuarbeiten. Der Präventionsfunktion wird grosse Bedeutung beigemessen, da trotz Einführung der Beweislastleichterung nicht erwartet werden kann, dass sich in Zukunft eine Zunahme von Fällen rassistischer Belästigung abzeichnen wird. Diese Tendenz ist darauf zurückzuführen, dass es schwierig ist, den Beweis für eine stattgefundene rassistische Belästigung zu erbringen, da sie oft in Form verbaler Gewalt stattfindet.

5.2.3 Ausländisches Recht

[Rz 128] Rassistische Belästigung wird in Art. 2 Abs. 3 der EU Richtlinie 2000/43 als Diskriminierung definiert. Den Mitgliedstaaten ist es im Zusammenhang mit der Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes überlassen, den Begriff der rassistischen Belästigung im Einklang mit den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten zu definieren.

[Rz 129] Zur Bekämpfung von Belästigung wurde beispielsweise in **Frankreich** im Januar 2002 ein Gesetz verabschiedet, das den Arbeitnehmenden einen Anspruch auf Schutz vor «moralischer Belästigung» gewährleistet. «Moralische Belästigung» wird definiert als «agissements répétés [...] qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte aux droits du salarié et de sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel» (article L. 122-49 du code du travail).

[Rz 130] Belgien: Das belgische Antidiskriminierungsgesetz verbietet ausdrücklich jede Diskriminierung und übernimmt die Definition aus der EU-Richtlinie 2000/43.

Gleiches gilt für die Gesetzesentwürfe von **Spanien**, den **Niederlanden**, **Finnland** und **Schweden**.

[Rz 131] **Irland** erliess 2002 einen verpflichtenden Verhaltenskodex zur Belästigung am Arbeitsplatz, der anleitet, was unter Belästigung zu verstehen ist, wie ihr vorgebeugt werden kann und was zu unternehmen ist, wenn Belästigungen bereits aufgetreten sind.

VI. Schlussbetrachtungen

[Rz 132] Der vorliegende Beitrag hat aufgezeigt, dass ekD in der Arbeitswelt eine Realität ist. Benachteiligungen von Ausländerinnen und Ausländern, aber auch von Schweizerinnen und Schweizern mit einem anderen religiösen, ethnischen oder nationalen Hintergrund haben vielfältige Gründe und unterschiedliche Ausdrucksformen. Die aktuelle Rechtslage ist mangelhaft. Es ist nicht immer klar ersichtlich, ob ethnisch-kulturelle Diskriminierung zulässig ist oder nicht. Zudem zeigt sich, dass verschiedene juristische, strukturelle, ökonomische und psychologische Hürden bei den Betroffenen bestehen auf der Suche nach Rechtsschutz.

[Rz 133] Die Schweiz ist gemäss verschiedener internationaler Übereinkommen sowie gemäss Art. 8 Abs. 2 (und Art. 15 BV) i.V.m Art. 35 Abs. 3 BV verpflichtet, dafür zu sorgen, dass Menschen vor und bei ethnisch-kultureller Diskriminierung effektiv geschützt werden.

[Rz 134] Damit dies möglich ist, braucht es nach unserem Dafürhalten ein Rahmengesetz, das hilft, dass die betroffenen Opfer sich bei konkreter Diskriminierung einfach zur Wehr setzen können. Ein solches Gesetz muss

Instrumente und Mechanismen zur Verfügung stellen, die ein Rechtsschutzverfahren erleichtern. Drei nach unserer Meinung wichtige Instrumente sind die niederschwellige Schlichtungsstelle, die Beweislaste erleichterung und das Verbandsklagerecht. Über die konkrete und sinnvolle inhaltliche Ausgestaltung muss noch eine vertiefte Diskussion geführt werden. Die Erfahrungen mit dem Gleichstellungsgesetz, die bestehenden EU-Richtlinien und die Gesetze der EU-Länder können hierbei eine wichtige Inspirationsquelle sein. Hier sind insbesondere die Resultate der vom Bundesamt für Justiz in Auftrag gegebenen Studie zur Überprüfung der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes von Interesse. Uns ist es ein wichtiges Anliegen, dass die Erkenntnisse der Studie zum Gleichstellungsgesetz in eine mögliche Ausarbeitung eines Gesetzes zum Schutz vor ekD in der Arbeitswelt einbezogen werden.

[Rz 135] Im Übrigen zeigt sich schon jetzt auf der Ebene der EU, dass ein solches Rahmengesetz immense positive Auswirkungen hat auf die Sensibilisierungs- und die Präventionsarbeit innerhalb der Unternehmen.¹⁵¹

Literatur

BIGLER-EGGENBERGER, Margrith 1997. Art. 5 – Rechtsansprüche. in Margrith Bigler-Eggenberger, Claudia Kaufmann (Hrsg.). Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel, S. 127ff.

BUCHER, Eugen 2003. Art. 1 – Die Entstehung durch Verträge. in Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegeand (Hrsg.). Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR. 3. Auflage. Basel. S. 31ff.

CENTRE for Strategy and Evaluation Services 2003. Methoden und Indikatoren für die Bemessung der Wirtschaftlichkeit von Massnahmen im Zusammenhang mit der personellen Vielfalt in Unternehmen. Zit. Unternehmen und personelle Vielfalt.
http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/public/pubst_de.htm#Studien.

DAHINDEN, Janine/FIBBI, Rosita/MORET, Joëlle/CATTACIN 2004. Integration am Arbeitsplatz in der Schweiz. Probleme und Massnahmen. Ergebnisse einer Aktionsforschung, Forschung, Schweizerisches Forum für Migrations- und Bevölkerungsstudien FSM/SFM. Forschungsbericht 32/2004.
www.humanrights.ch/cms/front_content.php?idcat=488.

EGGER, Theres 2003. Integration und Arbeit. Handlungsfelder, Akteure und Ansatzpunkte zur Besserstellung von Ausländerinnen und Ausländern auf dem Schweizer Arbeitsmarkt. Büro für Arbeits- und Sozialpolitische Studien, BASS. www.humanrights.ch/cms/front_content.php?idcat=488.

EGGER, Theres/BAUER, Tobias/KÜNZLI, Kilian 2003. Möglichkeiten von Massnahmen gegen rassistische Diskriminierung in der Arbeitswelt. Eine Bestandesaufnahme von Problemlagen und Handlungsmöglichkeiten. Büro für Arbeits- und Sozialpolitische Studien, BASS. www.humanrights.ch/cms/front_content.php?idcat=488.

FIBBI, Rosita/KAYA, Bülent/PIGUET, Etienne 2003. Le passeport ou le diplome? Etude des discrimination à l'embauche des jeunes issus de la migration. FSM/SFM, Rapport de recherche, 31/2003.
www.humanrights.ch/cms/front_content.php?idcat=488.

FREIVOGEL, Elisabeth I 1997. Art. 2 – Grundsatz, in Margrith Bigler-Eggenberger, Claudia Kaufmann (Hrsg.). Kommentar zum Gleichstellungsgesetz. Basel. S. 40ff.

FREIVOGEL, Elisabeth II 1997. Art. 3 – Diskriminierungsverbot, in Margrith Bigler-Eggenberger, Claudia Kaufmann (Hrsg.). Kommentar zum Gleichstellungsgesetz. Basel. S. 47ff.

FREIVOGEL, Elisabeth III 1997. Art. 7 – Klagen und Beschwerden von Organisationen, in Margrith Bigler-Eggenberger, Claudia Kaufmann (Hrsg.). Kommentar zum Gleichstellungsgesetz. Basel. S. 183ff.

GALIZIA, Michele 2000. Arbeitswelt ohne Diskriminierung. Eine realisierbare Vision. In Schweizer Zeitschrift zu Integration und Migration, terra cognita. Eidgenössische Ausländerkommission (Hrsg.). 3/2000. S. 82ff.

- GEISER, Thomas 2001. Diskriminierung am Arbeitsplatz: Die Rechtslage in der Schweiz. In *Tangram* Nr. 11, Eidgenössische Kommission gegen Rassismus (Hrsg.). S. 13ff.
- GÖKSU, Tarkan 2003. Rassendiskriminierung beim Vertragsabschluss als Persönlichkeitsverletzung, Peter Gauch (Hrsg.), Freiburg.
- HAEBERLIN, Urs/IMHOF, Christian/KRONIG, Winfried 2004. Chancenungleichheit bei der Lehrstellensuche. Der Einfluss von Schule, Herkunft und Geschlecht. NFP 43. Bern/Aarau.
- HAUSAMMANN, Christina 2002. Die Geltung des Diskriminierungsverbots in der Schweiz. In *Tangram* Nr. 12. Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus (Hrsg.). S. 34ff.
- KÄLIN, Walter 2000. Grundrechte im Kulturkonflikt. Freiheit und Gleichheit in der Einwanderungsgesellschaft, NZZ Verlag.
- KAUFMANN, Claudia 1997. Hintergrund und Entstehung des Gesetzes. In Margrith Bigler-Eggenberger, Claudia Kaufmann (Hrsg.). *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*. Basel. S. 1ff.
- KAUFMANN, Claudia 1007. Art. 1 – Zweck. in Margrith Bigler-Eggenberger, Claudia Kaufmann (Hrsg.). *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*. Basel. S. 32ff.
- KIENER, A. 2002. Mobbing und andere psychosoziale Spannungen am Arbeitsplatz in der Schweiz, Staatssekretariat für Wirtschaft (Hrsg.).
- KILCHER, Anne 2004. Rassismus gefährdet die Gesundheit. In *Tangram* Nr. 16. Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus (Hrsg.). S. 25ff.
- MASTRONARDI, Philippe 2001. Menschenwürde als materielle “Grundnorm” des Rechtsstaates?. In Daniel Thürer, Jean-François Aubert, Jörg Paul Müller (Hrsg.). *Verfassungsrecht der Schweiz*. Zürich. S. 233ff.
- MÜLLER, Jörg Paul 1999. *Grundrechte der Schweiz*, 3. Aufl., Bern.
- NIGGLI, Marcel Alexander 1996. Rassendiskriminierung. Ein Kommentar zu Art. 261bis StGB und Art. 171c MStG. Zürich.
- REHBINDER/Manfred, PORTMANN/Wolfgang 2003. Art. 319ff. – Der Einzelarbeitsvertrag. in Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegeand (Hrsg.). *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*. 3. Auflage. Basel. S. 1657ff.
- RHINOW, René A 2000. *Die Bundesverfassung 2000. Einführung*, Basel.
- SCHEFER, Markus 2001. *Die Kerngehalte von Grundrechten. Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung*. Bern.
- SOMEK, Alexander 2001. *Rationalität und Diskriminierung*. Wien.
- STEIGER-SACKMANN, Sabine 1997. Art. 6 – Beweislast. In Margrith Bigler-Eggenberger, Claudia Kaufmann (Hrsg.). *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*. Basel. S. 159ff.
- STEIGER-SACKMANN, Sabine/MEIER, Margrit 1997. Art. 11 – Schlichtungsverfahren, in Margrith Bigler-Eggenberger, Claudia Kaufmann (Hrsg.). *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*. Basel, S. 232ff.
- WALDMANN, Bernhard 2003. Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz – unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote einerseits und der Rechtslage in den USA, in Deutschland, Frankreich sowie im europäischen Gemeinschaftsrecht andererseits. Bern.

WYSS, Martin Philipp 1999. Gesetzgeberische Massnahmen zum Abbau von Diskriminierungen. Handlungsbedarf und Modelle für die Schweiz?. In Walter Kälin (Hrsg.). Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung. Verfassungs- und menschenrechtliche Aspekte. Basel. S. 115ff.

ZERGER, Johannes 1997. Was ist Rassismus? Eine Einführung.

Zeitschriften

ARV, Arbeitsrecht/Droit du travail, Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung/Revue de droit du travail et d'assurance-chômage

JAR, Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts (Gesetzgebung, Mitteilungen des Staatssekretariats für Wirtschaft [seco], neuere Rechtsprechung)

Weitere Quellen

Medienmitteilung der Eidg. Kommission gegen Rassismus (EKR, Die Europäische Kommission gegen Rassismus und Interlanz (ECRI) empfiehlt einen Ausbau der Kompetenzen der Eidg. Kommission gegen Rassismus (EKR), 27. Januar 2004, www.edi.admin.ch/ekr/dokumentation/00112/00538/index.html?lang=de.

Botschaft vom 2. März über den Beitritt der Schweiz zur Rassendiskriminierungskonvention, www.ads.bar.admin.ch/ADS/loadDocQuery.do?context=results&documentIndex=5&dsUID=1eb2c1b:101c7a680dc:-7b7b.

Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts (Schaffung einer gesamtschweizerischen Zivilprozessordnung); Vernehmlassungsverfahren, Brief von Kathrin Arioli an den Bundesrat zum Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, www.equality.ch/d/stellungnahmen/ZPO-12-03.htm.

Jahresbericht 2004, Gleichbehandlung und Antidiskriminierung (nachfolgend: Jahresbericht 2004), Europäische Kommission, Generaldirektion Beschäftigung und Soziales

Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (ECRI), Dritter Bericht über die Schweiz, CRI (2004) 5, vom 27. Juni 2003

European Commission against Racism and Intolerance (ECRI), ECRI General Policy Recommendation No. 7 on National Legislation to Combat Racism and Racial Discrimination, CRI (2003) 8, adopted on 13 december 2002

Alexandra Caplazi: Projektleiterin «Diskriminierung in der Arbeitswelt», Verein Menschenrechte Schweiz MERS, Bern.

Tarek Naguib: juristischer Mitarbeiter der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus und (ab. März 2005) Assistent an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern.

¹ Art. 7 BV Menschenwürde: «Die Würde des Menschen ist zu achten und zu schützen.»

² Jörg Paul Müller, Grundrechte der Schweiz, 3. Aufl., Bern, 1999, S. 1ff.; Philippe Mastronardi, Menschenwürde als materielle «Grundnorm» des Rechtsstaates?, in Daniel Thürer et al. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich, 2001, S. 236ff.

³

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt die Forderung, dass Gleiches gleich (Gleichheitsgebot) und Ungleiches ungleich (Differenzierungsgebot) behandelt werden soll.

René A. Rhinow, Die Bundesverfassung 2000. Einführung, Basel, 2000, S. 138.

Der Kerngehalt der Grundrechte ist als absolute Garantie zu verstehen, die der Gesetzgeber und die rechtsanwendenden Behörden in keinem Fall einschränken dürfen. Die grundrechtlichen Kerngehalte konkretisieren die Menschenwürde gemäss Art. 7 BV. Vgl. Markus Schefer, Die Kerngehalte von Grundrechten. Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Bern, 2001, S. 57ff.

Bundesblatt, BBl 1997 I 141.

Die Liste ist nicht abschliessender Natur.

Walter Kälin, Grundrechte im Kulturkonflikt. Freiheit und Gleichheit in der Einwanderungsgesellschaft, NZZ Verlag, 2000, S. 106.

Alexander Somek, Rationalität und Diskriminierung, Wien, 2001, S. 28ff.

Claudia Kaufmann, Hintergrund und Entstehung des Gesetzes, in Margrith Bigler-Eggenberger, Claudia Kaufmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel, 1997, S. 4.

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

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

Das BehiG beinhaltet im Gegensatz zum GIG kein umfassendes Diskriminierungsverbot im privaten Arbeitsverhältnis.

Diese Argumentation gilt auch für die übrigen von Art. 8 Abs. 2 BV umfassten Merkmale.

Im Verlauf der Entwicklung der Grundrechte haben sich drei Normschichten herausgebildet: Bei der ersten Normschicht handelt es sich um die Funktion der Grundrechte als Abwehrrechte gegenüber nicht gesetzmässigem oder unverhältnismässigem Handeln des Staates. Die zweite Normschicht lässt bei gewissen Grundrechten Leistungsansprüche gegenüber dem Staat entstehen. Hier ist jedoch zu sagen, dass in gewisser Weise alle Grundrechte Leistungsansprüche vermitteln. In einer dritten Normschicht widerspiegeln die Grundrechte grundsätzliche Wertentscheidungen. Man spricht von der programmatischen Funktion oder dem konstitutiv-objektivrechtlichen Gehalt der Grundrechte.

Markus Schefer, S. 299, vgl. FN 5.

René Rhinow, S. 152ff., vgl. FN 4.

Definition des Kerngehalts von Grundrechten, vgl. FN 5.

Markus Schefer, S. 310, vgl. FN 5.

Die Glaubens- und Gewissensfreiheit an sich beinhaltet schon ein Diskriminierungsverbot.

Vgl. hierzu auch Markus Schefer, S. 298ff., vgl. FN 5.

Janine Dahinden, Rosita Fibbi, Joëlle Moret, Sandro Cattacin, Integration am Arbeitsplatz in der Schweiz. Probleme und Massnahmen, Ergebnisse einer Aktionsforschung, Forschung, Schweizerisches Forum für Migrations- und Bevölkerungsstudien FSM/SFM, Forschungsbericht 32/2004, abrufbar unter der Website von Menschenrechte Schweiz MERS: http://www.humanrights.ch/cms/front_content.php?idcat=488; Urs Haeblerlin, Christian Imdorf, Winfried Kronig, Chancenungleichheit bei der Lehrstellensuche. Der Einfluss von Schule, Herkunft und Geschlecht, NFP 43, Bern/Aarau, 2004, abrufbar unter der Website von Menschenrechte Schweiz MERS: http://www.humanrights.ch/cms/front_content.php?idcat=488; Theres Egger, Integration und Arbeit. Handlungsfelder, Akteure und Ansatzpunkte zur Besserstellung von Ausländerinnen und Ausländern auf dem Schweizer Arbeitsmarkt, Büro für Arbeits- und Sozialpolitische Studien, BASS, November 2003 (nachfolgend: Theres Egger I). Die Kurzfassung der Studie «Arbeitswelt ohne Diskriminierung. Massnahmen gegen rassistische Diskriminierung am Arbeitsplatz» (nachfolgend: Arbeitswelt ohne Diskriminierung) kann bei der Fachstelle für Rassismusbekämpfung bestellt werden: <http://www.edi.admin.ch/frb/dokumentaion/shop/00024/index.html?lang=de>; Theres Egger, Tobias Bauer, Kilian Künzi, Möglichkeiten von Massnahmen gegen rassistische Diskriminierung in der Arbeitswelt. Eine Bestandesaufnahme von Problemlagen und Handlungsmöglichkeiten, Büro für Arbeits- und Sozialpolitische Studien, BASS, April 2003 (nachfolgend: Theres Egger II); Rosita Fibbi, Bülent Kaya, Etienne Piguët, Le passeport ou le diplome? Etude des discrimination à l'embauche des jeunes issus de la migration, FSM/SFM,

- Rapport de recherche 31/2003, abrufbar unter der Website von Menschenrecht Schweiz MERS:
http://www.humanrights.ch/cms/front_content.php?idcat=488.
- 23 Martin Philipp Wyss, Gesetzgeberische Massnahmen zum Abbau von Diskriminierungen. Handlungsbedarf und Modelle für die Schweiz?, in Walter Kälin (Hrsg.), Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung. Verfassungs- und menschenrechtliche Aspekte, Basel, 1999, S. 115ff.
- 24 Die ILO Kommission begrüsst die Aufnahme weiterer Diskriminierungstatbestände in die Bundesverfassung von 1999 und die Ausdehnung des Geltungsbereichs von Art. 8 Abs. 2 BV, der nun alle Menschen in der Schweiz und nicht nur Schweizer BürgerInnen gleichermaßen vor Diskriminierung schützt. Die Schweiz wird von den zuständigen Organen der ILO aufgefordert, in den zukünftigen Jahresberichten über die Umsetzung und Wirkung des neuen Art. 8 Abs. 2 BV, Gesetzgebung und Rechtssprechung, zu informieren. Vgl. CEACR: Observation individuelle concernant la convention no 111, discrimination (employ et profession), 2003, abrufbar unter <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/countrylistf.pl?country=Suisse..>
- 25 Die Schweiz ist seit 1974 zur Einhaltung der in der *Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)* garantierten Grundrechten und –freiheiten verpflichtet. Das akzessorische, allgemeine Diskriminierungsverbot in Art. 14 EMRK verbietet die diskriminierende Ungleichbehandlung in Bezug auf die in der EMRK verbrieften Garantien; Bestimmungen zu sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Grundrechte sind jedoch nicht enthalten. Die *Europäische Sozialcharta* ergänzt die EMRK und garantiert den Schutz der sozialen und wirtschaftlichen Grundrechte. Gemäss Art. 19 Abs. 4 und 5 der Europäischen Sozialcharta sind die Vertragsstaaten verpflichtet, die Staatsangehörigen anderer Vertragsparteien (Wanderarbeitnehmende) nicht weniger günstig als die einheimischen Arbeitnehmenden in Bezug auf das Arbeitsentgelt und andere Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen zu stellen. Die Schweiz hat die Europäische Sozialcharta 1976 unterzeichnet, aber bis heute nicht ratifiziert. Das *Protokoll Nr. 12 der EMRK* umfasst ein selbständiges Diskriminierungsverbot und bestimmt, dass »The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.« Die Schweiz hat Protokoll Nr. 12 nicht ratifiziert. Damit verhindert sie, dass eine diskriminierende Ungleichbehandlung in sozialen und wirtschaftlichen Belangen vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte überprüft werden kann.
- 26 Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, 21. Dezember 1965, in Kraft getreten für die Schweiz am 29. Dezember 1994, BBl 1992 III 269, AS 1995 1164.
- 27 Botschaft vom 2. März über den Beitritt der Schweiz zur Rassendiskriminierungskonvention (Botschaft RDK), S. 291.
- 28 Martin Philipp Wyss, S. 116, vgl. FN 21; Botschaft RDK, S. 291, vgl. FN 27.
- 29 Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (ECRI), Dritter Bericht über die Schweiz, CRI (2004) 5, vom 27. Juni 2003; European Commission against Racism and Intolerance (ECRI), ECRI General Policy Recommendation No. 7 on National Legislation to Combat Racism and Racial Discrimination, CRI (2003) 8, adopted on 13 december 2002; Medienmitteilung der Eidg. Kommission gegen Rassismus (EKR), Die Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (ECRI) empfiehlt einen Ausbau der Kompetenzen der Eidg. Kommission gegen Rassismus (EKR), 27. Januar 2004, abrufbar unter <http://www.edi.admin.ch/ekr/themen/00099/00240/index.html?lang=de>
- 30 Christina Hausammann, Die Geltung des Diskriminierungsverbots in der Schweiz, TANGRAM Nr. 12, Oktober 2002, S. 34ff.
- 31 04.3791-Motion der Grünen Fraktion vom 14.12.04, abrufbar unter http://www.parlament.ch/afs/data/d/gesch/2004/d_gesch_20043791.htm
- 32 vgl. Martin Philipp Wyss, S. 123ff., vgl. FN 23.
- 33 Inwiefern sich das GIG bewährt hat, steht noch nicht fest. Das Bundesamt für Justiz hat eine Studie in Auftrag gegeben, um die Wirksamkeit des GIG zu überprüfen. Die Resultate sind per Anfang 2006 zu erwarten.
- 34 Arbeitswelt ohne Diskriminierung, vgl. FN 22.
- 35 Vgl. Unternehmen und personelle Vielfalt.
- 36 Bernhard Waldmann, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz – unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote einerseits und der Rechtslage in den USA, Deutschland, Frankreich sowie im europäischen Gemeinschaftsrecht andererseits, Bern, 2003, S. 196.
- 37 BGE 126 II 393 f. a; 125 IV 1 E. 5b; 123 I 19 ff.; 118 Ib 153ff.

38 BGE 113 Ia 116.

39 BGE 124 II 424 und 124 II 530.

40 Arbeitswelt ohne Diskriminierung, vgl. FN 22.

41 Arbeitswelt ohne Diskriminierung, vgl. FN 22.

42 Arbeitswelt ohne Diskriminierung, vgl. FN 22.

43 Theres Egger II, vgl. FN 22.

44 Urs Haeblerlin, et al., vgl. FN 22.

45 Rosita Fibbi, S. 7, vgl. FN 22

46 Arbeitswelt ohne Diskriminierung, S. 6ff, vgl. FN 22.

47 Rosita Fibbi, S. 7ff., vgl. FN 22.

48 Marcel Alexander Niggli, Rassendiskriminierung. Ein Kommentar zu Art. 261bis StGB und Art. 171c MStG, Zürich, 1996, S. 304ff. Gemäss Niggli erfüllen negative Eingrenzungen des Typs «keine X» zumeist Art. 261bis Abs. 4 HS 1 StGB. Der Ausschluss einer bestimmten Gruppe meine üblicherweise direkt deren Minderwertigkeit unausgesprochen mit, weil kaum ein anderer Grund erkennbar sei, warum einer bestimmten Gruppe eine Leistung versagt bleiben sollte, die alle anderen beziehen könnten. Positive Umschreibungen seien jedoch grundsätzlich zulässig, weil sie nicht einen Ausschluss einer bestimmten Gruppe anzeigten, sondern konkrete, persönliche Präferenzen des Leistungsanbieters. Einschränkend sei jedoch anzumerken, dass «(...) *die Zielsetzung der Beschreibung des Bestimmungskreises bei positiv formulierter Diskriminierung zu berücksichtigen ist. Unzulässig wäre demnach eine Festlegung des Bestimmungskreises, die nicht die Einschränkung des Angebots auf einen konkreten Bestimmungskreis, sondern nur die Umgehung des Diskriminierungsverbotes bezweckte (z.B. durch Aufzählung einzelner Gruppen), also den Ausschluss einer bestimmten Gruppe (negative Diskriminierung).*»

49 Manfred Rehbindler und Wolfgang Portmann, Art. 319ff. – Der Einzelarbeitsvertrag, in Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (Hrsg.). Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Auflage, Basel, S. 1748, N 29ff.

50 Marcel Alexander Niggli, S. 240ff., vgl. FN 48.

51 Zum Begriff der Öffentlichkeit s. BGE 6S.318/2003 vom 27. Mai 2004.

52 Marcel Alexander Niggli, S. 240ff., vgl. FN 48.

53 Eugen Bucher, Art. 1 – Die Entstehung durch Verträge, in Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 3. Auflage, Basel, S. 57ff., N 78-96.

54 Möglicherweise entfaltet der Gleichbehandlungsgrundsatz in der vorliegenden Konstellation eine quasi-Vorwirkung. Er sollte zumindest zur Beurteilung der konkreten Situation als Hilfsmittel für die Auslegung herangezogen werden.

55 Basler Kommentar, S. 1677, N 5, vgl. FN 49.

56 Vgl. hierzu Basler Kommentar, S. 1677, N 7, vgl. FN 49.

57 Tarkan Göksu, Rassendiskriminierung beim Vertragsabschluss als Persönlichkeitsverletzung, Freiburg, 2003, S. 99, N 328-334.

58 Tarkan Göksu, S. 189-191, vgl. FN 57.

59 Thomas Geiser, Diskriminierung am Arbeitsplatz: Die Rechtslage in der Schweiz, in Eidgenössische Kommission gegen Rassismus (Hrsg.), TANGRAM Nr. 11, 2001, S. 13ff.

60 Basler Kommentar, S. 1745, N 16, vgl. FN 49.

61 Stellt die Ablehnung der Anstellung eine geschlechtsbezogene Diskriminierung nach Art. 3 GIG dar, so gibt das Gesetz einen Anspruch auf Entschädigung (Art. 5 Abs. 2 Satz 1).

62 Vgl. Markus Schefer, S. 298-337, vgl. FN 5.

63

Es gibt noch kein klärendes Bundesgerichtsurteil diesbezüglich. Gemäss Niggli, S. 298ff., N 1110, vgl. FN 48, waren die gesetzgeberischen Arbeiten von Anbeginn durch Unklarheiten und Diskussionen charakterisiert. Während z.B. die Botschaft das Angebot eine Arbeitsstelle von der Strafnorm erfasst sehen wollte, waren die parlamentarischen Debatten davon geprägt, dass dies nicht zutreffen sollte. Niggli legt im Folgenden (N 1111-1125) dar, weshalb zur Umsetzung des parlamentarischen Begehrens, Arbeits- und Mietverhältnisse nicht der Strafbarkeit zu unterstellen, keine praktikablen und rechtlich zulässigen Kriterien zur Verfügung stehen. Er schliesst seine Erläuterungen unter N 1127 mit folgendem Grundsatz: *»Grundsatz: Der Struktur der negativ-ausschliessenden Umschreibung zufolge ist Art. 261bis Abs. 5 StGB so zu verstehen, dass rassendiskriminierende Leistungsverweigerung grundsätzlich nicht strafbar ist, ausser wenn sie im Hinblick auf eine Leistung erfolgt, die für die Allgemeinheit bestimmt ist. Dabei ist ‚Leistung, die für die Allgemeinheit bestimmt ist‘, grundsätzlich jede Leistung zu verstehen, die nicht ausschliesslich und erkennbar für eine spezifische Person oder Gruppe von Personen bestimmt ist. Wer sich an eine anonyme, undifferenzierte Allgemeinheit wendet (Adressatenkreis), bestimmt seine Leistung für diese Allgemeinheit (Bestimmungskreis). Einschränkung: Aus dem Vorstehenden ergibt sich e contrario, dass derjenige, der sich nicht an die Allgemeinheit als solche wendet, sondern explizit nur an eine spezifischen abgrenzbaren Teil derselben (Adressatenkreis), seine Leistung auch nicht für die Allgemeinheit bestimmt, sondern ausschliesslich und erkennbar für eine spezifische Person oder Gruppe von Personen.»*

64 Die adhäsionsweise Geltendmachung einer Zivilklage im Strafverfahren soll dem durch eine strafbare Handlung Verletzten ermöglichen, in einem einzigen Prozess auch seine zivilen Ansprüche durch den Richter beurteilen zu lassen.

65 Thomas Geiser, S. 20, vgl. FN 59.

66 Tarkan Göksu, S. 189, N 609, vgl. FN 57. Laut GÖKSU kann eine Vertragsanpassung auch über den Beseitigungsanspruch Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB geltend gemacht werden.

67 Es ist zu prüfen, ob Art. 328 OR hier möglicherweise eine Vorwirkung zukommt und somit als lex specialis zur Anwendung gelangt.

68 Vgl. Tarkan Göksu, S. 236-244, vgl. FN 57.

69 Die Angst vor Konsequenzen wird in Gesprächen mit Betroffenen, mit Mitarbeitenden von Anlauf- und Beratungsstellen sowie Minderheiten- und Menschenrechtsorganisationen immer wieder als einer der gewichtigsten Hindernisse erwähnt.

70 A. Kiener et al., Mobbing und andere psychosoziale Spannungen am Arbeitsplatz in der Schweiz, Staatssekretariat für Wirtschaft (seco), 2002, S. 9.

71 Janine Dahinden, vgl. FN 22.

72 Janine Dahinden, vgl. FN 22.

73 Basler Kommentar, S. 1748, N 29ff., vgl. FN 49.

74 Vgl. hierzu auch Thomas Geiser, S. 18ff., vgl. FN 59.

75 Thomas Geiser, S. 20, vgl. FN 59.

76 Vgl. den Fall einer Geschlechterdiskriminierung in BGE 127 III 217f.

77 Basler Kommentar, S. 1745, N. 15-16, vgl. FN 49.

78 BGE 129 III 282 E.3.

79 Thomas Geiser, S. 19, vgl. FN 59.

80 Menschenrechte Schweiz:

81 http://www.humanrights.ch/cms/front_content.php?client=1&lang=1&idcat=498&idart=1930&m=&s=&zur=498.

82 Botschaft im BBl 1984 II, S. 599.

83 Menschenrechte Schweiz:

84 http://www.humanrights.ch/cms/front_content.php?client=1&lang=1&idcat=498&idart=1930&m=&s=&zur=498.

85 Menschenrechte Schweiz:

86 http://www.humanrights.ch/cms/front_content.php?client=1&lang=1&idcat=498&idart=1930&m=&s=&zur=498.

Innerhalb diese Rahmens ist die Entschädigung unter Würdigung aller Umstände zu bemessen. Zu den in Betracht fallenden Umstände gehören die Schwere der Verfehlung der arbeitgebenden Person, das Vorgehen bei der Kündigung, die Art des aufgelösten Arbeitsverhältnisses, die wirtschaftlichen Verhältnisse des entschädigungspflichtigen Arbeitgebenden sowie die Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeit (Basler Kommentar, S. 1820, N 2-3, vgl. FN 49).

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

86 JAR 1999, S. 238.

87 JAR 1998, S. 196, JAR 1999, S. 238.

88 JAR 1994, S. 308.

89 BGE 125 III 285, BGer ARV 2001, 46f., JAR 1994, S. 198, JAR 2002, S. 238.

90 BGer ARV 2001, S. 47, a.A. JAR 1991, S. 231.

91 Anne Kilcher, Rassismus gefährdet die Gesundheit, in Eidgenössische Kommission gegen Rassismus (Hrsg.), TANGRAM Nr. 16, 2004, S. 25ff., gibt einen Überblick über bestehende Studien zum Thema.

92 Eine Studie der Europäischen Kommission über die Auswirkungen personeller Vielfalt von Unternehmen (EU-Studie Unternehmen) vom Oktober 2003 stellt fest, dass langfristige Wertschöpfungsfaktoren gestärkt würden sowie kurz- und mittelfristige Möglichkeiten zur Verbesserung des «Cashflows» geschaffen würden: http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/pdf/pubsg/costsbenefexsum_de.pdf. Dr. Katharina Amacker, Head Diversity Novartis Schweiz, ist der Überzeugung, dass kulturelle Vielfalt ein wichtiger Faktor ist, damit international tätige Unternehmen gezielter auf die Kundenbedürfnisse eingehen können und die Motivation der Mitarbeitenden und die Innovationskraft eines Unternehmens stärkt (s. auch Website: <http://www.safpro.ch/diversity/Amacker.htm>).

93 Die EU-Studie Unternehmen besagt, dass Unternehmen, die Massnahmen im Zusammenhang mit personeller Vielfalt durchführen, mit Kosten im Zusammenhang mit der Einhaltung rechtlicher Vorschriften, mit direkten betrieblichen Kosten, mit Opportunitätskosten zu rechnen haben. Zudem sei nicht jede Umänderung der Unternehmenskultur erfolgreich, nämlich dann, wenn sie zuwenig konsequent umgesetzt würde.

94 Katharina Amacker, Head Diversity Novartis Schweiz, geht auch davon aus, dass die EU-Antidiskriminierungsrichtlinien wesentlich dazu beitragen, dass die im EU-Raum tätigen Unternehmen vermehrt innerbetriebliche Schutz-, Sensibilisierungs- und Präventionsmassnahmen entwickeln und umsetzen. Dies zeigt sich in Gesprächen mit den Betroffenen und mit Anlauf- und Beratungsstellen sowie Minderheiten- und Menschenrechtsorganisationen.

96 Elisabeth Freivogel I, Art. 2 – Grundsatz, in Margrith Bigler-Eggenberber, Claudia Kaufmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel, 1997, S. 43.

97 Claudia Kaufmann I, Art. 1 – Zweck, in Margrith Bigler-Eggenberger, Claudia Kaufmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel, 1997, S. 36 [»Die geringe Inanspruchnahme des Lohngleichheitsanspruches seit seiner Verankerung in der Bundesverfassung sowie die offensichtlichen, hauptsächlich verfahrensmässigen Schwierigkeiten der Klägerinnen haben nach Durchsetzungshilfen gerufen, die die Anwendung des Verfassungsrechts auch Wirklichkeit werden lassen.«].

98 Claudia Kaufmann I, S. 32, vgl. FN 97.

99 Claudia Kaufmann I, S. 33, vgl. FN 97.

100 Elisabeth Freivogel I, S. 41, vgl. FN 96.

101 Analoge Verbote in der EU: Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. L 039 vom 14/02/1976, S. 40-42, auf internationaler Ebene: Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau, UN-Doc.A/Res./34/180-Annex, Amtl. Bull. NR 1987, 458.

102 Elisabeth Freivogel II, Art. 3 – Diskriminierungsverbot, in Margrith Bigler-Eggenberber, Claudia Kaufmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel, 1997 S. 50.

103 Claudia Kaufmann I, S. 36, vgl. FN 97.

104

Obwohl der Forschungsbericht der Arbeitsgruppe »Lohnleichheit für Mann und Frau« die Unabhängigkeit der Schlichtungsbehörden fordert, wurden in den Kantonen AR, GE, JU, VD, VS Arbeitsgerichte mit der Funktion der Schlichtungsstelle betraut. Wenige Kantone haben die Schlichtung in Gleichstellungssachen bestehenden Behörden wie z.B. Fachstellen für Geschlechtergleichstellung übertragen (UR, GR). Wiederum andere Kantone wählten eine Mischform, indem sie bestehende Behörden wie das Gerichtspräsidium (LU, NW) oder die VorsteherIn des Oberamtes (SO) personell ergänzten. Vgl. Sabine Steiger-Sackmann, Margrit Meier, Art. 11 – Schlichtungsverfahren, in Margrith Bigler-Eggenberber, Claudia Kaufmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel, 1997, S. 238ff.

¹⁰⁵ Sabine Steiger-Sackmann/Margrit Meier, S. 240, vgl. FN 104.

¹⁰⁶ Sabine Steiger-Sackmann/Margrit Meier, S. 240, vgl. FN 104.

¹⁰⁷ Einige Kantone (AI, BL, BS, FR, GL, GR, JU, LU, OW, NW, SH, SZ, TG, TI, VD, ZG) sehen jedoch ein obligatorisches Schlichtungsverfahren vor, mit der Begründung, dass damit die Parteien frühzeitig vom genderspezifischen Fachwissen der Schlichtungsbehörde profitieren können. Vgl. Sabine Steiger-Sackmann/Margrit Meier, S. 245ff., vgl. FN 104.

¹⁰⁸ Die Kantone AG, BE, BL, BS, LU NE, SZ, TI verlangen ein schriftliches Gesuch an die Schlichtungsstellen. Vgl. Sabine Steiger-Sackmann/Margrit Meier, S. 247ff, vgl. FN 104.

¹⁰⁹ Die Vertretung der Parteien ist unter bestimmten Voraussetzung in den Kantonen BE, BL, BS, FR, GR, LU, OW, SH, TG, VD erlaubt. Der Beizug von AnwältInnen ist in den meisten Kantonen (AG, FR, GR, NE, NW, SH, SG, SO, TI, ZH) zugelassen. Vgl. Sabine Steiger-Sackmann/Margrit Meier, S. 248, vgl. FN 104.

¹¹⁰ Viele Kantone sehen einen Schriftenwechsel vor. AG und ZH: Schriftenwechsel kann angeordnet werden, GR: Vernehmlassung, TI: Präzisierung des Begehrens, BL und BS: vorgängige Unterbreitung der Vergleichsvorschläge. Vgl. Sabine Steiger-Sackmann/Margrit Meier, S. 249, vgl. FN 104.

¹¹¹ Nicht öffentlich sind die Verhandlung in den Kantonen BL, LU, ZU, TG, GE. Vgl. Sabine Steiger-Sackmann/Margrit Meier, S. 250, vgl. FN 104.

¹¹² In den Kantonen AG, GR, LU, NE, NW, TI, ZH müssen vor der Verhandlung Unterlagen eingereicht werden. Vgl. Sabine Steiger-Sackmann/Margrit Meier, S. 248, vgl. FN 104.

¹¹³ Sabine Steiger-Sackmann/Margrit Meier, S. 252, vgl. FN 104.

¹¹⁴ Vgl. die über 100 Fälle zum Gleichstellungsgesetz im Kanton Zürich unter www.gleichstellungsgesetz.ch. Insbesondere sei hier auf die erzielten Vergleiche verwiesen, bei denen es sich um Anstellungsdiskriminierung handelt. Anstellungsdiskriminierung in dieser Weise war bisher noch nie Streitgegenstand eines Gerichtsverfahrens. Ab März 2005 werden weitere Fälle, und zwar aus den Kantonen AG, AR, BE, BL, BS, GR, LU, OW, NW und SG abrufbar sein. Fälle aus der Westschweiz sind auf www.leg.ch zu lesen.

¹¹⁵ Kathrin Arioli I, Staat oder privat? Privatisierung und Informalisierung von Verfahren. Chancen und Risiken für Frauen. Referat anlässlich des 10. Feministischen Juristinnenkongress vom 3./4. September 2004.

¹¹⁶ Der Grundsatz der Freiwilligkeit erlaubt eine Atmosphäre, die nicht durch den Zwang eines formellen Gerichtsverfahrens belastet ist. U.a. soll die Freiwilligkeit auch dazu dienen, die sozialen Beziehungen zwischen Arbeitnehmenden und –gebenden nicht abzurechnen, sondern ein Klima zu schaffen, das die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses erlaubt. BBl 1993 I 1310. Vgl. Sabine Steiger-Sackmann/Margrit Meier, S. 245, vgl. FN 104.

¹¹⁷ BBl 1993 I 1310.

¹¹⁸ Kathrin Arioli II, Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts (Schaffung einer gesamtschweizerischen Zivilprozessordnung); Vernehmlassungsverfahren, Brief an den Bundesrat zum Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, abrufbar unter: <http://www.equality.ch/d/stellungnahmen/ZPO-12-03.htm>

¹¹⁹ Kathrin Arioli II, vgl. FN 118.

¹²⁰ Sabine Steiger-Sackmann/Margrit Meier, S. 255, vgl. FN 104.

¹²¹ Sabine Steiger-Sackmann/Margrit Meier, S. 248, vgl. FN 104.

¹²² 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 19.7.2000, S. 24.

¹²³ Jahresbericht 2004, Gleichbehandlung und Antidiskriminierung (nachfolgend: Jahresbericht 2004), Europäische Kommission, Generaldirektion Beschäftigung und Soziales, S. 17.

¹²⁴

- Nach der Praxis des Bundesgerichtes kann bei Beweisnot eine Klage auch gutgeheissen werden, wenn das Gericht seine Überzeugung auf einen höheren Grad der Wahrscheinlichkeit stützt, BGE 104 II 75. Vgl. Sabine Steiger-Sackmann, Art. 6 – Beweislast, in Margrith Bigler-Eggenberger, Claudia Kaufmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel, 1997, S. 161.
- ¹²⁵ BGE 120 II 398 [»Es braucht somit nicht die volle Überzeugung des Gerichts vom Vorhandensein dieser Tatsachen herbeigeführt zu werden, sondern es genügt, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür spricht, auch wenn das Gericht noch nicht mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnten.«].
- ¹²⁶ Sabine Steiger-Sackmann, S. 170, vgl. FN 124.
- ¹²⁷ Sabine Steiger-Sackmann, S. 170, vgl. FN 124.
- ¹²⁸ Sabine Steiger-Sackmann, S. 169, vgl. FN 124.
- ¹²⁹ Martin Philipp Wyss, S. 123ff., vgl. FN 23.
- ¹³⁰ Martin Philipp Wyss, S. 135, vgl. FN 23.
- ¹³¹ In einer Situationsprüfung wird das Verhalten einer Person verglichen. Sie wird z.B. einem Mitglied einer ethnischen Minderheit und einer Person europäischer Herkunft gegenübergestellt. Vgl. Jahresbericht 2004, S. 20, vgl. FN 123.
- ¹³² Jahresbericht 2004, S. 20, vgl. FN 123.
- ¹³³ Elisabeth Freivogel III, Art. 7 – Klagen und Beschwerden von Organisationen, in Margrith Bigler-Eggenberger, Claudia Kaufmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel, 1997, S. 189.
- ¹³⁴ Elisabeth Freivogel III, S. 194, vgl. FN 133.
- ¹³⁵ Elisabeth Freivogel III, S. 192, vgl. FN 133.
- ¹³⁶ Elisabeth Freivogel III, S. 190, vgl. FN 133.
- ¹³⁷ Elisabeth Freivogel III, S. 190, vgl. FN 133.
- ¹³⁸ Elisabeth Freivogel III, S. 194, vgl. FN 133.
- ¹³⁹ Elisabeth Freivogel III, S. 195, vgl. FN 133.
- ¹⁴⁰ Margrith Bigler-Eggenberger, Art. 5 – Rechtsansprüche, in Margrith Bigler-Eggenberger, Claudia Kaufmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel, 1997, S. 135.
- ¹⁴¹ Jahresbericht 2004, S. 18, vgl. 123.
- ¹⁴² Der Begriff der sexuellen Belästigung findet man zudem in Art. 328 Abs. 1 OR: »Der Arbeitgeber [...] muss insbesondere dafür sorgen, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht sexuell belästigt werden und dass den Opfern von sexuellen Belästigungen keine weiteren Nachteile entstehen.« und in Art. 198 StGB Satz 2: »[...]wer jemanden tätlich oder in grober Weise durch Worte sexuell belästigt [...]«.
- ¹⁴³ Vgl. Art. 328 OR (Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers).
- ¹⁴⁴ Michele Galizia, Arbeitswelt ohne Diskriminierung. Eine realisierbare Vision, Schweizer Zeitschrift zu Integration und Migration, terra cognita 3/2000, S. 82.
- ¹⁴⁵ Theres Egger II, S. 20, vgl. FN 22.
- ¹⁴⁶ Johannes Zerger, Was ist Rassismus? Eine Einführung, 1997, S. 130ff.
- ¹⁴⁷ Rassismus bzw. rassistische Diskriminierung. Was ist Rassismus bzw. rassistische Diskriminierung?, Fachstelle für Rassismusbekämpfung (FRB), Eidg. Departement des Innern, abrufbar unter <http://www.edi.admin.ch/frb/faq/00423/?lang=de>.
- ¹⁴⁸ Johannes Zerger, S. 130ff., vgl. FN 146.
- ¹⁴⁹ Johannes Zerger, S. 132, vgl. FN 146.
- ¹⁵⁰ Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. L 180/22 vom 19.7.2000 (Art. 3 Abs. 3); Theres Egger II, S. 20, vgl. FN 22.
- ¹⁵¹ Firmen wie beispielsweise Novartis haben spezielle Stellen geschaffen, die sich um die Entwicklung und Umsetzung von Massnahmen zur Förderung der kulturellen Vielfalt und zur Bekämpfung von Diskriminierung kümmern. Katharina Amacker, Leiterin des Diversity Management bei Novartis, ist der Überzeugung, dass dies der Förderung der Mitarbeiter/-innenzufriedenheit dient, Motivation und Innovation erhöht und die Befriedigung der Kunden/-innenbedürfnisse verbessert.

Rechtsgebiet: Menschenrechte

Erschienen in: Jusletter 7. Februar 2004

Zitiervorschlag: Alexandra Caplazi / Tarek Naguib, Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung in der Arbeitswelt trotz Vertragsfreiheit, in: Jusletter 7. Februar 2004

Internetadresse: <http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.asp?ArticleNr=3711>