

# Diskriminierende Verweigerung des Vertragsabschlusses über Dienstleistungen Privater: Diskriminierungsschutzrecht zwischen Normativität, Realität und Idealität



**TAREK NAGUIB**  
lic. iur., Berlin und Bern

*«C'est lorsqu'on a des droits, qu'on les fait valoir, que les mentalités changent et que la société s'adapte à ces droits»<sup>1</sup>*

## A. Diskriminierungsschutz in der Kontroverse<sup>2</sup>

Die diskriminierende Verweigerung öffentlich angebotener Dienstleistungen privater Unternehmen<sup>3</sup> gehört zu den menschlich unrühmlichen und ökonomisch absurden Seiten gesellschaftlicher Realität.<sup>4</sup> Die betroffenen Dienstleis-

### Inhaltsübersicht

- A. Diskriminierungsschutz in der Kontroverse
- B. Diskriminierungsverbote im schweizerischen Gesetzesrecht
  - I. Strafrechtliches Verbot der rassendiskriminierenden Leistungsverweigerung
    - 1. Einführende Bemerkungen zum Tatbestand
    - 2. Spezifische Bemerkungen zum Diskriminierungsverbot
    - 3. Rechtsfolgen und Durchsetzungsregelungen
  - II. Behindertengleichstellungsrechtliches Diskriminierungsverbot
    - 1. Allgemeine Bemerkungen zum Tatbestand
    - 2. Spezifische Bemerkungen zum Diskriminierungsverbot
    - 3. Rechtsfolgen und Durchsetzungsregelungen
- C. Diskriminierungsschutz in der allgemeinen Privatrechtsordnung
  - I. Zivilrechtlicher Persönlichkeitsschutz
    - 1. Persönlichkeitsrecht auf diskriminierungsfreie Behandlung
    - 2. Rechtsfolgen und Durchsetzungsregelungen
  - II. Treu und Glauben – Rechtsmissbrauchsverbot – Art. 20 OR
  - III. Grundsatz des Verbots sittenwidrigen Verhaltens
- D. Durchsetzung des Rechts
  - I. Schwierigkeiten bei der Durchsetzung
  - II. Kurzanalyse des Durchsetzungspotenzials des aktuellen Rechts anhand ausgewählter Kriterien
    - 1. Bekanntheit des Rechts
    - 2. Rechtsklarheit und Rechtssicherheit
    - 3. Bedürfnisgerechte Rechtsfolgeregelungen
    - 4. Niederschwelligkeit des Verfahrens
    - 5. Beweisbarkeit
- E. Fazit und Ausblick
  - I. Zusammenfassung (in Thesen)
  - II. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf

<sup>1</sup> Aussage der ehemaligen Ständerätin CHRISTIANE BRUNNER während den Beratungen des Ständerats zum Entwurf des Bundesgesetzes über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG; SR 151.3) – bezugnehmend auf ihre Erfahrungen im Kampf um die Gleichstellung der Frauen (Beratungen des Ständerats, Session vom 2. Oktober 2001, Geschäftsnummer 00.094, Gleiche Rechte für Behinderte, Volksinitiative, Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen, Aml. Bull. Ständerat 2001, 609 ff., 613 [zit. STÄNDERAT, 2001]).

<sup>2</sup> Der Beitrag wurde im Rahmen eines dreimonatigen Forschungsaufenthaltes während des Wintersemesters 08/09 an der juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, am Lehrstuhl für Öffentliches Recht & Geschlechterstudien, bei Prof. Dr. Susanne Baer, verfasst. Der Autor verarbeitet darin seine Erfahrungen als Mitarbeiter im Sekretariat der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus EKR und der Fachstelle Égalité Handicap sowie als Vorstandsmitglied des Vereins Humanrights.ch/MERS (zit. BERATUNGSPRAXIS).

<sup>3</sup> Unter einer öffentlich angebotenen Dienstleistung eines privaten Unternehmens versteht der Autor im vorliegenden Beitrag eine Warenleistung oder eine Dienstleistung, die zwecks Erzielung eines Gewinnes von Privaten (im Sinne von Art. 35 Abs. 3 BV) angeboten wird und nicht ausschliesslich erkennbar für eine spezifische Person oder Gruppe von Personen bestimmt ist. Darunter fallen z.B. Angebote des Gastgewerbes (Hotels, Restaurants) oder Freizeitangebote von Kinos, Diskotheken und Schwimmbädern. Davon erfasst sind aber beispielsweise auch Angebote von Privatversicherern wie z.B. die Rechtsschutzversicherung, die Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung und die Krankenzusatzversicherung. Gemeint sind damit auch Waren wie Lebensmittel, Möbel und Kleidung.

<sup>4</sup> Vgl. u.a. Tages-Anzeiger Online vom 23. September 2008, Türsteher darf Kosovo-Albaner abweisen, <http://www.tagesanzeiger.ch/panorama/vermischtes/Tuersteher-darf-Kosovo-Albaner-abweisen/story/22709274> (eingesehen 3. Mai 2009); Pressemitteilung vom 2. Dezember 2004 der Gewerkschaft Unia, Raserproblematik lässt sich nicht über den Pass lösen, <http://www.presseportal.ch/de/print.htx?nr=10048232> (eingesehen 3. Mai 2009); Newsletter Nr. 2 (2007) der Fachstelle Égalité Handicap (zit. NEWSLETTER EH Ausgabe/Jahr) zur Problematik der Verweigerung des Einlasses eines Rollstuhlfahrers

tungsnachfrager sind der Herabsetzung oft hilflos ausgeliefert. Spezialisierte Anlaufstellen, Rechtsanwältinnen und Aufsichtsbehörden sind aufgrund mangelhafter rechtlicher Instrumentarien vielfach nicht in der Lage, wirksam und bedürfnisgerecht zu intervenieren.<sup>5</sup> Menschenrechtsorganisationen und internationale Menschenrechtsüberwachungsorgane fordern deshalb seit Jahren die Verbesserung des schweizerischen Diskriminierungsschutzrechts.<sup>6</sup> Auch Politiker postulieren in jüngster Zeit eine Stärkung des Rechts zur effektiven Bekämpfung von Diskriminierung zwischen Privaten.<sup>7</sup> WirtschaftsvertreterInnen parieren diese Bestre-

bungen mit generellen Hinweisen auf die unternehmerische Freiheit.<sup>8</sup> Die Frage drängt sich auf: Ist die Forderung nach einer Weiterentwicklung des bestehenden Diskriminierungsschutzrechts<sup>9</sup> begründet? Die Antwort darauf ist vorerst unspektakulär: Ja. Jedenfalls sind die «Zeichen der Zeit» deutlich genug, so dass wir uns auf inter- und intradisziplinärer Ebene ernsthaft mit der Fragestellung auseinandersetzen müssen.

In der schweizerischen Rechtsliteratur finden sich unterschiedliche Positionen zur Notwendigkeit und Geltung von ausdrücklichem Antidiskriminierungsrecht im Verhältnis

in ein Restaurant, 4, <http://www.egalite-handicap.ch/deutsch/publikationen/Newsletter2007/Newsletter2.07/NR.2.07.-DEF.DE.12.PDF> (eingesehen 3. Mai 2009); Online-Information der schweizerischen Schwulenorganisation Pink Cross zu verschiedenen Diskriminierungsvorfällen, Rausschmiss nach Kuss in Restaurant, [http://www.pinkcross.ch/index.php?option=com\\_content&task=view-&id=80&Itemid=164](http://www.pinkcross.ch/index.php?option=com_content&task=view-&id=80&Itemid=164) (eingesehen 3. Mai 2009).

<sup>5</sup> BERATUNGSPRAXIS (FN 2); Umfrage der EKR bei hundert Anlauf- und Beratungsstellen zur Rolle des Rechts in der Bekämpfung von Rassendiskriminierung (zit. EKR, Umfrage); Gespräche mit Beratern von Anlaufstellen und Diskriminierungsschutzexperten: Mai Bittel, Vertreter der Radgenossenschaft und ehemaliges Mitglied der EKR; Karl Grünberg, Geschäftsleiter der ehemaligen Anlaufstelle ACOR SOS Racisme Romandie; Christina Hausammann, Co-Geschäftsleiterin Humanrights.ch/MERS; Kurt Pärli, Experte für Diskriminierungsschutzrecht, Professor an der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften ZHAW und Mitglied der Eidgenössischen Kommission für AIDS-Fragen EKAF; Moël Volken, Geschäftsleiter der schweizerischen Schwulenorganisation Pink Cross (zit. GESPRÄCHE SCHWEIZ); periodischer Bericht «Rassismussvorfälle in der Beratungspraxis, Januar bis Dezember 2008», EKR und Humanrights.ch/MERS (Hrsg.), Bern 2009, 26 f.

<sup>6</sup> Vgl. u.a. NGO-Bericht zum vierten, fünften und sechsten periodischen Bericht der Schweiz an den UNO-Ausschuss zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung CERD, 26, [http://humanrights.ch/home/upload/pdf/080701\\_NGO\\_CERD\\_d.pdf](http://humanrights.ch/home/upload/pdf/080701_NGO_CERD_d.pdf) (eingesehen 3. Mai 2009); Empfehlung Nr. 9 der Schlussbemerkung vom 21. August 2008 des CERD zum vierten, fünften und sechsten periodischen Bericht, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/co/CERD.C.CHE.CO.6.pdf> (eingesehen 3. Mai 2009).

<sup>7</sup> Motion Zisyadis vom 9. Dezember 2004 (04.3656 «Autoversicherung. Keine diskriminierenden Ausschlüsse», abgeschrieben); Motion der Grünen Fraktion vom 17. Dezember 2004 (04.3791 «Gesetz gegen rassistische Diskriminierung in der Arbeitswelt», abgeschrieben); Motion Zisyadis vom 22. März 2006 (06.3082 «Bundesgesetz gegen Diskriminierung», abgeschrieben); Parlamentarische Initiative Zisyadis vom 20. Juni 2007 (07.441 «Keine diskriminierenden Autoversicherungsprämien aufgrund der Nationalität», abgeschrieben); Parlamentarische Initiative Rechsteiner vom 23. März 2007 (07.422 «Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz», Nichteintreten der Kommission für Rechtsfragen NR); Frage Zisyadis vom 11. Juni 2007 (07.5157 «Prämien der Motorhaftpflichtversicherung. Diskriminierung von Ausländerinnen und Ausländern»); Petition der Unia vom 9. November 2007 (07.2016 «Gegen Diskriminierung von Ausländern bei Autoprämien»); Interpel-

lation Heim vom 20. März 2009 (09.3242 «Diskriminierungsschutz»).

<sup>8</sup> Vgl. u.a. die Aussage von Ruth Derrer Balladore, Mitglied der Geschäftsleitung des Schweizerischen Arbeitgeberverbands, auf dem Podium an der Tagung «Schutz vor Diskriminierung: Lernen von Europa» vom 2. Dezember 2008, Tagungsbericht, 8, <http://www.edi.admin.ch/frb/00492/00898/index.html&-lang=de> (eingesehen 3. Mai 2009): Noch mehr gesetzliche Regelungen bedeuten ihrer Ansicht nach einen unzumutbaren Aufwand für KMUs und beeinträchtigen deren Privatautonomie; vgl. zudem Christoph Wehrli, Journalist der NZZ, der in einem Kommentar vom 15. August 2008 der NZZ Online, «Pflicht und Übereifer», bemerkte, dass aufgrund «freiheitlichen Grundsätzen» ein umfassendes, auch für Private (Arbeitgeber, Vermieter) geltendes Diskriminierungsverbot in der Schweiz auf harten Widerstand stossen dürfte; vgl. zudem die Nachzeichnung der politischen Diskussion rund um die Schaffung eines Antidiskriminierungsgesetzes in Deutschland, HEINER BIELEFELD/ PETRA FOLLMAR-OTTO in: Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.), Diskriminierungsschutz in der politischen Diskussion, Berlin 2005, 4, worin Autor und Autorin einleitend einen Überblick der Kritik aus Wirtschaftskreisen am Gesetzesentwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes geben: «So betont der Präsident von Haus & Grund, in Deutschland sterbe durch das Gesetz ein Stück persönlicher Freiheit. (...) Die FDP-Bundestagsfraktion befürchtet einen schwerwiegenden Eingriff in die grundrechtlich geschützte Vertrags- und allgemeine Handlungsfreiheit, der baden-württembergische Justizminister Ulrich Goll spricht von einem «Anschlag auf die Vertragsfreiheit». Hinzu kommen Bedenken, dass das Gesetz eine Prozesslawine auslösen und damit zu einem Faktor rechtlicher und wirtschaftlicher Verunsicherung werden könne. Arbeitgeberpräsident Dieter Hundt sieht darin ein «Eldorado für Rechtsanwälte».

<sup>9</sup> Das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG), das behindertengleichstellungsrechtliche Benachteiligungsverbot (Art. 8 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 lit. e und Art. 2 Abs. 4 BehiG) und das kommunale, kantonale und auf Bundesebene bestehende verwaltungsrechtliche Ordnungs- und Strukturrecht werden im vorliegenden Beitrag nicht behandelt. Nicht vertieft werden zudem der im öffentlichen Recht statuierte Kontrahierungszwang wie z.B. Art. 11 des Fernmeldegesetzes für marktbeherrschende Anbieter, Art. 2 Abs. 2 des Postgesetzes vom 30. April 1997, das Benachteiligungsverbot für Menschen mit Behinderung in Art. 16 Abs. 1<sup>bis</sup> lit. b des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) und Art. 15 lit. f und g sowie 33 der Verordnung vom 9. März 2007 über Fernmeldedienste (FDV; SR 784.101.1); vgl. dazu JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. A., Bern 2008, 703, 708.

zwischen Privaten sowie zur Art der Gesetzgebung.<sup>10</sup> Einigkeit besteht in der Lehre einzig darüber, dass Diskriminierungsverbote zu denjenigen Grund- und Menschenrechten gehören, welche einer Transponierung auf das horizontale

<sup>10</sup> Für eine Stärkung des rechtlichen Diskriminierungsschutzes im Verhältnis zwischen Privaten plädieren u.a. SAMANTHA BESSON, *L'égalité horizontale: l'égalité de traitement entre particuliers*, AISUF Bd. 183, Diss. Freiburg 1999, 447 ff.; ALEXANDRA CAPLAZI/TAREK NAGUIB, Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung in der Arbeitswelt trotz Vertragsfreiheit, Jusletter vom 7. Februar 2005, 23 ff.; TARKAN GÖKSU, Drittwirkung der Grundrechte im Bereich des Persönlichkeitsschutzes, SJZ 98 (2002), 89 ff., 101; VINCENT MARTENET, La protection contre les discriminations émanant de particuliers, ZSR 125 (2006), 419 ff., 450 ff.; TAREK NAGUIB, Sind nationalitätsbedingte Unterschiede bei Autoversicherungsprämien diskriminierend und rechtswidrig?, HAVE 1/2007, 96 ff., 101; TAREK NAGUIB/ALEXANDRA CAPLAZI, Der Schutz gegen Rassendiskriminierung in der Arbeitswelt ist noch zu schwach, in: Menschenrechte Schweiz MERS (heute: Humanrights.ch/MERS) (Hrsg.), Bulletin humanrights.ch 1/2005, 2 f. (zit. Rassendiskriminierung); KURT PÄRLI, Recht gegen HIV/AIDS-Diskriminierung und Konzepte in verschiedenen Staaten, MedReport 4/2008, 2; KURT PÄRLI/ALEXANDRA CAPLAZI/CAROLINE SUTER, Recht gegen HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Situation in Kanada, Grossbritannien, Frankreich, Deutschland und der Schweiz, Bern/Stuttgart/Wien 2007, 375 ff., welche einen konkreten Regulierungsvorschlag vorlegen; HERBERT TRACHSLER, Das privatrechtliche Gleichbehandlungsgebot – Funktionaler Aspekt der Persönlichkeitsrechte gemäss Art. 28 ZGB, Diss. St. Gallen 1991 (zit. privatrechtliches Gleichbehandlungsgebot); DERS., Welches Antidiskriminierungs-Gesetz braucht die Schweiz?, AJP/PJA 1992, 1473 ff., 1477 f. (zit. Antidiskriminierungs-Gesetz); CHRISTA TOBLER, Die EG-Richtlinien zur Gleichstellung der Geschlechter in Bezug auf den Zugang zu und die Versorgung mit Waren und Dienstleistungen. Entwicklungsperspektiven für das schweizerische Gleichstellungsrecht, AJP/PJA 11/2006, 1440 ff., unter Hinweis auf SUSANNE EMMENEGGER, Feministische Kritik des Vertragsrechts, AISUF Bd. 177, Diss. Freiburg 1999; 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, in Deutschland, Frankreich sowie im europäischen Gemeinschaftsrecht andererseits, Habil. Bern 2003, 399 ff.; kritisch und eher ablehnend u.a. RUTH ARNET, Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss, Eine Untersuchung zu den gesetzlichen Kontrahierungspflichten und weiteren Schranken der Vertragsabschlussfreiheit im schweizerischen Recht, Habil. Bern 2008, 418; MANUEL JAUN, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht – Die Schweiz im Schatten der europäischen Rechtsentwicklung, ZBJV 143 (2007), 457 ff., 484 ff.; deutlich ablehnend: VINCENT BRULHART, La liberté contractuelle: fondement juridique et impératif technique de l'assurance privée, HAVE 1/2007, 88 ff., 96; weder befürwortend noch ablehnend u.a. YVO HANGARTNER, Diskriminierung – ein neuer verfassungsrechtlicher Begriff, ZSR 122 (2003) I, 97 ff., 120 f.; ANNE PETERS, in: Detlef Marten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Grundrechte in der Schweiz und Liechtenstein, Zürich 2007, Diskriminierungsverbote, 255 ff., 297.

Verhältnis zugänglich sind.<sup>11</sup> Sowohl die Legislative als auch die rechtsanwendenden Behörden haben die Pflicht, den Diskriminierungsschutz zwischen Privaten zu gewährleisten.<sup>12</sup> Bis anhin wurde diese Pflicht durch den Verfassungs- und den Gesetzgeber unterschiedlich wahrgenommen. Die diskriminierende Vertragsabschlussverweigerung ist uneinheitlich reguliert.<sup>13</sup> Das Schutzniveau ist nicht dasselbe. Diskriminierung aufgrund der einen Merkmale nimmt man ernster als die aufgrund der anderen. Man misst nicht mit gleichen Ellen. Es muss gar von einer diskriminierenden Hierarchisierung zwischen den verschiedenen sensiblen Persönlichkeitsmerkmalen gesprochen werden, zumindest aus einer ethisch-moralischen Perspektive betrachtet.<sup>14</sup> Die Unterschiede

<sup>11</sup> HANGARTNER (FN 10), 120; CHRISTINA HAUSAMMANN, Instrumente gegen Diskriminierung im schweizerischen Recht – ein Überblick. Studie im Auftrag des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen EBGB und der Fachstelle für Rassismusbekämpfung FRB, Bern 2008, 12; MARTENET (FN 10), 434; MÜLLER/SCHEFER (FN 9), 707 ff.; PETERS (FN 10), 297; MARKUS SCHEFER, Die Kerngehalte von Grundrechten – Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Habil. Bern 2001, 249; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2004, § 7 N 68; WALDMANN (FN 10), 192; BERNHARD WALDMANN, Nationalitätsbedingte Erhöhung der Autoversicherungsprämien, Kurzbegutachtung eines Einzelfalls von grundlegender Tragweite, 74. Auf völkerrechtlicher Ebene verpflichten insbesondere das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (ICERD) und Art. 20 Ziff. 2 UNO-Pakt II, die dem Verbot der Rassendiskriminierung eine gewisse – indirekte – Drittwirkung verleihen; dazu MÜLLER/SCHEFER (FN 9), 709, bezugnehmend auf WALTER KÄLIN/JÖRG KÜNZLI, Universeller Menschenrechtsschutz, Basel 2005, 365 sowie MANFRED NOWAK, U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, 2<sup>nd</sup> ed., Kehl am Rhein u.a. 2005, Art. 20, Rz. 14–16; zur Bedeutung der ICERD und der EMRK vgl. zudem MARTENET (FN 10), 422 f.

<sup>12</sup> Dazu gehören im vorliegenden Kontext insbesondere die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV), die persönliche Freiheit (Art. 10 BV) und der Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV).

<sup>13</sup> Spezifische Gesetzgebungsaufträge hat der Verfassungsgeber einzig zugunsten von Frauen (Art. 8 Abs. 3 BV) und zugunsten von Menschen mit Behinderung (Art. 8 Abs. 4 BV) geschaffen.

<sup>14</sup> BAER beispielsweise kritisiert – in Anlehnung an die Sozialwissenschaften – den «Schutz vor unterschiedlichen Diskriminierungen in sehr unterschiedlichem Masse» und die «Aufspaltung von Gleichheitsrecht anhand von «Merkmalen» als spezifische Segmentierung» mit «hierarchisierenden Folgen», die zu «gesetzgeberischen «Deals» beziehungsweise «unterschiedlichen Schutzvorkehrungen» führen, vgl. SUSANNE BAER, in: Eckhardt Klein/Christoph Menke (Hrsg.), Ungleichheit der Gleichheiten? Zur Hierarchisierung von Diskriminierungsverboten (zit. Hierarchisierung), Universalität – Schutzmechanismen – Diskriminierungsverbote, Berlin 2008, 421 ff., 422, 435; anlässlich der jüngsten Fortschritte im europäischen Antidiskriminierungsrecht wurde der Gegenansatz – zur Segmentierung und Hierarchisierung – der «Multidimensional equality» entwickelt, vgl. DAGMAR SCHIEK,

gelten sowohl für den Anwendungsbereich der Verbote sowie die Rechtsfolgen als auch für den Rechtsschutz. Hinzu kommt, dass die ausdrücklichen Diskriminierungsverbote in unterschiedlichen Rechtsgebieten verankert sind.

Das für die hier diskutierte Thematik relevante aktuelle schweizerische Diskriminierungsschutzrecht besteht auf der einen (expliziten) Seite aus dem strafrechtlichen Verbot der rassendiskriminierenden Leistungsverweigerung (Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 5 StGB), dem behindertengleichstellungsrechtlichen Diskriminierungsverbot (Art. 6 BehiG) und dem behindertengleichstellungsrechtlichen Benachteiligungsverbot (Art. 8 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 lit. e BehiG)<sup>15</sup>. Auf der anderen (impliziten) Seite lassen sich darüber hinaus allgemeine Rechtsbegriffe des Privatrechts und des verwaltungsrechtlichen Ordnungs- und Strukturrechts auf der Basis bestehender Dogmatik bis zu einem gewissen – nicht zu unterschätzenden – Grad für den Diskriminierungsschutz fruchtbar machen.<sup>16</sup> Dazu gehören insbesondere der Persönlichkeitsschutz, der Grundsatz von Treu und Glauben, das Rechtsmissbrauchsverbot und der Grundsatz des Verbots sittenwidrigen Verhaltens.

Die Grobübersicht de lege lata zeigt: Das objektive schweizerische «Antidiskriminierungsrecht» leidet an einer grundsätzlichen Intransparenz und Konzeptlosigkeit.<sup>17</sup> Tatsache ist eine eher verwirrende, wenig durchdachte und ineffiziente Regulierungs- beziehungsweise Nichtregulierungsheterogenität. Somit überrascht es nicht, dass es wenig effektiv ist. Nicht nur kritische Rückmeldungen von spezialisierten Anlaufstellen lassen darauf schliessen, sondern auch eine Analyse der aktuellen Praxis und Beratungsarbeit.<sup>18</sup> Sie verdeutlichen, dass der rechtliche Diskriminierungsschutz beim Zugang zu privaten Dienstleistungen insgesamt schwach ist und ausserhalb der sensiblen Persönlichkeitsmerkmale Ras-

se, Ethnie, Religion und Behinderung faktisch kaum existiert.<sup>19</sup>

Mit dem vorliegenden Aufsatz möchte ich einen Beitrag zu einer vertieften Diskussion über die Rolle des Rechts in der Bekämpfung diskriminierender Vertragsabschlussverweigerung leisten. Ich werde die groben Züge der normativen Bestandteile und Unterschiede des schweizerischen Gesetzesrechts<sup>20</sup> herausarbeiten (vgl. B. Diskriminierungsverbot im schweizerischen Gesetzesrecht, C. Diskriminierungsschutz in der allgemeinen Privatrechtsordnung). Danach illustriere ich anhand meiner Erfahrungen in der Beratungsarbeit im Sekretariat der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus EKR, der Fachstelle Égalité Handicap und dem Verein Humanrights.ch/MERS mittels exemplarischer Fallbeispiele die von mir angetroffenen Schwierigkeiten in der faktischen Durchsetzung der Normen und deren Ursachen (vgl. D. Durchsetzung des Rechts). Darauf aufbauend skizziere ich mögliche rechtspolitische Implikationen (vgl. E. Fazit und Ausblick).

## B. Diskriminierungsverbote im schweizerischen Gesetzesrecht

### I. Strafrechtliches Verbot der rassendiskriminierenden Leistungsverweigerung

#### 1. Einführende Bemerkungen zum Tatbestand

Wer eine von ihm angebotene Leistung, die für die Allgemeinheit bestimmt ist, einer Person oder einer Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion verweigert, macht sich strafbar (Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 5 StGB). Vom strafrechtlichen Verbot der rassendiskriminierenden Leistungsverweigerung erfasst ist nicht nur die Verweigerung der Leistung, sondern auch die hier thematisierte Verweigerung des Abschlusses des Zielvertrages betreffend der zu erbringenden Leistung.<sup>21</sup> Vorausgesetzt ist eine ausdrückliche oder stillschweigende Verweigerung des Vertragsabschlusses.<sup>22</sup>

Differenzierte Gerechtigkeit? Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht, Habil. Bremen 2000; DIES., European Union Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law, London 2008; in den deutschsprachigen Sozialwissenschaften haben KNAPP und KLINGER eine Analyse von Ungleichheiten auf «Achsen der Differenz» bezogen, vgl. die Beiträge von CORNELIA KLINGER/AXELI-GUDRUN KNAPP, in: Cornelia Klinger/Axeli-Gudrun Knapp/Birgit Sauer (Hrsg.), Achsen der Ungleichheit, Frankfurt am Main 2007; schliesslich ist in den Gender Studies zunehmend von «Interdependenzen» die Rede, vgl. SUSANNE BAER, Frauen und Männer, Gender und Diversität: Gleichstellungsrecht vor den Herausforderungen eines differenzierten Umgangs mit «Geschlecht», in: Kathrin Arioli/Michelle Cottier/Patricia Farahmand/Zita Küng (Hrsg.), Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht?, Zürich/St.Gallen/Baden-Baden 2008, 21–37.

<sup>15</sup> Mit dem behindertengleichstellungsrechtlichen Benachteiligungsverbot werden konzessionierte Unternehmen (wie z.B. Fluggesellschaften, Telekommunikationsanbieter, Radio und Fernsehen) strengeren Anforderungen unterstellt als nicht konzessionierte Unternehmen.

<sup>16</sup> Vgl. dazu übersichtsartig MARTENET (FN 10), 426 f.

<sup>17</sup> Vgl. dazu auch BESSON (FN 10), 472; MARTENET (FN 10), 419 ff.

<sup>18</sup> Vgl. dazu hinten, S. 1012 ff.

<sup>19</sup> Davon betroffen sind z.B. die Merkmale sexuelle Orientierung (als Bestandteil des Merkmals Lebensform), Geschlecht, Alter, soziale Stellung und weltanschauliche Überzeugung.

<sup>20</sup> Verfassungs- und völkerrechtliche Normen werden nicht weiter vertieft.

<sup>21</sup> ARNET (FN 10), 236.

<sup>22</sup> MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Rassendiskriminierung. Ein Kommentar zu Art. 261<sup>bis</sup> StGB und Art. 171c MStG, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2007, N 1652 (zit. Rassendiskriminierung); DORRIT SCHLEIMINGER, Kommentar zu Art. 261<sup>bis</sup> StGB, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafgesetzbuch, 2. A., Art. 111–401 StGB, Basel 2003, N 73; HANS VEST in: Martin Schubarth/Hans Vest (Hrsg.), Delikte gegen den öffentlichen Frieden (Art. 258–263), Bern 2007, vor Art. 258, Art. 261<sup>bis</sup> StGB N 114.

Schutzobjekt sind Rasse, Ethnie und Religion. Geschützt sind implizit auch die regionale Herkunft, die Nationalität und der Rechtsstatus, sofern damit die Rasse, Ethnie oder Religion gemeint und betroffen sind.<sup>23</sup>

In der Literatur kontrovers diskutiert wird, was mit «für die Allgemeinheit bestimmte Leistung» gemeint ist.<sup>24</sup> Nach der einen Lehrmeinung fallen darunter Güter- und Dienstleistungen, die einem offenen Publikum angeboten werden und aufgrund eines Vertrages erlangt werden können, bei welchem Leistung und Gegenleistung standardisiert sind, und der nicht auf zeitliche Dauer angelegt ist, die Person des Vertragspartners somit in den Hintergrund tritt.<sup>25</sup> Andere Autoren halten diese Kriterien für unpraktikabel und menschenrechtswidrig, da Mietwohnungs- und Arbeitsstellenan-

gebote davon nicht erfasst werden. Ihrer Meinung nach fällt vielmehr grundsätzlich jede Leistung darunter, die öffentlich angeboten wird und nicht ausschliesslich erkennbar für eine spezifische Person oder Gruppe von Personen bestimmt ist.<sup>26</sup>

Meines Erachtens ist im Lichte des menschenrechtlichen Diskriminierungsverbots eine Auslegung vorzuziehen, die auch Stellen- und Wohnungsangebote mitefasst. Von besonderer Bedeutung ist dabei das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (ICERD), welches die Vertragsstaaten dazu verpflichtet, im Geltungsbereich des Rechts auf Arbeit (Art. 5 lit. e [i]) und des Rechts auf Wohnung (Art. 5 lit. e [i]) Rassendiskriminierung in jeder Form zu verbieten (Art. 5), mit allen geeigneten Mitteln zu beseitigen (Art. 2 Ziff. 1, lit. d) und die Gleichstellung mittels u.a. rechtlichen Massnahmen in vollem Umfang zu gewährleisten (Art. 2 Ziff. 2).<sup>27</sup>

In der Praxis umstritten ist zudem, ob sich die Strafbarkeit aufgrund des Tatbestandsmerkmals «von ihm angeboten» auf Personen beschränkt, welche die Leistung im zivilrechtlichen Sinne anbieten, oder ob auch Angestellte oder beauftragte Hilfspersonen darunter fallen.<sup>28</sup> Zutreffend ist m.E.,

<sup>23</sup> Zustimmend Urteile 2000-14, 2000-27, 2001-14 und 2002-21 (Urteile-Datenbank der EKR, <http://www.ekr.admin.ch/-dienstleistungen/00169/index-.html?lang=de> [eingesehen 5. Mai 2009] – zit. EKR-URTEIL Laufnummer, Titel); ablehnend EKR-URTEIL 2003-24; vgl. zudem EKR-URTEIL 2002-9, Beschimpfung von Kosovo-Albanern auf öffentlicher Chat-Plattform und NIGGLI (FN 22), N 730: Äusserungen, die vom Wort her eine Nation oder Nationalität als diskriminierende Gruppe ansprechen, meinen entgegen der Bezeichnung die betreffende Ethnie oder Rasse; vgl. auch FRANZ RIKLIN, Die neue Strafbestimmung der Rassendiskriminierung (Art. 261<sup>bis</sup> StGB), 36 ff., 38; ANDREAS DONATSCH/WOLFGANG WOHLERS, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 3. A., Zürich 2004, 212, die darauf hinweisen, dass die Begriffe «Nation», «Ethnie» und «Rasse» sich in der einen oder anderen Weise überschneiden; NIGGLI (FN 22), N 726, ist richtigerweise der Auffassung, dass der Begriff der «Nation» über seine Verknüpfung mit dem Konzept Volk auch mit dem ethnischen Element verbunden ist; vgl. zudem DERS. N 729, wo er zutreffend feststellt, dass mit einem Lokalverbot für Türken – beispielsweise – gemeinhin nicht Bürger türkischer Nationalität gemeint seien, sondern Angehörige der türkischen und kurdischen Ethnien; ähnlich dazu SCHLEIMINGER (FN 22), N 15; DONATSCH/WOHLERS (FN 23), 210; EKR-URTEIL (FN 23) 1990-22, Lokalverbot auf Tafel: «Aus Sicherheitsgründen haben Gäste aus Ex-Jugoslawien/Albanien keinen Zutritt»; vgl. zur Problematik insgesamt schliesslich auch TAREK NAGUIB, Rassendiskriminierende Einstellungspraxis: Besprechung des ersten EuGH-Urteils zur Richtlinie 2000/43 mit Anmerkungen aus einer schweizerischen Perspektive, AJP/PJA 10/2008, 1239 ff., 1246 ff. (zit. Besprechung EuGH-Urteil) und TAREK NAGUIB/FABIENNE ZANNOL, Zehn Jahre Strafnorm gegen Rassendiskriminierung (Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Art. 171c MSTG): ein Rückblick unter Einbeziehung der nicht publizierten Praxis, recht 5/2006, 161 ff., 169.

<sup>24</sup> Das Tatbestandsmerkmal für die Allgemeinheit bestimmte Leistung hat im Verlaufe der parlamentarischen Debatte keine definitive Präzisierung erfahren.

<sup>25</sup> ALEXANDRE GUYAZ, L'incrimination de la discrimination raciale, Diss. Bern 1996, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Neue Folge Bd. 575, 286 ff., 290; PETER MÜLLER, Abstinenz und Engagement des Strafrechts im Kampf gegen Ausländerfeindlichkeit, AJP/PJA 6/96, 659 ff., 666; ROBERT ROM, Die Behandlung der Rassendiskriminierung im schweizerischen Strafrecht, Diss. Zürich 1995, 142; STEFAN TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. A., Zürich 1997, Art. 261<sup>bis</sup> StGB, N 41.

<sup>26</sup> NIGGLI (FN 22), N 1073 ff. bezüglich des Kriteriums der Dauer, N 1087 ff. bezüglich des Kriteriums der Standardisierung der Leistungen bzw. der Anonymität der Leistungsempfänger; vgl. zudem SCHLEIMINGER (FN 22), N 71 ff. sowie TRECHSEL (FN 25), N 41. Bereits die parlamentarische Debatte war von Unsicherheiten geprägt, ob Stellenangebote vom Tatbestand erfasst werden. Wollte der Bundesrat das Angebot einer Arbeitsstelle von der Strafnorm erfasst haben (BB1 1992 144 [III], 312), sprachen sich die Parlamentarierinnen und Parlamentarier mehrheitlich dagegen aus (Beratungen des Nationalrats, Session vom 17. Dezember 1992, Geschäftsnummer 92.029, Rassendiskriminierung, Übereinkommen und Strafrechtsrevision, Amtl. Bull. des Nationalrats, 2650 ff., 2663, 2665 f. [zit. NATIONALRAT, 1992]; Beratungen des Ständerats, Sessionen vom 9. März, 14. Juni und 18. Juni 1993, Geschäftsnummer 92.029, Rassendiskriminierung, Übereinkommen und Strafrechtsrevision, Amtl. Bull. des Ständerats, 90 ff., 98 ff. [zit. STÄNDERAT, 1993]; anders aber STÄNDERAT, 1993 [FN 26], 98, Carlo Schmid).

<sup>27</sup> Vertiefend dazu NIGGLI (FN 22), N 1554, 1557, 1559, 1565, 1569, 1582, 1592–1594, 1598–1601.

<sup>28</sup> Das Gericht Thal-Gäu (SO) hatte den Sachverhalt zu beurteilen, wo zwei jungen Kosovo-Albanern der Eintritt in eine Disco in Egerkingen verweigert worden war mit den Worten «Momentan, bis auf weiteres, Balkanstaaten nein!» (persönliche Notizen vom Autor, der an der mündlichen Urteilsöffnung anwesend war). Der Präsident des Gerichts spricht im Urteil vom 22. September 2008 den Türsteher frei, dies unter anderem mit der Begründung, das Discoangebot sei keine Leistung, die der Türsteher, sondern die der Geschäftsführer anbiete. Der Türsteher könne nicht selbständig, sondern nur als Gehilfe verurteilt werden. Da der Betreiber der Disco von der Staatsanwaltschaft freigesprochen worden sei, müsse auch der Türsteher vom Vorwurf der Gehilfenschaft freigesprochen werden. Gegenteiler Meinung zur Frage der selbständigen Strafbarkeit von Hilfspersonen sind die zuständigen Strafbehörden in Fällen aus dem Kanton Zürich, vgl. EKR-URTEIL 1999-46 (FN 23), Wegweisung von Personen schwarzer Hautfarbe aus

dass «von ihm angeboten» alle Personen bezeichnet, die eine Leistung tatsächlich anbieten oder die einer natürlichen oder juristischen Person bei der Tätigkeit des Anbietens Unterstützung oder Hilfe gewähren.<sup>29</sup> Eine engere Interpretation wäre unpraktikabel, nicht mit Sinn und Zweck der Strafnorm vereinbar und verstiesse gegen das ICERD. Sie hätte zur Folge, dass zahlreiche rassendiskriminierende Leistungsverweigerungen nicht sanktioniert würden.

## 2. Spezifische Bemerkungen zum Diskriminierungsverbot

Mit dem Tatbestandsmerkmal «wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion» ist in erster Linie die direkte Diskriminierung erfasst.<sup>30</sup> Im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 5 StGB liegt eine direkte Diskriminierung vor, wenn der Leistungsverweigerer seine Handlung mittels Anknüpfung an die Rasse, an die Zugehörigkeit zu einer ethnischen Gruppe oder an die Religion vornimmt und kein sachlicher Grund diese Anknüpfung rechtfertigt.<sup>31</sup> Eine rassistische Motivation ist nicht vorausgesetzt. Von der rassistischen Motivation zu unterscheiden ist die Erfüllung des subjektiven Tatbestandes, d.h. der Vorsatz beziehungsweise Eventualvorsatz. Demnach ist eine Handlung strafbar, wenn dem Täter bewusst ist, dass er eine Leistung einer Person oder Gruppe von Personen aufgrund ihrer «rassistischen», ethnischen oder religiösen Zugehörigkeit verweigert und das auch will bzw. es in Kauf nimmt.<sup>32</sup>

dem Restaurant und EKR-URTEIL 1998-22 (FN 23), Kein Verkauf eines Kinobilletts an einen Mann schwarzer Hautfarbe, und in einem Fall aus dem Kanton Graubünden, vgl. EKR-URTEIL 2004-23 (FN 23), Zwei dunkelhäutigen Männern wird der Zutritt zu einem Club verweigert.

<sup>29</sup> NIGGLI (FN 22), N 1641 ff., der auf die Widersprüche zwischen dem deutschen beziehungsweise italienischen Gesetzestext sowie der französischen Version hinweist. Zusätzlich argumentiert NIGGLI mit Hinweis auf die Formel in Art. 261<sup>bis</sup> Entwurf-StGB «in Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit» dahingehend, dass der Gesetzgeber die Strafbarkeit nicht auf die zivilrechtlichen Vertragspartner als Leistungsanbieter beschränken wollte, denn diese – sofern es sich dabei um juristische Personen handelte – könnten keine berufliche Tätigkeit ausüben; ähnlich GUYAZ (FN 25), 295 f.; VEST (FN 22), N 106.

<sup>30</sup> Der Begriff der direkten Diskriminierung wird in Praxis und Literatur bis anhin vorwiegend im Rahmen seiner verfassungsrechtlichen und menschenrechtlichen Bedeutung verwendet; vgl. dazu BGE 124 II 409 ff., E. 6; BGE 129 I 392 ff., E. 3.2.2 und BGE 129 I 217 ff., E. 2.1; vgl. zudem unter vielen WALTER KÄLIN/MARTINA CARONI, in: Walter Kälin (Hrsg.), Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung: verfassungs- und menschenrechtliche Aspekte (ZSR-Beiheft 29), Basel/Genf/München 1999, Das verfassungsrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen der ethnisch-kulturellen Herkunft, 71 ff.; ANDREAS RIEDER, Form oder Effekt? Art. 8 Abs. 2 BV und die ungleichen Auswirkungen staatlichen Handelns, Diss. Bern 2003, 222 ff.

<sup>31</sup> Vgl. dazu auch NIGGLI (FN 22), N 1659.

<sup>32</sup> NIGGLI (FN 22), N 1699; SCHLEIMINGER (FN 22), N 76; DONATSCH/WOHLERS (FN 23), 218.

Eine zulässige Vertragsabschlussverweigerung besteht unbestritten dort, wo die zurückgewiesene Person wegen (vergangenem) Fehlverhalten zurückgewiesen worden ist.<sup>33</sup> Auf der anderen Seite liegt offensichtliche Unzulässigkeit bei gänzlich irrationalen Verhalten feindlicher Art vor. Davon erfasst ist die auf rassistischen und religionsfeindlichen Stereotypen beruhende Leistungsverweigerung. Darunter fällt zum einen die einzig aus ideologisch-rassistischen Motiven realisierte Leistungsverweigerung. Dabei werden Menschen ausgeschlossen, weil sie aufgrund ihrer tatsächlichen oder zugeschriebenen Rasse, Ethnie oder Religion als minderwertig betrachtet werden. Zum anderen beinhaltet sie die auf einer naturalisierenden<sup>34</sup> sozialen Konstruktion beruhende Leistungsverweigerung ohne ideologisch-rassistischen Hintergrund. Diese gründet in einer auf Stereotypen basierenden, pauschalen Problematisierung der Zugehörigen der entsprechenden Gruppe – z.B. «weil sie einfach mehrheitlich gewalttätiger sind».<sup>35</sup> Wobei die diskriminierende Person sie dabei – im Gegensatz zum ideologisch-rassistisch motivierten Täter – nicht pauschal als minderwertig betrachtet, sondern «lediglich» bestehende Stereotypen unreflektiert in ihre Gedanken- und Gefühlswelt integriert, die sich in diskriminierenden Handlungen manifestieren.<sup>36</sup>

Weniger eindeutig ist die Situation in denjenigen Fällen, wo die Anknüpfung an eines der drei sensiblen Persönlichkeitsmerkmale nicht auf rassistischen Motiven beziehungsweise rassendiskriminierenden Stereotypen basiert. Konkret geht es um die Frage, ob und ab wann eine Anknüpfung an eines der drei Persönlichkeitsmerkmale sachlich gerechtfertigt werden kann. Die typische Grundkonstellation ist die Leistungsverweigerung, die mit der Absicht verbunden ist, den möglichen Eintritt tatsächlicher, das Unternehmen mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit schädigende Risiken zu verhindern (wie z.B. die Beeinträchtigung des Ansehens eines Unternehmens, die negative Entwicklung der Geschäftskosten und Abgänge von Kunden und Kundinnen). Der Leistungsverweigerer stützt sich bei der Einschätzung des Risikos auf eigene Erfahrungswerte. Konkretes Beispiel

<sup>33</sup> Vgl. dazu NIGGLI (FN 22), N 1661, unter Hinweis auf einen Fall aus dem Kanton Zürich: «Drei Äthiopiern wird der Einlass in das Nachtlokal «El Cubanito» verwehrt. Einige Wochen vorher hatte es in diesem Lokal eine Schlägerei zwischen Äthiopiern und Tamilen gegeben. Die drei Afrikaner wurden laut Aussage der angeklagten Türsteher nicht eingelassen, da der Sicherheitschef sie als Schläger identifiziert hatte. Freispruch.»

<sup>34</sup> Zum Begriff vgl. BAER, Hierarchisierung (FN 14), 441.

<sup>35</sup> BERATUNGSPRAXIS (FN 2).

<sup>36</sup> Dieser Typus lässt sich in der BERATUNGSPRAXIS (FN 2) häufig beobachten. Beispielsweise findet man in Diskussionen mit Sicherheitsleuten die Argumentation in der Art wie: «Die können das halt vielfach nicht besser, haben ein schlechteres Elternhaus. Ich bin nicht Rassist, habe auch sehr gute Kumpels von dort, aber meine Aufgabe ist es, für Ruhe und Ordnung zu sorgen, Punkt.»

ist die Verweigerung des Einlasses in eine Disco mit der Begründung, Konflikte und Gewalt verhindern zu wollen.<sup>37</sup>

Die Meinungen hinsichtlich der Qualifikation des sachlichen (beziehungsweise nicht rassendiskriminierenden) Grundes sind kontrovers.<sup>38</sup> Nach Teilen der Literatur sollen auch nur einigermaßen glaubwürdige Erfahrungen ausreichen,<sup>39</sup> wenn etwa Konfrontationen verhindert werden sollen, um die Strafbarkeit zu verneinen.<sup>40</sup> Ähnlich sehen dies die zuständigen Strafverfolgungsbehörden in Fällen aus den Kantonen Graubünden<sup>41</sup>, Solothurn<sup>42</sup> und Luzern<sup>43</sup>. Demgegenüber erachtet dies eine Minderheit in der Lehre richtigerweise als nicht zutreffend.<sup>44</sup> Nach NIGGLI könnten nur tatsächliche Schwierigkeiten (wie kriminelles oder unsittliches Verhalten) mit der entsprechenden Person eine Leistungsverweigerung rechtfertigen. Dem ist zuzustimmen: Es reicht m.E. nicht aus, allgemeine schlechte Erfahrungen

mit irgendwelchen Angehörigen der fraglichen ethnischen, «rassischen» oder religiösen Gruppe als Rechtfertigungsgrund heranzuziehen, damit es zulässig ist, alle Besucher mit entsprechenden Merkmalen in «Sippenhaft» zu nehmen. Andernfalls – so auch NIGGLI – wäre jede Diskriminierung, auch Apartheid legitimierbar.<sup>45</sup>

Eine besondere Konstellation liegt vor, wenn die rassendiskriminierende Einstellung von der Kundschaft aus kommt und sie sich bereits manifestiert – z.B. wenn gegenüber dem Unternehmen gehässige Reaktionen erfolgen oder Kundenbeziehungen aufgelöst werden –, wodurch das Unternehmen tangiert und es im Extremfall gar in seiner Existenz bedroht ist.<sup>46</sup> Die Unternehmerin wird zwecks Vermeidung von betriebswirtschaftlichen Schäden «gezwungen», Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion den Vertragsabschluss zu verweigern. Dabei handelt es sich weder um ein auf rassistischen Stereotypen beruhendes Verhalten noch um eine Form der rassendiskriminierenden «Sippenhaftung». Wenn das konkrete Risiko besteht, dass es zu erheblichen – nicht mit zumutbaren Massnahmen zu verhindernden – Umsatzeinbussen kommt, ist die Anknüpfung sachlich begründet und somit nicht strafbar.<sup>47</sup>

### 3. Rechtsfolgen und Durchsetzungsregelungen

Wer im Sinne der Rassendiskriminierungsstrafnorm diskriminiert, wird mit Geld- oder Freiheitsstrafe sanktioniert.<sup>48</sup> Darüber hinaus hat die Strafbarkeit auch privatrechtliche Konsequenzen<sup>49</sup>: Erstens bedeutet sie eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung des Vertragsinteressenten, womit auch die entsprechenden Rechtsansprüche geltend gemacht werden können. Zweitens vermag die Widerrechtlichkeit der Ablehnungserklärung nach ARNET sowohl auf der Basis des Rechtsmissbrauchsverbots (Art. 2 Abs. 2 ZGB) als auch durch analoge Anwendung von Art. 20 OR in Verbindung mit Art. 6 OR unter bestimmten Voraussetzungen die unmittelbare Entstehung des Zielvertrages bewirken. Drittens kann

<sup>37</sup> Vgl. dazu PESCHE WIDMER, Geschäftsleiter des Sicherheitsunternehmens Broncos Security GmbH, Die Gratwanderung eines Türstehers, in: Eidgenössische Kommission gegen Rassismus EKR (Hrsg.), Tangram 18, Öffentlicher Raum, Bern 2006, 99: «(...) aufgrund der Erfahrungen ist es eben so, dass Herkunft, Ethnie und Religion auch einen grossen Einfluss auf die Verhaltensmuster dieser Menschen haben. So ist zum Beispiel der Umgang mit weiblichen Gästen je nach Herkunft des «Verehrers» sehr gewöhnungsbedürftig. Die Damen fühlen sich unter Umständen nicht mehr wohl, bleiben der Location fern und somit ist diese sehr rasch nicht mehr «in». (...) Es ist für einen Türsteher unmöglich, auf Anhieb die «Guten» von den «Bösen» einer Menschengruppe zu unterscheiden, deshalb ist es naheliegend, dass er sich im Zweifelsfall gegen eine ganze Gruppe entscheidet.»

<sup>38</sup> Eine Übersicht dazu findet sich bei NIGGLI (FN 22), N 1659 ff.

<sup>39</sup> GÜNTHER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 5. A., Bern 2000, § 39 N 40.

<sup>40</sup> BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, 2. A., Bern 2002: Art. 261<sup>bis</sup> N 36; VEST (FN 22), N 114; einschränkend DONATSCH/WOHLERS (FN 23), 219.

<sup>41</sup> EKR-URTEIL 2004-23 (FN 23), Zwei dunkelhäutigen Männern wird der Zutritt in eine Disco verweigert: «Wenn der Angeschuldigte angesichts seiner Erfahrungstatsache mit dunkelhäutigen Drogenhändlern sowie aufgrund des «komischen Verhaltens» und der unpassenden Kleidung der beiden Geschädigten diesen Eintritt in den Club verweigert, habe er sich keiner rassistischen Leistungsverweigerung (...) strafbar gemacht.»

<sup>42</sup> EKR-URTEIL 2004-17 (FN 23), Einlassverweigerung in ein Lokal: «Namentlich sachlich gerechtfertigte Gründe, wie bisheriges ungebührliches Verhalten anlässlich von Zusammenkünften oder Auseinandersetzungen zwischen Angehörigen einer bestimmten Nationalität, können das Eintrittsrecht beschränken.»

<sup>43</sup> EKR-URTEIL 2001-21 (FN 23), Keinen Alkoholausschank an Schwarze: Die strafrechtliche Relevanz wurde verneint, weil im vorliegenden Fall aufgrund der im Vorfeld gemachten negativen Erfahrungen mit Personen schwarzer Hautfarbe ein sachlicher Grund für die Leistungsverweigerung (Verweigerung des Alkoholausschanks) vorgelegen habe.

<sup>44</sup> Im Ergebnis gleich – jedoch ohne die Frage anzusprechen – EKR-URTEIL 1999-46 (FN 23), Wegweisung von Personen schwarzer Hautfarbe aus Restaurant.

<sup>45</sup> NIGGLI (FN 22), N 1662.

<sup>46</sup> Vgl. dazu z.B. den Sachverhalt in EuGH-Urteil vom 10. Juli 2008, Rechtssache C/54/07 Firma *Feryn NV*, besprochen von NAGUIB, Besprechung EuGH-Urteil (FN 23), 1241 f.

<sup>47</sup> Vgl. dazu NAGUIB, Besprechung EuGH-Urteil (FN 23), 1243.

<sup>48</sup> Bis anhin kam es zu insgesamt drei Schuldsprüchen, in denen Geldstrafen ausgesprochen wurden: Fr. 400.– in EKR-URTEIL 1999-22 (FN 23), Lokalverbot auf Tafel: «Aus Sicherheitsgründen haben Gäste aus Ex-Jugoslawien/Albanien kein [sic] Zutritt!», wobei der Täter sowohl auf der Basis von Abs. 4 Halbsatz 1 als auch (fälschlicherweise) auf der Grundlage von Abs. 5 verurteilt wurde; Fr. 500.– in EKR-URTEIL 1999-46 (FN 23), Wegweisung von Personen schwarzer Hautfarbe aus Restaurant; Fr. 600.– in EKR-URTEIL 2001-19 (FN 23), Wegweisung einer schwarzen Frau aus Kleiderladen: «I don't want people from your country».

<sup>49</sup> Vgl. dazu hinten, S. 1005 ff.

ein Verstoß gegen Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 5 StGB auf der Grundlage der Rechtsfigur culpa in contrahendo einen Schadenersatzanspruch auslösen. Viertens stellt die strafbare Verweigerung des Vertragsabschlusses durch Anbieter mit marktbeherrschender Stellung bei Gütern des Normalbedarfs eine Verletzung des privatrechtlichen Grundsatzes des Verbots sittenwidrigen Verhaltens dar und führt zu einem Kontrahierungsanspruch.

## II. Behindertengleichstellungsrechtliches Diskriminierungsverbot

### 1. Allgemeine Bemerkungen zum Tatbestand

Privaten, die Dienstleistungen öffentlich anbieten, ist es untersagt, Menschen auf Grund ihrer Behinderung zu diskriminieren (Art. 6 BehiG). Das in Praxis und Literatur bis anhin mit wenigen Ausnahmen<sup>50</sup> unbehandelte behindertengleichstellungsrechtliche Diskriminierungsverbot erfasst alle Phasen der Vertragsfreiheit. Dazu gehört auch die hier behandelte Verweigerung des Abschlusses des Zielvertrags über die zu erbringende Dienstleistung.<sup>51</sup>

Unter «öffentlich angebotene Dienstleistung»<sup>52</sup> fällt jede zu einem bestimmten Zeitpunkt oder in einem Zeitrahmen zu erbringende Leistung<sup>53</sup>, die einer unbestimmten Zahl von Personen angeboten wird, die mithin nicht ausschliesslich erkennbar für eine spezifische Person oder Gruppe von Personen bestimmt ist.<sup>54</sup> Darunter fallen meines Erachtens auch

Warenleistungen. Eine Unterscheidung zwischen Dienstleistungen und Warenleistungen erschiene aus der Perspektive des BehiG kaum sachlich begründbar. Beide Leistungstypen sind den öffentlich angebotenen wirtschaftlichen Gütern zuzuordnen. Hinzu kommt, dass ein Ausschluss von Warenleistungen vom Geltungsbereich des Diskriminierungsverbots nicht mit der ratio legis, nämlich segregierendem Verhalten und Ausgrenzung im öffentlichen Raum zu begegnen, vereinbar ist.<sup>55</sup> Schliesslich wäre eine prinzipielle Unterscheidung künstlich, ist doch die Erbringung von Warenleistungen vielfach mit einer Dienstleistung verbunden.<sup>56</sup> Somit ist eine weite Interpretation des Begriffes der Dienstleistung vorzuziehen.

Keine klaren Äusserungen finden sich in den Materialien zur Frage, inwiefern Mietwohnungs- und Miethausangebote unter den Geltungsbereich des Diskriminierungsverbots fallen. Ein einziger Hinweis findet sich in den Erläuterungen des Bundesamtes für Justiz zur Behindertengleichstellungsverordnung.<sup>57</sup> Darin wird festgehalten, dass die Umschreibung des Begriffes Dienstleistungen im Vernehmlassungsentwurf auch «Räume und Einrichtungen bereitstellen» erfasst. Dies kann dahingehend verstanden werden, dass auch die Vermietung von Wohn- und Arbeitsräumlichkeiten unter den Begriff der Dienstleistung fällt. Zudem lassen sich Vermietungen auch im Sinne der hier vertretenen Definition des Begriffes der Dienstleistung unter Art. 6 BehiG subsumieren. Der Anbieter, welcher sein Angebot an eine unbestimmte Gruppe von Personen richtet, leistet denn auch Dienst im Sinne des Schaffens von Mietwohnungsangeboten sowie Erhaltens der Tauglichkeit des Mietobjektes. Voraussetzung für die Subsumentbarkeit unter den Begriff der Dienstleistung ist zudem, dass sich das Angebot nicht ausschliesslich erkennbar an eine

<sup>50</sup> Urteil 5P.97/2006 (2006); JAUN (FN 10), 464; MARTENET (FN 10), 424 f. und KURT PÄRLI, Verweigerung Abschluss einer Zusatzversicherung, Urteil des Bundesgerichts 5P.97/2006 vom 1. Juni 2006, HAVE 1/2007, 46 ff.; vgl. zudem Hinweise auf die Bestimmungen u.a. in HAUSAMMAN (FN 10), 16, 22; MÜLLER/SCHEFER (FN 9), 70.

<sup>51</sup> PÄRLI (FN 50), 50; vgl. zudem Urteil 1C\_48/2008 (2008), E. 5.3, worin das Gericht im Zusammenhang mit der fehlenden Möglichkeit, ein separates Billet bzw. billigeres Billet für einen Saunaeintritt im Mineralheilbad Grub (AR) zu lösen, auf Art. 6 BehiG hinweist.

<sup>52</sup> BBl 2001 II 1779. Während den Debatten in den vorbereitenden Kommissionen für soziale Sicherheit und Gesundheit SGK und in den Räten kam es zu keiner Präzisierung des Begriffes *öffentliche Dienstleistung*. Ein einziges Mitglied warf zu Beginn der Eintretensdebatte in der vorbereitenden Kommission des Ständerats die Frage auf, weshalb angesichts der Gefahr einer freien Interpretation des Bundesgerichts dieses Artikels auf eine genauere Normierung verzichtet worden sei, vgl. Beratung der Kommission des Ständerats für Soziale Sicherheit und Gesundheit SGK, Sitzung vom 9. April 2001, Protokoll, 19 (zit. STÄNDERAT SGK, April 2001).

<sup>53</sup> <http://wikipedia.org/wiki/Dienstleistung> (eingesehen 5. Mai 2009).

<sup>54</sup> Darunter fallen in Anlehnung an die Botschaft, BBl 2000 II 1778, 1780 und an NIGGLI (FN 22), N 1525 ff., z.B. Angebote der Gastronomie (Restaurants, Bars, Kaffees, Hotels etc.), des Freizeit- und Unterhaltungssektors (Kinos, Theater, Diskotheken, Parkanlagen, Schwimmbäder etc.), von Kulturbetrieben (Ausstellungen, Museen, Bibliotheken etc.) und des Bildungs-

sektors (Kinderkrippen, Schulen, Weiterbildungsinstitute etc.); vgl. zudem Urteil 5P.97/2006 vom 1. Juni 2006, worin das Bundesgericht unmissverständlich klar macht, dass es bei Versicherern im Bereich der Zusatzversicherung (z.B. Rechtsschutzversicherung, Lebensversicherung, Spitalzusatzversicherung) um Private handelt, die im Sinne von Art. 6 BehiG Dienstleistungen öffentlich anbieten; vgl. hierzu auch PÄRLI (FN 50), 50; vgl. schliesslich auch folgende Beispiele aus den Debatten der vorbereitenden SGK: Anwalt, Treuhänder, Coiffeur, STÄNDERAT SGK, April 2001 (FN 1), 19; Restaurant, STÄNDERAT SGK, April 2001 (FN 52), 21, 22; Sauna, STÄNDERAT SGK, August 2001 (FN 52), 28; Reisebüro, Internetdienstleistung, Badeanstalt, Hallenbad, Konzert, private Schule, Debatte der nationalrätlichen SGK vom 2. und 3. Mai 2002, Protokoll, 49-54 (zit. NATIONALRAT SGK, 2002).

<sup>55</sup> BBl 2001 II 1775 f., 1780.

<sup>56</sup> Darunter fallen z.B. Angebote von Fachgeschäften, die mit einer individuellen Beratung verbunden sind (wie z.B. bei Kleiderboutiquen, Brillengeschäften, Buchhandlungen, Feinkostspezialisten).

<sup>57</sup> Erläuterungen vom November 2003 des Bundesamtes für Justiz zur Behindertengleichstellungsverordnung (BehiV), 3.



spezifische Person oder Gruppe von Personen richtet.<sup>58</sup> Während bei Angeboten von Wohnungen in Wohngebäuden mit mehreren Wohneinheiten durch eine Immobilienverwaltung in der Regel keine Eingrenzung betreffend Adressaten vorgenommen wird, richten sich z.B. Angebote der Untermiete normalerweise an eine spezifische Gruppe von Personen wie z.B. «weiblich, jung, WG-erfahren». Die Vorselektion muss nicht ausdrücklich getroffen werden, sondern ergibt sich aus den konkreten Umständen des Einzelfalls. Fazit: Wird einem Menschen ein öffentlich angebotenes Mietobjekt verweigert, einzig weil er beispielsweise in einem Wohnblock von den anderen Mietern wegen seiner Behinderung als störend empfunden werden könnte, gelangt m.E. das behindertengleichstellungsrechtliche Diskriminierungsverbot zur Anwendung.

Ähnlich wie beim strafrechtlichen Verbot der Rassendiskriminierung stellt sich im Zusammenhang mit Art. 6 BehiG die Frage, inwiefern Handlungen von Hilfspersonen vom persönlichen Geltungsbereich des Diskriminierungsverbots erfasst werden. Meines Erachtens wäre es mit Sinn und Zweck von Art. 6 BehiG – aus denselben Überlegungen wie beim strafrechtlichen Verbot der rassendiskriminierenden Leistungsverweigerung – nicht vereinbar, wenn einzig der zivilrechtliche Leistungsanbieter bei einer diskriminierenden Handlung mit Folgen rechnen müsste. Vielmehr liegt ein Verstoss gegen Art. 6 BehiG vor, wenn er durch eine Person begangen wird, welche die Dienstleistung tatsächlich (oder rechtlich anbietet) oder die einer natürlichen oder juristischen Person bei der Tätigkeit des Anbietens Unterstützung oder Hilfe gewährt. Da als Rechtsanspruch eine Entschädigung von maximal 5000 Franken vorgesehen ist, kann bei einem entsprechenden Rechtsverstoss sowohl gegen den zivilrechtlichen Leistungsanbieter als auch gegen die diskriminierende Hilfsperson vorgegangen werden. Demgegenüber wäre bei gesetzlicher Verankerung eines Kontrahierungszwangs einzig der zivilrechtliche Dienstleistungsanbieter einklagbar. Dabei wäre noch darzulegen, ob ihm eine durch eine Hilfsperson begangene Vertragsabschlussverweigerung über die Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 OR) oder die Hilfspersonenhaftung (Art. 101 OR) anzurechnen ist. Die gleiche Frage der Zurechenbarkeit stellt sich zudem im Zusammenhang mit dem Entschädigungsanspruch.

## 2. Spezifische Bemerkungen zum Diskriminierungsverbot

Rechtswidrig handelt, wer Menschen «aufgrund ihrer Behinderung diskriminiert». Eine Diskriminierung im Sinne von Art. 6 BehiG ist eine besonders krass unterschiedliche und benachteiligende Behandlung mit dem Ziel oder der Folge, die Person mit Behinderung herabzuwürdigen oder auszugrenzen

(Art. 2 lit. d BehiV). Das Wort «krass» und die strukturell sowie inhaltlich nicht leicht fassbare Aneinanderreihung unbestimmter Begriffe erlaubt keine präzise Fassung der Tragweite des Diskriminierungsverbots.<sup>59</sup> Deutlich wird vorerst, dass der Verordnungsgeber mit dieser Formulierung die Geltung des Diskriminierungsverbots von vornherein auf schwerwiegende Formen der Benachteiligung einschränken will.<sup>60</sup> Er verankert das Diskriminierungsverbot als Herabwürdigungsverbot und grenzt es dadurch vom Benachteiligungsverbot im Sinne von Art. 8 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 lit. e und 2 Abs. 4 BehiG ab. Im Gegensatz zum Benachteiligungsverbot können den UnternehmerInnen dadurch grundsätzlich keinerlei finanzielle, organisatorische und anderweitig belastende Aufwendungen entstehen.<sup>61</sup> Dies bedeutet insbesondere, dass Dienstleistungsanbieter mit Art. 6 BehiG nicht zu angemessenen Vorkehrungen<sup>62</sup> verpflichtet werden.<sup>63</sup>

<sup>59</sup> Unsicherheiten diesbezüglich kamen auch in der Debatte der Räte und der vorberatenden SGK beider Räte zum Ausdruck: vgl. zum Beispiel STÄNDERAT SGK, Mai 2001 (FN 52), 7, Bemerkung eines Mitgliedes des Ständerats, das insbesondere die Unklarheiten der Bedeutung des Verbots für Restaurants anspricht; vgl. zudem NATIONALRAT SGK, 2002 (FN 54), 13, Hinweis auf die offene und dynamische Abgrenzung zwischen Benachteiligung und Diskriminierung, welche durch die Gerichte vorzunehmen sei. Genannt werden auch mögliche Inspirationsquellen «im Bereich Geschlecht, Hautfarbe, ethnische Herkunft, Lebensform etc.»; vgl. auch STÄNDERAT, 2001 (FN 1), 612, Bemerkung eines Mitgliedes des Ständerats, das den «unberechenbaren Kostenfaktor für Privatunternehmer» kritisiert.

<sup>60</sup> PÄRLI (FN 50), 49.

<sup>61</sup> Urteil 5P.97/2007 (2006), E. 4.3; vgl. zudem STÄNDERAT SGK, April 2001 (FN 52), 21 und Mai 2001, 4, August 2001, 26 f.; NATIONALRAT SGK, November 2001, 5. Interessant ist die Feststellung, dass zwar benachteiligt aber nicht diskriminiert wird, wenn einem Blinden im Restaurant erläutert wird, was es zu essen und trinken gibt, vgl. NATIONALRAT SGK, Mai 2002 (FN 54), 12.

<sup>62</sup> Die am 16. Dezember 2006 von der UNO-Generalversammlung verabschiedete Konvention zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen definiert *reasonable accommodation* als «necessary and appropriate modification and adjustments not imposing a disproportionate or undue burden, where needed in a particular case, to ensure to persons with disabilities the enjoyment or exercise on an equal basis with others of all human rights and fundamental freedoms» (Art. 2); zum Konzept vgl. zudem KURT PÄRLI/ANNETTE LICHTENAUER/ALEXANDRA CAPLAZI, Integration in die Arbeitswelt durch Gleichstellung. Literaturanalyse im Auftrag des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderung EBGB, 54 ff.

<sup>63</sup> BBl 2001 II 1780. Beispielsweise besteht keine Pflicht, dass der Restaurantbetreiber seine Menükarte oder die Privatschule ihr Kursmaterial blinden Menschen in Brailleschrift zur Verfügung stellt, vgl. NATIONALRAT SGK, Mai 2002 (FN 54), 54; interessant dazu das Beispiel, dass zwar benachteiligt aber nicht diskriminiert, wenn einem Blinden im Restaurant erläutert wird, was es zu essen und trinken gibt, vgl. NATIONALRAT SGK, Mai 2002 (FN 54); vgl. zudem das folgende Beispiel, NATIONALRAT SGK, Mai 2002 (FN 54), 49: «Ein Reisebüro, das über Internet sehr günstige Flüge anbietet».

<sup>58</sup> In der Botschaft, BBl 2001 II 1779, spricht der Bundesrat von «beispielsweise mit Inseraten» angebotenen Dienstleistungen. Gerade für Mietwohnungen ist es typisch, dass Inserate geschaltet werden.

Von Art. 6 erfasst ist in erster Linie die direkte Diskriminierung. Eine Diskriminierungsabsicht ist nicht vorausgesetzt.<sup>64</sup> Im Sinne von Art. 6 BehiG ist eine Benachteiligung diskriminierend, wenn sie Menschen ausschliesslich oder überwiegend wegen ihrer Behinderung trifft und sie nicht durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Unklar sind die Anforderungen an den sachlichen Grund.

Stützt man sich auf den Willen des Gesetzgebers, wird deutlich, dass jedenfalls die gänzlich irrationale Benachteiligung sachlich nicht begründet ist.<sup>65</sup> Darunter fällt zum einen die behindertenfeindlich motivierte<sup>66</sup> Vertragsabschlussverweigerung. Der behindertenfeindliche Dienstleistungsanbieter lehnt den Menschen wegen seiner Behinderung ab, weil er ihn als abnormal und störend empfindet und darauf aufbauend aus der Person mit Behinderung ein Mangelwesen konstruiert, d.h. sie für nicht gleichwertig betrachtet.<sup>67</sup> Zum anderen fällt aber auch die nicht «aggressiv-behindertenfeindlich»<sup>68</sup> motivierte Verweigerung aus Gründen pauschaler naturalisierender Stereotypisierung wie z.B. des «nicht fähigen Behinderten» unter diese Kategorie. Ein Beispiel dafür ist

tet, muss dieses Angebot (...) nicht zwingend auch für Sinnbehinderte lesbar und erkennbar machen.»; vgl. schliesslich zum Begriff der *Diskriminierung* STÄNDERAT SGK, August 2001 (FN 52), 27.

<sup>64</sup> Vgl. dazu STÄNDERAT SGK, Mai 2001 (FN 52), 4.

<sup>65</sup> Vgl. hierzu auch PÄRLI (FN 50), 50.

<sup>66</sup> Zu den verschiedenen Begrifflichkeiten der Behindertenfeindlichkeit siehe RUDOLF FORSTER, «Neue Behindertenfeindlichkeit» und rechtsradikale Gewalt gegen Behinderte, *Behindertenpädagogik in Bayern* 43 (2000) II; PETER WIEDMANN, *Vorurteile gegen sozial Schwache und Behinderte, Information zur politischen Bildung* 271 (2005); BIRGIT ROMMELSPACHER, *Wie wirkt Diskriminierung – am Beispiel der Behindertenfeindlichkeit*, Vortrag auf der Tagung *Ethik und Behinderung – Theorie und Praxis*; vgl. zudem die Lebenswert-Diskussionen im Umfeld einer «neuen Behindertenfeindlichkeit», vgl. GEORG THEUNISSEN, *Zur «neuen Behindertenfeindlichkeit» in der Bundesrepublik Deutschland*, *Zeitschrift für Heilpädagogik* 40 (1989), 673 ff.

<sup>67</sup> Vgl. hierzu ein Beispiel aus der Beratungspraxis der Fachstelle *Égalité Handicap*, NEWSLETTER EH 1/2008 (FN 4), 7, wo ein Wirt einem sehbehinderten Mann mit einem Blindenführhund und seinem Freund, der ihn begleitete, mitteilte, dass der Hund nicht erwünscht sei und dass sie nicht bedient würden.

<sup>68</sup> Eine klare Trennung zwischen der aggressiven und der nicht-aggressiven Form der Behindertenfeindlichkeit ist nicht möglich und aus rechtlicher Perspektive auch nicht notwendig. Letztere Form ist im Wesentlichen dadurch charakterisiert, dass die Ausgrenzung letztlich nicht aufgrund einer grundsätzlichen Minderwertigkeit befürwortet wird, sondern weil die behinderte Person im konkreten Kontext störend wirkt. Zu diesem Typ gehört folgendes Beispiel, vgl. STÄNDERAT SGK, April 2001 (FN 52), 21: «Eine Familie mit einem mongoloiden Kind will in einem Restaurant essen. Sie wird abgewiesen, weil das Personal den Eindruck hat, die Präsenz eines mongoloiden Kindes könnte die anderen Kunden im Restaurant stören. Das Kind benimmt sich entgegen der Annahme jedoch in keiner Weise auffällig.»

die Verweigerung, ein Mädchen mit einer leichten geistigen Behinderung im «Adventure Naturpark» zuzulassen, mit der Begründung, «das kann sie sowieso nicht», ohne vorgängig eine individuelle Abklärung vorzunehmen. Zur behindertenfeindlichen Kategorie gehören schliesslich auch Handlungen, mit denen Menschen von Dienstleistungen Privater ausgegrenzt werden, weil sie aus optischen, akustischen oder anderweitig sinnlich wahrnehmbaren Äusserlichkeiten als störend empfunden werden, ohne dass diese Störung aus einer objektivierte Perspektive unter den entsprechenden Umständen als bedeutend einzustufen ist.<sup>69</sup>

Nebst der behindertenfeindlichen gibt es auch andere Formen sachlich nicht begründeter Verweigerung des Vertragsabschlusses. Ihnen ist gemein, dass nicht die Behinderung als solche unmittelbar ausschlaggebend ist, sondern ein mit der Behinderung unmittelbar verbundenes (scheinbares) Kostenrisiko, ohne dass dieses jedoch konkret besteht oder individuell geprüft wurde, ob es vorliegt. Auch kann es sein, dass es nicht erheblich ist. Beispielsweise hatte die Fachstelle *Égalité Handicap* Beratungsfälle zu bearbeiten, bei denen sich der Unternehmer auf gesetzliche Vorschriften feuerpolizeilicher Natur<sup>70</sup> oder auf Hygienevorschriften<sup>71</sup> berief. Im

<sup>69</sup> «Nicht behindertenfeindlich und sachlich begründet wäre z.B. die Wegweisung einer Person mit geistiger Behinderung aus einem klassischen Konzert, weil sie behinderungsbedingt laut vor sich her singt und auch nach wiederholter Aufforderung das Singen nicht unterlässt. Anders zu beurteilen wäre jedoch der Sachverhalt, wo eine Person in einem Restaurant behinderungsbedingt schmatzende Geräusche von sich gibt und sie deshalb aus dem Restaurant wegweisen wird. Der Unterschied zwischen den beiden Situationen liegt darin, dass im ersten Fall der Genuss der Dienstleistung aus einer objektiven Betrachtungsweise nicht mehr möglich ist und deshalb eine erhebliche Beeinträchtigung der Atmosphäre vorliegt, während im zweiten Fall lediglich gewisse Annehmlichkeiten tangiert sind und deshalb die Konsumation der Dienstleistung aus objektiver Perspektive nicht erheblich beeinträchtigt ist.»

<sup>70</sup> Vgl. hierzu den *Restaurant-Fall* in NEWSLETTER EH 2/2007 (FN 4), 4, und 4/2006, 3: In einer Bar werden keine Rollstuhlfahrer eingelassen mit der offiziellen Begründung, dass sich diese im Falle eines Brandes nicht selbständig die elf Stockwerke hinunterbewegen könnten, man die feuerpolizeilichen Vorgaben nicht verletzen wolle, dies zu einer Überforderung des Personals führen könnte und es aus ethischen Gründen nicht vertretbar sei, die Person sich selbst zu überlassen; vgl. zudem den *Kino-Fall* in NEWSLETTER EH 2/2007 (FN 4), 12, wo der Kassier einem Rollstuhlfahrer den Einlass in ein Kino verweigerte mit der Begründung, im Kinosaal müsse man zwei Stufen überwinden und deshalb könne das Kinounternehmen ihm aus Sicherheitsgründen den Eintritt nicht gewähren; vgl. schliesslich den Fall der Verweigerung des Flugtransports einer Gruppe von acht Gehörlosen mit der Begründung, aus Sicherheitsgründen könne eine solch Gruppe gehörloser Menschen nicht ohne Gebärdendolmetscher transportiert werden, ansonsten könne im Notfall wie z.B. bei einer Notlandung nicht angemessen mit ihnen kommuniziert werden, BERATUNGSPRAXIS (FN 2).

<sup>71</sup> Vgl. hierzu den *Fitnesscenter-Fall*, NEWSLETTER EH 2/2008 (FN 4), 3, wo unter anderem «Personen, die an einer anstecken-

Zusammenhang mit Versicherungsverträgen begründeten Versicherer die Vertragsabschlussverweigerung mit dem Argument des statistischen Schadenrisikos.<sup>72</sup> Auch gab es Fälle, wo der Dienstleistungsanbieter behinderungsbedingten Mehraufwand befürchtete.<sup>73</sup> Wie sind diese Beispiele rechtlich einzuordnen?

Nach der hier vertretenen Meinung hält nicht jede minimal plausible Begründung dem behindertengleichstellungsrechtlichen Diskriminierungsverbot stand. Vielmehr ist der Dienstleistungsanbieter dort, wo eine Person aufgrund ihrer Behinderung von einer Dienstleistung ausgeschlossen werden soll, zu einem grundsätzlich rationalen Verhalten verpflichtet.<sup>74</sup> Gänzlich irrational ist eine Leistungsverweigerung jedenfalls dann, wenn sie sich einzig auf eine Vermutung des Vorliegens sachlicher Gründe stützt, beispielsweise darauf, die Behinderung führe automatisch zu behinderungsbedingten Mehrkosten – wie z.B. beim Fall der Kinderkrippe.<sup>75</sup> Weiter zwingt Art. 6 BehiG im Bereich der Privatversicherung die Versicherungsunternehmen dazu, jeden Einzelfall individuell zu prüfen und eine Vertragsabschlussverweigerung mittels fundierten, nach versicherungsmathematischen Kriterien ermittelten statistischen Daten zu begründen.<sup>76</sup> Zudem entpuppt sich meines Erachtens auch die pauschale Bezugnahme auf das Sicherheitsargument gestützt auf Sicherheitsvorschriften wie z.B. feuerpolizeiliche Brandschutzregelungen als irrationales Verhalten. Zwar rechtfertigt die Einhaltung rechtlicher Vorschriften eine Vertragsabschlussverweigerung. Zulässig ist sie aber nur, wenn aufgrund objektiver, nichtdiskriminierender Kriterien

den Krankheit, an einer Hautkrankheit oder an einem schweren Gebrechen leiden» der Zutritt nicht gestattet wurde.

<sup>72</sup> Vgl. hierzu die *Spitalzusatzversicherung-Fälle*, wo einer Frau mit Fibromyalgie, vgl. NEWSLETTER EH 1/2008 (FN 4), 8, einem Kind mit einer Hemiparese, BERATUNGSPRAXIS (FN 2) und einer Person mit motorisch incompletter Tetraplegie und einer vollständigen Lähmung der unteren Extremitäten (Bundesgerichtsentscheid 5P.97/2006) der Abschluss einer Spitalzusatzversicherung «wegen erhöhtem Risiko auf Spitalaufenthalte» verweigert wurde.

<sup>73</sup> Vgl. hierzu die *Kinderkrippen-Fälle*, BERATUNGSPRAXIS (FN 2), wo Kindern mit Behinderung ohne vorgängige individuelle Prüfung die Aufnahme verweigert wurde, weil sie unzumutbare Aufwendungen auslösen würden; vgl. zudem die *Kindergarten-Fälle*, NEWSLETTER EH 1/2008 (FN 4), wo Kindern mit Down Syndrom die Aufnahme nur unter der Bedingung der Bezahlung von mehr Geld gewährt werde, mit der Begründung, die Kinder würden mehr Aufwand auslösen, ohne jedoch vorher geprüft zu haben, ob dies tatsächlich der Fall ist.

<sup>74</sup> PÄRLI (FN 50), 50, weist zum Verhältnis Rationalität und Diskriminierung auf ALEXANDER SOMEK, Rationalität und Diskriminierung – Zur Bindung der Gesetzgebung an das Gleichheitsrecht, Wien/New York 2001; ALEXANDER SOMEK, Rechtliches Wissen, Frankfurt am Main 2006, 199 ff.

<sup>75</sup> Siehe FN 73.

<sup>76</sup> Vgl. hierzu PÄRLI (FN 50), 50, mit Hinweis auf das VVG und ausführlicher DERS., Dogmen und Entwicklungen bei HIV-Positivität und Lebensversicherungen, HAVE 2005, 109 ff.

der Ausschluss auch tatsächlich gesetzlich geboten ist. Der Ausschluss muss letztlich geeignet und erforderlich sein, den Schutz von Personen, Tieren und Sachen vor erheblichen Gefahren zu gewährleisten. Dabei ist auch zwischen Gefahren für die behinderte Person und Drittpersonen zu unterscheiden. Unrechtmässig ist nach der hier vertretenen Meinung die Vertragsabschlussverweigerung jedenfalls dann, wenn sie einzig zum Schutz der Person mit Behinderung vor (mit einer geringen Wahrscheinlichkeit eintretenden) Gefahren vorgenommen wird. Die gesetzlich gebotene Schutzpflicht liesse sich beispielsweise auch durch eine transparente Risikoauflärung erreichen. Würde man den Ausschluss von Menschen aus Sicherheitsgründen pauschal akzeptieren, hätte dies zur Folge, dass Segregation leicht zu legitimieren wäre. Beispielsweise könnte man Menschen mit einer Mobilitätsbehinderung (z.B. Rollstuhlfahrern, Blinden, Gehbehinderten) den Zugang zu allen Stockwerken ober- und unterhalb des Erdgeschosses oder zu Etagen mit Treppen dazwischen verweigern. Dies gilt auch für Stockwerke, die mit Liften erschlossen sind, da diese in einem Brandfall jederzeit aussteigen könnten. Die Konstellation erscheint geradezu absurd und widerspricht offensichtlich dem Zweck des Behindertengleichstellungsgesetzes, Benachteiligungen zu verhindern und Rahmenbedingungen zu schaffen, die es Menschen mit Behinderung erleichtern, am gesellschaftlichen Leben teilzunehmen (Art. 1 Abs. 1 und 2 BehiG). Einzig in Extremsituationen kann es angebracht sein, auf der Basis rechtlicher Vorgaben Menschen mit Mobilitätsbehinderung nicht zuzulassen, nämlich dort, wo tatsächlich ein erhebliches Risiko für Personen vorliegt. Grundsätzlich können jedoch bestehende feuerpolizeiliche oder anderweitige Sicherheitsvorschriften problemlos BehiG-konform umgesetzt bzw. ausgelegt werden.

Eine gesondert zu beurteilende Problematik ist die Konstellation, wo das für die Vertragsabschlussverweigerung kausale irrationale Verhalten nicht vom Dienstleistungsanbieter sondern von Drittpersonen aus kommt.<sup>77</sup> Beispiele dafür sind das Hallenbadverbot für Menschen, denen Gliedmassen fehlen<sup>78</sup> und das Restaurantverbot für schmatzende und sabbernde Menschen mit Behinderung aus Gründen des

<sup>77</sup> Der Grund für einen derartigen Ausschluss muss nicht in jedem Fall in der Behindertenfeindlichkeit der Kunden liegen. Es gibt auch Situationen, wo Kunden und Kundinnen den Ort von sich aus meiden, ohne zu befürworten, dass Menschen wegen ihrer Behinderung vom Genuss der Dienstleistung ausgeschlossen werden.

<sup>78</sup> Vgl. den Fall im Brigerbad (VS), NEWSLETTER EH 2/2005 (FN 4), 5 und NEWSLETTER EH 2/2007 (FN 4), 5, wo einer Person im Rollstuhl der Zugang zu einem Thermalbad von den Verantwortlichen verweigert wurde mit der Begründung, das Bad sei für Personen im Rollstuhl und Beinamputierte (sic !) nur in gewissen Wochen, in denen das Bad für die anderen Besucher geschlossen ist, zugänglich. Die Regelung wurde aufgrund von Reklamationen von Badegästen eingeführt.

Ekels.<sup>79</sup> Ausschlaggebend für die Vertragsabschlussverweigerung sind dabei nicht gänzlich irrationale (d.h. stereotype oder gar feindliche Motive) des Unternehmers, sondern mutmasslich oder tatsächlich gestörte Empfindungen feindlicher oder nicht-feindlicher Natur bei seinen Kunden. Der Dienstleistungsanbieter geht es mit der Vertragsabschlussverweigerung um die Sicherstellung der Kundenzufriedenheit beziehungsweise darum, betriebswirtschaftlichen Schaden von ihrem Unternehmen fernzuhalten.

Derartige Kundenanliegen irrationaler Natur sind für die rechtliche Beurteilung, ob ein sachlicher Grund vorliegt, durchaus von Gewicht, aber dennoch sehr zurückhaltend zu berücksichtigen.<sup>80</sup> Zweck des Diskriminierungsverbots ist es, diskriminierender Ausgrenzung, die auf angelernten, in der Gedanken- und Gefühlswelt fest verankerten Vorstellungsmustern über «passend» und «unpassend» basiert, entgegenzuwirken. Rechtlich zulässig ist nach der hier vertretenen Meinung eine derartige Vertragsabschlussverweigerung deshalb einzig in begründeten Ausnahmefällen, die dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz standhalten. Würde man die Schwelle der Zulässigkeit tiefer legen, wäre eine Vertragsabschlussverweigerung letztlich problemlos mittels Kundenbedürfnissen begründbar und diskriminierende Segregation damit leicht legitimierbar.

Abschliessend zu beurteilen bleibt noch die Frage, inwiefern Artikel 6 BehiG vom Dienstleistungsanbieter gewisse Anpassungen erfordert. Bereits geklärt ist, dass eine sachlich begründete Vertragsabschlussverweigerung jedenfalls dann vorliegt, wenn der Vertragsabschluss faktisch und/oder rechtlich die Verpflichtung zur Erbringung spezifischer Leistungen nach sich zieht, wie z.B. zusätzlich zu treffende Sicherheitsvorkehrungen für eine querschnittsgelähmte Person bei

einem Riverrafting-Ausflug. Demgegenüber unzulässig wäre m.E. beispielsweise der Ausschluss blinder Menschen von einem Restaurant in Stosszeiten «weil meine Kellner ihre Zeit nicht damit verbringen können, Blinden die Speisekarte vorzulesen».<sup>81</sup> Hier ist insbesondere die Frage des Vertragsabschlusses von der Frage, ob die Kellner die Dienstleistung benachteiligungsfrei zu erbringen haben, zu trennen. Dort, wo sich die Vertragsabschlussverweigerung als nicht erforderlich zur Vermeidung von behinderungsbedingten, zusätzlichen Aufwendungen herausstellt, ist sie irrational und damit sachlich nicht begründet. Zudem ist der Ausschluss der Pflicht, angemessene Vorkehrungen treffen zu müssen, nicht mit der Frage zu verwechseln, ob und inwiefern der Dienstleistungsanbieter gewisse minimale Anpassungsleistungen – die sich noch im Rahmen der zumutbaren Rücksichtnahme auf individuelle Kundenanliegen bewegen – vornehmen muss. Beispielsweise wäre es auch aus der Perspektive des eng gefassten behindertengleichstellungsrechtlichen Diskriminierungsverbots einem Restaurantbesitzer durchaus zuzumuten, einzelne Tische oder Stühle umzustellen, damit es für eine Rollstuhlfahrerin möglich wird, sich an einen Tisch zu setzen.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass nach der hier vertretenen Auffassung eine Vertragsabschlussverweigerung im Sinne von Art. 6 BehiG diskriminierend ist, wenn sie auf die Behinderung zurückzuführen ist und nicht rational begründet werden kann. Eine Diskriminierungsabsicht ist nicht vorausgesetzt. Vertieft zu prüfen wäre noch, ob und inwiefern auch bestimmte Konstellationen der indirekten Diskriminierung unter das Diskriminierungsverbot fallen.<sup>82</sup>

### 3. Rechtsfolgen und Durchsetzungsregelungen

Wer im Sinne von Art. 6 diskriminiert wird, kann bei einem Gericht eine Entschädigung beantragen (Art. 8 Abs. 3 BehiG). Das Gericht trägt bei der Festsetzung der Entschädigung (...) den Umständen, der Schwere der Diskriminierung und dem Wert der Dienstleistung Rechnung.<sup>83</sup> Die Entschädigung beträgt höchstens 5000 Franken (Art. 11 Abs. 2 BehiG). Behindertenorganisationen gesamtschweizerischer Bedeutung, die seit mindestens zehn Jahren bestehen, können Rechtsansprüche auf Grund von Benachteiligungen, die

<sup>79</sup> Ähnliches Beispiel in WOLFGANG DÄUBLER/MARTIN BERTZBACH, Handkommentar AGG, Baden-Baden 2007, 643: «Beispielsweise wird sich ein Gastwirt nicht auf eine Rechtfertigung nach § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 berufen können, um behinderte Menschen vom Besuch seiner Speisegaststätte auszuschliessen, weil sich Nichtbehinderte durch deren Anblick oder Essgewohnheiten «belästigt» fühlen.» Vergleiche etwa auch die Weigerung, einer Person mit Blindenführhund in den Campingplatz Einlass zu gewähren, weil der Hund die anderen Campingbesucher stören könnte, BERATUNGSPRAXIS (FN 2); vgl. auch folgende Beispiele, STÄNDERAT SGK, August 2001 (FN 52), 27: «Würde sich ein Mongoloider ab und zu etwas laut äussern, wäre es eine Diskriminierung, ihn nicht in das Restaurant zu lassen.» und «Um Diskriminierung ginge es auch, wenn sich ein Restaurantbesitzer auf den Standpunkt stellen würde, dass Personen, die körperliche Anfälligkeiten aufweisen oder psychisch nicht in der Lage sind, sich einigermaßen integriert zu verhalten, grundsätzlich nicht zugelassen sind».

<sup>80</sup> In der Botschaft, BBl 2001 II 1780, wird denn auch festgehalten, dass Art. 6 segregierendes Verhalten von Dienstleistungsanbietern vorbeugen soll, das Menschen mit Behinderungen von bestimmten Aktivitäten ausschliessen will, aus Angst, dass ihre Präsenz eine bestimmte Ruhe oder die sozialen Gewohnheiten der übrigen Kunden beeinträchtigen könnte.

<sup>81</sup> Fiktives Beispiel.

<sup>82</sup> PÄRLI (FN 50), 51, bevorzugt eine Interpretation, bei der Art. 6 BehiG nebst der direkten Diskriminierung auch die indirekte Diskriminierung erfasst. Demgegenüber vertritt JAUN (FN 10), 464, die Meinung, dass «freilich» nur die unmittelbare, nicht aber die mittelbare Diskriminierung von Art. 6 BehiG erfasst ist.

<sup>83</sup> Der Gesetzgeber hat von einer Kontrahierungspflicht abgesehen, um den Eingriff in die Vertragsfreiheit gering zu halten, vgl. STÄNDERAT SGK, April 2001 (FN 52), 23 und STÄNDERAT SGK, August 2001 (FN 52), 27 f.

sich auf eine grosse Zahl Behinderter auswirken, geltend machen (Art. 8 Abs. 1). Dies gilt auch für Zivilverfahren zur Feststellung einer Diskriminierung im Sinne von Art. 6 (Art. 8 Abs. 3 lit. a).

Die Rechtswidrigkeit bedeutet zugleich das Vorliegen einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 28 ZGB aus.<sup>84</sup> Dies heisst, dass nebst den Ansprüchen aus Artikel 8 Abs. 3 BehiG auch diejenigen aus Artikel 28 ff. ZGB nutzbar gemacht werden können.<sup>85</sup> Zudem resultiert daraus nach ARNET – infolge des Verstosses gegen das Rechtsmissbrauchsverbot sowie im Sinne einer analogen Anwendung von Art. 20 Abs. 1 OR – unmittelbar das Zustandekommen des Zielvertrages, sofern eine typisierte oder individuelle Erwartungsgrundlage im Sinne von Art. 6 vorliegt.<sup>86</sup> Von Bedeutung ist auch die Rechtsfigur de culpa in contrahendo und das Verbot sittenwidrigen Verhaltens.

### C. Diskriminierungsschutz in der allgemeinen Privatrechtsordnung

Im privatrechtlichen Vertragsverhältnis gilt die Vertragsabschlussfreiheit als Bestandteil des Grundsatzes der Vertragsfreiheit nach Art. 19 OR.<sup>87</sup> Die Vertragsfreiheit ist Element der Privatautonomie.<sup>88</sup> Diese wiederum fliesst aus der grundrechtlich geschützten Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und umfasst die Freiheit der Rechtssubjekte, ihre privaten Rechtsverhältnisse nach eigenem Willen zu gestalten.<sup>89</sup>

Der Privatautonomie kommt ein hoher Stellenwert zu.<sup>90</sup> Dennoch gilt sie nicht absolut. Sie findet ihre Schranken im zwingenden Recht, in der öffentlichen Ordnung oder im

Recht der Persönlichkeit.<sup>91</sup> Im vorliegenden Zusammenhang entscheidend ist die begrenzende Bedeutung der gesetzlichen Diskriminierungsverbote, des Schutzes der Persönlichkeit nach Art. 28 ZGB<sup>92</sup>, des Grundsatzes von Treu und Glauben sowie des Rechtsmissbrauchsverbots nach Art. 2 ZGB und des Grundsatzes des Verbots sittenwidrigen Verhaltens (BGE 129 III 35, Post-Entscheidung<sup>93</sup>).

Diese unbestimmten Rechtsbegriffe der Privatrechtsordnung lassen sich auch für den Diskriminierungsschutz fruchtbar machen. Sie bilden die Verbindungsstücke, über welche das völker- und verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot einfließen kann.<sup>94</sup> Deren Wertausfüllung hat in Anlehnung an die Wertentscheidung des Gesetzgebers in der ganzen Rechtsordnung – einschliesslich auf Verfassungsebene, und da insbesondere unter Berücksichtigung der Grundrechte – zu erfolgen.<sup>95</sup> Ihre Tragweite ist – verfassungs- und grundrechtskonform – herauszukristallisieren.<sup>96</sup> Auf der Basis der bestehenden Dogmatik ist eine grundrechtsorientierte Güterabwägung zu treffen.

## I. Zivilrechtlicher Persönlichkeitsschutz

### 1. Persönlichkeitsrecht auf diskriminierungsfreie Behandlung

Zentral für den Persönlichkeitsschutz ist der Begriff der Persönlichkeit. Der Gesetzgeber hatte die Ausfüllung dieses allgemeinen Begriffs bewusst der Rechtsprechung und Lehre überlassen<sup>97</sup>, welche ihn anhand der gesetzgeberischen Wertentscheidung in der gesamten Rechtsordnung auszufüllen haben.<sup>98</sup> Der Persönlichkeitsschutz ist damit zeitlichem Wan-

<sup>84</sup> Vgl. dazu hinten, S. 1005 ff.

<sup>85</sup> Vgl. dazu hinten, S. 1005 ff.

<sup>86</sup> Zur individuellen und typisierten Erwartungshaltung vgl. ARNET (FN 10), 337 ff.

<sup>87</sup> Vgl. zu den Aspekten der Vertragsfreiheit statt aller ERNST KRAMER, zu Art. 19–20, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Bd. VI, 1. Abteilung, 2. Teilband, Kommentar zu Art. 19–22 OR, Bern 1991, 42 ff.

<sup>88</sup> MADELAINE CAMPRUBI, Kontrahierungszwang gemäss BGE 129 III 35: ein Verstoß gegen die Wirtschaftsfreiheit, zugleich ein Beitrag zur Diskussion über die Grundrechtsbindung von öffentlichen Unternehmen, AJP/PJA 4/2004, 384 ff., 389 f.; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/HEINZ REY, OR allgemeiner Teil, 8. A., 2003, N 314 und 613 ff.; vgl. zudem spezifisch auf das Arbeitsverhältnis ausgerichtet PÄRLI/CAPLAZI/SUTTER (FN 10), 132.

<sup>89</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (FN 88), N 314 und 613 ff.; THOMAS GEISER, in: Jürgen Becker/Reto M. Hilty/Jean Fritz Stöckli/Thomas Würtenberger (Hrsg.), Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes, Festschrift für Manfred Rehbinder, München/Bern 2002, Gibt es ein Gleichbehandlungsgebot im schweizerischen Arbeitsrecht?, 37 ff., 37 f.; KATHRIN KLETT, Vertragsfreiheit und Kontrahierungszwang, BJM 2005, 161 ff., 162; PÄRLI/CAPLAZI/SUTTER (FN 10), 132.

<sup>90</sup> KLETT (FN 89), 162.

<sup>91</sup> WALDMANN (FN 11), 68.

<sup>92</sup> BGE 113 II 37, 123 III 193, 129 III 35; BERNHARD PULVER, L'interdiction de la discrimination, Diss. Neuenburg, Basel 2003, N 409; PÄRLI/CAPLAZI/SUTTER (FN 10), 132; WALDMANN (FN 11), 68.

<sup>93</sup> BGE 124 III 297, E. 5, 302, mit Verweisen.

<sup>94</sup> GÖKSU (FN 10), 95; WALDMANN (FN 11), 68.

<sup>95</sup> GÖKSU (FN 10), 96; JÖRG PAUL MÜLLER, Zur Bedeutung der Pressefreiheit beim privat- und strafrechtlichen Ehrenschatz, ZSR 86 (1967), erster Halbband, 124 f.

<sup>96</sup> HEINZ HAUSHEER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 1999, N 10, 49.

<sup>97</sup> BBl 1982 II 658; TARKAN GÖKSU, Rassendiskriminierung beim Vertragsabschluss als Persönlichkeitsverletzung, AISUF Bd. 221, Diss. Freiburg 2003, N 68; RICHARD FRANK, Persönlichkeitsschutz heute, Zürich 1983, N 92; PÄRLI/CAPLAZI/SUTTER (FN 10), 133; PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID/ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. A., Zürich 2002, 102, mit Verweis auf die Botschaft vom 20. November 1996, BBl 1997 I, 137 ff.

<sup>98</sup> THOMAS GEISER, Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke, Basel 1990, N 1.41; BRUNO GLAUS, Das Recht am eigenen Wort, Informationelle Selbstbestimmung als Schranke der Medienfreiheit – Mit allgemeinen Geschäftsbe-

del unterworfen und offen für eine dynamische Rechtsfortbildung.<sup>99</sup>

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts umfasst der Begriff der Persönlichkeit «alles, was zur Individualisierung einer Person dient und im Hinblick auf die Beziehung zwischen den einzelnen Individuen und im Rahmen der guten Sitten als schützwürdig erscheint».<sup>100</sup> Er ist «Inbegriff der Rechte, die untrennbar mit der Person verknüpft sind».<sup>101</sup> Die Persönlichkeit ist die Gesamtheit der physischen, moralischen und sozialen Werte, die dem Menschen kraft seiner Existenz inhärent sind, als schützwürdig erscheinen und Gegenstand einer Verletzung sein können.<sup>102</sup> Die Persönlichkeitsrechte knüpfen so direkt an der Würde des Menschen an und rücken den Persönlichkeitsbegriff in die unmittelbare Nähe der Grundrechte.<sup>103</sup> Artikel 28 ZGB bildet somit das Verbindungsstück, über welches alle persönlichkeitsrelevanten Grundrechte in die Rechtsverhältnisse unter Privaten einfließen können, dies sowohl im vorvertraglichen Bereich über Art. 19 und 20 OR als auch im vertraglichen Bereich.<sup>104</sup>

dingungen für das Mediengespräch, Diss. Zürich 1997, 16 f.; GÖKSU (FN 97), N 68.

<sup>99</sup> Vgl. dazu auch KURT PÄRLI, Der Persönlichkeitsschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, ARV 2005, 225 ff., 235, der auf die Offenheit des arbeitsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes (Art. 328 OR) hinweist, die den Gerichten erlaubt, auf neue Bedrohungen der Persönlichkeit wie die Folgen von Überlastung und Diskriminierung am Arbeitsplatz zu reagieren; PÄRLI/CAPLAZI/SUTER (FN 10), 133.

<sup>100</sup> BGE 45 II 625, 70 II 130, 95 II 491 ff.

<sup>101</sup> BGE 84 II 573.

<sup>102</sup> GÖKSU (FN 97), N 208, 903; zum Aspekt *inhärente Werte* vgl. zudem HENRI DESCHENAUX/PAUL-HENRI STEINAUER, La responsabilité civile, 2. A., Bern 1982, N 515; GÖKSU (FN 97), N 73 f.; KASPAR ERNST HOTZ, Zum Problem der Abgrenzung des Persönlichkeitsschutzes nach Art. 28 ZGB, Diss. Zürich 1967, 24; URS ROBERT OBERHOLZER, Schutz der Persönlichkeit im Mietrecht, Diss. Zürich 1978, 58; PIERRE TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, Zürich 1984, N 318; zum Aspekt der *Schützenswertigkeit* der inhärenten Werte vgl. GÖKSU (FN 97), N 75 ff.; AUGUST SIMONIUS, Die Persönlichkeitsrechte des Privatrechts in ihrem Verhältnis zu den öffentlichen Freiheitsrechten, in: Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht (in: Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Juristische Fakultäten der schweizerischen Universitäten [Hrsg.]), Zürich 1948, 281 ff., 283; zur *objektiven Schützenswertigkeit* vgl. FRANK (FN 97), N 88; zum Aspekt der *Verletzbarkeit* vgl. PETER JÄGGI, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, ZSR 79 (1960) II, 133a, 145a ff., 165a f. und 173a; FRANZ WERRO, in: Peter Gauch/Franz Werro/Jean Baptiste Zufferey (Hrsg.), La protection de la personnalité, Bilan et perspectives d'un nouveau droit, Contribution en l'honneur de Pierre Tercier pour ses cinquante ans, Freiburg 1983, La définition des biens de la personnalité: une prérogative du juge, 15 ff., 21.

<sup>103</sup> GÖKSU (FN 10), 95; WALDMANN (FN 11), 68.

<sup>104</sup> GÖKSU (FN 10), 29; WALDMANN (FN 11), 68; ähnlich zudem ARNET (FN 10), 263 ff.

Das Diskriminierungsverbot gehört zu diesen persönlichkeitsrelevanten Grundrechten.<sup>105</sup>

Ein allgemeines privatrechtliches Diskriminierungsverbot wird in der Lehre mehrheitlich verneint.<sup>106</sup> Demgegenüber lässt sich nach der hier vorliegenden Auffassung auf dem bestehenden dogmatischen Fundament des Persönlichkeitsschutzes mit guten Gründen ein *Persönlichkeitsrecht auf diskriminierungsfreie Behandlung* herleiten.<sup>107</sup> Merkmale, die von den völker- und verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverboten geschützt sind (wie z.B. die Herkunft, das Geschlecht, die Behinderung, die sexuelle Orientierung, die fahrende Lebensform, das Alter und die Religionszugehörigkeit) stellen elementare Aspekte der Persönlichkeit eines Menschen dar. Dieser persönlichkeitsbildende Effekt wird dadurch verstärkt, dass die Merkmale in erhöhtem Masse sensibel sind.<sup>108</sup> Denn zum einen können einzelne da-

<sup>105</sup> TARKAN GÖKSU, Gedanken zur Kontrahierungspflicht anlässlich von BGE 129 III 35, ZBJV 140 (2004), 35 ff., 51; MARTENET (FN 10), 426 f., WALDMANN (FN 11), 68.

<sup>106</sup> ARNET (FN 10), 266; vgl. zudem den Meinungsstand bei JÖRG SCHMID, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, Zürich 2001, N 1064; BESSON (FN 10), N 1240 ff.; TRACHSLER (FN 10), privatrechtliches Gleichbehandlungsgebot, 3 ff., 188 f.; WERRO (FN 102), 15 ff., 27 m.H.

<sup>107</sup> Vgl. dazu auch GÖKSU (FN 97), N 214 ff.; THOMAS GEISER, in: Eidgenössische Kommission gegen Rassismus EKR (Hrsg.), Tangram 11 (2001), Arbeitswelt, Diskriminierung am Arbeitsplatz: Die Rechtslage in der Schweiz, 13 ff., 15, welcher Diskriminierung über den Ehrenschatz erfassen will; JAUN (FN 10), 473, welcher zwar ein Persönlichkeitsrecht auf Gleichbehandlung im rechtsgeschäftlichen Verkehr auch für diskriminierungsgefährdete Personen ausschliesst, jedoch den Würdeschutz als eigenständigen Teil- bzw. Grundaspekt der Persönlichkeit im Sinne von Art. 28 ZGB behandeln möchte, 477; KLETT (FN 89), 176; PÄRLI (FN 99), 234, der in Art. 328 OR einen Anknüpfungspunkt für die indirekte Drittwirkung der verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote sieht; DERS., Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) auf das Arbeitsrecht, ARV 2007 (zit. AGG), 133 ff., 143, der auf den in Art. 328 OR beinhalteten Diskriminierungsschutz verweist und in der Rechtsprechung des EuGH zu den Antidiskriminierungsrichtlinien und in der Praxis zum AGG wertvolle Rechtskenntnisquellen sieht; PÄRLI/CAPLAZI/SUTER (FN 10), 133, die im Recht auf diskriminierungsfreie Behandlung einen der Persönlichkeit immanenten Wert sehen; zum deutschen Recht vgl. HERMANN ELKE, Die Abschlussfreiheit – Ein gefährdetes Prinzip, zugleich der Versuch einer dogmatischen Erfassung der vorvertraglichen Regelungen des § 611a BGB, Zfa 1996, 19 ff., 22 f.

<sup>108</sup> Zur Sensibilität von Persönlichkeitsmerkmalen vgl. WALDMANN (FN 11), 563 ff., der in inhaltlicher Sicht die «gemeinsame Bande» der Merkmale im Grundsatz der Menschenwürde (Art. 7 BV) sieht, 564; ähnlich SCHEFER (FN 11), 476, der von «sensitiven Bereichen des Gleichheitssatzes» spricht; MÜLLER/SCHEFER (FN 9), 710, die den Würdeschutz in engem Zusammenhang mit der historischen und aktuellen Gefahr der Herabwürdigung sehen, ähnlich wie BESSON (FN 10), N 538; GÖKSU (FN 97), N 12; RENÉ RHINOW, Die Bundesverfassung 2000, Eine Einführung, Basel 2000, 140.

von nicht oder kaum verändert werden (z.B. Herkunft, Geschlecht, Behinderung, Alter, sexuelle Orientierung), oder es ist den TrägerInnen nicht zuzumuten, sie zu verändern (z.B. fahrende Lebensform, Religionszugehörigkeit). Zum anderen waren Träger dieser Merkmale in der Vergangenheit der Gefahr der Ausgrenzung und Stigmatisierung ausgesetzt und sind es weiterhin. Diskriminierungen im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV sind deshalb besonders geeignet, die Persönlichkeit des Menschen zu verletzen.<sup>109</sup> Aus diesen Gründen impliziert die Vertragsabschlussverweigerung aus diskriminierenden Motiven die Erniedrigung der betroffenen Person und stellt somit eine Verletzung ihrer Menschenwürde dar.<sup>110</sup> Da jeder Mensch ein nachhaltiges Interesse daran hat, vor Verletzungen der Menschenwürde durch derartige diskriminierende Vertragsabschlussverweigerungen geschützt zu werden (subjektives Rechtsschutzinteresse<sup>111</sup>) und sich dieses Interesse aufgrund gesetzgeberischer Wertentscheidungen (Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Art. 6 BehiG) auch objektivieren lässt (objektives Rechtsschutzinteresse<sup>112</sup>), sind Diskriminierungen folglich immer Verletzungen der Persönlichkeit.<sup>113</sup> Somit ist ein Persönlichkeitsrecht auf diskriminierungsfreie Behandlung plausibel nachgewiesen. Dieses lässt sich auch als Aspekt der affektiven Persönlichkeit verstehen.<sup>114</sup>

Die Tragweite des Persönlichkeitsrechts auf diskriminierungsfreie Behandlung beschränkt sich – wie beim strafrechtlichen Verbot der Rassendiskriminierung und dem behindertengleichstellungsrechtlichen Diskriminierungsverbot – auf ein Herabwürdigungsverbot. Ein Verstoß gegen das Persönlichkeitsrecht auf diskriminierungsfreie Behandlung mit der Qualität einer Herabwürdigung ist anzunehmen, wenn die Vertragsabschlussverweigerung auf einer Anknüpfung an ein sensibles Merkmal im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV basiert und kein sachlicher Grund vorliegt, der die Anknüpfung rechtfertigt. Das Verbot der direkten Diskriminierung steht somit im Vordergrund. Inwiefern auch gewisse indirekte Diskriminierungen vom Persönlichkeitsschutz erfasst sind, wäre vertiefend zu behandeln.

Eine derartige Persönlichkeitsverletzung aufgrund einer Diskriminierung ist jedenfalls dort gegeben, wo die Vertragsabschlussverweigerung von einer Äusserung begleitet ist, die

dem Abgewiesenen gegenüber unmittelbar Geringschätzung und Missachtung zum Ausdruck bringt.<sup>115</sup>

Weiter ist nach der vorliegenden Meinung eine Vertragsabschlussverweigerung auch dann persönlichkeitsverletzend, wenn sich die Anknüpfung an das sensible Persönlichkeitsmerkmal aus ideologisch-feindlichen Motiven (wie z.B. Homophobie, Sexismus, Antiziganismus<sup>116</sup>, Ageismus<sup>117</sup> und Misanthropie<sup>118</sup>) speist. Persönlichkeitsverletzend ist sie deshalb, weil die Vertragsabschlussverweigerung aufgrund des feindlichen Motivs die Negierung der Gleichberechtigung wegen sensibler Persönlichkeitsmerkmale bedeutet.

Eine Persönlichkeitsverletzung ist darüber hinaus auch dann zu bejahen, wenn die Vertragsabschlussverweigerung auf einer negativ konnotierten Naturalisierung beruht, d.h. in einer sozial konstruierten, pauschalen Problematisierung bestimmter Menschen wegen ihrer Merkmale gründet – wie z.B. «Zigeuner stehlen häufiger, die möchten wir nicht auf dem Zeltplatz» –, ohne dass damit die ideologische Überzeugung deren Minderwertigkeit verbunden ist. Auch hier wird deutlich, dass die Würde verletzt ist, da die diskriminierte Person durch die «sippenhaftartige» Vertragsabschlussverweigerung als Zugehöriger zu einer scheinbar durch ein sensibles Persönlichkeitsmerkmal gekennzeichnete Problemgruppe disqualifiziert und sie nicht als ein über die Trägerin des entsprechenden Persönlichkeitsmerkmals hinausgehendes Individuum wahrgenommen wird.

Eine Persönlichkeitsverletzung ist auch in denjenigen Fällen gegeben, wo Menschen – auch ohne grundsätzlich feindliche Absicht oder Stereotypisierung – als von der «Normalität» abweichend und störend betrachtet werden,

<sup>109</sup> KURT PÄRLI, Aids: Datenschutz und Diskriminierung, DIGMA 2003, 127 ff., 129; PÄRLI/CAPLAZI/SUTTER (FN 10), 133.

<sup>110</sup> GÖKSU (FN 97), N 223 ff.

<sup>111</sup> GÖKSU (FN 97), weist auf das Interesse der in ihrer Würde verletzten Person auf Nichterniedrigung, N 232, und auf den Aspekt des «Sich-verletzt-Fühlens», der unmittelbar zum Bedürfnis nach Schutzmitteln führe, N 233, hin.

<sup>112</sup> GÖKSU (FN 97), N 234 ff., weist auf weitere rechtliche Quellen hin (z.B. Art. 14 EMRK, Art. 8 Abs. 2 BV, Gleichstellungsgesetz), welche Ausdruck gesetzgeberischer und allgemeiner Wertentscheidungen sind und dadurch die objektive Schutzwürdigkeit des Rechts auf diskriminierungsfreie Behandlung indizieren.

<sup>113</sup> GEISER (FN 89), 45; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (FN 88), N 1111; PÄRLI (FN 10), 133.

<sup>114</sup> GÖKSU (FN 97), N 247.

<sup>115</sup> JAUN (FN 10), 477, bezugnehmend auf Urteil vom 10. Oktober 2005, Tribunal de Prud'Hommes de l'arrondissement des Lausanne (T304.021563) (zit. FALL LAUSANNE) und Urteil vom 13. Januar, Arbeitsgericht Zürich, 2. Abteilung (AN 050401/U 1) (zit. FALL ZÜRICH); vgl. dazu die Besprechung der beiden Urteile von KURT PÄRLI, Besprechung von Tribunal de Prud'Hommes de l'arrondissement des Lausanne, arrêt du 10 octobre 2005 (T304.021563) und Arbeitsgericht Zürich, 2. Abteilung, Geschäft Nr. AN 050401/U 1 vom 13. Januar 2006, Anstellungsdiskriminierung, ARV 2006, 23 ff.

<sup>116</sup> *Antiziganismus* ist ein in Analogie zum Antisemitismus gebildeter Fachbegriff für Zigeunerfeindlichkeit, der die von Stereotypen, Abneigung und Feindschaft geprägten Einstellungskomplexe gegen als «fremde Zigeuner» wahrgenommene Menschen und Gruppen bezeichnet, <http://de.wikipedia.org/wiki/Antiziganismus> (eingesehen 5. Mai 2009).

<sup>117</sup> Der Begriff *ageism* wird in den angelsächsischen Ländern seit den 60er Jahren diskutiert. Darunter versteht man «a set of beliefs, attitudes, norms, and values used to justify age based prejudice and discrimination», <http://en.wikipedia.org/wiki/Ageism> (eingesehen 5. Mai 2009).

<sup>118</sup> *Misanthropie* richtet sich zwar nicht gegen eine spezifische Gruppe von Menschen, sondern beschreibt die Haltung und Einstellung, welche den Menschen an sich verachtet oder hasst. Trotzdem kann er dazu führen, dass eine Person aufgrund eines spezifischen Merkmals diskriminiert wird, <http://de.wikipedia.org/wiki/Misanthropie> (eingesehen 5. Mai 2009).

sofern dieses abweichende Verhalten eng mit dem sensiblen Persönlichkeitsmerkmal verbunden ist. Dazu gehört z.B. die Benachteiligung eines wegen seiner Behinderung schmatzenden Restaurantbesuchers oder eines aufgrund seiner sexuellen Selbstwahrnehmung sich tuntenhaft verhaltender Schwuler. Die Vertragsabschlussverweigerung hat durch die enge Verbindung zwischen dem Grund der verspürten Störung und dem sensiblen Persönlichkeitsmerkmal eine die Persönlichkeit negierende Wirkung und ist damit herabwürdigend.

Nicht jeder Persönlichkeitseingriff ist widerrechtlich. Er kann mittels überwiegender öffentlicher oder privater Interessen gerechtfertigt sein. Dabei lassen sich analoge Überlegungen anbringen wie beim strafrechtlichen Verbot der Rassendiskriminierung und dem behindertengleichstellungsrechtlichen Diskriminierungsverbot. Im Wesentlichen gilt es, die jeweiligen Interessen der die Persönlichkeit verletzenden Gegenseite – wie z.B. das Recht auf Schutz der Privatsphäre, die Wirtschaftsfreiheit beziehungsweise das Persönlichkeitsrecht auf wirtschaftliche Entfaltung – gegeneinander abzuwägen.<sup>119</sup> Ein Rechtfertigungsgrund gemäss Art. 28 Abs. 2 ZGB liegt vor, wenn dieser die mutmassliche Persönlichkeitsverletzung überwiegt. Ein Beispiel eines solchen ist die nach Geschlechtern getrennte Zugänglichkeit von Badeanstalten und Saunen, die dem Schutz der Intimsphäre oder der persönlichen Sicherheit<sup>120</sup> dient.<sup>121</sup> In diesen Fällen ist das persönlichkeitsverletzende Motiv nicht kausal für die Verweigerung des Vertragsabschlusses.<sup>122</sup>

Abschliessend zu vermerken bleibt: Überwiegende Interessen rein unternehmerischer Natur sind mit Ausnahme des Schutzes vor erheblichen wirtschaftlichen Kostenrisiken nur mit grosser Zurückhaltung anzunehmen.<sup>123</sup>

## 2. Rechtsfolgen und Durchsetzungsregelungen

Art. 28a ZGB gewährt dem Kläger bei widerrechtlicher Persönlichkeitsverletzung die Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsklage. Darüber hinaus kann nach Art. 28a Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 49 OR Schadenersatz und Genugtuung gefordert werden.

Aus Sicht der BERATUNGSPRAXIS<sup>124</sup> steht der Genugtuungsanspruch im Vordergrund. Dabei geht es den Betroffenen in erster Linie um eine Anerkennung des Unrechts und eine Wiedergutmachung der «seelischen Verletzung». Die erlittene seelische Unbill führt nach Art. 49 Abs. 1 OR

zu einem Anspruch auf Leistung einer Genugtuung, wenn die Vertragsverweigerung zugleich eine Persönlichkeitsverletzung von einer gewissen Schwere bedeutet. Da eine diskriminierende Vertragsabschlussverweigerung zweifelsohne eine schwere Form der Persönlichkeitsverletzung darstellt<sup>125</sup>, führt sie auch regelmässig zu einem Genugtuungsanspruch. Die Höhe der Genugtuungssumme richtet sich nach der Schwere der Verletzung<sup>126</sup> und dem Verschulden<sup>127</sup>. Schematische Aussagen über die Höhe der Summe sind nicht möglich. In der Schweiz macht sich aber grundsätzlich eine Tendenz zu grosszügiger Bemessung der Genugtuungssumme bemerkbar.<sup>128</sup> Für den Diskriminierungsschutz besonders interessant sind der FALL LAUSANNE und der FALL ZÜRICH.<sup>129</sup> Sie zeigen, dass die Gerichte bereit sind, den Diskriminierten mehrere tausend Franken zuzusprechen. Ob im Rahmen von Dienstleistungsverweigerungen ähnlich hohe Summen gesprochen werden, ist schwierig zu beurteilen. Im bisher einzigen Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 5-Fall, in welchem das (Straf-)Gericht zusätzlich zur Bestrafung das Rechtsbegehren auf Genugtuung prüfte, wurden dem privaten Nebenkläger gerade noch 100 Franken Genugtuung zugesprochen.<sup>130</sup> Angesichts der grundsätzlichen Schwere einer Diskriminierung erscheint diese Summe als eher zu tief. Plausible Kriterien für eine allfällige Abstufung der Höhe der Summe sind Motiv, Art und Weise der Ausführung, Intensität des Eingriffs und Wichtigkeit der Dienstleistung für die diskriminierte Person. Beispielsweise ist die ausdrücklich mit einer feindlichen Geringschätzung (z.B. sexistische, homophobe, behindertenfeindliche, rassistische Sprüche) verbundene Leistungsverweigerung anders zu bewerten als die sich auf mutmasslich sachlichen Kriterien beruhende.

Nebst dem Genugtuungsanspruch ist auch der Anspruch auf Beseitigung der Persönlichkeitsverletzung von praktischer Relevanz. Da es ohne Diskriminierung grundsätzlich zum Vertragsabschluss kommt, bedeutet eine Beseitigung die gerichtliche Erzwingung des Vertragsabschlusses.<sup>131</sup> Die dogmatische Grundlage der hier angesprochenen Kontrahierungspflicht ist umstritten: Nach ARNET<sup>132</sup> und GÖKSU<sup>133</sup> besteht eine Kontrahierungspflicht auf der Basis des Per-

<sup>119</sup> Ähnlich ARNET (FN 10), 311.

<sup>120</sup> Da nicht jedes subjektive Sicherheitsbedürfnis ausreichend sein wird, dürfte Massstab das Empfinden eines objektiven Dritten in der Rolle des Betroffenen sein.

<sup>121</sup> DÄUBLER/BERTZBACH (FN 79), 643.

<sup>122</sup> ARNET (FN 10), 276.

<sup>123</sup> Vgl. WALDMANN (FN 11).

<sup>124</sup> FN 2.

<sup>125</sup> Ähnlich JAUN (FN 10), 479.

<sup>126</sup> VITO ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, N 923.

<sup>127</sup> ROLAND BREHM, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen (Kommentar zu Art. 41–61 OR), Bern 1998, N 74 ff. zu Art. 47 OR.

<sup>128</sup> ROBERTO (FN 126), N 930; GÖKSU (FN 97), N 893.

<sup>129</sup> FN 115.

<sup>130</sup> EKR-URTEIL 1999-46 (FN 23).

<sup>131</sup> GÖKSU (FN 97), N 633 ff., GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (FN 88), N 1111, PÄRLI/CAPLAZI/SUTER (FN 10), 138.

<sup>132</sup> ARNET (FN 10), 310 ff.

<sup>133</sup> GÖKSU (FN 97), N 621 ff.



sönlichkeitsschutzes. KRAMER und JAUN leiten die Kontrahierungspflicht aus Art. 28 ZGB in Verbindung mit dem Rechtsmissbrauchsverbot nach Art. 2 Abs. 2 ZGB ab.<sup>134</sup> Das Bundesgericht wiederum argumentiert auf der Grundlage des Grundsatzes des Verbots sittenwidrigen Verhaltens.<sup>135</sup>

Nach der Konzeption von GÖKSU mündet die Kontrahierungspflicht kraft Beseitigungsanspruch (Art. 28a Abs. 1 Ziff. 2 ZGB) in einen Kontrahierungszwang, sofern der Vertrag nicht derart persönlichkeitsintensiv ist, dass er bei einem zwangsweisen Abschluss gewiss und unweigerlich scheitern würde. Enger ist die Auffassung von ARNET, die den Kontrahierungszwang einzig aufgrund eines Handlungsgebotes bejaht. Ein solches könne sich insbesondere aus einem gesetzlichen Verbot zur Erklärung des Akzepts, aus einem rechtlichen Monopol auf Seiten des Kontrahenten, aus einem gesetzlichen Obligatorium zulasten des Interessenten oder aus dem Gebot der Einhaltung der guten Sitten ergeben.<sup>136</sup> Bundesgericht und ein Teil der Lehre wollen die Kontrahierungspflicht auf den «gesellschaftlich unabdingbaren» Bedarf eingrenzen<sup>137</sup> und allein dort in Betracht ziehen, wo es um elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung geht.<sup>138</sup> Sie stellen an den Kontrahierungszwang die Voraussetzung, dass keine Ausweichmöglichkeit auf andere, gleichwertige Dienstleistungsangebote unter vergleichbaren Konditionen bestehen. JAUN zweifelt am Nutzen einer Kontrahierungspflicht ausserhalb des eigentlichen Boykotts und begründet dies damit, dass es, soweit der Abgewiesene auf einen anderen Anbieter ausweichen kann, für ihn wenig interessant sei, den Vertragsschluss mit einer ungeliebten Partei zu erzwingen.<sup>139</sup>

Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Kontrahierungspflicht Folge des Umstandes, dass die diskriminierende Vertragsabschlussverweigerung eine Persönlichkeitsverletzung darstellt. Ob die Kontrahierungspflicht in einen Vertragsabschlusszwang mündet, ist anhand des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes zu klären.<sup>140</sup> Es ist zu prüfen, ob sich der Kontrahierungszwang als die geeignete, notwendige und zur Schwere der Persönlichkeitsverletzung verhältnismässige Massnahme erweist.<sup>141</sup> Da mit der Geeignetheit grundsätzlich zugleich die Erforderlichkeit gegeben ist, weil in der Regel einzig der Kontrahierungszwang eine Diskriminierung effektiv zu beseitigen vermag, konzentrieren sich die folgenden Ausführungen auf die Aspekte der Geeignetheit und der Zumutbarkeit.

Die Geeignetheit des Vertragszwangs kann nicht abstrakt bestimmt werden. Ob der Kontrahierungszwang zur Beseitigung der Diskriminierung geeignet ist, lässt sie jeweils nur im Einzelfall bestimmen. Er ist jedenfalls nicht von vornherein ungeeignet. Entscheidend ist letztlich, ob ein Vertrag faktisch eine Chance hat, im Sinne der vertraglichen Rahmenbedingungen zu bestehen. Je nach Vertragstyp sind die Gefahren des Scheiterns beziehungsweise die Chancen des Fortwirkens unterschiedlich einzuschätzen. Persönlichkeitsintensive Vertragsbeziehungen (wie z.B. ein Aufenthalt in einem Meditationszentrum) sind anders zu beurteilen als beispielsweise anonyme Massengeschäfte (z.B. Paketversand). Anders wie im Arbeitsverhältnis<sup>142</sup> ist der Aspekt des gegenseitigen Vertrauens im Rahmen von Dienstleistungsbeziehungen weniger gewichtig. Dies gilt bei standardisierten Produkten sowie bei dauerhaften Vertragsbeziehungen ohne persönlichkeitsnahe Leistungserbringung. Ohne Bedeutung ist zudem der von PÄRLI/CAPLAZI/SUTER erwähnte Aspekt der arbeitsrechtlichen Kündigungsregelung, die einzig die Missbräuchlichkeit nicht aber die Nichtigkeit nach sich zieht, was bedeutet, dass der zwangskontrahierte Vertrag zum gleichen Ergebnis wie der weniger einschneidende Anspruch auf Schadenersatz und Genugtuung führt.<sup>143</sup> Im Bereich der Dienstleistungen gelten nämlich – anders als im Arbeitsrecht – vielfach strengere Regelungen für die einseitige Vertragsauflösung, die im Gegensatz zum Arbeitsvertrag eine sachlich nicht begründete Vertragsbeendigung nichtig machen.

Insgesamt erscheint ein Kontrahierungszwang einzig dann ungeeignet, eine Diskriminierung zu beseitigen, wenn die aus dem Abschlusszwang resultierende vertragliche Beziehung aus einer objektiven Betrachtungsweise zum Scheitern verurteilt ist. Die Geeignetheit darf auch nicht schon deshalb verneint werden, weil eine diskriminierte Person bei einer Dienstleistungsverweigerung – gerade bei Massengeschäften – ohnehin auf alternative Angebote zugreifen wird und kein Interesse daran hat, den Vertrag unbedingt mit der diskriminierenden Person abzuschliessen. Ob die diskriminierte Person den Kontrahierungszwang in Anspruch nehmen möchte, ist nämlich keine Frage der Geeignetheit desselben, sondern schlicht und einfach eine Frage der freien Entscheidung der Betroffenen.

Die Zumutbarkeit des Kontrahierungszwangs hängt vom Ergebnis der Abwägung der Interessen der diskriminierten Person und derjenigen der Diskriminiererin ab. Auf der einen Seite ist das Interesse der Klägerin am Zustandekommen des Vertrags sowie ihr Interesse auf Beseitigung der Würdeverletzung zu berücksichtigen. Auf der anderen Seite ist das Interesse des Unternehmers am Nicht-Zustandekommen des Vertrags aus ökonomischen und persönlichen Gründen von

<sup>134</sup> JAUN (FN 10), 474.

<sup>135</sup> Vgl. dazu hinten, S. 1011.

<sup>136</sup> ARNET (FN 10), 311.

<sup>137</sup> JAUN (FN 10), 475; KRAMER (FN 87), N 110 m.H. zu Art. 19–20 OR.

<sup>138</sup> JAUN (FN 10), 475.

<sup>139</sup> JAUN (FN 10), 475.

<sup>140</sup> Vgl. bezogen auf privatrechtliche Stellenangebote auch GÖKSU (FN 97), N 660 ff.

<sup>141</sup> Vgl. GÖKSU (FN 97), N 628, 646 ff.

<sup>142</sup> Vgl. zum Arbeitsverhältnis PÄRLI/CAPLAZI/SUTER (FN 10), 138 f.

<sup>143</sup> PÄRLI/CAPLAZI/SUTER, HIV-Aids-Diskriminierung (FN 10), 138 f.

Bedeutung. Da Diskriminierung grundsätzlich ein ökonomisch unlogisches Verhalten darstellt, ist Letzteres für sich alleine wohl kaum ein relevantes – schon gar kein überwiegendes – Interesse. Unzumutbar erscheint ein Kontrahierungszwang aus wirtschaftlicher Perspektive m.E. einzig dort, wo ein konkretes und erhebliches betriebswirtschaftliches Schädigungsrisiko besteht.

Von Bedeutung ist zudem die Persönlichkeitsnähe eines Vertrages. Unzumutbar wäre der Kontrahierungszwang beispielsweise im Zusammenhang mit einer Psychotherapie. Zum einen würde dieser in erheblichem Masse in die Persönlichkeitssphäre des Psychotherapeuten eingreifen, da bei einer Psychotherapie persönliche Nähe eine grosse Rolle spielt. Zum andern wäre diese theoretische Konstellation ohnehin – gerade wegen der Persönlichkeitsnähe – zum Scheitern verurteilt.

Bei nicht persönlichkeitsnahen Vertragsverhältnissen – und dazu gehört wohl die Mehrzahl der konsumierten Dienstleistungen (wie z.B. Zusatzversicherungen, Warenprodukte, Bankkontokorrent, Pakettransport etc.) – erscheint ein Kontrahierungszwang grundsätzlich nicht als unzumutbar.

## II. Treu und Glauben – Rechtsmissbrauchsverbot – Art. 20 OR

Der offenbare Missbrauch eines Rechts stellt einen Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben dar und findet nach Art. 2 Abs. 2 ZGB im ganzen Bereich des Privatrechts keinen Rechtsschutz.<sup>144</sup> Rechtsmissbrauch ist typischerweise anzunehmen, wenn ein Rechtsinstitut oder eine rechtliche Befugnis zweckfremd verwendet wird oder wenn die mit der Rechtsausübung verfolgten Interessen im Verhältnis zu den damit verletzten Interessen eines Dritten nicht ernsthaft ins Gewicht fallen.<sup>145</sup> Missbraucht werden kann nebst subjektiven Rechten auch ein ganzes Institut wie dasjenige der Vertragsfreiheit.<sup>146</sup> Somit kann auch das Recht, einen Vertrag abzuschliessen oder auch nicht, missbraucht werden.<sup>147</sup>

KLETT vertritt die Auffassung, dass das Institut der Privatautonomie missbraucht werde, wenn ein Vertragsschluss über eine öffentlich angebotene Leistung aus Gründen verweigert wird, die mit dem ökonomischen Ziel des Güteraus-

tauschs nicht in Zusammenhang stehen, d.h. zweckfremd sind. Nach ihr ist das Verbot des Rechtsmissbrauchs auf offensichtliche, stossende Fälle beschränkt.<sup>148</sup> Als Beispiel nennt sie den Boykott. Nach ARNET verletzt die Ablehnung einer Offerte das Rechtsmissbrauchsverbot, wenn sie in rein schikanöser Absicht erfolgt oder zu einem krassen Missverhältnis zwischen dem Interesse des Interessenten am Vertragsabschluss und dem Interesse der Gegenpartei am Nichtabschluss des Vertrages führt.<sup>149</sup> Darüber hinaus vertritt ARNET die Meinung, dass die Ablehnung einer Offerte in analoger Anwendung von Art. 20 Abs. 1 OR ungültig sei, wenn dadurch gegen eine Norm des öffentlichen Rechts und gegen zwingende Normen des Privatrechts verstossen wird.

Aus der Perspektive des Diskriminierungsschutzes lässt sich eine feindlich motivierte diskriminierende Vertragsabschlussverweigerung als eine missbräuchliche (da schikanöse und zweckfremde) Handlung bezeichnen, sofern es dem Diskriminierer in erster Linie um die Ausgrenzung und/oder Herabsetzung geht. Darüber hinaus ist eine gegen die gesetzlichen Diskriminierungsverbote (Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 5 StGB, Art. 6 BehiG) verstossende oder sonstige persönlichkeitsverletzende (Art. 28 ZGB) Vertragsabschlussverweigerung auf der Basis analoger Anwendung von Art. 20 OR nichtig.

Bei einem Verstoss gegen das Rechtsmissbrauchsverbot ergibt sich ein Anspruch auf Beseitigung und Schadenersatz.<sup>150</sup> Der Schadenersatzanspruch ist bei Dienstleistungs- und Warengeschäften für den abgewiesenen Vertragsinteressenten von untergeordneter Bedeutung, da nur der Vertrauensschaden Gegenstand des Anspruchs ist<sup>151</sup> und der Abgewiesene kaum je im Vertrauen besondere Aufwendungen gemacht hat.<sup>152</sup> Weitaus interessanter ist der Genugtuungsanspruch, der gemäss Art. 49 Abs. 1 OR die allenfalls erlittene immaterielle Unbill wiedergutmacht, wenn die Vertragsverweigerung zugleich eine Persönlichkeitsverletzung von einer gewissen Schwere bedeutet.<sup>153</sup>

Neben dem Genugtuungsanspruch resultiert nach ARNET infolge des Verstosses gegen das Rechtsmissbrauchsverbot sowie im Sinne einer analogen Anwendung von Art. 20 Abs. 1 OR (bei einem Verstoss gegen Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 5 als auch Art. 6 BehiG) unmittelbar das Zustandekommen des Zielvertrages, sofern eine typisierte oder individuelle Erwartungsgrundlage im Sinne von Art. 6 vorliegt.<sup>154</sup> Dies bedeutet, dass insbesondere bei Massengeschäften und individuellen Offerte-Einladungen eine Kontrahierung erfolgt.

<sup>144</sup> KLETT (FN 89), 177.

<sup>145</sup> HEINZ HAUSHEER/MANUEL JAUN, Die Einleitungsartikel des ZGB, Bern 2003, N 93/97 und N 125 zu Art. 2; THEO MEYER-MALY, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Basel/Frankfurt am Main 1996, N 46 f., 55 zu Art. 2 ZGB.

<sup>146</sup> KRAMER (FN 87), N 114 m.H. zu Art. 19–20 OR; vgl. auch JAUN (FN 10), 473 und BGE 86 II 373 betreffend eines unerlaubten Boykotts.

<sup>147</sup> KLETT (FN 89), 177.

<sup>148</sup> KLETT (FN 89), 177.

<sup>149</sup> ARNET (FN 10), 359.

<sup>150</sup> HAUSHEER/JAUN (FN 145), N 125 zu Art. 2; vgl. auch BGE 104 II 209, E. 3, 215.

<sup>151</sup> BGE 80 II 37 f.

<sup>152</sup> JAUN (FN 10), 479.

<sup>153</sup> S. weiter vorne, S. 1008 f.; JAUN (FN 10), 479.

<sup>154</sup> Zur individuellen und typisierten Erwartungshaltung vgl. ARNET (FN 10), 337 ff.

Der Rechtsanspruch des Dienstleistungsnachfragers kann weiter aus der anerkannten Rechtsfigur der culpa in contrahendo hergeleitet werden: Nach BGE 80 II 37 kann die willkürliche Ablehnung von Offerten, zu deren Stellung das Publikum öffentlich und vorbehaltlos aufgefordert worden sei, unter Umständen eine Ersatzpflicht aus culpa in contrahendo begründen. Interessant ist zudem die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 2 ZGB im Zusammenhang mit Stellenbewerbungen. Demnach dürfen die Verhandelnden annehmen, dass sie es mit einem «redlich denkenden, sich loyal verhaltenden Partner zu tun» haben.<sup>155</sup> Sie haben die Pflicht zu ernsthaftem Verhandeln, zur Rücksichtnahme, sowie die Pflicht, den Verhandlungspartner nicht zu täuschen.<sup>156</sup> Es handelt sich dabei um eine Haftung aus «erwecktem und enttäuschem Vertrauen».<sup>157</sup> Damit die Vertrauenshaftung greift, wird eine «Sonderbeziehung» vorausgesetzt, die aufgrund ihrer Beziehungsnähe vertragsähnlichen Charakter hat.<sup>158</sup> Wendet man die Praxis analog auf die Frage der Verweigerung einer Dienstleistung an, entstünde dann ein Anspruch auf Entschädigung, wenn sich die potenziellen Vertragspartner in Verhandlungen über ein Dienstleistungsangebot befanden und der Vertragsabschluss auf diskriminierende Art und Weise verweigert wird.

### III. Grundsatz des Verbots sittenwidrigen Verhaltens

Der Rechtsbegriff der *guten Sitten* wird durch die der Rechtsordnung immanenten rechtsethischen Werte und Prinzipien bestimmt.<sup>159</sup> Die guten Sitten verbieten als ethisches Minimum in erster Linie rechtsmissbräuchliche Verhaltensweisen, die nicht der Wahrnehmung eigener Interessen dienen<sup>160</sup>, ein Monopol missbrauchen oder allgemein im Verhältnis zu den dadurch beeinträchtigten Drittinteressen nicht zu rechtfertigen sind.<sup>161</sup> Die guten Sitten verweisen auch auf allgemein anerkannte schutzwürdige Interessen und Güter, insbeson-

dere auf solche, die jeder Person um ihrer Menschenwürde und sozialen Geltung willen nach allgemeiner Anschauung zustehen.<sup>162</sup> Ein Verstoß gegen die guten Sitten nach Art. 20 Abs. 1 OR liegt vor, wenn der Vertrag die herrschende Moral und das Anstandsgefühl aller gerecht und billig Denkenden verletzt<sup>163</sup> oder gegen die der Rechtsordnung selbst immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe verstösst.<sup>164</sup>

Als Rechtsgrundlage für eine Sanktionierung einer diskriminierenden Vertragsabschlussverweigerung dienen Art. 41 Abs. 2 sowie der in der Post-Entscheidung (BGE 129 III 35, *Die Schweizerische Post c. Verein gegen Tierfabriken Schweiz VgT*) entwickelte Grundsatz des Verbots sittenwidrigen Verhaltens.

Über das ausservertragliche Haftpflichtrecht lässt sich wohl kaum ein wirksamer Diskriminierungsschutz herleiten. Zwar stellt – in Anlehnung an ARNET<sup>165</sup> – eine diskriminierende Vertragsverweigerung einen Verstoß gegen die guten Sitten im Sinne von Art. 41 Abs. 2 OR dar, sofern die Diskriminierung mit Schädigungsvorsatz erfolgte. Dies ist jedoch nicht von praktischer Bedeutung, da in den seltensten Fällen Aufwendungen getroffen werden, die als Schaden deklariert werden könnten. Auch ist eine allgemeine Kontrahierungspflicht auf der Basis von Art. 41 Abs. 2 OR kaum herzuleiten, da der Anspruch auf Vertragsschluss weder als Schadenersatz- noch als Unterlassungsanspruch konstruiert werden kann.<sup>166</sup>

Von grösserer Bedeutung ist die in der Post-Entscheidung des Bundesgerichts auf der eigenständigen zivilrechtlichen Grundlage des allgemeinen Rechtsgrundsatzes des Verbots sittenwidrigen Verhaltens geschaffene Kontrahierungspflicht. Eine solche Kontrahierungspflicht setzt nach Bundesgericht voraus, dass ein Unternehmer seine Waren oder Dienstleistungen allgemein und öffentlich anbietet, dass die betroffenen Güter zum Normalbedarf gehören, dass dem Interessenten aufgrund der starken Marktstellung des Anbieters zumutbare Ausweichmöglichkeiten zur Befriedigung seines Normalbedarfs fehlen und dass der Unternehmer keine sachlich gerechtfertigten Gründe für die Verweigerung des Vertragsschlusses anzugeben vermag.<sup>167</sup> Die Klage kann nicht nur auf Abgabe einer Willenserklärung gehen, sondern sie kann auch mit der Erfüllungsklage verbunden werden.<sup>168</sup>

<sup>155</sup> BGE 116 Ia 169; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (FN 88), N 947.

<sup>156</sup> PÄRLI/CAPLAZI/SUTER, HIV/Aids-Diskriminierung (FN 10), 135, bezugnehmend auf den Entscheid des Bundesgerichts vom 17. November 2005 (4C.247/2005) und die Besprechung dazu von NICOLAS ROULLER, *Culpa in contrahendo et liberté de rompre les négociations: existe-t-il des devoirs précontractuels hors de l'obligation d'information?*, Jusletter vom 10. Juli 2006.

<sup>157</sup> BGE 120 II 331.

<sup>158</sup> PÄRLI/CAPLAZI/SUTER (FN 10), 135, bezugnehmend auf HEINZ REY, *Rechtliche Sonderverbindungen und Rechtsfortbildung*, in: *Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag*, Zürich 1989, 231 ff., 234 ff.

<sup>159</sup> KLETT (FN 89), 177.

<sup>160</sup> BGE 124 III 297, E. 5e, 302 f. mit Verweisen.

<sup>161</sup> KLETT (FN 89), 179.

<sup>162</sup> KLETT (FN 89), 179.

<sup>163</sup> GÖKSU (FN 97), N 419.

<sup>164</sup> BGE 123 III 101, E. 2; 115 II 232, E. 4a; EVA MARIA BELSER, *Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht*, AISUF Bd. 198, Diss. Freiburg 2000, 412.

<sup>165</sup> ARNET (FN 10), 260.

<sup>166</sup> ARNET (FN 10), 261.

<sup>167</sup> BGE 129 III 45, E. 6.3. Das Urteil wurde in der Literatur kontrovers diskutiert: befürwortend PÄRLI (FN 50), 52; ablehnend CAMPRUBI (FN 88).

<sup>168</sup> KRAMER (FN 87), N 117.

## D. Durchsetzung des Rechts

### I. Schwierigkeiten bei der Durchsetzung

Die Bedeutung des schweizerischen Rechts für den Schutz vor Diskriminierung beim Zugang zu unternehmerischen Waren- und Dienstleistungen ist gering. Die Rechtsnormen werden kaum genutzt. Seit Inkrafttreten des Behindertengleichstellungsgesetzes vor gut fünf Jahren ist lediglich ein Fall bekannt, der im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot gemäss Art. 6 BehiG vor Gericht gebracht wurde.<sup>169</sup> Im Bereich des strafrechtlichen Verbots der rassendiskriminierenden Leistungsverweigerung kam es zwischen 1995 und 2008 zu sechzehn Verfahren, wovon drei in Schuldsprüchen und eines in einem Freispruch endeten sowie acht eingestellt und in zwei die zuständigen Untersuchungsbehörden Nichteintreten beziehungsweise Nichtanhandnahme entschieden.<sup>170</sup> Dies sind pro Jahr durchschnittlich knapp zwei Entscheide. Auf der Basis allgemeiner Bestimmungen der Privatrechtsordnung ist dem Verfasser mit einer Ausnahme<sup>171</sup> kein einziger Rechtsstreit bekannt. Insgesamt liegt die Anzahl der Rechtsverfahren also praktisch bei Null.

Sucht man nach Erklärungen für die spärliche Praxis, stösst man auf wissenschaftlich-empirisches Niemandsland. Auch im Ausland ist der Erkenntnisstand schwach.<sup>172</sup> Im Austausch mit Fachexperten aus der Schweiz<sup>173</sup>, aus Belgien<sup>174</sup> und aus Deutschland<sup>175</sup> bestätigt sich, dass die Zurückhaltung, auf

dem Rechtsweg gegen vertragliche Diskriminierung Privater vorzugehen, grundsätzlich sehr gross ist. Auch wenn dies allgemein auf alle Phasen des Vertragsverhältnisses zutrifft, ist die Vorsicht bei einer Vertragsabschlussdiskriminierung im Vergleich zu einer Beendigungsdiskriminierung weitaus stärker und leicht grösser im Vergleich zu einer Diskriminierung im Rahmen eines bestehenden Vertragsverhältnisses. Bereitschaft zur Verfahrenseinleitung lässt sich vorwiegend dort ausmachen, wo es sich um einen Ausschluss von einem wichtigen Gut, das man sich nicht einfach so anderweitig beschaffen kann, handelt. Vereinzelt sind auch das Gefühl tiefer Demütigung sowie systematische und wiederholte Diskriminierung Ursache für ein Aufsichnehmen des mit zahlreichen Hindernissen bestückten Rechtsweges. Schliesslich gilt es noch denjenigen Typ des Klagewilligen zu erwähnen, der mittels strategischer Klage über den Einzelfall hinausgehend ein Zeichen setzen möchte, auch wenn das Verfahren mit einem relativ grossen Risiko der Erfolglosigkeit verbunden ist.

Der Befund wird übereinstimmend zum einen mit den vielen grundsätzlichen Unannehmlichkeiten und Risiken, die ein Rechtsstreit mit sich bringt, erklärt. Zum anderen kann bei einer diskriminierenden Vertragsabschlussverweigerung in der Regel rasch und ohne Umstände auf zahlreiche gleiche oder ähnliche Alternativangebote zugegriffen werden. Letztlich handelt es sich somit (ökonomisch gesprochen) um eine Kosten-Nutzen-Abwägung, die überwiegend zugunsten des Verzichts auf einen Rechtsstreit und damit auch zulasten des rechtlichen Diskriminierungsschutzes ausfällt, so das Fazit von Expertinnen und Experten.

Dennoch lassen sich deutliche Unterschiede in der Rechtsstreitkultur zwischen Staaten mit eigentlichen Antidiskriminierungsgesetzen und Ländern, die über keine oder nur beschränkte spezifische Diskriminierungsschutznormen verfügen, feststellen. Auch kann immer wieder beobachtet werden, dass ein Systemwechsel – wie er beispielsweise in Deutschland in den letzten gut zwei Jahren vollzogen worden ist – auch zu einem Wandel im Bewusstsein der Betroffenen und Beratenden führt. Das explizite und spezifische Recht wird vermehrt als Strategie zur Prävention und Intervention im Rahmen von Diskriminierungsvorfällen wahrgenommen.

### II. Kurzanalyse des Durchsetzungspotenzials des aktuellen Rechts anhand ausgewählter Kriterien

Die Durchsetzung des Rechts hängt von unterschiedlichsten rechtlichen und nichtrechtlichen Rahmenbedingungen ab. Im Wesentlichen handelt es sich m.E. um sechs Kernfaktoren, die einen entscheidenden Einfluss darauf haben, ob die von Diskriminierung betroffene Person den Rechtsweg begehrt und dies mit einer realistischen Aussicht auf Erfolg, namentlich: Beratungskompetenz (1), Bekanntheit des Rechts (2), Rechtsklarheit und Rechtssicherheit (3), Bedürfnisgerechte

<sup>169</sup> Urteil 5P.97/2006.

<sup>170</sup> Siehe Datenbank der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus (EKR), abrufbar unter: <http://www.ekr.admin.ch/dienstleistungen/00169/00273/index.html?lang=de> (eingesehen 5. Mai 2009).

<sup>171</sup> EKR-URTEIL 1999-46 (FN 23), Wegweisung von Personen schwarzer Hautfarbe aus Restaurant.

<sup>172</sup> Europaweit kommt es insgesamt zu wenig Entscheiden im Zusammenhang mit Diskriminierungen beim Zugang zu privaten Dienstleistungen; vgl. dazu die verschiedenen Ausgaben der Europäischen Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht, [http://ec.europa.eu/employment-social/fundamental\\_rights/legis/legln\\_de.htm](http://ec.europa.eu/employment-social/fundamental_rights/legis/legln_de.htm) (eingesehen 5. Mai 2009). In Deutschland beispielsweise sind seit Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes AGG am 18. August 2006 drei Entscheide ergangen: Urteil vom 6. Juni 2008 des Amtsgerichtes Mannheim, 10 C 34/08; Urteil vom 23. Juli 2008 des Amtsgerichtes Oldenburg, E2 C 2126/07 (V); Urteil vom 21. November 2008, 537 C 9178/08. Am 26. Januar 2009 fand zudem die Güterverhandlung in einer ersten Klage wegen Diskriminierung auf dem Wohnungsmarkt vor dem Aachener Landgericht statt.

<sup>173</sup> BERATUNGSPRAXIS (FN 2); EKR (FN 5); GESPRÄCHE SCHWEIZ (FN 5).

<sup>174</sup> Gespräch vom 2. Dezember 2009 mit PATRICK CHARLIER, Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme.

<sup>175</sup> Gespräch vom 22. Januar 2009 mit BERNHARD FRANKE, Leiter der Abteilung Beratung bei der Antidiskriminierungsstelle des Bundes.

Rechtsansprüche (4), Niederschwelligkeit des Verfahrens (5) und Beweisbarkeit der Diskriminierung (6).<sup>176</sup>

Nimmt man diese sechs Kernfaktoren zum Massstab für die Wirksamkeit des Diskriminierungsschutzrechts, erstaunen die Unterschiede in der Bedeutung des Rechts zwischen den Staaten unterschiedlichster Diskriminierungsschutzstandards und Systeme nicht. Auch lässt sich anhand exemplarischer Fallbeispiele aus der Beratungspraxis leicht nachvollziehen, weshalb in der Schweiz das Recht eine verglichen mit den EU-Staaten eher untergeordnete Rolle spielt.

## 1. Bekanntheit des Rechts

Eine effektive Durchsetzung von Diskriminierungsverboten beginnt bei der Bekanntheit des Rechts. Was auf den ersten Blick banal tönt, darf in der Rechtswirklichkeit nicht unterschätzt werden. Im Beratungsalltag zeigt sich, dass bei den Betroffenen ein erhebliches Informationsdefizit<sup>177</sup> besteht und dieses oft Grund dafür ist, dass nicht (ernsthaft) darüber nachgedacht wird, den Rechtsweg zu beschreiten. Exemplarisch dafür steht die Aussage eines jungen Mannes aus Senegal, dem regelmässig der Einlass in eine «Dorfbeiz» verwehrt wurde mit der Begründung, Neger kämen hier nicht rein: «Wenn ich gewusst hätte, dass ich da rechtlich etwas dagegen hätte unternehmen können, wäre ich vor Gericht gegangen. Aber ich hatte damals ja keine Ahnung, konnte kein Deutsch, war schlicht überfordert mit allem, und noch heute bin ich sehr verletzt.»<sup>178</sup>

Das Rechtsbewusstsein ist insgesamt relativ niedrig. Die Mehrheit der Fälle gelangen erst gar nicht an eine Beratungsstelle. Vergleicht man die einzelnen Normen, lässt sich feststellen, dass die Informiertheit über das strafrechtliche Verbot der rassendiskriminierenden Leistungsverweigerung besser ist als über das Diskriminierungsverbot im Behindertengleichstellungsrecht.<sup>179</sup> Die diskriminierungsschutzrechtliche Bedeutung der allgemeinen Bestimmungen in der Privatrechtsordnung ist praktisch völlig unbekannt – teilweise gar bei Juristen und Juristinnen sowie vielfach in Beratungskreisen ohne juristische Fachkenntnisse.<sup>180</sup> Noch am ehesten kennt man das Persönlichkeitsrecht.

Eine Erklärung dafür lässt sich im Wesentlichen in der kaum bestehenden aktiven Information über die Diskriminierungsverbote, in der schwachen öffentlichen Präsenz des Diskriminierungsschutzrechts, im noch jungen Alter der zwei ausdrücklichen Diskriminierungsverbote sowie in der fehlenden Ausdrücklichkeit der Diskriminierungsverbote im Zivilrecht finden. So überrascht es nicht, dass die medial weitaus präsentere und auch etwas weniger junge Strafnorm im Vergleich zum behindertengleichstellungsrechtlichen Diskriminierungsverbot bedeutend bekannter ist. Zudem zeigt sich dort, wo eine eigentliche «Antidiskriminierungspolitik» eingeleitet wurde – namentlich in den Bereichen der Antirassismusbekämpfung und der Bekämpfung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderung – eine erhöhte Sensibilität.<sup>181</sup> Auch lässt sich leicht nachvollziehen, dass die fehlende Ausdrücklichkeit dem Bekanntheitsgrad der «exotischen» privatrechtlichen Regelungen kaum dienlich ist.

## 2. Rechtsklarheit und Rechtssicherheit

Für eine wirksame Rechtsdurchsetzung braucht es Rechtsklarheit. Gemeint ist die Möglichkeit für Laien und Profis, die grundsätzliche Anwendbarkeit einer Rechtsnorm sowie deren inhaltliche Tragweite hinsichtlich des konkreten (Diskriminierungs-)Vorfalles zu erkennen beziehungsweise mit genügender Sicherheit abschätzen zu können. Rechtsklarheit ist mitentscheidend dafür, wie gross die Chancen auf Erfolg eingeschätzt werden und somit letztlich mit ausschlaggebend, ob der Rechtsweg eingeschlagen wird oder überhaupt eine greifbare Option darstellt.

Die relative Unsicherheit betreffend den Geltungsbereich des behindertengleichstellungsrechtlichen Diskriminierungsverbots schlägt sich insbesondere in der Praxis der Fachstelle Égalité Handicap nieder. In praktisch allen Fällen verzichten die Betroffenen aufgrund der rechtlichen Unsicherheit auf die Beschreitung des Rechtsweges. Während dies im Freizeitbereich noch damit erklärt werden kann, dass es Ausweichmöglichkeiten auf andere Produkte gibt und damit der Rechtsweg nicht unbedingt notwendig ist, liegt der Verzicht z.B. in anderen Bereichen wie der Krankenzusatzversicherung nicht zwingend auf der Hand. Das Dilemma ist offenkundig: Solange die offenen Rechtsfragen nicht geklärt sind, wird gezögert, bestehende Fälle vor Gericht zu bringen. Die grundsätzlichen Fragen der Anwendbarkeit und der Tragweite können jedoch nur mittels Gerichtsfällen geklärt werden.

<sup>176</sup> BERATUNGSPRAXIS (FN 2).

<sup>177</sup> BERATUNGSPRAXIS (FN 2).

<sup>178</sup> BERATUNGSPRAXIS (FN 2).

<sup>179</sup> BERATUNGSPRAXIS (FN 2); zudem zeigt eine Umfrage der EKR, dass die Kenntnis über die rechtlichen Möglichkeiten im Bereich der rassendiskriminierenden Leistungsverweigerung weitaus tiefer liegt als bei einer rassistischen Äusserung. Bei der Fachstelle Égalité Handicap beobachtet man, dass viele Leute zwar wissen, dass es in den Bereichen Bau und öffentlicher Verkehr rechtliche Regeln gibt. Die rechtliche Situation bei der Verweigerung privater Dienstleistungen jedoch ist oft gänzlich unbekannt.

<sup>180</sup> Dies lässt sich regelmässig bei Referaten, Sensibilisierungsveranstaltungen und Schulungen feststellen.

<sup>181</sup> Vgl. u.a. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Nichtdiskriminierung und Chancengleichheit: Erneueres Engagement {SEK(2008)2172} /KOM/2008/0420endg./, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008DC0420:DE:HTML> (eingesehen 5. Mai 2009).

Auch bei Diskriminierungen aufgrund der Rasse, Ethnie oder Religion führt die teilweise fehlende Rechtsklarheit zu Durchsetzungshemmnissen beim Recht. Die Beratungspraxis der EKR zeigt zwar, dass die Bereitschaft der Betroffenen, den Rechtsweg zu wählen, im Vergleich zur Behindertendiskriminierung leicht höher ist. Dies hängt jedoch vorwiegend mit anderen Faktoren zusammen, die in gewissem Sinne die durchaus bestehende Rechtsunklarheit «neutralisieren». Insbesondere die im Vergleich zum Zivilprozess (bzw. Verwaltungsverfahren) relative Einfachheit der Initiierung eines Verfahrens mittels Strafanzeige scheint hier eine etwas günstigere Ausgangslage zu schaffen.

Wenig ermutigend sieht es ausserhalb der Anwendungsbereiche von Art. 261<sup>bis</sup> StGB und Art. 6 BehiG aus. Die Bestimmungen im Privatrecht sind für eine wirkungsvolle Durchsetzung schlicht zu unpräzise. Damit die hohe Einstiegsbarriere für den Rechtsweg überwunden wird, braucht es Präzedenzfälle. Beispiele dafür sind der *FALL LAUSANNE* und der *FALL ZÜRICH*.<sup>182</sup> Während im *Fall Lausanne* eine engagierte und mutige Antirassismusorganisation den Gerichtsfall letztlich ermöglichte und dabei auch mithalf, dass der spätere *Fall Zürich* initiiert wurde, war es im *Fall Zürich* die Gewerkschaft, die sämtliche Risiken übernahm.

### 3. Bedürfnisgerechte Rechtsfolgeregelungen

Die Attraktivität des Rechtsweges hängt auch mit der Frage zusammen, was konkret mit einem Obsiegen vor Gericht erreicht werden kann. Es ist nicht dasselbe, ob die gerichtliche Vertragsabschlussverweigerung zu einer Bestrafung führt oder einen Genugtuungsanspruch auslöst oder in einen Kontrahierungszwang mündet. Je nach konkret betroffenem Lebensbereich und entsprechenden Umständen sind die Bedürfnisse der Betroffenen unterschiedlich.

Das behindertengleichstellungsrechtliche Diskriminierungsverbot, welches einzig einen Entschädigungsanspruch vorsieht, stellt sich vor diesem Hintergrund als höchst problematisch heraus: «Das nützt mir doch nichts, ich will nicht ewig streiten, um letztlich ein paar hundert Franken im Portmonee zu haben», so eine junge Mutter, die ihrem behinderten Kind im Falle einer Hospitalisierung ein Einzelzimmer ermöglichen will. «Ich wünsche mir», so die Frau weiter, «dass die Krankenkasse mit mir eine Spitalzusatzversicherung abschliesst, denn meine Tochter fühlt sich insbesondere in Zeiten der Anspannung durch die Anwesenheit anderer Kinder gestresst. Da kann sie sich nicht von einer Krankheit erholen, wenn es ihr schlecht geht.» Ähnlich negativ kann es im Zusammenhang mit dem strafrechtlichen Verbot der Rassendiskriminierung tönen: «Bestrafen ist ja gut und recht, aber ich will, dass man mich in die interessanten Discos lässt.»

Schliesslich zeigt sich auch im Rahmen der Privatrechtsordnung, dass Beratungsstellen aufgrund von Intransparenz und fehlender Praxis hinsichtlich der Geltung und Tragweite in hohem Masse verunsichert sind und die Palette von Rechtsansprüchen deshalb ungenutzt bleibt.

### 4. Niederschwelligkeit des Verfahrens

Ein wichtiger Faktor für die Durchsetzung des Rechts ist die Fähigkeit des Rechtssystems, unberechtigte und berechtigte Ängste unterschiedlichster Art vor den Unannehmlichkeiten und Hindernissen des Rechtswegs auf ein Minimum zu beschränken. Ängste und Unsicherheiten zeigen sich zum einen im grossen Respekt vor den Gerichten: Gerichtsverfahren gelten als «kompliziert», «langwierig», «unangenehm» und «verunsichernd». Auch werden sie als «aggressiv» und «kalt» bezeichnet. Fragen wie «Was erwartet mich denn da?» und «Sind da die Medien anwesend? Das möchte ich dann nicht, im Blick kommen!» oder schlechte Erfahrungen wie «Ich war schon mal in den Medien, da kam es nachher zu sexuellen Annäherungen eines Mannes, das will ich vermeiden» sind nicht selten. Auch will man sich nicht auf den «konfrontativen Kampf» einlassen, der «ja nur eine klare Gewinner-Verlierer-Situation» zulässt. Zum anderen ist die Angst vor negativen Konsequenzen gross: «Nein, lieber nicht, wenn das bekannt wird, muss ich teuer bezahlen». Zudem stellt das Kostenrisiko ein grosses Hindernis dar.<sup>183</sup>

Die auf Ängsten und Unsicherheiten beruhenden Durchsetzungshemmnisse spielen sowohl beim behindertengleichstellungsrechtlichen als auch beim strafrechtlichen Verbot der Rassendiskriminierung eine Rolle. Diese zeigen sich jedoch unterschiedlich intensiv und variieren in der Art und Weise. Auch sind die Ursachen anders zu verorten. Während im Bereich der «Rassismusstrafnorm» insbesondere die mediale Aufmerksamkeit, die Unsicherheit über allfällige Reaktionen und teilweise die Beweisproblematik (s. unten) entscheidend für den Verzicht auf eine Anzeige sind, ist man bei der Durchsetzung des Diskriminierungsverbots im Behindertengleichstellungsgesetz in erster Linie vom «eher mühsamen Rechtsweg mit unsicherem Ausgang» abgeschreckt.<sup>184</sup>

### 5. Beweisbarkeit

Die letzte hier zu erwähnende Voraussetzung für eine wirkungsvolle Durchsetzung des Diskriminierungsschutzrechts ist das Bestehen einer gewissen Wahrscheinlichkeit, Diskriminierung nachweisen zu können. Fehlt diese, fehlt es mehrheitlich auch an der Bereitschaft, den Rechtsweg zu beschreiten.

<sup>182</sup> FN 115.

<sup>183</sup> BERATUNGSPRAXIS (FN 2).

<sup>184</sup> BERATUNGSPRAXIS (FN 2).

Die diskriminierende Leistungsverweigerung ist eine besonders schwierig zu beweisende Form der Diskriminierung. Es müssen beim Nachweis innere Vorgänge aufgezeigt werden, was ohne Zeugen und Zeuginnen und überzeugende Indizien nur sehr schwer möglich ist. Dabei zeigt sich, dass die schlimmste Form der Diskriminierung, die ideologisch-feindlich intendierte – wie z.B. die rassistische, sexistische, homophobe, behindertenfeindliche – im Vergleich zu den bezüglich Motiv weniger schwerwiegenden Formen der diskriminierenden Leistungsverweigerung am schwierigsten zu belegen ist. Denn letztere Form ist transparenter als die erste, wird das Motiv doch vielfach offen zugegeben, da es unverdächtig erscheint. Demgegenüber werden ein Rassist, eine Sexistin oder eine homophobe Person genau darauf achten, sich unverdächtig zu verhalten.

Die Beratungspraxis der EKR zeigt denn auch deutlich, dass oft die Beweisschwierigkeiten Grund dafür sind, dass Betroffenen von einer Anzeige wegen Rassismus abgeraten wird: «Da hat man geringe Chancen, so lange das Verhalten nicht offensichtlich ist, es gar mit rassistischen Aussagen verbunden ist, lassen sie das besser sein», so der Tenor in der Beratung.<sup>185</sup> Gerade im Strafrecht ist die Beweisproblematik besonders schwerwiegend, denn dort gilt der Grundsatz «in dubio pro reo». Diese praktische Chancenlosigkeit auf Durchsetzung der eigenen Rechte führt bei den Betroffenen zu grossen Frustrationen.

Ähnliche Überlegungen werden auch bei der Fachstelle Égalité Handicap angestellt. Hier rät man jedoch nicht in erster Linie aus Beweisführungsgründen von einer Klage ab, da die Möglichkeiten um einiges grösser als im Strafrecht sind. Insbesondere besteht die Chance, dass die im Rahmen des Arbeitsrechts oder in Zusammenhang mit dem verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbot entwickelte Beweislast erleichterung<sup>186</sup> in Form einer Senkung des Beweismasses und einer daran anknüpfenden Beweislastumkehr auch bei Art. 6 BehiG-Fällen zur Anwendung gelangen könnte.

## E. Fazit und Ausblick

### I. Zusammenfassung (in Thesen)

Im Bereich der Diskriminierung aufgrund der Rasse, Ethnie, Religion und Behinderung stehen den Betroffenen ausdrückliche gesetzliche Diskriminierungsverbote zur Verfügung. Bei Diskriminierungen wegen der sexuellen Orientierung, des Geschlechts, der sozialen Stellung, des Alters, der politischen Weltanschauung und weiterer sensibler Persönlichkeitsmerkmale muss hingegen ausschliesslich auf die hinsichtlich des Diskriminierungsschutzpotenzials noch we-

nig transparenten, unbestimmten Rechtsbegriffe der Privatrechtsordnung zugegriffen werden.

Die diskriminierende Vertragsabschlussverweigerung ist persönlichkeitsverletzend und in der Regel rechtsmissbräuchlich. Besteht zudem eine vertragsähnliche Sonderbeziehung, die von besonderem Vertrauen in den Verhandlungspartner hinsichtlich eines künftigen Vertragsabschlusses geprägt ist, verstösst sie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben und löst eine Haftung aus Culpa in contrahendo aus.

Hinsichtlich des sachlichen Geltungsbereichs bestehen zwischen dem strafrechtlichen und dem behindertengleichstellungsrechtlichen Diskriminierungsverbot sowie dem Persönlichkeitsrecht auf diskriminierungsfreie Behandlung keine wesentlichen Unterschiede.<sup>187</sup> Die Rechtsnormen sind allesamt auf unternehmerische Waren- und Dienstleistungsangebote, die nicht ausschliesslich erkennbar für eine spezifische Person oder Gruppe von Personen bestimmt sind, anwendbar. Rechtlich können sowohl der Leistungsanbieter im zivilrechtlichen Sinne als auch dessen Hilfspersonen zur Verantwortung gezogen werden. Die Diskriminierungsverbote beschränken sich auf ein Herabwürdigungsverbot, beinhalten mithin kein Benachteiligungsverbot.<sup>188</sup> Eine Herabwürdigung liegt vor, wenn die Vertragsabschlussverweigerung an ein sensibles Persönlichkeitsmerkmal anknüpft und sich dies nicht mittels überwiegendem sachlichen Grund rechtfertigen lässt. Ein feindliches Motiv beziehungsweise eine Diskriminierungsabsicht ist nicht vorausgesetzt. Nach der hier vertretenen Auffassung genügt für die Annahme eines sachlichen Grundes nicht irgendeine minimal nachvollziehbare Plausibilität. Die Anknüpfung an ein sensibles Merkmal ist nur dann sachlich begründet, wenn damit der Eintritt eines tatsächlich bestehenden, objektiven unternehmerischen Kostenrisikos verhindert werden soll.

Deutliche Unterschiede zwischen den Rechtsnormen bestehen bei den Rechtsfolgeregelungen. Während die strafrechtliche Sanktionierung in erster Linie die diskriminierende Person trifft und der diskriminierten Person im besten Fall eine Art innere Genugtuung verschafft, besteht auf der Grundlage des behindertengleichstellungsrechtlichen Diskriminierungsverbots ein Entschädigungsanspruch von maximal 5000 Franken. Ein Genugtuungsanspruch unbestimmter Höhe steht bei einer Persönlichkeitsverletzung und bei einem Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben im Rahmen der Rechtsfigur der culpa in contrahendo zur Verfügung. Zugleich hat das Bundesgericht in der Post-Entscheidung auf der Grundlage eines eigenständigen allgemeinen Rechtsgrundsatzes des Verbots sittenwidrigen Verhaltens bei Gütern des Normalbedarfs und unter Voraussetzung der starken Machtstellung des Anbieters eine Kontrahierungspflicht geschaffen. Weiter führen diskriminierende

<sup>185</sup> BERATUNGSPRAXIS (FN 2).

<sup>186</sup> BGE 129 I 217, E. 2.2.3 f.

<sup>187</sup> Freilich sind die Normen noch einer vertieften Untersuchung zu unterziehen.

<sup>188</sup> Anders Art. 8 Abs. 2 BehiG.

Vertragsabschlussverweigerungen, die gegen Art. 6 BehiG, Art. 261<sup>bis</sup> StGB oder Art. 28 ZGB verstossen, auf der Basis des Rechtsmissbrauchsverbots und auf der Basis analoger Anwendung von Art. 20 OR i.V.m. Art. 6 OR unweigerlich zum Entstehen des Zielvertrags, sofern aufgrund der Umstände eine individuelle oder typisierte Erwartungshaltung vorliegt (konkret: bei einer individualisierten Offertstellung beziehungsweise bei Massenverträgen). Schliesslich kann auch unabhängig vom Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung (Post-Entscheidung) und einer individuellen oder typisierten Erwartungshaltung über eine Beseitigungsklage die auf dem zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz basierende Kontrahierungspflicht zwangsweise durchgesetzt werden, sofern der Vertrag nicht derart persönlichkeitsintensiv ist, dass er bei einem zwangsweisen Abschluss gewiss und unweigerlich scheitern würde.

Gross sind die Unterschiede auch bei der formalen Durchsetzung. Während beim strafrechtlichen Diskriminierungsverbot Verfahren von Amtes wegen einzuleiten und sie der Offizial- und Untersuchungsmaxime unterstellt sind, die Beweislast hoch liegt und die Beweislast den Staat trifft, untersteht das Verfahren des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes dem Verhandlungsgrundsatz und obliegt dem Kläger die Hauptlast des Beweises. Das Behindertengleichstellungsrecht bietet zudem spezifische Durchsetzungsregeln. Das Verfahren ist gemäss Art. 10 BehiG unentgeltlich. Zudem ist in Art. 9 Abs. 3 lit. a BehiG ein Verbandsbeschwerderecht auf Feststellung vorgesehen.

Schliesslich hat die Analyse der tatsächlichen Durchsetzung der Verbote gezeigt, dass der Rechtsweg insgesamt wenig attraktiv erscheint. Dies liegt – ökonomisch gesprochen – an den relativ hohen Durchsetzungskosten im Vergleich zum relativ niedrigen Erfolgsergebnis. Zum einen gibt es Unsicherheiten und Ängste (Unbekanntheit des Rechts, Rechtsunklarheit, abschreckende Gerichtsverfahren, konfliktbezogenes Gerichtsverfahren, Öffentlichkeit) sowie Prozessrisiken (Kosten, Niederlage, Beweisproblematik, unangemessene Rechtsfolgen). Zum anderen kann in der Regel relativ problemlos auf alternative Angebote ausgewichen werden.

## II. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf

Die Problematik der diskriminierenden Leistungsverweigerung lässt sich mit dem Recht kaum befriedigend lösen. Nichtrechtliche Strategien wie die Anerkennung des Unrechts im direkten Gespräch, die Suche einer Lösung auf dem Verhandlungsweg und das Aufzeigen von möglichen Alternativen erweisen sich – was hier nicht verwundert – als unausweichlich.<sup>189</sup> Dennoch ist dringend eine Optimierung der

rechtlichen Instrumente notwendig, damit die Betroffenen sich wirksam zur Wehr setzen können. Zwar ist Diskriminierung beim Vertragsabschluss nach geltendem Recht unzulässig. Auch besteht ein Instrument formal wirkungsvoller und adäquater Rechtsfolgeregelungen. Der Schwachpunkt aber ist die tatsächliche Durchsetzung. Und dies ist nicht zufällig: Die Gründe dafür sind zahlreich und wurden eingehend skizziert. Damit entpuppt sich der Ansatz von ARNET<sup>190</sup>, wonach das von ihr vorgeschlagene Konzept einer allgemeinen Kontrahierungspflicht eine Spezialgesetzgebung zur Verhinderung von Diskriminierung im Bereich der Verweigerung des Vertragsabschlusses im privaten Rechtsverkehr weitgehend entbehrlich mache, in der Rechtswirklichkeit als äusserst problematisch, ja gar als nicht zutreffend.

Die Lösung einer Verbesserung des Diskriminierungsschutzrechts findet sich aber nicht blauäugig in einer konzeptlosen Verankerung von Diskriminierungsverboten im Strafrecht, Zivilrecht und Verwaltungsrecht. Vielmehr sollen die sich bewährten Vorteile der bestehenden Rechtsnormen genauer analysiert und geprüft werden, inwiefern sie sich auch auf andere Diskriminierungsmerkmale beziehungsweise deren spezifische Problemkonstellationen übertragen lassen. Zentral ist dabei, die Bedürfnisse Betroffener und das Präventionsinteresse ins Zentrum zu stellen. Diese wünschen eine einfache und wirksame Durchsetzung des Diskriminierungsverbots, in erster Linie durch Unterlassung und in zweiter Linie durch Beseitigung und Wiedergutmachung einer Diskriminierung. Bestrafung spielt eine eher untergeordnete Rolle.

Bereits gibt es interessante Erfahrungen aus dem In- und Ausland. Es lohnt sich, einen Blick auf Bestehendes zu werfen. Verschiedene Instrumente haben sich bewährt. Die rechtliche Strategie wird für die Konfliktbewältigung vermehrt gewählt und vielfach erfolgreicher umgesetzt: Ausdrückliche Diskriminierungsverbote im Zivilrecht und im Ordnungsrecht verbessern deutlich die Rechtssicherheit. Das Verbandsbeschwerderecht ermöglicht gerade dort, wo sich Menschen aus Angst und Unsicherheit nicht getrauen oder aus Opportunitätsüberlegungen es als nicht sinnvoll erachten, den Rechtsweg zu beschreiten. Niederschwellige und nicht kontradiktorisch sondern kooperativ ausgerichtete Streitbeilegungsmechanismen erleichtern das Beschreiten des Rechtsweges und sind eine wirksame Ergänzung zu den Gerichtsverfahren. Die Beweislasterleichterung unterstützt Betroffene und Gerichte in der Aufdeckung von Diskriminierungssachverhalten. Explizite, bedürfnisgerechte und abschreckende Rechtsfolgeregelungen machen den Rechtsweg attraktiver. Ergänzend sind auch innovative Ansätze im wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Strukturrecht denkbar.

Abschliessend bleibt zu hoffen, dass sich die politischen Institutionen ernsthaft der Sache widmen und eine politische

<sup>189</sup> BERATUNGSPRAXIS (FN 2); EKR, Umfrage (FN 5); GESPRÄCHE SCHWEIZ (FN 5).

<sup>190</sup> ARNET (FN 10), 418.



Debatte angestossen wird. Dies setzt jedoch eine vertiefte interdisziplinäre Diskussion voraus.

«Die Zielsetzung des Diskriminierungsschutzes ist nicht die Einschränkung, sondern die effektive Universalisierung von Freiheitsrechten.»<sup>191</sup>

Les organisations des droits de l'homme et les organes internationaux de surveillance des droits de l'homme exigent depuis des années que le droit suisse en matière de protection contre la discrimination dans les rapports contractuels de droit privé soit amélioré. La littérature juridique suisse exprime différentes positions quant à la nécessité d'un droit de non-discrimination exprès. L'auteur souhaite contribuer, par le présent article, à une discussion approfondie sur le rôle du droit dans la lutte contre le refus discriminatoire de conclure un contrat.

Il arrive à la conclusion que la législation actuelle interdit le refus discriminatoire de conclure un contrat: outre l'interdiction pénale de refuser une prestation de manière discriminatoire en se fondant sur l'appartenance raciale (art. 261<sup>bis</sup> CP) et l'interdiction de discrimination fondée sur le droit à l'égalité pour les handicapés (art. 6 LHand), la protection de la personnalité du droit civil (art. 28 CC) s'applique également. L'art. 28 CC revêt une importance particulière car il recouvre tous les traitements discriminatoires fondés sur des caractéristiques personnelles sensibles, contrairement aux interdictions de discrimination expresses. Le principe de la bonne foi, l'interdiction de l'abus de droit et l'interdiction d'actes contraires aux mœurs ont également leur importance.

L'auteur souligne les difficultés spécifiques qui surgissent lors de l'application du droit. En premier lieu, les conséquences juridiques et la mise en œuvre sont réglées de manière très différente. Un problème tout particulier réside dans le manque de facilités accordées dans les procès pour la protection juridique en cas de violation de la personnalité, comme celles que connaissent la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et/ou hommes et le droit de l'UE relatif à la non-discrimination: allègement du fardeau de la preuve, droit de recours des associations, mécanismes de médiation facilement accessibles et gratuité de la procédure en première instance. L'analyse de la pratique en matière de conseil montre aussi que la voie judiciaire paraît peu attrayante dans son ensemble. Les raisons en sont l'ignorance du droit, le manque de clarté du droit, des procédures judiciaires dissuasives, le risque des coûts, les problèmes de preuve et parfois des conséquences juridiques inadaptées. L'auteur se prononce donc en faveur d'une protection contre la discrimination expresse et équivalente.

(trad. LT LAWYANK, Fribourg)

<sup>191</sup> BIELEFELD/FOLLMAR (FN 8), 14.