

# Rassendiskriminierende Einstellungspraxis: Besprechung des ersten EuGH-Urteils zur Richtlinie 2000/43 mit Anmerkungen aus einer schweizerischen Perspektive



**TAREK NAGUIB**  
Lic. iur., Bern

- III. Beweislastumkehr
  - 1. Strafprozess
  - 2. Zivilprozess
  - 3. Arbeitsprozess nach Art. 343 OR
- IV. Sanktionen
  - 1. Öffentliche Äusserung: Strafe
  - 2. Anstellungsverweigerung: Genugtuung, Schadenersatz, Kontrahierungszwang
- H. Schlussbetrachtungen
  - I. Fazit
  - II. Ausblick

## Inhaltsübersicht

- A. Ausgangslage
- B. Sachverhalt und Prozessgeschichte
- C. Unmittelbare (Rassen-)Diskriminierung
  - I. Antwort des EuGH mit ersten Anmerkungen
  - II. Weiterführende Anmerkungen
    - 1. Diskriminierungsfreien Zugang zum Arbeitsmarkt gewährleisten
    - 2. Schutz potenzieller Opfer vor einer Einstellungsdiskriminierung
    - 3. Kundeneinfluss von untergeordneter Bedeutung
    - 4. Herabsetzung durch einen «speech act»
- D. Beweislastumkehr
  - I. Antwort des EuGH mit ersten Anmerkungen
  - II. Weiterführende Anmerkungen
    - 1. Beweislastumkehr im Kontext jedes Einzelfalles beurteilen
    - 2. Beweislastumkehr ist gerechtfertigt
    - 3. Maduro's Aussage zur Beweislastumkehr
- E. Sanktionen
  - I. Antwort des EuGH mit ersten Anmerkungen
  - II. Weiterführende Anmerkungen
    - 1. Wiedergutmachung keine zwingende Anforderung
    - 2. Strafe als richtlinienkonforme Alternative?
- F. Marokkaner als Schutzobjekt der Richtlinie
- G. Betrachtungen zur Rechtslage in der Schweiz
  - I. Klärungsbedarf
  - II. Verbot der unmittelbaren Rassendiskriminierung
    - 1. Herabsetzen und Diskriminieren (Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 Hälfte 1 StGB)
    - 2. Persönlichkeitsverletzung (Art. 28 ZGB, Art. 328 OR)
      - a. Anstellungsverweigerung
      - b. Öffentliche Äusserung

## A. Ausgangslage

Am 10. Juli 2008 äusserte sich der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) in einem Vorabentscheidungsverfahren<sup>1</sup> zum ersten Mal zur Rassendiskriminierungsrichtlinie 2000/43/EG<sup>2</sup> (*Feryn-Urteil*)<sup>3</sup>. Der EuGH nimmt in seinem Urteil zu sechs Fragen des Arbeitsgerichtshofes Brüssel<sup>4</sup> im Wesentlichen wie folgt Stellung: Erstens, die öffentliche Äusserung eines Arbeitgebers, er werde keine Arbeitnehmer einer bestimmten ethnischen Herkunft oder Rasse beschäftigen, begründe eine unmittelbare Diskriminierung bei der Einstellung im Sinne des Art. 2 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie.<sup>5</sup> Zweitens, eine derartige Äusserung reiche aus, um eine Vermutung im Sinne des Art. 8 Abs. 1 für das Vorliegen einer unmittelbar diskriminierenden Einstellungspolitik zu begründen. Es obliege dann diesem Arbeitgeber zu beweisen, dass keine Verletzung des Gleich-

Der Autor ist stellvertretender Leiter des Sekretariats der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus EKR. Er gibt hier seine eigene Auffassung wieder.

<sup>1</sup> Nach Art. 234 EG-Vertrag entscheidet der EuGH im Wege des sogenannten Vorabentscheidungsverfahrens über die Auslegung des EG-Vertrages. Kommt es im Rahmen eines Gerichtsverfahrens vor einem Gericht eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft zu einer entsprechenden Auslegungsfrage, hat dieses Gericht die Möglichkeit, die Frage dem EuGH zur Entscheidung vorzulegen. Stellt sich eine derartige Frage in einem Verfahren vor einem letztinstanzlich entscheidenden Gericht, so ist dieses Gericht nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, den EuGH anzurufen.

<sup>2</sup> Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (zit. Richtlinie 2000/43; Rassendiskriminierungsrichtlinie).

<sup>3</sup> EuGH, Urteil vom 10. Juli 2008, Rechtssache C/54/07 Firma *Feryn NV* (zit. *Feryn NV*).

<sup>4</sup> Arbeidshof te Brussel.

<sup>5</sup> *Feryn NV* (FN 3), Randnr. 41 Ziff. 1.

behandlungsgrundsatzes vorgelegen habe.<sup>6</sup> Drittens, nach Art. 15 müssten auch dann, wenn es kein identifizierbares Opfer gebe, die Sanktionen, die bei einem Verstoss gegen die einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung der Richtlinie 2000/43 zu verhängen sind, wirksam, verhältnismässig und abschreckend sein.<sup>7</sup>

Das Urteil klärt zum einen offene Fragen innerhalb der EU zur noch jungen Rassendiskriminierungsrichtlinie und zum EU-Antidiskriminierungsrecht im Allgemeinen: Es präzisiert den Begriff des *Diskriminierungsverbots* und äussert sich zur *Beweislasterleichterung* und zur *Sanktionenregelung*. Darüber hinaus ist es zum anderen auch für das Nicht-EU-Mitglied Schweiz rechtsvergleichend von Interesse: Erstens stellt sich die Frage, ob eine öffentliche Äusserung eines Unternehmers, er werde keine Arbeitnehmer bestimmter ethnischer Herkunft oder Rasse einstellen, auch nach schweizerischem Recht unzulässig ist. Zweitens soll der vom EuGH aufgestellte Grundsatz zur Beweislastumkehr mit dem Beweisrecht des schweizerischen Prozessrechts verglichen werden, vorausgesetzt natürlich, eine derartige Äusserung ist überhaupt rechtswidrig. Drittens gilt es – wiederum unter der Voraussetzung der Rechtswidrigkeit der Handlung – darzulegen, ob die in der schweizerischen Rechtsordnung vor-

gesehenen Sanktionen den Anforderungen der Rassendiskriminierungsrichtlinie genügen. Schliesslich bleibt noch auf die interessanten Folgefragen einzugehen, ob, und falls ja welche rechtspolitischen Schlüsse für die Schweiz aus den Erkenntnissen gezogen werden könnten.

## B. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Am 28. April 2005 veröffentlichte die Zeitung *De Standaard* ein Interview mit Herrn Pascal Feryn, einem der Direktoren einer belgischen Firma, mit dem Titel «Die Kunden wollen keine Marokkaner». Herr Feryn soll gesagt haben, dass seine Firma keine Personen marokkanischer Herkunft einstelle: «Ausser diesen Marokkanern hat in vierzehn Tagen niemand anders auf unseren Aufruf reagiert (...). Marokkaner suchen wir aber nicht. Unsere Kunden wollen sie nicht. Sie müssen in Privatwohnungen, oft in Villen, Schwingtüren einbauen, und diese Kunden wollen sie nicht in ihren Wohnungen haben.» Ähnliche Artikel erschienen in den Zeitungen *Het Nieuwsblad* und *Het Volk*.

Am Abend des 28. April 2005 sagte Herr Feryn in einem Interview im belgischen nationalen Fernsehen Folgendes: «Wir haben viele Vertreter, die bei unseren Kunden vorsprechen. (...) Jeder stellt Alarmanlagen auf und ist heutzutage offensichtlich sehr ängstlich. Es sind nicht nur Ausländer, die einbrechen. Das behaupte ich nicht, ich bin kein Rassist. Es sind genauso Belgier, die in Wohnungen einbrechen. Aber die Leute haben offensichtlich Angst. Daher wird oft gesagt: «keine Ausländer». (...) Ich muss mich nach den Forderungen meiner Kunden richten. Wenn Sie sagen, «ich will dieses bestimmte Produkt oder ich will es so oder so ausgeführt haben», und wenn ich dann sage, «das mache ich nicht, ich schicke diese Leute doch vorbei», dann werden Sie mir sagen, «ich brauche diese Tür nicht unbedingt von Ihnen». Dann kann ich mein eigenes Geschäft schliessen. Wir müssen den Forderungen unserer Kunden nachkommen. Es ist nicht mein Problem, ich habe dieses Problem in Belgien nicht verursacht. Ich will, dass die Firma läuft und dass wir am Jahresende unseren Umsatz erreichen, und wie schaffe ich das? Indem ich es so mache, wie der Kunde es will!»?

Der Präsident des Arbeitsgerichts Brüssel<sup>8</sup> wies die gegen Herrn Feryn wegen der öffentlichen Äusserungen eingereichte Klage des belgischen Zentrums für Gleichberechtigung und Rassismusbekämpfung<sup>9</sup> mit der Begründung ab, es

<sup>6</sup> *Feryn NV* (FN 3), Randnr. 41 Ziff. 2. Die in der Richtlinie 2000/43 (FN 2) verankerte Beweislasterleichterung stellt einen zentralen Aspekt des EU-Antidiskriminierungsrechts dar. Sie hat zum Ziel, den oft schwierigen Diskriminierungsnachweis zu vereinfachen und ist somit ein Instrument des formellen Rechts zur effektiven Durchsetzung des Diskriminierungsverbotes. Zu den Modalitäten und zur Wirksamkeit siehe die Sammlung der Aufsätze der ERA-Seminarreihe zum EU-Antidiskriminierungsrecht unter: [http://www.era.int/web/de/html/nodes\\_main/4\\_1649\\_490/4\\_1087\\_539/5\\_1070\\_66/5\\_1070\\_1625.htm](http://www.era.int/web/de/html/nodes_main/4_1649_490/4_1087_539/5_1070_66/5_1070_1625.htm) (letzte Konsultation: 16. September 2008).

<sup>7</sup> *Feryn NV* (FN 3), Randnr. 41 Ziff. 3. Die in der Rassendiskriminierungsrichtlinie (FN 2) verankerten Anforderungen (Wirksamkeit, Verhältnismässigkeit und Abschreckung) an die Sanktionen stellen nebst der Beweislasterleichterung (FN 6) einen weiteren wichtigen Aspekt des EU-Antidiskriminierungsrechts dar und lehnen sich unter anderem an die im Menschenrechtsschutz entwickelten Grundsätze «wirksamer Schutz», «wirksame Rechtsbehelfe» und «angemessene Entschädigung oder Genugtuung» (vgl. z.B. Art. 6 des Internationalen Übereinkommens vom 21. Dezember 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung; zit. ICERD). Vertiefende Beiträge zum Thema finden sich in der Literatursammlung der ERA-Seminarreihe zum EU-Antidiskriminierungsrecht unter: [http://www.era.int/web/de/html/nodes\\_main/4\\_1649\\_490/4\\_1087\\_539/5\\_1070\\_66/5\\_1070\\_1626.htm](http://www.era.int/web/de/html/nodes_main/4_1649_490/4_1087_539/5_1070_66/5_1070_1626.htm) (letzte Konsultation: 16. September 2008). Für eine Übersicht siehe zudem CHRISTA TOBLER, Remedies and Sanctions in EC non-discrimination law. Effective, proportionate and dissuasive national sanctions and remedies, with particular reference to upper limits on compensation to victims of discrimination, Europäische Kommission, Abteilung Beschäftigung, soziale Angelegenheiten und Chancengleichheit (Hrsg.), Luxemburg 2005 (zit. TOBLER, Remedies and Sanctions).

<sup>8</sup> Arbeitsrechtbank.

<sup>9</sup> Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding. Das Zentrum ist die von Belgien nach Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2000/43 bezeichnete Stelle, die «sich entweder im Namen der beschwerten Person oder zu deren Unterstützung und mit deren Einwilligung an den in dieser Richtlinie zur Durchsetzung der Ansprüche vorgesehenen Gerichts- und/oder Verwaltungsverfahren beteiligen können».

gebe weder einen Beweis noch eine Vermutung dafür, dass sich eine Person für eine Stelle beworben habe und sie aufgrund ihrer ethnischen Herkunft nicht eingestellt worden sei. Das Zentrum legte daraufhin beim Arbeitsgerichtshof Brüssel Berufung ein. Dieser setzte das Verfahren vorläufig aus und konsultierte den EuGH.

## C. Unmittelbare (Rassen-)Diskriminierung

### I. Antwort des EuGH mit ersten Anmerkungen<sup>10</sup>

Das Gericht erkennt in Punkt 1 für Recht: «Die öffentliche Äusserung eines Arbeitgebers, er werde keine Arbeitnehmer einer bestimmten ethnischen Herkunft oder Rasse einstellen, begründet eine unmittelbare Diskriminierung bei der Einstellung im Sinne des Art. 2 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie (...), da solche Äusserungen bestimmte Bewerber ernsthaft davon abhalten können, ihre Bewerbungen einzureichen, und damit ihren Zugang zum Arbeitsmarkt behindern.»<sup>11</sup>

Aus dem Fehlen einer identifizierbaren beschwerten Person, so der EuGH in seiner Begründung, könne nicht auf das Fehlen einer unmittelbaren Diskriminierung im Sinne der Richtlinie 2000/43 geschlossen werden. Ziel der Richtlinie sei es nämlich, «günstigere Bedingungen für die Entstehung eines Arbeitsmarkts zu schaffen, der die soziale Integration fördert». Zu diesem Zweck bestimme Art. 3 Abs. 1 Buchst. a, dass die Richtlinie sich insbesondere auf die Auswahlkriterien und die Einstellungsbedingungen beziehe.<sup>12</sup> Dieses Ziel würde schwerlich erreicht, wenn der Anwendungsbereich der Richtlinie nur auf diejenigen Fälle beschränkt wäre, in denen ein Bewerber um eine Stelle, der erfolglos geblieben ist und sich als Opfer einer unmittelbaren Diskriminierung sieht, gerichtliche Schritte gegen den Arbeitgeber eingeleitet hätte.<sup>13</sup>

Der Gerichtshof weist zudem (aufgrund einer «gewissen Verwirrung»<sup>14</sup>) in seinen Erwägungen darauf hin, dass die Frage, was eine unmittelbare Diskriminierung im Sinne der Richtlinie sei, zu unterscheiden sei von der Frage, welche Rechtsbehelfe in Art. 7 der Richtlinie zur Feststellung und Sanktionierung der Nichtanwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes durch die Staaten vorgesehen würden.<sup>15</sup> Die «gewisse Verwirrung» entstand, weil das Vereinigte Königreich und Irland im Verfahren hervorgehoben hatten, dass

die Richtlinie Einrichtungen des öffentlichen Interesses nicht ermöglichen sollte, eine Klage in der Art einer Popularklage nach dem innerstaatlichen Recht der Mitgliedstaaten zu erheben.<sup>16</sup> Der EuGH erwiderte, dass Rechtsbehelfe den Personen offen stünden, die sich für durch eine Diskriminierung verletzt halten, hingegen die Regeln in der Richtlinie einzig Mindestanforderungen darstellen würden, wie in Art. 6 festgelegt. Die Richtlinie würde den Mitgliedstaaten deshalb nicht verbieten, Vorschriften einzuführen oder beizubehalten, die im Hinblick auf die Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes günstiger seien.<sup>17</sup> Grundsätzlich sei es, so sinngemäss das Gericht<sup>18</sup> und mit den Worten des Generalanwalts Maduro<sup>19</sup>, eine Frage des nationalen Rechts, ob eine Einrichtung für Gleichbehandlung eine Klage erheben könne, wenn sie nicht im Namen einer spezifischen beschwerten Person handelt.

## II. Weiterführende Anmerkungen

### 1. Diskriminierungsfreien Zugang zum Arbeitsmarkt gewährleisten

Im *Feryn*-Urteil hat der EuGH deutlich gemacht, dass es für das Vorliegen einer unmittelbaren Diskriminierung kein individualisierbares Opfer («einer identifizierbaren beschwerten Person») braucht. Das Gericht begründet dies mit dem Ziel der Richtlinie, «günstigere Bedingungen für die Entstehung eines Arbeitsmarkts zu schaffen, der die soziale Integration fördert». Somit stellt der EuGH bei der Auslegung des Begriffes der direkten Diskriminierung die Sozialpolitik als grundsätzlichen Orientierungspunkt bzw. den Diskriminierungsschutz als Bestandteil einer effektiven, sozial ausgerichteten Arbeitsmarktpolitik als übergeordnete Referenz ins Zentrum. In diesem Sinne urteilt er auch im noch aktuelleren *Coleman*-Fall, worin er sagt, dass die Beschäftigungsrahmenrichtlinie 2000/78<sup>20</sup>, wenn sie gestützt auf Art. 13 EGV erlassen wird, unter Berücksichtigung der dieser Bestimmung zugrunde liegenden umfassenden Werte ausgelegt werden muss.<sup>21</sup>

Dieser Ausgangsposition des EuGH kann zugestimmt werden. Denn gemäss einer teleologischen bzw. systematischen Auslegung ist Sekundärrecht stets im Sinne des

<sup>10</sup> *Feryn NV* (FN 3), Randnrn. 21–28 (zur ersten und zweiten Vorlagefrage).

<sup>11</sup> *Feryn NV* (FN 3), Randnr. 41 Ziff. 1.

<sup>12</sup> *Feryn NV* (FN 3), Randnr. 23.

<sup>13</sup> *Feryn NV* (FN 3), Randnr. 24.

<sup>14</sup> Siehe hierzu auch Generalanwalt Maduro in seinen Schlussanträgen zu *Feryn NV*, Randnr. 12 (zit. Schlussanträge *Feryn NV*).

<sup>15</sup> *Feryn NV* (FN 3), Randnr. 26.

<sup>16</sup> Siehe hierzu Schlussanträge *Feryn* (FN 14), Randnr. 12.

<sup>17</sup> *Feryn NV* (FN 3), Randnr. 26.

<sup>18</sup> *Feryn NV* (FN 3), Randnr. 27.

<sup>19</sup> Schlussanträge *Feryn NV* (FN 14), Randnr. 13.

<sup>20</sup> Richtlinie 2000/78/EG vom 27. November 2000 zur Festlegung allgemeiner Rahmenbedingungen für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf.

<sup>21</sup> EuGH, Urteil vom 17. Juli 2008, Rechtssache C/303/06 *Coleman*, Randnr. 38. Siehe hierzu auch Schlussanträge *Feryn NV* (FN 12), Randnr. 14, in denen Maduro auch auf die Rechtsache *Coleman* hinweist.

Zwecks des Primär- und Sekundärrechts bzw. im Sinne des übergeordneten Primärrechts zu interpretieren.<sup>22</sup>

Die hier zur Diskussion stehende öffentliche Äusserung richtet sich denn auch fundamental gegen einen Arbeitsmarkt, der die soziale Integration fördert und knüpft an ein verdächtiges Merkmal an, die Nationalität. Würde eine derartige öffentliche Äusserung nicht sanktioniert bzw. wäre sie insgesamt vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen, fehlte es an einer wesentlichen Bedingung für einen diskriminierungsfreien Zugang zum Arbeitsmarkt. Arbeitgebern wäre damit erlaubt, aufgrund der «Rasse» oder der ethnischen Herkunft zwischen den Bewerbern sehr wirksam zu differenzieren, indem sie den diskriminierenden Charakter ihrer Einstellungspolitik vorab so offen wie möglich publik machen.<sup>23</sup> Im Ergebnis liefe man durch die Nichtsanktionierung Gefahr, so Generalanwalt Maduro zugespitzt, dass die «unverblümmteste Strategie einer Diskriminierung» auch zur «lohnendsten»<sup>24</sup> werde<sup>25</sup>, da dadurch gewisse Bewerber/innen leicht von einer Bewerbung abgehalten werden könnten.

## 2. Schutz potenzieller Opfer vor einer Einstellungsdiskriminierung

Auch wenn es an «einer identifizierbaren beschwerten Person» fehlt, rückt der Gerichtshof mit seiner Interpretation des Diskriminierungsbegriffes möglicherweise – nebst der Gewährleistung des diskriminierungsfreien Zugangs zum Arbeitsmarkt – auch die (potenziellen) Opfer einer Anstellungsdiskriminierung ins Zentrum. Dies jedoch nicht dahingehend, dass er durch die diskriminierende öffentliche Äusserung die Menschenwürde verletzt sieht. Wohl eher erachtet das Gericht eine derartige öffentliche Äusserung deshalb als diskriminierend, weil dadurch auf mehr oder weniger wirksame Art und Weise sichere künftige Opfer einer Einstellungsdiskriminierung – und damit auch die Verletzung ihrer Menschenwürde – vermieden werden können. Das EU-Antidiskriminierungsrecht ist somit nicht nur im Lichte einer vom Individualschutz losgelösten sozialen Arbeitsmarktpolitik, die in erster Linie das Gemeinschaftsinteresse auf einen diskriminierungsfreien Arbeitsmarkt betont, sondern auch

im Sinne des präventiven Individualschutzes, der in erster Linie auf viele Individualinteressen potenzieller Opfer auf Nichtdiskriminierung ausgerichtet ist, zu interpretieren.

## 3. Kundeneinfluss von untergeordneter Bedeutung

Obwohl sich der EuGH im vorliegenden Sachverhalt nicht dazu äusserte bzw. dazu äussern musste, steht die Frage im Raum, ob die Tatsache, dass Kunden eines Unternehmens Angestellten mit bestimmter ethnischen Herkunft gegenüber nicht günstig gestimmt sind, Rechtfertigung dafür sein kann, dass eine nach ethnischen und «rassischen» Kriterien öffentlich geäusserte oder tatsächlich umgesetzte Praxis der Einstellungsbenachteiligung rechtmässig ist?

Generalanwalt Maduro positionierte sich dazu pointiert in seinen Schlussanträgen.<sup>26</sup> Er machte richtigerweise deutlich, dass selbst wenn diese Behauptung [die Kunden würden Marokkaner ablehnen], zuträfe, sie nur den Satz «markets will not cure discrimination»<sup>27</sup> (Märkte sind kein Heilmittel gegen Diskriminierung) und die Notwendigkeit eines regulierenden Eingreifens veranschaulichen würden.

Das Argument Maduro's ist nachvollziehbar. Denn die Aufgabe des Diskriminierungsschutzes muss darin bestehen, den diskriminierungsfreien Zugang zum Markt zu fördern und Menschen davor zu schützen, dass sie nicht – einzig weil sie als störend empfunden werden oder werden könnten – aus der Gesellschaft ausgegrenzt werden. Hingegen steht das Argument des Generalanwalts in dieser Form auch etwas undifferenziert und leicht konterbar im Raum. Denn es kann wohl kaum bestritten werden, dass Kundeninteressen für ein Unternehmen von oberster Priorität sind – sein dürfen – und im Extremfall auch einen Einfluss auf deren Existenz haben können. Ist die Situation eines Unternehmens beispielsweise so, dass es zu (nicht mit zumutbaren Massnahmen verhinderbaren) schwerwiegenden Umsatzeinbussen kommt, müssten Benachteiligungen bestimmter «Rassen» und Ethnien allenfalls doch zugelassen werden. Die «Rasse» oder Ethnie ist dann aber gerade nicht – bzw. nur indirekt – ausschlaggebend für die Handlung. Eine derartige Begründung dürfte hingegen nur in extremen Ausnahmefällen zulässig sein und nur dann, wenn sie nachgewiesen ist, als Rechtfertigung akzeptiert werden, geht es doch beim Diskriminierungsschutz gerade darum, historischen und aktuellen Ausgrenzungstendenzen in unserer Gesellschaft entgegenzutreten.<sup>28</sup>

Ausserdem – so Maduro weiter in seiner Begründung – würden regulierende Massnahmen auf Gemeinschaftsebene bei der Lösung des für Arbeitgeber bestehenden Problems

<sup>22</sup> Zusammenfassende Darstellung der Auslegungsgrundsätze in den Schlussanträgen der Generalanwältin Juliane Kokott vom 9. Januar 2008 (C-268/06), Randnrn. 133 ff., Bezug nehmend auf: Urteile vom 5. Oktober 2004, *Pfeiffer u.a.* (C397/01 bis C403/01, Slg. 2004, I8835, Randnrn. 115–119), vom 4. Juli 2006, *Adeneler u.a.* (C212/04, Slg. 2006, I6057, Randnr. 111); ähnlich bereits das Urteil vom 13. November 1990, *Marleasing* (C-106/89, Slg. 1990, I-4135, Randnr. 8), in dem der Gerichtshof betont, dass das nationale Gericht «seine Auslegung soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie ausrichten muss».

<sup>23</sup> Siehe hierzu Schlussanträge *Feryn NV* (FN 12), Randnr. 17.

<sup>24</sup> Im Originaltext in Anführungs- und Schlussstrichen gesetzt.

<sup>25</sup> Schlussanträge *Feryn NV* (FN 12), Randnr. 17.

<sup>26</sup> Schlussanträge *Feryn NV* (FN 12), Randnr. 18.

<sup>27</sup> Schlussanträge *Feryn NV* (FN 12), Randnr. 18 mit Fn. 15. Maduro zitiert C. SUNSTEIN, «Why markets don't stop discrimination», in: *Free markets and social justice*, Oxford University Press, Oxford 1997, S. 165.

<sup>28</sup> Weiteres hierzu siehe unter G.II.2.

von Kollektivklagen helfen, indem sie Wettbewerbsverzerrung verhindern würden, die – gerade aufgrund dieses Versagens des Marktes – entstehen könnte, wenn verschiedene Standards des Diskriminierungsschutzes auf nationaler Ebene existierten.

Auch dieses Argument leuchtet ein. Hingegen sollte m.E. das Argument der Wettbewerbsverzerrung sekundär sein. Denn in erster Linie hat die Richtlinie 2000/43 und mit ihr auch die weiteren Antidiskriminierungsrichtlinien<sup>29</sup> eine sozialpolitische und eine grundrechtliche Funktion<sup>30</sup>, soll es doch primär darum gehen, den Schutz der Würde auch gegen wirtschaftlich pathologische Zustände zu verteidigen.

#### 4. Herabsetzung durch einen «speech act»

Offen bleibt, ob der EuGH nicht auch in der eigentlichen Sprachhandlung eine Diskriminierung sieht, unabhängig davon, ob die Äusserung die Wirkung der diskriminierenden Einschränkung des Zugangs zum Arbeitsmarkt hat. Maduro spricht in seinen Schlussanträgen von einem «speech act».<sup>31</sup> Diese Sprachhandlung stellt m.E. bereits für sich alleine eine Herabsetzung jedes einzelnen Mitgliedes der betroffenen Gruppe dar und sollte nach innerstaatlichem Recht für unzulässig erklärt werden. Nicht von Bedeutung ist dabei, ob die Person grundsätzlich Interesse für die Stelle zeigt oder gezeigt hätte, oder ob durch die Äusserung tatsächlich potenzielle Bewerber von einer Stellenbewerbung abgehalten werden bzw. wurden. Hingegen geht diese Interpretation wahrscheinlich über die Anforderungen der Richtlinie 2000/43 hinaus, da die Richtlinie nicht zur Aufgabe hat, «einzig» die gruppenbezogene Menschenwürde, unabhängig von seinen Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt, zu schützen.

<sup>29</sup> Aktuell gibt es vier zentrale Richtlinien, welche die EU-Mitgliedstaaten verpflichten bzw. verpflichteten, rechtliche Normen zur Bekämpfung von Diskriminierung zu schaffen und durchzusetzen. Es sind dies nebst der Richtlinie 2000/43 (FN 2) die Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung allgemeiner Rahmenbedingungen für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, die Richtlinie 2004/113/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die Richtlinie 76/207/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen geändert im Jahre 2002 durch die Richtlinie 2002/73/EG (werden am 15. August 2009 ersetzt durch die Richtlinie 2006/45/EG).

<sup>30</sup> Siehe C.I.f.

<sup>31</sup> Schlussanträge *Feryn NV* (FN 12), Randnr. 16.

## D. Beweislastumkehr

### I. Antwort des EuGH mit ersten Anmerkungen<sup>32</sup>

Das Gericht erkennt in Punkt 2 für Recht: «Öffentliche Äusserungen, durch die ein Arbeitgeber kundtut, dass er im Rahmen seiner Einstellungspolitik keine Arbeitnehmer einer bestimmten ethnischen Herkunft oder Rasse beschäftigen werde, reichen aus, um eine Vermutung im Sinne des Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2000/43 für das Vorliegen einer unmittelbar diskriminierenden Einstellungspolitik zu begründen. Es obliegt dann diesem Arbeitgeber zu beweisen, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen hat. Er kann dies dadurch tun, dass er nachweist, dass die tatsächliche Einstellungspraxis des Unternehmens diesen Äusserungen nicht entspricht. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts zu prüfen, ob die gerügten Tatsachen glaubhaft sind, und zu beurteilen, ob die Beweise zur Stützung des Vorbringens des Arbeitgebers, dass er den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt habe, ausreichend sind.»<sup>33</sup>

Der EuGH verzichtet auf eine vertiefte Begründung seiner Antwort. Er wiederholt in seinen Erwägungen einzig den Grundsatz, dass die Verpflichtung zur Führung eines Gegenbeweises, die denjenigen treffe, dem die Diskriminierung angelastet werde, nur von der Feststellung abhängt, dass aufgrund glaubhafter Tatsachen das Vorliegen einer Diskriminierung zu vermuten ist. Solche Tatsachen, so das Gericht weiter, könnten Äusserungen im dargelegten Sinne sein. Das Gericht hält auch fest, dass es Sache des vorlegenden Gerichts sei, zu prüfen, ob die diesem Arbeitgeber vorgeworfenen Tatsachen glaubhaft seien, und ob die Beweise zur Stützung seines Vorbringens, dass er den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt habe, ausreichend seien.

## II. Weiterführende Anmerkungen

### 1. Beweislastumkehr im Kontext jedes Einzelfalles beurteilen

Auf den ersten Blick scheint der EuGH mit seiner Antwort sinngemäss zu sagen, dass erstens eine derartige Äusserung eine tatsächlich umgesetzte Diskriminierungspraxis vermuten lässt und zweitens – folgerichtig –, falls es zu einer Klage wegen einer diskriminierenden Einstellungsverweigerung kommen würde, eine derartige Äusserung auch eine Vermutung für eine diskriminierende Einstellungsverweigerung im konkreten Einzelfall begründe. Im ersten Fall ist diese Interpretation des *Feryn*-Urteils logisch, denn Tatsache ist, dass die Äusserung gemacht wurde und sich somit die Beweislastumkehr auch rechtfertigt. Etwas anders sieht es bezüglich

<sup>32</sup> *Feryn NV* (FN 3), Randnrn. 29–34 (zur dritten bis fünften Vorlagefrage).

<sup>33</sup> *Feryn NV* (FN 3), Randnr. 41 Ziff. 2.

der zweiten Konstellation aus. Liest man das *Feryn*-Urteil auf diese Weise, hätte dies zur Folge, dass bei einem Verfahren wegen einer konkreten Einstellungsverweigerung die Beweislast von Anfang an auf das diskriminierende Unternehmen überginge. Dies kann aber nicht so gemeint sein. Man stelle sich beispielsweise die Situationen vor, die Äusserung liege drei Jahre zurück und die Einstellung der Kundschaft gegenüber Marokkanern hätte sich seither geändert.

Die Aussage des EuGH muss denn auch im Gesamtkontext seiner Antwort betrachtet werden. Sie wird dadurch relativiert, dass er sagt, dass es Sache des vorliegenden Gerichts sei zu prüfen, ob die gerügten Tatsachen glaubhaft sind. Damit meint der EU-Gerichtshof die Selbstverständlichkeit, dass jeweils nur im Einzelfall und durch die nationalen Gerichte geprüft werden kann, ob die öffentliche Äusserung dann auch tatsächlich die Diskriminierungsvermutung auslöst. In einem Fall, in dem die Äusserung mehrere Jahre zurück liegt, wäre es m.E. nicht angemessen, wenn ein nationales Gericht auf der Grundlage dieses EuGH-Urteils automatisch die Beweislastumkehr anwenden würde. Dadurch verkäme die Beweislastumkehr zu einem angreifbaren Instrument, das unter anderem auch leichter missbraucht werden könnte. Dies würde nicht zuletzt Wasser auf die Mühlen der Kritiker des EU-Antidiskriminierungsrechts sein und den eigentlichen Zielen<sup>34</sup> der Rassendiskriminierungsrichtlinie keine guten Dienste mehr erweisen.

## 2. Beweislastumkehr ist gerechtfertigt

So interpretiert, ist der im *Feryn*-Urteil aufgestellte «Teilgrundsatz» der Regel zur Beweislastumkehr (bzw. Beweislastumkehr) gerechtfertigt. Denn, Ziel ist es, wirksame Rechtsbehelfe zur Verfügung zu stellen, damit Diskriminierung möglichst einfach nachgewiesen werden kann. Dabei geht es nicht darum, den «Mythos» *Klageflut*<sup>35</sup> weiter zu füttern, sondern vielmehr darum, die Einhaltung des Diskriminierungsgrundsatzes im Sinne einer wirksamen Sozialpolitik effektiv zu gewährleisten.

Ohne eine Beweislastumkehr könnte eine diskriminierende Anstellungsverweigerung von der klagenden Person kaum

nachgewiesen werden, ausser diese würde unter Anwesenheit von Zeugen kommuniziert. Davor werden sich jedoch clevere Unternehmer hüten. Auch der Nachweis durch einen sogenannten Situationstest<sup>36</sup> könnte die Beweisproblematik nicht ernsthaft entschärfen. Dieses Verfahren ist aufwendig, im Nachhinein einer Anstellungsdiskriminierung wohl kaum mehr durchführbar und führt für sich alleine noch nicht zu einem Beweis. Zudem ist deren Zulässigkeit als Beweisführungsmethode angesichts der Missbrauchsfahrer schwer durchsetzbar<sup>37</sup>. Die klagende Person ist somit darauf angewiesen, dass es eine sinnvolle Interpretation der Beweislastumkehr gibt. Hat sich ein Arbeitgeber öffentlich geäußert, er betreibe eine rassistische Einstellungspolitik, kann dies – mit dem erwähnten Vorbehalt – als Indiz dafür verstanden werden, dass er dem tatsächlich auch nachlebt. Die Beweislastumkehr ist somit sachlich begründet. Dem Arbeitgebenden wäre es dann ein Leichtes darzulegen, dass er nicht diskriminiert hat bzw. sachliche Gründe für die Einstellungsverweigerung vorlagen, auch dann, wenn er sich diskriminierend geäußert hatte. Er muss einzig die Nichtqualifikation des Bewerbers plausibel darlegen oder aufzeigen, weshalb ein anderer Bewerber besser qualifiziert ist.

## E. Sanktionen

### I. Antwort des EuGH mit ersten Anmerkungen<sup>38</sup>

Das Gericht erkennt in Punkt 3 für Recht: «Nach Art. 15 der Richtlinie 2000/43 müssen auch dann, wenn es kein identifi-

<sup>34</sup> Siehe C.I.f.

<sup>35</sup> Vgl. hierzu BÖCKLER IMPULS 08/2005, Antidiskriminierungsgesetz, Schutz vor Diskriminierung schadet nicht dem Arbeitsmarkt, Hans Böckler Stiftung (Hrsg.), Fundstelle: [http://www.boeckler.de/32014\\_35722.html](http://www.boeckler.de/32014_35722.html) (letzte Konsultation: 16. September 2008). Der Deutsche Bundestag hat in einer Meldung vom 25. September 2007 «Klageflut nach Inkrafttreten des Gleichbehandlungsgesetzes ausgeblieben» festgehalten, dass die von Wirtschaftsverbänden prophezeite Klageflut nach dem Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) nicht eingetroffen sei. Deshalb sei die Bundesregierung auch nicht der Auffassung, dass das Gesetz «in besonderer Weise» Möglichkeiten für dessen Missbrauch eröffne. Fundstelle: [http://www.bundestag.de/aktuell/hib/2007/2007\\_240/09.html](http://www.bundestag.de/aktuell/hib/2007/2007_240/09.html) (letzte Konsultation: 16. September 2008).

<sup>36</sup> Migration Policy Group (Hrsg.), Europäische Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht, 3/April 2006, S. 37: «Der Situationstext (auch «testing» oder seltener «praktischer Text» genannt) soll Praktiken ans Licht bringen, mit denen Personen, die eine besondere Eigenschaft aufweisen, in einer vergleichbaren Situation weniger günstig als andere, die diese Eigenschaft nicht aufweisen, behandelt werden. Dabei handelt es sich um eine Art Inszenierung, ein Rollenspiel, das es einer Person, die ohne ihr Wissen beobachtet wird, ermöglichen soll, eine Diskriminierung zu begehen. Diese Person sieht sich fiktiven «Kandidaten» gegenüber, von denen einige eine Eigenschaft aufweisen, die ein diskriminierendes Verhalten auslösen können. Es wird dann ihre Haltung gegenüber den Personen mit dieser bestimmten Eigenschaft beobachtet und mit der Haltung der anderen Personen verglichen. Der Situationstext ermöglicht die Offenlegung unmittelbarer Diskriminierung, die meist mit Ausreden verschleiert wird (die Wohnung sei bereits vermietet, die Stelle sei schon vergeben, der Zugang zu einer Einrichtung sei nur Mitgliedern vorbehalten usw.).»

<sup>37</sup> OLIVIER DE SCHUTTER, Wie lässt sich Diskriminierung beweisen?, Vortrag an der ERA im Rahmen der ERA-Seminarreihe zum EU-Antidiskriminierungsrecht, S. 6, Fundstelle: [http://www.era.int/web/de/resources/5\\_1095\\_3057\\_file\\_de.4442.pdf](http://www.era.int/web/de/resources/5_1095_3057_file_de.4442.pdf) (letzte Konsultation: 16. September 2008).

<sup>38</sup> *Feryn NV* (FN 3), Randnrn. 35–40 (zur sechsten Vorlagefrage).

zierbares Opfer gibt, die Sanktionen, die bei einem Verstoss gegen die einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung dieser Richtlinie zu verhängen sind, wirksam, verhältnismässig und abschreckend sein.»<sup>39</sup>

Der EuGH kommt (wie bei der Frage der Beweislastumkehr) ohne vertiefte Begründung zu diesem Schluss. Er wiederholt einzig die bereits in der Richtlinie ausdrücklich verankerten Grundsätze: Unter anderem hält er fest, dass Art. 15 die Mitgliedstaaten verpflichte, in ihre innerstaatliche Rechtsordnung Massnahmen aufzunehmen, die hinreichend wirksam seien, um dieses Ziel zu erreichen. Den Mitgliedstaaten bleibe die freie Wahl zwischen verschiedenen Lösungen. Sanktionen könnten zum Beispiel darin bestehen, dass das Gericht oder die zuständige Verwaltungsbehörde die Diskriminierung feststellt und mit einer Anordnung einer adäquaten Veröffentlichung verbindet. Sie könnten auch darin bestehen, dass dem Arbeitgeber nach den entsprechenden Vorschriften im nationalen Recht aufgegeben werde, die festgestellte diskriminierende Praxis zu unterlassen, gegebenenfalls verbunden mit einem Zwangsgeld. Eine andere Möglichkeit bestehe in der Anordnung, die festgestellte diskriminierende Praxis zu unterlassen oder in der Zusprechung eines Schadenersatzes an die das Verfahren bestreitende Organisation. Die Mitgliedstaaten hätten dafür zu sorgen, dass diese Massnahmen vor den nationalen Gerichten tatsächlich geltend gemacht werden könnten.

## II. Weiterführende Anmerkungen

Das Gericht wirkt in der Sache stringent, denn ohne effektive Sanktionen verliert das Diskriminierungsrecht an der geforderten<sup>40</sup> Effektivität. Offen bleibt die Frage, was dies konkret bedeutet, gerade weil es ja in der vorliegend zu beurteilenden Form der direkten Diskriminierung kein eigentliches Opfer gibt.

Fest steht, die Feststellung einer direkten Diskriminierung alleine genügt nicht. Dazu sagt auch Generalanwalt Maduro in seinen Schlussanträgen, dass rein symbolische Sanktionen im Allgemeinen nicht hinreichend abschreckend seien, um das Diskriminierungsverbot durchzusetzen.<sup>41</sup> Auch hält der EuGH in seinem Urteil fest, dass es das Sanktionensystem in den Rahmen einer ganzheitlichen und diskriminierungsfreien Sozialpolitik setze.<sup>42</sup>

### 1. Wiedergutmachung keine zwingende Anforderung

Weiter haben Sanktionen hauptsächlich die Wiedergutmachung (relief and redress) von Diskriminierung gegenüber

den Opfern auszuführen<sup>43</sup>. Wiedergutmachung muss persönlich sein.<sup>44</sup> Da wir nun aber kein Opfer haben, stellen sich hier die Fragen, ob die Wiedergutmachung anderweitig vorgenommen werden kann? Oder ob gar ganz darauf verzichtet werden kann, vorausgesetzt, es gibt Alternativen?

Die erste Frage kann wohl mit ja beantwortet werden, da die Wiedergutmachung gemäss EuGH auch in Form von Schadenersatz an eine Organisation ausgerichtet werden kann.<sup>45</sup> Die Beantwortung der zweiten Frage ist hingegen etwas schwieriger, kann aber auch mit einem Ja beantwortet werden, unter der Voraussetzung, die Alternative sei wirksam, verhältnismässig und abschreckend. Und die nicht abschliessenden Vorschläge von Sanktionen des EuGH zeigen, dass ein Staat richtlinienkonform handelt, wenn er nicht eine Sanktion in Form einer Wiedergutmachung im engen Sinne (Entschädigungszahlung) wählt.

### 2. Strafe als richtlinienkonforme Alternative?

Interessant ist, dass die Strafe im *Feryn*-Urteil nicht als Beispiel einer wirksamen, verhältnismässigen und abschreckenden Sanktion aufgezählt wird. Weshalb der EuGH darauf verzichtete, ist nicht klar. Es kann sein, dass er dies schlicht vergass, oder er der Strafe nicht Priorität einräumen wollte, oder er sie (im Sinne eines Umkehrschlusses) nicht für richtlinienkonform hält.

In der Lehre wird die Meinung vertreten, dass eine Strafe für sich alleine nicht [automatisch] genüge.<sup>46</sup> Diese Aussage bezieht sich aber vermutlich nur auf Diskriminierungen, bei denen es ein konkretes Opfer gibt. Es sprechen nämlich durchaus gewichtige Gründe dafür, eine Strafe bei der gegebenen Konstellation zu den wirksamen, verhältnismässigen und abschreckenden Sanktionen zu zählen. Insbesondere die Aussage des EuGH zur Unterlassungsanordnung, gegebenenfalls verbunden mit einem Zwangsgeld, könnte ein Anzeichen dafür sein. Der definitiven Beantwortung dieser Frage wird weiter hinten nachgegangen.<sup>47</sup>

## F. Marokkaner als Schutzobjekt der Richtlinie

Weder in den Erwägungen des EuGH noch in den Schlussanträgen des Generalanwalts Maduro finden sich Erläuterungen zu den Fragen, ob und inwiefern Marokkaner eine von der Richtlinie geschützte Gruppe darstellen. Das ist weiter nicht erstaunlich, da dies in dieser spezifischen Art auch

<sup>39</sup> *Feryn NV* (FN 3), Randnr. 41 Ziff. 3.

<sup>40</sup> Siehe C.I.f.

<sup>41</sup> Schlussanträge *Feryn NV* (FN 12), Randnr. 28.

<sup>42</sup> *Feryn NV* (FN 3), Randr. 37 f.

<sup>43</sup> TOBLER, Remedies and Sanctions (FN 7), 4.

<sup>44</sup> TOBLER, Remedies and Sanctions (FN 7), 4.

<sup>45</sup> *Feryn NV* (FN 3), Randnr. 39.

<sup>46</sup> TOBLER, Remedies and Sanctions (FN 7), 4.: «Penal sanctions by themselves are not sufficient, (...)».

<sup>47</sup> Siehe G.IV.1.

nicht Gegenstand des Verfahrens vor dem EuGH war. Die Beantwortung der Fragen ist im vorliegenden Zusammenhang aber trotzdem von Interesse. Denn es kann nicht automatisch davon ausgegangen werden, dass Marokkaner unter die Begriffe *Ethnie* oder *Rasse* fallen. Auch ist die praktische Dimension der Problematik nicht zu unterschätzen, da Rassendiskriminierung vielfach hinter einer Diskriminierung aufgrund der Staatszugehörigkeit kaschiert ist.<sup>48</sup>

### Rasse und Ethnie<sup>49</sup>

Der Begriff der *Ethnie* stammt vom griechischen *ethnos* ab und bedeutet soviel wie Volk, Nation.<sup>50</sup> In der sozialwissenschaftlichen Literatur bleibt der Begriff nach wie vor strittig, auch wenn die Auseinandersetzung im Vergleich zu den Rechtswissenschaften weitaus differenzierter ist. Die Ursprungstheorie definiert den Begriff *Ethnie* in erster Linie über die gemeinsame Abstammung. Dieser Argumentationslinie zufolge sollen ursprüngliche Verwandtschaftsbande unveränderliche, emotionale Bindungen und Verbindungen bewirken. Demgegenüber fusst nach der subjektivistischen Position *Ethnie* auf der Selbstverständlichkeit einer Gruppe von Menschen, die sich v.a. kulturell verschieden von anderen definieren.<sup>51</sup>

Das Wort «*Rasse*» ist ein Lehnwort aus dem Französischen (*race*), welches vom italienischen «*raza*», dem spanisch-portugiesischen «*raza*» (Stamm, Geschlecht) und dem deutschen «*reiza*» (Linie, Strich) herkommt.<sup>52</sup> Anthropologen versuchten die Menschen in Rassen einzuteilen, wobei sie sich auf anatomische Merkmale wie Hautfarbe und Kopfform, physiologische Merkmale wie Verteilung der Blutgruppen sowie pathologische Merkmale wie unterschiedliche Reaktionen auf Krankheiten stützten.<sup>53</sup> Aufgrund der geringen genetischen Unterschiede erwiesen sich die rassistischen

Kategorisierungen als haltlos.<sup>54</sup> Die Sozialwissenschaft versteht somit Rasse als etwas objektiv nicht Vorfindbares, sondern das, was sich als «*Rasse*» empfindet und als solche empfunden wird. Die «*Rasse*» eines Menschen wird mithin, allgemein gesagt, von einem anderen Menschen bestimmt.

Im Völkerrecht werden die beiden Begriffe «*Rasse*» und *Ethnie* (noch) weniger scharf gefasst. Die Richtlinie 2000/43 verbietet Diskriminierung auf Grund der «*Rasse*» oder der ethnischen Herkunft, jedoch wurde in diesem Kontext keiner dieser beiden Begriffe definiert. Gerade die Umsetzung der Rassendiskriminierungsrichtlinie in den Mitgliedstaaten zeigt die grosse Vielfalt der möglichen Definitionen<sup>55</sup>: ICERD bezeichnet als Rassendiskriminierung jede Diskriminierung, die «auf der Rasse, der Hautfarbe, der Abstammung, dem nationalen Ursprung oder dem Volkstum» beruht<sup>56</sup>; dabei ist der Begriff des «nationalen Ursprungs» nicht mit «nationale Zugehörigkeit» im bürgerrechtlichen Sinne gleichzusetzen. Am eindeutigsten ist der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte. Dieser unterscheidet zwischen einerseits dem «*Rasse*»-Begriff, der seine Wurzeln in der Idee einer biologischen Einteilung der Menschen in Unterspezies aufgrund morphologischer Eigenschaften wie Hautfarbe oder Gesichtszüge hat, sowie andererseits dem Begriff der *Ethnie*, dessen Herkunft in der Idee sozialer Gruppen gekennzeichnet durch ihre Nationalität, Stammesherkunft, ihren religiösen Glauben, ihre gemeinsame Sprache oder ihre(n) kulturelle(n) und traditionelle(n) Herkunft und Hintergrund, liegt.<sup>57</sup>

### Nationalität

Ein besonderes Problem wirft die Frage auf, ob Nationalitäten auch geschützt sind. Mit Nationalität können die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Staat, zu nationalen Minderheiten oder die nationale Herkunft gemeint sein.<sup>58</sup> Nationalität im hier verstandenen Sinne bedeutet die legale Bindung zwischen einer Person und einem Staat und nicht die ethnische Herkunft einer Person.<sup>59</sup> Klar ist, dass die Staatszugehörigkeit kein Schutzobjekt der Richtlinie 2000/43 darstellt und die Vorschriften und Bedingungen für die Einreise

<sup>48</sup> Dies schliesst der Autor aus der langjährigen persönlichen Erfahrung als stellvertretender Leiter des Sekretariats der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus (EKR).

<sup>49</sup> Vgl. hierzu MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Rassendiskriminierung, Ein Kommentar zu Art. 261<sup>bis</sup> StGB und Art. 171c MStG, Zürich u.a. 2007, 200 ff. (zit. NIGGLI, Rassendiskriminierung).

<sup>50</sup> MICHEL PANOFF & MICHEL PERRIN, Taschenwörterbuch der Ethnologie, erweiterte Neuauflage, Berlin 1985, 91 (zit. PANOFF & PERRIN, Ethnologie).

<sup>51</sup> SAMMY SMOHAA, Ethnic Groups, in: Adam Kuper & Jessica Kuper (Hrsg.), The Social Science Encyclopedia, London u.a. 1985, 267–269, 268.

<sup>52</sup> JACOB GRIMM & WILHELM GRIMM, Deutsches Wörterbuch, 14. Band: R – Schiefe. Bearbeitet von MORITZ HEYNE, München 1991 [1893], Spalte 143.

<sup>53</sup> PANOFF & PERRIN, Ethnologie (FN 50), 258. Man sprach von vier grossen Gruppen, welche die weissen (oder kaukasischen oder leukodermen), die gelben (mongolischen oder xanthodermen), die schwarzen (oder melandodermen) und die «primitiven» (australische, tasmanische und Wedda) Rassen umfassen.

<sup>54</sup> PHILIPP TOBIAS, Race, in: Adam Kuper & Jessica Kuper (Hrsg.), The Social Science Encyclopedia, London u.a. 1985, 678–782, 679.

<sup>55</sup> JOHANSSON, Comparing National and Community Anti-Discrimination Law, in: Niessen – Chopin (Hrsg.), 189; GERARDS JANNEKE, Chapter one, Discrimination Grounds, in: Schiek – Waddington – Bell (Hrsg.), Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law, Oregon 2007, 33–180, 63 ff. (zit. JANNEKE, Discrimination Grounds).

<sup>56</sup> Art. 1 ICERD.

<sup>57</sup> EGMR, Urteil vom 13. Dezember 2005, *Timishev gegen Russland*, Randnr. 55.

<sup>58</sup> A. DUMMET, «Implementing European Anti-Discrimination Law», in: Niessen and Chopin (Hrsg.), Randnr. 66, 238 f.

<sup>59</sup> Art. 2a der Europäischen Konvention der Nationalitäten.



von Staatsangehörigen dritter Staaten (...) nicht berührt.<sup>60</sup> Hingegen (erscheint mit dem Begriff *Nationalität*) in vielen Diskriminierungsfällen aufgrund der Nationalität weniger der Rechtsstatus als viel mehr die scheinbar dahinter liegende fremde Kultur bzw. «Rasse» oder Ethnie gemeint zu sein. Diese Abgrenzungsschwierigkeiten in der Praxis sind wohl auch der Grund, weshalb zahlreiche EU-Mitgliedländer die Nationalräte als Schutzobjekt in die Antidiskriminierungsgesetzgebung einbauten.<sup>61</sup>

### Marokkaner

Dass es zu derartigen «kaschierten» Rassendiskriminierungen kommt, liegt auf der Hand und lässt sich am *Feryn*-Sachverhalt leicht illustrieren. Es beginnt mit der Tatsache, dass der Marokkaner weder aufgrund seines äusserlichen Erscheinungsbildes noch aufgrund kultureller Ausdrucksformen objektiv erkennbar ist. Es gibt zahlreiche Marokkaner ausländischer Herkunft, unterschiedlichster äusserer Erscheinungsformen. Rund 20% der Bevölkerung ist arabischstämmig, die Arabisch spricht. Auch wenn dies die landesweite Sprache ist, werden diverse Berbersprachen gesprochen. Französisch wird im gesamten Land als Handels- und Bildungssprache benutzt. Rund 99% sind Muslime, 69 000 Einwohner bekennen sich zum Christentum und 8000 zum Judentum.<sup>62</sup> Wenn man vom Marokkaner spricht, kann dies somit rasch zu einer ethnischen bzw. «rassistischen» Zuschreibung führen.

Gerade im vorliegenden *Feryn*-Sachverhalt handelt es sich mit grosser Wahrscheinlichkeit um eine Rassendiskriminierung. Die Äusserung *Feryn*'s «Unsere Kunden wollen sie nicht (...) die Leute haben offensichtlich Angst» zeigt, dass hier entweder die Kundschaft oder *Feryn* selbst sich einen «Marokkaner-Typen» vorstellt, der offenbar Angst macht, auch wenn es diesen objektivierbar gar nicht gibt. Diese Angst wird durch äussere Merkmale und nicht durch den Pass ausgelöst. Denn ein nicht marokkanisch aussehender Marokkaner indischer Abstammung würde wohl nicht dieselben Ängste auslösen. Umgekehrt könnte wohl ein scheinbar marokkanisch aussehender Mensch mit Schweizer Pass diese Angst auslösen. Die Angst der angesprochenen Kunden vor Marokkanern beruht demnach auf vermuteten oder tatsächlichen Erfahrungswerten mit marokkanisch aussehenden Menschen. Verhärtet sich diese Angst zu individuellen Vorurteilen oder gar zum Stereotyp des «gefährlichen Marokkaners», stellt dies eine rassistische Kategorisierung

dar. Manifestiert sich diese rassistische Kategorisierung in einer pauschal ausgrenzenden Einstellungspolitik, handelt es sich um eine Diskriminierung auf Grund der Rasse oder der Ethnie, je nachdem, ob die Angst durch das äussere Erscheinungsbild (insbesondere die Physiognomie) oder durch das Verhalten (wie z.B. die Sprache) ausgelöst wird.

Der Zweck der Richtlinie 2000/43 ist es, Diskriminierungen von Menschen aufgrund rassistischer Konstruktionen zu bekämpfen. Es geht deshalb in jedem Einzelfall einer auf den ersten Blick nationalitätsbezogenen Unterscheidung darum zu klären, ob die Handlung kulturell bzw. «rassistisch» aufgeladen ist, d.h. die Person wegen ihres Verhaltens oder Aussehens eine gewisse Angst und darauf aufbauend eine individuelle Vorurteilsbildung bzw. eine kollektive Stereotypisierung auslöst und dies zu einer Ungleichbehandlung führt. Wird die Frage mit ja beantwortet, liegt m.E. eine Rassendiskriminierung im Sinne der Richtlinie 2000/43 vor.

## G. Betrachtungen zur Rechtslage in der Schweiz

### I. Klärungsbedarf

Am 17. Dezember 2004 reichte die Grüne Fraktion eine Motion für ein Gesetz gegen die rassistische Diskriminierung in der Arbeitswelt ein.<sup>63</sup> Sie begründete den Vorstoss einerseits mit der Rechtsunsicherheit *de lege lata* und andererseits mit den «faktischen Defiziten, damit gegen an sich verbotene Diskriminierung auch effektiv vorgegangen werden kann», nämlich: die Beweislastregelung, das Kostenrisiko und die Angst vor negativen Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis beim Beschreiten des Rechtsweges.

Auch Nationalrat Paul Rechsteiner sieht Handlungsbedarf und möchte deshalb mit einer parlamentarischen Initiative vom 23. März 2007<sup>64</sup> zur Schaffung eines Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes die Diskussion über eine systematische und umfassende Stärkung des Antidiskriminierungsrechts anstossen. Dieses soll, in Anlehnung an die Regelungen der EU und insbesondere an das deutsche AGG, «mit den dafür geeigneten rechtlichen Instrumenten die Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts, wegen der Hautfarbe oder der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, des Alters, einer Behinderung oder der sexuellen Identität verhindern oder beseitigen». Begründet wird der Vorstoss zum einen damit, dass der Grundsatz der Rechtsgleichheit und das Verbot der Diskriminierung zu den grundlegenden Verfassungsgrundsätzen gehörten und zum anderen mit der Unterentwicklung des rechtlichen Instrumentariums zur Bekämpfung von Diskriminierungen in der Schweiz.

<sup>60</sup> Art. 3(2) Richtlinie 2000/43 (FN 2); JANNEKE, *Discrimination Grounds* (FN 58), 64. Demgegenüber umfasst die EU-Grundrechtcharta in Art. 21(2) und der EG-Gemeinschaftsvertrag in Art. 12 ein Verbot der Diskriminierung wegen der Nationalität.

<sup>61</sup> Vgl. auch Art. 3(2)(h) des Irish Equal Status Act von 2000, Race Relations Act 1976, s. 3(1) und Race Relations (Northern Ireland) Order 1977, Art. 5(1).

<sup>62</sup> Siehe Wikipedia unter: <http://de.wikipedia.org/wiki/Marokko> (letzte Konsultation: 16. September 2008).

<sup>63</sup> 04.3791.

<sup>64</sup> 07.422.

Auch in der Bundesverwaltung regt sich seit kurzem ein Diskussionsbedürfnis. Eine vom Eidg. Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen EBGB, vom Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG und von der Fachstelle für Rassismusbekämpfung FRB geplante Tagung vom 2. Dezember 2008 wird sich dem Thema nähern. Die Organisatoren nehmen das Argument der Unterentwicklung des Rechts in Form zweier zentraler Fragen auf, nämlich: «Inwiefern stehen die rechtlichen Mittel zur Bekämpfung von Diskriminierung in der Schweiz zur Verfügung, fehlen welche?».<sup>65</sup>

Nun, offenbar sieht man in der Schweiz Handlungs- und Klärungsbedarf. Grund genug, die schweizerische Rechtslage hinsichtlich dieses Urteils zu analysieren. Ist das schweizerische Recht tatsächlich unterentwickelt? Fehlt etwas? Die Fragen sind sehr grundsätzlicher Natur und rufen nach einer breiten Abhandlung. Eine solche kann hier bei Weitem nicht vorgelegt werden. Dies ist auch nicht das Ziel. Vielmehr soll im Folgenden mit ein paar skizzenhaften Gedanken zur Rechtslage ein kleiner Beitrag zur Diskussion um die Bedeutung des Rechts in der Bekämpfung von Rassendiskriminierung geleistet werden. Anhand des *Feryn*-Urteils kann nachgewiesen werden, dass es notwendig ist, auf systematische Art und Weise unser Recht auf seine Wirkung für die Bekämpfung von Rassendiskriminierung zu durchleuchten.

## II. Verbot der unmittelbaren Rassendiskriminierung

Durch die öffentliche Kundgebung einer rassendiskriminierenden Einstellungspraxis verstiesse ein Unternehmer m.E. gegen das strafrechtliche Rassendiskriminierungsverbot (Art. 261<sup>bis</sup> StGB), selbstverständlich unter Vorbehalt der jeweiligen Einzelfallbeurteilung. Ob Artikel 261<sup>bis</sup> StGB auch bei einer rassendiskriminierenden Einstellungsverweigerung zum Tragen kommt, ist umstritten.<sup>66</sup> In einem solchen Fall greift dann aber der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz. Als «Überbegriff» umfasst dieser den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz (Art. 27 ff. ZGB) und den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz bzw. ein darin möglicherweise enthaltenes «arbeitsrechtliches Diskriminierungsverbot» (Art. 328 OR). Bei einer rassendiskriminierenden Einstellung ist allenfalls auch der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) von Bedeutung.

<sup>65</sup> Einladungsschreiben vom 5. September 2008.

<sup>66</sup> Vgl. hierzu NIGGLI, Rassendiskriminierung (FN 49), 496 f., der sowohl die Materialien als auch den Stand der Lehre analysiert: «Während die Botschaft (...) das Angebot einer Arbeitsstelle von der Strafnorm erfasst sehen wollte, waren die parlamentarischen Debatten davon geprägt, dass dies nicht zutreffen solle (...). Auch die Lehre geht z.T. davon aus, dass von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 5 StGB nicht alle Leistungen erfasst werden sollen, die öffentlich angeboten werden (...).»

## 1. Herabsetzen und Diskriminieren (Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 Hälfte 1 StGB)

Die öffentliche Absichtserklärung, Personen aufgrund ihrer Rasse oder Ethnie nicht einzustellen, stellt eine rassendiskriminierende Herabsetzung im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 Hälfte 1 StGB dar. Dies lässt sich aus einem Entscheid des Kantonsgerichts Schwyz vom Jahre 2000<sup>67</sup> herleiten.<sup>68</sup> Im zu beurteilenden Sachverhalt hängte ein Wirt eines Pubs am Lokaleingang eine Verbotstafel mit der Aufschrift «Aus Sicherheitsgründen haben Gäste aus Ex-Jugoslawien/Albanien kein [sic] Zutritt! (Neues Gastgewerbegesetz)». Das Gericht<sup>69</sup> sah im Lokalverbot eine rassendiskriminierende Herabsetzung im Sinne von Abs. 4<sup>70</sup> und begründete dies damit, dass ein (pauschales) Lokalverbot im Gastgewerbe «(...) einer von dieser Norm geschützten Gruppe das Recht abspreche, als gleichwertige Mitglieder am sozialen Leben teilzunehmen und sie damit in ihrer Menschenwürde verletze (...)».<sup>71</sup>

Das Argument kann mit guten Gründen auch auf die öffentliche Äusserung rassendiskriminierender Einstellungspolitik angewendet werden; dies auch wenn man der Meinung ist, eine rassendiskriminierende Einstellungsverweigerung falle nicht unter Art. 261<sup>bis</sup> StGB Abs. 5<sup>72</sup>. Denn Abs. 4 bezweckt gerade die Sanktionierung einer öffentlichen Äusserung, mit der einem Menschen bzw. einer Gruppe wegen seiner/ihrer Zugehörigkeit zu einer «Rasse», Ethnie und Religion öffentlich gezeigt wird, kein gleichwertiges Mitglied der Gesellschaft zu sein.<sup>73</sup> Derartige Äusserungen könnten einzig dann nicht als rassendiskriminierend bezeichnet werden, wenn sachliche Gründe für die Äusserungen vorlägen. Dies wäre m.E. jedoch nur in krassen Ausnahmesituationen denkbar, wenn z.B. der Unternehmer sich gegenüber der Öffentlichkeit so positionieren muss, damit ihm die Kundschaft nicht in Scharen davonläuft.

<sup>67</sup> Urteil vom 23. Oktober 2000 des Kantonsgerichts Schwyz, KG 285/99 SK.

<sup>68</sup> Vgl. hierzu auch NIGGLI (FN 49), Rassendiskriminierung, 504 f.

<sup>69</sup> Urteil 1999-22 (interne Urteilsnummer der Urteile-Datenbank der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus; zit. interne Laufnummer EWR), siehe: [www.ekr-cfr.ch](http://www.ekr-cfr.ch) (letzte Konsultation: 16. September 2008).

<sup>70</sup> Das Urteil wurde von der zweiten Instanz in diesem Punkt bestätigt.

<sup>71</sup> Urteil 1999-22; interne Laufnummer EKR (FN 69).

<sup>72</sup> «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, (...)». Eine Absichtserklärung, rassendiskriminierend zu handeln, stellt noch keine Leistungsverweigerung dar.

<sup>73</sup> Vgl. NIGGLI, Rassendiskriminierung (FN 49), 400: «Herabsetzen» bezeichnet allgemein, (...) grundsätzlich ein blosses Tiefstellen, Heruntersetzen, Niedrigmachen oder Vermindern».

## 2. Persönlichkeitsverletzung (Art. 28 ZGB, Art. 328 OR)

### a. Anstellungsverweigerung

Der arbeitsrechtliche Persönlichkeitsschutz (Art. 328 OR) verpflichtet die Arbeitgeber zum Schutze der Persönlichkeit der Arbeitnehmer während des Arbeitsverhältnisses und im Bewerbungsverfahren.<sup>74</sup> Für das Tribunal de Prud'Hommes de l'arrondissement de Lausanne stellt denn auch die Nichtanstellung einer dunkelhäutigen Frau wegen ihrer Hautfarbe eine schwere Verletzung der bereits in der Phase der Stellenbewerbung der Arbeitgeberin obliegenden Pflicht zum Schutz der Persönlichkeit dar (Art. 328 OR).<sup>75</sup> Der Einwand der Beklagten, einige Patienten würden an Verwirrung leiden und hätten Angst, in der Nacht von einer Schwarzen gepflegt zu werden, konnte nicht genügend substantiiert werden und überzeugte das Gericht nicht.<sup>76</sup> Auch mit der Berufung auf die Unmöglichkeit der Erfüllung des Vertrages gegenüber den Pflegebewohnern/innen fand die Beklagte beim Gericht keinen Zuspruch.<sup>77</sup>

Das Arbeitsgericht Zürich qualifizierte die Verweigerung einer Reinigungsfirma, eine Schweizerin mazedonischer Abstammung einzustellen mit den Worten «Wir stellen keine Leute aus dem Balkan ein (...)», als eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung und sprach der Klägerin angesichts der Schwere der Verletzung eine Genugtuung in der Höhe von Fr. 5000.– zu.<sup>78</sup> Der Einwand der Beklagten, sie sei mit der Klägerin gar nicht in Vertragsverhandlungen eingetreten, da sie keine Leute aus dem Balkan vermittelt haben wollte<sup>79</sup>, akzeptierte das Gericht nicht. Es sah in der Handlung zudem eine Zuwiderhandlung gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB). Die Befürchtung alleine, einen Kundenverlust hinnehmen zu müssen, genügte dem Gericht nicht, um eine Anstellung aus Gründen der Religion oder Ethnie des Stellensuchenden zu verweigern, es sei denn, der Arbeitgeber hätte einen erheblichen Kunden-

verlust nachweisen können, womit sachbezogene Gründe für die Nichtanstellung vorliegen würden.<sup>80</sup>

Auch GÖKSU sieht in einer rassendiskriminierenden Vertragsverweigerung im Arbeitsrecht eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 28 ZGB, die grundsätzlich nicht gerechtfertigt werden kann.<sup>81</sup> Es seien jedoch Konstellationen denkbar, in denen ein Vertragsabschluss mit einer Person einer bestimmten «Rasse» oder Ethnie zu wirtschaftlichen Einbussen führe. Der Vertrag werde dem Opfer nicht aus einer rassistischen Grundhaltung heraus verweigert, sondern weil der Verweigerer von dritter Seite durch Aussichtsstellen wirtschaftlicher Nachteile unter Druck gesetzt werde. Insoweit werde der Vertragsverweigerer zur Persönlichkeitsverletzung bestimmt und versuche durch die Vertragsverweigerung seine wirtschaftlichen Interessen zu schützen. Er könne sich, so GÖKSU abschliessend, auf sein Persönlichkeitsrecht auf wirtschaftliche Entfaltung berufen.

### b. Öffentliche Äusserung

Bei öffentlichen Äusserungen, rassendiskriminierend zu handeln, gelangt der Persönlichkeitsschutz nicht zur Anwendung. Solange sich die öffentliche Äusserung nicht auf eine konkrete Person bezieht oder die Vertragsparteien bereits in einer Verhandlungsbeziehung stehen, die in der Regel mit der Offerte beginnt, befinden wir uns ausserhalb des Geltungsbereichs des zivilrechtlichen bzw. arbeitsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes. Voraussetzung jeder Persönlichkeitsverletzung ist, dass die betroffene Person aufgrund der Verletzungshandlung individualisierbar, also erkennbar ist. Dabei hat sich die betroffene Person nicht nur selbst zu erkennen (subjektive Erkennbarkeit), sondern auch andere müssen erkennen können, um wen es sich bei einer öffentlichen Äusserung handelt.<sup>82</sup>

## III. Beweislastumkehr

Wer gegen eine rassendiskriminierende Einstellungsverweigerung vorgehen möchte, dem stehen zumindest theoretisch drei Wege offen: Erstens kann er den strafprozessualen Weg über eine Strafanzeige wegen Verstosses gegen Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 Hälfte 1 bzw. Abs. 5 StGB einleiten. Zweitens kann er sich mittels einer Klage wegen Verletzung des arbeitsrecht-

<sup>74</sup> FAVRE/MUNOZ/TOBLER, *Le contrat de travail*, Code annoté, Lausanne 2001, n. 1.17 ad art. 328 CO et la jurisprudence citée; WYLER, *Droit du travail*, Berne 2002, 228–229.

<sup>75</sup> Urteil vom 10. Oktober 2005 des Tribunal de Prud'Hommes de l'arrondissement de Lausanne, T 304.0215613 (zit. Urteil Lausanne).

<sup>76</sup> Urteil Lausanne (FN 75), Erw. B/b. Siehe zudem: KURT PÄRLI, Besprechung von Tribunal de Prud'Hommes de l'Arrondissement de Lausanne, arrêt du 10 octobre 2005 (T 304.021563) und Arbeitsgericht Zürich, 2. Abteilung, Geschäft Nr. AN 050401/U 1 vom 13. Januar 2006. Anstellungsdiskriminierung, ARV 2006, 23–26, 24 (zit. PÄRLI, Anstellungsdiskriminierung).

<sup>77</sup> Urteil Lausanne (FN 75), Erw. B/e. Siehe zudem: PÄRLI, Anstellungsdiskriminierung (FN 79), 24.

<sup>78</sup> Urteil vom 13. Januar 2006 des Arbeitsgerichtes Zürich, 2. Abteilung, Nr. AN 050401/U 1 (zit. Urteil Zürich). Siehe zudem: PÄRLI, Anstellungsdiskriminierung (FN 76), 25.

<sup>79</sup> Urteil Zürich (FN 78), Erw. 5.2/d.

<sup>80</sup> Urteil Zürich (FN 78), Erw. 5.4/b. Siehe zudem: PÄRLI, Anstellungsdiskriminierung (FN 76), 25.

<sup>81</sup> TARKAN GÖKSU, Rassendiskriminierung beim Vertragsabschluss als Persönlichkeitsverletzung, Diss. Fribourg 2003, (zit. GÖKSU, Rassendiskriminierung), Peter Gauch (Hrsg.), *Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz*, Band 221, S. 189 f. Gleicher Meinung sind ALEXANDRA CAPLAZI/TAREK NAGUIB, Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung in der Arbeitswelt trotz Vertragsfreiheit, in: *Jusletter* 7. Februar 2004, 7 (zit. CAPLAZI/NAGUIB, Ethnisch-kulturelle Diskriminierung).

<sup>82</sup> BSK ZGB I-ANDREAS MEILI, Art. 28 N 39 (zit. MEILI).

lichen Persönlichkeitsschutzes oder des Grundsatzes von Treu und Glauben in einem einfachen und raschen Verfahren an das dafür zuständige Arbeitsgericht bzw.<sup>83</sup> ordentliche Zivilgericht wenden, wobei es Aufgabe der Gerichte ist, auf der Basis des kantonalen Prozessrechts ihre Zuständigkeiten gegenseitig abzugrenzen. Drittens kann er sich mittels einer Klage wegen einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 28 ZGB an das ordentliche Zivilgericht richten. Je nachdem, welcher Weg gewählt wird, werden an die Beweisführung unterschiedliche Anforderungen gestellt.

## 1. Strafprozess

Im Rahmen eines Strafprozesses kommen die Beweisregelungen des kantonalen Strafprozessrechts zur Anwendung. Von Bedeutung ist zudem die aus Art. 6 Ziff. 2 EMRK und Art. 29 Abs. 2 BV abgeleitete Unschuldsvermutung «in dubio pro reo». Als Beweislastregel bedeutet die *Maxime*, dass es Sache des Staates ist, den Angeklagten ihre Tat und ihre Schuld nachzuweisen, und dass nicht diese ihre Unschuld beweisen zu müssen.<sup>84</sup> Dies würde sich in einer entsprechenden Konstellation, gemäss der sich eine Person strafprozessual gegen eine rassendiskriminierende Äusserung bzw. Einstellungsverweigerung zu wehren versucht, eher zu Ungunsten des Anzeigerstatters auswirken. Denn auch wenn die angeklagte Person sich tatsächlich öffentlich dahingehend äusserte, Marokkaner nicht einzustellen, heisst dies noch nicht, dass das zuständige Strafgericht in der Beweiswürdigung automatisch zum Schluss kommen wird, dass auch die konkret in Frage stehende Einstellungsverweigerung bzw. rassendiskriminierende Äusserung nachgewiesen ist. Zudem müsste einer angeklagten Person belegt werden können, dass die Äusserung auch tatsächlich rassendiskriminierend ist; denn unter extremen Ausnahmezuständen könnte eine derartige Praxis durchaus gerechtfertigt werden.<sup>85</sup>

Eine Beweislastumkehr, die den Angeklagten verpflichten würde darzulegen, dass er nicht diskriminiert, ist im Strafprozess schlicht unzulässig. Das Strafrecht ist somit ungeeignet, um die Anforderungen an die Beweislast – wie sie in der Richtlinie 2000/43/EG verankert sind – zu erfüllen.

## 2. Zivilprozess

Bei einer Klage wegen widerrechtlicher Persönlichkeitsverletzung hätte gemäss der ordentlichen Beweislastregelung im Sinne von Art. 8 Abs. 2 ZGB der Kläger nachzuweisen, dass eine Rassendiskriminierung vorliegt. Gegenstand des

Beweises bilden sowohl äussere als auch innere Tatsachen.<sup>86</sup> Demnach müsste der Kläger den Nachweis der Persönlichkeitsverletzung bzw. der Rassendiskriminierung führen, wobei unbestimmte Verdachtsmomente hier nicht genügen. Die Beweislast für das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen trüge dann allein der Beklagte.<sup>87</sup>

Der Kläger käme, ginge man nach der ordentlichen Beweislastregel vor, möglicherweise in einen eigentlichen Beweisnotstand und die Wirksamkeit des Schutzes vor einer Persönlichkeitsverletzung wäre nicht mehr gegeben. Er hätte nachzuweisen, dass er einzig oder überwiegend wegen seiner Rasse oder Ethnie nicht eingestellt wurde. Diesen Nachweis zu erbringen ist nicht ganz einfach, denn er müsste in einem Fall wie im *Feryn*-Sachverhalt belegen, dass mit der Aussage «wir wollen keine Marokkaner» nicht die Nationalität, sondern die vermeintliche «Rasse» bzw. Ethnie gemeint ist. Nur wenn dieser Nachweis gelingt, kann man sicher sein, dass das Gericht auch tatsächlich eine Persönlichkeitsverletzung anerkennt. Die Unsicherheit bleibt, auch wenn m.E. bereits die Diskriminierung aufgrund der Nationalität eine Persönlichkeitsverletzung darstellt.

Eine gewisse Erleichterung in der Beweisführung des Klägers, dass tatsächlich die «Rasse» bzw. die Ethnie Grund für eine Einstellungsverweigerung ist, könnte sich darin ergeben, dass das Gericht in seiner Beweiswürdigung in einem Fall wie im *Feryn*-Urteil zur Überzeugung gelangt, dass die öffentliche Äusserung, Marokkaner nicht einzustellen, eine bereits bewiesene Tatsache darstellt. Dies würde bedeuten, dass diesbezüglich die Frage der Beweislastverteilung gegenstandslos wäre. Je nachdem wie die konkreten Umstände sind, z.B. wenn die rassendiskriminierende Äusserung ausdrücklich in Zusammenhang mit dem laufenden Bewerbungsverfahren stünde, könnte dies weiter zur Folge haben, dass das Gericht auch die in Frage stehende Persönlichkeitsverletzung als bewiesen erachtet, bzw. dass der Beweis in der Praxis nicht mehr all zu schwierig zu erbringen wäre.

Eine weitere Erleichterung für den Kläger im Nachweisen einer rassendiskriminierenden Einstellungsverweigerung ist auch in der von der Gerichtspraxis aufgestellten Regel erkennbar, dass der Beweisgrad der hohen Wahrscheinlichkeit für den Beweis innerer Tatsachen genüge.<sup>88</sup> Wenn der Richter in Fällen, in denen ein direkter Beweis nicht oder nicht mehr erbracht werden könne, seine Überzeugung auf Indizien oder, wie im vorliegenden Fall, auf einen höheren Grad der Wahrscheinlichkeit stütze, verstosse er, so das Bundesgericht, nicht gegen Art. 8 ZGB (...), sondern er bleibe im Rahmen seiner freien Beweiswürdigung, die im Berufungsverfahren vor Bundesgericht nicht angefochten werden dürfe. Dieser leicht reduzierte Beweisgrad gilt sowohl für das Motiv wie

<sup>83</sup> Hängt vom kantonalen Zivilprozessrecht ab.

<sup>84</sup> ARZT GUNTHER, In dubio pro reo vor Bundesgericht, ZBJV 129 (1993) 1 ff.

<sup>85</sup> Siehe hierzu C.II.2.

<sup>86</sup> BGE 116 II 357 Erw. 2c; 114 II 289 Erw. 2a.

<sup>87</sup> MEILI (FN 82), N 56.

<sup>88</sup> BGE 104 II 68 Erw. 3b.

für dessen Kausalität. In Anwendung dieser Beweislastregel hätte der Kläger glaubhaft zu machen, dass die Rasse oder Ethnie Grund für die Einstellungsverweigerung ist, was ihm bei einer bereits vorliegenden öffentlichen Äusserung nicht all zu schwer fallen dürfte. Der Beklagte müsste dann nachweisen, dass sachliche (bzw. nicht diskriminierende) Gründe für diese Einstellungsverweigerung vorgelegen haben.

### 3. Arbeitsprozess nach Art. 343 OR

Nebst den bereits erwähnten beweisrechtlichen Grundsätzen gilt es bei einer Klage wegen Verletzung des arbeitsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes bzw. des Grundsatzes von Treu und Glauben noch zusätzlich zu erwähnen, dass Art. 343 Abs. 2–4 OR den Kantonen für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von Fr. 30 000.– die Durchführung eines einfachen und raschen Verfahrens vorschreibt. Dieses Verfahren ist bei einer rassendiskriminierenden Einstellungsverweigerung dann von Bedeutung, wenn die Genugtuungsforderung unter dem erwähnten Streitwert liegt. Der in Abs. 4 verankerte Grundsatz der Untersuchungsmaxime und freien Beweiswürdigung verpflichtet das Gericht, die Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen vorzunehmen, d.h. es sich auf alle erheblichen Tatsachen stützen muss, auch wenn sich der Kläger zur Begründung seiner Tatsachen nicht auf sie berufen hat.<sup>89</sup> Bei einer rassendiskriminierenden Einstellungsverweigerung würde dies jedoch nicht zur von Art. 8 der Rassendiskriminierungsrichtlinie geforderten Beweislasterleichterung führen. Denn die Untersuchungsmaxime entbindet die Parteien nicht von ihrer weitergehenden Erleichterung im Beweismass oder gar zu einer Beweislastumkehr führen. Hingegen käme es – je nachdem, wie das Gericht vorgeht – allenfalls zu einer gewissen Entlastung in der Beweissuche. Das Gericht hätte zumindest die Pflicht, mit geschickten Fragen die Hintergründe einer allfälligen öffentlichen Äusserung auszuleuchten. Das ist aber vermutlich nur dann ein Vorteil, wenn der Kläger nicht durch einen Rechtsanwalt oder eine Rechtsanwältin vertreten wird.

## IV. Sanktionen

### 1. Öffentliche Äusserung: Strafe

Käme es zu einer strafrechtlichen Verurteilung wegen einer öffentlichen Äusserung, gewisse «Rassen» oder Ethnien nicht einzustellen, würde automatisch auch eine Sanktion in Form einer Freiheits- und/oder Geldstrafe ausgesprochen. Hinsichtlich der im *Feryn*-Urteil gestellten Anforderungen stellt sich die Frage, ob es sich dabei um eine wirksame, verhältnismässige und abschreckende Sanktion handelt.

M.E. genügt eine Strafe diesen Anforderungen. Alleine die Tatsache, dass eine derartige Äusserung nach Art. 261<sup>bis</sup> StGB mit Geldstrafe oder gar Freiheitsstrafe sanktioniert werden kann, schreckt vermutlich den grössten Anteil potenzieller Täter ab. Der Abschreckungseffekt wird zudem vermutlich dadurch noch verstärkt, dass Rassismusthemen in der Regel von den Medien gerne aufgegriffen werden; insbesondere Strafverfahren wirken besonders «sexy». Zusätzlich bestünde nach Art. 68 StGB zumindest theoretisch die Möglichkeit, ein Strafurteil zu veröffentlichen, sofern dies im öffentlichen Interesse, im Interesse des Verletzten oder des Antragsberechtigten geboten ist. Gerade für ein Unternehmen kann diese Publizität eine erhebliche Imageschädigung und entsprechend wirtschaftliche Konsequenzen nach sich ziehen.

Auch die von der Rassendiskriminierungsrichtlinie geforderte Verhältnismässigkeit und Wirksamkeit der Sanktion kann durch das strafrechtliche Rassendiskriminierungsverbot erfüllt werden und zwar vorwiegend über die richterliche Strafzumessung. Ob die Höhe der Strafe dann auch tatsächlich verhältnismässig und abschreckend genug ist, kann nicht abstrakt gesagt werden, die grundsätzliche Möglichkeit besteht jedoch.

Nicht zu vernachlässigen ist zusätzlich auch bei der Betrachtung der Verhältnismässigkeit und Wirksamkeit das Medienresonanzpotenzial.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass eine (potenzielle) Bestrafung bzw. das Strafurteil durchaus auf indirekte Weise als Zwangsgeld und Unterlassungsanordnung verstanden werden kann, wie sie vom EuGH als mögliche wirksame, verhältnismässige und abschreckende Kombination von Sanktionen bezeichnet wird.<sup>91</sup>

### 2. Einstellungsverweigerung: Genugtuung, Schadenersatz, Kontrahierungszwang

Zwar stellt sich die Frage der wirksamen, verhältnismässigen und abschreckenden Sanktionen bei einer Einstellungsverweigerung im *Feryn*-Sachverhalt nicht. Hingegen soll hier trotzdem der Vollständigkeit halber kurz dargestellt werden, welche rechtlichen Möglichkeiten theoretisch offen stehen. Eine durch eine rassendiskriminierende Einstellungsverweigerung begangene widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung löst in der Regel einen Genugtuungs- oder gar Schadenersatzanspruch aus.<sup>92</sup> Göksu sagt demnach, dass eine Persönlichkeitsverletzung durch Rassendiskriminierung genügend schwer wiege, um die Zusprechung einer finanziellen Genugtuung zu rechtfertigen.<sup>93</sup>

Unter bestimmten Voraussetzungen (wie z.B. tiefes Stellenangebot in der entsprechenden Branche, fehlende Nähe

<sup>89</sup> BGE 107 II 236.

<sup>90</sup> BGE 107 II 236.

<sup>91</sup> Urteil *Feryn* NV (FN 3), Randnr. 39.

<sup>92</sup> Art. 28a Abs. 3 ZGB.

<sup>93</sup> Göksu, Rassendiskriminierung (FN 81), 268.

zur diskriminierenden Person während des Arbeitsverhältnisses, schlechte Arbeitsmarktsituation) könnte eine Persönlichkeitsverletzung gar einen Beseitigungsanspruch durch einen Kontrahierungszwang nach sich ziehen. Göksu hält denn auch fest, dass dem rassendiskriminierenden Vertragsverweigerer unmittelbar aufgrund des Persönlichkeitsrechts auf diskriminierungsfreie Behandlung eine Kontrahierungspflicht treffe. Diese könne indes kraft Beseitigungsanspruch nur zwangsweise durchgesetzt werden, wenn der vorenthalte Vertrag nicht derart persönlichkeitsintensiv sei, dass er bei einem zwangsweisen Abschluss gewiss und unweigerlich scheitern würde<sup>94</sup>. Denkbar wäre dies beispielsweise bei Grossunternehmen.

## H. Schlussbetrachtungen

### I. Fazit

Der EuGH qualifiziert die öffentliche Ankündigung, Personen wegen ihrer Ethnie oder «Rasse» nicht einzustellen, als direkte Diskriminierung nach der Richtlinie 2000/43/EG und somit als rechtswidrig. Auch nach schweizerischem Recht stellt dies eine Rassendiskriminierung und einen Rechtsverstoss dar (Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 Hälfte 1 StGB)<sup>95</sup>. Bezieht sich die Äusserung auf Marokkaner und nicht explizit auf eine Rasse (z.B. Dunkelhäutige) oder eine Ethnie (z.B. Berber), ist dies m.E. auch sowohl nach der Rassendiskriminierungsrichtlinie als auch nach schweizerischem Recht widerrechtlich unter der Voraussetzung, hinter der Äusserung verbirgt sich eine rassistische Konstruktion und nicht eine Ungleichbehandlung aufgrund der Staatszugehörigkeit.

Das Strafprozessrecht ist für eine Beweislastumkehr nicht geeignet. Kommt es zu einem zivilrechtlichen Rechtsverfahren wegen einer mutmasslichen rassendiskriminierenden Einstellungsverweigerung, liegt gemäss der Richtlinie 2000/43 bei einer nachgewiesenen direkten Rassendiskriminierung durch eine öffentliche Äusserung der erwähnten Art eine Vermutung für das Vorliegen einer direkten Einstellungsdiskriminierung vor, die vom Arbeitgebenden zu widerlegen ist. Diese Erleichterung in der Beweisführung müsste gemäss

allgemeiner Dogmatik des Beweisrechts sowie gemäss Praxis des Bundesgerichts zum Nachweis innerer Tatsachen bis zu einem gewissen Grade auch von schweizerischen Gerichten gewährt werden. Ob dies denn auch tatsächlich so umgesetzt würde, bleibt aufgrund fehlender Praxis zur Frage der rassendiskriminierenden Einstellungsverweigerung hingegen offen.

Schliesslich hält der EuGH in seinem *Feryn*-Urteil fest, dass auch bei einer öffentlichen Äusserung, rassendiskriminierend zu handeln – d.h. auch ohne tatsächliches Opfer –, die Sanktionen wirksam, verhältnismässig und abschreckend sein müssen. Das schweizerische Recht stellt mit dem Straftatbestand Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 Hälfte 1 StGB – in Verbindung mit der theoretischen Möglichkeit, das Strafurteil nach Art. 68 StGB zu veröffentlichen – m.E. eine angemessene und richtlinienkonforme Lösung zur Verfügung.

Auch bei einer Anstellungsverweigerung erfüllt das schweizerische Recht die Anforderungen der Richtlinie.

### II. Ausblick

Lückenhaft ist das schweizerische objektive Recht bei einer konkreten Anstellungsverweigerung. Zwar stehen uns hier mit dem zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz, dem «arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbot» und dem Grundsatz von Treu und Glauben ein durchaus beachtliches Arsenal von «impliziten Diskriminierungsverboten» zur Verfügung. Hingegen besteht bei der Anwendung aufgrund fehlender höchstrichterlicher Praxis eine gewisse Rechtsunsicherheit. Auch ist unklar, ob Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 Hälfte 1 StGB fruchtbar gemacht werden könnte. Es wäre deshalb m.E. wünschenswert, dass im Arbeitsrecht ein ausdrückliches Diskriminierungsverbot verankert wird. Dies schafft Transparenz und macht den Diskriminierungsschutz effektiver.

Defizite gibt es auch bei der Frage der Beweislast. Müsste die Schweiz die in der Richtlinie 2000/43/EG geforderte Beweislasteasenerleichterung erfüllen, täte sie wohl gut daran, diesbezüglich eine gesetzliche Ausnahmeregelung von Art. 8 Abs. 1 ZGB zu verankern, denn die theoretische Möglichkeit einer Beweislasteasenerleichterung kann kaum abschliessend abgeschätzt werden. Erfinden müsste sie dabei nicht Neues, könnte sie doch von der bereits im GIG existierenden Beweislasteasenerleichterung profitieren. Diese würde dann mit grosser Wahrscheinlichkeit auch den Richtlinienanforderungen genügen. Zusätzlich wäre aus der Sicht der Beweisfrage auch die öffentliche Äusserung einem zivilrechtlichen oder verwaltungsrechtlichen Diskriminierungsverbot zu unterstellen.

Auch gibt es grosse Fragezeichen in der Durchsetzung der bestehenden Rechtsnormen, denn das schweizerische Recht wird für die Bekämpfung von Rassendiskriminierung im privatrechtlichen Verhältnis kaum fruchtbar gemacht<sup>96</sup>. Bis auf

<sup>94</sup> Göksu, Rassendiskriminierung (FN 81), 247.

<sup>95</sup> Die strafrechtliche Lösung ist der zivilrechtlichen Lösung vorzuziehen, geht es doch nicht darum, ein konkretes Opfer für die erlittene Rassendiskriminierung zu entschädigen, sondern darum, wirksam Einstellungsverweigerungen und derartige Äusserungen zu vermeiden und ein symbolisches Zeichen dagegen zu setzen. Es besteht einzig ein kleiner Zweifel: Reichten Äusserungen im Sinne des *Feryn*-Urteils aus, um eine Beweislastumkehr auszulösen, womit dann der Angeklagte nachzuweisen hätte, dass diese Äusserung einen durchaus sachlichen Hintergrund hat, wäre das Strafrecht nicht das geeignete Mittel zur Bekämpfung von öffentlichen Äusserungen rassendiskriminierender Natur.

<sup>96</sup> Vgl. CAPLAZI/NAGUIB, Ethnisch-kulturelle Diskriminierung (FN 81). TAREK NAGUIB, Der Schutz gegen Rassendiskriminie-

die erwähnten Entscheide in Lausanne und Zürich gibt es – soweit ersichtlich – keine Gerichtspraxis zu dieser Frage.

Somit bleibt abschliessend festzuhalten, dass eine eingehende Analyse des schweizerischen Rechts hinsichtlich seiner Wirkung in der Bekämpfung von Rassendiskriminierung und seiner Kompatibilität mit den Vorgaben der Rassendiskriminierungsrichtlinie hilfreich sein könnte, die offenen Rechtsstatsachenfragen zu klären.

La Cour de Justice européenne s'est prononcée pour la première fois dans l'Arrêt *Feryn*, dans le cadre d'une procédure préjudicielle impliquant la directive 2000/43 sur la discrimination raciale. Les faits consistent en la déclaration publique d'un entrepreneur de ne pas recruter des Marocains et les faits suivants ont été retenus: Premièrement, le fait qu'un employeur déclare publiquement qu'il n'embauchera pas de salariés ayant une certaine origine ethnique ou raciale constitue une discrimination directe à l'embauche au sens de la Directive 2000/43 car de telles déclarations sont de nature à dissuader sérieusement certains candidats de postuler et, par conséquent, à faire obstacle à leur accès au marché du travail. Deuxièmement, une telle déclaration publique peut laisser supposer l'existence d'une politique de recrutement discriminatoire. Troisièmement, même s'il n'existe pas de victime identifiable, il faut que les sanctions en cas de violation des dispositions nationales, conformes à la Directive 2000/43, soient effectives, proportionnées et dissuasives.

L'auteur a étudié l'arrêt et est d'avis que l'interprétation de la Directive par la Cour de Justice va dans le sens d'une application effective et conforme aux valeurs du droit primaire et de la non-discrimination. En outre, il réalise une comparaison avec le droit suisse et les résultats sont les suivants: Premièrement, une manifestation publique de discrimination raciale peut être sanctionnée par l'article 261<sup>bis</sup>, al. 4, CP. Deuxièmement, une interdiction pénale basée sur le principe fondamental «in dubio pro reo» n'est pas de nature à faciliter le fardeau de la preuve. Troisièmement, une peine effective, proportionnée et dissuasive représente une sanction.

De plus, l'auteur esquisse – au-delà de la présente situation – le cadre juridique d'un refus d'embauche dans une procédure de recrutement. Il constate que ces faits constitueraient une violation de la protection de la personnalité. Cependant il n'est pas clair lequel des art. 27ss du CC ou de l'art. 328 CO doit être appliqué en l'espèce. L'allègement du fardeau de la preuve dans le cadre d'une procédure civile ou d'une procédure de droit du travail est certes possible selon la réglementation actuelle, en revanche, cet allègement ne mène probablement pas aussi loin que les exigences posées par la Cour de Justice. Enfin, les sanctions prévues par la protection de la personnalité satisfont aux exigences de la Directive.

En conclusion, l'auteur estime qu'il serait utile de faire une analyse du droit suisse quant à son efficacité et son impact dans la lutte contre la discrimination raciale et quant à sa compatibilité avec la directive de l'UE.

(trad. LT LAWANK, Fribourg)

rung in der Arbeitswelt ist noch zu schwach, in: Humanrights.ch/MERS (Hrsg.), humanright.ch Nr. 1. Mai 2005, 2 f.; TAREK NAGUIB, Tarek Naguib, braucht die Schweiz noch ein Gleichbehandlungsgesetz?, in: plädoyer 2/07, 25.