

Tarek Naguib

## **Antidiskriminierungsrecht im Vergleich: Schweiz – Europäische Union**

---

Das schweizerische Diskriminierungsschutzrecht steht jüngst verstärkt unter Kritik: die verfassungsrechtlich verankerten Diskriminierungsdimensionen seien auf problematische Weise unterschiedlichen rechtlichen Standards unterstellt. Demgegenüber wird zur rechtspolitischen Inspiration auf das europäische Unionsrecht und teilweise auch auf das U.S.-amerikanische Recht – quasi als prototypische Vorbilder – verwiesen. Wie sehen die rechtlichen Differenzen konkret aus? Und wie sind diese aus rechtskritischer Perspektive zu bewerten?

---

Rechtsgebiet(e): Europarecht und Internationales Recht; Grundrechte; Wissenschaftliche Beiträge

Zitiervorschlag: Tarek Naguib, Antidiskriminierungsrecht im Vergleich: Schweiz – Europäische Union, in: -

## Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage: Kritik am schweizerischen Antidiskriminierungsrecht
- II. EU-Recht versus schweizerisches Recht: eine Kritik aus vergleichender Perspektive
  1. Erwerbsleben
    - a. Europäische Union
    - b. Schweiz
  2. Güter und Dienstleistungen
    - a. Europäische Union
    - b. Schweiz
  3. Wohnen
    - a. Europäische Union
    - b. Schweiz
- III. Schlussbetrachtungen: von der Frage des fundierten Antidiskriminierungsrechts
  1. Fazit
  2. Ausblick

## I. Ausgangslage: Kritik am schweizerischen Antidiskriminierungsrecht

[Rz 1] Das schweizerische Antidiskriminierungs- und Gleichstellungsrecht<sup>1</sup> steht trotz anerkannter Fortschritte, die in den letzten dreissig Jahren<sup>2</sup> erzielt worden sind, verstärkt unter Kritik. Die Kritik wird sowohl von Praktiker\_innen<sup>3</sup> der Antidiskriminierungsarbeit<sup>4</sup> angebracht als auch seitens

<sup>1</sup> Im Folgenden verwende ich für das *Antidiskriminierungs- und Gleichstellungsrecht* zusammenfassend den Begriff des *Antidiskriminierungsrechts*. Der Begriff beinhaltet nach dem vorliegenden Verständnis einerseits die justiziablen Rechte gegen Diskriminierung und Benachteiligung und andererseits die programmatischen Massnahmen zur Herstellung tatsächlicher Chancengleichheit.

<sup>2</sup> So wurden mit Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung am 1. Januar 2000 in Art. 8 Abs. 2 BV ausdrückliche Diskriminierungsverbote verankert. Weiter sind seit Mitte der 90er-Jahre folgende Antidiskriminierungsgesetze geschaffen worden: strafrechtliches Verbot der Rassendiskriminierung (Art. 261bis StGB, 171c MStG), Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995 (Gleichstellungsgesetz, GIG, SR 151.1), Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2002 (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG, SR 151.3) und Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 18. Juni 2004 (Partnerschaftsgesetz, PartG, SR 211.231).

<sup>3</sup> Ich benutze in diesem Beitrag den Unterstrich \_ in Anlehnung an Steffen Kitty Herrmanns Vorschlag, dass mit dem \_ all jene Menschen erneut in die Sprache eingeschrieben werden sollen, die durch das System der Zweigeschlechtlichkeit (Frau – Mann) gewalttätig von dieser negiert werden: «Der \_ markiert einen Platz, den unsere Sprache nicht zulässt. Er repräsentiert all diejenigen, die entweder von einer zweigeschlechtlichen Ordnung ausgeschlossen werden oder aber nicht Teil von ihr sein wollen. Mit Hilfe des \_ sollen all jene Subjekte wieder in die Sprache eingeschrieben werden, die gewaltsam von ihr verleugnet werden.» (STEFFEN KITTY HERRMANN, «Queer(e) Gestalten. Praktiken der Derealisierung von Geschlecht», in: E. Haschemin Yekani / B. Michaelis (Hrsg.): *Quer durch die Geisteswissenschaften. Perspektive der Queer Theory*, S. 53-72, insb. 64, Fn. 19).

<sup>4</sup> Vgl. hierzu unter vielen Dokumenten etwa NGO-Bericht 2008 zum vierten, fünften und sechsten periodischen Bericht der Schweiz an den UNO-Ausschuss zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (zit. NGO-Bericht CERD), abrufbar unter: [http://www.humanrights.ch/home/upload/pdf/090911Schattenbericht\\_CERD\\_2008.pdf](http://www.humanrights.ch/home/upload/pdf/090911Schattenbericht_CERD_2008.pdf) (Zugriff: 9. März 2011), insb. S. 32; Fünf Jahre Behindertengleichstellungsgesetz. Wirkungsanalyse &

Vertreter\_innen der kritischen Rechtswissenschaften<sup>5</sup> formuliert. Im Kern wird dem geltenden Recht eine *Hierarchisierung vorgeworfen*<sup>6</sup> – insbesondere im Bereich der privatrechtlichen Vertragsverhältnisse<sup>7</sup>. Die Kritiker\_innen monieren, dass nur einzelne Diskriminierungsdimensionen<sup>8</sup> von expliziten Antidiskriminierungsgesetzen erfasst seien<sup>9</sup>

Forderungen. Ein Bericht der Dachorganisationenkonferenz der privaten Behindertenhilfe DOK, des Gleichstellungsrates Égalité Handicap und der Fachstelle Égalité Handicap, Bern 2009 (zit. DOK, 5 Jahre BehiG), abrufbar unter: [http://www.egalite-handicap.ch/5\\_Jahre\\_Behindertengleichstellungsgesetz.html](http://www.egalite-handicap.ch/5_Jahre_Behindertengleichstellungsgesetz.html) (Zugriff: 9. März 2011), insb. S. 95–103, 113–124, 139f., 146, 148f.;

<sup>5</sup> So aus der Rechtsphilosophie, der Rechtssoziologie und der Rechtsdogmatik. Vgl. etwa 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*, Bern 2003 (zit. Diskriminierungsverbot), KURT PÄRLI, *Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis: Völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des europäischen Gemeinschaftsrechts*, Bern 2009 (zit. Gleichbehandlung), TAREK NAGUIB, *Diskriminierende Verweigerung des Vertragsabschlusses über Dienstleistungen Privater: Diskriminierungsschutzrecht zwischen Normativität, Realität und Idealität*, AJP/PJA 8/2009 (zit. Diskriminierungsschutzrecht), S. 993–1017.

<sup>6</sup> Aus der rechtswissenschaftlichen Literatur siehe unter vielen SAMANTHA BESSON, *L'égalité horizontale: l'égalité de traitement entre particuliers*, AISUF Bd. 183, Diss. Freiburg 1999 (zit. L'égalité horizontale), S. 447ff.; HERBERT TRACHSLER, *Welches Antidiskriminierungs-Gesetz braucht die Schweiz?*, AJP/PJA 1992 (zit. Anti-Diskriminierungsgesetz), S. 1473ff., 1477f.; TAREK NAGUIB, *Diskriminierungsschutzrecht*, FN 5, S. 995. Aus politischer Perspektive siehe u.a. DOK, *5 Jahre BehiG FN 4*, insb. S. 12–23; *Recht gegen rassistische Diskriminierung. Analyse und Empfehlungen*, Stellungnahme der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus EKR, Bern 2010 (zit. *Recht gegen rassistische Diskriminierung*); *Parlamentarische Initiative RECHSTEINER vom 23. März 2007 (07.422 «Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz»)*.

<sup>7</sup> So insbesondere bei Stellen-, Wohnungs-, Güter- und Dienstleistungsangeboten sowie im Rahmen von Arbeits- und Mietverträgen.

<sup>8</sup> Unter *Diskriminierungsdimensionen* verstehe ich die im schweizerischen Rechtsdiskurs mehrheitlich Begriff der *Diskriminierungsmerkmale*. Der letztere Begriff ist irreführend, da auch bei vermuteter Trägerschaft des Merkmals eine Diskriminierung vorliegen kann. Zudem ist der Begriff Diskriminierungsdimension auch dem teilweise verwendeten und analytisch ebenso wenig überzeugenden Begriff *Diskriminierungsgrund* vorzuziehen, weil die Diskriminierung oft nicht in einem Merkmal der betroffenen Person, sondern in der diskriminierenden Kategorisierung gründet. Zur Kritik vgl. auch SUSANNE BAER/ MELANIE BITTNER/ ANNA LENA GÖTTSCHE, *Mehrfach-, mehrdimensionale und intersektionale Diskriminierung im Rahmen des AGG*, Expertise im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Berlin 2010, abrufbar unter: <http://www.antidiskriminierungsstelle.de/ADS/downloads,did=166416.html> (Zugriff: 9. März 2011).

<sup>9</sup> So die *Dimensionen «Rasse»* (Rassismus), *ethnische Herkunft* (Rassismus), *Religion* (Religionsfeindlichkeit, teilweise auch Rassismus), *Geschlecht* (Sexismus, Heteronormativismus), *Behinderung* (Abilismus). Zu den Begrifflichkeiten der verschiedenen «-ismen» im Kontext des Antidiskriminierungsrechts siehe TAREK NAGUIB, *Postkategoriale Gleichheit und Differenz: Antidiskriminierungsrecht ohne Kategorien denken?*, ARSP-Beiheft zum Thema «Gleichheit und Universalität» (Publikation voraussichtlich Ende 2011, zit. *Postkategoriale Gleichheit und Differenz*).

während andere gänzlich ausgeschlossen werden<sup>10</sup>. Zudem wird bemängelt, dass bedeutende Lebensbereiche vom expliziten Antidiskriminierungsrecht ausgeschlossen werden. Insbesondere würden der sachliche Geltungsbereich, die Rechtsfolgeregulungen und der formellrechtliche Schutzgehalt rechtsstaatlich problematische Unterschiede aufweisen, so die Kritiker\_innen<sup>11</sup>.

[Rz 2] Als zweiter Kritikpunkt wird die *Inkohärenz in der formalen Ausgestaltung* des expliziten Antidiskriminierungsrechts beanstandet<sup>12</sup>. So werden etwa rassistische Diskriminierungen und Diskriminierungen wegen der Ethnie und der Religion strafrechtlich sanktioniert, während in anderen Bereichen (wie der Behinderten- und Geschlechterdiskriminierung) das Privatrecht oder allenfalls ordnungsrechtliche Ansätze<sup>13</sup> im Vordergrund stehen<sup>14</sup>. Pauschal betrachtet scheint das schweizerische Recht an einem eher «zufälligen» legislativen und rechtskulturellen Pluralismus zu leiden<sup>15</sup>. Ein solcher Pluralismus muss nicht unangemessen sein, da unterschiedliche Probleme verschiedene Schwerpunktsetzungen in den Regulierungszielen und damit auch in den Regulierungsansätzen erfordern. Die bestehenden Differenzen im geltenden Recht sind aber rechtstheoretisch, rechtsphilosophisch und rechtssoziologisch wenig reflektiert. Daher erstaunt es nicht, dass aktuelle Studien Gerechtigkeitsmängel, legislative Defizite und Unterschiede in der Wirksamkeit feststellen<sup>16</sup>.

<sup>10</sup> So etwa die *Dimensionen* (nicht abschliessend) *soziale Stellung* (Klassismus), *Alter* (Ageismus), *sexuelle Orientierung* (Homophobie), *fahrende Lebensform* (i.d.R. Rassismus), *weltanschauliche* und *politische Überzeugung*, *Sprache*. Zu den Begrifflichkeiten der verschiedenen «-ismen» im Kontext des Antidiskriminierungsrechts siehe NAGUIB, Postkategoriale «Gleichheit und Differenz», FN 9.

<sup>11</sup> Abhängig von der jeweiligen Diskriminierungsdimension sind dies z.B. die Bereiche Erwerbsleben, Güter- und Dienstleistungen und Wohnen.

<sup>12</sup> Siehe dazu etwa WALDMANN, Diskriminierungsverbot, FN 5, 396ff.; und NAGUIB, Diskriminierungsschutzrecht, FN 5, S. 993ff.

<sup>13</sup> Siehe dazu hinten.

<sup>14</sup> So bei Diskriminierungen wegen des Geschlechts oder wegen einer Behinderung. Siehe auch hinten, Rz 11 ff., 20 ff., 26 ff.

<sup>15</sup> Wobei die «Zufälligkeit» des Methodenpluralismus durch verschiedene politische und rechtliche Faktoren bestimmt ist und damit auch erklärbar wird. So stammen die bestehenden Gesetze aus unterschiedlichen Epochen und stützen sich auf jeweils andere verfassungs- bzw. völkerrechtliche Grundlagen ab (WALDMANN, Diskriminierungsverbot, FN 5, S. 396). Auch war die Gesetzgeberin unterschiedlichen Lobbykräften ausgesetzt (NAGUIB, Diskriminierungsschutzrecht, FN 5, S. 993ff.). Von Bedeutung sind weiter die Unterschiede in der Akzeptanz der Bevölkerung gegenüber den jeweiligen Anliegen der diskriminierten Bevölkerungsteile. Schliesslich gilt es auch die föderalistischen Strukturen zu beachten, die jeweils eigene politische Dynamiken und Rechtskulturen aufweisen.

<sup>16</sup> So verweist etwa der Bundesrat in zahlreichen Antworten auf parlamentarische Vorstösse oft pauschal und formelhaft auf das geltende Privatrecht, das nach seiner Auffassung genügenden Schutz vor Diskriminierung biete – dies ohne jegliche Bezugnahme auf rechtssoziologische Erkenntnisse (siehe etwa in seinen Antworten vom 20. Mai 2009 auf die Interpellation «Diskriminierungsschutz» (09.3242), vom 23. Februar 2005 auf die Motion «Gesetz gegen rassistische Diskriminierung in der Arbeitswelt»

[Rz 3] Damit ist bereits der dritte Kritikpunkt, der gegen das schweizerische Antidiskriminierungsrecht angebracht wird, angesprochen, nämlich die oft *schwache Wirksamkeit* des geltenden Rechts. Gemäss Kritiker\_innen leidet das explizite und insbesondere implizite Antidiskriminierungsrecht der Schweiz in wesentlichen Teilen an fehlender Effektivität in dessen Befolgung durch die Rechtsunterworfenen (Verhaltenssteuerung), dessen Inanspruchnahme durch die von Diskriminierung betroffenen Personen und der Sanktionierung bei Rechtsverstössen durch den Rechtsstab (Konfliktregulierung)<sup>17</sup>. Es mangle insbesondere an abschreckenden Sanktionen, begleitenden Präventionsmassnahmen und Mobilisierungsinstrumenten formellrechtlicher und institutioneller Natur, die massgeblich dazu beitragen, dass das Recht ernst genommen wird, Rechtswegbarrieren abgebaut und die Durchsetzung aktiv gefördert werden<sup>18</sup>. Zwar sind Wirksamkeitsdefizite bei weitem kein ausschliessliches Problem des Antidiskriminierungsrechts, sollten aber gerade im Bereich des Diskriminierungsschutzes rechtspolitisch zu denken geben, da es hier im Besonderen um den Zugang zum Recht von marginalisierten Menschen geht.

[Rz 4] Das in der Hierarchisierungskritik angesprochene Problem des *behinderten Antidiskriminierungsrechts* ist nicht eine schweizerische Eigenheit. Aber es wird in der rechtswissenschaftlichen Literatur vermehrt auf ausländische Modelle hingewiesen, welche die Diskriminierung ernsthafter anzugehen scheinen. Allen voran wird das Antidiskriminierungsrecht der Europäischen Union – und teilweise auch der USA – als das visionäre (Vor-)Bild für ein besseres Recht<sup>19</sup> genannt, da es in seiner Ausrichtung horizontal angelegt, konzeptionell kohärenter aufgestellt und damit praxistauglicher sei. Daran anschliessend lassen sich zwei zentrale Fragen formulieren: Ist die Kritik am schweizerischen Recht berechtigt? Und: Führt uns die Bezugnahme auf das EU-Recht weiter? Der vorliegende Beitrag liefert weder abschliessend rechtsdogmatische noch rechtstheoretische Antworten, sondern versucht, sich mit der Kritik anhand einer rechtsvergleichenden Skizzierung der Grundzüge des schweizerischen Rechts und des EU-Rechts auseinanderzusetzen. Die Darstellung konzentriert sich auf drei zentrale Lebensbereiche: Erwerbsleben (1), Güter und Dienstleistungen (2) sowie Wohnen (3).

(04.3791) und vom 17. Mai 2006 auf die Motion «Bundesgesetz gegen Diskriminierung» (06.3082)).

<sup>17</sup> Vgl. z.B. EKR, Recht gegen rassistische Diskriminierung (FN 6), insb. S. 46-56; DOK, 5 Jahre BehiG (FN 4), insb. S. 70f., 78f., 86f., 93f., 99f., 112f., 121f., 128f., 139; NGO-Bericht CERD (FN 4), insb. S. 32; NAGUIB, Diskriminierungsschutzrecht FN 5, insb. S. 1015ff.; PARLI, Gleichbehandlung (FN 5).

<sup>18</sup> Vgl. z.B. den Bericht über die Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes in Erfüllung der Motion Vreni Hubmann 02.3142, die der Nationalrat am 21. Juni 2002 als Postulat überwiesen hat, BBl 2006 3163: Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes. Synthesebericht, abrufbar unter: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/3161.pdf> (Zugriff: 9. März 2011).

<sup>19</sup> Vgl. etwa DOK, 5 Jahre BehiG, (FN 4), insb. S. 100-103, 123f.

## II. EU-Recht versus schweizerisches Recht: eine Kritik aus vergleichender Perspektive

### 1. Erwerbsleben

#### a. Europäische Union

[Rz 5] *Geltungsbereich*: Das Unionsrecht<sup>20</sup> verfolgt im Bereich des Erwerbslebens einen semi-horizontalen Ansatz<sup>21</sup>. Unter horizontal verstehe ich den Einschluss mehrerer Diskriminierungsdimensionen in einen relativ kräftigen materiell- und formellrechtlichen Schutzstandard<sup>22</sup>. Konkret werden die Dimensionen Geschlecht, «Rasse», ethnische Herkunft, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Ausrichtung erfasst<sup>23</sup>. Untersagt ist neben der direkten und der indirekten Diskriminierung<sup>24</sup> auch die Anweisung zur Diskriminierung<sup>25</sup>, die Belästigung<sup>26</sup>, die vermutete

Diskriminierung<sup>27</sup>, die assoziierte Diskriminierung<sup>28</sup> und – beschränkt auf die Diskriminierungskategorie *Behinderung* – das Nichtergreifen angemessener Vorkehrungen<sup>29</sup>. Der unionsrechtliche Diskriminierungsschutz richtet sich somit gegen Ungleichbehandlungen, die auf sexistischen, heteronormativen, rassistischen, abilistischen, ageistischen und homophoben Kategorisierungen basieren.

[Rz 6] Das einschränkende «semi-» bezieht sich erstens auf den unionsrechtlichen Ausschluss von zentralen Diskriminierungsdimensionen wie z.B. *soziale Stellung, politische Überzeugung, Familienstatus* und *chronische Krankheit*<sup>30</sup>. Diskriminierungen, die unmittelbar auf ökonomischen, politischen, sozialen oder anderweitigen Kategorisierungen und Grenzziehungen fussen, fallen aus dem Schutzbereich, ausser sie werden von indirekten Diskriminierungen auf der Basis rechtlich erfasster Diskriminierungsdimensionen mitgetragen<sup>31</sup>. Zweitens manifestiert sich in der Richtlinie 2000/78/EG der Schutz vor Diskriminierung insbesondere im Zusammenhang mit der Rechtfertigung von Diskriminierung und in institutioneller Hinsicht als «Zwei-Klassen-System»<sup>32</sup>. So können die Staaten etwa Regeln vorsehen, welche die Kirchen und weitere religiöse Organisationen bei der Ungleichbehandlung wegen der Religion oder Weltanschauung privilegieren<sup>33</sup>. Zudem sieht die Beschäftigungsrahmenrichtlinie keine zur Förderung der Gleichbehandlung befasste Stelle vor, dies etwa im Vergleich zur Richtlinie 2000/43<sup>34</sup>.

[Rz 7] Die Antidiskriminierungsrichtlinien gelten sowohl für öffentlich-rechtliche als auch privatrechtliche Arbeitsverhältnisse<sup>35</sup>. Sie umfassen alle Phasen des Arbeitsverhältnisses, namentlich die Vertragsbedingungen für den Zugang zu selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit, den Zugang zu allen Formen und allen Ebenen der Berufsberatung, die Vertragsbedingungen (einschliesslich der Auswahlkriterien

<sup>20</sup> Dazu gehören neben Art. 20 und 21 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und Art. 19 AEUV als primärrechtliche Kompetenznorm auch die folgenden sekundärrechtlichen Antidiskriminierungsrichtlinien: 2000/78/EG vom 27. November 2000 zur Feststellung eines Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf; 2000/43/EG vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der «Rasse» und der ethnischen Herkunft; 2002/73/EG vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates 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; 2006/54/EG vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen.

<sup>21</sup> Zur Überwindung der vor Inkrafttreten der 2000er-Richtlinien bestehenden Hierarchien im unionsrechtlichen Diskriminierungsschutz siehe MATTHIAS MAHLMANN, Gleichheitsschutz im Europäischen Rechtskreis, in: Rudolf / Mahlmann (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht, Handbuch, Berlin 2007 (zit. Gleichheitsschutz), S. 87–135, 90ff. Zur Kritik siehe MARK BELL, Anti-Discrimination Law and the European Union, Oxford 2002, 32; MARK BELL / LISA WADDINGTON, Reflecting on Inequalities in European Law, ELR 28 (2003), S. 349ff.

<sup>22</sup> Dies im Gegensatz zum singulären (bzw. selektiven) Ansatz, der ausschliesslich eine (oder wenige) Diskriminierungskategorie(n) einem expliziten Schutz vor Diskriminierung unterstellt. Siehe dazu auch, MAHLMANN, Gleichheitsschutz, (FN 21), S. 91, bezeichnet den Schutz im Grundsatz als einheitliches und «im Grundsatz angemessen abgestuftes Normgefüge». Kritisch zum Unionsrecht siehe CATHERINE BARNARD, The Changing Scope of the Fundamental Principle of Equality?, McGill L.J. 46 (2001), S. 955, 975.

<sup>23</sup> Art. 1 RL 2000/43/EG, 2000/78/EG, 2002/73/EG. Für einen vertiefenden Einblick in die Diskriminierungskategorien siehe PÄRLI, Gleichbehandlung, (FN 5), S. 393, und 441–455; und MARTINA BENECKE, Rechtsvergleich der europäischen Systeme zum Antidiskriminierungsrecht, Expertise im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes (zit. Vergleich), S. 21–32.

<sup>24</sup> Art 2 Abs. 1 und 2 RL 2000/43/EG, 2000/78/EG, 2002/73/EG. Für einen vertiefenden Einblick siehe PÄRLI, Gleichbehandlung, (FN 5), S. 393 ff., und 456 ff.; und BENECKE, Vergleich, (FN 23), S. 33ff.

<sup>25</sup> Art. 2 Abs. 4 RL 2000/43/EG, 2000/78/EG, 2002/73/EG. Für einen vertiefenden Einblick siehe BENECKE, Vergleich, (FN 23), S. 37.

<sup>26</sup> Art. 2 Abs. 3 RL 2000/43/EG, 2000/78/EG, 2002/73/EG. Für einen

vertiefenden Einblick siehe PÄRLI, Gleichbehandlung, (FN 5), S. 461f.

<sup>27</sup> Vgl. dazu BENECKE, Vergleich, (FN 23), S. 37.

<sup>28</sup> Siehe EuGH Urteil vom 17. Juni 2008, Rs C-303/06. Vgl. dazu BENECKE, Vergleich, (FN 23), S. 38.

<sup>29</sup> Art. 5 RL 2000/78/EG. Für einen vertiefenden Einblick siehe PÄRLI, Gleichbehandlung, (FN 5), S. 463f.

<sup>30</sup> Für einen Einblick in die sozialwissenschaftliche Diskussion siehe etwa BIRGIT ROMMELSPACHER, Anerkennung und Ausgrenzung. Deutschland als multikulturelle Gesellschaft, 2002. Für einen Überblick über die im geltenden internationalen Recht mit Einblicken in nationale Rechtsordnungen bedeutenden Diskriminierungsdimensionen siehe JANNEKE GERARDS, Chapter one – Discrimination Grounds, S. 33–184, in: Schiek / Waddington / Bell (Hrsg.), Cases Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law, Oxford/Portland 2007.

<sup>31</sup> Beispielsweise wenn eine Ungleichbehandlung aufgrund der sozialen Stellung zugleich eine indirekte Diskriminierung aufgrund des weiblichen Geschlechts darstellt.

<sup>32</sup> Zum Letzteren siehe hinten, Rz 10.

<sup>33</sup> Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG.

<sup>34</sup> Siehe dazu Rz 9.

<sup>35</sup> Art. 3 Abs. 1 RL 2000/43/EG, 2000/78/EG, 2002/73/EG.

und Einstellungsbedingungen), den beruflichen Aufstieg, die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen (einschliesslich der Entlassungsbedingungen und des Arbeitsentgelts) sowie die Mitgliedschaft und Mitwirkung in einer Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberorganisationen (inklusive der Inanspruchnahme der Leistungen solcher Organisationen)<sup>36</sup>.

[Rz 8] *Rechtsfolgen*: Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, wirksame, verhältnismässige und abschreckende Sanktionen zu schaffen<sup>37</sup>. Die Vorgaben sind trotz des relativ grossen Ermessensspielraums in der konkreten Ausgestaltung beachtlich. Zwar haben die Mitgliedstaaten die freie Wahl zwischen verschiedenen Lösungen<sup>38</sup>, die Sanktionen sollen aber für diskriminierendes Verhalten in einem angemessenen Verhältnis zum angerichteten Schaden stehen und als Abschreckung gegen derartige Verhaltensweisen dienen<sup>39</sup>; symbolische Sanktionen sind daher nicht ausreichend<sup>40</sup>. Frei sind die Vertragsstaaten im Grundsatz, ob die Sanktionen zivil-, straf- oder verwaltungsrechtlicher Natur oder eine Kombination davon<sup>41</sup> sein sollen<sup>42</sup>. Der Ermessensspielraum, der den Mitgliedstaaten gewährt wird, bedeutet hingegen nicht einen prinzipiellen Freipass in der Wahl und Kombination der Sanktionen. Vielmehr dient er als Instrument, um die landesspezifische Rechtskultur zu berücksichtigen. Bei Schadenersatzansprüchen kann es sich um Ausgleichszahlungen oder um Strafschadenersatz<sup>43</sup> handeln, wobei Höchstgrenzen

EU-rechtlich nicht zulässig sind<sup>44</sup>. Bei einer öffentlichen Ankündigung, diskriminierend zu handeln, reicht zudem eine strafrechtliche Sanktionierung<sup>45</sup>.

[Rz 9] *Durchsetzung*: Die Vertragsstaaten müssen sicherstellen, dass die von Diskriminierung betroffenen Personen ihre Ansprüche auf dem Gerichts- und/oder Verwaltungsweg sowie fakultativ in Schlichtungsverfahren geltend machen können<sup>46</sup>. Der Ermessensspielraum ist auch bezüglich der Durchsetzung relativ gross. So verlangt die Beschäftigungsrahmenrichtlinie keine Einrichtung unabhängiger Gerichte. Die Durchsetzung erfolgt in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union in der Regel über den Gerichtsweg. Es werden aber auch aussergerichtliche Streitbeilegungsmechanismen wie Mediation und Streitschlichtung dem Gerichtsweg vorgelagert<sup>47</sup>, die entweder obligatorisch<sup>48</sup> oder fakultativ sind. In einzelnen Staaten gibt es parallel zum Gerichtsverfahren auch Beschwerdestellen wie z. B. Ombudsstellen<sup>49</sup> oder unabhängige, in Diskriminierungsfragen spezialisierte Institutionen<sup>50</sup>; in einigen Staaten stehen gar bis zu drei unabhängige Anlaufstellen zur Verfügung<sup>51</sup>. Zentrales Element eines richtlinienkonformen Rechtsverfahrens ist dessen unabhängige Ausgestaltung, zumindest soweit es um die Befugnis geht, frei von Interventionen Dritter über einen eingeklagten Diskriminierungsfall zu entscheiden.

[Rz 10] Zur wirksamen Mobilisierung des Rechts verlangen die Richtlinien vor den zuständigen Entscheidbehörden die gesetzliche Einführung einer *Beweislasterleichterung*<sup>52</sup>. Zudem sollen sich Verbände, Organisationen oder andere juristische Personen entweder im Namen der beschwerten Person oder zu deren Unterstützung vor den zuständigen Entscheidinstanzen zur Durchsetzung der Ansprüche beteiligen können<sup>53</sup>. Schliesslich verlangt Art. 13 der Antirassismusrichtlinie die Einrichtung einer unabhängigen spezialisierten Stelle zur Förderung der Gleichbehandlung ohne

<sup>36</sup> Art. 3 Abs. 1 RL 2000/43/EG, 2000/78/EG, 2002/73/EG.

<sup>37</sup> Art. 15 RL 2000/43/EG, Art. 17 RL 2000/78/EG, Art. 8d RL 2002/73/EG.

<sup>38</sup> TAREK NAGUIB, Rassendiskriminierende Einstellungspraxis: Besprechung des ersten EuGH-Urteils zur Richtlinie 2000/43 mit Anmerkungen aus einer schweizerischen Perspektive, AJP/PJA 10/2008 (zit. Einstellungspraxis), S. 1040–1254, und 1246.

<sup>39</sup> PÄRLI, Gleichbehandlung, (FN 5), S. 476.

<sup>40</sup> Siehe hierzu auch Generalanwalt Maduro in seinen Schlussanträgen zu EuGH, Urteil vom 10. Juli 2008, Rs C/54/07 Firma *Feryn NV*. Vgl. dazu auch NAGUIB, Einstellungspraxis, (FN 38), S. 1246.

<sup>41</sup> In der Regel findet sich eine Kombinationslösung wie z.B. in Bulgarien, Finnland, Luxemburg, Österreich, Portugal, Rumänien, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechien und Ungarn (BENECKE, Vergleich, (FN 23), S. 47f.).

<sup>42</sup> Beispielsweise indem das Gericht oder die zuständige Verwaltungsbehörde die Diskriminierung feststellt und mit einer gerichtlichen Anordnung zur adäquaten Veröffentlichung verbindet, Schadenersatz ausspricht oder unter Androhung eines Zwangsgeldes eine Unterlassungsanordnung trifft. Zivilrechtliche Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche sind vorgesehen z.B. in Belgien, Dänemark, Deutschland, Frankreich, Irland, Italien, Lettland, den Niederlanden, Polen, Schweden und im Vereinigten Königreich vorgesehen (BENECKE, Vergleich, (FN 23), S. 46). Schadenersatzansprüche sind vorgesehen z.B. in Ungarn (zwölf durchschnittliche Monatslöhne), Irland (z.B. im Kündigungsfall maximal zwei Jahresgehälter), in Schweden (mit informeller Höchstgrenze bei Kündigung von 15'000 Britischen Pfund). Immateriellen Schadenersatz sehen beispielsweise vor Malta (465 Euro), Lettland (mit Höchstbetrag von 24'000 Euro bei staatlicher Diskriminierung) (BENECKE, Vergleich, (FN 23), S. 46f.). NAGUIB, Einstellungspraxis, (FN 38), S. 1246.

<sup>43</sup> So liegen in Grossbritannien die durchschnittlichen Schadenersatzzahlungen mit 42'899 Euro bei Diskriminierung aufgrund einer Behinderung (BENECKE, Vergleich, (FN 23), S. 50) im Vergleich zu Frankreich, wo ein

Gericht 3'000 Euro zugesprochen hat (Tribunal d'Instance de Montpellier, 3. April 2008; Drucker c. Galerie Gregoire RG no. 11-07-001540) relativ hoch.

<sup>44</sup> BENECKE, Vergleich, (FN 23), S. 49.

<sup>45</sup> NAGUIB, Einstellungspraxis, (FN 38), S. 1246.

<sup>46</sup> Art. 7 Abs. 1 RL 2000/43/EG, Art. 9 Abs. 1 RL 2000/78/EG, Art. 6 Abs. 1 RL 2002/73/EG.

<sup>47</sup> BENECKE, Vergleich, (FN 23), S. 58.

<sup>48</sup> So etwa in Frankreich, Portugal (als Teil des Gerichtsverfahrens) oder getrennt davon in Ungarn und in der Slowakischen Republik (BENECKE, Vergleich, (FN 23), S. 58).

<sup>49</sup> So z.B. in Finnland (BENECKE, Vergleich, (FN 23), S. 58).

<sup>50</sup> So z.B. in Zypern, Dänemark, Estland (BENECKE, Vergleich, (FN 23), S. 58).

<sup>51</sup> So z.B. in Ungarn und Malta (BENECKE, Vergleich, (FN 23), S. 58f.).

<sup>52</sup> Art 8 RL 2000/43, Art. 10 RL 2000/78. Vgl. dazu EuGH, Urteil vom 10. Juli 2008, Rs C-54/07, *Feryn*, Rn 34. Zum Urteil siehe zudem PÄRLI, Gleichbehandlung, (FN 5), S. 475f.; und NAGUIB, Einstellungspraxis, (FN 38), S. 1244f.

<sup>53</sup> Art. 7 Abs. 2 RL 2000/43/EG, Art. 9 Abs. 2 RL 2000/78/EG, Art. 2 Ziff. 5 Abs. 2 RL 2002/73/EG.

Unterschied der «Rasse» oder ethnischen Herkunft. Schaut man die einzelnen Rechtsordnungen an, zeigt sich, dass praktisch alle Mitgliedstaaten eine solche Stelle eingerichtet haben<sup>54</sup>. In der Regel sind diese Stellen nicht nur für die Diskriminierung wegen der «Rasse», sondern auch für andere Diskriminierungsdimensionen zuständig<sup>55</sup>, wobei sie teilweise erhebliche Unterschiede betreffend Aufbau, rechtliche und politische Unabhängigkeit, Aufgaben (z.B. Informationsverbreitung, Sensibilisierung, Beratung) und Befugnisse (z.B. Beschwerdekompetenzen, Untersuchungskompetenzen, Entscheidungskompetenzen) aufweisen<sup>56</sup>.

## b. Schweiz

[Rz 11] *Geltungsbereich*: Das schweizerische Antidiskriminierungsrecht ist im Bereich des Erwerbslebens im Vergleich zum EU-Recht bedeutend schwächer aufgestellt<sup>57</sup>. Die Unterschiede zeigen sich in mehrfacher Hinsicht.

[Rz 12] Erstens verfolgt das schweizerische Antidiskriminierungsrecht einen selektiven Ansatz, d.h. es erfasst mit dem Gleichstellungsgesetz<sup>58</sup> und dem Behindertengleichstellungsgesetz<sup>59</sup> ausschliesslich das weibliche und männliche Geschlecht und die Behinderung explizit als diskriminierungsschutzrechtlich relevante Dimensionen<sup>60</sup>. Die EU-antidiskriminierungsrechtlichen Dimensionen «Rasse», ethnische Zugehörigkeit, Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter, sexuelle Ausrichtung und die zusätzlich in Art. 8 Abs. 2 BV erwähnte «soziale Stellung» sowie weitere nicht verfassungsrechtlich genannte Merkmale wie z.B. Krankheit und Familienstatus sind vom objektiven Diskriminierungsschutzrecht nicht explizit erfasst<sup>61</sup>. Hier kann bei Diskriminierung im Rahmen öffentlich-rechtlicher Arbeitsverhältnisse lediglich auf das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot zurückgegriffen werden. Und bei privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse steht ausschliesslich der implizite privatrechtliche Diskriminierungsschutz zur Verfügung. Letzterer ist zwar

materiell-rechtlich besser aufgestellt als oftmals angenommen<sup>62</sup> wird. Die Tragweite des privatrechtliche Diskriminierungsschutzes ist hingegen insbesondere in Bezug auf die Fragen, ob neben der direkten auch die indirekte Diskriminierung erfasst wird sowie die Ausgestaltung der Rechtfertigung von Diskriminierung, umstritten<sup>63</sup>. So schützen gemäss KURT PÄRLI Art. 27/28 und 2 ZGB, 19/20 OR, 320b OR, 328 sowie 336 sowohl vor direkter als auch indirekter Diskriminierung in allen Phasen des Arbeitsverhältnisses<sup>64</sup>. Das Nichtergreifen angemessener Vorkehrungen wird vom Arbeitsrecht nicht erfasst, ausser es betrifft die Pflicht des Arbeitgebers zum Schutz der Gesundheit<sup>65</sup>.

[Rz 13] Auf einer zweiten – den expliziten Diskriminierungsschutz betreffenden – Ebene ist lediglich das Gleichstellungsgesetz verglichen mit dem Unionsrecht robust aufgestellt. Demgegenüber sieht das Behindertengleichstellungsgesetz schwache Regelungen vor. Sie sind aufgrund ihres ausschliesslich programmatischen Charakters gar bedeutend weicher als der diskriminierungsschutzrechtliche Gehalt des allgemeinen Arbeitsrechts<sup>66</sup> und aus verfassungsmässigen Kompetenzgründen ohnehin auf Anstellungsverhältnisse mit dem Bund beschränkt. Der Bund ist als Arbeitgeber lediglich verpflichtet, alles daran zu setzen, «Behinderten gleiche Chancen wie nicht Behinderten anzubieten» (Art. 13). Bei allen Arbeitsverhältnissen und auf allen Ebenen, namentlich jedoch bei den Anstellungen, trifft der Bund die zur Umsetzung des Gesetzes erforderlichen Massnahmen (Art. 13). Auch kann er Programme durchführen, die der besseren Integration Behinderter in die Gesellschaft dienen. So kann der

<sup>54</sup> BENECKE, Vergleich, (FN 23), S. 59.

<sup>55</sup> Eine Ausnahme bilden z.B. Dänemark und Spanien.

<sup>56</sup> BENECKE, Vergleich, (FN 23), S. 59ff.

<sup>57</sup> Eingehend dazu PÄRLI, Gleichbehandlung, (FN 5), insb. S. 616-631.

<sup>58</sup> Gleichstellungsgesetz.

<sup>59</sup> Behindertengleichstellungsgesetz.

<sup>60</sup> Umstritten ist, inwiefern das strafrechtliche Verbot der Rassendiskriminierung die diskriminierende Verweigerung einer öffentlich angebotenen Arbeitsstelle erfasst. So ist etwa MARCEL ALEXANDER NIGGLI als Vertreter der Minderheitenmeinung der Auffassung, dass Art. 261bis Abs. 5 StGB auf das privatrechtliche Arbeitsverhältnis Anwendung findet (Rassendiskriminierung – Ein Kommentar zu Art. 261bis StGB und Art. 171c MSTG, ... [zit. Rassendiskriminierung]). Gleicher Meinung PÄRLI, Gleichbehandlung, (FN 5), S. 154ff.

<sup>61</sup> CHRISTINA HAUSAMMANN, Instrumente gegen Diskriminierung im schweizerischen Recht – ein Überblick, Expertise im Auftrag des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen EBGB und der Fachstelle für Rassismusbekämpfung FRB, Bern 2008 (zit. Instrumente gegen Diskriminierung), S. 18ff.

<sup>62</sup> Vgl. dazu PÄRLI, Gleichbehandlung, (FN 5), S. 630; BESSON, L'égalité horizontale, (FN 6), S. 328ff. Beschränkt auf die Rassendiskriminierung vgl. weiter TARKAN GÖKSU, Rassendiskriminierung beim Vertragsschluss als Persönlichkeitsverletzung, AISUF Band 221, Diss. Freiburg 2003 (zit. Rassendiskriminierung), insb. S. 227; und NAGUIB, Einstellungspraxis, (FN 38), S. 1248-1253.

<sup>63</sup> Für eine Übersicht zum Diskurs in der rechtswissenschaftlichen Literatur und Praxis siehe PÄRLI, Gleichbehandlung, (FN 5), S. 483-578, und insb. S. 484f. (zum Grundsatz von Treu und Glauben), 513-517, 524-526 und 555f. (zum zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz), und S. 567-578 (zum arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz).

<sup>64</sup> PÄRLI, Gleichbehandlung, (FN 5), insb. S. 502-566. Im Ergebnis gleicher Meinung etwa GÖKSU, Rassendiskriminierung, (FN 62); NAGUIB, Einstellungspraxis, (FN 38); BESSON, L'égalité horizontale, (FN 6). Anderer Meinung etwa MANUEL JAUN, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht – Die Schweiz im Schatten der europäischen Rechtsentwicklung, ZBJV 8/2007, S. 457ff.

<sup>65</sup> KURT PÄRLI/ANNETTE LICHTENAUER/ALEXANDRA CAPLAZI, Literaturanalyse Integration in die Arbeitswelt durch Gleichstellung, im Auftrag des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (EBGB), S. 82.

<sup>66</sup> Für eine Übersicht dazu siehe WALTER KÄLIN/JÖRG KÜNZLI/JUDITH WYTTENBACH/ANNINA SCHNEIDER/SABIHA AKAGÜNDÜZ, Mögliche Konsequenzen einer Ratifizierung der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen durch die Schweiz, Gutachten zuhanden des Generalsekretariats GS-EDI / Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen EBGB, Bern 2008, S. 115-127.

Bund beispielsweise zeitlich befristete Pilotversuche durchführen oder unterstützen, um Anreizsysteme für die Beschäftigung Behinderter zu erproben (Art. 17). Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis gelangt das BehiG nicht zur Anwendung.

[Rz 14] *Rechtsfolgen*: Betreffend die Frauen- und Männerdiskriminierung werden umfassende Ansprüche formuliert. Wer diskriminiert wird, kann dem Gericht oder der Verwaltungsbehörde beantragen, eine drohende Diskriminierung zu verbieten oder zu unterlassen, eine bestehende Diskriminierung zu beseitigen, eine Diskriminierung festzustellen, wenn diese sich weiterhin störend auswirkt, sowie bei einer Lohndiskriminierung die Zahlung des geschuldeten Lohns anzuordnen (Art. 5 Abs. 1 GiG). Bei einer Anstellungsdiskriminierung bestehen ausschliesslich Ansprüche auf Entschädigung, wobei dieser den Betrag von drei Monatslöhnen nicht übersteigen darf (Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Abs. 4). Betreffend alle anderen Diskriminierungsdimensionen muss auf das allgemeine Privatrecht zugegriffen werden, wobei hier insbesondere der arbeitsrechtliche Persönlichkeitsschutz mit den entsprechenden Beseitigungs-, Unterlassungs-, Feststellungs- und Genugtuungsansprüchen im Zentrum steht.

[Rz 15] *Durchsetzung*: Verglichen mit der Europäischen Union ist die Schweiz bezüglich der Mobilisierung des Antidiskriminierungsrechts im Rahmen der Gleichstellung von Frau und Mann und auf institutioneller Ebene auch im Rahmen des Behindertengleichstellungsgesetzes prinzipiell nicht schlechter aufgestellt. Im Gleichstellungsgesetz sind neben einem Diskriminierungsverbot, das alle Phasen des Arbeitsverhältnisses erfasst, auch prozessuale Durchsetzungserleichterung wie die Beweislastleichterung (Art. 6 GiG) sowie das Verbandsklagerecht bzw. Verbandsbeschwerderecht (Art. 7 GiG) verankert. Im Rahmen beider Gesetze sind spezialisierte Verwaltungsstellen geschaffen worden, welche die Gleichstellung der Geschlechter sowie die Gleichstellung von Menschen mit Behinderung fördern. Das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (Art. 16 GiG) und das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (Art. 19 BehiG) informieren, beraten, unterstützen und initiieren Gleichstellungs- und Integrationsprojekte und führen Untersuchungen durch. Für die Förderung der Gleichstellung von Frau und Mann gibt es zusätzlich die 1976 gegründete Eidgenössische Kommission für Frauenfragen EKF, die als unabhängige Kommission Sensibilisierungs- und Vernetzungsarbeit sowie Informationsverbreitung, Forschung und Analyse betreibt<sup>67</sup>. Des Weiteren kann der Bund privaten Institutionen Finanzhilfen gewähren für die Beratung von Frauen im Erwerbsleben sowie die Förderung der Wiedereingliederung von Frauen und Männern, die ihre berufliche Tätigkeit zugunsten familiärer Aufgaben unterbrochen haben (Art. 15 GiG).

## 2. Güter und Dienstleistungen

### a. Europäische Union

[Rz 16] *Geltungsbereich*: Insgesamt erfolgt die Entwicklung des unionsrechtlichen Diskriminierungsschutzes ausserhalb des Erwerbslebens zögerlicher und ist daher bedeutend schwächer ausgestaltet<sup>68</sup>. Die Kategorien «Rasse», ethnische Zugehörigkeit und Geschlecht werden im geltenden EU-Recht privilegiert behandelt. So erfasst die Richtlinie 2000/43/EG den Bereich *öffentlich zur Verfügung gestellter Güter- und Dienstleistungen* relativ umfassend, soweit es die rassistische Diskriminierung betrifft. Zudem reguliert die Richtlinie 2004/113/EG die Nichtdiskriminierung aufgrund des Geschlechts für den relativ begrenzten Bereich des Zugangs zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen für die Öffentlichkeit<sup>69</sup>. Weitere Richtlinien sind zurzeit nicht in Kraft. Der horizontale Ansatz ist daher (noch) nicht gewährleistet, doch könnte er mit dem aktuellsten Vorschlag der EU-Kommission zur Schaffung einer neuen Dienstleistungsrichtlinie zumindest teilweise realisiert werden<sup>70</sup>. Relativiert wird die Selektivität des Ansatzes zudem bereits de lege lata durch die das positive nationalstaatliche Antidiskriminierungsrecht: So gewährleisten einige Mitgliedstaaten den gleichen Schutz auch aufgrund anderer Diskriminierungsdimensionen und gehen somit über den unionsrechtlichen Standard hinaus<sup>71</sup>.

[Rz 17] Die einschlägigen EU-Richtlinien gelten für Güter und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit *ohne Ansehen der Person* zur Verfügung stehen und ausserhalb des Bereichs des Privat- und Familienlebens und der in diesem Kontext stattfindenden Transaktionen angeboten werden<sup>72</sup>. Beide Richtlinien untersagen die unmittelbare und mittelbare Diskriminierung<sup>73</sup>, die Anweisung zur Diskriminierung<sup>74</sup>, die Belästigung<sup>75</sup> und m.E. in Analogie zur Richtlinie 2000/78 die assoziierte Diskriminierung<sup>76</sup>. Interessant ist weiter die in der von der EU-Kommission vorgeschlagenen Richtlinie vorgesehene Verpflichtung, «angemessene Veränderungen

<sup>68</sup> Vgl. dazu z.B. MAHLMANN, Gleichheitsschutz, (FN 21), S. 108, und 115; BENECKE, Vergleich, (FN 23), S. 16

<sup>69</sup> Art. 3 Abs. 1 Bchst. H RL 2000/43/EG; Art. 3 Abs. 1 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.

<sup>70</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung (KOM(2008) 426 endgültig 2008/0140 (CNS)).

<sup>71</sup> So z.B. Deutschland, Frankreich, Italien, Slowenien, Spanien, Tschechien und Zypern (BENECKE, Vergleich, [FN 23], S. 18).

<sup>72</sup> Definition in Art. 3 Abs. 1 RL 2004/113/EG.

<sup>73</sup> Art. 3 Abs. 2 RL 2000/43/EG, Art. 4 Abs. 1 RL 2004/113/EG.

<sup>74</sup> Art. 3 Abs. 4 RL 2000/43/EG, Art. 4 Abs. 4 RL 2004/113/EG.

<sup>75</sup> Art. 3 Abs. 3 RL 2000/43/EG, Art. 4 Abs. 3 RL 2004/113/EG.

<sup>76</sup> Siehe vorne.

<sup>67</sup> Siehe insbesondere <http://www.ekf.admin.ch/> (Zugriff: 27. Oktober 2010).

oder Anpassungen» zu ergreifen, sofern dies keine «unverhältnismässige Belastung» für die Güter- und Dienstleistungsanbieter bedeutet<sup>77</sup>. Im Versicherungsbereich darf das Geschlecht nur dann bestimmend sein, wenn es auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung (Art. 5 Abs. 2. GIG) basiert<sup>78</sup>. Gemäss einem EuGH-Urteil vom 1. März 2011 ist Art. 5 Abs. 2 GIG jedoch aufgrund eines Konfliktes mit der EU-Grundrechtecharta ab dem 21. Dezember 2012 ungültig.<sup>79</sup>

[Rz 18] Die Umsetzung in den einzelnen Staaten ist unterschiedlich<sup>80</sup>. Insbesondere gibt es verschiedenste explizite Einschränkungen bzw. Spezifizierungen, was die Bezeichnung «die der Öffentlichkeit ohne Ansehen der Person zur Verfügung stehen» bedeutet. So werden etwa in Schweden nur Güter und Dienstleistungen erfasst, die professionell angeboten werden. Auch Finnland schliesst Dienstleistungen aus, die in Beziehungen zwischen Privaten ohne professionelle Qualität Angeboten werden. In Deutschland gilt das AGG nur für Massengeschäfte, d.h. für Geschäfte, die «typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen» und für Geschäfte, bei denen das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat und die zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen<sup>81</sup> sowie für Versicherungsverträge. Die Rechtsvorschriften in Portugal geben privaten Vereinigungen das Recht, Güter und Dienstleistungen ihren Mitgliedern vorzubehalten.

[Rz 19] *Rechtsfolgen und Durchsetzung*: Ähnlich wie beim Diskriminierungsschutz im Erwerbsleben legen die Mitgliedstaaten Sanktionen fest, die wirksam, verhältnismässig und abschreckend sein müssen<sup>82</sup>. Auch hier haben die Länder im Rahmen dieser Vorgabe die freie Wahl zwischen verschiedenen Lösungen<sup>83</sup>. Die Vertragsstaaten stellen sicher, dass die von Diskriminierung betroffenen Personen ihre Ansprüche auf dem Gerichts- und/oder Verwaltungsweg sowie fakultativ in Schlichtungsverfahren geltend machen können<sup>84</sup>. Es gilt die Beweislastleichterung<sup>85</sup>. Auf institutioneller Ebene kreiert oder benennt jeder Mitgliedstaat eine oder mehrere

Stellen, deren Aufgabe darin besteht, die Verwirklichung der Gleichbehandlung aller Personen zu analysieren, zu beobachten und zu unterstützen und trifft die erforderlichen Vorkehrungen<sup>86</sup>.

## b. Schweiz

[Rz 20] *Geltungsbereich*: Fokussiert man den Blick auf das explizite Antidiskriminierungsrecht, bietet die schweizerische Rechtsordnung einen geringeren Schutz gegen Diskriminierung beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen sowie im Rahmen privatrechtlicher Vertragsverhältnisse über Güter und Dienstleistungen (wie z.B. Auftrag, Kaufvertrag, Werkvertrag, Mietvertrag)<sup>87</sup> als das EU-Recht. Der Rückstand zum EU-Recht betrifft vorwiegend die sexistische Diskriminierung (während aller Phasen des Vertragsverhältnisses) sowie die rassistische Diskriminierung (ohne Zugang zum Vertragsverhältnis), würde sich jedoch im Falle des Inkrafttretens der von der Europäischen Kommission vorgeschlagenen Dienstleistungsrichtlinie auch auf die Dimensionen Weltanschauung, Alter und sexuelle Ausrichtung ausweiten<sup>88</sup>. Einzige Ausnahme ist das behindertengleichstellungsrechtliche Diskriminierungsverbot, das kein unionsrechtliches Pendant aufweist<sup>89</sup>. Das schweizerische Recht geht in materiellrechtlicher Hinsicht gar weiter als das EU-Recht. Zudem bietet es mit der Unentgeltlichkeit des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 10 BehiG) und dem Verbandsklagerecht auf Feststellung einer Diskriminierung (Art. 9 Abs. 3 lit. a BehiG) auch zwei etablierte Mobilisierungsinstrumente zur effektiven Durchsetzung des Diskriminierungsverbotes<sup>90</sup>.

[Rz 21] Dieser «eidgenössische Vorsprung» wird jedoch in zweierlei Hinsicht relativiert: Erstens haben zahlreiche EU-Mitgliedstaaten über das EU-Recht hinausgehend zivilrechtliche Verbote der Diskriminierung wegen einer Behinderung (und auch anderen Dimensionen) verankert, so etwa das Deutsche Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG), das bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse eine Benachteiligung u.a. wegen einer Behinderung untersagt (§ 19 AGG)<sup>91</sup>. Zweitens ist das schweizerische behindertengleichstellungsrechtliche Diskriminierungsverbot restriktiv ausgestaltet, da es lediglich segregierende Formen direkter Diskriminierung verbietet. Das heisst, dass die Möglichkeit einer rechtlichen Sanktionierung privater Dienstleistungsunternehmen mit Ausnahme von konzessionierten Unternehmen erst bei einer besonders

<sup>77</sup> Art. 4 Abs. 1 Bchst. a KOM(2008) 426/3. Vgl. hierzu auch DOK, 5 Jahre BehiG, insb. 88–94, 104–111, 113–122, zu den entsprechenden Regelungen im Behindertengleichstellungsgesetz.

<sup>78</sup> Art. 5 Abs. 2 RL 2004/113/EG.

<sup>79</sup> RS C-236/09 Test-Achats ASBL.

<sup>80</sup> BENECKE, Vergleich, (FN 23), S. 18.

<sup>81</sup> Vgl. dazu DÄUBLER/BERTZBACH-FRANKE/SCHLICHTMANN, § 19 Rn 25ff., Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2008 (zit. AGG-Handkommentar).

<sup>82</sup> Art. 15 RL 2000/43/EG, Art. 14 RL 2004/113/EG.

<sup>83</sup> Siehe vorne, Rz 14 f.

<sup>84</sup> Siehe vorne, Rz 14 f., Art. 8 Abs. 1 RL 2004/113/EG.

<sup>85</sup> Siehe vorne, Rz 14 f., Art. 9 Abs. 1 RL 2004/113/EG.

<sup>86</sup> Siehe vorne, Rz 14 f., Art. 12 Abs. 1 RL 2004/113/EG.

<sup>87</sup> Zum Ganzen siehe RUTH ARNET, Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss, Bern 2007; und NAGUIB, Diskriminierungsschutzrecht, (FN 5), insb. S. 1115ff.

<sup>88</sup> Siehe vorne, Rz 5 ff.

<sup>89</sup> Siehe vorne, Rz 5 ff.

<sup>90</sup> DOK, 5 Jahre BehiG, 113ff.

<sup>91</sup> Vgl. dazu DÄUBLER/BERTZBACH-FRANKE/SCHLICHTMANN, § 19 1ff., AGG-Handkommentar.



krass unterschiedlichen und benachteiligenden Behandlung besteht, mit dem Ziel oder der Folge, Menschen mit Behinderung herabzuwürdigen oder auszugrenzen (Art. 6 BehiG i.V.m. Art. 2 lit. d BehiV)<sup>92</sup>.

[Rz 22] Der vergleichsweise schwächere Diskriminierungsschutz der Schweiz zeigt sich in dreierlei Hinsicht. Erstens untersagt es die diskriminierende Zugangsverweigerung ausschliesslich bei Diskriminierungen wegen der «Rasse», Ethnie, Religion<sup>93</sup> und – wie bereits erwähnt – Behinderung<sup>94</sup>. Darüber hinaus lassen sich die unbestimmten Rechtsbegriffe und Generalklauseln des Privatrechts bis zu einem gewissen – durchaus beachtlichen – Grade für den Diskriminierungsschutz nutzbar machen. So wird vereinzelt in der Literatur die Position vertreten, dass der zivilrechtliche Persönlichkeitschutz vor diskriminierenden Verweigerungen von Gütern und Dienstleistungen Schutz bietet<sup>95</sup>. Zweitens gilt bei standardisierten Produktangeboten sowie bei vertragsähnlichen Sonderbeziehungen der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB)<sup>96</sup>. Einen Schutz über das ausservertragliche Haftpflichtrecht – wie etwa im Deutschen Recht – wird in der Lehre hingegen überwiegend abgelehnt<sup>97</sup>. Drittens zeigt sich im Bereich der Diskriminierung von Menschen mit Behinderung womöglich eine Differenz zwischen dem Schutz vor Diskriminierung im allgemeinen Privatrecht und dem behindertengleichstellungsrechtlichen Diskriminierungsverbot, das sich ausschliesslich auf krasse Formen der Diskriminierung beschränkt und damit möglicherweise weniger weit geht als das implizite Diskriminierungsverbot des allgemeinen Privatrechts.

[Rz 23] *Rechtsfolgen und Durchsetzung*: Beschränkt auf das explizite Diskriminierungsschutzrecht manifestieren sich die Differenzen zum EU-Recht in zweierlei Hinsicht. So ist der Entschädigungsanspruch im Behindertengleichstellungsgesetz auf CHF 5'000 limitiert (Art. 11 Abs. 2 BehiG). Derartige Begrenzungen wären mit dem Unionsrecht, das wirksame, abschreckende und verhältnismässige Sanktionen fordert, nicht vereinbar<sup>98</sup>. Ein weiterer zentraler Unterschied im Vergleich zum Europäischen Recht betrifft die Frage der Beweisführung. Während das Behindertengleichstellungsgesetz keine Beweislastleichterung vorsieht, ist dies im

Rahmen des strafrechtlichen Verbotes zur Rassendiskriminierung aus strafprozess- bzw. menschenrechtlichen Gründen problematisch.

### 3. Wohnen

#### a. Europäische Union

[Rz 24] *Geltungsbereich*: Der Bereich Wohnraum ist vom EU-Antidiskriminierungsrecht im Vergleich zum Erwerbsleben sowie der Güter- und Dienstleistungen am wenigsten weit entwickelt. Der horizontale Ansatz gilt hier am geringfügigsten. Dieser könnte – mit Ausnahme des Merkmals Geschlecht<sup>99</sup> – mit dem aktuellen Vorschlag der EU-Kommission zur Schaffung einer neuen Dienstleistungsrichtlinie zumindest teilweise realisiert werden<sup>100</sup>.

[Rz 25] Der unionsrechtliche Rückstand des Wohnbereiches zu den Bereichen «Arbeitsleben» sowie «Güter und Dienstleistungen» relativiert sich jedoch mit Blick auf die einzelstaatlichen Rechtsordnungen, die unabhängig von den EU-rechtlichen Vorgaben teilweise auch betreffend weiterer Diskriminierungsdimensionen einen ähnlichen oder gar den gleichen Schutz aufweisen und somit über das EU-Recht hinausgehen<sup>101</sup>.

[Rz 26] Auf unionsrechtlicher Ebene sind bis anhin die Dimensionen «Rasse» und ethnische Zugehörigkeit bevorteilt. Die Richtlinie 2000/43/EG erfasst den Bereich Wohnraum, sofern dieser öffentlich zur Verfügung gestellt wird. Die Umsetzung ist in den einzelnen Staaten unterschiedlich<sup>102</sup>. Die Richtlinie und der Richtlinienvorschlag untersagen die unmittelbare und mittelbare Diskriminierung<sup>103</sup>, die Anweisung zur Diskriminierung<sup>104</sup>, die Belästigung<sup>105</sup> und in Analogie zum Erwerbsleben m.E. auch die assoziierte Diskriminierung<sup>106</sup>. Betreffend die Sanktionen gelten im Grundsatz dieselben Regeln wie in den Bereichen Erwerb, Güter- und Dienstleistungen<sup>107</sup>.

[Rz 27] Den Wohnraum betreffend zeigen sich in den einzelnen Mitgliedstaaten insbesondere bezüglich des sachlichen Geltungsbereichs Umsetzungsschwierigkeiten. So

<sup>92</sup> Vgl. dazu auch Bericht 5 Jahre BehiG, 113f.

<sup>93</sup> Art. 261bis Abs. 5 StGB. Zum Tatbestand siehe NIGGLI, Rassendiskriminierung, FN 6, S. 474–516; NAGUIB, Diskriminierungsschutzrecht, (FN 5).

<sup>94</sup> Siehe vorne, Rz 20.

<sup>95</sup> Vgl. NAGUIB, Diskriminierungsschutzrecht, (FN 5), S. 1005–1011; TRACHSLER, Anti-Diskriminierungsgesetz, (FN 6).

<sup>96</sup> ARNET, Vertragsfreiheit, (FN 87).

<sup>97</sup> ARNET, Vertragsfreiheit, (FN 87); NAGUIB, Diskriminierungsschutzrecht, FN 5.

<sup>98</sup> Siehe vorne. Vgl. dazu zudem PÄRLI, Gleichbehandlung, (FN 5), S. 563f., 624, und 631; NAGUIB, Diskriminierungsschutzrecht, (FN 5); CATHERINE REITER, Die Reformbedürftigkeit des Rechts der missbräuchlichen Kündigung im Lichte des Menschenrechtsschutzes, AJP 2006, S. 1087–1092, und 1087.

<sup>99</sup> So bezieht die Richtlinie 2004/113/EG den Bereich Wohnraum nicht mit ein.

<sup>100</sup> Siehe vorne Rz 16.

<sup>101</sup> Art. 3 Abs. 1 Bchst. h RL 2000/43/EG.

<sup>102</sup> In Schweden werden Güter und Dienstleistungen erfasst, die professionell angeboten werden, in Deutschland gilt das AGG nur für Massengeschäfte, auch Finnland schliesst Dienstleistungen aus, die in Beziehungen zwischen privaten Angeboten werden. Die Rechtsvorschriften in Portugal geben privaten Vereinigungen das Recht, Güter und Dienstleistungen ihren Mitgliedern vorzubehalten (BENECKE, Vergleich, FN 23, S. 18).

<sup>103</sup> Art. 3 Abs. 2 RL 2000/43/EG, Art. 2 Abs. 2 lit. a, b KOM(2008) 426.

<sup>104</sup> Art. 3 Abs. 4 RL 2000/43/EG, Art. 2 Abs. 4 KOM(2008) 426.

<sup>105</sup> Art. 3 Abs. 3 RL 2000/43/EG, Art. 2 Abs. 3 KOM(2008) 426..

<sup>106</sup> Siehe vorne, Rz 5.

<sup>107</sup> Siehe vorne, Rz 8, 19.

ist beispielsweise der Anwendungsbereich im AGG auf diejenigen Handlungen beschränkt, in denen ein eigener Wohnungsbedarf oder ein Bedarf ihm verbundener Personen besteht; reine Kapitalanlageinteressen sind somit vom Anwendungsbereich des AGG ausgeschlossen<sup>108</sup>. Auch die Aufnahme als Mitglied in eine Wohnungs(bau)genossenschaft gehört zum Zugang zu Wohnraum. Ebenso fällt die Überlassung einer Übernachtungsmöglichkeit unter das AGG wie z.B. die Vermietung eines Hotelzimmers oder einer Ferienwohnung, sowie ein Heimvertrag, dessen Hauptzweck das Wohnen ist<sup>109</sup>. Der Anwendungsbereich des AGG beschränkt sich auch hier auf Wohnraum, der der Öffentlichkeit zur Verfügung steht<sup>110</sup>. Die Vergabe von Wohnraum durch private Beziehungen fällt daher nicht in den Anwendungsbereich des AGG, wobei sich etwa kommerzielle Vermieter nicht durch eine Wohnungsvergabe «unter der Hand» vom Benachteiligungsverbot befreien können<sup>111</sup>.

## b. Schweiz

[Rz 28] *Geltungsbereich*: Das schweizerische Mietrecht kennt keine ausdrücklichen Diskriminierungsverbote. Allenfalls wäre als einzige Ausnahme zu prüfen, inwiefern das behindertengleichstellungsrechtliche Diskriminierungsverbot in Art. 6 BehiG auch vor Diskriminierung bei privaten Mietwohnungsangeboten schützt. Auch ausserhalb des Privatrechts – so etwa im Ordnungs-, Struktur- und Strafrecht – verfügt das objektive schweizerische Recht – so weit ersichtlich – über keinerlei Diskriminierungsverbote, welche die Diskriminierung im privatrechtlichen Mietverhältnis ausdrücklich untersagen. Eine Minderheit in der rechtswissenschaftlichen Literatur ist der Meinung, dass die Verweigerung einer öffentlich angebotenen Mietwohnung wegen der «Rasse», Ethnie oder Religion das strafrechtliche Verbot zur Rassendiskriminierung verletze<sup>112</sup>.

[Rz 29] Wer sich gegen Diskriminierung beim Zugang zu und im Rahmen von Mietverhältnissen zur Wehr setzen möchte, ist daher auf die unbestimmten Rechtsbegriffe und Generalklauseln des Privatrechts angewiesen. Dazu gehören etwa der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz (Art. 27 ff. ZGB), der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) sowie der Grundsatz des Verbotes sittenwidrigen Verhaltens. Zudem darf eine Kündigung nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen (Art. 271 Abs. 1 OR). Interessant ist auch die Frage, inwiefern der Grundsatz von Treu und Glauben sowie das mietrechtliche Mängelrecht (Art. 259a ff. OR) den Vermieter verpflichtet, Schutz vor diskriminierendem Verhalten von Drittmietnerinnen zu gewährleisten bzw.

eine Kündigung entsprechend anfechtbar ist<sup>113</sup>. So wird etwa eine Kündigung wegen der Nationalität, der Religion oder der «Rasse» der Mieterschaft als eine zweckwidrige Ausübung des Kündigungsrechts bezeichnet<sup>114</sup>. Eine Kündigung verstösst dann gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, wenn sie ein krasse Missverhältnis der Interessen begründet<sup>115</sup>, so etwa weil die Mieterschaft sich wegen einiger Mängel beklagt hat<sup>116</sup>.

[Rz 30] *Durchsetzung*: Auf formellrechtlicher Ebene ist die mobilisierende Bedeutung des mietrechtlichen Schlichtungsverfahrens hervorzuheben. Die Kantone haben auf der Basis von Art. 274a OR niedrigschwellige Schlichtungsbehörden eingerichtet, die Mieterinnen in Mietfragen beraten und in Streitfällen versuchen, eine Einigung zwischen den Parteien herbeizuführen. Weiter sehen die Kantone für Streitigkeiten bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen ein einfaches und rasches Verfahren vor. Das Verfahren vor der Schlichtungsbehörde ist kostenlos (Art. 274f OR). Schlichtungsbehörde und Gericht stellen den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 274d Abs. 3 OR).

## III. Schlussbetrachtungen: von der Frage des fundierten Antidiskriminierungsrechts

### 1. Fazit

[Rz 31] Eine rechtskritische Auseinandersetzung mit dem positiven schweizerischen Antidiskriminierungsrecht kann hier zweifellos nicht vorgenommen werden. Doch unterstützt die vergleichende Skizzierung der geltenden Rechtslage in der Schweiz und in der Europäischen Union in ihren Grundzügen die in der Einleitung dargestellte Kritik am schweizerischen Diskriminierungsschutzrecht: Der Schweizer Gesetzgeber schaffte ein selektives Recht mit erheblichen materiell- und formellrechtlichen Unterschieden, das keiner einheitlichen formalen Konzeption folgt. Das geltende Recht ist somit bruchstückhaft und legistisch inkohärent. Diskriminierung wegen der Dimensionen soziale Stellung, Alter, sexuelle Orientierung, Sprache, weltanschauliche und politische Überzeugung sind vom expliziten Antidiskriminierungsrecht gänzlich ausgeschlossen. Vom ausdrücklichen

<sup>108</sup> DÄUBLER-AMBROSIUS, Rn 59, AGG-Handkommentar.

<sup>109</sup> DÄUBLER-AMBROSIUS, Rn 60, AGG-Handkommentar.

<sup>110</sup> BT-Drucks. 16/1780 S. 32.

<sup>111</sup> DÄUBLER-AMBROSIUS, Rn 60, AGG-Handkommentar.

<sup>112</sup> Anderer Meinung NIGGLI, Rassendiskriminierung, (FN 60).

<sup>113</sup> Zum Thema siehe etwa LACHAT/THANEI, in: Lachat et al. (Hrsg.), Mietrecht für die Praxis, Anfechtbarkeit der Kündigung, S. 605.

<sup>114</sup> LACHAT/THANEI, S. 608. Zur Frage, in welchem Masse auf die religiösen und moralischen Gefühle der Mieterschaft Rücksicht zu nehmen ist siehe PETER HIGI, Die Miete. Züricher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V2b, N 61 zu Art. 271 OR; differenziert SVIT-Kommentar, N 35 zu Art. 271 OR (die überigen Mieterinnen fühlen sich gestört durch die täglichen Gebete eines Hari Krishnas).

<sup>115</sup> Siehe zudem ROGER WEBER, Die Miete. Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, 4. Auflage, Basel 2007, N 6 zu Art. 271/271a OR.

<sup>116</sup> LACHAT/THANEI, S. 607.

Diskriminierungsschutzrecht vernachlässigt sind weiter die Diskriminierungsdimensionen Geschlecht (ausserhalb des Erwerbslebens), Behinderung (betreffend das Erwerbsleben) sowie «Rasse», Ethnie und Religion (betreffend das Erwerbs- und Mietwesen sowie im Rahmen von Dienstleistungsverhältnissen). Ebenso zeigen sich gewisse formellrechtliche und institutionelle Defizite hinsichtlich der Dimensionen Geschlecht (keine Unentgeltlichkeit, beschränkte Beweislaste erleichterung), Behinderung (beschränktes Verbandsklagerecht, keine Beweislaste erleichterung) sowie «Rasse», Ethnie und Religion (kein Recht auf private Nebenklägerschaft im Srafverfahren).

[Rz 32] Die bestehenden Defizite im schweizerischen Recht wirken sich mit grosser Wahrscheinlichkeit auch auf die Effektivität des schweizerischen Antidiskriminierungsrechts aus<sup>117</sup>. So erweisen sich etwa die fehlende Ausdrücklichkeit sowie die beschränkten Sanktionen als kaum abschreckend<sup>118</sup>. Vereinzelt sieht das geltende Recht – so etwa das Gleichstellungsgesetz und das Behindertengleichstellungsgesetz sowie die institutionellen Vorkehrungen – bereits etablierte Mobilisierungsinstrumente vor, die sich auch in den Rechtsordnungen der Europäischen Mitgliedstaaten als hilfreich erwiesen haben. Dazu gehören Instrumente bzw. Vorkehrungen wie das Verbandsklagerecht, die Beweislaste erleichterung, die Einführung der Untersuchungsmaxime und die Unentgeltlichkeit des Rechtsverfahrens. Weiter denkbar sind Mechanismen zur Stärkung der Beratungsarbeit, die Schaffung von Schlichtungs- und Ombudsstellen sowie von institutionellen Vorkehrungen wie spezialisierte Kommissionen und Verwaltungsstellen. Ernsthaftes politische Bestreben zur konzeptionell kohärenten Fortentwicklung des schweizerischen Rechts in Richtung einer grund- und menschenrechtlich fundierten Lösung – so etwa in Anlehnung an die Konzeption von Art. 8 Abs. 2 BV – sind vorerst keine auszumachen.

[Rz 33] Demgegenüber stärkt das europäische Unionsrecht den horizontalen Ansatz mit relativ hohem Schutzstandard, insbesondere unter Berücksichtigung der möglichen Ergänzung durch den neuen Richtlinienvorschlag. Doch bedarf es einer Relativierung des Unionsrechts: so sieht auch dieses noch erhebliche Defizite vor, so etwa im Schutz, insbesondere betreffend den Schutz vor Diskriminierung ausserhalb des Erwerbslebens. Dennoch sind die Vorgaben durchaus beachtlich und könnten der Schweiz als Vorbild dienen. Rechtskulturelle Unterschiede lassen sich hierbei m.E. nicht einwenden; in diesem Sinne lässt auch das EU-Recht hinsichtlich der konkreten länderspezifischen Ausgestaltung genügend Spielraum für individuelle Lösungsansätze materiellrechtlicher, formellrechtlicher und legislativer Natur – so etwa die Frage, ob eine spezialistische, holistische oder hybride gesetzgeberische Lösung vorzuziehen ist. Nimmt man

den Schutz vor Diskriminierung ernst, kann das europäische Unionsrecht im Sinne seines horizontalen und föderalistischen Ansatzes daher durchaus als mögliches Vorbild für die Schweizer Gesetzgeberin betrachtet werden.

## 2. Ausblick

[Rz 34] Nun, freilich ist damit noch nicht rechtstheoretisch begründet, weshalb das positive Antidiskriminierungsrecht ausgebaut werden soll. Denn vom Sein des relativ schwachen Antidiskriminierungsrechts lässt sich nicht auf das Sollen eines umfassenden Antidiskriminierungsrechts schliessen. Doch werden die Argumente für einen breiten Diskriminierungsschutz mit der spriessenden internationalen und der mittlerweile auch immer tiefer gehenden schweizerischen Literatur gewichtiger. SAMANTHA BESSON etwa postuliert auf der Grundlage ihrer rechtskonzeptionellen Arbeit aus rechtsphilosophischer Perspektive horizontale Diskriminierungsverbote zwecks Herstellung minimaler Autonomie der privatrechtlichen Akteure<sup>119</sup>. Weiter finden sich aus einer grund- und menschenrechtlichen Perspektive kritische Ansätze bei KURT PÄRLI, der auf der Grundlage einer rechtsdogmatischen Analyse des Gleichheitsrechts im privatrechtlichen Arbeitsrecht wirksamere Sanktionen und eine Beweislastumkehr im Privatrecht fordert<sup>120</sup>. In einer wirksamkeitstheoretischen Kurzanalyse des Deutschen Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes unterstreicht ALEXANDER KLOSE die Bedeutung eines mit starken Durchsetzungsinstrumenten flankierten expliziten Antidiskriminierungsrechts.<sup>121</sup>

[Rz 35] Zusammenfassend lassen sich für eine gerechte und wirksame gesetzliche Transponierung des Nichtdiskriminierungsgrundsatzes auf das Verhältnis zwischen Privaten grund- und menschenrechtliche, moralphilosophische, wirksamkeitstheoretische und rechtsökonomische Argumente anführen. Fruchtbare Ansätze dazu finden sich etwa in den Critical Legal Studies<sup>122</sup>, insbesondere den feministischen

<sup>117</sup> Siehe insb. EKR, Recht gegen rassistische Diskriminierung, (FN 5).

<sup>118</sup> Siehe hierzu auch NAGUIB, Diskriminierungsschutzrecht, (FN 5).

<sup>119</sup> Siehe FN 6.

<sup>120</sup> Siehe FN 5.

<sup>121</sup> ALEXANDER KLOSE, Wie wirkt Antidiskriminierungsrecht?, in: Cottier/Estermann/Wrase (Hrsg.), Wie wirkt Recht? Baden-Baden 2010, S. 331-351.

<sup>122</sup> Grundlegend zur Bedeutung der Critical Legal Studies ROBERTO MANGABEIRA UNGER, The Critical Legal Studies Movement, Cambridge 1983; und MARK TUSHNET, Critical Legal Studies: A Political History, in: Yale Law Journal 100 (1991), S. 1515-1544.

Rechtswissenschaften<sup>123</sup> und den Critical Race Theories<sup>124</sup>, die für ein breit aufgestelltes Antidiskriminierungsrecht votieren<sup>125</sup>. Dass horizontal angelegte, nachhaltige und kluge Gesetze notwendig sind, belegen von Neuem und aktuell Hubert Rottleuthner und Matthias Mahlmann in ihrer aktuell erscheinenden empirischen Studie «Diskriminierung in Deutschland»<sup>126</sup>.

---

Tarek Naguib, lic. iur., Bern. Der Autor bedankt sich herzlich bei Rob van de Pol für sein kritisches Gegenlesen des Textes.

---

\* \* \*

---

<sup>123</sup> Grundlegend dazu etwa CATHERINE A. MACKINNON, *Sexual Harassment of Working Women*, New Haven 1979; DIES.; Auf dem Weg zu einer feministischen Jurisprudenz, in: STREIT 1/1993, S. 4–10; DIES., Auf dem Weg zu einer neuen Theorie der Gleichheit, in: KritV 77 (1994), S. 363–376; SUSANNE BAER, *Würde oder Gleichheit? Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA, Baden-Baden 1996*; DIES., «Ende der Privatautonomie» oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung? Zur deutschen Debatte um Antidiskriminierungsrecht, Info-Brief Forum gegen Rassismus 5 (2005), S. 24–31.

<sup>124</sup> Grundlegend dazu etwa KIMBERLÉ CRENSHAW/ NEIL GOTANDA/ GARY PELLER/ KENDALL THOMAS, *Critical Race Theory. The Key Writings That Formed the Movement*, auffindbar unter: <http://aapf.org/wp-content/uploads/2009/05/crtintro.pdf> (Zugriff: 9. März 2011).

<sup>125</sup> Vgl. hierzu etwa SUSAN EMMENEGGER, *Feministische Kritik des Vertragsrechts. Eine Untersuchung zum schweizerischen Schuldvertrags- und Eherecht*, Diss. Fribourg, 1999.

<sup>126</sup> HUBERT ROTTLEUTHNER/MATTHIAS MAHLMANN (Hrsg.), *Diskriminierung in Deutschland. Vermutungen und Fakten*, Berlin 2011.