



Recht auf Schutz vor Diskriminierung
Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Naef 12.3543 vom
14. Juni 2012

vom 25. Mai 2016

Übersicht

Auslöser dieses Berichts ist ein von Nationalrat Martin Naef am 14. Juni 2012 eingereichtes Postulat (12.3543 «Bericht zum Recht auf Schutz vor Diskriminierung»), das der Bundesrat am 5. September 2012 zur Annahme empfohlen hat. Der Nationalrat überwies das Postulat am 14. Dezember 2012. Mit dem vorliegenden Bericht zum Diskriminierungsschutzrecht erfüllt der Bundesrat seinen Auftrag.

Obwohl in der Begründung des Postulats eine Vielzahl von Diskriminierungskriterien aufgezählt wurden (u.a. Herkunft, Rasse, Alter, Sprache, soziale Stellung, fahrende Lebensform), musste wegen der Schwierigkeit der Datenbeschaffung eine sinnvolle und praktikable Auswahl für die Untersuchung des Diskriminierungsschutzes getroffen werden. Das mit der Untersuchung beauftragte Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR) befasste sich deshalb auftragsgemäss mit den Diskriminierungsbereichen Geschlechtergleichstellung, LGBTI («Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex»), Gleichstellung von Menschen mit Behinderung und Rassismus.

Die Studie des SKMR «Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen» kommt zum Schluss, dass das schweizerische Diskriminierungsrecht neben vielen Stärken auch verschiedene Schwächen und Lücken aufweist. Zu den Stärken gehört laut Studie, dass das Diskriminierungsverbot auf Verfassungsstufe verankert ist und dass es Gesetze wie das Gleichstellungsgesetz und das Behindertengleichstellungsgesetz gibt, die direkt auf die Besonderheiten der entsprechenden Diskriminierungsarten eingehen. Die vom SKMR festgestellten Defizite des schweizerischen Diskriminierungsrechts unterscheiden sich je nach Diskriminierungskriterium in materieller und verfahrensrechtlicher Sicht und betreffen vor allem den privatrechtlichen Bereich. Das SKMR hat in seiner Studie verschiedene Empfehlungen zur Stärkung des Diskriminierungsschutzes gemacht, die sowohl punktuelle Ergänzungen der Rechtsordnung als auch gesellschaftspolitische Massnahmen betreffen. Das grösste Manko im Diskriminierungsschutzrecht hat das SKMR im Bereich LGBTI festgestellt, wo es namentlich für Trans- und Intersexmenschen praktisch keine spezifischen Regelungen zu ihrem Schutz gibt. Die Schaffung eines allgemeinen Antidiskriminierungsgesetzes hat das SKMR aber ausdrücklich nicht empfohlen.

Der Bundesrat vertrat bis anhin die Meinung, dass das geltende Recht sowie die darauf abgestützte Rechtsprechung grundsätzlich einen ausreichenden Schutz vor Diskriminierung gewährleisten und dass die bestehenden Instrumente es ermöglichen, sich gegen Diskriminierungen zu wehren. Um diese Haltung zu überprüfen, nahm der Bundesrat das Postulat Naef zum Anlass für eine Studie über die Wirksamkeit des geltenden Diskriminierungsschutzrechts. Die Ergebnisse der Studie des SKMR bestätigen die bisherige Ansicht des Bundesrates insbesondere in Bezug auf die öffentlich-rechtlichen Regelungen. Im Bereich des Privatrechts hingegen bestehen noch Lücken. Es wird festgestellt, die geringe Zahl der Gerichtsfälle zu Diskriminierungsproblemen könnte darauf hindeuten, dass die bestehenden Rechtsinstrumente für Betroffene entweder zu wenig bekannt oder zu kompliziert sind. Zudem könnten die verfahrensrechtlichen Hindernisse dazu führen, dass der bestehende

Diskriminierungsschutz seine Wirksamkeit zu wenig entfalten kann. Aufgrund einer verwaltungsinternen Analyse der Empfehlungen des SKMR hat der Bundesrat beschlossen, welche Empfehlungen des SKMR er vertieft prüfen will und welche Empfehlungen derzeit nicht weiter verfolgt werden.

Inhaltsverzeichnis

Übersicht	2
1 Ausgangslage	6
1.1 Postulat Naef	6
1.2 Auftrag an das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte	6
2 Ergebnisse der Studie und Empfehlungen des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte	7
2.1 Allgemeine Empfehlungen	7
2.2 Empfehlungen im Bereich der Gleichstellung der Geschlechter	9
2.2.1 Gleichstellungsgesetz	9
2.2.2 Schwangere und Mütter	10
2.2.3 Häusliche Gewalt	10
2.3 Empfehlungen im Bereich von LGBTI-Menschen	10
2.3.1 Sexuelle Orientierung (LGB)	12
2.3.2 Sexuelle Identität (TI)	13
2.4 Empfehlungen im Bereich des Rassismus	13
2.5 Empfehlungen im Bereich der Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen	14
3 Rechtsvergleich	15
4 Haltung des Bundesrates	16
4.1 Allgemeines	16
4.2 Empfehlungen, die nicht weiter verfolgt werden	17
4.2.1 Einführung einer expliziten Diskriminierungsnorm im Privatrecht	17
4.2.2 Verstärkung der Sanktionen, namentlich im Bereich des Arbeitsrechts	17
4.2.3 Beweislast erleichterungen in Diskriminierungsfällen	18
4.2.4 Schaffung besonderer Ombudsstellen für Diskriminierungsfälle	18
4.2.5 Stärkung des Diskriminierungsschutzes im Gleichstellungsgesetz	19
4.2.6 Ausweitung des Schutzbereichs in Artikel 261 ^{bis} StGB	20
4.3 Empfehlungen, die vertieft geprüft werden	20
4.3.1 Verstärkung des Schutzes vor Diskriminierung in einzelnen Lebensbereichen	20
4.3.2 Erweiterung des Anwendungsbereichs der Verbandsklage	20
4.3.3 Reduktion der Verfahrenskosten in Zivilverfahren	21
4.3.4 Sensibilisierung	21
4.3.5 Erhebung diskriminierungsrelevanter Daten	22
4.3.6 Behindertengleichstellung	23

4.3.7 LGBTI 23

5 Fazit

25

Bericht

1 Ausgangslage

1.1 Postulat Naef

Auslöser dieses Berichts ist ein von Nationalrat Martin Naef am 14. Juni 2012 eingereichtes Postulat (12.3543 «Bericht zum Recht auf Schutz vor Diskriminierung»). Begründet wurde die Forderung nach einem Bericht über das Diskriminierungsschutzrecht damit, dass heute immer noch viel zu oft Diskriminierungen geschehen wegen des Geschlechts, der Herkunft, der Rasse, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, einer Behinderung, der sexuellen Orientierung, der fahrenden Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung, der Transsexualität und der Intersexualität. Auch wenn einige Rechtsbestimmungen zum Schutz vor Diskriminierung existierten, hätten diese wenig Tragweite, solange keine wirksamen Instrumente zu ihrer Durchsetzung bestünden. Der Bundesrat solle aufzeigen, wie das geltende Recht vor Diskriminierung schützt und ob die bestehenden Rechtsinstrumente wirksam sind.

Der Bundesrat beantragte am 5. September 2012 die Annahme des Postulats. Der Nationalrat überwies das Postulat am 14. Dezember 2012. Mit dem vorliegenden Bericht kommt der Bundesrat seinem Auftrag nach.

1.2 Auftrag an das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte

Bereits im Mai 2012 wurde das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR) beauftragt, eine Studie über den Zugang zur Justiz bei Diskriminierungen in der Schweiz zu erstellen. Anlass war eine entsprechende Studie für die EU-Mitgliedstaaten, die von der Europäischen Kommission im Februar 2011 veröffentlicht wurde: «Access to justice in gender equality and anti-discrimination-law»¹. Mit der Überweisung des Postulats Naef erhielt dieser SKMR-Auftrag zusätzliche Bedeutung.

Da es sehr schwierig ist, zu allen Diskriminierungskriterien, die im Postulat Naef aufgezählt werden, Daten zu beschaffen, wurde eine Auswahl getroffen: Die SKMR-Studie befasste sich auftragsgemäss mit den Diskriminierungsbereichen Geschlecht, LGBTI², Behinderung und Rasse.³

¹ [http://ec.europa.eu/justice/gender-](http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/conference_sept_2011/final_report_access_to_justice_final_en.pdf)

² Das Akronym LGBTI bedeutet «Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex» (homosexuelle, bisexuelle, Trans- und Intersex-Menschen).

2 **Ergebnisse der Studie und Empfehlungen des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte**

Die Studie des SKMR «Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen» liegt seit Ende Juli 2015 vor. Sie besteht aus einem Synthesebericht, der die Erkenntnisse der Untersuchungen zusammenfasst und die Schlussfolgerungen sowie Empfehlungen für die Verbesserung des Diskriminierungsschutzes enthält. Der Synthesebericht beruht auf 11 Teilstudien (u.a. Grundsätze des Diskriminierungsschutzes, Diskriminierungsbereich Geschlecht, LGBTI, Behinderung und Rasse, Analyse der Rechtsprechung, Gerichtsumfrage, Online-Befragung der Anwaltschaft und der Beratungsstellen).⁴

Gemäss den Schlussfolgerungen in der Studie weist das schweizerische Diskriminierungsrecht neben vielen Stärken auch verschiedene Schwächen und Lücken auf. Die Stärke des schweizerischen Diskriminierungsrechts liegt gemäss der SKMR-Studie in der Verankerung des Diskriminierungsverbots auf Verfassungsebene und der Existenz von Gesetzen wie das Gleichstellungsgesetz⁵ und das Behindertengleichstellungsgesetz⁶, die direkt auf die Besonderheiten der entsprechenden Diskriminierungsarten eingehen können. In der Untersuchung wurde zudem festgestellt, dass sich Organisationen und Beratungsstellen stark mit diesen Spezialgesetzen identifizieren und damit entsprechendes Know-how aufgebaut haben. **Die festgestellten Defizite des schweizerischen Diskriminierungsrechts unterscheiden sich je nach Bereich in materieller und verfahrensrechtlicher Sicht.**

2.1 **Allgemeine Empfehlungen**

Das SKMR hält ausdrücklich fest, dass es die Schaffung eines allgemeinen Antidiskriminierungsgesetzes, das alle Diskriminierungsbereiche zusammenbringt und die bestehende Spezialgesetzgebung ersetzen würde, *nicht* empfiehlt. In der Studie wird

- ³ Im Gegensatz zum angelsächsischen Sprachraum ist der Begriff der Rasse im kontinentaleuropäischen Sprachraum unter anderem aus historischen Gründen als rassistisch begründendes Konstrukt verpönt und deshalb auch meist mit Anführungszeichen versehen (vgl. z.B. Hendrik Cremer, Ein Grundgesetz ohne «Rasse», in: Policy Paper No. 16, Deutsches Institut für Menschenrechte, 2010). In Artikel 8 BV wird der Begriff aber zur Bezeichnung eines Merkmals verwendet, aufgrund dessen nicht diskriminiert werden darf. Im nachfolgenden Bericht wird der Begriff in diesem rechtlichen Sinn verwendet und ohne Anführungszeichen geschrieben.
- Die Altersdiskriminierung, die aktuell ebenfalls im politischen Fokus liegt, wurde mangels Daten in der SKMR-Studie nicht untersucht. Vgl. zum Thema die Motion Leutenegger Oberholzer (15.3514 «Flankierende Massnahmen. Mehr Schutz und erhöhte Fürsorgepflicht für ältere Lohnabhängige») und die Petition Verein 50plus outIn work Schweiz (15.2038 «Schluss mit der Altersdiskriminierung auf dem Arbeitsmarkt»).
- ⁴ Die Studie (Synthesebericht und Teilstudien) wird auf der BJ-Homepage veröffentlicht.
- ⁵ Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GlG), SR **151.1**
- ⁶ Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Beseitigung der Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen (BehiG), SR **151.3**

aufgezeigt, dass die Probleme in den verschiedenen Diskriminierungsbereichen sehr unterschiedlich gelagert sind und dass es deshalb schwierig sein dürfte, Normen zu schaffen, welche allen Bereichen gerecht werden. Ein allgemeines Antidiskriminierungsgesetz könnte bereits Erreichtes in Frage stellen und Etabliertes (Monitoring, Beratung, Unterstützung) schwächen.

Aufgrund seiner Studie kommt das SKMR zum Schluss, dass die Schweiz mit Artikel 8 Absätze 2, 3 und 4 BV⁷, dem Gleichstellungsgesetz, dem Behindertengleichstellungsgesetz sowie mit Artikel 261^{bis} StGB⁸ einen gut ausgebauten Diskriminierungsschutz kennt⁹, allerdings nur im Bereich des öffentlichen Rechts. Im Privatrecht gibt es gemäss der SKMR-Studie trotz des Persönlichkeitsschutzes (Art. 27 ff. ZGB¹⁰) Lücken und Unklarheiten. Die geringe Zahl an Gerichtsfällen weist auf die fehlende Kenntnis bei Betroffenen über den privatrechtlichen Diskriminierungsschutz und mangelnde Sensibilisierung aller Beteiligten hin. Für das SKMR bedeutet die Tatsache, dass während einer so langen Zeitspanne nur sehr wenige Gerichtsurteile gefällt wurden, dass die bestehenden rechtlichen Grundlagen nicht benutzt werden und der Schutz demzufolge nicht wirksam ist. Zudem gäbe es verfahrensrechtliche Hindernisse, die dazu führten, dass das geltende Recht sein Schutzpotehtial für den Diskriminierungsschutz nicht entfalten könne.¹¹ Deshalb empfiehlt das SKMR die Schaffung eines spezifisch privatrechtlichen Diskriminierungsverbots, beispielsweise als Ergänzung von Artikel 27 ff. ZGB.

Weiter empfiehlt das SKMR eine bessere Kohärenz des schweizerischen Diskriminierungsrechts und schlägt zur Schaffung von mehr Rechtssicherheit und zur Stärkung des Diskriminierungsschutzes insbesondere folgende allgemeine Massnahmen vor:

- die Verstärkung der Sanktionen, vor allem im Bereich des Arbeitsrechts, im Gleichstellungsgesetz und im Behindertengleichstellungsgesetz;
- die rechtliche Erfassung des Problems der Mehrfachdiskriminierungen;
- die Ausdehnung des Verbandsklagerechts im Zivilprozess auf alle Bereiche des Diskriminierungsrechts;
- die Einführung der Beweislast erleichterung für alle Diskriminierungsfälle in zivil- und öffentlichrechtlichen Verfahren;
- die Einführung einer aussergerichtlichen Streitbeilegung (Ombudsstelle) in allen Diskriminierungsfällen;
- die Reduktion oder Eliminierung der Verfahrenskosten bei Diskriminierungsfällen;
- die Sensibilisierung aller Beteiligten;
- die Systematisierung und verstärkte Erhebung diskriminierungsrelevanter Daten;

⁷ SR 101

⁸ SR 311.0

⁹ Vgl. Synthesebericht, S. 95.

¹⁰ SR 210

¹¹ Vgl. Synthesebericht, S. 97.

- die Überprüfung und den Ausbau staatlicher Ressourcen.

In den vier untersuchten Bereichen (Gleichstellung von Frau und Mann, LGBTI, Gleichstellung von Menschen mit Behinderung, Rassismus) empfiehlt das SKMR zusätzlich spezifische Massnahmen. Das grösste Manko im Diskriminierungsschutzrecht stellte das SKMR im Bereich LGBTI fest, wo es namentlich für Trans- und Intersex-Menschen praktisch keine spezifischen Schutzregelungen gibt.

2.2 Empfehlungen im Bereich der Gleichstellung der Geschlechter

2.2.1 Gleichstellungsgesetz

Die Bundesverfassung verbietet Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts (Art. 8 Abs. 2 BV). Nach Artikel 8 Absatz 3 BV hat der Gesetzgeber für die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung von Frau und Mann zu sorgen. Mit dem Gleichstellungsgesetz wurde das Diskriminierungsverbot umgesetzt.

Gleich wie der Bericht über die Evaluation der Wirkungen des Gleichstellungsgesetzes aus dem Jahr 2006¹² kommt auch das SKMR in seiner Studie zum Schluss, dass sich das Gleichstellungsgesetz grundsätzlich bewährt hat. **Verschiedene Probleme in verfahrensrechtlicher Hinsicht hindern Arbeitnehmende, die sich diskriminiert fühlen, jedoch daran, ihre Ansprüche gerichtlich durchzusetzen.** Dazu gehören die Beschränkung des Verbandsklagerechts auf Feststellungsklagen, die Beweisschwierigkeiten wegen fehlender Informationen, die fehlende Beweislast erleichterung bei Anstellungsdiskriminierung und bei sexueller Belästigung sowie die ungenügende Sanktionenregelung. **Ein weiterer Punkt stellt das Prozessrisiko dar, mit dem die Gefahr verbunden ist, im Fall des Unterliegens die Prozesskosten der Gegenpartei übernehmen zu müssen.** Darüber hinaus wird in der SKMR-Studie auf die fehlende Durchsetzung des Geschlechterdiskriminierungsverbots im Erwerbsleben auf institutioneller Ebene verwiesen. Zwar verfügt das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG) über einen Informations- und Beratungsauftrag. Es gibt aber keine staatliche Stelle mit spezifischen Untersuchungs- und Durchsetzungskompetenzen gegenüber den Arbeitgebern. **Die Durchsetzung des Diskriminierungsverbots und insbesondere des verfassungsrechtlichen Lohngleichheitsanspruchs obliegt damit den einzelnen Arbeitnehmenden.**¹³ Schliesslich zeigt die SKMR-Studie, dass die Sensibilisierung aller Beteiligten (Arbeitnehmende, Arbeitgeber, Anwaltschaft, Gerichtsbehörden und weitere staatliche Stellen) trotz der bisher ergriffenen Massnahmen nach wie vor ungenügend ist.

¹² Bericht vom 15. Februar 2006 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 (<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/3161.pdf>).

¹³ Dies bleibt auch gemäss Vernehmlassungsvorlage vom 18. November 2015 so; vgl. Erläuternder Bericht: <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/lohngleichheit/vn-ber-d.pdf> und Vorentwurf: <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/lohngleichheit/vorentw-d.pdf>

2.2.2 Schwangere und Mütter

In Bezug auf Schwangere und Frauen, die vor Kurzem geboren haben, zeigt die SKMR-Studie, dass der absolute Kündigungsschutz (Art. 336 ff. OR¹⁴) gemäss der im Rahmen der SKMR-Studie erfolgten Fallanalyse grundsätzlich erfolgreich geltend gemacht werden kann. Wie viele der von Kündigung während der Schwangerschaft oder kurz nach der Geburt Betroffenen sich aber effektiv vor Gericht wehren, ist nicht bekannt. Massnahmen im Bereich der Sensibilisierung, Aufklärung und Weiterbildung könnten die Regelungen zum Schutz der Schwangeren und Mütter sowohl für die Arbeitgeber als auch für die Arbeitnehmerinnen noch besser bekannt machen. Eine systematische Erfassung der Fälle auf Ebene der Beratungs- und Schlichtungsstellen wäre hilfreich.¹⁵

2.2.3 Häusliche Gewalt

Verschiedene Bestimmungen sollen Opfern von «Häuslicher Gewalt» den Zugang zum Recht erleichtern (Opferhilfegesetz¹⁶, Straf- und Strafprozessrecht, privatrechtlicher Persönlichkeitsschutz¹⁷, Ausländergesetz¹⁸).¹⁹ Da in der Rechtspraxis häusliche Gewalt nicht als Diskriminierungsform, sondern vielmehr als Problem des Persönlichkeitsschutzes eingeordnet wird, hat das SKMR darauf verzichtet, die Wirksamkeit des Rechts in diesem Bereich im Rahmen der Diskriminierungsstudie zu untersuchen.

2.3 Empfehlungen im Bereich von LGBTI-Menschen

Mit dem Akronym LGBTI werden Homosexuelle, Bisexuelle, Transmenschen und Intersex-Menschen erfasst. Mit «LGB» werden Ausdrucksformen der sexuellen Orientierung bezeichnet, während «TI» für angeborene Merkmale steht, bei denen entweder das biologische Geschlecht nicht dem sozialen Geschlecht entspricht (Trans) oder das biologische Geschlecht sich nicht in das dualistische System Mann/Frau einordnen lässt, weil beispielsweise Geschlechtsmerkmale beider Geschlechter vorhanden sind (Intersex²⁰).

¹⁴ SR 220

¹⁵ Vgl. SKMR-Studie, Teilstudie 2 «Geschlecht – Juristische Analyse», S. 52.

¹⁶ Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz, OHG), SR 142.5

¹⁷ Art. 28a ZGB

¹⁸ Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG), SR 142.20

¹⁹ Vgl. dazu auch den Entwurf für ein Bundesgesetz über die Verbesserung des Schutzes gewaltbetroffener Personen, die bis Ende Januar 2016 in der Vernehmlassung war: https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2307/Schutzes-gewaltbetroffener-Personen_Entwurf_de.pdf

²⁰ Betroffene lehnen den Begriff "Intersex" ab. Sie bevorzugen die Beschreibung «Menschen mit Geschlechtsvarianten».

Diskriminierungen von LGBTI-Menschen kommen im Erwerbsleben vor, aber auch beim Zugang zum Wohnungsmarkt oder zu Dienstleistungen, beim Zugang zur Justiz sowie bei der Ausübung elterlicher Rechte. LGBTI-Menschen erfahren zudem Diskriminierung beim Recht auf sexuelle Freiheit, beim Schutz vor physischer oder psychischer Gewalt sowie bei der Anerkennung der Geschlechtsanpassung (TI). Die sich stellenden Probleme sind allerdings je nach Merkmal unterschiedlich, insbesondere haben Homosexuelle (Lesben und Schwule) andere Probleme als Trans- und Intersex-Menschen.

Beispielsweise lassen gleichgeschlechtliche Paare ihre Partnerschaft oftmals nicht eintragen, weil sie sich dann mit der Angabe ihres Zivilstands gegenüber ihrem Arbeitgeber oder bei der Wohnungsvermietung outen müssen. Gleichgeschlechtliche Paare erfahren auch Benachteiligungen bei der Einbürgerung oder bei der Adoption.

Transmenschen haben oftmals das Gefühl, dass ihre Bedürfnisse am Arbeitsplatz nicht genügend berücksichtigt werden: bei der Benutzung der Toilette und der Zuweisung der Garderobe oder bei der Arbeitskleidung. Oft werden sie zu schwerer körperlicher Arbeit herangezogen ohne Rücksicht auf ihre laufende Hormontherapie oder ihre erst kürzlich erfolgte Geschlechtsangleichungsoperation. Weitere Probleme bestehen im Gesundheitswesen bezüglich der Übernahme der Kosten von Geschlechtsumwandlungen oder bezüglich der Aufnahme in Zusatzversicherungen. Transmenschen in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft wird in gewissen Fällen die Eintragung der Partnerschaft verwehrt.

Bei Intersex-Menschen werden oft voreilig medizinische Eingriffe vorgenommen. Zudem haben sie wie auch die Transmenschen mit hohen Hürden bei der Änderung des Geschlechts und des Vornamens im Zivilstandsregister zu kämpfen.

In internationalen Abkommen werden LGBTI-Menschen nicht ausdrücklich erwähnt. Von den verschiedenen Vertragsüberwachungsorganen gemäss UNO-Pakt I²¹, II²² oder CEDAW²³ werden LGBTI-Menschen aber unter dem Merkmal «Geschlecht» oder mit «sonstigem Status» erfasst. Dasselbe gilt in Bezug auf den Diskriminierungsschutz der Europäischen Menschenrechtskonvention²⁴: Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte werden die Merkmale der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität von Artikel 14 erfasst, obwohl sie nicht ausdrücklich erwähnt werden.²⁵

In der Schweiz gilt das allgemeine Diskriminierungsverbot der Bundesverfassung (Art. 8 Abs. 2) auch für LGBTI-Menschen. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung erfasst das Merkmal «Lebensform» Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Orientierung (LGB) und das Merkmal «Geschlecht» Diskriminierungen

²¹ Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16.12.1966, **SR 0.103.1**

²² Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16.12.1966, **SR 0.103.2**

²³ Übereinkommen vom 18.12.1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, **SR 0.108**

²⁴ Konvention vom 04.11.1950 zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), **SR 0.101**

²⁵ Vgl. Studie des Europarats vom März 2015, «Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre».

wegen der Geschlechtsidentität (TI). Allerdings hat das SKMR festgestellt, dass es fast keine Rechtsprechung zum LGBTI-Thema gibt.

Auf Gesetzesstufe gibt es neben einigen zivil- und strafrechtlichen Bestimmungen zwei Bundesgesetze, die für homosexuelle Personen bedeutsam sind: das Partnerschaftsgesetz²⁶ und das Gleichstellungsgesetz, wobei die Anwendbarkeit des letzteren nicht zweifellos geklärt ist. Transmensen hingegen sind gemäss der SKMR-Studie in der schweizerischen Rechtsordnung unsichtbar, mit Ausnahme der Zivilstandsverordnung²⁷, in der die Änderung des Geschlechts als Gegenstand der Beurkundung des Personenstands genannt wird. Dasselbe gilt für Intersex-Menschen.

Das SKMR empfiehlt, den Sammelbegriff LGBTI im Zusammenhang mit rechtlichen Aspekten auseinander zu nehmen, weil die Schutzbedürfnisse der verschiedenen Gruppen nicht immer identisch sind. Homosexuelle Personen verfügen mit dem Partnerschaftsgesetz bereits über einen gewissen spezifischen Rechtsschutz. Transmensen haben hingegen nach geltendem Recht viel weniger Möglichkeiten, sich gegen Diskriminierungen zu wehren, und Intersex-Menschen fehlt der Diskriminierungsschutz bislang ganz. Zudem fehlt in der Schweiz eine staatliche Stelle, die sich um die Anliegen von LGBTI-Menschen kümmert. Das SKMR empfiehlt deshalb die Schaffung von staatlichen oder staatlich unterstützten Fach- und Beratungsstellen mit genügenden personellen und finanziellen Ressourcen.

2.3.1 Sexuelle Orientierung (LGB)

Speziell für homosexuelle Menschen empfiehlt das SKMR eine Prüfung der Anwendbarkeit des Gleichstellungsgesetzes (GIG), damit diese bei Diskriminierungen im Erwerbsleben ebenfalls von den Verfahrenserleichterungen des GIG profitieren könnten.²⁸ Weiter soll die Zulassung der Stiefkindadoption für eingetragene homosexuelle Paare sowie die erleichterte Einbürgerung für den gleichgeschlechtlichen Partner geprüft werden. Ein weiterer Punkt betrifft den Zugang zur Ehe, da mit dem Partnerschaftsgesetz ein Sonderstatus für gleichgeschlechtliche Paare geschaffen wurde, der wiederum Ungleichbehandlungen schafft. Weiter empfiehlt das SKMR eine Ausweitung des Schutzbereichs von Artikel 261^{bis} StGB, um öffentliche Verleumdungen und Herabsetzungen von Menschen aufgrund ihrer sexuellen Orientierung ahnden zu können.

Die Untersuchung des SKMR hat gezeigt, dass die Situation bisexueller Personen weder in der Lehre noch in der Rechtsprechung thematisiert wird. In der Rechtsordnung finden bisexuelle Menschen ebenfalls keine Erwähnung.

²⁶ Bundesgesetz vom 18. Juni 2004 über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (Partnerschaftsgesetz, PartG), SR **211.231**

²⁷ Art. 7 Abs. 2 Bst. o der Zivilstandsverordnung vom 28. April 2004 (ZStV), SR **211.112.2**

²⁸ Das Bundesgericht hat sich zu dieser Frage bisher nicht geäussert. Zum Thema vgl. Elisabeth Freivogel, Rz. 17 zu Art. 3 GIG, in: Claudia Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl. Basel 2009 mit Hinweis auf eine Anstellungsdiskriminierung wegen Homosexualität, www.gleichstellungsgesetz.ch, ZH Fall 71.

2.3.2 Sexuelle Identität (TI)

Die fehlende Sichtbarkeit von Trans- und Intersex-Menschen in der bestehenden Gesetzgebung ist gemäss SKMR-Studie ein wichtiger Faktor für deren mangelnden Diskriminierungsschutz. Aus diesem Grund braucht es nach Auffassung des SKMR eine institutionalisierte Sensibilisierungsarbeit, damit in der Rechtsberatung und bei der Rechtsanwendung die nötige Sensibilität und das erforderliche Wissen für die Probleme von Trans- und Intersex-Menschen gefördert werden.

Das SKMR empfiehlt zudem eine gesetzliche Regelung für eine einfachere Änderung des registrierten Geschlechts. Solange kein rechtlicher Anspruch auf eine erleichterte Änderung des Geschlechtseintrags im Zivilstandsregister besteht, können Transmenschen ihre gleichgeschlechtliche Partnerschaft nicht eintragen lassen oder keine Ehe eingehen, bevor das Verfahren zur medizinischen und juristischen Geschlechtsanpassung abgeschlossen ist. Mit einer bundesrechtlichen Regelung könnten auch die kantonalen Unterschiede in Bezug auf die Vorgaben und Bedingungen für Namens- und Geschlechtsänderungen beseitigt und das Verfahren vereinheitlicht werden.

Die Schaffung eines unbürokratischen Verfahrens für die Änderung des Geschlechtseintrags oder überhaupt eines späteren Eintrags des Geschlechts ins Zivilstandsregister empfiehlt das SKMR auch für Intersex-Menschen.

Ein weiterer wichtiger Punkt ist gemäss der SKMR-Studie neben der fehlenden rechtlichen Auseinandersetzung und Rechtsprechung zum Persönlichkeitsschutz von TI-Menschen die Nichtexistenz von Daten in diesem Bereich.²⁹

2.4 Empfehlungen im Bereich des Rassismus

Im Bereich des Rassismus gibt es zwar eine gesetzliche Grundlage im Strafrecht, die rassistisches Verhalten verbietet und bestraft. Dennoch kommt das SKMR in seiner Studie zum Schluss, dass diese Antirassismus-Strafnorm unzureichend ist. Insbesondere sei die Beschränkung des Anwendungsbereichs von Artikel 261^{bis} StGB auf öffentliche Äusserungen problematisch. Zudem erstreckte sich der Diskriminierungsschutz nicht auf die Kriterien der Nationalität und des juristischen Status (Ausländer, Asylbewerber, usw.). Deshalb empfiehlt das SKMR eine weitere Auslegung von Artikel 261^{bis} StGB. Auch das fehlende Verbandsklagerecht schränkt den Zugang zum Recht bei rassistischen Diskriminierungen ein. Entsprechend empfiehlt das SKMR die Prüfung des Verbandsklagerechts bei Artikel 261^{bis} StGB.

Weiter wird in der SKMR-Studie festgehalten, dass es im Zivilrecht überhaupt keine besondere Bestimmung gibt, die sich mit rassistischer Diskriminierungen befasst. Personen, die im Erwerbsleben oder im Mietrecht aufgrund ihrer Rasse diskriminiert

²⁹ Gemäss der SKMR-Studie werden in der Schweiz pro Jahr 20-100 Kinder mit Geschlechtsvariante (Intersex) geboren, vgl. Synthesebericht, Ziff. 3.5. Mangels statistischer Erhebung sind keine konkreten Zahlen verfügbar. Diese müssten bereits in den Spitalern erfasst werden.

werden, können sich lediglich auf die allgemeinen Bestimmungen des Zivil- und Obligationenrechts stützen (Schutz der Persönlichkeit, Verbot der missbräuchlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses, Nichtigkeit der Kündigung und Verlängerung des Mietverhältnisses, usw.). Dabei spielen in verfahrensrechtlicher Hinsicht Beweisprobleme, Angst vor Exponierung am Arbeitsplatz sowie hohe Verfahrens- und Parteikosten eine wichtige Rolle für den Diskriminierungsschutz. Deshalb empfiehlt das SKMR, die Beweislast erleichterung, die Verbandsklage und eine Verstärkung der Sanktionen in Zusammenhang mit rassistischer Diskriminierung zu prüfen.

2.5 Empfehlungen im Bereich der Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen

Beim Diskriminierungsschutz von Menschen mit Behinderungen ergibt die SKMR-Studie die ähnlichen verfahrensrechtlichen Probleme wie beim Rassismus. Es fehlen die Beweislast erleichterung, ein umfassendes Verbandsbeschwerderecht und spezialisierte niederschwellige Streitschlichtungsstellen.

Das Behindertengleichstellungsgesetz enthält hauptsächlich Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligungen durch den Staat im Zusammenhang mit Bauten und Anlagen, dem öffentlichen Verkehr, der Ausbildung oder anderen Dienstleistungen (Art. 3 BehiG). Innerhalb dieser Schutzbereiche beansprucht das Behindertengleichstellungsgesetz jedoch keine umfassende Geltung. Öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse von Kantonen und Gemeinden werden vom Behindertengleichstellungsgesetz nicht erfasst.

Diskriminierungen durch Private werden vom Behindertengleichstellungsgesetz nur in geringem Umfang geschützt, was insbesondere im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme von Dienstleistungen problematisch ist. Die Definition einer Diskriminierung durch Private ist zudem enger als bei staatlichen Diskriminierungen. Darüber hinaus ist mit dem privatrechtlichen Erwerbsleben ein sehr bedeutender Lebensbereich umfassend vom Schutzbereich des Behindertengleichstellungsgesetzes ausgenommen. Zum Schutz vor Diskriminierung durch Private sind Menschen mit Behinderung daher auf die allgemeinen Bestimmungen zum Persönlichkeitsschutz verwiesen. Im Unterschied zu staatlichen Diskriminierungen Behinderter, wo Betroffene die Unterlassung bzw. Beseitigung der Diskriminierung erwirken können, gibt es hier nur die Möglichkeit von Entschädigungsforderungen. Das ist in der Analyse des SKMR mit ein Grund dafür, dass Menschen mit Behinderung bei Leistungsverweigerungen und Problemen im Erwerbsektor selten den juristischen Weg beschreiten. Ein weiteres Problem besteht gemäss der SKMR-Studie in der mangelnden Kenntnis der den Behinderten zustehenden Rechte durch die Betroffenen selbst, aber auch durch Fachpersonen (juristische Fachpersonen, Fachstellen und Fachkräfte, Beratungsstellen und Behindertenorganisationen). Aufgrund der Befragung von in diesem Bereich tätigen Expertinnen und Experten hält das SKMR umfassende Sensibilisierungsmassnahmen für erforderlich und empfiehlt überdies, mehr Ressourcen für die Beratungsstellen einzusetzen, damit vermehrt juristisch geschultes Personal eingestellt werden kann.

Weiter kritisiert die EU-Studie, dass die Fristen für die Einleitung eines Diskriminierungsverfahrens sehr kurz sind. Auch die oft sehr lange Verfahrensdauer in zahlreichen Staaten ist als Hindernis für den effektiven Zugang zum Recht identifizierbar. Die Verfahrenskosten stellen einen weiteren Hinderungsgrund für Opfer von Diskriminierungen dar. Eine Ausnahme diesbezüglich gilt für den Bereich der Beschäftigung, in denen das Verfahren in vielen Staaten kostenlos ist. Eine noch grössere Hürde sind jedoch die Kosten der Prozessvertretung. Auch die geringe Höhe allfälliger Entschädigungen und wenig wirksame Sanktionen wirken abschreckend auf die Diskriminierungsopfer.

In ihren Schlussfolgerungen empfiehlt die EU-Studie, dass angesichts der Vielzahl verschiedener, nicht aufeinander abgestimmter Vorschriften zur Nichtdiskriminierung das Antidiskriminierungsrecht auf den Ebenen der EU und der Einzelstaaten harmonisiert wird. Weiter sollen die Verfahren vereinfacht, die Prozesskostenbeihilfen und die Rechtsberatung für Diskriminierungsopfer verbessert sowie wirksame, verhältnismässige und abschreckende Sanktionen vorgesehen werden. Zudem sollen die Aufgaben und Mittel der Nichtregierungsorganisationen und der Beratungsstellen erweitert, die Aus- und Weiterbildung von Fachleuten gefördert und Systeme für die Erfassung statistischer Daten zur Diskriminierung entwickelt werden.

Zusammenfassend kommt die EU-Studie zu ähnlichen Ergebnissen wie die SKMR-Studie für die Schweiz, wobei zu berücksichtigen ist, dass die spezifischen rechtlichen Grundlagen in der EU-Gesetzgebung viel weiter gehen, vor allem im privatrechtlichen Bereich.

4 Haltung des Bundesrates

4.1 Allgemeines

Der Bundesrat hat wiederholt festgehalten, dass das geltende Recht sowie die darauf abgestützte Rechtsprechung einen ausreichenden Schutz vor Diskriminierung gewährleisten. Aus diesem Grund lehnte er auch den Erlass eines allgemeinen Antidiskriminierungsgesetzes immer wieder ab.³³ Dennoch zeigte er sich in Zusammenhang mit dem Postulat Naef für eine Studie über die Wirksamkeit des geltenden Rechts offen. Wenn sich aufgrund der Ergebnisse dieser Studie erweisen würde, dass es in bestimmten Bereichen Probleme gäbe, könnten diese Punkte einer vertieften Prüfung unterzogen werden.

Die vom SKMR durchgeführten Umfragen bei der Anwaltschaft und bei den Gerichten bestätigen die bisherige Ansicht des Bundesrates, dass die vorhandenen materiellen Grundlagen für einen Diskriminierungsschutz insbesondere im Bereich des öffentlichen Rechts grundsätzlich angemessen und ausreichend sind.³⁴ Im Bereich des Privatrechts scheinen hingegen noch Lücken zu bestehen. Die geringe Zahl der

³³ Auch der National- und der Ständerat haben Vorstösse zur Schaffung eines Gleichbehandlungsgesetzes/Antidiskriminierungsgesetzes bisher stets abgelehnt. Vgl. Ip. Bea Heim (09.3242 «Diskriminierungsschutz»), Pa. Iv. Rechsteiner (07.422 «Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz»).

³⁴ Vgl. Synthesebericht SKMR, S. 47 f.

dokumentierten Gerichtsfälle zu Diskriminierungsproblemen könnte zudem tatsächlich darauf hinweisen, dass die existierenden Möglichkeiten für Betroffene entweder zu wenig bekannt oder zu komplex sind und insbesondere aufgrund verfahrensrechtlicher Hindernisse teilweise zu wenig effektiv sein könnten.

Um die Ergebnisse der umfangreichen Studie im Detail zu analysieren, wurde eine verwaltungsinterne Arbeitsgruppe eingesetzt. Neben dem federführenden Bundesamt für Justiz (BJ) waren darin das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (EBGB), das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG) und die Fachstelle für Rassismusbekämpfung (FRB) vertreten. Die Arbeitsgruppe setzte sich eingehend mit den Empfehlungen des SKMR auseinander und analysierte, welche Vorschläge weiterverfolgt respektive einer vertieften Prüfung unterzogen werden könnten.

4.2 Empfehlungen, die nicht weiter verfolgt werden

4.2.1 Einführung einer expliziten Diskriminierungsnorm im Privatrecht

Das SKMR empfiehlt die Einführung einer expliziten Diskriminierungsnorm im Privatrecht als Ergänzung des geltenden Persönlichkeitsschutzes gemäss Artikel 27 ff. ZGB.³⁵ Der Bundesrat lehnt diesen Vorschlag aus mehreren Gründen als nicht zielführend ab. Der Vorschlag für eine solche Regelung könnte erneute Diskussionen entfachen, weil dadurch einerseits Erwartungen geweckt würden, die auch mit einer detaillierten Umschreibung des Diskriminierungsschutzes nicht vollständig erfüllt werden könnten. Andererseits käme eine wirksame Diskriminierungsregelung im Privatrecht einem allgemeinen Diskriminierungsgesetz nahe, das vom Parlament bisher immer abgelehnt wurde und auch vom SKMR ausdrücklich nicht empfohlen wird. Darüber hinaus würden mit einer generellen Diskriminierungsschutznorm Unklarheiten in Zusammenhang mit den geltenden spezialgesetzlichen Regelungen geschaffen.

4.2.2 Verstärkung der Sanktionen, namentlich im Bereich des Arbeitsrechts

Weiter empfiehlt das SKMR eine Verstärkung der Sanktionen im Bereich des Arbeitsrechts.³⁶ Eine Erhöhung der Entschädigung von sechs auf zwölf Monatslöhne wurde bereits in einem Vorentwurf für eine Teilrevision des Obligationenrechts vorgeschlagen, die der Bundesrat am 1. Oktober 2010 in die Vernehmlassung schickte (Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung).³⁷

³⁵ Vgl. Synthesebericht SKMR, S. 102.

³⁶ Vgl. Synthesebericht SKMR, S. 102.

³⁷ Erläuternder Bericht und Vorentwurf:
<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/whistleblowing/vn-veber-d.pdf>

Das Projekt war jedoch politisch sehr umstritten und wurde deshalb sistiert. Der Bundesrat beschloss, eine Studie zum Schutz der Arbeitnehmervertreter, eines der umstrittensten Themen im schweizerischen Rechtsschutz, in Auftrag zu geben. Es folgte eine weitere Studie über den Schutz bei der Ausübung des Streikrechts. Die Schlussfolgerungen des SKMR in Bezug auf den Diskriminierungsschutz decken sich mit der in diesen Studien gemachten Feststellung, dass der Schutz nicht genügt. Der Bundesrat schlug 2010 im erwähnten Vorentwurf für eine Teilrevision des Obligationenrechts vor, den Schutz im Arbeitsrecht allgemein zu verstärken, unabhängig vom Kündigungsgrund. Er möchte diese Linie weiter verfolgen und wird die Empfehlung des SKMR im Rahmen des derzeit hängigen Projekts zum Kündigungsschutz und der dazu laufenden Diskussionen, namentlich in der Tripartiten Kommission für Angelegenheiten der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO), prüfen.

4.2.3 Beweislasterleichterungen in Diskriminierungsfällen

Die SKMR-Studie legt dar, dass sich die allgemeinen Regeln über die Beweislastverteilung gerade in Diskriminierungsfällen faktisch als Hürde beim Zugang zum Recht erweisen können. Dies zeigt auch die kürzlich erfolgte Evaluation des Behindertengleichstellungsgesetzes.³⁸ Die in der SKMR-Studie vorgeschlagene Einführung einer generellen Beweislasterleichterung in Diskriminierungsfällen ist jedoch nach Ansicht des Bundesrates aus verschiedenen Gründen nicht realistisch. Vorab ist die Beweislast bzw. die Beweislastverteilung nicht nur in Diskriminierungsfällen mit prozessualen Schwierigkeiten und Risiken verbunden. Dazu liefert jedoch die teilweise sehr differenzierte Rechtsprechung oftmals bereits ein sinnvolles Korrektiv im Einzelfall. Umgekehrt würde die vorgeschlagene Einführung einer generellen Beweislasterleichterung in Diskriminierungsfällen einen Konsens darüber voraussetzen, dass Opfer von Diskriminierung stärker geschützt werden müssen als beispielsweise Opfer von missbräuchlicher Kündigung. Insgesamt hat sich gezeigt, dass das Instrument der Beweislastumkehr politisch sehr umstritten ist, weshalb der Bundesrat beispielsweise in der Botschaft vom 4. November 2015 zum Finanzdienstleistungsgesetz darauf verzichtete.³⁹

4.2.4 Schaffung besonderer Ombudsstellen für Diskriminierungsfälle

Die Idee einer besonderen Ombudsstelle für sämtliche Diskriminierungsfälle will der Bundesrat derzeit nicht weiter verfolgen. Nach zahlreichen Versuchen, eine Ombudsstelle einzuführen, lehnte zuletzt die Staatspolitische Kommission des Nationalrats am 20. Februar 2004 den Entwurf für ein allgemeines Ombudsgesetz

³⁸ Evaluation des Bundesgesetzes über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen – BehiG, Schlussbericht der Arbeitsgemeinschaft BASS/ZHAW, August 2015.

³⁹ BBl 2015 8901, 8925 f.

ab. Ob sich die politische Situation seither verändert hat, ist fraglich. Aus Sicht des Bundesrates sind auf spezielle Bedürfnisse ausgerichtete Instrumente zielführender.

Aussergerichtliche Schlichtungs- und Streitbeilegungsverfahren existieren bereits heute im Zivilrecht und nach dem Gleichstellungsgesetz für Fälle von Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Ähnliche spezialgesetzliche Mechanismen für Fälle von Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen können im Zusammenhang mit den Revisionsarbeiten zum Behindertengleichstellungsgesetz näher geprüft werden. Im Bereich Rassismus schliesslich wird der Rechtsratgeber der Fachstelle für Rassismusbekämpfung, der auf das Jahr 2017 hin revidiert werden soll, der aussergerichtlichen Streitbeilegung und ausserrechtlichen Konfliktlösungsverfahren mehr Gewicht beimessen.⁴⁰

4.2.5 Stärkung des Diskriminierungsschutzes im Gleichstellungsgesetz

Im Bereich der Gleichstellung von Frau und Mann empfiehlt das SKMR den Ausbau der Sanktionsmöglichkeiten, weil damit die generalpräventive Wirkung des Gleichstellungsgesetzes verbessert werden könnte.⁴¹ Für die Opfer von Diskriminierungen sind die zu erwartenden Entschädigungen angesichts des Risikos, für die Prozesskosten aufkommen zu müssen, tatsächlich wenig attraktiv. Für den Fall der diskriminierenden Kündigung sah der in Ziffer 4.2.2 erwähnte Vorentwurf für eine Teilrevision des Obligationenrechts auch eine Änderung von Artikel 5 Absatz 4 GIG vor, gemäss welcher die maximale Entschädigung auf zwölf Monatslöhne erhöht werden sollte. Dieses Anliegen sowie die Frage, ob die Beweislast erleichterung im Gleichstellungsgesetz auch auf die Fälle von Anstellungsdiskriminierung und sexueller Belästigung ausgedehnt werden soll, wie in der SKMR-Studie empfohlen wird, ist nach Auffassung des Bundesrates im jetzigen Zeitpunkt nicht zu prüfen. Prioritär möchte er die Lohnleichheit realisieren.⁴² Daher will er nicht bereits jetzt wieder neue Massnahmen für eine Revision des Gleichstellungsgesetzes vorschlagen.

Das SKMR empfiehlt die Schaffung von Gleichstellungseinrichtungen mit eigenen Untersuchungs- und Durchsetzungskompetenzen. Im Rahmen seiner am 18. November 2015 vorgelegten Vernehmlassungsvorlage schlägt der Bundesrat zusätzliche Massnahmen zur Durchsetzung der Lohnleichheit vor. Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber mit 50 oder mehr Mitarbeitenden sollen gesetzlich dazu verpflichtet werden, in ihrem Unternehmen alle vier Jahre eine Lohnanalyse durchzuführen und diese durch externe Kontrollstellen überprüfen zu lassen. Der Bundesrat setzt damit auf die Eigenverantwortung der Unternehmen und schlägt ein anderes Modell als das SKMR vor. Diesen Grundsatzbeschluss hatte er bereits im Oktober 2014 gefasst.

⁴⁰ www.frb.admin.ch>Recht und Beratung>Rechtsratgeber Rassistische Diskriminierung.

⁴¹ Vgl. Teilstudie 2 «Geschlecht – Juristische Analyse», S. 65.

⁴² Vgl. Vernehmlassungsvorlage vom 18. November 2015.

4.2.6 Ausweitung des Schutzbereichs in Artikel 261^{bis} StGB

Auf die vom SKMR vorgeschlagene Prüfung einer Ausweitung des Schutzbereichs in Artikel 261^{bis} StGB ist nicht weiter einzugehen. In der Antwort zur Interpellation Trede (15.3327 «Überlegungen zu einer Anti-Sexismus-Kommission») hielt der Bundesrat fest, dass der Erlass einer spezifischen Gesetzesnorm gegen Sexismus gegenwärtig nicht notwendig ist. Zudem gibt es bereits zahlreiche Straftatbestände, die Anwendung finden können, insbesondere die sexuelle Belästigung (Art. 198 StGB).

Auch weitere Empfehlungen des SKMR im Bereich Rassismus zu Artikel 261^{bis} StGB (Verbandsklagerecht, Untersuchungsgrundsatz für zivilrechtliche Ansprüche, Strafbarkeit von politischen Parteien und Vereinigungen, Prozesskosten, Entschädigungen, Fristen) will der Bundesrat nicht weiter verfolgen. Das Straf- und Strafrecht sieht allgemein keine Verbandslegitimation vor. Eine Sonderlösung für Tatbestände von Artikel 261^{bis} StGB wäre systemwidrig.

4.3 Empfehlungen, die vertieft geprüft werden

4.3.1 Verstärkung des Schutzes vor Diskriminierung in einzelnen Lebensbereichen

In seiner Studie identifiziert das SKMR Lücken im privatrechtlichen Schutz vor Diskriminierung und schlägt die Einführung einer privatgesetzlichen Diskriminierungsnorm in Ergänzung des geltenden Persönlichkeitsschutzes vor. Die Vorbehalte des Bundesrates zu diesem Vorschlag wurden unter 4.2.1 erläutert. Nach Auffassung des Bundesrates ist es aber sinnvoll zu prüfen, in welchen Lebensbereichen (wie beispielsweise Arbeitsleben, Mietrecht, allgemeines Vertragsrecht usw.) zusätzliche Diskriminierungsschutznormen nötig sind.

4.3.2 Erweiterung des Anwendungsbereichs der Verbandsklage

Das Instrument der Verbandsklagen ist nach geltendem Recht bereits in Artikel 89 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)⁴³ und in Artikel 7 des Gleichstellungsgesetzes (GIG) geregelt. Die Frage einer Ausdehnung des Verbandsklagerechts auf alle Diskriminierungsbereiche und die Lösung von Problemen bei der Anwendung von Artikel 89 ZPO werden in Zusammenhang mit den Arbeiten zur Motion Birrer-Heimo (13.3931 «Förderung und Ausbau der Instrumente der kollektiven Rechtsdurchsetzung») und zur Motion der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats (14.4008 «Anpassung der Zivilprozessordnung») geprüft. Derzeit laufen die

⁴³ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO), SR 272

entsprechenden Gesetzgebungsarbeiten.⁴⁴ In diesem Zusammenhang wird auch zu prüfen sein, ob und inwiefern die spezialgesetzlichen Verbandsklagerechte im Gleichstellungsgesetz und im Behindertengleichstellungsgesetz punktuell ausgebaut werden können.

4.3.3 Reduktion der Verfahrenskosten in Zivilverfahren

Die Möglichkeit, die Verfahrenskosten und dabei insbesondere die Gerichtskosten namentlich bei Diskriminierungsfällen zu reduzieren oder zu eliminieren, ist nach Ansicht des Bundesrates eingehend zu prüfen. Dies hat jedoch in einem weiteren Kontext und mit einem generellen Ansatz für das Zivilverfahrensrecht insgesamt zu erfolgen. Die entsprechende Prüfung und allfällige Umsetzung dieser Empfehlung erfolgt daher im Rahmen der Arbeiten zur Anpassung der Zivilprozessordnung (vgl. Motion 14.4008 der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats «Anpassung der Zivilprozessordnung»).

4.3.4 Sensibilisierung

Die SKMR-Studie bestätigt, was die Studien zur Evaluation des Gleichstellungsgesetzes und zur Evaluation des Behindertengleichstellungsgesetzes bereits gezeigt haben: Die Kenntnisse über das materielle Recht und über die Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung sind sowohl bei den Betroffenen als auch bei der Anwaltschaft mangelhaft. Der Bundesrat erachtet es deshalb als kontinuierliche Aufgabe, alle Beteiligten über die Schutz- und Beratungsmöglichkeiten bei Diskriminierungsfällen zu sensibilisieren. Diese Sensibilisierung hat sinnvollerweise jedoch bereichsspezifisch je nach Diskriminierungsgebiet zu erfolgen.

Beispielsweise gehört im Bereich Rassismus die generelle Sensibilisierung zu den laufenden Massnahmen der Fachstelle für Rassismusbekämpfung, die seit 2014 mit der Einführung der Kantonalen Integrationsprogrammen (KIP) noch verstärkt wurden. Die zwischen Bund und Kantonen vereinbarten Programme sehen insbesondere vor, dass Menschen, die aufgrund von Herkunft oder Rasse diskriminiert werden, kompetente Beratung und Unterstützung erhalten. Behörden und Regelstrukturen müssen allfällige diskriminierende Verhalten erkennen, überprüfen und ändern können, um sicher zu stellen, dass der Zugang zu ihren Leistungen allen offen steht. Dazu gehören auch breite Informations-, Sensibilisierungs- und Schulungsmassnahmen sowie die Unterstützung von Projekten Dritter. Im Februar 2016 hat die Fachstelle Rassismusbekämpfung in Zusammenarbeit mit dem Fachverband „AvenirSocial“ beispielsweise einen neuen Leitfaden «Rassistische Diskriminierung und Diskriminierungsschutz konkret» herausgegeben. Dieser Leitfaden soll den Sozialarbeitenden dazu dienen, Betroffene von rassistischer Diskriminierung besser zu beraten und bei Bedarf an spezialisierte Stellen weiter zu verweisen.

⁴⁴ Vgl. dazu auch Interpellation Birrer-Heimo (15.4171 «Kollektive Rechtsdurchsetzung: Umsetzung der versprochenen Massnahmen»).

Auch das Behindertengleichstellungsbüro sensibilisiert bereits heute sehr breit mit Veranstaltungen, mit einem Newsletter und mit der Gewährung von Finanzhilfen.⁴⁵ Die Evaluation des Behindertengleichstellungsgesetzes hat allerdings gezeigt, dass es in diesem Bereich noch viel zu tun gibt.

Im Bereich der Gleichstellung von Frau und Mann hat das Eidgenössische Gleichstellungsbüro die Aufgabe, gezielt über Gleichstellungsbelange zu informieren und zu sensibilisieren. Die verschiedenen Publikationen, Studien, Gutachten, Tagungen und Veranstaltungen sind auf der Internetseite des EBG ersichtlich.⁴⁶

Im LGBTI-Bereich fehlt hingegen eine behördliche Beratungs- und Informationsstelle auf Bundesebene. Die Schaffung neuer Behördenstellen ist angesichts der derzeitigen finanzpolitischen Situation allerdings nicht opportun. Der Bundesrat ist jedoch bereit, zu prüfen, wie die juristischen Fachpersonen und Einrichtungen für die LGBTI-Probleme sensibilisiert werden können.

Beachtenswert ist nach Ansicht des Bundesrates in diesem Zusammenhang auch die Sensibilisierung für das Problem der Mehrfachdiskriminierung (Diskriminierung aufgrund mehrerer zugleich wirkender Faktoren), das vom SKMR in seiner Studie nicht weiter verfolgt wurde. Die Möglichkeit von Mehrfachdiskriminierungen muss von den Beratungsstellen, der Anwaltschaft und den rechtsanwendenden Behörden in konkreten Fällen bewusst in Betracht bezogen werden, damit in koordinierter Weise dagegen vorgegangen werden kann.⁴⁷ Entsprechende Informationsmassnahmen sind zu prüfen; ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht nach Auffassung des Bundesrates vorläufig jedoch nicht.

4.3.5 Erhebung diskriminierungsrelevanter Daten

Eine verstärkte Sensibilisierung setzt das Vorhandensein diskriminierungsrelevanter Daten voraus. Deshalb empfiehlt das SKMR, die Erhebung diskriminierungsrelevanter Daten zu systematisieren und zu verstärken. Dabei gilt es nach Ansicht des Bundesrates aber zu spezifizieren, in welchen Bereichen es überhaupt zusätzliche Daten braucht.

Im Bereich der Gleichstellung von Frau und Mann gibt es bereits Datenbanken, die alle Fälle nach Gleichstellungsgesetz erfassen.⁴⁸ Die Schweizerische Konferenz der Schlichtungsstellen macht zudem eine jährliche Zusammenstellung der behandelten Fälle vor den Schlichtungsstellen. Diese Zusammenstellung ist jedoch weder systematisch noch vollständig. Voraussichtlich wird das EBG deshalb noch in diesem Jahr eine vertiefte Analyse der Diskriminierungsfälle der SKMR-Studie nach Themen des Gleichstellungsgesetzes in Auftrag geben. Im Bereich Rassismus liefert der alle zwei Jahre erscheinende Bericht der Fachstelle für Rassismusbekämpfung eine

⁴⁵ Vgl. <https://www.edi.admin.ch/edi/de/home/fachstellen/aktuell.html>

⁴⁶ www.ebg.admin.ch.

⁴⁷ Vgl. zum Thema: Eleonor Kleber, La discrimination multiple, étude de droit international, suisse et européen, Diss. Fribourg 2015.

⁴⁸ Fälle aus der Deutschschweiz: www.gleichstellungsgesetz.ch; Fälle aus der Westschweiz: www.leg.ch; Fälle aus dem Tessin: www.sentenze.parita.ch.

Datenübersicht zu übergreifenden Fragestellungen und zu einzelnen Lebensbereichen und Bevölkerungsgruppen. Spezifisch führt die Eidgenössische Kommission gegen Rassismus eine Datensammlung zu den Entscheidungen betreffend Artikel 261^{bis} StGB.

Gemäss der SKMR-Studie ist die Datenlage namentlich im Bereich LGBTI lückenhaft. Vor allem bezüglich Trans- und Intersexmensen scheint es praktisch keine Daten zu geben. Der Bundesrat ist bereit, näher zu prüfen, ob und gegebenenfalls wie entsprechende Daten erhoben werden können.

4.3.6 Behindertengleichstellung

Im Bereich der Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen kann auf die abgeschlossene Evaluation des Behindertengleichstellungsgesetzes (Bericht vom 2. Dezember 2015) und die damit verbundenen Folgearbeiten verwiesen werden. Ende 2016 soll dem Bundesrat ein Bericht über die Herausforderungen in der Behindertenpolitik unterbreitet werden. In diesem Zusammenhang können die Empfehlungen des SKMR im Bereich der Behindertengleichstellung vertieft geprüft werden.

4.3.7 LGBTI

Im Bereich LGBTI bestehen gemäss SKMR-Studie die grössten Defizite beim Schutz vor Diskriminierung. Die unter dem Begriff LGBTI zusammengefassten Menschen haben jedoch unterschiedliche Bedürfnisse. Dementsprechend gibt es auch verschiedene Handlungsfelder.

LGB

Im Bereich LGB laufen bereits verschiedene Projekte. Zum einen verabschiedete der Bundesrat eine Botschaft für die Stiefkindadoption⁴⁹ zuhanden des Parlaments. Zum anderen wurde am 22. März 2012 die Parlamentarische Initiative Fiala (13.422 «Gleichstellung der eingetragenen Partnerschaft und der Ehe im Einbürgerungsverfahren») eingereicht. Gemäss dieser Initiative sind die Verfassung und das Bürgerrechtsgesetz so anzupassen, dass die Gleichstellung eingetragener Partnerschaften mit Ehen im Einbürgerungsverfahren sichergestellt wird.⁵⁰ Weiter reichte die Grünliberale Fraktion am 5. Dezember 2013 eine Parlamentarische Initiative (13.468 «Ehe für alle») ein, der die Rechtskommission des Nationalrats am 20. Februar 2015 und diejenige des Ständerats am 1. September 2015 Folge gab. Diese Initiative schlägt einen neuen Artikel 14 Absatz 2 BV vor, gemäss welchem «die gesetzlich geregelten Lebensgemeinschaften Paaren unabhängig von ihrem Geschlecht oder ihrer sexuellen Orientierung offen stehen» sollen. Parallel dazu verabschiedete der

⁴⁹ Botschaft vom 28. November 2014 zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Adoption), BBl 2015 877

⁵⁰ Vgl. auch Pa.Iv. 13.418 (Fraktion GL), Pa. Iv. 13.419 (Fraktion BD), Pa.Iv. 13.420 (Fraktion G), Pa.Iv. 13.421 (Fraktion S).

Bundesrat am 25. März 2015 einen Bericht über die «Modernisierung des Familienrechts». Darin setzt er sich ebenfalls mit diesem Thema auseinander.⁵¹ Er kommt zum Schluss, dass es bei der «Angleichung der registrierten Partnerschaft an die Ehe oder Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare» Handlungsbedarf gibt.⁵² Der Bundesrat beantragte sodann die Annahme der Postulate Caroni (15.3431 «Ein "Pacs" nach Schweizer Art») vom 6. Mai 2015 und der nationalrätlichen Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur (15.4082 "Ein "Pacs" nach Schweizer Art») vom 5. November 2015. Am 15. März 2016 hiess der Nationalrat beide Postulate gut. Das Postulat Caroni beauftragt den Bundesrat zu prüfen, «ob und in welchen möglichen Ausgestaltungen die Schweiz ergänzend zur Ehe ein Rechtsinstitut mit weniger umfassenden Rechtsfolgen als die Ehe für Paare jeglichen Geschlechts einführen könnte». Das Postulat der Kommission beauftragt den Bundesrat in Anlehnung an das Postulat Caroni einen Bericht vorzulegen, «welcher einen "Pacs nach Schweizer Art" prüft, der die Eintragung der Partnerschaft als Rechtsinstitut ausserhalb der Ehe und unabhängig von der Geschlechterzusammensetzung ermöglichen soll.»

Bereits am 1. Januar 2013 ist die neue Gesetzgebung betreffend Namen und Bürgerrecht in Kraft getreten. Gleichgeschlechtliche Paare können nun ebenfalls einen gemeinsamen Namen beantragen.⁵³

In Zusammenhang mit der Parlamentarischen Initiative Reynard (13.407 «Kampf gegen die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung»), welcher der Nationalrat im März 2015 zugestimmt und der die Rechtskommission des Ständerates Folge gegeben hat, wird die Ausweitung des Schutzbereichs von Art. 261^{bis} StGB geprüft. Das Bundesamt für Justiz wird der nationalrätlichen Rechtskommission bis im Sommer 2016 ein Arbeitspapier mit Lösungsvorschlägen präsentieren.

TI

In seiner Antwort auf die Interpellation Fiala (15.3521 «Transgender People. Kohärenz der Schweizer Gesetzgebung und Praxis mit der Resolution 13742 des Europarates») hat der Bundesrat auf das diesem Bericht zugrunde liegende Postulat Naef verwiesen und sich bereit erklärt, sich mit dem Rechtsschutz von Transmenschen auseinander zu setzen. In diesem Zusammenhang wollte er sich auch Gedanken zur Umsetzung der Empfehlungen des Europaratsberichts 13742⁵⁴ machen.

In seiner Resolution 2048 vom 22. April 2015 lädt die Parlamentarische Versammlung des Europarates die Mitgliedstaaten dazu ein, rasche, transparente und einfach zugängliche Verfahren für die Änderung des Namens und des Geschlechts einzuführen, gestützt auf das Selbstbestimmungsrecht und ohne Pflicht zu vorgängiger Scheidung, Sterilisierung oder anderen medizinischen Behandlungen.

⁵¹ <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2015/2015-03-250/ber-br-d.pdf>, Ziff. 4.2.

⁵² Vgl. Ziff. 9 des Berichts «Modernisierung des Familienrechts».

⁵³ Art. 12a Abs. 2 PartG

⁵⁴ «Discrimination against transgender people in Europe». Bericht 13742 des Europarats vom 22. April 2015.

Die Änderung des Geschlechts wird in der Schweiz heute in keinem Gesetz geregelt. Sie wird nur in der Zivilstandsverordnung⁵⁵ erwähnt.

Nach der geltenden Rechtsprechung braucht es für eine Änderung des Geschlechts ein Gerichtsurteil. Am 1. Februar 2012 veröffentlichte das Eidgenössische Amt für das Zivilstandswesen (EAZW) eine Rechtsauskunft zur Transsexualität.⁵⁶ Diese Rechtsauskunft behandelt die Rechtsnatur der Klage zur Feststellung einer Geschlechtsänderung, das Erfordernis chirurgischer Eingriffe als Bedingung zur Gutheissung der Klage und die Umwandlung der eingetragenen Partnerschaft in eine Ehe als Folge der Geschlechtsänderung eines Partners oder einer Partnerin. Diese Rechtsauskunft entspricht einer Stellungnahme zur Studie des Menschenrechtskommissars des Europarates⁵⁷, der kantonal unterschiedliche Praktiken festgestellt hatte. In dieser Rechtsauskunft spricht sich das EAZW gegen das Erfordernis unumkehrbarer chirurgischer Eingriffe (Sterilisierung, Aufbau von Geschlechtsorganen) und gegen die Auflösung der Ehe als Vorbedingung zum rechtlichen Nachvollzug einer Geschlechtsänderung im Zivilstandsregister aus.

In seiner Antwort auf die Frage John-Calame (13.5300 «Intersexualität. Stigmatisierung verhindern») hat sich der Bundesrat bereit erklärt, darauf hinzuwirken, dass die Zivilstandsbehörden den Eintrag zum Geschlecht in der Beurkundung des Personenstands unbürokratisch ändern.⁵⁸ Dies entsprach auch einer Empfehlung der Nationalen Ethikkommission im Bereich Humanmedizin.⁵⁹

All dies ist zwar ein Schritt in die richtige Richtung, genügt jedoch nicht, da weder Gerichte noch Verwaltungsbehörden ausserhalb des Zivilstandswesens verpflichtet werden. Das Bundesamt für Justiz prüft derzeit, ob ein einfaches Verfahren für die Änderung des Geschlechts im Zivilstandsregister auf Gesetzesstufe eingeführt werden soll.

5 Fazit

Das Schweizer Recht bietet ausreichenden Schutz vor Diskriminierung, vor allem im Bereich des öffentlichen Rechts. Im Privatrecht hingegen ist der Schutz lückenhaft. Mit den vorhandenen Rechtsinstrumenten können sich Opfer von Diskriminierungen

⁵⁵ Art. 7 Abs. 2 Bst. o, Art. 40. Abs. 1 Bst. j sowie Art. 98 Abs. 1 Bst. h und Abs. 2 Bst. c der Zivilstandsverordnung vom 28. April 2004 (ZStV), SR **211.112.2**

⁵⁶ <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/zivilstand/dokumentation/praxis/praxis-2012-02-01-f.pdf>

⁵⁷ Studie «La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe» vom Juni 2011 des Menschenrechtskommissars des Europarats. Der Bericht analysiert die Situation der LGBT in den 47 Mitgliedstaaten des Europarates bezüglich verschiedenster Aspekte.

⁵⁸ Vgl. Amtliche Mitteilung EAZW Nr. 140.15 vom 1. Februar 2014 «Intersexualität: Eintragung und Änderung des Geschlechts und der Vornamen im Personenstandsregister»; <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/zivilstand/weisungen/mitteilungen/140-15-d.pdf>

⁵⁹ Vgl. Stellungnahme Nr. 20/2012 «Zum Umgang mit Varianten der Geschlechtsentwicklung, Ethische Fragen zur Intersexualität».

zwar zur Wehr setzen, allerdings sind diese Möglichkeiten entweder zu wenig bekannt oder zu kompliziert. Hinzu kommt, dass es verschiedene verfahrensrechtliche Hindernisse bei der Geltendmachung von Diskriminierungen gibt. Der Bundesrat ist bereit, die Empfehlungen des SKMR gemäss Ziffer 4.3 vertieft zu prüfen.