

Tagung Mehrfachdiskriminierung vom 12. November 2008

Vortrag von Kurt Pärli

Im Rahmen der Nachführung der Bundesverfassung vom 18. April 1999 wurde Art. 8 Abs. 2 in die BV aufgenommen: „Niemand darf diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung“.

Ein Diskriminierungsverbot wurde bereits vorher aus Art. 4aBV¹ und aus den ungeschriebenen Grundrechten abgeleitet². Zur ausdrücklichen Verankerung eines Diskriminierungsverbotes in der BV wurden in der Praxis Befürchtungen laut, die Doktrin könnte die Dinge unnötig komplizieren³. Ein Blick (zurück) auf die bisherige Praxis zu Art. 8 Abs. 2 BV und die dogmatische Bearbeitung diskriminierungsrechtlicher Fragen zeigt, dass solche Hoffnungen wiewohl verständlich so doch unrealistisch sind. Die dem Diskriminierungsschutzrecht zu Grunde liegenden Fragen menschlichen Zusammenlebens und menschlicher Existenz sind komplex und entsprechend anspruchsvoll gestaltet sich die Suche nach adäquaten rechtlichen Antworten. Die „Entdeckung“ der Mehrfachdiskriminierung stellt Rechtswissenschaft und Rechtspraxis vor eine neue Herausforderung⁴.

Auftrag für mein Referat ist, den Stand der Diskussion im schweizerischen Recht zur Thematik „Mehrfachdiskriminierung“ darzustellen. Die Suche nach Begriffen wie „Mehrfachdiskriminierung“, „doppelte Diskriminierung“ oder „multiple Diskriminierung“ in der verfassungsrechtlichen Literatur und in den 15 veröffentlichten Bundesgerichtsentscheiden zu Art. 8 Abs. 2 BV zeigt keine Ergebnisse. Auch in der Literatur zum Gleichstellungsgesetz sind die entsprechenden Stichworte nicht zu finden⁵. Blieb und bleibt also der schweizerischen Lehre und Praxis der Diskurs über die Mehrfachdiskriminierung verborgen? Nach einem vertieften Blick in die Lehre und die Rechtsprechung zu Art. 8 Abs. 2 BV fällt die Antwort differenziert aus.

¹ SCHWEIZER RAINER, N 43 zu Art. 8 Abs. 2 BV, in:

² HANGARTNER YVO, Diskriminierung, ein neuer verfassungsrechtlicher Begriff, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 1. Heft, I. Halbband 2003, S. 97 ff.

³ HÄFLIGER, ARTUR, Besprechung René Rhinow, Die Bundesverfassung 2000, Schweizerische Juristenzeitung SJZ 2001, S. 560.

⁴ Siehe auch TOBLER CHRISTA, Nachwort, S. 339, in: ARIOLI/COTTIER/FARAHMAND/KÜNG (Hrsg.), Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht?, Zürich, St. Gallen 2008.

⁵ Nach meinen Erkundigungen bei den Herausgebenden auch nicht in der 2009 erscheinenden 2. Auflage des Kommentars zum Gleichstellungsgesetz.

Aus der Reihe von Kommentierungen zu Art. 8 Abs. 2 BV findet sich bei BERNHARD WALDMANN eine differenzierte Auseinandersetzung zur Frage der *inneren Hierarchie der Diskriminierungsmerkmale* und des Verhältnisses der Diskriminierungsmerkmale untereinander. Er geht dabei ausgehend vom berühmten Schwimmunterrichtsfall in BGE 119 Ia 178 auf die Diskriminierungssensibilität und -komplexität der Dispense vom Sportunterricht und möglicher Verbote religiöser Bekleidung an öffentlichen Schulen ein⁶. Die Thematik ist im Lichte des neuen Bundesgerichtsentscheids vom 24.10.2008 hochaktuell (Das Bundesgericht erachtet anders als in BGE 119 Ia 178 den obligatorischen Schwimmunterricht als mit dem Gebot der Religionsfreiheit und des Diskriminierungsverbotes aufgrund der Religion vereinbar). Für Waldmann sind die Diskriminierungsmerkmale verfassungsrechtlich gleichrangig; ein Spannungsverhältnis zwischen den Merkmalen soll durch gegenseitige Abwägung gelöst werden. Damit wendet er sich im Ergebnis gegen die u.a. von CHRISTA TOBLER vertretene Position, wonach das Geschlecht ein die anderen Diskriminierungsmerkmale überlagerndes Kriterium bildet⁷.

Im St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung fällt der Beitrag von MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER zu Art. 8 Abs. 4 BV auf. Die Autorin weist im Zusammenhang mit der Diskussion positiver Massnahmen zur Behebung von Diskriminierungen aufgrund einer Behinderung auf die häufig *doppelte Diskriminierung* behinderter Frauen hin⁸. Die Autorin weist denn auch auf Art. 5 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Menschen mit Behinderung hin, diese Bestimmung hält ausdrücklich fest, die zu ergreifenden Massnahmen hätten den „besonderen Bedürfnissen behinderter Frauen Rechnung zu tragen.“


Die doppelte Diskriminierung lässt sich empirisch erhärten. So sind gemäss der Behindertenstatistik des Jahres 2002 52 Prozent der als behindert eingestuften Personen erwerbsfähig. Die Erwerbsquote der behinderten Frauen liegt dabei mit 44 Prozent weit tiefer als diejenige der Männer mit 61 Prozent⁹.

⁶ WALDMANN BERNHARD, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, Bern 2003, S. 573 f. Mit Entscheid vom 24.10.2008 hat das Bundesgericht diese Rechtssprechung geändert, die Urteilsbegründung steht noch aus (Stand 9.11.2008).

⁷ TOBLER CHRISTA, Von der Geschlechter- zur Rassendiskriminierung: Lehren aus Art. 4 Abs. 2 BV', in: KAELIN WALTER (Hrsg.), *Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung. Verfassungs- und menschenrechtliche Aspekte*, Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Beiheft 29, Basel/Genf/München: Helbing & Lichtenhahn 1999, S. 108 (S. 95-113).

⁸ BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH, Art. 8 Abs. 4 BV, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, 2. Auflage, St. Gallen 2008, N 108.

⁹ WIEDMER ROLF, MÜHLEISEN SIBYLLE, Behindertenstatistik: Berichterstattung zur sozialen und ökonomischen Lage der behinderten Menschen in der Schweiz. Schlussbericht eines Projektes im Auftrag und Zusammenarbeit mit dem Schweizerischen Nationalfonds (SNF) und dem Bundesamt für Statistik (BFS), Bern 2002, S. 158.

Dieses Ergebnis steht nicht isoliert da. In der Studie „Rechtliche Aspekte von HIV/Aids und ihre ökonomischen Auswirkungen“ zeigt ein Vergleich der Armutsquote von Menschen mit HIV/Aids im Vergleich zur übrigen Bevölkerung keine Abweichung, d.h. HIV/Aids führt statistisch betrachtet nicht zu einem erhöhten Armutsrisiko. Dieses Ergebnis stellt den rechtlichen  Regelungen namentlich im Bereich der Sozialen Sicherheit ein gutes Zeugnis aus, zumindest auf den ersten Blick. Eine vertiefte Analyse zeigt indes, dass das Armutsrisiko HIV-Positiver oder an Aids erkrankten Frauen wesentlich höher ist; höher als auch dasjenige von Frauen in der übrigen Bevölkerung. HIV-positive Frauen sind demzufolge weitaus armutsgefährdeter als nicht HIV-positive Frauen und auch als HIV-positive Männer¹⁰. Die Armutsgefahr wird noch einmal grösser, wenn eine HIV-positive Frau zur Gruppe der Konsumenten/innen illegaler Drogen gehört.

Die Erklärung für diese Unterschiede liegt möglicherweise auch in gleichstellungsrechtlichen Defiziten der Invalidenversicherung, wie sie in einer entsprechenden Studie von MARGARETA LAUTERBURG und KATARINA BAUMANN im Jahre 2001 herausgearbeitet wurde¹¹. Frauen bekommen von der IV deutlich weniger Leistungen als Männer, schreiben die Autorinnen, nicht etwa deshalb, weil sie weniger von Invalidität betroffen wären; vielmehr würden zahlreiche Rechtsregeln die weiblichen Versicherten direkt oder indirekt benachteiligen¹². Im Lichte von Art. 8 Abs. 2 BV ist dies unzulässig. Der Staat darf bei der Ausgestaltung der rechtlichen Kompensation von Nachteilen aufgrund einer Behinderung niemanden diskriminieren, weder aufgrund des Geschlechts noch aufgrund anderer Diskriminierungsmerkmale, treten diese alleine oder in Kombination auf¹³.

Seit der Einführung der neuen Bundesverfassung hat das Bundesgericht rund 15 Entscheide zu Art. 8 Abs. 2 BV gefällt, die in die amtliche Sammlung aufgenommen wurden. Vielen Entscheiden lagen Sachverhalte zu Grunde, bei denen zumindest implizit mehr als ein Diskriminierungsmerkmal in Frage stand. Im ersten wichtigen Entscheid zu den Diskriminierungsverboten ging es um die Nichtverlängerung einer Aufenthaltsbewilligung eines invalid gewordenen Ausländers (BGE 126 V 377). Das Bundesgericht verneinte sowohl eine direkte wie eine indirekte Diskriminierung aufgrund einer Behinderung. Eine mögliche Mehrfachdiskriminierung wurde ebensowenig diskutiert wie in der Entscheidung in BGE 127 V 121. Hier stand die Zulässigkeit

¹⁰ PÄRLI/MÜLLER/SPYCHER, Aids, Recht und Geld. Eine Untersuchung der rechtlichen und wirtschaftlichen Probleme von Menschen mit HIV/Aids, Zürich 2003, S. 275.

¹¹ BAUMANN KATARINA, LAUTERBURG MARGARETA, Knappes Geld – ungleich verteilt. Gleichstellungsdefizite in der Invalidenversicherung, Basel, Genf, München 2001.

¹² BAUMANN/LAUTERBURG (Fn 11), Vorwort, S. V.

¹³ Siehe dazu BGE 126 V 70, Regelung in der Hilfsmittelverordnung wurde als eine Diskriminierung aufgrund des Alters erachtet.

einer unterschiedlich hohen Kostenübernahme bei behinderungsbedingten Umbauten bei Erwerbsfähigkeit bzw. Erwerbsunfähigkeit zur Diskussion.

Im bekannten Berner Wegweisungsentscheid BGE 132 I 49 verneinte das Bundesgericht eine Diskriminierung. Die Personen, die von den Wegweisungsentscheiden betroffen würden, seien keine Gruppe, der ein Schutz aufgrund des Diskriminierungsmerkmals „Lebensform“ zustehen würde. Auch mangels entsprechender Rügen nicht erörtert wurde, inwieweit Diskriminierungsmerkmale „soziale Stellung“, allenfalls auch die „Weltanschauung“ sowie „Lebensform“ in ihrem Zusammenwirken Diskriminierung bzw. Diskriminierungsschutz bewirken (sollen).

In mehreren Entscheiden musste sich das Bundesgericht zu Diskriminierungsvorwürfen wegen Nichteinbürgerung als Folge des Kopftuchtragens befassen. Es hielt dabei fest, das blosses Tragen des Kopftuches stelle keinen Grund dar eine Einbürgerung abzulehnen (BGE 134 I 49 und 134 I 56). Mangelnde Deutschkenntnisse und fehlender Wille zur Integration erlauben den Gemeinden indes, Einbürgerungsgesuche von Frauen auch dann abzulehnen, wenn dem Gesuch des betreffenden Ehemannes auf Einbürgerung stattgegeben wird (BGE 134 I 56). Es liege weder eine direkte oder indirekte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts noch eine Diskriminierung wegen der Religion vor, wenn eine einbürgerungswillige Person nicht in Kontakt mit der Bevölkerung des fraglichen Gemeinwesens aufnehmen will und damit den fehlenden Integrationswillen bezeugt (BGE 132 I 167).

Abgelehnt wurde auch das Einbürgerungsgesuchs eines türkischen Staatsangehörigen und IV-Rentners. Vergeblich machte der Mann im Beschwerdeverfahren geltend, der negative Entscheid beruhe auf dem Umstand, dass er in der Einladung zur Gemeindeversammlung als IV-Rentner bezeichnet worden sei und im Verlaufe der Versammlung der Anschein der „Scheininvalidität“ erweckt worden sei. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass kein Verstoss gegen das Diskriminierungsverbot vorliege, die Bezeichnung als „IV-Rentner“ stelle für sich genommen keine Diskriminierung dar (Entscheid des Bundesgerichts 1.P760/2006). Auch in der aktuellen Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs Freiburg bildete die Invalidität des Vaters einer einbürgerungswilligen albanischen Familie einen Ablehnungsgrund. Das Gericht hielt fest, die Invalidität dürfe ebensowenig einen Ablehnungsgrund darstellen wie die Tatsache, dass die einbürgerungswilligen aus dem Balkan stammten.

Das Bundesgericht (und andere Gerichte) hätte(n) also wiederholt Gelegenheit gehabt, sich mit der Komplexität von Mehrfachdiskriminierungen auseinanderzusetzen. Bislang wurde die Gelegenheit verpasst, vielleicht auch, weil aus der Doktrin bis heute keine inspirierenden Denkanstösse zu vernehmen waren. Vielleicht trägt diese Tagung dazu bei, das Nachdenken über

Mehrfachdiskriminierung zu fördern und das Terrain vorzubereiten, auf dem Problemlösungsvorschläge gedeihen können. Ein Blick auf die Entwicklung in Europa – der Beitrag des Kollegen Wrase hat dies sehr aufgezeigt – kann trotz unterschiedlicher rechtlicher Regelungen die Diskussion anregen.

Der möglichen Fallkonstellationen bei Mehrfachdiskriminierungen sind viele: Eine Person kann aus mehreren Gründen diskriminiert werden. Oder eine Diskriminierung wird in einer bestimmten Situation nur deshalb manifest, weil auf die fragliche Person zwei oder mehr Diskriminierungsmerkmale zutreffen. Zu beachten ist hier, dass der rechtliche Schutz bei den verschiedenen Diskriminierungsmerkmalen nicht gleich stark ist. Dies zeigt sich im europäischen Gemeinschaftsrecht: Nicht alle in der Grundrechtscharta aufgeführten Diskriminierungsmerkmale finden sich in der Diskriminierungsschutzkompetenznorm in Art. 13 des Gemeinschaftsvertrages wieder¹⁴. Ein gleiches Bild präsentiert sich in der Schweiz. Der ungleiche Diskriminierungsschutz ist hier bereits in der Verfassung angelegt. Für die Diskriminierungsmerkmale Geschlecht (Art. 8 Abs. 3 BV) und Behinderung (Art. 8 Abs. 4 BV) finden sich spezifische Gesetzgebungsaufträge. Der gesetzliche Diskriminierungsschutz aufgrund der Merkmale Geschlecht und Behinderung wiederum ist sachlich auf bestimmte Lebensbereiche beschränkt, während die verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote die staatlichen Behörden aller Stufen verpflichten, nicht jedoch Private, zumindest nicht unmittelbar. Das Gleichstellungsgesetzes GIG (Merkmal Geschlecht) verbietet Diskriminierungen im Arbeitsverhältnis und richtet sich sowohl an staatliche wie an private Arbeitgeber. Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Menschen mit Behinderung wiederum gilt für private Arbeitsverhältnisse ausdrücklich nicht¹⁵.

Dieser unterschiedliche Schutzstandard ist durchaus praxisrelevant, wie das folgende Beispiel zeigt: In einer Stellenausschreibung werden jüngere Vollzeit-Verkaufsmitarbeitende (Männer oder Frauen, Idealalter 25-35 Jahre) gesucht. Damit werden Frauen und Männer über 35 geschlechtsunspezifisch direkt aufgrund des Alters benachteiligt. Das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters hilft hier nicht viel weiter und an einem wirksamen Diskriminierungsschutz aufgrund des Alters fehlt es im schweizerischen Arbeitsrecht weitgehend. Möglicherweise liegt indes eine mittelbare (indirekte) Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vor. In der sozialen Realität sind viele Frauen in der Phase zwischen 25 und 35 Jahren mit familiären Aufgaben eingedeckt und aufgrund der in vielen Familien noch immer gängigen Rollenverteilung kommt eine Vollzeittätigkeit in dieser Phase nicht in Frage. Insoweit werden in der vorlie-

¹⁴ ODENTHAL KERSTIN, § 45, Diskriminierungsverbote, in: HESELHAUS, SEBASTIAN/NOWAK, CARSTEN (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte., München/Wien/Bern, 2006, N 72.

¹⁵ Art. 3 lit. g e BehiG e contrario.

genden Konstellation Frauen über 35 Jahren zwar gleich wie die Männer auch aufgrund des Alters jedoch aus den erwähnten Gründen zusätzlich mittelbar aufgrund ihres Geschlechts diskriminiert.

Das erwähnte Beispiel zeigt einerseits die Problematik eines je nach Diskriminierungsmerkmal unterschiedlichen Diskriminierungsschutzniveaus. Andererseits zeigt der Fall den ganz praktischen Nutzen des Konzepts der Mehrfachdiskriminierung: Der Blick für die Mehrdimensionalität einer Person wird geschärft. Wir haben nicht einfach „nur“ ein bestimmtes Lebensalter, wir haben (zumindest) ein Geschlecht, eine bestimmte Herkunft oder auch mehrere Herkünfte, eine Hautfarbe, wir haben religiöse oder politische Überzeugungen, die brauchen nicht ein Leben lang dieselben zu sein; wir leben in einem ganz bestimmten zeitlichen, politischen und sozialen Kontext. Mit einem (zu) formalen und eindimensionalen Diskriminierungsverständnis werden viele Benachteiligungen weder erkannt noch wirksam beseitigt werden können¹⁶.

Ich bedanke mich für Ihre Aufmerksamkeit.

Bern und Winterthur, 9. November 2008, Kurt Pärli

¹⁶ Siehe dazu Gay Moon: „There is now an increasing realisation within Europe of the complexity of the operation of discrimination within our society. People do not simply fit into single issue categories as black, disabled or gay. They are diverse, complex and multi-layered, and sometimes they are treated badly for more than one reason. However, our equality laws tend to assume that the treatment of people should be analysed by reference to a single characteristic at a time. Yet multiple identities are part of the diversity of our society“.