



Universität
Zürich^{UZH}

Rechtsgleichheit und Diskriminierungsverbot

11. und 15. November 2011

PD Patricia Schiess

Herbstsemester 2011



Universität
Zürich^{UZH}

Gleich oder ungleich?









Gleichheit betrifft ein
Verhältnis zwischen
(mindestens zwei)
Bezugsobjekten
im Hinblick auf einen
Vergleichsmaßstab



Diskriminierungsverbote in für die Schweiz relevanten internationalen Abkommen

- Nur akzessorisches Diskriminierungsverbot
 - Art. 14 EMRK
 - Art. 2 Abs. 2 UNO-Pakt I
 - Art. 2 Abs. 1 UNO-Pakt II
 - Art. 3 UNO-Pakt I und Art. 3 UNO-Pakt II: Pflicht, die Gleichberechtigung von Mann und Frau bei der Ausübung der im Pakt garantierten Rechte sicherzustellen.
 - Art. 26 UNO-Pakt II: allgemeines Diskriminierungsverbot, aber Vorbehalt der Schweiz -> Art. 26 UNO-Pakt II geht für die Schweiz inhaltlich nicht über Art. 14 EMRK hinaus.
- Selbständiges Diskriminierungsverbot
 - Protokoll Nr. 12 zur EMRK (nicht ratifiziert von der Schweiz)
- Verträge mit spezifischen Diskriminierungsverboten, z.B.
 - Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (SR 0.108)
 - Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (SR 0.104)
- Nichtdiskriminierungsklauseln in den bilateralen Verträgen Schweiz – EU
 - Nichtdiskriminierung als Grundsatz
 - Verbot von jeder Schlechterstellung derjenigen Personen, die von der Freizügigkeit profitieren, gegenüber den Schweizerinnen und Schweizern
 - Sog. Umgekehrte Diskriminierung (= Inländerdiskriminierung) nicht verboten



absolute – relative Gleichbehandlung (I)

- Entscheidend für die Zuordnung:
 - Ob ein fixes Konzept besteht oder eine Differenzierung zulässig ist respektive in gewissen Konstellationen eine Differenzierung sogar notwendig ist.
- Absolute Gleichbehandlung
 - Das Recht knüpft an zwei vergleichbare Sachverhalte die genau gleichen Rechtsfolgen an.
- Relative Gleichbehandlung
 - Es wird berücksichtigt, dass zwischen zwei Personen unter bestimmten Vergleichsaspekten eine rechtsungleiche Behandlung entstehen kann, wenn sie beide genau gleich behandelt werden.
 - Der Gleichheitsgedanke wird z.B. im Steuerrecht besser verwirklicht durch eine Berücksichtigung der unterschiedlichen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit als durch Abgaben, die für jede Person gleich hoch sind.



absolute – relative Gleichbehandlung (II)

Absolute Gleichbehandlung durch die Verfassung vorgegeben:

- Gleiches Stimmrecht
- Art. 8 Abs. 3 BV geht vom Grundsatz der absoluten rechtlichen Gleichheit von Frauen und Männern aus.

Im Übrigen wird die Rechtsgleichheit durch eine differenzierende Regelung realisiert. Das Bundesgericht verwendet hierzu regelmässig (z.B. in BGE 136 I 29) folgende Formel:

**„Gleiches ist nach Massgabe seiner Gleichheit gleich,
Ungleiches ist nach Massgabe seiner Ungleichheit
ungleich zu behandeln.“**



direkte – indirekte Diskriminierung

Direkte (= unmittelbare) Diskriminierung

- Eine Bestimmung knüpft offen an einem diskriminierenden Element an.
- *Beispiel: Angehörige einer bestimmten religiösen Minderheit werden vom Polizeidienst ausgeschlossen.*

Indirekte (= mittelbare) Diskriminierung

- Der Wortlaut einer Bestimmung ist nicht diskriminierend abgefasst. Die Bestimmung kann sogar neutral formuliert sein und keine verdächtige Unterscheidung treffen. Die **Anwendung** der Bestimmung führt im Ergebnis zu einer Diskriminierung. Die tatsächlichen Auswirkungen der Bestimmung benachteiligen die Angehörigen einer geschützten Gruppe besonders stark.
- *Beispiel: Kopfbedeckungsverbot für Angestellte. Es gilt für alle Angestellten, trifft aber in erster Linie diejenigen Männer und Frauen, deren religiöses Bekenntnis eine Kopfbedeckung vorsieht.*

Die Beispiele stammen vom Beratungsnetz für Rassismuskritik.



Rechtsgleichheit Art. 8 Abs. 1 BV

Grundrechts-träger	„alle Menschen“ Gemeint: alle natürl. und alle jurist. Personen
Anspruch	Rechtsgleichheit in genereller Weise: Gleichheitsgebot und Differenzierungsgebot
Adressaten	- Gesetzgeber (Ebenen Bund, Kantone, Gemeinden): Vergleichbare Sachverhalte müssen gleich geregelt werden, unterschiedliche Kategorien müssen differenziert behandelt werden. - Gesetzesanwender (d.h. Verwaltungsbehörden und Gerichte): Das Gesetz muss in allen gleich gelagerten Fällen gleich angewendet werden. Unterschiedliche Sachverhalte müssen differenziert behandelt werden.



Gehalt der Rechtsgleichheit

- Rechtsgleichheitsgebot umfasst Differenzierungsverbot (für gleich gelagerte Fälle) und Differenzierungsgebot (wo Unterschiede eine Differenzierung verlangen)
- Differenzierungsverbot verletzt
 - wenn kein **sachlicher und vernünftiger** Grund für eine rechtliche Unterscheidung ersichtlich
- Differenzierungsgebot verletzt
 - wenn Unterscheidungen unterlassen, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen
 - wenn erhebliche tatsächliche Unterschiede
 - Gewisse **Kategorisierungen und Schematisierungen** sind zulässig.
- Die Gleich- oder Ungleichbehandlung muss sich beziehen auf
 - eine wesentliche Tatsache



Relativierung (= Einschränkung) des Anspruchs auf rechtsgleiche Behandlung (I)

- BGer: Art. 36 BV zugeschnitten auf die klassischen Freiheitsrechte, grundsätzlich nicht auf Rechtsgleichheitsfälle anwendbar
- BGer
 - prüft sachliche und vernünftige Gründe für Ungleichbehandlung
 - lässt Verhältnismässigkeit einfließen, wenn es kantonale Regelungen prüft
 - wendet Art. 36 BV an für die Prüfung von Massnahmen zur Förderung der Gleichstellung von Mann und Frau im Sinne von Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV
- Neuere Lehre
 - Rechtsgleichheitsfälle grundsätzlich nicht nach den Vorgaben von Art. 36 BV prüfen.
 - Die fundamentalen Anliegen von Art. 36 BV sollen in die Prüfung einfließen.
 - Bei der Prüfung der sachlichen und vernünftigen Gründe geht es letztlich darum, ob die Regelung ein öffentliches Interesse verfolgt. Ob die Regelung verhältnismässig ist, wird bei der Prüfung ebenfalls angesprochen.
 - Wichtige Ungleichbehandlungen müssen in einem Gesetz verankert sein.
 - Zum Teil gefordert, dass Art. 36 BV ganz oder in vollem Umfang angewendet wird.



Relativierung (II)

- Überprüfung von kantonalen Erlassen
 - BGer stellt seine Einschätzung nicht an die Stelle des Ermessens kantonalen Entscheidungsträger. Gründe hierfür
 - Föderalistisches Element
 - Demokratische Legitimation und Gewaltenteilungsprinzip
 - Wenn eine Unterscheidung an den in Art. 8 Abs. 2 BV genannten Kriterien ansetzt, überprüft das BGer mit voller Kognition.
 - Grosse Zurückhaltung des BGer gegenüber kantonalen Erlassen insbesondere in den Bereichen Raumplanung und Steuerrecht.



Diskriminierungsverbot Art. 8 Abs. 2 BV

Grundrechts-träger	<p>Mitglieder der benachteiligten Gruppe</p> <p>d.h. Personen, die einer Gruppe angehören, die „historisch oder in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit tendenziell ausgegrenzt oder als minderwertig behandelt wird“</p> <p>wegen eines Unterscheidungsmerkmals, das sie nicht oder nur schwer aufgeben können und das ihre Identität ausmacht</p>
Anspruch	<p>Absoluter Charakter, aber kein Egalisierungsgebot. Eine Diskriminierung kann nie gerechtfertigt werden.</p> <p>Anknüpfen an einem der Kriterien zulässig, sofern triftige Gründe dafür sprechen. Können diese Gründe nicht qualifiziert nachgewiesen werden, liegt eine Diskriminierung vor.</p>
Adressaten	<p>Staat und gemäss Art. 35 Abs. 2 BV auch Private, die staatliche Aufgaben wahrnehmen</p> <p>Keine direkte Drittwirkung.</p>



Prüfungsschema für Verletzungen des Diskriminierungsverbots

➤ Erster Schritt

- Bei direkter Diskriminierung
 - Liegt eine rechtsungleiche Behandlung vor?
 - Wirkt sie sich für eine bestimmte Gruppe nachteilig aus?
- Bei indirekter Diskriminierung
 - Benachteiligt eine unterschiedslos geltende Regelung faktisch eine bestimmte Gruppe?

➤ Zweiter Schritt

- Knüpft die Unterscheidung an ein verpöntes Kriterium von Art. 8 Abs. 2 BV an?

➤ Dritter Schritt

- Können triftige Gründe für die Unterscheidung qualifiziert vorgebracht werden?
- Falls ja: Ungleichbehandlung ist zulässig.
- Falls nein: Es liegt eine Diskriminierung im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV vor.



Art. 8 Abs. 1 BV ↔ Art 8 Abs. 2 BV

Abs. 2 als Konkretisierung
von Abs. 1
Diskriminierungsverbot als
Spezialfall des
Rechtsgleichheitsgebots

Abs. 2 als eigenständiger Grund-
rechtsanspruch
Besondere Elemente:
Herabwürdigung, Aussonderung,
Erniedrigung
Besonderer Schutz für Personen-
gruppen, die besonders gelitten
haben oder noch leiden wegen
Eigenschaften, die man nicht
(einfach) ablegen kann
Schutz geht über den Schutz
durch Rechtsgleichheit hinaus
→ absoluter Schutz



Art. 8 Abs. 1 BV ↔ Art 8 Abs. 2 BV (II)

➤ Auffassung des BGer

- Schutz durch Abs. 2 geht über Schutz durch Abs. 1 hinaus
- Auf den Schutz durch Abs. 2 dürfen sich nur Angehörige einer benachteiligten Gruppe berufen
- Unerheblich ob Diskriminierungsabsicht vorliegt
- Anknüpfung an ein in Abs. 2 aufgezähltes Kriterium begründet die Vermutung einer Diskriminierung
- Vermutung kann widerlegt werden durch triftige Gründe



Gleichstellung von Frau und Mann Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV: Gleichberechtigung (= Differenzierungsverbot)

Grundrechts-träger	Frauen und Männer (individualrechtlicher Anspruch)
Anspruch	Garantie der absoluten rechtlichen Gleichheit Unterschiedliche Behandlung aufgrund des Geschlechts nur ausnahmsweise gestattet - bei biologischen Unterschieden - bei funktionalen Unterschieden
Adressaten	Staat
Besonderes	Verfassungsnormen, die nach Geschlecht differenzieren, gehen Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV vor, als gleichrangiges Spezialrecht.



Gleichstellung von Frau und Mann Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV Gesetzgebungsauftrag (= Egalisierungsgebot)

Grundrechts-träger	Begründet keine direkt einklagbaren Rechte.
Anspruch	Gleichstellung von Mann und Frau in der Gesellschaft bewerkstelligen. D.h. unter anderem diskriminierende Gesetze revidieren, Massnahmen zur faktischen Gleichstellung ergreifen.
Adressaten	Gesetzgeber in Bund, Kantonen, Gemeinden
Besonderes	Begründet keine Bundeskompetenzen. Förderungsmassnahmen erfordern (wegen des Spannungsverhältnisses zum Gleichbehandlungsgebot) genügende gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit. Umsetzung durch das Gleichstellungsgesetz.



Gleichstellung von Frau und Mann Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV Gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit

Grundrechts-träger	Frauen und Männer (individualrechtlicher Anspruch)
Anspruch	Gleicher Lohn, nicht nur bei gleicher, sondern auch bei gleichwertiger Arbeit. Lohnunterschiede zulässig, sofern sie auf objektive Kriterien zurückzuführen sind wie z.B. Alter, Erfahrung, Qualifikationsgrad.
Adressaten	Direkte Drittwirkung Entfaltet Wirkung gegenüber jedem staatlichen Arbeitgeber und gegenüber jedem privaten Arbeitgeber.



Prüfungsschema für Verletzungen der Gleichstellung von Mann und Frau

➤ Erster Schritt

- Liegt eine unterschiedliche Behandlung von Mann und Frau vor?
- Wirkt sich eine geschlechtsneutrale Regelung im Ergebnis unterschiedlich auf die beiden Geschlechter aus?

➤ Zweiter Schritt

- Gibt es dafür sachliche und vernünftige Gründe, die auf der biologischen Verschiedenheit von Mann und Frau beruhen?
(Grundanliegen von Art. 36 BV in die Prüfung einfließen lassen. Prüfung unmittelbar gestützt auf Art. 36 BV bei Fördermassnahmen.)
- Bei Fragen der Lohngleichheit: Spezielle Kriterien für die Prüfung der Gleichwertigkeit der Arbeit.



Beseitigung von Benachteiligungen für Behinderte Art. 8 Abs. 4 BV

Grundrechts-träger	Begründet keine direkt einklagbaren Rechte.
Anspruch	Geht über das Diskriminierungsverbot in Art. 8 Abs. 2 BV hinaus. Handlungsauftrag, begründet aber kein Egalisierungsgebot. Gesetzgebungsauftrag geht weniger weit als der in Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV.
Adressaten	Gesetzgeber in Bund, Kantonen, Gemeinden
Besonderes	Begründet keine Bundeskompetenzen. Kantonales Recht darf weiter gehen und z.B. individualrechtliche Ansprüche verbrieften. Umsetzung durch das Behindertengleichstellungsgesetz.