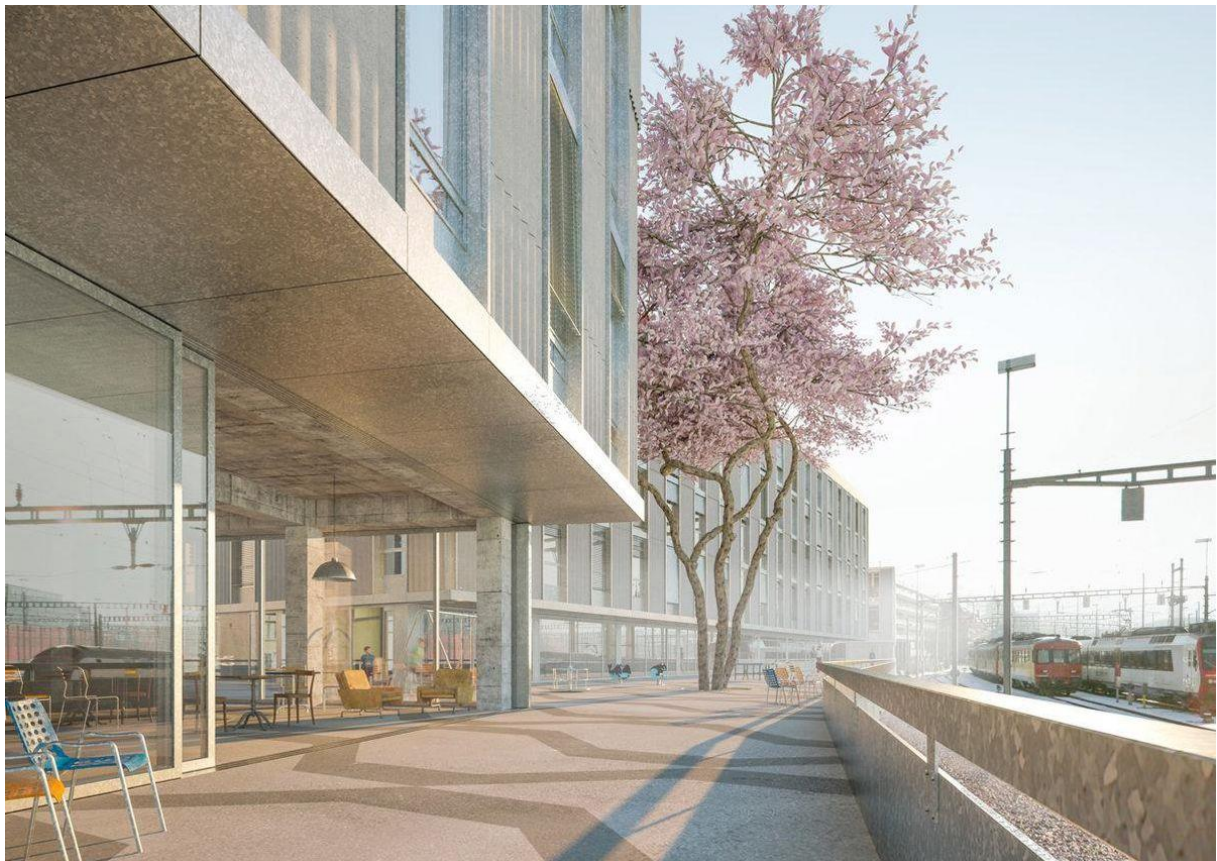


Gastkommentar

Wenn Diskriminierung positiv ist

Darf ein Vermieter Ausländer, Alleinerziehende oder LGBTQI-Paare ausdrücklich gegenüber anderen Interessenten bevorzugen? Eine Genossenschaft in Zürich wagt es.

Meinung Sebastian Wyler, Markus Vischer
Publiziert: 06.09.2020, 16:19



Visualisierung Zollhaus: Meyer Dudesek Architekten

Zurzeit entsteht an der Zollstrasse entlang der Gleise zum Zürcher Hauptbahnhof ein neues, von der Genossenschaft Kalkbreite lanciertes [Wohnprojekt mit dem Namen «Zollhaus»](#). Das Land erhielt die Genossenschaft zu einem günstigen Preis von den SBB und der Stadt Zürich. Es solle damit ein Zeichen gegen die Gentrifizierung des Zürcher Gewerbeschulquartiers gesetzt werden.

Bei der Auswahl der Mieter wurde [ein spezifisches Auswahlverfahren](#) gewählt mit dem Ziel, dass die Mieterschaft zu gewissen Prozentsätzen aus Ausländern, Menschen mit Behinderung, Alleinerziehenden, LGBTQI-Paaren oder Arbeitslosen besteht.

Dabei stellt sich die Frage, ob bei der Auswahl eines Vertragspartners die gezielte Bevorzugung von sozial tendenziell eher benachteiligten Gruppen (sogenannte positive Diskriminierung bzw. «affirmative action») in jedem Fall unproblematisch ist.

In der Schweiz gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit. Dies bedeutet, dass Vertragsinhalt und Vertragspartner grundsätzlich frei gewählt werden können. Eine Pflicht zum Vertragsabschluss mit einer bestimmten Person – eine sogenannte Kontrahierungspflicht – bedarf einer rechtlichen Grundlage und kommt in der Praxis nur selten vor. Zusätzlich kann sich im Einzelfall eine Pflicht zum

Vertragsabschluss aus den allgemeinen Prinzipien des Privatrechts ergeben, so etwa aus dem Gebot der guten Sitten nach Artikel 20 des Obligationenrechts.

Das Bundesgericht setzt bei einer solchen Pflicht die Messlatte hoch. Es ist dabei an Situationen zu denken, in denen es geradezu stossend wäre, mit jemandem kein Geschäft einzugehen, etwa bei fehlenden oder beschränkten Ausweichmöglichkeiten auf ein anderes Angebot. Als Beispiel kann etwa die Verweigerung einer dringenden ärztlichen Behandlung genannt werden.

In Situationen, in denen das verfügbare Angebot beschränkt ist, zum Beispiel bei einer zu vergebenden Arbeitsstelle oder Wohnung, muss der Anbietende zwingend eine Auswahl treffen. Der damit einhergehende Ausschluss von Interessenten sollte grundsätzlich sachlich und nicht diskriminierend erfolgen. Die Frage der Sachlichkeit ist jeweils im Einzelfall zu ermitteln. Gewisse äussere Merkmale wie beispielsweise Nationalität, Rasse, sexuelle Orientierung oder Religion dürften aber wohl immer als unsachlicher Ausschlussgrund gelten.

Genauso wie es zweifelhaft erscheint, einen Interessenten aufgrund sachfremder diskriminierender Kriterien nicht zu berücksichtigen («Wir vermieten nicht an Ausländer.»), ist deren bewusste Präferenz gegenüber «objektiv geeigneteren» Interessenten ebenso diskutabel («Wir vermieten lieber an Arbeitslose als an Wohlhabende.»). Bei einem beschränkten Angebot sollte die Bevorzugung ebenfalls grundsätzlich sachlich und nicht diskriminierend erfolgen. Zulässig ist aber eine positive Diskriminierung, also eine gezielte Bevorzugung sozial eher benachteiligter Gruppen, was als sachlicher Grund gelten muss.

Die allgemeinen Grundsätze der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit sind in der schweizerischen Rechtsordnung etabliert. Es gibt für Privatpersonen grundsätzlich weder die Pflicht zum Vertragsabschluss noch zur Gleichbehandlung aller potenziellen Vertragspartner. Dabei können auch sachfremde, in einem gewissen Mass sogar diskriminierende Elemente einfließen. Eine Pflicht zum Vertragsabschluss kann nur ausnahmsweise angenommen werden.

Im Falle von beschränkten Angeboten, beispielsweise beim Vermieten einer Mietwohnung oder bei der Vergabe einer Arbeitsstelle, ist der Anbieter regelmässig zu einer Auswahl gezwungen, welche sachlich begründet und nicht diskriminierend sein sollte. Eine positive Diskriminierung bei der Auswahl ist aber zulässig und gilt als sachlicher Grund.

Publiziert: 06.09.2020, 16:19

Markus Vischer



Markus Vischer ist
Rechtsanwalt in Zürich.
Foto: PD

Sebastian Wyler



Sebastian Wyler ist
Rechtsanwalt in Zürich.
Foto: PD