



2. Abteilung

Geschäft Nr. AN050401/U1

Mitwirkende: Bezirksrichter Dr. H.-P. Egli als Einzelrichter sowie
die juristische Sekretärin lic.iur. A. Ritschard

Urteil vom 13. Januar 2006

in Sachen

L. Z., geboren [REDACTED] von Zürich, Reinigungs-
angestellte, [REDACTED]
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Matthias Brunner, Advokatur Gartenhof,
Gartenhofstr. 15, Postfach 9819, 8036 Zürich

gegen

A. [REDACTED] GmbH, [REDACTED]
Beklagte

betreffend Forderung

Rechtsbegehren:

(act. 1 und 7)

"Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 5'000.- zu bezahlen, zuzüglich Zins von 5 % ab 31. August 2004.

Unter Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Der Einzelrichter zieht in Betracht:

1 Unbestrittener Sachverhalt

1.1 Die Beklagte ist eine seit einigen Jahren bestehende Reinigungsfirma mit einem breitgefächerten Kundenprofil (vgl. act. 12/5, so u. a. Stiftung zugunsten cerebral Gelähmter, Stadtärztlicher Dienst Zürich, Schweizer Fernsehen, Krebsliga des Kt. Zürich, Hauseigentümerverband Zürich, diverse Anwaltskanzleien etc.). Sie meldete im Juli 2004 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (nachfolgend RAV genannt) eine offene Teilzeit-Reinigungsstelle, wofür sie eine gelernte oder angelernte Arbeitskraft mit einigen Jahren Erfahrung suchte. Aus Teamgründen wünschte sie Schweizer, Italiener, Spanier und Portugiesen mit Muttersprache Deutsch, Italienisch oder Spanisch. Gute Deutschkenntnisse -- in Sprache und Schrift -- waren weitere Voraussetzung für die Stelle. Die Stellenausschreibung soll gegenüber dem RAV ausserdem mit einem Vermerk versehen worden sein, die Beklagte wolle wegen ihrer Kundschaft und des Firmenprofils keine "Leute aus dem Balkan" (act. 10, 12/1 und 9/1; Prot. S. 4).

G [REDACTED] E [REDACTED] eine Sachbearbeiterin des RAV, ersuchte die Klägerin, eine Schweizerin mazedonischer Abstammung, die seit 1990 in der Schweiz lebt, Hausfrau und Mutter ist, daneben als Teilzeitangestellte gearbeitet hatte und derzeit arbeitslos war, sich für die von der Beklagten ausgeschriebene Teilzeitstelle

als Unterhaltsreinigerin/Raumpflegerin zu bewerben (act. 9/1). Die Klägerin bewarb sich daraufhin mit Schreiben vom 30. August 2004 bei der Beklagten (act. 4/1), wobei diese bestreitet, die Bewerbung der Klägerin je erhalten zu haben (Prot. S. 4 f.). Gleichentags bestätigte sie dem RAV, sich bei der Beklagten brieflich beworben zu haben und vermerkte, das Ergebnis sei noch offen (act. 4/2).

G [REDACTED] E [REDACTED] vom RAV meldete der Beklagten zudem, die Klägerin werde sich bei ihr bewerben (act. 10). Darauf antwortete die Beklagte am 31. August 2004, um 06:46 Uhr, mit einer E-Mail an G [REDACTED] E [REDACTED], welche im Betreff den Namen und die Adresse (8047 Zürich) der Klägerin und den folgenden Inhalt aufführte (act. 4/3):

" Morgen Herr Sachbearbeiter RAV

Wir stellen keine Leute aus dem Balkan ein und meine Firma verträgt solche Leute nicht, wie wir in der ganzen Schweiz auch nicht!

Ich bin Unternehmer und finanziere nicht das zugelaufene Volk.

Habe alles probiert mit denen. Kopftücher, Moslems etc. gehören nicht hier her!

Wir sind Eidgenossen und keine Auffangstation für die ganze Welt.

Bin Stinkesauer, dass Sie nicht lesen können, dass wir kein Kopftücher einstellen!

Mit freundlichen Grüssen

A [REDACTED] GmbH"

Dieselbe E-Mail leitete die Beklagte gleichentags um 07:32 Uhr weiter an R [REDACTED] H [REDACTED], G [REDACTED] B [REDACTED] und B [REDACTED], E [REDACTED] S [REDACTED], dem Geschäftsführer der Beklagten, persönlich bekannte Sachbearbeiterinnen verschiedener RAV-Zentren (act. 12/2; Prot. S. 6).

1.2 Der klägerische Vertreter machte gegenüber der Beklagten mit Schreiben vom 21. Februar 2005 Ansprüche wegen Persönlichkeitsverletzung der Klägerin in rassistischer Weise geltend (act. 4/4), worauf B [REDACTED] S [REDACTED] für die Beklagte mit E-Mail vom 22. Februar 2005 Stellung nahm. Einleitend hielt er fest,

das RAV sei informiert worden, die Beklagte könne und würde keine solchen Personen einstellen, da dies ihre Kundschaft nicht ertrage. Weiter äusserte sich Schnellmann, er sei Eidgenosse und Schweizer Demokrat und bestimme noch selber, wen er einstelle. Er führte aus, zwei Drittel der Fürsorgeleistungen der Stadt Zürich würden für Ausländer -- zugelaufene aus dem Ausland, Raser und Kriminelle -- ausbezahlt und fügte an, die Schweiz sei keine Auffangstation. Schliesslich hält er den klägerischen Forderungen entgegen, die Beklagte habe die Klägerin nicht persönlich verletzt, sie könne nicht "ungelerntes" anstellen. Es sei die Beklagte, welche Anspruch auf eine Entschädigung habe, weil das RAV ihren Stellenbeschrieb nicht befolgt habe und im Weiteren werde Strafanzeige gegen Gülistan Ercelik eingereicht (act. 4/5).

Obendrein rief S. [REDACTED] den Vertreter der Klägerin am selben Tag persönlich an und äusserte nochmals, er würde gegen den "Sautürken" G. [REDACTED] E. [REDACTED] eine Strafanzeige wegen Amtsgeheimnisverletzung einreichen, was der Vertreter der Klägerin in der E-Mail vom 22. Februar 2004 an die Beklagte schriftlich festhielt (act. 9/2). Daraufhin drohte die Beklagte dem Vertreter der Klägerin in der E-Mail vom 23. Februar 2004, er würde Probleme mit ihr bekommen und zwar gröbere, sollte E. [REDACTED] S. [REDACTED] angezeigt werden (act. 9/2).

2 Prozessgeschichte

Mit Eingabe vom 4. Mai 2005 machte die Klägerin die vorliegende Klage mit oben erwähntem Rechtsbegehren hierorts anhängig (act. 1). Die Parteien wurden zur Hauptverhandlung auf den 23. Juni 2005 vorgeladen (act. 5). Nach deren Durchführung (Prot. S. 3 ff.) erweist sich der Prozess als spruchreif.

3 Parteivorbringen

3.1 Die Klägerin fordert aufgrund verschiedener Rechtsverletzungen von der Beklagten Fr. 5'000.-- Genugtuung und Schadenersatz. Zur Begründung führt sie aus, die Beklagte habe sie diskriminiert, herabgesetzt und dadurch in ihrer Persönlichkeit widerrechtlich verletzt. Sie habe sich insbesondere wegen ihrer Herkunft -- "Balkan" --, ihrer Rasse und ihrer Religionszugehörigkeit -- "Kopftücher", "Moslems" -- geweigert, mit ihr eine vertragliche Beziehung einzugehen (act. 7 S. 5). Es handle sich, wie die Ausführungen in der E-Mail vom 31. August 2004 aufzeigen würden, um eine Diskriminierung in reiner Form. Die Beklagte setze Menschen mit Herkunft im Balkan sowie muslimischen Glaubens gezielt herab (Prot. S. 13).

Aufgrund der widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung fordert die Klägerin einerseits gestützt auf Art. 28 ZGB und Art. 328 OR i.V.m. Art. 49 OR und andererseits aufgrund der Kontrahierungspflicht und deren vermögensrechtlichen Folgen Schadenersatz und Genugtuung (act. 1 S. 3 ff. und act. 7 S. 5 ff.).

3.2 Die Beklagte bestreitet einen Anspruch der Klägerin aus Persönlichkeitsverletzung und beantragt Klageabweisung. Zur Begründung führt sie in erster Linie aus, die E-Mail vom 31. August 2004 sei nicht an die Klägerin, sondern an Mitarbeiterinnen des RAV gesendet worden. Eine Bewerbung habe er von der Klägerin nicht erhalten; sie sei für die Stelle ohnehin nicht in Frage gekommen, da sie nicht genügend gut Deutsch spreche, worauf bereits ihr Name schliessen lasse. Schliesslich passe sie nicht in ihr Firmenprofil, was das RAV zum Voraus und seit Jahren gewusst habe (Prot. S. 8 ff.). Die Beklagte würde ihre Kundschaft verlieren, wenn sie "Leute aus dem Balkan" anstellen würde (Prot. S. 8). Ausserdem stellt sie sich auf den Standpunkt, selber bestimmen zu dürfen, wen sie einstelle und wen nicht (Prot. S. 14). Sie habe im Rahmen eines Integrationsprogramms unter anderem mit Leuten aus dem Balkan schlechte Erfahrungen gemacht (act. 10 S. 1).

3.3 Auf diese und weitere Vorbringen der Parteien ist – soweit entscheid-relevant – in den folgenden Erwägungen einzugehen.

4 Prozessuale Erwägungen

4.1 Das Gericht prüft seine sachliche Zuständigkeit im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit von Amtes wegen (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur ZPO, N 8 zu § 17, N 3 zu § 108; HAUSER/SCHWERI, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, N 25 zu den Vorbemerkungen zu §§ 1 ff.).

4.2 Gemäss § 13 Abs. 1 GVG entscheidet das Arbeitsgericht Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Ob eine Streitigkeit aus dem Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Sinne von § 13 Abs. 1 GVG vorliegt, ist danach zu beurteilen, was für ein Rechtsbegehren gestellt und wie dieses begründet worden ist, nicht etwa danach, ob das Rechtsbegehren materiell begründet ist. Wenn das Arbeitsgericht zum Schluss kommt, dass die rechtliche Betrachtungsweise der klägerischen Partei un-richtig und der von ihr behauptete Anspruch – auch wenn er materiell begründet sein mag – daher nicht im Rechtsbereich, für den das Arbeitsgericht sachlich zu-ständig ist, anzusiedeln ist, hat dieses seine sachliche Zuständigkeit zu verneinen (HAUSER/SCHWERI, a.a.O., N 21 zu den Vorbemerkungen zu §§ 1 ff.).

Eine Streitigkeit aus dem Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Ar-beitnehmer im Sinne von § 13 Abs. 1 GVG liegt nicht bereits dann vor, wenn ir-gendein beliebiger Bezug zu einem Arbeitsverhältnis besteht bzw. wenn zwischen den Prozessparteien auch ein Arbeitsverhältnis vorhanden ist. Auf der andern Seite freilich spricht das Gesetz nicht davon, der Streit müsse seinen Rechtsgrund im Arbeitsvertrag haben, sondern im Arbeitsverhältnis. Das bedeutet, dass auch eine Streitigkeit vor Arbeitsgericht behandelt werden soll, die keine arbeitsver-tragliche ist, aber einen direkten Bezug zum Arbeitsverhältnis hat. Ob ein Ar-

beitsvertrag bloss geplant ist, besteht oder bestanden hat, ist nicht entscheidend. Der Begriff „arbeitsrechtliche Streitigkeit“ ist wegen des Sozialschutzes weit auszulegen (K. SPÜHLER/D. VOCK, Gerichtsstandsgesetz, N 1 zu Art. 24).

Dass sich der Begriff des Arbeitsverhältnisses im Sinne von § 13 Abs. 1 GVG nicht mit demjenigen des Arbeitsvertrags deckt, wird schliesslich dadurch deutlich, dass sämtliche Streitigkeiten aus den arbeitsvertraglichen Verhandlungen, also Streitigkeiten, die entstehen können, bevor ein Arbeitsvertrag geschlossen wird, vom Arbeitsgericht behandelt werden. Darunter fallen insbesondere Ansprüche aus culpa in contrahendo (HAUSER/SCHWERI, a.a.O., N 5 zu § 13; W. PORTMANN, Individualarbeitsrecht, Rz 891; U. STREIFF/A. VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. A., N 5 zu Art. 343 OR; SPÜHLER/VOCK, a.a.O., N 1 zu Art. 24 GestG; G. L. KOLLER, Art. 343 OR unter besonderer Berücksichtigung der Praxis des Arbeitsgerichts Zürich, S. 48/49; G. COTTER, Das Luzerner Arbeitsgericht und die Bestimmung des Art. 343 OR, S. 37/38; a. M. E. HASLER, Die Zuständigkeit bei arbeitsvertraglichen Streitigkeiten im Kanton Zürich, in ArbR 1988, S. 45).

4.3 Die Klägerin leitet ihre Ansprüche aus den Vertragsverhandlungen her, nämlich aus dem Verhalten der Beklagten, nachdem sich die Klägerin am 30. August 2004 um die Stelle bei der Beklagten beworben hatte. Damit stützt die Klägerin ihre Klage auf das Arbeitsverhältnis im weiteren Sinne, was möglich ist, ohne dass je ein Arbeitsvertrag zustande gekommen ist. Gestützt auf die obigen Ausführungen ist das Arbeitsgericht für die Klage gleichwohl sachlich zuständig.

5 Materielle Erwägungen

5.1 Art. 328 OR

Im Arbeitsrecht wird der allgemeine Persönlichkeitsschutz der Art. 27 und 28 ZGB durch Art. 328 Abs. 1 OR konkretisiert, wonach der Arbeitgeber die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen hat. Über die Frage, ob

die Fürsorgepflicht gemäss Art. 328 OR bereits während der Vertragsverhandlungen wirkt, besteht in der Lehre Uneinigkeit.

Fest steht, dass ein unredliches Verhalten des Arbeitgebers vor Vertragsabschluss, das vorvertragliche Sorgfalts- oder Rücksichtspflichten verletzt, gestützt auf die Rechtsfigur culpa in contrahendo zu einer Entschädigungspflicht führen kann (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 14 zu Art. 320 OR; vgl. hernach Ziff. 5.2).

Eine Vorwirkung von Art. 328 OR bei Vertragsverhandlungen wird von einem Teil der Lehre abgelehnt, mit der Begründung, die Fürsorgepflicht beginne erst mit Stellenantritt oder gegebenenfalls bei Vertragsunterzeichnung (ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, N 11 zu Art. 328 OR; BK-REHBINDER, N 9 zu Art. 328 OR; F. VISCHER, Der Arbeitsvertrag in Schweizerisches Privatrecht Obligationenrecht BT VII/4, Basel 2005, S. 68).

Dagegen führen STREIFF/VON KAENEL im Zusammenhang mit der Zuständigkeit des Arbeitsgerichts bei Klagen aus culpa in contrahendo aus, die spezifischen Anforderungen, die an das Verhalten bei Arbeitsvertragsverhandlungen gestellt würden, könnten nicht allein auf Art. 2 ZGB gestützt werden, da es sich um Vorwirkungen der Art. 321a OR, Art. 328 OR und Art. 328b OR handle (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 5 zu Art. 343 OR). Somit befürworten sie eine **vorvertragliche Anwendung der Fürsorgepflicht**. Obwohl die Fürsorgepflicht in erster Linie für einen bestehenden Arbeitsvertrag gelte, anerkennen auch FAVRE/MUNOZ/TOBLER, dass die Rechte und Pflichten von Art. 328 OR bereits vorvertraglich zur Anwendung kommen (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, Le contract de travail, Code annoté, Lausanne 2001, N 1.17 zu Art. 328 OR). So auferlegt die Fürsorgepflicht dem Arbeitgeber beispielsweise die Verpflichtung, dem Bewerber beim Anstellungsgespräch gewisse Fragen nicht zu stellen (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contract de travail, 3. A., Lausanne, 2004, N 1 zu Art. 328 OR und N 1 zu Art. 320 OR; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, a.a.O., N 1.17 zu Art. 328 OR).

Zur Beurteilung des vorliegenden Falls kann die Frage der vorvertraglichen Wirkung von Art. 328 OR jedoch offen gelassen werden, da nachfolgend mit der anerkannten Rechtsfigur der culpa in contrahendo verfahren wird.

5.2 Culpa in contrahendo

a) Die Haftung aus culpa in contrahendo besagt, dass sich die Parteien bereits während der Vertragsverhandlungen nach Treu und Glauben zu verhalten haben (Art. 2 Abs. 1 ZGB), andernfalls, d.h. wenn sie schuldhaft gegen eine aus diesem Grundsatz resultierende vorvertragliche Pflicht verstossen, sie für den daraus erwachsenden Schaden einzustehen haben (HUGUENIN, Obligationenrecht AT, Zürich 2004, N 921). So kann es bereits vor Vertragsabschluss zu rechtlich relevanten Beziehungen zwischen einem Arbeitgeber und potentiellen Arbeitnehmern kommen, weshalb der Eintritt in die Vertragsverhandlungen unter den Beteiligten erhöhte Sorgfalts- und Rücksichtspflichten begründet (VISCHER, a.a.O., S. 68). Ein Stelleninserat oder eine Offerte an eine Personalvermittlungsfirma stellt eine Aufforderung zur Aufnahme von Vertragsverhandlungen dar, weshalb die Vertragsverhandlungen mit der Bewerbung des stellensuchenden Arbeitnehmers beginnen.

b) Die Beklagte äussert sich dazu widersprüchlich. Einerseits bestreitet sie, je eine Bewerbung der Klägerin erhalten zu haben, womit sie sinngemäss geltend macht, mit der Klägerin gar nicht in Vertragsverhandlungen eingetreten zu sein (Prot. S. 4 f.). Andererseits räumt sie ein, G. E. betreue die Klägerin und habe ihr deren Bewerbung geschickt (act. 10).

c) Die Beklagte meldete dem RAV eine offene Stelle zum Ausschreiben, womit sie über das RAV arbeitslose Stellensuchende zur Aufnahme von Vertragsverhandlungen aufforderte. Die Klägerin ihrerseits durfte davon ausgehen, die Beklagte wolle die offene Stelle besetzen, suche ernsthaft jemanden dafür und habe entsprechend einen Rechtsbindungswillen. Daher trat die Klägerin bereits mit der Anzeige E. an die Beklagte, sie wolle und werde sich bei ihr um die

ausgeschriebene Stelle bewerben (Prot. S. 5), in die Vertragsverhandlungen ein. Dabei handelte E [REDACTED] die Sachbearbeiterin des RAV, im Namen und als Stellvertreterin der Klägerin.

d) Weiter räumt die Beklagte ein, das RAV habe seit langem gewusst, dass sie keine "Leute aus dem Balkan" vermittelt haben wolle, weshalb G [REDACTED] E [REDACTED] die Klägerin davon hätte abhalten sollen, sich bei ihr zu bewerben (Prot. S. 11). Die Beklagte wendet damit sinngemäss ein, ihr Stelleninserat habe für die Klägerin keine Aufforderung zur Vertragsverhandlung bedeutet, weshalb sie mit der Klägerin nicht in Vertragsverhandlungen eingetreten sei. Ausserdem sei das Bewerbungsschreiben vom 30. August 2004 (act. 4/1) nachträglich und nicht von der Klägerin selbst verfasst worden, weshalb eine Vorspiegelung falscher Tatsachen vorliege. In der Stellenbeschreibung sei gestanden, die Bewerber müssten Deutsch sprechen und schreiben können (Prot. S. 4 ff.). Auf Nachfrage der Deutschkenntnisse der Klägerin habe E [REDACTED] gesagt, sie spreche "nicht so gut" Deutsch, was ja auch schon ihr Name sage. Deshalb wäre sie für die Stelle ohnehin nicht in Frage gekommen (Prot. S. 8).

e) Das Vorgehen der Beklagten, eine freie Stelle auszuschreiben, dem RAV zu melden, aber gewisse Ethnien, Nationen oder Volksstämme nicht vermittelt haben zu wollen, verstösst gegen die von der Schweiz ratifizierte Rassendiskriminierungskonvention (RDK; SR 0.104), weshalb sie widerrechtlich und somit nichtig ist (vgl. dazu unten Ziff. 5.6).

Gestützt auf die RDK und aufgrund eines Hinweises der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus (EKR), dass es in einzelnen Kantonen Schwierigkeiten im AVIG-Vollzug bei den Arbeitgeberkontakten gebe, wies das seco in einem Rundschreiben vom 26. Januar 2005 alle kantonalen Arbeitsämter darauf hin, dass der oftmals von Arbeitgebern geäusserte Wunsch, dass Angehörige einer bestimmten Nation, Ethnie, Religionsgruppe oder Rasse von bestimmten gemeldeten offenen Stellen ausgeschlossen seien, mit der RDK nicht vereinbar und ein

entsprechender Eintrag im Informationssystem AVAM nicht zu lässig sei
(act. 9/3).

Daher ist analog wie bei der Teilnichtigkeit von Verträgen (Art. 20 Abs. 2 OR), bei welcher der Mangel bloss einzelne Teile eines Vertrages betrifft, zu prüfen, ob die Beklagte dem RAV die Stelle ohne die nichtige Einschränkung überhaupt nicht gemeldet hätte, was seitens der Beklagten nicht geltend gemacht wird. Demzufolge galt die Aufforderung der Beklagten zu Vertragsverhandlungen für alle arbeitslosen Stellensuchenden und es traf sie daher bei sämtlichen Bewerbern eine erhöhte Sorgfaltspflicht, im Rahmen der Vertragsverhandlungen die Persönlichkeitsgüter nicht zu verletzen.

Zur Beurteilung, ob sich die Parteien bereits in Vertragsverhandlungen mit einer erhöhten Sorgfaltspflicht befanden, spielte weder eine Rolle, ob die Beklagte das Bewerbungsschreiben der Klägerin direkt oder über G. E. vom RAV erhalten hatte, noch ob die Klägerin dem Firmenprofil der Beklagten entsprochen hätte oder genügend gut Deutsch sprechen kann. Fest steht, dass die Beklagte im Rahmen der Vertragsverhandlungen auf das Bewerbungsinteresse der Klägerin reagierte und mittels E-Mail vom 31. August 2004 gegenüber G. E. und weiteren fünf Sachbearbeiterinnen vom RAV klar zum Ausdruck brachte, sie sei an der Bewerbung der Klägerin nicht interessiert.

f) Obwohl zwischen den Parteien nie ein persönlicher Kontakt stattfand, standen sie über das RAV miteinander in Vertragsverhandlungen, während derer sie aufgrund der culpa in contrahendo verpflichtet waren, alle Schutzmassnahmen zu treffen, damit im Verlauf der Verhandlungen keine Rechtsgüter des Partners beeinträchtigt würden (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Obligationenrecht AT Bd. I, 8. A., Zürich Basel Genf 2003, N 961). Diesen Schutz geniesst auch eine Vertragspartei, die den Anforderungen der Gegenseite nicht entspricht.

5.3 Aktivlegitimation der Klägerin

- a) Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, sie habe die Rechtsgüter der Klägerin mit ihrer E-Mail vom 31. August 2004 gar nicht verletzen können, da diese an das RAV und nicht an die Klägerin adressiert gewesen sei. Das RAV habe zum Voraus und seit Jahren gewusst, dass die Beklagte keine "Leute aus dem Balkan" einstelle. Die Mitarbeiterinnen des RAV hätten Kenntnis über ihre Präferenzen bei den Stellensuchenden gehabt. Insbesondere sei jenes nicht berechtigt gewesen, der Klägerin die E-Mail auszuhändigen, da es sich um eine interne Angelegenheit zwischen der Beklagten und dem RAV gehandelt habe (Prot. S. 9 f.).
- b) Die Beklagte verkennt, dass sich ihre E-Mail an das RAV über die Bewerbung beziehungsweise das Interesse der Klägerin an der von ihr ausgeschriebenen Stelle äussert; im Betreff steht der Name der Klägerin verbunden mit der Aussage: "Wir stellen keine Leute aus dem Balkan ein und meine Firma verträgt solche Leute nicht." Dieser Satz stellt in diesem Zusammenhang nicht einfach eine allgemein gültige Aussage dar, sondern ist die Reaktion auf die Bewerbung der Klägerin. Die Beklagte beabsichtigte damit, dass G. E. diese davon abhalten sollte, weitere Bemühungen um die Stelle bei ihr zu tätigen. Die Beklagte selbst behauptet ja, G. E. hätte die Klägerin von Anfang an davon abhalten müssen, sich bei ihr zu bewerben. Folgerichtig teilte E. der Klägerin die negative Reaktion der Beklagten auf ihre Bewerbung beziehungsweise ihr Interesse an der Stelle mit und übergab ihr dabei die E-Mail der Beklagten. Mit deren Weitergabe musste die Beklagte rechnen. Ob die E-Mail an das RAV oder direkt an die Klägerin gesandt worden ist, spielt daher keine Rolle. Betroffene und somit Adressatin war die Klägerin. Eine interne allgemein gehaltene Mitteilung an das RAV hätte entsprechend bezeichnet werden müssen und hätte sicherlich nicht die Personalien einer Stellenbewerberin, wie vorliegend diejenigen der Klägerin, enthalten.

c) Der Einwand der Beklagten, die Rechtsgüter der Klägerin seien durch die E-Mail nicht verletzt worden, da das Schreiben nicht an sie adressiert worden sei, kann daher nicht gehört werden. Die E-Mail entfaltete dieselben Wirkungen, wie wenn sie der Klägerin direkt zugestellt worden wäre. Keine Rolle spielt dabei, ob aus Sicht der Beklagten in erster Linie das RAV Adressat der E-Mail hätte sein sollen. Es war jedenfalls eine Antwort auf die Bewerbung der Klägerin. Daran ändert auch nichts, wenn die Beklagte heute dartut, sie hätte geschrieben, die Stelle sei bereits besetzt oder sie könne sie nicht einstellen, wenn sie sich direkt an die Klägerin gewendet hätte (Prot. S. 10).

5.4 Rechtfertigungsgründe

a) Die Beklagte rechtfertigt die Ablehnung der Klägerin als mögliche Arbeitnehmerin sowie ihre Äusserungen in der E-Mail vom 31. August 2004 einerseits mit ihrem Firmenprofil und ihrer Kundschaft, die in Villen wohne, unter anderem aus Anwaltskanzleien bestehe und keine "Leute aus dem Balkan" wolle und andererseits mit der schlechten Erfahrung, welche sie in den Jahren 1997 bis 1999 anlässlich eines Integrationsprogramms für Arbeitnehmer aus dem ehemaligen Jugoslawien, Afrika und Südamerika in Zusammenarbeit mit dem Arbeitsamt gemacht habe. Ausserdem dürfe man keine Kulturen mischen, man könne einen Portugiesen mit einem Spanier zusammen arbeiten lassen, jedoch nicht mit einem Mazedonier oder Türken (Prot. S. 7–10).

b) Die Ausführungen der Beklagten in der E-Mail vom 31. August 2004 beziehen sich nur am Rande auf ihre betrieblichen oder teambedingten Bedürfnisse und soweit dies zutrifft, fallen sie in einer äusserst unsachlichen und herabsetzenden Art und Weise aus. Daher kann die Beklagte ihr Verhalten gegenüber der Klägerin keineswegs mit übergeordneten betrieblichen Interessen rechtfertigen. Zudem würde die Befürchtung alleine, einen Kundenverlust hinnehmen zu müssen, nicht genügen, um eine Anstellung aus Gründen der Religion oder Ethnie des Stellensuchenden zu verweigern, es sei denn, der Arbeitgeber könnte einen

erheblichen Kundenverlust nachweisen, womit sachbezogene Gründe für die Nichtanstellung vorliegen würden.

Die weiteren Ausführungen darüber, welche ausländischen Arbeitnehmer zusammenarbeiten können und welche nicht, sind völlig unsubstanziert und gründen wohl weniger auf empirischen Erfahrungen denn auf einem tiefen Misstrauen und Vorurteilen gegenüber fremden, anderssprachigen und andersdenkenden Menschen.

5.5 Vertragsfreiheit

a) Ausserdem beruft sich die Beklagte sinngemäss auf die Vertragsfreiheit, indem sie geltend macht, selber bestimmen zu können wen sie einstelle und wen nicht (Prot. S. 14).

b) Auch hier gilt, dass die Beklagte ihr Verhalten und ihre Äusserungen gegenüber der Klägerin nicht einfach gestützt auf die Vertragsfreiheit rechtfertigen kann. Die Vertragsfreiheit ist ein Grundprinzip unseres Zivilrechts (Art. 19 Abs. 1 OR) und besagt, dass grundsätzlich niemand verpflichtet werden kann, mit jemandem einen Vertrag einzugehen, weshalb ein Arbeitgeber grundsätzlich die Anstellung von Personen einer bestimmten Rasse ablehnen könnte. Allerdings anerkennt unsere Rechtsordnung, dass diskriminierendes Verhalten bei der Anstellung sanktioniert werden kann (vgl. Art. 5 Abs. 2 GlG) und relativiert damit die Vertragsfreiheit. Gemäss Lehre und Rechtsprechung ist beispielsweise anerkannt, dass bestimmte Fragen an einen zukünftigen Arbeitnehmer persönlichkeitschädigend sein können und somit nicht gestellt werden dürfen (BK-REHBINDER, N 35 ff. zu Art. 320 OR; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 10 zu Art. 320 OR; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, a.a.O., N 1 zu Art. 328 OR, N 1 zu Art. 320 OR). Daraus folgt, dass bestimmte diskriminierende vorvertragliche Verhaltensweisen bei der Anstellung nicht durch die Vertragsfreiheit gerechtfertigt werden können und ausserdem Anlass für eine Genugtuung geben können.

5.6 Rechtliche Qualifikation der Äusserungen der Beklagten

a) Im Folgenden ist das Verhalten der Beklagten einerseits unter dem Titel widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung durch rassistische, diskriminierende Äusserungen in der E-Mail vom 31. August 2004 und andererseits unter dem Aspekt der (Rassen-) Diskriminierung durch den Ausschluss der Klägerin am weiteren Bewerbungsprozess aufgrund ihrer Herkunft und ihrer Religionszugehörigkeit zu würdigen.

b) Die Schweiz hat bisher kein Antidiskriminierungsgesetz erlassen, was von den Überwachungsorganen der internationalen Menschenrechtsverträgen regelmässig beklagt wird. Daher können Opfer von Diskriminierungen auf Grund der Herkunft, Hautfarbe, ethnischen Zugehörigkeit und religiöser Überzeugung ihren Anspruch auf Gleichbehandlung insbesondere unter Privaten nur nach Überwindung hoher rechtlicher Hürden einfordern (CAPLAZI/NAGUIB, Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung in der Arbeitswelt trotz Vertragsfreiheit, in Jusletter vom 7. Februar 2004, Rz 9).

c) Rassistische Äusserungen muss sich eine stellensuchende Person nicht gefallen lassen. Das gilt noch mehr während des Selektionsverfahrens, bei welchem aufgrund der culpa in contrahendo eine erhöhte Sorgfalts- und Rücksichtspflicht gilt (PAHUD DE MORTANGES/TANNER, Muslime und schweizerische Rechtsordnung, Freiburg 2002, S. 435). Bei einer Verletzung der Persönlichkeit durch rassistische Äusserungen hat die Betroffene die Möglichkeit, die begangene Persönlichkeitsverletzung gerichtlich feststellen und beseitigen zu lassen sowie finanzielle Genugtuung und gegebenenfalls Schadenersatz einzufordern (Art. 28a Abs. 1 und 3 ZGB i.V.m. Art. 49 OR; PAHUD DE MORTANGES/TANNER, a.a.O., S. 435 ff.).

d) Die Klägerin fordert von der Beklagten für die geltend gemachte Persönlichkeitsverletzung unter anderem eine Genugtuung. Diese soll einen Ausgleich u.a. für seelische Leiden schaffen und es dem Verletzten ermöglichen, sich

andere Annehmlichkeiten zu leisten (I. SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, AT, Rz 17.02). Anspruch auf eine Genugtuungszahlung hat diejenige, die in ihrer Persönlichkeit widerrechtlich schwer verletzt wird und deren Verletzung nicht anders wiedergutmacht worden ist (Art. 49 Abs. 1 OR). Eine Persönlichkeitsverletzung ist, da ein absolut geschütztes Rechtsgut, immer dann widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung der Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist (Art. 28 Abs. 2 ZGB).

Da nur jene Persönlichkeitsverletzungen, welche als objektiv schwer zu qualifizieren sind und gleichzeitig von der Betroffenen auch als seelischer Schmerz empfunden werden, eine immaterielle Unbill hervorzurufen vermögen, ist zu fragen, ob die Äusserungen der Beklagten in der E-Mail vom 31. August 2004 als derart gravierend zu qualifizieren sind, um bei der Klägerin eine solche hervorzurufen. Bei der Beurteilung der erfahrenen seelischen Unbill hat der Richter auf einen Durchschnittsmassstab abzustellen, da nicht jeder Mensch in gleicher Weise auf eine Verletzung seiner psychischen Befindlichkeit reagiert (BK-BREHM, N 21 f. und N 30 zu Art. 49 OR).

e) Vorab ist kurz auf den Begriff des Rassismus einzugehen. Rassismus ist eine Ideologie, die Menschen auf Grund realer oder fiktiver Merkmale körperlicher oder kultureller Art auf ihre ethnische, nationale oder religiöse Zugehörigkeit reduziert und «die Anderen» als moralisch und intellektuell minderwertig erachtet. Die Einteilung der Menschheit in Gruppen oder eben „Rassen“ ist eine soziale Konstruktion, die aufgrund gesellschaftlicher Einteilungs- und Ausgrenzungskriterien entstanden ist. So wird eine Gruppe von Menschen anhand physischer (z.B. Hautfarbe) oder kultureller (z.B. Sprache, Religion, Herkunft) Eigenschaften, ob tatsächlich vorhanden oder fiktiv, von der Gesellschaft als unterschiedlich eingestuft und in bestimmter Weise bewertet. Diese Werturteile werden verallgemeinert, verabsolutiert und stigmatisiert, und zur Rechtfertigung für

Diskriminierungsmassnahmen herbeigezogen (vgl. Definitionen der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus unter <http://www.edi.admin.ch/ekr>).

f) aa) Die Klägerin sah sich im Rahmen ihrer Bewerbung um die Stelle bei der Beklagten mit Äusserungen, wie die Schweizer würden Leute aus dem Balkan nicht ertragen, Kopftücher, Moslems etc. würden nicht in die Schweiz gehören, in der Schweiz habe es nur Platz für Eidgenossen, die Schweiz sei keine Auffangstation für die ganze Welt und die Beklagte würde nicht das zugelaufene Volk finanzieren, konfrontiert.

bb) Der Verfasser der E-Mail der Beklagten bediente sich sämtlicher Kriterien und Merkmale, die definitionsgemäss als rassistisch gelten. Zunächst teilt er die Menschen in Ethnien beziehungsweise Rassen – die Begriffe überschneiden sich sprachlich, wobei kulturelle und historische Komponenten eine wichtige Rolle spielen – ein, indem von den "Leuten aus dem Balkan" gesprochen wird, welche hier nicht erwünscht seien.

Dabei ist auffallend, dass der Begriff „Balkan“ seit langem negativ besetzt ist und heute als politisch unkorrekt durch „Südosteuropa“ ersetzt wird. Während „Balkan“ im ursprünglichen Sinn eine geographische Bezeichnung für die zwischen dem adriatischen und dem Schwarzen Meer gelegene Halbinsel ist, mutierte der Begriff immer mehr als Bezeichnung für die Länder und Völker, die im österreichisch-russisch-türkischen Spannungsfeld als Nachfolgestaaten der Habsburger Monarchie und des zerfallenen osmanischen Reiches auftraten und dauernd in Bürgerkriege, ethnische und andere Konflikte verwickelt waren („Pulverfass Balkan“; vgl. www.ilexikon.com/Balkan.html).

Der Begriff „Leute aus dem Balkan“ impliziert schon aus dem historischen Zusammenhang eine Herabsetzung, nämlich das Unterstellen einer unfriedlichen, streitsüchtigen Haltung, herrührend aus zahlreichen Unruheherden und Konflikten in der Balkanegend.

Dieses Rassenverständnis verdeutlichte der Geschäftsführer der Beklagten anlässlich der Hauptverhandlung durch die Äusserung, es könne zwar jeder Schweizer werden, nicht jedoch Eidgenosse (act. 10 S. 1). Die Bezeichnung der "Leute aus dem Balkan" als "zugelaufenes Volk" und die Schweiz als "Auffangstation" bringt klar die Verachtung und Minderwertigkeit zum Ausdruck, die die Beklagte den Menschen, welche ihre Wurzeln in Südosteuropa haben, entgegenbringt.

cc) Die Geringschätzung wird dazu noch auf die Religion ausgedehnt, womit die Beklagte an ein weiteres verpöntes Unterscheidungsmerkmal anknüpft. Besonders herabwürdigend sind die Bemerkungen, "Kopftücher" würden nicht hierher gehören und die Beklagte würde keine "Kopftücher" anstellen. Das Kopftuch steht hier als Ausdruck einer islamischen Kleidungssitte bei Frauen, die bekanntlich schon mehrfach Anlass zu Auseinandersetzungen gegeben hat. Deshalb erlangte das islamische Kopftuch eine übertriebene symbolische Bedeutung für die islamische Religion und spezifisch für eine ihr vorgeworfene Intoleranz. Dabei können die Gründe, welche eine muslimische Frau dazu bewegen, das Kopftuch zu tragen, durchaus vielfältig sein. Die symbolhafte Personifizierung des islamischen Kopftuchs („Wir stellen keine Kopftücher ein“) bewirkt, dass die islamische Religion nicht nur herabgesetzt, sondern auch lächerlich gemacht wird. Dieses Lächerlichmachen und die Mischung von Verabscheuung und Hohn, die der Verfasser gegenüber den Menschen, welche sich zur islamischen Religion zugehörig fühlen, zum Ausdruck bringt, ist in hohem Masse entwürdigend und abschätzig.

dd) Die Äusserungen in der E-Mail, mit welcher die Beklagte auf das Interesse der Klägerin an ihrer Reinigungsstelle reagierte, kommen nicht nur einer generellen Verunglimpfung aller Menschen, die ihre Wurzeln in Südosteuropa haben und muslimischen Glaubens sind, gleich, sondern verletzen insbesondere die Menschenwürde der Klägerin, in dem die Beklagte ihr aufgrund der Herkunft, Ethnie und Religion abspricht, ein ehrbarer Mensch zu sein. Sie gibt der

Klägerin, welche Schweizerbürgerin mazedonischer Abstammung ist und seit fünfzehn Jahren in der Schweiz lebt, klar zu Verstehen, sie sei hier nicht erwünscht und gehöre zu einer minderwertigen Bevölkerungsgruppe, zum "zuge-
laufenen Volk". Sodann unterstellt sie der Klägerin sinngemäss, eine Schmarotze-
rin zu sein, für welche die Schweiz "keine Auffangstation" sei und die sie nicht fi-
nanzieren wolle. Für die Klägerin, die einen bedeutenden Teil ihres Lebens in der
Schweiz verbrachte und zuvor mindestens während rund acht Jahren als Teilzeit-
angestellte tätig gewesen ist (act. 9/8), bedeuten diese beleidigenden Vorwürfe
eine schwere Verletzung ihrer Persönlichkeit.

g) Der Name als wesentliches Identifizierungs- und Individualisierungs-
merkmal eines Menschen gehört ebenfalls zu den geschützten Persönlichkeitsgü-
tern (BAK-MEILL, N 18 zu Art. 28 ZGB). Die Beklagte sah sich allein wegen des
Namens der Klägerin zu ihren rassistischen Äusserungen veranlasst. Diese pau-
schale, auf blossen Vorurteilen gründende Herabwürdigung alleine wegen des
Namens der Klägerin, der auf eine bestimmte ausländische Herkunft schliessen
lässt, verstärkt das Mass der Persönlichkeitsverletzung.

h) aa) Die Herabsetzung der Angehörigen eines bestimmten Glaubens
stellt einen ungerechtfertigten Eingriff in die Persönlichkeit dar (PAHUD DE MOR-
TANGES/TANNER, a.a.O., S. 439). Es ist unzulässig, Bewerberinnen mit islami-
schem Kopftuch systematisch die Anstellung zu verweigern, was bei der Beklag-
ten gemäss ihrer Äusserung in der E-Mail vom 31. August 2004 -- "stinkesauer" zu
sein, dass der Sachbearbeiter nicht lesen könne, dass sie keine "Kopftücher" ein-
stelle -- offensichtlich seit jeher Praxis zu sein scheint.

bb) Die Klägerin äussert sich nicht über ihre Religionszugehörigkeit,
macht aber geltend, darin verletzt worden zu sein (act. 7 S. 5). In Mazedonien sind
zwei Drittel der Bevölkerung orthodoxe Christen und nur 30 % sind Muslime,
während 0.5 % römischkatholisch sind und 2.8 % anderen Religionsgemeinschaf-
ten angehören (<http://www.mazedonien.org/religion>). Demnach könnte es durch-

aus sein, dass die Klägerin als ursprüngliche Mazedonierin nicht muslimischen Glaubens ist, wie die Beklagte annimmt, und somit nicht direkt in ihrer Religionszugehörigkeit diskriminiert worden wäre. Bei der Beurteilung, ob sie durch die Äusserungen der Beklagten zur Religion in ihrer Persönlichkeit verletzt worden ist, ist jedoch nicht entscheidend, zu welcher Religion sie sich tatsächlich zugehörig fühlt, sondern dass die Beklagte sie wegen einer vermuteten Religion diskriminiert und sich gleichzeitig darüber lächerlich macht. Die Beklagte verletzte daher die Klägerin in jedem Falle in ihrer Religionsfreiheit und somit auch in ihrer Persönlichkeit.

i) Daraus folgt, dass die Klägerin von der Beklagten in verschiedener Weise in ihrer Persönlichkeit schwer verletzt worden ist, wegen ihrer Herkunft, ihrer Ethnie, ihres Namens sowie ihrer Religion. Da die Beklagte, die eine Stelle ausgeschrieben hatte, eine erhöhte Sorgfaltspflicht traf, die Rechtsgüter der Klägerin nicht zu verletzen, worauf diese auch vertrauen durfte, ist die Persönlichkeitsverletzung als sehr schwer zu qualifizieren.

Solche persönlichkeitsverletzenden Erniedrigungen führen bei der betroffenen Person unweigerlich zu Wut, Hass und Komplexen (T. GÖKSU, Rassendiskriminierung beim Vertragsabschluss als Persönlichkeitsverletzung, Diss., Freiburg 2003, N 875). Die geschilderten Persönlichkeitsverletzungen sind massive Angriffe auf die seelische Integrität und verletzen das Gefühlsleben eines Menschen in starkem Masse. Daher führten die verschiedenen schweren Persönlichkeitsverletzungen bei der Klägerin zweifelsohne einen seelischen Schmerz herbei.

k) Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass die Äusserungen der Beklagten bei der Klägerin sowohl eine objektive Verletzung der Persönlichkeit wie auch eine subjektive Beeinträchtigung ihres Wohlbefindens hervorgerufen haben. Es liegt somit eine schwere widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung vor, durch welche die Klägerin eine immaterielle Unbill erfahren hat und die nicht anderweitig wieder gut gemacht worden ist. Die Beklagte hat keine Anstrengun-

gen zur Wiedergutmachung unternommen und sich in keiner Art und Weise bei der Klägerin entschuldigt (BK-BREHM, N 8 zu Art. 49 OR). Auch nach dem Hinweis, die Klägerin sei in ihrer Persönlichkeit verletzt worden, tat die Beklagte in der Korrespondenz mit dem klägerischen Rechtsvertreter weiterhin ihr ausländerfeindliches, rassistisches Gedankengut im gleichen Tonfall kund (act. 4/5).

5.7 Genugtuung

Bei der Höhe der Genugtuung kommt es auf das Mass der Persönlichkeitsverletzung an. Unter Berücksichtigung, dass nicht nur ein, sondern mehrere Persönlichkeitsgüter der Klägerin in krasser Weise verletzt wurden und die Beklagte ihre erhöhte Sorgfaltspflicht aufgrund der culpa in contrahendo absolut missachtete, wiegt die Persönlichkeitsverletzung sehr schwer. Die Beklagte ist daher zu verpflichten, der Klägerin ein Schmerzensgeld zu bezahlen, welches dazu dienen soll, die von der Klägerin erlittene seelische Unbill zu lindern. Die von ihr verlangten Fr. 5'000.- bewegen sich ohne weiteres in der möglichen Grössenordnung, weshalb die Klage vollumfänglich gutzuheissen ist.

Die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung einer Genugtuung steht überdies im Einklang mit der von der Schweiz ratifizierten Rassendiskriminierungskonvention (RDK), welche seit 1994 in Kraft ist (SR 0.104). Diese sieht namentlich in Art. 6 vor, dass die Schweiz jeder Person in ihrem Hoheitsbereich einen wirksamen Schutz und wirksame Rechtsbehelfe durch die zuständigen nationalen Gerichte und sonstigen staatlichen Einrichtungen gegen alle rassistisch diskriminierenden Handlungen, welche ihre Menschenrechte und Grundfreiheiten im Widerspruch zu diesem Übereinkommen verletzen, sowie das Recht, bei diesen Gerichten eine gerechte und angemessene Entschädigung oder Genugtuung für jeden infolge von Rassendiskriminierung erlittenen Schaden zu verlangen, zu gewährleisten hat.

5.8 Kontrahierungszwang

a) Der Vollständigkeit halber sei noch auf die von der Klägerin behauptete Kontrahierungspflicht einzugehen, die vor allem dann von Bedeutung ist, wenn eine stellensuchende Person aus ethnisch-kulturellen Gründen im Bewerbungsprozess nicht berücksichtigt beziehungsweise nicht angestellt wird, ohne dass sie, wie die Klägerin, direkt mit rassistischen Äusserungen konfrontiert wird.

b) Die Klägerin führt aus, die Beklagte habe sie durch die Nichtanstellung aufgrund ihrer Herkunft in ihrer Persönlichkeit widerrechtlich verletzt, weshalb ihr ein Beseitigungsanspruch nach Art. 28a Abs. 1 Ziff. 2 ZGB zustehe. Daraus leitet sie eine Kontrahierungspflicht der Beklagten ab, fügt aber gleichzeitig an, ihr sei es aufgrund der entwürdigenden und verletzenden Äusserungen der Beklagten jedoch nicht zuzumuten, das Arbeitsverhältnis mit dieser aufzunehmen, weshalb die Folgen von Art. 337b Abs. 2 OR eintreten würden und der Richter die vermögensrechtlichen Folgen unter Würdigung aller Umstände zu bestimmen habe (act. 7 S. 9).

Dem hält die Beklagte entgegen, sie lasse sich weder von Anwälten noch von sonst jemandem vorschreiben, wen sie anstelle, sondern bestimme selber, wen sie einstelle und wen nicht (Prot. S. 14).

c) Dem rechtlichen Konstrukt der Klägerin, wonach für den Fall, dass eine Kontrahierungspflicht anzunehmen sei, Art. 337b Abs. 2 OR analog anwendbar sein soll, kann nicht gefolgt werden, weil diese Bestimmung nur beim Vorliegen eines bestehenden Arbeitsverhältnisses angewendet werden kann und sich auf die gerechtfertigte fristlose Auflösung eines solchen bezieht. Abgesehen davon bestünden die vermögensrechtlichen Folgen darin, dass die Klägerin so zu stellen wäre, wie wenn das Arbeitsverhältnis durch Kündigung der Beklagten ordnungsgemäss beendet worden wäre (J. BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. A., Bern 1996, N 4 zu Art. 337b OR), was während der Probezeit

dem Lohn für die siebentätige Kündigungsfrist entsprechen würde (Art. 335b Abs. 1 OR) und nicht für einen Monat, wie die Klägerin ausführt (act. 7 S. 10).

d) Bei der Frage, ob eine Kontrahierungspflicht bei einer diskriminierenden Nichtberücksichtigung einer stellensuchenden Person aus ethnisch-kulturellen Gründen zu bejahen ist, gilt es die Prinzipien der Vertragsfreiheit und des Diskriminierungsverbots gegeneinander abzuwägen. Die in Art. 27 BV statuierte Wirtschaftsfreiheit umfasst die Privatautonomie, auf welcher unsere geltende Rechtsordnung mit ihrer Vertrags- und Partnerwahlfreiheit beruht. Diese beinhaltet die Freiheit des Arbeitgebers zu entscheiden, wen er für eine bestimmte Arbeit einstellen möchte und wen nicht. In diese Freiheit darf der Staat nur dann eingreifen, wenn dies gerechtfertigt ist und der Eingriff verhältnismässig ist. Dabei stellt sich die Frage, ob in solchen Fällen eine Kontrahierungspflicht anzunehmen sei, die in der Lehre allgemein nicht unumstritten und deren Anwendung im Bereich des Arbeitsrechts zumindest fragwürdig ist.

e) Einige Autoren sprechen sich für eine Kontrahierungspflicht des Arbeitgebers aus, wenn er durch eine konkrete Vertragsverweigerung beim Stellensuchenden eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung bewirkt, was namentlich bei einer Verweigerung wegen der nationalen Herkunft, der Rasse oder der Religionszugehörigkeit der Fall ist, d. h. unter Umständen, an denen der Betroffene nichts ändern kann. Denn gemäss Art. 28a Abs. 1 Ziff. 2 ZGB steht demjenigen, der in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, ein Beseitigungsanspruch zu (R. ZÄCH, Der Einfluss von Verfassungsrecht auf das Privatrecht bei der Rechtsanwendung, in SJZ 85 (1989) S. 26; GÖKSU, a.a.O., N 633 ff.; PULVER, L'interdiction de la discrimination, Etude de l'article 8 alinéa 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, Basel 2003, N 409; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, a.a.O., N 1111 vgl. aber auch N 1113).

GÖKSU schränkt die Anwendung einer Kontrahierungspflicht bei denjenigen Vertragsverhältnissen ein, welche eine besondere Nähe zur Persönlichkeit der

vertragsverpflichteten Partei (Arbeitgeber) aufweisen würden und das zwangsweise Zustandebringen eines persönlichkeitsbezogenen Vertrags somit eine unverhältnismässige Einschränkung jener Partei bedeuten würde (GÖKSU, a.a.O., S. 214). In Bezug auf das Arbeitsrecht differenziert er dahingehend, dass beispielsweise bei einem Arbeitsverhältnis mit einem Grossunternehmen der erforderliche Persönlichkeitsbezug zwischen den Vertragsparteien, welcher der Kontrahierungspflicht entgegenstehen würde, kaum jemals vorhanden sei, dagegen bei einem Arbeitsvertrag mit einem Ein-Personen-Unternehmen schon (GÖKSU, a.a.O., N 699).

Während einige Autoren eine Kontrahierungspflicht im Arbeitsrecht beziehungsweise ein Anspruch auf Einstellung ausdrücklich verneinen (PAHUD DE MORTANGES/TANNER, a.a.O., S. 435; VISCHER, a.a.O., S. 74; BK-REHBINDER, N 9 zu Art. 328 OR), äussern sich andere zu dieser Problematik überhaupt nicht. VISCHER weist darauf hin, der Gesetzgeber habe allgemein einen Bestandesschutz im Arbeitsrecht abgelehnt, so auch bei der missbräuchlichen Kündigung und grundsätzlich auch bei der diskriminierenden Nichtanstellung gemäss Gleichstellungsgesetz (GlG). Er erachtet einen Entschädigungsanspruch daher als angemessener und systemkonformer (VISCHER, a.a.O., S. 74 und FN 34). Nach REHBINDER geht der Grundsatz der Vertragsfreiheit dem Gleichbehandlungsgrundsatz insoweit vor, als dem Arbeitgeber die Abschlussfreiheit gewahrt sein müsse. Deshalb könne er bei der Einstellung nach Belieben diskriminieren; denn die Anwendbarkeit von Art. 328 OR setze ein bestehendes Vertragsverhältnis voraus (BK-REHBINDER, N 9 zu Art. 328 OR).

Das Bundesgericht hat im "Vertglas-Boykottentscheid" (BGE 86 II 373) festgehalten, die Kontrahierungspflicht sei nicht schon deshalb abzuweisen, weil sie in die Vertragsfreiheit eingreife. Sodann hat es in einer jüngeren Entscheidung eine Kontrahierungspflicht aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz des Verbots sittenwidrigen Verhaltens abgeleitet und beim Vorliegen mehrerer kumulativen Voraussetzungen ausdrücklich bejaht (BGE 129 III 35).

Die erwähnten bundesgerichtlichen Entscheide beziehen sich weder auf Vertragsverhältnisse mit einer besonderen Nähe zur Persönlichkeit der vertragsverpflichteten Partei noch auf Dauerschuldverhältnisse, wie dies beim Arbeitsverhältnis der Fall ist. Daher, aber auch zufolge des im Arbeitsrecht verneinten Bestandesschutzes und des vorherrschenden Entschädigungsanspruchs bei Diskriminierungen (Art. 5 GlG) und widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzungen (Art. 336 Abs. 1 lit. a OR i.V.m. Art. 336a OR sowie Art. 328 OR i.V.m. Art. 49 OR), ist die Kontrahierungspflicht des Arbeitgebers bei einem diskriminierenden Verhalten bei der Anstellung zu verneinen. So lässt es das Gleichstellungsgesetz auch nicht zu, den Arbeitgeber zu verpflichten, den diskriminierten Kandidaten anzustellen, hingegen dem diskriminierten Kandidaten eine Genugtuung zu bezahlen. Da bestimmte vorvertragliche Verhaltensweisen bei der Anstellung zu einer Genugtuungszahlung führen können, kann dies immerhin zu einer indirekten Kontrahierungspflicht führen, denn man müsste den diskriminierten Kandidaten engagieren, um diese Konsequenz zu verhindern (O. GUILLOD/G. STEFFEN, *Commentaire romand, Code des obligations I*, Genève, Bâle, Munich 2003, n. 46 ad art. 19-20 CO). Diese Rechtslage rechtfertigt sich dadurch, dass die Vertragsfreiheit kein absolutes Prinzip ist und rassistische Diskriminierungen auf keinen Fall ein legitimes Ziel verfolgen.

5.9 Verzugszins

a) Die Klägerin verlangt Verzugszins seit dem 31. August 2004, ab dem Zeitpunkt der persönlichkeitsverletzenden E-Mail der Beklagten an das RAV.

b) Der Zins ist ab Entstehung des immateriellen Schadens, also ab dem Zeitpunkt der seelischen Unbill zu verzinsen (BK-BREHM, N 95 zu Art. 49 OR). Die Beklagte bestreitet nicht, dass die Klägerin am 31. August 2004 mit dem Inhalt der E-Mail konfrontiert worden sei, weshalb die Genugtuung von Fr. 5'000.- ab dem 31. August 2004 zu verzinsen ist.

6 Kosten- und Entschädigungsfolgen

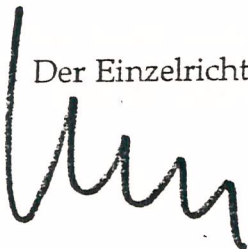
Gemäss Art. 343 Abs. 3 OR ist das Verfahren kostenlos.

Ausgangsgemäss ist die Beklagte zu verpflichten, der anwaltlich vertretenen Klägerin eine volle Prozessentschädigung zu bezahlen (§ 68 i.V.m. § 64 ZPO).

Der Einzelrichter erkennt:

1. In vollständiger Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, der Klägerin Fr. 5'000.- nebst Zins zu 5 % ab 31. August 2004 zu bezahlen.
2. Das Verfahren ist kostenlos.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Prozessentschädigung von Fr. 1'076.- (Fr. 1'000.- zuzüglich 7.6 % Mwst.) zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien je gegen Rückschein.
5. Dieser Entscheid ist rechtskräftig. Eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung oder der späteren Entdeckung eines Mangels an schriftlich, im Doppel und unter Beilage des Entscheides beim Obergericht des Kantons Zürich, III. Zivilkammer, Postfach, 8023 Zürich, eingereicht werden. Die Beschwerdeschrift muss die genaue Bezeichnung des angefochtenen Entscheides, die Angabe, inwieweit er angefochten wird und welche Abänderungen beantragt werden, sowie die Begründung der Anträge unter Nachweis der gesetzlichen Nichtigkeitsgründe (§ 281 ZPO) enthalten.

Der Einzelrichter:



Dr. H. P. Egli



Die juristische Sekretärin:



lic.iur. A. Ritschard