

Elemente eines grund- und menschenrechtlich fundierten Diskriminierungsschutzes (DS)

Grundlagen zuhanden einer Strategieentwicklung

Eine staatliche Strategie für einen wirksamen Schutz vor Diskriminierung – inklusive der operativen Konkretisierung in Maßnahmenplänen und der Umsetzung der verschiedenen Maßnahmen – sollte sich aus zwei Gründen an grund- und menschenrechtlichen Vorgaben orientieren:

- Erstens *verpflichten* die Grund- und Menschenrechte – insbesondere die völker- und verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote – alle drei Stufen des Gemeinwesens dazu, vor staatlicher und privater Diskriminierung Schutz zu gewährleisten und Diskriminierung abzubauen.
- Zweitens helfen die grund- und menschenrechtlichen Grundsätze des Diskriminierungsschutzes bei der Konzipierung von rechtlichen Instrumenten zur effektiven – d.h. tatsächlichen und dauerhaften – sowie effizienten Förderung der Nichtdiskriminierung.

Folglich werden (1) drei zentrale Schritte zur Integration des Rechts in eine Strategie skizziert. Daran anschließend werden (2) die Pflichten des Gemeinwesens zum Diskriminierungsschutz dargestellt und (3) bewährte rechtliche Instrumente zur Umsetzung der diskriminierungsschutzrechtlichen Pflichten formuliert.

1 Integration rechtlicher Instrumente in eine DS-Strategie

Zwei zentrale Herausforderungen einer Strategieentwicklung sind: erstens die Strategie grund- und menschenrechtlich nachhaltig zu fundieren und zweitens die rechtlichen Instrumente zu deren Umsetzung wirksam aufzustellen. Konkret sollten folgende drei Schritte bei der Entwicklung einer Strategie beachtet werden:

Schritt 1. Grund- und menschenrechtliche Rückbindung der Strategie

Erstens bedarf es einer engen Anbindung der Strategie und Maßnahmenpläne an die grund- und menschenrechtliche Verpflichtungsschichten-Trias (siehe dazu weiter hinten, Teil 2). Konkret ließe sich etwa folgende Formulierung an den Anfang einer Strategie setzen: „Die vorliegende Strategie orientiert sich an der Pflicht des Kantons und der Gemeinden, Diskriminierung zu unterlassen, vor Diskriminierung zu schützen und Maßnahmen zum Abbau von strukturellen Diskriminierungen zu ergreifen“.

Daher sollten im Rahmen der Entwicklung einer kantonalen Strategie folgende Fragen beantwortet werden: „Wie und an welcher Stelle formulieren wir die Prämisse, dass sich die kantonale und kommunale Politik zum Schutz vor Diskriminierung an den Grund- und Menschenrechten orientiert?“, „Welche diskriminierungsschutzrechtlichen Ziele verfolgen wir“?

Schritt 2. Fundierung in einem operationalisierbaren rechtlichen Instrumentarium

Zweitens bedarf es einer umfassenden Darstellung der bestehenden (und allenfalls zu ergänzenden) rechtlichen Instrumente, die dazu dienen, die Ziele – basierend auf den drei Verpflichtungsschichten – effektiv und effizient umzusetzen. Hierfür sollten nicht nur die ausdrücklich auf den Diskriminierungsschutz ausgerichteten rechtlichen Instrumente, sondern ebenso anderweitige Instrumente gebündelt in der Strategie verankert werden. Dazu gehö-

ren Diskriminierungsverbote, Fördermaßnahmen sowie Institutionen, die der Umsetzung dienen (siehe dazu hinten, Teil 3).

Daher sollten im Rahmen der Entwicklung einer kantonalen oder kommunalen Strategie folgende Fragen beantwortet werden: „Über welche rechtlichen Instrumentarien verfügt der Kanton?“, „Wie lässt sich ein wirkungsvolles Instrumentenpaket formulieren?“, „Gibt es wichtige rechtliche Instrumente, die der Gesetzgeber schaffen sollte?“

Schritt 3. Zuteilung von Verantwortlichkeiten

Drittens bedarf es einer Klärung der Verantwortlichkeiten der Formulierung konkreter Maßnahmen – basierend auf dem bestehenden gesetzlichen Instrumentarium. Hierzu sind der Gesetzgeber, die Regierung und die Einheiten der zentralen und dezentralen kantonalen und kommunalen Verwaltungen gemeinsam in die Verantwortung zu nehmen.

Daher sollten im Rahmen der Entwicklung einer kantonalen oder kommunalen Strategie folgende Fragen beantwortet werden: „Wer ist zuständig für die Konzipierung der rechtlichen Instrumente?“, „Wer ist zuständig für die Erarbeitung der einzelnen Maßnahmen?“, „Wer ist zuständig für die Umsetzung der Maßnahmen?“

2 Grund- und menschenrechtliche Pflichten zum Diskriminierungsschutz

Grund- und Menschenrechte verpflichten das Gemeinwesen (d.h. Bund, Kantone und Gemeinden) im Rahmen ihrer verfassungsmässigen Zuständigkeitsbereiche rechtliche Maßnahmen zur Steuerung eines nichtdiskriminierenden bzw. schützenden Verhaltens und zur Regulierung von Konflikten aufgrund begangener Diskriminierungen oder nicht wahrgenommener Schutzmaßnahmen zu ergreifen.

- (1) Die *Pflicht zur Unterlassung von Diskriminierung (Unterlassungspflicht)* umfasst zum einen Verbote der staatlichen Diskriminierung. Verpflichtet werden Behörden sowie Unternehmen, die zu großen Teilen in staatlicher Hand sind oder staatliche Aufgaben wahrnehmen. Zum andern beinhalten Unterlassungspflichten Maßnahmen zur Untersuchung und Sanktionierung staatlicher Diskriminierungshandlungen – dies entweder auf Anregung der Diskriminierungsbedingten oder von Amtes wegen.
- (2) Die *Pflicht zum staatlichen Schutz vor privater Diskriminierung (Schutzpflicht)* verpflichtet zum einen den Gesetzgeber, Gesetze gegen Diskriminierung zu erlassen. Zum andern verlangen staatliche Schutzpflichten von den rechtsanwendenden Behörden (insbesondere den Verwaltungen), Maßnahmen gegen Diskriminierungen zu ergreifen, so z.B. über polizeiliches Handeln. Schließlich sind auch Gerichte und Verwaltungsorgane gehalten, im Rahmen von konkreten Rechtsverfahren das geltende Recht im Sinne der völker- und verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote auszulegen.
- (3) Die *Pflicht zum Abbau von strukturellen Diskriminierungen* umfasst Maßnahmen, die darauf hinwirken, dass Strukturen in der Gesellschaft, die Diskriminierungen zementieren, abgebaut werden bzw. Maßnahmen, die darauf hinwirken, den Abbau von strukturellen Diskriminierungen zu begünstigen. Dazu gehören Maßnahmen in den Bereichen Privilegierung (z.B. Bevorzugung durch Quotenregelung, spezialisierte Antidiskriminierungstrainings), Sensibilisierung der Gesellschaft und Prävention konkreter Diskriminierungen durch Maßnahmen, die sich an machtvollen Akteure (z.B. Verwaltungen und Unternehmen) richten (z.B. Projekte zur Öffnung der Institutionen).

3 Instrumente des Rechts zur Umsetzung der Pflichten

Es gibt im Wesentlichen drei rechtliche Maßnahmenbereiche zur Umsetzung der Pflichten zum Diskriminierungsschutz. Es sind dies: (3.1) Diskriminierungsverbote, (3.2) Fördermaßnahmen und (3.3) Institutionen. Alle drei Maßnahmenbereiche beinhalten verschiedene Instrumente, die entweder (oder sowohl als auch) die Unterlassung staatlicher Diskriminierung absichern, den Schutz vor privater Diskriminierung fördern oder dem Abbau von Diskriminierung begünstigenden Strukturen dienen.

3.1 Diskriminierungsverbote

Diskriminierungsverbote zielen darauf, staatliche oder private Diskriminierungshandlungen als solche rechtlich zu verbieten, zu unterbinden und zu sanktionieren. Sie können je nach Regulierungsziel im Verwaltungsrecht, Privatrecht, Strafrecht oder im aufsichtsrechtlichen Ordnungsrecht angesiedelt werden:

- a. Verwaltungsrecht: Diskriminierungsverbote im Verwaltungsrecht richten sich an den Staat und bezwecken die Konkretisierung verfassungsrechtlicher Verbote staatlicher Diskriminierung in den Regelstrukturgesetzen bzw. einzelnen Bereichen des staatlichen Handelns. Beispielsweise gewährleisten sie diskriminierungsfreie Bewertungen und Schulübertrittsentscheide (Bildungsrecht). Oder – um ein weiteres Beispiel zu nennen – sie stellen sicher, dass sicherheitspolizeiliches Handeln ohne „Racial Profiling“ realisiert wird (Polizeirecht).
- b. Privatrecht: Diskriminierungsverbote im Privatrecht richten sich an nichtstaatliche Akteure und bezwecken die Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Pflicht zum Schutz vor Diskriminierung in den privatrechtlichen Tätigkeitsfeldern (wie etwa im Arbeitsrecht, im Mietrecht und Dienstleistungsrecht). Der privatrechtliche Diskriminierungsschutz ermächtigt Diskriminierungsbetroffene, sich selbstbestimmt gegen Diskriminierungen Privater so wirksam als möglich zur Wehr zu setzen, indem sie z.B. ermöglichen, dass sich eine Familie, der wegen ihrer Herkunft die Wohnung gekündigt wird, unentgeltlich und formlos gegen die Diskriminierung zur Wehr setzen kann. Das Privatrecht liegt im Zuständigkeitsbereich des Bundes.
- c. Aufsichtsrecht: Diskriminierungsverbote im aufsichtsrechtlichen Ordnungsrecht richten sich an staatliche Akteure und bezwecken ebenso wie Diskriminierungsverbote im Privatrecht die Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Pflicht zum Schutz vor Diskriminierung in den privatrechtlichen Tätigkeitsfeldern, die den öffentlichen Bereich tangieren (so insbesondere den freien Markt). Im Gegensatz zum Privatrecht zielen sie jedoch nicht auf die Ermächtigung von Diskriminierungsbetroffenen, sich selbst zu helfen, sondern eher auf die Unterbindung systematischer Diskriminierung durch private Akteure, an deren Unterbindung nicht nur die Diskriminierungsbetroffenen aber zusätzlich die Gesellschaft insgesamt ein Interesse hat. Ein Beispiel dafür ist etwa die Möglichkeit, einen Diskobetreiber bei systematischem Fehlverhalten zu büßen oder ihm (als ultima Ratio) die Betriebsbewilligung zu entziehen.
- d. Strafrecht: Diskriminierungsverbote im Strafrecht bezwecken die Bestrafung schwerwiegender Diskriminierungshandlungen wie etwa die „Hass-Rede“ im öffentlichen Raum. An deren Sanktionierung haben nicht nur die Diskriminierungsbetroffenen sondern die Gesellschaft insgesamt ein Interesse. Im Gegensatz zum aufsichtsrechtlichen Ordnungsrecht sanktionieren strafrechtliche Diskriminierungsverbote ausschließlich sozial schwerwiegend schädliches Verhalten wie et-

wa der Aufruf zu Hass gegenüber einer ganzen Gruppe von Menschen. Das Strafrecht liegt im Zuständigkeitsbereich des Bundes.

Pragmatisch-pluralistischer Lösungsansatz:

Die verschiedenen rechtlichen Lösungsansätze schließen sich nicht etwa gegenseitig aus, sondern verfolgen unterschiedliche Regulierungsziele und bedienen sich damit auch verschiedener Regulierungsmethoden. Gemeinsam ist ihnen, dass sie alle bezwecken, den Diskriminierungsschutz robuster aufzustellen. Im Fokus verwaltungsrechtlicher und privatrechtlicher Diskriminierungsverbote steht neben der Verhinderung und Unterbindung staatlicher bzw. privater Diskriminierung die Ermächtigung der Betroffenen, sich möglichst wirksam gegen Diskriminierung zur Wehr zu setzen und Beseitigung der Diskriminierung oder Wiedergutmachung in Form von Schadenersatz und Genugtuung einzufordern. Im Gegensatz dazu steht bei ordnungsrechtlichen und strafrechtlichen Diskriminierungsverboten über die individuellen Interessen der Diskriminierungsbetroffenen hinaus auch das Interesse der Allgemeinheit wirksamen präventiven und interventionistischen Maßnahmen gegen systematische, die öffentliche Sicherheit und Wirtschaftsordnung schädigende Diskriminierungen im Vordergrund. Daher ist es für eine möglichst effektive Antidiskriminierungspolitik ratsam, dass sich das Gemeinwesen strategisch breit aufstellt, damit es jeweils das dem Problem angemessene Instrument möglichst effektiv einsetzen kann. Dabei ist zu beachten, dass die Zuständigkeit zum Erlass strafrechtlicher und privatrechtlicher Normen in den Zuständigkeitsbereich des Bundes fällt – dies mit Ausnahme sogenannter Administrativstrafen.

3.2 Fördermaßnahmen

Fördermaßnahmen zielen darauf, erstens Diskriminierungsbetroffene zu ermächtigen sich zur Wehr zu setzen, zweitens machtvolle Akteure für ein diskriminierungsfreies Handeln zu stärken und drittens Vielfalt zu fördern. Dafür stehen im Grundsatz die folgenden vier Typen von Maßnahmen zu Verfügung: Positive Maßnahmen, administrative Fördermaßnahmen, Maßnahmen im öffentlichen Beschaffungswesen und Maßnahmen im Subventionsbereich:

- e. Positive Maßnahmen: Positive Maßnahmen zielen auf die gezielte Privilegierung von systematisch benachteiligten Personengruppen, damit diese in die Lage versetzt werden, strukturelle Nachteile aufzuholen. Solche Maßnahmen sind z.B. Quotenregelungen bei der Besetzung von Ämtern, Stellen oder in der nachobligatorischen Bildung.
- f. Administrative Fördermaßnahmen: Administrative Fördermaßnahmen zielen auf die Sensibilisierung, Prävention und Beratung zur Verhinderung oder Intervention von bzw. bei Diskriminierung. Dazu gehören z.B. die Förderung der Öffnung der Institutionen sowie Aufbau und Unterstützung von Beratungsstellen.
- g. Maßnahmen im öffentlichen Beschaffungswesen: Maßnahmen im öffentlichen Beschaffungswesen zielen auf die Förderung der Nichtdiskriminierung und Gleichstellung in Unternehmen, indem sie das Gemeinwesen dazu verpflichten, im Rahmen der Vergabe staatlicher Aufträge darauf zu achten, dass ausschließlich oder überwiegend diejenigen Unternehmen den Zuschlag erhalten, die sich diskriminierungsfrei verhalten und Gleichstellung fördern.
- h. Maßnahmen im Subventionsbereich: Maßnahmen im Subventionsbereich zielen auf die Förderung der Nichtdiskriminierung und Gleichstellung in Unternehmen, indem sie die Verwaltungsstellen, welche die Fördergelder sprechen verpflichten, im Rahmen von Subventionszahlungen darauf zu achten, dass die Subventionsempfängerinnen Nichtdiskriminierung unterstützen und Gleichstellung fördern.

Pragmatisch-pluralistischer Lösungsansatz:

Ebenso wie bei den Diskriminierungsverboten schließen sich auch bei den Fördermaßnahmen die verschiedenen Instrumente nicht gegenseitig aus, vielmehr ist es ratsam, einen pragmatisch-pluralistischen Lösungsansatz zu verfolgen.

3.3 Institutionen

Institutionen zielen darauf, die Umsetzung – und damit die Wirkung und Wirksamkeit – von Diskriminierungsverboten und Fördermaßnahmen zu steuern und begünstigen. Sie umfassen (erstens) staatliche Institutionen, die für die Politikformulierung und Politikkontrolle zuständig sind, (zweitens) private Institutionen, die für die fachliche Politikumsetzung aufgebaut und genutzt werden sowie (drittens) zwischenstaatliche Institutionen der kritischen Gesellschafts- und Politikbeobachtung.

- i. Staatliche Institutionen: Staatliche Institutionen zielen auf die Gewährleistung der Formulierung, Konzipierung und Kontrolle von Diskriminierungsverboten und Fördermaßnahmen. Hierbei handelt es sich um eigentliche zentrale und ministeriale dezentrale Verwaltungsstellen wie z.B. die Fachstelle für Rassismusbekämpfung, ergänzt durch Fachstellen in den einzelnen Departementen wie z.B. die Fachstelle Extremismus in der Armee, die für das Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport VBS zuständig ist.
- j. Private Institutionen: Sie zielen auf den Aufbau von fachlichem Know-how in Beratung, Sensibilisierung und Prävention. Dazu gehören Nichtregierungsorganisationen, die Schulungen und Weiterbildungsangebote, Beratung und Mediation anbieten wie z.B. (zumindest einzelne Bereiche abdeckend) das ggffon in Bern, das TikK in Zürich und Stopp Rassismus Nordwestschweiz.
- k. Zwischenstaatliche Institutionen: Sie zielen auf die kritische Politikbeobachtung und -beratung und formulieren darauf aufbauend Stellungnahmen für wirksame Diskriminierungsverbote und Fördermaßnahmen zuhanden der Behörden. Ein Beispiel einer solchen Institution ist etwa die Eidgenössische Kommission gegen Rassismus EKR, die aus einer unabhängigen Perspektive die Gesellschaft hinsichtlich rassistisch diskriminierender Dynamiken beobachtet und kritische Empfehlungen für Maßnahmen formuliert.

4 Beispiel zur Illustration

Für eine wirkungsvolle Ausgestaltung staatlicher Antidiskriminierungsarbeit ist es unabdingbar, Instrumente aus allen drei Massnahmebereichen (Diskriminierungsverbote; Fördermaßnahmen; Institutionen) zu berücksichtigen (siehe hierzu vorne, Teil 3). Während die Instrumente des ersten Massnahmebereiches (Diskriminierungsverbote) primär individuelle Diskriminierungshandlungen verhindern, unterbinden und Wiedergutmachen, orientieren sich die Instrumente des zweiten Massnahmenbereiches (Fördermaßnahmen) der Beseitigung gesellschaftlicher Rahmenbedingungen, die Diskriminierungshandlungen begünstigen. Die Instrumente des dritten Massnahmenbereiches (Institutionen) sind schliesslich eigentliche Fazilitatoren, die im Wesentlichen dazu dienen – und dafür auch unabdingbar sind –, die Konzipierung und Umsetzung von Instrumenten der Primärmassnahmenbereiche zu fördern. Daher ist es ratsam, einen **effektiven und pragmatischen Massnahmen- und Instrumentenpluralismus** zu verfolgen, mit dem alle drei Staatsgewalten in die Verantwortung genommen werden, und der eine zentrale Koordination der Politik sowie dezentrale Konkretisierung und Umsetzung verlangt.

Beispiel: Soll sichergestellt werden, dass die Lehrkräfte aller Gemeinden eines Kantons im Rahmen der Beurteilung der schulischen Übertrittsleistungen möglichst diskriminierungsfrei agieren, sind die folgenden rechtlichen Instrumentarien zu berücksichtigen:

- erstens bedarf es der Konkretisierung der Diskriminierungsverbote im Bildungsrecht sowie der entsprechenden Förderung und Kontrolle der Umsetzung von Amtes wegen (Maßnahmenbereich 1).
- Zweitens ist es notwendig, Schulungsangebote für Schulbehörden, Schulleitungen und Lehrkräfte zur Sensibilisierung und Prävention zu realisieren. Ebenso sind Fördermaßnahmen zur Unterstützung unterprivilegierter Schülerinnen und Schüler zu konzipieren (Maßnahmenbereich 2).
- Schließlich ist eine im zuständigen Departement angesiedelte Fachstelle zu schaffen, die entsprechende Programme formuliert, an spezialisierte Organisationen Leistungsaufträge zu deren Umsetzung erteilt und die Umsetzung kontrolliert. Weiter bedarf es der kritischen Beobachtung der Umsetzung durch ein unabhängiges Organ wie z.B. eine pluralistisch zusammengesetzte Fachkommission (Maßnahmenbereich 3).

Hintergrundinformationen: Rolle des Rechts im Diskriminierungsschutz (DS)

Um zu verstehen, wie Diskriminierungsschutzrecht (DS) auszugestaltet ist, soll an dieser Stelle die Rolle des Rechts grundsätzlich geklärt werden. Das Recht zum Schutz vor Diskriminierung hat vereinfacht zwei Funktionen: Primär ist dies die Verhaltenssteuerung, d.h. die Verhinderung von individuellen Diskriminierungshandlungen und die Förderung des Abbaus von strukturellen Diskriminierungen (Regulation der Prävention und des Abbaus von Diskriminierung). Sekundär hat das Recht die Funktion der Konfliktregulierung, d.h. das Management von Konflikten aufgrund begangener Diskriminierungshandlungen oder unterlassener Schutzmaßnahmen (Regulation der Intervention bei Diskriminierung):

In seiner **Primärfunktion der Verhaltenssteuerung** richtet sich der rechtliche Diskriminierungsschutz an potentielle Diskriminierungsverantwortliche und an Akteure, die Verantwortung im Diskriminierungsschutz zu übernehmen haben (z.B. Behörden und Unternehmen). Ziel ist es, dass diese Adressaten ihr Handeln auf die Unterlassung von Diskriminierung einerseits (Diskriminierungsverantwortliche) und die Prävention und Sanktionierung von Diskriminierungen andererseits (Akteure des Diskriminierungsschutzes) ausrichten. Wird DS-Recht effektiv und effizient ausgestaltet, steuert es das Agieren der entsprechenden Akteure in die gewünschte Richtung, z.B. indem es Diskriminierungshandlungen verhindert, den Willen zur Öffnung der Institutionen begünstigt oder bewirkt, dass Beratungsstellen gefördert werden.

In seiner **Sekundärfunktion der Konfliktregulierung** richtet sich das DS-Recht zum einen an Diskriminierungs-betroffene und Diskriminierungsverantwortliche, indem es verbindliche Anweisungen zur Bereinigung des Konfliktes gibt. Zum andern verpflichtet es bestimmte Akteure zur Unterstützung der Konfliktparteien in der Bereinigung von Diskriminierungskonflikten. Zu diesen Akteuren gehören nicht nur Gerichte, sondern z.B. ebenso Beratungsstellen, Mediationsfachkräfte, Verwaltungsbehörden, Diskriminierungs-betroffene und Führungskräfte von Unternehmen. Wird DS-Recht evidenzbasiert konzipiert, kann dies zu einer nachhaltigen Bereinigung von Konflikten beitragen.