

# Eine Initiative zum Diskriminierungsverbot

Argumente pro und contra

Juristische Einschätzung

Stand, Dezember 2013

---

## 1. Wieso eine Initiative?

### Pro:

a) Mit einer Initiative schaffen wir unser eigenes politisches Terrain. Eine eigens lancierte Initiative widersetzt sich der seit Jahren desaströsen Asyl- und Ausländerpolitik aktiv und reagiert nicht nur. Wir gewinnen damit die Möglichkeit, für unsere eigens gesetzten Grundsätze zu kämpfen.

b) Beim Unterschriftensammeln für eine Initiative kann während eineinhalb Jahren ein selbstgesetztes Thema an die Bevölkerung gebracht werden. Auch das Agendasetting der Medien wird damit beeinflusst.

c) Mit einer besseren Verankerung der Grundwerte der Bundesverfassung im öffentlichen Bewusstsein soll die Rechtsstaatlichkeit gestärkt und dem Verständnis von Demokratie als uneingeschränkter Volksherrschaft (Mehrheitsherrschaft) etwas entgegengesetzt werden.

### Contra:

a) Eine Initiative bewirkt nur eine Verfassungsänderung. Die Verfassung hat in der Schweiz einen relativ schwachen Stand, da es keine Verfassungsgerichtsbarkeit gibt. Bundesgesetze stehen bei Widersprüchen über dem Verfassungsrecht. Das Bundes-parlament kann also folgenlos Gesetze verabschieden, die der Verfassung widersprechen. Einzig dem (zwingenden) Völkerrecht dürfen sie nicht widersprechen. Wenn die Gesetze dem Völkerrecht widersprechen, muss im konkreten Einzelfall geklagt werden, was bis vor den EGMR führen kann.

b) Mit einer erfolgreichen Initiative lassen sich bestehende grund- und menschenrechtswidrige Gesetzesbestimmungen meistens nicht aus den Angeln heben. Es kann nur die Rechtsprechung beeinflusst werden. Verliert man jedoch die Abstimmung zu einer Initiative werden die menschenrechtsverachtenden Positionen in der politischen Landschaft gestärkt und schlagen sich in der Rechtsprechung nieder. Ein Beispiel ist die Mitenand-Initiative (1974), die nach verlorener Abstimmung viele Engagierte für eine Weiterarbeit völlig entmutigt hat.

c) Bei Initiativen, in denen ein Gesetzgebungsauftrag verankert werden soll, hängt die Umsetzung letztlich vom Gesetzgeber ab, also vom Parlament. Dieser Gesetzgebungsprozess dauert

oft sehr lange. Ein Beispiel ist die Einführung der Mutterschaftsversicherung. Auch bei der Initiative vom Diskriminierungsverbot wäre es in keiner Weise garantiert, dass sich im Parlament innert vernünftiger Frist eine Mehrheit finden lässt.

d) Die Lancierung einer Initiative erfordert sehr viel Kraft und Ausdauer sowie erhebliche finanzielle Mittel, insbesondere aber eine sehr breite Allianz mit einer starken Motivation. Fehlen diese Voraussetzungen, sind die Finger von einem Initiativeprojekt zu lassen.

## 2. Wieso eine Initiative zum Diskriminierungsverbot?

### Pro:

a) Die Initiative zum Diskriminierungsverbot stärkt ein wichtiges Grundrecht. Sie fokussiert auf die Menschenrechte und zeigt auf, dass Menschenrechtsverletzungen jede und jeden treffen können. Menschenrechte müssen auch immer aufs Neue erkämpft werden. Die Initiative ist somit Instrument zur Menschenrechtsbildung in der Schweiz. Die SVP und ihre Vorgängerpartei, die BGB, bekämpfen seit vielen Jahrzehnten den Vorrang überstaatlicher Verpflichtungen und völkerrechtlicher Rechtsansprüche. Mit bewusst völkerrechtswidrigen Initiativen soll die Verbindlichkeit von Völkerrechtsnormen für die Schweiz gezielt eruiert werden. Diese fundamentale Bedrohung gilt es entschieden abzuwenden.

b) Das Diskriminierungsverbot gehört zu den wichtigen Menschenrechten, ist aber in der Schweiz in Verfassung und Gesetz nur schlecht geschützt, insbesondere was Diskriminierung im nicht-staatlichen Bereich (z.B. Wohnungs- und Arbeitsmarkt) betrifft. Die Schweiz wurde vom UNO-Menschenrechtsrat und anderen internationalen Institutionen deswegen mehrfach kritisiert und aufgefordert, die Lücke durch eine entsprechende Gesetzgebung zu schliessen. Das Diskriminierungsverbot ist zudem eines der wenigen Grundrechten, das keine Vorbehalte gegenüber Ausländer\_innen kennt.

c) Das Diskriminierungsverbot sprengt die Ausländer- und Flüchtlingsdiskussion. Damit würde ein ganz neuer Diskurs eröffnet werden, ohne die Migrationsthematik aus den Augen zu verlieren. Weiter würde das Diskriminierungsverbot Allianzen mit anderen Interessengruppen ermöglichen (z.B. mit LGBTI-Organisationen, Behindertenverbänden etc.).

d) Für die Initiant\_innen wichtiger als ein Erfolg bei der Volksabstimmung ist der durch die Initiative angestossene Meinungsbildungsprozess zur Bedeutung von Grundrechten. Ohne die Lancierung einer solchen Initiative käme ein solcher Lernprozess nicht in Gang.

### Contra:

a) Eine Initiative müsste den Effekt haben, *alle* Grundrechte zu stärken. Um dies zu erreichen müssten entweder stärkere Schranken und Kontrollen des Initiativrechts oder Schranken vor

menschenrechtswidriger Rechtsanwendung gesetzt werden. Eine solche Initiative würde nicht bei den einzelnen Grundrechten sondern bei den Prinzipien der Rechtssetzung und der Rechtsanwendung ansetzen (Verankerung des Vorrangs der Grundrechte).

b) Das Diskriminierungsverbot ist ein schwierig zu vermittelndes Grundrecht und schützt vor allem die wenig geschätzten Minderheiten. Es ist nicht einfach zu erklären, weshalb dieses Grundrecht im Interesse von allen ist.

c) Wenn wir die Abstimmung verlieren, schwächen wir die Bedeutung des Grundrechts zum Diskriminierungsverbot. . Wie gross die Chancen sind, die Initiative zu gewinnen hängt nicht nur von finanziellen und organisatorischen Faktoren ab, sondern auch vom Inhalt der Neuformulierungen. Im nächsten Teil (3. Textvarianten) geht es um verschiedene Formulierungsvorschläge: je deutlicher sie die Rechte von Diskriminierten schützen und auf Ausländer\_innen bezogen sind, desto geringer sind die Chancen, die nötigen Unterschriften zu erhalten und die Abstimmung zu gewinnen.

### 3. Textvarianten gemäss Stand der Diskussion

(*kursiv* = neu)

#### **Art. 8 Rechtsgleichheit *und* Diskriminierungsverbot**

<sup>1</sup> Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.

<sup>2</sup> Niemand darf diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, *der Nationalität*, der Rasse, *des Aufenthaltsstatus*, des Geschlechts, *der sexuellen Orientierung*, *der Geschlechtsidentität*, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung.

(Mit oder ohne Aufenthaltsstatus oder Nationalität)

neuer Art. 2a, Vorschlag 1 der AG Text ohne direkte Drittwirkung, mit Schutzauftrag (Gesetzgebungsauftrag):

*<sup>2a</sup> Jeder Mensch hat Anspruch auf Schutz vor Diskriminierung. Das Gesetz sieht wirksame Instrumente zur Umsetzung des Diskriminierungsverbots insbesondere im Bildungs-, Arbeits-, Miet- und Dienstleistungsbereich vor.*

Vorschlag 2 inkl. direkter Drittwirkung:

*<sup>2a</sup> Jeder Mensch hat Anspruch auf Schutz vor Diskriminierung. Verletzungen des Diskriminierungsverbots insbesondere im Bildungs-, Arbeits-, Miet- und Dienstleistungsbereich sollen*

*direkt eingeklagt werden können. Weiter sieht das Gesetz wirksame Instrumente zur Umsetzung des Diskriminierungsverbotes vor.*

<sup>3</sup> Mann und Frau sind gleichberechtigt. Das Gesetz sorgt für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit. Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit.

<sup>4</sup> Das Gesetz sieht Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen der Behinderten vor.

### **3.1 Aufenthaltsstatus (bzw. ausländerrechtlicher Status) und Nationalität als Diskriminierungsdimension (-merkmal, -grund)**

An der Koalitionssitzung vom 4. April 2013 wurde darüber diskutiert, ob die Merkmale *Aufenthaltsstatus* (bzw. ausländerrechtliche Status) und Nationalität explizit in Abs. 2 erwähnt werden soll (siehe Protokoll). Dabei war insbesondere das Merkmal des Aufenthaltsstatus umstritten. Die Nationalität allein als weiteres Merkmal allein wird für einen wirksamen Diskriminierungsschutz als nicht genügend erachtet. Personen mit N- oder F- Status oder Sans-Papiers wären dadurch noch nicht ausreichend vor Diskriminierung oder Benachteiligungen geschützt.

Im Zuge der Diskussion hat sich herausgestellt, dass die rechtlichen Auswirkungen der Aufnahme des Aufenthaltsstatus (bzw. des ausländerrechtlichen Status) oder der Nationalität in Abs. 2 unklar sind.

#### **Kurze juristische Einschätzung zur Aufnahme von Aufenthaltsstatus und Nationalität:**

Jörg Künzli, Professor für Staats- und Völkerrecht und Judith Wytenbach, Professorin für Staatsrecht haben sich kurz zur Aufnahme des Aufenthalts- bzw. ausländerrechtlichen Status und der Nationalität in Art. 8 BV geäußert:

Die Aufnahme der Merkmale "Aufenthaltsstatus" und "Nationalität" wird im Bereich des Diskriminierungsschutzes viel ermöglichen und ihn gegenüber heute massgeblich erweitern können. Nach heutiger Rechtsprechung fallen Unterscheidungen zwischen Schweizer\_innen und Ausländer\_innen aufgrund der Staatsangehörigkeit unter Abs. 1 und nicht unter Abs. 2 (d.h. sachliche Gründe genügen heute für eine Unterscheidung, eine qualifizierte Prüfung nach Abs. 2 entfällt). Die Aufnahme dieser Merkmale kann eine Chance sein, um viele Ungleichbehandlungen basierend auf Art. 8 BV einzuklagen.

Es wird demgegenüber jedoch auch darauf hingewiesen, dass wenn das Merkmal des Aufenthaltsstatus ernst genommen wird, das Asyl- und Ausländergesetz und auch das System der Personenfreizügigkeit fundamental verändert werden muss.<sup>1</sup> Anstatt einer grundsätzlichen Umwälzung der Gesetzeslage sei es wohl auch im Falle einer

---

<sup>1</sup> Das ist gemäss einem Teil der Gruppe eines der Ziele, während andere innerhalb der Gruppe primär den Schutz vor Diskriminierung allgemein im Fokus haben.

Aufnahme des Merkmals „Aufenthaltsstatus“ in den Katalog von Art. 8 Abs. 2 BV wahrscheinlicher, dass es keine umwälzenden Gesetzesänderungen geben werde, sondern dass sich eine „moderate“ Rechtsprechung entwickle. Diese werde stets einen sachlichen Grund und ein öffentliches Interesse für die Ungleichbehandlung von ausländischen Staatsangehörigen basierend auf ihrem Status suchen und auch finden, d.h. die Gerichte werden so argumentieren, um die offensichtliche Ungleichbehandlung zu rechtfertigen (Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen).<sup>2</sup> Eine solche Handhabung führe aber zu einer Verwässerung oder Trivialisierung und letztlich zu einer Aushöhlung des Diskriminierungsverbots. Es sei daher kein Zufall, dass sich dieses Merkmal in keinem internationalen Abkommen finden lasse.

### **Politische Argumentation:**

#### **Pro:**

a) Für die asyl- und migrationspolitisch Engagierten wäre die Einfügung v.a. des Merkmals des Aufenthaltsstatus die Hauptmotivation, bei der Initiative mitzuarbeiten. Für viele geht es nicht darum, die Initiative zu gewinnen, sondern einen Achtungserfolg zu erzielen.

b) Das Weglassen aller Merkmale käme einem Rückschritt gleich (Stand vor der BV-Revision).

c) Die Diskriminierungspraxis ist im öffentlichen wie im privaten Bereich so etwas wie selbstverständlich geworden (z.B. das Rayonverbot für Asylsuchende in „sensiblen“ Zonen). Dieses Unhinterfragte zu hinterfragen wäre eine wichtige Aufgabe der Initiant\_innen.

d) Beispielsweise liesse sich mit einem so spezifizierten Diskriminierungsverbot (mit Aufenthaltsstatus) die Schlechterstellung bei Sozialleistungen, bei der Einschulung, medizinischen Versorgung oder die (in einigen Kantonen) generellen, unbefristeten Arbeitsverbote oder Rayonverbote für alle Asylsuchende bekämpfen. Ebenso wären obligatorische Integrationsvereinbarungen mit unanfechtbaren Folgen nicht durchsetzbar.

#### **Contra:**

a) Es besteht das Risiko, dass in der politischen Diskussion einzig über die Ausländer\_innen-Frage diskutiert wird. Themen wie z.B. Diskriminierung aufgrund des Lebensalters und der sexuellen Orientierung könnten vollständig untergehen.

b) Mit der Aufnahme des Aufenthaltsstatus und auch der Nationalität in den Katalog von Art. 8 Abs. 2 BV wird das Risiko einer sehr hohen Niederlage erhöht; die Stimmung sei nur einmal aufgrund

---

<sup>2</sup> Anmerkung Melanie, Tarek: So gibt es denn auch eine unterschiedlich strenge Prüfung der Rechtfertigung von Benachteiligungen aufgrund bestehender Diskriminierungsdimensionen: Beispielsweise ist eine Benachteiligung aufgrund der Hautfarbe praktisch nicht zu rechtfertigen, während sowohl in der Rechtsprechung als auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur die Auffassung vertreten wird, dass bei einer Benachteiligung aufgrund des Lebensalters ein sachlicher Grund genüge und dies damit fast Deckungsgleich mit dem allgemeinen Gleichheitssatz sei.

der Annahme des dringlichen Asylgesetzes oder der Ausschaffungsinitiative zu messen. Die für den Diskurs nicht unbedingt nötige Flanke, in welche die Gegner mit Furore einfallen werden, wird erhöht. Bei einer Niederlage wird es darüber hinaus über Jahre hinweg schwierig sein, auf gesetzgeberischer Ebene einen wirksamen Diskriminierungsschutz einzufordern.

c) In der Gesetzeswirklichkeit würde sich wenig zu Gunsten von Migrant\_innen und Flüchtlinge verbessern. Der erzielte Gewinn stünde in keinem Verhältnis zum Preis. Lieber den Spatz in der Hand als die Taube auf dem Dach.

d) Es ist wohl unrealistisch, anzunehmen, dass sich bei Aufnahme der Merkmale des Aufenthaltsstatus und der Nationalität das Ausländer- und Asylgesetz zur Behebung konkreter Missstände anpassen liesse. Es scheint deshalb sinnvoller, die ausgeübte (ausländerpolitische) Diskriminierung in einen Zusammenhang mit den fehlenden Antidiskriminierungsgesetzen zu setzen und sichtbar zu machen. Dies wäre durchaus auch über die bereits bestehenden Merkmale "Herkunft, Rasse, Sprache und soziale Stellung" möglich. Mit diesen bereits vorgegebenen Merkmalen liesse sich eine inhaltliche Brücke zu den real betroffenen Migrationsgruppen schlagen, ohne die umstrittenen Merkmale explizit zu benennen. Aus migrationspolitischer Sicht muss deshalb ein Engagement nicht zwingend von der Aufzählung der beiden Merkmale abhängig sein. Das Unhinterfragte lässt sich auch so hinterfragen.

~~Auch~~ In einer Initiative ohne die beiden umstrittenen Merkmale steckt ebenfalls enormes Verbesserungspotential. Sie eignet sich gleichermassen für eine übergreifende Grundrechtsdebatte.

Siehe zu diesem Punkt auch Morenos Ausführungen vom 25.11.2013 (Beilage)

## 3.2 Drittwirkung

An der Koalitionssitzung vom 24. April 2013 war man sich uneinig, ob der Art. 8 BV neu eine direkte Drittwirkung (einklagen von Privatpersonen auch ohne spezielles Gesetz möglich) des Diskriminierungsverbotes enthalten soll.

Wenn die direkte Drittwirkung aufgenommen wird, dann kann eine Person sich auch schon bei dem Empfinden einer Diskriminierung auf diesen Absatz stützen, ansonsten muss sie sich auf das Gesetz berufen. Andererseits wurde in der Diskussion das Argument eingebracht, dass die Aufnahme dieses Instrumentes im Initiativtext die politische Angriffsfläche stark vergrössere. Denn bereits die Aussicht, dass auch im Verhältnissen zwischen Privaten Diskriminierung eingeklagt werden kann, erhöht die Abwehrreflexe.

Zudem wird eingebracht, dass eine wirksame Durchsetzung der Diskriminierungsverbote im Verhältnis zwischen Privaten ~~ohne~~ bzw. unabhängig von der direkten Drittwirkung ein austariertes Instrumentarium der Durchsetzung erfordere (z.B. eine Beweisführungserleichterung, Massnahmen zur Abschwächung des Risikos der Verfahrenskosten, die Niederschwelligkeit des

Streitbeilegungsmechanismus, eine Verbandsklage, eine Behördenklage, die Untersuchungsmaxime etc.). Deshalb ist es fraglich, ob es sich lohnt, die Flanke der direkten Drittwirkung politisch zu eröffnen.

### **Politische Argumentation:**

#### **Pro direkte Drittwirkung/contra indirekte Drittwirkung:**

Drittwirkung als juristischer Begriff : Der „Dritte“ im Begriff „Drittwirkung“ ist der nicht-staatliche, der private Akteur. Das Verfassungsrecht hat mit der Drittwirkungslehre in entscheidendem Ausmasse dazu beigetragen, dass auch private Akteure in die Pflicht genommen werden, mittelbar (oder direkt) durch drittwirkende Grundrechte selbst, oder unmittelbar (oder indirekt) durch die Gesetzgebung.

a) Die direkte Drittwirkung wäre ein starkes Instrument, um ohne weitere Gesetzgebung gegen (auch private) Diskriminierung-zu klagen: Das subjektive Empfinden einer Diskriminierung könnte dabei Ausgangspunkt für eine Klage sein. Die Bevölkerungsmehrheit macht sich wenig Gedanken über die Diskriminierung von Minderheiten und erachtet deren Kritik oft als Über-Empfindlichkeit. Die direkte Drittwirkung würde dem Rechtsbehauptungswillen der Diskriminierten entgegenkommen.

#### **Contra direkte Drittwirkung/pro indirekte Drittwirkung:**

a) Die direkte Drittwirkung ist zu komplex, um sich in einer Abstimmungskampagne eingängig erklären zu lassen (siehe Erfahrungen aus den Abstimmungen zu Asylgesetzverschärfungen). Vor allem aber stellt sie eine offensichtliche Flanke für die Gegner\_innen dar, die die Vertragsfreiheit und die Privatsphäre bedroht sehen. Sie werden das Schreckgespenst einer Klageflut heraufbeschwören.

b) Die direkte Drittwirkung kann dazu führen, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung wirksamer Gesetze noch zurückhaltender ist, im Sinne von "Wenn wir die direkte Drittwirkung haben, warum brauchen wir dann ein Gesetz?". Die Gegner\_innen der Umsetzung des Gesetzgebungsauftrages könnte dies als Argument benutzen um die rechtlichen Durchsetzungsinstrumente zu verhindern, die die Hindernisse bei der Befolgung des Rechts und beim Zugang zum Rechtsschutz herabsetzen (z.B. kostenlose Beratung, Niederschwelligkeit von Verfahren, Beweiserleichterung, Unentgeltlichkeit, Untersuchungsmaxime u.ä).

c) Mit einer indirekte Drittwirkung käme es zu einer differenzierteren Umsetzung und der Schaffung von Durchsetzungsinstrumenten.

## **3.3 Gesetzgebungsauftrag**

In der Diskussion wurde die Frage aufgeworfen, ob ein ausdrücklicher Gesetzgebungsauftrag (analog zu den Absätzen 3 und 4 von Art. 8 BV) überhaupt erforderlich sei, da sich ein solcher ohnehin bereits implizit aus Art. 8 Abs. 2 BV ergebe.

Aus rechtlicher (rechtsdogmatischer) sowie rechtstatsächlicher (insb. rechtssoziologischer) Perspektive kann Folgendes gesagt werden:

#### **a.) Art. 8 Abs. 2 BV: Positiver Schutzauftrag**

Art. 8 Abs. 2 BV enthält neben dem Verbot staatlicher Diskriminierung auch eine Pflicht zum Schutz vor Diskriminierung durch nichtstaatliche Akteur\_innen sowie zum Abbau tatsächlicher Diskriminierung. Dieser positive Schutzauftrag an den Staat – wie er in der Literatur auch genannt wird – verpflichtet den Staat dafür zu sorgen, dass bestimmte kollektive Eigenschaften, die die Wertschätzung eines Menschen konstituieren, in der sozialen Wirklichkeit nicht zum benachteiligenden Faktor werden. Hinsichtlich der Fragestellung, ob ein Gesetzgebungsauftrag im Sinne der von der Gruppe diskutierten Formulierung erforderlich ist, kann das Folgende gesagt werden:

- Der Gesetzgeber muss dafür sorgen, dass Diskriminierungsverbote auf die Rechtsverhältnisse unter Privaten zu übertragen und entsprechende wirksame Regelungen aufgestellt werden. (Art. 8 Abs. 2 i.V.m. Art. 35 Abs. 1, 3 BV). „Innerhalb der verfassungsrechtlichen Vorgabe des effizienten Schutzes vor tatsächlicher Diskriminierung kommt diesem (dem Gesetzgeber) allerdings in der Wahl von Form und Ausgestaltung einer Antidiskriminierungsgesetzgebung ein erheblicher Ermessensspielraum zu“ Quelle ???.
- Die rechtsanwendenden Behörden haben die Pflicht dafür zu sorgen, das bestehende Recht so auszulegen, dass es mit Art. 8 Abs. 2 BV vereinbar ist (Art. 8 Abs 2 i.V.m. Art. 35 BV). Insbesondere haben sie dafür zu sorgen, dass das allgemeine Privatrecht, das Strafrecht und das allgemeine öffentliche Recht (insb. das Verwaltungsrecht), die dem Schutz vor Diskriminierung im Verhältnis zwischen Privaten dienen, im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV ausgelegt wird (Art. 8 Abs. 2 i.V.m. Art. 35 Abs. 1, 3 BV). Im Privatrecht sind vor allem die Bereiche des Persönlichkeitsschutzes, des Grundsatzes von Treu und Glauben, des Grundsatzes des Verbots sittenwidrigen Verhaltens bzw. der guten Sitten davon berührt.
- Mehrere internationale Menschenrechtskonventionen enthalten explizite Diskriminierungsverbote. Diese sind bei der Auslegung von Gesetzen zu berücksichtigen (z.B. Kinderrechtskonvention, Frauendrechtskonvention, Rassendiskriminierungskonvention, und – sobald durch die Schweiz ratifiziert – auch die Behindertenrechtskonvention).
- Der Gesetzgeber und die Exekutive haben die Pflicht mit sozialgestaltender Massnahmen da einzugreifen, wo strukturelle bzw. tatsächliche Diskriminierung vorliegt. Sie müssen diese mittels

effektiver Massnahmen abbauen. Dabei verfügt der Staat über einen gewissen Ermessensspielraum. Dieser ist insoweit beschränkt, als es sich um staatliche Massnahmen und um minimal effektive Massnahmen handeln muss. Geboten sind neben institutionell-organisatorischen Massnahmen auch positive Massnahmen, die der Sensibilisierung, Information, Prävention und Intervention dienen.

#### **b.) Art. 8 Abs. 3, 4 BV: Spezifische Schutz- und Gewährleistungsaufträge**

Art. 8 Abs. 3 und 4 BV stehen im Verhältnis zu Art. 8 Abs. 2 lex specialis. Durch die beiden spezifischen Schutz- und Gewährleistungsaufträge wird derjenige von Art. 8 Abs. 2 BV spezifiziert, dies sowohl hinsichtlich der Pflicht zum Schutz vor Diskriminierung durch Private als auch hinsichtlich der Pflicht zum Abbau von tatsächlicher Diskriminierung. Zudem wird die Schutzwürdigkeit von Frauen durch Abs. 3 und von Menschen mit Behinderung durch Abs. 4 vom Verfassungsgeber explizit anerkennt. Es bilden sich laufend neue Gruppen, die eines Diskriminierungsschutzes bedürfen bzw. einen solchen einfordern, denn bei den Diskriminierungsobjekten handelt es sich um soziale Konstrukte negativer Art.

#### **c.) Art. 8 Abs. 2a BV: Stärkung des Schutz- und Gewährleistungsauftrages im Vergleich zu Art. 8 Abs. 2 BV**

Auch wenn eine entsprechende Pflicht zum gesetzgeberischen Handeln auch bereits auf der Grundlage von Art. 8 Abs. 2 i.V.m. Art. 35 BV vorliegt, werden folgende Argumente für die Verankerung eines expliziten Gesetzgebungsauftrages eingebracht:

- Anerkennung der Schutzwürdigkeit: Durch einen spezifischen Schutz- und Gewährleistungsauftrag wird die Schutzwürdigkeit der entsprechenden Gruppen explizit anerkannt. Auf der Grundlage von Abs. 2 ist diese nur dann gegeben, wenn eine entsprechende Diskriminierungsrealität empirisch ausgewiesen ist.
- Verbindlichkeit der Pflicht zur Schaffung eines expliziten Gesetzes: Ein ausdrücklicher Gesetzgebungsauftrag ist normativ verbindlicher zur Schaffung spezifischer – d.h. ausdrücklicher – Diskriminierungsverbote, positiver Massnahmen und Durchsetzungsinstrumentarien. So lange sich die Pflicht jedoch ausschliesslich auf der Grundlage von Art. 8 Abs. 2 i.V.m. Art. 35 BV abstützt, bleibt unklar, ob das geltende allgemeine Privatrecht, Strafrecht und Verwaltungsrecht genügt. So zeigt sich in der rechtswissenschaftlichen Literatur die Auffassung, dass durch eine rechtsschöpferische Auslegung von allgemeinen Generalklauseln und von unbestimmten Rechtsbegriffen eine genügende Umsetzung des Schutzauftrages gewährleistet sei. Demgegenüber argumentieren insbesondere rechtssoziologisch orientierte Jurist\_innen, dass implizite Rechtsnormen die Befolgung des bestehenden Rechts und den Rechtsschutz tatsächlich schwächen.

- Präzisierung des Schutz- und Gewährleistungsauftrages: Durch einen spezifischen Schutz- und Gewährleistungsauftrag kann das Ermessen in der Umsetzung eingeschränkt werden. Auf der Grundlage von Abs. 2 ist dieses relativ weit.
- Legitimation: Durch einen spezifischen Schutz- und Gewährleistungsauftrag sind Gesetzgeber und Exekutive stärker legitimiert, Schutz und Gewährleistungsmassnahmen einzuleiten.
- Wirksamkeit: Durch eine explizite Pflicht zur Schaffung gesetzlicher Regelungen besteht die Aussicht auf eine erhöhte faktische Verbindlichkeit, d.h. der Gesetzgeber kann einfacher dazu bewegt werden, auch tatsächlich gesetzgeberisch tätig zu werden.

### **3.4 Allgemeine Würdigung zur Initiative aus der Umfrage unter Jurist\_innen**

Neben einigen Vorbehalten zur Aufnahme von Aufenthaltsstatus und Nationalität (siehe Punkt 3.1.) sehen die befragten Jurist\_innen die Revision von Art. 8 BV grundsätzlich als einen wichtigen und auch wirkungsvollen Schritt an.

Die Aufnahme der Merkmale "sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität" seien wichtig. Zwar lasse sich der Diskriminierungsschutz für Transgender-Personen sowie Lesben und Schwule in Verfassungskonkretisierung teilweise auch unter bestehende Merkmale subsumieren, irgendwie passen sie aber nirgends wirklich perfekt. Ausserdem sei seit der Verfassungsrevision von 1999 klar, dass die explizite Nennung spezifischer Gehalte erstens zu Klarheit und Transparenz auch gegenüber dem Gesetzgeber und zweitens zu besserer Schutzwirkung durch die Rechtsprechung führen kann. Beispiel Art. 11 BV: Hier wurde in den Beratungen gesagt, die explizite Nennung von Rechten der Kinder sei nicht notwendig, die persönliche Freiheit schütze auch Kinder und Jugendliche. Aus der Rechtsprechung sei aber ersichtlich, dass sie - zusammen mit der Kinderrechtskonvention - durchaus notwendig gewesen ist, um Kinderrechten in der Schweiz eine deutlichere Kontur zu geben. Dies gelte auch für die Aufnahme von Aufenthaltsstatus und Nationalität (mehr dazu siehe oben). Schliesslich sei es sehr wichtig zu verdeutlichen, dass Diskriminierungen sowohl in der öffentlichen wie auch privaten Sphäre untersagt sind. Denn da lägen hauptsächlich die Probleme.

Melanie Aebli/Tarek Naguib/Ruedi Tobler/Anni Lanz  
Dezember 2013