

SKMR Fachtagung zum Polizeirecht: Diskriminierende Personenkontrollen aus praktischer, juristischer und sozialwissenschaftlicher Perspektive

1. Dezember 2016, Universität Bern

Diskriminierende Personenkontrollen: Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Vorgaben – Rechtslage und Praxis

Markus H.F. Mohler

Inhaltsübersicht

Vorbemerkung

- I. Zum Begriff «Diskriminierung»
 1. Etymologie und völkerrechtlicher Bezug
 2. In der BV
 3. In den KV
 4. In den Polizeigesetzen der Kantone
- II. Die Anknüpfungskriterien der «Rasse», «Ethnie» und «Hautfarbe» - ein kurzer Überblick
 1. Zum Anknüpfungskriterium der Rasse
 2. Zum Anknüpfungskriterium der Ethnie
 3. Zum Anknüpfungskriterium der «Hautfarbe»
 4. Die in der BV ausgedrückten Anknüpfungskriterien
 5. Die in den KV ausgedrückten Anknüpfungskriterien
 6. Die Polizeigesetze der Kantone hinsichtlich dieser Anknüpfungskriterien
- III. Der Rechtsrahmen für Personenkontrollen insgesamt
 1. Generell
 2. Aspekte des Rechts der öffentlichen Sicherheit
 3. In Bezug auf «Rasse, «Ethnie» und «Hautfarbe»
- IV. Die Abgrenzungskriterien zwischen erlaubter und unerlaubter Bezugnahme auf «Rasse, «Ethnie» und «Hautfarbe»
 1. Grundsätzlich
 2. Alltagssituationen
 3. Indirekte Diskriminierung
- V. Die Rechtsanwendung – die Tauglichkeit der Kriterien in der Praxis
 1. Selektion und Aus- und Fortbildung
 2. Führung
- VI. Schlussbetrachtung und die Frage der Verantwortungsverteilung

Zunächst danke ich dem Schweizerischen Kompetenzzentrum für Menschenrechte für die Einladung, das erste Inputreferat, wie es darin hiess, zu halten. Dabei bin ich mir der damit verbundenen Schwierigkeiten allgemeinrechtlicher wie auch themenspezifischer Art bewusst. Ich bin ja hier an der Juristischen Fakultät der Universität Bern quasi in der Höhle des Bären, in der es dem Polizeirecht an sich an den Kragen geht: So heisst es auch in der jüngsten Auflage des Allgemeinen Verwaltungsrechts¹ unter «Reflexionspause»: «... Bei genauer Betrachtung haben weder der Polizeibegriff noch das Polizeirecht eine Daseinsberechtigung als eigenständige Institute des Verwaltungsrechts. Es gibt schlechterdings kein spezifisches Wesensmerkmal, das die polizeiliche Verwaltungs-

¹ PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, 4. Auflage 2014.

tätigkeit von irgend einer anderen Staatstätigkeit abgrenzen liesse. Oder anders: Von der polizeiliche Tätigkeit lässt sich keine rechtliche Aussage machen, die nicht auch für andere Tätigkeiten gelten würde. ...»² Das Folgende ist demnach mit Vorsicht aufzunehmen, zumal darin Betrachtungen vorkommen, die sich mit Realakten befassen, welche eine Abgrenzung von der sonstigen Verwaltungstätigkeit erkennen lassen.³ Just bei Fragen um diskriminierende Personenkontrollen.

Während als Titel im Programm der «Fachtagung zum Polizeirecht» «Verwaltungs- und verfassungsrechtliche Vorgaben» zu lesen steht, lauteten die präzisierenden Angaben, die Thematik solle primär aus polizeirechtlicher (sic!), d.h. verwaltungsrechtlicher Sicht dargestellt werden. Ich versuche, Sie dennoch vom Titel im Programm her nicht zu sehr zu enttäuschen. Es bedarf aber auch eines kurzen Blicks über die grundlegende Bedeutung der in diesen Erlassen und in diesem Zusammenhang verwendeten Begriffe hinaus. Denn deren buchstäbliche quasi-Selbstverständlichkeit beruht auf einem unsicheren Fundament. Beschränkt ist die Betrachtung auf Unterscheidungsmerkmale, die als Grundtypen des Verbotes der Diskriminierung nach «Rasse» gelten.

Umgekehrt soll hier der internationale Rechtsrahmen nicht behandelt werden. Prof. BOSSUYT wird sich diesem Thema im 3. Beitrag zuwenden. Auf Verweise auf die EMRK und die relevanten UNO Abkommen, die in die Schweizer Rechtsordnung als Ganzes integriert sind, kann jedoch nicht ganz verzichtet werden.

I. Zum Begriff «Diskriminierung»

1. Etymologie und völkerrechtlicher Bezug

Der Ausdruck ist in der deutschen Sprache heute nur negativ konnotiert. Etymologisch ist das nicht richtig. «Diskriminieren» kommt von lat. «discriminare», d.h. unterscheiden, trennen, und von «discrimen», d.h. das Scheidende, die Trennlinie. Im Französischen, Italienischen und Englischen ist dies nicht so: die erste Bedeutung ist nach wie vor «unterscheiden» ohne wertenden Zusatz.⁴ Es handelt sich um einen ursprünglich politischen Begriff, der über Art. 14 EMRK^{5,6}, Art. 2 und 10 des UNO Pakts I⁷, Art. 24 und 26 UNO Pakt II⁸ sowie das Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung⁹ zu einem (verfassungs-) rechtlichen geworden ist.¹⁰

² (FN 1) § 53, Rz. 24.

³ Vgl. MARKUS H.F. MOHLER, Zur Anfechtbarkeit polizeilicher intervenierender Realakte unter dem Gesichtspunkt der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV-Justizreform, in: AJP 4/2007, 461 ff.; DERS., Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, Basel 2012 (nachfolgend: Grundzüge), Rz. 854 ff.

⁴ Bsp. : *une personne ne sait pas faire une discrimination entre ... et ...*. Vgl. auch BERNHARD PULVER, L'interdiction de la discrimination, Diss. Neuenburg, Basel 2003, 120 ff.

⁵ SR 0.101.

⁶ Später auch durch Art. 1 des 12. Zusatzprotokolls zur EMRK, das von der Schweiz nicht unterzeichnet und auch von zahlreichen andern Staaten nicht ratifiziert worden ist («Artikel 1 – Allgemeines Diskriminierungsverbot
¹Der Genuss eines jeden gesetzlich niedergelegten Rechtes ist ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten.

²Niemand darf von einer Behörde diskriminiert werden, insbesondere nicht aus einem der in Absatz 1 genannten Gründe.»).

⁷ Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, SR 0.103.1.

⁸ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, SR 0.103.2.

⁹ SR 0.104 (im Folgenden: ARK).

¹⁰ YVO HANGARNTER, Staatliches Handeln im Bereich von Diskriminierungsverboten, in: Stephan Breitenmoser et al. (Hrsg.), Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat, Liber amicorum Luzius Wildhaber, Zürich St. Gallen 2007, 1301.

2. In der BV

In der BV kommt der Ausdruck ausschliesslich in Art. 8 Abs. 2 BV vor im Zusammenhang mit den aufgelisteten Merkmalen¹¹ in Bezug auf Menschen. Das Diskriminierungsverbot war bereits impliziter Teilgehalt von Art. 4 BV 1874.¹²

Unterschieden wird vorab zwischen einem *formalen*, primär an den nicht abschliessend¹³ genannten Merkmalen orientierten Diskriminierungsbegriff, und einem *materiellen* Diskriminierungsbegriff. Dem formalen Begriff wird in der Literatur mehrheitlich nicht gefolgt.¹⁴ Auch in der Umschreibung des materiellen Diskriminierungsbegriffs zeigen sich Unterschiede (dazu nachfolgend). Ein Kennzeichen des materiellen Verständnisses ist dessen Bezug auf das *Ergebnis* und nicht auf die Behandlung selber. Dieses verpönte Ergebnis ist allerdings seinerseits zu definieren. Darauf wird zurückzukommen sein.

Das in der BV in Übereinstimmung mit dem Völkerrecht festgeschriebene Verbot der Diskriminierung ist nicht als isolierte Bestimmung zu interpretieren. Es ist dogmatisch gesehen Teil des Gleichbehandlungsgebotes (Art. 8 Abs. 1 BV)¹⁵ und steht in direktem Zusammenhang mit Art. 7, Menschenwürde, dem Willkürverbot (Art. 9 BV)¹⁶ sowie der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV). Diskriminierung ist aber nicht gleichbedeutend mit Rechtsungleichbehandlung.¹⁷ Nicht jede nach dem allgemeinen Gleichheitssatz sachwidrige Unterscheidung ist eine Diskriminierung.¹⁸

Die Vielfalt der Definitionen (samt Strukturierung) von Diskriminierung und die Unterschiede in der Benennung, was das Ziel des Diskriminierungsverbotes sei, ist beeindruckend, aber nicht notwendigerweise hilfreich für die Praxis. Es sei eine vereinfachende Übersicht gewagt:

Das Diskriminierungsverbot weist zunächst zwei Schutzrichtungen auf: ein Benachteiligungs- und ein Anknüpfungsverbot.¹⁹ Es stellt eine Konkretisierung und Verstärkung des Gleichbehandlungsgebotes dar,²⁰ eine Qualifizierung hinsichtlich der Anknüpfungstatbestände. Jede Differenzierung

¹¹ «Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung».

¹² GEORG MÜLLER, Kommentar zur BV 1874, Basel/Zürich/Bern 1996, Art. 8, Rz. 18a. Der zweite Satz von Art. 4 Abs. 1 BV 1874 enthielt ein Privilegierungsverbot, das in Art. 8 Abs. 2 BV 1999 durch ein Diskriminierungsverbot ersetzt wurde, RAINER J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar (3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2014) zu Art. 8, Rz. 46.

¹³ Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 (im Folgenden: Botsch. VE 96), BBl 1997 I 1 ff., 142.

¹⁴ BERNHARD WALDMANN, Das Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV, Habil. Freiburg, Bern 2003, 232 f.

¹⁵ Das Völkerrecht kennt selber keinen dem Verfassungsrecht vergleichbaren allgemeinen Gleichstellungssatz: WALDMANN (FN 14), 202. CHRISTOPH GRABENWARTER/KATHARINA PABEL, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Auflage, München 2016, § 26, Rz. 25, lassen dies in Bezug auf das 12. ZP zur EMRK (CETS 177, vorstehend FN 6) allerdings offen. Zum allgemeinen Gleichbehandlungsgebot nach Art. 8 BV: Botsch. VE 96 FN (13), 142.

¹⁶ SCHWEIZER (FN 12), Rz. 13; vgl. WALDMANN, in WALDMANN/BELSER/EPINAY (Hrsg.), Basler Kommentar zu Art. 8 BV (nachfolgend: BK), Rz. 45 ff. Insofern ist eine Formulierung im Handbuch «Diskriminierendes Profiling» der European Agency for Fundamental Rights (FRA), Luxemburg 2010, unzutreffend: «Diskriminierung im Kontext des Profiling ist üblicherweise eine „direkte“ Diskriminierung, die leicht zu erkennen ist, da sie in einer unterschiedlichen Behandlung ohne rechtmäßige Begründung basiert»; sie stimmt auch nicht mit Art. 2 der Richtlinie 2000/43/EG (ABl. L 180 v. 19.7.2000, 22 ff; für die Schweiz nicht massgebend) überein.

¹⁷ HANGARTNER (FN 10), 1302.

¹⁸ WALDMANN (FN 14), 235.

¹⁹ JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, 687 f.

²⁰ HANGARTNER (FN 10), 1305; PULVER (FN 4), 133 f.; SCHWEIZER (FN 12), Rz. 48.

nach einem der verpönten Merkmale ist zwar nicht absolut verboten, erscheint aber von vorneherein fragwürdig.²¹ «Das Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8 Abs. 2 BV schliesst indes die Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal - wie beispielsweise Herkunft, Rasse, Geschlecht, soziale Stellung oder religiöse Überzeugung - nicht absolut aus. Eine solche begründet zunächst lediglich den blossen Verdacht einer unzulässigen Differenzierung.»²² Eine Abweichung vom Prinzip der absoluten Gleichbehandlung ist jedoch nur ausnahmsweise in qualifizierter Weise *im Zusammenhang mit besonderen sachlichen Gegebenheiten* zulässig.²³

Das Bundesgericht definiert in konstanter Rechtsprechung Diskriminierung wie folgt: «Eine Diskriminierung liegt vor, wenn eine Person ungleich behandelt wird allein aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe, welche historisch oder in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit tendenziell ausgegrenzt oder als minderwertig angesehen wird. Die Diskriminierung stellt eine qualifizierte Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen dar, indem sie eine Benachteiligung von Menschen bewirkt, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist, weil sie an Unterscheidungsmerkmalen anknüpft, die einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebaren Bestandteil der Identität der betroffenen Personen ausmachen; insofern beschlägt das Diskriminierungsverbot auch Aspekte der Menschenwürde nach Art. 7 BV.»²⁴ Dabei geht es von der Prämisse der notwendigen Verbindung von Anknüpfungskriterien (Benennung einer Person als zu einer Gruppe als «Kategorie» gehörig) und Diskriminierung aus.²⁵ Vom Sozial- und Rechtswissenschaftlichen her ist das – zumindest ausserhalb des Strafrechtsbereichs – insofern fragwürdig, als es gegenüber kategorial keineswegs unterscheidbaren Personen ebenso diskriminierende Verhaltensweisen im Sinne der Ausgrenzung (aktuelles Problem: Personenfreizügigkeit) oder Herabwürdigung gibt.²⁶ Damit können Abgrenzungen noch heikler werden.²⁷

WALDMANN hält auch die bisher vertretenen materiellen Diskriminierungsbegriffe für nicht ganz überzeugend. Er postuliert daher einen eigenen, der die bisherigen v.a. verfeinert. Danach sei eine

²¹ BGE 139 I 292, E. 8.2.2; 138 I 305, E. 3.3; SCHWEIZER (FN 12), Rz. 48.

²² BGE 135 I 49, E. 4.1.

²³ HANGARTNER (FN, 10), 1305; MAYA HERTIG RANDALL, Die Situation von Muslimen, insbesondere muslimischen Frauen, in der Schweiz – eine verfassungsrechtliche Einordnung, in: ÖJV, Diskriminierung in der Schweiz und in Österreich (2015), 77; MOHLER, Grundzüge (FN 3), Rz. 343 ff.

²⁴ BGE 139 I 292, E. 8.2.1 m.w.N.; 129 I 217, E. 2.1 m.w.N. Zur Praxis des BGer WALDMANN (FN 14), 246 ff. Vgl. ferner die Umschreibung von Rassendiskriminierung durch die Eidg. Kommission gegen Rassismus EKR (<http://www.ekr.admin.ch/themen/d169.html>); ALBERT SCHERR, Diskriminierung – wie Unterschiede und Benachteiligungen gesellschaftlich hergestellt werden, 2. Aufl., Wiesbaden 2016, 8, liefert eine andere Definition: «Diskriminierung basiert auf kategorialen, d.h. vermeintlich trennscharfen und eindeutigen Unterscheidungen, mit denen diejenigen markiert werden, die sich in erkennbarer Weise vom angenommenen Normalfall des vollwertigen Gesellschaftsmitglieds unterscheiden. Dieser angenommene Normalfall ist der erwachsene, männliche, physisch und psychisch gesunde Staatsbürger, der zudem kulturell (Sprache, Religion, Herkunft und im Hinblick auf äusserliche Merkmale (Hautfarbe) der Bevölkerungsmehrheit bzw. der dominanten gesellschaftlichen Gruppe angehört. Die für die Diskriminierung bedeutsamen kategorialen Unterscheidungen sind Bestandteil historischer und gegenwärtiger gesellschaftlicher Machtverhältnisse und Ungleichheiten, keine bloss gedanklichen Konstrukte.»

²⁵ Im Strafrecht dient dies der *Einschränkung* der strafrechtlich verpönten Diskriminierung: BGE 140 IV 67, E. 2.5.1.

²⁶ JONAS BENS, Ethnie als Rechtsbegriff, Kulturanthropologische Problembeschreibungen zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, Aachen 2013, 67, 77 ff.; MATTHIAS HERDEGEN, Europarecht, 16. Aufl., München 2014, § 6, Rz. 17ff.

²⁷ BGE 140 I 353, E. 7 (Die Diskriminierung eines Pädophilen als psychisch Kranker, der durch eine verdeckte Vorermittlung in einem Chatroom identifiziert worden ist, hat das Bundesgericht abgelehnt. Die verdeckte Vorermittlung sei auf die Verhinderung zahlreicher, sehr unterschiedlicher, schwerer Straftaten ausgerichtet. Es könne somit keine Rede davon sein, die beanstandete Bestimmung stelle eine gegen Art. 8 Abs. 2 BV verstossende Diskriminierung von Personen mit pädophilen Neigungen als psychische Krankheit dar.

Diskriminierung als *Angriff auf die Wertschätzung eines Menschen als Person* zu verstehen. Damit seien vier Erkenntnisse verbunden:

- jede Diskriminierung sei *immer* in einem *pejorativen* Sinn zu verstehen,
- das *Behandlungsergebnis* sei *allein massgebend*, weshalb es auf eine allfällige Absicht nicht ankomme,
- die einen Menschen in seiner Würde beeinträchtigende Behandlung könne *verschiedene Formen*²⁸ annehmen und
- die Verfassungsverletzung liege bereits in der *Beeinträchtigung der Wertschätzung* als Person, weshalb es keines zusätzlichen Schadens bedürfe.²⁹

M.E. vermag auch diese Umschreibung nicht ganz zu überzeugen, da eine *Wertschätzung* erstens *subjektiv definiert* ist und zweitens im *Pejorativen* mindestens eine *darauf intendierte* Behandlungsweise liegt (vgl. dazu nachstehend II., 1.).³⁰

Das Ziel des Diskriminierungsverbotes wird auch nicht ganz einheitlich umschrieben: Zum einen als *gegen die Menschenwürde verstossende Schlechterbehandlung* zufolge formalrechtlich genannter Eigenschaften oder Zugehörigkeiten, welche die betreffende Person nicht oder kaum ändern kann,³¹ dann eben auch als Angriff auf die *Wertschätzung eines Menschen* als Person, die durch eine auch nicht beabsichtigte Behandlung im Ergebnis zum Ausdruck komme. Die konstituierenden Elemente der Wertschätzung seien, so WALDMANN, (unter Verweis auf TSCHANNEN/KIENER) die Eigenschaften einer Person: die (1) ihre Identität bestimmten, (2) nicht oder zumindest nur schwer abänderbar seien und (3) erhebliches Stigmatisierungspotential beinhalteten.³² Menschenwürde und Wertschätzung einer Person müssen aber nicht deckungsgleich sein. Auch das Kriterium des Stigmatisierungspotentials ist m.E. zweifelhaft, da dies (der Willkür) der politischen Korrektheit eine Definitionsmacht zuordnen könnte.

Der objektive Sachverhalt der Diskriminierung setzt nach herrschender Lehre nicht voraus, dass die handelnde Person (oder der Gesetzgeber oder die Herausgeber von Dienstvorschriften) diskriminieren will. Dies erscheint jedoch einerseits mit Blick auf kulturanthropologische Ansätze (dazu nachfolgend, II. 1-3) als zumindest nicht durchwegs zutreffend. Andererseits trifft dies nach der hier vertretenen Auffassung auch rechtswissenschaftlich für das konstitutive Element der *pejorativen Einschätzung, der Herabwürdigung*, nicht zu.

Umgekehrt muss sich die diskriminierte Person der Schlechterbehandlung aber nicht bewusst sein.³³

Schliesslich: Unterschieden wird zwischen direkter oder unmittelbarer und der mittelbaren Diskriminierung. Unmittelbar ist sie, wenn die Handlung, ein Erlass selber oder eine Dienstvorschrift

²⁸ Vgl. auch Botschaft über den Beitritt der Schweiz zum Internationalen Übereinkommen von 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung und über die entsprechende Strafrechtsrevision v. 2. März 1992 (BBI 1992 III 269, im Folgenden: Botsch. ARK), 279.

²⁹ WALDMANN (FN 14), 248.

³⁰ WALDMANN (FN 14), 248 f., 255 ff. Der dazu in der Fn. 215 angefügte Beleg, dass eine Diskriminierung auch ohne benachteiligende Wirkung vorliegend könne, wenn sie von einer entsprechenden Benachteiligungsabsicht getragen gewesen sei, trifft zwar zu, genügt aber nicht für den Umkehrschluss: die pejorative, also herabwürdigende Behandlung als Angriff auf die Wertschätzung einer Person, ist ohne entsprechende individuelle mentale Wahrnehmung bzw. Disposition der bezeichnenden Person nicht denkbar.

³¹ WALTER KÄLIN/JÖRG KÜNZLI, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 3. Aufl., Basel 2013, Rz. 1059.

³² WALDMANN (FN 14), 250.

³³ HANGARTNER (FN 10), 1307.

eine Schlechterbehandlung (oder Privilegierung) in sich trägt. Als mittelbar wird eine Diskriminierung bezeichnet, wenn eine «neutrale» Regelung, die keine Benachteiligung von Personen, die nach bestimmten Merkmalen gegen Diskriminierung geschützt sind, enthält, in ihren Auswirkungen die Schlechterbehandlung nach solchen Kriterien oder Verfahren trotzdem ermöglicht, ohne dass dies sachlich begründet und verhältnismässig wäre.³⁴

Dieser kurze Überblick zeigt, dass selbst der verfassungsrechtliche Begriff der Diskriminierung eine erhebliche Unschärfe aufweist.

3. In den KV

Nach diesen auch dogmatischen Feinheiten ist es interessant, auf die verwendeten Ausdrücke in den Kantonsverfassungen zu achten. In zehn Kantonsverfassungen findet sich der Ausdruck «diskriminieren» oder «Diskriminierung» im Sinne eines Verbotes.³⁵ In sieben Kantonsverfassungen werden die Ausdrücke «benachteiligen oder bevorzugen» im Sinne eines Verbotes verwendet.³⁶ Zwei Kantone begnügten sich mit Verweisen auf die Rechtsgleichheit³⁷ und einer mit dem Verweis auf die BV.³⁸

Da das Diskriminierungsverbot im Grundrechtskatalog der BV eingeordnet ist und demnach generell gilt, sind diese Unterschiede in der Rechtsverwirklichung unbedeutend. Umgekehrt scheint kein Kanton einen weitergehenden Diskriminierungsschutz zu enthalten (vgl. aber nachfolgend II., 5, betr. KV BS).

4. In den Polizeigesetzen der Kantone

In keinem der kantonalen Polizeigesetze kommt der Ausdruck «diskriminieren» oder «Diskriminierung» vor. An nächsten kommen dem Diskriminierungsverbot in § 22 Polizeigesetz des Kantons Basel-Stadt³⁹ die Gelübde-Formel: «...meine Pflichten ohne Ansehen der Person, vorurteilslos und unbestechlich ... zu erfüllen»⁴⁰ sowie in Art. 81 Abs. 3 des Polizeigesetzes des Kantons Jura⁴¹ die noch weiter gefasste Formulierung «... *interdit à tout agent de la police cantonale de faire subir à quiconque des traitements dégradants ou humiliants*».

³⁴ BGE 142 II 49, E. 6.1 («geschlechtsneutral» in diesem BGE kann ohne Weiteres mit einem Anknüpfungsmerkmal aus Art. 8 Abs. 2 B gleichgestellt werden); 138 I 217, E. 3.3.3; 136 I 297, E. 7.1; 132 I 49, E. 8.1 m.w.H.; RAJNER J. SCHWEIZER (FN 12), Rz. 51. Vgl. auch Art. 2 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 (FN 16), 22 ff.).

³⁵ ZH, Art. 11 Abs. 2; BE, Art. 10 Abs. 1; FR, Art. 8 Abs. 1 (ohne Anknüpfungskriterien); BS, § 8 Abs. 2; SH, Art. 11 Abs. 1; AR, Art. 5 Abs. 2; SG, Art. 2 Bst. a («Schutz vor Diskriminierung», ohne Anknüpfungskriterien); VD, art. 10 al. 2; NE, art. 8 al. 1; GE, art. 15 al. 2 (alle 3 zit. welschen Kantone: «ne doit subir de discrimination»).

³⁶ UR, Art. 11 Abs. 2; NW, Art. 2 Abs. 2; GL, Art. 4 Abs. 2; BL, § 7 Abs. 2; AG, Art. 10 Abs. 2; TI, Art. 7 Abs. 1; JU Art. 6 Abs. 2 («ni subir préjudice ni tirer avantage»).

³⁷ AI; Art. 2 Abs. 1 («Gleichheit der Bürger und der Gleichberechtigten»); TG Art. 3

³⁸ GR, Art. 2.

³⁹ SG 510.100.

⁴⁰ Vgl. dazu die inhaltlich gleichlautende Ziff. 40 der Recommendation Rec(2001)10 of the Committee of Ministers to member states on the European Code of Police Ethics ([https://wcd.coe.int/View-Doc.jsp?p=&Ref=Rec\(2001\)10&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75&direct=true](https://wcd.coe.int/View-Doc.jsp?p=&Ref=Rec(2001)10&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75&direct=true)).

⁴¹ RS 551.1.

II. Die Anknüpfungskriterien der «Rasse», «Ethnie» und «Hautfarbe» - ein kurzer Überblick

1. Zum Begriff der Rasse

«Rasse» wird in der rechtswissenschaftlichen Literatur durchwegs als «problematisches» Kriterium, als soziales Konstrukt⁴² oder soziale Kategorisierung,⁴³ bezeichnet. In der sozial- und kulturalanthropologischen Literatur wird der Ausdruck ebenso als vom Naturwissenschaftlichen her unbrauchbar,⁴⁴ als ohne Bezug zu einem «vermeintlich naturwissenschaftlichem oder pseudo-wissenschaftlichen» Begriff⁴⁵ gewertet.⁴⁶ Rasse sei «not so much a biological phenomenon than a social myth».⁴⁷ Die EU weist Theorien, mit denen versucht wird, die Existenz verschiedener menschlicher Rassen zu belegen, explizit zurück.⁴⁸ Der Ausdruck wird jedoch für die Bezeichnung von sensiblen, zweifelhaften bzw. inakzeptablen Ungleichbehandlungen als unentbehrlich angesehen.⁴⁹ Sucht man nach einer positiven Definition, stösst man auf mehrere ähnliche und auch umfangreiche Umschreibungen: eine Gruppe von Menschen als Gesamtheit kollektiver Zuschreibung, die aufgrund besonderer physischer und/oder kultureller Eigenschaften von andern Gruppen verschieden sind und als minderwertig empfunden oder verstanden werden.⁵⁰ Oder: Eine Gruppe von Lebewesen mit bestimmten vererbbaaren Merkmalen, wobei die Einschätzung der Gesellschaft den Ausgangspunkt des heute üblichen Verständnisses des Rassenbegriffs bilde, ein Oberbegriff auch für biologische Kategorien⁵¹ (Hautfarbe, nationale Herkunft⁵²) und ethnische Zugehörigkeit.⁵³ Ähnlich im Basler Kommentar: Bündel von mehr oder weniger äusserlich wahrnehmbaren Eigenschaften (Haut-, Augenfarbe, Physiognomie, Religion, Sprache), wie sie wahrgenommen werden (Fremdidentifizierung) oder sich selber identifizieren (Selbstidentifizierung).⁵⁴ MARCEL ALEXANDER NIGGLI verweist auf eine Klassifikation nach der Morphologie unter Einschluss der Verteilung von Gen-Häufigkeiten⁵⁵ und damit biologische Unterschiede, was sowohl aus biologischer und kulturalanthropologischer Sicht gerade abgelehnt wird.⁵⁶

⁴² KÄLIN/KÜNZLI (FN 31), Rz. 59; BK (FN 15), Rz. 67.

⁴³ BK (FN 16), Art. 8, Rz. 69.

⁴⁴ PULVER (FN 4), 213; vgl. auch BENS (FN 26), 41 mit Hinweis auf Franz Boas.

⁴⁵ BK (FN 16), Art. 8, Rz. 69.

⁴⁶ Zur Herkunft der Rassentheorie s. PATRICK THORNBERRY, *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, Oxford Commentary on International Law, Oxford 2016, 5 ff.

⁴⁷ THORNBERRY (FN 46), 22; vgl. auch KATHRIN MONEN, *Das Verbot der Diskriminierung*, Diss. Düsseldorf 2006/7, Baden-Baden 2007, 91. Nach BENS (FN 26) ist der Begriff der «Rasse» ein biologisch konnotiertes, kognitiv-ideologisches Konstrukt, 69 f.

⁴⁸ Richtlinie 2000/43/EG des Rates (FN 34), Erw. 6. Die *American Anthropological Association (AAA)* distanzierte sich 1998 in einer Erklärung vom Begriff «Rasse»: «*No human is born with a built-in culture or language. Our temperaments, dispositions and personalities, regardless of genetic propensities, are developed within sets of meanings and values that we call culture.*» 1999 *AAA Statement o race, American Anthropologist*, 100(3) 712 f. (zit. nach BENS [FN 26], 41.

⁴⁹ BK (FN 16), Art. 8, Rz. 70; vgl. auch JÖRG PAUL MÜLLER, *Grundrecht in der Schweiz*, 3. Aufl., Bern 1999, 420; MÜLLER/SCHEFER (FN 19), 718.

⁵⁰ KÄLIN/KÜNZLI (FN 31), Rz. 1059. Hier fällt auf, dass die Umschreibung von «Rasse» nicht nur auf unterschiedliche physische oder kulturelle Eigenschaften Bezug nimmt, sondern auch gleich («und») auf das Empfinden von Minderwertigkeit, was m.E. nicht richtig sein kann, da damit der (deutschsprachige) Diskriminierungsansatz mit einbezogen wird.

⁵¹ Ebenso MARCEL ALEXANDER NIGGLI, *Rassendiskriminierung: ein Kommentar zu Art. 261^{bis} StGB und Art. 171c MStG*, 2. Aufl., Zürich 2007, Rz. 619 (Rasse sei ein biologischer Begriff).

⁵² Die nationale Herkunft dürfte jedoch kaum den biologischen Eigenschaften zugerechnet werden können.

⁵³ MONEN (FN 47), 91.

⁵⁴ BK (FN 16), Art. 8, Rz. 69

⁵⁵ NIGGLI (FN 51), Rz. 621 ff.

⁵⁶ BENS (FN 26), 40 f. Vgl. Dazu aber nachfolgend, II., 5, der Vermerk betr. den Einbezug genetischer Merkmale in der KV BS.

Eine sozial- oder kulturalanthropologische Interpretation wird – soweit ersichtlich – in der rechtswissenschaftlichen Auslegung von «Rasse» kaum diskutiert, führte aber auch kaum zu mehr begrifflicher Stringenz. Das Bundesgericht verlässt sich auf den Duden.⁵⁷

Gemeinsam ist allen diesen Umschreibungen, dass die Bezeichneten als mehr oder weniger offen als «minderwertig» angesehen werden. Das kann mit der nur negativen Konnotation des Ausdrucks «Diskriminierung» ausschliesslich im Deutschen zusammenhängen. Als (vermeintlich) objektive Umschreibung einer Gruppe von Menschen kann dies nicht richtig sein. Es lässt aber auf die quasi inhärente Meinung einer vermeintlichen Überlegenheit der Bezeichnenden (also bspw. «Weisse» gegenüber «Nichtweissen») schliessen.⁵⁸ Freilich ist selbst dies keineswegs mehr immer zutreffend: Im amerikanischen Wahlkampf hat sich gerade umgekehrt ein Minderwertigkeitsgefühl von «Weissen» gegenüber ihrem «schwarzen» Präsidenten und seiner Gattin manifestiert.⁵⁹ Und Weisse haben andere Weisse herabsetzend disqualifiziert («white trash»)⁶⁰.

Nicht zu übersehen ist indessen v.a. die Ungenauigkeit und gar Ablehnung des Ausdrucks «Rasse».⁶¹ Genau besehen, kommt es zur Feststellung, ob eine Diskriminierung *aus Gründen* (und *nicht wegen*)⁶² der Rasse vorliege, nicht darauf an, ob es Rassen als Menschenrassen gibt. Vielmehr geht es darum, ob das die Benachteiligung oder Fokussierung auslösende Merkmal sich als Teil einer landläufigen, aber unhaltbaren Rassenzuschreibung darstellt.⁶³ Daher kann «rassistische Diskriminierung» nur subjektiv unter Rückgriff auf bestehende Vorurteile als *bewusste* Schlechterbehandlung festgestellt werden.⁶⁴

Auch «Rasse» taugt somit als verfassungsrechtlicher hinreichend bestimmter Begriff nicht. THORNBERRY postuliert daher, es sei besser von ethnischen Gruppen zu sprechen.⁶⁵

2. Zum Begriff der Ethnie

«Ethnie» ist indessen keineswegs präziser als «Rasse». Es handelt sich um einen schwer fassbaren kultur- bzw. sozialanthropologischen Begriff.⁶⁶ Er bewegt sich im Schnittstellenbereich zwischen naturwissenschaftlicher⁶⁷ und philosophischer Anthropologie und Rechtsphilosophie. In der Kulturalanthropologie wird «Ethnie» in eine Praxis- und eine Forschungskategorie geteilt.⁶⁸ Das führt zu

⁵⁷ BGE 138 II 641, E. 4.3.

⁵⁸ Vgl. auch LUC DE HEUSCH, L'ethnie. The vicissitudes of a concept, in: Social Anthropology (2000), 8, 99, und BENS (FN 26), 69.

⁵⁹ NZZ am Sonntag, 14.11.2016, 23.

⁶⁰ Das wäre in der Schweiz unter «soziale Stellung» in Art. 8 Abs. 2 BV zu subsumieren und somit eine Diskriminierung.

⁶¹ Vgl. zur Unbestimmtheit: BGE 140 IV 67, E. 2.2.4 und 2.3. MÜLLER/SCHEFER (FN 19), 720 f. («In diesem Sinn erscheint das Verbot der Rassendiskriminierung in der BV als Grundtyp der Diskriminierungsverbote, ohne selber schon über scharfe Konturen zu verfügen.»)

⁶² Vgl. aber BGE 140 IV 76, E. 2.4 («wegen» ist auch dort in Anführungszeichen gesetzt). «Wegen» bestätigt im Grund genommen das Bestehen von verschiedenen Rassen unter den Menschen, was ja gerade abgelehnt wird. «Aus Gründen» verweist demgegenüber auf eine solche Behauptung.

⁶³ BENS (FN 26), 68.

⁶⁴ Gegenteiliger Ansicht SCHERR (FN 24).

⁶⁵ THORNBERRY (FN 46), 22.

⁶⁶ Etymologisch von altgr. *ethnos* (Volk, Volksstamm) stammend; zum ersten Mal 1895 als Synonym oder «Ablösung» von «Rasse» verwendet; zur Geschichte des Begriffs «Ethnie» und der andauernden Auseinandersetzungen um das konstituierende Konzept: DE HEUSCH (FN 58), 99 ff.; BENS (FN 26), 1, 24. Dieser sei auch ein Kampfbegriff sozialer Bewegungen der 2. Hälfte des 20. Jahrhunderts, 4.

⁶⁷ Ethnische Zugehörigkeit werde auch durch genetische Abstammung vermittelt, was eine klare Trennung von Rasse und Ethnie verunmögliche (Bens [26], 73 m.w.N.) – andererseits aber die Existenz unterschiedlicher Rassen gerade abgelehnt wird (vorstehend 1.), vgl. dazu BENS (FN 26), 69 f., 94.

⁶⁸ BENS (FN 26), 25 ff.

einer subjektiven und einer objektiven Auslegung von «ethnischer Herkunft». Aber auch diese Unterscheidung bleibt in diesem Zusammenhang unscharf: objektiv kann «Ethnie» nur eine Kategorie der Wissenschaft sein. Subjektiv bezieht sich auf die Selbst- und die Fremdwahrnehmung, was zu unterschiedlichen Ergebnissen führen kann.⁶⁹ Subjektive Wahrnehmung beruht (in der Fremdwahrnehmung) *relational* auf der Unterscheidung zwischen sich selbst und einer anderen Person nach individuellen Kriterien-Parametern⁷⁰ und bestimmt somit das «Fremdsein» (von sich selber oder der andern Person, je nach Ort des Geschehens bzw. der lokalen Mehrheit). Woraus ergibt sich aber der Parameter, um sich nicht selber auszuschliessen? Dies «Bestimmung» folgt der überindividuellen Einordnung von Merkmalen, wie sie gemeinhin bzw. landläufig⁷¹ oder nach dem «gesunden Menschenverstand» (*common sense*⁷²) wahrgenommen werden. Dies ist jedoch in der heutigen stark pluralistischen Gesellschaft mit rasch wechselnden «*main stream*»-Auffassungen oder solchen der politischen Korrektheit eine wacklige Grundlage. Der Rückgriff ausschliesslich auf Anleihen kulturanthropologischer und damit weitgehend diskurstheoretischer Ansätze zu Begriffsinhalten ist für die Rechtsetzung problematisch, da damit die geforderte rechtsstaatliche Bestimmtheit nicht zu erzielen ist,⁷³ was insbesondere für Strafrechtstatbestände gilt. Nicht eindeutig festgelegte Begriffe werden bei sprachlich-grammatikalischer Auslegung⁷⁴ und Sprachlogik für die Ermittlung des Sinns so mehr zur Rechts*er*findung als zur Rechtsfindung.⁷⁵

3. Zum Begriffe der «Hautfarbe»

Die Hautfarbe ist eines dieser äusserlichen Merkmale. Genannt wird sie als Anknüpfungskriterium für ein allgemeines Diskriminierungsverbot im 12. ZP zur EMRK.⁷⁶ Auch wenn es Menschen mit offensichtlich deutlich unterschiedlichen Hautfarben gibt, ist die Hautfarbe kein zuverlässiges Kriterium, was sich schon an Personen mit Eltern, die selber verschiedener Hautfarbe sind, zeigt.⁷⁷ In Europa und den USA dürfte es auch nicht um die Hautfarbe an sich gehen, sondern ausschliesslich

⁶⁹ Auch «ganz Integrierte» können sich, unabhängig von der Fremdwahrnehmung Dritter, immer noch als Zugehörige einer abstammungs- oder kulturbedingten Gruppe zählen oder eben auch nicht mehr. Vgl. dazu auch BENS (FN 26), 75.

⁷⁰ Vgl. BENS (FN 26), 75.

⁷¹ Vgl. BGE 133 IV 308, E. 9.3.3 («Stiefel von der Art, wie sie nach landläufiger Auffassung auch von "Neonazis" beziehungsweise "Rechtsextremen" getragen werden.»). Das bezieht sich auf eine Parallelwertung in der Laiensphäre (BGE 129 IV 238, E. 3.2.2), die als Tatbestandsmerkmal, zumal im Strafrecht, doch sehr heikel sein könnte. Zwar müssen auch landläufige Kategorien von der Rechtswissenschaft berücksichtigt werden, damit sich diese nicht von den Rechtsadressaten (zu) weit entfernt, doch können sie allein nicht genügen, sondern müssen auf ihre Tauglichkeit als *hinreichend bestimmte Begriffe* in generell-abstrakten Normen geprüft werden. Vgl. dazu auch BGer 6B_8/2014, Urteil v. 22. April 2014, mit seinem philologischen Betrachtungen zur Bedeutung eines Ausdrucks in der Parallelwertung der Laiensphäre.

⁷² BENS (FN 26), 75.

⁷³ Vgl. BENS (26), 13.

⁷⁴ ERNST KRAMER, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. Bern/Wien/München 2016, 59 f.

⁷⁵ BENS (FN 26), 19, 21, 27.

⁷⁶ Vgl. FN 15.

⁷⁷ Die Schauspielerin, Schriftstellerin und Herausgeberin einer Zeitschrift MEGHAN MARKLE, eine Frau, deren Eltern unterschiedlicher Hautfarbe sind, beklagte sich in einem Artikel « I'm More Than An 'Other' » darüber, dass sie immer wieder gefragt werden, WAS sie sei, also gemeint: weiss oder schwarz (<http://www.elleuk.com/life-and-culture/news/a26855/more-than-an-other/>).

um «nicht ganz weiss»⁷⁸ als vermeintliches Merkmal der Andersartigkeit oder des «Fremden». Hautfarben sind als Anknüpfungskriterium jedoch ungeeignet für die *Bestimmung* von Andersartigkeit oder Fremdheit. Damit wird die subjektive Fokussierung auf eine Person selber konstitutiv für die Andersartigkeit der andern, was mit deren tatsächlichem «So-sein» überhaupt nicht übereinstimmen muss.⁷⁹

4. Die in der BV ausgedrückten Anknüpfungskriterien

In Art. 8 Abs. 2 BV werden im hier interessierenden Kontext explizit die Ausdrücke «Rasse» und «Sprache» (im Zusammenhang mit ethnischer Herkunft) genannt, nicht aber die Hautfarbe. Das Diskriminierungsverbot ist jedoch weiter gefasst, da die Aufzählung durch das «namentlich» nicht abschliessend zu verstehen ist.⁸⁰

a) «Rasse»

Das mit der expliziten Verwendung in Art. 8 Abs. 2 Verfassungsrecht gewordene Anknüpfungskriterium wird in der Botschaft über eine neue Bundesverfassung⁸¹ nicht definiert.⁸² Hingegen findet sich in der Botschaft zur ARK eine nicht widerspruchsfreie Umschreibung: «Rasse» ebenso wie «Hautfarbe» seien biologische und physische Merkmale; der Begriff der Rasse schliesse subjektive und soziale Komponenten ein. «Eine Rasse ist in diesem breiten – soziologischen – Sinn eine Menschengruppe, die sich selbst als unterschiedlich von andern Menschengruppen versteht und/oder so verstanden wird, auf der Grundlage angeborener und unveränderlicher Merkmale.»⁸³ Ob aus dem Stillschweigen in der Botschaft zum VE 96 der BV über den Begriff der «Rasse» in Art. 8 Abs. 2 angenommen werden soll, die Umschreibung aus der Botschaft zur ARK sei nach wie vor massgebend, darf aufgrund der seitherigen rechts- und sozialwissenschaftlichen Erkenntnisse bezweifelt werden.

b) «Ethnie»

«Ethnie» kommt in Art. 8 Abs. 2 BV nicht vor, wohl aber «Herkunft». Aber auch «Herkunft» wird in der Botschaft über eine neue Bundesverfassung nicht definiert. Das Wort kommt nur als Klammersausdruck (mit «Rasse») vor.⁸⁴ Die in der Botschaft zur ARK für «Rasse» verwendete Umschreibung trifft jedoch eher auf die (ethnische) Herkunft zu.⁸⁵

c) «Hautfarbe»

Die Hautfarbe wird in Art. 8 Abs. 2 BV nicht ausdrücklich als Anknüpfungskriterium verwendet. Demzufolge erscheint der Ausdruck auch nicht in der Botschaft zur neuen BV. In derjenigen zur ARK indessen wird die Hautfarbe zusammen mit der «Rasse» als biologisches und physisches Merkmal bezeichnet.⁸⁶ Zusätzlich wird vermerkt, die Hautfarbe gehöre zu den Merkmalen der

⁷⁸ Vgl. WALDMANN (FN 14), 244 (unsinniger Prüfungsschritt: «ab wann ein Mensch als 'weiss' gilt und daher nicht mehr als diskriminiert im Sinne des Gesetzes betrachtet werden kann, obwohl die in Frage stehende Behandlung ganz offensichtlich mit der Hautfarbe des Betroffenen zusammenhängt.»).

⁷⁹ Näheres zu «Putativ-Diskriminierung» bei BENS (FN 26), 98.

⁸⁰ Botsch. VE 96 (FN 13), 143.

⁸¹ FN (13), 142

⁸² Verweisen wird nur darauf, dass sich die Unzulässigkeit der Diskriminierung nach «Rasse» aus keinem andern Grundrecht ergebe.

⁸³ Botsch. ARK (FN 28), 279.

⁸⁴ Vgl. FN 82

⁸⁵ Vgl. dazu vorstehend II., 2.

⁸⁶ Vgl. FN 83.

Rasse.⁸⁷ Mindestens systematisch gesehen, ist diese Ergänzung fragwürdig und steht im Gegensatz zu den Erkenntnissen der naturwissenschaftlichen und kulturanthropologischen Forschung.

5. Die in den KV ausgedrückten Anknüpfungskriterien

Die Kantonsverfassungen präsentieren sich hinsichtlich der Anknüpfungsmerkmale, die im vorliegenden Zusammenhang interessieren, sehr unterschiedlich.

Zwei Verfassungen enthalten keine Bestimmung betreffend Diskriminierungsverbot und verweisen auch nicht auf die BV bzw. deren Grundrechtskatalog (oder Art. 8 Abs. 2 BV im Speziellen).⁸⁸

Eine zweite Gruppe von Kantonsverfassungen verweist ausschliesslich auf die BV⁸⁹ sowie auch auf die massgebenden völkerrechtlichen Verpflichtungen.⁹⁰ Eine dritte Gruppe enthält ohne Anknüpfungskriterien ein generelles Diskriminierungsverbot (z.B. «Niemand darf diskriminiert werden.»).⁹¹ In den Kantonsverfassungen, welche die hier interessierende Anknüpfungsmerkmale enthalten, finden sich nachfolgend aufgeführte Auflistungen, wobei einige durch «namentlich» oder «insbesondere» den nicht abschliessenden Charakter der Auflistung feststellen.

Kanton	nicht abschliessend	Rasse	Herkunft	Abstammung	Ethnie / ethnisch	Genetische Merkmale	Sprache	Hautfarbe
ZH, Art. 11 Abs. 2	x	x	x			x	x	
BE, Art. 10 Abs. 1	x	x	x				x	x
UR, Art. 11 Abs. 2		x	x				x	
NW Art. 2 Abs. 2		x	x				x	
GL, Art. 4 Abs. 2			x				x	
BS, § 8 Abs. 2	x	x	x		x	x	x	
BL, § 7 Abs. 2	x		x	x				
AR, Art. 5 Abs. 2	x	x	x				x	x
AG, § 10 Abs. 2		x	x	x			x	
TI, Art. 7 Abs. 1		x	x					
VD, 10 Abs. 2	x		x			x	x	(Aussehen)
GE, Art. 15 Abs. 2	x		x					
JU, Art. 6 Abs. 2		x	x					

Im Zuge der Totalrevision der Kantonsverfassung Basel-Stadt verwies die Spezialkommission Grundrechte auf Fortschritte der Bio-Wissenschaft und damit der genetischen Forschung und postulierte den Einbezug des «Diskriminierungstatbestandes» der «genetischen Merkmale».⁹² Sie bezog sich auch auf Art. 11 des Übereinkommens über Menschenrechte und Biomedizin.⁹³ Wiewohl sich dieses Verbot auf medizinische Zusammenhänge sowie deren allfällige Konsequenzen bspw. im

⁸⁷ Botsch. ARK (FN 28), 311.

⁸⁸ TG und VS (alle KV in SR 131.2xx ff.).

⁸⁹ LU, Art. 10 Abs. 2.

⁹⁰ SZ, § 10; GR, Art. 7.

⁹¹ FR, Art. 9 Abs. 1; SH, Art. 11 Abs. 1; SG, Art. 2 Bst. b.

⁹² DENISE BUSER/MICHAEL ALBRECHT (Hrsg.), Die Entstehung der Baselstädtischen Verfassung vom 23. März 2005, Basel 2010, 11 f.

⁹³ Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin, SR 0.810.2 (Art. 11 «Jede Form von Diskriminierung einer Person wegen ihres genetischen Erbes ist verboten.»).

Versicherungswesen bezieht,⁹⁴ weist die Formulierung «jede Diskriminierung...» auf eine umfassendere Anwendbarkeit dieses Merkmals hin, sofern dessen Erkennbarkeit und Relevanz (in der parallelen Laiensphäre⁹⁵) in einem konkreten Fall massgebend war.

Die Vielzahl der Varianten deutet auf die Unsicherheit der (Verfassungs-) Gesetzgebung hin, wie, d.h. nach welchen Kriterien Diskriminierung am besten bekämpft werden kann. Entsprechend schwierig ist es, in nicht eindeutig klaren Fällen bspw. durch die *Art* der herabwürdigenden Behandlung, auf deren diskriminieren Charakter zu schliessen (vgl. nachfolgend V., S. 18 f.).

6. Die Polizeigesetze der Kantone hinsichtlich dieser Begriffe

In keinem der kantonalen Polizeigesetze kommen die hier relevierten Ausdrücke ebensowenig wie «Herkunft» vor. Da auch «Diskriminierung» oder «diskriminieren» mit Ausnahme von Basel-Stadt und Jura (in anderer Formulierung) nicht zu finden sind, kann festgehalten werden, dass die Polizeigesetze diese besondere Problematik nicht spezifisch regeln.

Andererseits verweist der überwiegende Teil⁹⁶ der Polizeigesetze auf die übergeordnete Rechtsordnung⁹⁷ des Bundes und ihre Kantons. Die meisten erwähnen ausdrücklich das Gesetzmässigkeitsprinzip⁹⁸, das sich auch auf die Vorgaben der BV bezieht.

III. Der Rechtsrahmen für Personenkontrollen insgesamt

1. Generell

Das Polizeirecht ist ein dichtes Gewebe aus den ratifizierten massgebenden weltweit gespannten völkerrechtlichen Abkommen und bilateralen Verträgen, den übernommenen Konventionen des Europarates, dem EU-Recht qua dem Schengen- und dem Dublin-Aassoziierungsabkommen,⁹⁹

⁹⁴ MARKUS SCHEFER/ALEXANDER ZIEGLER, Verbote der Diskriminierung (§ 8 Abs. 2 KV), in: Denise Buser (Hrsg.), Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, 93 ff.

⁹⁵ Trotz der sich widersprechenden Theorien müsste jemand in dessen Bewusstsein darauf abstellen, dass bspw. die Hautfarbe (z.B. «nicht weiss») genetisch bedingt sei und *deswegen* jemanden herabwürdigend behandeln.

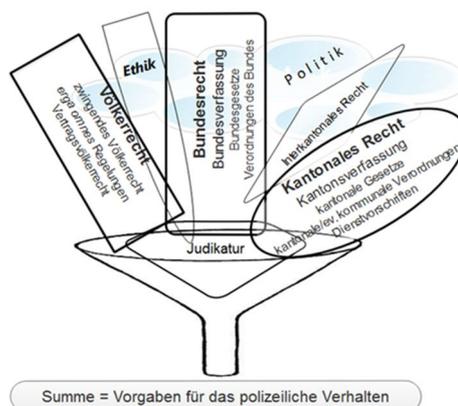
⁹⁶ Kein Verweis auf die übergeordnete Rechtsordnung, die BV oder KV findet sich nur in den PolG NW (911.1), SG (sGS 451.1), und SZ (SRSZ 520.110), sondern lediglich auf die Massgeblichkeit des *Verhältnismässigkeitsprinzips* (was immerhin einen Bezug in persönlicher Hinsicht als Schranke nach den drei Prüfkriterien erlaubt).

⁹⁷ GL (GS VA 11/1), Art. 6; GR (RB 6130.000), Art. 5; JU (RS 551.1), Art. 34; NE (RSN 561.1), Art. 1 Abs. 1 (KV), Abs. 2 (Grundrechte); OW (GDB 510.1), Art. 8 Abs. 1 (Rechtsordnung), Abs. 2 (Grundrechte und Menschenwürde); SH (Syst.Nr. 354.1), Art. 18 Abs. 1 (verfassungsmässige Rechte); TG (RB 551.1), Art. 12 Abs. 1 (Rechtsordnung), Abs. 2 (verfassungsmässige Rechte und Menschenwürde); VD (RS 133.11), Art. 13 (im Gelöbnis: «fidèle à la Constitution fédérale et à la Constitution du canton de Vaud»); VS (RS 550.1), Art. 11 (im Gelöbnis: «der Verfassung treu zu bleiben»); ZG (BGS 512.1), § 9 («im Rahmen der Gesetzgebung des Kantons und des Bundes»); ZH (LS 550.1), § 8 Abs. 1 (Rechtsordnung), Abs. 2 (verfassungsmässige Rechte und Menschenwürde).

⁹⁸ AG (SAR 531.200), Art. 25 Abs. 1; AR (bGS 521.1), Art. 5; BL (SGS 700), § 15; BS (GS 510.100), § 7 und § 22 (Gelöbnis der Pflichterfüllung «ohne Ansehen der Person und vorurteilslos»); FR (BDLF 551.1), Art. 30a; GE (F 105), Art. 45 Abs. 1; GL (GS VA 11/1), Art. 6; GR (RB 613.000), Art. 6; LU (SRL 350), Art. 5; NE (RSN 561.1), Art. 40 Abs.1; SH (Syst.Nr. 354.100), Art. 18 Abs. 1; SO (BGS 511.11), § 25; UR (RB 3.8111), Art. 6.

⁹⁹ SR 0.362.31; 0.142.392.68.

dem Bundes-, dem überordneten kantonalen, dem interkantonalen Recht sowie der eigenen Polizeigesetzgebung.¹⁰⁰ Dabei sind ethische Forderungen von grosser Bedeutung.¹⁰¹ Und massgebend ist selbstverständlich die Judikatur in Auslegung dieser Rechtsgrundlagen.¹⁰²



In diesem überaus dichten polizeirechtlichen Gewebe sind auch die Grundlagen und die Schranken für Personenkontrollen enthalten.

Personenkontrollen, d.h. Identitätsfeststellungen, berühren die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 8 Abs. 1 EMRK), wenn auch nur leichtem Ausmass.¹⁰³ Sie bedürfen daher nach Art. 36 Abs. 1 BV einer gesetzlichen Grundlage.¹⁰⁴ Personenkontrollen sind in allen kantonalen Polizeigesetzen geregelt: Die Polizei erhält dadurch die Befugnis, zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung Personen anzuhalten und ihre Identität zu überprüfen.¹⁰⁵ Umgekehrt sind die Personen, die von der Polizei kontrolliert werden, verpflichtet, Angaben über ihre Identität zu machen.¹⁰⁶ Voraussetzung dafür ist dafür ein hinreichender Grund, also die begründbare Annahme, die betroffene Person sei zur Fahndung ausgeschrieben, sei illegal eingereist oder halte sich illegal in der Schweiz auf oder ein plausibler Anfangsverdacht auf eine Widerhandlung.¹⁰⁷ Die Personenkontrolle muss im Einzelfall notwendig sein, um solche Aufgaben zu erfüllen.¹⁰⁸

2. Aspekte des Rechts der öffentlichen Sicherheit und Ordnung

Die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, die Gefahrenabwehr, die Durchsetzung der Rechtsordnung, ist eine *Pflicht* u.a. der Polizei. Diese fliesst aus dem (aktiven) Legalitätsprinzip.¹⁰⁹ Es ist ihr nicht anheimgestellt, ob sie aus «Opportunitätsgründen» die Befolgung von

¹⁰⁰ MOHLER, Grundzüge (FN 23), Rz. 47 ff., 154 ff., 166 ff.

¹⁰¹ MOHLER, Grundzüge (FN 23), Rz. 24 ff.; DERS., Ethik in der Polizei, in: János Fehervary/Wolfgang Stangl (Hrsg.), Menschenrecht und Staatsgewalt, Wien 2000 (nachfolgend: Ethik), 201 ff.

¹⁰² BGE 109 Ia 146 E. 4b («L'interpellation de police doit répondre à des raisons objectives minimales, telles l'existence d'une situation troublée, la présence de l'intéressé dans le voisinage de lieux où vient de se commettre une infraction, sa ressemblance avec une personne recherchée, son insertion dans un groupe d'individus dont il y a lieu de penser, à partir d'indices si faibles soient-ils, que l'un ou l'autre se trouverait dans une situation illégale impliquant une intervention policière»).

¹⁰³ BGE 136 I 87 E. 5.1 ; 109 Ia 146, E. 4.b (... la simple interpellation de police à fin de vérification d'identité... ne constitue pas en soi une atteinte très sensible à la liberté personnelle »

¹⁰⁴ BGE 124 I 85, E. 2b.

¹⁰⁵ Vgl. bspw. Art. 27 Abs. 1 PolG BE, § 34 Abs. 1 PolG BS; Art. 47 al. 1 loi sur la pol GE; § 21 Abs. 1 PolG ZH. BGE 142 I 121, E. 3.2.

¹⁰⁶ Vgl. Art. 27 Abs. 2 PolG BE; § 34 Abs. 2 PolG BS; art. 47 al. 1 et 2 loi sur la pol GE; § 21 Abs. 2 PolG ZH.

¹⁰⁷ Vgl. MOHLER, Grundzüge (FN 23), Rz. 386 ff.

¹⁰⁸ BGE 136 I 87, E. 5.2.

¹⁰⁹ MOHLER, Grundzüge (FN 23), Rz. 123.

Gesetzen, die in ihren Zuständigkeitsbereich fallen, durchzusetzen bzw. Gefahren abzuwehren sucht oder nicht. Dazu gehören auch einzelgesetzliche Aufgaben wie bspw. der Vollzug des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer¹¹⁰ oder des Bundesgesetzes über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaida» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen.¹¹¹ Einschränkungen von diesem Grundsatz ergeben sich nur im Rahmen des Verhältnismässigkeitsprinzips¹¹² und des engen Entschliessungs- oder Einzelfallermessens.¹¹³

3. In Bezug auf «Rasse, «Ethnie» und «Hautfarbe»

Aus dem Diskriminierungsverbot gemäss den hier relevierten Anknüpfungskriterien ergibt sich, dass weder «Rasse» noch ethnische Herkunft» oder die Hautfarbe *allein* hinreichender Grund für eine Personenkontrolle sein können.¹¹⁴

IV. Abgrenzungskriterien zwischen erlaubter und diskriminierender Personenkontrolle

1. Grundsätzlich

Nach dem materiellen Verständnis des Diskriminierungsbegriffs¹¹⁵ sei das *verpönte Ergebnis einer Behandlung* und nicht die Behandlung selber massgebend. Damit bleibt zu umschreiben, was genau «verpönt» ist und wer dies worauf gestützt feststellt. Materiell geht bei der rechtsungleichen Behandlung, wie erwähnt, um eine *Beeinträchtigung der Menschenwürde* einer Person, ihre *Herabwürdigung*, *allein* auf Grund ihrer «Rasse», «ethnischer Herkunft» oder Hautfarbe.¹¹⁶ Wie auch bereits vermerkt, müssen Wertschätzung und Menschenwürde nicht identisch sein. In einem Urteil von 2001 hält das Bundesgericht fest: «Die Menschenwürde betrifft das letztlich nicht fassbare Eigentliche des Menschen und der Menschen und ist unter Mitbeachtung kollektiver Anschauungen ausgerichtet auf Anerkennung des Einzelnen in seiner eigenen Werthaftigkeit und individuellen Einzig- und allfälligen Andersartigkeit».¹¹⁷ Menschenwürde entziehe sich in der Offenheit ihrer Erscheinungsformen einer abschliessenden positiven Festlegung; sie realisiere sich in *menschlichen Akten der Anerkennung oder werde vernichtet in Erniedrigung und Demütigung*.¹¹⁸ Darin liegt von der handelnden (oder unterlassenden) Person her notwendigerweise eine subjektiv geprägte Haltung der andern Person gegenüber.

Rechtlich zulässig sind demnach Kontrollen von Personen, die sich aus Sicht der handelnden Polizeiangehörigen nach einem dieser Anknüpfungskriterien unterscheiden, sofern die Polizeiangehörigen die zu kontrollierenden Personen von ihrer *inneren Haltung her wegen ihrer (vermeintlichen) «An-*

¹¹⁰ Vom 16. Dezember 2006, SR 142.20, Art. 9 Abs. 1 («Die Kantone üben auf ihrem Hoheitsgebiet die Personenkontrolle aus.») i.V.m. Art. 46 Abs. 1 BV.

¹¹¹ SR 122.

¹¹² Art. 5 Abs. 2 BV.

¹¹³ BENJAMIN SCHINDLER, Verwaltungsermessens, Habil. Zürich/St. Gallen 2010, N. 418 ff., 435; MOHLER (FN 23), Rz. 124, 335 je m.w.H.

¹¹⁴ BGE 132 I 49, E. 8.1.

¹¹⁵ Vorstehend I., 2.

¹¹⁶ BGE 132 I 49, E. 8.1.

¹¹⁷ BGE 127 I 6, E. 5b (unter Verweis auf J.P. Müller).

¹¹⁸ MÜLLER/SCHEFER (FN 19), 4.

dersartigkeit» nicht als minderwertig betrachten, sie in ihrer Würde also nicht herabsetzen, sondern ausschliesslich – ohne Ansehen der Person¹¹⁹ – nach einem Kriterium der polizeilichen Aufgabenerfüllung ihre Identität überprüfen.¹²⁰

Diskriminierend sind umgekehrt Personenkontrollen, wenn die Kontrollierenden durch ihre innere Haltung eine Person *wegen ihrer (vermeintlichen) «Andersartigkeit» als minderwertig betrachten* und/oder *ausgrenzen* wollen, mithin die *negative Haltung Kontrollmotiv* ist und *die polizeilichen Gründe (selbst durch eine innere Selbsttäuschung) nur vorgeschoben* sind.¹²¹

2. Alltagssituationen

Es dürfte sich bei den Alltagssituationen um vier Stereotype handeln: (a) Kontrollen im Grenzraum oder an Grenzbahnhöfen, (b) Kontrolle auf Grund eines Signalements einer Person, nach der im Zusammenhang mit einem Delikt gefahndet wird, (c) Kontrollen in einer Umgebung mit überdurchschnittlicher Kriminalität mit notorisch überdurchschnittlich hohem Anteil Verdächtiger bestimmter Herkunft gegenüber gewissen Vergleichszahlen sowie (d) Kontrollen von ihrem Aussehen nach «fremden» Personen, die sich beim Erscheinen der Polizei unversehens erkennbar anders verhalten, um dadurch nach Möglichkeit einer Kontrolle zu entgehen.

a) Die illegale Einreise ist nicht gestattet, strafbar¹²² und nach Möglichkeit zu verhindern. In diesem Zusammenhang hat der Menschenrechtsausschuss¹²³ eine mehrfach interessante Entscheidung getroffen: *«The Committee considers that identity checks carried out . . . to control illegal immigration, serve a legitimate purpose. However, when the authorities carry out such checks, the physical or ethnic characteristics of the persons subjected thereto should not by themselves be deemed indicative of their possible illegal presence in the country. Nor should they be carried out in such a way as to target only persons with specific physical or ethnic characteristics».*¹²⁴ Zum einen wird festgehalten, dass die Kontrolle (bzw. Verhinderung) der illegalen Einreise ein legitimes Ziel sei. Dann wird eingeschränkt, dass physische oder ethnische Charakteristika für sich allein genommen nicht ausschlaggebend sein sollen. Nicht gesagt wird jedoch, wie denn bspw. im Grenzraum die (zeitweise sehr starke) illegale Einwanderung effektiv kontrolliert werden kann, ohne gegen das Diskriminierungsverbot zu verstossen. Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang für den Schengen-Raum daran, dass *systematische* Grenzübertrittskontrollen (die einen Bezug auf «physische oder ethnische Charakteristika» ausschliessen) an den Binnengrenzen ebenso wie Kontrollen im Raum der Binnengrenzen, die solchen nahekommen, nicht gestattet sind.¹²⁵ Nach der

¹¹⁹ Vgl. vorstehend I., 4.

¹²⁰ Vgl. ECRI General Policy Recommendation N° 11 on combating racism and racial discrimination in policing (adopted on 29 June 2007, at ECRI's 43rd plenary meeting), Paragraph 1: *“The use by the police, with no objective and reasonable justification, of grounds such as race, colour, language, religion, nationality or national or ethnic origin in control, surveillance or investigation activities”.* (Hervorhebung d. Autor.)

¹²¹ Vgl. dazu die inhaltlich gleichlautende Formulierung in der Entscheidung des UN Menschenrechtsausschusses A/64/40, vol. II (2009) Annex VII.FF., page 295 ff. Communication No. 1493/2006, *Williams Lecraft v. Spain* (Views adopted on 27 July 2009, Ninety-sixth session), § 7.4 (*“In the circumstances, the Committee can only conclude that the author (= Beschwerdeführerin) was singled out for the identity check in question solely on the ground of her racial characteristics and that these characteristics were the decisive factor in her being suspected of unlawful conduct.”*); ferner: MOHLER, Ethik (FN 101), 212.

¹²² Art. 115 Abs. 1 Bst. a, b. und d i.V.m. Art. 7 AuG.

¹²³ <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/CCPRIndex.aspx>.

¹²⁴ UN Menschenrechtsausschuss (FN 121), § 7.2.

¹²⁵ Vgl. Art. 22 i.V. mit Art. 23 Bst. a i) der Verordnung (EU) 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex) (ABl. L 77 v. 23.3.2016 1 ff.; von der Schweiz übernommen: SR 0.362.380.067 [AS 2016 1947]); BGE 138 IV 69, E. 3.4.2.1 (noch zum vormaligen Schengener Grenzkodex, der diesbezüglich gleich lautete).

einen Vorschrift dürfen keine systematischen Grenzkontrollen durchgeführt werden, denen alle unterzogen werden, nach der anderen Rechtsquelle dürfen physische oder ethnische Merkmale, die z.B. bei der derzeitigen Migrationsstärke auf illegale Grenzübertritte hindeuten, nicht zum Anlass von Kontrollen genommen werden. Das kommt der Quadratur des Kreises gleich. Dies ergibt sich zudem aus einer Formulierung des Bundesgerichts hinsichtlich der Notwendigkeit einer Personenkontrolle zur polizeilichen Aufgabenerfüllung: «Mit dem Begriff der Notwendigkeit wird zum Ausdruck gebracht, dass spezifische Umstände vorliegen müssen, damit die Polizeiorgane Identitätskontrollen vornehmen dürfen, dass die Kontrolle *nicht anlassfrei* erfolgen darf. Erforderlich können solche etwa sein, wenn sich *Auffälligkeiten hinsichtlich von Personen, Örtlichkeiten* oder Umständen ergeben und ein entsprechendes polizeiliches Handeln gebieten».¹²⁶ Bedeutet nach Bundesgerichteine *Auffälligkeit hinsichtlich von Personen* somit einen eine Kontrolle legitimierenden Anlass, scheint das gemäss dem Entscheid des Menschenrechtsausschusses gerade nicht der Fall zu sein.

b) Personenbeschreibungen (Signalemente) in Fahndungsdatenbanken beziehen sich neben den Personalien, sofern bekannt, auf die äussere Erscheinung. Darin sind physische Merkmale, die auch auf die «ethnische Herkunft» Rückschlüsse erlauben, enthalten, sofern zutreffend. Nicht zuzustimmen ist daher der Feststellung, «ein Sonderproblem stell(e) sich bei rassenspezifischen Täterbeschreibungen: So kann es zulässig erscheinen, dass die Polizei nur nach einem Täter dunkler Hautfarbe sucht, wenn beispielsweise alle verfügbaren Zeugen eine entsprechende Beschreibung des Täters abgegeben haben und keine widersprechenden Hinweise vorliegen».¹²⁷ Dies führte, in Kenntnis der notorischen Unterschiede in Aussagen von Augenzeugen, zu einer mindesten mittelbaren *positiven* Diskriminierung allfälliger Verdächtiger mit Merkmalen, die auf eine andere «ethnische Herkunft» schliessen lassen. Dies widerspräche kriminalistischen Grundregeln (Signalementslehre¹²⁸) und wäre auch nicht umsetzbar, wenn bspw. nur das Opfer Aussagen machen kann.

c) Als Kriterium für diskriminierenden Personenkontrollen werden oft statistische Vergleichszahlen verwendet.¹²⁹ Auch beim Beizug von Statistiken ist Vorsicht geboten. Wiewohl im Handbuch «Diskriminierendes Profiling» darauf hingewiesen wird, die Ergebnisse der EU-MIDIS Studie könnten nicht als endgültiger Beweis dafür angesehen werden, dass es bei der Polizei Praktiken mit diskriminierendem Ethnic Profiling gebe,¹³⁰ wird als Indikator für diskriminierende Personenkontrollen das Verhältnis der Zahl der kontrollierten Personen einer bestimmten Gruppe zur entsprechenden Wohnbevölkerung als Anteil an der Gesamtbevölkerung zugezogen. Dieses Verhältnis muss jedoch keineswegs aussagekräftig sein, zumindest nicht in Grenzräumen. So zeigt bspw. die Kriminalstatistik des Kantons Basel-Stadt, dass von den in der Betäubungsmitteldelinquenz identifizierten und ermittelten Verdächtigen der Anteil der Ausländer, die weder zur Wohnbevölkerung noch zur Asylgruppe gehören, gleich gross oder grösser ist als die entsprechende Wohnbevölkerung.¹³¹ Noch deutlicher ist diese Ungleichheit qua Betäubungsmittelhandel von beschuldigten Ausländern mit Wohnort Schweiz zu den «übrigen Ausländern» auf gesamtschweizerischer Ebene: Die absolute Zahl der «übrigen Ausländer» ist mehr als doppelt so hoch wie diejenige der hier

¹²⁶ BGE 136 I 87, E. 5.2.

¹²⁷ MÜLLER/SCHEFER (FN 19), 721.

¹²⁸ Vgl. Art. 11 Bst. g, i und m der Verordnung über das automatisierte Polizeifahndungssystem (RIPOL-Verordnung, SR 361.0) und Verordnung über den nationalen Teil des Schengener Informationssystems (N-SIS) und das SIRENE-Büro (N-SIS-Verordnung, SR 362.0), Anhang 3, Ziff. 2.2.1, und Anhang 4, Ziff. 2.

¹²⁹ Vgl. Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, EU-MIDIS, Erhebung der Europäischen Union zu Minderheiten und Diskriminierung, Luxemburg 2011.

¹³⁰ FN 16, 30.

¹³¹ Staatsanwaltschaft Basel-Stadt, Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS), Jahresbericht Basel-Stadt 2015, Statistiken 29.4.1. und 2.9.4.2.

wohnenden beschuldigten Ausländer.¹³² Das lässt auf einen grossen Anteil von «Kriminaltouristen» oder sich illegal in der Schweiz aufhaltenden Verdächtigen schliessen.

d) Die «Trefferquote»¹³³ ist ebenso nicht notwendigerweise ein Beleg für diskriminierende Personenkontrollen: die Trefferquote hinsichtlich Verletzung des Ausländergesetzes bei den Ausländern, die nicht zur Wohnbevölkerung und nicht zur Asylgruppe gehören, beträgt 78%.¹³⁴

e) Auch die vierte Konstellation, in der diskriminierendes Verhalten der Kontrollierenden vermutet wird, stellt keine unterschiedliche Behandlung gegenüber Personen, welche nach den hier interessierenden Anknüpfungskriterien «fremd» sind, dar: Verhält sich jemand beim Gewährwerden von Polizeiangehörigen in dem Sinne auffällig, sich einer Kontrolle entziehen zu wollen, führt ein solches Verhalten *ohne Ansehen der Person* oft zu einer Kontrolle. Die Personenkontrolle ist in einer solchen Situation nicht auf «allein auf Grund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe»¹³⁵ durchgeführt, sondern mit einem sachlichen Kriterium verknüpft,¹³⁶ weshalb eine Diskriminierung entfällt.

3. Indirekte Diskriminierung

Ein Wort zu einer Umschreibung einer indirekten Diskriminierung: Im Handbuch der Europäischen Agentur für Grundrechte findet sich unter «indirekte Diskriminierung» «im Kontext des Ethnic Profiling» folgendes Beispiel: «Anhalten jedes zehnten Fahrzeugs in der Stadt X in der Zeit zwischen 21:00 und 01:00 Uhr», da dies negative Auswirkungen auf eine bestimmte Bevölkerungsgruppe haben könne, die dann vermehrt unterwegs sei.¹³⁷ Just das Kriterium einer rein numerischen Auswahl der zu Kontrollierenden kann Basis weder einer direkten noch einer indirekten Diskriminierung bilden. Die Kontrolle dient der Entdeckung und Verhinderung unterschiedlicher Delikte, ohne jeden Bezug zur allfälligen Gruppenzugehörigkeit nach den in Frage stehenden Anknüpfungskriterien.¹³⁸ Der Verzicht auf eine derart angeordnete Verkehrskontrolle bedeutete umgekehrt eine ungerechtfertigte Bevorzugung einer so definierten Bevölkerungsgruppe zu Lasten der Verkehrssicherheit.

Schliesslich fällt eine Aussage des inzwischen abgetretenen Vorsitzenden der Europäischen Agentur für Menschenrechte, Morten Kjaerum, auf: Er erklärte als Warnung vor «ethnischem Profiling»: «*National plans, backed by the European Commission, to confiscate the travel documents of people leaving to fight in Iraq or Syria could have the same result. Policies, he says, need to be designed with fundamental rights from the outset*».¹³⁹ Das ist, mit Verlaub, Unsinn, denn die Selektion erfolgt aufgrund der mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmenden Unterstützung einer terroristischen Organisation und nicht der Religion – die u.a. von einigen Leuten, welche in Irak oder Syrien kämpfen wollen, als Konvertiten erst gerade angenommen worden ist. Daher entfällt in solchen Fällen auch das Kriterium des «wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebaren Bestandteil(s) der Identität der betreffenden

¹³² BFS/KKJPD, Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS), Jahresbericht 2015, Neuenburg 2016, Statistik 3.8.4.2.

¹³³ Nach dem Handbuch «Diskriminierendes Profiling (FN 16), 35: «Die „Trefferquote“ bezeichnet den Anteil der Personenkontrollen und Durchsuchungen, bei denen Beweise für rechtswidriges Verhalten gefunden werden...».

¹³⁴ PKS 2015 (FN 132), Statistik 2.4.2.

¹³⁵ BGE 139 I 292, E. 8.2.1; 139 I 169, E. 7.2.1; 138 I 217, E. 3.3.3; 136 I 297, E. 7.1.

¹³⁶ BGE 136 I 87, E. 5.2 («Umstände»).

¹³⁷ Ziff. 2.5, S. 25 («Verglichen mit anderen Gruppen hat diese Vorgehensweise in der Praxis jedoch vor allem eine eher negative Auswirkung auf eine bestimmte ethnische, religiöse oder Rassengruppe (z. B. 60 % der Bevölkerung, die in der Stadt X zu dieser Zeit mit dem Auto unterwegs sind, haben eine afrokaribische Abstammung, während dieser Wert in der Umgebung nicht mehr als 30 % beträgt.»).

¹³⁸ Vgl. BGE 140 I 53, E. 7.

¹³⁹ EU Observer, 23. Februar 2015 (<https://euobserver.com/justice/127737>).

Person». Schwer aufgebbar ist dieser Bestandteil der Identität offensichtlich nicht – und auch wieder umkehrbar. Es kann ja wohl auch nicht sein, dass Personen wegen ihrer Zugehörigkeit zu einer Religion unbehelligt gelassen werden, wenn konkrete Indizien vorliegen, dass sie schwere Verbrechen zu begehen beabsichtigen

V. Die Rechtsanwendung – die Tauglichkeit der Kriterien in der Praxis

Die Betrachtung zeigt, dass die teilweise in der Rechtswissenschaft, teilweise von Kommissionen wie der Europäischen Agentur für Grundrechte verwendeten Definitionen und Formulierungen, die auch auf diskriminierende Personenkontrollen Anwendung finden sollen, nicht nur vielfältig, sondern auch widersprüchlich sind. Dabei werden zudem objektive und subjektive Sachverhalte vermischt. Während das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung festhält, dass eine Diskriminierung nur vorliege, wenn *allein* auf die hier diskutierten Anknüpfungsmerkmale abgestellt werde,¹⁴⁰ wird bspw. im Handbuch der Europäischen Agentur zusammengefasst, «eine Person anzuhalten und zu durchsuchen, die ausschließlich *oder überwiegend* aufgrund der Rasse, ethnischen Zugehörigkeit oder Religion dieser Person erfolgt», könne als diskriminierendes Ethnic Profiling bezeichnet werden und sei unrechtmäßig.¹⁴¹ Ausschliesslich oder «überwiegend»? Wie wird «überwiegend» von wem festgestellt? Zudem stelle es eine Diskriminierung dar, «wenn eine Person *weniger wohlwollend behandelt* wird als eine andere Person, die sich in einer ähnlichen Situation befindet».¹⁴² Wie wird das Mass des Wohlwollens festgestellt und mit verglichen? Ist wohlwollend ein brauchbares Kriterium?

Solche Formulierungen eignen sich grundsätzlich nicht zur korrekten Lösung einer rechtlich wichtigen Unterscheidung. Sie sind unbestimmt und teilweise widersprüchlich. Sie sind somit auch nicht tauglich für die Praxis der Rechtsanwendung, auf die es in erster Linie ankommt.

Bei der Diskriminierung generell und konkret bei der Frage, ob eine Personenkontrolle diskriminierend sei, geht es darum festzustellen, ob hinter dem Fokus auf die der Kontrolle unterworfenen Person eine *Beeinträchtigung ihrer Menschenwürde*, ihre *Herabwürdigung*, *allein auf Grund ihrer «Rasse», «ethnischer Herkunft» oder Hautfarbe* steckt.¹⁴³ Um dies festzustellen, ist direkt auf die *innere Haltung* der kontrollierenden Polizeiangehörigen abzustellen. Das gilt gleichermassen für das von BERNHARD WALDMANN als Element einer Diskriminierung postulierte «Pejorative».¹⁴⁴ Es bedarf der Feststellung einer entsprechenden *Intention*. Das betrifft den *subjektiven Sachverhalt*.

Damit wird die Nähe zum strafrechtlichen Rassismustatbestand (Art. 261^{bis} StGB¹⁴⁵) offenkundig. Der im Urteil 6B_715/2012 vom Bundesgericht am 6. Februar 2014 beurteilte Fall macht deutlich, dass zwischen dem Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV und dem Tatbestand der Rassendiskriminierung ein Unterschied besteht: Während die übelste Betitelung der kontrollierten Person durch einen Polizeiangehörigen den Tatbestand der Rassendiskriminierung nicht erfüllte (E. 2.5.2, 2.6), stellte sie zweifellos eine Diskriminierung nach Art. 8 Abs. 2 BV im Sinne der Herabwürdigung der Menschenwürde einer Person mit ethnisch algerischer Herkunft dar (E.2.5.3).

¹⁴⁰ Vorstehend I., 1., IV., 1. und FN 135.

¹⁴¹ FN 16, S. 69.

¹⁴² A.a.O.

¹⁴³ BGE 132 I 49, E. 8.1.

¹⁴⁴ FN 29.

¹⁴⁵ SR 311.0.

Die Bekämpfung der Diskriminierung bei jeglicher polizeilichen Aufgabenerfüllung, nicht nur bei Personenkontrollen, ist eine *ethische und rechtliche Pflicht* der zuständigen staatlichen Organe (Art. 35 Abs. 1 und 2 BV). Dabei bildet die Judikatur des Bundesgerichts eine auch in der Praxis taugliche Grundlage. Umzusetzen ist diese Pflicht durch Vorschriften, Selektion, Aus- und Fortbildung sowie die Führung

1. Selektion und Aus- und Fortbildung

Die Selektion künftiger Polizeiangehöriger legt den Grundstein dafür. Nur Personen mit u.a. einem hohen Mass an Sozialkompetenz, grossem Ausbildungspotential und persönlicher Reife, fern einer fremdenfeindlichen Grundhaltung eignen sich.¹⁴⁶ Dies bedarf bereits der hinreichend präzisen Rechtsgrundlagen, um ihrerseits keinen Diskriminierungsverdacht aufkommen zu lassen (indirekte Diskriminierung). Dazu erlaube ich mir eine wohl fruchtlose Nebenbemerkung: Die Anforderungen an den Polizeiberuf sind hoch, sehr hoch geworden. Es dient der Qualität des (v.a. künftigen) Polizeipersonals nicht, wenn die Arbeitsbedingungen, namentlich die Besoldung, in Konkurrenz zu ähnlich anforderungsreichen, zumeist aber weit weniger belastenden Berufen verschlechtert werden.

Die Aus- und permanente Fortbildung auch und gerade in diesem diffizilen Bereich polizeilicher Aufgabenerfüllung¹⁴⁷ liefert die Grundlage dafür, dass die Polizeiarbeit nicht nur auf einem hohen qualitativen Niveau, sondern auch diskriminierungsfrei geleistet wird.¹⁴⁸ Die ECRI¹⁴⁹ hat in ihrem letzten Bericht zwar festgestellt, dass die Ausbildung der Polizeikräfte in der Schweiz nun Ethik und Menschenrechte umfasse, ein neues Lehrmittel hergestellt worden sei und eine zweistündige Klausur zu diesen Themen einschliesse. Trotzdem ist sie damit (sowie mit der entsprechenden Aus- und Weiterbildung der Staatsanwälte und Richter) noch nicht befriedigt.¹⁵⁰ Weitere Anstrengungen sind zu befürworten.

2. Führung

Die konsequente Führung des Polizeipersonals, konzeptionell gut aufgegleist, auf allen Stufen ist unabdingbar für eine *möglichst belastbare Gewährleistung* der diskriminierungsfreien polizeilichen Aufgabenerfüllung. Das beginnt mit der Gesetzgebung. Auch wenn der Grundrechtskatalog der Bundesverfassung selbstredend durchwegs massgebend ist, dürfte es sich – angesichts auch der unterschiedlichen der Grundrechtsgarantien in den Kantonsverfassungen – lohnen, in den Polizeigesetzen selber eine konkrete Bestimmung zum Thema Diskriminierungsverbot aufzunehmen. Das

¹⁴⁶ MOHLER, Ethik (FN 101), 208.

¹⁴⁷ MOHLER, Grundzüge (FN 22), V (Leitsatz).

¹⁴⁸ European Commission against Racism and Intolerance (ECRI), General Policy Recommendation N° 11 on combating racism and racial discrimination in policing (adopted on 29 June 2007, at ECRI's 43rd plenary meeting), Recommendation 4: «*To train the police on the issue of racial profiling and on the use of the reasonable suspicion standard.*» Rassistische Diskriminierung in der Schweiz, Bericht der Fachstelle für Rassismusbekämpfung 2014 (http://www.ekr.admin.ch/pdf/Rassistische_Diskriminierung_in_der_Schweiz.pdf), Ziff. 6.2.8.

¹⁴⁹ Vgl. FN 148.

¹⁵⁰ ECRI-Bericht über die Schweiz (fünfte Prüfungsrunde), verabschiedet am 19. Juni 2014, veröffentlicht am 16. September 2014 (<https://www.edi.admin.ch/edi/de/home/fachstellen/frb/internationales/ecri.html>), Ziff. 66. Im Zusammenhang mit dem weiten Ermessensspielraum, welchen die Polizei bei Personenkontrollen genießt, stellt sie fest: «Eine Person kann ohne konkreten Verdacht angehalten werden», was der Polizei einen enormen Ermessensspielraum gebe; dabei interpretiert sie das von ihr zitierte Bundesgerichtsurteil 6B_53/2013 v. 8.7.2013, E. 2.2, schlicht falsch (vgl. dazu MOHLER, Grundzüge [FN 23], Rz. 386, und BGE 137 I 76, E. 7.3.3, 109 Ia 146, E 4b).

wäre schon deshalb vorteilhaft, weil sowohl in der Ausbildung als auch in der Führung das Polizeigesetz «näher» liegt als die BV, die ARK, die Judikatur und Publikationen verschiedener Organe. Zudem sollten abstrakte Begriffe und generelle Situationsbeschreibungen in Dienstvorschriften oder -anweisungen konkretisiert, plausibilisiert werden.

Zur Führung gehört ein in der Organisationskultur eingebettetes und entwickeltes Sensorium aller, allfällige diskriminierende Verhaltensweisen von Polizeiangehörigen zu bemerken ebenso wie die geeigneten Mittel, sie zuständigenorts bekannt zu machen (Rapportierung, auch *whistle blowing*). Dies muss ermöglichen, unverzüglich die notwendigen Korrekturen einzuleiten oder gegebenenfalls auch andere Massnahmen zu ergreifen.

Schliesslich bedarf es eines Systems, mit dem diskriminierende Verhaltensweisen mit entsprechenden Sanktionen belegt werden können (Disziplinarwesen). In schwerwiegenden Fällen, die einer nicht leicht beeinflussbaren Haltung entsprechen, muss man sich u.U. auch von ungeeigneten Mitarbeitenden trennen. Wer es nicht begreifen will, hat nicht den richtigen Beruf gewählt.¹⁵¹ Dies nach Möglichkeit zu vermeiden, ist ebenso schwierige wie unverzichtbare permanente Aufgabe der Führung auf allen Ebenen.

Zu dieser Führung auf der obersten Ebene gehört indessen auch die Ermöglichung durch die Politik, genügend qualifizierte Kräfte anstellen und behalten zu können.

VI. Schlussbetrachtung und die Frage der Verantwortungsverteilung

Die Betrachtung zeigt, dass – mit Ausnahme der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung – die Umschreibungen dessen, was Diskriminierung nach den hier erörterten Anknüpfungskriterien bedeute, weit auseinandergehen und schon rechtlich nicht zu befriedigen vermögen. Die Grundtypen der Diskriminierungsverbote nach «Rasse» in einem fragwürdigen ethnologischen Sinn verfügen selber – wie bereits angeführt – über keine scharfen Konturen.¹⁵² Damit wird die *Verantwortung* von der Politik als Rechtssetzungsorgan und der Rechtswissenschaft auf die Praktiker verschoben, ohne in genügend klarer Weise vorzugeben, was denn genau gilt. Ein wenig erfreulicher Befund für einen der schwierigsten staatlichen Wirkungsbereiche, in dem Rechtsstaatlichkeit gemessen werden kann – oder gemessen werden können sollte.

¹⁵¹ Vgl. Beispiel in: Beratungsnetz für Rassismusbetroffene, Rassismusbereiche aus der Beratungspraxis Januar bis Dezember 2015, Bern Juni 2016 (http://www.ekr.admin.ch/pdf/rassismusbereiche_2015_web_d.pdf), 10. MOHLER, Ethik (FN 101), 212.

¹⁵² MÜLLER/SCHNEIDER (FN 19), 718, 720.