

Markus H. F. Mohler

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

Das Diskriminierungsverbot in Art. 8 Abs. 2 der Bundesverfassung stützt sich u.a. auf Anknüpfungskriterien wie «Rasse» und (ethnische) Herkunft. Diese Ausdrücke werden von der Kulturanthropologie aber als unbrauchbar, von der Rechtswissenschaft als unhaltbar bezeichnet. Dennoch wird in diesem Zusammenhang an ihnen festgehalten. Andere objektive Kriterien und der Einbezug der subjektiven Seite könnten mit deutlicheren Vorgaben bessere Ergebnisse zeitigen. Dabei stellt die Plausibilität eines vernünftigen Anfangsverdachts ein wesentliches Element dar. Es liegt in der Verantwortung der Politik, nicht für mehr, sondern besseres Recht zu sorgen.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Öffentliches Recht; Übriges Verfassungsrecht; Verwaltungsrecht

Zitiervorschlag: Markus H. F. Mohler, Diskriminierende Personenkontrollen: Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Vorgaben – Rechtslage und Praxis, in: Jusletter 6. März 2017

Inhaltsübersicht

- Vorbemerkung
- I. Zum Begriff «Diskriminierung»
 - 1 Etymologie und völkerrechtlicher Bezug
 - 2 In der BV
 - 3 In den Kantonsverfassungen
 - 4 In den Polizeigesetzen der Kantone
 - II. Die Anknüpfungskriterien der «Rasse», «Ethnie» und «Hautfarbe» – ein kurzer Überblick
 - 1 Zum Begriff der Rasse
 - 2 Zum Begriff der Ethnie
 - 3 Zum Begriff der «Hautfarbe»
 - 4 Die in der BV ausgedrückten Anknüpfungskriterien
 - a) «Rasse»
 - b) «Ethnie»
 - c) «Hautfarbe»
 - 5 Die in den Kantonsverfassungen ausgedrückten Anknüpfungskriterien
 - 6 Die Polizeigesetze der Kantone hinsichtlich dieser Begriffe
 - III. Der Rechtsrahmen für Personenkontrollen insgesamt
 - 1 Generell
 - 2 Aspekte des Rechts der öffentlichen Sicherheit und Ordnung
 - 3 In Bezug auf «Rasse», «Ethnie» und «Hautfarbe»
 - IV. Abgrenzungskriterien zwischen erlaubter und diskriminierender Personenkontrolle
 - 1 Grundsätzlich
 - 2 Alltagssituationen
 - 3 Indirekte Diskriminierung
 - 4 Zwischenergebnis
 - V. Zur Frage der Nichtigkeit von Personenkontrollen
 - VI. Verbesserung der Rechtslage für die Praxis de lege ferenda?
 - VII. Die Rechtsanwendung – die Tauglichkeit der Kriterien in der Praxis
 - VIII. Die Bekämpfung diskriminierender Personenkontrollen
 - 1 Selektion und Aus- und Fortbildung
 - 2 Führung
 - IX. Schlussbetrachtung und die Frage der Verantwortungsverteilung
- «Die kulturellen Faktoren beeinflussen den Menschen bis ins Körperliche, die biologischen Faktoren beeinflussen ihn selbst im kulturellen Bereich. Darum bleibt ein Unrecht, das dem Menschen zugefügt wird, nie begrenzt. Es ist immer total. Daher die Zwiespältigkeit des Rassenproblems, das zugleich Tatsache ist, Vorwand und Schande.» (JEANNE HERSCH)

Vorbemerkung¹

[Rz 1] Das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte, seit 2011 Projekt eines praxisorientierten Dienstleistungszentrums im Rahmen eines universitären Netzwerkes,² führte am 1. Dezember 2016 in Bern eine polizeirechtliche Fachtagung zum Thema *Diskriminierende Perso-*

¹ Überarbeitete und ergänzte Fassung des an der Tagung des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte am 1. Dezember 2016 gehaltenen Einleitungsreferates.

² Zu dessen Grundlagen: Übersicht: <http://www.skmr.ch/de/skmr/index.html>; Rahmenvertrag zwischen dem Bund und der Universität Bern: http://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/151217_Contrat_cadre_CSDH_2016-2020.pdf; interuniversitäre Vereinbarung: http://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/160114_Accord_CSDH_universites_2016-2020.pdf; Struktur: <http://www.skmr.ch/de/skmr/struktur/index.html> (Alle Websites zuletzt besucht am 17. Februar 2017).

nenkontrollen aus praktischer, juristischer und sozialwissenschaftlicher Perspektive durch. Der Themenbereich Polizei und Justiz des SKMR ist innerhalb dieses Netzwerkes bei der Juristischen Fakultät der Universität Bern angesiedelt.³

[Rz 2] Wiewohl das Thema des Einleitungsreferates auf die relevanten Grundlagen in der schweizerischen Rechtsordnung fokussiert, bedarf es eines kurzen Blicks über die grundlegende Bedeutung der in diesen Erlassen und in diesem Zusammenhang verwendeten Begriffe hinaus. Dieser Blick drängte sich auch aus der zweiten, der sozialwissenschaftlichen Tagungsperspektive auf. Denn die buchstäbliche quasi-Selbstverständlichkeit⁴ verwendeter Ausdrücke als Rechtsbegriffe im Alltag beruht auf einem überaus unsicheren Fundament. Beschränkt ist die Betrachtung auf Unterscheidungsmerkmale, die als Grundtypen des Verbotes der Diskriminierung nach «Rasse» bzw. «Ethnie» oder «ethnische Herkunft» gelten. Sodann fokussiert die Diskussion auf Personenkontrollen als *intervenierende Realakte*,⁵ die selber ein spezifisches Wesensmerkmal des Polizeirechts im Unterschied zum sonstigen Verwaltungsrecht bilden.

[Rz 3] Die Perspektive des UNO-Ausschusses gegen Rassendiskriminierung (*Committee on the Elimination of Racial Discrimination, CERD*) wurde in einem weiteren Referat⁶ behandelt.

I. Zum Begriff «Diskriminierung»

1 Etymologie und völkerrechtlicher Bezug

[Rz 4] Der Ausdruck ist in der deutschen Sprache heute nur negativ konnotiert. Etymologisch ist das so nicht richtig. «Diskriminieren» kommt von lat. «discriminare», d.h. unterscheiden, trennen, und von «discrimen», d.h. das Scheidende, die Trennlinie.⁷ Im Französischen, Italienischen und Englischen ist dies nicht so: in diesen Sprachen bedeuten die Nachfolgewörter (*discriminer, discriminare, discriminate*) nach wie vor «unterscheiden», unterschiedlich behandeln, zunächst ohne wertenden Zusatz.⁸

³ Das ist insofern zusätzlich interessant, als auch in der 4. Auflage (Bern 2014) des Allgemeinen Verwaltungsrechts von PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, dreier renommierter Autoren dieser Fakultät, dem *Polizeirecht* eine «Daseinsberechtigung als eigenständige Institute des Verwaltungsrechts» abgesprochen wird. Es gebe «kein spezifisches Wesensmerkmal, das die polizeiliche Verwaltungstätigkeit von irgendeiner anderen Staatstätigkeit abgrenzen liesse. Oder anders: Von der polizeilichen Tätigkeit lässt sich keine rechtliche Aussage machen, die nicht auch für andere Tätigkeiten gelten würde. ...» (§ 53, Rz. 24).

⁴ «Die einzelnen Differenzierungsgründe, die in Art. 14 EMRK aufgeführt sind, erklären sich weitestgehend aus sich selbst heraus», so CHRISTOPH GRABENWARTER/KATHARINA PABEL, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 6. Auflage, München 2016, § 26, Rz. 8, was so eben nicht zutrifft.

⁵ 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.

⁶ Prof. Dr. MARC BOSSUYT, Mitglied des UNO-Ausschusses für die Beseitigung von Rassendiskriminierung (CERD), ehem. Präsident des Verfassungsgerichtshofes von Belgien: *Le CERD, la Suisse et le profilage racial* (http://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/161201_Article_Marc_Bossuyt.pdf).

⁷ KARL ERNST GEORGES, *Lateinisch-deutsches Schulwörterbuch*, 10. Auflage, Hannover 1907

⁸ 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.

[Rz 5] Es handelt sich um einen ursprünglich politischen Begriff, der über Art. 14 EMRK^{9,10}, Art. 2 und 10 des UNO Pakts I¹¹, Art. 24 und 26 UNO Pakt II¹² sowie das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung¹³ zu einem (verfassungs-)rechtlichen geworden ist.¹⁴

2 In der BV

[Rz 6] In der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) kommt der Ausdruck ausschliesslich in Art. 8 Abs. 2 vor im Zusammenhang mit den aufgelisteten Merkmalen¹⁵ in Bezug auf Menschen. Das Diskriminierungsverbot war bereits impliziter Teilgehalt von Art. 4 aBV (1874).¹⁶

[Rz 7] Unterschieden wird vorab zwischen einem *formalen*, primär an den nicht abschliessend («namentlich»)¹⁷ genannten Merkmalen orientierten Diskriminierungsbegriff, und einem *materiellen* Diskriminierungsbegriff. Dem formalen Begriff wird in der Literatur mehrheitlich nicht gefolgt.¹⁸ Auch in der Umschreibung des materiellen Diskriminierungsbegriffs zeigen sich Unterschiede (dazu nachfolgend, Rz. 12 ff.). Ein Kennzeichen des materiellen Verständnisses ist dessen Bezug auf das *Ergebnis* einer Behandlung und nicht auf die Behandlung selber. Dieses verpönte Ergebnis und seine *causa* sind allerdings ihrerseits zu definieren. Darauf wird zurückzukommen sein (Rz. 45 ff.).

[Rz 8] Das in der BV in Übereinstimmung mit dem Völkerrecht festgeschriebene Verbot der Diskriminierung ist zunächst nicht als isolierte Bestimmung zu interpretieren. Es ist dogmatisch gesehen Teil des Gleichbehandlungsgebotes (Art. 8 Abs. 1 BV)¹⁹ und steht in direktem Zusammen-

⁹ SR 0.101.

¹⁰ 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.»).

¹¹ Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, SR 0.103.1.

¹² Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, SR 0.103.2.

¹³ SR 0.104 (im Folgenden: ARK).

¹⁴ 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.

¹⁵ «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».

¹⁶ 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.

¹⁷ Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 (im Folgenden: Botsch. VE 96), BBl 1997 I 1 ff., 142.

¹⁸ BERNHARD WALDMANN, Das Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV, Habil. Freiburg, Bern 2003, 232 f.

¹⁹ Das Völkerrecht kennt selber keinen dem Verfassungsrecht vergleichbaren allgemeinen Gleichstellungssatz: WALDMANN (FN 18), 202. GRABENWARTER/PABEL (FN 4), § 26, Rz. 25, lassen dies in Bezug auf das 12. ZP zur EMRK (CETS 177, vorstehend FN 10) allerdings offen. Zum allgemeinen Gleichbehandlungsgebot nach Art. 8 BV: Botsch. VE 96 FN (17), 142.

hang mit der Menschenwürde (Art. 7 BV)²⁰, dem Willkürverbot (Art. 9 BV)²¹ sowie der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV). Diskriminierung ist aber nicht gleichbedeutend mit Rechtsungleichbehandlung.²² Nicht jede nach dem allgemeinen Gleichheitssatz sachwidrige Unterscheidung ist eine Diskriminierung.²³

[Rz 9] Die Vielfalt der Definitionen (samt deren 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:

[Rz 10] Das Diskriminierungsverbot weist zunächst zwei Schutzrichtungen auf: ein Benachteiligungs- und ein Anknüpfungsverbot.²⁴ Es stellt eine Konkretisierung und Verstärkung des Gleichbehandlungsgebotes dar,²⁵ eine Qualifizierung hinsichtlich der Anknüpfungstatbestände. Jede Differenzierung nach einem der verpönten Merkmale ist zwar nicht absolut verboten,²⁶ erscheint aber von vorneherein fragwürdig:²⁷ «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».²⁸ Eine Abweichung vom Prinzip der absoluten Gleichbehandlung ist somit nur ausnahmsweise in qualifizierter Weise *im Zusammenhang mit besonderen sachlichen Gegebenheiten* zulässig.²⁹ Welcher Art einer Ungleichbehandlung in diesem Zusammenhang als besondere sachliche Gegebenheit zu genügen vermag, unterliegt im Einzelfall kontroversen Beurteilungen (vgl. nachfolgend IV. und V.)

[Rz 11] 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 wesentli-

²⁰ BGE 139 I 292 E. 8.2.1 m.w.N., vgl. FN 30.

²¹ SCHWEIZER (FN 16), Rz. 13; vgl. WALDMANN, in Waldmann/Belser/Epiney (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 (http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1133-Guide-ethnic-profiling_DE.pdf), 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. Juli 2000, 22 ff; für die Schweiz nicht massgebend) überein.

²² HANGARTNER (FN 14), 1302.

²³ WALDMANN (FN 18), 235.

²⁴ JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, 687 f.

²⁵ GIOVANNI BIAGGINI, BV, Art. 8, N 22; Hangartner (FN 14), 1305; PULVER (FN 8), 133 f.; SCHWEIZER (FN 16), Rz. 48.

²⁶ BGE 135 I 49 E. 4.1; Statt vieler: HELENE KELLER, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hrsg.), Staatsrechte 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015, § 38, Rz. 45.

²⁷ BGE 139 I 292 E. 8.2.2; BGE 138 I 305 E. 3.3; SCHWEIZER (FN 16), Rz. 48.

²⁸ BGE 135 I 49 E. 4.1.

²⁹ HANGARTNER (FN 14), 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 5), Rz. 343 ff.

chen 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». ³⁰ Dabei geht es von der Prämisse der notwendigen Verbindung von Anknüpfungskriterien (Benennung einer Person als zu einer Gruppe als «Kategorie» gehörig) und der Ungleichbehandlung aus. ³¹ Vom Sozial- und Rechtswissenschaftlichen her ist das – zumindest ausserhalb des Strafrechtsbereichs – insofern fragwürdig, als es gegenüber nach *diesen* Kategorien keineswegs unterscheidbaren Personen ebenso diskriminierende Verhaltensweisen im Sinne der Ausgrenzung (aktuelles Problem: Personenfreizügigkeit ³²) oder (vermeintliche) Ungleichbehandlungen gibt. ³³ Damit können Abgrenzungen noch heikler werden. ^{34,35}

[Rz 12] BERNHARD 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 Diskriminierung als *Angriff auf die Wertschätzung eines Menschen als Person* zu verstehen. Vier Erkenntnisse seien damit 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* ³⁶ annehmen und
- die Verfassungsverletzung liege bereits in der *Beeinträchtigung der Wertschätzung* als Person, weshalb es keines zusätzlichen Schadens bedürfe. ³⁷

[Rz 13] M.E. vermag auch diese Umschreibung nicht ganz zu überzeugen. Eine *Wertschätzung* ist erstens *subjektiv definiert*. Dass Diskriminierung stets im pejorativen Sinn zu verstehen sei, mag

³⁰ BGE 139 I 292 E. 8.2.1 m.w.N.; BGE 129 I 217 E. 2.1 m.w.N. (Hervorhebung hier). Zur Praxis des BGer WALDMANN (FN 18), 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».

³¹ Im Strafrecht dient dies der *Einschränkung* der strafrechtlich verpönten Diskriminierung: BGE 140 IV 67 E. 2.5.1.

³² Vgl. ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 744.

³³ 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.

³⁴ 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.

³⁵ So kann bspw. die Frage gestellt werden, ob die rein formale Altersbegrenzung (70. Altersjahr) nach Art. 5g und 27 Abs. 1 Bst. b der Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr (VZV, SR 741.51) in dieser Form nicht diskriminierend sei.

³⁶ 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 (BBl 1992 III 269, im Folgenden: Botsch. ARK), 279.

³⁷ WALDMANN (FN 18), 248.

zunächst mit der im Deutschen einseitig negativen Konnotation von «diskriminieren» zusammenhängen (vorstehend Rz. 4) und beruht zweitens *auf einer intendierten oder mindestens vorurteilsbehafteten* Behandlungsweise. Drittens bleibt zu bestimmen, wer das *Behandlungsergebnis* worauf gestützt rechtsgenügend als diskriminierend beurteilt (vgl. dazu nachstehend Rz. 22).³⁸

[Rz 14] Auch das Ziel des Diskriminierungsverbotes wird 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,³⁹ dann ebenso 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 TSCHAN-
NEN/KIENER), die Eigenschaften einer Person: die (1) ihre Identität bestimmten, (2) nicht oder zumindest nur schwer abänderbar seien und (3) erhebliches Stigmatisierungspotential beinhalten.⁴⁰ Menschenwürde und Wertschätzung einer Person müssen aber nicht deckungsgleich sein. Auch das Kriterium des Stigmatisierungspotentials ist zweifelhaft, da dies (der Willkür) der politischen Korrektheit eine rechtliche Definitionsmacht zuordnen könnte.

[Rz 15] 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 kann bei *unbewussten* Vorurteilshaltungen zutreffen.⁴¹ Ein Blick auf kulturanthropologische Ansätze (dazu nachfolgend, II. 1–3) eröffnet jedoch Zweifel hinsichtlich des gänzlichen Ausschlusses subjektiver Elemente bei der handelnden oder unterlassenden Person. Nach der hier vertretenen Auffassung kann auch rechtswissenschaftlich für das als konstitutiv bezeichnete Element der *pejorativen Einschätzung, der Herabwürdigung*, in den hier diskutierten Zusammenhängen nicht auf die subjektive Betrachtung⁴² verzichtet werden.

[Rz 16] Umgekehrt muss sich die diskriminierte Person der Schlechterbehandlung aber nicht bewusst sein.⁴³

[Rz 17] Schliesslich: Unterschieden wird zwischen direkter oder unmittelbarer und der mittelbaren Diskriminierung. Unmittelbar ist sie, wenn die Handlung, ein Erlass selber oder eine Dienstvorschrift 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

³⁸ WALDMANN (FN 18), 248 f., 255 ff. Der dazu in der Fn. 215 angefügte Beleg, dass eine Diskriminierung auch ohne benachteiligende Wirkung vorliegen 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 (wozu auch *unbewusste* Vorurteilshaltungen zählen) der bezeichnenden Person nicht denkbar. Zu unbewussten Vorurteilshaltungen vgl. JUSTIN NIX/BRADLEY A. CAMPBELL/ GEOFFREY P. ALPERT, Fatal Shootings by U.S. Police Officers in 2015: A Bird's Eye View, in: The Police Chief (Alexandria/VA), 8/2016, 48 ff.

³⁹ WALTER KÄLIN/JÖRG KÜNZLI, Universeller Menschenrechtsschutz, 3. Aufl., Basel 2013, Rz. 1059.

⁴⁰ WALDMANN (FN 18), 250.

⁴¹ Vgl. etwa Urteil des EGMR *Nachova and others/Bulgaria*, no. 43577/98 und 43579/98 vom 6. Juli 2005 § 157.

⁴² Vgl. STEFANIE SCHMAHL, Gleichheitsgarantien, in: Christoph Grabenwarter (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht (EnzEuR), Bd. 2, Europäischer Grundrechtsschutz, Baden-Baden 2014, 591, spricht von «diskriminierender Haltung des Beamten» unter Verweis auf zahlreiche EGMR-Urteile (Hervorhebung hier). Im Urteil *Nachova and others/Bulgaria* (FN 41) stellt der EGMR bei der Frage, ob die Tötung von zwei Roma durch einen Militärpolizeioffizier rassistisch motiviert gewesen sei, fest: «*the Court does not consider that it has been established that racist attitudes played a role*» (§ 158).

⁴³ HANGARTNER (FN 14), 1307.

ihren Auswirkungen die Schlechterbehandlung nach solchen Kriterien oder Verfahren trotzdem ermöglicht, ohne dass dies sachlich begründet und verhältnismässig wäre.⁴⁴

[Rz 18] Dieser kurze Überblick zeigt, dass selbst der verfassungsrechtliche Begriff der Diskriminierung eine erhebliche Unschärfe aufweist.

3 In den Kantonsverfassungen

[Rz 19] 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.⁴⁵ In sieben Kantonsverfassungen werden die Ausdrücke «benachteiligen oder bevorzugen» im Sinne eines Verbotes verwendet.⁴⁶ Zwei Kantone begnügten sich mit Verweisen auf die Rechtsgleichheit⁴⁷ und einer mit dem Verweis auf die BV.⁴⁸

[Rz 20] Da das Diskriminierungsverbot im Grundrechtskatalog der BV eingeordnet ist und demnach generell gilt, sind diese Unterschiede für die Rechtsverwirklichung unbedeutend. Umgekehrt scheint kein Kanton einen weitergehenden Diskriminierungsschutz zu enthalten (vgl. aber nachfolgend Rz. 36 betr. KV BS).

4 In den Polizeigesetzen der Kantone

[Rz 21] In keinem der kantonalen Polizeigesetze kommt der Ausdruck «diskriminieren» oder «Diskriminierung» vor. Am nächsten kommen dem Diskriminierungsverbot in § 22 des Polizeigesetzes des Kantons Basel-Stadt⁴⁹ die Gelübde-Formel: «... meine Pflichten *ohne Ansehen der Person, vorurteilslos* und unbestechlich ... zu erfüllen»⁵⁰ sowie in Art. 81 Abs. 3 des Polizeigesetzes des Kantons Jura⁵¹ die etwas anders gefasste Formulierung «... *interdit à tout agent de la police cantonale de faire subir à quiconque des traitements dégradants ou humiliants*».

⁴⁴ BGE 142 II 49 E. 6.1 («geschlechtsneutral» in diesem BGE kann ohne Weiteres einem Anknüpfungsmerkmal aus Art. 8 Abs. 2 B gleichgestellt werden); BGE 138 I 217, E. 3.3.3; BGE 136 I 297, E. 7.1; BGE 132 I 49, E. 8.1 m.w.H.; SCHWEIZER (FN 16), Rz. 51. Vgl. auch Art. 2 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 (FN 21), Art. 2 Abs. 2 Bst. b mit einer etwas anderen Formulierung als hier.

⁴⁵ 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», alle Kantonsverfassungen in SR 131.2xx)

⁴⁶ 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»).

⁴⁷ AI; Art. 2 Abs. 1 («Gleichheit der Bürger und der Gleichberechtigten»); TG Art. 3.

⁴⁸ GR, Art. 2.

⁴⁹ SG 510.100.

⁵⁰ Hervorhebung hier. 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/ViewDoc.jsp?p=&Ref=Rec\(2001\)10&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75&direct=true](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=Rec(2001)10&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75&direct=true)).

⁵¹ RS 551.1.

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

1 Zum Begriff der Rasse

[Rz 22] «Rasse» wird in der rechtswissenschaftlichen Literatur durchwegs als «problematisches» Kriterium, als soziales Konstrukt⁵² oder soziale Kategorisierung,⁵³ oder auch als «wissenschaftlich unhaltbar»⁵⁴ bezeichnet. In der sozial- und kulturanthropologischen Literatur wird der Ausdruck ebenso als vom Naturwissenschaftlichen her unbrauchbar,⁵⁵ als ohne Bezug zu einem «vermeintlich naturwissenschaftlichem oder pseudo-wissenschaftlichen» Begriff⁵⁶ gewertet.⁵⁷ Rasse sei «not so much a biological phenomenon than a social myth».⁵⁸ Die EU weist Theorien, mit denen versucht wird, die Existenz verschiedener menschlicher Rassen zu belegen, in einer Richtlinie aus dem Jahr 2000 explizit zurück.⁵⁹ Der Ausdruck wird umgekehrt jedoch für die Bezeichnung von sensiblen, zweifelhaften bzw. inakzeptablen Ungleichbehandlungen als unentbehrlich angesehen.⁶⁰

[Rz 23] Sucht man nach einer Definition von «Rasse», stösst man auf mehrere ähnliche und auch mehr oder weniger umfangreiche, aber nicht übereinstimmende Umschreibungen: So z.B. als Gruppe von Menschen mit bestimmten vererbaren Merkmalen.⁶¹ Oder: eine Gruppe von Menschen als Gesamtheit kollektiver Zuschreibung, die aufgrund besonderer physischer und/oder kultureller Eigenschaften von andern Gruppen verschieden sind und daher auch als minderwertig empfunden oder verstanden werden.⁶² Oder: Eine Gruppe von Lebewesen mit bestimmten vererbaren Merkmalen, wobei die Einschätzung der Gesellschaft den Ausgangspunkt des heute üblichen Verständnisses des Rassenbegriffs bilde, ein Oberbegriff auch für biologische Kate-

⁵² KÄLIN/KÜNZLI (FN 39), Rz. 59; BK (FN 21), Art. 8, Rz. 67.

⁵³ BK (FN 21), Art. 8, Rz. 69.

⁵⁴ RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER/PETER ÜBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Auflage, Basel 2016, Rz. 1914.

⁵⁵ PULVER (FN 8), 213; vgl. auch BENS (FN 33), 41 mit Hinweis auf FRANZ BOAS.

⁵⁶ BK (FN 21), Art. 8, Rz. 69.

⁵⁷ 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. Vgl. SCHMAHL (FN 42), 590. Siehe aber auch das *Statement on the Nature of Race and Race Differences*, UNESCO, Paris 1951 (<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122962eo.pdf>) in dem die Existenz menschlicher Rassen nicht a priori negiert wird; sodann die Erklärung der Generalkonferenz der UNESCO über «Rassen» und rassistische Vorurteile vom 27. Oktober 1978 (<https://www.unesco.de/infothek/dokumente/unesco-erklarungen/erklarung-rassist-vorurteile.html>), an deren Übersetzung ins Deutsche redaktionelle Änderungen vorgenommen wurden, um die Begriffe «Rassenvorurteile» und «Rassendiskriminierung zu vermeiden.

⁵⁸ THORNBERRY (FN 57), 22; vgl. auch KATHRIN MONEN, Das Verbot der Diskriminierung, Diss. Düsseldorf 2006/7, Baden-Baden 2007, 91. Nach BENS (FN 33) ist der Begriff der «Rasse» ein biologisch konnotiertes, kognitiv-ideologisches Konstrukt, 69 f.

⁵⁹ Richtlinie 2000/43/EG des Rates (FN 44), 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 on race*, *American Anthropologist*, 100(3) 712 f. (zit. nach BENS [FN 33], 41.

⁶⁰ BK (FN 21), Art. 8, Rz. 70; vgl. auch JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, 420; MÜLLER/SCHNEIDER (FN 24), 718.

⁶¹ SCHMAHL (FN 42), 590.

⁶² KÄLIN/KÜNZLI (FN 39), 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.

gorien⁶³ (Hautfarbe, nationale Herkunft⁶⁴) und ethnische Zugehörigkeit.⁶⁵ 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).⁶⁶ MARCEL ALEXANDER NIGGLI verweist auf eine Klassifikation nach der Morphologie unter Einschluss der Verteilung von Genhäufigkeiten⁶⁷ und damit auf biologische Unterschiede, was sowohl aus biologischer und kultur-anthropologischer Sicht gerade abgelehnt wird.⁶⁸

[Rz 24] Eine sozial- oder kultur-anthropologische Interpretation wird – soweit ersichtlich – in der rechtswissenschaftlichen Auslegung von «Rasse» nicht diskutiert, führte aber auch kaum zu mehr begrifflicher Stringenz. Das Bundesgericht verlässt sich auf den Duden.⁶⁹

[Rz 25] Auffallend ist bei mehreren dieser Umschreibungen, dass die mit dem Ausdruck «Rasse» als anders Bezeichneten mehr oder weniger offen als «minderwertig» angesehen werden. Damit wird eine so umschriebene menschliche Eigenschaft selber direkt als etwas Minderwertiges gewertet, was dem Ziel der Rechtssetzung gerade diametral entgegenläuft. Das kann mit der nur negativen Konnotation des Ausdrucks «Diskriminierung» ausschliesslich im Deutschen zusammenhängen (vorstehend, Rz. 4). Als objektive Umschreibung verschiedener Gruppen von Menschen kann dies nicht richtig sein. Es lässt aber auf die quasi inhärent vorhandene Meinung einer vermeintlichen Überlegenheit der Bezeichnenden (also bspw. «Weisse» gegenüber «Nichtweissen») schliessen.⁷⁰ Gerade die Feststellung «nicht weiss» zeigt bei Menschen, die aus Mischpartnerschaften stammen, die Absurdität von «Rasse» und «Ethnie» für deren «Kategorisierung» (vgl. Rz. 29). Freilich ist selbst diese unhaltbare Auffassung keineswegs mehr immer zutreffend: Im amerikanischen Wahlkampf hat sich gerade umgekehrt ein Minderwertigkeitsgefühl von «Weissen» gegenüber ihrem «schwarzen» Präsidenten und seiner Gattin manifestiert.⁷¹ Und Weisse haben andere Weisse herabsetzend disqualifiziert («white trash»)⁷².

[Rz 26] Nicht zu übersehen ist indessen v.a. die Ungenauigkeit und Ablehnung des Ausdrucks «Rasse» als rechtlicher Begriff.⁷³ Genau besehen, beruht die Feststellung, ob eine Diskriminierung aus Gründen (und nicht «wegen»⁷⁴) der Rasse vorliege, nicht darauf, ob es Rassen als Menschenras-

⁶³ 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).

⁶⁴ Die nationale Herkunft dürfte jedoch kaum den biologischen Eigenschaften zugerechnet werden können.

⁶⁵ MONEN (FN 58), 91. «Lebewesen» trifft hier gerade nicht zu, da damit auch andere als Menschen erfasst werden, die sich als Rassen sehr wohl unterscheiden.

⁶⁶ BK (FN 21), Art. 8, Rz. 69

⁶⁷ NIGGLI (FN 63), Rz. 621 ff.

⁶⁸ BENS (FN 33), 40 f. Vgl. Dazu aber nachfolgend Rz. 36 der Vermerk betr. den Einbezug genetischer Merkmale in der KV BS.

⁶⁹ BGE 138 II 641 E. 4.3.

⁷⁰ Vgl. auch LUC DE HEUSCH, L'ethnie. The vicissitudes of a concept, in: Social Anthropology (2000), 8, 99, und BENS (FN 33), 69, und Durban Declaration (A/CONF.189/12, <http://www.un-documents.net/durban-d.htm>), Ziff. 7 u.a.

⁷¹ NZZ am Sonntag, 14. November 2016, 23.

⁷² Das wäre nach schweizerischem Recht unter «soziale Stellung» in Art. 8 Abs. 2 BV zu subsumieren und somit eine Diskriminierung.

⁷³ Vgl. zur Unbestimmtheit: BGE 140 IV 67 E. 2.2.4 und 2.3. MÜLLER/SCHEFER (FN 24), 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.»).

⁷⁴ 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 sprachlogisch auf eine solche Behauptung.

sen gibt. Die Existenz verschiedener menschlicher Rassen wird naturwissenschaftlich und grundsätzlich auch rechtlich, wie vorstehend dargelegt, negiert. Trotzdem wird der Ausdruck in Art. 8 Abs. 2 BV verwendet. Somit geht es darum, ob das die Benachteiligung oder Fokussierung auslösende Merkmal sich als Teil einer landläufigen, aber unhaltbaren Rassenzuschreibung darstellt.⁷⁵ Daher kann «rassistische Diskriminierung» nur subjektiv unter Rückgriff auf (*auch im Unterbewusstsein*) bestehende Vorurteile oder als *bewusste* Schlechterbehandlung festgestellt werden.⁷⁶

[Rz 27] Auch «Rasse» taugt, nach «Diskriminierung», somit als verfassungsrechtlicher hinreichend bestimmter Begriff nicht. Bisher stützt sich aber die Rechtswissenschaft hartnäckig durchwegs auf «Rasse» bzw. «Rassen», die es unter Menschen gerade nicht gibt, um darauf gestützt Ungleichbehandlungen just nach diesem nicht existierenden Anknüpfungsmerkmal als «Rassismus» zu bekämpfen.⁷⁷ Das ist unlogisch. THORNBERRY postuliert daher, es sei besser von ethnischen Gruppen zu sprechen.⁷⁸

2 Zum Begriff der Ethnie

[Rz 28] «Ethnie» ist indessen keineswegs präziser als «Rasse» – aber damit verbunden.⁷⁹ Es handle sich um einen schwer fassbaren kultur- bzw. sozialanthropologischen Begriff.⁸⁰ Er liegt im Schnittstellenbereich zwischen naturwissenschaftlicher⁸¹ und philosophischer Anthropologie, Rechtsphilosophie und Ethik. In der Kulturanthropologie wird «Ethnie» in eine Praxis- und eine Forschungskategorie unterteilt.⁸² Das führt zu 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 «Ethnie» auf die Selbst- und die Fremdwahrnehmung, was zu unterschiedlichen Ergebnissen führen kann.⁸³ Subjektive Wahrnehmung beruht *relational* auf der Unterscheidung zwischen sich selbst und einer anderen Person nach individuellen Kriterien-Parametern⁸⁴ und bestimmt somit das «Fremdsein» von sich selber oder der anderen Person(en), je nach Ort des Geschehens bzw. der lokalen Mehrheit. Woraus ergibt sich aber der Parameter, bspw. um sich nicht (als Teil einer angenommenen Mehrheit oder Minderheit) selber auszuschliessen? Diese «Bestimmung» folgt der überindividuellen Einordnung von Merkmalen, wie sie gemeinhin bzw.

⁷⁵ BENS (FN 33), 68.

⁷⁶ Gegenteiliger Ansicht SCHERR (FN 30).

⁷⁷ Vgl. statt mehrerer: SCHMAHL (FN 42), 590.

⁷⁸ THORNBERRY (FN 57), 22.

⁷⁹ So u.a. auch SCHMAHL (FN 42), 590. Der EGMR verwendet stereotyp «*la race ou l'origine ethnique*»: vgl. Urteil des EGMR *Biao gegen Denmark* vom 24. Mai 2016, §§ 66, 68, 96, 102.

⁸⁰ 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 70), 99 ff.; BENS (FN 33), 1, 24. Dieser sei auch ein Kampfbegriff sozialer Bewegungen der 2. Hälfte des 20. Jahrhunderts, 4.

⁸¹ Ethnische Zugehörigkeit werde auch durch genetische Abstammung vermittelt, was eine klare Trennung von Rasse und Ethnie verunmögliche (BENS [33], 73 m.w.N.) – andererseits aber die Existenz unterschiedlicher Rassen gerade abgelehnt wird (vorstehend 1.), vgl. dazu BENS (FN 33), 69 f., 94.

⁸² BENS (FN 33), 25 ff.

⁸³ 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 33), 75.

⁸⁴ Vgl. BENS (FN 33), 75.

landläufig⁸⁵ oder nach dem «gesunden Menschenverstand» (*common sense*⁸⁶) wahrgenommen werden. In der heutigen stark pluralistischen Gesellschaft mit rasch wechselnden «*main stream*»-Auffassungen oder solchen der politischen Korrektheit beruht die durch «landläufig» oder ähnlich vage Ausdrücke geprägte «Bestimmung» auf einer wackligen Grundlage. Der Rückgriff ausschliesslich auf Anleihen kulturanthropologischer und damit weitgehend diskurstheoretischer Ansätze zu Begriffsinhalten ist für die Rechtsetzung aber ebenso problematisch, da damit die geforderte rechtsstaatliche Bestimmtheit nicht zu erzielen ist,⁸⁷ was insbesondere, freilich nicht nur, für Strafrechtstatbestände gilt. Nicht eindeutig festgelegte Begriffe werden bei sprachlich-grammatikalischer und insbesondere teleologischer Auslegung⁸⁸ und Sprachlogik für die Ermittlung des Sinns so mehr zur *Rechtserfindung* als zur *Rechtsfindung*.⁸⁹

3 Zum Begriff der «Hautfarbe»

[Rz 29] Die Hautfarbe ist eines dieser äusserlichen Merkmale. Genannt wird sie als Anknüpfungskriterium für ein allgemeines Diskriminierungsverbot im 12. ZP zur EMRK.⁹⁰ Auch wenn es Menschen mit offensichtlich deutlich unterschiedlichen Hautfarben gibt, ist die Hautfarbe kein zuverlässiges Kriterium, was sich schon an Personen von Eltern, die selber verschiedener Hautfarbe sind, zeigt.⁹¹ In Europa und den USA dürfte es auch nicht um die Hautfarbe an sich gehen, sondern um «nicht ganz weiss»⁹² als vermeintliches Merkmal der Andersartigkeit oder des «Fremden» für alle anderen. Anders als «Rasse» ist die Hautfarbe indessen eine vererbte äusserlich (mehr oder weniger deutlich) wahrnehmbare Eigenschaft, ein Faktum. Aber dieses äusserlich Wahrnehmbare lässt keine Schlüsse auf den Ort der Geburt (auch ein Kriterium der Herkunft), v.a. aber nicht auf das *innere* Wesen eines Menschen, seine Erziehung, Sprache, Bildung, Kultur, seine Integration in einer «andersfarbigen» Mehrheit, auf sein «Sein» zu. Hautfarben sind als Anknüpfungskriterium daher ungeeignet für die *Begründung von Andersartigkeit* oder *Fremdheit*. Damit wird wiederum die subjektive Fokussierung auf eine Person selber konstitutiv zur

⁸⁵ 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 Urteil des Bundesgerichts 6B_8/2014 vom 22. April 2014 mit seinen philologischen Betrachtungen zur Bedeutung eines Ausdrucks in der Parallelwertung der Laiensphäre.

⁸⁶ BENS (FN 33), 75.

⁸⁷ Vgl. BENS (FN 33), 13.

⁸⁸ ERNST KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, 5. Aufl. Bern/Wien/München 2016, 59 f.

⁸⁹ BENS (FN 33), 19, 21, 27.

⁹⁰ Vgl. FN 19.

⁹¹ 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/>).

⁹² Vgl. WALDMANN (FN 18), 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.»).

Begründung der *äusserlichen* Andersartigkeit der andern, was mit deren tatsächlichem «So-Sein» überhaupt nicht übereinstimmen muss.⁹³

4 Die in der BV ausgedrückten Anknüpfungskriterien

[Rz 30] 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.⁹⁴

a) «Rasse»

[Rz 31] Das mit der expliziten Verwendung in Art. 8 Abs. 2 BV Verfassungsrecht gewordene Anknüpfungskriterium wird in der Botschaft über eine neue Bundesverfassung nicht definiert.⁹⁵ Hingegen findet sich in der Botschaft zur ARK⁹⁶ 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».⁹⁷ Ob aus dem Stillschweigen in der Botschaft zum VE 96 der BV über den Begriff der «Rasse» in Art. 8 Abs. 2 BV 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»

[Rz 32] «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 Klammerausdruck (mit «Rasse») vor.⁹⁸ Die in der Botschaft zur ARK für «Rasse» verwendete Umschreibung trifft jedoch eher auf die (ethnische) Herkunft zu.⁹⁹

c) «Hautfarbe»

[Rz 33] 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

⁹³ Näheres zu «Putativ-Diskriminierung» bei BENS (FN 33), 98.

⁹⁴ Botsch. VE 96 (FN 17), 143.

⁹⁵ A.a.O. Verwiesen wird nur darauf, dass sich die Unzulässigkeit der Diskriminierung nach «Rasse» aus keinem andern Grundrecht ergebe. Auch im EU-Recht «gibt es keine allgemein verbindliche Definition von Rasse»: SCHMAHL (FN 42), 589 m.w.N.

⁹⁶ FN 13.

⁹⁷ Botsch. ARK (FN 36), 279.

⁹⁸ FN 17, 142.

⁹⁹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 28 [II., 2.]

physisches Merkmal bezeichnet.¹⁰⁰ Zusätzlich wird vermerkt, die Hautfarbe gehöre zu den Merkmalen der Rasse.¹⁰¹ Mindestens systematisch gesehen, ist diese Ergänzung fragwürdig und steht im Gegensatz zu den Erkenntnissen der naturwissenschaftlichen und kulturalanthropologischen Forschung.

5 Die in den Kantonsverfassungen ausgedrückten Anknüpfungskriterien

[Rz 34] Die Kantonsverfassungen präsentieren sich hinsichtlich der Anknüpfungsmerkmale, die im vorliegenden Zusammenhang interessieren, sehr unterschiedlich.

[Rz 35] 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).¹⁰² Eine zweite Gruppe von Kantonsverfassungen verweist ausschliesslich auf die BV¹⁰³ sowie auch auf die massgebenden völkerrechtlichen Verpflichtungen.¹⁰⁴ Eine dritte Gruppe enthält ohne Anknüpfungskriterien ein generelles Diskriminierungsverbot (z.B. «Niemand darf diskriminiert werden.»).¹⁰⁵ 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 Anknüpfungsmerkmale feststellen.

¹⁰⁰ Vgl. FN 97.

¹⁰¹ Botsch. ARK (FN 36), 311.

¹⁰² TG und VS.

¹⁰³ LU, Art. 10 Abs. 2.

¹⁰⁴ SZ, § 10; GR, Art. 7.

¹⁰⁵ FR, Art. 9 Abs. 1; SH, Art. 11 Abs. 1; SG, Art. 2 Bst. b.

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					

[Rz 36] Im Zuge der Totalrevision der Kantonsverfassung Basel-Stadt verwies die Speziale Kommission Grundrechte auf Fortschritte der Bio-Wissenschaft, damit der genetischen Forschung, und postulierte den Einbezug des «Diskriminierungstatbestandes» der «genetischen Merkmale».¹⁰⁶ Sie bezog sich auch auf Art. 11 des Übereinkommens über Menschenrechte und Biomedizin.¹⁰⁷ Wiewohl sich dieses Verbot auf medizinische Zusammenhänge sowie deren allfällige Konsequenzen bspw. im Versicherungswesen bezieht,¹⁰⁸ weist die Formulierung «jede Diskriminierung...»

¹⁰⁶ DENISE BUSER/MICHAEL ALBRECHT (Hrsg.), Die Entstehung der Baselstädtischen Verfassung vom 23. März 2005, Basel 2010, 11 f.

¹⁰⁷ 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.»).

¹⁰⁸ 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.

auf eine umfassendere Anwendbarkeit dieses Merkmals hin, sofern dessen Erkennbarkeit (Evidenz) und Relevanz (in der parallelen Laiensphäre¹⁰⁹) in einem konkreten Fall massgebend ist.

[Rz 37] 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 diskriminierenden Charakter zu schliessen (vgl. nachfolgend V.).

6 Die Polizeigesetze der Kantone hinsichtlich dieser Begriffe

[Rz 38] In keinem der kantonalen Polizeigesetze kommen die hier relevierten Ausdrücke 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.

[Rz 39] Andererseits verweist der überwiegende Teil¹¹⁰ der Polizeigesetze auf die übergeordnete Rechtsordnung¹¹¹ des Bundes und ihre Kantons. Die meisten erwähnen ausdrücklich das Verhältnismässigkeitsprinzip¹¹², das sich auch auf die Vorgaben der BV bezieht.

III. Der Rechtsrahmen für Personenkontrollen insgesamt

1 Generell

[Rz 40] Das Polizeirecht ist ein dichtes Gewebe aus den ratifizierten massgebenden weltweit gespannten völkerrechtlichen Abkommen¹¹³ und aus bilateralen Verträgen betr. Zusammenarbeit

¹⁰⁹ 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.

¹¹⁰ 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 einer auf die Massgeblichkeit des *Verhältnismässigkeitsprinzips* (was immerhin einen Bezug in persönlicher Hinsicht als Schranke eines Eingriffs in [Grund-] Rechte nach zwei der drei Prüfkriterien hinsichtlich der persönlichen Schutzbereichs erlaubt: «erforderlich» und «geeignet»).

¹¹¹ 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).

¹¹² 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.

¹¹³ Neben den spezifischen Abkommen zum Schutz der Grundrechte (vgl. FN 11, 12, 13), dem Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (SR 0.105), dem Übereinkommen über die Rechte des Kindes (SR 0.107), dem Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (SR 0.108), dem Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge («Genfer Flüchtlingsabkommen», SR 0.142.30) samt den Zusatzprotokollen I (SR 0.518.521) und II (SR 0.518.522) gehören auch zahlreiche Abkommen zur Bekämpfung spezifischer Kriminalitätsformen dazu, deren Umsetzung in die Praxis aus der Perspektive des grundrechtlichen Diskriminierungsverbotes schwierige Situationen entstehen lassen können, z.B. (ohne Vollständigkeit): Übereinkommen zur Bekämpfung des Terrorismus (SR 0.353.21, 0.353.22, 0.353.23), Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität («Palermo-Abkommen» oder «UNTOC»; SR 0.311.54), Zusatzprotokoll dazu gegen die Schleusung von Migranten auf dem Land-, See- und

der Polizeibehörden,¹¹⁴ den übernommenen Konventionen des Europarates,¹¹⁵ dem EU-Recht qua Schengen¹¹⁶ und Dublin-Assoziierungsabkommen,¹¹⁷ dem Bundes-, dem übergeordneten kantonalen, dem interkantonalen Recht sowie der eigenen Polizeigesetzgebung.¹¹⁸ Dabei sind ethische Forderungen von grosser Bedeutung.¹¹⁹ Und massgebend ist selbstverständlich die Jurisdikatur in der Auslegung dieser Rechtsgrundlagen.¹²⁰

Luftweg (SR 0.311.541), Zusatzprotokoll dazu zur Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung des Menschenhandels, insbesondere des Frauen- und Kinderhandels (SR 0.311.542).

¹¹⁴ Vgl. SR 0.360.xxx.

¹¹⁵ Z.B. Übereinkommen des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch (SR 0.311.40), Übereinkommen zur Bekämpfung des Menschenhandels (SR 0.311.543), Europäisches Übereinkommen über Gewalttätigkeiten und Ausschreitungen von Zuschauern bei Sportanlässen, insbesondere bei Fussballspielen (SR 0.415.3).

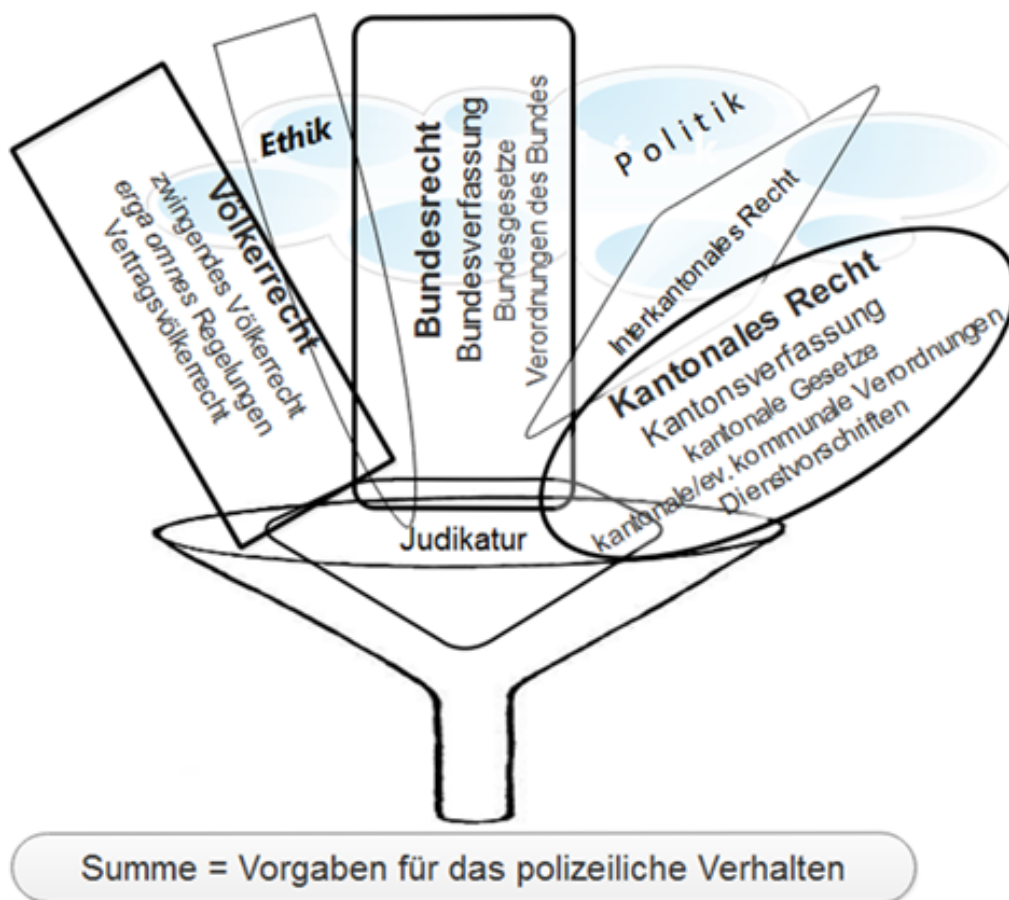
¹¹⁶ SR 0.362.31 mit sehr vielen Weiterentwicklungen des Schengen-Besitzstandes (vgl. <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/schengen-dublin/uebersichten/weiterentwicklungen-schengen-d.pdf>, oder <http://www.rechtssicherheit.ch/international-Schengen/articles/schengen-besitzstand-weiterentwicklung.html>).

¹¹⁷ SR 0.142.392.68 mit Weiterentwicklungen des Dublin/Eurodac-Besitzstandes (<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/schengen-dublin/uebersichten/weiterentwicklungen-dublin-d.pdf>).

¹¹⁸ MOHLER, Grundzüge (FN 5), Rz. 47 ff., 154 ff., 166 ff.

¹¹⁹ MOHLER, Grundzüge (FN 5), Rz. 24 ff.; DERS., Ethik in der Polizei, in: János Feherváry/Wolfgang Stangl (Hrsg.), Menschenrecht und Staatsgewalt, Wien 2000 (nachfolgend: Ethik), 201 ff.

¹²⁰ Bezüglich Personenkontrollen z.B.: 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*»).



[Rz 41] In diesem überaus dichten polizeirechtlichen Gewebe sind auch die Grundlagen und die Schranken für Personenkontrollen enthalten.

[Rz 42] Personenkontrollen, d.h. *ausschliessliche* Identitätsfeststellungen, berühren die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 8 Abs. 1 EMRK), wenn auch nur in leichtem Ausmass.¹²¹ Sie bedürfen daher nach Art. 36 Abs. 1 BV einer gesetzlichen Grundlage.¹²² Personenkontrollen sind in allen kantonalen Polizeigesetzen geregelt: Die Polizei erhält dadurch die Befugnis, zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung¹²³ Personen anzuhalten und ihre Identität zu überprüfen.¹²⁴ Umgekehrt sind die Personen, die von der Polizei kontrolliert werden, verpflichtet, Angaben über ihre Identität zu machen.¹²⁵ Voraussetzung ist ein dafür 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 minimaler An-

¹²¹ 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»).

¹²² BGE 124 I 85 E. 2b.

¹²³ Hinsichtlich der Problematik der Formulierung dieser polizeilichen Zielsetzung hat das Bundesgericht (im Zusammenhang mit Videoüberwachungen) festgestellt, es handle sich um ein «Schlagwort» (BGE 136 I 87 E 8.3).

¹²⁴ 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.

¹²⁵ 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.

fangsverdacht auf eine Widerhandlung.¹²⁶ Die Personenkontrolle muss im Einzelfall notwendig, im öffentlichen Interesse und verhältnismässig sein, um solche Aufgaben zu erfüllen.¹²⁷ Anders ausgedrückt: Identitätsüberprüfungen dürfen nicht anlassfrei¹²⁸ bzw. voraussetzungslos¹²⁹ vorgenommen werden.

2 Aspekte des Rechts der öffentlichen Sicherheit und Ordnung

[Rz 43] 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.¹³⁰ Es ist ihr nicht anheimgestellt, ob sie aus «Opportunitätsgründen» die Befolgung von 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 Ausländer¹³¹ oder des Bundesgesetzes über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen.¹³² Der UNO Menschenrechtsausschuss hat in einem Entscheid 2009 festgestellt, dass Identitätskontrollen zur Bekämpfung der illegalen Einwanderung einer legitimen Zielsetzung dienen.¹³³ Einschränkungen von diesem Grundsatz ergeben sich im Rahmen des Verhältnismässigkeitsprinzips¹³⁴ und des engen Entschliessungs- oder Einzelfallermessens.¹³⁵ Dieses Entschliessungsermessen seinerseits ist – nach den zulässigen Kriterien von Auffälligkeiten hinsichtlich von Personen, Örtlichkeiten oder Umständen¹³⁶ – geprägt davon, was als genügender Anfangsverdacht (*reasonable suspicion*)¹³⁷ gilt (Näheres dazu nachfolgend, Rz. 46 ff., 53).

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

[Rz 44] 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.¹³⁸

¹²⁶ Vgl. BGE 137 I 176, E.7.3.3; MOHLER, Grundzüge (FN 5), Rz. 386 ff.

¹²⁷ BGE 136 I 87 E. 5.2.

¹²⁸ BGE 136 I 87 E. 5.2.

¹²⁹ MOHLER, Grundzüge (FN 5), Rz. 386.

¹³⁰ MOHLER, Grundzüge (FN 5), Rz. 123.

¹³¹ 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.

¹³² SR 122.

¹³³ Vom 27. Juli 2009, No. 1493/2006, *Williams Lecraft v. Spain* (A/64/40, vol. II (2009) Annex VII ff., page 295 ff. (http://www.bayefsky.com/pdf/spain_t5_iccpr_1493_2006.pdf), Ziff. 7.2. Näheres dazu nachstehend Rz. 50 (Bst. a) [IV., 2. a.]

¹³⁴ Art. 5 Abs. 2 BV.

¹³⁵ BENJAMIN SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Habil. Zürich/St. Gallen 2010, N. 418 ff., 435; MOHLER (FN 5), Rz. 124, 335 je m.w.H.

¹³⁶ BGE 136 I 87 E. 5.2.

¹³⁷ Vgl. REBEKAH DELSOL, *Good Practices, Learning from the UK Experience*, Referat gehalten an der SKMR Tagung vom 1. Dezember 2016 (http://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/161201_Presentation_Rebekah_Delsol.pdf) mit Verweis auf Code A (2014/15) des UK Home Office.

¹³⁸ BGE 132 I 49 E. 8.1.

IV. Abgrenzungskriterien zwischen erlaubter und diskriminierender Personenkontrolle

1 Grundsätzlich

[Rz 45] Nach dem materiellen Verständnis des Diskriminierungsbegriffs¹³⁹ sei das *verpönte Ergebnis einer Behandlung* und nicht die Behandlung selber massgebend. Dies bedeutet vom theoretischen Ansatz her ein Wandel: Die «Rasse», quasi als *Objekt*, als Eigenheit des Rechtssubjekts, der Einschätzung oder Behandlung, wird durch die Behandlung selber als moralisch nicht erwünscht bzw. ethisch verwerflich resp. durch deren Ergebnis ersetzt. Damit bleibt zu umschreiben, was genau ein *verpöntes Ergebnis* ist und wer dies worauf gestützt feststellt. Materiell geht es bei der rechtsungleichen Behandlung, wie erwähnt, um eine *Beeinträchtigung der Menschenwürde* einer Person, ihre *Herabwürdigung*, *allein* auf Grund ihrer «Rasse», «ethnischen Herkunft» oder Hautfarbe.¹⁴⁰ 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».¹⁴¹ 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*.¹⁴² Darin liegt von der handelnden (oder unterlassenden) Person her notwendigerweise eine subjektiv geprägte negative Haltung oder zumindest eine individuelle negative Einschätzung (selbst ohne eine generell negativ geprägte Haltung) der andern Person gegenüber. Diese ist aber nicht notwendigerweise mit «Rasse» verknüpft.

[Rz 46] Keiner Diskussion bedürfen Verhaltensweisen von Polizeiangehörigen, bei denen eine *negative innere Haltung* gegenüber kontrollierten Personen offenkundig wird. Sie stellen zweifelsfrei Diskriminierungen im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV dar. Dazu zählen ebenso allfällige Personenkontrollen, welche *ausschliesslich auf äusserliche Merkmale* abstellen; dies entspricht dem verpönten *racial profiling*¹⁴³, sofern die auslösenden Eigenschaften eines Menschen damit in Verbindung zu bringen sind. Nach rechtlichen Kriterien schwierig – und im Ergebnis wohl überwiegend kontrovers bleibend – zu beurteilen sind Fälle, in denen sich Polizeiangehörige weder von einer negativen Haltung noch einem unbewussten (negativen) Vorurteil gesteuert zu einer Personenkontrolle entschliessen, da sie *zusätzlich* zu äusseren Erkennungsmerkmalen bei einer Person ein *Verhalten* erkennen oder zu erkennen vermeinen, das bei ihnen einen plausiblen Verdacht hinsichtlich einer Rechtswidrigkeit aufkommen lässt. Die kritische Schwelle liegt somit in der Frage, was in

¹³⁹ Vorstehend I., 2.

¹⁴⁰ BGE 132 I 49 E. 8.1.

¹⁴¹ BGE 127 I 6 E. 5b (unter Verweis auf J.P. Müller).

¹⁴² MÜLLER/SCHEFER (FN 24), 4.

¹⁴³ Auch wenn dieser (weshalb?) aus dem Englischen übernommene Ausdruck in seiner Offenheit bzw. Ungenauigkeit selber problematisch ist. Er stimmt auch keineswegs darin überein, was nach der schweizerischen Rechtsordnung mit Persönlichkeitsprofil gemeint ist.

einem Einzelfall als *Plausibilität einer («vernünftigen») Verdachtsbegründung* genügt.¹⁴⁴ Dabei sind auch Örtlichkeiten und Umstände von Belang.

[Rz 47] Der englische Code A des UK Home Office betr. *Powers of Stop and Search*¹⁴⁵ nennt drei verschiedene Gehalte, die für die Annahme von vernünftigen Gründen für einen Verdacht (*«reasonable grounds for suspicion»*) gelten:

- Verdachtsgründe gestützt auf Informationen und/oder die Nachrichtenlage¹⁴⁶
- Verdachtsgründe gestützt auf die Zugehörigkeit zu bestimmten Gruppen¹⁴⁷
- Verdachtsgründe ohne spezifische Information oder entsprechende Nachrichtenlage gestützt auf das Verhalten einer Person.¹⁴⁸

[Rz 48] Eine genauere Betrachtung dieser im Weiteren noch detaillierter ausgeführten Kodex-Vorschriften ergibt, dass die erste Gruppe von Verdachtselementen, sofern sorgfältig erwogen, auch hierzulande keine Annahme für eine Diskriminierung liefert. Die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe (2. Fallgruppe) kann in der Schweiz in dieser Formulierung jedoch nicht in jedem Fall für eine Personenkontrolle genügen. Die Umschreibung für die rechtmässige Annahme eines vernünftigen Verdachts ohne spezifische Informationen (3. Gruppe) vermag auch nicht mehr beizutragen als was das Bundesgericht bisher für Personenkontrollen generell fordert. Damit bleibt die *Differenz* zwischen dem für eine Diskriminierung allein als konstitutiv betrachteten *Ergebnis* (aus der Sicht der betroffenen Person oder rein theoretischer Betrachtungsweisen)¹⁴⁹ und dem Motiv für eine Personenkontrolle, der *Plausibilität* für die Annahme eines «vernünftigen Verdachts», *ungelöst*.

[Rz 49] Diese Problematik zeigt sich vor allem, jedoch nicht nur, hinsichtlich von Personenkontrollen, die zur Überprüfung der Rechtmässigkeit der Einreise (unter dem Regime des Verbotes systematischer polizeilicher Kontrollen an den Binnengrenzen)¹⁵⁰ oder des legalen Aufenthaltes durchgeführt werden. Dieses *genügende Mass an Plausibilität für die Annahme eines «vernünftigen Verdachts»* wird, bei allen Anstrengungen, es bei allen Personenkontrollen von Anfang an zu erreichen, im Streitfall letztlich nur eine unabhängige Instanz bzw. ein Gericht im Einzelfall feststellen können. Dies zeigt sich am Beispiel, das dem Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 7. November 2016 zugrunde liegt (dazu nachfolgend, V, Rz. 57).

¹⁴⁴ Vgl. den in diesem Zusammenhang als *good practice* bezeichneten (FN 137) *Code A Exercise by Police Officers» statutory Powers of Stop and Search* (https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/414195/2015_Code_A_web-19-03-15.pdf): no. 2.2. «Reasonable grounds for suspicion is the legal test which a police officer must satisfy before they can stop and detain individuals. . . ».

¹⁴⁵ (FN 144).

¹⁴⁶ «linked to accurate and current intelligence or information, relating to articles for which there is a power to stop and search. . . ».

¹⁴⁷ «reliable information or intelligence that members of a group or gang habitually carry knives unlawfully or weapons or controlled drugs, and wear a distinctive item of clothing or other means of identification in order to identify themselves. . . ».

¹⁴⁸ «reasonable suspicion may also exist without specific information or intelligence on the basis of the behaviour of a person. . . For example . . . trying to hide something. . . An officer who forms the opinion that a person is acting suspiciously or that they appear to be nervous must be able to explain, with reference to specific aspects of the person's behaviour or conduct which they have observed why they formed that opinion. . . A hunch or instinct which cannot be explained or justified to an objective observer can never amount to reasonable grounds».

¹⁴⁹ Vorstehend I., 2.

¹⁵⁰ Vgl. nachstehend IV., 2. a, (Rz. 50).

2 Alltagssituationen

[Rz 50] Es dürfte sich bei den Alltagssituationen um vier Stereotype handeln: (a) Kontrollen im Grenzraum oder in (Grenz-)Bahnhöfen, (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, auffällig, verhalten, um – nach Auffassung der Polizeiangehörigen – dadurch nach Möglichkeit einer Kontrolle zu entgehen.

1. Die illegale Einreise ist nicht gestattet, strafbar¹⁵¹ und nach Möglichkeit zu verhindern.¹⁵² In diesem Zusammenhang hat der UNO Menschenrechtsausschuss¹⁵³ die bereits erwähnte, 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*». ¹⁵⁴ 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 von Menschen bspw. (angenommener) afrikanischer Herkunft 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.¹⁵⁵ Nach der einen Vorschrift sollen illegale Einreisen verhindert werden, nach einer zweiten dürfen keine systematischen Grenzkontrollen durchgeführt werden, denen alle unterzogen werden, und nach einer dritten Rechtsquelle dürfen physische oder ethnische Merkmale, die z.B. bei der derzeitigen Migrationsstärke objektiv auf illegale Grenzübertritte hindeuten, nicht zum Anlass von Kontrollen genommen werden. Das kommt in der Praxis 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*

¹⁵¹ Art. 115 Abs. 1 Bst. a, b. und d i.V.m. Art. 7 AuG.

¹⁵² BGE 131 IV 174 E. 4.1.

¹⁵³ <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/CCPRIndex.aspx>.

¹⁵⁴ UN Menschenrechtsausschuss (FN 174), § 7.2.

¹⁵⁵ 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. März 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).

ergeben und ein entsprechendes polizeiliches Handeln gebieten».¹⁵⁶ Bedeutet nach Bundesgericht eine *Auffälligkeit hinsichtlich von Personen im Zusammenhang mit Örtlichkeit* somit einen eine Kontrolle legitimierenden Anlass, scheint das gemäss dem zitierten Entscheid des Menschenrechtsausschusses gerade nicht der Fall zu sein.

2. Personenbeschreibungen (Signalemente) in Fahndungsdatenbanken beziehen sich neben den Personalien, sofern bekannt, auf die äussere Erscheinung. Darin sind physische Merkmale enthalten, die auch auf die «ethnische Herkunft» Rückschlüsse erlauben, 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».¹⁵⁷ Dies führte, in Kenntnis der notorischen Unterschiede in Aussagen von Augenzeugen, zu einer mindesten mittelbaren Besserbehandlung bzw. *positiven* Diskriminierung allfälliger Verdächtiger mit Merkmalen, die auf eine andere «ethnische Herkunft» schliessen liessen. Dies widerspräche kriminalistischen Grundregeln (Signalementslehre¹⁵⁸) fern eines «*racial profiling*» und wäre auch nicht umsetzbar, wenn bspw. nur das Opfer Aussagen machen kann.
3. Als Kriterium für diskriminierende Personenkontrollen werden oft statistische Vergleichszahlen verwendet.¹⁵⁹ 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,¹⁶⁰ 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.¹⁶¹ 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.¹⁶² 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 wohnenden beschuldigten Ausländer (einschliesslich solche im Asylverfahren).¹⁶³ Das lässt auf einen gros-

¹⁵⁶ BGE 136 I 87 E. 5.2.

¹⁵⁷ MÜLLER/SCHEFER (FN 24), 721.

¹⁵⁸ 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.

¹⁵⁹ Vgl. Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, EU-MIDIS, Erhebung der Europäischen Union zu Minderheiten und Diskriminierung, Luxemburg 2011.

¹⁶⁰ FN 21, 30.

¹⁶¹ Vgl. BOSSUYT (FN 6), 4.

¹⁶² Staatsanwaltschaft Basel-Stadt, Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS), Jahresbericht Basel-Stadt 2015, Statistiken 2.9.4.1. und 2.9.4.2.

¹⁶³ BFS/KKJPD, Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS), Jahresbericht 2015, Neuenburg 2016, Statistik 3.8.4.2.

sen Anteil von «Kriminaltouristen» oder sich illegal in der Schweiz aufhaltender Verdächtiger schliessen.

4. Die «Trefferquote»¹⁶⁴ 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%.¹⁶⁵
5. 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 wird in einer solchen Situation nicht auf «allein auf Grund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe»¹⁶⁶ durchgeführt, sondern mit einem sachlichen Kriterium verknüpft,¹⁶⁷ weshalb es sich nicht um eine Diskriminierung handeln muss.

3 Indirekte Diskriminierung

[Rz 51] Ein Wort zur 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.¹⁶⁸ 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.¹⁶⁹ Der Verzicht auf eine derart angeordnete Verkehrskontrolle bedeutete mit dieser Argumentation umgekehrt eine ungerechtfertigte Bevorzugung so definierter Bevölkerungsteile zu Lasten der Verkehrssicherheit.

[Rz 52] 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*».¹⁷⁰ Das ist, mit Verlaub, Unsinn, denn die Selektion erfolgt aufgrund der mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmenden Unterstützung einer

¹⁶⁴ Nach dem Handbuch «Diskriminierendes Profiling (FN 21), 35: «Die «Trefferquote» bezeichnet den Anteil der Personenkontrollen und Durchsuchungen, bei denen Beweise für rechtswidriges Verhalten gefunden werden...».

¹⁶⁵ PKS 2015 (FN 163), Statistik 2.4.2.

¹⁶⁶ 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.

¹⁶⁷ BGE 136 I 87 E. 5.2 («Umstände»).

¹⁶⁸ (FN 21) 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.»). Man beachte auch die in diesem Zusammenhang doch befremdliche Verwendung des Ausdrucks «Rassengruppe».

¹⁶⁹ Vgl. BGE 140 I 53 E. 7.

¹⁷⁰ EU Observer, 23. Februar 2015 (<https://euobserver.com/justice/127737>).

terroristischen Organisation oder der Beteiligung an schwerwiegenden Verbrechen 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 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 oder nach solchen Verhaltensweisen aus entsprechenden Ländern zurückkehren.

4 Zwischenergebnis

[Rz 53] Nach der hier vertretenen Auffassung *rechtlich zulässig* sind demnach Kontrollen von Personen, die sich durch äusserlich erkennbare Merkmale (v.a. Hautfarbe, Physiognomie bzw. nach einem dieser Anknüpfungskriterien) unterscheiden, sofern die Polizeiangehörigen die zu kontrollierenden Personen von ihrer *inneren Haltung her oder aus (auch un-) bewusster Voreingenommenheit wegen ihrer (vermeintlichen) «Andersartigkeit» nicht als minderwertig betrachten*, sie in ihrer Würde also *nicht herabsetzen*, sondern, ihre Identität *ohne Ansehen der Person*¹⁷¹ – *gestützt auf einen plausiblen, d.h. durch objektive Dritte nachvollziehbaren Sicht, vernünftigen Anfangsverdacht für eine Rechtswidrigkeit* überprüfen.¹⁷² Voraussetzung ist dabei, dass sie ein gewichtiges und legitimes öffentliches Interesse verfolgen, als geeignet und erforderlich betrachtet werden können und sich gesamthaft als verhältnismässig erweisen.¹⁷³

[Rz 54] Diskriminierend sind umgekehrt Personenkontrollen, wenn die Kontrollierenden durch ihre innere Haltung oder auch unbewusste Vorurteile eine Person *allein aus Gründen ihrer (vermeintlichen) «Andersartigkeit» als minderwertig betrachten* und/oder *ausgrenzen* wollen, mithin die *negative Haltung Kontrollmotiv* ist, die *polizeilichen Gründe (selbst durch eine innere Selbsttäuschung) nur vorgeschoben*¹⁷⁴ sind oder es *dem Anfangsverdacht auf eine Rechtswidrigkeit an Plausibilität mangelt*.¹⁷⁵ Dieser *Mangel an Plausibilität* kann als *Indiz einer negativen Einstellung oder einer unbewussten Vorurteilsbelastung herangezogen* werden.

¹⁷¹ Vgl. Vorstehend Rz. 21.

¹⁷² 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).

¹⁷³ BGE 135 I 49 E. 6.

¹⁷⁴ BGE 136 I 87 E. 5.2 («aus bloss vorgeschobenen Gründen»).

¹⁷⁵ 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.*» Hervorhebung d. Autor); ferner: MOHLER, Ethik (FN 119), 212.

V. Zur Frage der Nichtigkeit von Personenkontrollen

[Rz 55] Damit stellt sich die Frage, wie der einer Personenkontrolle allenfalls anhaftende Mangel hinsichtlich seiner Schwere und den sich daraus ergebenden Folgen zu gewichten ist. Nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist, gestützt auf die Evidenztheorie, eine Entscheidung nichtig, «wenn der ihnen anhaftende Mangel besonders schwer ist, wenn er sich als offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar erweist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird». Inhaltliche Mängel einer Entscheidung führten nur ausnahmsweise zur Nichtigkeit.¹⁷⁶ Als besonders schwer gilt etwa ein offensichtlicher Verstoss gegen die Bundesverfassung.¹⁷⁷ Das ist zwar für Rechtsakte dogmatisch entwickelt, aber ohne Weiteres auch auf intervenierende Realakte übertragbar. Ergänzend stellte das Bundesgericht fest, Nichtigkeit könne «beispielsweise in der fehlenden gesetzlichen Grundlage für den Erlass der Entscheidung liegen».¹⁷⁸ Ebensowenig gelten nach Bundesgericht «andere nichtige Motive» als Rechtsgrundlage für eine Identifikation.¹⁷⁹ Dabei wird auf den Leitentscheid aus dem Jahr 1983 verwiesen, wonach Identitätsüberprüfungen keinen «*caractère vexatoire ou tracassier*» haben dürfen.¹⁸⁰ «Vexatoire» bedeutet demütigend, kränkend, «tracassier» schikanös. Daraus ergibt sich zwanglos, dass Personenkontrollen, die *offenkundig oder leicht erkennbar ausschliesslich* auf äusserlich erkennbare Merkmale gestützt werden, als *nichtige Realakte* zu beurteilen sind.¹⁸¹ Ist die Offenkundigkeit oder leichte Erkennbarkeit der Abstützung einer Personenkontrolle ausschliesslich auf erkennbare äusserliche Merkmale nicht gegeben, ist diese anfechtbar.

[Rz 56] Im vorliegenden Zusammenhang ergibt sich aus dem dritten Kriterium der Evidenztheorie, wonach die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet werden dürfe, ein Paradoxon: Die Nichtigkeit einer offenkundig oder leicht erkennbar ausschliesslich auf äusserliche Merkmale abgestützten Personenkontrolle gefährdet die Rechtssicherheit gerade nicht, sondern verhilft ihr in solchen Fällen umgekehrt zum Durchbruch. Just aus diesem Grund allein durfte die Identitätsüberprüfung nicht durchgeführt oder deren Nichtigkeit muss hinterher von sämtlichen rechtsanwendenden Behörden von Amtes wegen festgestellt werden.¹⁸²

[Rz 57] Dieser Rechtsfrage widmet sich in einem kürzlich ergangenen Urteil das Bezirksgericht Zürich.¹⁸³ Zu beurteilen stand ein Fall, in dem ein Polizeiangehöriger (insgesamt waren es zwei Polizisten und eine Polizistin¹⁸⁴) eines Tages ca. um 7 Uhr morgens im Hauptbahnhof Zürich «eine männliche Person mit dunkler Hautfarbe»¹⁸⁵ einer Identitätsprüfung unterzogen hat, da – gemäss seinem Rapport – der Betreffende ihm als verdächtig aufgefallen sei, weil dieser seinen Blick von ihm abgewandt habe, als er ihn als Polizisten erkannt habe und an ihm vorbeige-

¹⁷⁶ Urteil des Bundesgerichts 6B_727/2016 vom 21. Oktober 2016 E. 3.

¹⁷⁷ JÜRIG MARTIN/JAN SELTMANN/SILVAN LOHER, Die Verfügung in der Praxis, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, 248.

¹⁷⁸ Urteil des Bundesgerichts 5A_950/2014 vom 16. April 2015 E. 3.7.4.

¹⁷⁹ BGE 136 I 87 E. 5.2.

¹⁸⁰ BGE 109 Ia 146 E. 4b.

¹⁸¹ STEFAN HEIMGARTNER, in: Marcel A. Niggli/Hans Wiprächtiger, Basler Kommentar Strafrecht, Bd. II, 3. Auflage, Basel 2013, vor Art. 285 ff. Rz. 19.

¹⁸² Urteil des Bundesgerichts 6B_727/2016 vom 21. Oktober 2016, E 3; vgl. HEIMGARTNER (FN 180), Rz. 19.

¹⁸³ Geschäfts-Nr. GC160218-L/U, Urteil v. 7. November 2016. Zum Zeitpunkt der Drucklegung dieses Beitrages ist das Urteil noch nicht rechtskräftig; Das Urteil wurde ans Obergericht weitergezogen.

¹⁸⁴ Urteil (FN 182), Ziff. 4.2.1.

¹⁸⁵ Urteil (FN 182), Ziff. 4.3.1.

hen wollen.¹⁸⁶ Der Kontrollierte unterzog sich der Kontrolle, weigerte sich aber – als Schweizer Bürger – Ausweise vorzulegen.¹⁸⁷ Die Frage der allfälligen Nichtigkeit dieser Personenkontrolle wird ausführlich releviert (Ziff. 5.4 ff.). Nach der Feststellung, dass aufgrund der Judikatur nur in absoluten Ausnahmefällen von einer nichtigen Personenkontrolle auszugehen sei, wird die Frage gestellt, ob die Feststellung, diese Person habe ihren Blick vom Polizisten abgewandt bzw. einen Bogen um ihn gemacht, die Personenkontrolle zu rechtfertigen vermöge. Leider nicht ganz widerspruchsfrei wird sodann festgehalten, dass es sich nicht «erstellen lässt . . . , dass die Hautfarbe des Einsprechers ausschlaggebend für die Personenkontrolle war» (a.a.O.). Demgegenüber hat der als Zeuge befragte Polizist jedoch ausgesagt, er habe «eine männliche Person mit dunkler Hautfarbe» einer Kontrolle unterzogen. Dieser wesentliche Punkt erscheint in der rechtlichen Würdigung so nicht mehr. War nun die Hautfarbe *ausschlaggebend*? Hätte der Polizist die Kontrolle auch durchgeführt, wenn sich eine Person nicht «dunkler Hautfarbe» genau gleich verhalten hätte? Würde diese (zweite) Frage verneint, war die Hautfarbe ausschlaggebend. Damit reduziert sich in diesem Urteil (in der theoretischen Analyse) die Frage nach der *Plausibilität eines vernünftigen Anfangsverdachts auf eine Rechtswidrigkeit* auf die Differenz: Hat der später Kontrollierte nur (wieder) von den Polizeinehörigen weggeschaut oder (auch) «einen Bogen» um sie machen wollen? Während nach der zitierten Bundesgerichtspraxis¹⁸⁸ eine *Auffälligkeit nach Örtlichkeit* (HB Zürich) und *Umständen* wie das versuchte Ausweichen, um einer Kontrolle zu entgehen, aus Sicht der Polizeiangehörigen, sofern sie von ihrer inneren Haltung her unbelastet sind, als rechtmässig angesehen werden kann, vermöchte das Abwenden des Blickes allein, nach der hier vertretenen Auffassung, nicht zu genügen; in diesem (zweiten) Fall wäre die Kontrolle als nichtig zu beurteilen. Dass sich der Kontrollierte diskriminiert behandelt fühlte, ist verständlich, was auch im Urteil angetönt wird.¹⁸⁹

VI. Verbesserung der Rechtslage für die Praxis de lege ferenda?

[Rz 58] Wie erwähnt,¹⁹⁰ enthält keines der kantonalen Polizeigesetze bisher eine Bestimmung, wonach diskriminierende Behandlungen verboten seien. Wenn gleich dies für die Rechtsverwirklichung aufgrund des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes keine rechtliche Lücke darstellt, könnte eine diesbezügliche Norm im Sinne einer Konkretisierung des Grundsatzes der Verfassungs- und Gesetzmässigkeit allen polizeilichen Verhaltens bzw. als Schranke der Rechtsgrundlagen für polizeiliche Interventionen für die Praxis der Klarheit förderlich sein. Denkbar wäre etwa eine Formulierung:

[Rz 59] «Untersagt ist jede benachteiligende oder bevorzugende Behandlung ausschliesslich aus Gründen insbesondere äusserlich erkennbarer Eigenschaften (z.B. Hautfarbe, Physiognomie), des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der sexuellen Orien-

¹⁸⁶ Urteil (FN 182), Ziff. 4.3.3.

¹⁸⁷ Seine Effekten wurden wegen der Weigerung schliesslich auf Ausweisschiffen durchsucht, der Kontrollierte sodann angezeigt, mit Strafbefehl vom Stadtrichteramt mit CHF 100 gebüsst, was vom Bezirksgericht bestätigt worden ist.

¹⁸⁸ Vorstehend, IV., 2. a (BGE 136 I 87 E. 5.2.).

¹⁸⁹ Nachfolgend stellt sich die Rechtsfrage, ob sich der Kontrollierte als seit Jahren legal in der Schweiz lebend und offenbar durch viele gleichgelagerte Kontrollen erfahren nicht i.S.v. Art. 14 StGB rechtmässig verhielt, da er die offenkundige Unrechtmässigkeit der Kontrolle aus seiner Sicht annehmen durfte; vgl. HEIMGARTNER (FN 180), Rz. 26, der in solchen Fällen einen Sachverhaltsirrtum annimmt.

¹⁹⁰ Vorstehend, Ziff. I., 4.

tierung, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung».

[Rz 60] An der materiellen Rechtslage änderte sich dadurch nichts. Damit entfielen aber für Identitätsüberprüfungen, die wegen einer negativen inneren Haltung bezüglich «Andersartigkeit» einer Person ausschliesslich auf Grund äusserlich erkennbarer Eigenschaften durchgeführt würden,¹⁹¹ die gesetzliche Grundlage, womit sie nichtig wären. Ein Mangel an Plausibilität für einen vernünftigen Anfangsverdacht führte demgegenüber zur Anfechtbarkeit.

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

[Rz 61] Die Betrachtung zeigt, dass bisher 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,¹⁹² 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.¹⁹³ 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».¹⁹⁴ Wie wird das Mass des Wohlwollens festgestellt und womit verglichen? Ist wohlwollend ein brauchbares Kriterium?

[Rz 62] Solche Formulierungen eignen sich grundsätzlich nicht zur korrekten Lösung einer rechtlich wichtigen Unterscheidung. Sie sind unbestimmt, teilweise gefühlsbetont, v.a. aber widersprüchlich und somit für die Praxis der Rechtsanwendung nicht tauglich, auf die es in erster Linie ankommt.

[Rz 63] 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 äusserlich erkennbarer Eigenschaften*, d.h. ihrer «Rasse», «ethnischer Herkunft» oder *Hautfarbe*, steckt.¹⁹⁵ Um dies festzustellen, ist direkt auf die *innere Haltung* der kontrollierten Polizeiangehörigen abzustellen. Das gilt gleichermassen für das von BERNHARD WALDMANN als Element einer Diskriminierung postulierte «Pejorative».¹⁹⁶ Es bedarf der Feststellung einer entsprechenden *Intention oder Haltung*. Das betrifft den *subjektiven Sachverhalt*.

¹⁹¹ Vgl. vorstehend, Ziff. IV, 4.

¹⁹² Vorstehend I., 1., IV., 1. und FN 166.

¹⁹³ FN 21, S. 69.

¹⁹⁴ A.a.O.

¹⁹⁵ BGE 132 I 49 E. 8.1.

¹⁹⁶ FN 37.

[Rz 64] Damit wird die Nähe zum strafrechtlichen Rassismustatbestand (Art. 261^{bis} des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB)¹⁹⁷) offenkundig. Der vom Bundesgericht 2014 beurteilte Basler Fall¹⁹⁸ 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 *strafrechtlichen* Tatbestand der Rassendiskriminierung nach Auffassung des Bundesgerichts nicht erfüllte (E. 2.5.2, 2.6), stellte sie nach der hier vertretenen Ansicht zweifellos eine Diskriminierung nach Art. 8 Abs. 2 BV im Sinne der Herabwürdigung der Menschwürde einer Person vom Polizisten festgestellt ethnisch algerischer Herkunft dar (E. 2.5.3).¹⁹⁹

VIII. Die Bekämpfung diskriminierender Personenkontrollen

[Rz 65] 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

[Rz 66] 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.²⁰⁰ Dies bedarf bereits der hinreichend präzisen Rechtsgrundlagen, um ihrerseits keinen Diskriminierungsverdacht aufkommen zu lassen (indirekte Diskriminierung). Die Anforderungen an den Polizeiberuf sind hoch, sehr hoch geworden. Es dient der Qualität des (v.a. künftigen) Polizeipersonals daher nicht, wenn die Arbeitsbedingungen, namentlich die Besoldung, in Konkurrenz zu ähnlich anforderungsreichen, zumeist aber weit weniger belastenden Berufen verschlechtert werden.

[Rz 67] Die Aus- und permanente Fortbildung auch und gerade in diesem diffizilen Bereich polizeilicher Aufgabenerfüllung²⁰¹ liefert die Grundlage dafür, dass die Polizeiarbeit nicht nur auf einem hohen qualitativen Niveau, sondern auch diskriminierungsfrei geleistet wird.²⁰² Die ECRI²⁰³ hat in ihrem letzten Bericht zwar festgestellt, dass die Ausbildung der Polizeikräfte in der Schweiz

¹⁹⁷ SR 311.0.

¹⁹⁸ Urteil des Bundesgerichts 6B_715/2012 vom 6. Februar 2014.

¹⁹⁹ Nur ein «*piéd noir*» nach der französischen Definition wäre nicht auch *ethnisch* algerischer Herkunft. Vgl. die Verurteilung von Wilders in den Niederlanden wegen Rassendiskriminierung und Beleidigung der Marokkaner als Bevölkerungsgruppe (NZZ vom 12. Dezember 2016, 3).

²⁰⁰ MOHLER, Ethik (FN 119), 208.

²⁰¹ MOHLER, Grundzüge (FN 5), V (Leitsatz).

²⁰² 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.

²⁰³ Vgl. FN 201.

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.²⁰⁴ Weitere Anstrengungen sind zu befürworten.

2 Führung

[Rz 68] 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. Ein explizites Diskriminierungsverbot im Polizeigesetz vermöchte mehr Klarheit zu bewirken (vorstehend, VI.). Das 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.

[Rz 69] 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 zuständigsorts bekannt zu machen (Rapportierung, auch *whistle blowing*). Zudem ist es Teil der Führungsaufgabe, konsequent gegen allfällige Subkulturen («*canteen culture*») anzugehen, die negativ innere Haltungen beeinflussen oder durch Gruppendruck gar aufoktroieren können. Fachlich und organisationskulturell wesentlich erscheint der Einbezug von Vertreterinnen und Vertretern von Minoritäten in Aus- und Weiterbildungen. Insgesamt muss dies zusammen bewirken, unverzüglich die notwendigen Korrekturen einzuleiten oder gegebenenfalls auch individuelle Massnahmen zu ergreifen.

[Rz 70] Schliesslich bedarf es eines Systems, durch das diskriminierende Verhaltensweisen mit entsprechenden Sanktionen belegt werden können (Disziplinarwesen²⁰⁵). 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.²⁰⁶ Dies nach Möglichkeit zu vermeiden, ist ebenso schwierige wie unverzichtbare permanente Aufgabe der Führung auf allen Ebenen.

[Rz 71] Zu dieser Führung auf der obersten Ebene gehört indessen auch die Ermöglichung durch die Politik, genügend qualifizierte Kräfte anstellen und behalten zu können.

²⁰⁴ 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 genieisse, 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 vom 8. Juli 2013 E. 2.2, falsch (vgl. dazu MOHLER, Grundzüge [FN 5], Rz. 386, und BGE 137 I 176 E. 7.3.3, BGE 109 Ia 146 E 4b).

²⁰⁵ Vgl. Schlussbemerkungen des Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD) 2008 (https://www.eda.admin.ch/content/dam/eda/fr/documents/aussenpolitik/internationale-organisationen/Cerd_Schlussempfehlungen_UNO-Ausschuss_fr.pdf), Ziff. 16.

²⁰⁶ Vgl. Beispiel in: Beratungsnetz für Rassismuspfer, Rassismussvorfälle aus der Beratungspraxis Januar bis Dezember 2015, Bern Juni 2016 (http://www.ekr.admin.ch/pdf/rassismusbericht_2015_web_d.pdf), 10. MOHLER, Ethik (FN 119), 212.

IX. Schlussbetrachtung und die Frage der Verantwortungsverteilung

[Rz 72] Die Betrachtung zeigt, dass – mit Ausnahme der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung – die Umschreibungen dessen, was Diskriminierung im Zusammenhang mit Personenkontrollen nach den hier erörterten Anknüpfungskriterien bedeute, weit auseinandergehen und rechtlich nicht zu befriedigen vermögen. Die Grundtypen der Diskriminierungsverbote nach «Rasse» in einem sehr fragwürdigen ethnologischen Sinn verfügen selber über keine scharfen Konturen.²⁰⁷ 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. Entscheide, die innert kürzester Zeit und oft unter widrigen Umständen getroffen werden müssen, bedürfen verlässlicher Vorgaben des Rechts. Die durchwegs geforderte Vorhersehbarkeit einer Regelung zur Steuerung des eigenen Verhaltens für alle Rechtsadressaten²⁰⁸ muss sich für die polizeiliche Arbeit in verlässlichen, begreif- und handhabbaren Rechtsbegriffen spiegeln. Die Verantwortung des Staates, konkretisiert in der *Pflicht des Gesetzgebers*, unterstützt von der Wissenschaft, ist es, die für die Praxis tauglichen *Kriterien zum Schutz der Menschenwürde und der Freiheit ebenso wie zum Schutz der Ordnung des Rechtsstaates als Ganzes verständlich vorzugeben*.²⁰⁹ Das ist hinsichtlich der Rechtssätze für die Vermeidung diskriminierender Personenkontrollen derzeit nicht der Fall. Ein wenig erfreulicher Befund für einen der schwierigsten staatlichen Wirkungsbereiche, in dem Rechtsstaatlichkeit verlässlich und überzeugend gemessen werden können sollte.

Dr. iur. MARKUS H.F. MOHLER, ehem. Lehrbeauftragter für öffentliches, speziell Sicherheits- und Polizeirecht an den Universitäten von Basel und St. Gallen, zuvor Kommandant der Kantonspolizei Basel-Stadt, vorher Staatsanwalt; langjähriger Berater (und Unterrichtender) für die DEZA im Bereich von Justiz- und Polizeireform in afrikanischen Ländern und insbesondere in Ländern des Westbalkans (2001–2011).

²⁰⁷ MÜLLER/SCHEFER (FN 24), 718, 720.

²⁰⁸ MOHLER, Grundzüge (FN 5), Rz. 153 m.H.

²⁰⁹ PETER SALADIN, Verantwortung als Staatsprinzip, Bern 1984, 210 ff.