

Strategic Litigation: Mittel zur Umsetzung der Diskriminierungsverbote?

Tarek Naguib, nagu@zhaw.ch

Problem

Asymmetrie durch Symmetrie

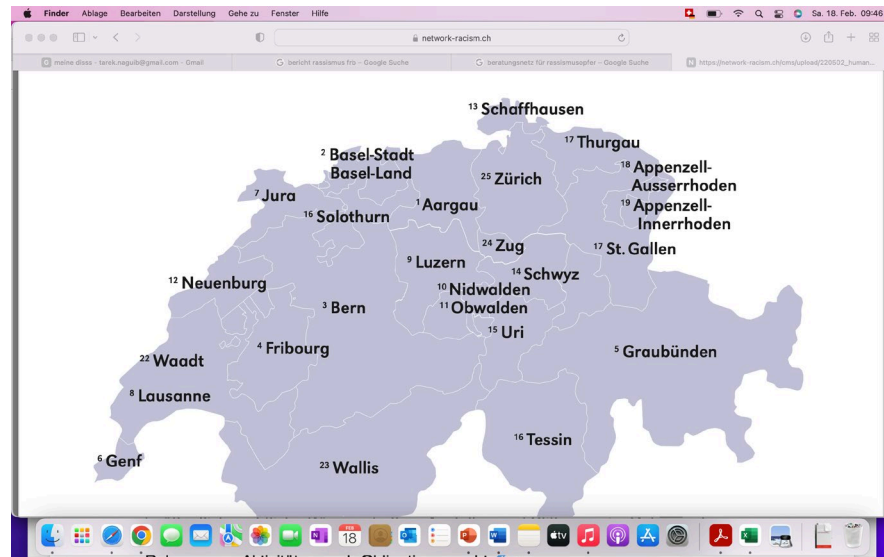
Graduelle Dysfunktionalität des Rechts am Beispiel des
Schutzes vor Rassismus durch den Rechtsstaat

Drei Fragen als Einstieg

Fragen als Einstieg

In wie vielen Gerichtsurteilen wurde eine rassistische Diskriminierung im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV festgestellt?

«Rassistische Diskriminierung ist die Benachteiligung von (1) Menschen, die biologischen, ethnisch-kulturellen oder nationalen Abstammungsgruppen zugeordnet werden, die (2) im Zusammenhang mit einer Geschichte von Rassismus oder Antisemitismus steht und die (3) mit einer asymmetrischen Verteilung von sozialen, politischen und ökonomischen Chancen und Ressourcen zuungunsten dieser Gruppen einhergeht.» (Liebscher, Rasse im Recht, S. 482 f.)



Fragen als Einstieg

In wie vielen Gerichtsurteilen wurde eine rassistische Diskriminierung im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV festgestellt?

In welchen Bereichen/Rechtsgebieten wurden diese Urteile gefällt?

«Rassistische Diskriminierung ist die Benachteiligung von (1) Menschen, die biologischen, ethnisch-kulturellen oder nationalen Abstammungsgruppen zugeordnet werden, die (2) im Zusammenhang mit einer Geschichte von Rassismus oder Antisemitismus steht und die (3) mit einer asymmetrischen Verteilung von sozialen, politischen und ökonomischen Chancen und Ressourcen zuungunsten dieser Gruppen einhergeht.» (Liebscher, Rasse im Recht, S. 482 f.)

These: Asymmetrie der Symmetrie

Art. 8 Rechtsgleichheit

² Niemand darf diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der 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.

Art. 35 Verwirklichung der Grundrechte

¹ Die Grundrechte müssen in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen.

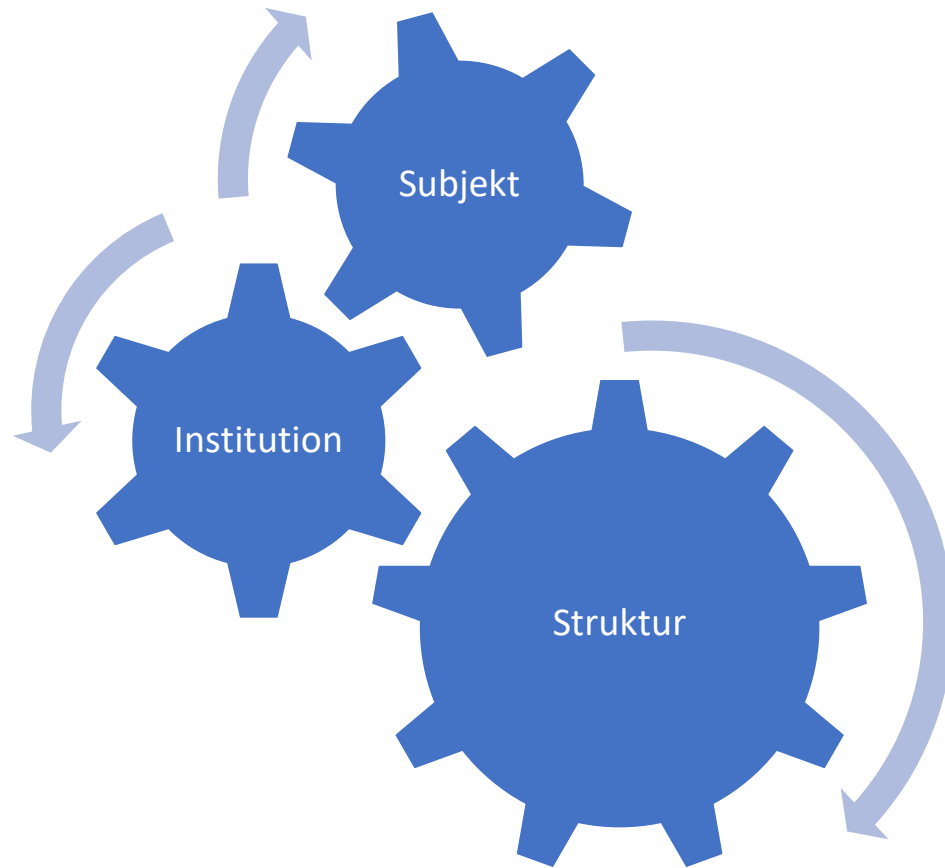
² Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen.

³ Die Behörden sorgen dafür, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden.

Diskriminierung

- Qualifizierte Form der Benachteiligung
 - Philosophie: Verletzung der Würde durch Aberkennung der Gleichheit in der Differenz mit Blick auf bedeutende Persönlichkeitsmerkmale
 - Soziologie: Systemische Verletzung des Rechts auf Gleichheit in der Differenz infolge von historisch gewachsenen Stigmatisierungen, Ausgrenzungen
- Kategorien
 - Geschlecht, ethnische Herkunft, rassistische oder antisemitische Zuschreibung, Religion und Weltanschauung, Sprache, *Behinderung* und *chronische Krankheit*, genetische Dispositionen, Lebensalter, sexuelle und geschlechtliche Orientierung, *fahrende Lebensform*, sozialer Status.

Diskriminierung als systemische Ungleichheit



Theoriendebatte

- Gleichheit
- Differenz
- Konstruktion

Problem: *asymmetrisch*

Recht gegen Diskriminierung

- Verbote der Diskriminierung
 - **Artikel 8 Absatz 2 BV**
 - Gleichstellungsgesetze
 - Behindertengleichstellungsgesetz
 - **Strafrechtliches Verbot zu Diskriminierung und Aufruf zu Hass (Rasse, Ethnie, Religion, sexuelle Orientierung)**
 - Zivilrecht, Verwaltungsrecht
- Um- und Durchsetzung
 - Individualrechtsschutz (teilw. „kollektive“ Instrumente wie Verbandsklagerecht)
 - Weiche institutionell-organisatorische Vorkehrungen und Massnahmen zur Sensibilisierung (keine affirmative action, positive Massnahmen)

Antwort des Rechts:
symmetrisch (graduell)

Beispiel Racial Profiling



Wa Baile – v. Switzerland (43868/18)

»Anlässlich der Patrouillentätigkeit [...] fiel Schreibendem eine dunkelhäutige, männliche Person (später bekannt als M. Wa Baile) verdächtig auf. Dies aufgrund des Verhaltens der Person (M. Wa Baile wandte seinen Blick von mir ab als er mich als Polizeibeamten erkannte und an mir vorbeigehen wollte). Da sich der Verdacht auf ein AuG-Delikt [Verstoss gegen das Ausländergesetz] aufdrängte, entschloss ich mich M. Wa Baile einer Personenkontrolle zu unterziehen.«

- EGMR: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22002-12937%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22002-12937%22]})
- Strategischer Fall: <https://www.stop-racial-profiling.ch/de/gerichtsfaelle/mo-wa-baile/>
- Dokumentation: <https://www.humanrights.ch/de/anlaufstelle-strategische-prozessfuehrung/falldokumentation/rassistisches-profiling/>

Eine Polizeikontrolle aufgrund der Hautfarbe sei rechters, wenn »weitere situative Faktoren« hinzukämen, wie insbesondere die spezifischen Gegebenheiten am Hauptbahnhof als einem »stark frequentierten Ort sowie Knotenpunkt des Fern- und Nahverkehrs, an dem vermehrt mit Delinquenz zu rechnen« sei.

Marc O.

»Im Bereich Kaserne entschlossen wir uns, eine dunkelhäutige Person zu kontrollieren wegen dem Verdacht des illegalen Aufenthalts.«

»ausländisches Aussehen neben Tageszeit und Ort ein Faktor für den Verdacht auf illegalen Aufenthalt«

Fall Wilson A.

»nichts darauf schliessen [...], dass die Kontrolle aufgrund der Hautfarbe durchgeführt worden sei«

»Es wurde ein dunkelhäutiger Mann gesucht, also ist dies kein Fall von Racial Profiling.«

Dienstanweisung 1708 Personenkontrolle Zürich vom 14.11.2017

»Werden Menschen ohne konkretes Verdachtsmoment *allein* [Kursivsetzung durch den Autor] aufgrund ihres als fremdländisch wahrgenommenen Aussehens bzw. aufgrund ethnischer Merkmale angehalten und kontrolliert, wird diese polizeiliche Praxis als ›Racial/Ethnic Profiling‹ bezeichnet.«

Rassismus wird de- thematisiert

[Bericht](#) einer interdisziplinäre zusammengesetzten Gruppe zur
Prozessbeobachtung

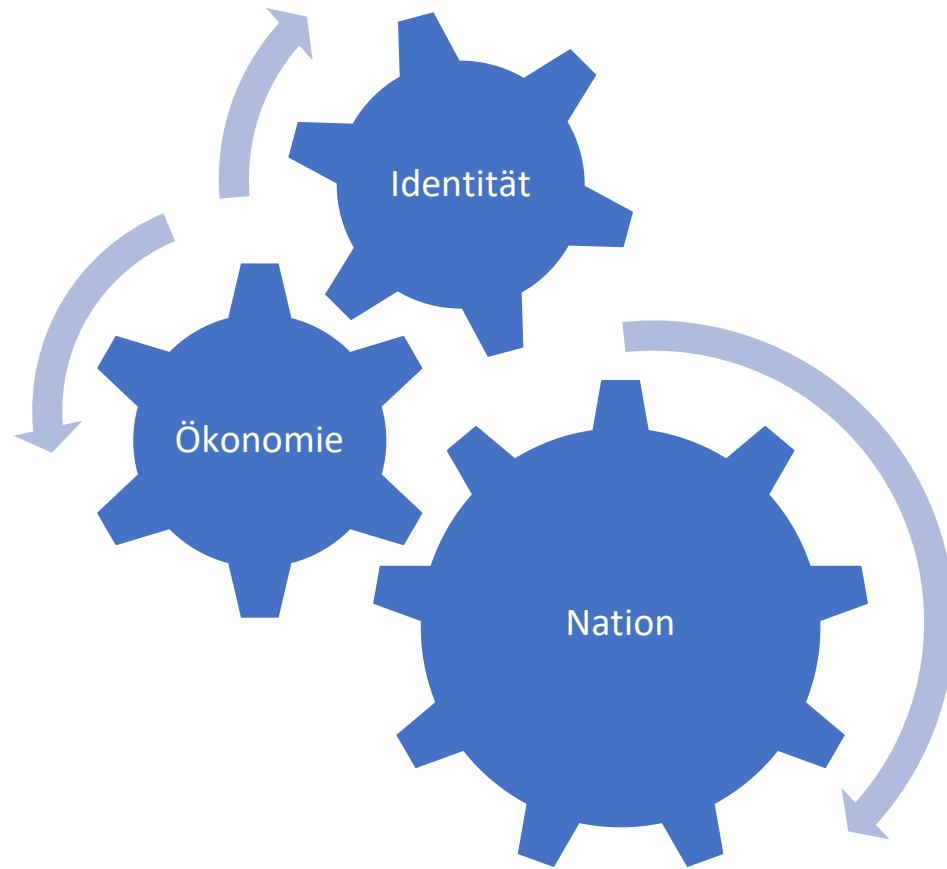
Perspektiven der Einordnung

Quadratur des Kreises

„Nach der einen Vorschrift sollen illegale Einreisen verhindert werden, nach der zweiten dürfen keine systematischen Grenzkontrollen durchgeführt werden, denen alle unterzogen werden, und nach einer dritten Rechtsquelle dürfen physische oder ethnische Merkmale, die z.B. der derzeitigen Migrationsstärke objektiv auf illegale Grenzübertritte hindeuten, nicht zum Anlass von Kontrollen genommen werden.“ (M. Mohler, RP, SS. 261 ff.)

Rassismus der Moderne

Der Vorfall ist (...) symptomatische Folge der Verfasstheit moderner Nationalstaaten auf der Grundlage des kolonialen Mythos der Überlegenheit des Westens, sowie rassistischer Diskurse über Zugehörigkeit und Verknüpfungen von Kriminalität, Illegalisierung und Migration, die den Zugriff auf den «fremden» Körper normalisierte. Gestützt wird dies durch eine Rechtsordnung, die zwischen 'Staatsangehörigen' und verschiedenen 'Ausländergruppen', zwischen 'kulturnahen' und 'kulturfremden' und in Aufenthaltstitel unterscheidet. Letztlich geht es um die Abwehr spezifischer Migration zum Schutz von «Identität», «Sicherheit» und «Wohlstand», auch im Dienste gesamtwirtschaftlicher Interessen. (T. Naguib, RP, S. 259 f.)



Symmetrie im geltenden Recht

Studie zu „Anti-Schwarze-Rassismus. Juristische Untersuchung
zu Phänomen, Herausforderungen und Handlungsbedarf“

Bandbreite am Mobilisierungshindernisse bei systemischen Problem

- De-Thematisierung von Rassismus („was nicht sein darf, ist nicht“)
- Scham, Selbststigmatisierung
- Fehlendes Unrechtsbewusstsein
- Ängste, Unsicherheiten mit Blick auf die Rechtsmobilisierung (fehlendes Vertrauen, Risiken)
- stark erschwerter Zugang zu Konfliktbefriedung, Beratung und Anwaltschaft
- Zurückhaltung der Mobilisierung von Art. 8 Abs. 2 (Unwissen, fehlende Erfahrung, Verfahrenspsychologie, Prozessökonomie, Beweisführung)

Bandbreite am Mobilisierungshindernisse bei systemischen Problem

- Exponierung mit erneuter Willkür
- ökonomische Risiken wie Kürzungen von Sozialleistungen und Arbeitsplatzverlust
- rechtliche Risiken wie Rückstufung Aufenthaltstitel und Sistierung Einbürgerungsgesuch
- Lange Dauer von Verfahren
- Kosten und Kostenrisiken
- Mangelhafte Untersuchung aufgrund von Verstrickungen und Befangenheiten der zuständigen Behörden
- ...

Mögliche Antworten

Strategic Litigation

Eröffnen von Handlungsspielräumen für Wandel auf struktureller und institutioneller Ebene

- Entwicklung der Rechtspraxis
- Aufdecken von Schutzlücken
- Ermächtigung von diskriminierten Menschen
- Stärkung der Rechtsmobilisierung
- Mobilisierung von Engagement
- Überwindung von Mobilisierungshindernissen

Überwindung von Mobilisierungshindernissen

- De-Thematisierung von Rassismus („was nicht sein darf, ist nicht“)
- Scham, Selbststigmatisierung
- Fehlendes Unrechtsbewusstsein
- Ängste, Unsicherheiten mit Blick auf die Rechtsmobilisierung (fehlendes Vertrauen, Risiken)
- stark erschwerter Zugang zu Konfliktbefriedung, Beratung und Anwaltschaft
- Zurückhaltung der Mobilisierung von Art. 8 Abs. 2 aus taktischen Gründen (Unwissen, fehlende Erfahrung, Verfahrenspsychologie, Prozessökonomie, Beweisführung)

Check-Liste

- Offensive Thematisierung, da Obsiegen nicht im Vordergrund, Sichtbarmachung
- Ermächtigung und Support, Vorbild
- Flächendeckende Sensibilisierung
- Kollektive Unterstützung durch Widerstand und interdisziplinäre Teams
- Aufbau von Teams und kollaborative Übung, Sensibilisierung
- Strategisches Ziel ist nicht der Rechtsschutz, sondern die breite Mobilisierung

Abbau von Mobilisierungshindernissen

- Exponierung mit erneuter Willkür
- ökonomische Risiken wie Kürzungen von Sozialleistungen und Arbeitsplatzverlust
- rechtliche Risiken wie Rückstufung Aufenthaltstitel und Sistierung Einbürgerungsgesuch
- Lange Dauer von Verfahren
- Kosten und Kostenrisiken
- Mangelhafte Untersuchung aufgrund von Verstrickungen und Befangenheiten der zuständigen Behörden
- ...

Check-Liste

- Schutz durch Kollektiv
- Idealer Beschwerdeführer
- Dito
- Für die Kampagne von Vorteil
- Fundraising mit Mobilisierungseffekt
- Gezielte Intervention, Druckaufbau, Prozessbeobachtung, Forschung, die Mängel sichtbar machen, parlamentarische und administrative Massnahmen initiieren und stützen

Danke