

Claudia Kaufmann
Christina Hausammann
Herausgeberinnen

Zugang zum Recht

*Vom Grundrecht
auf einen wirksamen
Rechtsschutz*

Helbing Lichtenhahn Verlag

Zugang zum Recht

Claudia Kaufmann
Christina Hausammann
Herausgeberinnen

Zugang zum Recht

*Vom Grundrecht
auf einen wirksamen
Rechtsschutz*

Helbing Lichtenhahn Verlag



Stadt Zürich

Beauftragte in Beschwerdesachen · Ombudsfrau



Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)
Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)
Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)
Swiss Centre of Expertise in Human Rights (SCHER)

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet unter <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und Downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

ISBN 978-3-7190-3976-9

© 2017 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel
www.helbing.ch

Vorwort

Die Ombudsstelle der Stadt Zürich erfährt regelmässig die Diskrepanz zwischen dem Anspruch auf einen wirksamen Zugang zum Recht und der Möglichkeit vieler Bürgerinnen und Bürger, ihre Rechte im Alltag auch tatsächlich durchsetzen zu können. Hier setzt die Ombudsarbeit an und wirkt darauf hin, diese Kluft zu überwinden: Sie erleichtert als niederschwellige Alternative zum ordentlichen Verfahren und als aussergerichtlicher Rechtsschutz rechtsstaatliche Partizipation, Beschwerdemöglichkeiten und die Wahrnehmung von Rechten. Die Frage des erleichterten Zugangs zum Recht in seiner vielfältigen, umfassenden Bedeutung ist daher für die Ombudsstelle über den Einzelfall hinaus von besonderem Interesse.

Die vertiefte Auseinandersetzung mit dem Thema Zugang zum Recht hat in der Schweiz erst vor Kurzem eingesetzt. Wissenschaft und Praxis befassen sich derzeit intensiv mit der Fragestellung. Aus Anlass ihres 45-jährigen Bestehens führte die Ombudsstelle der Stadt Zürich daher zusammen mit dem Schweizerischen Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR) eine Tagung zum Thema Zugang zum Recht durch. Diese fand am 3. November 2016 statt. Rund 250 Personen aus den unterschiedlichsten Disziplinen nahmen an der Veranstaltung teil – Mitarbeitende von Verwaltungen, Gerichten, Hochschulen, Vertreterinnen und Vertreter von Ombuds- und Beratungsstellen, NGO und der Politik.

Für das SKMR ist die Frage, ob und wie weit Grund- und Menschenrechte wirksam vor Gericht erstritten werden können, zentral. Es hat in den letzten Jahren im Rahmen einer breitangelegten Studie den Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen untersucht. Dabei zeigte es sich, dass zahlreiche Hürden und Barrieren bestehen, welche verhindern, dass Menschen, die in ihren Rechten verletzt werden, den Rechtsweg überhaupt in Betracht ziehen. Aussergerichtliche Streitbeilegungsverfahren, wie es insbesondere Ombudsstellen anbieten, sind deshalb entscheidend für die Sicherung des Zugangs zum Recht. Zur Zeit beschäftigt sich das SKMR schwerpunktmässig mit der Frage des Zugangs zur Justiz für Kinder und Jugendliche sowie aus einer Geschlechterperspektive.

Die Tagung begann mit zwei ins Thema einführenden Grundsatzreferaten: Regina Kiener beleuchtete das Recht auf effektiven Rechtsschutz, Nora Refaeil widmete sich dem Rechtsschutz als Mittel zur Friedensförderung. Es folgten exemplarisch das Thema vertiefende Konkretisierungen aus vier Praxisfeldern: Reto Locher stellte die Ergebnisse der SKMR-Studie «Zugang zur Justiz in Dis-

kriminierungsfällen» vor. Caroline Hess-Klein setzte sich mit dem Rechtsschutz von Menschen mit Behinderungen auseinander, Christian Schwarzenegger untersuchte, gestützt auf gemeinsam mit Rahel Ott durchgeführten Studien, Wirkung und Praxis der Gewaltschutzgesetzgebung bei häuslicher Gewalt. Heidi Simoni befasste sich schliesslich mit der Frage, wie Kinder und Jugendliche ihre Rechte wahrnehmen und wahrnehmen können. Der Festvortrag von Cornelia Klinger «Vom Schönen und Mühsamen im Alltag der Demokratie – Zum Spannungsverhältnis zwischen Gleichheit und Differenz» schloss den Anlass ab. Er ist als Separatdruck bei der Ombudsstelle Zürich erhältlich.

Wir freuen uns sehr, dass sich alle Referentinnen und Referenten bereit erklärt haben, ihre Vorträge zu verschriftlichen und sie uns für diese Publikation zur Verfügung zu stellen. Wir danken den Autorinnen und Autoren herzlich für die inhaltvollen Beiträge und Carlo Knöpfel für sein zum Weiterdenken anregendes Fazit. Unser grosser Dank geht auch an Kathi von Däniken für die kompetente Redaktionsarbeit sowie an Barbara Rais, Helbing Lichtenhahn Verlag, für die unkomplizierte Zusammenarbeit und das umsichtige Lektorat.

Als Herausgeberinnen hoffen wir, dass die Publikation auf ein reges Echo stösst. Sie soll dazu beitragen, das wichtige Thema Zugang zum Recht in seinen vielschichtigen Facetten bekannter zu machen, für die Fragestellungen zu sensibilisieren und schliesslich zu einer wirksamen Umsetzung der Folgerungen und Erkenntnisse zu ermutigen.

Bern/Zürich, April 2017

Christina Hausammann
SKMR

Claudia Kaufmann
Ombudsfrau der Stadt Zürich

Biografische Angaben

Hausammann Christina, lic.iur., Projektleiterin Bereich Geschlechterpolitik am Schweizerischen Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR) in Bern (seit 2011) mit aktuellem Arbeitsschwerpunkt zum Thema «Zugang zur Justiz aus einer Genderperspektive». Co-Geschäftsleiterin Verein humanrights.ch seit 2006.

Hess-Klein Caroline, Dr. iur., Leiterin der Abteilung Gleichstellung bei Inclusion Handicap, der Dachorganisation der Behindertenorganisationen in der Schweiz mit Sitz in Bern (seit 2015), Co-Autorin des Kommentars zum Behindertengleichstellungsgesetz (2014, zusammen mit Prof. Dr. iur. Markus Schefer). Lehrbeauftragte an der Universität Basel zum Behindertengleichstellungsrecht.

Kaufmann Claudia, Dr. iur., Ombudsfrau der Stadt Zürich (seit 2004). Langjährige Tätigkeit in der Bundesverwaltung, u.a. als erste Leiterin des Eidg. Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann, Leiterin des Rechtsdienstes des Eidg. Departements des Innern (EDI) sowie als Generalsekretärin des EDI.

Kiener Regina, Prof. Dr. iur., Ordentliche Professorin für Staats- und Verwaltungsrecht unter Einschluss des öffentlichen Verfahrensrechts an der Universität Zürich. Ersatzrichterin am Justizgericht des Kantons Aargau (seit 2013) sowie Schweizerisches Mitglied der Europäischen Kommission für Demokratie durch Recht («Venedig-Kommission», seit 2013).

Knöpfel Carlo, Dr. rer. pol., Dozent an der Hochschule für Soziale Arbeit, am Institut Sozialplanung, Organisationaler Wandel und Stadtentwicklung der Fachhochschule Nordwestschweiz in Basel. Schwerpunkte: Gesellschaftlicher Wandel und soziale Sicherheit sowie Armuts- und Alterspolitik. Langjähriger Leiter des Bereichs «Grundlagen» und Mitglied der Geschäftsleitung von Caritas Schweiz.

Locher Reto, lic. iur., Rechtsanwalt, MA in Public Management & Policy. Projektleiter beim Schweizerischen Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR) in Bern (seit 2012). Durchführung angewandter Forschung zu verschiedenen menschenrechtlichen Themenfeldern, unter anderem Co-Autor des Syntheseberichts «Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen» (2015, zusammen mit Prof. Dr. iur. Walter Kälin).

Ott Rahel, lic. phil., Lizentiat in Soziologie, Sozialpsychologie und Kriminologie. 2011 – 2016 Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Kriminologischen Institut der Universität Zürich (bei Prof. Dr. iur. Christian Schwarzenegger). Co-Leiterin der Interventionsstelle gegen häusliche Gewalt des Kantons Zürich (seit Herbst 2016).

Refaeil Nora, Dr. iur., LL.M., Selbständige Konsultentin, Mediatorin und Fazilitatorin. Schwerpunktthemen: Vergangenheitsaufarbeitung und Friedensförderung. Frühere Tätigkeit als Rechtsanwältin. Lehrbeauftragte an der Universität Basel und Lehrtätigkeit an diversen Instituten zu Völkerrecht, Menschenrechten und Transnational Justice.

Schwarzenegger Christian, Prof., Dr. iur., Ordentlicher Professor für Strafrecht, Strafverfahrensrecht und Kriminologie an der Universität Zürich. Prorektor Rechts- und Wirtschaftswissenschaften an der Universität Zürich. Seit 2008 Stiftungsratspräsident der Stiftung Ombudscom.

Simoni Heidi, Dr. phil., Leiterin des Marie Meierhofer Instituts für das Kind in Zürich seit 2007. Längere Tätigkeit als Psychologin in der Psychiatrischen Universitätsklinik Basel und in der dortigen Kinder- und Jugendpsychiatrischen Klinik. Dozentin an verschiedenen Universitäten und Fachhochschulen.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Biografische Angaben	7
Abkürzungsverzeichnis	11
Einleitung	
Zugang zum Recht: vielfältig und anspruchsvoll	15
<i>Claudia Kaufmann</i>	
Das Recht auf effektiven Rechtsschutz	23
<i>Regina Kiener</i>	
Zugang zum Recht als Mittel zur Friedensförderung	35
<i>Nora Refaeil</i>	
Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen	49
<i>Reto Locher</i>	
Menschen mit Behinderungen – Rechtsschutz und Wirklichkeit	63
<i>Caroline Hess-Klein</i>	
Polizeiliche und strafrechtliche Massnahmen gegen häusliche Gewalt – Wirkung und Praxis	79
<i>Christian Schwarzenegger/Rahel Ott</i>	
Wie Kinder und Jugendliche ihre Rechte wahrnehmen (können)	91
<i>Heidi Simoni</i>	
Schlusskommentar	101
<i>Carlo Knöpfel</i>	

Abkürzungsverzeichnis

Aufl.	Auflage
Abs.	Absatz
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
AfrMRK	Afrikanische Charta der Menschenrechte und Rechte der Völker
AMRK	Amerikanische Menschenrechtskonvention
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts; bis 1987: Sammlung der eidgenössischen Gesetze; bis 1948: Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen (Eidgenössische Gesetzessammlung)
BBl	Bundesblatt
BehiG	Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz; SR 151.3)
BehiV	Verordnung über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsverordnung; SR 151.31)
BFS	Bundesamt für Statistik
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz; SR 173.110)
BJ	Bundesamt für Justiz
BL	Basel-Land
BPG	Bau- und Planungsgesetz des Kantons Basel-Stadt (SR/BS 730.100)
BS	Basel-Stadt
Bst.	Buchstabe
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
CRPD	Convention on the Rights of Persons with Disabilities
Diss.	Dissertation
EU	Europäische Union
E.	Erwägung
EBG	Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann
EBGB	Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen

EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EKKJ	Eidgenössische Kommission für Kinder- und Jugendfragen
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention; SR 0.101)
FMG	Fernmeldegesetz (SR 784.10)
FRA	European Union Agency for Fundamental Rights
FRB	Fachstelle für Rassismusbekämpfung (des Bundes)
Fn.	Fussnote
f./ff.	folgende/fortfolgende
GlG	Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz; SR 151.1)
GOG	Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess des Kantons Zürich (LS 211.1)
GSG	Gewaltschutzgesetz des Kantons Zürich (LS 351)
HAVE	Haftung und Versicherung, Zeitschrift, Zürich
HJRL	Hague Journal on the Rule of Law
Hrsg.	Herausgeber
IVAWS	International Violence against Women Survey
IVG	Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG; SR 831.20)
i.V.m.	in Verbindung mit
IzKK	Informationszentrum Kindesmisshandlung/Kindesvernachlässigung
KESB	Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde
Kt.	Kanton
KV/BS	Verfassung des Kantons Basel-Stadt
KV/GE	Verfassung des Kantons Genf
LeGes	Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Gesetzgebung (SGG) und der Schweizerischen Evaluationsgesellschaft (SEVAL)
LGBTI	Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex
lit.	Litera
LS	Loseblattsammlung
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
MMI	Marie Meierhofer Institut für das Kind
NGO	Non-Governmental Organisation (Nichtregierungsorganisation)
No.	Number
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; SR 220)
PKS	Polizeiliche Kriminalstatistik
resp.	respektive
RTVG	Bundesgesetz über Radio und Fernsehen (SR 784.40)
Rz.	Randziffer

S.	Seite
SC	Security Council (Sicherheitsrat der Vereinten Nationen)
SEV-Nr.	Sammlung der Europaratsverträge, Vertragsnummer
SKMR	Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte
SR	Systematische Rechtssammlung
SR/BS	Systematische Rechtssammlung Basel-Stadt
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch (SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung (SR 312.0)
u. a.	unter anderem
UN	United Nations (Vereinte Nationen)
UNDP	United Nations Development Programme (Entwicklungsprogramm der Vereinten Nationen)
UNICEF	United Nations International Children's Emergency Fund (Kinderhilfswerk der Vereinten Nationen)
UNO	United Nations Organization (Vereinte Nationen)
UNO-BRK	Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (SR 0.109)
UNO-KRK	Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes (SR 0.107)
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2)
URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz; SR 231.1)
UVEK	Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation
VAböV	Verordnung des UVEK über die technischen Anforderungen an die behindertengerechte Gestaltung des öffentlichen Verkehrs (SR 151.342)
VböV	Verordnung über die behindertengerechte Gestaltung des öffentlichen Verkehrs (SR 151.34)
Vgl.	Vergleiche
VOSTRA	Strafregister-Informationssystem des Bundes
v.	versus
WDR	World Development Report (Weltentwicklungsbericht)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (SR 210)
ZH	Zürich
Ziff.	Ziffer
ZK	Zivilkammer
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung; SR 272)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

Einleitung

Zugang zum Recht: vielfältig und anspruchsvoll

CLAUDIA KAUFMANN

Inhaltsübersicht

1. Begriff und Geltungsbereich	15
2. Zugang zum Recht als Mittel zur Friedensförderung	16
3. Harte und weiche Faktoren	17
4. Besonders betroffen: Kinder und Jugendliche	19
5. Zwischenfazit	20
6. Aufgabe und Rolle der parlamentarischen Ombudsstellen . . .	21

1. Begriff und Geltungsbereich

«Zugang zum Recht» nimmt den englischen Begriff «access to justice» auf und meint ursprünglich den Zugang zu den Gerichten. Mittlerweile hat der Begriff eine weit breitere Bedeutung erlangt und gilt auch für den aussergerichtlichen Rechtsschutz: Er bezieht sich ebenso auf die Umsetzung menschen- und völkerrechtlicher Verpflichtungen durch die Aktivitäten staatlicher Behörden und Verwaltungen wie auch auf die Aufsichts- und Kontrolltätigkeit der Parlamente.

Zugang zum Recht betrifft sämtliche Rechts- und Lebensbereiche. Und er geht nicht nur Menschen in der Rechtspflege etwas an, sondern genauso Personen, die in Behörden, Verwaltungen, aber auch in der Politik und in zivilgesellschaftlichen Organisationen tätig sind. Explizit dazu gehören auch parlamentarische Kontroll- und Untersuchungskommissionen sowie Finanzkontrollen, Datenschutzbeauftragte und parlamentarische Ombudsstellen. Denn sie alle werden immer wieder damit konfrontiert: Rechte haben und Recht bekommen sind zwei Paar Schuhe. Es ist nicht selbstverständlich, Rechtsansprüche auch tatsächlich durchsetzen zu können, den Zugang zu den Institutionen zu finden und sicherzustellen oder die nötige Unterstützung für die Rechtsdurchsetzung zu bekommen.

Ein zentraler Aspekt des Themas ist seine grund- und menschenrechtliche Dimension. BEATE RUDOLF, Direktorin des Deutschen Instituts für Menschenrechte in Berlin, stellt in ihrem erkenntnisreichen Essay «Rechte haben – Recht bekommen. Das Menschenrecht auf Zugang zum Recht» (2014) fest: «Zugang zum Recht ist (...) Ausdruck und Verwirklichung der durch die Menschenrechte gesicherten Selbstbestimmung. Zugang zum Recht als Menschenrecht sichert

und bekräftigt die menschenrechtliche Bindung des Staates; der Mensch steht im Mittelpunkt staatlichen Handelns, und dies als Rechtsträger, nicht nur als Begünstigter oder Objekt staatlichen Handelns.» REGINA KIENER betont in ihrem Beitrag denn auch die grund- und menschenrechtliche Bedeutung des Rechts auf einen effektiven Rechtsschutz: «Die Achtung und der Schutz der Grund- und Menschenrechte können nur bei gleichzeitiger Verfügbarkeit von Justizverfahren garantiert werden.» Gleichzeitig weist sie darauf hin, dass der Zugang zum Recht die häufig erforderliche Konkretisierung der meist sehr offen und allgemein formulierten Grund- und Menschenrechte erst ermöglicht und faktisch wahrnimmt.

Unsere Erfahrung zeigt, dass es bei den Schwierigkeiten, die Bürgerinnen und Bürger beim Zugang zum Recht erfahren, in aller Regel auch um strukturelle und institutionelle Hürden geht, selten ausschliesslich um Probleme mit einzelnen Vertreterinnen und Vertretern der Verwaltung oder Behörden. Natürlich können Mitarbeitende individuell geschickter oder weniger professionell, verständnisvoller oder buchstabengetreu, hilfsbereiter oder weniger geduldig, freundlicher oder weniger empathisch auftreten und handeln. Und die jeweilige Vorgehensweise zeigt bei den Betroffenen im positiven wie im negativen Falle entsprechende Wirkung. Aber die nicht oder nur sehr schwer zu überwindenden Schranken beim Zugang zum Recht liegen nicht selten woanders: in den rechtlichen Voraussetzungen, die die Verfahrensabläufe bestimmen, in den schwer verständlichen und wenig transparenten administrativen Vorgängen, in den teils bürokratischen und technokratischen Abläufen.

Die zur Verbesserung des Zugangs zum Recht erforderliche Stärkung der faktischen Möglichkeiten, Rechte gerichtlich und in formellen Rechtsverfahren durchzusetzen, schliesst nicht aus, auch aussergerichtliche Beschwerdemöglichkeiten zu schaffen – beispielsweise Schlichtungsstellen und parlamentarische Ombudsstellen –, aber auch Menschenrechtsinstitutionen, NGO und Beratungsstellen zu fördern und zu unterstützen, die ihrerseits Bürgerinnen und Bürger begleiten und ihnen zur Seite stehen bei der Wahrnehmung ihrer Rechte. Aus unserer Sicht gibt es kein Entweder-oder, und es darf auch keine Konkurrenz geben zwischen den einzelnen Instrumenten und Vorgehensweisen. Stets gilt es, die Bedürfnisse der Betroffenen zu respektieren und nach der grössten Wirksamkeit des Handelns zu fragen.

2. Zugang zum Recht als Mittel zur Friedensförderung

Wir ordnen zunächst den Anspruch auf Rechtsschutz der Durchsetzung der verschiedenen Rechtsansprüche zu und anerkennen seine grosse Bedeutung für die Bestimmung des tatsächlichen Verhältnisses von Recht und Wirklichkeit. Dabei gehen wir, meist unausgesprochen, von einer etablierten Rechtsordnung innerhalb eines gefestigten Rechtsstaates in Friedenszeiten aus. Und: Wir den-

ken dabei selten in internationalen, völkerrechtlichen Dimensionen. Dies greift jedoch zu kurz, denn das Thema ist auch in einem weiteren Rahmen von Relevanz: Der Zugang zum Recht kann als wesentliches Instrument zur Friedensförderung dienen. NORA REFAEIL hebt in ihrem Artikel diesen wichtigen Aspekt hervor, wenn sie darauf hinweist, dass Gewalt und Konflikte immer auch mit dem Kollaps des Rechtssystems einhergehen und daher die Etablierung von Rechtsstaatlichkeit unter Einbezug des Zugangs zum Recht einen wesentlichen Bestandteil der Friedensförderung darstellt. Ihre Folgerung: «Es gibt keinen Zugang zur Justiz, wenn nicht die Rechtsstaatlichkeit wieder hergestellt ist. Entscheidend ist, dass das staatliche System transformiert wird, dass legitime Institutionen bestehen und wichtige Prinzipien der Demokratie wie Transparenz, Beteiligung im Prozess und Rechenschaftspflicht eingehalten werden.» Im Rahmen der Friedensförderung sei die Schaffung von Zugang zur Justiz sowohl das Resultat eines langen Prozesses als auch die Initialzündung für diesen Prozess. «Es ist ein Schwellenwert, an dem gemessen werden kann, wie erfolgreich der Rechtsstaat geschaffen wurde.»

3. Harte und weiche Faktoren

«Zugang zum Recht» spricht rechtliche Fragen an, gewiss. Aber nicht nur: Die Thematik ist weit vielschichtiger. Soziale Realität und Wirklichkeit spielen stets eine Rolle, aber auch die persönliche Befindlichkeit der Menschen, der Umgang mit dem erfahrenen Unrecht und der erlebten Benachteiligung, der Verweigerung des Zugangs zum Recht. Und: Wer kann es sich leisten, Rechtsansprüche geltend zu machen? Wer hat die finanziellen Mittel dazu, das erforderliche Wissen, den souveränen Umgang mit dem Rechtssystem, die Unabhängigkeit gegenüber Meinungsäußerungen von Kollegen, Vorgesetzten, Familienangehörigen?

Mit zu den häufigsten harten Faktoren, den objektiven Hinderungen und Barrieren gehören die regelmässig sehr lange Verfahrensdauer, die anfallenden Kosten, der oftmals offene Ausgang des Verfahrens und damit die schwierige Abschätzung des Prozessrisikos sowie die Beweisschwierigkeiten. Für Betroffene ist es oft enorm anspruchsvoll, überhaupt zu wissen, welche Rechte sie haben und wie sie diese durchsetzen können. Sie sind mit dem Prozessrecht und dem Umgang mit Gerichten generell nicht oder zu wenig vertraut. Darüber hinaus gibt es weiche Faktoren wie etwa Hemmungen, Scham, Ängste oder befürchtete negative Reaktionen aus dem beruflichen oder persönlichen Umfeld, die im Zusammenhang mit Diskriminierungsfällen häufig dazu führen, dass Betroffene nicht gerichtlich vorgehen wollen.

Aufschlussreich sind hier die Feststellungen von CHRISTIAN SCHWARZENEGGER und RAHEL OTT in ihren Untersuchungen zu Wirkung und Praxis von polizeilichen und strafrechtlichen Massnahmen gegen häusliche Gewalt. Während die befragten Opfer das Verhalten der Polizei bei der Intervention unmittelbar

nach dem Gewaltvorfall überwiegend positiv beurteilen und mit den von der Polizei ergriffenen Schutzmassnahmen zufrieden sind, sieht es beim zivil- und strafrechtlichen Verfahren anders aus: Opfer wählen selten den gerichtlichen Weg und sind, falls doch, später häufig bereit, eine Erklärung abzugeben, in der sie ihr «Desinteresse an einer Bestrafung des Täters» mitteilen, was die Einstellung des Strafverfahrens ermöglicht. Die Erfahrungen aus der Arbeit mit Opfern von häuslicher Gewalt legen nahe, dass auch hier die oben genannten harten und weichen Faktoren eine wesentliche Rolle spielen, also namentlich das Prozessrisiko und die finanziellen Kosten, aber auch Scham und Angst sowie die Rücksichtnahme auf die Kinder oder die noch bestehende Beziehung zum Täter. Autor und Autorin ziehen in ihrem Artikel das Fazit, dass in Ergänzung zu den gut funktionierenden kurzfristigen polizeilichen Sofortmassnahmen ein gesetzlicher Handlungsbedarf besteht: «Die Befragung der Opfer zeigt jedenfalls, dass in einer beträchtlichen Anzahl an Fällen ein mittelfristiger Schutz aufrechterhalten werden muss, der nur durch eine bessere Verzahnung und Koordination der verschiedenen rechtlichen Instrumente erzielt werden kann.»

Vertiefte Erkenntnisse zu den Hemmschwellen und Barrieren bei der gerichtlichen Durchsetzung von Rechtsansprüchen in Diskriminierungsfällen bietet der Synthesebericht zur SKMR-Studie «Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen» (2015). Die Studie untersucht, wieweit die Rechtsnormen in der Schweiz zum Schutz vor Diskriminierung wegen des Geschlechts, der Geschlechtsidentität und der Geschlechtsorientierung, wegen Behinderung, «Rasse» und ethnischer Herkunft sich in der Praxis bewähren und durchgesetzt werden können. Der Bericht fasst die Ergebnisse der Analyse zur Gerichtspraxis sowie die Resultate aus Befragungen von Beratungsstellen, Anwältinnen und Anwälten und Schlichtungsstellen zusammen. Der Co-Autor des Syntheseberichts, RETO LOCHER, stellt in seinem Beitrag die Resultate und Empfehlungen der bisher ausserhalb der Fachkreise viel zu wenig beachteten Forschungsarbeit vor. Es ist zu wünschen, dass es künftig gelingt, die Diskussion der Frage, wie die rechtliche Durchsetzung eines effektiven Diskriminierungsschutzes in der Schweiz wirksam verbessert werden kann, stärker in die Politik und breite Öffentlichkeit zu bringen. Damit könnte eine ernsthafte Debatte über notwendige und nachhaltige Gleichstellungsmassnahmen lanciert werden.

Die UNO-Behindertenrechtskonvention (Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13.12.2006), die die Schweiz als 144. Staat erst im Frühling 2014 ratifiziert hat, enthält eine Besonderheit: Als einzige UNO-Konvention berücksichtigt sie den Zugang zum Recht beziehungsweise zur Justiz mit einem eigenen Artikel. Artikel 13 verpflichtet nämlich die Vertragsstaaten, Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen einen wirksamen Zugang zur Justiz zu gewährleisten und ihnen unter anderem durch verfahrensbezogene und altersgemässe Vorkehrungen ihre unmittelbare und mittelbare Teilnahme an allen Gerichtsverfahren zu

erleichtern. Zu diesem Zweck haben die Vertragsstaaten geeignete Schulungen für die in der Justiz tätigen Personen, einschliesslich des Personals von Polizei und Strafvollzug zu fördern. Und trotzdem besteht nach wie vor eine eklatante Diskrepanz zwischen, einerseits, dem im Behindertenrecht klar und detailliert geregelten Rechtsanspruch und, andererseits, der Möglichkeit der Menschen mit Behinderungen und ihren Organisationen, ihre Rechte im Alltag durchzusetzen, wie CAROLINE HESS-KLEIN betont. Sie weist darauf hin, dass die systematische Berücksichtigung der Rechte von Menschen mit Behinderungen in den Gesetzgebungsverfahren bei uns bis heute zu kurz kommt.

BEATE RUDOLF nennt in ihrem Essay drei subjektive Voraussetzungen für die Durchsetzung von Rechtsansprüchen:

- a) Das *Rechtsbewusstsein*: Das Bewusstsein und damit die Erwartung, dass das Recht auch angewandt wird. Dies setzt gute Erfahrungen mit dem Zugang zum Recht voraus. Rechtssoziologische Studien beispielsweise zur Durchsetzung des Anspruchs auf Lohngleichheit zeigen, dass viele Frauen darauf verzichten, sich für ihren verfassungsmässigen Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit auf Rechtsverfahren einzulassen. Sie erklären, seit früher Kindheit erlebt zu haben und zu wissen, dass in der Wirklichkeit Frauen gesellschaftlich und namentlich am Arbeitsplatz benachteiligt werden. Der Aufwand, sich für einen gerechten Lohn einzusetzen und zu kämpfen, sei zu gross und der Ausgang der Bemühungen in aller Regel zu ungewiss.
- b) Die *Rechtskenntnisse*: Das Wissen, was einem zusteht. Diese Voraussetzung stellt eine hohe Hürde dar und ist für die meisten Menschen sehr anspruchsvoll. Einschlägige Rechts- und Gesetzeskenntnisse, Vertrautheit mit Verwaltung und Justiz fehlen in aller Regel. Distanz und fehlendes Zugehörigkeitsgefühl sind die Folge.
- c) Das *Anspruchswissen*: Das Wissen, dass man seine Rechte auch tatsächlich einfordern kann. Dazu ist ein gewisses Mass an Autonomie und Selbstbewusstsein erforderlich. Wir erleben auf der Ombudsstelle aber häufig, dass bei Klientinnen und Klienten die Angst vor Stigmatisierung, die Furcht, für seinen Einsatz «bestraft» zu werden, gross ist. Besonders oft und intensiv begegnen uns diese Befürchtungen bei erlebten Diskriminierungen und Menschenrechtsverletzungen.

4. Besonders betroffen: Kinder und Jugendliche

Einen besonders schwierigen, häufig verwehrten Zugang zum Recht haben Kinder und Jugendliche, also Menschen vor dem Erreichen der Volljährigkeit mit 18 Jahren. Dass sie eigene Rechtsträger sind und sein können, dass ihnen neben Schutzbestimmungen auch Förderrechte und Teilhaberechte zustehen, ist eine relativ neue Erkenntnis und erstmals völkerrechtlich mit der UN-Kinderrechts-

konvention (Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989) verankert. Die Schweiz hat das Übereinkommen 1997 ratifiziert. In unserem Zusammenhang steht Artikel 12 im Vordergrund, der als Teilhaberechte das Recht auf Meinungsäusserung und Gehör gewährt in allen Fragen, die Kinder persönlich betreffen, namentlich in Gerichts- und Verwaltungsverfahren. In der Praxis sind wir aber noch weit entfernt, diesen Anspruch in den unterschiedlichen Rechtsgebieten und -verfahren selbstverständlich umzusetzen und zu leben. So ist einerseits im Scheidungsverfahren die Anhörung der Kinder in den letzten zehn Jahren deutlich verbessert worden. Andererseits gibt es viele Rechtsverfahren und Entscheide, von denen Kinder und Jugendliche zwar direkt betroffen sind, in denen sie aber nur mangelhaft oder gar nicht angehört werden. Wir denken hier unter anderem an die Sozialhilfe. Ein Drittel der Betroffenen sind Kinder und Jugendliche. Wenn Leistungen der Familie gekürzt werden, sind Kinder davon direkt betroffen. Aber in den meisten Fällen kennen die Sozialarbeitenden die Kinder ihrer Klientel nicht persönlich. Für sie bleiben ausschliesslich die Eltern die regelmässigen Ansprechpersonen für die Familie. Ein anderes Beispiel: Fachpersonen und Hilfswerke beklagen, dass Kinder und Jugendliche im asyl- und ausländerrechtlichen Verfahren nur in Einzelfällen persönlich befragt und angehört werden. So hat denn auch der UNO-Kinderrechtsausschusses im Februar 2015 die Empfehlung an die Schweiz formuliert, ihre Bemühungen zu intensivieren, damit das Recht auf Anhörung in allen das Kind betreffenden Gerichts- und Verwaltungsverfahren angewendet und der Meinung des Kindes genügend Rechnung getragen wird.

Selbst dort, wo Kinder und Jugendliche in Verfahren angehört werden, ihre Meinung eingeholt und ihnen ihr rechtliches Gehör gewährt wird, müssen verschiedene Rahmenbedingungen beachtet werden, damit das Ziel, eine ernsthafte Beteiligung der Kinder, auch erreicht werden kann. HEIDI SIMONI befasst sich damit in ihrem Beitrag und kommt zum Schluss: «Wenn es um die Wahrnehmung von Rechten durch die Kinder selbst geht, sind zwei Aspekte besonders wichtig: Zum einen sollten die Kinder möglichst früh und umfassend über ihre Rechte Bescheid wissen. Zum anderen ist zentral, dass und wie sie insbesondere ihre Partizipationsrechte wahrnehmen können. Für beides, die grundsätzliche Information und die Rahmenbedingungen ihrer Beteiligung, sind die Erwachsenen verantwortlich.»

5. Zwischenfazit

Nehmen wir die objektiven und subjektiven Hinderungsgründe, an sich bestehende Rechte wahrzunehmen, ernst, führt uns dies unweigerlich zur folgenden Konsequenz: Der erschwerte oder gar verwehrte Zugang zum Recht kann für die Betroffenen bedeuten, sich gesellschaftlich an den Rand verwiesen, sich ausgeschlossen zu fühlen. Die Durchsetzung des Rechts gilt für die «Anderen», nicht

für einen selbst. CARLO KNÖPFEL weist in seinem Kommentar auf die bedeutende Rolle des Rechts für die gesellschaftliche Teilhabe und Partizipation hin und konkretisiert dies: «So gesehen ist der Zugang zum Recht eine zentrale Form der gesellschaftlichen Teilhabe. Er steht damit auf der gleichen Stufe wie der Zugang zur Gesundheit, zur Bildung und zum Arbeitsmarkt. Mit guten Gründen könnte man sogar behaupten, dass der Zugang zum Recht noch grundlegender als die anderen Formen der gesellschaftlichen Teilhabe ist. Denn ohne diesen Zugang zum Recht ist auch der Zugang zu den anderen Dimensionen der gesellschaftlichen Partizipation gefährdet.»

6. Aufgabe und Rolle der parlamentarischen Ombudsstellen

Mehrere Autorinnen und Autoren – REGINA KIENER, RETO LOCHER und NORA REFAEL – weisen in ihren Beiträgen auf die spezifische Aufgabe und Rolle der Ombudsstellen bei der Durchsetzung des Zugangs zum Recht hin. Im Zentrum steht für parlamentarische Ombudsstellen die Idee, zu den bestehenden, rechtsstaatlich garantierten Einsprache- und Beschwerdemöglichkeiten ein niederschwelliges, möglichst barrierefreies und sämtlichen Kreisen der Bevölkerung zugängliches Instrument zu schaffen, an das sie sich bei Problemen, Unklarheiten und Missverständnissen im Umgang mit der Verwaltung oder einer staatlichen Behörde wenden können. Das gilt ebenso für das Bedürfnis nach Beratung und Vermittlung wie auch für die Einreichung einer Beschwerde. Das Ombudsverfahren ist eines von verschiedenen Verfahren, mit welchem Betroffene zu ihrem Recht gelangen können. Dabei geht es nicht primär darum, in erster Linie möglichst viele Gerichtsfälle zu verhindern. Vielmehr gibt es häufig Situationen, in denen Vermittlung oder Beschwerdeprüfung wirksamer und schneller sind als ein Gerichtsverfahren. Das Ombudsverfahren kann zudem oftmals die Bedürfnisse der Ratsuchenden besser berücksichtigen als ein formelles Verfahren. In anderen Fällen kann es aber sehr wichtig sein für eine betroffene Person, den Gang vor Gericht zu wählen und im besten Fall von einer Einspracheinstanz Recht zu erhalten. Darum braucht es im Rechtsstaat sowohl Ombudsstellen als auch formalisierte Verfahren. Parlamentarische Ombudsstellen verstehen sich daher als ergänzende Verfahren zu sämtlichen anderen bestehenden Beschwerde- und Rekursmöglichkeiten, niemals als deren Ersatz. Dies ist in der Beratung stets mitzubedenken und anzusprechen. Ombudsstellen stehen im Dienste der Durchsetzung von Recht und Billigkeit staatlichen Handelns, der für Bürgerinnen und Bürger leicht zugänglichen und nachvollziehbaren Wahrnehmung ihrer Rechte sowie der Förderung einer guten Verwaltungsführung.

Bei der Ombudsarbeit geht es selten um Fragen des Zugangs zur eigentlichen Gerichtsbarkeit, sondern um den Zugang zum Recht generell. Also darum, überhaupt einen anfechtbaren Entscheid zu bewirken, oder um die Frage, wie eine Einsprache oder eine Beschwerde erhoben werden kann. Wir bewegen uns

oft im sehr niederschweligen Bereich des Rechts. Die Ombudsstelle kümmert sich aber nicht nur darum, dass Bürgerinnen und Bürger ihre individuellen Rechte durchsetzen können. Sie verfolgt zusätzlich weitere Ziele. Beispielsweise interessiert sie sich für strukturelle Verbesserungsmöglichkeiten, aber auch für eine Verbesserung der gesetzlichen Grundlagen, soweit dies geboten ist.

Das sehr flexible, auf den Einzelfall ausrichtbare Verfahren der Ombudsstelle kann Wesentliches zu einer angemessenen Fallbearbeitung beitragen. Gerade bei erfahrenen Diskriminierungen wird von den Betroffenen das Vermittlungsgespräch auf der Ombudsstelle mit der Vertretung der zuständigen Verwaltung einem schriftlichen Beschwerdeverfahren oder gar einem gerichtlichen Verfahren vielfach vorgezogen.

Parlamentarische Ombudsstellen arbeiten vertraulich und unterstehen der Geheimhaltungspflicht. Dies ist für das Vertrauen, das ihnen viele Klientinnen und Klienten entgegenbringen, entscheidend – aber auch Voraussetzung dafür, dass der Kontakt zur Ombudsperson überhaupt gesucht wird. Gleichwohl hat die Ombudsstelle Möglichkeiten, ihre Zielsetzung über die Behandlung der Einzelfälle hinaus aktiv zu verfolgen. So kann sie das Gespräch mit den Verantwortlichen in der Verwaltung suchen und ihre Erfahrungen in einer generalisierten Analyse der Problemstellungen weitergeben. Ihr Jahresbericht gibt ihr zudem die Gelegenheit, in anonymisierten Fallbeispielen Themen aufzunehmen und diese in einer grundlegenden juristischen und rechtspolitischen Weise zu bearbeiten. Auch die regelmässigen Aussprachen mit den für die Ombudsstelle zuständigen parlamentarischen Kommissionen bieten sich für eine wirkungsvolle Thematisierung an. Ihre Empfehlungen müssen nicht ausschliesslich den Einzelfall betreffen, sie können eine grundsätzliche Verbesserung der Verwaltungsführung und auch erwünschte gesetzliche Massnahmen beinhalten. Und schliesslich: Ombudsstellen arbeiten zwar vertraulich und suchen das mediale Rampenlicht nicht. Aber sie sollen die Kontakte zu Beratungsstellen, Anlaufstellen und NGO pflegen. Denn eine Ombudsstelle, die man nicht kennt und zu der die Bevölkerung kein Vertrauen hat, bleibt wirkungslos.

Das Recht auf effektiven Rechtsschutz

REGINA KIENER

Inhaltsübersicht

1. Ausgangslage: Kein Recht ohne Rechtsschutz	23
2. Rechtliche Absicherung	25
3. ... und die Realität	26
4. Staatliche Pflichten	29
a) Achtungspflichten	29
b) Schutzpflichten	30
c) Gewährleistungspflichten	30
d) Umfassende Verwirklichung	31
5. Die Rolle von Ombudsstellen und anderen nicht-gerichtlichen Akteuren	33

1. Ausgangslage: Kein Recht ohne Rechtsschutz

Amerika war noch nicht entdeckt, als im Jahr 1477 in Luzern ein Eidbuch erstellt wurde, also das Buch der zu verwendenden Eidesformeln. Demnach mussten der Schultheiss, die Ratsrichter und Gerichtsweibel beim Entscheid über Streitigkeiten schwören, den «armen und reichen sowie den reichen und armen» ein allgemeiner Richter zu sein.¹ Im Jahr 1887 entschied das Bundesgericht in der Strafsache von Courten, der Grundsatz der Rechtsgleichheit fordere gewiss, dass «dem armen Angeklagten die gleichen Garantien richtiger Rechtsprechung gewählt [sic] werden, wie dem Begüterten».² Weltweit tragen Gerichtsgebäude die Botschaft, dass jeder Mensch ein gleiches Recht auf den gerichtlichen Schutz seiner Rechte hat – am Amerikanischen Höchstgericht zum Beispiel ist es die Formel «Equal Justice Under Law». Schon lange gilt also: Jeder Mensch hat Anspruch auf Rechtsschutz, und in ihrem Anspruch auf Rechtsschutz sind alle Menschen gleich.

Das Recht auf Rechtsschutz ist eines der zentralsten Rechte, die einem Menschen zukommen. Denn individuelle Rechte bleiben allesamt inhaltsleer und

1 CORNELIA JOZIC, Zugang zum Recht für Arme, Eine rechtshistorische Studie zur Entwicklung des Instituts der unentgeltlichen Rechtspflege im Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung des Luzerner Prozessrechts vom Spätmittelalter bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts, Diss. Zürich 2014, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 29, m.w.H.

2 BGE 13 I 251 E. 3.

ohne Wirkung, wenn sie nicht angerufen und durchgesetzt werden können: Was nützt die grundrechtliche Verbürgung menschlicher Integrität, wenn sich die Betroffenen gegen Integritätsverletzungen nicht wehren können? Was bleibt von der Deklaration menschlicher Freiheit und Gleichheit, wenn niemand da ist, um diese Rechte zu schützen? Oder, konkreter: Was hilft es arbeitenden Sans-Papiers, also Menschen ohne geregelten Aufenthaltsstatus, wenn sie zwar einen Anspruch auf angemessenen Lohn und faire Arbeitsbedingungen haben, diesen Anspruch faktisch aber nicht durchsetzen können, weil sie im Gerichtsverfahren neben ihrer Identität auch ihren Aufenthaltsstatus offenlegen müssen und damit Gefahr laufen, ausgewiesen zu werden?³

Auf diesen Zusammenhang von Rechten und Rechtsschutz hat früh schon der englische Jurist WILLIAM BLACKSTONE hingewiesen. Seine Untersuchungen zu den Rechtsquellen des englischen Rechts führten ihn 1768 zur folgenden Erkenntnis: «Es ist eine allgemeine und unbestrittene Regel, dass, wo es ein Recht gibt, zwangsläufig auch Rechtsschutz besteht, sobald dieses Recht beeinträchtigt ist».⁴ Auf diese Passage berief sich gut dreissig Jahre später, im Jahr 1803, das Amerikanische Höchstgericht in einem seiner berühmtesten Urteile überhaupt. Es ist der Entscheid «Marbury gegen Madison», mit dem das Konzept der Verfassungsgerichtsbarkeit begründet wurde: «Der Kern der Freiheitsrechte liegt im Recht jedes Einzelnen, den Schutz dieser Rechte zu verlangen; eine der ersten Pflichten des Staates ist es, diesen Schutz zu bieten».⁵ Der Zugang zur Justiz ist also eine entscheidende Voraussetzung dafür, dass der Einzelne seine Rechte wirksam wahrnehmen kann: Keine Rechte ohne Rechtsschutz. Das Recht auf Rechtsschutz hat aber auch andere Funktionen, die vielleicht nicht so unmittelbar auf der Hand liegen.

Wesentlich ist das, was ich als die Integrationsfunktion des Rechts auf Rechtsschutz bezeichnen möchte. Das Wissen darum, bei möglichen Rechtsverletzungen auf das Bestehen von Rechtsschutz vertrauen zu können, trägt wesentlich zur Integration des Einzelnen in die Gemeinschaft bei.⁶ Nehmen wir nochmals die Sans-Papiers als Beispiel: Wer um seine Rechte weiss und die

3 Vgl. REGINA KIENER/GABRIELA MEDICI, Die Arbeitssituation von Sans-Papiers in der Schweiz, Grundrechtliche und menschenrechtliche Aspekte, ZSR 2014 I S. 133 ff., S. 146 f.

4 WILLIAM BLACKSTONE, Commentaries on the Laws of England in Four Books, 3. Volume: Of the Private Wrongs, 1765–1769, S. 23. Im Original lautet die Passage wie folgt: «... it is a general and indisputable rule, that where there is a legal right, there is also a legal remedy by suit, or action at law, whenever that right is invaded».

5 Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803), S. 163. Im Original ist die Aussage wie folgt formuliert: «The very essence of civil liberty certainly consists in the right of every individual to claim the protection of the laws, whenever he receives an injury. One of the first duties of government is to afford that protection».

6 Vgl. Report of the UN Secretary-General, Legal Empowerment of the poor and eradication of poverty, UN Doc A/64/133, Rz. 6.

Möglichkeiten ihrer Durchsetzung kennt, kann sich aus Abhängigkeiten lösen, Verantwortung tragen, am Wirtschaftsverkehr teilnehmen – und erhöht so die Chance, ein selbstbestimmtes Leben zu führen. Das Recht auf wirksamen Zugang zum Rechtsschutz erweist sich damit als notwendige Voraussetzung für die Eingliederung des Einzelnen in die Gemeinschaft und für seine Anerkennung als deren gleichberechtigtes Mitglied.

Nicht zuletzt erfüllt der Rechtsschutz auch wichtige Aufgaben bei der Verwirklichung des Rechts. Gerade die Menschenrechte sind in der Regel sehr offen, fast stichwortartig formuliert. Damit Bestimmungen wie zum Beispiel Art. 10 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV) – «Jeder Mensch hat das Recht auf persönliche Freiheit» – Inhalt und Substanz gewinnen und in der Rechtsgemeinschaft Wirkung entfalten, ist zweierlei erforderlich: Ein Kläger – und eine RichterIn. Ist niemand vorhanden, der eine (Grund-)Rechtsverletzung einklagt, kann der Richter den Gehalt der eingeklagten Norm auch nicht verdeutlichen. Nochmals das Beispiel der Arbeitsrechte von papierlosen Migrantinnen und Migranten: Sind Sans-Papiers faktisch vom Rechtsschutz ausgeschlossen, unterbleibt auch die richterliche Prüfung der Frage, welche Tragweite die Arbeitsrechte allgemein für Personen mit prekärem Aufenthaltsstatus haben.⁷ Rechtsstaatlich mindestens so bedeutsam ist aber der Umstand, dass diejenigen Personen, welche für die Verletzung der Arbeitsrechte verantwortlich sind (zum Beispiel private Arbeitgeber), nicht zur Verantwortung gezogen werden – was letztlich die Autorität und Geltung des Rechts in Frage stellt.

2. Rechtliche Absicherung ...

Seit langem ist also anerkannt, dass ein demokratischer Rechtsstaat wesentlich auch durch seine Rechtsschutzeinrichtungen getragen wird, die jedem Rechtssuchenden die rechtsgleiche und wirksame Wahrnehmung und Durchsetzung seiner Rechte ermöglicht – sei es gegenüber dem Staat selber, sei es gegenüber Privaten.⁸ Dieser Zusammenhang zeigt sich besonders deutlich an der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK): Ihre faktische Wirksamkeit hängt wesentlich vom Umstand ab, dass mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) ein Durchsetzungsorgan geschaffen wurde. Wer eine Konventionsverletzung rügt, kann den Gerichtshof anrufen; dessen Urteil ist recht-

7 Report of the UN Special Rapporteur on extreme poverty and human rights, UN Doc A/67/278, Rz. 31 f.

8 So schon REGINALD HEBER SMITH, *Justice and the Poor: A Study of the Present Denial of Justice to the Poor and of the Agencies Making More Equal Their Position Before the Law, with Particular Reference to Legal Aid Work in the United States*, New York 1919, *passim*.

lich verbindlich, so dass der betreffende Staat dieses respektieren und – im Fall der Feststellung einer Konventionsverletzung – innerstaatlich umsetzen muss.

Unbestritten ist auch, dass die Achtung und der Schutz der Grund- und Menschenrechte nur bei gleichzeitiger Verfügbarkeit von Justizverfahren garantiert werden kann. Es erstaunt deshalb nicht, dass das Recht auf wirksamen Rechtsschutz im Rahmen des internationalen und des regionalen Menschenrechtsschutzes breit anerkannt ist. Dazu nur einige Stichworte: Schon das Grunddokument des Menschenrechtsschutzes, die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR) aus dem Jahr 1948, verankert in Art. 8 AEMR das Recht auf wirksamen Rechtsschutz bei Grundrechtsverletzungen. Diese allgemeine Deklaration wurde in der Folge durch zahlreiche Menschenrechtsverträge verbindlich gemacht, so insbesondere durch den UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte (Art. 2 Abs. 3 bzw. 14 UNO-Pakt II). Auch internationale Konventionen, die spezifisch dem Schutz besonders verletzlicher Personen gewidmet sind, enthalten einen Anspruch auf Justizzugang, allen voran die Behindertenrechtskonvention (UNO-BRK). Sie verlangt von den Vertragsstaaten ausdrücklich, dass Menschen mit einer Behinderung ein wirksamer Zugang zur Justiz gewährleistet ist (Art. 13 UNO-BRK). Auf der Ebene des regionalen Menschenrechtsschutzes garantieren die Europäische Menschenrechtskonvention (Art. 13 bzw. 6 EMRK) sowie die afrikanische (Art. 7 Abs. 1 Bst. a AfrMRK) und die amerikanische Menschenrechtskonvention (Art. 25 bzw. 8 AMRK) ein Recht auf wirksamen Rechtsschutz.

Aufgrund ihrer Differenziertheit und ihrer direkten Durchsetzbarkeit besonders wichtig sind die Rechtsschutzgarantien in den nationalen Verfassungen. Es findet sich weltweit kaum eine Staatsverfassung, die dem Einzelnen nicht das Grundrecht auf ein faires Verfahren vor einer unabhängigen Justizbehörde garantieren würde. Die Bundesverfassung gewährleistet dem Einzelnen bei allen Rechtsstreitigkeiten ein Recht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz (Art. 29a BV) und auf gleiche und gerechte Behandlung vor Justizbehörden (Art. 29 Abs. 1 BV). Darüber hinaus erleichtert sie den Zugang zum Recht durch den Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltlichen Rechtsbeistand (Art. 29 Abs. 3 BV).

Wichtig ist der Hinweis, dass die entsprechenden Garantien des Völkerrechts und des nationalen Verfassungsrechts jeweils als Menschenrechte ausgestaltet sind. Sie stehen deshalb jedem Menschen unbesehen seiner Nationalität oder seines Aufenthaltsstatus zu.

3. ... und die Realität

In der Lebensrealität vieler Menschen ist das – verfassungsrechtlich und menschenrechtlich garantierte – Recht auf Zugang zum Rechtsschutz eine Utopie geblieben. Schätzungen der Vereinten Nationen zufolge haben weltweit meh-

rere Milliarden Menschen keinen Zugang zur Justiz, zumeist weil sie arm sind.⁹ Aus dieser Perspektive bedeutet Armut auch Verwundbarkeit im Recht. Umgekehrt ist anerkannt, dass der fehlende Zugang zur Justiz eine der Ursachen von Armut ist.¹⁰

Laut Berichten der UNO sind jene Personen mit besonderen Hindernissen beim Rechtsschutz konfrontiert, die unter struktureller Diskriminierung und entsprechenden Ausgrenzungen leiden.¹¹ Dazu gehören Menschen mit Behinderungen, Angehörige ethnischer Minderheiten, Menschen mit nicht sesshafter Lebensweise oder Asylsuchende, aber beispielsweise auch Strafgefangene. Innerhalb dieser Gruppen sind Frauen besonders gefährdet, bei Rechtsverletzungen ohne Schutz zu bleiben. Generell laufen die Betroffenen nicht nur erhöhte Gefahr, Opfer von Rechtsverletzungen und Ausbeutung zu werden. Sie sind auch in der Möglichkeit beschränkt, rechtsgleichen Zugang zu Rechtsschutzeinrichtungen zu finden, ihre rechtlichen Anliegen überhaupt zu formulieren und sich gegen Übergriffe in ihre Rechtsstellung erfolgreich zur Wehr zu setzen.¹²

Damit ist der Justizzugang vielen Menschen verwehrt, trotz aller Garantien auf wirksamen Rechtsschutz. Um Gegenmassnahmen ergreifen zu können, müssen zunächst die genaueren Ursachen für den Ausschluss vom Rechtsschutz evaluiert werden. Studien der UNO und der Europäischen Union zeigen, dass die Ursachen fehlenden Justizzugangs in der Person der Betroffenen liegen, aber auch institutioneller Natur sein können.¹³ Als personenbezogene Gründe genannt werden unter anderem fehlende finanzielle Mittel, Analphabetismus (oder doch die Schwierigkeit, Texte lesen und verstehen zu können), fehlende Kenntnis der offiziellen Gerichtssprache, Nichtwissen um die eigenen Rechte und um bestehende Rechtsmittelmöglichkeiten, Illegalität des Aufenthalts, fehlende soziale Vernetzung und Organisation, die historische Erfahrung von Ausgrenzung und (oft damit einhergehend) das Misstrauen gegenüber den staatlichen Institutionen. Auch äussere, institutionelle Gründe können den Zugang zum Rechtsschutz erschweren oder sogar verhindern. Dazu zählen die Unzugänglichkeit von Rechtsnormen oder deren Komplexität, also der Umstand, dass das Recht nicht bekannt oder in einer Art und Weise formuliert ist, die nur

9 Legal Empowerment of the poor and eradication of poverty (Fn. 6), Rz. 4.

10 DAN BANIK, Legal Empowerment as a Conceptual and Operational Tool in Poverty Eradication, HJRL 2009 S. 117 ff., S. 119.

11 Extreme poverty and human rights (Fn. 7), Rz. 18.

12 Vgl. KIENER/MEDICI (Fn. 3), S. 146 f.

13 Zum Folgenden United Nations Development Programme (UNDP), Programming for Justice: Access for All, Bangkok 2005, S. 137 f., S. 157 ff.; Vgl. auch European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), Handbook on European law relating to access to justice, Luxemburg 2016; FRA, Access to justice in Europe: an overview of challenges and opportunities, Luxemburg 2011.

Fachpersonen zugänglich ist (deren Dienste wiederum bezahlt werden müssen). Der physische Zugang zu Rechtsschutzeinrichtungen kann aus geografischen Gründen schwierig sein: In manchen Staaten sind die Gerichtsgebäude so weit entfernt, dass sie nur nach einer langen und kostspieligen Reise erreicht werden können. Aber auch nahe gelegene Justizgebäude können unzugänglich sein, etwa wenn bauliche Schranken dazu führen, dass der Gerichtssaal für mobilitätsbehinderte Menschen verschlossen bleibt. Abschreckend kann auch die fehlende Vollstreckung von Urteilen wirken, ebenso wie die in zahlreichen Staaten verbreitete Korruption innerhalb der Justiz. Warum die persönlichen und finanziellen Lasten eines Justizverfahrens auf sich nehmen, wenn das Urteil nicht durchgesetzt werden wird, oder der Ausgang des Verfahrens aufgrund der Mitwirkung korrupter Richter ohnehin klar ist?

Die Problematik des faktisch fehlenden Zugangs zur Justiz betrifft in besonderem Mass Menschen in Entwicklungsländern, ist aber nicht auf sie beschränkt. Armut, Diskriminierung und Ausgrenzung sind globale Phänomene und sie betreffen auch Industriestaaten. «Equal Justice Under Law» lautet denn nicht nur die Inschrift am US-amerikanischen Höchstgericht, es ist auch der Name einer amerikanischen Menschenrechtsorganisation, die bedürftige Menschen in Rechtsfragen berät und in Justizverfahren unterstützt. Wohl verfügen die meisten Europaratsstaaten – und gerade auch die Schweiz – über hochstehende, am Grundsatz der Verfahrensfairness orientierte Justizsysteme. Gleichwohl ist es eine Tatsache, dass auch hier zahlreichen Menschen der Zugang zur Justiz erschwert ist. Auch in der Schweiz sind Menschen von Armut betroffen und erfahren entsprechende Ausgrenzungen. In vielen europäischen Staaten sind diskriminierende Polizeipraktiken bekannt; nicht alle Menschen werden anlässlich von Polizeikontrollen, beim Begehren um polizeilichen Schutz oder bei der Erstattung von Strafanzeigen mit der gebotenen Ernsthaftigkeit behandelt. In ganz Europa arbeiten papierlose Migrantinnen und Migranten unter prekären Arbeitsverhältnissen in Niedriglohnbranchen; ihre Arbeit ist oftmals geprägt durch Ausbeutung und fehlende soziale Absicherung. Vielerorts sind herabsetzende und ausbeuterische Praktiken so alltäglich geworden, dass sie kaum mehr als solche wahrgenommen werden. Diese Situation hat zur Folge, dass die Betroffenen auch in zentralsten Menschenrechten ohne rechtlichen Schutz bleiben, so etwa bei Diskriminierungen, bei sexuellem Missbrauch oder bei der Ausbeutung ihrer Arbeitsleistung.

Die Probleme, die sich beim Zugang zum Rechtsschutz stellen, sind keineswegs auf Armutsbetroffene oder Menschen beschränkt, die unter strukturellen Diskriminierungen leiden. So ist mittlerweile erwiesen, dass mit der Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) im Jahr 2011 der Zugang zum Gericht stark verteuert und damit erheblich erschwert wurde. Vor allem Klagen mit hohen Streitwerten, etwa Haftpflichtprozesse, sind für den Grossteil der Bevölkerung finanziell nicht mehr tragbar. Häufig scheitert die Einlei-

tung des Verfahrens schon an den hohen Kostenvorschüssen, welche die Zivilgerichte verlangen. Insgesamt wirken die hohen Verfahrenskosten für weite Kreise prohibitiv, gerade auch für Angehörige des Mittelstands, die keinen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung geltend machen können.¹⁴

4. Staatliche Pflichten

Beim Recht auf wirksamen Rechtsschutz klaffen Anspruch und Wirklichkeit auseinander – auch in der Schweiz. Weil die Garantie des Justizzugangs ein Grund- und Menschenrecht ist, hat aber jeder Mensch einen Rechtsanspruch auf Rechtsschutz. Entsprechend ist dem Staat die verbindliche Pflicht auferlegt, dem Einzelnen den Zugang zur Justiz zu gewährleisten. Nur – was heisst das? Welche konkreten Rechtsansprüche hat der Rechtsuchende, und welche konkreten Verpflichtungen kommen dem Staat zu? Zur Beantwortung dieser Fragen ist auf die allgemeine Grundrechtsdogmatik zurückzugreifen. Sie unterscheidet staatliche Achtungspflichten, Schutzpflichten und Gewährleistungspflichten.¹⁵

a) Achtungspflichten

Achtungspflichten auferlegen dem Staat die Pflicht, die Grundrechtsbetätigung des Einzelnen zu respektieren und ungerechtfertigte Eingriffe in das Grundrecht zu unterlassen. Ein offenkundig unzulässiger Eingriff in das Recht auf wirksamen Rechtsschutz würde vorliegen, wenn der Staat einen Menschen aktiv an der Anrufung der Justiz hindern würde, etwa durch Einschüchterungen oder Sanktionierungen, oder durch den generellen Ausschluss bestimmter Personen oder Personengruppen vom Rechtsschutz. Eine solche Verletzung hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Fall *Golder v. Vereinigtes Königreich* festgestellt: Einem Strafgefangenen, der eine Zivilklage gegen einen Gefängniswärter erheben wollte, war verboten worden, überhaupt Kontakt mit einem Anwalt aufzunehmen.¹⁶ Solche Fälle aktiver und schikanöser Behinderung des Rechts auf Rechtsschutz sind absolut verpönt.

Im Übrigen ist die Achtungspflicht nicht absolut. Einschränkungen des Rechts auf Justizzugang sind zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, einem legitimen öffentlichen Interesse dienen und verhältnismäs-

14 ISAAK MEIER/RICCARDA SCHINDLER, Unerschwinglichkeit der Rechtsdurchsetzung – eine Verweigerung des Zugangs zum Gericht?, in: Walter Fellmann/Stephan Weber (Hrsg.), HAVE-Haftpflichtprozess 2015, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 23.

15 Statt vieler: WALTER KÄLIN/JÖRG KÜNZLI, Universeller Menschenrechtsschutz, Der Schutz des Individuums auf globaler und regionaler Ebene, 3. Auflage, Basel 2013, S. 103 ff.

16 EGMR, *Golder v. Vereinigtes Königreich*, No. 4451/70, Urteil vom 21. Februar 1975, § 40.

sig sind, und das Recht nicht geradezu seiner Substanz berauben. So dienen Verfahrensvorschriften wie etwa Fristenregeln der Verfahrensbeschleunigung – sie sind deshalb zulässig, solange sie nicht mit übertriebener Strenge und damit überspitzt formalistisch gehandhabt werden.¹⁷ Auch die Pflicht zur Zahlung von Verfahrenskosten stellt einen Eingriff in das Recht auf Justizzugang dar. Solange sich die Kosten aber in einem vernünftigen Rahmen bewegen und nicht prohibitiv sind, dürfen sie erhoben werden, ohne das Recht auf Justizzugang zu verletzen.¹⁸

b) Schutzpflichten

Nebst Unterlassungspflichten erwachsen dem Staat auch grundrechtliche Schutzpflichten. Sie bestehen darin, dass der Staat dem Einzelnen Schutz und Beistand bieten muss, wenn der Justizzugang durch privaten Zwang verunmöglicht wird. Diese verfahrensrechtliche Schutzpflicht ist offensichtlich, wenn die Behörden aufgrund entsprechender Hinweise wissen oder doch wissen müssten, dass eine Privatperson deshalb vom Schutz ihrer Rechte absieht, weil sie durch einen Dritten dazu genötigt wurde. Die Gefahr von solchen privaten Interventionen im Zugang zum Rechtsschutz besteht erfahrungsgemäss im Bereich der Verfolgung häuslicher Gewalt.¹⁹ In diesem Bereich verpflichtet nicht nur das Verfassungsrecht die Behörden zum Tätigwerden, es bestehen auch völkerrechtliche Verpflichtungen: So hält die sogenannte Istanbul-Konvention des Europarats die Staaten ausdrücklich an, die erforderlichen Massnahmen zur justizförmigen Untersuchung und Bestrafung von häuslicher Gewalt zu treffen. Die Schweiz hat diese Konvention unterzeichnet, zurzeit aber noch nicht ratifiziert.²⁰

c) Gewährleistungspflichten

Schliesslich hält die Pflicht zur Gewährleistung den Staat dazu an, positive Massnahmen zu ergreifen, damit ein Grundrecht auch wirksam ausgeübt werden kann. Hier einige besonders wichtige Teilaspekte dieser Pflicht.

17 Statt anderer EGMR, *Poirot v. Frankreich*, No. 29938/07, Urteil vom 15. Dezember 2011, §§ 44 ff.

18 EGMR, *Ashingdane v. Vereinigtes Königreich*, No. 8225/78, Urteil vom 28. Mai 1985, § 57; Verletzung des Rechts auf Justizzugang in EGMR, *Stankov v. Bulgarien*, No. 68490/01, Urteil vom 12. Juli 2007, § 67.

19 Dazu der Beitrag von CHRISTIAN SCHWARZENEGGER/RAHEL OTT, in diesem Band S. 79 ff.

20 Siehe Art. 5 Abs. 2 und 18 ff. des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention, SEV-Nr. 210). Zum Ratifikationsverfahren in der Schweiz siehe Bericht des Bundesrates, BBl 2016 S. 7045 ff., S. 7058 sowie BBl 2017 S. 185 ff. Ständerat und Nationalrat haben die Ratifikation am 27. Februar 2017 bzw. am 31. Mai 2017 genehmigt.

In der Lebensrealität kann sich das Recht auf Rechtsschutz nur verwirklichen, wenn es überhaupt Justizbehörden und qualifiziertes Justizpersonal gibt. Weil zugleich ein Anspruch auf den gesetzlichen Richter besteht (Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK), sind die Staaten verpflichtet, Justizbehörden zu schaffen und ihre Aufgaben und Zuständigkeiten gesetzlich zu regeln. Das Vorliegen von Justizeinrichtungen und Verfahren allein genügt noch nicht für einen wirksamen Rechtsschutz. Das beste Justizsystem nützt nichts, wenn der Zugang an den Kosten scheitert. Das Recht auf wirksamen Rechtsschutz verlangt deshalb nach einem angemessenen System von unentgeltlicher Rechtspflege, wozu unter Umständen auch die unentgeltliche Beiordnung eines Anwalts oder einer Anwältin gehört. Entsprechende Garantien bestehen in der Schweiz ausdrücklich schon aufgrund der Verfassung, sie gelten zudem nach Massgabe der Europäischen Menschenrechtskonvention. Weiter kann die Wirksamkeit des Justizzugangs nach Übersetzungshilfen verlangen. Zumindest für Strafverfahren sehen sowohl die Bundesverfassung (Art. 31 Abs. 2 und 32 BV) wie auch die EMRK einen entsprechenden Anspruch vor (Art. 6 Ziff. 3 Bst. e EMRK). Darüber hinaus muss der Staat dafür sorgen, dass die angerufenen Justizbehörden ihren Entscheid binnen angemessener Frist treffen. Dieser Anspruch ist mit dem Verbot der Rechtsverzögerung auch als eigenständiger Grundrechtsanspruch garantiert (Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK). Bund und Kantone sind deshalb verpflichtet, ihre Justizbehörden entsprechend zu organisieren und auszustatten. Das Recht auf Justizzugang beinhaltet schliesslich auch die staatliche Verpflichtung, die Urteile von Justizbehörden innert vernünftiger Frist und von Amtes wegen zu vollstrecken.²¹

d) Umfassende Verwirklichung

Mit den staatlichen Unterlassungs-, Schutz- oder Gewährleistungspflichten ist die Thematik des wirksamen Justizzugangs noch nicht ausgeschöpft. Denn sowohl die Bundesverfassung (Art. 35 BV) als auch das Völkerrecht verpflichten den Staat zur umfassenden Verwirklichung der Grund- und Menschenrechte. Dies verlangt allenfalls nach zusätzlichen positiven Massnahmen. Es ist bislang kaum geklärt, ob diese Pflichten gerichtlich durchsetzbar sind, oder ob es sich überwiegend um programmatische, also schrittweise zu verwirklichende Pflichten handelt.

In einem ersten Schritt müsste der Staat die Justizordnung im Sinn eines systematischen Monitoring daraufhin untersuchen, ob der Zugang zur Justiz

21 Eingehend FRA 2016 (Fn. 13), S. 178 ff., mit zahlreichen Hinweisen auf die Praxis des EGMR und des UNO-Menschenrechtsausschusses.

tatsächlich sichergestellt ist,²² nicht nur, aber gerade auch für besonders verletzte Personengruppen wie beispielsweise Frauen und Kinder. Dass ein hoher Teil der Verfahren zur Verfolgung häuslicher Gewalt eingestellt werden, würde nahelegen, dass der Staat statistische Daten sammelt und entsprechende Forschungsprojekte fördert, um die Gründe für die hohen Einstellungsquoten zu eruieren – dazu verpflichtet ihn insbesondere auch Art. 11 der Istanbul-Konvention.²³ Von Justizverfahren betroffen sind jedes Jahr unzählige Kinder.²⁴ Sie stehen in Asylverfahren, werden Opfer von Straftaten oder sind durch die Trennung oder Scheidung ihrer Eltern belastet. Die besondere Verletzlichkeit von Kindern verlangt nach einer erhöhten Aufmerksamkeit des Staates bei der Ausgestaltung des Verfahrensrechts. Dabei müsste der Schweizer Gesetzgeber das Rad nicht neu erfinden: Es gibt Richtlinien des Europarats und Studien der Europäischen Union zum Thema einer kinderfreundlichen Justiz.²⁵

Generell sind für Angehörige verletzlicher Gruppen niederschwellige und kostenlose Rechtsberatungsstellen zur Verfügung zu stellen, seien dies armutsbetroffene Menschen, Opfer von Straftaten, Menschen im Freiheitsentzug, Asylsuchende oder Opfer von Polizeigewalt. Für alle Rechtsuchenden ist die Zugänglichkeit der anwendbaren Rechtsregeln wichtig. Damit der Einzelne seine Rechte kennt und die Chancen ihrer verfahrensrechtlichen Durchsetzung abschätzen kann, müssen sowohl die anwendbaren Rechtsnormen als auch die entsprechende Behördenpraxis und die Gerichtsurteile kostenlos zugänglich sein – ein Anspruch, der in der Schweiz zwar im Bund, nicht aber in den Kantonen verwirklicht ist. Weiter kann gefragt werden, ob der Zugang zum anwendbaren Recht nicht nahelegen würde, dass Gesetze – namentlich aus dem Bereich des Sozialrechts, aber auch etwa Verfahrensgesetze – so formuliert sind, dass sie auch von Menschen mit Leseschwächen verstanden werden können – das Stichwort hier: Leichte Sprache (Art. 9 UNO-BRK).²⁶ Mit Blick auf den örtlichen Zugang zur Justiz wäre eine nationale Gerichtsgeographie zu erstellen; aufgrund der kleinräumigen Verhältnisse der Schweiz ist indessen davon auszugehen, dass Rechtsschutz mit zumutbarem Reiseaufwand zu erlangen ist. Eine

22 Vgl. dazu den Beitrag von RETO LOCHER, S. 49 ff. in diesem Band.

23 Vgl. dazu den Beitrag von CHRISTIAN SCHWARZENEGGER/RAHEL OTT, S. 79 ff., S. 82 in diesem Band.

24 Vgl. dazu den Beitrag von HEIDI SIMONI, S. 91 ff. in diesem Band.

25 Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice, Adopted by the Committee of Ministers on 17 November 2010 at the 1098th meeting of the Ministers' Deputies, Strasbourg 2011; siehe auch FRA, Child-friendly justice: Perspectives and experiences of professionals on children's participation in civil and criminal judicial proceedings in 10 EU Member States, Luxemburg 2015.

26 Vgl. JASMIN CAHANNES-KOCHER/ANDREAS RIEDER, Das Behindertengleichstellungsgesetz in der Leichten Sprache – ein Beitrag zur Gleichstellung, LeGes 2016/1, S. 91 ff.; MARKUS NUSSBAUMER, Gesetze in «leichter Sprache»? , LeGes 2016/1, S. 99 ff.

andere Frage ist die, ob die Verwaltungs- und Justizgebäude tatsächlich auch für mobilitätsbehinderte Menschen zugänglich sind, wie es das Behinderten-gleichstellungsrecht verlangt (Art. 9 UNO-BRK).²⁷

Diese wenigen Beispiele zeigen: Bis das Recht auf Rechtsschutz für alle Menschen selbstverständlich und ihnen der Zugang zum Rechtsschutz auch faktisch möglich ist, bleibt einiges zu tun.

5. Die Rolle von Ombudsstellen und anderen nicht-gerichtlichen Akteuren

Die Ombudsstelle der Stadt Zürich feiert ihr 45-jähriges Jubiläum. Wie gesehen, verlangt die umfassende Verwirklichung des Zugangs zum Rechtsschutz mehr als die Einrichtung von förmlichen Verfahren vor staatlichen Justizbehörden. Damit sind auch informelle und alternative Konfliktlösungsmechanismen und nicht-gerichtliche Akteure angesprochen – neben Gleichstellungsstellen, Datenschutzbeauftragten und Nationalen Menschenrechtsinstituten insbesondere auch Ombudsstellen.²⁸ Da solche Institutionen in der Regel keine Befugnis haben, verbindliche, vollstreckbare Entscheide zu treffen, vermögen sie den grundrechtlichen Anspruch auf Rechtsschutz nicht direkt zu erfüllen. Dank ihres niederschweligen Zugangs und ihres lösungsorientierten Ansatzes können Ombudsstellen aber in Konflikten vermitteln, womit sich die Chance erhöht, dass aufwändige und für die Betroffenen belastende Justizverfahren unterbleiben. Die im Beratungsalltag der Ombudsstellen gewonnenen Erfahrungen und Erkenntnisse können den betroffenen Behörden kommuniziert werden. Im besten Fall werden dabei Denkprozesse in Gang gesetzt, die bei den Behörden nicht nur einen Mentalitätswechsel bewirken, sondern sogar Gesetzesänderungen – hin zu einem besseren Rechtsschutz – nach sich ziehen. Damit leisten Ombudsstellen eine wichtige Rolle bei der umfassenden Verwirklichung des Rechts auf Zugang zum Rechtsschutz.

27 Vgl. dazu den Beitrag von CAROLINE HESS-KLEIN, S. 63 ff. in diesem Band.

28 Vgl. unter anderem FRA 2016 (Fn. 13), S. 48 ff.

Zugang zum Recht als Mittel zur Friedensförderung

NORA REFAEIL

Inhaltsübersicht

1. Einleitung	35
2. Ursachen von Konflikten in der heutigen Zeit	36
3. Rolle der Institutionen	36
4. Zugang zum Recht in der Friedensförderung	40
5. Transitional Justice	42
6. Gacaca-Verfahren	45
7. Zugang zum Recht und die Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung	46
8. Fazit	47

1. Einleitung

Dieser Beitrag befasst sich mit der Frage, ob und inwieweit der Zugang zum Recht in Postkonfliktsituationen als Mittel zur Friedensförderung dient. Vorweg soll die Problematik anhand von drei sehr unterschiedlichen Beispielen veranschaulicht werden:

Die Familie Membara lebt mit Mahmoud in einem abgelegenen Ort in Sierra Leone. Mahmoud ist einer von etwa zehntausend Kindersoldaten.

Anna wohnt in einem Dorf im ehemaligen Jugoslawien. Sie wurde von der gegnerischen Armee eineinhalb Tage inhaftiert und misshandelt. Das neue Gesetz zur Honorierung der heroischen Leistungen der Veteranen sieht aber vor, dass Frauen nur dann eine Entschädigung erhalten, wenn sie mindestens 48 Stunden in Geiselhaft waren.

Nach dem Genozid in Ruanda, bei dem 800 000 bis eine Million Menschen umkamen, ging man von über einer Million Tätern aus. In einem Gefängnis, das für 3 000 Menschen Platz hat, sitzen 8 000 Inhaftierte.

Die geschilderten Fälle sind grauenvoll. Sie sind Teil der Verhältnisse, die in einer Postkonfliktsituation anzutreffen sind: von Krieg und Gewalt traumatisierte Menschen, zerstörte Institutionen, gesellschaftliche Normen ausser Kraft, es herrscht die Macht der Gewalt, eine Politik der Interessen, auf das Recht ist kein Verlass. Ist das Thema vor diesem Hintergrund überhaupt relevant? Wie kann in diesen Fällen der Zugang zum Recht etabliert werden?

2. Ursachen von Konflikten in der heutigen Zeit

Die Frage, ob und inwieweit der Zugang zum Recht den Frieden fördert, kann nicht losgelöst von den Hauptursachen eines Konflikts betrachtet werden.

Die Weltbank widmete ihren Weltentwicklungsbericht 2011 (WDR) dem Thema Konflikt, Sicherheit und Entwicklung.¹ Der Bericht weist darauf hin, dass sich Form und Ursachen der Konflikte des 21. Jahrhunderts verändert haben. Stark zugenommen haben lokale politische Konflikte sowie Auseinandersetzungen in Form von nichtstaatlich organisierter Gewalt, ausgeübt durch lokale Milizen, ethnische oder religionsdefinierte Gruppierungen, kriminelle Banden oder international tätige illegale Händlerringe (Drogen, Diamanten). Gemäss dem Bericht zeigen Analysen, dass ein Konflikt meist eine Kombination von verschiedenen, inneren wie äusseren Ursachen aufweist. Dazu gehören ökonomische Gründe (Armut, Arbeitslosigkeit, Korruption), politische Faktoren (Diskriminierung, Ausschluss von Minderheiten, ethnische, religiöse und regionale Konkurrenz) sowie das Fehlen von Sicherheit (Unterdrückung, wiederholte Gewalterfahrung, Invasion, kriminelle Netzwerke).

In einer repräsentativen Umfrage wurden die Bürgerinnen und Bürger in sechs von gewalttätigen Auseinandersetzungen betroffenen Ländern gefragt, was ihrer Meinung nach den Konflikt ausgelöst hatte (Figure 1, «Justice, jobs, and violence»). Sie nannten Armut und Ungerechtigkeit an erster Stelle, darunter Arbeitslosigkeit und insbesondere Diskriminierung sowie Korruption. Von geringerer Bedeutung waren Ressourcenkonflikte, externe Aggression oder ethnischer und religiöser Kampf.

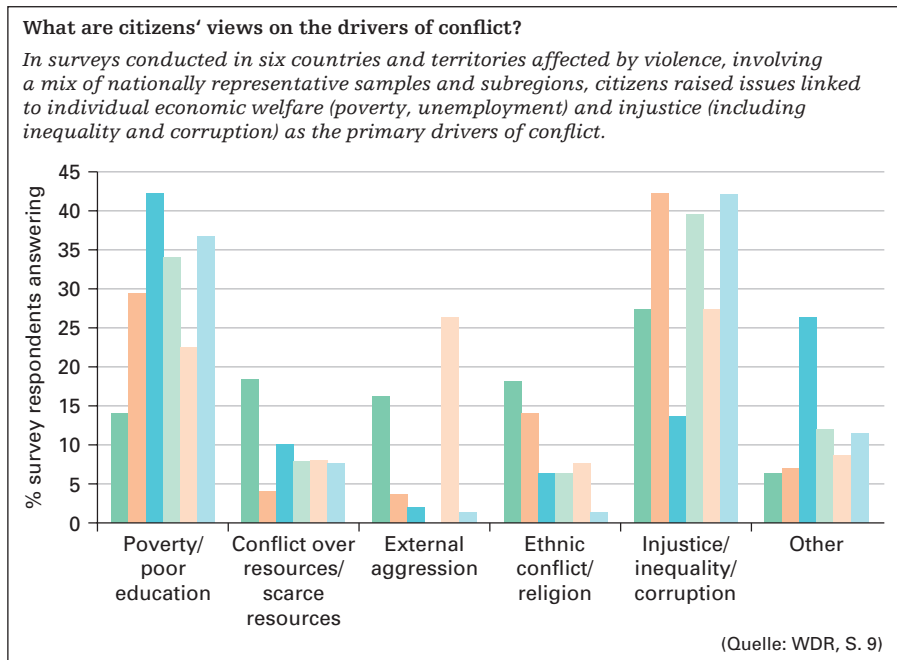
3. Rolle der Institutionen

Es gibt viele Länder, die mit hoher Arbeitslosigkeit, wirtschaftlicher Ungleichheit und Druck von organisierten kriminellen Netzwerken zu kämpfen haben, die aber nicht von einer Spirale der Gewalt heimgesucht werden. Warum kommt es im einen Fall zu Gewalt, während dieselben Stressfaktoren im anderen Fall nicht zu Gewalt führen?

Laut Bericht der Weltbank kommt es entscheidend auf die Institutionen an: Länder mit schwachen staatlichen und nichtstaatlichen, politischen, wirtschaftlichen und sozialen Institutionen sind Konflikten und Gewalt besonders ausgesetzt. Wo diese Institutionen nicht fähig sind, den Bürgerinnen und Bürgern Sicherheit, Rechtsstaatlichkeit und wirtschaftliche Entwicklungsmöglichkeiten zu bieten, können Gewalt und Konflikte eskalieren. Starke, anerkannte

1 World Development Report, Conflict, Security, and Development, 2011, <<http://www.worldbank.org>>.

Figure 1: Justice, jobs, and violence



und legitime Institutionen sind eine zentrale Voraussetzung für den Umgang mit Gewalt und einer Reduktion eben dieser. Die Legitimität einer Institution ergibt sich gemäss Bericht aus drei Elementen:²

- a) der Fähigkeit, ihre Leistungen verlässlich zu erbringen sowie Aufgaben und Pflichten nachzukommen («capacity»),
- b) ihrer Bereitschaft, Rechenschaft abzulegen und verantwortlich zu handeln («accountability»),
- c) das Erbringen ihrer Leistungen für alle, unabhängig von Herkunft, Ethnie, Religion etc. («inclusion»).

Das Risiko von Gewalt und Konflikt ist also am Höchsten, wenn grosse interne und externe Stressfaktoren auf schwache Institutionen stossen. Die Gesellschaft ist besonders verletzlich, wenn ihre Institutionen versagen und die Bürgerinnen und Bürger nicht vor Gewalt und Übergriffen schützen können, den Zugang zum Recht nicht gewähren oder keine ökonomischen Entwicklungschancen bieten.³

² WDR, S. 84, 88.

³ WDR, S. 7 ff.

Um Konflikte zu entschärfen und zu vermeiden kommt es daher entscheidend darauf an, legitime und allen Bürgerinnen und Bürgern zugängliche Institutionen zu haben. Verlässlich funktionierende Institutionen wiederherzustellen und aufzubauen ist eine wichtige Arbeit in der Friedensförderung. Legitime Institutionen gibt es nur, wenn sie auf der Grundlage von rechtsstaatlichen Prinzipien operieren und diese selber auch anwenden. Da Gewalt und Fragilität immer auch mit dem Kollaps des Rechtssystems einhergehen, ist die Etablierung von Rechtsstaatlichkeit – und dazu gehört auch der Zugang zum Recht – ein wesentlicher Bestandteil der Friedensförderung.

Dieser Prozess braucht Zeit – «wenigstens eine Generation», wie der Bericht der Weltbank festhält. Gemäss einer Untersuchung von Pritchett und de Weijer dauert es durchschnittlich 41 Jahre, um rechtsstaatliche Prinzipien zu verankern. Und um die Regierungsarbeit effizient und wirksam zu gestalten, benötigten die schnellsten 20 Länder noch immer 36 Jahre im Durchschnitt (Figure 2, «Fastest progress in institutional transformation – An estimate of realistic ranges»).

Figure 2: Fastest progress in institutional transformation — An estimate of realistic ranges

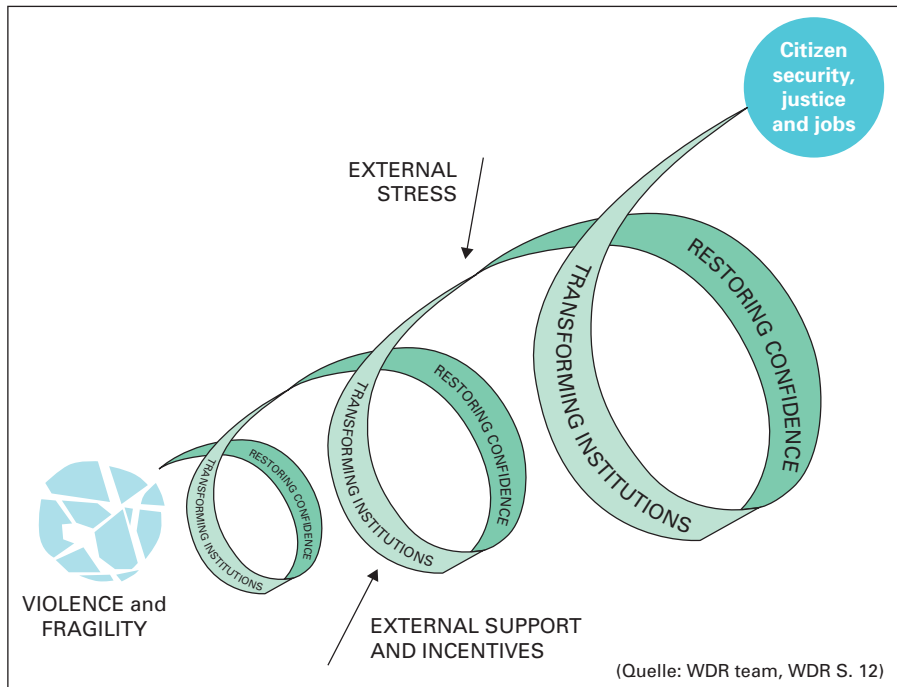
The table shows the historical range of timings that the fastest reformers in the 20th century took to achieve basic governance transformations.

Indicator	Years to threshold at pace of:	
	Fastest 20	Fastest over the threshold
Bureaucratic quality (0–4)	20	12
Corruption (0–6)	27	14
Military in politics (0–6)	17	10
Government effectiveness	36	13
Control of corruption	27	16
Rule of law	41	17

(Quelle: Pritchett and de Weijer 2010, WDR, S. 11)

Um die Entwicklung aus einer Konfliktsituation hin zu Frieden zu fördern, muss sich also auch der Staat samt seinen Institutionen wandeln. Denn regelmässig ist es der Staat, der entweder selber Menschenrechte verletzte oder aber seinen Schutzpflichten nicht nachkam. Dieser Transformationsprozess verläuft nicht gradlinig, sondern spiralförmig (Figure 3, «Moving from fragility and violence to institutional resilience in citizen security, justice, and jobs»). Es geht nicht um eine Initialentscheidung, die alles ändert. Man fängt klein an,

Figure 3: Moving from fragility and violence to institutional resilience in citizen security justice, and jobs



baut auf kleinen Erfolgen auf. Mit immer wieder neuen Entscheidungs- und Mitwirkungsrunden wird versucht, das Vertrauen der Bürgerinnen und Bürger in die staatlichen und gesellschaftlichen Institutionen aufzubauen oder wiederherzustellen. Das Ziel ist, die Resilienz, das heisst die Widerstandskraft der Institutionen gegenüber Stressfaktoren von innen und aussen zu stärken und sie zu befähigen, die Bevölkerung aus Konflikt und Fragilität hinauszuführen, um den Bürgerinnen und Bürgern Sicherheit, Zugang zum Recht und ökonomische Entwicklungsmöglichkeiten zu geben.

Das Vertrauen der Bevölkerung in staatliche Institutionen zu etablieren und zu bewahren, ist auch eines der Ziele von Ombudsstellen. Ombudsstellen nehmen die Anliegen der betroffenen Bürgerinnen und Bürger auf, arbeiten mit den Institutionen, wirken auf Reformen hin und stärken damit das Vertrauen in das System. Die Arbeit von Ombudsstellen ist sowohl in Postkonfliktsituationen als auch in Friedenszeiten gerade im Hinblick auf die Konfliktprävention von entscheidender Bedeutung.

4. Zugang zum Recht in der Friedensförderung

Das United States Institute for Peace, eine staatliche US-amerikanische Institution, die sich für die Verhinderung von Konflikten und Friedensförderung einsetzt, führt in seinen Prinzipien für die Stabilisierung und den Wiederaufbau («Guiding Principles for Stabilization and Reconstruction») aus, Zugang zum Recht sei ein Ziel der Rechtsstaatlichkeit: «Rechtsstaatlichkeit beinhaltet den gleichen Zugang zu gerechten Gesetzen und ein vertrauenswürdiges System der Justiz für alle Menschen. Dieses System muss die Menschenrechte schützen und die Sicherheit der Bevölkerung gewährleisten».⁴ Diese Definition hebt ein zusätzliches Element hervor, das gerade in Postkonfliktsituationen besonderes Augenmerk verdient: Es geht um gleichen Zugang zu gerechten Gesetzen und ein vertrauenswürdiges System der Justiz.

2004 publizierte das UNDP (das UN-Entwicklungsprogramm) einen umfassenden strategischen Ansatz zur Unterstützung des Zugangs zum Recht.⁵ Die Entwicklungsorganisation versteht den Zugang zum Recht sowohl als grundlegendes Menschenrecht als auch als unentbehrliches Mittel, um Armut zu bekämpfen sowie um Konflikte zu lösen und zu vermeiden.⁶ Die demokratische Regierungsform werde untergraben, wenn der Zugang zum Recht nicht für alle Bürger und Bürgerinnen, unabhängig von Geschlecht, Rasse, Religion, Alter, Schicht oder Glaube, gleich gelte. Fehle der Zugang zum Recht, weil die Verfahren nicht transparent und die Verantwortlichkeiten nicht geregelt sind, sei die Partizipation an der Gemeinschaft nicht möglich und werde Entwicklung behindert. Das UNDP betont, dass die Schaffung einer nachhaltigen Umgebung für die Verwirklichung des Zugangs zum Recht entscheidend ist. Dies bedinge die Zusammenarbeit und Vernetzung mit verschiedenen Institutionen und Akteuren: mit der Polizei, den Gerichten, der Staatsanwaltschaft, mit Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeitern, Gefängnismitarbeitenden, Gemeindevorstehenden, aber auch mit traditionellen Räten und anderen lokalen Schlichtungsstellen.

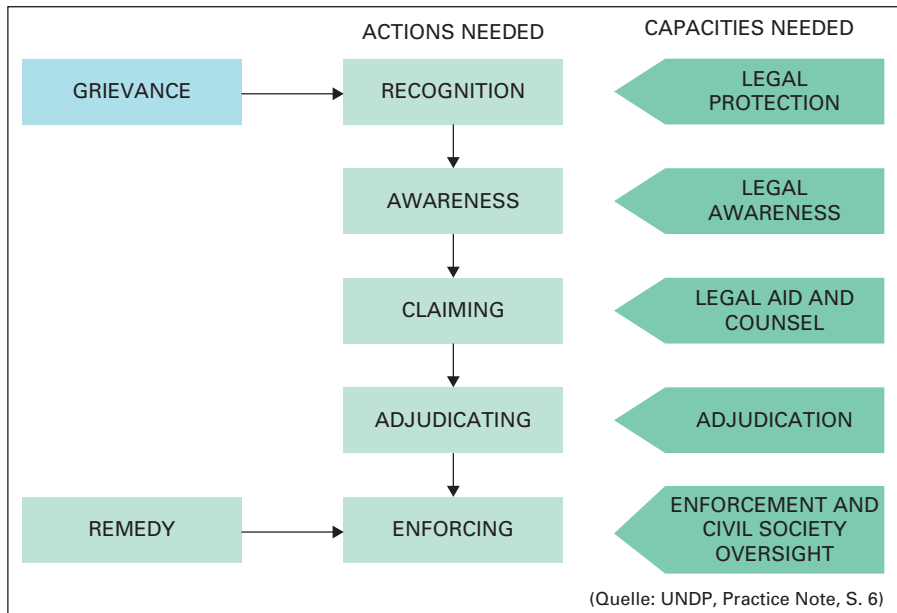
Die folgende Darstellung des UNDP (Figure 4, «Fundamental Elements of Access to Justice») zeigt einerseits die Handlungen, die erforderlich sind, um gegen erlittenes Unrecht («grievance») vorzugehen. Andererseits führt sie auf, in welchen Bereichen die Kapazitäten und Kompetenzen der involvierten Stellen,

4 United States Institute for Peace, Guiding Principles for Stabilization and Reconstruction, 2009, S. 64, <<https://www.usip.org/publications/2009/11/guiding-principles-stabilization-and-reconstruction>>.

5 UNDP, Access to Justice Practice Note, 2004, S. 3, <http://www.undp.org/content/undp/en/home/librarypage/democratic-governance/access_to_justiceandruleoflaw/access-to-justice-practice-note.html>.

6 UNDP, Access to Justice Practice Note, 2004, S. 3, <http://www.undp.org/content/undp/en/home/librarypage/democratic-governance/access_to_justiceandruleoflaw/access-to-justice-practice-note.html>.

Figure 4: Fundamental Elements of Access to Justice



Behörden und Gerichte gefördert werden müssen, um den Zugang zum Recht in allen Phasen des Prozesses zu stärken und zu verbessern.

In dieser Darstellung sollen zwei Punkte hervorgehoben werden: Der Begriff «Recognition» beinhaltet hier auch die Anerkennung der Rechte, insbesondere von benachteiligten Menschen, durch das Gesetz. Im Beispiel von Anna im ehemaligen Jugoslawien lässt das neue Gesetz die Entschädigung der zivilen Opfer nicht uneingeschränkt zu. Damit wird insbesondere die geschlechtsspezifische Gewalt als Unrecht nicht angemessen anerkannt. Anna wird so der Zugang zum Recht vorenthalten.

In Postkonfliktsituationen sind Frauen oft besonders gefährdet ohne Schutz zu bleiben, weil sie vom Zugang zum Recht ausgeschlossen sind oder dieser ihnen erheblich erschwert wird. 2008 hielt der Sicherheitsrat in seiner Resolution 1820 fest, dass die geschlechtsspezifische Gewalt ein Kriegsverbrechen, ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder sogar Völkermord darstellen könne.⁷ Der Sicherheitsrat betont, dass sexuelle Gewaltverbrechen von Amnestiebestimmungen, die im Zusammenhang mit Konfliktbeilegungsprozessen erlassen werden, ausgenommen werden müssen.⁸ Er fordert die Mitgliedstaaten auf,

⁷ S/RES/1820 (2008), Ziff. 4.

⁸ S/RES/1820 (2008), Ziff. 4.

ihrer Verpflichtung nachzukommen und die strafrechtliche Verfolgung von Personen, die für solche Handlungen verantwortlich sind, zu ermöglichen. Weiter fordert er sie explizit auf, sicherzustellen, «dass allen Opfern sexueller Gewalt, insbesondere Frauen und Mädchen, gleicher Schutz durch das Gesetz und gleicher Zugang zur Justiz gewährt wird».⁹ Der Sicherheitsrat betont, wie wichtig es für die Herbeiführung von dauerhaftem Frieden, Gerechtigkeit, Wahrheit und nationaler Aussöhnung ist, der Straflosigkeit für solche Handlungen ein Ende zu setzen. Dazu ist der Zugang zum Recht unabdingbar.

Ein wichtiges Element in der Darstellung des UNDP ist weiter die «Adjudication» (Adjudikation), das Eintreten auf eine Beschwerde oder eine Einsprache und ihre Behandlung durch die zuständigen Instanzen. Dies kann klassisch durch formale Gerichtsverfahren oder auch durch Menschenrechtsinstitutionen und Ombudsstellen erfolgen. Auch alternative Formen administrativer Natur oder traditionelle Schlichtungsverfahren sind unter Umständen möglich. Alternative Verfahren sind deshalb so zentral in einer Postkonfliktsituation, weil der Zugang zu ordentlichen Gerichten oft für lange Zeit nicht gewährleistet ist.

Vielen Menschen ist der Zugang zur Justiz in Postkonfliktkontexten durch besondere Hindernisse erschwert. Die Infrastrukturen sind zerstört, physische Barrieren machen den Zugang zum Rechtssystem unmöglich. Betroffene haben aufgrund ihrer Erfahrung häufig Angst vor Autorität und Macht; andere befinden sich in den Gefängnissen. Das Justizsystem ist zusammengebrochen; es fehlt an Rechtsvertretern. Die Rechtsmittel sind schwach, zahlreiche Rechtssysteme kennen Rechtsbehelfe, die bestimmte Gruppen – zum Beispiel Frauen, Kinder, Angehörige von Minderheiten, Menschen mit Behinderungen – diskriminieren und ausschliessen. Dazu kommen die langen Verfahrensdauern, prohibitive Kosten, der Mangel an adäquaten Informationen und Unterstützung sowie fehlendes Wissen über Rechtsansprüche.¹⁰ Die meisten dieser Hindernisse werden es auch Mahmoud, dem Kindersoldaten aus einem Dorf in Sierra Leone, erschweren oder sogar verunmöglichen, seine Rechte einzufordern.

Daraus wird ersichtlich, dass es in Postkonfliktsituationen sehr schwierig ist, den Zugang zum Recht für alle sicherzustellen. Einen möglichen Ausweg zur Überwindung der Schwierigkeiten bietet das Konzept der «Transitional Justice».

5. Transitional Justice

Nach den schweren Verletzungen der Menschenrechte und des humanitären Völkerrechts in einem Konflikt stellt sich die Frage, wie die Vergangenheit bewältigt und mit den Verbrechen umgegangen werden kann. Der bahnbrechende

⁹ S/RES/1820 (2008), Ziff. 4.

¹⁰ UNDP, Access to Justice Practice Note, 2004, Box 1, S. 4.

Bericht des Generalsekretärs der Vereinten Nationen über «The rule of law and transitional justice» im Jahre 2004 definiert den Begriff «Transitional Justice» als eine Reihe von Massnahmen, Mechanismen und Prozessen, welche darauf angelegt sind, die Vergangenheit aufzuarbeiten. Diese Massnahmen können gerichtlicher oder aussergerichtlicher Natur sein. Grundpfeiler sind die individuelle Strafverfolgung von Tätern, Reparationen zugunsten von Opfern, Wahrheitsfindung und institutionelle Reformen.¹¹

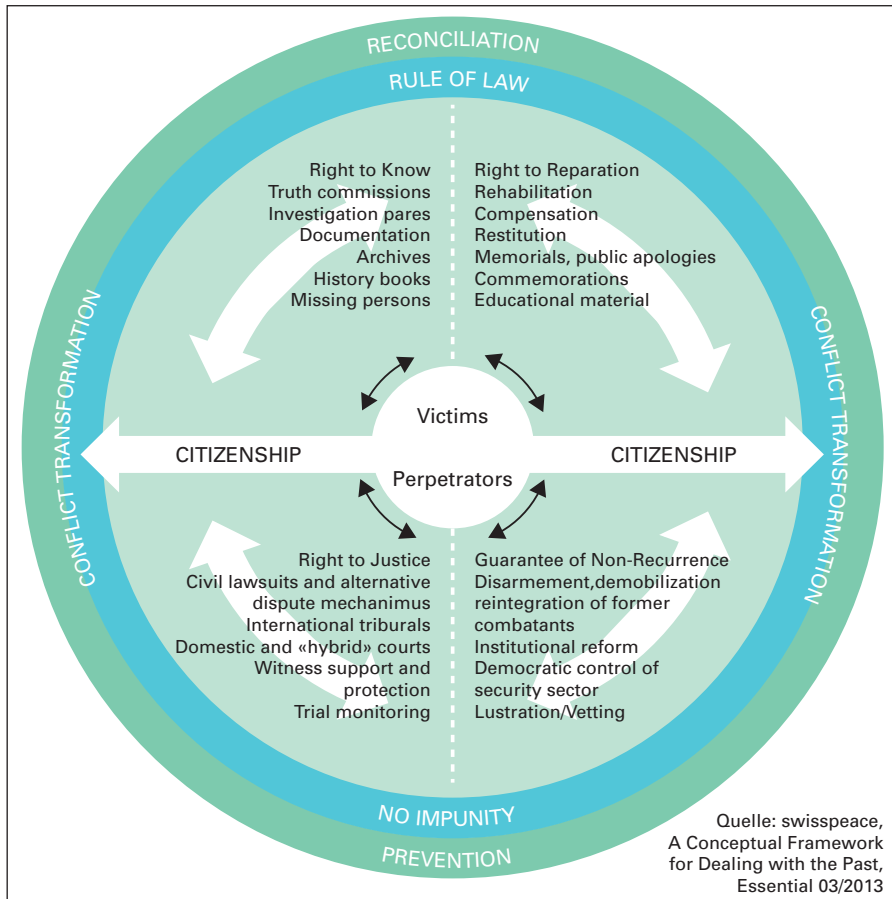
Diese Kombination von Massnahmen wurde entwickelt, weil es darum ging, in Konfliktsituationen und nach dem Ende von Diktaturen der rechtlichen und faktischen Straflosigkeit ein Ende zu setzen. Die Opfer sollten aus ihrer Marginalisierung heraus gebracht werden und Zugang zum Recht erhalten. Wo dies nicht oder noch nicht möglich war, sollte ihren Anliegen durch andere Initiativen, zum Beispiel durch Wahrheitsfindung oder administrative Reparationsverfahren, Rechnung getragen werden.

Ombudsstellen können im Rahmen von Transitionsprozessen und Übergangssituationen eine besondere Bedeutung haben, gerade weil es kaum mehr wirksame Institutionen und rechtsstaatlichen Prinzipien genügende Gesetze gibt. Es gibt Ombudsstellen, die sich im Rahmen eines Konflikts für die Prävention von Folter einsetzen. In der Postkonfliktsituation in Kosovo war es die Ombudsstelle, die auf Menschenrechtsverletzungen durch Truppen der Internationalen Gemeinschaft, die vollkommene Immunität genossen, aufmerksam machte. Die Ombudsstelle kann gerade in komplexen Situationen einen Mangel an Zugang zur Justiz auffangen.

Die Aufarbeitung von Menschenrechtsverletzungen ist für die Friedensförderung essentiell. Das Ziel der Transitional Justice ist es, Verantwortlichkeiten zu definieren, die Straflosigkeit zu beenden, die Rechtsstaatlichkeit herbeizuführen, Gerechtigkeit zu fördern, Konflikte zu lösen und so zur Versöhnung beizutragen. Damit geht einher, dass die Opfer wieder ihre Würde erlangen und dass ihr Status als gleichberechtigte Trägerinnen und Träger von Rechten wiederhergestellt wird. Das Recht auf Zugang zur Justiz und auf Entschädigung ist die Folge der Anerkennung der Opfer als Rechtsträger. Dies ermöglicht es, dass diese Menschen als vollwertige Mitglieder der Gesellschaft wieder erstarken und an der Macht teilhaben können. Die Umsetzung der Massnahmen der Vergangenheitsaufarbeitung nach Repression und Konflikt fördert darüber hinaus auch das zivile und institutionelle Vertrauen. Sie bilden das positive soziale Kapital, das auf der Grundlage gemeinschaftlicher Normen wieder fruchtbar gemacht werden kann. Auch hierzu kann die Ombudsstelle einen wertvollen Beitrag leisten.

11 UN SC, Report of the Secretary General, The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies, 23. August 2004, S/2004/616, Ziff. 8.

Figure 5: Conceptual Framework for Dealing with the Past



Die oben stehende Grafik (Figure 5) zeigt das «Conceptual Framework for Dealing with the Past», welches von der Schweizerischen Friedensstiftung swisspeace zusammen mit dem Eidgenössischen Departement für auswärtige Angelegenheiten auf der Basis der Joinet/Orentlicher-Prinzipien entwickelt wurde.¹² In der Grafik sind die vier Hauptpfeiler zu sehen, auf denen das Konzept «Transitional Justice» aufbaut: Das Recht auf Wissen, das Recht auf Wiedergutmachung, das Recht auf Justiz und die Garantie der Nicht-Wiederholung. Unter jedem Pfeiler werden mögliche konkrete Massnahmen aufgelistet,

12 Swisspeace: A Conceptual Framework for Dealing with the Past, Essential 03/2013, <<http://www.swisspeace.ch/topics/dealing-with-the-past/publications.html>>.

wie diese Rechte verwirklicht werden können. Die Grafik zeigt weiter, dass – wenn der betroffene Staat die schweren Menschenrechtsverbrechen im Sinne des Konzepts »Transitional Justice« aufarbeitet – eine Transformation des Konflikts und sogar eine Versöhnung bewirkt werden können. Diese Massnahmen sind auch notwendig, um weiterer Gewalt vorzubeugen. Das Konzept beruht auf den Grundsätzen, die der Sonderberichterstatter der Vereinten Nationen Louis Joinet in seinem Bericht im Jahre 1996 definierte und welche die UNO Menschenrechtskommission im Jahre 1997 zur Kenntnis nahm.¹³ Diese Grundsätze wurden im Jahre 2005 durch die Sonderberichterstatterin Diana Orentlicher zuhanden des UNO Menschenrechtsrats überarbeitet.¹⁴ Diese Prinzipien werden weltweit durch nationale und internationale Gerichte sowie Menschenrechtsgremien bestätigt und angewendet.

6. Gacaca-Verfahren

Das Beispiel Ruandas verdeutlicht die Herausforderung und die Komplexität der Aufgabe, in einer Postkonfliktsituation den Zugang zum Recht zu etablieren. Die aus Sicht der Menschenrechte schreckliche Situation der Täter in den Gefängnissen, wie sie im dritten Beispiel erwähnt ist, wie auch jene der Opfer generell führte dazu, dass auf traditionelle Schlichtungsmechanismen zurückgegriffen wurde: die sogenannten Gacaca- oder Wiesengerichte. Diese stellten ursprünglich informelle, flexible und kommunale Foren dar, in denen Verletzungen von sozialen Normen und kleinere, interfamiliäre Streitigkeiten unter der Führung von weisen, alten Männern der Gemeinde geregelt wurden. Bei den traditionellen Gacaca-Verfahren ging es primär um den Erhalt des sozialen Friedens und weniger um Bestrafung.

Nach dem Genozid sollten die Gacaca-Versammlungen die Wahrheit über das, was passiert war, zu Tage bringen, die Verfahren für die Angeschuldigten beschleunigen, die Kultur der Straflosigkeit beenden, Versöhnung herbeiführen und die Fähigkeit der Gesellschaft nutzen, eigene Probleme über traditionelle Formen der eigenen Justiz zu lösen.

Es hat verschiedene Revisionen des Verfahrens gegeben, um den Prozess vor den Gacaca-Versammlungen den menschenrechtlichen Standards anzupassen. Sie haben diesen westlichen Massstab aber nie ganz erfüllt. Es ist offensichtlich, dass insbesondere der Schutz der Zeugen und der Schutz von Frauen nicht

13 Bericht LOUIS JOINET, Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity (E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1), 1997; UN Menschenrechtskommission, Resolution 1998/53 of 17 April 1998.

14 DIANE ORENTLICHER, Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity (E/CN.4/2005/102/Add.1), 2005.

befriedigend gelöst werden konnten. Auf der anderen Seite wurde der Zugang zum Recht im Sinne der traditionellen Justiz in Ruanda gewährt. Es zeigt sich hier ein Dilemma, das bei der Friedensförderung oft anzutreffen ist.¹⁵

7. Zugang zum Recht und die Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung

2011 hat der UNO-Menschenrechtsrat das Mandat eines UNO-Sonderberichterstatters zur Förderung der Wahrheit, Gerechtigkeit, Rehabilitation und Garantie der Nichtwiederholung geschaffen. In seinem Bericht an die Generalversammlung im Jahre 2013¹⁶ plädierte er dafür, den Zugang zur Justiz und zu Rechtsmitteln in die Post-Millenniums-Entwicklungsziele zu integrieren. Er sagte deutlich, dass der Zugang zur Justiz nicht durch den Wunsch nach Entwicklung auf die lange Bank geschoben werden dürfe, und betonte, dass ohne den Zugang zur Justiz keine nachhaltige Entwicklung möglich sei.

Der Sonderberichterstatter nennt die Länder des Nahen Ostens und Nordafrikas als Beispiele dafür. So gehen in Tunesien fast alle Kinder zur Schule, die Kindersterblichkeit ist tief und die Lebenserwartung ist gestiegen. Weniger Menschen leben in extremer Armut und die Mittelklasse wächst. Dennoch zeigte der Arabische Frühling, dass die Menschen unzufrieden sind, weil sie von öffentlichen und privaten Institutionen weiterhin diskriminiert werden, keine Reformen stattfinden und die Gleichberechtigung sowie die Menschenrechte nicht beachtet werden.¹⁷

Mit der Resolution vom 25. September 2015 nahm die Generalversammlung der Vereinten Nationen unter dem Titel «Transformation unserer Welt: die Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung» (A/RES 70/1) die neue Entwicklungsagenda an. Der Zugang zur Justiz für alle Menschen fand in Punkt 35 der Erklärung zu den Zielen Eingang: «35. Nachhaltige Entwicklung kann ohne Frieden und Sicherheit nicht verwirklicht werden; Frieden und Sicherheit sind ohne nachhaltige Entwicklung bedroht. Die neue Agenda trägt der Notwendigkeit Rechnung, friedliche, gerechte und inklusive Gesellschaften aufzubauen, die gleichen Zugang zur Justiz gewährleisten und die auf der Achtung der Menschenrechte (einschliesslich des Rechts auf Entwicklung), wirksamer Rechts-

15 <<http://gacaca.rw>>; siehe auch Human Rights Watch HRW, Ruanda: Gacaca-Gerichte hinterlassen zwiespältiges Erbe, 31. Mai 2011, <<https://www.hrw.org/de/news/2011/05/31/ruanda-gacaca-gerichte-hinterlassen-zwiespaltiges-erbe>>.

16 Report of the Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence, 23 August 2013, A/68/345.

17 Report of the Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence, 23 August 2013, A/68/345, Ziff. 12 ff.

staatlichkeit und guter Regierungsführung auf allen Ebenen sowie auf transparenten, leistungsfähigen und rechenschaftspflichtigen Institutionen gründen.»

8. Fazit

In der Friedensförderung ist das Thema Zugang zum Recht über den menschenrechtlichen Ansatz hinaus in einen grösseren Kontext zu stellen: Es geht um die Rechtsstaatlichkeit an sich. Es gibt keinen Zugang zur Justiz, wenn nicht die Rechtsstaatlichkeit wieder hergestellt ist. Entscheidend ist, dass das staatliche System transformiert wird, dass legitime Institutionen bestehen und wichtige Prinzipien der Demokratie wie Transparenz, Beteiligung im Prozess und Rechenschaftspflicht eingehalten werden. Im Rahmen der Friedensförderung ist die Schaffung von Zugang zur Justiz sowohl das Resultat eines langen Prozesses als auch die Initialzündung für diesen Prozess. Es ist ein Schwellenwert, an dem gemessen werden kann, wie erfolgreich der Rechtsstaat geschaffen wurde. – Es handelt sich um einen langen und keinen selbstverständlichen Prozess.

Die aufgezeigten Beispiele mögen dem Menschen in Europa fern scheinen, und so fragt sich: Was haben sie mit der Schweiz zu tun? Die Antwort ist relativ einfach: sehr viel. Wir erleben heute nach wie vor, dass die Konsequenzen von Ungerechtigkeiten und Konflikten uns alle betreffen. Die Menschen stehen vor unseren Türen. In Europa wird Notrecht eingeführt und Menschenrechte werden eingeschränkt. Das Recht auf Asyl steht in ganz Europa auf dem Spiel. Umso entscheidender ist es, dass wir uns bewusst machen, dass auch wir uns in Bezug auf das Vertrauen in unsere Institutionen in einer Spirale der Bewegung befinden und es in diesem Prozess immer wieder darum geht, für die individuelle und kollektive Forderung nach Gerechtigkeit einzustehen. Der Zugang zum Recht ist ein wichtiges Mittel und die Ombudsstelle eine entscheidende Institution hierzu.

Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen

RETO LOCHER

Inhaltsübersicht

1. Einleitung	49
a) Ausgangslage	49
b) Ziel, Gegenstand und Aufbau der Studie	50
2. Zugang zur Justiz: Was ist darunter zu verstehen?	52
3. Vom Erkennen einer Diskriminierung bis zur gerichtlichen Geltendmachung	52
a) Erkennen einer Diskriminierung	53
b) Anlauf- und Beratungsstellen	55
c) Streitbeilegungsmöglichkeiten und Gründe für den Verzicht auf ein Gerichtsverfahren	57
4. Ausgewählte Empfehlungen	60
5. Abschliessende Bemerkungen	61

1. Einleitung

a) Ausgangslage¹

Die Existenz von Diskriminierung stellt auch für die Schweiz eine Herausforderung dar. Unter dem Begriff Diskriminierung wird gemeinhin eine Benachteiligung und Herabwürdigung von Personen aufgrund ihres Geschlechts, ihrer sexuellen Orientierung, Hautfarbe, ethnischen Herkunft, Behinderung oder anderer, die Identität eines Menschen ausmachender Merkmale, verstanden. Die Schweiz hat zwar seit dem Inkrafttreten der totalrevidierten Bundesverfassung im Jahre 1999 mit Art. 8 Abs. 2–4 Bundesverfassung (BV)² detaillierte Verfassungsbestimmungen zum Diskriminierungsschutz. Darüber hinaus existieren mit dem Gleichstellungsgesetz (GlG)³ und dem Behindertengleichstellungsge-

1 Siehe für die nachfolgenden Ausführungen zur Ausgangslage sowie zum Ziel, Gegenstand und Aufbau der Studie Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR), WALTER KÄLIN/RETO LOCHER, Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, Synthesebericht, Bern 2015, S. 7 f., abrufbar unter <http://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/160526_studie_diskrimination_Synthesebericht.pdf> (besucht am 18.11.2016).

2 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (BV; SR 101).

3 Bundesgesetz vom 24.3.1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GlG; SR 151.1).

setz (BehiG)⁴ sowie verschiedenen Bestimmungen des Zivilgesetzbuchs (ZGB)⁵ und des Obligationenrechts (OR;⁶ namentlich zum Persönlichkeitsschutz) weitere Rechtsnormen zum Schutz vor Diskriminierung. Es stellt sich allerdings die Frage, wie sich diese Rechtsnormen in der Rechtswirklichkeit bewähren und inwieweit sie gerichtlich durchgesetzt werden können. Die Erfahrung hat gezeigt, dass neben rechtlichen auch faktische Hindernisse, wie etwa fehlende Rechtskenntnis, Angst vor negativen Folgen oder Beweisprobleme, Opfer von Diskriminierung davon abhalten können, ihre Rechte einzufordern.

Vor diesem Hintergrund hatte der Nationalrat am 14. Dezember 2012 ein Postulat von Martin Naef (12.3543) angenommen, das den Bundesrat beauftragte, einen Bericht vorzulegen, «der die Potentiale des geltenden Bundesrechts beim Schutz vor Diskriminierung aufzeigt und eine rechtsvergleichende Auslegeordnung zur Wirksamkeit verschiedener Rechtsinstrumente vornimmt». Das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR) wurde in der Folge von verschiedenen Organisationseinheiten der Bundesverwaltung⁷ damit beauftragt, eine Studie zum Thema «Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen» zu erarbeiten und unter anderem auch die Grundlagen für die Beantwortung des Postulats Naef zu liefern.

b) Ziel, Gegenstand und Aufbau der Studie

Das Ziel der Studie war zu klären, ob die in der Schweizer Rechtsordnung vorgesehenen Rechtsnormen in der Praxis einen effektiven und angemessenen Diskriminierungsschutz gewährleisten und wie der Zugang zur Justiz bei Diskriminierungen in der Schweiz funktioniert. Den mit der Diskriminierungsproblematik befassten Behörden sollte sie als fundierte Grundlage für die Einschätzung der Wirksamkeit der bestehenden Instrumente dienen und gleichzeitig aufzeigen, inwiefern der bestehende Rahmen befriedigend ist und wo Verbesserungen notwendig oder wünschenswert sind.

Thematisch deckt die Studie, die den Auftraggebern im Juli 2015 eingereicht und im Mai 2016 veröffentlicht wurde, die Diskriminierungsgründe Geschlecht (inklusive Geschlechtsorientierung und Geschlechtsidentität), Behinderung,

4 Bundesgesetz vom 13.12.2002 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG; SR 151.3).

5 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907 (ZGB; SR 210).

6 Bundesgesetz vom 30.3.1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR; SR 220).

7 Als Auftraggeber fungierten das Bundesamt für Justiz (BJ), das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG), das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (EBGB) sowie die Fachstelle für Rassismusbekämpfung (FRB).

Rasse und ethnische Herkunft ab.⁸ Dabei analysiert sie die für den Diskriminierungsschutz relevanten materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Garantien und institutionellen Vorkehrungen, beleuchtet die Praxis der Gerichte⁹ und untersucht mit Hilfe sozialwissenschaftlicher Befragungen die Wirksamkeit der bestehenden Instrumente.¹⁰ Diese Befragungen umfassen persönliche Interviews bei Beratungsstellen, Online-Umfragen bei Beratungsstellen und der Anwaltschaft sowie eine schriftliche Befragung der Mitarbeitenden aller in der Schweiz existierenden Schlichtungsstellen (gemäss Gleichstellungsgesetz sowie in arbeits- und mietrechtlichen Angelegenheiten) und Gerichte (sämtliche Zivil- und Strafgerichte in allen Kantonen sowie die kantonalen Verwaltungsgerichte, das Bundesstraf- und das Bundesverwaltungsgericht sowie das Bundesgericht).

Die Studie besteht aus insgesamt 11 Teilstudien¹¹ sowie einem Synthesebericht, der die Erkenntnisse dieser Teilstudien zusammenfasst. Ferner stellt sie Informationen zur Beantwortung des Postulates Naef bereit, und formuliert schliesslich Schlussfolgerungen und Empfehlungen für die Verbesserung des Diskriminierungsschutzes in der Schweiz.

Dieser Beitrag widmet sich in erster Linie den Resultaten der sozialwissenschaftlichen Befragungen, punktuell angereichert mit Erkenntnissen der rechtlichen Analyse und den Angaben zu den in der Schweiz im Diskriminierungskontext bestehenden Streitbeilegungsmechanismen.¹²

8 Aufgrund beschränkter Ressourcen und aus forschungsökonomischen Gründen konnten nicht alle Themen, die im Postulat Naef erwähnt wurden – namentlich Diskriminierung aufgrund des Alters und der fahrenden Lebensform – bei der Umsetzung der Studie berücksichtigt werden.

9 Die Gerichtspraxis wurde im Rahmen einer flächendeckenden Befragung aller Schlichtungsstellen und Gerichte in der Schweiz erhoben und analysiert. Dabei haben 65% der angeschriebenen Spruchkörper total 453 Entscheide und Urteile zur Diskriminierungsproblematik aus den letzten 10 Jahren eingereicht.

10 Der verfahrensrechtliche Teil der Studie orientiert sich strukturell an der von der EU-Kommission durchgeführten Studie «Access to justice in gender equality and anti-discrimination law», abrufbar unter <http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/conference_sept_2011/final_report_access_to_justice_final_en.pdf> (besucht am 23.11.2016).

11 Teilstudie 1 widmet sich den Grundsätzen des Diskriminierungsschutzes. Die anderen Teilstudien befassen sich mit den Themen Geschlecht, LGBTI (Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex) und Behinderung (Teilstudien 2–5) sowie Rassendiskriminierung (Teilstudien 6 und 7). Die weiteren Teilstudien widmen sich der Analyse der Rechtsprechung (Teilstudie 8), und halten die Ergebnisse der Gerichtsumfrage sowie der Online-Befragung der Anwaltschaft und der Beratungsstellen fest (Teilstudien 9–11), abrufbar unter <<http://www.skmr.ch/de/themenbereiche/geschlechterpolitik/publikationen/diskriminierungsstudie.html>> (besucht am 18.11.2016).

12 Die Erkenntnisse der Analyse der Rechtsprechung sowie die umfassende Darstellung der Ergebnisse der rechtlichen Analyse der Studie werden dagegen in diesem Beitrag nicht thematisiert.

2. Zugang zur Justiz: Was ist darunter zu verstehen?

Zugang zur Justiz ist *breit* zu verstehen, das heisst, es geht nicht nur um Fragen im Zusammenhang mit dem Zugang von Diskriminierungsopfern zu einem *Gericht*. Die Studie setzt vielmehr bereits bei der Frage an, inwiefern bei der betroffenen Bevölkerung überhaupt ein Diskriminierungsbewusstsein vorhanden ist. Weiter klärt sie ab, welche *Unterstützungs- und Beratungsangebote* durch Beratungsstellen in den verschiedenen Themenfeldern bestehen, zum Beispiel Gleichstellungsfachstellen, Beratungsstellen für Opfer von Rassismus oder Ombudsstellen. Dabei wird namentlich auch untersucht, inwiefern diese Institutionen über ausreichende Ressourcen verfügen, um juristisch geschulte Fachpersonen anstellen zu können, die fähig sind zu beurteilen, ob eine Diskriminierungserfahrung auch rechtlich relevant ist.

Darüber hinaus widmet sich die Studie den verschiedenen *Streitbeilegungsmöglichkeiten*, die Diskriminierungsopfern in der Schweiz zur Verfügung stehen. Bei den *aussergerichtlichen* Streitbeilegungsmöglichkeiten sind insbesondere die Schlichtungsverfahren gemäss Gleichstellungsgesetz und in arbeits- und mietrechtlichen Streitigkeiten zu erwähnen, die vor dem eigentlichen Entscheidungsverfahren grundsätzlich durchgeführt werden müssen.¹³ Weiter werden die *gerichtlichen* Streitbeilegungsmöglichkeiten und die Voraussetzungen zu ihrem Zugang analysiert.

Schliesslich analysiert die Studie die *prozess- und materiell-rechtlichen Grundlagen*, die im Diskriminierungskontext in der Schweiz relevant sind. Dabei geht es insbesondere darum zu identifizieren, in welchen Bereichen im geltenden Recht Verfahrenserleichterungen bestehen und wo besondere Hürden und Herausforderungen für von Diskriminierung betroffene Personen vorhanden sind.

3. Vom Erkennen einer Diskriminierung bis zur gerichtlichen Geltendmachung

Das SKMR hat sich in seiner Studie an einem umfassenden Forschungs- und Projektdesign orientiert, das für die Klärung der sozialwissenschaftlichen Fragestellungen dem «zeitlichen Ablauf» einer diskriminierenden Handlung folgt: Wenn eine (mutmasslich) diskriminierende Handlung erfolgt ist, stellt sich zunächst die Frage, ob diese von der betroffenen Person überhaupt als solche erkannt wird. Falls ja, nimmt die diskriminierte Person möglicherweise die Hilfe einer Beratungsstelle in Anspruch. Wenn sie anschliessend zur Erkenntnis

¹³ Siehe zum Schlichtungsverfahren Art. 197 ff. der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19.12.2008 (Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272).

kommt, rechtlich gegen die diskriminierende Handlung vorzugehen, wird sie allenfalls Rat bei einer Anwältin oder einem Anwalt suchen, um die Chancen eines aussergerichtlichen und/oder eines gerichtlichen Verfahrens abzuschätzen. Erst dann wird sie entscheiden, ob sie ein Verfahren anstrengt oder darauf verzichtet. Nachfolgend werden spezifische Aspekte dieser verschiedenen «Etappen» beim Bewältigen einer Diskriminierungserfahrung erläutert.

a) Erkennen einer Diskriminierung

Wie die befragten Expertinnen und Experten mehrheitlich berichten, besteht die erste grosse Hürde im teilweise mangelnden Bewusstsein der Betroffenen für das erlebte Unrecht. Dieses Unrechtsbewusstsein bildet die Voraussetzung für die Inanspruchnahme von Hilfe und ist in diesem Sinn die erste grosse Herausforderung beim Vorgehen gegen diskriminierendes Verhalten.¹⁴ Das Bewusstsein der gesamten Bevölkerung und insbesondere auch bei den Fachkräften (Beratungsstellen, Anwaltschaft und Angehörige von Schlichtungsstellen und Gerichten) für die Diskriminierungsproblematik ist eine weitere zentrale Voraussetzung, damit Diskriminierungen auch als solche erkannt werden.

Die Fachpersonen gaben in den Interviews denn auch an, dass sie in einer stärkeren und kontinuierlichen Sensibilisierung ein grosses Potential für einen wirksameren Diskriminierungsschutz sehen. Dabei sollten zum einen das Bewusstsein für die Gleichstellungsthematik im Allgemeinen und zum anderen auch spezifisch für einzelne Diskriminierungsformen gestärkt und gleichzeitig Handlungsoptionen aufgezeigt werden. Darüber hinaus weisen die Fachleute darauf hin, dass die Aufklärungsarbeit kontextspezifisch erfolgen sollte. Informationen müssten hinsichtlich Inhalt, Sprache und Format dem jeweiligen Arbeitskontext (als Beispiele wurden der Pflegebereich oder das Gastgewerbe genannt) und der Zielgruppe (etwa Menschen mit Migrationshintergrund) angepasst werden.¹⁵

Dabei stellen sich bereichsspezifische Herausforderungen:

- *Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts:* Eine Lohnungleichheit kann nicht erkannt und geltend gemacht werden, wenn keine Lohntransparenz herrscht.¹⁶ Bei der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses während der Schwangerschaft müssen Betroffene, um sich wehren zu können, darüber Kenntnis haben, dass dies aufgrund der einschlägigen gesetzlichen Grund-

14 Siehe dazu Teilstudie 7 (Fn. 11), Rassismus – Sozialwissenschaftliche Erhebungen (nachfolgend Teilstudie 7), S. 19.

15 Siehe dazu Teilstudie 5 (Fn. 11), Geschlecht/LGBTI/Behinderung – Sozialwissenschaftliche Erhebungen (nachfolgend Teilstudie 5), S. 11.

16 Ibid., S. 11 f.

lagen unzulässig ist.¹⁷ Sexuelle Belästigung ist immer noch stark tabuisiert, und davon Betroffene setzen sich oft aus Scham nicht dagegen zur Wehr.¹⁸

- *Diskriminierungen von LGBT¹⁹-Personen:* Die befragten Fachpersonen beobachten, dass es zum Beispiel Homosexuellen oft an wichtigen Informationen fehlt und diese unter anderem nicht genügend über Beratungsangebote informiert sind. Dies gibt vielen das Gefühl, dass sie mit ihren Problemen alleine klarkommen müssen.²⁰ Im Zusammenhang mit Geschlechtsidentität stellen die Fachpersonen fest, dass der Wissensstand zum Thema Transgender generell tief ist. Dies führt unter anderem immer wieder dazu, dass staatliche Stellen Betroffenen rechtlich falsche Auskünfte erteilen und/oder das Recht falsch anwenden. Die generell geringe Sensibilität für die Thematik wirkt sich überdies auch negativ auf den Zugang zu Beratungsstellen aus.²¹ Auch hinsichtlich Geschlechtsvarianten (Intersex) fehlt es der Gesellschaft insgesamt noch an grundlegendem Wissen zur dieser Thematik. Fachpersonen berichten, dass oft auch Intersex-Menschen selbst ihre eigene Betroffenheit nicht kennen, keine Sprache haben, um das Phänomen zu beschreiben und sich daher gegen ein erlebtes Unrecht auch nicht zur Wehr setzen können. Nach der Geburt eines Kindes mit Geschlechtsvarianten sind viele Eltern überfordert und wissen nicht, an wen sie sich wenden können.²²
- *Diskriminierungen aufgrund einer Behinderung:* Obschon Menschen mit Behinderungen in der Schweiz an sich eine hohe Akzeptanz geniessen, fehlt es oft an der nötigen Sensibilität, um Diskriminierungen zu erkennen oder sogar zu verhindern.²³ Viele in der Beratung tätige Personen vermuten darüber hinaus, dass Betroffene ihre Rechte zu wenig kennen. Ausserdem haben diese durch ihre Behinderung oftmals eingeschränkte Artikulations- und Handlungsmöglichkeiten und sind auf die Hilfe Dritter angewiesen. Die Arbeit der beratenden Personen ist schliesslich vielfach eher auf die Hilfe im Alltag und weniger auf die Geltendmachung der rechtlichen Ansprüche der Betroffenen ausgerichtet.²⁴
- *Rassistische Diskriminierungen:* Im Rahmen der Interviews hat sich gezeigt, dass die Klientinnen und Klienten der befragten Beratungsstellen überdurchschnittlich stark von sozialer und wirtschaftlicher Benachteiligung

17 Vgl. Art. 336c Abs. 1 lit. c OR und den Hinweis zu dieser Problematik in Teilstudie 5 (Fn. 11), S. 9 und 20.

18 Siehe Teilstudie 5 (Fn. 11), S. 9.

19 Die Abkürzung steht für «Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex».

20 Ibid., S. 23.

21 Ibid., S. 26 f.

22 Ibid., S. 30 f.

23 Ibid., S. 38.

24 Ibid.

betroffen sind. Sie sind häufig mit bescheidenen Ressourcen ausgestattet und befinden sich in einer fragilen und marginalen gesellschaftlichen Position, weshalb das Einfordern von Rechten für diese Menschen besonders schwierig ist.²⁵

b) Anlauf- und Beratungsstellen

aa) Bedeutung und allgemeine Herausforderungen

Wenn Betroffene eine Diskriminierung als solche erkannt haben, werden sie gegebenenfalls Unterstützung bei einer Anlauf- oder Beratungsstelle in Anspruch nehmen. Der niederschwellige Zugang zu derartigen Institutionen ist für Diskriminierungsopfer zentral. Sie nehmen eine wichtige strategische Position zwischen Opfer und Justiz ein, indem sie als Verbindungsglied, aber auch als Filter zwischen diesen Ebenen fungieren.²⁶

Staatliche oder staatlich unterstützte Angebote existieren in den Bereichen Geschlecht, Behinderung und Rassismus allerdings in unterschiedlichem Ausmass. Im Bereich LGBTI fehlen derartige Angebote in der Schweiz weitgehend.²⁷ Die existierenden Angebote basieren auf Freiwilligenarbeit, die oftmals von Betroffenen selbst geleistet wird. Mit Blick auf die Ressourcen wird in allen Bereichen eine allgemeine Knappheit, und zwar sowohl in finanzieller als auch in personeller Hinsicht, festgestellt.²⁸ Dies hat zur Folge, dass die Anlauf- und Beratungsstellen oft keine oder nicht ausreichende Möglichkeiten haben, um juristisches Fachpersonal anzustellen. Für die von Diskriminierung betroffenen Personen ist zwar auch die Alltagsberatung von grosser Wichtigkeit, denn viele Probleme lassen sich nicht allein mit juristischen Mitteln lösen. Zur Klärung der Frage, in welchen Situationen eine Diskriminierungserfahrung rechtlich relevant ist und allenfalls mit juristischen Mitteln dagegen vorgegangen werden kann, braucht es jedoch auch Personal mit juristischem Know-how.²⁹

Die Mandate und die konkrete Ausgestaltung der Institutionen sind sehr unterschiedlich. Die starke Spezialisierung verschiedener Institutionen auf bestimmte Diskriminierungstypen erschwert insbesondere das Erkennen von Mehrfachdiskriminierung. Dieser Mangel an Kohärenz ist ein Faktor unter vielen, der den Zugang zur Justiz für die von Diskriminierung Betroffenen erschwert.

25 Teilstudie 7 (Fn. 11), S. 18 f.

26 Ibid., S. 1.

27 Ausnahmen stellen die Angebote der Fachstelle für Gleichstellung der Stadt Zürich sowie jene der Stadt und des Kantons Genf dar. Siehe Synthesebericht (Fn. 1), S. 3 f. und Teilstudie 5 (Fn. 11), S. 26.

28 Siehe Synthesebericht (Fn. 1), z.B. S. 98 und 103 f.

29 Siehe für den Bereich Rassismus Teilstudie 7 (Fn. 11), S. 1.

bb) Bereichsspezifische Erkenntnisse

Zusätzlich zu den in allen untersuchten Bereichen identifizierten Herausforderungen für Anlauf- und Beratungsstellen hat die Studie verschiedene bereichsspezifische Erkenntnisse hervorgebracht: In den Bereichen Geschlecht, LGBTI und Behinderung fordern Fachleute konstante Aufklärungsarbeit, um das Bewusstsein für die Diskriminierungsproblematik zu fördern und die Bekanntheit von Hilfsangeboten zu verbessern.³⁰ Im Bereich LGBTI existieren wie bereits erwähnt ausser den Angeboten in der Stadt Zürich sowie in der Stadt und im Kanton Genf keine staatlich oder staatlich finanzierten Stellen, die Beratung anbieten. Überdies fehlt es weitgehend an einem gesellschaftlichen Bewusstsein für die Situation von LGBTI-Menschen, weshalb in diesem Bereich eine grundlegende Sensibilisierung besonders notwendig ist.³¹

Im Bereich Behinderung sprechen die Fachpersonen eher von Integration oder vom Abbau von Hürden als von Diskriminierung. Ziel ist, dass behinderte Menschen überhaupt erst am gesellschaftlichen Leben teilnehmen können. Als Beispiel sei die Bezahlung einer Gebärdendolmetscherin für ein hörbehindertes Kind erwähnt, damit es am Schulunterricht einer Regelklasse teilnehmen kann. Mit anderen Worten: Es braucht in diesem Bereich angemessene Vorkehrungen, das heisst, positive Leistungen, damit behinderte Menschen gleichgestellt sind.³²

Im Bereich Rassismus vertraten die befragten Expertinnen und Experten die Ansicht, dass ein praktikabler Zugang zur Justiz für Diskriminierungsopfer zwar wichtig ist. Gleichzeitig sind sie jedoch der Meinung, dass den Betroffenen durch ein gut ausgebautes zivilgesellschaftliches Unterstützungsnetz und politische Sensibilisierungsarbeit unmittelbarer geholfen werden kann: Die Einleitung und Durchführung eines Gerichtsverfahrens ist nur für einen kleinen Teil der von den Beratungsstellen betreuten Menschen das erklärte Ziel. Vielmehr geht es oft darum, dass die Beratenden ihrer Klientschaft zuhören und das erfahrene Unrecht anerkennen, was für diese entlastend wirkt.³³

cc) Exkurs: Die Bedeutung von Ombudsstellen für Diskriminierungsopfer

Neben den Anlauf- und Beratungsstellen kommt bei der Unterstützung und Beratung von Diskriminierungsopfern auch Ombudsstellen eine wichtige Funktion zu. Derartige Institutionen verfügen über einen einfachen und niederschweligen Zugang, sind für die Betroffenen kostenlos und arbeiten lösungsorientiert. Damit sind sie insbesondere auch für sozial benachteiligte Personen

30 Siehe Teilstudie 5 (Fn. 11), S. 42.

31 Ibid., S. 33.

32 Ibid., S. 34.

33 Siehe Teilstudie 7 (Fn. 11), S. 1 f.

eine wertvolle erste Anlaufstelle, wo sie eine Beratung oder eine Vermittlung des Konflikts in Anspruch nehmen können. Parlamentarische Ombudsstellen sind in der Regel thematisch breit aufgestellt, was im Vergleich zu den hochgradig spezialisierten Anlauf- und Beratungsstellen, die nur in einem Diskriminierungsfeld tätig sind, den Vorteil mit sich bringt, dass sie über eine Gesamtsicht verfügen. Falls nötig, können sie Betroffene an spezialisierte Beratungsstellen weiterleiten.³⁴

Aufgrund dieser Ausgangslage ist es bedauerlich, dass es in der ganzen Schweiz auf kommunaler und kantonaler Ebene insgesamt lediglich 10 parlamentarische und zwei von der Exekutive eingesetzte Ombudsstellen³⁵ und auf nationaler Ebene keine mit einem breiten Mandat ausgestattete Ombudsstelle gibt.

c) Streitbeilegungsmöglichkeiten und Gründe für den Verzicht auf ein Gerichtsverfahren

aa) Streitbeilegungsmöglichkeiten

Wenn Opfer einer Diskriminierung sich über die rechtliche Relevanz und die möglichen Chancen und Risiken der rechtlichen Durchsetzung ihrer Ansprüche im Klaren sind, werden sie ihre Rechte allenfalls im Rahmen eines aussergerichtlichen oder gerichtlichen Verfahrens geltend machen.

Bei den *aussergerichtlichen Streitbeilegungsmöglichkeiten* ist der Schlichtungsversuch im Zivilrecht am wichtigsten. Ein solcher ist namentlich bei Streitigkeiten aufgrund des Gleichstellungsgesetzes sowie in arbeits- und mietrechtlichen Angelegenheiten vorgesehen. Das Schlichtungsverfahren ist grundsätzlich obligatorisch durchzuführen, wobei es sich um ein einfaches, formloses Verfahren handelt, bei dem keine aufwendigen Beweismassnahmen durchgeführt werden müssen. Das Verfahren ist auf eine gütliche Lösung des in Frage stehenden Konflikts innert nützlicher Frist ausgelegt, ohne dass ein eigentliches Gerichtsverfahren notwendig wird. Im Vergleich zum ordentlichen Gerichtsverfahren ist die Klageeinleitung relativ einfach und hat insbesondere auch eine Unterbrechung der Verjährung zur Folge. Damit bietet das zivilrechtliche Schlichtungsverfahren für die von Diskriminierung betroffenen Personen im Vergleich zum ordentlichen Gerichtsverfahren viele Vorteile.³⁶

34 Siehe Synthesebericht (Fn. 1), S. 91.

35 Siehe die Angaben auf der Website der Ombudsstellen der Schweiz, abrufbar unter <<http://www.ombudsstellen-schweiz.ch/>> (besucht am 23.11.2016).

36 Weitere aussergerichtliche Streitbeilegungsmöglichkeiten, die jedoch im Diskriminierungskontext weniger bedeutsam sind, sind die Mediation (diese kann sowohl im Schlichtungs-

Bei den *ordentlichen Gerichtsverfahren* richten sich zivilrechtliche Streitigkeiten nach der eidgenössischen Zivilprozessordnung und werden durch eine Klage eingeleitet. Beim Verwaltungsprozessrecht bedarf es zur Einreichung einer Verwaltungsbeschwerde- oder Eröffnung eines Verwaltungsjustizverfahrens in der Regel einer Verfügung als Anfechtungsobjekt; das Klageverfahren stellt hier dagegen die Ausnahme dar. Und im Strafprozessrecht erfolgt die Einleitung der Strafverfolgung entweder durch eine Strafanzeige, einen Strafantrag durch eine verletzte Person oder bei Officialdelikten durch die Strafverfolgungsbehörden selbst und folgt den Regeln der eidgenössischen Strafprozessordnung.³⁷

bb) Gründe für den Verzicht auf ein Gerichtsverfahren

Es gibt verschiedene Gründe, weshalb Diskriminierungsopfer auf die Durchsetzung ihrer Ansprüche vor Gericht verzichten. In *allgemeiner Hinsicht* ist zunächst die Furcht vor persönlichen Nachteilen zu erwähnen, beispielsweise die Angst entlassen zu werden, wenn sich eine Frau gegen sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz zur Wehr setzt.³⁸ Ein weiterer Grund besteht in der emotionalen Belastung, die ein Gerichtsverfahren mit sich bringt.³⁹ Die im Rassismusbereich befragten Expertinnen und Experten weisen darauf hin, dass Betroffene befürchten, sich durch eine Klage zu exponieren und damit ihre sozialen Beziehungen zu Schweizer Bürgerinnen und Bürgern zu belasten.⁴⁰ Andere von Diskriminierung Betroffene verzichten auf ein Gerichtsverfahren, weil ein Prozess ihre Probleme nicht löst oder nicht die richtigen Lösungsansätze bietet: So werden Opfer einer missbräuchlichen Kündigung ihren Arbeitsplatz nicht zurück-erhalten, auch wenn sie in einem Gerichtsverfahren siegen. Menschen, denen eine Leistung aus rassistischen Gründen verweigert worden ist – etwa wenn ihnen der Einlass in einen Nachtclub nicht gewährt wurde –, können diese Leistung nicht nachträglich gerichtlich einfordern. In anderen Konstellationen wäre zum Beispiel eine formelle Entschuldigung eine Art Wiedergutmachung, dies ist jedoch vom Gesetz nicht vorgesehen.⁴¹

In *verfahrensrechtlicher Hinsicht* gibt es mehrere Faktoren, die für sich alleine oder insbesondere kumuliert zu einem Verzicht der Geltendmachung der Ansprüche vor Gericht führen können. Ein grosses Problem stellt die Schwierigkeit dar, eine Diskriminierungserfahrung rechtlich beweisen zu können.

als auch im Entscheidverfahren durchgeführt werden) und das Schiedsverfahren. Siehe Synthesebericht (Fn. 1), S. 93 f.

37 Ibid., S. 94.

38 Siehe für die Geschlechterdiskriminierung etwa Teilstudie 5 (Fn. 11), S. 8 sowie allgemein die Ausführungen im Synthesebericht (Fn. 1), S. 3.

39 Siehe Teilstudie 5 (Fn. 11), S. 7.

40 Siehe Teilstudie 7 (Fn. 11), S. 17.

41 Ibid.

Überdies besteht beim Gang vor den Richter ein erhebliches Kostenrisiko, da in der Regel diejenige Partei die Kosten des Verfahrens wie auch die Parteikosten der Gegenseite zu tragen hat, die in einem Verfahren unterliegt (sogenanntes Unterliegerprinzip). Ein Hinderungsgrund kann im Missverhältnis zwischen dem Aufwand an der Beteiligung an einem Gerichtsverfahren und dem möglichen (positiven) Ausgang eines Prozesses für Diskriminierungsoffer bestehen. In gewissen Bereichen, namentlich bei missbräuchlichen Kündigungen gemäss OR⁴² sowie im GlG⁴³ und im BehiG⁴⁴, sind die möglichen Sanktionen beschränkt und vermögen den Aufwand eines Gerichtsverfahrens unter Umständen nicht zu rechtfertigen. Abschreckend wirken kann schliesslich die relativ lange Verfahrensdauer von Gerichtsprozessen.⁴⁵

In *materiell-rechtlicher Hinsicht* stellt die mangelnde Gerichtspraxis im zivilrechtlichen Diskriminierungsschutz ein Hindernis für den Zugang zur Justiz dar. In Konstellationen von diskriminierender Nichtanstellung oder Kündigung analysierte die Studie die Rechtsprechung seit 1990. Sie konnte zehn Fälle identifizieren, in denen allgemeine Rechtsprinzipien und Generalklauseln (wie Treu und Glauben, Rechtsmissbrauchsverbot, Persönlichkeitsschutz), die bei zivilrechtlichen Diskriminierungen Schutz gewähren können, zur Anwendung gelangten.⁴⁶ In anderen Konstellationen und im Bereich LGBTI gibt es jedoch im zivilrechtlichen Bereich soweit ersichtlich keine entsprechende Gerichtspraxis. Dies führt zu Rechtsunsicherheit und einer schwierigen Einschätzung der Prozesschancen, womit das Führen eines Prozesses mit relativ grossen Risiken verbunden ist. Diese Ausgangslage bietet Diskriminierungsoffern nur wenig Anreiz, sich auf das «Wagnis» eines Gerichtsprozesses einzulassen.

An dieser Stelle gilt es schliesslich festzuhalten, dass die Bedeutung gesetzlicher Grundlagen nicht auf das Führen eines Gerichtsverfahrens beschränkt ist. Die Interviews haben vielmehr aufgezeigt, dass klare und weithin bekannte rechtliche Grundlagen eine präventive Wirkung haben. Zudem dienen sie den in der Beratung tätigen Fachpersonen in der Öffentlichkeitsarbeit als Argumenta-

42 Gemäss Art. 336a Abs. 2 OR darf bei missbräuchlichen Kündigungen im Sinne von Art. 336 OR die vom Richter unter Würdigung aller Umstände festgesetzte Entschädigung den Betrag nicht übersteigen, der dem Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate entspricht.

43 Gemäss Art. 5 Abs. 4 GlG darf etwa die Entschädigung bei Diskriminierung in der Ablehnung einer Anstellung den Betrag von drei Monatslöhnen nicht übersteigen.

44 Gemäss Art. 11 Abs. 2 BehiG muss das Gericht bei der Festsetzung einer Entschädigung, die aufgrund einer verweigerten Dienstleistung Privater geschuldet ist (Art. 6 i.V.m. Art. 8 Abs. 3 BehiG), den Umständen, der Schwere der Diskriminierung und dem Wert der Dienstleistung Rechnung tragen. Die maximale Entschädigung beträgt jedoch lediglich CHF 5 000.–.

45 Siehe zusammenfassend Synthesebericht (Fn. 1), S. 3.

46 Siehe Teilstudie 8 (Fn. 11), Analyse der Rechtsprechung, S. 26 ff. sowie Synthesebericht (Fn. 1), S. 2.

tionsgrundlage sowie als Sensibilisierungsinstrument und können schliesslich auch als Druckmittel in aussergerichtlichen Verhandlungen eingesetzt werden.⁴⁷

4. Ausgewählte Empfehlungen

Gestützt auf die im Rahmen der Studie gemachten Erkenntnisse formulierte das SKMR Empfehlungen, die sich im Hinblick auf einen optimalen Diskriminierungsschutz aufdrängen. In Bezug auf die in diesem Beitrag präsentierten Resultate der Studie hat das SKMR namentlich folgende Empfehlungen erarbeitet:

- *Stärkung und Förderung der aussergerichtlichen Streitbeilegung:* Es hat sich gezeigt, dass aussergerichtliche Schlichtungs- und Streitbeilegungsverfahren oft besser geeignet sind als Gerichtsverfahren, um Konflikte im Diskriminierungskontext beizulegen. Deshalb empfiehlt die Studie eine Stärkung und Förderung dieser Gefässe, was insbesondere auch die Schaffung weiterer parlamentarischer Ombudsstellen in den Kantonen und in grösseren Gemeinden umfasst. Empfohlen wurde ausserdem auch die Prüfung der Errichtung einer aussergerichtlichen Mediations- und Schlichtungsstelle für Konflikte im Bereich der Rassendiskriminierung.⁴⁸
- *Sensibilisierung aller Beteiligten:* In Bezug auf die Diskriminierungsproblematik im Allgemeinen und betreffend die relevanten Rechtsnormen besteht ein Sensibilisierungs- und Ausbildungsbedarf. Die Studie empfiehlt, die bereits bestehenden Anstrengungen verschiedener Amtsstellen und Organisationseinheiten zu verstärken. Geprüft werden sollte zudem, ob auch stark marginalisierte Bevölkerungsgruppen wie Migrantinnen und Migranten von den Sensibilisierungsmassnahmen erreicht werden und zu den relevanten Informationen Zugang haben.⁴⁹
- *Verbesserung der Ressourcen:* Die Studie empfiehlt zu prüfen, wie die bestehenden Lücken geschlossen werden können. Besonders zentral erscheint die Schaffung von staatlichen oder staatlich unterstützten und mit genügenden personellen und finanziellen Ressourcen ausgestatteten Fach- und Beratungsstellen zur LGBTI-Thematik.⁵⁰
- *Verbesserung der Datenlage:* Zumindest in Teilbereichen wird die wirksame Durchsetzung des Diskriminierungsschutzes durch eine ungenügende Datenlage beeinträchtigt. Die Interviews mit Fachleuten ergaben, dass die Dunkelziffern in Bereichen wie häusliche Gewalt, Rassismus und Diskrimi-

47 Siehe Teilstudie 5 (Fn. 11), S. 41.

48 Siehe Synthesebericht (Fn. 1), S. 103.

49 Ibid.

50 Ibid., S. 103 f.

nierung von LGBTI-Menschen hoch sind. Die Situation von Transmenschen ist weitgehend unbekannt. Deshalb empfiehlt die Studie zu prüfen, wie die Erhebung diskriminierungsrelevanter Daten systematisiert und verstärkt werden könnte.⁵¹

Neben der Umsetzung dieser und weiterer Empfehlungen wurde dem Bund auch mit Blick auf verschiedene parlamentarische Vorstösse und Gesetzgebungsvorhaben empfohlen, einen Aktionsplan «Diskriminierungsverbote» in die Wege zu leiten. Dieser soll den in der Studie erarbeiteten Empfehlungen und Aktionsfeldern einen kohärenten Rahmen für Reformschritte und Gesetzesrevisionen bieten.⁵²

5. Abschliessende Bemerkungen

Zusammenfassend hat die Studie gezeigt, dass es für eine nachhaltige Verbesserung des Diskriminierungsschutzes notwendig ist, auf mehreren Ebenen gleichzeitig anzusetzen und die Aktivitäten nicht auf ein Handlungsfeld zu beschränken. Mit anderen Worten: Sowohl auf der Ebene der gesetzlichen Grundlagen als auch bei der Sensibilisierung der Betroffenen und der breiten Bevölkerung sowie bei der institutionellen Verankerung und Bekanntmachung von Beratungsstellen sind Aktivitäten notwendig, um den Status quo zu verbessern.⁵³

Der Bundesrat hat auf der Basis der vom SKMR erarbeiteten Studie am 25. Mai 2016 seinen Bericht zum Recht auf Schutz vor Diskriminierung in Erfüllung des Postulats Naef publiziert (nachfolgend: Bericht des Bundesrates).⁵⁴ Darin fasst er die Ergebnisse und Empfehlungen der Studie des SKMR zusammen und erläutert insbesondere, welche Empfehlungen nicht weiter verfolgt⁵⁵ und welche Empfehlungen vertieft geprüft werden.⁵⁶ Letztere betreffen in Bezug auf die in diesem Beitrag behandelten Themen folgende Aspekte:

51 Ibid., S. 104.

52 Ibid.

53 Siehe Teilstudie 5 (Fn. 11), S. 1.

54 Siehe die Medienmitteilung «Bundesrat will Diskriminierungsschutz punktuell verstärken» des Bundesamtes für Justiz vom 25.5.2016 und den Bericht des Bundesrates «Recht auf Schutz vor Diskriminierung. Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Naef 12.3543 vom 14. Juni 2016», abrufbar unter <<http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2016/2016-05-25.html>> (besucht am 25.11.2016).

55 Bericht des Bundesrates, S. 17 ff.

56 Ibid., S. 20 ff.; Kritisch zum Bericht humanrights.ch «Enttäuschender Bericht des Bundesrats zum Diskriminierungsschutz», abrufbar unter <<http://www.humanrights.ch/de/menschenrechte-schweiz/inneres/innenpolitik/bericht-bundesrat-diskriminierungsschutz>> (besucht am 25.11.2016).

- die kontinuierliche Aufgabe, Beteiligte über Schutz- und Beratungsmöglichkeiten bei Diskriminierungsfällen zu *sensibilisieren*, wobei die entsprechenden Massnahmen bereichsspezifisch erfolgen sollen;⁵⁷
- im Zusammenhang mit der *Erhebung diskriminierungsrelevanter Daten* unter anderem eine systematischere und vollständigere Erhebung von Daten im Bereich Gleichstellung von Frau und Mann und die Bereitschaft zu prüfen, ob und wie im Bereich LGBTI die Datenlage verbessert werden kann;⁵⁸
- verschiedene Massnahmen im Bereich LGBTI, die zu einem verstärkten Schutz vor Diskriminierung dieser vulnerablen und heute in vielen Bereichen nur unzureichend geschützten Personengruppen beitragen sollen. Der Bundesrat verweist insbesondere auf verschiedene, bereits laufende Projekte wie namentlich die Stiefkindadoption, die Gleichstellung der eingetragenen Partnerschaft und Ehe im Einbürgerungsverfahren und die Ausweitung des Schutzbereichs von Art. 261^{bis} Strafgesetzbuch (StGB)⁵⁹ betreffend die Diskriminierung wegen sexueller Orientierung.⁶⁰ Im Bereich Transmenschen hält er schliesslich im Zusammenhang mit der Änderung des Geschlechts im Zivilstandsregister fest, dass das Bundesamt für Justiz derzeit prüft, ob in dieser Hinsicht ein einfaches Verfahren auf Gesetzesstufe eingeführt werden soll.⁶¹

Es wird sich zeigen, wie diese Massnahmen umgesetzt werden, um die vielschichtigen und mitunter komplexen Herausforderungen bei der Bekämpfung von Diskriminierung in der Schweiz anzugehen.

57 Bericht des Bundesrates, Ziff. 4.3.4, S. 21 f.

58 Ibid., Ziff. 4.3.5, S. 22 f.

59 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937 (StGB; SR 311.0).

60 Bericht des Bundesrates, Ziff. 4.3.7, S. 23 f.

61 Ibid., S. 24 f.

Menschen mit Behinderungen – Rechtsschutz und Wirklichkeit

CAROLINE HESS-KLEIN

Inhaltsübersicht

1. Einleitende Bilder	63
2. Wer sind Menschen mit Behinderungen?	64
3. Die Grundlagen des Behindertengleichstellungsrechts	66
4. Effektiver Rechtsschutz für Menschen mit Behinderungen? Drei Beispiele	67
4.1 Beispiel 1 Zugang zum Kino	67
4.2 Beispiel 2 Neue Fahrzeuge des öffentlichen Verkehrs	70
4.3 Beispiel 3 Anpassungen bei Prüfungen	72
5. Ausblick	74

1. Einleitende Bilder

Der vorliegende Beitrag beleuchtet das Thema des Rechts von Menschen mit Behinderungen auf Rechtsschutz aus der Sicht der Praxis. Als Einstieg soll die Beschreibung eines Bildes dienen, das vor 26 Jahren aufgenommen wurde.¹ Auf diesem sieht man Menschen mit einer Körperbehinderung, welche die Treppen zum Capitol in Washington hinaufkriechen. Sie demonstrieren im Zusammenhang mit der Erarbeitung des nach wie vor weltweit umfassendsten nationalen Gesetzes zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen, des Americans with Disabilities Act.² Mit ihrer Aktion zeigen sie auf, dass sie keinen Zugang zu dem Ort hatten, an dem dieses Gesetz am Entstehen war.

Ergänzend dazu eine Illustration aus der Schweiz: Im Jahre 2013 hatte das Bundesgericht seinen ersten – und bisher einzigen – Fall zu beurteilen, in dem die Frage der Hindernisfreiheit im öffentlichen Verkehr aufgeworfen wurde.³ Unter den Parteien befand sich eine Person im Rollstuhl. Sie konnte zwar ins

1 Dieses Bild ist einsehbar unter <<http://www.disabilitymuseum.org/dhm/lib/catcard.html?id=492>> (zuletzt besucht am 9. März 2017).

2 Americans with Disabilities Act of 1990, 42 U.S.C. § 12101 et seq. Zur Entstehung dieses Gesetzes, insbesondere auch zur Rolle der Menschen mit Behinderungen und ihrer Organisationen, siehe die detaillierte Analyse von LENNARD J. DAVIS, *Enabling Acts: The Hidden Story of How the Americans with Disabilities Act Gave the Largest US Minority Its Rights*, Boston MA 2015.

3 BGE 139 II 289 (Dosto-Wagen).

Gebäude des Bundesgerichts gelangen. Zugang zum Urteilssaal erhielt sie jedoch nur mit Hilfe eines Angestellten, nachdem notfallmässig eine Rampe installiert worden war.

2. Wer sind Menschen mit Behinderungen?

In der Rechtswissenschaft hat sich der Begriff der Behinderung in den letzten 20 Jahren stark entwickelt.⁴ Ursprünglich als ausschliesslich individuelles Merkmal aus der Sicht der Medizin und der Fürsorge betrachtet, ist Behinderung mittlerweile als ein Zusammentreffen von persönlichen Beeinträchtigungen einerseits und gesellschaftlichen Barrieren⁵ andererseits anerkannt.

Das personenbezogene Verständnis hinter dem Konstrukt Behinderung kommt in einem Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahre 1987 zum Ausdruck. Den Begriff der Behinderung als solchen thematisiert das Bundesgericht nicht. Es kommt zum Schluss, dass der Beschwerdeführer «wegen seiner *Behinderung* die bestehende öffentliche Verkehrsverbindung (Biel-Täuffelen-Ins-Bahn) nicht benutzen (...)» konnte.⁶ Folgt man dem Bundesgericht, bleibt der betroffenen Person der Zugang zum öffentlichen Verkehr *aufgrund ihrer Behinderung* – als ausschliesslich individuelles Merkmal verstanden – versperrt.

Entsprechend dieser auf das Individuum bezogenen Definition von Behinderung erschöpfte sich die Antwort des Rechts auf Benachteiligungen, denen Menschen mit Behinderungen begegnen, lange Zeit – und nicht nur in der Schweiz – im Erlass von Sozialversicherungsgesetzen.⁷ In diesem Rahmen werden primär individuelle Lösungen oder Kompensationen für die Behinderung gesucht, wie unter anderem das Zusprechen einer Rente oder von Hilfsmitteln.

Eine ganz andere Herangehensweise – in der Literatur als revolutionärer Paradigmenwechsel⁸ qualifiziert – liegt der Konvention der Vereinten Nationen

4 Dazu MARKUS SCHEFER/CAROLINE HESS-KLEIN, Behindertengleichstellungsrecht, Bern 2014, S. 2–4 sowie 9–20.

5 Zu diesen siehe MARTHA C. NUSSBAUM, *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*, Harvard 2007, S. 188, sowie SANDRA FREDMAN, *Discrimination Law*, 2. Aufl., Oxford 2011, S. 95 ff.

6 BGE 113 V 22 E. 2c S. 25, Hervorhebung durch die Autorin hinzugefügt.

7 In der Schweiz insbesondere das Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (IVG; SR 831.20).

8 Dazu KLAUS LACHWITZ, Präambel, in: Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger (Hrsg.), *Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis*, Köln 2013, Rz. 9. In seinen Schlussbemerkungen zu den Staatenberichten hat der UNO-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen mehrere Staaten dafür kritisiert, dass sie ihre Gesetzgebung nicht an dieses gesellschaftliche Verständnis der Behinderung angepasst haben und ihre Begriffe der Behinderung nach wie vor defizitorientiert sind. Siehe etwa UNO-BRK Ausschuss, Schlussbemerkungen Deutschland (2015), CRPD/C/DEU/CO/1, Rz. 8.

für die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UNO-BRK)⁹ zugrunde. Zwar definiert Art. 2 der UNO-BRK unter dem Titel Begriffsbestimmungen weder «Person mit Behinderung»¹⁰ noch «Behinderung».¹¹ Ihre Präambel unterstreicht aber, dass eine Behinderung erst dann entsteht, wenn eine individuelle Beeinträchtigung auf Barrieren in der Gesellschaft trifft.¹² Zudem wird in Art. 1 Abs. 2 UNO-BRK umschrieben, wer unter dieser neuen Perspektive als Mensch mit Behinderung zu zählen ist, nämlich diejenigen «Menschen, die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können». In der Schweiz wurde auf Ebene des Landesrechts die gesellschaftliche Komponente von Behinderung ebenfalls anerkannt, sowohl durch das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung zum verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV)¹³ als auch durch den Bundesgesetzgeber beim Erlass des Behindertengleichstellungsgesetzes (BehiG).¹⁴

Zur Illustration des geschilderten Perspektivenwechsels dient schliesslich noch das folgende, etwas zugespitzte Beispiel, das in direktem Zusammenhang mit dem Tagungsthema steht: Eine gehörlose Person hat einen Gerichtstermin im Rahmen ihres Scheidungsverfahrens.¹⁵ Behindert *wird* sie, wenn für diesen

9 Übereinkommen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (SR 0.109). In der Schweiz ist das Übereinkommen am 15. Mai 2014 in Kraft getreten, AS 2014 1119. Siehe dazu die Botschaft des Bundesrates vom 19. Dezember 2012, BBl 2013 661.

10 Im Gegensatz dazu definiert zum Beispiel das Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (SR 0.107) in Art. 1, was unter dem Begriff Kind zu verstehen ist.

11 Dies ist Folge davon, dass sich die an der Erarbeitung der Konvention beteiligten Staaten nicht über einen Behinderungsbegriff zu einigen vermochten. Dazu LACHWITZ (Fn. 8), Rz. 9.

12 Präambel, lit. e UNO-BRK: «in der Erkenntnis, (...) dass Behinderung aus der Wechselwirkung zwischen Menschen mit Beeinträchtigungen und einstellungs- und umweltbedingten Barrieren entsteht, die sie an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern»; siehe dazu THERESIA DEGENER, Die UN-Behindertenrechtskonvention – ein neues Verständnis von Behinderung, in: Degener/Diehl (Hrsg.), Handbuch Behindertenrechtskonvention. Teilhabe als Menschenrecht – Inklusion als gesellschaftliche Aufgabe, Bonn 2015, S. 55–74.

13 Siehe BGE 135 I 49 E. 6.1 S. 59, wonach eine Behinderung nach Art. 8 Abs. 2 BV vorliegt, wenn «die betroffene Person in ihren körperlichen, geistigen oder psychischen Fähigkeiten auf Dauer beeinträchtigt ist und diese Beeinträchtigung schwerwiegende Auswirkungen auf elementare Aspekte ihrer Lebensführung hat».

14 Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2002 (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG; SR 151.3). Art. 2 Abs. 1 BehiG definiert einen Menschen mit Behinderung als eine «Person, der es eine voraussichtlich dauernde körperliche, geistige oder psychische Beeinträchtigung erschwert oder verunmöglicht, alltägliche Verrichtungen vorzunehmen, soziale Kontakte zu pflegen, sich fortzubewegen, sich aus- und weiterzubilden oder eine Erwerbstätigkeit auszuüben».

15 Siehe analog das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 26. November 2013, ZK 2013 551, in dem die Frage zu beurteilen war, wer die Kosten der Übersetzung der Gerichts-

Termin keine Übersetzung in die Gebärdensprache vorgesehen ist. Wird eine solche sichergestellt, ist die Betroffene, zumindest im Rahmen der Gerichtsverhandlung, nicht behindert.¹⁶

3. Die Grundlagen des Behindertengleichstellungsrechts

Der gesellschaftliche Aspekt der Behinderung wird vom *Behindertengleichstellungsrecht* erfasst. Dieses stellt in der Schweiz ein relativ neues, in Lehre sowie Rechtsprechung noch wenig durchleuchtetes Rechtsgebiet dar.¹⁷ Es umfasst insbesondere die UNO-BRK, das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung (Art. 8 Abs. 2 BV), den verfassungsrechtlichen Auftrag an den Gesetzgeber, Massnahmen zur Beseitigung der Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen vorzusehen (Art. 8 Abs. 4 BV) sowie das BehiG. Ergänzend und ausführend sind zahlreiche Vorschriften in der Spezialgesetzgebung des Bundes¹⁸ sowie in der Rechtsordnung der Kantone¹⁹ verankert.

Das Behindertengleichstellungsrecht will gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen autonom am gesellschaftlichen Leben teilhaben können

verhandlungen in die Gebärdensprache zu übernehmen habe, wenn eine der Parteien in einem Scheidungsverfahren gehörlos ist. Der zuständige Gerichtspräsident hatte den Kostenvorschuss zulasten des Betroffenen inkl. Gebärdendolmetscherkosten festgelegt. Dagegen erhob dieser Beschwerde, die vom Gericht gutgeheissen wurde.

16 Ein weiteres Beispiel für die gesellschaftliche Komponente der Behinderung stellt die Insel Martha's Vineyard dar, auf der als Folge eines genetischen Defekts lange Zeit jeder 150. Einwohner gehörlos war. Da Gebärdensprache auf der Insel fliessend verwendet wurde, stellte Gehörlosigkeit keine Behinderung dar und wurde auch nicht als solche betrachtet. Siehe dazu NORA ELLEN GROCE, *Everyone Here Spoke Sign Language*, Cambridge MA 1985, auf die SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 4), S. 4 bereits verweisen.

17 Siehe umfassend SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 4).

18 So trägt etwa Art. 16 Abs. 1 bis lit. a-c Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) dazu bei, die Grundversorgung im Bereich der Fernmeldedienste für Menschen mit einer Hör- oder Sehbehinderung zugänglich zu machen. Im Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 24. März 2006 (RTVG; 784.40) sind ebenfalls entsprechende Bestimmungen (Art. 7 Abs. 3 und 4; Art. 24 Abs. 3 sowie Art. 68. Abs. 1 lit. e) vorgesehen, durch die der Zugang dieser Menschen zu den Fernsehprogrammen sichergestellt werden soll. Art. 24c Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992 (Urheberrechtsgesetz, URG; SR 231.1) verfolgt das Ziel, den Zugang von Menschen mit einer Lesebehinderung zu geschützten veröffentlichten Werken zu erleichtern.

19 Siehe das Verbot der Diskriminierung in § 8, Abs. 3, der Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 23. März 2005 (KV/BS – SR/BS 111.100). Diese Bestimmung wurde konkretisiert durch § 62 et 62a Bau- und Planungsgesetz vom 17. November 1999 (BPG – SR/BS 730.100). Siehe auch Art. 16 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Genf vom 12. Oktober 2012 (KV/GE – SR/GE 131.234).

und nicht weiter diskriminiert werden.²⁰ Die Evaluation des BehiG (2015),²¹ die Studie des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte (SKMR, 2015) über den «Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen»²² sowie der Erste Bericht der Schweizer Regierung zur UNO-BRK (2016)²³ zeigen jedoch auf, dass der Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen nicht umfassend greift. Dies liegt einerseits an den zum Teil ungenügenden materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Grundlagen, andererseits aber auch an Schwierigkeiten bei ihrer Umsetzung in der Praxis.

Die Probleme, mit denen Menschen mit Behinderungen beim Zugang zum Recht konfrontiert sind, werden nachfolgend anhand von drei Beispielen aufgezeigt und kritisch gewürdigt.

4. Effektiver Rechtsschutz für Menschen mit Behinderungen? Drei Beispiele

4.1 Beispiel 1 Zugang zum Kino

A. ist Paraplegiker, seit mehr als 20 Jahren im Rollstuhl. Am 4. Oktober 2008 begab er sich allein in ein Kino in Genf, um einen Film anzusehen, der ausschliesslich in diesem Kino projiziert wurde. Der Kinosaal ist nur über Stufen zu erreichen und somit für Personen im Rollstuhl ohne Hilfe nicht zugänglich. Mit Hinweis auf interne Sicherheitsrichtlinien und die Gefahr einer schwierigen Evakuierung im Brandfall weigerte sich die Kinoangestellte, A. ein Eintrittsbillet zu verkaufen. Erfolglos argumentierte A., dass er vom Kinopersonal keine Hilfe verlange. Er wies zudem darauf hin, dass er das Risiko eingehen würde, unter den Zuschauern keine hilfsbereite Person zu finden und somit umsonst ein Ticket gekauft zu haben.

20 So die Zweckbestimmungen in Art. 1 Abs. 1 UNO-BRK sowie in Art. 1 Abs. 1 und 2 BehiG.

21 THERES EGGER, HEIDI STUTZ, JOLANDA JÄGGI, LIVIA BANNWART, THOMAS OESCH, TAREK NAGUIB, KURT PÄRLI, Evaluation des Bundesgesetzes über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen – BehiG, im Auftrag des Eidgenössischen Departementes des Innern – Generalsekretariat GS-EDI/Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (EBGB), Bern 2015, einsehbar unter <<https://www.edi.admin.ch/edi/de/home/fachstellen/ebgb/recht/schweiz/evaluation-des-behinderten-gleichstellungsgesetzes.html>> (zuletzt besucht am 9. März 2017).

22 IRENE GROHSMANN, Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, Teilstudie 4: Behinderung – Juristische Analyse, Bern Juli 2015, S. 70 ff.

23 Erster Bericht der Schweizer Regierung über die Umsetzung des Übereinkommens über die Rechte der Menschen mit Behinderungen vom 29. Juni 2016, einsehbar unter <<https://www.edi.admin.ch/edi/de/home/fachstellen/ebgb/recht/international0/uebereinkommen-der-uno-ueber-die-rechte-von-menschen-mit-behinde/staatenbericht.html>> (zuletzt besucht am 9. März 2017).

A. und Inclusion Handicap, der Dachverband der Behindertenorganisationen Schweiz²⁴, haben diesen Fall bis vor das Bundesgericht gezogen.²⁵ Sie rügten die Verletzung des in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), in der Bundesverfassung und im BehiG verankerten Verbotes, wegen einer Behinderung zu diskriminieren. Ihre Beschwerden wurden abgewiesen. Das Bundesgericht stellte sich auf den Standpunkt, dass keine Diskriminierung im Sinne von Art. 6 BehiG vorliege, da die Beweggründe des Kinos für das Zutrittsverbot nachvollziehbar seien.²⁶ Art. 6 BehiG verbietet Privaten die Diskriminierung von Menschen mit Behinderung. Im August 2013 hat A. mit Unterstützung von Inclusion Handicap den Fall – gestützt auf Art. 14 EMRK in Verbindung mit Art. 8 und 10 EMRK – an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) weitergezogen.²⁷ Der Entscheid des Gerichtshofs in diesem Fall steht noch an.

Dass A. und Inclusion Handicap in diesem Fall vor Bundesgericht nicht Recht erhielten, ist einerseits auf die Rechtsgrundlagen, andererseits auch auf deren Auslegung durch das Bundesgericht zurückzuführen. Nach Art. 3 lit. d der Behindertengleichstellungsverordnung (BehiV)²⁸ liegt eine Diskriminierung nach Art. 6 BehiG nur dann vor, wenn «Behinderte *besonders krass unterschiedlich und benachteiligend* (behandelt werden), mit dem Ziel oder der Folge, sie herabzuwürdigen oder auszugrenzen» (Hervorhebung durch Autorin). Dieses Ver-

24 <<https://www.inclusion-handicap.ch>>.

25 BGE 138 I 475 sowie Urteil des Bundesgerichts 4A_369/2012 vom 10. Oktober 2012.

26 Kritisiert wurde dieser Entscheid von MARKUS SCHEFER/CAROLINE HESS-KLEIN, Verbot der Diskriminierung von Menschen mit Behinderung durch private Dienstleistungsanbieter, in: Jusletter 25. Februar 2013.

27 Beschwerde vom 19. Juni 2013 Marc Glaisen gegen Schweiz, N° 40477/13. Der Beschwerdeführer macht darin geltend, dass die Schweiz ihre Verpflichtung nach Art. 14 EMRK in Verbindung mit Art. 8 und 10 EMRK, Menschen mit Behinderungen vor Diskriminierungen zu schützen, als Folge der engen Auslegung von Art. 6 BehiG durch das Bundesgericht verletzt hat. Der Sachverhalt berühre den Geltungsbereich von Art. 8 EMRK deshalb, weil durch das Urteil des Bundesgerichts ein Präzedenzfall geschaffen wurde, der auf alle privaten Anbieter öffentlich zugänglicher Dienstleistungen Wirkung entfaltet. Der Einfluss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erstreckte sich somit auf eine bedeutsame Anzahl alltäglicher Verrichtungen, die als Ganzes betrachtet entscheidend sind für die Frage der autonomen Teilhabe von Menschen mit Behinderungen am gesellschaftlichen Leben, wie sie auch durch Art. 8 EMRK geschützt wird. Wie auch in den Entscheiden des EGMR Botta v. Italy, 153/1996/772/973 (1998) sowie Zehnalová and Zenal v. Czech Republic, 38621/97 (2002) wirft die Beschwerde gegen die Schweiz die Frage der Tragweite der Verpflichtung des Staates nach Art. 8 EMRK auf, in Beziehungen zwischen Privaten zu intervenieren. Im Unterschied zu diesen zwei Entscheiden verfolgt die Beschwerde gegen die Schweiz jedoch nicht das Ziel, Private zu baulichen Anpassungen zu zwingen. Es werden vielmehr das Verhalten eines privaten Dienstleistungsanbieters und die diesbezügliche Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach keine Diskriminierung vorliegt, im Lichte von Art. 8 in Verbindung mit Art. 14 EMRK hinterfragt.

28 Verordnung über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen vom 19. November 2003 (Behindertengleichstellungsverordnung, BehiV; SR 151.31).

ständnis von Diskriminierung verkürzt jenes erheblich, das sich im Zusammenhang mit dem verfassungsrechtlichen Verbot der Diskriminierung in Art. 8 Abs. 2 BV entwickelt hat. Nach Art. 8 Abs. 2 BV sind nicht nur besonders intensive Benachteiligungen verboten. Das Verbot gilt vielmehr für jede Benachteiligung, die nicht durch qualifizierte Gründe gerechtfertigt werden kann.²⁹ Hinzu kommt, dass das Bundesgericht das Verbot der Diskriminierung von Art. 6 BehiG äusserst eng auslegt: Zur Beurteilung, ob eine besonders krasse Benachteiligung nach Art. 2 lit. d BehiV vorliegt, berücksichtigt es lediglich die Motive des Kinobetreibers. Es sei nachvollziehbar, dass dieser befürchte, im Falle eines Unfalles mit Vorwürfen konfrontiert zu werden. Das Zugangsverbot könne somit, so das Bundesgericht, nicht als besonders schockierend betrachtet werden. Es sei nicht Ausdruck mangelnder Toleranz und beabsichtige nicht, Menschen im Rollstuhl auszuschliessen.³⁰ In Widerspruch zur etablierten Rechtsprechung des EGMR übersieht es dabei, dass Diskriminierungen sehr oft auf sachlichen, keineswegs böswilligen Motiven beruhen. Die Diskriminierung liegt dann in den ausgrenzenden *Folgen* der vielleicht sogar wohlgemeinten Andersbehandlung vor.³¹

Im Zusammenhang mit diesem Beispiel und dem Thema «Menschen mit Behinderungen – Rechtsschutz und Wirklichkeit» stellt sich folgende Frage: Wieso handelt es sich bei diesem Fall um den bisher einzigen, in dem sich das Bundesgericht materiell zur Tragweite von Art. 6 BehiG zu äussern hatte, obschon das BehiG bereits seit 13 Jahren in Kraft ist?³² Eine mögliche Erklärung dafür wäre, dass Menschen mit Behinderungen nur äusserst selten durch Private diskriminiert werden. Die Gründe, wieso Menschen mit Behinderungen nicht häufiger ihr Recht nach Art. 6 BehiG vor Gericht geltend machen, sind jedoch andere: Liegt eine (besonders krasse) Diskriminierung nach Art. 6 BehiG in Verbindung mit Art. 2 lit. d BehiV vor, besteht gemäss Art. 8 Abs. 3 BehiG in Verbindung mit Art. 11 Abs. 2 BehiG lediglich ein Anspruch auf eine Entschädigung von maximal 5000 CHF.³³ Gestützt auf das BehiG kann die Beseitigung

29 Zur Tragweite von Art. 6 BehiG im Vergleich zum verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbot, siehe SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 4), S. 296–301.

30 BGE 138 I 475 E. 3.3.1 S. 481.

31 SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 26).

32 Am 20. März 2017 hat zum ersten Mal in der Schweiz ein Gericht eine Klage gestützt auf Art. 6 BehiG gutgeheissen. Diese war von drei Behindertenverbänden beim Kantonsgericht AR eingereicht worden gegen den Ausschluss einer Gruppe von fünf Kindern mit geistiger und körperlicher Behinderung aus einem öffentlich zugänglichen Heilbad. Das Bad hatte sich auf den Standpunkt gestellt, der Ausschluss rechtfertige sich deshalb, weil die Anwesenheit der Kinder mit Behinderungen die anderen Badegäste stören würde (K3z13_42). Siehe dazu die Medienmitteilung von Inclusion Handicap, einsehbar unter <<https://www.inclusion-handicap.ch/de/aktuelles/news/wegweisend-erstmalig-urteil-wegen-diskriminierung-von-menschen-mit-behinderungen-205.html> (zuletzt besucht am 31. März 2017).

33 Vgl. zum Ganzen SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 4), S. 301–309.

einer Diskriminierung beim Zugang zu einer Dienstleistung, die von Privaten angeboten wird, nicht gerügt werden.³⁴ Selbst wenn die Klage der betroffenen Person gutgeheissen wird, bleibt somit die Diskriminierung bestehen. Weder die in Art. 10 BehiG statuierte Unentgeltlichkeit des Verfahrens noch die Entschädigung vermögen die Angst einer von Diskriminierung betroffenen Person zu kompensieren, im Falle einer Niederlage die Anwaltskosten der Gegenpartei tragen zu müssen. Dies umso weniger, als selbst bei der Guttheissung einer Beschwerde die Diskriminierungssituation unverändert bleibt.

4.2 Beispiel 2 Neue Fahrzeuge des öffentlichen Verkehrs

Ein Unternehmen des öffentlichen Verkehrs will eine neue Gondelbahn bauen. Im Verfahren zur Genehmigung des Projektes durch das Bundesamt für Verkehr werden Pläne sowie technische Berichte aufgelegt. Als verbandsbeschwerdeberechtigte Organisation nach Art. 9 Abs. 3 lit. c BehiG überprüft Inclusion Handicap die Gesuchsunterlagen auf ihre Vereinbarkeit mit den technischen Voraussetzungen der Hindernisfreiheit, wie sie im BehiG sowie in zwei seiner Verordnungen (VböV und VAböV)³⁵ verankert sind. Inclusion Handicap muss jedoch feststellen, dass weder der technische Bericht noch die Pläne eine solche Beurteilung erlauben. Sie enthalten lediglich die sehr allgemeine Angabe, wonach die Anforderungen des Behindertengleichstellungsrechts durch das Bauvorhaben insgesamt eingehalten würden.

Kein anderer Bereich wird vom BehiG und seinen Verordnungen so ausführlich geregelt wie derjenige des öffentlichen Verkehrs. Mit dem Ziel, Menschen mit Behinderungen die autonome Benutzung des öffentlichen Verkehrs zu ermöglichen, enthalten VböV, VAböV sowie die zahlreichen weiteren Vorschriften, auf die sie verweisen, genaue technische Anforderungen, worauf beispielsweise bei Haltestellen, Fahrzeugen oder bei Schnittstellen dazwischen zu achten ist. Die Rechtsansprüche der von einer Benachteiligung betroffenen Menschen mit Behinderungen sowie diejenigen ihrer Organisationen sind in Art. 7 Abs. 2 und Art. 9 BehiG verankert. Auch der Zeitplan ist festgelegt: Nach Art. 22 Abs. 1 BehiG müssen bestehende Bauten und Anlagen sowie Fahrzeuge des öffentlichen Verkehrs bis spätestens 2023 behindertengerecht sein.

34 Dieser Weg wird zwar im Falle einer Persönlichkeitsverletzung durch Art. 28a ZGB eröffnet; diesbezüglich gibt es jedoch im Zusammenhang mit der Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen keine Rechtsprechung des Bundesgerichts.

35 Verordnung über die behindertengerechte Gestaltung des öffentlichen Verkehrs vom 12. November 2003 (VböV; SR 151.34); Verordnung des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) über die technischen Anforderungen an die behindertengerechte Gestaltung des öffentlichen Verkehrs vom 23. März 2016 (VAböV; SR 151.342).

Das Beispiel erstaunt umso mehr, als die Rechtsgrundlagen sehr detailliert sind. Es stellt jedoch keinen Einzelfall dar. Inclusion Handicap macht in den Fahrzeugzulassungs- und Plangenehmigungsverfahren immer wieder die Erfahrung, dass bestimmte Informationen nicht vorhanden sind, die für eine Überprüfung der materiellen Anforderungen des Behindertengleichstellungsrechts und für den Entscheid betreffend Geltendmachung der Rechtsansprüche nach Art. 9 BehiG erforderlich sind. Dies gilt beispielsweise auch im Falle der Beschaffung von Busfahrzeugen in einer Bergregion: Im Zulassungsverfahren fehlen die Angaben, die die Beurteilung erlauben würden, warum es ausnahmsweise gerechtfertigt sein könnte, Hochflurbusse – die für Menschen mit einer Gehbehinderung schwer zugänglich sein können – anzuschaffen. Inclusion Handicap erhält zwar Einsicht in sämtliche Akten, doch diese erlauben nur fragmentarisch zu überprüfen, inwiefern die geplante Seilbahn oder das Busfahrzeug mit den Anforderungen des Behindertengleichstellungsrechts vereinbar sind.

Der lange Weg zum Rechtsschutz von Menschen mit Behinderungen beginnt in solchen Fällen damit, dass – gestützt auf den Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV – ein Gesuch um Akteneinsicht gestellt werden muss. Weil Inclusion Handicap vermutet, dass das Gemeinwesen (Bundesamt für Verkehr, Kantone, Gemeinden) in solchen Fällen selbst nicht im Besitz aller nötigen Akten ist, wird dabei insbesondere auf die Aktenführungspflicht der zuständigen Behörde hingewiesen. Diese soll sicherstellen, dass der Anspruch auf Akteneinsicht einer Partei nicht ins Leere läuft und verpflichtet die Behörde, alles in den Akten festzuhalten, was zur Sache gehört.³⁶

Die Diskrepanz zwischen dem klaren und detaillierten Anspruch auf Ebene der Rechtsgrundlagen einerseits und der Möglichkeit der Menschen mit Behinderungen und ihren Organisationen, ihre Rechte im Alltag durchzusetzen, andererseits, wird in diesem zweiten Beispiel plastisch aufgezeigt. Es macht zudem deutlich, wie zentral die Bedeutung des Verbandsbeschwerderechts für den Zugang von Menschen mit Behinderungen zum Recht ist. Zwar ist es nach Art. 8 Abs. 2 BV sowie Art. 5 BehiG von Amtes wegen Pflicht der jeweiligen Behörde, die Einhaltung des Behindertengleichstellungsrechts sicherzustellen. Die Evaluation des BehiG hat jedoch gezeigt, dass die zuständigen staatlichen Stellen sich dieser Verantwortung noch wenig bewusst sind und dass die Interventionen der Betroffenen und ihrer Organisationen ein nötiges Korrektiv darstellen. Das Konsultieren von technischen Berichten und Plänen ist gerade in den Bereichen Bau und öffentlicher Verkehr im Hinblick auf eine frühzeitige Intervention wichtig, um die Hindernisfreiheit sicherzustellen. Öffentliche Bauten und Verkehrsmittel

36 GEROLD STEINMANN, St. Galler Kommentar zu Art. 29 BV, 3. Aufl., Zürich 2014, Rz. 55; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, Bern 2008, S. 877; BGE 130 II 473 E. 4.1 S. 477.

können für Menschen mit Behinderungen nach wie vor – trotz entsprechender Verpflichtungen gemäss verfassungsrechtlicher Verfahrensgarantien und Behindertengleichstellungsrecht – aus unterschiedlichen Gründen unzugänglich sein, etwa weil sie für eine blinde Person nicht lesbar sind. Behindertenverbände verfügen in der Regel über die erforderlichen Ressourcen sowie das nötige Fachwissen, um ein entsprechendes Verfahren bewältigen zu können.

4.3 Beispiel 3 Anpassungen bei Prüfungen

D. studiert Geschichte an einer Schweizer Universität. Er ist Dyslexiker und braucht als Folge davon im Durchschnitt ein Drittel mehr Zeit als die anderen Studierenden, um einen Text zu lesen sowie zu verfassen. Im Hinblick auf anstehende Prüfungen stellt er deshalb, gestützt auf ein Arztzeugnis, bei der zuständigen Stelle ein Gesuch um Verlängerung der Prüfungszeit bei schriftlichen Prüfungen. Dieses wird abgelehnt.

Der Sachverhalt, der als Grundlage für dieses letzte Beispiel diene, stammt ebenfalls aus der Praxis von Inclusion Handicap. Auch er stellt keinen Einzelfall dar. Dies mag angesichts des auch für den Bildungsbereich geltenden verfassungsrechtlichen Verbots der Diskriminierung wegen einer Behinderung und seiner Konkretisierung durch das Bundesgericht sowie das Bundesverwaltungsgericht erstaunen.³⁷ Das verfassungsrechtliche Verbot ist unter anderem auch tangiert, wenn eine vor Diskriminierung geschützte Gruppe überproportional³⁸ oder besonders intensiv³⁹ von einer *Gleichbehandlung* betroffen ist. Eine solche mittelbare Diskriminierung kann nur durch qualifizierte, nicht diskriminierende Gründe gerechtfertigt werden und ist nur im Rahmen der Verhältnis-

37 Für Bildungsangebote im Kompetenzbereich des Bundes ist der Anspruch von Menschen mit Behinderungen zudem auch auf gesetzlicher Ebene verankert sowie konkretisiert: Nach Art. 2 Abs. 5 BehiG liegt eine Benachteiligung bei der Inanspruchnahme von Aus- und Weiterbildung insbesondere vor, wenn die Verwendung behindertenspezifischer Hilfsmittel oder der Beizug notwendiger persönlicher Assistenz erschwert werden (lit. a); zudem auch, wenn die Dauer und Ausgestaltung des Bildungsangebots sowie Prüfungen den spezifischen Bedürfnissen Behinderter nicht angepasst sind (lit. b). Dem betroffenen Menschen mit Behinderung steht nach Art. 8 Abs. 2 BehiG ein Rechtsanspruch auf Unterlassung und Beseitigung zu.

38 ANDREAS RIEDER, Indirekte Diskriminierung, Bern 2003, S. 232–235 sowie BGE 126 II 377 E. 6c-d S. 393 f.; BGE 135 I 49 E. 4.1. In der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts, siehe BGE 141 I 241 E. 4.3.2 S. 252; in der Rechtsprechung des EGMR, siehe D.H. v. Czech Republic [GC], 57325/00 (2007), § 190 ff.

39 RAINER J. SCHWEIZER, St.Galler Kommentar zu Art. 8 BV, 3. Aufl., Zürich 2014, Rz. 51; ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI, MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Band II «Les droits fondamentaux», 3. Aufl., Bern 2013, n°1109; in der Rechtsprechung des Bundesgerichts, siehe BGE 126 II 377.

mässigkeit zulässig.⁴⁰ Aus Art. 8 Abs. 2 BV ergibt sich für den Staat – im vorliegenden Beispiel für die Universität – die grundrechtliche Pflicht, von Amtes wegen zur Verhinderung einer mittelbaren Diskriminierung kompensatorische Massnahmen zu treffen. Auf diese hat die betroffene Person mit Behinderung einen individualrechtlichen Anspruch.⁴¹ Gemäss Rechtsprechung des Bundes- und des Bundesverwaltungsgerichts sind im Rahmen von Prüfungen verschiedene Anpassungsmassnahmen möglich, zum Beispiel eine Verlängerung der Prüfungsdauer, besondere Prüfungsformen (mündliche statt schriftliche Prüfungen), die Möglichkeit, die Prüfung in einem separaten Raum zu machen oder das Beiziehen von Hilfsmitteln.⁴²

Seit dem 15. Mai 2014 kommt zudem Art. 24 Abs. 1 UNO-BRK⁴³ zur Anwendung. Er verbietet Diskriminierungen wegen einer Behinderung im Bildungsbereich ausdrücklich und verpflichtet das Gemeinwesen – in Verbindung mit Art. 2 Abs. 3 und 4 UNO-BRK –, positive Massnahmen zu deren Beseitigung zu ergreifen.⁴⁴

Dieses dritte Beispiel zeigt jedoch, dass den Bildungsinstitutionen die Verpflichtung zur Behebung einer mittelbaren Diskriminierung durch Anpassungsmassnahmen trotz klarer Rechtsgrundlagen und Rechtsprechung keineswegs immer bekannt ist. Vielmehr sind betroffene Menschen mit Behinderungen bei der Ablehnung ihres Gesuchs um Nachteilsausgleich regelmässig mit pauschalen Argumenten konfrontiert – etwa mit dem Hinweis auf organisatorische Schwierigkeiten oder Probleme der Rechtsgleichheit im Verhältnis zu den anderen Studierenden. Diese vermögen keineswegs der verfassungsrechtlichen Anforderung einer qualifizierten Rechtfertigung zu genügen. Ihr Recht auf Anpassungsmassnahmen im Bildungsbereich müssen Menschen mit Behinderungen immer wieder erkämpfen. Dabei sind sie meistens auf Rechtsberatung sowie Rechtsvertretung angewiesen. Dies kann für sie je nach Lauf des Verfah-

40 SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 4), S. 23.

41 SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 4), S. 26.

42 In der Rechtsprechung des Bundesgerichts, siehe Urteil 2D_22/2012 (2012) E. 6.3; Urteil 2D_7/2011 (2011) E. 3.2.; in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, siehe grundlegend BVGE 2008/64 E. 5.2.2.

43 Im General Comment zu Art. 24 hat der UNO-BRK Ausschuss versucht, die aus diesen Bestimmungen folgenden Verpflichtungen zu konkretisieren. Im Wesentlichen handelt es sich jedoch um eine Darstellung der Benachteiligungen, auf die Menschen mit Behinderungen weltweit im Bildungsbereich stossen, siehe General Comment No. 4 (2016) Article 24: Right to inclusive education CRPD/C/GC/4, 2. September 2016.

44 Im Gutachten zuhanden des Eidgenössischen Departements des Inneren zu den Konsequenzen der UNO-BRK für die Schweiz wird die direkte Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbotes nach Art. 24 Abs. 1 UNO-BRK bejaht, siehe WALTER KÄLIN/JÖRG KÜNZLI/JUDITH WYTTEBACH/ANNINA SCHNEIDER/SABIHA AKAGÜNDÜZ, Mögliche Konsequenzen einer Ratifizierung der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen durch die Schweiz, Bern 2008, S. 87.

rens beträchtliche finanzielle Konsequenzen haben, es sei denn, sie können einen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege geltend machen, auf die unentgeltliche Unterstützung von Inclusion Handicap zurückgreifen oder verfügen über eine Rechtsschutzversicherung, die solche Fälle abdeckt.

5. Ausblick

Die Beispiele aus der täglichen Arbeit von Inclusion Handicap veranschaulichen die Erkenntnisse sowohl der BehiG-Evaluation⁴⁵ als auch der SKMR-Studie «Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen»⁴⁶, wonach der Zugang von Menschen mit Behinderungen zum Recht erschwert ist.

Auch der UNO-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen hat im Rahmen des Staatenberichtsverfahrens zahlreiche Benachteiligungen festgestellt, mit welchen diese beim Zugang zur Justiz, der durch Art. 13 UNO-BRK⁴⁷ garantiert ist, konfrontiert werden. So seien der Judikative in vielen Ländern die völkerrechtlichen Verpflichtungen betreffend Menschen mit Behinderungen zu wenig bekannt.⁴⁸ Diese würden entsprechend ungenügend umgesetzt.⁴⁹ Rechtliche Verpflichtungen zur Anpassung der Verfahren fehlten,⁵⁰ und der Zugang zu Gerichtsgebäuden sowie zur darin stattfindenden Kommunikation sei nicht gewährleistet.⁵¹ Der UNO-Ausschuss empfiehlt den Vertragsstaaten in seinen Abschliessenden Bemerkungen unter anderem, Mitarbeitende der Judikative zu den UNO-BRK Verpflichtungen zu schulen.⁵² Er schlägt vor, Aktions-

45 BehiG Evaluation (Fn. 21), S. 288–291.

46 Studie Zugang zur Justiz (Fn. 22), S. 70 ff.

47 Zur Tragweite von Art. 13 UNO-BRK, siehe EILIONÓR FLYNN, *Disabled Justice? Access to Justice and the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Surrey/Burlington VT 2015.

48 UNO-BRK Ausschuss, Abschliessende Bemerkungen Ecuador, CRPD/C/ECU/CO/1 (2014) Rz. 26; Abschliessende Bemerkungen Deutschland, CRPD/C/DEU/CO/1 (2015) Rz. 27b; Abschliessende Bemerkungen Italien, CRPD/C/ITA/CO/1 (2016) Rz. 29.

49 UNO-BRK Ausschuss, Abschliessende Bemerkungen Deutschland, CRPD/C/DEU/CO/1 (2015) Rz. 27c.

50 UNO-BRK Ausschuss, Abschliessende Bemerkungen Ecuador, CRPD/C/ECU/CO/1 (2014), Rz. 26; Abschliessende Bemerkungen Europäische Union, CRPD/C/EU/CO/1 (2015) Rz. 38; Abschliessende Bemerkungen Deutschland, CRPD/C/DEU/CO/1 (2015) Rz. 27a; Abschliessende Bemerkungen Portugal, CRPD/C/ITA/CO/1 (2016) Rz. 30; Abschliessende Bemerkungen Slowakei, CRPD/C/SVK/CO/1 (2016) Rz. 40 (mit Hervorhebung der Menschen mit einer geistigen Behinderung).

51 UNO-BRK Ausschuss, Abschliessende Bemerkungen Deutschland, CRPD/C/DEU/CO/1 (2015) Rz. 27b; Abschliessende Bemerkungen Italien, CRPD/C/ITA/CO/1 (2016) Rz. 31; Abschliessende Bemerkungen Thailand, CRPD/C/THA/CO/1 (2016) Rz. 27.

52 UNO-BRK Ausschuss, Abschliessende Bemerkungen Ecuador, CRPD/C/ECU/CO/1 (2014) Rz. 27a; Abschliessende Bemerkungen Europäische Union, CRPD/C/EU/CO/1 (2015) Rz. 39; Abschliessende Bemerkungen Deutschland, CRPD/C/DEU/CO/1 (2015) Rz. 28c; Abschlies-

pläne zu erarbeiten mit dem Ziel, die Zugänglichkeit zu Gerichtsgebäuden und zu rechtssprechenden Behörden wie auch zur Kommunikation bei Verhandlungen zu verbessern – zum Beispiel im Hinblick auf gehörlose Menschen oder Menschen mit einer geistigen Behinderung.⁵³ Der Ausschuss regt ebenfalls an, diejenigen Verfahrens Anpassungen vorzunehmen, die nötig sind, um Menschen mit Behinderungen einen effektiven Zugang zur Justiz zu garantieren. Dabei geht es um Gebärdensprachdolmetscher, Dokumente in Braille oder in Leichter Sprache etc.⁵⁴

Art. 8 Abs. 2 und 4 BV verpflichten den schweizerischen Gesetzgeber seit dem Inkrafttreten der Bundesverfassung von 1999, also seit 17 Jahren, Massnahmen zur Beseitigung der Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen vorzusehen. Soweit der erschwerte Zugang von Menschen mit Behinderungen zum Recht durch die fehlenden oder ungenügenden Rechtsgrundlagen verursacht wird, sind sowohl der Bund als auch die Kantone in ihrem jeweiligen Kompetenzbereich aufgefordert, die nötigen Anpassungen vorzunehmen. Die konsequente Überprüfung der Rechtsgrundlagen auf allen Ebenen des Gemeinwesens und, bei Bedarf, ihre Änderung oder Ergänzung wird auch auf völkerrechtlicher Ebene ausdrücklich und für alle Lebens- und Sachbereiche von Art. 4 Abs. 1 lit. a-b sowie Abs. 5 UNO-BRK verlangt.

Diese systematische Berücksichtigung der Rechte von Menschen mit Behinderungen im Gesetzgebungsverfahren ist, wie die Erfahrung der Dachorganisation Inclusion Handicap zeigt, bisher zu kurz gekommen: So hat Inclusion Handicap seit 2005 in 55 Vernehmlassungsverfahren auf Bundesebene Stellung

sende Bemerkungen Italien, CRPD/C/ITA/CO/1 (2016) Rz. 30 (mit besonderer Hervorhebung des Rechts von Menschen mit Behinderungen auf Achtung der Wohnung und der Familie nach Art. 23 UNO-BRK, welcher die Vertragsstaaten verpflichtet, wirksame und geeignete Massnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen zu treffen in allen Fragen, die Ehe, Familie, Elternschaft und Partnerschaften betreffen); Abschliessende Bemerkungen Portugal, CRPD/C/ITA/CO/1 (2016) Rz. 31; Abschliessende Bemerkungen Slowakei, CRPD/C/SVK/CO/1 (2016) Rz. 42 (mit Hervorhebung unter anderem des Anspruchs auf gleiche Anerkennung vor dem Recht nach Art. 12 UNO-BRK).

53 UNO-BRK Ausschuss, Abschliessende Bemerkungen Ecuador, CRPD/C/ECU/CO/1 (2014) Rz. 27b; Abschliessende Bemerkungen Deutschland, CRPD/C/DEU/CO/1 (2015) Rz. 28a; Abschliessende Bemerkungen Thailand, CRPD/C/THA/CO/1 (2016) Rz. 28.

54 UNO-BRK Ausschuss, Abschliessende Bemerkungen Ecuador, CRPD/C/ECU/CO/1 (2014) Rz. 27c; Abschliessende Bemerkungen Europäische Union, CRPD/C/EU/CO/1 (2015) Rz. 39; Abschliessende Bemerkungen Deutschland, CRPD/C/DEU/CO/1 (2015) Rz. 28b (mit besonderer Erwähnung von Menschen mit psychischer oder geistiger Behinderung, Menschen mit einer Hörsehbehinderung sowie Kindern mit Behinderungen); Abschliessende Bemerkungen Italien, CRPD/C/ITA/CO/1 (2016) Rz. 32; Abschliessende Bemerkungen Portugal, CRPD/C/ITA/CO/1 (2016) Rz. 31; Abschliessende Bemerkungen Slowakei, CRPD/C/SVK/CO/1 (2016) Rz. 41 (mit Hervorhebung der Menschen mit einer geistigen Behinderung).

genommen,⁵⁵ mit Hinweis auf die Anpassungen, die zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen vorgenommen werden müssten.⁵⁶ In kaum einem dieser Verfahren waren diese von Amtes wegen mitberücksichtigt worden.⁵⁷

Am 11. Januar 2017 veröffentlichte das Eidgenössische Departement des Inneren (EDI) einen Bericht zur Entwicklung einer Behindertenpolitik.⁵⁸ Dieser sieht diverse Massnahmen vor, welche zur Förderung der Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen sowie der Vernetzung der diversen Akteure und ihrer Koordination beitragen sollen. Darüber hinaus – und weit entfernt von einem umfassenden Plan zur Umsetzung der völker- und verfassungsrechtlichen Verpflichtungen im Bereich der Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen und zur Verbesserung ihres Zugangs zum Recht – beschränken sich die skizzierten Massnahmen im Wesentlichen auf den Bereich der Arbeit.

Der Bundesrat hat den Bericht zur Kenntnis genommen und dabei ausdrücklich anerkannt, dass Menschen mit Behinderungen nach wie vor an zahlreichen

55 In dieser Zahl mit eingerechnet sind auch alle Stellungnahmen, die von der Fachstelle Égalité Handicap von 2005–2014 erarbeitet worden sind, bevor sie von der Dachorganisation Inclusion Handicap im Januar 2015 übernommen worden ist.

56 Die Vernehmlassungsstellungnahmen können konsultiert werden auf <<https://www.inclusion-handicap.ch/de/politik/gleichstellung-weitere-positionen-88.html>> (zuletzt besucht am 9. März 2017). Inwiefern das Vernehmlassungsverfahren, welches an sich prädestiniert ist, um die Bedürfnisse von Menschen mit Behinderungen bei der Bearbeitung einer Gesetzesvorlage miteinzubeziehen, den Anforderungen von Art. 4 Abs. 3 UNO-BRK nach einem engen Einbezug der Behindertenverbände zu genügen vermag, wird hier offengelassen. Demnach müssen die Vertragsstaaten bei der Ausarbeitung und Umsetzung von Rechtsvorschriften und politischen Konzepten zur Durchführung der UNO-BRK und bei anderen Entscheidungsprozessen in Fragen, die Menschen mit Behinderungen betreffen, enge Konsultationen mit den Menschen mit Behinderungen über die sie vertretenden Organisationen führen und sie aktiv einbeziehen.

57 Die Revision des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110), die im November 2015 in die Vernehmlassung geschickt wurde, stellt ein gutes Beispiel dar. Zwar verfolgte das Bundesamt für Justiz selbstverständlich nicht die Absicht, Menschen mit Behinderungen beim Zugang zum Bundesgericht (weiterhin) auszugrenzen. Es wurde aber vergessen, dass die Notwendigkeit der Erwähnung der Bedürfnisse von Menschen mit Behinderungen im Rahmen der Überarbeitung des Bundesgerichtsgesetzes zumindest geprüft werden müsste, etwa bei den Vorschriften zur Infrastruktur (Art. 25a BGG) oder der Information betreffend die Rechtsprechung (Art. 27 BGG), aber auch im Zusammenhang mit den Rechtsschriften (Art. 42 BGG), der Eröffnung des Entscheides (Art. 60 BGG) und dem Schriftenwechsel (Art. 102 BGG). Der Vernehmlassungsentwurf kann auf <https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2600/Revision-des-Bundesgerichtsgesetzes_Entwurf_de.pdf> (zuletzt besucht am 9. März 2017) konsultiert werden, die Stellungnahme von Inclusion Handicap auf der Website des Dachverbandes (Fn. 56).

58 Der Bericht sowie die entsprechende Medienmitteilung des Bundesrates können konsultiert werden auf <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-65220.html>> (zuletzt besucht am 9. März 2017).

Lebensbereichen nicht autonom teilhaben können. Er hat dem EDI den Auftrag erteilt, die vorgesehenen Massnahmen mit den Kantonen und Behindertenverbänden zu vertiefen und ihm den Bericht bis Ende 2017 erneut zu unterbreiten.⁵⁹

Eine kohärente Behindertenpolitik, wie sie Nationalrat Christian Lohr bereits 2013 in einem Postulat verlangt hatte,⁶⁰ muss auf dem Anwendungsbereich der UNO-BRK aufbauen. Sie darf sich inhaltlich nicht auf das Thema Arbeit beschränken. Der Zugang zur Arbeit stellt zwar eine wichtige, jedoch keineswegs die einzige Voraussetzung für eine gleichberechtigte und autonome Teilhabe von Menschen mit Behinderungen am gesellschaftlichen Leben dar. Durch die Schaffung einer Behindertenpolitik ist unter anderem sicherzustellen, dass sowohl auf Bundes- als auch auf kantonaler Ebene die erwähnten Benachteiligungen behoben werden, mit welchen Menschen mit Behinderungen beim Zugang zum Recht konfrontiert sind. Dazu gehört insbesondere, dass in allen Lebens- und Sachbereichen die für die Frage der Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen relevanten Rechtsgrundlagen überprüft und, bei Bedarf, angepasst werden.

Doch nicht nur der Staat, sondern auch die Behindertenverbände tragen bei der Umsetzung der aus Völkerrecht und Bundesverfassung fliessenden Verpflichtungen eine Verantwortung. Im Zusammenhang mit den oben aufgeführten Beispielen wurde die Bedeutung des Verbandsbeschwerderechts für den Zugang von Menschen mit Behinderungen zum Recht hervorgehoben. Durch einen verstärkten Gebrauch dieses Instruments können die Behindertenorganisationen einen wesentlichen Beitrag zur Entwicklung der Rechtsprechung im Bereich des Behindertengleichstellungsrechts leisten. Indem die Entwicklung der Rechtsprechung der Konkretisierung allgemeiner Rechtssätze dient, erhöht sie die Rechtssicherheit für die Menschen mit Behinderungen sowie für die Verpflichteten – so etwa bei allgemeinen Grundsätzen wie der Verhältnismässigkeit nach Art. 11 und 12 BehiG. Dies erscheint angesichts der Pionierzeit, in der wir uns in der Schweiz im Zusammenhang mit dem Behindertengleichstellungsrecht nach wie vor befinden, mehr als gerechtfertigt und dringend nötig.

59 Medienmitteilung des Bundesrates (Fn. 58).

60 Postulat Lohr vom 13. Dezember 2013, 13.4245.

Polizeiliche und strafrechtliche Massnahmen gegen häusliche Gewalt – Wirkung und Praxis

CHRISTIAN SCHWARZENEGGER/RAHEL OTT

Inhaltsübersicht

1. Verbreitung häuslicher Gewalt in der Schweiz	79
2. Überblick über die strafrechtlichen Instrumente	80
3. Überblick über die weiteren rechtlichen Instrumente	82
4. Polizeiliche Schutzmassnahmen in Fällen häuslicher Gewalt . .	83
5. Methode und erhobene Daten	85
6. Ergebnisse	86
7. Fazit	89

1. Verbreitung häuslicher Gewalt in der Schweiz

In den letzten 30 Jahren wurden in der Strafverfolgung und Gesetzgebung mehrere Weichenstellungen vorgenommen, um Opfer von häuslicher Gewalt besser zu schützen und auf häusliche Gewalt adäquat und schnell zu reagieren. War man sich in den 1980er Jahren über die Häufigkeit und Verbreitung häuslicher Gewalt noch weitgehend im Unklaren, ergab sich aus Opferbefragungen ein deutliches Bild: Eine beträchtliche Anzahl von Personen – vor allem Frauen und in beschränkterem Ausmass Kinder – sind von physischer, psychischer oder sexueller Gewalt betroffen. 10 bis 20% der befragten Frauen geben an, während ihres Lebens mindestens einmal körperliche oder sexuelle Gewalt im häuslichen Kontext erlitten zu haben. Die Zahlen steigen, wenn man in die Untersuchung auch psychische Formen von Gewalt miteinbezieht.¹ Unter den Opfern gibt es überdurchschnittlich viele Mehrfachopfer, was auf dauerhafte Gewaltkonstellationen in diesen Familien und Paarbeziehungen hindeutet.

Seit 2009 liegen auch aus der vereinheitlichten Polizeilichen Kriminalstatistik (PKS) des Bundesamts für Statistik Daten über das sogenannte Hellfeld der häuslichen Gewalt vor (alle der Polizei bekannten und von ihr registrierten Straftaten, die in der Kriminalstatistik erfasst werden). Sie weisen in die gleiche Richtung wie die erwähnten Befragungen. 40% aller in der Schweiz polizeilich

1 Da die auf psychische Gewalt ausgerichteten Fragen sehr weit gefasst und die damit erfassten Handlungen nicht alle strafrechtlich relevant sind, ist diese Kategorie unscharf.

registrierten Gewaltdelikte spielen sich in bestehenden oder aufgelösten familiären oder partnerschaftlichen Beziehungen ab. Von diesen rund 16 000 Straftaten entfallen 10 bis 15% auf den Kanton Zürich. Das Risiko, Opfer häuslicher Gewalt zu werden, ist über die Geschlechter unterschiedlich verteilt. Während Männer eher im Ausgang oder im beruflichen Kontext Opfer von Gewalt werden, trifft es Frauen überdurchschnittlich im häuslichen Bereich. Entsprechend sind rund 75% aller Opfer häuslicher Gewalt Frauen, während 80% der Täter männlichen Geschlechts sind.²

2. Überblick über die strafrechtlichen Instrumente

Tabelle 1 zeigt die im geltenden Strafrecht verankerten Bestimmungen, die sich gegen häusliche Gewalt richten. An erster Stelle stehen alle allgemeinen oder spezifisch auf häusliche Gewalt ausgerichteten Straftatbestände.³ Wiederholte Tötlichkeiten (Art. 126 Abs. 2 Schweizerisches Strafgesetzbuch, StGB), die einfache Körperverletzung (Art. 123 Ziff. 2 Abs. 3–5 StGB) und die Drohung (Art. 180 Abs. 2 StGB) im häuslichen Bereich und in Partnerbeziehungen sind seit 1. April 2004 von Amtes wegen zu verfolgen. Dabei ermöglicht Art. 55a StGB eine Sistierung des Strafverfahrens, wenn das Opfer die zuständige Staatsanwaltschaft darum ersucht oder einem entsprechenden Antrag der letzteren zustimmt. Falls das Opfer seine Zustimmung zur Sistierung nicht widerruft, wird das Strafverfahren nach sechs Monaten eingestellt. Dieser Mechanismus führt im Kanton Zürich in schätzungsweise 80 bis 90% der Fälle von mehrfachen Tötlichkeiten, einfacher Körperverletzung, Nötigung und Drohung, in denen Art. 55a StGB anwendbar ist, zu einer Einstellung. Ohne Strafbefehl oder Strafurteil fallen aber auch die weiteren strafrechtlichen Instrumente dahin, konkret: das Kontakt- und Rayonverbot im Rahmen von Weisungen (Art. 44 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 94 StGB) oder das Kontakt- und Rayonverbot gemäss Art. 67b ff. StGB.

2 Vgl. zum Ganzen die Detailinformationen in CHRISTIAN SCHWARZENEGGER/RAHEL FISCHBACHER/MIRJAM LOEWE-BAUR/JASMINE STÖSSEL, Häusliche Gewalt, rechtliche Instrumente zum Schutz der Opfer und ihre Wirksamkeit – unter besonderer Berücksichtigung des polizeilichen Gewaltschutzes, in: Schwarzenegger/Nägeli (Hrsg.), 7. Zürcher Präventionsforum – Häusliche Gewalt, Zürich 2015, S. 13 ff.; Weiterführend Bundesamt für Statistik BFS, Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS) – Jahresberichte der Jahre 2009 bis 2015; GILLIOZ, LUCIENNE/DE PUY, JACQUELINE/DUCRET, VÉRONIQUE, Domination et violence envers la femme dans le couple, Lausanne 1997; KILLIAS MARTIN/SIMONIN, MATHIEU/DE PUY, JACQUELINE, Violence experienced by women in Switzerland over their lifespan – Results of the International Violence against Women Survey (IVAWS), Bern 2004.

3 Eine Liste aller relevanten Straftatbestände findet sich in ISABEL ZODER, Polizeilich registrierte häusliche Gewalt – Übersichtspublikation, Bundesamt für Statistik (BFS), Neuchâtel 2012, und SCHWARZENEGGER ET AL. (Fn. 2), S. 16 f.

Tabelle 1: Überblick über bestehende strafrechtliche Instrumente

Massnahme	Zweck	Anordnungsvoraussetzung
Strafrechtliche Massnahmen: Allgemeine und spezifische Tatbestände des StGB	Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs ; keine sofortige Reaktion im Sinne einer Krisenintervention möglich	entsprechende Tatbestandsvoraussetzungen
Kontakt- und Rayonverbot im Rahmen von Weisungen bei bedingten Strafen (Art. 44 Abs. 2 i. V. m. Art. 94 StGB)	Präventive Begleitmassnahme	Verhältnismässigkeit, keine Zusatzstrafe
Friedensbürgschaft (Art. 66 StGB)	Präventiv ausgerichtete persönliche Massnahme	Bei Androhung, ein Verbrechen oder Vergehen zu begehen
Kontakt- und Rayonverbot (Art. 67b ff. StGB)	Präventiv ausgerichtete persönliche Massnahme	Wenn jemand ein Verbrechen oder Vergehen gegen eine oder mehrere bestimmte Personen oder gegen Personen einer bestimmten Gruppe begangen hat und die Gefahr besteht, dass er bei einem Kontakt zu diesen Personen weitere Verbrechen oder Vergehen begehen wird (seit 1.1.2015 in Kraft)

Die Friedensbürgschaft (Art. 66 StGB) ist eine persönliche Präventivmassnahme, die kaum praktische Relevanz erlangt hat.⁴

Am 7. Oktober 2015 schickte der Bundesrat ein Revisionspaket mit verschiedenen Änderungen im Zivil- und Strafrecht in die Vernehmlassung, mit welchem der Schutz von Personen vor Gewalt, Drohungen oder Nachstellungen (häusliche Gewalt und Stalking) sowie vor Gewalt in Paarbeziehungen verbessert werden soll. Die StGB-Revision sieht vor, dass die Strafverfolgungsbehörde in Zukunft beim Entscheid über die Sistierung, Wiederanhandnahme oder Einstellung eines Strafverfahrens bei Gewalt in Paarbeziehungen weitere Umstände berücksichtigen muss. Art. 55a StGB soll ergänzt werden, um die Strafverfolgungsinteressen des Staates besser zur Geltung zu bringen. Ausserdem wird die Sistierung des Strafverfahrens bei Verdacht auf wiederholte Gewalt ausgeschlossen.⁵ Der Bundesrat wird die Botschaft in Kürze dem Parlament vorlegen.

4 Eine ausführliche Beschreibung aller erwähnten Strafbestimmungen (ausser der 2015 in Kraft gesetzten Art. 67b ff. StGB) findet sich in SCHWARZENEGGER ET AL. (Fn. 2), S. 46 ff. mit weiteren Hinweisen.

5 Vorentwurf und erläuternder Bericht zum Vorentwurf des Bundesgesetzes über die Verbesserung des Schutzes gewaltbetroffener Personen, Oktober 2015; zum Stand der Revision: <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/sicherheit/gesetzgebung/gewaltschutz.html>> (Stand: 1.4.2017).

Parallel dazu liefen die Vorbereitungen zur Ratifikation des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention). In der Zwischenzeit hat das Parlament die Ratifikation genehmigt.⁶

3. Überblick über die weiteren rechtlichen Instrumente

Tabelle 2 präsentiert weitere rechtliche Instrumente, die den Schutz vor häuslicher Gewalt zum Ziel haben. Dabei sind die Gewaltschutzmassnahmen nach den kantonalen Polizeigesetzen besonders wichtig, weil sie eine wirksame Intervention unmittelbar nach der Tat ermöglichen. Allerdings sind sie aufgrund der Vorläufigkeit der Lagebeurteilungen kurzfristig und müssen in der Regel nach 14 Tagen aufgehoben werden. Die rechtlichen Voraussetzungen und Anordnungsbedingungen sind je nach Kanton unterschiedlich.⁷ Eine Kontinuität nach dem Auslaufen des polizeirechtlichen Gewaltschutzes könnten die Ersatzmassnahmen zur Untersuchungshaft gewährleisten, doch sind diesem Instrument relativ hohe Voraussetzungshürden gesetzt (Art. 237 Schweizerische Strafprozessordnung, StPO). Auch der zivilrechtliche Schutz wurde ausgebaut (Art. 28b und Art. 173 Abs. 3 Schweizerisches Zivilgesetzbuch, ZGB), auch wenn hier (noch) zivilprozessrechtliche Risiken bestehen, welche viele Opfer vom Ergreifen dieser Klage abhalten.

Das schon erwähnte Revisionspaket zur Verbesserung des Schutzes gewaltbetroffener Personen sieht auch Änderungen im ZGB und der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vor. So soll das Gericht zur Durchsetzung eines Rayon- oder Kontaktverbots bei der gewaltausübenden Person neu das Befestigen einer elektronischen Fussfessel anordnen können (Art. 28c neu ZGB). Ausserdem sollen keine Gerichtskosten mehr gesprochen und das bisher in bestimmten Fällen vorgesehene Schlichtungsverfahren abgeschafft werden (Art. 114 lit. g, Art. 198 lit. a^{bis} neu ZPO). Eine Mitteilung an die kantonalen Kriseninterventionsstellen der Polizei oder die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) soll schliesslich ein vernetztes Vorgehen befördern (Art. 28b Abs. 3–4 neu ZGB).⁸

6 Botschaft vom 2. Dezember 2016 zur Genehmigung des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention), BBl 2016, S. 7045 ff. und BBl 2017, S. 185 ff., vom Ständerat am 27. Februar 2017 und vom Nationalrat am 31. Mai 2017 genehmigt.

7 Weiterführend SCHWARZENEGGER ET AL. (Fn. 2), 66 ff. mit weiteren Hinweisen.

8 Vorentwurf und erläuternder Bericht zum Vorentwurf des Bundesgesetzes über die Verbesserung des Schutzes gewaltbetroffener Personen, Oktober 2015; zum Stand der Revision: <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/sicherheit/gesetzgebung/gewaltschutz.html>> (Stand: 1.4.2017).

Tabelle 2: Überblick über weitere rechtliche Instrumente

Massnahme	Zweck	Anordnungsvoraussetzung
Strafrechtliche Massnahmen: Untersuchungshaft und Ersatzmassnahmen (Art. 237 StPO)	Zuführung der beschuldigten Person der Bestrafung ; nur sekundär Verhinderung einer erneuten Deliktausführung	Dringender Tatverdacht bzgl. Verbrechen/Vergehen Flucht-, Kollusions-, Wiederholungs- oder Ausführungsgefahr
Zivilrechtliche Massnahmen: nach Art. 28b ZGB im Eheschutz- oder Scheidungsverfahren	Nicht akute Situationen häuslicher Gewalt, die länger dauernder Massnahmen bedürfen Nicht akute Situationen häuslicher Gewalt, die länger dauernder Massnahmen bedürfen	Vorliegen einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung Nur bei verheirateten Paaren
Gewaltschutzrechtliche Massnahmen nach kantonailem Polizeirecht	Deeskalation einer akuten Gewaltsituation; kurzfristiger und sofortiger Schutz für betroffene Person; kein sanktionierender Charakter	Vorliegen einer häuslichen Gewaltsituation

4. Polizeiliche Schutzmassnahmen in Fällen häuslicher Gewalt

Die zentrale Bedeutung der polizeirechtlichen Sofortinterventionen erschliesst sich aus der Statistik der Verfügungen gemäss Gewaltschutzgesetz (GSG) des Kantons Zürich. Das Gesetz regelt den Schutz von Personen, die durch häusliche Gewalt⁹ betroffen sind. Unabhängig von der strafrechtlichen Beurteilung des Falles ermöglicht dieses Gesetz der Polizei seit dem 1. April 2007 in Fällen häuslicher Gewalt folgende Schutzmassnahmen (§ 3 Abs. 2 lit. a-c GSG): Wegweisung der gewaltausübenden Person aus der Wohnung oder dem Haus, Rayonverbot betreffend bestimmte Örtlichkeiten sowie Kontaktverbot zur gefährdeten Person, jeweils unter Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB. Die Schutzmassnahmen gelten für 14 Tage, für das Opfer besteht jedoch die Möglichkeit, einen Antrag auf Verlängerung um maximal 3 Monate zu stellen (§ 6 GSG). In schwerwiegenden Fällen kann die Polizei nebst diesen Schutzmassnahmen die gefährdende Person während maximal 24 Stunden in Gewahrsam nehmen (§ 13 GSG). Für eine allfällige Verlängerung des Gewahrsams um

9 Nach dem Gewaltschutzgesetz des Kantons Zürich liegt *häusliche Gewalt* vor, wenn eine Person in einer bestehenden oder einer aufgelösten familiären oder partnerschaftlichen Beziehung in ihrer körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität durch Ausübung oder Androhung von Gewalt oder durch mehrmaliges Belästigen, Auflauern oder Nachstellen verletzt oder gefährdet wird (§ 2 Abs. 1 lit. a und b GSG).

längstens 4 Tage ist das Einzelgericht am Bezirksgericht in Zürich zuständig (§ 14 GSG, § 33 Abs. 1 GOG¹⁰).¹¹

Zwischen 2012 und 2016 gingen bei der Polizei im Kanton Zürich pro Jahr durchschnittlich 4 900 Meldungen im Kontext mit familiären oder partnerschaftlichen Beziehungen ein. Meldungen, die auf sogenannte «familiäre Differenzen» zurückgehen, das heisst, bei denen aus der Sicht der Polizei kein Straftatbestand erfüllt zu sein schien, machen fünfzig Prozent aus. Die andere Hälfte bietet Anlass für eine strafrechtliche Verfolgung. Jährlich kommt es im Kanton Zürich, gestützt auf das GSG, zur Anordnung von circa 1000 *Schutzmassnahmen*.¹² Zwischen 2007 und 2015 wurde in durchschnittlich 92% der Fälle häuslicher Gewalt, in denen eine polizeiliche Schutzmassnahme verfügt wurde, gleichzeitig ein *Strafverfahren* eröffnet (vgl. Grafik 1).

Gemäss eigenen Auswertungen aller GSG-Fälle im Kanton Zürich (2007 bis 2015) verlangten die gefährdenden Personen in 5 bis 7% aller Anordnungen eine richterliche Überprüfung der Schutzmassnahmen (ca. 60 pro Jahr), wovon 40 bis 50% vom Haftrichter (Einzelrichter am Bezirksgericht) gutgeheissen wurden. Dies bedeutet umgekehrt, dass die angeordneten Schutzmassnahmen in den meisten Fällen akzeptiert wurden. Die betroffenen Opfer reichten in 45% aller Fälle ein Verlängerungsgesuch beim Einzelgericht ein (ca. 500 pro Jahr). 90% dieser Gesuche wurden gutgeheissen, was insgesamt zur Folge hat, dass fast die Hälfte aller angeordneten Schutzmassnahmen verlängert wird.

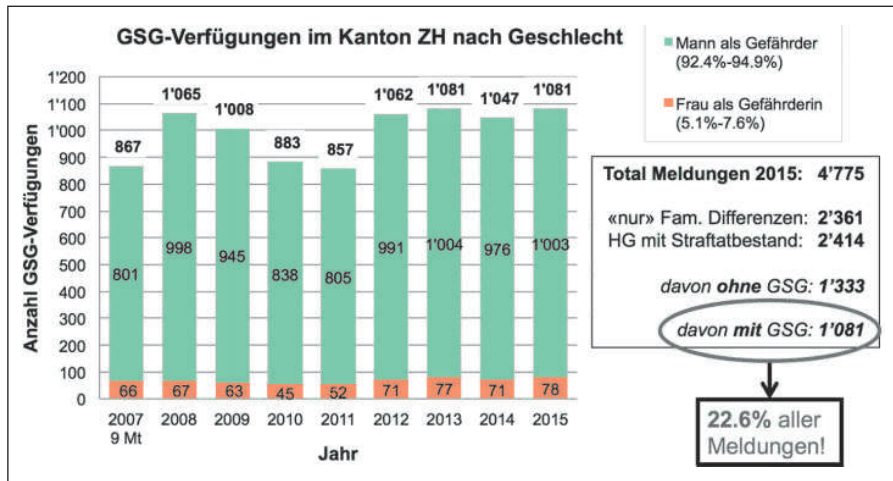
Polizeiliche Einsätze in Fällen häuslicher Gewalt sind häufig zeit- und ressourcenintensiv. Es stellt sich daher die Frage, ob solche Interventionen *wirksam* sind, das heisst, ob sie betroffene Opfer zu schützen vermögen und dabei helfen, Rückfälle zu verhindern. Um diese Frage zu beantworten, führte das Kriminologische Institut der Universität Zürich zusammen mit der Kantonspolizei Zürich und der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich eine empirische Untersuchung zur Wirksamkeit von *polizeilichen und strafrechtlichen Massnahmen gegen häusliche Gewalt* durch, deren erste Resultate im Folgenden präsentiert werden.

10 Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess.

11 Siehe zu den einzelnen kantonalen Regelungen SCHWARZENEGGER ET AL. (Fn. 2), S. 66 ff. mit weiteren Hinweisen.

12 Folglich wird bei jedem vierten bis fünften polizeilichen Einsatz aufgrund häuslicher Gewalt eine Wegweisung, ein Kontakt- und/oder Rayonverbot ausgesprochen.

Grafik 1: Polizeilich angeordnete Gewaltschutzmassnahmen im Kanton Zürich (2007–2015)



5. Methode und erhobene Daten

Ein erstes Ziel der Studie besteht darin, das weitere «Schicksal» von Fällen häuslicher Gewalt in den verschiedenen Kontexten (Gewaltschutz, Strafverfahren, persönliche Erfahrungen der Opfer) zu erfassen. Hierzu wurden alle Fälle, in denen polizeiliche Schutzmassnahmen nach GSG im Kanton Zürich verfügt wurden, über ein Jahr weiterverfolgt und auf allen Ebenen Daten erhoben. In die Studie wurden 513 Opfer einbezogen, bei denen zwischen Juni und November 2014 insgesamt 559 Schutzmassnahmen angeordnet worden waren. Auf Seiten der Opfer fanden zwei standardisierte Befragungen statt: die erste vier Monate, die zweite zwölf Monate nach dem Beginn der Schutzmassnahme. In diesen Opferbefragungen wurden die Einstellungen und Meinungen zur Polizei, zur getroffenen Schutzmassnahme und zu den Strafverfolgungsbehörden thematisiert. Gefragt wurde auch, ob die gefährdende Person erneut gewalttätig wurde und wie sich die Beziehung zwischen Täter und Opfer entwickelt hatte.

Ein zweites Ziel der Studie ist es, auf der Basis der erhobenen Daten mittels multivariaten Analysen individuelle und situative Risikofaktoren für häusliche Gewalt zu bestimmen. Auf Seiten der Gefährdenden wurden sowohl vergangene Taten (frühere Gewaltschutzvorfälle) wie auch Rückfälle innerhalb eines Jahres nach Beginn der Gewaltschutzmassnahme erfasst (erneute polizeiliche Registrierung). Daten aus dem Vorstrafenregister des Bundes (VOSTRA) ermöglichen zusätzlich Aussagen über allfällige kriminelle Handlungsmuster, die über den Bereich der häuslichen Gewalt hinausgehen. Schliesslich soll eine Straftaktenanalyse erlauben, den weiteren Verlauf der erfassten Fälle in strafprozessualer

Hinsicht nachzuzeichnen. Hierbei interessieren die Erledigungs- und Entscheidpraxis der Staatsanwaltschaften – vor allem die Handhabung von Wiedergutmachungsfällen nach Art. 53 StGB und Sistierungsfällen nach Art. 55a StGB – sowie die Dauer der Verfahren.

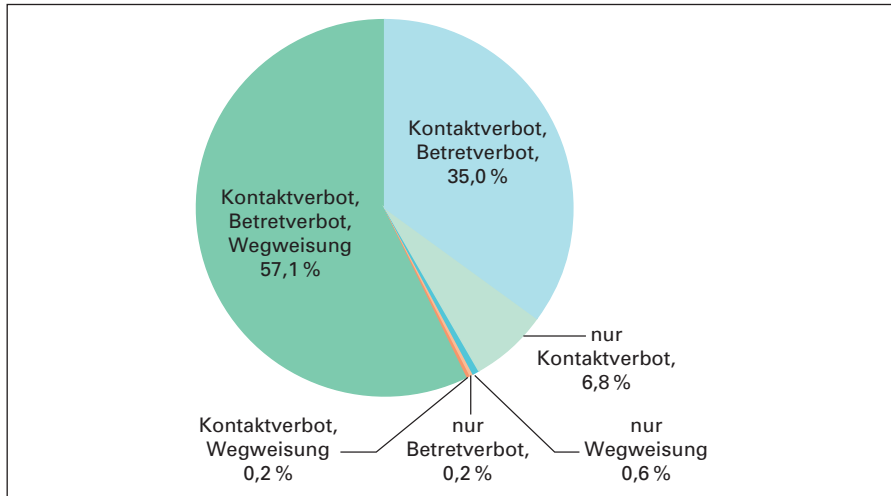
Das Projekt umfasst zwei Teile: Projektteil I befasst sich mit der Polizeiaktenanalyse und der Opferbefragung. Projektteil II steht derzeit vor dem Abschluss, er ergänzt die Studie um die Ergebnisse der Strafaktenanalyse.¹³

6. Ergebnisse

Nachfolgend werden ausgewählte Resultate des Projektteils I vorgestellt, wobei der Fokus auf den Ergebnissen der Opferbefragung liegt.

Aus Grafik 2 ergibt sich deutlich, dass die Polizei in der Mehrheit der Fälle (57%) alle drei gesetzlich vorgesehenen Schutzmassnahmen anordnete. Wo die gefährdende Person nicht mehr im gleichen Haushalt mit dem Opfer lebte, wurde logischerweise auf eine Wegweisung verzichtet. In diesen Konstellationen ordnete die Polizei überwiegend ein Kontakt- plus ein Betret- oder Rayonverbot an (35%). Alle anderen möglichen Varianten, insbesondere die Anordnung einzelner Schutzmassnahmen, waren dagegen selten.

Grafik 2: Polizeilich angeordnete Gewaltschutzmassnahmen in der Stichprobe (N = 559, Juni-November 2014)



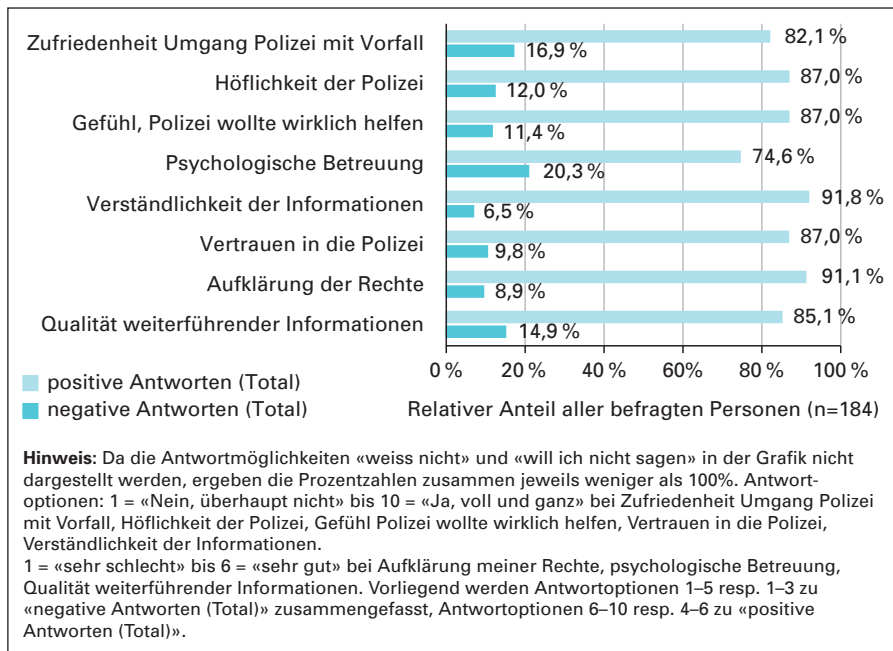
¹³ Eine genauere Beschreibung der Methode findet sich in RAHEL OTT/CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, Erste Ergebnisse der Studie «Polizeiliche und strafrechtliche Massnahmen gegen häusliche Gewalt – Praxis und Wirkungsevaluation», in: Schwarzenegger/Brunner (Hrsg.), Bedrohungsmanagement – Gewaltprävention, Zürich 2017, im Erscheinen.

An der ersten Opferbefragung, vier Monate nach Beginn der GSG-Verfügung, nahmen 184 der 513 angefragten Personen teil (35.9%). Für die zweite Befragung stellten sich noch 140 Personen zur Verfügung (27.4%). Diese Rücklaufquoten können unter Berücksichtigung der persönlich zum Teil sehr belasteten Situation der Betroffenen sowie ihrer geringen telefonischen Erreichbarkeit als zufriedenstellend betrachtet werden.

Zwei Drittel der Opfer alarmierten die Polizei nach dem Gewaltereignis alleine oder mit jemandem zusammen. Als Gründe für die Benachrichtigung nannten sie vorwiegend den Wunsch nach Schutz, Problemlösung und sofortigem Unterbruch der Gewalt. Alarmierte eine andere Person die Polizei, wurden die Opfer nach den Gründen für die Nicht-Alarmierung gefragt. Dabei zeigte sich, dass die Angst vor der Tatperson eine nicht zu unterschätzende Rolle spielt. Ebenfalls angegeben wurden Scham sowie die Bedürfnisse, das Problem selber zu lösen und zu vermeiden, dass die Tat an die Öffentlichkeit dringt.

Auf die Frage, wie die Opfer das Verhalten der Polizei bei der Intervention unmittelbar nach dem Gewaltvorfall beurteilten, ergab sich ein überwiegend positives Meinungsbild. Sowohl bezüglich des Inhalts wie auch der Verständlichkeit der abgegebenen Informationen sind die Befragten eher oder sehr zufrieden mit der Polizei (vgl. Grafik 3). Auch das Verhalten der Polizei wird positiv gewürdigt (Höflichkeit, Hilfsbereitschaft). Weiter zeigte sich, dass die Opfer über ihr

Grafik 3: Beurteilung der Polizei bei der Intervention



Recht, einen Verlängerungsantrag für die Schutzmassnahmen stellen zu können, gut informiert waren. Insgesamt waren 82% der befragten Opfer eher oder sehr zufrieden damit, wie die Polizei mit der häuslichen Gewalt umging.

Opfer, die mit dem Verhalten der Polizei eher unzufrieden waren, nannten folgende Gründe: fehlendes Interesse am Fall, Unfreundlichkeit sowie mangelndes Vertrauen in die Angaben des Opfers. 75% bewerteten die psychologische Betreuung durch die Polizei als eher bis sehr gut. Dennoch wünschten sich 40% der Befragten generell mehr psychologische Unterstützung.¹⁴

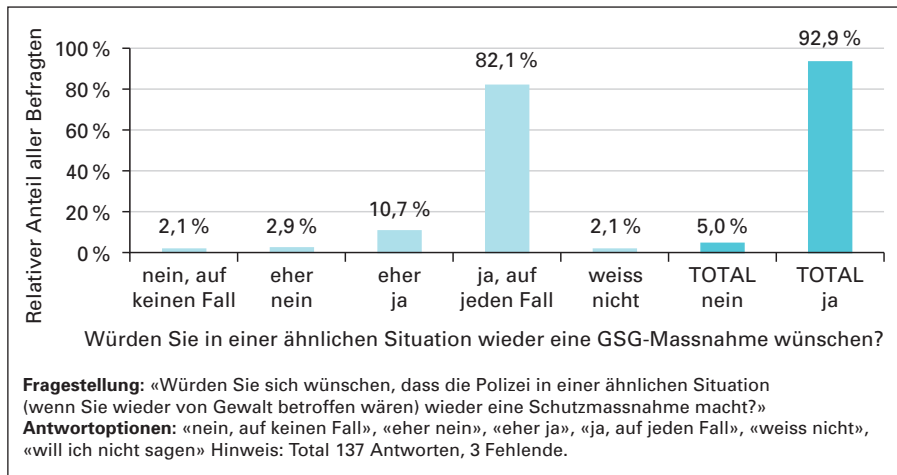
Auf die angeordnete Gewaltschutzmassnahme angesprochen, gaben 92% aller Opfer an, sie seien damit eher oder sehr einverstanden gewesen, und, was besonders hervorzuheben ist, rund 90% würden die Polizei bei einem ähnlichen Vorfall wieder rufen. Dieses Resultat zeigt, dass die polizeilichen Gewaltschutzmassnahmen den Bedürfnissen der Opfer gerecht werden. Mit ihnen konnte auch der Grundsatz in die Realität umgesetzt werden, dass diejenige Person, die Gewalt ausübt, den gemeinsamen Haushalt verlassen muss («wer schlägt, der geht»). 85% der Opfer konnten trotz der häuslichen Gewaltsituation in ihrer Wohnung oder im Haus bleiben.

Vier Monate nach Beginn der Gewaltschutzmassnahme beurteilten 78% der Opfer ihre Situation als insgesamt eher bis sehr verbessert. Zwölf Monate nach dem Gewaltereignis waren es sogar 87%. Auch dieses Resultat belegt eindrücklich, dass der kantonale Gesetzgeber im Polizeirecht die richtigen Instrumente eingeführt hat und die Polizei in der praktischen Anwendung den richtigen Mix an Schutzmassnahmen anwendet. 93% der befragten Opfer erklärten, sie würden sich in einer ähnlichen Situation wieder eine polizeiliche Gewaltschutzmassnahme wünschen, 82% sogar «auf jeden Fall» (vgl. Grafik 4).

Nicht zu vernachlässigen sind allerdings emotionale Beeinträchtigungen, die durch die Furcht vor weiteren Gewalthandlungen des Täters oder der Täterin ausgelöst werden. 55% der Opfer fürchteten sich nach vier Monaten mittel bis stark. Nach zwölf Monaten war dieser Anteil auf 41% gesunken. Auf einer eher kognitiven Ebene ist die Risikoeinschätzung angesiedelt. 45% der Opfer meinten vier Monate nach Anordnung der Gewaltschutzmassnahme, sie könnten nochmals Opfer von Gewalt des Täters werden (Risiko «mittel bis stark»). Zwölf Monate danach waren es immer noch 37%. Dies zeigt, dass es nicht nur bei einer kurzen Intervention durch polizeiliche Schutzmassnahmen bleiben

14 Die psychologische Betreuung der gefährdeten Personen ist nicht in erster Linie Aufgabe der Polizei. Es ist deshalb wichtig, dass der im Gewaltschutzgesetz verankerte proaktive Ansatz der umgehenden Kontaktierung der gefährdeten Personen durch eine Opferberatungsstelle weiterverfolgt wird, um das bestehende Bedürfnis nach psychologischer Unterstützung abdecken zu können.

*Grafik 4: Würden sich Opfer in einer ähnlichen Situation wieder eine polizeiliche Gewaltschutzmassnahme wünschen?
(Befragung 12 Monate danach)*



darf. Gefordert sind vielmehr auch täterorientierte Behandlungsansätze sowie länger andauernde Schutzmassnahmen im straf- und zivilrechtlichen Rahmen.

7. Fazit

Die ersten Ergebnisse unserer Studie zeigen, dass der polizeiliche Gewaltschutz wirksam ist und vor allem den Bedürfnissen der Opfer gerecht wird. Es handelt sich aber nur um eine kurzfristige Sofortmassnahme. Das Zusammenspiel mit dem Strafverfahren und allfälligen zivilrechtlichen Schutzmassnahmen scheint – soweit dies mit den verfügbaren Daten überhaupt bewertet werden kann – zurzeit nicht gut zu funktionieren. Falls die Schätzung von 80% bezüglich der Einstellung von Strafverfahren nach Art. 55a StGB richtig ist, müssen hier gesetzgeberische Schritte eingeleitet werden. Die Revisionsvorlage des Bundesrates weist in die richtige Richtung. Dennoch stellt sich die Frage, ob nicht besser eine Verfolgung «von Amtes wegen» mit Einstellungsmöglichkeiten auf der Grundlage einer Wiedergutmachung (Art. 53 StGB) oder bei Bagatellfällen (vgl. Art. 8 StPO) eingeführt werden sollte. Die Befragung der Opfer zeigt jedenfalls, dass in einer beträchtlichen Anzahl der Fälle ein mittelfristiger Schutz aufrechterhalten werden muss, der nur durch eine bessere Verzahnung und Koordination der verschiedenen rechtlichen Instrumente erzielt werden kann.

Wie Kinder und Jugendliche ihre Rechte wahrnehmen (können)

HEIDI SIMONI

Inhaltsübersicht

1. Das Gebäude der Kinderrechte	91
2. Die Wahrnehmung von Partizipationsrechten ermöglichen . . .	94
3. Der Dialog ist entscheidend	95
4. Ebenen kindlicher Partizipation	98
5. Schlussbemerkungen	100

Kinder haben neben den Rechten, die für alle Menschen gültig sind, Rechte, die ihre spezielle Situation als junge Menschen und Mitmenschen berücksichtigen. Kinderrechte gelten für Kinder ab Geburt bis zu 18 Jahren. Der UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes¹ hat zu deren Umsetzung verschiedene Allgemeine Kommentare verfasst, darunter speziell einen für die frühe Kindheit.² Der vorliegende Beitrag behandelt nicht die rechtlichen Möglichkeiten und Grenzen, die Einhaltung von Kinderrechten im Konkreten einzufordern. Er fokussiert auch nicht – zumindest nicht direkt – Konzepte, die in der juristischen Praxis verbreitet sind, wie beispielsweise die Urteilsfähigkeit. Vielmehr versucht er eine Brücke zu schlagen zwischen den Rechten von Kindern und psychologischen Erkenntnissen.

1. Das Gebäude der Kinderrechte

Mit den Kinderrechten ist eine Haltung verknüpft, die das Kind als Subjekt mit eigenständiger Persönlichkeit, eigener Wahrnehmung und eigenen Rechten ins Zentrum stellt. Das Gebäude der materiellen Kinderrechte steht auf drei Säulen, nämlich den Schutz-, Förder- und Beteiligungsrechten von Kindern. Die Schutzrechte ergeben sich aus der existentiellen Angewiesenheit von Kindern auf die Fürsorge und den Schutz durch Erwachsene. Die Förderrechte ergeben sich aus

1 <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx>> (Besucht am 7.1.17).

2 UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, Allgemeiner Kommentar No. 7, Umsetzung der Kinderrechte in der frühen Kindheit 9/2005; nicht offizielle deutsche Übersetzung, Marie Meierhofer Institut für das Kind, Zürich 2014.

REGULA GERBER JENNI/SANDRA STÖSSEL/HEIDI SIMONI, Kinderrechte in der frühen Kindheit, Zürich 2014.

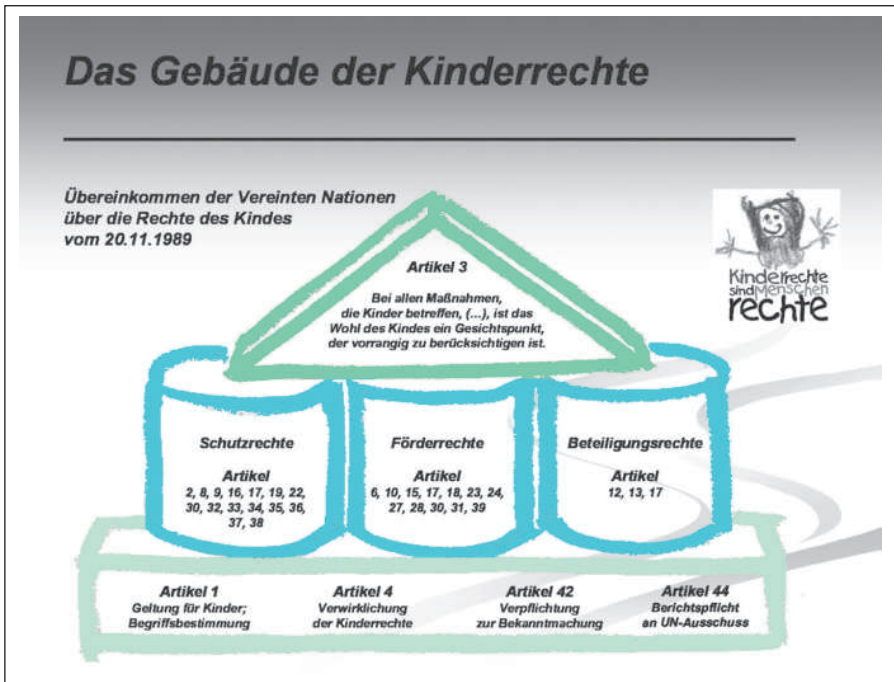
dem intensiven und umfassenden Entwicklungsprozess, in dem sich Kinder befinden. Zwar entwickeln sich Menschen ein Leben lang. Im Kindesalter finden jedoch basale Entwicklungen statt, die für ihr Gelingen auf Anregung und aufmerksame Begleitung angewiesen sind. Beteiligungsrechte ergeben sich daraus, dass Kinder nicht erst zu vollwertigen Menschen werden, sondern es von Anfang an sind. Zu den Beteiligungsrechten gehören unter anderen das Recht auf Meinungsäußerung und Gehör (Art. 12 UN-Kinderrechtskonvention, UN-KRK). Wichtig ist überdies das Verständnis, dass sowohl Schutz wie Förderung ohne den Einbezug und die Beteiligung des Kindes selbst nicht umsetzbar sind.

Kinder setzen sich aktiv und hoch motiviert mit sich und der materiellen und sozialen Umwelt auseinander, sie lernen und bilden sich ab Geburt. Die Unterstützung dieses Bildungs- und Selbstbildungsprozesses ist ein wichtiger Beitrag der Erwachsenen zur Entwicklung von Kindern. Förderung findet über das Eröffnen von anregenden Lebenswelten, über die Vermittlung von Wissen und Erfahrung sowie über Anleitung und Modellsein statt. Diese Ko-Konstruktion, das gemeinsame Finden von Antworten und Lösungen auf Fragen und Aufgaben im Austausch mit anderen Menschen, spielt für die kindlichen Lern- und Bildungsprozesse eine herausragende Rolle.

Der Schutz eines Kindes ist ohne ein Gegenüber, das seine Äußerungen zum Befinden und zum Unterstützungsbedarf feinfühlig aufnimmt und beantwortet, nicht möglich. Mit zunehmender Mobilität des Kindes ist ausserdem seine Kompetenz, sich selber zu schützen und zu seinem Schutz beizutragen, erforderlich. Sich spüren, äussern und mitteilen, sich wehren und behaupten gehören ebenso dazu wie Selbstvertrauen und eine tragfähige Identität, das Antizipieren von Gefahren, die Fähigkeit, sich in andere zu versetzen und Absichten zu erkennen. All dies ist im Menschen angelegt, aber zur Entfaltung ist das Kind auf Erfahrungslernen sowie das Erkennen der eigenen Rolle angewiesen, also auf die sich im Laufe der Kindheit entwickelnden Fähigkeiten, planen, handeln, wahrnehmen und verarbeiten zu können. Selbstwirksamkeit ist für die Entstehung und Erhaltung von Gesundheit³ und für die Belastbarkeit eines Menschen zentral wichtig. Die anhaltende oder wiederholte Erfahrung von Ohnmacht hingegen ist krankmachend, insbesondere auch mitbeteiligt an der Entstehung von Depressionen.

Das Erleben und die daraus resultierende Überzeugung, auf die eigenen Lebensumstände Einfluss nehmen und sie mitgestalten zu können, tragen zum

3 Gemeint ist damit mehr als die Abwesenheit von Krankheit. Vgl. dazu das Konzept der Salutogenese als Gegenkonzept zur Pathogenese. Es beinhaltet einen Erklärungsansatz dafür, wie Gesundheit entsteht. Als zentral wird das biografische Kohärenzgefühl erachtet. Vgl. zum Konzept der Salutogenese: AARON ANTONOVSKY, *Salutogenese, Zur Entmystifizierung der Gesundheit*, deutsche erweiterte Herausgabe von Alexa Franke, Tübingen 1997.

Abbildung 1: Das Gebäude der Kinderrechte⁴

Aufbau sogenannter Resilienz bei. Damit ist die psychische Widerstandskraft gegenüber belastenden Lebensumständen oder -ereignissen gemeint. Wer Widerstandskraft mobilisieren kann, erholt sich von hoch belastenden Ereignissen schneller und besser oder bleibt trotz anhaltender Belastungen gesund und – beispielsweise als Schulkind – aufnahme- und lernfähig. Resilienz scheint in einem dynamischen Prozess zwischen dem Individuum und aufmerksamen Mitmenschen zu entstehen. Daraus ergibt sich eine wichtige, ganz spezifische Bedeutung von Partizipationsrechten: Ein Kind, das gehört wird, seine Fragen stellen, Einfluss auf die Regelung seiner Belange und die Gestaltung seines Alltags nehmen kann, fühlt sich nicht ohnmächtig und den Umständen ausgeliefert.

4 National Coalition, in: JÖRG MAYWALD, Die UN-Kinderrechtskonvention. IzKK-Nachrichten (Informationszentrum Kindesmisshandlung/Kindesvernachlässigung), Heft 1, München 2009, S. 6.

2. Die Wahrnehmung von Partizipationsrechten ermöglichen

Wenn es um die Wahrnehmung von Rechten durch die Kinder selbst geht, sind zwei Aspekte besonders wichtig: Zum einen sollten Kinder möglichst früh und umfassend über ihre Rechte Bescheid wissen. Zum anderen ist zentral, dass und wie sie insbesondere ihre Partizipationsrechte wahrnehmen können. Für beides, die grundsätzliche Information und die Rahmenbedingungen ihrer Beteiligung, sind die Erwachsenen verantwortlich.

Wie eine Studie⁵ über Kinder und Scheidung belegt, trägt die Art und Weise, wie Kinder, in diesem Fall zu einer Anhörung vor Gericht, eingeladen werden, ganz wesentlich dazu bei, ob Partizipation stattfindet oder nicht. Erhält das Kind mit der Einladung zur Anhörung ein Verzichtsschreiben, so sinkt seine Bereitschaft, zur Anhörung zu erscheinen, drastisch. Dies ist nicht weiter verwunderlich: Auch Kinder sind hellhörig gegenüber Scheinangeboten und haben feine Antennen dafür, ob sich die Erwachsenen über den Sinn eines rechtlichen Instituts, wie der Kindesanhörung oder der Kindesvertretung, und über dessen zweckmässige Umsetzung im Klaren sind.

Tabelle 1: Form der Einladung und Häufigkeit der Durchführung der Anhörung: Analyse von zufällig ausgewählten Scheidungsakten von 2003, aus den Kantonen BL, BS, ZH

Einladung:	Brief mit Anhörungs-termin		Brief, Aufforde-rung Terminver-einbarung		Brief mit Ver-zichtsschreiben		Mündliche Einladung	
	N	%	N	%	N	%	N	%
stattgefunden	50	67	7	23	7	8	23	43
nicht stattgefunden	25	33	23	77	85	92	31	57
Total Kinder	75	100	30	100	92	100	54	100

Die Kindesanhörung in Scheidungs- oder Kinderschutzverfahren ist nicht «nur» in hochkonflikthaften Situationen bedeutsam. Partizipationsrechte sind höchst persönliche Rechte und werden auch von Kindern, die nicht in einer Bredouille sind, als bedeutungsvoll beurteilt. Ein 13-jähriges Mädchen formulierte das in der zitierten Studie so:

5 Die Studie fand im Rahmen des Nationalen Forschungsprogramms 52 «Kinder und Generationenbeziehungen im gesellschaftlichen Wandel» statt. Vgl. ANDREA BÜCHLER/HEIDI SIMONI, (Hrsg.), Kinder und Scheidung – Der Einfluss der Rechtspraxis auf familiäre Übergänge, Zürich 2009.

«Ja, das (eine Anhörung) hätte ich gerne gehabt. Ja. Eigentlich schon. Ich hätte gesagt, dass ich einverstanden sei damit. Ich wäre einfach gerne mitgegangen zum Hören, was sie überhaupt sagen. Ich finde, es geht dort auch um mich und da möchte ich gerne auch dabei sein, wenn es um mich geht. Ich bin ja nicht nur ein Stofftier, das man einfach so schnell verschenkt. Wir haben auch ziemlich gut gelernt, unsere Meinung zu sagen in der Schule.»

Kinder, die gelernt haben, ihre Meinung zu äussern, möchten dies auch gerne tun. Wenn mehr Kinder diesbezüglich ein Selbstbewusstsein und entsprechende Kompetenzen entwickeln können, trauen sich Kinder in Notsituationen und trotz erschwelter Umstände ebenfalls eher, sich zu ihrer Situation zu äussern. Nicht selten werden sie von anderen Kindern dazu ermuntert.

Als ein Produkt der genannten Studie sind in Zusammenarbeit mit der UNICEF Schweiz Broschüren zur Anhörung von Kindern entstanden. Sie liegen mittlerweile in einer überarbeiteten Version vor⁶ und adressieren Kindesanhörung sowie den Einbezug von Kindern in zivilrechtlichen Verfahren, im Kindeschutz, in der Schule und bei Entscheidungen im Gesundheitswesen. Sie umfassen Informationsbroschüren für Kinder in drei unterschiedlichen Altersgruppen, eine Broschüre für Eltern und einen Leitfaden für Fachpersonen.

3. Der Dialog ist entscheidend

Für die Umsetzung von Partizipationsrechten ist der gelingende Dialog zwischen Erwachsenen und Kindern entscheidend. Effektive Kommunikation bedeutet, dass man sich demjenigen anpasst, mit dem man spricht. Die Voraussetzungen für die Beziehungsaufnahme und die Gesprächsführung unterscheiden sich je nach Lebensalter und Entwicklungsstand.

Die Kommunikation zwischen Kind und erwachsener Person ist oft nicht symmetrisch punkto Kenntnissen und Macht. Jede und jeder bringt Erwartungen aufgrund bisheriger Erfahrungen mit. Für Kinder im Schulalter sind dies, was die Kommunikation mit ausserfamiliären Erwachsenen betrifft, in erster Linie Erfahrungen mit Lehrpersonen. Typisch dafür ist, dass diese Fragen stellen, auf die sie die Antwort selbst bereits wissen, und die Kinder sich bemühen, die richtige Antwort zu geben. Damit Kinder im Rahmen von Gesprächen ihre Beteiligungsrechte tatsächlich in Anspruch nehmen können, ist es deshalb unbedingt erforderlich, dass die Erwachsenen

6 SABINE BRUNNER/TANJA TROST, Informationsbroschüren und Leitfaden zur Kindesanhörung für Kinder, Jugendliche und Erwachsene, 2. vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage; deutsch, französisch, italienisch, MMI und Unicef, Zürich 2014.

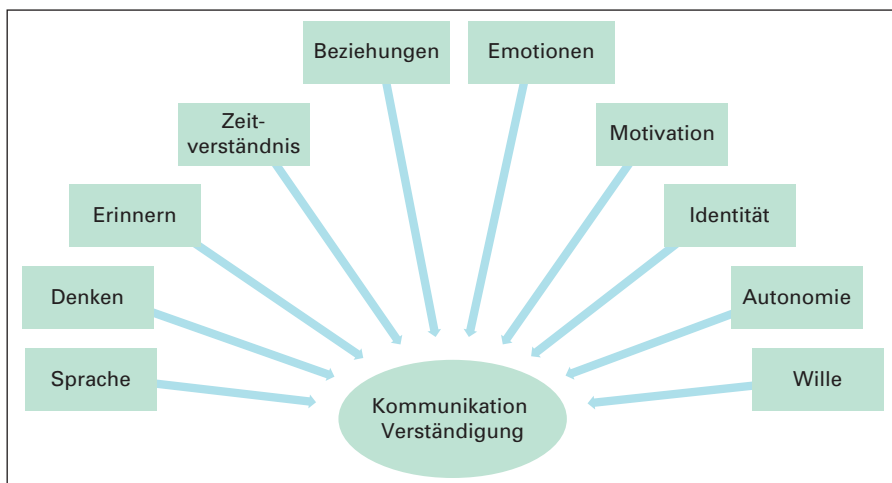
- die Gesprächssituation (neu) definieren; darauf hinweisen, wie sie sich von anderen unterscheidet
- Ablauf und Zweck des Gesprächs erklären
- auf eine sorgfältige Kommunikation achten: ausreden lassen, zuhören, Zeit lassen

Die Metakommunikation, also das Gespräch über das Gespräch, ist in jedem Alter möglich und wichtig! Dies gilt explizit auch für Kleinst- und Kleinkinder, die genau dies noch nicht selber können. Sie beinhaltet folgende Aspekte:

- Gesprächsziel verdeutlichen
- Kind über eigene Absichten/Aufgaben informieren
- Dem Kind erklären, dass es um seine Sichtweise/sein Erleben geht und es keine allgemeine «korrekte» Antwort gibt
- Feedback vom Kind erfragen
- Motivation und Befinden des Kindes klären
- Kind wissen lassen, dass es schweigen darf
- Kind einladen, seine Meinung über das Gespräch zu äussern

Wie die Kommunikation mit Kindern gelingen kann, hängt von verschiedenen Aspekten ab, die sich im Laufe der Kindheit entwickeln.

Abbildung 2: Für die Kommunikation von und mit Kindern wichtige Entwicklungsaspekte⁷



⁷ Darstellung SABINE BRUNNER, MMI, Zürich.

In den ersten Lebensjahren ist der Verlauf von der *interpsychischen* zur *intrapsychischen* Regulation beobachtbar: Während der Säugling zur Regulation seines Befindens und seiner Bedürfnisse noch weitgehend auf seine Bezugspersonen angewiesen ist, gelingt dies dem Kind selber nach und nach immer besser und umfassender. Im Verlauf der Kindheit werden überdies differenziertere und umfassendere Meinungen und Entscheidungen möglich. Folgende Entwicklungsschritte können als Anhaltspunkte dienen:

- ab Geburt: Unterscheiden und Mitteilen von Wohlgefühl/Unwohlsein und von Unwillen
- 3. Altersjahr: Erfassen und Mitteilen von Präferenzen, Wünschen, Vorstellungen
- 4. Altersjahr: Bildung und verbale Mitteilung einer eigenen Meinung, eines eigenen Standpunktes
- 6. Altersjahr: gefestigte Fähigkeit, den eigenen Willen auch unvertrauten Personen mitzuteilen
- 12. Altersjahr: rationale Begründungen, Antizipation von Zukünftigem möglich

Einige besondere Aspekte, welche die Meinungsbildung und Entscheidungen beeinflussen, sind abhängig vom sozialen, emotionalen, kognitiven Entwicklungsstand und vom biografischen Hintergrund:

Relevanz von Inhalten, Abwägen und Prioritäten setzen: Kinder haben grundsätzlich oft andere Prioritäten als Erwachsene, im Gespräch und in der Sache an sich.⁸ Aus Kindersicht können ganz andere Aspekte wichtig oder unwichtig, belastend oder entlastend sein als für die Erwachsenen. Diese haben zwar die Fähigkeit zur Perspektivenübernahme, was bedeutet, sich emotional und rational in andere zu versetzen, längst erworben. Sie nutzen sie jedoch, gerade wenn es um Kinder geht und sie selber direkt betroffen sind, nicht immer treffend. Grundsätzlich sind rationale Motive sowie entsprechende Begründungen von Meinungen und Wünschen nicht gewichtiger als emotionale. Auch erstere werden überdies je nach Umstand mehr oder weniger stark von letzteren beeinflusst.

Je jünger ein Kind ist, desto absoluter lebt es im Hier und Jetzt. In den ersten Lebensjahren lernt es, verschiedene Aspekte gleichzeitig in den Blick zu nehmen und sie gegeneinander abzuwägen. Erwägungen zu Konsequenzen und zur Zukunft sind jedoch erst ab dem späteren Kindesalter möglich. Gerade deshalb sind Äusserungen eines jungen Kindes zu seinem Befinden in der aktuellen

8 HEIDI SIMONI/MARIA TERESA DIEZ GRIESER, Mit statt über Kinder und Jugendliche reden. 20 Fragen rund um die Gesprächsführung mit Kindern und Jugendlichen. Eidgenössische Kommission für Kinder- und Jugendfragen (EKKJ), 2012, S. 1–11.

Situation unbedingt gebührend zu würdigen. Das Kind kann sie noch nicht selber relativieren und gegebenenfalls mit rationalen Begründungen entschärfen. Wenn trotzdem Entscheidungen gegen seinen Willen getroffen werden oder getroffen werden müssen, ist ihm dies entsprechend zu vermitteln.

Ambivalenzfähigkeit⁹/Umgang mit Widersprüchen: Das bewusste Erleben und Verstehen ambivalenter Gefühle und Wünsche ist erst ab etwa 5 Jahren möglich. Kinder sind jedoch bereits früher widersprüchlichen Regungen ausgesetzt. Sich widersprechende Bedürfnisse und Impulse lassen sich sehr früh beobachten. Kinder sind auf die Begleitung von Menschen angewiesen, die sie im Erkennen von Ambivalenzen unterstützen. Dies bedeutet in erster Linie anzuerkennen und in Worte zu fassen, dass es sie gibt, und Möglichkeiten im Umgang damit zu eröffnen. Unterschieden werden folgende Formen der Ambivalenz:

- die «affektive Ambivalenz», die Gefühle betrifft,
- die «voluntäre Ambivalenz» oder Ambitendenz, die Wünsche betrifft,
- die «intellektuelle Ambivalenz», die Entscheidungen betrifft.

4. Ebenen kindlicher Partizipation

Das Team des Marie Meierhofer Institut für das Kind hat sich in den vergangenen zwei Jahren vertieft mit der Umsetzung von Kinderrechten in der eigenen Arbeit auseinandergesetzt. Darauf basierend wurde ein Modell¹⁰ entwickelt, welches vier Ebenen der Partizipation insbesondere für die frühe Kindheit beschreibt. Das Modell soll die Verständigung über die Art und den Grad der kindlichen Beteiligung erleichtern und die Reflexion darüber anregen.

P4: «Grundlegend»: Partizipation als Thema und Haltung

Profunde Kenntnisse der Kinderrechte und deren konsequente Berücksichtigung durch Erwachsene bilden die Basis. Eine kinderrechtebewusste Haltung mit entsprechendem Reflektieren und Handeln in allen Kontexten, die Kinder direkt oder indirekt betreffen, ist eine grundlegende Voraussetzung für deren Beteili-

9 Ambivalent sein/hin- und hergerissen sein ≠ ambivalenzfähig sein/Widersprüche anerkennen und einen Umgang damit finden.

10 CORINNE DREIFUSS, Partizipation in der frühen Kindheit: eine Reflexion zur Vielschichtigkeit des Themas, in: *undKinder*, Nr. 98, Zürich 2016, S. 27 ff.

Die ganze *undKinder*-Nummer 98 beschäftigt sich mit konzeptuellen und praktischen Fragen zur Umsetzung von Kinderrechten in der frühen Kindheit. Sie enthält Beiträge zu Projekten und Tätigkeiten des MMI sowie von diversen Gastautorinnen und Autoren, die im Bereich der Pädagogik und der Gesundheit sowie in nationalen und internationalen kinderrechtlichen Kontexten tätig sind. Das beschriebene Modell ist ausserdem auch als Poster erhältlich: <www.mmi.ch> oder info@mmi.ch.

gung. Wird Partizipation in der frühen Kindheit in Fort- und Weiterbildungen oder in Supervisionen thematisiert oder wird sie in Publikationen und Referaten für Fachpersonen, Entscheidungsträger und -trägerinnen oder die breitere Öffentlichkeit aufgegriffen, kann dies dem Bereich P4 zugeordnet werden.

P1: «Unmittelbar»: Partizipation durch Dialog und Interaktion

P1 beschreibt die konkrete Ebene des unmittelbaren Austauschs mit dem Kind. Hier geht es um den Prozess, bei dem das Kind seine Perspektive einbringen kann und ein Dialog mit ihm über seine Bedürfnisse, Befindlichkeiten, Perspektiven, Fragen und Meinungen stattfindet. Diese Form der Partizipation ist selbstredend in alltäglichen Situationen – in der Familie und in der familien- und schulergänzenden Betreuung – relevant. Ausserdem meint P1 spezifische Kontexte wie die Anhörung von Kindern in Verfahren oder das Gespräch mit dem Kind über schulische und gesundheitliche Belange oder Behandlungen. P1 steht dafür, was das Kind bezüglich seiner Partizipation direkt und konkret erlebt.

P2: «Stellvertreten»: Partizipation durch Referenzpersonen

Im hier als P2 kategorisierten Kontext wird das Kind durch eine Referenzperson vertreten. Davon sprechen wir zum einen, wenn eine Fachperson, die Eltern oder andere Bezugspersonen des Kindes dessen Perspektive und Anliegen in einem Beratungs- oder Planungssetting oder in einem Entscheidungsfindungsprozess einbringen. Zum anderen ist hier die Kindesvertretung in rechtlichen Verfahren einzuordnen.

P3: «Stellvertretend»: Partizipation in Forschungs- und anderen Projekten

Werden Kinder in einem Forschungs- oder Praxisprojekt befragt oder anderweitig einbezogen, nehmen sie stellvertretend für die Gruppe, der sie angehören, teil. Ziel ist es, gewonnene Erkenntnisse in Angebote und Interventionen für die gesamte Zielgruppe – zum Beispiel Kinder einer bestimmten Altersgruppe, eines bestimmten Quartiers, in einer spezifischen Lebenssituation – einfließen zu lassen. Es stellt sich dabei stets auch die Frage, inwieweit das beteiligte Kind die Möglichkeit hat, das Projekt selbst und die Momente, an denen es an der Forschung teilnimmt, aktiv mitzugestalten.

Partizipation durch Dialog und Interaktion (P1) ist auch für Partizipation durch Referenzpersonen (P2) und Partizipation in Forschungs- und anderen Projekten (P3) stets mitzudenken und zu berücksichtigen: Es spielt eine entscheidende Rolle, mit welcher Qualität das Kind im Hinblick auf seine Vertretung durch Dritte oder in Vertretung anderer Kinder vorgängig oder parallel partizipieren kann.

5. Schlussbemerkungen

Für Kinder und Erwachsene jeden Alters und unabhängig vom Entwicklungsstand sind die folgenden vier Punkte für die Wahrnehmung von Partizipations- und anderen Rechten bedeutsam:

- die subjektive Relevanz der Sache
- der Stand der Informiertheit
- die tatsächlichen und erlebten Möglichkeiten der Einflussnahme
- die konkrete Situation der Beteiligung und die Qualität der stattfindenden Kommunikation

Damit Kinder ihre Rechte, insbesondere der Beteiligung wahrnehmen können, müssen diese zuallererst anerkannt und respektiert werden. Für die frühe Kindheit und für gewisse Kontexte – wie ausländerrechtliche Verfahren/Asylverfahren – ist dies noch nicht selbstverständlich. Zudem ist eine entwicklungssensible Gestaltung von Rahmenbedingungen und Kommunikation von entscheidender Bedeutung, damit sich Kinder einbringen können und einbringen wollen.

In der Verantwortung der Erwachsenen liegt es auch, den Einbezug der Kinder nicht für eigene Interessen zu instrumentalisieren. Dies gilt für Fachpersonen wie für familiäre Bezugspersonen von Kindern. So darf die Anhörung von Kindern in Verfahren nie einseitig der Absicherung von Entscheidungen dienen, welche die Erwachsenen zu fällen und zu verantworten haben. Ebenfalls höchst problematisch sind scheinheilige Beteiligungsangebote unter dem Motto «Du darfst, wenn du willst!», solange die Voraussetzungen für das Wollen nicht gegeben sind. Dies trifft etwa auf hochgradige Konflikte zwischen Erwachsenen zu. Nur oder erst wenn der emotionale Zustand eines Familiensystems oder eines Pflegeverhältnisses keine Zumutung für das Kind ist, kann es sich tatsächlich zu seinem Wohl beteiligen oder beteiligen wollen. In zerrütteten Verhältnissen – aber längst nicht nur dann – sind professionelle, kindbezogene Settings, wie sie das Gericht, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden KESB und Fachstellen bieten können, wichtig, um als Kind den eigenen Standpunkt zu klären und diesen zum Ausdruck zu bringen.

Schlusskommentar

CARLO KNÖPFEL

Inhaltsübersicht

1. Zugang zum Recht: Probleme, Lösungen, Fallstricke	101
2. Vulnerable Gruppen	102
3. Probleme	103
4. Lösungsansätze	104
5. Rechtsstaatlichkeit	105
6. Anwaltschaftliches Engagement	106
7. Fazit	106

1. Zugang zum Recht: Probleme, Lösungen, Fallstricke

Ziel dieses abschliessenden Beitrages ist es, die Gemeinsamkeiten der vorangehenden Texte über den Zugang zum Recht herauszuarbeiten und aus einer sozialwissenschaftlichen Perspektive heraus zu kommentieren. Dazu sollen folgende vier Fragen dienen:

- Wem wird der Zugang zum Recht erschwert oder gar verweigert?
- Welche Probleme stellen sich, wenn es um den Zugang zum Recht geht?
- Wie können diese Probleme gelöst werden?
- Wo liegen Fallstricke, wenn der Zugang zum Recht allen Bürgerinnen und Bürgern gewährt werden soll?

Bevor im Folgenden Antworten auf diese Fragen gesucht werden, geht es zunächst nochmals darum zu klären, was mit dem Zugang zum Recht eigentlich gemeint ist. Zugang zum Recht bezeichnet ein spezifisches Verhältnis des Individuums zum Staat. Das Recht suchende Individuum wendet sich an den Staat, damit ihm Recht geschieht und es zu seinem Recht kommt. Die Ausprägung dieses Zugangs zum Recht beschreibt damit auch das Mass an Rechtsstaatlichkeit, das in einem Land gegeben ist.

Im Zugang zum Recht kommt aber weiter zum Ausdruck, ob und inwieweit formales Recht auch faktisches Recht ist. In diesem Sinne ist der Zugang zum Recht mehr als nur eine Frage des Rechts. Es geht auch um ökonomische, soziale und bildungsbezogene Aspekte: Wer sich den Gang vor das Gericht nicht leisten kann, wer dabei mit gravierenden Folgen rechnen muss, und wer zu wenig über die ihm – oder ihr – zustehenden Rechte weiss, dem nützt es wenig, einen formal gesicherten Zugang zum Recht zu haben. So gesehen ist der Zugang zum Recht eine zentrale Form der gesellschaftlichen Teilhabe. Er steht damit auf der glei-

chen Stufe wie der Zugang zur Gesundheit, zur Bildung und zum Arbeitsmarkt. Mit guten Gründen könnte man sogar behaupten, dass der Zugang zum Recht noch grundlegender als die anderen Formen der gesellschaftlichen Teilhabe ist. Denn ohne diesen Zugang zum Recht ist auch der Zugang zu den anderen Dimensionen der gesellschaftlichen Partizipation gefährdet.

2. Vulnerable Gruppen

Wenn mit dieser Feststellung nun die Frage aufgeworfen wird, wem denn der Zugang zum Recht verwehrt wird, so fällt immer wieder das gleiche Stichwort: den vulnerablen Gruppen. Damit gemeint sind Menschen mit bestimmten Persönlichkeitsmerkmalen, die wegen dieser Merkmale besonders verletzlich sind, also in spezifischer Weise darum ringen müssen, Zugang zum Recht zu bekommen. Die Verweigerung dieses Zugangs wird unisono als Diskriminierung bezeichnet, und folgerichtig ist dann auch von Diskriminierungsopfern die Rede.

Diese Zuschreibung ist in zweierlei Hinsicht nicht unproblematisch. Zum einen zeigen die Erfahrungen, dass viele Betroffene sich ihrer Diskriminierung gar nicht bewusst sind. So wird darauf hingewiesen, dass Diskriminierung so normal werden kann, dass sie gar nicht als solche wahrgenommen wird. Oder dass das Wissen um diese Diskriminierung ungenügend ist und damit der Zugang zum Recht gar nicht erst zum Thema wird.

Doch selbst wenn zum anderen den Betroffenen diese Diskriminierung bewusst ist, ist es oftmals ein weiter Weg, bis aus dem Diskriminierungsopfer eine handelnde Person wird, die ihr Recht einzufordern vermag. Schliesslich haben Diskriminierungsopfer noch ganz andere Probleme als den eingeschränkten oder gar verweigten Zugang zum Recht. Trotzdem kann diese Form der Diskriminierung wie andere Formen der Ausgrenzung auch gravierende Folgen haben. Studien zeigen, dass eine mangelnde gesellschaftliche Teilhabe gesundheitliche Auswirkungen zeitigen kann und letztlich die Lebenserwartung der Betroffenen in gravierender Weise zu verkürzen vermag.¹

Schaut man sich nun in den verschiedenen Beiträgen dieser Publikation an, wer jeweils als vulnerable Gruppe erwähnt wird, so fallen die Polaritäten auf. Frauen sind gegenüber Männern diskriminiert, Ausländerinnen und Ausländer gegenüber Schweizerinnen und Schweizern, Menschen mit Behinderung gegenüber Menschen ohne Behinderung, Kinder gegenüber Erwachsenen und so weiter. Hier drängen sich zwei Einwände oder besser Relativierungen auf. Zum

1 Bundesamt für Statistik (2015): Statistischer Sozialbericht 2015, Neuchâtel, S. 50–55; SIMONE VILLIGER/CARLO KNÖPFEL, Armut macht krank. Warum gesellschaftliche Verhältnisse die Gesundheit prägen. Diskussionspapier 24, Luzern 2009.

einen vernachlässigen diese Polaritäten, dass sich die aufgeführten Merkmale, man spricht von horizontalen Faktoren, nicht voneinander isolieren lassen. Frauen können auch einen Migrationshintergrund haben und behindert sein. Damit kumulieren sich Diskriminierungseffekte. Oder umgekehrt: Schweizer Männer ohne gesundheitliche Einschränkungen laufen besonders geringe Gefahr, diskriminiert zu werden. Es fällt auf, dass diese Intersektorialität oder Mehrfachdiskriminierung kaum beachtet wird, obwohl zumindest in der feministischen Literatur auf diese sich verstärkenden Ausgrenzungsmomente seit Jahren hingewiesen wird.

Neben diesen horizontalen Faktoren sind zudem auch vertikale Faktoren in der Analyse zu berücksichtigen. Denn der Zugang zum Recht ist wie bereits erwähnt auch eine Frage von Bildung, Einkommen und sozialer Position. Werden die vertikalen und horizontalen Faktoren der Diskriminierung zusammen gedacht, spannt sich ein komplexes Feld sozialer Ungleichheit auf, in dem die Sicht auf die vulnerablen Gruppen, die ganz besonders unter dem mangelnden Zugang zum Recht zu leiden haben, verstellt zu werden droht. Welche konkreten Faktoren schliesslich von besonderer Bedeutung für den fehlenden Zugang zum Recht sind, gilt es erst noch zu erforschen. Es sei erlaubt, die Vermutung zu äussern, dass die vertikalen Faktoren mindestens so wichtig sind wie die horizontalen.

3. Probleme

Wie äussert sich nun der faktisch ungenügende Zugang zum Recht für vulnerable Menschen, jenseits der formalen Diskriminierung durch das geschriebene Recht? Die in den Referaten aufgeführten Problemlagen lassen sich drei Gruppen zuordnen.

Die erste Gruppe von Problemen steht im Zusammenhang mit materiellen Rahmenbedingungen, die gegeben sein müssen, um den Zugang zum Recht zu finden. Hier stellen sich vor allem Fragen der hohen Verfahrenskosten und der zu geringen Kenntnisse der tatsächlichen Rechtslage bei vielen Betroffenen.

Die zweite Gruppe von Schwierigkeiten hat mit der Gefühlslage von Betroffenen zu tun. Dazu gehören sehr berechnete Ängste vor Stigmatisierung, aber auch die Scham, beispielsweise über erlittene Gewalt im familiären Kontext zu sprechen, sowie Gefühle des Misstrauens gegenüber dem Rechtssystem. Letztere gehen oft auf schlechte Erfahrungen zurück, welche die Betroffenen selber gemacht oder von denen sie durch andere gehört haben.

Schliesslich lässt sich noch eine dritte Gruppe von Sachverhalten anführen, die den Zugang zum Recht in Frage stellen. Diese Sachverhalte haben mit dem Rechtssystem selber zu tun und drehen sich im Kern um die immer wieder vorkommenden Diskrepanzen zwischen dem, was rechtens ist, und dem, was als gerecht empfunden wird. Wer solche Erfahrungen machen muss, hat mit Gefüh-

len der Ohnmacht zu kämpfen, die leicht in Gefühle des Zorns, der Wut und der Aggression umschlagen und bis hin zur Selbstjustiz führen können.

Allen Problemgruppen gemeinsam ist, dass auf den Zugang zum Recht verzichtet wird. Wenn man so will, könnte man von einem faktischen Selbstausschluss sprechen, einem gut begründeten Selbstausschluss, wohlgemerkt! Die Vermutung liegt nahe, dass der Zugang zum Recht trotz formaler rechtlicher Gleichheit bestimmten sozialen Gruppen auch auf diesem Weg verwehrt werden kann, wenn man es denn auf diese Art der Diskriminierung angelegt hat.

4. Lösungsansätze

Bis zu einem für alle diskriminierungsfreien Zugang zum Recht gibt es selbst in der Schweiz noch viel zu tun. Dieser Prozess wird verschiedene Phasen durchlaufen und unterschiedliche Aspekte ansprechen müssen. Zunächst wird es darum gehen, dass Wissen über den für viele Betroffene unzureichenden Zugang zum Recht zu erweitern.

Eine Grundvoraussetzung dafür ist ein systematisches Monitoring der Rechtstaatlichkeit: Es braucht eine Dokumentation über richterliche Entscheide, bei denen es um das Verständnis von Rechtstaatlichkeit geht, die Diskriminierungen thematisieren oder die selber diskriminierend wirken. Nur so kann selbst für Fachleute deutlich gemacht werden, wie gross die Vielfalt von Diskriminierungstatbeständen noch immer ist. Nach wie vor sind entsprechende statistische Unterlagen Mangelware. Der Verzicht auf solche Datengrundlagen ist dabei selber Ausdruck von Diskriminierung. Darum sind Statistiken, die diskriminierende Tatbestände offenlegen und Veränderungen anzeigen, unbedingt einzufordern.

Erst ein solches Monitoring schafft das Bewusstsein für die Problematik und ist darum Voraussetzung dafür, dass sich nicht nur die Praxis, sondern auch die rechtlichen Grundlagen entsprechend ändern lassen. Dabei geht es sowohl um Schutzrechte als auch um Förderrechte und Beteiligungsrechte für die im Zusammenhang mit dem Zugang zum Recht von Diskriminierung betroffenen sozialen Gruppen.

In diesem Zusammenhang fällt auf, dass die in verschiedenen Themenfeldern engagierten Fachleute kaum miteinander vernetzt sind. Dabei wäre es von grosser Dringlichkeit, voneinander zu lernen und so zu einer über verschiedene Formen der Diskriminierung hinweg einheitlichen Argumentation zu gelangen. Ebenso wichtig ist ein von unterschiedlichen Kreisen schon geforderter Perspektivenwechsel: Wenn es um Diskriminierung geht, darf nicht einfach die individuelle Vulnerabilität thematisiert werden. Vielmehr geht es um die Wechselwirkung zwischen dieser Vulnerabilität und den einstellungs- und umweltbedingten Barrieren für eine gesellschaftliche Teilnahme. Vulnerabilität verringert sich nicht nur durch spezifische individuelle Hilfen, sondern vor

allem durch den Abbau dieser Hindernisse, welche die Vulnerabilität erst zur Belastung werden lassen.

In einer nächsten Phase gilt es, die betroffenen Menschen selber zu stärken und sie in ihrem Recht auf eine diskriminierungsfreie Rechtspraxis zu unterstützen. Hier reichen die Lösungsansätze von staatlich finanzierten Rechtsberatungsstellen über eine deutliche Senkung der Verfahrenskosten und in Leichter Sprache verfassten Behördendokumenten bis zur behindertengerechten Zugänglichkeit der Gerichte.

Zu Recht wird auch über die Förderung der Resilienz diskutiert. So wichtig es ist, die Betroffenen in ihrem Widerstand zu stärken und für ihre physische und psychische Gesundheit zu sorgen, so sehr muss klar bleiben, dass damit die Ursachen des Problems nicht behoben werden. Ohne einen diskriminierungsfreien Zugang zum Recht bleibt die Situation für die betroffenen vulnerablen Menschen schwierig. Das heisst aber nicht, dass mit einem für alle freien Zugang zum Recht schon alle Probleme einer Diskriminierung gelöst werden. Wer von Diskriminierung betroffen ist, benötigt eine Kombination unterschiedlicher Hilfen und Massnahmen, um ihre oder seine schwierige Situation bewältigen und verarbeiten zu können.

5. Rechtsstaatlichkeit

Die Debatte über diskriminierende Einschränkungen beim Zugang zum Recht setzt Rechtsstaatlichkeit voraus. Zum Rechtsstaat ist Sorge zu tragen. Für eine funktionierende Demokratie, für eine alle Bürgerinnen und Bürger erreichende soziale Sicherheit und für eine positive wirtschaftliche Entwicklung ist der Rechtsstaat unabdingbar. Das scheint da und dort in Vergessenheit geraten zu sein.

Die aktuelle politische Debatte über die dritte Gewalt in der Schweiz, genauer über das Verhältnis von eigenen und fremden Richtern, über die Subsidiarität von nationalem Recht und Völkerrecht, oder über das Verhältnis zwischen Verfassung und Gesetzgebung, droht den Rechtsstaat zu delegitimieren. Die Politik ist daran, den Gerichten vorzuschreiben, wie sie zu richten haben. Damit wird ein fundamentales Element des Rechtsstaates, die Gewaltentrennung unterlaufen. Notwendig wäre das Gegenteil: Angesichts um sich greifender Unsicherheit sollte das Vertrauen in den Rechtsstaat gefördert werden, sollte man für starke, verlässliche und freundliche staatliche Institutionen besorgt sein. In diesen Kontext ist auch die Frage des Zugangs zum Recht für alle einzuordnen: Hier Verbesserungen zu erwirken, heisst, das Vertrauen in den Rechtsstaat zu fördern.

6. Anwaltschaftliches Engagement

Viele zivilgesellschaftliche Akteure haben es sich zur Aufgabe gemacht, für bestimmte vulnerable Gruppen einen Zugang zum Recht zu erkämpfen. Dieses anwaltschaftliche Engagement ist zu loben. Trotzdem sei die Frage erlaubt, ob dieser Einsatz nicht nur primär *für* die Betroffenen, sondern vermehrt auch *mit* den Betroffenen geleistet werden sollte. Angesprochen ist ein partizipatives Vorgehen, das die unter der Diskriminierung leidenden Rechtssuchenden zum Subjekt ihrer Anliegen macht. Dabei muss man sich durchaus den Grenzen dieser Forderung bewusst sein. So sehr zu befürworten ist, dass sich die Betroffenen selber für ihre Rechte wehren, so sehr sind die möglichen Folgen dieses Einsatzes zu beachten, etwa die Stigmatisierung von Armutsbetroffenen, der Arbeitsplatzverlust von prekär beschäftigten Erwerbspersonen oder die Ausschaffung von Sans-Papiers. Unter diesem Gesichtspunkt kommt dem Verbandsbeschwerderecht eine besondere Bedeutung zu, erlaubt es doch zivilgesellschaftlichen Organisationen, im Namen der Betroffenen Rechte einzufordern. Allerdings hat sich dieses Rechtsinstrument erst punktuell durchgesetzt. Eine Ausweitung des Anwendungsbereiches muss diskutiert werden.

7. Fazit

Versucht man, die Diskussion über den Zugang zum Recht auf den Punkt zu bringen, bleiben zwei lapidare Feststellungen:

- Recht haben und Recht bekommen ist nicht dasselbe.
- Der Zugang zum Recht ist nicht nur eine Frage des Rechts.

Diese beiden Kernsätze stecken die ganze Problematik ab. Diskriminierung beginnt, wo diese nicht wahrgenommen wird und Rechte verwehrt werden. Diskriminierung geht weiter, wo Hürden wirtschaftlicher, sozialer und bildungsbezogener Art verhindern, dass Rechte wahrgenommen werden können. Beides ist einem Rechtsstaat unwürdig.

Zwischen dem Anspruch, Recht zu haben, und den faktischen Möglichkeiten vieler Bürgerinnen und Bürger, ihre Rechte im Alltag auch durchsetzen zu können, besteht oft eine grosse Diskrepanz. Die vertiefte Auseinandersetzung mit dem Thema «Zugang zum Recht» hat in der Schweiz erst vor Kurzem eingesetzt. Wissenschaft und Praxis befassen sich derzeit intensiv mit den vielfältigen Fragen und Aspekten. Zugang zum Recht betrifft sämtliche Rechts- und Lebensbereiche und geht nicht nur die Rechtspflege etwas an, sondern auch Behörden, Verwaltungen, Politik und zivilgesellschaftliche Organisationen. Von besonderer Relevanz sind dabei die grund- und menschenrechtliche Dimension wie auch die Bedeutung eines wirksamen Rechtsschutzes für die gesellschaftliche Teilhabe und Partizipation. Dies machen die verschiedenen Beiträge dieser Publikation transdisziplinär und praxisnah deutlich.

ISBN 978-3-7190-3976-9

