

## **Eine Reise durch das Spannungsfeld zwischen freier, gleicher und solidarischer sowie frustrierter und sich diskriminiert fühlender Staatsbürgerschaft**

In unserem von Massnahmen zur **Pandemiebekämpfung** gekennzeichneten Alltag regt sich vernehmlich eine neue Abart des sogenannten **Wutbürgers**: Die frustrierten, sich für diskriminiert haltenden Zeitgenossen. Man sieht sich rascher als früher als Opfer; politische Korrektheit ist eifrig auf der Suche nach Schutzbedürftigen. Wir wollen versuchen, dieses **Zeitphänomen in Relation zu setzen zu drei Leitbegriffen**, die seit über zweihundert Jahren unser staatliches Verhalten begleiten, ja bestimmen.

„**Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit!**“ Das war der Leitspruch der Französischen Revolution, die 1789 den Weg zur freiheitlichen Demokratie öffnete, freilich nicht ohne anfängliche Abirrungen. Heute müsste man den Spruch etwas anders fassen: „Freiheit, Gleichheit, Geschwisterlichkeit!“ – wobei letztere wohl noch allgemeiner als „Solidarität“ formuliert werden dürfte. Mit der **Freiheit** war nicht nur die Freiheit vor willkürlicher Beengung durch den Staat gemeint, sondern auch die Freiheit, am staatlichen Geschehen teilzunehmen. Das Bedürfnis danach war in Frankreich gross. Denn es hatte sich unter seinen Königen zum absolutistischen Staat entwickelt. Gemeint ist damit ein Staat, in dem alle Macht bei seinem Oberhaupt konzentriert und dieses nicht an die von ihm erlassenen Gesetze gebunden ist. Daraus hatte sich auch der französische Zentralismus entwickelt, der heute noch spürbar ist; Die Hauptmacht des Staates liegt in Paris; Machtdezentralisierung wird nur ganz klein geübt.

**Die Gleichheit** der Bürger und Bürgerinnen vor dem Gesetz war eine Errungenschaft, die der absoluten Selbstherrlichkeit der Könige entgegengehalten wurde. Der mächtige „Sonnenkönig“ Ludwig XIV. hatte ja noch von sich sagen können: „Der Staat bin ich!“ Die Gleichheit war aber auch eine Voraussetzung des solidarischen Zusammenwirkens der Staatsangehörigen. Die Gleichstellung vor dem Gesetz bedeutet nicht, dass jeder gleich tüchtig, gleich erfolgreich, gleich vermöglich oder gleich gesund wie die anderen sein kann. Diese Gleichheit bedeutet nur, dass zumindest im Grundsatz alle die gleichen Rechte und Pflichten haben und vor allem, dass das Gesetz auf alle gleich anzuwenden ist.

Damit kommen wir auf den aktuellen Punkt: Der Anspruch auf Rechtsgleichheit wird heutzutage mit Nachdruck erhoben. Dies geschieht nicht selten sosehr, dass eine Grundregel der Rechtsgleichheit vergessen wird. Jene nämlich, wonach **Gleiches gleich, Ungleiches aber ungleich zu behandeln** ist. Das heisst, falls die Ungleichheit rechtlich – aus dem dem Rechte zugrunde liegenden Wertesystem – als relevant betrachtet werden muss. Dies muss man vielleicht mit Beispielen verdeutlichen: Anfangs des 19. Jahrhunderts glaubte man, das Wahlrecht nur den Inhabern eines Mindestvermögens erteilen zu sollen. Mitbestimmen sollte nur, wer dem Staat auch etwas abzuliefern hatte. Heute ist das undenkbar geworden; das Vermögen ist für den Besitz des Stimm- und Wahlrechts unerheblich geworden. Umgekehrt auferlegt die Bundesverfassung die Militärdienstpflicht immer noch nur den Männern, obschon heute freiwillige Frauen selbst zu kombattanten Truppengattungen zugelassen sind.

Ein Signal dafür, dass das Gleichheitsprinzip zunehmend betont wird, ist **die Häufung des Protestarguments, man werde diskriminiert**. Der Bundesverfassung von

1999, die wie ihre Vorgängerinnen die Gleichheit vor dem Gesetz fordert, musste aus dieser Sichtweise noch ein Diskriminierungsverbot eingefügt werden. Dies obschon sich ein solches bereits aus der vorgeschriebenen Rechtsgleichheit ableiten lässt. **Das Willkürverbot**, das die Bundesverfassung von 1999 ausdrücklich enthält, stand zwar in den Verfassungen von 1848 und 1874 nirgends zu lesen, galt aber gleichwohl seit dem ausgehenden 19. Jahrhundert. Das Bundesgericht hatte das Willkürverbot als eine logische Konsequenz des Gleichheitsgebotes schon längst erkannt und als Bestandteil desselben ständig angewandt. Das wäre auch mit dem Diskriminierungsverbot möglich gewesen.

Obschon bald jedermann den Begriff der Diskriminierung im Munde führt, ist nicht immer klar, was dieser bedeutet. Er betrifft eine bestimmte Art unzulässiger Unterscheidung. Wenn wir das näher betrachten, müssen wir allerdings im Auge behalten, dass das Gleichheitsprinzip wesentlich gleich Erscheinendes gleich behandeln will. Dinge, die sich vom Wesen her unterscheiden, können unterschiedlich behandelt werden. Es kommt also darauf an, was rechtlich als wesentlich erscheint oder gilt. Im Rechtswesen versteht man unter Diskriminierung indessen etwas Spezifisches: Es handelt sich um **eine systematische Benachteiligung von Personen auf Grund individueller oder gruppenspezifischer Merkmale**. So gesehen ist das eine offene Formulierung. Sie stellt die Frage, ob jedes Merkmal dieser Art unter das Diskriminierungsverbot fallen kann und dieses ein Risiko des unverwünschten Ausufers in sich trägt. Die Rechtssetzung behilft sich entweder mit Beispielen oder aber mit einer abschliessenden Aufzählung der Merkmale, auf die es dann rechtlich ankommt.

Die Bundesverfassung hat in Artikel 8 (über die Rechtsgleichheit) in Absatz 2 den offeneren Weg der Nennung von Beispielen gewählt, die keine abschliessende Aufzählung bilden (wie der Gebrauch des Wortes „namentlich“ zeigt). Doch ist die Aufzählung der Bundesverfassung recht vielfältig und deutet damit an, dass Diskriminierungen in weitem Bereich beachtlich sind. Es lohnt sich, den Originaltext der Verfassung nachzulesen:

„Niemand darf diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung.“

Ein Gegenstück zu dieser Bestimmung enthielten die früheren Verfassungen insofern als sie bestimmte althergebrachte „begünstigende“ Diskriminierungen, nämlich **Privilegien**, abschafften. Sie hoben „Vorrechte des Ortes, der Geburt, der Familien oder Personen“ auf, beseitigten also solche Überbleibsel aus feudalen Zeiten. Anders als im Verfassungsrecht können bisweilen die Gewichte im **Strafrecht** verteilt werden. Wer etwa eine Weltanschauung propagiert, die so Unerträgliches wie die Leugnung des Holocausts glaubhaft zu machen sucht, kann erfahren, dass auch garantierte Grundrechte – so die Freiheit der Meinungsäusserung – Grenzen haben können. Umgekehrt wird nicht jede Diskriminierung für strafwürdig befunden werden. Das Strafrecht neigt ohnehin nicht zu offenen Formulierungen. Denn eine seiner Grundlagen ist, dass es **ohne Gesetz keine Strafe** geben darf.

Was aber heutzutage wohl nottut, ist eine gewisse Wachsamkeit gegenüber der spürbaren **Tendenz, im Namen der Gleichheit eine existierende Ungleichheit übers Mass zu ignorieren**. Natürlich ist diese Tendenz auch ein **Ausdruck eines Wertewandels**, wie man ihn bereits hinsichtlich der früheren Bindung des Wahlrechts an das Vermögenseigentum („Zensuswahlrecht“) erlebt hat. Solche **Wertewandel können**

**durchaus legitim sein**, schliessen aber eine fragwürdige Zielvorstellung nicht aus. Deutliche Meinungsverschiedenheiten über solches erleben wir derzeit um die „Ehe für alle“ in der Frage, ob diese zum Anspruch auf Kindesadoption durch gleichgeschlechtliche Paare oder – noch umstrittener – zur erlaubten Beanspruchung einer Leihmutter durch ein Paar homosexueller Männer führen solle oder nicht.

Der Hinweis auf Beispiele, was mit einer Diskriminierung eigentlich gemeint sei, kann trotz des geläufigen Umgangs mit diesem Wort, der auch etwas unbedacht ist, hilfreich sein. Denn höchstens Leute, die Latein verstehen, haben vor Augen, was dieser aus dem Lateinischen kommende **Begriff ursprünglich bedeutet**. Unter einem „discrimen“ versteht man im Lateinischen vor allem das Unterscheidende, die Verschiedenheit, daneben aber auch einen Entscheidungsakt, das damit verbundene Risiko oder eine Prüfung. Das Verb „discriminare“ meint soviel wie „trennen“ oder „absondern“. Bei der letzten Bedeutung geraten wir dann in die Nähe der hässlichen Seite der Diskrimination – der Exklusion, die mehr ist als das blosses Feststellen eines Unterschieds. Doch man sieht, dass der Begriff eine weite Auffächerung aufweist, die vom Selbstverständlichen und Notwendigen, nämlich dem **Unterscheidungsvermögen, bis zur Benachteiligung** reichen kann. Damit schliesst sich der Kreis des Umschreibens: Es kommt darauf an, ob wir eine Unterscheidung als notwendig oder harmlos betrachten oder aber als **Stigmatisierung, die wir ablehnen**.

Zu diesen Gedankengängen haben indessen nicht theoretische Bedürfnisse geführt, sondern **die Frage, wie mit aktuellen Erscheinungen umzugehen sei**. Ein solches Phänomen, das durchaus der Erörterung ruft, ist **die Klage von Mitmenschen, welche sich nicht gegen die Pandemie impfen lassen möchten, sich aber lautstark daran stören, dass Geimpften, Genesenen (also einigermassen Immunisierten) und Getesteten manches wieder zugänglich gemacht wird, was ihnen versagt bleibt**. Sie verstehen dies als unzulässige Diskriminierung, zumal hinter ihrer Haltung nicht selten Weltanschauliches steht.

Die logische Konsequenz dieser Klage könnte darin bestehen, dass man Ungeimpften aus der Erkenntnis, sie seien Risikofaktoren, weiterhin soziale Beschränkungen auferlegt, dass aber, um ihre angebliche Diskriminierung gegenüber den Geimpften zu vermeiden, diese **Begrenzungen weiterhin auch den Geimpften zumutet**. Eine solche Betrachtungsweise müsste indessen den Wertvorstellungen entsprechen, die hinter der Rechtsordnung stehen und welche diese Rechtsordnung zu schützen hat. Die Bundesverfassung will ja nach Möglichkeit Freiheit und Gleichbehandlung gewährleisten. **Der Normalfall ist Freiheit im Rahmen der Gesetze**. Menschen, die z.B. infolge von Impfungen kein Gesundheitsrisiko darstellen, entsprechen diesem Normalzustand. Risikobehaftete Menschen sind ihnen gegenüber die Ausnahme; der Unterschied gilt als signifikant. Um das Risiko einzudämmen und **die Freiheit nicht mehr als nötig einzuschränken**, erstrebt die Rechtsordnung genau das, was jene, die sich diskriminiert fühlen, beklagen: Geimpfte unterstehen weniger Restriktionen als Nichtgeimpfte. Aus der der Rechtsordnung zugrunde liegenden Gewichtung und Zweckausrichtung ist **die Eingrenzung Nichtgeimpfter keine Diskriminierung**; sie ist zulässig. Die Restriktionen müssen allerdings so gering wie möglich bleiben und nicht weiter gehen, als die Verhältnisse es erforderlich machen.

Gerade über diese **Verhältnismässigkeit** gehen aber jeweils – je nach der Interessenlage – die Meinungen auseinander. Die Rechtsordnung räumt innert gewisser

Schranken den Behörden jedoch einen **Ermessensspielraum** ein. Es handelt sich ja um eine Abschätzung. Die Rechtsordnung setzt jedoch auch behördliche Instanzen ein, die im Meinungsstreit das letzte Wort haben. Denn **irgend jemand muss ja einen endgültigen Entscheid fällen**, damit man weiss, was schliesslich gilt. Das ist so, selbst wenn jene nicht selten sind, denen es persönlich nicht gelingen will, sich damit abzufinden.

Diese Art zu reagieren hat in der Gegenwart zugenommen. Wir leben in einer Zeit der Ichbezogenheit und Selbstgerechtigkeiten, in einer Zeit, in der man sich berechtigt fühlt, **Ansprüche einzufordern ohne an entsprechende Pflichten zu denken**, und in einer Periode, in der manche nicht ungerne eine **Opferrolle** einnehmen, mit der sie solches Einfordern zu begründen vermögen. Zum Glück sind aber andere Einstellungen nicht verschwunden. Es gibt noch viel **Solidarität**. Solidarität mit Zeitgenossen, welche infolge der Pandemie Einschränkungen erleiden müssen, heisst aber nicht unbedingt, dass jene, die noch uneingeschränkt funktionieren könnten, sich für sie unnötigen Einschränkungen unterziehen müssten. Das wäre dann eher eine **Perversion des Gleichheitsprinzips**, jedenfalls in einem freiheitlichen Staat. Und in einem solchen können jene, die mit der hier vertretenen Rechtsauffassung nicht einig gehen, ihre eigene Anschauung immer noch vertreten. Wir haben ja zum Glück die **Meinungsäusserungsfreiheit**.

Dieser ist allerdings Sorge zu tragen. Daran ist insbesondere bei der heutigen Bekämpfung des Rassismus und ähnlicher hässlicher Ausgrenzungen zu denken. Handlungen und Äusserungen, welche die **Menschenwürde** verletzen, sucht man heute auch strafrechtlich zu unterbinden. Es gibt indessen Anzeigen, dass **das Bedürfnis nach „politischer Korrektheit“ einen Radikalismus entwickeln kann**, der übers Ziel hinauszuschiessen beginnt. Das wird dort bemerkbar, wo immer mehr bisher Hingenommenes unter Verbote und Sanktionen gestellt wird. Wenn bisher als harmlos betrachtete Dinge diskutabel werden, taucht heutzutage immer häufiger der Eindruck auf, es gebe da schutzbedürftige Opfer. Hier ist Unterscheidungsvermögen am Platz. Denn es gibt **zu lange unsensibel Geduldetes, aber auch modisch gehätschelte Überempfindlichkeiten** eher grotesker Art. Die Welschschweizer nennen diese „sensibleries“. Deren **Fanatiker** suchen beispielsweise die Sprache in ein immer engeres Korsett zu schnüren. Das sind **Ansätze, die einen Anspruch aufs Verteilen von Maulkörben zu konstruieren suchen**. Vielleicht gibt jener Artikel unseres Strafgesetzbuches, der den **Religionsfrieden** schützt, einen **praxistauglichen Massstab**. Er verbreitet nicht jede öffentliche Kritik an Glaubensüberzeugungen anderer. Bestraft wird nicht einmal jede Beschimpfung oder Verspottung solcher. **Der Angriff auf solche Überzeugungen muss erstens öffentlich geschehen sein und zweitens gemeine Gestalt angenommen haben**. Erst wenn der Angriff diese besondere Qualifikation erfüllt, kann er einer Strafsanktion rufen. Und auch dabei üben die Gerichte sich in Zurückhaltung, um die freie Auseinandersetzung zu ermöglichen. **Bei der Pandemiebekämpfung dürfte Ähnliches gelten: So viel Freiheit wie möglich und verantwortbar, und so viele Restriktionen, wie vorsorgende Sorgfalt gebietet**.

Wird nach dieser Formel gehandelt, lässt sich manche Auseinandersetzung um angebliche Diskriminierungen vermeiden oder wenigstens versachlichen. Kaum zu vermeiden sind indessen **Frustrationen** jener, welche von der Pandemiebekämpfung besonders hart betroffen werden. Doch auch hier wäre in der geltenden Rechtsordnung ein linderndes Muster zu finden. Es ist das Enteignungsrecht. **Enteignungen sind grundsätzlich zu entschädigen**. Wer sein Geschäft schliessen muss, Verluste in Kauf nehmen muss oder seinen Beruf nicht ausüben kann, weil Einschränkungen nötig werden,

soll angemessen Entschädigung finden. Denn er trägt seine besonderen **Benachteiligungen weitestgehend im Interesse der Allgemeinheit. Diese soll also dafür sinnvoll aufkommen.** Das gebietet gerade das hier eingangs erwähnte **Prinzip der Solidarität.** Aus praktischen Gründen kann sich bei dessen Ausübung ein etwas schematisches Vorgehen aufdrängen. Achtbare Nuancen wird es freilich auch da geben. Denken wir nur an einschneidende **Sonderopfer** einerseits und auf sich zu nehmende **Bürgerpflichten.**

*Juli 2021*

*Roberto Bernhard,  
NHG Winterthur*