



**University of  
Zurich**<sup>UZH</sup>

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2022

---

## **Der Diskriminierungsbegriff im öffentlichen und grundrechtlichen Diskurs: Differenzen – Interdependenzen – Rückfragen aus staatstheoretischer Sicht**

Diggelmann, Oliver ; Emery, Matthias ; Enzler, Livia ; et al

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich  
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-218485>  
Journal Article

Originally published at:

Diggelmann, Oliver; Emery, Matthias; Enzler, Livia; et al (2022). Der Diskriminierungsbegriff im öffentlichen und grundrechtlichen Diskurs: Differenzen – Interdependenzen – Rückfragen aus staatstheoretischer Sicht. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)*, 1:211-241.

# Der Diskriminierungsbegriff im öffentlichen und grundrechtlichen Diskurs

Differenzen – Interdependenzen –  
Rückfragen aus staatstheoretischer Sicht

OLIVER DIGGELMANN\*/MATTHIAS EMERY/LIVIA ENZLER/  
DANIEL RÜFLI/MARTINA STIRNIMANN/LARISSA TSCHUDI\*\*

Schlagwörter: Diskriminierung, Freiheit und Gleichheit, Verfassungsstaat,  
Verfassungskonsens

## A. Einleitung: Polarisierende Schlüsselvokabel unserer Zeit

### I. Ausgangspunkt: Schlüsselvokabel im öffentlichen Diskurs, Expansion des grundrechtlichen Konzepts

Zu den markantesten Verschiebungen im öffentlichen Diskurs der vergangenen Jahre zählt im deutschsprachigen Raum der Aufstieg des Diskriminierungsbegriffs zu einer politischen Leitvokabel. Als Leitvokabel wird hier ein Begriff bezeichnet, in dem sich – nach einem Prozess politisch-energetischer Aufladung – beschreibende mit wertenden Elementen verbinden.<sup>1</sup> Die schweizerische Mediendatenbank zeichnet ein klares Bild: Innerhalb von nicht einmal zwölf Jahren hat sich die Anzahl Einträge mehr als versechsfacht. Waren es 2009 noch weniger als 300 und zwischen 2010 und 2016 jeweils weniger als 500 Einträge gewesen, so stieg die Zahl 2017 auf 613 und in den Folgejahren bis 2020 auf 1820 Einträge pro Jahr an. Viele Themen, die man früher als Fragen verweigerter oder ungerechtfertigter (Un-)Gleichbehandlung begriff, wurden zusehends als Diskriminierungsthemen diskutiert. Das Diskriminierungs-

---

\* Oliver Diggelmann ist Professor für Völker- und Staatsrecht an der Universität Zürich.

\*\* Matthias Emery, Livia Enzler, Daniel Rüfli, Martina Stirnimann und Larissa Tschudi sind wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter am Institut für Völkerrecht und ausländisches Verfassungsrecht der Universität Zürich.

1 Zum Begriff der politischen Leitvokabel: FRANK LIEDTKE, Zum Beispiel «Gerechtigkeit»: Über politische Leitvokabeln in persuasiver Funktion, in: Markku Moilanen/Liisa Tiittula (Hrsg.), Überredung in der Presse: Texte, Strategien, Analysen, Berlin/Boston 2013, S. 175–187, 177f.

vokabular steht heute für das Verhandeln einer Reihe von Fragen zur Verfügung, deren Verbindung mit der Diskriminierungssemantik vor einem Vierteljahrhundert als abwegig erschienen wäre. Kaum grosse Irritationen ruft heute beispielsweise hervor, wenn über Nachteile von Eltern gegenüber Nichteltern unter dem Titel der «Elterndiskriminierung» berichtet wird, oder wenn Nachteile von Populärkultur gegenüber klassischer Kultur als «Diskriminierung der Populärkultur» verhandelt werden.<sup>2</sup> Selbst für die Beschreibung von Nachteilen von Motorrad- gegenüber Rollerfahrern wird auf das Diskriminierungsvokabular zurückgegriffen.<sup>3</sup> Teilweise sind es altbekannte Fragen, die heute in stärkerer, mehr Aufmerksamkeit generierender und wertender Diskriminierungsterminologie thematisiert werden.

Dieser Artikel befasst sich auf einer grundsätzlichen Ebene mit dem Aufstieg des Diskriminierungsbegriffs und seinen Implikationen für den liberalen Staat und die Gesellschaft. Er will in erster Linie einen Beitrag an die Einordnung der Veränderungen leisten. Der Veränderungsprozess wird dabei nicht als Vollzug einer Art Zwangsläufigkeit verstanden, sondern als ambivalenter Vorgang, in dem Fortschrittliches und Problematisches zugleich zu beobachten sind. Dieser Beitrag nimmt insbesondere das *Zusammenwirken vom öffentlichen und grundrechtlichen Diskriminierungsdiskurs* in den Blick (als «grundrechtlicher Diskurs» wird hier der grund- und menschenrechtliche Diskurs bezeichnet), dem bei der energetischen Aufladung des Diskriminierungsdiskurses – als Kollektivsingular – eine wichtige Rolle zugekommen sein dürfte. In einer Langzeitperspektive ist in beiden Diskursen eine starke Expansionsstendenz festzustellen. In beiden Diskursen hat der Diskriminierungsbegriff über die Zeit zusätzliche Bedeutungen angenommen, ist er immer mehr in die Rolle eines zentralen Begriffs aufgerückt. Natürlich wird er im grundrechtlichen Diskurs, wie viele juristische Begriffe, enger verstanden als im öffentlich-umgangssprachlichen. Die Autorinnen und Autoren dieses Beitrages sind von der Idee geleitet, dass die Wechselwirkungen zwischen den beiden Teildiskursen für ein vertieftes Verständnis der Gesamtdynamik des Diskurses wichtig sind. Ein besonderes Augenmerk gilt deshalb den Differenzen zwischen dem öffentlichen und dem grundrechtlichen Diskurs und ihren gegenseitigen Beeinflussungen.

Die erste explizite Verankerung *eines* grundrechtlichen Diskriminierungsverbots in der Schweizerischen Bundesverfassung erfolgte im internationalen Vergleich spät. Die Schweiz trat zwar bereits 1974 der EMRK bei, die, 1950

---

2 Beispiele: STEPHANIE ARNDT, Gegen Elterndiskriminierung im Job: Als Christian aus der Elternzeit kam, hatte er schon die Kündigung auf dem Tisch, Stern (online) 31. 3. 2021, <<https://www.stern.de/familie/-gleichesrechtfuerealtern--als-christian-aus-der-elternzeit-kam-hatte-er-schon-die-kuendigung-auf-dem-tisch--30457152.html>>; ANNIK HOSMANN, Populärkultur wird in Zürich diskriminiert, Tages-Anzeiger 13. 1. 2020.

3 NICOLE DOBELI, Keine Parkplätze: Töffs dürfen nicht diskriminiert werden, Landbote 1.2.2021.

geschaffen, in Art. 14 zwölf diskriminierungsrechtlich neuralgische Anknüpfungsmerkmale nennt (etwa die Verbote der Diskriminierung aufgrund der Hautfarbe und der politischen Anschauung – wobei der Schutz auf den Anwendungsbereich der EMRK-Garantien beschränkt ist).<sup>4</sup> Erst 1981 wurde mit dem Verbot der Geschlechterdiskriminierung jedoch erstmals ein ausdrückliches Diskriminierungsverbot auf Ebene der Bundesverfassung geschaffen. Die Schweiz reagierte damit auf ihre notorische Rückständigkeit bei der Gleichberechtigung der Geschlechter, und in den Folgejahren weitete das Bundesgericht das verfassungsrechtliche Verbot schrittweise auf weitere Gruppen aus; es passte die verfassungsrechtlichen Standards jenen der EMRK an.<sup>5</sup> Mit der Totalrevision der Bundesverfassung 2000 erfolgte ein weiterer Ausbau. Neben einem allgemein formulierten Diskriminierungsverbot («Niemand darf diskriminiert werden ...») fanden 13 spezifische Diskriminierungstatbestände Aufnahme. Der Verfassungsgeber orientierte sich an den für westeuropäische Rechtsstaaten geltenden Standards beim grundrechtlichen Schutz vor Diskriminierung.<sup>6</sup>

## II. Implikationen der Gesamtdynamik: Fragen aus verfassungsstaatlicher Sicht

Politische Begriffe sind einem steten Wandel unterworfen. So hängt etwa die Bedeutung von «Gewaltenteilung», als umgangssprachlicher Begriff oder Begriff mit verfassungsrechtlichen Konturen, vom Zeitkontext ab, nicht anders als der Begriff der «Meinungsfreiheit», der in der digitalen Ära auch Neues konnotiert. Die Veränderungen beim Diskriminierungsbegriff unterscheiden sich von diesem gewissermassen «üblichen» Wandel. Sein Aufstieg zu einer politischen Leitvokabel, der von einer markanten Bedeutungsveränderung auf der grundrechtlichen wie der öffentlich-umgangssprachlichen Ebene begleitet wurde, könnte in der Retrospektive einmal als eines der Charakteristika unserer Zeit gelten. Hier interessieren die Implikationen der Gesamtdynamik dieser

---

4 Art. 14 EMRK erweiterte die elf durch Art. 2 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948 geschützten Merkmale um jenes der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit. Der Internationale Pakt über Bürgerliche und Politische Rechte von 1966, dem die Schweiz 1992 beitrug, nennt in Art. 26 erneut bloss elf Anknüpfungsmerkmale.

5 Zur Ausweitung durch das Bundesgericht zwischen 1981 und 2000: BERNHARD WALDMANN, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, Bern 2003, S. 144–149 (über Tendenzen in Richtung eines allgemeinen Diskriminierungsverbots in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wobei fünf Fallgruppen unterschieden werden).

6 Nach der Vernehmlassung wurde zusätzlich die Anknüpfung an eine körperliche oder geistige Behinderung in den Katalog aufgenommen. Der Nationalrat ergänzte diese um die Kategorien der psychischen Beeinträchtigung und der Lebensform. Der Ständerat fügte schliesslich das Merkmal des Alters hinzu. Im Einzelnen: RAINER J. SCHWEIZER, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung St. Galler Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 8 Rz. 4.

Veränderungen. Was ist hier geschehen und weiter im Gang, wie lässt sich die Gesamtentwicklung in einer Weise erfassen, die die Implikationen für Staat und Gesellschaft insgesamt zumindest in groben Konturen aufzeigt? Wie hängen die Dynamiken der beiden hier interessierenden Teildiskurse zusammen, wie beeinflussen sie sich gegenseitig? Was ist die Bedeutung für das Verständnis der (Letzt-)Staatszwecke «Freiheit und Gleichheit», erfordert die Entwicklung ein verstärktes Tätigwerden des Staates in der gesellschaftlichen Sphäre? Hat all dies Implikationen für die Bereitschaft, einander zuzuhören, den Willen, einander zu verstehen, den Grund- oder Verfassungskonsens?

All dies sind Fragen, die sich uns stellen. Dieser Beitrag wird, so viel vorweg, vorläufige Antworten vorschlagen. Er wird vor allem versuchen, die Veränderungen einzuordnen und dabei zu helfen, eine differenzierte Perspektive zu entwickeln. Zwei Dinge will er nicht: Öl in ein lodernes Feuer giessen, als das einem die derzeitige Debatte um Diskriminierungen erscheinen kann, und die Klippe typischer rein juristischer Annäherungen an den Diskriminierungsbegriff vermeiden – zu sagen, «was Diskriminierung ist». Juristinnen und Juristen neigen dazu, Diskriminierungsfragen als blosse Auslegungsfragen zu begreifen und von einem den Rechtsnormen entnommenen – oder unterstellten – Telos her zu beantworten. Ein solches Vorgehen, bei dem die Gefahr allzu grosser Konvergenz der Ergebnisse mit Präferenzen der Autorinnen und Autoren evident ist, würde an die Einordnung der heutigen Veränderungen wenig beitragen. Wichtig ist es, Folgendes zu betonen: Die Veränderungen im grundrechtlichen Diskurs sind Teil einer viel grösseren Veränderung; damit die Veränderungen von Staat und Gesellschaft insgesamt in den Blick genommen werden können, muss sein Zusammenspiel mit dem öffentlich-umgangssprachlichen Begriff betrachtet und der Frage Aufmerksamkeit geschenkt werden, *weshalb* der Diskriminierungsbegriff im Laufe der Zeit immer «attraktiver» erschien und expansiver gefasst wurde. Der öffentlich-mediale Sprachgebrauch ist mit dem grundrechtlichen verbunden, und umgekehrt, auch wenn die Differenzen gross sind. Die Gesamtdynamik der Diskurse erzeugt das *gesellschaftliche Diskriminierungswissen*. Dieses entscheidet darüber, welche Aussagen als Aussagen über Diskriminierungen formulierbar und in dem Sinne akzeptabel sind, dass sie nicht von vornherein als unverständlich oder falsch verworfen werden. Dieses Diskriminierungswissen resultiert aus dem Zusammenspiel von öffentlichem und grundrechtlichem Diskurs. Es entscheidet über den *Horizont des Sagbaren*, schlägt Rollen vor (Diskriminierte als Opfer), bürdet Argumentations- und Rechtfertigungslasten auf (Rechtfertigungspflicht des Vorwurfsbelasteten) und übt gesellschaftliche Macht über die Verteilung von Rollen und Aufmerksamkeitsressourcen aus.<sup>7</sup> Wer in der Lage ist, eine – vor dem Hintergrund des gesellschaftlichen Diskriminierungswissens – verständliche und ansatz-

7 Zu den Zusammenhängen zwischen Wissen und Machtfeldern bei Michel Foucault: ROBERTO NIGRO, Vom Macht-Wissen-Dispositiv zum Wahrheitsregime, in: Marc Rölli/Roberto Nigro

weise plausible Diskriminierungsbehauptung zu formulieren, nutzt dieses gesellschaftliche Wissen. Er oder sie tut dies auch dann, wenn diese Position grundrechtlich nicht geschützt ist.

Juristinnen und Juristen können durch Expertise im grundrechtlichen Diskurs in spezifischer Weise zum Verständnis des Gesamtphänomens beitragen. Sie kennen die Besonderheiten der grundrechtlichen Debatte, die bei der Produktion des Diskriminierungswissens eine Rolle spielt. Dieser Beitrag will hier einen besonderen Akzent setzen. Die Reichweite des grundrechtlichen Schutzes entscheidet wesentlich über das gesellschaftliche Wissen, wie weit der Staat aktiven Schutz vor Diskriminierung gewährt, vor Diskriminierung durch ihn selbst und durch gesellschaftliche Akteure. Sie entscheidet wesentlich darüber, welche Diskriminierungen durch den Zwangsapparat sanktioniert werden und damit im Vergleich mit öffentlich-umgangssprachlich als Diskriminierung bezeichnbaren, aber nicht sanktionierten Sachverhalten einen Sonderstatus erhalten (rechtlich sanktioniert). Der öffentliche Diskurs seinerseits hat ein Interesse an Fragen des grundrechtlichen Schutzes. Urteile schaffen *hard facts*. Der öffentliche Diskurs reagiert auf Urteile, indem Medien darüber berichten und Differenzen zwischen allgemeinem Diskriminierungswissen und grundrechtlichem Begriff thematisieren. Das Wechselspiel ist wichtig für das Verständnis des Gesamtdiskurses. Dieser ist von besonderem Interesse, weil der Diskriminierungsbegriff – nach einer Formulierung der österreichischen Staatsrechtlerin Magdalena Pöschl – zu einem allgemeinen «Problemlöser»<sup>8</sup> geworden ist.<sup>9</sup>

Nach Vorbemerkungen zur Polarisierung des Diskurses im nächsten Abschnitt (I.3) werden in Teil II die Begriffsverwendungen im öffentlichen und grundrechtlichen Diskurs einander gegenübergestellt. Dabei interessieren nicht Definitionen, sondern vielmehr Kon- und Inkongruenzen. Inwiefern ist der öffentliche Begriff weiter gefasst als der grundrechtliche, inwiefern eröffnet er Spielräume für grosszügigere Verwendungen? Umfang und Qualität der Inkongruenzen dürften bei einem «Problemlöser»-Begriff Indizien dafür sein, welche Veränderungshoffnungen und -erwartungen mit ihm verknüpft werden – für den politischen Veränderungsdruck. Der Beitrag zeigt weitreichende Inkongruenzen auf. In einem nächsten Schritt werden in Teil III Interdependenzen zwischen dem öffentlichen und dem grundrechtlichen Teildiskurs beleuchtet. Das Interesse gilt den wichtigen Transmissionsriemen. Über sie entstehen nach Auffassung der Autorinnen und Autoren substantielle Wechselwirkungen, die sich – über die Zeit betrachtet – als Beeinflussungskreislauf beschreiben lassen. Sie führen einander, bildlich gesprochen, über Rückkoppelungen Energie zu,

---

(Hrsg.), Vierzig Jahre «Überwachen und Strafen»: Zur Aktualität der Foucault'schen Machtanalyse, Bielefeld 2017, S. 175–195, 188f.

8 MAGDALENA PÖSCHL, Armut und Gleichheit, *Journal für Rechtspolitik* 24/2016, S. 121–134, 122.

9 Weitere Teildiskurse, etwa der sozialwissenschaftliche oder historiographische, werden hier im Interesse der Bewältigbarkeit der Thematik nicht näher betrachtet.

die in der Gesamtwirkung die gesellschaftlichen Vorstellungen von der Relevanz von Gruppendifferenzen verstärken. Das Phänomen ist ambivalent. Differenzen erhalten mehr Aufmerksamkeit, Trennendes gewinnt im gesellschaftlichen Diskriminierungswissen gegenüber Verbindendem an Bedeutung. In Teil IV schliesslich wird nach Implikationen der Veränderungen für Grundthesen des liberalen Verfassungsstaates gefragt. Was sind die Implikationen für das Verständnis des Zusammenspiels von Freiheits- und Gleichheitsidee (IV.1), die Rolle des Staates in der gesellschaftlichen Sphäre (IV.2), die Erzeugung von Loyalität gegenüber Staat und anderen gesellschaftlichen Kräften (IV.3)?

### III. Polarisierung: Nebeneinander von Unverhandelbarem und Hochumstrittenem

Eine Grundschwierigkeit der Debatte um Diskriminierungen ist das Nebeneinander von breit Konsentiertem und hochgradig Spaltendem. Die Debatte rührt bei vielen an weltanschauliche Grundüberzeugungen und weckt Leidenschaften. Während Lohn Differenzen zwischen den Geschlechtern (heute) in breiten Kreisen unverhandelbar sind (bei Differenzen allenfalls hinsichtlich des Verfahrens zur Eliminierung), bestehen etwa bei Themen wie der unterschiedlichen Behandlung von Immigrierenden und Staatsangehörigen oder der Zulässigkeit von «affirmative action» (zeitweise Privilegierung von Angehörigen historisch benachteiligter Gruppen) fundamentale Unterschiede in der Bewertung. Als Grundtatsache ist zu konstatieren, dass das intuitive Verständnis von Diskriminierung enorm variiert. Jenseits eines geteilten Kernverständnisses polarisiert der Begriff ausserordentlich stark. Dieser Polarisierungseffekt wird mit dem Fortschreiten des Ausdehnungsprozesses in beiden Teildiskursen nicht schwächer. Umso wichtiger ist es, nicht die Frage, was Diskriminierung *ist*, in den Mittelpunkt zu stellen, sondern das Nebeneinander von Unverhandel- und Verhandelbarem als Teil des Problems zu begreifen.

Eine zweite Grundschwierigkeit, die mit der geschilderten zusammenhängt, ist das unterschiedliche Gewicht der unter der Diskriminierungsthematik verhandelten moralischen Fragen. Fundamentale Fragen wie rassistische Polizeigewalt werden in der gleichen Semantik verhandelt wie Nachteile von Motorrad- gegenüber Rollerfahrern und von Pferdebesitzern gegenüber Hundehaltern.<sup>10</sup> Die trivialisierende Begriffsverwendung hat einen Preis. Der Diskriminierungsbegriff konnotiert immer – auch – das Unrecht, das im Zusammenhang mit Sklaverei, Frauenunterdrückung und beim Umgang mit Homosexualität begangen wurde. Es macht die Attraktivität des Vokabulars teilweise aus, und der gewissermassen Trittbrett fahrende Gebrauch relativiert

---

10 Beispiel: ROLF BOLLIGER, Gegen die Diskriminierung von Hundehaltern, Aargauer Zeitung 25.4.2012.

auf Dauer die moralische Wucht des Begriffs. Solcher Sprachverlust ist ein Teil des Phänomens und mitzudenken.

## **B. Differenzen: Begriffskonturen in beiden Diskursen**

Bei den Begriffsverwendungen im öffentlichen und grundrechtlichen Diskurs werden drei Aspekte unterschieden. Welche Gruppen sind im jeweiligen Diskurs als «diskriminiert» bezeichnenbar (II.1)? Wer erscheint im jeweiligen Diskurs in erster Linie als «Diskriminierer», der Staat oder gesellschaftliche Akteure (II.2)? Welche Arten von Nachteilen vermögen den Diskriminierungsvorwurf im jeweiligen Diskurs auszulösen (II.3)?

### **I. Subjekt des Diskriminierungsvorwurfs: Diskriminierte Gruppen**

Im öffentlichen Diskriminierungsdiskurs ist der Kreis der als «diskriminiert» bezeichnbaren Gruppen sehr viel weiter als im grundrechtlichen. Während alle in Letzterem als diskriminierbar geltenden Gruppen auch im öffentlichen so bezeichnenbar sind, kommt im öffentlichen Diskurs eine Reihe weiterer Gruppen hinzu. *Kongruenzen* bestehen damit vor allem bei den historisch diskriminierten Gruppen – Frauen, Homosexuelle und aufgrund der «Rasse» Diskriminierte – und den weiteren diskriminierungsrechtlich «etablierten» Gruppen, die in der Bundesverfassung und den Instrumenten des internationalen Menschenrechtsschutzes genannt werden. Insbesondere sind dies auch sprachliche und religiöse Minderheiten, körperlich, geistig und psychisch Behinderte, sowie Gruppen, die aufgrund ihrer Herkunft, des Alters, der sozialen Stellung oder der Lebensform diskriminiert werden.<sup>11</sup> Ein gemeinsamer Nenner all dieser Gruppen besteht darin, dass sie sich – zumindest ansatzweise – als Kollektiv begreifen («die Alten», «die Italienischsprachigen» etc.).

Interessant ist eine unscharfe Zone zwischen Kon- und Inkongruenzen. Es gibt Gruppen, bei denen zwar klar ist, dass sie im öffentlichen Diskurs als diskriminiert bezeichnet werden können, aber höchstens teilweise geklärt, ob dies auch im grundrechtlichen Diskurs möglich ist: bei den historischen «Unterdrückergruppen», d. h. den Männern (als Diskriminierer der Frauen), den Heterosexuellen (als Diskriminierer der Homosexuellen), den Weissen (als Diskriminierer nichtweisser «Rassen»). Beispiel einer solchen Verwendung im öffentlichen Diskurs ist etwa ein Bericht in der Süddeutschen Zeitung mit dem Titel «US-Regierung beschuldigt Uni Yale der Diskriminierung von Weissen», in dem über Vorteile Nichtweisser gegenüber Weissen in Yale be-

---

11 Das Merkmal der Lebensform erfasst nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung primär Homosexuelle sowie Fahrende. Etwa: BGE 126 II 425, E. 4c, S. 433; BGE 138 I 205, E. 5.4, S. 213.



richtet wird.<sup>12</sup> Ein anderes Beispiel: In Basel war schon vor Jahren die «Diskriminierung von Männercliquen» ein Medienthema.<sup>13</sup> Im grundrechtlichen Diskurs dagegen gehen die Meinungen darüber, ob mittels Antidiskriminierungsrecht Nachteile historischer Unterdrückergruppen thematisiert werden können und sollen, erheblich auseinander. Die Problematik wird unter dem Titel des sog. symmetrischen Diskriminierungsbegriffs diskutiert.<sup>14</sup> («Symmetrisch» deshalb, weil sich beide Parteien des historischen Unrechts, Unterdrückte wie Unterdrücker, gleichermaßen – symmetrisch – auf die Garantie berufen können; bei einem asymmetrischen Verständnis ist diese Möglichkeit der historischen «Unterdrückergruppe» versagt.) In der Praxis des Bundesgerichts lassen sich nur punktuelle Stellungsbezüge, aber keine generelle Position ausmachen. Das Gericht verwendet in einschlägigen Urteilen sowohl Elemente des symmetrischen als auch des asymmetrischen Konzepts.<sup>15</sup> Klar ist, dass gegen «Männerdiskriminierung» unter Berufung auf das Diskriminierungsverbot vorgegangen werden kann; bereits in den späten 1990er-Jahren kam das Bundesgericht zum Schluss, eine starre Frauenquote für kantonale Behörden diskriminiere Männer.<sup>16</sup> Auch der EGMR konstatierte in einer Reihe von Urteilen Diskriminierungen von Männern.<sup>17</sup> Kontrovers geblieben ist aber die Frage, ob Weisse aufgrund der «Rasse», etwa im Rahmen von Diversitätsförderung, oder Inländer (etwa beim Familiennachzug)<sup>18</sup> grundrechtlich als diskriminierbar gelten sollen. Das Bundesgericht hat sich zur Diskriminierung Weisser bisher nicht geäußert, und bei der Problematik der

---

12 Agenturmeldung dpa/jobr/hij, US-Regierung beschuldigt Uni Yale der Diskriminierung von Weissen, Süddeutsche Zeitung (online) 14. 8. 2020, <<https://www.sueddeutsche.de/bildung/us-regierung-uni-yale-diskriminierung-14999505>>.

13 Siehe etwa: RAFAEL ERNST, Diskriminierung von Männercliquen, Basler Zeitung 12. 2. 2009 (Leserbrief).

14 Dazu etwa: ALEXANDRA DENG, Symmetrisches oder asymmetrisches Diskriminierungsverständnis: Gefahr der Stereotypisierung benachteiligter Gruppen, Jusletter vom 17. Mai 2010.

15 BERNHARD WALDMANN, in: ders. et al. (Hrsg.), Bundesverfassung Basler Kommentar, Basel 2015, Art. 8 Rz. 50. Oft wird eine leichte Tendenz zu Gunsten eines asymmetrischen Diskriminierungsverständnisses konstatiert, z. B. ebd., wo als Referenz folgende Entscheide aufgeführt werden: BGE 136 I 309, E. 4.2–4.3, S. 312f. (zur Frage, ob Sozialhilfeempfänger eine zu schützende Gruppe i. S. v. Art. 8 Abs. 2 BV darstellen); BGE 135 I 49, E. 5, S. 56ff. (zu den Kriterien für den Schutz einer Gruppe durch das Diskriminierungsverbot und zur Frage, ob Fürsorgeabhängige eine solche Gruppe darstellen, letztlich offen gelassen); BGE 132 I 49, E. 8.2, S. 66f. (Fernhalte-massnahmen im Bahnhof Bern, insb. zur Frage, ob Gleichgesinnte auf dem Bahnhofsbereich eine zu schützende Gruppe sind).

16 Wichtige Urteile: BGE 123 I 152, E. 7b, insb. S. 169; BGE 125 I 21 (Uner Quoten), in dem festgestellt wurde, dass Männer eine diskriminierbare Gruppe darstellen.

17 2012 urteilte der EGMR etwa, Russland diskriminiere Männer, indem es den Elternurlaub nur für weibliche, nicht aber männliche Armeangehörige vorsehe: EGMR, Urteil vom 22. März 2020, 30078/06, Konstantin Markin v. Russland, §§ 151–152; vgl. auch EGMR, Urteil vom 20. Oktober 2020, 78630/12, B. v. Schweiz, §§ 66, 78 (Diskriminierung von Männern durch unterschiedliche Regelungen der Kinderrenten für Witwer und Witwen).

18 BGE 136 II 120, E. 3.5.3, S. 131; ferner MATTHIAS OESCH, Inländerdiskriminierung, ZBJV 145/2009, S. 787–820.

Inländerdiskriminierung fehlt bisher ebenfalls eine gerichtliche Positionierung.<sup>19</sup> Der EGMR hat sein – im Grundsatz symmetrisches – Verständnis<sup>20</sup> bisher ebenfalls nicht auf Weisse oder Inländer angewandt.<sup>21</sup> Aus grundsätzlicher Sicht ist zum Terminus des «symmetrischen Begriffs» zu sagen, dass das Bild der Symmetrie Gerechtigkeit durch Gleichbehandlung aller Gruppen suggeriert. Im Ergebnis wird der Diskriminierungsbegriff auf diese Weise vom schweren historischen Unrecht abgelöst, das bei der Rechtfertigung kompensierender Privilegierungen («affirmative action») eine Schlüsselrolle spielt, er wird bis zu einem gewissen Grad enthistorisiert.<sup>22</sup> Dies verändert den Charakter der Garantie. Das Diskriminierungsverbot wandelt sich von einem Schutzrecht für historisch besonders vulnerable Gruppen zu einem Gruppenrecht generell, da potentiell alle Gruppen zumindest punktuell vulnerabel sind.

Im öffentlichen Diskurs kommt eine Reihe weiterer Gruppen hinzu. Nach der Intensität der Binnenbindung dieser Gruppen können (etwas schematisch) vier Kategorien unterschieden werden. (1) Zu einer ersten können jene Gruppen gezählt werden, deren Mitglieder bestimmte Alltagsgewohnheiten mit einer *ideellen Lebensführungsdimension* teilen. Ein bedeutender Aspekt der Lebensführung entspricht hier einem öffentlichen Interesse. Fahrradfahrer aus Überzeugung etwa seien hier genannt, denen es um den Schutz der Umwelt geht, und Vegetarierinnen, denen es um das gleiche Ziel und um Tierschutz geht. Von einer Diskriminierung von Vegetariern kann etwa die Rede sein, wenn Restaurants keine vegetarischen Speisen anbieten oder solche mit abwertenden Bezeichnungen versehen.<sup>23</sup> (2) Als zweite Kategorie lassen sich jene Gruppen zusammenfassen, deren Mitglieder ebenfalls *wichtige Alltagsgewohnheiten* teilen, *ohne* dass diese jedoch eine *besondere ideelle Lebensführungsdimension* charakterisiert. Wenn etwa von Diskriminierung von Motorradfahrern die Rede ist, weil Rollerfahrer über mehr Parkmöglichkeiten verfügen, so sind die Nachteile der als diskriminiert bezeichneten Gruppe rein praktischer, wenn auch dauerhafter Art. (3) Eine dritte Kategorie mit noch loserer Bindung stellen jene Gruppen dar, die sich durch lediglich *temporäre Interessenparallelitäten* in

19 BGE 129 II 249, E. 5, S. 263; BGE 130 II 137; BGE 136 II 120, E. 3.5.3, S. 131 f.; Urteil des Bundesgerichts 2C\_767/2015 vom 19. Februar 2016, E. 6.2.

20 Vgl. TILMANN ALTWICKER, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, Heidelberg u. a. 2011, S. 128.

21 Vgl. ECHR Reports of Judgement and Decisions, Cumulative Index 1999–2015; Key Cases 2016, 2017, 2018, 2019, List of Cases Recommended by the Jurisconsult and Approved by the Bureau.

22 Vgl. DENG G (Fn. 14), Rz. 10.

23 Vgl. SABRINA MANZEY, Imbiss tischt «Pflanzenfresser für Vegetarier» auf: Web debattiert zahlreiche Fehlritte von Restaurants, Preetext 19. 8. 2016, <<http://www.preetext.com/news/20160829030>>. Interessant ist in diesem Zusammenhang der Hinweis, dass ein britisches Gericht Veganismus als philosophischen Glauben anerkannt und unter den Schutz des Equality Act gestellt hat: J. Casamitjana Costa v. The League Against Cruel Sports, Employment Tribunal Decision, 3 February 2020, 3331129/2018.

einem wichtigen Lebensbereich kennzeichnen. Eltern im Vergleich zu Nichteltern sind ein Beispiel, Rentner ein anderes. (4) Eine letzte Kategorie, bei der die Begriffsverwendung allerdings auch im öffentlichen Diskurs bereits prekär wirkt, sind die Gruppen mit einer *bloss temporären Interessenparallelität* als Merkmal. Beispiele sind etwa die «Benutzer des Flüelapasses»,<sup>24</sup> die in einem Medienbericht als diskriminiert bezeichnet werden, oder eine Gruppe aus Personen, die sich gelegentlich zur Benutzung eines bestimmten Teils des Bahnhofareals zusammenfinden.<sup>25</sup> Hier wirkt die Begriffsverwendung nach wohl überwiegendem Empfinden bereits deutlich überspannt.

Der Blick auf die als «diskriminiert» bezeichnbaren Gruppen zeigt, dass im öffentlichen Diskurs – im Unterschied zum grundrechtlichen – Nachteile aufgrund der blossen Lebensführung oder einer temporären, substantiell freiheitsbeschränkenden Lebenssituation ohne Weiteres mittels Diskriminierungsvorwurf thematisierbar sind. Der Betroffene braucht dabei nicht einer diskriminierungsrechtlich «etablierten» Gruppe anzugehören. Der öffentliche Diskurs gemeindet, anders formuliert, substantielle Lebensführungs- und Lebenssituationsnachteile in den Diskriminierungsdiskurs ein. Er belegt sie mit Diskriminierungsrelevanz und löst diese Nachteile von der Frage einer nennenswerten Gruppenidentität weitgehend ab. Das individuelle Verhalten und die individuellen Nachteile werden im Diskriminierungsdiskurs wichtiger. Es findet eine – kaum thematisierte – Verschiebung von der Gruppenproblematik zum Individualnachteil statt, sofern er eine minimale statistische Signifikanz aufweist.

## II. Adressat des Diskriminierungsvorwurfs: Staat und Private

Inkongruenzen zwischen den Teildiskursen bestehen auch bei der Frage, gegen wen sich der Diskriminierungsvorwurf richtet. Wer ist Urheber der Diskriminierung, der Staat oder private Akteure? Der Staat ist in beiden Diskursen regelmässig Vorwurfsadressat; für ihn gelten sehr hohe Begründungsanforderungen für jede Art von Differenzierung. In einem neueren EGMR-Urteil von 2020 etwa wurde eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes durch den Bund festgestellt, weil dieser einem Mann die Witwerrente gestrichen hatte, als sein jüngstes Kind volljährig wurde (während die Rente bei einer Frau weiter bezahlt worden wäre).<sup>26</sup> Die früheren unterschiedlichen Erwartungen an die

24 BEAT KOLLEGER, Anhaltende Diskriminierung des Flüelapasses, Bündner Tagblatt 11. 6. 2011 <<https://www.suedostschweiz.ch/zeitung/anhaltende-diskriminierung-des-fluelapasses>>.

25 Keine Diskriminierung wegen der Lebensform: BGE 132 I 49, E. 8.2, S. 66f.

26 EGMR, Urteil vom 20. Oktober 2020, 78630/12, B. v. Schweiz, §§ 66, 78. In einem anderen Urteil stellte der EGMR eine Diskriminierung durch den Bund fest, weil dieser bei militärdienstuntauglichen Männern mit leichter Behinderung eine Wehrdienstabgabe vorsieht, nicht aber bei militärdienstuntauglichen Männern mit schwerer Behinderung: EGMR, Urteil vom 12. Januar 2021, 23040/13, Ryser v. Schweiz, § 63.

Selbsterhaltungsfähigkeit der Geschlechter konnten eine Ungleichbehandlung in der Gegenwart nicht mehr rechtfertigen. Im öffentlichen Diskurs ist der Staat Vorwurfsadressat, wenn etwa über Autofahr-Tauglichkeitstest geschrieben wird, sie behandelten Senioren unfair und seien damit diskriminierend.<sup>27</sup>

Private sind im öffentlichen Diskurs viel häufiger Vorwurfsadressaten als im grundrechtlichen Diskurs. Während private Akteure der Vorwurf in Letzterem nur treffen kann, wenn es sich um einen Fall sogenannter direkter Drittwirkung eines Diskriminierungsverbots handelt,<sup>28</sup> insbesondere beim Anspruch von Mann und Frau auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit, sind sie im öffentlichen Diskurs regelmässig auch dann Adressat, wenn sie im Bereich grundrechtlich geschützter Autonomie handeln und ihr Verhalten eine Gruppe besonders tangiert. Arbeitgeber können sich medial den Vorwurf der Diskriminierung einhandeln, wenn sie «Normalgewichtige» und Bewerber ohne Tattoo gegenüber Übergewichtigen und Tattooträgern bevorzugen.<sup>29</sup> Wenn Clubs Gästen wegen ihres zu hohen Alters den Zutritt verweigern, wird darüber zuweilen – ohne Anführungszeichen – unter dem Titel der Altersdiskriminierung berichtet.<sup>30</sup> Wenn Unternehmen nur vegetarisches (oder nur nichtvegetarisches) Essen anbieten, müssen sie mit dem Vorwurf der Diskriminierung von Nichtvegetarierinnen (oder Vegetariern) rechnen.<sup>31</sup> Wenn sie es Männern im Vergleich zu Frauen erschweren, ihr Arbeitspensum zu reduzieren, ist der Vorwurf der Männerdiskriminierung absehbar.<sup>32</sup>

Die Unterschiede beim Vorwurfsadressaten zeigen ein perspektivisches Einreissen der Differenzierung zwischen staatlicher und gesellschaftlicher Sphäre im öffentlichen Diskurs. Staatliche und nicht rechtlich normierte gesellschaftliche Sphäre werden weitgehend gleichgesetzt. Das allgemeine Diskriminierungswissen ermöglicht die öffentliche Thematisierung *nahezu jeder von Individualpräferenzen geleiteten Entscheidung*, die eine Gruppe mehr trifft als den Rest, in der Diskriminierungssemantik. Dies ist ungeachtet dessen der Fall, ob sie im Bereich grundrechtlich geschützter Autonomie gefällt wird oder nicht.

---

27 THOMAS FÜLLING, Warum der Test älterer Autofahrer auf Tauglichkeit unfair ist, Berliner Morgenpost 18. 9. 2013 <<https://www.morgenpost.de/berlin-aktuell/article/120140254/Warum-der-Test-aelterer-Autofahrer-auf-Tauglichkeit-unfair-ist.html>>.

28 SCHWEIZER (Fn. 6), Art. 8 Rz. 56f.

29 ANA DIAS, Diskriminierung: Übergewicht und Tattoos sind Job-Killer, 20 minuten (online) 23. 2. 2016.

30 WOLFGANG JANISCH, Die Diskriminierung des weissen Mannes, Süddeutsche Zeitung 26. 2. 2021.

31 URSULA WEIDENFELD, Wenn Firmen Vegetarier bevorzugen, Tagesspiegel 29. 7. 2018, <<https://www.tagesspiegel.de/politik/arbeitsrecht-wenn-firmen-vegetarier-bevorzugen/22858148.html>>.

32 ALBERT STECK, Teilzeitarbeit: Männer werden bei der Jobsuche diskriminiert, NZZaS 20. 6. 2021.

### III. Sachlicher «Trigger»: Arten von Nachteilen

Bei der Art der Nachteile, die mit dem Diskriminierungsvorwurf angeprangert werden können, sind ebenfalls interessante Inkongruenzen feststellbar. Generelle Aussagen zu den Nachteilen, die den Vorwurf «triggern», sind mit Vorsicht zu formulieren. Die Situation unterscheidet sich bei den einzelnen Anknüpfungsmerkmalen – je nach den Rechtfertigungsmöglichkeiten – teilweise stark.<sup>33</sup> Bei Differenzierungen nach dem Alter etwa gibt es im grundrechtlichen Diskurs vergleichsweise grosse Rechtfertigungsspielräume, während bei Ungleichbehandlungen aufgrund der «Rasse» – jenseits von «affirmative action» – keine Spielräume mehr existieren.<sup>34</sup> Im Grundrechtsdiskurs besteht hier von vornherein eine Vermutung eines Verstosses gegen das Diskriminierungsverbot. Interessanterweise unterscheidet etwa das US-Verfassungsrecht mit Blick auf die Spielräume zwischen «verdächtigen» Anknüpfungsmerkmalen («Rasse»: fast keine Spielräume), «halbverdächtigen» Merkmalen (Geschlecht: sehr beschränkte Spielräume) und übrigen Anknüpfungen (Alter: tendenziell mehr Spielräume).<sup>35</sup> Die Differenzierung bringt die unterschiedliche Sensibilität bei den Anknüpfungen dogmatisch zum Ausdruck. Im Kontext dieses Beitrages verdient Betonung, dass die Schwelle zum Überschreiten des grundrechtlichen Vorwurfs je nach Diskriminierungstatbestand variiert.

Mit Blick auf Kongruenzen ist zunächst festzuhalten, dass in beiden Teildiskursen sowohl direkte wie auch indirekte Diskriminierungen den Vorwurf auslösen können.<sup>36</sup> Im grundrechtlichen Diskurs liegt etwa eine direkte Diskriminierung vor, wenn ein Einbürgerungsantrag wegen Tragen des Kopftuchs als religiöses Symbol einer Gruppe abgelehnt wird,<sup>37</sup> und im öffentlichen Diskurs wird eine direkte Diskriminierung thematisiert, wenn die Einführung einer generellen Fahrtauglichkeitsprüfung ab einem bestimmten Alter, ungeachtet der individuellen Umstände, kritisiert wird.<sup>38</sup> Eine indirekte Diskriminierung wird im grundrechtlichen Diskurs gerügt, wenn das Lohnreglement der SBB bei Abwesenheiten von mehr als sechs Monaten Lohnerhöhungen ausschliesst – und

33 GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar Bundesverfassung, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 8 Rz. 25.

34 Zu Differenzierungen nach dem Alter: BGE 138 I 265, E. 4.3, S. 268f. Weiterführend: PÖSCHL (Fn. 8), S. 121–134.

35 LESLIE FRIEDMAN GOLDSTEIN, Between the Tiers: The New(est) Equal Protection and Bush v. Gore, University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law 4/2002 Vol. 4, S. 372–393.

36 Indirekt diskriminierende Regeln, die an der Oberfläche nicht zwischen Gruppen differenzieren, sind oft nicht leicht als solche erkennbar. Statistiken spielen bei der Begründung eine wichtige Rolle, da sie die unterschiedliche Betroffenheit der Gruppen von einer scheinbar objektiv-neutralen Regelung aufzeigen können. Vgl. BGE 126 II 377, E. 6c), S. 393–394, wo geprüft wird, ob eine neutral formulierte Regel ausschliesslich Invalide trifft (verneint).

37 BGE 134 I 49, E. 3.2, S. 53f. Die Ungleichbehandlung muss an ein Unterscheidungsmerkmal anknüpfen, das für die Identität der einer geschützten Gruppe angehörenden Person zentral ist: BGE 138 I 217, E. 3.3.3, S. 221.

38 FÜLLING (Fn. 27).

damit Frauen *de facto* viel stärker trifft als Männer.<sup>39</sup> Im öffentlichen Diskurs wird eine indirekte Diskriminierung von Ausländern beklagt, wenn die Einführung einer Maut Ausländer und Inländer unterschiedlich trifft, weil Inländern die Abgabe an die Fahrzeugsteuer angerechnet und damit faktisch zurückerstattet wird.<sup>40</sup>

Eine auffällige Inkongruenz zwischen den beiden Diskursen besteht darin, dass im öffentlichen Diskurs auch *staatliche Ressourcenverteilungsentscheide mit ungleichen Auswirkungen auf Akteure ohne jede Gruppenidentität* ohne Weiteres als Diskriminierungen angeprangert werden können. Dies ist etwa der Fall, wenn der Staat den weniger rentablen Wasserkraftwerken im Unterschied zu anderen Kraftwerken die finanzielle Unterstützung versagt und dies als «Diskriminierung von Wasserkraft» kritisiert wird.<sup>41</sup> Ein zweites Beispiel: Mehr Unterstützung für klassische Kultur im Vergleich zu populärer Kultur kann im öffentlichen Diskurs als «Diskriminierung der Populärkultur» thematisiert werden.<sup>42</sup> Kritisiert wird hier der Nachteil an sich gegenüber einem Mitbewerber, der in der Sprache einer Gruppenbenachteiligung formuliert wird. Diese Verwendung der Diskriminierungssemantik richtet sich gegen staatliche Prioritätensetzung bei der Erfüllung von Staatsaufgaben. Oft ist gerade das Setzen solcher Prioritäten wesentlicher Bestandteil der Aufgabenerfüllung. Bei der Kulturförderung etwa können Gemeinwesen je nach Traditionen und Vorlieben gewisse Projekte stärker unterstützen als andere.<sup>43</sup> Die interessante Prämisse der Kritik ist die – in dieser Allgemeinheit – offensichtlich unzutreffende Vorstellung, staatliche Aufgabenerfüllung sei nur legitim, wenn daraus für alle gleiche Vor- und Nachteile resultierten. Eine Wirkung der Möglichkeit der beschriebenen Begriffsverwendung im öffentlichen Diskurs besteht nun aber gerade darin, dass die Diskriminierungssemantik zum Instrument für die Thematisierung blosser Ressourcenverteilungsfragen ohne Betroffenheit einer besonderen Gruppe geworden ist. Oder anders und positiver formuliert: Die Diskriminierungssemantik hilft im öffentlichen Diskurs, staatliche Prioritätensetzungen und die ihnen zugrundeliegenden Annahmen in einer scharfen Sprache in Frage zu stellen.

Die aufgezeigten Inkongruenzen zwischen grundrechtlichem und öffentlichem Diskriminierungsdiskurs sind markant. Nach unserer Auffassung liegt ihre Bedeutung vor allem darin, dass die Diskriminierungssemantik im öffent-

---

39 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6157/2014 vom 19. Mai 2016.

40 MERET BAUMANN, Wien wehrt sich weiter, NZZ 16. 7. 2014; MATTHIAS BENZ, Wien klagt gegen deutsche Pkw-Maut wg. Diskriminierung, NZZ 13. 10. 2017.

41 BEAT KOLLEGER, Stopp der Diskriminierung der Wasserkraft, Bündner Tagblatt 24. 4. 2013 (Leserbrief) <<https://www.suedostschweiz.ch/zeitung/stopp-der-diskriminierung-der-wasserkraft>>.

42 HOSMANN (Fn. 2).

43 Vgl. Kulturförderungsverordnung des Kantons Zürich (KFV ZH; LS 440.11), § 1 Abs. 2: «Es werden in erster Linie Institutionen, Veranstaltungen, Werke und kulturell Schaffende gefördert, die zum Kanton in einer engen Beziehung stehen.»

lichen Diskurs zu einem scharfen Instrument für die Thematisierung von Fragen geworden ist, die weit jenseits des herkömmlichen Verständnisses der Diskriminierungsproblematik liegen. *Erstens*: Thematisierbar geworden sind im öffentlichen Diskurs etwa Bevorzugen bestimmter Lebensstile gegenüber anderen, sowie wichtige gemeinsame temporäre Interessenlagen, etwa von Eltern – weil der Kreis diskriminierbarer Gruppen im öffentlichen Diskurs bedeutend weiter gefasst werden kann. *Zweitens*: Thematisierbar sind im öffentlichen Diskurs auch «Willkürakte» Privater, die nach herkömmlichem Verständnis blosser Betätigung von Privatautonomie darstellen. Der Grund dafür ist, dass im öffentlichen Diskriminierungsdiskurs nur sehr beschränkt zwischen staatlicher und gesellschaftlicher Sphäre unterschieden wird. *Drittens*: Thematisierbar sind im öffentlichen Diskurs mittels Diskriminierungssemantik schliesslich auch Fragen blosser Verteilung staatlicher Ressourcen. Die Vorstellung der Notwendigkeit einer Verbindung zwischen Nachteil und einem sich als Gruppe begreifenden Kollektiv ist im öffentlichen Diskurs keine Thematisierungsvoraussetzung mehr. Die Diskriminierungssemantik ist im öffentlichen Diskurs auch zu einem Instrument geworden, mit dem um individuelle Lebensgestaltung und generell um die Verteilung von staatlichen Ressourcen gerungen werden kann.

## **C. Interdependenzen: Rückkoppelungen zwischen den Diskursen**

Die folgenden Ausführungen werfen Schlaglichter auf wichtige Aspekte gegenseitiger Beeinflussung der beiden Teildiskurse.

### **I. Gerichtsberichterstattung: typischerweise Arbeit am antidiskriminatorischen Fortschrittsnarrativ**

Der grundrechtliche Diskriminierungsdiskurs beeinflusst den öffentlichen Diskurs in erster Linie dadurch, dass Letzterer wichtige Gerichtsentscheide aufgreift und kommentiert. Wichtige und spektakuläre Urteile und ihre Begründungen sowie Reaktionen darauf sind regelmässige Medienthemen, manche Zeitungen besitzen Ressorts für Gerichtsberichterstattung. Bei der Art und Weise der Berichterstattung spielt die beschriebene Differenz zwischen dem Verständnis des Diskriminierungsbegriffs im öffentlichen und grundrechtlichen Diskurs eine wichtige Rolle. Sie hat in der Grundtendenz zur Folge, dass Diskriminierung bejahende Urteile «automatisch» als fortschrittlich und richtig erscheinen, weil sie die Inkongruenzen mindern, während verneinende tendenziell als streng oder rückständig wahrgenommen werden. Die Darstellung hängt stark vom jeweiligen Medium und dessen politischer Ausrichtung ab. Hier verdient vor allem der auf den ersten Blick als Paradox erscheinende Umstand Hervorhebung, dass wegen des weiteren Begriffsverständnisses im öffentlichen

Diskurs sowohl die eine Diskriminierung bejahenden Urteile als auch die verneinenden – in der Grundtendenz – an der antidiskriminatorischen Fortschritts-erzählung «mitarbeiten».

Einige Beispiele aus der jüngeren Vergangenheit verdeutlichen dies. Viel mediale Aufmerksamkeit und Zustimmung erhielt im deutschsprachigen Raum etwa ein Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts von 2017, in dem es um die Möglichkeit der Eintragung eines «dritten Geschlechts» im Zivilstandsregister ging. Das Gericht vertrat die Auffassung, das Fehlen einer solchen Option stelle eine Diskriminierung von Menschen dar, «die sich dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen lassen».<sup>44</sup> Es wurde medial – bei durchaus auch kritischen Stimmen –<sup>45</sup> insgesamt als bedeutender Erfolg im Kampf gegen Diskriminierung und teilweise gar als «Revolution» gefeiert.<sup>46</sup> Die Inkongruenzen wurden durch das Urteil verkleinert. Ein ebenfalls bejahendes Urteil mit Resonanz und unmittelbarem Schweizbezug war sodann ein EGMR-Urteil von 2020, das sich mit der Ersatzabgabe wehrdienstuntauglicher behinderter Schweizer Männer befasste. Der EGMR erblickte in der Regelung, wonach Männer nur bei leichter, nicht aber schwerer Invalidität eine Ersatzabgabe zu leisten haben, eine Diskriminierung der bloss leicht Handicapiereten.<sup>47</sup> Im öffentlichen Diskurs wurde das Urteil überwiegend als Fortschritt beim Abbau von Diskriminierung dargestellt.<sup>48</sup> Die der Regelung zugrunde liegende Absicht des Gesetzgebers, Nachteile fair zu verteilen, trat in den Hintergrund. Ein verneinendes Urteil ist das EGMR-Urteil von 2014 zum Verhüllungsverbot im öffentlichen Raum in Frankreich.<sup>49</sup> Der Gerichtshof sah angesichts der involvierten öffentlichen Interessen keine Diskriminierung, in vielen Kommentaren dominierte aber die Sichtweise, der Gerichtshof habe sich islamfeindlichen Motiven gegenüber zu verständnisvoll gezeigt und sei den xenophoben Kräften auf den Leim gegangen.<sup>50</sup> Erwähnung verdient auch ein verneinendes Urteil des EGMR von 2019, das Fragen des Zugangs Behinderter zu Dienstleistungen privater Unterhaltungsanbieter betraf. Ein Genfer Kino hatte einem Paraplegiker den Zutritt zum Kino aus Sicherheitsgründen wegen einiger Stufen verwehrt und war von den schweizerischen Gerichten ge-

44 Deutsches Bundesverfassungsgericht, Beschluss des Ersten Senats vom 10. Oktober 2017, 1 BvR 2019/16, 3. Leitsatz.

45 Etwa: PETER RASONYI, Das Bundesverfassungsgericht schafft ein willkürliches drittes Geschlecht, NZZ 8. 11. 2017.

46 TILMANN WARNECKE, Das Urteil zum «Dritten Geschlecht» ist eine Revolution, Tagesspiegel 8. 11. 2017.

47 EGMR, Urteil vom 12. Januar 2021, 13444/04, *Ryser v. Schweiz*, § 61.

48 JONAS KELLER, Willkür beim Wehrpflichtersatz, Beobachter 20. 6. 2019.

49 EGMR, Urteil vom 1. Juli 2014, 43835/11, S. A. S. v. Frankreich.

50 Etwa: MERIËM STRUPLER, Um Gottes Willen: Nein, WOZ 18. 2. 2021 7/21, <<https://www.woz.ch/-b408/>>; DINAH RIESE, Das Recht bekleidet zu sein, taz 26. 8. 2021, <<https://taz.de/Kommen-tar-Burkini-Urteil-in-Frankreich!/5334972/>>; vgl. auch SHINO IBOLD, Bei Burka und Nikab hört die Toleranz auf. Kritische Anmerkungen zum Urteil S. A. S. v. France des EGMR vom 1. Juli 2014, Kritische Justiz 48/2015, S. 83–95.



schützt worden. Der EGMR hielt die Auslegung des einschlägigen schweizerischen Rechts für nicht diskriminierend im Sinne der EMRK-Garantien.<sup>51</sup> Behindertenverbände hatten grosse Hoffnungen in den Fall gesetzt. Sie griffen die Gerichte nach den Urteilen an und erhielten in den Medien vergleichsweise viel Zustimmung.<sup>52</sup> Manche Medien beurteilten das Urteil zwar nicht ausdrücklich negativ, der negativen Bewertung durch Behinderten- und Interessenverbände wurde aber deutlich mehr Aufmerksamkeit geschenkt als den Gegenargumenten.<sup>53</sup> Diskriminierungen verneinende Urteile können kaum mit positiver Berichterstattung rechnen. Die Gerichte wissen dies.

## II. Langzeitausbau des grundrechtlichen Konzepts: Aufnahme der Diskursdifferenzen

Der öffentliche Diskurs seinerseits wirkt als Spiegel des allgemeinen Diskriminierungswissens auf den grundrechtlichen Diskurs zurück. Seine zentralen Akteure – die Höchstgerichte Bundesgericht und EGMR sowie, bis zu einem gewissen Grad, die Wissenschaft – reagieren über die Zeit hinweg auf verändertes allgemeines Diskriminierungswissen. Gerichte greifen veränderte Vorstellungen auf, wenn auch mit einer gewissen Verzögerung, und passen die grundrechtliche Diskriminierungsrechtsprechung den veränderten Anschauungen an. Sie reduzieren damit ebenfalls Inkongruenzen. Für diesen Vorgang stehen ihnen etablierte Argumentationsfiguren zur Verfügung. Die vom Zweck einer Norm her argumentierende, teleologische Auslegungsmethode etwa eröffnet Spielräume für Anpassungen an veränderte Anschauungen; in der Rechtsprechung des EGMR insbesondere ist die metaphorische Argumentation, die EMRK sei ein «living instrument», seit Langem etabliert.<sup>54</sup> Ein Beispiel für eine solche Anpassung ist das schon erwähnte Urteil des EGMR von 2020, das sich mit unterschiedlichen Regelungen der Witwer- und der Witwenrenten in der Schweiz befasste. Die Witwenrente wurde nur bis zur Volljährigkeit der Kinder bezahlt, während bei der Witwenrente keine solche Aufhebung vor-

51 EGMR, Urteil vom 25. Juni 2019, 40477/13, Glaisen v. Schweiz, § 50.

52 ANNA WANNER, Menschenrechts-Prozess: Darf einem Rollstuhlfahrer der Zutritt zum Kino verweigert werden?, Aargauer Zeitung 17. 7. 2019. Wissenschaftliche Kritik am Urteil: MARKUS SCHEFER/CAROLINE HESS-KLEIN, Zum Verbot der Diskriminierung von Menschen mit Behinderung durch private Dienstleistungsanbieter: Bemerkungen zu BGE 4A\_367/2012 vom 10. Oktober 2012 und Urteil des Bundesgerichts 4A\_369/2012 vom 10. Oktober 2012, Jusletter vom 25. Februar 2013, Rz. 23.

53 KATHRIN ALDER, Rollstuhlfahrer wurde in Genf der Zutritt zum Kino verweigert: Menschenrechtsgerichtshof tritt auf seine Beschwerde nicht ein, NZZ 19. 7. 2019; MICHAEL PERRICONE, Wieso darf ein Kino einem Rollstuhlfahrer den Eintritt verwehren? SRF online 18. 7. 2019, <<https://www.srf.ch/news/schweiz/paraplegiker-klage-abgelehnt-wieso-darf-ein-kino-einem-rollstuhlfahrer-den-eintritt-verwehren>>.

54 Vgl. als eines der ersten Urteile: EGMR, Urteil vom 25. April 1978, 5856/72, Tyrer v. Grossbritannien, § 31.

gesehen war. Das Gericht erkannte eine Diskriminierung von Männern und passte den grundrechtlichen Schutz dem aktuellen Diskriminierungswissen, wie es sich im öffentlichen Diskurs manifestiert, ein Stück weit an.<sup>55</sup>

Die Wissenschaft reagiert auf Veränderungen des allgemeinen Diskriminierungswissens, wenn sie das grundrechtliche Konzept dogmatisch weiterentwickelt. Wenn der öffentliche Diskurs «neuen» Themen Relevanz zugeht, stellen sich Fragen von Differenzierungen und Modernisierungen des dogmatischen Konzepts. Ein gutes Beispiel ist die Debatte um den symmetrischen Diskriminierungsbegriff. Sie ist in der Langzeitperspektive eine Folge davon, dass – im Zug von «Critical Legal Studies Movement» und daraus hervorgehender «Critical Race Theory» und der wiederum durch diese beeinflussten konstruktivistischen feministischen Theorie sowie der Queer Theory – eine *schrittweise Ablösung der Diskriminierungsdebatte vom historischen Unrecht* von Sklaven/Schwarzen, Frauen und Homosexuellen stattfand.<sup>56</sup> Es stellte sich mit der Verschiebung des Fokus weg von «etablierten Opfergruppen» die Frage, ob nicht jede Gruppe diskriminiert werden kann, in letzter Konsequenz also auch historische Tätergruppen. Auch wenn die wissenschaftlichen Meinungen zum Symmetriekonzept geteilt sind,<sup>57</sup> kann am Zusammenhang zwischen Expansion des öffentlich-allgemeinen Diskriminierungsverständnisses und Ausdehnung des grundrechtlich-dogmatischen Konzepts auf grundsätzlicher Ebene kein Zweifel bestehen. Besondere Erwähnung verdient in diesem Zusammenhang auch das Textgenre der in Auftrag gegebenen wissenschaftlichen Studien. Interessenorganisationen und mit Diskriminierungs- oder Gleichstellungsfragen befasste staatliche Stellen geben regelmässig Studien zu Diskriminierungsfragen in Auftrag, die Diskriminierungen feststellen und Lücken beim Rechtsschutz aufzeigen sollen.<sup>58</sup> Solche Studien machen typischer-

55 EGMR, Urteil vom 20. Oktober 2020, 78630/12, B. v. Schweiz, insb. §§ 66, 74, 78.

56 Vgl. GÜNTER FRANKENBERG, *Partisanen der Rechtskritik: Critical Legal Studies etc.*, in: Sonja Buckel et al. (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, Stuttgart 2006, S. 98–100; ANNE PETERS, *Die Strukturähnlichkeit der Diskriminierungsverbote im Menschenrechtsbereich und im Welthandelsrecht*, in: Stephan Breitenmoser et al. (Hrsg.), *Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat. Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Zürich/St.Gallen 2007, S. 551–593, 556–557, 586–588; CÉCILE CREVOISIER, *Der Diskriminierungsbegriff – eine Auslegeordnung von Lehre und Rechtsprechung*, Jusletter vom 6. Juni 2016, Rz. 11.

57 Differenzierender, vermittelnder Ansatz bei JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, *Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte*, Bern 2008, S. 691–692. Tendenziell kritisch: SCHWEIZER (Fn. 6), Rz. 48. In jüngerer Vergangenheit ist auch ein «postkategoriales Antidiskriminierungsrecht» vorgeschlagen worden, das sich weniger an den Diskriminierungsmerkmalen als vielmehr an der Praxis von Stigmatisierung, Benachteiligung und Ausgrenzung orientiert: KURT PARLI, *Rechtswissenschaftliche Diskriminierungsforschung*, in: Albert Scherr et al. (Hrsg.), *Handbuch Diskriminierung*, Wiesbaden 2017, S. 101–115, 107 m. v. H.

58 Beispiele: Amnesty International, *Discrimination Against Muslims in Europe*, London 2012, S. 105–107; KARINE LEMPEN/ANER VOLODER, *Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nach dem Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (2004–2019)*, Forschungsbericht im Auftrag des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und

weise Vorschläge, wie das Diskriminierungskonzept auf rechtlicher Ebene «weiterentwickelt» werden kann oder soll, um auf der Höhe der Zeit zu sein. Ein vom Schweizerischen Kompetenzzentrum für Menschenrechte im Jahr 2016 erstellter Bericht zum Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen kam zum Schluss, es sei «themenübergreifend» eine Beweislastumkehr zu fordern.<sup>59</sup> Es stützte seine Folgerungen auf Befragungen der Anwaltschaft und von Gerichten, die das Ergebnis gezeitigt hatten, der Zugang zum Recht könne durch eine solche Beweislastumkehr besser gewahrt werden. Wissenschaftliche Artikel, Monographien und Dissertationen im Besonderen spielen bei der Arbeit an der «Modernisierung» des grundrechtlichen Begriffs ebenfalls eine Rolle. Sie arbeiten an der Minderung der Inkongruenzen mit, wenn sie sich mit der Operationalisierung eines «intersektionellen Diskriminierungsbegriffs», der Notwendigkeit eines dritten amtlichen Geschlechts oder den Auswirkungen von Abgaben auf frauenspezifische Güter («pink tax») befassen.<sup>60</sup> Das Ergebnis wissenschaftlicher Arbeiten und in Auftrag gegebener Studien sind typischerweise Postulate wie jene nach einem Verbandsklagerecht, generellen Klage- und Beweiserleichterungen, besserer Sensibilisierung der Bevölkerung für Diskriminierungsfragen oder Ausbau der einschlägigen Beratungsstellen – womit sie wiederum auf den öffentlichen Diskurs einwirken.

### III. Rückkoppelungskreislauf: Relevanz von Differenz und Trennendem

Die gegenseitige Beeinflussung der Teildiskurse erzeugt über die Zeit eine Art Rückkoppelungskreislauf. Medien greifen nach den Gesetzen der Aufmerksamkeitsökonomie – «naturgemäss» bis zu einem gewissen Grad einer Logik von Übertreibung und Sensation folgend – vor allem *neue* Diskriminierungsthemen und -fakten auf. Sie berichten über «Fortschritte» und «Rückschläge»

---

Mann, Genf 2021, S. 46; WALTER KÄLIN/RETO LOCHER, Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, Synthesebericht des Schweizerischen Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR), Bern 2015, S. 102–105; Recht auf Schutz vor Diskriminierung, Bericht des Bundesrates vom 25. Mai 2016 in Erfüllung des Postulat Naef 12 3543 vom 14. Juni 2021.

59 KÄLIN/LOCHER (Fn. 58), S. 68, wo eine «themenübergreifende Beweislastumkehr» in Diskriminierungsprozessen zwecks Erleichterung des Zugangs zur Justiz empfohlen wird; zudem solle der Gesetzgeber «die Beweislast so ausgestalten, dass der (vermutliche) Verursacher der Diskriminierung beweispflichtig ist»; in diesem Sinne auch: Palv. Reynard (17 501), Sexuelle Belästigung: Beweislast erleichtern.

60 Beispiele: THOMAS GEISER, Braucht es ein drittes Geschlecht?, SJZ 115/2019, S. 587–591; BARBARA HENZEN/SUSANNE SCHREIBER, Pink Tax, Steuer Revue 76/2021, S. 244–253; TAREK NAGUIB, Mehrfachdiskriminierung. Analysekategorie im Diskriminierungsschutzrecht, SJZ 106/2010, S. 233–243; JEAN WEIDMANN, Discrimination de sexe implicite au recrutement et à la sélection des managers, Lausanne 1994; LUCIA M. LANFRANCONI, Geschlechtergleichstellung durch Wirtschaftsnutzendiskurs? Eine qualitative Untersuchung (un-)gleichheitsgenerierender Mechanismen in der Umsetzung des schweizerischen Gleichstellungsgesetzes aus diskursiver und geschlechtssensibler Perspektive, Fribourg 2014; ELEONOR KLEBER, La discrimination multiple, Etude de droit international, suisse et européen, Genf/Zürich/Basel 2015.

in Recht und Politik, wobei unter Aufmerksamkeitsgesichtspunkten ein starker Anreiz zur Verwendung des moralisch wuchtigen Diskriminierungsbegriffs – im Vergleich zur blossen Gleichheitssemantik – besteht.<sup>61</sup> Die Langzeitexpansion des Begriffs hat zur Folge, dass immer neues Trennendes in den Fokus gerät. Dies kann den Eindruck entstehen lassen, alles bisher Bekannte sei bloss die Spitze des Eisberges gewesen. Häufigkeit und Intensität der Berichterstattung beeinflussen, wie man aus der Forschung weiss, die allgemeine Problemwahrnehmung und die emotionale Bewertung von Sachverhalten und Handlungsintentionen.<sup>62</sup> Dramatisierende, einseitige Medienberichterstattung und Wertung können – typischerweise durch Darstellung komplexer Diskriminierungsfragen als eindeutig – gesellschaftliche Differenzen verfestigen, und sie leisten so in der Grundtendenz einer gesellschaftlichen Fragmentierung Vorschub.<sup>63</sup> Der grundrechtliche Diskurs seinerseits reagiert auf Veränderungen des öffentlich-medialen Diskurses, dehnt den Diskriminierungsbegriff auf die Dauer ebenfalls aus und beeinflusst dadurch wiederum die Medienberichterstattung und den Begriff im öffentlichen Diskurs.

Auf der Zeitachse betrachtet, verstärken die Rückkoppelungen Expansions-tendenzen in beiden Diskursen. Die hohe Energie des öffentlichen Diskurses affiziert den grundrechtlichen, und dessen Veränderungen sind für den öffentlichen Diskurs wiederum zentrale Ereignisse. Eine Folge dieser Gesamtdynamik besteht darin, dass bereits unternommene Anstrengungen und erzielte Fortschritte kaum je als ausreichend wahrgenommen werden. Die Sensibilität

---

61 Beispiele international erfolgreicher Lancierungen innovativer Diskurse sind insb. die Berichterstattung über strukturellen Rassismus nach der Tötung von George Floyd am 25. Mai 2020 und die «Me Too»-Debatte im Anschluss an die von zahlreichen Frauen aus der Unterhaltungsindustrie im Oktober 2017 zuerst in den Medien erhobenen Vorwürfe gegen Harvey Weinstein. Als Versuche der Lancierung einer Debatte in der Schweiz können etwa die keine grössere Resonanz auslösenden Thematisierungen folgender Fragen betrachtet werden: Frauendiskriminierung wegen geringerer Verkehrssicherheit im ÖV: ROLAND GAMP/SVENSON CORNEHLS, Diskriminierung im ÖV? Frauen verunfallen doppelt so oft wie Männer, Tagesanzeiger 30. 8. 2021; Singlediskriminierung durch «Ehe für alle»: BETTINA WEBER, Gleichstellungsvorlage «Ehe für alle» lässt Singles im Stich, Tagesanzeiger 28. 8. 2021; MARKUS DÜTSCHLER, Frauendiskriminierung beim Zugang zur Politik durch Regelung des Mutterschaftsgeldes: Dürfen Mütter keine Politik machen? Berner GLP-Nationalrätin muss Mutterschaftsgeld zurückzahlen, Tagesanzeiger 4. 8. 2021.

62 CARSTEN REINEMANN/THOMAS ZERBACK, Grundlagen politischer Kommunikation, in: Wolfgang Schweiger/Andreas Fahr (Hrsg.), Handbuch Medienwirkungsforschung, Wiesbaden 2013, S. 439–462, 445. Medienschaffende sind allerdings wiederum dem Agenda Setting insbesondere durch Leitmedien ausgesetzt (sog. transaktionale Medienwirkung), dazu etwa: PATRICK RÖSSLER/LENA HAUTZER, Kommunikationswirkungen auf Journalisten, in: Handbuch Medienwirkungsforschung, Wiesbaden 2013, S. 529–548, 529. Erwähnung verdient in diesem Zusammenhang auch die Rolle der Medien bei der sog. «Kommunikation für Sozialen Wandel (KSW)», die Nachhaltigkeit auf ökologischer, sozialer und kultureller Ebene anstrebt («Aktivismus»), dazu etwa: KEFA HAMIDI/ANTONIA MIELKE, Kommunikation für Sozialen Wandel, Publizistik 66/2021, S. 565–588, 573–576.

63 HEINZ BONFADELLI/THOMAS FRIEMEL, Medienwirkungsforschung, 6. Aufl., Konstanz/München 2017, S. 266.

wächst rascher, als sich Fortschritte einstellen. Alexis de Tocqueville hat dieses Problem bereits im 19. Jahrhundert für die Gleichheitsidee generell formuliert. Er beobachtete, dass mit dem Abbau sozialer Ungleichheiten gleichzeitig die Sensibilität gegenüber verbliebenen Ungleichheiten gesteigert werde (sog. Tocqueville-Paradox).<sup>64</sup> Ein weiterer Effekt dieser Gesamtdynamik ist ein stets wachsender Bedarf an Verantwortlichen, an Tätern, was wiederum für Medien ein interessantes Thema ist. Es geht um Schuld, Schicksale und Karrieren. «Neue» Täter der jüngeren Vergangenheit sind etwa die Verantwortlichen der Theater- und Fernsehbranche, wegen verweigerter Diversität, und soziale Medien wegen sexistischer Auswahl von Stellenanzeigen oder Anbieten einer «racial profiling»-Option für Werbung.<sup>65</sup>

## **D. Rückfragen: Implikationen für den liberalen Verfassungsstaat**

Welche grundsätzlichen Implikationen hat das hier interessierende Phänomen für Schlüsselthemen des liberalen Verfassungsstaates? Zur Sprache kommen die Implikationen für das politische Grundprogramm – die Staatszwecke Freiheit und Gleichheit –, die Rolle des Staates beim «Diskriminierungsabbau» in der gesellschaftlichen Sphäre sowie die Folgen für den Grund- oder Verfassungskonsens.

### **I. Staatszwecke: Dauerhafte Verschiebung im Grundantagonismus Freiheit-Gleichheit?**

Die Verwirklichung des Doppelprogrammes «Freiheit und Gleichheit» ist für den liberalen Verfassungsstaat der (Letzt-)Staatszweck.<sup>66</sup> Seine Realisierung ist, bei aller Verschiedenheit des Verständnisses, in allen liberalen Verfassungsstaaten das Versprechen, auf dessen Umsetzung die Institutionenordnung im Kern hin ausgerichtet ist.<sup>67</sup> Das zentrale Problem bei seiner Verwirklichung be-

64 ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Institut Coppet (Hrsg.), 12. Aufl., Paris 2012, S. 590.

65 MIRJAM RATMANN, Zahlen, bitte!, *Fluter.de* 28. 3. 2012, <[www.fluter.de/vielfalt-filmbranche-studie-interview](http://www.fluter.de/vielfalt-filmbranche-studie-interview)>; RORY CELLAN-JONES, Facebook Accused of Allowing Sexist Job Advertising, *bbc.com* 9. 9. 2021, <[www.bbc.com/news/technology-58487026](http://www.bbc.com/news/technology-58487026)>; INGO DACHWITZ, Targeted Advertising: Facebook und Instagram streichen die Racial Profiling-Option für zielgerichtete Werbung, *netzpolitik.org*, 6. 9. 2020, <[www.netzpolitik.org/2020/targeted-advertising-facebook-und-instagram-streichen-die-racial-profiling-option-fuer-zielgerichtete-werbung/](http://www.netzpolitik.org/2020/targeted-advertising-facebook-und-instagram-streichen-die-racial-profiling-option-fuer-zielgerichtete-werbung/)>.

66 MARTIN KRIELE, *Einführung in die Staatslehre*, 5. Aufl., Opladen 1994, S. 206–207.

67 Der staatsrechtliche Begriff des Staatszwecks ist vom oft weiter gefassten verfassungsrechtlichen Begriff zu unterscheiden, der auch konkrete Staatsziele wie etwa Sicherheit oder Wohlfahrt einschliessen kann. Die schweizerische Bundesverfassung erwähnt im Zweckartikel (Art. 2) die Freiheit und – seit 2000 und gewissermassen als Platzhalter für die Gleichheitsidee generell – das Ziel der Chancengleichheit. Die Erwähnung der Chancengleichheit war bei der Totalrevision wegen der zentralen Rolle der Gleichheitsgarantie im Grundrechtekatalog umstrit-

steht jedoch, allgemeingültig formuliert, darin, dass sich Freiheit und Gleichheit gleichzeitig sowohl teilweise bedingen wie auch teilweise ausschliessen. Dies hat zur Konsequenz, dass sich ihr Verhältnis nicht präzise bestimmen lässt und die Teilzwecke, in Abhängigkeit von den Zeitumständen, stets neuer Ausbalancierung bedürfen, um das Versprechen der Freiheit *aller* zu verwirklichen.<sup>68</sup> Hier interessiert, wie der Diskriminierungsdiskurs die Vorstellungen vom Zusammenspiel der beiden Zwecke verändert hat.

Zwei Makroentwicklungen müssen in den Blick genommen werden. Die erste lässt sich als Energieverschiebung von der Freiheits- auf die Gleichheitsidee nach dem Ende des Kalten Krieges beschreiben. Eine auf den ersten Blick paradoxe Folge des Umbruchs von 1989 bestand darin, dass sich globale Politik fortan aus westlicher Sicht nicht mehr so leicht wie zuvor als Politik im Namen der Freiheit charakterisieren liess. Nach dem Ende des Kalten Krieges entstanden neue globale Hauptkonfliktlinien, unter denen religiöse Gegensätze und Antagonismen zwischen global agierenden Akteuren wie den USA und Mächten mit regionalen Hegemonialambitionen, wie etwa Saudi-Arabien und Iran, stärker in den Vordergrund traten.<sup>69</sup> Hatte der Freiheitsbegriff das westliche Gesellschaftssystem während des Kalten Krieges generell charakterisiert und als dessen Leitvokabel gegolten, unter der sich unterschiedlichste politische Kräfte und Bewegungen versammeln konnten (selbst die Protest- und Emanzipationsbewegungen der 1960er- und 1970er-Jahre hatten sich primär als Freiheitsbewegungen verstanden), so büsste der Freiheitsbegriff nach dem Ende des Kalten Krieges gesamtulturell, jenseits des unmittelbar Ökonomischen, an politischer Energie ein. Die siegreiche Idee wurde zum Selbstverständlichen und büsste den Status dessen ein, wofür es um jeden Preis zu kämpfen galt. So verschob sich der Wahrnehmungsfokus tendenziell auf Gleichheitsdefizite.

In den 1970er- und 1980er-Jahren hatten sich in Europa allerdings bereits erste Verschiebungen abzuzeichnen begonnen. Dabei spielte eine Langzeitveränderung in der westlichen Kultur eine zentrale Rolle, nämlich dass sich die bürgerliche Kultur mit ihrer Betonung staatsbürgerlicher Freiheit schrittweise zu wandeln begann.<sup>70</sup> Zunehmend breitere Schichten hatten einen mittelständischen Lebensstandard erreicht. Die Verbindlichkeit einer für alle dieselben Ansprüche formulierenden Kultur mit bürgerlichem und striktem Arbeitsethos, sowie die Prämisse der Gerechtigkeit von Lohn durch Arbeit, gerieten jedoch

---

ten: BERNHARD EHRENZELLER, in: ders. et al. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung St. Galler Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 2 Rz. 22.

68 Vgl. ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Freiheitssicherung gegenüber gesellschaftlicher Macht, in: ders., Staat – Verfassung – Demokratie, Frankfurt a. M. 1992, S. 264–276, 270.

69 Das immense Echo, das etwa SAMUEL HUNTINGTONS 1996 erschienenen Buch über den «Clash of Civilizations» auslöste, erklärt sich wesentlich damit, dass es einen möglichen Interpretationsrahmen für Konflikte des kommenden Jahrhunderts vorschlug.

70 Zum Wertewandel in den 1970er-Jahren: HEINRICH AUGUST WINKLER, Geschichte des Westens. Vom Kalten Krieg zum Mauerfall, München 2014, S. 629–643.

zunehmend unter Druck.<sup>71</sup> In den 1970er- und 1980er-Jahren entstanden neue soziale Bewegungen, die sich Themen wie Geschlechtergleichheit, Ökologie und Entwicklungspolitik zuwandten und die bipolare Mentalität des Kalten Krieges – Freiheit gegen egalitären Sozialismus – in Frage stellten.

Eine bedeutende minderheiten- oder gruppenspezifische Entwicklung kam hinzu. Ab den 1970er-Jahren wurden Minderheiten – gemeint sind hier nicht die etablierten wie sprachliche Minderheiten, sondern bisher kaum anerkannte – zusehends verändert wahrgenommen. Der globale Megaprozess der Dekolonialisierung und die offizielle Anerkennung des Kolonialismus als Verbrechen spielten hier zentrale Rollen.<sup>72</sup> Noch in den 1960er-Jahren waren ethnische und kulturelle Unterschiede im Vergleich zur Mehrheitsgesellschaft in westlichen Gesellschaften überwiegend als Teil der «sozialen Frage» wahrgenommen worden. Ab den 1970er-Jahren förderten jedoch Tendenzen der Pluralisierung und Individualisierung zusehendes eine Sensibilität für Minderheitenfragen und -identitäten. Unterschiede wurden nicht mehr zwangsläufig nur negativ bewertet.<sup>73</sup> Fremdnationale oder ethnische Minderheitenzugehörigkeit wurde, in den deutschsprachigen Ländern, ab den 1980er-Jahren, wenn auch nur in kleinen Schritten und primär im urbanen Milieu, zusehends positiver konnotiert und besser akzeptiert. Differenz wurde in einer verschärft kompetitiv-individualisierten Wettbewerbsgesellschaft nicht mehr nur als Nachteil begriffen. Im günstigen Fall konnte sie – bei aller verbleibenden Ambivalenz – gar ein attraktives «Asset» werden. Vor allem nach dem Ende des Kalten Krieges verstärkte sich die Tendenz, dass einer Minderheit anzugehören nicht mehr automatisch als Defizit betrachtet wurde. Die Homosexuellenbewegung vor allem kämpfte ab den 1990er Jahren immer erfolgreicher um Anerkennung als gleichwertig.<sup>74</sup> Unterschiedliche Lebensstile wurden nun nicht mehr nur unter dem Titel ihrer Akzeptabilität, sondern auch ihrer Anerkennung und wertmässigen Gleichheit thematisiert. Im Zuge des Einsickerns der kritischen Gesellschaftstheorie (critical theory) in den medialen Diskurs wurden zudem herkömmliche gesellschaftliche Ordnungskategorien wie die Binarismen Mann/Frau und Inländer/Ausländer (warum nicht nur «Mensch»?) attackiert und dekonstruiert. Der in der poststrukturalistischen Philosophie zentrale Gedanke, Kategorien wie «Rasse» oder Geschlecht seien konstruiert, wurde mit grosser politischer Wirkung zuerst von der «Critical Race Theory» und anschliessend der Genderbewegung aufgegriffen, die Phänomene der Dominanz von Gruppen über andere – der Weissen über Schwarze, der Männer über Frauen, der Hetero-

71 Bereits 1975: ELISABETH NOELLE-NEUMANN, Werden wir alle Proletarier?, Die Zeit 13.6.1975.

72 Vgl. UN GA A/RES/1514 (XV) vom 14.12.1960.

73 JÜRGEN KAUBE, Otto Normalabweicher: Der Aufstieg der Minderheiten, Springer 2007, S. 10–20.

74 JACOB RICHARDS, From One to Windsor, Sixty Years of the Movement for LGBT Rights, GPSolo 31/2014, S. 34–39; LINDA HIRSHMAN, Victory. The Triumphant Gay Revolution, New York 2012, S. 323–348.

sexuellen über Homosexuelle – im Lauf der 1990er- und 2000er-Jahre in den Mittelpunkt rückten. Eigene Verletztheit und Verletzlichkeit wurde zu einem zentralen politischen Argument und zuweilen auch schrill hervorgehoben. Im Gegenzug gewann der Gedanke an Boden, Nichtunterdrückte seien zur Mitsprache nicht legitimiert.

Die Finanz- und Staatsschuldenkrise ab den Jahren 2007/2008 verstärkte diese Energieverschiebung auf die Diskriminierungs- und Gruppenfrage weiter. Sie wurde zum Symbol für das Scheitern einer Politik, die auf das Zurückdrängen des Staates gesetzt hatte.<sup>75</sup> Für eine gute Gesellschaft, so der Schluss vieler, braucht es einen aktiveren Staat. Ab den 2010er-Jahren steigerte sich der Diskurs über Minderheiten und Diskriminierung in seiner Intensität noch einmal und wurde zu einem hochaufgeladenen Diskurs über Gruppengleichheit und Gruppenidentitäten und ihre Bedrohungen.

Der Aufstieg des Begriffs der Diskriminierungsbekämpfung zu einer Art Synonym für den Einsatz für die Gerechtigkeit findet in diesen zwei Makroverschiebungen eine plausible Erklärung. Parallel zu seinem Aufstieg ist seit Längerem eine Neujustierung des Verhältnisses von Freiheit und Gleichheit im Gang. Sie ist in zentralen Hinsichten – trotz lauter werdender Kritik an der Art und Weise des Verhandeln von Gruppenidentitäten – nicht mehr rückpendelbar. Die wichtigste Veränderung dürfte sein, dass die bis in die 1970er-Jahre scheinbar unverrückbare Idee von der Verbindlichkeit von für alle gleich geltenden gesellschaftlichen Standards heute kaum mehr Rückhalt findet.<sup>76</sup> Gleichheit kann heute nicht mehr in einer Weise wie damals als gleiche Bindung an für alle gleich geltende Normstandards heissen, die sich an Normlebensentwürfen und Normverhaltensweisen orientieren.

## **II. Trennung von staatlicher und gesellschaftlicher Sphäre: Mandat zur verstärkten Gesellschaftssteuerung?**

Die Gegenüberstellung der beiden Teildiskurse in Teil II hat gezeigt, dass der Diskriminierungsvorwurf im öffentlichen Diskurs ebenso gesellschaftliche Akteure wie den Staat trifft. Die Gefährdung scheint mindestens so sehr von der gesellschaftlichen wie der staatlichen Sphäre auszugehen. Dafür gibt es Gründe. Der Staat ist rechtlich umfassend auf Gleichheit verpflichtet. Diese Gleichheit wird sehr anspruchsvoll verstanden. Für all seine Tätigkeiten gelten Nichtdiskriminierungsstandards, die über die Zeit zusehends anspruchsvoller geworden sind. Bei der «Diskriminierungsbekämpfung in der gesellschaft-

75 Der Historiker Andreas Rödder vermutet einen mehr oder weniger direkten Zusammenhang zwischen Immobilien-, Banken- und schliesslich Staatsschuldenkrise und zunehmender Virulenz der Debatte um Gruppenidentitäten ab den 2010er-Jahren: ANDREAS RÖDDER, 21.0 Eine kurze Geschichte der Gegenwart, München 2015, insb. S. 389–390, ferner S. 70–71, 95, 233.

76 ANDREAS RECKWITZ, Die Gesellschaft der Singularitäten. Zum Strukturwandel der Moderne, Berlin 2017, S. 436.



lichen Sphäre», der «Diskriminierung durch Private», präsentiert sich das Problem dagegen grundlegend anders. Hier fehlt eine umfassende Normierung und Verpflichtung.

Für den liberalen Verfassungsstaat ist die Unterscheidung zwischen gesellschaftlicher und staatlicher Sphäre – trotz vielfältiger Verbindungen – fundamental. Die beiden Sphären folgen anderen Funktionslogiken. Während der Staat umfassend auf Gleichheit verpflichtet ist, ist die gesellschaftliche Sphäre die der grundrechtlich geschützten Autonomie. Bei allen notwendigen Relativierungen ist sie, der Grundidee nach, die Freiheitsosphäre. Diese Unterscheidung gehört zur Grundarchitektur des liberalen Verfassungsstaates, und der gelegentlich formulierte Einwand, die Trennung existiere in Zeiten des Sozialstaats nicht mehr, übersieht die unterschiedlichen Funktionen, die beiden Sphären für die Verwirklichung der (Letzt-)Zwecke Freiheit und Gleichheit zukommt. Einige grundsätzliche Ausführungen zur gesellschaftlichen Sphäre sind hier deshalb angezeigt. Die Gleichheitsidee hat in dieser Sphäre im Grundsatz die Funktion, die Freiheitsentfaltung dann – nur dann – zu korrigieren, wenn die durch diese entstandene Ungleichheit als mit dem politischen Grundprogramm der Freiheit und Gleichheit aller nicht mehr vereinbar angesehen wird. Es ist jedoch die Idee der *Freiheitsentfaltung* aller, die die Aussonderung einer durch Freiheitsrechte abgesicherten gesellschaftlichen Autonomiesphäre auf der grundsätzlichen Ebene rechtfertigt.<sup>77</sup> Diese Doppelidee – *Freiheitsentfaltung aller* – bedeutet in der gesellschaftlichen Sphäre Zweierlei: sowohl ständige Produktion von Ungleichheit als auch Notwendigkeit ihrer ständigen Relativierung. Ziel der Relativierung ist nicht die Gleichheit aller an sich, als Ergebnisgleichheit Einzelner oder von Gruppen verstanden, denn dies würde die gesellschaftliche Sphäre und damit die Freiheit an sich aufheben. Die Grundarchitektur des liberalen Verfassungsstaates gebietet vielmehr, die Freiheitsbetätigung der einen unter Berufung auf die Gleichheitsidee soweit zu begrenzen und zu kanalisieren, dass der Gesamtzustand als mit der Idee der Freiheitsbetätigung aller nach den *Anschaungen der Zeit* vereinbar betrachtet werden kann. Wann ein Eingriff im Namen der Gleichheit geboten oder sinnvoll ist, ist dabei nur schon deshalb kontrovers, weil Ungleichheit unterschiedliche Ursachen haben kann. Ungleichheit der Anlagen spielt mit Ungleichheit des Willens zur Freiheitsbetätigung zusammen. Freiheitsbetätigung mag für den einen Freiheit zu manischer Arbeit und für andere Freiheit zum Nichtstun bedeuten. Ungleichheit kann auferlegt und – bis zu einem gewissen Grad zumindest – gewählt sein.

Für die hier verhandelte Thematik ist grundlegend, dass der Freiheitsbegriff im Kern – aber nicht ausschliesslich – individualistisch zu verstehen ist.<sup>78</sup> Er

77 Grundlegend zur Thematik: BÖCKENFÖRDE, *Freiheitssicherung* (Fn. 68), S. 264–276.

78 Christoph Möllers weist in seiner Studie «Freiheitsgrade» darauf hin, dass liberale Politik immer *auch* eine kollektive Dimension besitzt und die Thematisierung der Situation vulnerabler

meint im liberalen Verfassungsstaat, in der Hauptsache, individuelle Freiheit, nicht Gruppenfreiheit. Ein allgemeiner Konsens darüber, was genau jene Freiheit des Einzelnen ist, die in der gesellschaftlichen Sphäre Chancen zur Autonomiebetätigung vorfinden soll, existiert aber nicht. Für die einen ist der rationale Gebrauch von Handlungschancen die Essenz dieser Freiheit; Freiheit wird in dieser Lesart kantianisch verstanden. Für andere mag auch ein nach konventionellem Verständnis irrationaler, allenfalls selbstschädigender Freiheitsgebrauch im Vordergrund stehen (Rauchen, Drogen). Wieder andere mögen der Gruppendimension von Freiheit entscheidendes Gewicht beimessen, damit sie das Grundprogramm von Freiheit und Gleichheit als verwirklicht begreifen können. Zum Freiheitsbegriff gehört, dass die *Freiheitsverständnisse unterschiedlich sein können und sein dürfen*. Teilweise sind sie fundamental unterschiedlich und schliessen auch gegensätzliche Positionen ein, wie etwa in den Debatten über Rauchverbote oder covidbedingte Lockdowns offenbar wurde – der Lockdown als Freiheitsbeschränkung oder Freiheitsschutz?

Für die Frage nach gebotener Relativierung von Gruppenungleichheit bedeutet dies, dass nicht Gruppenungleichheit an sich Relativierung gebietet. Es ist vielmehr die nach den Vorstellungen der Zeit mit der Grundidee der Freiheitsentfaltung aller *nicht mehr vereinbare* Gruppenungleichheit, die dies tut. Die Schwelle dürfte erreicht sein, wo ein evidentes und essentielles Unterdrückungs- oder Benachteiligungsmoment im Spiel ist. Wo dies der Fall ist, möglicherweise etwa bei Anweisungen eines Arbeitgebers, auf das Tragen religiöser Symbole während der Arbeit vollständig zu verzichten, wird die Antwort des Staates wegen der Schutzwürdigkeit des Kerns individuell definierter Freiheitsentfaltung oft nur eine Teilrelativierung der Freiheit sein können.<sup>79</sup> Staatliche Intervention in der gesellschaftlichen Sphäre ist Freiheitsermöglichung durch Freiheitsrelativierung wegen inakzeptabler Ungleichheit – nicht Gleichheitsverwirklichung *per se*.

### III. Grundkonsens: Gefährdet Gruppendenken die Loyalität gegenüber Staat und Gesellschaft?

Was sind die Implikationen für den Grund- oder Verfassungskonsens? Die Frage ist so grundlegend, wie es offenkundig unmöglich ist, sie präzise zu beantworten. An Relevanz verliert die Frage damit aber nicht. So scheint es richtig und wichtig, zumindest einige vorläufige Überlegungen zu dieser Thematik an-

---

Gruppen keineswegs im Widerspruch zu einem liberalen Politikverständnis steht; CHRISTOPH MÖLLERS, *Freiheitsgrade*, Frankfurt a. M. 2020, S. 97–101. Die Ausführungen in diesem Absatz zu den verschiedenen Freiheitsverständnissen folgen den Überlegungen dieser Studie.

79 Ein Beispiel aus dem EU-Binnenmarkt-Recht aus dem Jahr 2021 veranschaulicht dies: Solche Anweisungen sind gemäss EuGH zulässig, soweit gleiche Anwendung einer Anweisung für das Unternehmen wichtig ist, darüber hinaus aber nicht. EuGH, Urteil vom 15. Juli 2021, Rs C-804/18 und C-341/19, Rz. 55.

zufügen, denn der Diskriminierungsdiskurs – wenn er den Schutz von Gruppenidentitäten in den Mittelpunkt rückt – wird oft als Treiber gesellschaftlicher Spaltung bezeichnet.<sup>80</sup> So wird beispielsweise argumentiert, die Gleichsetzung des *Bestreitens* von strukturellem Rassismus und Rassismus an sich schüre in gefährlicher Weise Ressentiments, da so andere Erklärungsfaktoren für Differenzen von vornherein ausgeschlossen würden.<sup>81</sup> Was ist an einem solchen Vorwurf dran?

Der unseres Erachtens ernsthafte Kern des Spaltungsvorwurfs zielt auf die ex- und manchmal implizite Einteilung der Gesellschaft in starre Diskriminier- und Schuldidentitäten.<sup>82</sup> Opfer sind Frauen, Migranten und Migrantinnen, Homosexuelle etc., während Männer, Weisse und Heterosexuelle die Schuldigen sind. Solche Stereotypisierung setze eine Dynamik frei, wird argumentiert, die Trennlinien vertiefe und vertiefen müsse, da Schuldige wie Opfer nicht aus der Rolle herausfinden können und teilweise angeleitet werden, sich in einer Opferrolle einzurichten. Grundsätzlich ist dazu zu sagen, dass starre Rollenzuschreibungen für die Loyalität gegenüber dem Gemeinsamen in der Tat ein Problem darstellen. Gemeinsames – von der funktionierenden Kleingruppe bis zur *res publica* – setzt gemeinsame Anstrengung und gegenseitige Anerkennung voraus. Wenn Migrantinnen und Migranten pauschal die Diskriminierten sind, ist der Blick etwa auf deren Integrationspflichten zumindest teilweise verstellt; wenn Männer pauschal als schuldig erscheinen, schrumpfen manifeste Männernachteile zu Bagatellen.<sup>83</sup>

Entgegenzuhalten ist dem Spaltungsvorwurf allerdings, dass Diskurse über Gruppen und ihre Identitäten im liberalen Verfassungsstaat weder neu sind noch per se spaltend wirken müssen. Die Spaltungswirkung hängt mehr an der Verabsolutierung von Positionen und Überzeichnung eigener Vulnerabilität (bei Ausblendung jener anderer) als am Eintreten für Gruppenspezifisches. Die Sozialdemokratie als eine der grossen politischen Kräfte in den westlichen Demo-

---

80 CLAUDIA WIRZ, Hurra, wir sind diskriminiert!, NZZ 6. 7. 2021; TOBIAS BECKER et al., Spaltet Identitätspolitik die Gesellschaft, Der Spiegel Nr. 28/2021, S. 14–22; MICHAEL SOMMER, Opfer der eigenen Vorteile, Cicero 10. 6. 2020, <<https://www.cicero.de/innenpolitik/proteste-rassismus-spaltung-identitaetspolitik-schwarze>>.

81 Vgl. etwa SANDRA KOSTNER, Wenn Wissenschaft Ressentiments schürt, NZZ 1. 12. 2020.

82 Das Festschreiben von Diskriminiertenrollen dürfte mit ein Grund für eine intensiver gewordene Suche nach bloss kleinen Nachteilen sein. Eine Rolle dürfte dabei auch spielen, dass heutige Vorstellungen von einem authentischen und geglückten Leben als Ideal überwiegend auch die Erwartung einschliesst, ein solches sollte auch ein geglücktes Leben *vor anderen* sein, d. h. unter deren Blick, so dass bereits Nichtbeachtung ein Gefühl der Diskriminierung auslösen kann. Zur Problematik eines solchen Authentizitätsideals: ANDREAS RECKWITZ, Erschöpfte Selbstverwirklichung: Das spätmoderne Individuum und die Paradoxien seiner Emotionskultur, in: ders., Das Ende der Illusionen: Politik, Ökonomie und Kultur in der Spätmoderne, 7. Aufl., Frankfurt a. M. 2020, S. 203–238, 217f. (Verknüpfung von Authentizität und Attraktivität).

83 Man denke an das Verhältnis zwischen Lebensarbeitszeit und Lebenserwartung, die höhere Selbstmordrate bei Männern, die Anzahl schwerer und tödlicher Arbeitsunfälle, die Militärdienstpflicht und die stets tiefere Knabenquote an Gymnasien.

kratien des 20. Jahrhundert entsprang einer Bewegung, die Spezifika von Industriearbeitern und Ausgebeuteten ins Zentrum stellte. Auch etwa die Thematisierung katholischer oder protestantischer Identität durch Organisationen und Parteien hat in westlichen Demokratien eine lange Tradition. Auch ihnen ging es um Schutz des Gruppenspezifischen und Identitätsstiftenden. Das Gruppendenken der jüngeren Vergangenheit aber, um das es in diesem Beitrag primär geht, unterscheidet sich von diesem älteren Gruppendenken. Die Anzahl Gruppen, die Anerkennung ihres Spezifischen fordern, hat sich vervielfacht, und mit der Vervielfachung ging in vielen Fällen, verglichen mit früherem Gruppendenken, eine Trivialisierung der Anliegen einher. Gelegentlich verbunden mit einer Verabsolutierung der eigene Position. Die Frage nach einer Spaltungswirkung kann nicht leichthin verabschiedet werden.

Loyalität gegenüber Staat und Gesellschaft ist die zentrale und unverzichtbare Grundressource des liberalen Verfassungsstaates. Die Wirksamkeit seiner Gesetze, die Effektivität staatlichen Handelns, die grossen institutionellen und sozialstaatlichen Projekte hängen an dieser Ressource, an freiwilliger aktiver oder passiver Loyalität von Bürgerinnen und Bürgern gegenüber dem Gemeinwesen.<sup>84</sup> Institutionelle Zwänge sind, wie Hegel formuliert hat, bloss «morsche Stützen» des freiheitlichen Staates.<sup>85</sup> Die Zwangsmittel sind – im Vergleich mit autoritären Formen politischer Herrschaft – stets sehr beschränkt und zudem teuer, weshalb der freiheitliche Staat Bürgerinnen und Bürger überzeugen muss, sich als Subjekte der Rechts- und Gesellschaftsordnung zu begreifen und sich auch und gerade dann loyal zu verhalten, wenn der Staat gegen die eigenen Interessen und Vorstellungen handelt. Solche Loyalität auf hohem Niveau zu erzeugen, ist eine grosse Kulturleistung, die wesentlich durch überzeugende Einlösung des Grundprogramms und Sozialisation hervorgebracht wird. Der moderne Staat optimiert sie deshalb, so gut er kann, wie Foucault herausgearbeitet hat, durch eine Politik des sich-Kümmerns um den Einzelnen.<sup>86</sup> Er mahnt, erteilt Rat für alle möglichen Risiken, versichert und belohnt Wohlverhalten.

Der Staat der Gegenwart kann allerdings nicht mehr, worauf Ernst-Wolfgang Böckenförde in seinem vielzitierten Aufsatz über die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation noch zu hoffen gewagt hatte, auf das durch die Religion gestiftete Gewissen als Quelle des Gemeinschaftssinns hoffen. Es ist auch fraglich, ob eine solche Leistung von «der Kultur» unter Bedingungen

---

84 ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart (Fn. 68), S. 209–243, 223.

85 GEORG W. F. HEGEL, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse, 3. Teil, Der Staat, 8. Aufl., Frankfurt a. M. 1970, § 552, S. 361.

86 Siehe MICHEL FOUCAULT, Die «Gouvernementalität», in: ders., Gouvernementalität der Gegenwart. Studien zu einer Ökonomisierung des Sozialen, Frankfurt a. M. 2000, S. 41–67, gemäss dem es die Kümmer-Techniken des Regierens waren, die es dem modernen Staat seit dem 18. Jahrhundert überhaupt ermöglicht haben zu überleben (ebd., insb. S. 66).

fortschreitender sozialer Fragmentierung überhaupt geleistet werden kann. Heroische Gemeinschaftserzählungen wirken heute nur noch schwach, soweit sie überhaupt noch wirken, und es ist nicht ersichtlich, wie etwa postmoderne Ironie oder Distanz solche Bindung zu stiften vermöchten, die auf ein Denken in Kategorien des Sicheinfügens in ein Grösseres als man selbst nicht ganz verzichten kann. In einer heterogenen hocharbeitsteiligen Industriegesellschaft mit ihren vielen Milieus und Submilieus ist das gemeinsame loyale Tragen des Staates keine Selbstverständlichkeit.

Die Implikationen des Diskriminierungsdiskurses für dieses Problem sind insgesamt ambivalent. *Positiv* dürfte sich auf die Grundressource der Loyalität auswirken, dass die Überwindung von manch manifestem Unrecht gegenüber bestimmten Gruppen – Homosexuellen und Frauen insbesondere – deren Status in Staat und Gesellschaft verbessert und zu überzeugenderer Verwirklichung des Grundprogramms beigetragen hat. Ein Staat, der sich zur Gleichwertigkeit heterosexueller und nicht heterosexueller Lebensgemeinschaften bekennt und Lohndifferenzen zwischen den Geschlechtern mit Verfassungswidrigkeit belegt, wird von den betroffenen Gruppen als gewissenhaft und das Spezifische ihrer Situation Ernst nehmend wahrgenommen. Die schrillen Töne des Gegenwartsdiskurses sollten darüber nicht hinwegtäuschen. Kritik am Gruppendenken kommt aus diesem Grund teilweise auch aus historisch unterdrückten Gruppen selbst, wenn etwa besonnenere Stimmen mehr Augenmass anmahnen.<sup>87</sup> Die Abkehr von einem rigiden Geschlechterbinarismus und die Thematisierung von Rollenvarianz, etwa in der Schule, sind Ausdruck mittlerweile breit getragenen Bemühens, dem Spezifischen auch kleinerer Gruppen gerecht zu werden. Zu Gute kommen dürfte der Loyalität auch das wachsende Diskriminierungswissen in traditionell nicht diskriminierten Gruppen. Das Bewusstsein für eine *mögliche* Relevanz von Differenzen und die Macht von Vorurteilen verändert Perspektiven. Dass etwa Frauen beim Vorspiel für Orchesterstellen besser abschneiden, wenn sie hinter einem Vorhang spielen, der ihr Geschlecht verbirgt, ist offenkundig Folge eines unbewussten Vorurteils. Wissen um solche Zusammenhänge fördert die Einsicht, dass die Welt nicht mit dem eigenen Erfahrungsraum zusammenfällt.

Andere Aspekte des Diskriminierungsdiskurses erscheinen im Licht der Loyalitätsfrage dagegen problematisch. Verkürzende Erzählungen, die Gruppendifferenzen pauschal als Folge erfolgreicher Machtreproduktion durch Weisse, Männer und Heterosexuelle darstellen, essentialisieren Gruppengesätze und drängen die Vielfalt gesellschaftlicher Feinmechanik und Ambivalenzen aus dem Blickfeld. Sie wirken unvermeidbar spaltend, da Gruppengrenzen als unüberwindbar begriffen werden und der Wille des Einzelnen zur Nutzung seiner Autonomie als Nebensache erscheint. Wenn der Einzelne mehr Teil einer

---

87 Klassisch mittlerweile: JANET HALLEY, *Split Decisions: How and Why to Take a Break from Feminism?*, Princeton 2006.

Gruppe denn Individuum ist und Politik als Nullsummenspiel zwischen Gruppen begriffen wird, ist der Staat stets Komplize der Mehrheit und der demokratische Verlierer immer ein Opfer.<sup>88</sup> Der Diskriminierungsdiskurs trägt mit solchen Vereinfachungen zur Verfestigung von Konfliktlinien bei, und die Frage der Gruppenrepräsentation rückt – wie im ständischen Staat – in den Mittelpunkt. Die Wahrnehmung anderer Gruppen und ihres Verhaltens wird negativ affiziert. Der amerikanische Politikwissenschaftler Mark Lilla hat dieses Problem am Beispiel der USA bereits vor dem Aufstieg Donald Trumps deutlich gesehen. Er sieht diese Entwicklung, die als «kulturelle Tribalisierung» charakterisiert wurde, in Amerika seit knapp einer Generation am Werk.<sup>89</sup> Verstärkt wird solche Spaltung auch durch Tendenzen einer Gleichsetzung von Sich-diskriminiert-Fühlen und Diskriminierung. Damit wird von sich als Opfergruppen begreifenden Kollektiven eine Herrschaft über den Diskriminierungsbegriff und -diskurs beansprucht, die mit dem Anspruch, dass in der deliberativen Demokratie rationale Argumente entscheiden sollen, nicht vereinbar ist. An dieser Stelle wird der Diskriminierungsdiskurs zum vermeintlichen Diskriminierungsdiskurs, der notwendigerweise zersetzend wirkt.<sup>90</sup>

Heute dürfte an der Einsicht, dass dominante Gruppen zur Verallgemeinerung ihrer Positionen und Erfahrungen neigen und dazu tendieren, *common sense* mit ihren Erfahrungen gleichzusetzen, kein Weg mehr vorbeiführen. Die Einsicht gibt dem liberalen Verfassungsstaat ein Vorsichtsprogramm auf, das als Antwort auf die Entwicklung des Diskriminierungsdiskurses begriffen werden kann. Der Begründungsdruck für Gruppendifferenzen ist aus guten Gründen stark gewachsen.

Der liberale Verfassungsstaat und die offene Gesellschaft beruhen in ihrem inneren Kern auf der Idee «guter Gründe» – nicht auf jener primärer Relevanz von Gruppenzugehörigkeit.<sup>91</sup> Offene Gesellschaften sind mehr als ein Patchwork aus versehrten und dominierenden Gruppen, die um Gruppenvorteile im Rahmen eines Nullsummenspiels ringen. So unübersehbar solches *auch* existiert und Reaktionen erfordert, so untrennbar sind historischer Aufstieg, Leistungsfähigkeit und Langzeiterfolg von liberalem Verfassungsstaat und offener

---

88 Eine ambivalente Rolle bei solchen Essentialisierungen spielt der soziologische Begriff der Strukturen. Er ist für die Beschreibung von Ungleichheiten, etwa den durch ererbten Besitz erzeugten, sehr wichtig, und er hilft bei der Sichtbarmachung nicht formalisierter Macht. Im Kontext des hier angesprochenen Gruppendenkens aber führt er in Versuchung, sowohl Unüberwindbarkeit der Strukturen als auch unbedingte Relevanz von Gruppengrenzen zu suggerieren.

89 MARK LILLA, *The End of Identity Liberalism*, New York Times 16. 11. 2016; vgl. auch: ders., *The Once and Future Liberal: After Identity Politics*, New York 2017.

90 In historischer Perspektive kann die Subjektivierungstendenz als Anschluss an die Authentizitätsidee bei Jean-Jacques Rousseau und bis zu einem gewissen Grad Immanuel Kant begriffen werden. JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *Du contract social, ou, principes du droit politique*, Amsterdam 1762, S. 62–66; IMMANUEL KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, in: Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), *Kants gesammelte Schriften*, Band VI, Berlin 1914, S. 43–44.

91 JULIAN NIDA-RÜMELIN, *Eine Theorie praktischer Vernunft*, Berlin/Boston 2020, S. 269–274.

Gesellschaft doch mit der Eröffnung immer wieder neu justierter Autonomieräume für den Einzelnen verbunden. Staat und Gesellschaft benötigen für ihr Funktionieren und ihren Erfolg – bei aller Differenz im Einzelnen – Loyalität in Form einer breit geteilten Vorstellung von der modernen Demokratie als einem gemeinsamen Projekt. Deren Lebensnerv ist, wie Jörg Paul Müller unermüdlich hervorhebt, der ernstgemeinte Dialog.<sup>92</sup>

### *Zusammenfassung*

Dem Aufstieg des Diskriminierungsbegriffs zur politischen Leitvokabel in den 2010er-Jahren ging eine Expansion des grundrechtlichen Diskriminierungsbegriffs voraus. In diesem Beitrag wird das Zusammenspiel der beiden Teildiskurse untersucht und auf einer grundsätzlichen Ebene nach den Implikationen für Staat und Gesellschaft gefragt. Er beleuchtet zunächst Inkongruenzen der Begriffsverwendung im öffentlichen und grundrechtlichen Diskurs der Gegenwart sowie Wechselwirkungen zwischen den Teildiskursen. Zur Sprache kommen anschliessend Implikationen für das Verständnis des verfassungsstaatlichen Grundprogrammes «Freiheit und Gleichheit», die Frage staatlicher Steuerung der gesellschaftlichen Sphäre und eine allfällige Relevanz für den Grund- oder Verfassungskonsens. Der Beitrag sieht das zentrale Verdienst des Diskriminierungsdiskurses vor allem darin, die Sensibilität für die Grenze zwischen legitimer Politikgestaltung durch demokratische Mehrheiten und Mehrheitsanmassungen gestärkt zu haben. Problematischer erscheinen Tendenzen im Diskriminierungsdiskurs zur Überbetonung von Gruppenidentitäten und -loyalitäten; sie stehen im Konflikt mit der Grundidee deliberativer Demokratien, dass «gute Gründe» entscheiden sollen.

### *Résumé*

L'ascension du concept de discrimination en tant que mot-clé politique dans les années 2010 a été précédée par une expansion du concept de discrimination dans les droits fondamentaux. Le présent article examine l'interaction entre les deux discours partiels et s'interroge, à un niveau fondamental, sur les implications pour l'Etat et la société. Il met tout d'abord en lumière les incohérences de l'utilisation du concept dans le discours public et le discours sur les droits fondamentaux de notre époque ainsi que les interactions entre les discours partiels.

---

92 JÖRG PAUL MÜLLER, Dialog als Lebensnerv der Demokratie. Vom Athen des Sokrates zur Politik der Gegenwart, Basel 2021, insb. S. 67f.

Il aborde ensuite les implications pour la compréhension du programme fondamental constitutionnel de l'Etat «liberté et égalité», la question du contrôle étatique de la sphère sociale et une éventuelle pertinence pour le consensus fondamental ou constitutionnel. L'article considère que le mérite principal du discours sur la discrimination est avant tout d'avoir renforcé la sensibilité à la frontière entre l'élaboration légitime de la politique par des majorités démocratiques et les mesures prises par la majorité. Les tendances du discours sur la discrimination à mettre trop l'accent sur les identités et les loyautés de groupe semblent plus problématiques; elles sont en conflit avec l'idée de base des démocraties délibératives selon laquelle ce sont de «bonnes raisons» qui doivent décider.