



Gutachten zur Rechtsstellung der Fahrenden in ihrer Eigenschaft als anerkannte nationale Minderheit

1. Auftrag und Fragestellung

Mit Schreiben vom 3. September 2001 hat die Stiftung Zukunft für Schweizer Fahrende das Bundesamt für Justiz um ein Gutachten zur Frage ersucht, ob den Fahrenden "auf Grund des geltenden Rechts in der Schweiz und der ratifizierten internationalen Übereinkommen besondere Ansprüche gegenüber dem Gemeinwesen zukommen". Da gleichzeitig eine entsprechende Anfrage an das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung (SIR) in Lausanne erging, hat dieses nach Rücksprache mit der Auftraggeberin zu Handen des Bundesamtes für Justiz vorgängig eine rechtsvergleichende Abklärung über die verfassungsrechtliche Stellung der Fahrenden im Europäischen Rechtsraum erstellt. Dieses Gutachten¹ ist unserem Amt am 31. Januar 2002 zugestellt worden.

2. Begriffliches

2.1. Nationale Minderheit

2.1.1. Allgemeines

Unter rechtlichen Gesichtspunkten wird als "Minderheit" in der Regel eine Gruppe von Menschen innerhalb eines Personenverbandes bezeichnet, die sich von der Mehrheit dieses Verbandes durch bestimmte objektive Merkmale unterscheidet, und zwar so, dass sich diese Gruppe als besondere Gemeinschaft innerhalb der umfassenden Gemeinschaft empfindet und zu behaupten versucht². Im internatio

¹ S. Beilage 1: Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung, Rechtsvergleichende Abklärung über die verfassungsrechtliche Stellung der Fahrenden im europäischen Rechtsraum, Lausanne 2002 (GUTA SIR).

² So etwa Werner **Kägi**, Minderheiten im demokratischen Staat, in: Alfred **Cattani**/Alfred A. **Häsler** (Hrsg.), Minderheiten in der Schweiz, Zürich 1984, S. 10; s. auch Giorgio **Malinverni**, La Suisse et la protection des minorités (art. 27 Pacte II), in: Walter **Kälin**/Giorgio **Malinverni**/Manfred **Novak**, Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. Aufl., Basel u. Frankfurt a.M., 1997, S. 235 ff., sowie Renate **Oxenknecht**, Der Schutz ethnischer, religiöser und sprachlicher Minderheiten in Art. 27 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, Diss. Freiburg i.Br., Frankfurt a.M.etc., 1988, S. 89/90.

nalen Bereich wird der Begriff der Minderheit in ausserordentlich vielfältiger Weise auf unterschiedliche Bevölkerungsgruppen angewendet. So wird etwa von nationalen, ethnischen, religiösen, kulturellen, sprachlichen und von autochthonen bzw. indigenen Minderheiten gesprochen³, wobei die Abgrenzung der verschiedenen Minderheiten untereinander sowie von anderen gesellschaftlichen Gruppierungen oft einige Probleme bietet⁴; eine allgemein anerkannte oder völkerrechtlich verpflichtende Begriffsbeschreibung hat sich auf internationaler Ebene bis jetzt nicht durchgesetzt⁵. Dies führt zur etwas paradoxen Situation, dass sich beispielsweise die UNO und der Europarat - s Ziff. 2.1.4. nachfolgend - auf internationaler Ebene in verschiedenen Bereichen dem Schutz von Minderheiten widmen, ohne dass eine entsprechende anerkannte oder verpflichtende Umschreibung des Begriffs vorliegt⁶. Die jeweilige Bedeutung des Begriffs ist daher im Rahmen der eingangs erwähnten generellen Umschreibung aus den Zielen und den materiellen Verpflichtungen der entsprechenden internationalen Instrumentarien abzuleiten.

2.1.2. Minderheiten im Sinne des Internationalen Pakts vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II)

Der UNO-Pakt II⁷ befasst sich in Artikel 27 mit dem Schutz der Minderheiten⁸. Die Bestimmung beschränkt sich auf das Schutzgebot für "ethnische, religiöse oder

³ S. etwa **Malinverni**, Protection des minorités, a.a.O., S. 238 f.; Isabelle **Schulte-Tenckhoff**, Minorités en droit international, in: Alain **Fenet**/Geneviève **Koubi**/Isabelle **Schulte-Tenckhoff**, Le droit et les minorités, 2. Aufl., Bruxelles 2000, S. 18 f. und dortige Hinweise; Giorgio **Malinverni**, La Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales, in: Revue suisse de droit international et de droit européen 5/1995, S. 534 und dortige Hinweise; s. auch **Kägi**, a.a.O., S. 11 ff.

⁴ **Malinverni**, Protection des minorités, a.a.O., S. 239; **Schulte-Tenckhoff**, a.a.O., S. 19; zu den besonderen Problemen im Zusammenhang mit sog. autochthonen bzw. indigenen Minderheiten s. S. 24 ff.

⁵ Zu den bisherigen Versuchen der Begriffsbeschreibung und den Gründen für ihre Ablehnung s. **Malinverni**, Protection des minorités, a.a.O., S. 236 f.; **Schulte-Tenckhoff**, a.a.O., S.20 ff.; **Malinverni**, Convention-cadre, a.a.O., S. 533 ff.; Charlotte **Schoder**, Vom Minderheitenschutz zum Schutz verwundbarer Gruppen, Zürcher Diss., Zürich 1999, S. 38 ff.; Geoff **Gilbert**, The Council of Europe and Minority Rights, in: Human Rights Quarterly, 18/ 1996, S 161 ff.; **Oxenknecht**, a.a.O., S. 91 ff.

⁶ **Malinverni**, Protection des minorités, a.a.O., S. 235 f.; **Schulte-Tenckhoff**, a.a.O., S. 22 und dortige Hinweise; eine Liste der internationalen Instrumente, welche sich in Einzelbereichen oder generell dem Schutz von Minderheiten widmen, findet sich bei Alain **Fenet**, Textes internationaux, in: **Fenet/Koubi/Schulte-Tenckhoff**, a.a.O., S. 487 ff. (Kopie s. Beilage 2); zur Geschichte des internationalen Minderheitenschutzes s. auch **Malinverni**, Convention cadre, a.a.O., S. 522 ff. und dortige Hinweise; **Schoder**, a.a.O., 16 ff.; **Oxenknecht**, S. 6 ff. und Kay **Hailbronner**, Der Schutz der Minderheiten im Völkerrecht, in: Festschrift für Dietrich Schindler zum 65. Geburtstag, Basel 1989, S. 75 ff.

⁷ SR 0.103.2.

⁸ Die Bestimmung lautet:

"In Staaten mit ethnischen, religiösen, oder sprachlichen Minderheiten darf Angehörigen solcher Minderheiten nicht das Recht vorenthalten werden, gemeinsam mit anderen Angehörigen ihrer Gruppe ihr eigenes kulturelles Leben zu pflegen, ihre eigene Religion zu bekennen und auszuüben oder sich ihrer eigenen Sprache zu bedienen."

sprachliche" Minderheiten, enthält aber dazu keine nähere Umschreibung⁹. Im Verlaufe der Ausarbeitung des Pakts wurde der Begriff "ethnisch" anstelle des anfänglich verwendeten Begriffs "rassisch" eingefügt, da er eine weitere Auslegung ermögliche, indem er sich auf alle biologischen, kulturellen und historischen Eigenschaften einer Volksgruppe beziehe¹⁰. Als wesentliche ethnische Merkmale gelten heute etwa die gemeinsame Sprache, die gemeinsame Kultur, das gemeinsame historische Schicksal und das gemeinsame Streben und entsprechende Selbstverständnis¹¹. Insofern können die Fahrenden in der Schweiz als ethnisch-kulturelle Minderheit im Sinne von Artikel 27 UNO-Pakt II gelten¹². Hinsichtlich des Verhältnisses zum insbesondere in Europa verwendeten Begriff der "nationalen" Minderheit nimmt die Lehre heute an, dass die beiden Begriffe einander weitgehend entsprechen¹³.

2.1.3. Minderheiten im Sinne des Übereinkommens Nr. 169 der Allgemeinen Konferenz der Internationalen Arbeitsorganisation über eingeborene und in Stämmen lebende Völker in unabhängigen Ländern (IAO-Übereinkommen Nr. 169/IAO-Ü)

Das IAO-Übereinkommen Nr. 169¹⁴ spricht formell nicht von Minderheiten, sondern von "Völkern" ("peuples"), "... die sich infolge ihrer sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen Verhältnisse von anderen Teilen der nationalen Gemeinschaft unterscheiden und deren Stellung ganz oder teilweise durch die ihnen eigenen Bräuche oder Überlieferungen oder durch Sonderrecht geregelt ist ..." (Art. 1 Ziff. 1 Bst. a IAO-Ü) oder "... die als Eingeborene gelten, weil sie von Bevölkerungsgruppen abstammen, die in einem Land oder in einem geographischen Gebiet, zu dem das Land gehört, zur Zeit der Eroberung oder der Festlegung der gegenwärtigen Staatsgrenzen ansässig waren und die, unbeschadet ihrer Rechtsstellung, einige oder alle ihre traditionellen sozialen, wirtschaftlichen, kulturellen und politischen Einrichtungen beibehalten" (Art. 1 Ziff. 1 Bst. b IAO-Ü). Dass es sich dabei faktisch um Minderheiten innerhalb eines Staatsgebietes (als Ganzem) handelt, geht aus dem Gesamtkontext des Übereinkommens hervor¹⁵. Als grundlegendes Abgrenzungskriterium für solche Bevölkerungsgruppen nennt Artikel 1 Ziffer 2 IAO-Ü das "Gefühl der Eingeborenen- oder Stammeszugehörigkeit". Daraus kann für die

⁹ S. **Malinverni**, Protection des minorités, a.a.O., S. 235 ff.; **Schulte-Tenckhoff**, a.a.O., S. 53 ff.; **Oxenknecht**, a.a.O., S. 93; **Hailbronner**, a.a.O., S. 83 ff.; Christian **Tomuschat**, Protection of Minorities under Article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights, in: Völkerrecht als Rechtsordnung - Internationale Gerichtsbarkeit - Menschenrechte, Festschrift für Hermann Mosler, Berlin etc. 1983, S. 955 ff.

¹⁰ **Oxenknecht**, a.a.O., S. 109 f.

¹¹ **Oxenknecht**, a.a.O., S. 110 f. und dortige Hinweise; **Tomuschat**, a.a.O., S. 955ff f.

¹² Vgl. auch **Malinverni**, Protection des minorités, a.a.O., S. 244.

¹³ Zur Entstehung des Begriffs und seinem Verhältnis zum Begriff der "ethnischen" Minderheit s. insb. **Oxenknecht**, a.a.O., S. 112 f. und dortige Hinweise.

¹⁴ Deutsche Übersetzung des Abkommenstextes s. BBl **1991** III 907 ff.; Originaltext s. FF **1991** III 934 ff.

¹⁵ **Schulte-Tenckhoff**, a.a.O., S. 29 ff. und 73 ff.

hier behandelte Begriffsumschreibung der "Minderheit" allenfalls abgeleitet werden, dass es - in Bestätigung der unter Ziffer 2.2.1 oben erwähnten allgemeinen Umschreibung des Minderheitsbegriffs - keine eindeutigen Abgrenzungskriterien gibt, und dass das Selbstverständnis entsprechender Bevölkerungsgruppen bei der faktischen Umschreibung von Minderheiten eine wesentliche Rolle zu spielen hat.

2.1.4. Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)

Die EMRK¹⁶ schützt in Art. 14 unter anderem auch "nationale Minderheiten" vor Diskriminierung¹⁷. Das Kriterium der "nationalen Minderheit" ist hier nur einer der - nicht abschliessend - aufgezählten möglichen Gründe einer Diskriminierung¹⁸. Eine nähere Umschreibung des Begriffs "nationale Minderheit" durch die Rechtsprechung im Bereiche der Individualbeschwerden ist bis heute soweit ersichtlich nicht erfolgt; entsprechende Beschwerden wurden immer unter anderen Diskriminierungskriterien (z.B. Sprache und Kultur) behandelt¹⁹. Eine Beschwerde wegen der Verweigerung von Ausweispapieren an Zigeuner als nationale Minderheitsgruppe wurde von der Europäischen Kommission für Menschenrechte infolge ungenügender Substantiierung nicht zugelassen²⁰; immerhin wurde in einer zwischenstaatlichen Streitigkeit Zypern gegen Türkei auf die Diskriminierung einer nationalen Minderheit verwiesen²¹.

2.1.5. Rahmenübereinkommen des Europarates zum Schutz nationaler Minderheiten (RüSNM)

Das Rahmenübereinkommen des Europarates zum Schutz nationaler Minderheiten²² verzichtet auf eine Umschreibung des Begriffs der nationalen Minderheit²³

¹⁶ SR 0.101.

¹⁷ Die Bestimmung lautet:

"Art. 14 Diskriminierungsverbot

Der Genuss der in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten ist ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten."

¹⁸ S. etwa Arthur **Haefliger**/Frank **Schürmann**, Die europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. Aufl., Bern 1999, S. 323 ff.; Mark E. **Villiger**, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2.Aufl., Zürich 1999, Rz. 659 ff.; Jochen A. **Frowein**/Wolfgang **Peukert**, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Kehl a.Rh./Strassburg/Arlington 1996, S. 454 ff.

¹⁹ S. Alain **Fenet**, Le droit européen des minorités, in: **Fenet/Koubi/Schulte-Tenckhoff**, a.a.O., S. 139f. und dortige Hinweise.

²⁰ Entscheid 7823/74, DR 11, 221.

²¹ **Fenet**, Le droit européen des minorités, a.a.O., S. 139

²² Deutsche Übersetzung s. BBI **1997** 1293; Originaltext in FF **1998** .

und verwendet ihn als unbestimmten Rechtsbegriff, der im Anwendungsfall durch Auslegung zu konkretisieren ist²⁴. Eine Reihe von Unterzeichnerstaaten hat eine entsprechende Auslegende Erklärung abgegeben²⁵. Häufig handelt es um eine Enumeration bestimmter Bevölkerungsgruppen, die als nationale Minderheit im Sinne des RÜSNM gelten sollen²⁶; z.T. werden auf die Bedürfnisse des Unterzeichnerstaats ausgerichtete generelle Konkretisierungen vorgenommen²⁷ oder bestimmte Sachverhalte vom Geltungsbereich ausgeschlossen bzw. Negativabgrenzungen vorgenommen²⁸. Für die Schweiz massgebend ist im Wesentlichen die von ihr abgegebene Auslegende Erklärung²⁹; sie lautet: "Als nationale Minderheiten im Sinne des vorliegenden Rahmenübereinkommens gelten in der Schweiz diejenigen Gruppen von Personen, die zahlenmässig kleiner als der Rest der Bevölkerung des Landes oder eines Kantons sind, deren Angehörige die schweizerische Staatsbürgerschaft besitzen, alte, solide und dauerhafte Bindungen zur Schweiz unterhalten und vom Willen getragen werden, gemeinsam zu bewahren, was ihre Identität ausmacht, insbesondere ihre Kultur, ihre Traditionen, ihre Religion oder ihre Sprache."

2.1.6. Verfassungsrecht

Das Verfassungsrecht des Bundes kennt den Begriff der "nationalen Minderheit" sowenig wie den Begriff der "Nation" als solchen; wenn die Gesamtheit der Staatsbürger erfasst werden soll, spricht die Verfassung etwa vom "Schweizervolk" (Art. 1 BV), vom "Volk" (Art. 51 Abs. 1, 53 Abs. 2, 138 Abs. 2, 140, 141 Abs. 1, 142 Abs. 1 u. 2, 194 Abs. 1 sowie Art. 195 BV), vom "Land" (Art. 2 Abs. 1 und 2 BV), von den "Bürgerinnen und Bürgern" (Art. 2 Abs. 3 BV), "Schweizerinnen und Schweizern" (Art. 136 Abs. 1 BV). Der Begriff "national" erscheint dagegen etwa in

²³ Zu den Gründen für diesen Verzicht s. etwa **Erläuternder Bericht** zum Rahmenübereinkommen zum Schutz Nationaler Minderheiten, Übersetzung des deutschen Bundesjustizministeriums, Dokumentation: Rahmenübereinkommen des Europarats zum Schutz nationaler Minderheiten, Einführung von Heinrich **Klebes**, in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift 22/1995, S. 272, Ziff. 11 u. 12, sowie **Klebes**, Einführung, a.a.O., S. 263; Philippe **Boillat**, Quelques observations sur la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, in: AJP/PJA 10/1995, S. 1284 ff.; **Gilbert**, a.a.O., S. 174 ff.

²⁴ **Boillat**, a.a.O., S. 1285.; **Malinverni**, Convention-cadre, a.a.O., S. 533 ff.; **Gilbert**, a.a.O., S. 177; Hanspeter **Mock**, Une Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales, in: Annuaire de la Nouvelle société helvétique 1996/97, a.a.O., S. 191 f.

²⁵ S. die Liste in Beilage 3; zur Zulässigkeit und zum Stellenwert dieser Erklärungen s. Jochen A. **Frowein**/Roland **Bank**, The Effect of Member States' Declarations Defining "National Minorities" upon Signature or Ratification of the Council of Europe's Framework Convention, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 59/1999, S. 649 ff.

²⁶ S. die Erklärungen Oesterreichs, Dänemarks, Deutschlands, Sloweniens, Schwedens und Mazedoniens; Wortlaut in Beilage 3

²⁷ S. die Erklärungen Estlands, Polens, Russlands und der Schweiz; Wortlaut s. Beilage 3.

²⁸ S. die Erklärungen Aserbeidschans, Belgiens, Bulgariens, Liechtensteins, Luxemburgs und Maltas; Wortlaut s. Beilage 3.

²⁹ S. auch Erster Bericht der Schweiz zur Umsetzung des Rahmenübereinkommens des Europarates zum Schutz nationaler Minderheiten (Bericht RÜSNM), hgg. von der Direktion für Völkerrecht des Eidg. Departements für auswärtige Angelegenheiten, Bern 2001, Nr. 97 ff.

Wortverbindungen wie "Nationalrat" (Art. 143 ff.), "Nationalstrassen (Art. 83 u. 86 Abs. 2 u. 3 BV)". "Nationalbank" (Art. 99 Abs. 2-3 BV). Im französischsprachigen Verfassungstext wird zudem das Substantiv "nationalité" neben anderen Umschreibungen für "Bürgerrecht" verwendet (Art. 37 und 38 BV), und im französisch- und italienischsprachigen Text findet sich das Adjektiv "national" bzw. "nationale" als Synonym für deutschsprachige Wortverbindungen mit "Land" (s. etwa Art. 4 BV, "langues nationales" bzw. "lingue nazionali", Abschnittsüberschrift vor Art. 57, "défense nationale" bzw. difesa nazionale") sowie für "gesamtschweizerisch" (s. etwa Art. 69 Abs. 2, 78 Abs. 3 u. 5, 82 Abs. 2, 94 Abs. 2). Aus dem geltenden Verfassungsrecht lässt sich daher für den staatsvertraglichen Begriff der "nationalen Minderheit" im vorliegenden Zusammenhang kaum etwas ableiten.

2.1.7. Gesetzes- und Verordnungsrecht des Bundes

Soweit ersichtlich wird der Begriff der nationalen Minderheit in der Gesetzgebung des Bundes bis heute nicht verwendet.

2.1.8. Schlussfolgerung

Für die Umschreibung des Begriffs "nationale Minderheit" ist derzeit im vorliegenden Zusammenhang auf die Auslegende Erklärung der Schweiz zum RÜSNM abzustellen³⁰. Dies hat zur Folge, dass der Schutzanspruch der "nationalen" Minderheit in der Schweiz in jedem Fall nur für Personen mit schweizerischer Staatsbürgerschaft gilt. Diese Auslegung des RÜSNM wird zwar von vielen Unterzeichnerstaaten geteilt, ist aber nicht ganz unumstritten³¹. Im vorliegenden Fall spielt diese Frage aber keine entscheidende Rolle, da es in der Tat nur um Gruppierungen mit schweizerischer Staatsangehörigkeit geht.

2.2. Fahrende

2.2.1. Allgemeines

Der Begriff der "Fahrenden" wird heute sowohl im Alltag als auch in der Literatur noch in recht vielfältiger Weise verwendet, und es werden darunter oft nach unterschiedlichen Gesichtspunkten unterschiedliche Bevölkerungsgruppen verstanden; dies kommt bereits im GUTA SIR zum Ausdruck³². Der Bericht der nationalrätlichen Kommission für soziale Sicherheit vom 28. August 1991 zur Parlamentarischen Initiative Stiftung "Zukunft für Schweizer Fahrende" verwendet als Kriterium das "nicht standortgebundene Leben und Arbeiten"³³. Dieses Kriterium wird von

³⁰ S. Bericht RÜSNM, Nr. 100.

³¹ Vgl. **Frowein/Bank**, a.a.O., S. 669 ff.; **Gilbert**, a.a.O., S. 165 f.; zur ebenfalls nicht unumstrittenen Ausdehnung des Minderheitenschutzes nach Art. 27 UNO-Pakt II auf Nicht-Staatsangehörige s. **Malinverni**, Protection des minorités, a.a.O., S. 236 ff. sowie Fussnote 92 hinten.

³² S. etwa GUTA SIR, Beilage 1, S. 4 f., 6ff.; 14, 15ff., 29 ff., 36 ff.

³³ BBI 1991 IV 463.

der Stellungnahme des Bundesrates zu dieser Initiative nicht in Frage gestellt³⁴. Das in der Folge der Parlamentarischen Initiative erlassene Bundesgesetz betreffend die Stiftung "Zukunft für Schweizer Fahrende" (SR 449.1) sowie die Stiftungs-urkunde³⁵ gehen offensichtlich von den Vorgaben des Berichts aus, enthalten aber keine Begriffsumschreibungen. In der Botschaft des Bundesrates zum Rahmen-übereinkommen des Europarates zum Schutz nationaler Minderheiten³⁶ wird zwar ausgesagt, dass das Rahmenübereinkommen in der Schweiz auf "... Bevölkerungsgruppen ... wie ... die Fahrenden" angewendet werden kann³⁷, doch fehlt in der Botschaft eine Umschreibung dieses Begriffs. Die Diskussionen in den Eidgenössischen Räten im Zusammenhang mit dem IAO-Ü haben aber gerade in diesem Punkt erhebliche Unklarheiten zu Tage gelegt³⁸. Eine Prüfung allfälliger besonderer Rechtsansprüche einer bestimmten Bevölkerungsgruppe macht es aber erforderlich, dass für eine solche Gruppe zumindest eine etwas konkretisierte Umschreibung gefunden wird.

2.2.2. Literatur

Die in der Literatur verwendeten Begriffe und insbesondere ihre Abgrenzungen für nicht sesshafte Bevölkerungsgruppen in Europa sind bis heute sehr uneinheitlich und hängen stark vom Publikationszeitpunkt, der Fachrichtung und vom Gegenstand und vom Ziel der Publikation ab. Der Begriff der Fahrenden dürfte vor allem auf die bis nach dem Zweiten Weltkrieg gebräuchliche juristische und polizeiliche Terminologie zurückgehen, welche darunter Personen und Personengruppen verstand, die ein Wandergewerbe ausübten oder keinen festen Wohnsitz nachweisen konnten³⁹. Unter diese Bezeichnung sowie unter den häufig als pejoratives Synonym verwendeten Begriff "Zigeuner"⁴⁰ fielen sowohl nach ethnischen als auch

³⁴ BBI 1991 IV 473.

³⁵ Wortlaut des Entwurfs s. BBI 1991 IV 470.

³⁶ BBI 1998 1293.

³⁷ BBI 1998 1310.

³⁸ S. Amtl. Bull. 2001 NR 509 ff. und SR 889 ff.

³⁹ S. etwa Walter **Leimgruber**/Thomas **Meier**/Roger **Sablonier**, Das Hilfswerk für die Kinder der Landstrasse, Bundesarchiv Dossier 9, Bern 1998, S. 20 ff.; Maria-Luisa **Zürcher-Berther**, Fahrende unter Sesshaften, hgg. vom Bundesamt für Kultur, Basel 1988, S. 15; **Stiftung Zukunft für Schweizer Fahrende** (Hrsg.), Fahrende und Raumplanung, St. Gallen 2001, S. 2 f.

⁴⁰ Zum Begriff "Zigeuner" s. Rüdiger **Vossen**, (Hrsg.), Zigeuner: Roma, Sinti, Gitanos, Gypsies zwischen Verfolgung und Romantisierung, Frankfurt a.M. etc. 1982, S. 20 ff.; zum Begriff "Tsigane" s. Jean-Pierre **Liégeois**, Roma, Tsiganes, Voyageurs, Strasbourg, Conseil de l'Europe 1994, S. 36 ff. und 183 ff.; zum Begriff "Gypsy" s. Angus **Fraser**, The Gypsies, Oxford UK u. Cambridge USA, 1992; S. 2 ff.; zur Verwendung des Begriffs durch schweizerische Behörden s. etwa Franz **Egger**, Der Bundesstaat und die fremden Zigeuner in der Zeit von 1848 bis 1914, in: Studien und Quellen, Zeitschrift des schweizerischen Bundesarchivs, 8/1982, S. 59 ff.; Thomas **Huonker**/Regula **Ludi**, Roma, Sinti und Jenische - Schweizerische Zigeunerpolitik zur Zeit des Nationalsozialismus, Veröffentlichungen der Unabhängigen Expertenkommission Schweiz - Zweiter Weltkrieg, Bd. 23, Zürich 2001, S. 13 ff.

nach wirtschaftlichen oder kulturellen Gesichtspunkten umschriebene Bevölkerungsgruppen⁴¹. Andere Begriffe, die in diesem Kontext auftauchen, sind - mit unterschiedlicher Gewichtung - eher an der abstammungsmässigen oder geographischen Herkunft, an der Sprache oder der Lebensweise dieser Gruppen orientiert. Noch einmal anderen Gesichtspunkten folgen häufig die sehr differenzierenden Eigenbezeichnungen der von der Literatur unter dem Begriff der Fahrenden zusammengefassten Bevölkerungsgruppen⁴².

Als "Roma" werden insbesondere von den Ethnologen und Sprachforschern heute in der Regel diejenigen Bevölkerungsgruppen bezeichnet, welche seit dem fünften Jahrhundert in grösseren zeitlichen Abständen aus dem nordöstlichen Indien in der Folge kriegerischer Ereignisse vertrieben worden oder aus wirtschaftlichen Gründen ausgewandert sind, und die insbesondere zumindest in den Grundzügen an ihrer auf dem Sanskrit und Pakrit beruhenden Sprache "Romani" bzw. dem walachisch geprägten Dialekt "Romanés" festgehalten haben⁴³. Nachfahren verwandter Bevölkerungsgruppen, welche ihre ebenfalls auf dem Romani beruhende Sprache stark germanisiert haben, werden häufig als "Sinti" oder "Manusch"⁴⁴, andere, welche vor allem spanische Sprachelemente übernommen haben, als "Calé" oder "Gitanos" bezeichnet⁴⁵. Alle diese Gruppen unterteilen sich in zahlreiche Untergruppierungen, welche sich (oft im Anklang an die ursprüngliche Kastenzugehörigkeit in Indien⁴⁶) an beruflichen Haupttätigkeitsfeldern, an der zeitweiligen örtlichen Niederlassung, an sprachlichen Entwicklungen, Sippenzugehörigkeit u. dgl. orientieren⁴⁷.

Neben diesen mehr oder weniger ethnisch definierten Bevölkerungsgruppen existierten und existieren in zahlreichen europäischen Staaten autochthone nicht sesshafte Bevölkerungsgruppen, welche weder abstammungsmässig noch kulturell den Roma, Sinti und Calé zugerechnet werden, die aber angesichts zumindest

⁴¹ Zur Geschichte und Kultur dieser Völker s. insbesondere François **de Vaux de Foletier**, Mille ans d'histoire des tsiganes, Paris 1971; **Fraser**, a.a.O.; **Vossen**, a.a.O.; **Liégeois**, a.a.O.; Rajko **Djuric**/Jörg **Becken**/A. Bertolt **Bengsch**, Ohne Heim - Ohne Grab. Die Geschichte der Roma und Sinti, Berlin 1996; zu ihrem Rechtsverständnis s. Walter O. **Weyrauch**, Romaniya: An Introduction to Gypsy Law, sowie Thomas **Acton**/Susan **Caffrey**/Gary **Mundy**, Theorizing Gypsy Law, in: The American Journal of Comparative Law, Bd. XLV/1997, S. 225 ff. und 237 ff.

⁴² Zum Begriff und den methodischen Problemen der gängigen Terminologien s. auch etwa **Huonker/Ludi**, a.a.O., S. 13 ff.

⁴³ **Vossen**, a.a.O., S. 136 ff.; **de Vaux de Foletier**, a.a.O., S. 15; **Liégeois**, a.a.O., S. 43 ff.; **Fraser**, a.a.O., S. 10 ff., **Djuric**, a.a.O., S. 34 ff.

⁴⁴ **Vossen**, a.a.O., S. 138; **Liégeois**, a.a.O., S. 46.; **Djuric**, a.a.O., S. 196, 212, 226.

⁴⁵ **Vossen**, a.a.O., S. 138; **Liégeois**, a.a.O., S. 45; **Djuric**, a.a.O., S. 233 ff.

⁴⁶ **Djuric**, a.a.O., S. 35f.

⁴⁷ S. **Vossen**, a.a.O., S. 204 ff., 213 ff., 216 ff.; **Liégeois**, a.a.O., S. 61 ff.; **Djuric**, a.a.O., etwa S. 106 ff., 128 f., 146, 183 ff., 234.

äusserlich vergleichbarer Lebensweise von den Behörden oft den gleichen Regelungen unterstellt wurden oder die infolge ähnlicher Lebensweise und Bedürfnisse engere Beziehungen zu den Roma pflegten und gewisse Rezeptionen sprachlicher und kultureller Art vorgenommen haben⁴⁸. Als "Jenische" bezeichnen sich beispielsweise in der Schweiz, in Deutschland und Österreich lebende Angehörige bzw. Nachfahren von Bevölkerungsgruppen mit ursprünglich nicht sesshafter bzw. teilweise nicht sesshafter Lebensweise, die nicht Romanés sprechen⁴⁹, deren Dialekte aber häufig mit Lehnwörtern aus dem Romanés und partiell auch aus dem Jiddischen durchsetzt sind (sog. jenische Sprachen)⁵⁰.

2.2.3. Fahrende als Minderheit mit einer besonderen Lebensweise

Im vorliegenden Kontext wird - ausgehend vom Zweck des Gutachtens - der Begriff "Fahrende" als Bezeichnung für diejenigen Bevölkerungsgruppen verwendet, welche eine nicht bzw. teilweise nicht sesshafte Lebensweise pflegen, und deren Erwerbsleben und Kultur auf dieser Lebensweise basiert. Als Abgrenzungskriterien ausser Betracht fallen für den Begriff selbst Kriterien der Herkunft, Abstammung und Sprache. An sich können demnach unter den Begriff auch Bevölkerungsgruppen fallen, welche sich als den Sinti und Roma oder anderen Gruppen zugehörig betrachten, sofern sie die vom Begriff umschriebene Lebensweise pflegen.

Hinsichtlich der Staatsangehörigkeit als Abgrenzungskriterium ist festzuhalten, dass zwar sowohl das Bundesgesetz betreffend die Stiftung "Zukunft für Schweizer Fahrende" als auch die Stiftung selbst von "Schweizer" Fahrenden sprechen und demnach die Staatsangehörigkeit zum Abgrenzungskriterium für ihren Geltungsbereich machen. Für den Begriff der "Fahrenden" selbst kann die Staatsangehörigkeit aber kein Abgrenzungskriterium sein; es wäre sonst ja auch nicht erforderlich gewesen, im Gesetz und in der Stiftungsurkunde dieses Kriterium ausdrücklich einzuführen.

⁴⁸ S. dazu etwa **Fraser**, a.a.O., S. 296 f. und dortige Hinweise; Michael H. **Faber**, in: **Vossen**, a.a.O., S. 192 ff.; **Liégeois**, a.a.O., S. 48; **Djuric**, a.a.O., S. 203.

⁴⁹ Sergius **Golowin**, Fahrendes Volk in der Schweiz, in **Cattani/Häsler**, a.a.O., S. 59 ff. und dortige Hinweise; **Huonker/Ludi**, a.a.O., S. 13 ff.; **Studienkommission des EJPD**, Bericht "Fahrendes Volk in der Schweiz - Lage, Probleme, Empfehlungen", Bern 1983, S. 9 ff.

⁵⁰ **Faber**, a.a.O., S. 193; **Liégeois**, a.a.O., S. 48; **Fraser**, a.a.O., S. 296; Uwe **Sauerwein**, Jenische - Wenn fremde Worte Schutz bieten, in: Berliner Morgenpost v. 2. Februar 2001; zu einem etwas abweichenden, eher ethnisch geprägten Verständnis des Begriffs vgl. Ian **Hancock**, A Glossary of Romani Terms, in: The American Journal of Comparative Law, Bd. XLV/1997, S. 334; zu den Unsicherheiten der Terminologie s. auch **Golowin**, a.a.O., S. 60 f., sowie die Fragestellung des Staatssekretariats für Wirtschaft an den Generaldirektor der IAO, zitiert in: **Bureau International du Travail**, Conseil d'administration, Dix-huitième question à l'ordre du jour, **Rapport du Directeur général**, GB 20/18 mars 2001 (IAO, Rapport du Directeur général), Ziff. 9.

3. Ansprüche aus dem Diskriminierungsverbot

3.1. Grundlagen des internationalen Rechts

3.1.1. Allgemeines

Das internationale Recht kennt eine Vielzahl von Instrumenten, welche sich zu Gunsten unterschiedlichster Menschengruppen (Kinder, Frauen, Angehörige bestimmter "Rassen", "Völker" etc.) gegen Diskriminierungstatbestände wenden. Im vorliegenden Zusammenhang wird lediglich auf Instrumente eingegangen, welche ausdrücklich oder implizit Bevölkerungsminderheiten als Gruppe gegen Diskriminierung schützen wollen oder ein allgemeines Diskriminierungsverbot aussprechen.

3.1.2. Das Diskriminierungsverbot nach dem UNO-Pakt II

Der UNO-Pakt II verankert allgemeine Diskriminierungsverbote in Artikel 2 Absatz 1⁵¹ und Artikel 26^{52/53}.

3.1.3. Das Diskriminierungsverbot der EMRK

Die EMRK auferlegt den Unterzeichnerstaaten in Artikel 14⁵⁴ im Rahmen des allgemeinen Diskriminierungsverbots auch ein Verbot der Diskriminierung "nationaler Minderheiten". Das Diskriminierungsverbot entfaltet allerdings nach herrschender Auffassung keine selbständige Wirkung, sondern ist immer im Kontext mit den von der Konvention garantierten Rechten und Freiheiten anzuwenden (aber ohne dass eine festgestellte Verletzung dieser Rechte Voraussetzung wäre)⁵⁵.

⁵¹ Die Bestimmung lautet:

"Jeder Vertragsstaat verpflichtet sich, die in diesem Pakt anerkannten Rechte zu achten und sie allen in seinem Gebiet befindlichen und seiner Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen ohne Unterschied wie insbesondere der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status zu gewährleisten."

⁵² Die Bestimmung lautet:

"Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich und haben ohne Diskriminierung Anspruch auf gleichen Schutz durch das Gesetz. In dieser Hinsicht hat das Gesetz jede Diskriminierung zu verbieten und allen Menschen gegen jede Diskriminierung, wie insbesondere wegen der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status, gleichen und wirksamen Schutz zu gewährleisten."

⁵³ S. dazu etwa Giorgio **Malinverni**, Les Pactes et la protection des droits de l'homme dans le cadre européen, in: **Kälin/Malinverni/Novak**, a.a.O., S. 51 f.; zum Verhältnis dieser allgemeinen Diskriminierungsverbote zum spezifischen Minderheitenschutz s. insb. **Schoder**, a.a.O., S. 162 ff.

⁵⁴ Für den Wortlaut siehe vorne Fn. 17.

⁵⁵ **Haefliger/Schürmann**, a.a.O., S. 319/320; **Villiger**, a.a.O., Rz. 662 ff.

3.2. Grundlagen im Landesrecht

3.2.1. Bundesverfassung

Die Bundesverfassung enthält im Rahmen der Bestimmung über die Rechtsgleichheit in Artikel 8 Absatz 2⁵⁶ ebenfalls ein generelles Diskriminierungsverbot, das noch durch spezifische Bestimmungen der Gleichbehandlung der Geschlechter und eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes für Massnahmen zu Gunsten der Behinderten ergänzt wird.

Für die vorliegende Problematik, welche für die Umschreibung der Fahrenden vor allem auf deren besondere - nicht sesshafte - Lebensweise abstellt⁵⁷, erscheint es von besonderem Interesse, dass der geltende Verfassungswortlaut insbesondere die Diskriminierung wegen "der Lebensform" ausdrücklich verbietet.

3.2.2. Kantonsverfassungen

Eine Mehrzahl der Kantonsverfassungen enthält im Kontext mit dem Rechtsgleichheitsgebot ebenfalls Diskriminierungsverbote, welche materiell der Bestimmung von Artikel 8 Absatz 2 BV mehr oder weniger entsprechen⁵⁸.

3.3. Wirkungen der Diskriminierungsverbote

3.3.1. Verhältnis der verschiedenen Rechtsquellen zueinander

Sowohl den - im Grundsatz unmittelbar durchsetzbaren⁵⁹ - Grundrechtsgarantien aus internationalem Vertragsrecht als auch den von den Kantonsverfassungen garantierten Grundrechten kommt materiell an sich nur insoweit selbständige Bedeutung zu, als sie über den von der Bundesverfassung gewährleisteten Schutz

⁵⁶Die Bestimmung lautet:

¹ Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.

² Niemand darf diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung.

³ Mann und Frau sind gleichberechtigt. Das Gesetz sorgt für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit. Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit.

⁴ Das Gesetz sieht Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen der Behinderten vor."

⁵⁷ S. Ziff. 2.2.3. vorne.

⁵⁸ S. etwa Art. 10 Abs. 1 KV BE; Art. 11 Abs. 2 KV UR; Art. 2 Abs. 2 OW; Art. 4 Abs. 2 GL; Art. 9 KV FR; § 7 Abs. 2 KV BL; Art. 5 Abs. 2 KV AR; § 10 Abs. 2 KV AG; Art. 7 Abs. 1 KV TI; Art. 2 Abs. 2 KV VD; Art. 3a Abs. 2 KV VS; Art. 5 Abs. 1 KV NE; Art. 6 KV JU.

⁵⁹ S. Andreas **Auer**/Giorgio **Malinverni**/Michel **Hottelier**, Droit constitutionnel suisse, Bd. II, Bern 2000, Rz. 69, 91, 95 u. 98; Giorgio **Malinverni**, Les Pactes dans l'ordre juridique interne, in: **Kälin/Malinverni/Novak**, a.a.O., S. 72 u. 81; **Haefliger/Schürmann**, a.a.O., S. 45 und dortige Hinweise.

hinausgehen⁶⁰. Dies ist im Bereich des Diskriminierungsverbots zwar nicht der Fall⁶¹. Damit ist aber eine wechselseitige Beeinflussung der Praxis nicht ausgeschlossen. Gerade zum Diskriminierungsverbot dürfte die Auslegung und Anwendung der relativ neuen schweizerischen Verfassungsbestimmung stark von der reichhaltigen Praxis zu Artikel 14 EMRK beeinflusst werden⁶².

3.3.2. Zum Zweck und zur Durchsetzung von Diskriminierungsverboten

Als Diskriminierung im Rechtssinne wird etwa die "Benachteiligung, die sich sachlich nicht rechtfertigen lässt"⁶³, "die Knechtung, Erniedrigung Aussonderung ... einer Personengruppe und die allenfalls damit einhergehende Privilegierung einer anderen Gruppe" bezeichnet⁶⁴, als "unterschiedliche Behandlung" von Personen, die "sachlich nicht gerechtfertigt ist" und die "keinen legitimen Zweck verfolgt"⁶⁵, als "... Unterscheidung, Ausschliessung, Beschränkung oder Bevorzugung aufgrund insbesondere der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauungen, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status erstreckt, welche die Beeinträchtigung oder Vereitelung der Anerkennung, der Inanspruchnahme oder der Ausübung der Gesamtheit der Menschenrechte und Grundfreiheiten durch alle unter gleichen Bedingungen zur Folge oder zum Ziele haben."⁶⁶

Hinsichtlich des Wirkungsbereichs von Diskriminierungsverboten wird häufig die insbesondere in Deutschland und den USA vertretene Anknüpfungstheorie diskutiert, welche davon ausgeht, dass gewisse Eigenschaften einer Person (z.B. Geschlecht, Hautfarbe, Abstammung etc.) gar nicht als Ausgangspunkt für die Regelung von Rechten und Pflichten herangezogen werden dürfe⁶⁷. Ein Anknüpfungsverbot mag zwar bei Unterscheidungsmerkmalen gerechtfertigt sein, die in sich bereits den Kern der Diskriminierung tragen oder die wissenschaftlich umstritten oder kaum nachweisbar sind, so etwa im Bereich der Rassendiskriminierung⁶⁸.

⁶⁰ **Haefliger/Schürmann**, a.a.O., S. 45 und dortige Hinweise; Jörg Paul **Müller**, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, S. 11; **Auer/Malinverni/Hottelier**, a.a.O., Bd. II, Rz. 82 f.; vgl. auch BGE 127 I 6, E 5c-e.

⁶¹ **Auer/Malinverni/Hottelier**, a.a.O., Bd. II, Rz. 1035 ff.

⁶² Zur wechselseitigen Durchdringung der Praxis im Allgemeinen s. insb. **Haefliger/Schürmann**, a.a.O., S. 43ff.; zu den Auswirkungen von Art. 14 EMRK auf die schweizerische Praxis **Haefliger/Schürmann**, a.a.O., S. 323 ff.

⁶³ BGE 124 II 424 f. und 530 f.; s. auch Beatrice **Weber-Dürler**, Rechtsgleichheit, in: Verfassungsrecht der Schweiz, hgg. von Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller, Zürich 2001, § 41, Rz. 23 ff.

⁶⁴ **Müller**, a.a.O., S. 411.

⁶⁵ **Haefliger/Schürmann**, a.a.O., S. 323.

⁶⁶ **Comité des droits de l'homme de l'ONU**, Observation générale se rapportant au pacte II, n° 18 (37) 1989, Ch. 7, Uebersetzung, in: **Kälin/Malinverni/Novak**, a.a.O., S. 401.

⁶⁷ **Müller**, a.a.O., S. 412 ff.

Sofern die Anknüpfungstheorie aber auf alle in Frage stehenden Diskriminierungsgründe ausgedehnt wird, könnten folgerichtigerweise auch Förderungsmassnahmen zu Gunsten benachteiligter Personengruppen infolge unzulässiger Anknüpfungsmerkmale über weite Strecken unzulässig sein⁶⁹. Nach der heute wohl herrschenden (aber nicht unumstrittenen) schweizerischen Lehre kann es aber nicht der Sinn eines Diskriminierungsverbotes sein, faktisch bestehende Unterschiede zwischen einzelnen Personen und Personengruppen zu negieren, sondern Massnahmen zu verhindern, welche die bestehenden Unterschiede zu Ungunsten solcher Personen oder Personengruppen anrufen⁷⁰. Förderungsmassnahmen zugunsten einer bestimmten Gruppe, die darauf abzielen, bestehende Diskriminierungen abzubauen, sind daher, soweit sie von der bisherigen Situation nicht betroffene oder gar profitierende Bevölkerungsgruppen belasten, nicht als "Gegendiskriminierung", sondern als Schaffung rechtsgleicher Zustände bzw. als Abbau von Privilegien zu verstehen⁷¹.

Zusammenfassend können folgende Merkmale als wesentlich für das Vorliegen einer Diskriminierung gelten:

Es handelt sich um eine Ungleichbehandlung, sei es durch die Rechtsetzung oder die Rechtsanwendung, die

- an besonderen Merkmalen einer Gruppe von Menschen anknüpft (Frauen, Hautfarbe etc.);
- an Unterscheidungsmerkmalen anknüpft, die entweder als Unterscheidungsgrund per se verpönt sind (s. Art. 8 Abs. 2 BV), oder die mit Blick auf die Rechtsfolge als Anknüpfungsgrund für die Unterscheidung ungeeignet sind;
- in Bezug auf das Ziel einer rechtsgleichen Behandlung besonders stossend wirkt, und die
- im Ergebnis (und häufig auch mit Absicht) die Angehörigen der betroffenen Gruppe herabwürdigt.

Für Unterscheidungen bzw. Ungleichbehandlungen, welche an den obenerwähnten besonderen Merkmalen einer Menschengruppe anknüpft, ist eine erhöhte Begründungspflicht anzunehmen. Als besonderes Merkmal des Schutzes vor Diskriminierung erscheint auch, dass die Realisierung in viel höherem Masse als in anderen Grundrechtsbereichen eine Ausdehnung der Massnahmen über den Schutz gegen staatliche Eingriffe hinaus verlangt und eine weitergehende Einflussnahme

⁶⁸ **Weber-Dürler**, a.a.O., Rz. 26.

⁶⁹ **Müller**, a.a.O., S. 413.

⁷⁰ S. etwa **Müller**, a.a.O., 414 ff. und dortige Hinweise; **Weber-Dürler**, a.a.O., Rz. 25 ff.; sowie **Auer/Malinverni/Hottelier**, a.a.O., Bd. II, Rz. 1056.

⁷¹ Zur Begründung von Förderungsmassnahmen s. etwa Botschaft zur Volksinitiative "Gleiche Rechte für Behinderte" und zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Beseitigung von Benachteiligungen behinderter Menschen, BBl 2001, 1735 und 1817.

auf privatrechtliche Verhältnisse bedingt⁷². Der Schutz vor Diskriminierung erscheint daher als eines der wesentlichen Anwendungsgebiete von Artikel 35 Absatz 3 BV, welcher die Behörden (einschliesslich des Gesetzgebers) dazu verpflichtet, "die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden" zu lassen⁷³.

3.3.3. Schutz der Fahrenden vor Diskriminierung

Dass die Angehörigen fahrender Bevölkerungsgruppen in der Schweiz⁷⁴ - wie in den übrigen europäischen Staaten⁷⁵ - auf eine jahrhundertlange Geschichte schwerster Diskriminierung und oft erschütternder Verfolgung zurückblicken, bedarf hier keiner besonderen Darstellung. Während die schlimmsten Auswüchse in der Schweiz heute wohl als beseitigt gelten können, bestehen Diskriminierungen faktischer bzw. indirekter Art etwa im Bereiche der Raumplanung, Baupolizei und Gewerbepolizei aber nach wie vor⁷⁶.

Eine indirekte Diskriminierung ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Gleichbehandlung der Geschlechter anzunehmen, "wenn eine formal geschlechtsneutrale Regelung im Ergebnis wesentlich mehr bzw. überwiegend Angehörige gegenüber denjenigen des anderen benachteiligt, ohne dass dies sachlich begründet wäre."⁷⁷ Diese Umschreibung ist auch auf Sachverhalte der indirekten Diskriminierung anderer Bevölkerungsgruppen, insbesondere auf die indirekte Diskriminierung der Fahrenden übertragbar⁷⁸. Die Problematik dieses grundrechtlichen Ansatzes liegt offensichtlich vor allem in zwei Punkten: Einerseits entstehen die geltend gemachten Diskriminierungssachverhalte sehr häufig in der vordergründig korrekten Anwendung einer gesetzlichen Regelung, die ihrerseits aber infolge mangelhafter Differenzierung den Kern der indirekten Diskriminierung bereits in sich trägt⁷⁹. Andererseits müssen die von der indirekten Diskriminierung

⁷² S. etwa Martin Philipp **Wyss**, Gesetzgeberische Massnahmen zum Abbau von Diskriminierungen. Handlungsbedarf und Modelle für die Schweiz, in: Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung, hgg. von Walter Kälin, Basel/Genf/München 1999, S. 117 ff.; **Zürcher-Berther**, a.a.O., S. 17, 25 f., 28 ff., 32 ff., 47 ff.

⁷³ Vgl. etwa **Müller**, a.a.O., S. 453 ff.; **Auer/Malinverni/Hottelier**, a.a.O., Bd. II, Rz. 124.

⁷⁴ S. etwa die Darstellungen bei **Egger**, a.a.O., S. 52 ff.; **Leimgruber/Meier/Sablonier**, a.a.O. S. 19 ff.; **Golowin**, a.a.O., S. 62 ff.; **Zürcher-Berther**, a.a.O., S. 17 ff.

⁷⁵ S. dazu insbesondere **de Vaux de Foletier**, a.a.O., S. 76 ff.; **Fraser**, a.a.O., S. 85 ff., 130 ff., 248 ff.; **Vossen**, a.a.O., S. 44 ff., 64 ff., 90 ff.; **Liégeois**, a.a.O., S. 123 ff., 183 ff.; **Djuric**, a.a.O., z.B. S. 266 ff.

⁷⁶ Vgl. etwa Urs **Glaus**, Fahrende in der Schweiz, Gefangen zwischen direkter und indirekter Diskriminierung, in: Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung, a.a.O., S. 142 ff.; Andreas **Rieder**, Indirekte Diskriminierung - das Beispiel der Fahrenden, in: Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung, a.a.O., S. 167 ff.; s. auch **Studienkommission des EJPD**, a.a.O., S. 15 ff.

⁷⁷ BGE 124 II 425 und dortige Hinweise; s. auch **Müller**, a.a.O., S. 443 ff. und **Weber-Dürler**, a.a.O., Rz. 34.

⁷⁸ **Rieder**, a.a.O., S. 161 und 167 ff.

⁷⁹ S. etwa die Beispiele bei **Rieder**, a.a.O., S. 167 ff.

Betroffenen in der Regel ihre Benachteiligung - mit Ausnahme der in der Schweiz nur gegenüber neuen kantonalen Erlassen möglichen abstrakten Normenkontrolle⁸⁰ - im Einzelfall nachweisen. Eine solche Anfechtung kann eine vorfrageweise Überprüfung der Verfassungsmässigkeit der angewendeten Normen einschliessen⁸¹, doch entfällt diese bei Bundesgesetzen (z.B. dem hier in Frage stehenden Bundesgesetz über die Raumplanung⁸²) in Anwendung von Artikel 191 BV von vorneherein⁸³. Wenig aussichtsreich ist in solchen Fällen die Durchsetzung genereller, auf das Diskriminierungsverbot abgestützter staatlicher Leistungen bzw. Förderungsmassnahmen zur Kompensierung indirekter Diskriminierungen, da solche Leistungen wiederum einer formellgesetzlichen Grundlage bedürfen und die Gerichte in der Regel ihr Ermessen nicht an die Stelle desjenigen des Gesetzgebers stellen⁸⁴. Es muss daher festgestellt werden, dass ein auf das Diskriminierungsverbot abgestützter Schutz der Fahrenden vor indirekten Diskriminierungen insbesondere durch das geltende Planungs- und Baurecht sowie das Gewerbepolizeirecht primär durch entsprechende gesetzgeberische Massnahmen erfolgen muss. Dies gilt in erhöhtem Masse für entsprechende kompensatorische Leistungen und Förderungsmassnahmen der Öffentlichkeit. Beispiele, wie der Gesetzgeber in Erfüllung seines Verfassungsauftrags indirekten Diskriminierungen begegnen kann, stellen das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann⁸⁵ sowie der Entwurf eines Bundesgesetzes über die Beseitigung von Benachteiligungen behinderter Menschen⁸⁶ dar.

4. Ansprüche aus dem spezifischen Minderheitenschutz

4.1. Allgemeines

Als spezifischer Minderheitenschutz sind insbesondere Massnahmen zu verstehen, welche einer etwa nach ethnischen, religiösen, kulturellen oder sprachlichen Kriterien bestimmten Bevölkerungsminderheit neben dem individuell ausgelegten Grundrechtsschutz - der nur einen indirekten Minderheitenschutz gewährleistet⁸⁷ - auch Anspruch auf Schutz- und Förderung der Gruppe als solcher bzw. als besonderer Gemeinschaft, zukommen lässt⁸⁸.

⁸⁰ S. etwa René **Rhinow**/Heinrich **Koller**/Christina **Kiss**, Oeffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel u. Frankfurt a.M., 1996, Rz. 1715 ff. und dortige Hinweise.

⁸¹ **Rhinow/Koller/Kiss**, a.a.O., Rz. 1686 ff. und 1718.

⁸² RPG; SR 700.

⁸³ **Rhinow/Koller/Kiss**, a.a.O., Rz. 1679 ff.

⁸⁴ Walter **Kälin**, Das Verfahren der Staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Aufl., Bern 1994, S. 174; **Rhinow/Koller/Kiss**, a.a.O., Rz. 1812 ff.; **Müller**, a.a.O., S. 452.

⁸⁵ SR 151.1.

⁸⁶ BBI 2001, 1840.

⁸⁷ **Fenet**, Le droit européen des minorités, a.a.O., S. 134 ff.

⁸⁸ **Malinverni**, Protection des minorités, a.a.O., S. 239 ff.; **Malinverni**, Convention-cadre, a.a.O., S. 536 ff.; **Schulte-Tenckhoff**, a.a.O., S. 58 ff.; **Hailbronner**, a.a.O., S. 82 ff.

4.2. Internationales Recht

4.2.1. UNO-Pakt II

Der UNO-Pakt II ist für die Schweiz am 18. September 1992 in Kraft getreten⁸⁹. seine Schutzbestimmungen finden, soweit sie sich dazu eignen, unmittelbare Anwendung und können gegenüber den Behörden entsprechend angerufen werden⁹⁰.

Artikel 27 UNO-Pakt II⁹¹ schützt insbesondere das Recht "ethnischer" Minderheiten, als Gruppe ihr eigenes kulturelles Leben zu pflegen. Von Bedeutung ist Artikel 27 UNO-Pakt II insofern, als er - neben seiner Bedeutung für den unmittelbar anrufbaren Individualschutz⁹² - deutliche Elemente des Gruppenschutzes aufweist und heute von der herrschenden Lehre materiell auch als Auftrag an die Unterzeichnerstaaten zum Gruppenschutz verstanden wird⁹³. Während die - auf die Gruppe bezogenen - diesbezügliche Abwehrfunktion der Bestimmung gegen diskriminierende Massnahmen ebenfalls anerkannt ist⁹⁴, wird die Ableitung unmittelbarer Leistungs- und Förderungsansprüche, welche über das hinausgehen, was im Rahmen der Rechtsgleichheit verlangt werden kann, in Frage gestellt, da der Gestaltungsspielraum der verpflichteten Staaten für die Gewährung und Umschreibung staatlicher Leistungen durch die Bestimmung nicht eingeschränkt werden sollte⁹⁵. Immerhin geht die neuere Lehre davon aus, dass Artikel 27 UNO-Pakt II die Unterzeichnerstaaten aber doch zu denjenigen Förderungsmassnahmen verpflichtet, welche zur Identitätserhaltung der geschützten Minderheit erforderlich sind⁹⁶.

⁸⁹ SR 0.103.2.

⁹⁰ **Auer/Malinverni/Hottelier**, a.a.O. Bd. II, Rz. 96 ff. und dortige Hinweise.

⁹¹ Wortlaut s. Fussnote 8 vorne.

⁹² **Malinverni**, Protection des minorités, a.a.O., S. 240; **Schoder**, a.a.O., S. 171.; nach dem Comité des droits de l'homme de l'ONU soll der unmittelbar anrufbare Individualschutz der Angehörigen einer Minderheit und die Pflicht der Unterzeichnerstaaten zu allfälligen Schutzmassnahmen im Übrigen nicht von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen abhängig sein, sondern allen Angehörigen einer Minderheit zukommen, die sich als solche im Hoheitsbereich der Unterzeichnerstaaten befinden, s. **Comité des droits de l'homme de l'ONU**, a.a.O., n° 1 [13] (1981), Chiff. 7 sowie n° 23 [50] (1994), Chiff. 5.1, S. 345 und 404.

⁹³ **Malinverni**, Protection des minorités, a.a.O., S. 239 ff.; **Schoder**, a.a.O., S. 163 ff. u. 175 f.; **Oxenknecht**, a.a.O., S. 136 ff.

⁹⁴ **Malinverni**, Protection des minorités, a.a.O., S. 239 ff.; **Schoder**, a.a.O., S. 162 u. 175 f.; **Oxenknecht**, a.a.O., S. 136.

⁹⁵ **Oxenknecht**, a.a.O., S. 139.

⁹⁶ **Malinverni**, Protection des minorités, a.a.O., S. 241 f.; **Schoder**, a.a.O., S. 163 ff. u. 175 f.

4.2.2. IAO-Übereinkommen Nr. 169

Das IAO-Ü⁹⁷ verlangt von den Unterzeichnerstaaten, dass sie einerseits den indigenen und in Stämmen lebenden Völkern vollständigen Grundrechtsschutz gewähren und sie vor Diskriminierung schützen (Art. 3 IAO-Ü), andererseits, dass sie dafür sorgen, dass diese Völker ihre gesellschaftlichen, institutionellen, kulturellen, religiösen und sprachlichen Eigenarten bewahren können (Art. 4 IAO-Ü). Die Frage, ob die Fahrennden in der Schweiz sich als indigenes Volk im Sinne des IAO-Ü konstituieren könnten, ist einigermassen kontrovers⁹⁸. Die Stossrichtung des Übereinkommens ist zwar primär auf die politischen und wirtschaftlichen Probleme der postkolonialen Vielvölkerstaaten ausgerichtet, doch schliesst das Abkommen es wohl nicht aus, dass sich eine traditionelle kulturelle Minderheit selbst als indigenes Volk konstituiert⁹⁹. Offen bliebe in einem solchen Fall aber immer noch, ob es Massnahmen gibt, welche unmittelbar gestützt auf das IAO-Ü kollektiv verlangt und durchgesetzt werden könnten - die wesentlichen Formulierungen des Übereinkommens enthalten Verpflichtungen für die Unterzeichnerstaaten und dürften kaum als "self-executing" gelten, da sie den Unterzeichnerstaaten viel Ermessensspielraum gewähren¹⁰⁰. Diese Fragen können hier offen bleiben, denn die Schweiz hat das IAO-Ü bis heute nicht ratifiziert. Zwar wurde die Ratifizierung in verschiedenen parlamentarischen Vorstössen verlangt¹⁰¹. Der Bundesrat hat sich bis jetzt einem verbindlichen Auftrag zur Ratifizierung widersetzt. Er hat zwar die grundsätzliche Stossrichtung des IAO-Ü unterstützt, machte aber im wesentlichen geltend, dass es nach seiner Auffassung in der Schweiz zwar faktisch keine indigenen Völker im Sinne des IAO-Ü gebe, dass aber auf Grund des unklaren Geltungsbereichs die Fahrennden in der Schweiz sich einseitig als indigenes Volk erklären könnten und in der Folge grosse Unsicherheiten hinsichtlich allfälliger Rechtsfolgen und Ansprüche entstehen könnten¹⁰².

⁹⁷ S. Ziff. 2.1.3. vorne.

⁹⁸ S. etwa Amtl. Bull. **2001** NR 513 f. (Votum Galli).

⁹⁹ So hat der Generaldirektor der IAO im Rahmen seiner Berichterstattung 2001 auf eine Anfrage des Staatssekretariats für Wirtschaft (seco) festgehalten, dass die Fahrennden als indigenes Volk im Sinne des IAO-Ü zu gelten hätten, "s'ils satisfont aux critères objectifs prévus au paragraphe 1 a) de l'article 1 de la convention et s'ils remplissent le critère fondamental du sentiment d'appartenance à un peuple tribal." (**IAO, Rapport du Directeur général**, a.a.O., Ziff. 19).

¹⁰⁰ S. **IAO, Rapport du Directeur général**, a.a.O., Ziff. 26-28.

¹⁰¹ 99.3433 Motion Gysin (NR), IAO-Konvention Nr. 169 zum Schutze indigener Völker (Ureinwohner), vom Nationalrat als Postulat überwiesen am 24. März 2000 (Amtl. Bull. **2000** NR 449/Beilagen 99.34.33, 315 ff.); 00.3604 Motion APK-NR, Ratifizierung der IAO Konvention Nr. 169 durch die Schweiz, vom Ständerat abgelehnt am 5. Dezember 2001 (Amtl. Bull. **2001** NR 509 ff./Beilagen 00.3604 159 ff.; SR 889 ff., Beilagen 00.3604 16 ff.).

¹⁰² Amt. Bull. **2000** NR Beilagen 00.3604 316 ff.; **2001** NR Beilagen 00.3604 159 ff.

4.2.3. Rahmenübereinkommen des Europarates zum Schutz nationaler Minderheiten

Das RÜSNM ist für die Schweiz formell am 1. Februar 1999 in Kraft getreten¹⁰³. Obwohl die Publikation in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts immer noch aussteht (!) und die Durchsetzung gegenüber Dritten damit derzeit im Grundsatz noch den Einschränkungen von Artikel 10 des Publikationsgesetzes¹⁰⁴ unterliegt, ist es für die Behörden verbindlich.

Von seiner Konzeption und Stossrichtung her ist das RÜSNM primär auf den Schutz ethnischer, sprachlicher und kultureller Bevölkerungsminderheiten ausgerichtet, welche infolge der geschichtlichen Entwicklung (insbesondere in Osteuropa und Südosteuropa) heute einem Staat angehören, dessen Bevölkerungsmehrheit eine andere ethnische, sprachliche und kulturelle Identität aufweist¹⁰⁵. Dass die Bevölkerungsgruppe der Fahrennden¹⁰⁶ aber ebenfalls als "nationale Minderheit" im Sinne des RÜSNM und der Auslegenden Erklärung der Schweiz¹⁰⁷ gelten kann, wurde bereits in der Botschaft zu diesem Übereinkommen erwähnt¹⁰⁸. Es stellt sich nun die Frage welcher Art die Ansprüche sind, die daraus abgeleitet werden können, und ob und welchen Verfahren diese Ansprüche von Einzelpersonen oder von Vertretungen im Namen der Gruppe geltend gemacht werden können.

Das RÜSNM verpflichtet die Unterzeichnerstaaten einerseits darauf, den Angehörigen nationaler Minderheiten die Grundrechte in vollem Umfang zu gewähren und sie nicht auf Grund ihrer Zugehörigkeit zu einer Minderheit zu diskriminieren¹⁰⁹. Andererseits verlangt es von den Unterzeichnerstaaten, dass sie gegenüber solchen Minderheiten auf zwangsweise Assimilierungsmassnahmen verzichten und statt dessen Massnahmen zur Förderung der kulturellen Identität der Minderheiten

¹⁰³ Gemäss der am 21. Oktober 1998 gestützt auf die Beschlüsse des Ständerates (16. Juni 1998; Amtl. Bull. **1998** SR 637) und des Nationalrates (21. September 1998, Amtl. Bull. **1998** NR 1685) eingereichten Ratifizierungserklärung.

¹⁰⁴ Die Bestimmung lautet:

Art. 10 Wirkungen für den Einzelnen

¹ Erlasse, völkerrechtliche Verträge und internationale Beschlüsse verpflichten den Einzelnen nur, sofern sie nach diesem Gesetz bekanntgemacht worden sind. Diese Bestimmung gilt auch für Verträge und Erlasse des interkantonalen Rechts, wenn ihr Inkrafttreten von der Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung abhängig ist. Vorbehalten bleibt Artikel 5.

² Wird ein Erlass auf anderem Wege als durch Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung bekanntgemacht, bleibt dem Betroffenen der Nachweis offen, dass er den Erlass nicht kannte und ihn trotz pflichtgemässer Sorgfalt nicht kennen konnte.

¹⁰⁵ S. etwa **Klebes**, Einführung, a.a.O., S. 262 f.; **Gilbert**, a.a.O., S. 162; **Boillat**, a.a.O., S. 1284.

¹⁰⁶ S. Ziff. 2.2.3. vorne.

¹⁰⁷ S. Ziff. 2.1.5. vorne.

¹⁰⁸ S. Ziff. 2.2.1. vorne.

¹⁰⁹ Insb. Art. 4 RÜSNM; vgl. **Boillat**, a.a.O., S. 1287 f.; **Gilbert**, a.a.O., S. 180 ff.; Paul **Tavernier**, A propos de la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales, in: Revue générale de droit international public, 99/1995, S. 397.

treffen¹¹⁰. Hinsichtlich der Rechte, die den nationalen Minderheiten und ihren Angehörigen aus dem RÜSNM erwachsen, hält Artikel 3 Absatz 4 RÜSNM fest, dass "Angehörige nationaler Minderheiten ... die Rechte und Freiheiten, die sich aus den in diesem Rahmenübereinkommen niedergelegten Grundsätzen ergeben, einzeln sowie in Gemeinschaft mit anderen ausüben und geniessen" können sollen. Daraus kann zwar abgeleitet werden, dass das RÜSNM auch die gemeinsame Wahrnehmung von Individualrechten im Hinblick auf die Zugehörigkeit zu einer Minderheit sichern will, nicht aber, dass sie für den Schutz der nationalen Minderheiten eigentliche gruppenspezifische Kollektivrechte voraussetzt oder verlangt¹¹¹. Dies ergibt sich auch daraus, dass das RÜSNM den Schutz der nationalen Minderheit als solcher nur in seinem Artikel 1 erwähnt, während alle folgenden Bestimmungen immer auf die Rechte der Personen Bezug nehmen, die einer nationalen Minderheit angehören. Immerhin wird in der Literatur das vom RÜSNM gewährleistete Recht auf Existenz und kulturelle Identität der Minderheiten als Ansatz zu einem Kollektivrecht für Minderheiten als solche angesehen, ungeachtet dessen, ob nur die Individuen oder die Gruppe als solche die Rechte geltend machen kann¹¹².

Das RÜSNM versteht sich ausschliesslich als Verpflichtung für die Unterzeichnerstaaten. Seine Bestimmungen sind nicht als "self-executing" konzipiert, sondern bedürfen der Umsetzung durch die Unterzeichnerstaaten¹¹³ - es ist allerdings nicht völlig ausgeschlossen, dass in Staaten wie der Schweiz, welche bei der Umsetzung des internationalen Rechts der sogenannten monistischen Tradition verpflichtet sind und dafür geeignete Vertragsbestimmungen unmittelbar anwenden, die eine oder andere grundrechtlich motivierte Bestimmung des RÜSNM unmittelbare Wirkung entfalten kann¹¹⁴. Die Umsetzung der vertraglichen Verpflichtungen durch die Unterzeichnerstaaten soll von den in Artikel 24 ff. RÜSNM beauftragten Institutionen des Europarats überwacht werden. Dies kann damit erklärt werden, dass der grundrechtliche Teil im wesentlichen eine Bekräftigung der Grundsätze der EMRK darstellt, welche ihrerseits "self executing" ist, während die vorgesehenen Förderungsmassnahmen sehr stark von den konkreten Umständen abhängen und aufgrund des damit verbundenen sehr grossen Ermessensspielraums der zuständigen Behörden kaum justiziabel sind. Es muss daher angenommen werden, dass das RÜSNM den Fahrenden in der Schweiz keine unmittelbar einklagbaren Ansprüche verschafft.

¹¹⁰ Insb. Art. 5 RÜSNM; vgl. **Boillat**, a.a.O., S. 1288; **Gilbert**, a.a.O., S. 182 f.; **Tavernier**, a.a.O., S. 398.

¹¹¹ **Erläuternder Bericht**, a.a.O., Ziff. 13, S. 272 sowie Ziff. 37, S. 274; **Boillat**, a.a.O., S. 1285; Hanspeter **Mock**, Une Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales, Jahrbuch der Neuen Helvetischen Gesellschaft, 1996/1997, S. 191 f.; **Gilbert**, a.a.O., S. 178; **Tavernier**, a.a.O., S. 397.

¹¹² **Malinverni**, Convention-cadre, a.a.O., S. 536 f. und 542; **Fenet**, a.a.O., S. 289 ff.

¹¹³ **Malinverni**, Convention-cadre, a.a.O., S.531; **Gilbert**, a.a.O., S. 188; **Tavernier**, a.a.O., S. 397 f.; **Mock**, a.a.O., S. 192.

¹¹⁴ **Boillat**, a.a.O., S. 1286 f.

4.3. Bundesrecht

4.3.1. Allgemeines

Im Geltungsbereich des Bundesrechts finden sich weder auf der Ebene der Verfassung noch auf der Ebene des Gesetzes Hinweise dafür, dass den Fahrenden als kultureller Minderheit unmittelbar einklagbare Rechtsansprüche auf staatliche Leistungen oder Massnahmen zur Erhaltung und Förderung ihrer besonderen Lebensweise zustehen. Insbesondere verleiht der Grundrechtskatalog der Bundesverfassung (Art. 7 ff. BV) im Grundsatz nach der heute herrschenden Praxis keine solchen unmittelbaren Leistungsansprüche¹¹⁵. Ausnahmen stellen eigentliche verfassungsmässige Sozialrechte dar, wie etwa das Recht auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV), das Recht auf unentgeltlichen Rechtsbeistand (Art. 29 Abs. 3 BV) oder das Recht auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht (Art. 19 BV), welche gegebenenfalls einen unmittelbar einklagbaren Mindestbedarf verschaffen¹¹⁶. In anderen Bereichen, in denen die BV die grundsätzliche Notwendigkeit von Ansprüchen zur Umsetzung von Grundrechten anerkennt, in denen aber der Ermessensspielraum zur Festlegung von Leistungen von der Natur der Sache her gross ist, gibt sie einen entsprechenden Gesetzgebungsauftrag (s. Art. 8 Abs. 3 - Gleichstellung der Geschlechter -, sowie Art. 8 Abs. 4 BV - Verhinderung der Benachteiligung von Behinderten).

Indirekte Diskriminierungen der Fahrenden etwa im Bereich der Raumplanung und Baupolizei, im Bereich der Gewerbepolizei sowie der Schulpflicht basieren in der Regel auf einer - im Hinblick auf die besondere Lebensweise der Fahrenden - inadäquaten formellgesetzlichen Regelung. Diese kann nur in seltenen Ausnahmefällen mittels Geltendmachung von Ansprüchen durchbrochen werden, die sich auf höherstufiges Recht berufen. Der Weg zur Beseitigung solcher indirekter Diskriminierungen führt daher über die Gesetzgebung. Beispiele dafür sind etwa das Gleichstellungsgesetz¹¹⁷ und der Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen behinderter Menschen¹¹⁸. Sofern nun bei der vorliegenden Problematik der nicht sesshaften Lebensweise der Fahrenden eine solche Regelung Sinn machen soll, kann sie insbesondere im Bereich der Raumplanung und Baupolizei sowie der Gewerbepolizei nur gesamtschweizerisch, d.h. auf der Ebene des Bundes erfolgen. Da der Bund für seine Gesetzgebungstätigkeit eine klare Verfassungsgrundlage benötigt¹¹⁹ und der Grundrechtskatalog der Bundesverfassung diese nicht ersetzen kann¹²⁰, stellt sich die Frage, ob der Bund in den erwähnten Bereichen eine hinreichende Gesetzgebungskompetenz besitzt. Die Studienkommission des EJPD ist 1983 mehr oder weniger implizit davon ausge-

¹¹⁵ **Auer/Malinverni/Hottelier**, a.a.O. Bd. II, Rz. 1484 ff.; **Häfelin/Haller**, a.a.O., Rz. 214.

¹¹⁶ **Müller**, a.a.O., S. 168 ff. und dortige Hinweise; **Auer/Malinverni/Hottelier**, a.a.O. Bd. II, Rz. 1499 ff.

¹¹⁷ SR 151.1.

¹¹⁸ BBI **2002** 1817.

¹¹⁹ S. etwa Ulrich **Häfelin/Walter Haller**, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Aufl., Zürich 2001, Rz. 1052 ff.; **Auer/Malinverni/Hottelier**, a.a.O., Bd. I, Rz. 945 ff.

¹²⁰ S. etwa BBI **1997** I 136 f.

gangen, dass in den wesentlichen Punkten für allfällige Massnahmen legislatorischer oder vollzugsrechtlicher Art die Kantone zuständig seien¹²¹. Angesichts der in der Zwischenzeit erfolgten verfassungsrechtlichen Entwicklung sowohl im Bereich der Grundrechte als auch im Bereich der Kompetenzverteilung müssen zumindest die Fragen der Zuständigkeit für allfällige legislatorische Massnahmen neu überprüft werden.

4.3.2. Raumplanungsrecht

Nach Artikel 75 Absatz 1 BV legt der Bund die Grundsätze der Raumplanung fest. Nach dem heute herrschenden Verständnis der Kompetenz zur Grundsatzgesetzgebung ist der Bund befugt, eine Materie in ihren Grundzügen zu regeln, und zwar sowohl durch gesetzgeberische Anweisungen an die Kantone als auch durch - für Private unmittelbar verbindliche - Regelung einzelner Sachverhalte. Die detaillierte Gesamtregelung der Materie bleibt aber den Kantonen vorbehalten¹²². Es wäre im Hinblick auf eine Durchsetzung des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes durchaus denkbar, dass der Bund im Rahmen seiner Grundsatzkompetenz im Bereich der Raumplanung die Kantone zu adäquaten planerischen Massnahmen verpflichtet und auch die eine oder andere unmittelbar verpflichtende Schutzbestimmung in das Raumplanungsgesetz einfügt.

4.3.3. Gewerbepolizei

Artikel 95 Absatz 1 BV ermächtigt den Bund zur Gesetzgebung über die Ausübung der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und nach Artikel 95 Absatz 2 BV sorgt er für einen einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum. Er hat somit die Kompetenz, gesetzliche Bestimmungen gegen eine indirekte Diskriminierung einer nicht ortsgebundenen Erwerbstätigkeit zu erlassen¹²³.

4.3.4. Schulwesen

Artikel 62 Absatz 1 BV weist die Gesetzgebung über das Schulwesen klar den Kantonen zu. Die Vorgaben des Bundes sind in Artikel 19 (in Form eines Grundrechtsanspruchs) sowie in Artikel 62 Absatz 2¹²⁴ (als Auftrag an die Kantone) abschliessend aufgelistet. Folgt man den allgemeinen Grundsätzen über die Zuständigkeit zur Rechtsetzung und die Rechtsetzungsdelegation, wäre es möglich, dass

¹²¹ **Studienkommission EJPD**, a.a.O., S. 27 ff.

¹²² Zur Grundsatzgesetzgebung s. etwa BBI **1997** I 227 sowie **Auer/Malinverni/Hottelier**, a.a.O., Bd. I, Rz. 987; **Häfelin/Haller**, a.a.O., 1087 f.

¹²³ Vgl. etwa das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (SR 941.41) sowie die Botschaft zu einem Bundesgesetz über das Reisengewerbe, BBI **2000** 4226.

¹²⁴ Die Bestimmung lautet:

² Sie sorgen für einen ausreichenden Grundschulunterricht, der allen Kindern offen steht. Der Grundschulunterricht ist obligatorisch und untersteht staatlicher Leitung oder Aufsicht. An öffentlichen Schulen ist er unentgeltlich. Das Schuljahr beginnt zwischen Mitte August und Mitte September.

der Bund auf dem Wege der Gesetzgebung zu diesen Vorgaben Ausführungsrecht setzen kann. Obwohl die Bundesbehörden eine Kompetenz des Bundes zur Ausführungsrechtsetzung seit jeher bejaht haben, ist sie im Schulbereich allerdings nicht unumstritten¹²⁵. Folgt man der in der Botschaft zur Volksinitiative "Gleiche Rechte für Behinderte" und zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Beseitigung von Benachteiligungen behinderter Menschen vertretenen Auffassung des Bundesrats¹²⁶, wäre es denkbar, in diesem Kontext Bestimmungen darüber zu erlassen, welche Mindestvorkehrungen zu treffen sind, damit auch für die Kinder von Fahrenden unter Rücksichtnahme auf die nicht sesshafte Lebensweise ein ausreichender Grundschulunterricht zur Verfügung steht.

4.4. Rechtsvergleichung

Für das nationale Recht der europäischen Staaten kann im Wesentlichen auf das Gutachten des Instituts für Rechtsvergleichung in Anhang 1 verwiesen werden. Es ist festzustellen, dass im europäischen Rechtsraum einige Staaten im Rahmen ihrer Auslegenden Erklärungen zum RÜSNM zwar ausdrücklich bestimmte Minderheiten nach sprachlichen oder ethnischen Kriterien (z.B. Sinti und Roma) anerkennen¹²⁷. Die Fahrenden als kulturelle Minderheit werden jedoch nirgends ausdrücklich erwähnt bzw. anerkannt. Es ist ferner festzustellen, dass kein Staat aus dem RÜSNM für die Fahrenden unmittelbar einklagbare Rechtsansprüche auf staatliche Leistungen und Massnahmen zur Förderung ihrer besonderen Lebensweise ableitet; es konnten auch keine Beispiele dafür gefunden werden, dass europäische Staaten aus den nationalen Grundrechtsinstrumentarien zum Schutze bzw. zur Erhaltung und Förderung nationaler Minderheiten unmittelbar einklagbare Rechtsansprüche auf staatliche Leistungen und Förderungsmassnahmen ableiten¹²⁸. Dagegen gibt es einige Beispiele - etwa im Bereich der Raumplanung - dafür, dass Nicht-Sesshaften auf dem Wege der Gesetzgebung Ansprüche oder Unterstützungsmassnahmen im Bereich der Standplätze oder der Ausbildung verschafft werden¹²⁹.

5. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

Die Fahrenden als Bevölkerungsgruppe mit schweizerischer Staatsangehörigkeit und einer wirtschaftlich und kulturell auf Nichtsesshaftigkeit ausgerichteten Lebensweise gelten als geschützte nationale Minderheit. Dass die geltende Rechtsordnung gegenüber den Fahrenden als nationaler Minderheit zumindest indirekte

¹²⁵ S. BBI **2000** 1816 f. und dortige Hinweise.

¹²⁶ BBI **2001** 1817.

¹²⁷ S. in Beilage 3 etwa die Erklärungen von Dänemark, Deutschland, Slowenien, Schweden und Mazedonien.

¹²⁸ S. Gutachten SIR; Beilage 1.

¹²⁹ Gutachten SIR, Beilage 1, S. 4 f. (Belgien), 14 (Spanien), 16 ff. (Frankreich), 26 f. (Italien), 31 (Oesterreich), 39 (Irland), 40 (Vereinigtes Königreich).

Diskriminierungen etwa im Bereich der Raumplanung und Baupolizei, im Bereiche der Gewerbe- und Baupolizei sowie der Schulpflicht enthält, kann als erwiesen gelten. Ein Abbau dieser indirekten Diskriminierungen sowie allfällige staatliche Kompensations- und Förderungsleistungen wären auf dem Wege der Gesetzgebung anzustreben. Dafür bestünden insbesondere im Bereich der Raumplanung und der Gewerbe- und Baupolizei hinreichende Verfassungsgrundlagen für eine Bundesregelung. Es ist auch nicht auszuschliessen, dass die verfassungsmässigen Minimalanforderungen im Bereich des Grundschulunterrichts im vorliegenden Kontext gewisse Vorgaben des Bundes auf gesetzlicher Ebene ermöglichen.

Da das Recht der europäischen Staaten für solche Regelungen materiell kaum direkt übertragbare Muster anbietet, hätte sich eine solche Regelung wohl vorweg an entsprechenden Massnahmen im Bereich der Gleichstellung der Geschlechter und der Behinderten zu orientieren.

BUNDESAMT FÜR JUSTIZ
Hauptabteilung Staats- und
Verwaltungsrecht
Der Vizedirektor:

Luzius Mader

Sachbearbeitung:
Andreas Trösch

Inhaltsübersicht**GUTACHTEN ZUR RECHTSSTELLUNG DER FAHRENDEN IN IHRER EIGENSCHAFT ALS ANERKANNTE NATIONALE MINDERHEIT**

1.	Auftrag und Fragestellung	1
2.	Begriffliches	1
2.1.	Nationale Minderheit.....	1
2.1.1.	Allgemeines.....	1
2.1.2.	Minderheiten im Sinne des Internationalen Pakts vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II).....	2
2.1.3.	Minderheiten im Sinne des Übereinkommens Nr. 169 der Allgemeinen Konferenz der Internationalen Arbeitsorganisation über eingeborene und in Stämmen lebende Völker in unabhängigen Ländern	3
2.1.4.	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)	4
2.1.5.	Rahmenübereinkommen des Europarates zum Schutz nationaler Minderheiten (RüSNM).....	4
2.1.6.	Verfassungsrecht.....	5
2.1.7.	Gesetzes- und Verordnungsrecht des Bundes	6
2.1.8.	Schlussfolgerung	6
2.2.	Fahrende	6
2.2.1.	Allgemeines.....	6
2.2.2.	Literatur	7
2.2.3.	Fahrende als Minderheit mit einer besonderen Lebensweise	9
3.	Ansprüche aus dem Diskriminierungsverbot	10
3.1.	Grundlagen des internationalen Rechts.....	10
3.1.1.	Allgemeines.....	10
3.1.2.	Das Diskriminierungsverbot nach dem UNO-Pakt II	10
3.1.3.	Das Diskriminierungsverbot der EMRK.....	10
3.2.	Grundlagen im Landesrecht.....	11
3.2.1.	Bundesverfassung	11
3.2.2.	Kantonsverfassungen	11
3.3.	Wirkungen der Diskriminierungsverbote	11
3.3.1.	Verhältnis der verschiedenen Rechtsquellen zueinander.....	11
3.3.2.	Zum Zweck und zur Durchsetzung von Diskriminierungsverboten	12
3.3.3.	Schutz der Fahrenden vor Diskriminierung	14
4.	Ansprüche aus dem spezifischen Minderheitenschutz	15
4.1.	Allgemeines.....	15
4.2.	Internationales Recht.....	16
4.2.1.	UNO-Pakt II	16
4.2.2.	IAO-Übereinkommen Nr. 169	17
4.2.3.	Rahmenübereinkommen des Europarates zum Schutz nationaler Minderheiten	18
4.3.	Bundesrecht	20
4.3.1.	Allgemeines.....	20
4.3.2.	Raumplanungsrecht	21
4.3.3.	Gewerbepolizei.....	21
4.3.4.	Schulwesen	21
4.4.	Rechtsvergleichung	22
5.	Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	22