



Diskriminierung gemäss Art. 261^{bis} StGB

Die vorgesehene Reform und weiterer Reformbedarf

ADRIAN DUMITRESCU*

Art. 261^{bis} StGB stellt diverse Diskriminierungshandlungen gegen Personen aufgrund der Rasse, Ethnie oder Religion unter Strafe. Gegen eine geplante Gesetzesänderung, mit welcher auch einschlägige Handlungen aufgrund der sexuellen Orientierung in den Tatbestand aufgenommen werden sollen, wurde das Referendum ergriffen. Der Autor nimmt dies als Anlass, um darzulegen, warum die Norm nach seiner Ansicht einer noch umfassenderen Reform bedarf. Einerseits werden dabei die geplante Ausweitung und weiter zu prüfende Ausweitungen des Tatbestandes dargelegt. Andererseits wird aber auch die problematische Terminologie des Gesetzeswortlauts bezüglich des Begriffs «Rasse» hinterfragt und eine alternative Formulierung vorgeschlagen. Auf die politisch häufig in Frage gestellte allgemeine Daseinsberechtigung der Norm wird an dieser Stelle hingegen nicht näher eingegangen.

L'art. 261^{bis} CP sanctionne divers actes de discrimination commis en raison de l'appartenance raciale, ethnique ou religieuse des personnes. Le référendum a été lancé contre une modification législative qui prévoit d'étendre l'état de fait à des actes commis sur la base de l'orientation sexuelle. L'auteur saisit l'occasion pour expliquer pourquoi il estime que la réforme envisagée ne va pas suffisamment loin. D'une part, la contribution présente l'extension prévue de l'état de fait ainsi que d'autres extensions à examiner. D'autre part, elle met en lumière les problèmes liés à l'utilisation du terme « race » dans le texte de la loi et propose une alternative à cette formulation. Par contre, la contribution ne s'attarde pas sur la question, souvent débattue au niveau politique, de la pertinence de la norme.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Der Rassenbegriff
 - A. Die missverständliche Verwendung des Rassenbegriffs
 1. Kurzer Überblick über die Geschichte des Rassenbegriffs
 2. Rassenbegriff in Art. 261^{bis} StGB
 - B. Vorschlag eines alternativen Terminus
 - C. Änderung der Marginalie
- III. Schutz weiterer Bevölkerungsgruppen?
 - A. Nationalität
 - B. Physische und psychische «Behinderung»
 - C. Sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität
 - D. Der politische Diskurs im Weiteren
- IV. Fazit

I. Einleitung

Seit nun schon über 23 Jahren ist die sog. Rassendiskriminierungsnorm (Art. 261^{bis} StGB) in Kraft. Sie wurde zwecks Ratifizierung des Internationalen Übereinkommens der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (RDK) nach zustimmendem

Volksvotum eingeführt.¹ Die politische Debatte um diese keimt jedoch in regelmässigen Abständen wieder auf. So konnten einerseits mehrere, wenn auch wenig erfolgreiche Vorstösse zur Abschaffung der Norm verzeichnet werden.² Andererseits wurden diverse Reformbemühungen lanciert, welche insbesondere darauf abzielten, den Kreis der geschützten Gruppen auszuweiten, so etwa auf den Schutz vor Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität, wegen Behinderung oder auch aufgrund der Nationalität. Gemäss der Bundesversammlung sollen nun neu auch die einschlägigen Diskriminierungshandlungen aufgrund der sexuellen Orientierung unter Strafe gestellt werden. Ebenso soll die Marginalie der Norm geändert werden. Gegen die Gesetzesänderung wurde jedoch das Referendum ergriffen. Der vorliegende Beitrag soll kein politisches Manifest im

* ADRIAN DUMITRESCU, MLaw, Rechtsanwalt, LL.M., chkp. ag Rechtsanwältin Notariat, Bremgarten.

Der Autor dankt herzlichst Mag. Frederik Schröer, M.A. (Doktorand, Max-Planck-Institut für Bildungsforschung, Berlin), für seine wertvollen Hinweise auf vorliegend beigezogene nicht-juristische Literatur und die historischen Zusammenhänge sowie seine Kritik zu diesem Beitrag. Die Richtigkeit aller Inhalte liegt in der alleinigen Verantwortung des Autors.

¹ Vgl. Botschaft vom 2. März 1992 über den Beitritt der Schweiz zum Internationalen Übereinkommen von 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung und über die entsprechende Strafrechtsrevision, BBl 1992 III 269 ff. (zit. Botschaft RDK), 303, Ziff. 612.

² Vgl. etwa Motionen zur Aufhebung von Art. 261^{bis} StGB: Motion vom 11.3.2014 (14.3059), Fraktion der Schweizerischen Volkspartei (SVP), durch den Nationalrat abgelehnt am 3.3.2016; Motion vom 24.9.2009 (09.3843), Christoph Mörgeli (SVP), abgeschrieben am 29.9.2011; Motion vom 28.2.2005 (05.3013), Oskar Freysinger (SVP), abgeschrieben am 20.3.2009; Motion vom 8.10.2004 (04.3607), Bernhard Hess (Schweizer Demokraten, SD), abgeschrieben am 6.10.2006; Motion vom 21.4.1999 (99.3169), Jürg Scherrer (Freiheits-Partei, FPS), abgeschrieben am 22.12.1999.

Hinblick auf die anstehende Volksabstimmung darstellen, wengleich die Meinung des Autors leicht erkennbar sein dürfte und gewisse Argumente in der öffentlichen Debatte kritisch hinterfragt werden. Zudem sollen gängige Missverständnisse im Zusammenhang mit der Thematik ausgeräumt werden. Insbesondere der undifferenzierte Umgang mit dem Begriff «Rasse» ist einer sachlichen Diskussion hinderlich.

II. Der Rassenbegriff

In privaten wie öffentlichen Diskussionen über die durch Art. 261^{bis} StGB zu schützenden Personengruppen kommt man nach Erfahrung des Autors früher oder später immer wieder zum selben Punkt: Die Notwendigkeit des Schutzes gewisser Gruppen wird dadurch in Frage gestellt, dass betont wird, dass die jeweilige Gruppe doch keine «Rasse» sei oder diesen nicht gleichgestellt werden könne. Es wird bemängelt, dass immer mehr als «Rassismus» bezeichnet werde. Das Problem dieses Arguments ist sehr einfach zusammengefasst: «Menschenrassen» sind generell gar nicht existent, womit die Diskussion darüber, was als solche aufzufassen sei und was nicht, zum Scheitern verurteilt ist. Und dennoch verwendet selbst Art. 261^{bis} StGB diesen Begriff und provoziert dieses Miss- oder auch Unverständnis geradezu. Darauf ist nachfolgend einzugehen.

A. Die missverständliche Verwendung des Rassenbegriffs

1. Kurzer Überblick über die Geschichte des Rassenbegriffs

Vorab ist mit Verweis auf den deutschen Historiker GEULEN zu bemerken, dass man sich von der herkömmlichen Vorstellung zu lösen hat, wonach der Rassenbegriff einen streng biologischen Determinismus bedeute, und es ist zur Kenntnis zu nehmen, dass die tatsächliche Semantik in der langen Geschichte des Begriffs wesentlich komplexer war.³ Der Begriff der Rasse wurde erstmals im Mittelalter als Synonym für Kaste benutzt und wurde auf die Pflanzenzucht und die Tiergattungen angewendet. Im Spätmittelalter wurde der Begriff zur Definition der no-

blen Abstammung in Italien und Frankreich verwendet. Während der langen iberischen Kämpfe der Reconquista (8. bis 15. Jahrhundert) zwischen Muslimen und Christen erlangte der Rassenbegriff eine ethnische Bedeutung. So verwies man mit ihm zunächst auf Menschen jüdischer und muslimischer Abstammung, verbunden mit der Vorstellung einer Unreinheit des Blutes, und später auf Menschen afrikanischer Herkunft und amerikanische Ureinwohner. So wurde der semantische Gehalt des Begriffs entscheidend durch das hierarchisch-ethnische System der Klassifizierung im iberischen Kontext geprägt. Im 18. Jahrhundert findet man den Begriff der Rasse gar zur Bezeichnung des weiblichen Geschlechts und – ganz generell – der verschiedenen Sorten von Menschen einer Gesellschaft. Mit dem Aufkommen der Rassentheorie erhielt der Begriff schliesslich eine mehrdeutige Rolle in der Bezeichnung von Unterarten in Natur oder Schöpfung. Die im 19. Jahrhundert aufkommenden Theorien von Evolution und Sozialdarwinismus (Thomas Robert Malthus, Charles Darwin, Herbert Spencer) etablierten gerade im «goldenen Zeitalter» des europäischen Imperialismus ein Verständnis von Spezies im Sinne eines wissenschaftlichen Rassismus, mit dem die Bevölkerungen aller Erdteile taxonomisch erfasst und hierarchisch organisiert wurden. Mit dem Triumph des Nationalismus in der westlichen Welt im späten 19. und frühen 20. Jahrhundert wurde der Begriff der Rasse weitgehend gleichbedeutend mit dem der Nation.⁴

Heutzutage wird die biologische Grundlage von Rasse wissenschaftlich ganz grundsätzlich in Frage gestellt. Die genetischen Binnenvariationen innerhalb der einstmal definierten «Rassen» erweisen sich heute als grösser als zwischen diesen vermeintlich verschiedenen Gruppen, wobei die Existenz bestimmter Häufungen von spezifischen Veranlagungen mit medizinischer Relevanz bezüglich Immunität und Exposition gegen Krankheit in und jenseits (pseudo-)rassischer Gruppen weiterhin wissenschaftlich anerkannt und relevant bleibt.⁵ Es bestehen somit keine empirischen Nachweise für Menschenrassen, die aktuellen wissenschaftlichen Kriterien genügen würden. Und selbst bei allfälligem Nachweis solcher Merkmale in künftiger Forschung wäre die Unterscheidung in

³ CHRISTIAN GEULEN, *The Common Grounds of Conflict: Racial Visions of World Order 1880–1940*, in: Sebastian Conrad/Dominic Sachsenmaier (Hrsg.), *Competing Visions of World Order, Global Moments and Movements, 1880s–1930s*, Basingstoke 2007, 69 ff., 70.

⁴ FRANCISCO BETHENCOURT, *Racism – From the crusades to the Twentieth Century*, Princeton 2014, 6; vgl. auch CHRISTIAN GEULEN, *Geschichte des Rassismus*, 2. A., München 2014, 13 ff.; letzteres Werk bietet gerade auch für Nichthistoriker einen kurzen, sehr eingängigen Überblick über die Geschichte des Rassismus.

⁵ BETHENCOURT (FN 4), 7.

Menschenrassen immer nur eine Sache der Nomenklatur und damit rein menschlicher Setzung.⁶

2. Rassenbegriff in Art. 261^{bis} StGB

Art. 261^{bis} StGB schützt nach seinem Wortlaut Personen und Gruppen, die wegen «ihrer Rasse, Ethnie oder Religion» diskriminiert werden. Ob es sich bei diesen persönlichen Eigenschaften jedoch um tatsächlich existente oder vielmehr von den Tätern oder auch Opfern selbst zugeschriebene Merkmale handelt, wird aus dem Wortlaut nicht deutlich. Diese fehlende Differenzierung befeuert – selbstredend unbeabsichtigt – gerade die längst widerlegten Rassentheorien bzw. verfestigt das gesellschaftliche Denken in rassistischen Kategorien.

Die juristische Lehre und Rechtsprechung ist auf die Schwierigkeiten im Verständnis des Rassenbegriffs präzise eingegangen, wobei die Ausgangsprämisse klar ist: Die Menschheit lässt sich eben nicht in biologisch-anthropologische Rassen einteilen. Theorien, welche dies zu tun versuchen, entbehren jeder empirischen Grundlage.⁷ Und so ist festzuhalten, dass der Begriff der «Rasse», wie er im Gesetzeswortlaut verwendet wird, nur in seiner sozialwissenschaftlichen Bedeutung, also mit einem willkürlichen und subjektiven Ansatz, verstanden werden kann: Als Rasse zu subsumieren ist demgemäss eine Gruppe von Menschen, «*die sich selbst und die von anderen als Gruppe erfahren bzw. erfahren werden, und denen (fälschlicherweise) bestimmte erbliche Merkmale zugeschrieben werden*».⁸ Das Bundesgericht macht weiter klar, dass es allein auf den Beweggrund der Diskriminierung ankommt und letztlich nicht von Bedeutung sei, «*ob solche Eigenschaften tatsächlich bestehen, ob sich dieser Personenkreis solche Eigenschaften selbst zurechnet oder ob solche Eigenschaften fälschlich oder wahnhaft zugeschrieben werden*».⁹ Und so beschreibt auch der Historiker GEULEN den Rassismus als ein «*Produkt menschlicher Kultur, eine Hervorbringung menschlichen Denkens, eine Form menschlichen Handelns und somit ein durch und*

durch historisches Phänomen», und damit eben keine auf natürlichen Begebenheiten beruhende Sichtweise.¹⁰

Gegen die genannte Definition zur Auslegung de lege lata ist an sich nichts einzuwenden. Jedoch erscheint es paradox, wenn der Begriff der Rasse, welcher dem Ursprung und Kern der zu bekämpfenden Diskriminierungen oder gar den Rassentheorien des 19. und 20. Jahrhunderts entliehen ist, ohne weiteres im Wortlaut des Gesetzes genannt wird und dieser dabei zwecks Auslegung auf seinen umgangssprachlichen Kontext zurückgeführt werden muss.¹¹ Es gilt, genau dieser Umgangssprache entgegenzutreten und die Diskriminierung gestützt auf die Vorstellung von menschlichen Rassen zu überwinden. Die Leistung der genannten Auslegung zur Klarstellung der Terminologie sollte folglich bereits durch den Gesetzeswortlaut erbracht werden. Der derzeitige Wortlaut spricht von «*ihrer Rasse*», als ob die zu schützenden Personen einer solchen Rasse denn auch tatsächlich zugehören würden. Hierbei handelt es sich im Übrigen mitnichten um eine grammatikalische Spitzfindigkeit. Es ist mit der ratio legis der Norm kaum zu vereinbaren, dass bei blosser Lektüre des Gesetzestexts die Bürger davon ausgehen müssen, der Gesetzgeber gehe von der Existenz solcher Rassen als einer natürlichen Begebenheit aus. Anders dürfte der Wortlaut in der Laiensphäre und ohne Zuzug der juristischen Lehre wohl nicht verstanden werden. Und so geht gar der Bundesrat höchstpersönlich dem Wortlaut auf den Leim. So schrieb er in seiner Stellungnahme zu einer Motion, welche den Schutz von Schweizern durch Art. 261^{bis} StGB thematisierte:

«Schweizerinnen und Schweizer sind somit durch die Rassendiskriminierungsstrafnorm im gleichen Umfang geschützt wie Personen anderer Nationalität, Rasse, Ethnie oder Religion.»¹²

Der Kerngehalt dieses Zitats mag natürlich richtig sein. Nur, es gibt eben keine «*Personen anderer Rasse*», da es eben gar keine menschlichen Rassen gibt. Der Diskurs wie auch die juristischen Erwägungen in Gerichtsentscheiden scheinen sich folglich regelmässig auf einen Rassenbegriff im biologischen Sinne zurückzubeziehen oder verzichten jedenfalls auf eine deutliche Differenzierung zwischen dem biologischen (Un-)Verständnis und der rein sozialwissenschaftlichen Betrachtung. Diese missverständliche, unpräzise Darstellung geht wesentlich auf den undifferenzierten Wortlaut des Gesetzes selbst zurück. Diese Bemängelung mag nun auf den ersten Blick

⁶ GEULEN (FN 4), 14.

⁷ MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Rassendiskriminierung, Ein Kommentar zu Art. 261^{bis} StGB und Art. 171c MStG, Mit Rücksicht auf das «Übereinkommen vom 21. Dezember 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung» und die entsprechenden Regelungen anderer Unterzeichnerstaaten, 2. A., Zürich 2007, N 622 ff.; ROLAND STRAUSS, Das Verbot der Rassendiskriminierung, Völkerrecht, Internationales Übereinkommen und schweizerische Rechtsordnung, Basel 1991, 6 und 24.

⁸ NIGGLI (FN 7), N 650; vgl. auch STRAUSS (FN 7), 24 ff.; ROBERT ROM, Die Behandlung der Rassendiskriminierung im schweizerischen Strafrecht, Zürich 1995, 7 f.

⁹ BGE 123 IV 202 E. 3a.

¹⁰ GEULEN (FN 4), 7 f.

¹¹ NIGGLI (FN 7), N 642.

¹² Vgl. Postulat vom 19.6.2015 (15.3757), Lukas Reimann (SVP), Internet: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-visita/geschaefft?AffairId=20153757> (Abruf 26.6.2019).

haarspalterisch wirken. Gerade Juristen dürften dazu neigen, der Sprache des Gesetzes keine allzu grosse Bedeutung zuzumessen, wenn Lehre und Rechtsprechung doch Lösungen gefunden haben, dem womöglich nicht ganz präzisen Gesetzeswortlaut eine teleologisch treffende Bedeutung zu geben. Hierdurch wird aber die hier besondere gesellschaftliche Wirkung des Gesetzeswortlauts über seine Anwendung im Einzelfall hinaus vernachlässigt. Soll die Bekämpfung von Rassismus bei der Wurzel des Problems beginnen, sollte auf solche Details mehr Wert gelegt werden. Ist denn ein wichtiger Teil des Kampfs gegen Rassendiskriminierung nicht, das Denken in Rassen zu überwinden und den Bürgern die wissenschaftliche Unhaltbarkeit der Einteilung der Menschen in biologische Rassen deutlich zu machen? Die Formulierungen, wie sie das Gesetz oder eben auch der Bundesrat verwendet, führen doch geradezu zu einem zumindest teilweisen Verhaften des Rassendenkens in der Gesellschaft, obschon dies natürlich in keiner Weise beabsichtigt ist.

B. Vorschlag eines alternativen Terminus

Nach dem Gesagten wäre am Terminus «Rasse», wie er in der derzeitigen Gesetzesfassung steht, nicht festzuhalten. Jedoch ist keine ersatzlose Streichung zu fordern, wie sie KUNZ vor Inkrafttreten der Norm vorgeschlagen hatte, wobei er dies mit einer Deckungsgleichheit zwischen dem Begriff der Rasse und jenem der Ethnie begründete.¹³ Damit legte er (zumindest nach Interpretation des Autors dieses Beitrags und damit nur mutmasslich) ein unausgesprochenes Verständnis von Ethnie nach der sog. Ursprungs- oder Askriptionstheorie zugrunde, welche sich auf die gemeinsame Abstammung einer Menschengruppe bezieht. Folgt man jedoch einer Betrachtung von Ethnie als kulturell und nicht biologisch zu definierender Gruppe, so sind die beiden Begriffe «Ethnie» und «Rasse» nicht zwingend deckungsgleich.¹⁴ Wie NIGGLI festhält, ist der Begriff der Rasse letztlich als Unterbegriff von Ethnie zu verstehen. Er beziehe sich auf jenen Teil der ethnischen Gruppenbildung, der sich auf ein biologisches oder eben scheinbar biologisches Kriterium berufe.¹⁵ Dieser Logik folgend kann nichts unter Rasse nach dem Gesetz subsumiert werden, ohne dass es

nicht auch unter Ethnie subsumierbar wäre. Der Rassenbegriff erscheint somit durchaus verzichtbar. Eine Differenzierung zwischen Ethnie und Rasse ist nach hier vertretener Ansicht aber dennoch beizubehalten: nämlich einerseits Ethnie als eine – der sog. subjektivistischen Position folgend – Gruppe von Menschen, die sich v.a. kulturell definiert und tatsächlich existent sein kann.¹⁶ Und andererseits der Begriff der nicht existenten Rassen, ganz in der Terminologie der widerlegten Rassentheorien, welche vorgeben, sich auf biologische Merkmale zu stützen. Eine diskriminierende Aussage, welche sich auf die angebliche Rasse eines Menschen bezieht, schreibt diesem Menschen ausdrücklich oder sinngemäss rassistische Merkmale zu. NIGGLI plädiert seinerseits gegen eine Streichung des Terminus «Rasse» mit dem Hinweis darauf, dass das Gesetz die Verwendung der Rassenkategorien durchaus gerade bestrafe und nicht selbst als gültig anerkenne, aber das pönalisierte Verhalten in irgendeiner Art spezifiziert werden müsse.¹⁷ Hieran ist anzuknüpfen, aber angesichts des bereits Ausgeführten nach einer besseren, soll heissen weniger missverständlichen Art der Spezifizierung zu suchen.

Dabei könnte an den durch Lehre und Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungen zwischen Rasse und Ethnie festgehalten werden, indem der Terminus der Rasse in der Weise ersetzt würde, dass seine teleologische Bedeutung nicht geändert, sondern vielmehr schon durch den Wortlaut verdeutlicht wird. Demgemäss könnte der Wortlaut alternativ wie folgt lauten:

«Wer öffentlich gegen eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Ethnie, Religion oder unter Zuschreibung rassistischer Merkmale zu Hass oder Diskriminierung aufruft, [...]»

Hierdurch würde schon durch den Wortlaut selbst unmissverständlich deutlich, dass es um die herabsetzende Zuschreibung tatsächlich nicht existenter Rassenmerkmale geht.

C. Änderung der Marginalie

Mit der beschlossenen Reform von Art. 261^{bis} StGB, mit welcher die Norm auf den Schutz betreffend die sexuelle Orientierung ausgeweitet werden soll, ist auch eine Änderung der Marginalie vorgesehen. Neu soll diese nicht mehr auf «Rassendiskriminierung», sondern «Diskriminierung und Aufruf zu Hass» lauten. Gerade die obstehenden Überlegungen zum Begriff der Rasse unterstrei-

¹³ KARL-LUDWIG KUNZ, Neuer Straftatbestand gegen Rassendiskriminierung – Bemerkungen zur bundesrätlichen Botschaft, ZStR 1992, 154 ff., 160.

¹⁴ Zum Begriff der Ethnie nach diesen beiden unterschiedlichen Ansätzen vgl. NIGGLI (FN 7), N 655 ff., welcher die Askriptionstheorie hinsichtlich des rechtlichen Gebrauchs ablehnt (N 658).

¹⁵ NIGGLI (FN 7), N 664.

¹⁶ Vgl. dazu NIGGLI (FN 7), N 656 f.

¹⁷ NIGGLI (FN 7), N 636 f.

chen in letzter Konsequenz auch die Richtigkeit dieser Änderung. Denn geschützt werden schon de lege lata auch nicht rein durch rassische Zuschreibungen definierte Gruppen, nämlich ethnische und religiöse Gruppen. Es ging bei dieser Norm also nie ausschliesslich um Rassendiskriminierung (im engeren Sinne). Diese unpräzise, wenn nicht gar irreführende Marginalie de lege lata fördert Missverständnisse und verhindert damit eine sachliche öffentliche Diskussion. Es entsteht das Potential zur Verklärung der eigentlichen Fragestellung. Denn es geht nicht darum, wer bzw. was nun unter Rasse bzw. Rassendiskriminierung oder Rassismus verstanden werden kann und was nicht, sondern einzig darum, wer welchen gesetzlichen Schutz verdient. Ganz unabhängig davon, ob man nun also eine Ausweitung des Schutzbereichs (bspw. auf homo- und bisexuelle Menschen oder Trans- und Intersexuelle) befürwortet oder ablehnt oder gar die ganze Norm als solche am liebsten streichen würde, lenkt der Gedankengang darüber, was nun Rassendiskriminierung sein könne, von der eigentlichen Frage ab: Was ist der Zweck der Norm und wer benötigt aufgrund der gesellschaftlichen Situation in der Schweiz und weltweit sowie der historischen Erfahrungen besonderen Schutz? Gerade wer bspw. Juden und «Schwarze» vor Diskriminierung strafrechtlich schützen will, nicht aber Homosexuelle, wird sich wohl sehr schnell in eben diese Diskussion versteigern, was denn nun unter Rassendiskriminierung verstanden werden könne und was nicht. Dabei wäre vielmehr zu begründen, weshalb Letztere den rechtlichen Schutz angeblich nicht benötigen oder verdienen, während Erstere diesen haben.

Schon die Pendants des deutschen Strafrechts (§ 130 dStGB) und des österreichischen Strafrechts (§ 283 öStGB) haben mit den Begriffen «Volksverhetzung» bzw. «Verhetzung» treffendere Marginalien gefunden. Die vorgesehene Änderung der Marginalie zur schweizerischen Strafnorm hin zu «Diskriminierung und Aufruf zu Hass» ist im Ergebnis jedenfalls zu begrüssen. Aufgrund des erhobenen Referendums werden hierzu die Schweizer Stimmbürgerinnen und Stimmbürger das letzte Wort haben, obschon damit zu rechnen ist, dass diese Änderung zu Unrecht eher unbemerkt bleiben wird und sich die Diskussion einzig auf die Ausweitung des Tatbestandes konzentrieren wird (vgl. dazu nachfolgend). Ob die Begrifflichkeit der (Volks-)Verhetzung, wie sie unsere deutschsprachigen Nachbarn als Marginalien führen, nicht noch treffender gewesen wäre wie der nun vorliegende Vorschlag, sei an dieser Stelle dahingestellt. Dieser Begriff hätte auf unseren Art. 261^{bis} StGB jedenfalls durchaus auch gepasst.

III. Schutz weiterer Bevölkerungsgruppen?

Wie einführend bereits erwähnt, ist Art. 261^{bis} StGB stetiges Objekt eines durchaus hitzig geführten politischen Diskurses. Auf die mögliche(n) Ausweitung(en) der Rassendiskriminierungsnorm soll nachfolgend eingegangen werden. Dabei wird von folgendem Grundgedanken ausgegangen: Das durch die Norm geschützte Rechtsgut der Menschenwürde kann nur durch den Schutz der menschlichen Identität als Ganzes verteidigt werden.¹⁸ Und so ist zu fragen, was zum Kern menschlicher Identität gehört und welche Merkmale aufgrund der Realitäten der Vergangenheit und der Gegenwart besonderen Schutz verdienen.

A. Nationalität

Die Nationalität zählt nicht zu den Schutzobjekten de lege lata.¹⁹ Ein Postulat, welches dies jedoch ändern wollte, begründete das Vorhaben damit, dass auch «Schweizerinnen und Schweizer vor Diskriminierung zu schützen seien». Das Postulat wurde durch den Nationalrat im Juni 2017 abgelehnt.²⁰ Dazu ist vorab festzuhalten, dass die gewählte Begründung des Postulanten reichlich irreführend war. Denn die implizite Behauptung, dass Schweizerinnen und Schweizer durch die bestehende Regelung nicht oder weniger geschützt seien als andere Nationalitäten, kann so nicht stehen gelassen werden. Die bisherige Rechtsprechung betreffend mutmassliche Diskriminierungen von Schweizerinnen und Schweizern ist reichlich dünn gesät: Tatsächlich wurde ein Verfahren wegen Bezeichnungen als «Lölschweizer», «verdammter Dreckschweizer» und «Dubelschweizer» durch die Strafverfolgungsbehörde mit der Begründung eingestellt, die Bezeichnung der Nationalität (hier also «Schweizer») falle nicht unter die Begriffe der Rasse oder Ethnie. Und gerade in der Schweiz bezeichne die Staatsbürgerschaft keine solche Zugehörigkeit, welche durch eine gemeinsame Kultur, Sprache und Geschichte geprägt sei.²¹ Dass durch eine solche Einstellungsverfügung kein Präjudiz geschaffen wurde, soll-

¹⁸ Ausführlich zur Frage des geschützten Rechtsguts vgl. NIGGLI (FN 7), N 321 ff. Demnach wurde in der Botschaft und der älteren Lehre das geschützte Rechtsgut im öffentlichen Frieden gesehen, während die jüngere Lehre und Rechtsprechung die Menschenwürde als das geschützte Rechtsgut bezeichnen.

¹⁹ Botschaft RDK (FN 1), 311.

²⁰ Postulat Reimann (FN 12).

²¹ EKR-Urteil 1998-31, online zusammengefasst, Internet: <http://www.ekr.admin.ch/dienstleistungen/d524/1998-031N.html?db=N&formversand=1&search=schweizer&p=1> (Abruf 26.6.2019).

te sich von selbst verstehen. Eine gegenläufige Ansicht wurde in einem erstinstanzlichen Gerichtsentscheid vertreten, wonach die Bezeichnung als «Scheiss-Schweizer» deshalb einschlägig sei, weil die Schweiz auch ohne einheitliche sprachliche, religiöse und kulturelle Bevölkerungsgruppe über eine starke Identität verfügen könne.²² NIGGLI hält fest, dass letzterer Entscheid richtig sei. Denn es sei zwar richtig, dass der Begriff Schweizer keine einheitliche Ethnie bezeichne, jedoch handle es sich um eine Sammelkategorie mehrerer schweizerischer Ethnien.²³ In BGE 143 IV 193 E. 2.3 hat das Bundesgericht mit Verweis auf die genannte Lehrmeinung denn auch bestätigt, dass auch eine Mehrheit von Ethnien, die unter einem Sammelbegriff zusammengefasst werden, vom Begriff der Ethnie gemäss Art. 261^{bis} StGB umfasst ist. Und so kann im Ergebnis der bundesrätlichen Antwort auf das genannte Postulat zugestimmt werden, es bestünde gar keine Gesetzeslücke.²⁴

De lege lata sind Bezeichnungen wie «Schweizer», «Türke», «Italiener» u.dgl. aber eben nur dann geschützt, wenn damit ein Bezug zu ethnischen Merkmalen gemeint ist, nicht jedoch, wenn nur der rechtliche Status als Angehöriger eines bestimmten Staates angesprochen wird. Wie eine solche Unterscheidung praktisch mit der geforderten Präzision gemacht werden soll, ist schwer nachzuvollziehen. Selbstverständlich ist es möglich, die Bezeichnung einer Nationalität ausschliesslich in Bezug auf die rechtliche Bedeutung zu verwenden. Jedoch geht es vorliegend ausschliesslich um herabsetzende Äusserungen, bei welchen es kaum üblich, wenn überhaupt denkbar sein dürfte, dass sie auf den rechtlichen Status einer Person Bezug nehmen.²⁵ Vielmehr dürfte dabei eben auf den «nationalen Ursprung» abgezielt werden. Dieser ist nun aber bereits durch den als eine Sammelkategorie zu verstehenden Begriff der Ethnie abgedeckt. Durch die Ergänzung des Gesetzeswortlauts durch Aufnahme der Schutzkategorie «nationaler Ursprung» oder besser (wie etwa auch § 130 dStGB) «nationale Herkunft» würde der tatsächliche Schutzbereich also nicht erweitert. Doch zeigt bereits das Postulat, dass eine ausdrückliche und damit klare Regelung bzw. eine präzise Differenzierung des Wortlauts selbst das bessere Verständnis der Norm in der Laiensphäre fördern würde.

Der Einwand des Bundesrates, dass die Aufnahme des Ausdrucks «nationale Zugehörigkeit» zu Missverständnissen im Zusammenhang mit den Bestimmungen über den Erwerb der schweizerischen Nationalität führen würde, welcher bereits in der Botschaft Erwähnung findet, überzeugt nicht.²⁶ Schon Art. 1 Ziff. 3 RDK schliesst die Anwendung des Diskriminierungsschutzes im Falle der Verweigerung der Zuspreehung der Staatsangehörigkeit bereits selbst ausdrücklich aus.²⁷

B. Physische und psychische «Behinderung»

Gemäss einer Standesinitiative des Kantons Basel-Landschaft sollte der Schutzbereich sodann auf behinderte Menschen erweitert werden.²⁸ National- und Ständerat lehnten dies jedoch ab. Begründet wurde die Ablehnung unter anderem mit den bereits bestehenden nichtstrafrechtlichen Schutzmechanismen sowie dem bestehenden strafrechtlichen Schutz durch die Ehrverletzungsdelikte.²⁹ Dass letztere Tatbestände jedoch nur das Angreifen einzelner, klar bestimmter Individuen umfassen und dem Aufrufen zu Hass gegenüber bestimmten Personengruppen keinen Einhalt gebieten können, sollte eigentlich hinlänglich bekannt sein. Das Argument weicht der eigentlichen Frage somit aus und stellt in seiner Konsequenz Art. 261^{bis} StGB als Ganzes in Frage. Denn wenn die Ehrverletzungsdelikte den Diskriminierungen gegenüber Behinderten genügend Schutz gewähren, so wäre gesondert zu begründen, wieso dies für die durch Art. 261^{bis} StGB bereits geschützten Gruppen nicht genügen soll. Zutreffender ist es doch, darauf hinzuweisen, dass die Ehrverletzungsdelikte weder das gleiche Rechtsgut schützen noch die gleichen Handlungen umfassen. Einschlägiges Handeln gemäss Art. 261^{bis} StGB kann zwar auch nach den Ehrverletzungsdelikten einschlägig sein, ist es in aller Regel aber gerade nicht.

Äusserst fragwürdig erscheint die folgende Erwägung der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats:

²⁶ Postulat Reimann (FN 12).

²⁷ NIGGLI (FN 7), N 724.

²⁸ Standesinitiative vom 17.11.2011 (11.316), Basel-Landschaft, Internet: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20110316> (Abruf 26.6.2019).

²⁹ Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats vom 5.9.2013, Internet: https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2011/Kommissionsbericht_RK-N_11.316_2013-09-05.pdf (Abruf 26.6.2019); Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats vom 23.8.2012, Internet: https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2011/Kommissionsbericht_RK-S_11.316_2012-08-23.pdf (Abruf 26.6.2019).

²² EKR-Urteil 2000-14, Internet: <http://www.ekr.admin.ch/dienstleistungen/d524/2000-014N.html?db=N&formversand=1&search=schweizer&p=1> (Abruf 26.6.2019).

²³ NIGGLI (FN 7), N 676 und 731.

²⁴ Postulat Reimann (FN 12).

²⁵ So bereits NIGGLI (FN 7), N 728.

«Die Kommission bezweifelt zudem, dass Verhatzungen oder Diskriminierungen von Menschen mit Behinderungen häufig vorkommen. Jedenfalls ist ihrer Meinung nach dieses Problem, sollte es bestehen, nicht vergleichbar mit der Rassendiskriminierung.»³⁰

Nach Ansicht der Kommission entscheidet sich die Vergleichbarkeit und Relevanz von Diskriminierungen anscheinend allein aufgrund ihrer Häufigkeit. Aber die Häufigkeit eines bestimmten Verhaltens kann keinesfalls ein ausschlaggebendes Kriterium zur Beurteilung der Strafwürdigkeit sein. Dies müsste ansonsten zur Streichung einer Vielzahl von Strafnormen führen. Natürlich geniessen Menschen mit Behinderungen in unserer heutigen Gesellschaft weitreichende Rechte und grundsätzlich den ihnen gebührenden Respekt. Die Geschichte der sog. Eugenik, aber auch die Gegenwart lehrt uns jedoch, dass dies leider keine Selbstverständlichkeit ist.³¹ Die Anerkennung der absoluten Gleichwertigkeit der letztgenannten Menschengruppe ist in unserer Geschichte eine erst junge Errungenschaft, welche durchaus betonten Nachdruck verdienen würde. Warum die diskriminierende Herabwürdigung von Menschen mit Behinderungen weniger strafwürdig sein soll als die Herabwürdigung von Menschen einer bestimmten Ethnie oder Religion, bleibt letztlich unbegründet und nicht nachvollziehbar.

C. Sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität

Im Zuge einer parlamentarischen Initiative von Nationalrat Mathias Reynar (SP Wallis) haben die eidgenössischen Räte beschlossen, dass nicht nur die Marginalie der Norm geändert, sondern der Tatbestand der Norm um Herabsetzungen aufgrund der sexuellen Orientierung ergänzt werden soll.³² Gegen die Gesetzesänderung wurde das Referendum erhoben, weshalb das Schweizer Stimmvolk

voraussichtlich im Frühjahr 2020 das letzte Wort dazu haben wird.

Bezweckt die Norm den Schutz der Menschenwürde, so hat sich dieser Schutz konsequenterweise auf alle persönlichkeitswesentlichen Merkmale zu beziehen, welche aus historischer bzw. gesellschaftlicher Erfahrung heraus besonders stark von Diskriminierungen bedroht sind. Hinsichtlich der sexuellen Orientierung kann dabei auf die Verfolgung und den Genozid an Homosexuellen im Dritten Reich oder aber auch auf die ganz alltäglichen Diskriminierungen in der heutigen Gesellschaft verwiesen werden, wie es sie auch in der Schweiz offenkundig und weitverbreitet noch gibt. Eine statistische Erfassung von Gewalt- und Ehrverletzungsdelikten gegen sexuelle Minderheiten gibt es in der Schweiz bislang nicht. Bei der Beratungsstelle «LGBT + Helpline» gingen nach eigenen Angaben in einem Jahr wöchentlich zwei einschlägige Meldungen ein.³³ Ähnliche Organisationen in Frankreich verzeichneten im Jahr 2018 einen Anstieg von Angriffen auf Homo- und Bisexuelle sowie Transsexuelle um ganze 66%.³⁴ Auch die Kommission des Nationalrats bemerkte schon in ihrem Bericht vom 13. November 2014, dass eine Zunahme von Homophobie festzustellen sei, und betonte zugleich, dass die Ehrverletzung zum Nachteil aller Homosexuellen als Kollektiv gemäss Rechtsprechung nicht unter die Ehrverletzungsdelikte gemäss Art. 173 ff. StGB falle. Diese gesetzliche Lücke gelte es zu schliessen.³⁵

Die Argumente gegen die Reform münden regelmässig in einer Fundamentalkritik an der einschlägigen Norm.³⁶ Dies ist in der politischen Debatte natürlich legitim und die oft geforderte Abschaffung von Art. 261^{bis} StGB wird vorliegend nicht thematisiert. Jedoch wird solch grundsätzliche Kritik oftmals nicht als solche bezeichnet oder

³⁰ Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats vom 23.8.2012, Internet: https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2011/Kommissionsbericht_RK-S_11.316_2012-08-23.pdf (Abruf 26.6.2019).

³¹ Hierzu sei nur beispielhaft auf den aktuellen Fall eines hessischen Polizisten verwiesen, welcher mutmasslich eine Vielzahl an Droh- und Hetzschriften versendet und sich an einer Whats-App-Chatgruppe beteiligt haben soll, worin laut Medienberichten neben Bildern von Hakenkreuzen auch Witze über Juden und Menschen mit Down-Syndrom geteilt worden seien, Internet: <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2019-06/seda-basay-yildiz-mord-drohungen-polizeibeamter-festnahme> (Abruf 27.6.2019).

³² Parlamentarische Initiative vom 7.3.2013 (13.407), Mathias Reynard (SP), Internet: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20130407> (Abruf 26.6.2019); Schlussabstimmung vom 14.12.2018, Schlussabstimmungstext vgl. BBl 2018 7861.

³³ Vgl. Bericht auf <https://www.pinkcross.ch/news/2018/hate-crimes-an-lgbt-menschen> (Abruf 26.6.2019), Homepage: <https://www.lgbt-helpline.ch/> (Abruf 26.6.2019); wie in diesem Bericht von «LGBT + Helpline» selbst festgehalten, sind die Zahlen natürlich nicht repräsentativ und die fehlende statistische Erfassung von sog. «hate crimes» lässt die Hintergründe solcher Taten im Dunkeln.

³⁴ Internet: https://www.sos-homophobie.org/sites/default/files/rapport_homophobie_2019_interactif.pdf (Abruf 26.6.2019).

³⁵ Internet: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20130407> (Abruf 26.6.2019).

³⁶ Vgl. bspw. die Webseite der SVP, wo von einem «Zensurgesetz» die Rede ist: <https://www.svp.ch/news/artikel/editorials/haendeweg-vom-freien-wort-referendum-gegen-zensurgesetz/> (Abruf 26.6.2019); dabei wird die Argumentation sogleich auf eine generelle Kritik an der Norm gehoben und ausgeführt, dass diese dazu diene, «unliebsame politische Gegner mundtot zu machen», und dass es dabei «absurd» sei, dass Schweizer bei pauschaler Diskriminierung nicht geschützt seien (was jedoch – wie oben gezeigt – nicht stimmt).

erfolgt teilweise wohl gar eher ungewollt. So verwies im genannten Bericht etwa die Minderheit der Nationalratskommission darauf, dass der rechtliche Schutz bereits durch das Partnerschaftsgesetz, den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz gemäss Art. 28 ff. ZGB sowie den grundrechtlichen Diskriminierungsschutz gemäss Art. 8 Abs. 2 BV gewährleistet sei.³⁷ Die gleiche Argumentation findet sich auch in der bundesrätlichen Stellungnahme.³⁸ Damit wird aber ausser Acht gelassen, dass der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz eben keinen Schutz einer ganzen Volksgruppe gewährt, das Partnerschaftsgesetz in keiner Weise einen Schutz vor Diskriminierungen vorsieht und der grundrechtliche Diskriminierungsschutz selbstredend nicht bei öffentlichen Aufhetzungen durch Privatpersonen hilft. Soll heissen: Mit dem im Bericht geführten Argument wendet man sich nicht bloss gegen die Ausweitung der Norm, sondern gegen die Norm als Ganzes. Indem dies aber nicht transparent gemacht wird oder oftmals vielleicht noch nicht einmal gewollt ist, drückt man sich mit solch einer Argumentation um die eigentliche Frage. Nämlich ob ein Schutz von Homo- und Bisexuellen vor öffentlichen Aufhetzungen angezeigt ist, wie er für Ethnien, Religionen oder durch Zuschreibung (pseudo-)rassischer Merkmale von definierten Gruppen nun mal besteht. Die Beantwortung dieser Fragestellung hat man im Hinblick auf die beabsichtigte Reform je nach Haltung mit Ja oder Nein zu beantworten, womit sich die Debatte auch darum drehen sollte.

Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen wurde der Begriff der «Geschlechtsidentität» aus dem Gesetzesentwurf gestrichen. Schon der Bundesrat hatte in seiner Stellungnahme betont, dass dieser Begriff unklarer als jener der sexuellen Orientierung sei, *«da er einem individuellen und zutiefst privaten Gefühl entspringt, das unabhängig vom biologischen Geschlecht, dem Zivilstand und der sexuellen Orientierung besteht»*. Es gäbe angeblich keine klare Grenze für den Umfang des Begriffs, was zu Auslegungsproblemen führen würde.³⁹ Worauf sich der Bundesrat mit diesen sehr verklausulierten Aussagen stützte, ist nicht erkennbar. Es ist nicht nachvollziehbar, inwiefern die sexuelle Orientierung in geringerem Masse ein individuelles und zutiefst privates Gefühl sein soll als die Geschlechtsidentität. Und die Kritik, es handle sich um einen unbestimmten Begriff, könnte doch gegen

unzählige Tatbestandsmerkmale quer durch das Strafgesetzbuch vorgebracht werden. So verweist der Bundesrat ja sogar selbst ausgerechnet auf den Schutz, welchen die Ehrverletzungsdelikte bieten würden. Doch ist das dort geschützte Ehrgefühl etwa nicht «individuell» und nicht auch ein rein «privates Gefühl»? Und ist dies etwa objektiv einfacher zu definieren und einzugrenzen als die Frage, ob sich ein Mensch zum gleichen oder andern Geschlecht sexuell hingezogen fühlt oder ob sich jemand als Mann, Frau oder auch nichts von beidem fühlt? Worin die besondere Schwierigkeit in der Auslegung bestehen würde, ist jedenfalls nicht zu erkennen.

Das Argument der angeblich unklaren Begrifflichkeiten und damit der bedrohten Rechtsklarheit scheint gerade im Hinblick auf Art. 261^{bis} StGB immer wieder als scheinbares Totschlagargument rezykliert zu werden. Dass die Norm in einem höheren Masse als andere Normen zu Auslegungsproblemen in Lehre und Rechtsprechung geführt hätte, kann nicht konstatiert werden. Selbst den (wie gezeigt) durchaus problematischen Begriff der Rasse konnten Lehre und Rechtsprechung ohne besondere Schwierigkeiten zutreffend auslegen.

Zudem kann es kaum ernsthaft die Meinung sein, dass Trans- und Intersexuelle nicht mindestens so viel Ausgrenzung und Diskriminierung erleben und damit entsprechenden Schutz benötigen würden wie homo- und bisexuelle Personen. Entgegen den vorgeschobenen Argumenten einer angeblich schwierigen Auslegung fehlt es wohl eher einfach am politischen Willen, Trans- und Intersexuelle vor Aufhetzung zu schützen, während dieser Wille betreffend Homosexuelle zumindest im Parlament gegeben war. Will man gegen solche Aufhetzung nun keinen strafrechtlichen Schutz gewähren, so vertritt man mutmasslich entweder die Ansicht, dass aufhetzende Aussagen richtig seien (was wohl und hoffentlich eine sehr seltene Mindermeinung sein dürfte), oder die Ansicht, dass unabhängig von der Unhaltbarkeit solcher Aussagen diese dennoch hinzunehmen und zu (er)dulden seien. Auf diesen Punkt sollte sich eine ehrliche Debatte fokussieren, statt sich über angebliche begriffliche Unklarheiten auszulassen.

D. Der politische Diskurs im Weiteren

Ob Erweiterungen des Wortlauts wünschenswert sind, bleibt ein politischer Entscheid. Dass jene Kräfte, welche die ersatzlose Streichung der Norm wünschen, sich gegen eine Erweiterung der Norm sträuben, mag zumindest aus politischer bzw. ideologischer Sicht konsequent erscheinen – wenngleich die Bestrebungen zur Erweiterung hin-

³⁷ Vgl. FN 35.

³⁸ Stellungnahme des Bundesrates vom 15.8.2018 zur Parlamentarischen Initiative «Kampf gegen die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung», Internet: <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2018/5231.pdf> (Abruf 26.6.2019).

³⁹ Vgl. FN 38.

sichtlich der Nationalität dann doch wiederum aus jenem Kreis stammen.

Widersprüchlich erscheint es aus hier vertretener Sicht auch, dass politische Akteure die Berechtigung der Existenz von Art. 261^{bis} StGB zwar bejahen, aber betreffend den Schutz weiterer Minderheiten darauf verweisen, dass die Sensibilisierung der Gesellschaft auf die Problematik und der Schutz vor Diskriminierung auf andere Weise als auf dem Wege des Strafrechts geschehen sollten.⁴⁰ Soweit damit etwa Aufklärungs- und Präventionsarbeit gemeint sein soll, wird diese durch eine strafrechtliche Norm nicht ausgeschlossen, sondern erhält zusätzlichen Nachdruck. Wie lässt es sich begründen, dass es strafbar ist, eine Menschengruppe wegen ihrer Herkunft oder Hautfarbe öffentlich herabzuwürdigen, aber gleichzeitig dieselbe Herabwürdigung gegenüber Menschen mit geistigen oder körperlichen Beeinträchtigungen, einer bestimmten sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität vom Gesetzgeber nicht pönalisiert und damit faktisch geduldet wird? Macht es einen Unterschied, ob jemand in einschlägiger Art zu Hass gegen religiöse bzw. ethnische Gruppen aufruft oder dies gegen Menschen mit einer geistigen bzw. körperlichen Behinderung tut? Oder worin liegt der Unterschied, wenn dies gegenüber Transsexuellen getan wird? Die Antworten auf diese Fragen ist der politische Diskurs soweit ersichtlich bislang schuldig geblieben.

Und auch die Negierung entsprechender aktueller Diskriminierungen ist dabei kaum überzeugend: Sich darauf zu verlassen, es würde etwa keine gesellschaftlichen Kräfte geben, welche die absolute Gleichwertigkeit von «behinderten» Menschen heute oder morgen (wieder) in Frage stellen könnten, erscheint als eine naiv geschönte Sicht der gesellschaftlichen Realität. Dass die Gleichwertigkeit von sog. «sexuellen Minderheiten» auch heute noch in nicht kleinen Teilen der Gesellschaft in Frage gestellt wird, lässt sich zudem kaum bestreiten. Ebenso lässt sich nicht bestreiten, dass solche Herabsetzungen vor gar nicht so langer Zeit in Verfolgung und Völkermord gemündet haben und auch in der heutigen Zeit in einer Vielzahl von Regionen der Welt zu Ausgrenzung, Folter und staatlich tolerierten oder geführten Morden führen.

Es ist auch darauf hinzuweisen, dass im politischen Diskurs um diese Fragen selbst in den Kommissionsräumen des Bundeshauses die nötige Sensibilität und Überlegtheit zeitweise abhandenkommt. Dies zeigt das nach-

folgende Zitat, welches die Meinung der Mehrheit der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats zur Frage der Ausweitung des Schutzbereichs auf Behinderte wiedergibt:

«Die Kommissionsmehrheit ist der Ansicht, dass eine Spezialregelung für Diskriminierungen von Behinderten im Strafrecht fehl am Platz sei. Diskriminierungen solcher Art können zudem nicht mit der Diskriminierung von Rasse, Ethnie oder Religion gleichgesetzt werden, weil ein behinderter Mensch naturgemäss nicht über alle Fähigkeiten eines gesunden Menschen verfüge.»⁴¹

Diese unüberlegte Erwägung ist (sehr gelinde ausgedrückt) erstaunlich. Denn streng genommen spricht man damit behinderten Menschen – ob gewollt oder mutmasslich ungewollt – schlicht und ergreifend die gleiche Schutzwürdigkeit ab, weil sie eben ja behindert sind. Dass dies beschämend ist, muss nicht weiter ausgeführt werden. Nun haben Behinderte natürlich von der Volksmehrheit abweichende körperliche oder geistige Eigenschaften – so wie jüdische und buddhistische Religionsangehörige nicht an dasselbe glauben oder sich die Haut der Menschen in ihrer Pigmentierung unterscheidet. Und genau *deshalb* können Diskriminierungen gegen all diese Gruppen vollkommen gleichgesetzt werden. Behinderte Menschen sind in ihrer Weise «anders» und in aller Regel in bestimmten Lebensbereichen mehr oder weniger beeinträchtigt und somit eben besonders gefährdet, aufgrund dieser Andersartigkeit diskriminiert zu werden. Warum sie sodann den gesetzlichen Schutz nicht erhalten sollten, welche andere gefährdete Minderheiten erhalten, vermag nicht einzuleuchten.

IV. Fazit

Bei Art. 261^{bis} StGB geht es stets um Angriffe auf den Kern menschlicher Identität und Individualität. Eine Gesellschaft ist nur frei, wenn sie die Freiheit, Gleichheit und Gleichwertigkeit aller Menschen schützt, die Schutz benötigen. Versucht der Staat, dies auch mittels des Strafrechts durchzusetzen (was de lege lata der Fall ist), so ist es unverständlich, gerade solche Gruppen dabei auszuklammern, welche in Geschichte und Gegenwart regelmässigen und massiven Begrenzungen ihrer Freiheiten und ihrer Würde ausgesetzt waren bzw. sind. Die Aufteilung zwischen Gruppen, welchen den Schutz von Art. 261^{bis} StGB erhalten sollen, und solchen, die diesen

⁴⁰ So bspw. die Minderheit der nationalrätlichen Kommission für Rechtsfragen im Bericht vom 13.11.2014 zur Parlamentarischen Initiative Reynard (FN 35), Internet: https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2013/Kommissionsbericht_RK-N_13.407_2014-11-13.pdf (Abruf 26.6.2019).

⁴¹ Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats vom 5.9.2013, Internet: https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2011/Kommissionsbericht_RK-N_11.316_2013-09-05.pdf (Abruf 26.6.2019).

nicht erhalten sollen, kann letztlich nur danach vorgenommen werden, ob die jeweilig massgebenden Merkmale zum Kern menschlicher Identität und Individualität gehören oder nicht und gesellschaftlich bzw. historisch eine gewisse Gefahr zur systematischen Diskriminierung dieser Gruppen auszumachen ist. Und dies muss letztlich für die sexuelle Orientierung und die Geschlechtsidentität gleichermaßen bejaht werden wie für körperliche oder geistige Behinderungen. Die Argumente, die hier eine Unterscheidung gegenüber den bereits gesetzlich definierten Merkmalen der Religion, Ethnie und Rasse herzuleiten versuchen, vermögen nicht zu überzeugen. Vielmehr scheint es dabei um eine gewollte oder auch ungewollte fundamentale Kritik an Art. 261^{bis} StGB zu gehen. Erachtet man die fragliche Norm als sinnvoll, so wäre aber eine entsprechende Konsequenz zu erwarten. Möchte man die Norm am liebsten ganz abschaffen, so ist dies eine separate Diskussion bzw. Thematik, welche im vorliegenden Beitrag bewusst ausgeklammert wurde.

Darüber hinaus wurde ein weitergehender Reformbedarf dahingehend beleuchtet, als die Verwendung des Begriffs «Rasse» im Wortlaut der Norm unpräzise ist. Dass dies zu Auslegungsproblemen oder gar Rechtsunsicherheiten geführt hätte, ist zwar nicht zu konstatieren. Jedoch widerspricht die Verwendung dieses Begriffs in einer Weise, die vortäuscht, es gäbe so etwas wie menschliche Rassen, der ratio legis der Norm. Hier wäre eine Präzisierung wünschenswert, wobei vorgeschlagen wurde, den Begriff «Rasse» durch «Zuschreibung rassischer Merkmale» zu ersetzen. Die mit der vorgesehenen Reform ebenfalls zur Abstimmung kommende Änderung der Marginalie genügt den formulierten Bedenken erfreulicherweise bereits und verabschiedet sich vom eher problematischen Begriff der Rassendiskriminierung und benennt die Norm danach, worum es eigentlich geht, nämlich die «Diskriminierung» und den «Aufruf zu Hass».